

# Cesión de herencia

Dictamen elaborado por el escribano EZEQUIEL CABULI y aprobado en forma unánime por la Comisión Asesora de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, el 15 de diciembre de 2010.

## Doctrina

*Conforme a la postura consolidada por el plenario “Rivera de Vignati” y lo normado por el inciso 6 del artículo 1184 del Código Civil, sostenemos que la cesión de herencia es un negocio solemne relativo que debe instrumentarse en escritura pública. La cesión que pretendiera formalizarse en otro instrumento público (acta judicial) o instrumento privado protocolizado es ineficaz como tal y solo produce los efectos previstos en el artículo 1185 del Código Civil.*

*En cuanto a los instrumentos otorgados con anterioridad al plenario, consideramos que, conforme al principio de validez de los actos jurídicos, estos deben interpretarse al momento de otorgamiento del acto, donde existían discrepancias en la doctrina y jurisprudencia en la consideración de su validez. Por ello, ante la existencia de diversas interpretaciones, la elección de las partes por una de ellas no puede privar de efectos propios al acto otorgado.*

## Antecedentes

Se presenta a esta Comisión el expediente iniciado por la escribana Sagua quien expone los antecedentes:

El titular de dominio de un inmueble, señor José María Scarpa, lo hubo en virtud de los siguientes antecedentes:

a) Por compra que hiciera el 5 de agosto de 1966, su madre Gloria De Biasi, casada en sus primeras nupcias con Vicente Donato Scarpa.

b) Fallecido Vicente Donato Scarpa, el 18 de junio de 1976, su sucesión tramitó en los autos caratulados “Scarpa Vicente Donato s/ sucesión *ab intestato*”, donde denunciado el inmueble,

con fecha 7 de julio de 1977, se dicta declaratoria de herederos a favor de su hijo José María Scarpa, sin perjuicio de los derechos que la ley reserva para su esposa Gloria De Biasi.

c) En el mismo sucesorio, con fecha 10 de febrero de 1978, el señor José María Scarpa se ratifica de la cesión de derechos hereditarios efectuada en el cuerpo del expediente, sin la forma de escritura pública, a favor de su madre Gloria De Biasi.

d) Con fecha 20 de diciembre de 2006, la señora Gloria De Biasi dona dicho inmueble a su único hijo José María Scarpa.

## Consideraciones

La escribana Sagua consulta a esta comisión sobre la bondad de los antecedentes relacionados en lo que refiere a dos cuestiones: 1) En primer lugar, la validez de la cesión de derechos hereditarios otorgada en el marco del expediente, sin cumplir con la forma impuesta por ley en cuanto a la obligatoriedad de otorgarla por escritura pública; y 2) En cuanto a la donación realizada a su hijo, heredero legítimo, consulta acerca de su validez en relación a la acción de reivindicación normada por el artículo 3951 del Código Civil.

### 1. La cesión de derechos hereditarios

La cesión de derechos hereditarios es “el contrato por el cual una persona transmite a otra la universalidad de los derechos que le corresponden en una sucesión”<sup>1</sup>.

La forma de la cesión de derechos hereditarios es uno de los temas recurrentes de la doctrina que más se ha discutido.

Entendemos por forma, con alcances restringidos, el modo de exteriorización de la voluntad que la ley exige para ciertos negocios o las solemnidades prescriptas para su celebración (art. 973).

La existencia o ausencia de normas determina la clasificación de los actos o negocios jurídicos y, por ende, de los contratos en formales y no formales.

El esquema clasificador propuesto por Guastavino agrupa los actos o negocios jurídicos en: a) Negocios jurídicos formales o solemnes. b) Negocios jurídicos no formales o no solemnes. Por lo tanto, equipara *formal* y *solemne*. A su vez, cada ca-

1. SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, Buenos Aires, TEA, 1954, tomo 1, n° 713, p. 469, 2ª ed. actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Arturo ACUÑA ANZORENA.

tegoría se bifurca en dos, a saber: a) Los formales o solemnes se dividen en absolutos y relativos; b) Los no formales o no solemnes se dividen en actos con forma exigida para la prueba y sin forma exigida para la prueba. Los actos formales o solemnes absolutos, según Guastavino,

[...] no existen ni producen efecto alguno, mientras no se hayan observado las formalidades exigidas por la ley. En cambio, los solemnes relativos, si bien no existen como causa jurídica de los efectos a cuya producción están destinados, la ley los considera causa de otros efectos a la espera de que se cumplan las solemnidades prescriptas para concederles sus efectos propios. Importa recalcar que en los actos formales relativos, la formalidad es exigida también *ad solemnitatem*, pues hace a la esencia y existencia misma del acto; pero sólo pueden ser denominados “relativamente solemnes” porque la falta de formalidad no impide totalmente la eficacia de esa actividad real de las partes sino que le confiere una eficacia distinta de la natural, pero efectiva.

