

TEMA I: EL DERECHO SUCESORIO

AUTOR: ANDRÉS MARTÍNEZ

PAÍS: ARGENTINA



XVII Jornada Nacional del Notariado Novel
XVIII Jornada del Notariado Novel del Cono Sur

26 al 28 de mayo de 2016
Termas del Arapey · Salto · Uruguay



INDICE

I) Introducción	p. 2
II) La herencia	p. 2
A) Delimitación conceptual de la herencia	p. 3
1) Teoría de la sucesión en la persona	p. 3
2) Teoría de la <i>universitas iuris</i>	p. 4
3) Teoría de la sucesión en la posición jurídica del causante	p. 5
4) Teoría de la sucesión en los bienes	p. 6
5) La concepción de la universalidad residual	p. 9
6) La situación en el nuevo Código Civil y Comercial Argentino	p. 9
7) Nuestra opinión	p. 10
III) Cesión de herencia	p. 12
A) Definición	p. 12
B) Objeto	p. 12
C) Carácter traslativo	p. 13
D) Contrato aleatorio	p. 14
E) Momento en que pueden cederse derechos hereditarios	p. 15
F) Forma	p. 15
G) Publicidad (momento desde el cual produce efectos)	p. 15
IV) La herencia como objeto de garantías	p. 16
A) Posibilidad de su empleo	p. 16
B) Formas de instrumentación	p. 17
1) Cesión <i>pro solvendo</i> y <i>pro soluto</i>	p. 17
2) Cesión de derechos en garantía	p. 18
a) Cesión de derechos en garantía como negocio fiduciario	p. 20
b) Prenda de la herencia	p. 21
i) La situación en Uruguay	p. 21
ii) La situación en Argentina	p. 22
c) Cesión en garantía regulada como prenda	p. 24
d) Diferentes efectos de la aplicación de las reglas de la prenda y del fideicomiso	p. 25
V) Conclusiones	p. 27

LA HERENCIA COMO OBJETO DE GARANTÍAS

I) INTRODUCCIÓN

A lo largo del presente trabajo esbozaremos las distintas concepciones de lo que se entiende por herencia.

A continuación nos referiremos someramente al contrato de cesión de herencia para luego poner el foco en la utilización de la herencia como el objeto que garantice el pago de un crédito.

Nos basaremos, a efectos del análisis, principalmente en el derecho argentino.

II) LA HERENCIA

Vivimos en sociedades que se organizan económicamente en torno a la propiedad individual y donde las relaciones jurídicas sólo subsisten entre sujetos. Por ello, la muerte de una persona plantea el dilema de la subsistencia o no de las relaciones jurídicas que ésta tenía. Si subsisten, deben hacerlo con otro titular; en caso contrario sería necesario regular las consecuencias de su caducidad¹.

La necesidad de impedir, entonces, que las relaciones jurídicas que se encontraban en cabeza de una persona, y sobre todo las deudas, se esfumen o queden huérfanas con su muerte ha llevado a elaborar diversas teorías a efecto de determinar qué pasa con ellas una vez producido el fallecimiento.

No podemos dejar de mencionar que en este tema, como en tantos otros, la cultura, la moral, la opinión pública, la política (o las formas políticas) y el contexto histórico-social influyen las diversas posturas elaboradas. Por este motivo, es esencial, a efectos de delimitar el concepto de herencia, tener en cuenta cómo han ido evolucionando algunos conceptos estrechamente relacionados –como la propiedad y la familia–, las civilizaciones y la humanidad en general².

En la historia de la humanidad, en grandes términos, “se advierte una evolución general en el dominio del hombre sobre las cosas, que parte del uso común de éstas, administradas por un jefe, pasa por la propiedad de la grávida familia primitiva y de la más estrecha familia consanguínea y llega al individuo

¹ Conf. CORDOBA, Marcos M., “Introducción a nuevas normas del derecho sucesorio en el Código Civil y Comercial de la Nación”, LL On-line, AR/DOC/3914/2014, p. 2.