La diferencia entre los actos solemnes relativos y los no formales con forma exigida para la prueba es explicada por el autor citado de la siguiente manera:

[...] la inobservancia de la forma en los actos formales relativos origina una verdadera sustitución de los efectos y de la existencia del acto hasta tanto no se cumplan las prescripciones legales. Pero la inobservancia de las formalidades en los actos no formales con formas exigidas para la prueba[...] no afecta en nada su existencia ni sus efectos, mientras no se presente la necesidad de probarlos judicialmente.

El Código Civil diferencia entre actos nulos y anulables. La diferencia radica en que, en el primer supuesto, el vicio aparece manifiesto y, en el segundo, es necesaria una previa indagación judicial. Lo manifiesto no reside en la visibilidad del vicio que afecta al negocio, sino en la posibilidad de subsumir ese vicio en una hipótesis normativa prevista, sin sujeción a una previa e imprescindible valoración de circunstancias contingentes para detectarlo<sup>2</sup>.

Cuando el negocio requiere una forma solemne y el instrumento que lo contiene no reúne los requisitos que la ley exige, ese será nulo de nulidad absoluta. El juez lo dictamina solo comprobando la existencia del vicio, aun recurriendo a la prue-

2. ZANNONI, Eduardo A., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 176.

ba extrínseca, sin tener la necesidad de analizar hechos. Estamos ante una nulidad manifiesta, aunque no resulte ostensible del título mismo. En ese supuesto, se debe declarar la nulidad del acto y del negocio en él contenido, aun si no fuera invocada por ninguna de las partes<sup>3</sup>.

Conforme la doctrina emergente del plenario Rivera de Vignati del año 1986, la escritura pública es la única forma idónea para instrumentar la cesión de derechos hereditarios<sup>4</sup>. Los fundamentos doctrinarios de tal postura sostienen que el contrato mantiene independencia de los restantes tipos de cesión y, por lo exigido por el artículo 1184, inciso 6, solo la escritura pública resulta el medio formal adecuado, por tanto, la formalidad se convierte en requisito esencial del contrato.

Méndez Costa<sup>5</sup> expresa que:

[...] la cesión de herencia figura expresamente mencionada en el inciso 6 del artículo 1184: es, por tanto, un negocio solemne relativo que debe instrumentarse en escritura pública. La cesión que pretendiera formalizarse en otro instrumento público (acta judicial) o instrumento privado protocolizado, es ineficaz como tal y solo produce los efectos previstos en el artículo 1185.

3. Sala [E] Juzgado Civil N° 39 Dra. María Oderay Longhi.

4. Publicación: *El Derecho*, tomo 117, p. 311; *La Ley*, tomo 1986-B, p. 155; *Jurisprudencia Argentina*, tomo 1986-II, p. 73; RIVERA DE VIGNATI, María F. M. s/ sucesión 86/02/24 C. P011116 Civil - Sala 0.

5. MÉNDEZ COSTA, María Josefa, "Consideraciones sobre la naturaleza y la forma de la cesión de herencia", *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, 1973, n° 730, p. 1421.

6. HERSALIS, Marcelo, "La cesión de derechos hereditarios y su instrumentación", Buenos Aires, LLBA 2007-(julio), 626.

En igual sentido se expresaron las *XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 1987): "El contrato de cesión de derechos hereditarios debe celebrarse por escritura pública [...]"; y las *Primeras Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil*: "[...] la cesión debe ser concluida en escritura pública y esta forma no se suple por el acta judicial ni por el instrumento privado, aún cuando el instrumento fuera reconocido por los otorgantes o se declarara su autenticidad por resolución judicial"<sup>6</sup>.

Por lo expuesto y en coincidencia con el plenario antes citado, consideramos que resulta observable una cesión de derechos hereditarios que no cumpla con la formalidad impuesta por ley.

### 1.1. *Planteo de la cuestión al caso en particular*

Como señalamos en un comienzo, esta interpretación actual fue la conclusión de varios fallos contradictorios. Dicho plenario puso punto final a las diversas interpretaciones jurisprudenciales que reinaban antes del año 1986.

Es en virtud de esa discordancia de interpretaciones que reinaba en la antesala del plenario que debemos analizar si un título,

que en sus antecedentes contenga una cesión de derechos hereditarios celebrada con anterioridad al pronunciamiento judicial, resulta o no observable.

El primer punto de análisis es el caso de las personas que pretenden contratar y cumplen con la formalidad impuesta por la interpretación de la ley al momento de otorgar el acto. Parecería ilógico pensar que ante la consolidación jurisprudencial de una interpretación legislativa distinta en cuanto la validez del acto pueda afectar los derechos adquiridos con efecto retroactivo. Fundamentamos tal interpretación en los artículos 973 y 974 y 3 del Código Civil. El artículo 973 indica que

[...] la forma es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse *al tiempo* de la formación del acto jurídico; tales son: la escritura del acto, la presencia de testigos, que el acto sea hecho por escribano público, o por un oficial público, o con el concurso del juez del lugar.

Como podemos notar, la referencia temporal que hace el artículo, al mencionar “al tiempo de la formación del acto jurídico”, remite a la posibilidad de subsumir el acto en la normativa vigente al momento de su celebración.

Complementa el principio el artículo 974 del Código Civil cuando indica que “Cuando por este Código o por las leyes especiales no se designe forma para algún acto jurídico, los interesados pueden usar de las formas que juzgaren convenientes”.

Por último, el artículo 3 del Código Civil consagra la irretroactividad de las leyes, estableciendo que

A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales. A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias.

Estos artículos consolidan el principio de no perjudicar con un cambio legislativo posterior situaciones derivadas de actos jurídicos celebrados con anterioridad a la sanción de una determinada ley que modifique los aspectos esenciales de su instrumentación. Conforme tal premisa, debemos valorar también la existencia de jurisprudencia y doctrina que legitimaba la

realización de la cesión de derechos hereditarios en instrumento privado.

Sostuvo parte de la doctrina y jurisprudencia en ese entonces que una cesión de derechos hereditarios, aunque no sea por escritura pública, era válida si era realizada en el expediente sucesorio, con ratificación por ante el secretario y homologación por el juez –invocando el artículo 979 del Código Civil, que equipara las actas judiciales a las escrituras públicas–. También invocan, como fundamento, la aplicación del artículo 1185 que permitiría sustituir la escritura pública por el acta judicial. En igual sentido se expresaron tres de los votos del plenario “Rivera de Vignati”. Borda entiende que “la escritura pública puede ser sustituida por acta judicial labrada en el expediente o por un escrito presentado en autos y reconocido por los firmantes o declarado auténtico por el juez”. Godoy<sup>7</sup> sostiene que

[...] no cabe atenerse a lo expuesto por las posiciones más rigo-  
ristas y absolutas, más aún desde que si se entra a analizar cada  
uno de los supuestos que menciona el artículo en análisis, de cada  
uno de ellos surgen excepciones –o sea, actos que no se celebran  
por escritura pública– y actos que son plenamente válidos a pesar  
de incumplir la ley.

Asimismo, el autor destaca que es así dado que, si los herederos unánimemente acuerdan que uno o algunos ceden sus derechos a otro u otros por acta en el expediente sucesorio, el acto será enteramente válido porque así lo expresa el artículo 3462 del Código Civil que los faculta a dividir la herencia en la forma y por el acto que quieran. Diversos fallos avalan esta postura. Así, la CNCiv, Sala E, el 3 de diciembre de 1968, entendió que

Es ajustada a derecho, aunque no se haga por escritura pública (art. 1184, inc. 6, del C. C.) la cesión de derechos hereditarios efectuada en el mismo expediente sucesorio con ratificación ante el secretario y homologación por el juez, porque el artículo 979 del mismo Código equipara las actas judiciales a las escrituras públicas.