² Conf. GUAGLIANONE, Aquiles H., “Bosquejo histórico de la idea de herencia”, AR/DOC/2770/2004, p.2.

considerado como célula elemental”³ y en cada una de esas etapas es lógico que el concepto de herencia (surja y) vaya mutando.

II. A) Delimitación conceptual de la herencia

A continuación analizaremos diversas tesis que buscan dar una explicación a la sucesión *mortis causa* y determinar qué es la herencia.

Existen diferentes teorías que analizan el fenómeno de la sucesión desde dos ópticas principales. Por un lado, hay “teorías subjetivas” que explican el proceso poniendo el foco en la personalidad del causante. Por otro, encontramos teorías objetivas que buscan la explicación apuntando al objeto de la transmisión.

A continuación intentaremos delimitar algunas de estas teorías esbozadas por la doctrina. Antes de ello, creemos necesario advertir que dentro de cada tesis que expondremos hay diferentes matices según el autor que se siga y que, incluso autores que hemos “encasillado” en posturas diferentes, presentan en sus conceptos elaborados grandes coincidencias.

II.A.1. Teoría de la sucesión en la persona

Desde sus orígenes, esta postura, que surgió en el derecho romano y ha sido el emblema de las teorías subjetivas, impulsó una suerte de ficción legal que negaba la desaparición del fallecido como entidad de derecho y establecía su prolongación mediante la continuidad de su persona en el heredero, de forma tal que ambos eran una misma persona y el sucesor quedaba en el lugar del fallecido⁴. Cada nuevo heredero sería, entonces, una suerte de *mamushka* que viene a contener a la muñeca/causante anterior⁵.

En el derecho romano primitivo el heredero era un continuador de la persona, pero no un sucesor en los bienes. Cuando el causante instituía un heredero,

³ *Ob. Cit.*, p. 1.

⁴ Conf. MAFFIA, Jorge O., *Manual de Derecho sucesorio*, Depalma, Tomo I, 4ª ed., Bs. As., 1993, p. 14.

⁵ Con gran perspicacia y una buena cuota de ironía ha dicho IHERING: “...Otros son tan buenos [...] que hace[n] perdurar la personalidad del causante en el próximo y en todos los sucesivos herederos hasta el fin del mundo, con lo que la transmigración anímica, expuesta por los pitagóricos, o si se prefiere la inmortalidad personal, desde el punto de vista jurídico, podría llegar a realizarse. Una persona va embutida en otra, como las cajas de diferentes tamaños en una tienda de comestibles. Cada uno de nosotros lleva en su interior una partícula hereditaria, infinitamente adelgazada, de Adán, y viene a ser una especie de atlas civilístico, que lleva consigo, a título hereditario, la Humanidad que ha existido antes de nosotros” (en IHERING, Rodolph von, *Jurisprudencia en broma y en serio*, Reus, Madrid, 2015, p. 31).

tenía como propósito traspasarle la autoridad de la que se hallaba investido y dejar alguien que se ocupara del culto familiar, con independencia de la asignación de la fortuna o bienes⁶.

Pero si bien, en un comienzo, la continuidad de la persona del difunto por su heredero era independiente de la atribución patrimonial a éste último, la necesidad de que el heredero adquiriese los bienes del fallecido fue imponiéndose poco a poco, por lo que “el heredero se convirtió en continuador, no sólo de la persona, sino también del patrimonio”⁷.

Los que terminaron de darle forma a ésta elaboración fueron Aubry y Rau, de quienes Vélez Sarsfield tomó directamente la tesis a efectos de plasmarla en el Código Civil que tuvo vigencia en la Argentina por más de 150 años.

Para estos autores, el patrimonio aparece como un atributo de la personalidad, emana de ella. Parten de dos abstracciones: que el patrimonio es una universalidad jurídica, diferente a los objetos que la componen, y que comprende no sólo los bienes que el titular tiene sino también los que pudiera adquirir en el futuro⁸.

De esas dos premisas se desprenden varios postulados, entre ellos: que el patrimonio es intransmisible en vida de su titular y que la transmisión sólo opera en caso de muerte, ya que al confundirse la personalidad del causante con la de su heredero se confunden también sus patrimonios. Esta es, además, la razón por la cual el heredero responderá *ultra vires hereditatis*⁹, es decir, también con sus propios bienes.

II.A.2. Teoría de la *universitas iuris*

También, tomando como base la doctrina de Aubry y Rau y buscando saltar el escollo que implica la ficción –hoy ilógica- de la continuación de la persona del causante, han surgido posturas objetivas que centran la explicación en el objeto transmitido.

La herencia consiste, para los partidarios de esta teoría, en una universalidad de derecho o *universitas iuris*. El heredero no está llamado a suceder en una relación jurídica determinada, ni en una suma de relaciones singulares, sino en

⁶ Conf. FORNIELES, Salvador, *Tratado de las Sucesiones*, Tipográfica Editora Argentina, 4ª Ed., Buenos Aires, 1958, p.31.

⁷ FORNIELES, *Ob. Cit.*, p. 33.

⁸ Conf. MAFFIA, Jorge O., *Tratado de las Sucesiones*, t. I, Abeledo Perrot, 3ra Ed., Bs As. 2012, p. 35.

⁹ Conf. MAFFIA, *Tratado [...]*, *Ob. Cit.*, p. 35.

la unidad orgánica de las relaciones jurídicas que sobreviven al *de cuius*¹⁰. Se transmiten al heredero todos los bienes transmisibles como unidad y no considerados singularmente.

En definitiva, la herencia es una *universitas iuris*, es decir, un complejo unitario que no es la suma de las relaciones activas y pasivas que lo componen, sino una entidad que trasciende de la pluralidad¹¹.

II.A.3. Teoría de la sucesión en la posición jurídica del causante

También dentro de una línea subjetiva se encuentran las ideas que defiende BARBERO, quien sostiene -basándose en la *successio* del derecho romano- que, si bien el concepto de *continuación de la persona del difunto* no se ajusta a la estructura del fenómeno hereditario, ya que causante y heredero son dos personas diferentes, lo que se quiere decir con ello, desde un punto de vista funcional, es que “la ‘posición jurídica del difunto’ continúa en el heredero – naturalmente, en cuanto a la parte que constituye objeto de la sucesión- con las mismas características, de hecho y de derecho que tenían en el *de cuius*”¹².

En virtud de lo expuesto, y tal como ocurre en la teoría de la sucesión en la persona, el heredero adquiere en las relaciones la misma posición que tenía el difunto, incluso las actitudes subjetivas personales como la buena y la mala fe, el *animus possidendi* y el *factum possessionis*¹³.

Si bien BARBERO critica la tesis de la *universitas iuris* afirmando que es antieconómica al crear un objeto único de derecho (en sus palabras: “un bolo hereditario” que “tiene que deglutir el heredero”¹⁴) que comprende tanto bienes como deudas, luego afirma que se atribuye al heredero una *universalidad*, entendida simplemente como “atribución de los bienes –de los bienes en cuanto bienes, no de los bienes y de las deudas- como totalidad o como fracción del patrimonio del difunto, y no ya como objetos singulares”¹⁵.

¹⁰ El “*De cuius*” es el causante. El término proviene de la fórmula latina “*de cuius successione agitur*” (aquel de cuya sucesión se trata).

¹¹ Conf. DOMINGUEZ REYES, Juan-Faustino, *La transmisión de la herencia*, Ed. Atelier, Barcelona, 2010, p. 114.

¹² BARBERO, Doménico, *Sistema del Derecho Privado*, Tomo V, EJE, trad. por Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1967, p. 4.

¹³ *Ibidem*. También en este sentido: art. 3218 Código Civil argentino vigente hasta el 31/07/2015 y art. 2280 Código Civil y Comercial argentino.

¹⁴ BARBERO, *Ob. Cit.*, p. 14

¹⁵ *Ob. Cit.* p. 15.

El heredero sucede en el conjunto de la posición jurídica al causante en proporción a los bienes que adquiere, respondiendo, por consiguiente, por las deudas que existan en esa proporción¹⁶.