También la CNCiv, Sala C, el 19 de diciembre de 1967, sostuvo que “La cesión [...] requiere como condición de validez formal su elevación a escritura pública o, en su caso, acta judicial”; mientras que la CApel. de Mar del Plata, Sala II, concretamente sentenció:

7. GODOY, Humberto, “Cesión de derechos hereditarios”, *La Ley*, 1987-B, p. 1097.

El artículo 1184, inc. 6, del Código Civil, reformado por Ley 17.711, estatuye que debe ser hecha por escritura pública toda cesión de derechos hereditarios, habiéndose suprimido la salvedad establecida anteriormente con relación a las cesiones inferiores a mil pesos. Por otra parte, la doctrina y la jurisprudencia admiten la validez de dicho contrato cuando es efectuado por acta judicial presentada en el expediente sucesorio; por lo tanto, tal forma [...] es válida cuando se refiere a muebles [...].

En tanto, la CNCiv, Sala F, el 9 de mayo de 1973, entendió que la misma solución debía aplicarse al caso en que la cesión tuviera por objeto un bien inmueble exponiendo lo siguiente: “La cesión [...] entre coherederos hecha en instrumento privado presentado en el juicio sucesorio –del cual se ratificaron los firmantes– es válida y puede inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble, sin que quepa a este exigir previamente la escritura pública [...]”<sup>8</sup>.

## 1.2. Conclusión

Conforme la postura consolidada por el plenario Rivera de Vignati, y lo normado por el inciso 6 del artículo 1184 del Código Civil, sostenemos que la cesión de herencia es un negocio solemne relativo que debe instrumentarse en escritura pública. La cesión que pretendiera formalizarse en otro instrumento público –acta judicial– o instrumento privado protocolizado es ineficaz como tal y sólo produce los efectos previstos en el artículo 1185 del Código Civil.

En cuanto a los instrumentos otorgados con anterioridad al plenario, consideramos que, conforme al principio de validez de los actos jurídicos, estos deben interpretarse al momento de otorgamiento del acto, donde existían discrepancias en la doctrina y jurisprudencia en la consideración de su validez. Por ello, ante la existencia de diversas interpretaciones, la elección de las partes por una de ellas no puede privar de efectos propios al acto otorgado.

La postura que sostenía la validez en ese entonces consideraba que una cesión de derechos hereditarios aunque no sea por escritura pública, era válida si era realizada en el expediente sucesorio con ratificación por ante el secretario y homologación por el juez –invocando el artículo 979 del Código Civil, que equipara las actas judiciales a las escrituras públicas–. También

8. HERSALIS, Marcelo, *op. cit.* (cfr. nota 7).

se invocó, como fundamento, la aplicación del artículo 1185 que permitiría sustituir la escritura pública por el acta judicial.

En virtud de todo lo expresado, sostenemos que no puede ser objetado el título cuyos antecedentes poseen una cesión de derechos hereditarios por instrumento privado presentada y homologada judicialmente, siempre y cuando sea anterior al plenario que consolidó la interpretación definitiva de la invalidez de tales instrumentos.

Asimismo y en el caso que no se sostenga la postura del presente dictamen en cuanto a la validez de la cesión, el dominio, en definitiva, ha llegado a titularidad del cedente por la posterior donación de su madre. Esta circunstancia consolida la totalidad del dominio a su favor. Por ende, no puede sostenerse en ningún modo la observabilidad del título.

## **2. Análisis de la observabilidad de la donación a heredero forzoso**

### *2.1. Planteo de la cuestión*

Uno de los temas más discutidos de los últimos años fue el de la observabilidad de los títulos provenientes de las donaciones de bienes inmuebles, conforme la acción reivindicatoria del artículo 3955 de Código Civil.

Distintas posturas doctrinarias, un fallo plenario del año 1912, autoproclamados especialistas en el tema que defienden posturas divididas por regiones como si fueran equipos de fútbol y centenares de congresos notariales vienen desarrollando esta problemática hace años. En forma simultánea a esta situación, subsisten miles de títulos sin circular y perjuicios económicos para la gente que hasta el día de hoy no puede entender por qué no puede disponer de su propiedad, siendo que esta fue adquirida por un modo válido de transmitir el dominio. Todo esto hace pensar en la necesidad de una reforma legislativa que determine los alcances de la reivindicación del artículo 3955 del Código Civil.

En oportunidad de brindar una reciente charla en el Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el doctor Jorge Alterini sostuvo que

No hay acción reivindicatoria cuando la donación de inmueble se hace al coheredero y este retransmite a un tercero. El tema

de hoy, o sea, el que decidió el plenario por la unanimidad de los nueve votos, plenario obligatorio desde 1912 y hasta que otro plenario lo modifique, entiende que, si la donación fue hecha a un coheredero forzoso, la acción contra él es nada más que personal, y que, por no alcanzar a los terceros, no está afectada la perfección del título.