II.A.4) Teoría de la sucesión en los bienes

La doctrina moderna tiende a aceptar esta teoría que considera a la herencia como una suma de bienes o un conjunto de relaciones jurídicas de carácter patrimonial¹⁷.

Esta postura tiene su origen en el derecho germánico. Los germanos en la antigüedad desconocían la propiedad exclusiva tal como la concebimos hoy¹⁸. La evolución de la propiedad en sus sociedades se caracterizó por el tránsito de la propiedad colectiva a la propiedad familiar¹⁹.

Había una suerte de copropiedad familiar que no tenía una organización tan unificada como en el derecho romano: el jefe no detentaba funciones sacerdotales o religiosas y sólo poseía facultades de administración de los bienes y de protección de la familia²⁰. Para enajenar la tierra el jefe de familia necesitaba la autorización de todos los miembros de ésta²¹.

De aquí que la herencia se redujera sólo a “un conjunto de bienes y deudas, constituyendo una entidad autónoma, independiente de la persona del heredero y que se basta[ba] a sí misma”²².

La herencia es, entonces, una masa patrimonial que se liquida sin confundirse con el patrimonio del heredero. Por esta razón, ni los acreedores del causante pueden atacar bienes del heredero, ni los acreedores de éste último pueden agredir el patrimonio relicto hasta tanto los acreedores del *de cuius* hayan visto satisfechas sus deudas. La responsabilidad es *intra vires hereditatis*.

Para quienes afirman esta teoría, la herencia no constituye un ente abstracto diferente de los bienes que la componen²³. No entienden que el patrimonio,

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Conf. ABELLA, Adriana N., *Derecho inmobiliario registral*, Zavallía, Buenos Aires, 2008, p. 368.

¹⁸ MAFFIA, *Tratado [...] Ob. Cit.*, p.33.

¹⁹ PEREZ LASALA, José Luis y PEREZ LASALA, Fernando, *Curso de Derecho Societario*, Abeledo Perrot, 2007, ABELEDO PERROT N°: 9206/001849.

²⁰ Conf. MAFFIA, *Tratado [...] Ob. Cit.*, p. 33.

²¹ PEREZ LASALA y PEREZ LASALA, *Ob. Cit.*

²² *Ibidem*

considerado como entidad independiente de los objetos que lo forman, puedan ser motivo de alguna relación jurídica.

Si bien reconocen que el patrimonio es la garantía de los acreedores de una persona, manifiestan que éstos se cobran sobre los bienes en concreto y no sobre la entidad ideal²⁴.

Afirman que la universalidad no suprime la individualidad de los objetos que la componen. Para apuntalar esta aseveración se ha dicho que “si uno tiene la propiedad de las cosas singulares que forman la *universitas*, ¿para qué sirve el reconocimiento de un segundo derecho sobre el conjunto, cuando este segundo derecho no expresa sino una relación de totalidad sobre las cosas que ya me pertenecen? Para admitir que el agregado sea objeto autónomo de derechos, hay que conceder la posibilidad de un diverso destino jurídico del todo y de las partes, lo que nunca ocurre”²⁵

Cuando una persona fallece transmite a sus herederos los bienes que posee (y que son pasibles de ser transmitidos), no otra cosa diferente. La particularidad del caso es que se transmiten “en globo”, bajo una misma regla.

Se utiliza la palabra “universalidad” sólo para designar una colección de objetos y/o derechos²⁶. Si hay una universalidad en la herencia, esta es sólo de hecho y se da por haber pertenecido los bienes a una misma persona²⁷.

Los términos “patrimonio” y “universalidad” no son más que una forma cómoda de designar todos los bienes de una persona que son apreciables en dinero y no existe otra utilidad que no sea esa²⁸.

Como ya se ha dicho líneas arriba, producida la muerte de una persona, uno de los principales problemas radica en determinar quien toma a su cargo las deudas (el pasivo) que ésta tenía. La teoría clásica suplanta al causante por sus herederos, pues entiende que es imposible que el sujeto pasivo de una obligación no sea una persona.

Para quienes sostienen la postura de la sucesión en los bienes, es más lógico que los créditos contra el difunto graven su patrimonio. Pero la ligazón de estas

²³ Conf, PEREZ LASALA, José Luis, “Contrato de cesión de herencia” en MORELLO, Augusto M.(Dir.), *Familia y Sucesiones: enfoque actual*, Librería Editora Platense, La Plata, 2006, p. 305.

²⁴ Conf. FORNIELES, *Ob. Cit.*, p. 39.

²⁵ FERRARA, Francesco cit. por PEREZ LASALA, *Ob. Cit.*, p.304 y FORNIELES, *Ob. Cit.*, p. 38.

²⁶ Conf. FORNIELES, *Ob. Cit.*, p. 43.

²⁷ PEREZ LASALA y PEREZ LASALA, *Ob. Cit.*, Par. 36.

²⁸ FORNIELES, *Ob. Cit.*, p. 58.

deudas con los bienes transmitidos deriva directamente de la ley “y no de una pretendida inherencia de éstas a los bienes”²⁹.

La teoría de la *sucesión en los bienes* se basa, entonces, en dos pilares fundamentales: 1) el heredero no continúa la persona del difunto; y 2) recibe los bienes a título singular.

El sucesor recibe los bienes que quedan una vez cancelado el pasivo que recae sobre los bienes relictos y no sobre el patrimonio de los herederos.

Algunas de las ventajas que señalan quienes adscriben a esta postura³⁰ son las siguientes:

- a) Desaparece la responsabilidad *ultra vires hereditatis* que funciona de manera arbitraria y obliga a una persona a cargar con deudas que nunca contrajo, beneficiando sin causa al acreedor. La situación de los acreedores no cambia con la muerte del obligado al pago de los créditos. No hay necesidad de recurrir a institutos como el beneficio de inventario y la separación de patrimonios.
- b) No persiste el carácter de la posesión que impide prescribir al heredero de buena fe cuando el causante poseía de mala fe y permite hacerlo al de mala fe cuando el *de cuius* lo hacía de buena fe.
- c) En caso de que haya que reivindicar un bien que esté en manos de un tercero la sucesión puede reclamar la cosa misma (en el sistema de *sucesión en la persona* el heredero sólo podría deducir su acción sobre la parte alícuota que le corresponde)

Dentro de esta postura, se han adoptado diferentes procedimientos técnicos para su funcionamiento. Así, hay quienes sostienen que la herencia es un patrimonio de afectación, independiente de las personas, que existe sólo a efectos de su liquidación y distribución, y otros que afirman que podría dársele personalidad a la sucesión³¹.

En la variante más pura del sistema, que se aplica en la actualidad en sistemas anglosajones, el patrimonio relicto no se transmite directamente al heredero. Producida la muerte hay una suerte de vacancia y los bienes retornan a la Corona, quien se convierte en guardiana de éstos. Luego, un juez nombra un administrador-liquidador (*personal representative*), quien será el encargado de

²⁹ PEREZ LASALA y PEREZ LASALA, *ibídem*.

³⁰ Conf. FORNIELES, *Ob. Cit.*, p. 61.

³¹ Conf. PEREZ LASALA, *Ob. Cit.*, p. 63.

liquidar los bienes, pagar las deudas y transferir los bienes remanentes, individualizados y libres de pasivo, a los herederos³².

II.A.5. La concepción de la universalidad residual

Una aparente teoría intermedia es la adoptada en reiteradas oportunidades por el Tribunal Supremo español³³.

Para los que adscriben a esta postura, de carácter objetivo, sólo después de haber satisfecho las obligaciones que estaban en cabeza del causante se puede conocer el líquido partible entre los herederos. La herencia es el remanente que, después de pagarse los legados y deudas, quedase del conjunto de bienes, derechos y obligaciones del *de cuius*.

Esta tesis comparte con la sucesión en los bienes que la aceptación de la herencia importa acceder a lo que resta después de cumplidas las deudas, cargas y gravámenes.

Por otro lado, se asemeja a la sucesión en la persona en que los herederos no reciben los bienes a título singular o *uti singuli*, sino que se entiende que el patrimonio queda aglutinado, formando una unidad abstracta o universalidad, y lo que se produce es un desplazamiento de bienes, derechos y obligaciones en su totalidad³⁴.