Asimismo continuó el doctrinario:

El plenario es viejo, pero es un plenario. Y ante un plenario, el juez tiene que aplicarlo; este es el compromiso republicano. Si algún juez olvida la existencia del plenario o deliberadamente quiere prescindir de él, es harina de otro costal. Pienso que la perdurabilidad de los plenarios hace a la seguridad jurídica y no me convence que se arguya que de ese modo se cristaliza el derecho. En 1977 en el mencionado plenario Kartopapel, expresé: “Si bien la interpretación que adopto está inspirada en los textos de la ley, es discutible el finalismo de la tesis minoritaria que, por la vía de la temporalidad de los plenarios, quiere suprimir una de las que llama vías de ‘cristalización’ del derecho. La mentada cristalización es a veces el reflejo de uno de los valores más trascendentes, cual es el valor ‘seguridad jurídica’. Ya nos decía Leónidas Anastasi con tono escéptico, que ‘causa mayor mal a un país el pronunciamiento de brillantes fallos contradictorios en que los legistas agotan la dialéctica, que la mala jurisprudencia que perdura, porque a lo menos esta tiene la ventaja de dar estabilidad a las transacciones y a los negocios humanos’ [...]”.

Si el donatario está expuesto a tantas vicisitudes, si la donación despierta tantas suspicacias, hasta sería más congruente prohibirla que incurrir en el absurdo de admitirla, pero desalentarla y desguarnecerla de protección. El mismo asombro y rechazo debería provocar el trato tan despectivo hacia la donación que su directa prohibición. El dogma del título oneroso olvida que en la realidad viva del derecho, que todos conocemos, las operaciones más puras y transparentes son generalmente las gratuitas. Se olvida también que, como lo puntualiza Ferrara, “[...] todo negocio puede emplearse para disfrazar una liberalidad”, desfiguración que el Codificador tiene presente en el artículo 3741, cuando se hace cargo de la posibilidad de que una disposición testamentaria, “[...] se disfrace bajo la forma de un contrato oneroso [...]”. El resultado no querido y francamente indeseable es la sospecha, habitualmente infundada, hacia el título gratuito irreprochable y el distraído respeto del título oneroso, pese a que todos somos sabedores de que las negociaciones más espurias no vacilan en refugiarse en la onerosidad.

Asimismo Francisco Ceravolo en una reciente publicación en el diario *La Ley* titulada “Los títulos provenientes de donaciones a herederos forzosos no son observables” sostuvo que

[...] en nuestro régimen el heredero legitimario solo tiene un derecho creditorio contra su coheredero donatario, y no un derecho a la cosa; ello no varía en el supuesto de que el valor de lo donado excediera el valor de la porción del donatario más el de la porción disponible; la acción sigue siendo personal y, en todo caso, no trasciende la esfera de las relaciones jurídicas entre coherederos. La doctrina que sostiene la posición contraria no puede ser compartida; en primer lugar, la interpretación no se ajusta a la directiva que impone el artículo 16 de nuestro Código, que manda juzgar con arreglo a la letra y al espíritu de la ley; en segundo término, porque ella denota una desacertada exageración en la defensa de la legítima en detrimento de la posición del tercer adquirente, cuya protección es tan de orden público como aquella.

Asimismo concluye el autor:

Si en la interpretación de los tribunales fuera seguida al pie de su letra la doctrina que impugnamos, prescindiendo totalmente de la buena fe, se llegaría a la conclusión de que serían observables todos los títulos entre cuyos antecedentes existiera donación a heredero forzoso, al menos mientras no transcurra el plazo de prescripción previsto en el artículo 4023, lo que provocaría un verdadero escándalo jurídico al hacer añicos el principio rector de la buena fe y las consecuencias que de él emanan, desconociendo, además, la realidad social plasmada, como se dijo, a través de los años, en decenas de miles de donaciones a hijos, a la luz de la que juzgamos correcta interpretación de la letra y el espíritu de nuestra legislación en la materia, receptada en lúcidos argumentos expuestos en el recordado plenario y avalada, entre muchos, por eminentes tratadistas, la vigencia de cuyos análisis resulta inalterado.

## 2.2. Conclusión

Por todo lo expuesto, sostenemos que no debe observarse un título en cuyo antecedente exista una donación de inmueble a un heredero forzoso.