II.A.6. La situación en el nuevo código civil y comercial argentino

Se ha sostenido que ha habido un cambio de perspectiva, que en el Código Civil y Comercial se ha abandonado el sistema de la continuación de la persona del causante que regía en el Código Civil de Vélez Sarsfield³⁵ y que se ha adoptado el de la sucesión en los bienes³⁶. Así, el heredero sería un

³² Conf. PEREZ LASALA y PEREZ LASALA, *Ob. Cit.*, parr. 14. Ver también: FERRER, Francisco M., “El derecho de sucesiones en el proyecto de Código Civil y Comercial”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2012-3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013, p. 570.

³³ Conf. DOMINGUEZ REYES, *Ob. Cit.*, p. 101.

³⁴ DOMINGUEZ REYES, *Ob. Cit.*, p.105.

³⁵ Esto se afirma expresamente en el antiguo art. 3417 que decía: “El heredero que ha entrado en posesión de la herencia [...] continúa la persona del difunto [...]”.

³⁶ IGLESIAS, Mariana B., “Pago de deudas y legados en el Anteproyecto de Código Civil”, JA 2012-III-1357.- En igual sentido: HERNANDEZ, Lidia B. ARIANNA, Carlos A. OCAMPO, Carlos G., UGARTE, Luis A., “La limitación de responsabilidad del heredero en el Proyecto de Código Civil. Deudas durante la indivisión y pago a acreedores y legatarios”, LL 2013-B-979 (AR/DOC/1326/2013), con críticas a la decisión de hacer responder *ultra vires* al heredero que omite realizar el inventario (art. 2321).

liquidador que vende los bienes recibidos a efectos de pagar las deudas del causante y dividirá con sus coherederos el remanente.

Otros, por su parte, han afirmado que, si bien la redacción del artículo 2280 del Código Civil y Comercial³⁷ parecería modificar el principio general de responsabilidad *ultra vires* por el principio de la responsabilidad *intra vires hereditatis*, el heredero responde con sus propios bienes si realiza los actos que establece el artículo 2321 del Código Civil y Comercial³⁸, razón por la cual se mantendría el sistema de sucesión en la persona y de la herencia como universalidad³⁹.

Sostienen que la sucesión continúa siendo universal, ya que la transmisión de las relaciones “se produce *ipso iure*, en bloque y de una sola vez, comprendiendo todas las relaciones jurídicas patrimoniales transmisibles, incluidas las deudas”⁴⁰

II.A.7. Nuestra opinión

³⁷ “ARTICULO 2280: Situación de los herederos. Desde la muerte del causante, los herederos tienen todos los derechos y acciones de aquél de manera indivisa, con excepción de los que no son transmisibles por sucesión, y continúan en la posesión de lo que el causante era poseedor. Si están instituidos bajo condición suspensiva, están en esa situación a partir del cumplimiento de la condición, sin perjuicio de las medidas conservatorias que corresponden. En principio, responden por las deudas del causante con los bienes que reciben, o con su valor en caso de haber sido enajenados.”

³⁸ “ARTICULO 2321.- Responsabilidad con los propios bienes. Responde con sus propios bienes por el pago de las deudas del causante y cargas de la herencia, el heredero que:

- a) no hace el inventario en el plazo de tres meses desde que los acreedores o legatarios lo intiman judicialmente a su realización;
- b) oculta fraudulentamente los bienes de la sucesión omitiendo su inclusión en el inventario;
- c) exagera dolosamente el pasivo sucesorio;
- d) enajena bienes de la sucesión, excepto que el acto sea conveniente y el precio obtenido ingrese a la masa.”

³⁹ Conf. DI LELLA, Pedro, “Aproximación a las modificaciones más relevantes en materia de sucesiones que propone el Anteproyecto de Código Civil”, JA 2002-III-1402.-En el mismo sentido FERRER, *Ob. Cit.*, p. 568; CNCiv, Sala B, 11/11/1997, “Schirinian Manuc s/sucesión”, LL 1999-C-722; MAFFIA, *Tratado [...]*, *Ob. Cit.*, p. 39; y ZANNONI, Eduardo A. “Los principios fundamentales del derecho sucesorio y el beneficio de inventario en la ley 17.711”, LL 142-808 (los últimos tres tratan el tema en relación a la ley 17.711 que estableció que la aceptación de la herencia presume realizada con beneficio de inventario, pero sus postulados son igualmente aplicables a lo establecido por el nuevo Código Civil y Comercial Argentino).

⁴⁰ FERRER, *Ob. Cit.*, p.569.

No hay dudas que el Código Civil y Comercial, siguiendo la tendencia del derecho moderno, consagra de forma clara la responsabilidad *intra vires hereditatis*, dejando de lado la ficción de la continuación de la persona.⁴¹

Sin embargo, creemos que no se abandona la idea de la universalidad de derecho.

En los fundamentos del anteproyecto, la comisión que lo redactó⁴² expresó que “se mantiene el principio de la separación de patrimonios y se prevén distintos supuestos de responsabilidad, del heredero único, de la pluralidad de herederos y de los legatarios, incluido el de una *universalidad de bienes y deudas*, reuniéndose en un solo texto los distintos casos en que el heredero no goza de esa separación”⁴³.

Asimismo, el artículo 2278 del Código Civil y Comercial establece que “se denomina heredero a la persona a la que se transmite la *universalidad* o una parte indivisa de la herencia”.

Otro indicio que permite afirmar que el sistema adoptado no es el de sucesión en los bienes lo encontramos en el artículo 2280 que establece que “[los herederos] continúan en la posesión de lo que el causante era poseedor [...]”. La posesión del causante no se une a la del heredero, sino que es la misma⁴⁴.

Por otro lado, si bien la teoría de la continuación de la persona del causante ha perdido fuerza a nivel doctrinario, no hay que olvidar que el heredero tiene una misión de tutela sobre los intereses extrapatrimoniales del causante: “piénsese en las acciones de filiación sin contenido patrimonial, en el derecho moral del autor (defensa de la integridad de la obra del *de cuius*, prohibición de representar una obra suya por motivos de conciencia) y sobre todo en las acciones de injuria y calumnia que puede ejercitar el heredero”⁴⁵.

⁴¹ En la actualidad las legislaciones de raíz latina y las germánicas han tendido hacia la unificación, desde que las primeras incorporaron institutos como el beneficio de inventario y las segundas admitiendo que la responsabilidad sea ilimitada en algunos casos –por ejemplo, ante falta de inventario-. Ver PEREZ LASALA y PEREZ LASALA, *Ob. Cit.*, Par. 13.

⁴² Integrada por los doctores Ricardo L. Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci.

⁴³ <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>. P.219 [Consultado por última vez el 06/05/2016]

⁴⁴ Conf. ZAVALA, Gastón Augusto en comentario al Art. 2280 en CLUSELLAS, Gabriel Eduardo, *Código Civil y Comercial*, Astrea – FEN, Buenos Aires, 2015, p. 873.

⁴⁵ LACRUZ BERDEJO, José Luis, citado por MEDINA, Graciela, “Reforma al Código Civil argentino en materia sucesoria” en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2000-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 188. En el mismo sentido y haciendo hincapié en aspectos morales: RIPERT, Georges – BOULANGER, Jean, *Traité élémentaire de Droit Civil de Planiol*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 4ª ed., Paris, 1951, p. 705.

Por lo expuesto, entendemos que en el ordenamiento legal argentino no se aplican puramente ni la tesis de la sucesión en la persona ni la de la sucesión en los bienes.

Creemos que los sistemas que más se adaptan a la regulación de nuestro país son los de la sucesión en la posición jurídica del causante (desde la faz subjetiva) y la tesis de la universalidad residual (desde una punto de vista objetivo). Entendemos que lo que se transmite es una universalidad y no una suma de bienes individuales, y la transmisión *uti singuli* se realiza con la partición, una vez deducidas las cargas y deudas que pesaban sobre el patrimonio del causante.

III) CESIÓN DE HERENCIA

A. Definición

La cesión de derechos hereditarios ha sido definida como el contrato mediante el cual el heredero (cedente), transmite a otro (cesionario) la universalidad jurídica (herencia) o una cuota de ella, sin consideración especial de los elementos que la componen⁴⁶

B. Objeto

La doctrina es unánime en considerar, siguiendo el principio contenido en el brocardo latino *quid semel heres semper heres*, que la calidad de heredero no es cesible, por lo que no se transmite al cesionario⁴⁷.

En cambio, hay discrepancias a la hora de determinar qué es lo que se transmite.

Para quienes siguen las teorías de continuación de la persona o de la herencia como *universitas iuris*, el contrato transmite una universalidad jurídica o universalidad de relaciones jurídicas⁴⁸ entendida como el conjunto de derechos

⁴⁶ Conf. OLMO, Juan Pablo, "La cesión de herencia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", AR/DOC/3753/2014.

⁴⁷ PALACIOS, María Cristina, comentario al art. 2303 en CLUSELLAS, *Ob. Cit.*, p.999; MENDEZ COSTA, María J., "El cesionario y la titularidad de las acciones del heredero", JA 2001-IV-945;

⁴⁸ MENDEZ COSTA, María Josefa, "Consideraciones sobre la naturaleza y la forma de la cesión de herencia", Revista del Notariado, Colegio de escribanos de Capital Federal, Nº730, Julio-Agosto 1973, p.1428.

y obligaciones que son considerados por la ley como un todo ideal y que el heredero adquiere por la muerte del causante⁴⁹

Por ello, se ha sostenido que “en la cesión de herencia no se venden los bienes que la componen sino que únicamente se cede el derecho a esos bienes, puesto que no es la universalidad de cosas de que la herencia se compone lo que se cede, sino la universalidad de derechos que se tienen como consecuencia de la calidad de heredero”⁵⁰

Para quienes adscriben a la teoría de sucesión en los bienes, como `PEREZ LASALA, se transmite el “conjunto de derechos patrimoniales recibidos a título de heredero, gravados en cierto modo con las deudas”⁵¹, pero ello no implica que se transmita una universalidad jurídica. Lo que se transmite, para ellos, es la suma de bienes individuales.

En todo caso, puede llegar a considerarse que lo que se transmite es una universalidad de hecho (*universitas facti*), es decir, un conjunto de bienes agrupados por tener un origen común (haber pertenecido al causante)⁵².

Personalmente, habiendo ya manifestado nuestra opinión en relación a lo que consideramos es la herencia, compartimos la postura de ROCA SASTRE, quien afirma que cuando ésta se cede no se produce un simple agregado o conglomerado de ventas, donaciones y/u otros actos jurídicos, una para cada objeto singular integrante de la herencia, sino que hay un solo acto jurídico con un solo objeto (la herencia), hecha abstracción de las cosas singulares que lo componen, las cuales, de ser contempladas, lo son, no en sí mismas y aisladamente consideradas (*uti singuli*), sino como partes de un todo (*uti universitas*).⁵³

C. Carácter traslativo

Hay quienes sostienen que aunque el negocio de enajenación sea unitario y de una universalidad, la efectiva transmisión de los bienes que integran los derechos cedidos exigirán el cumplimiento del modo necesario para que la adquisición quede consumada y produzca todos sus efectos legales. Así, habrá

⁴⁹ Conf. ZINNY, Mario Antonio, “Cesión de herencia y otras figuras”, LL Online AR/DOC06484/2011, p.1

⁵⁰ MENDEZ COSTA, “Consideraciones[...]”, *Ob. Cit.*, p. 1428 (con cita de jurisprudencia)

⁵¹ PEREZ LASALA Y PEREZ LASALA, *Ob. Cit.*, par. 334.

⁵² Conf. FORNIELES, *Ob. Cit.*, Tomo II, p. 348.

⁵³ ROCA SASTRE, Ramón María citado por MENDEZ COSTA, “Consideraciones [...]” *Ob. Cit.*, p. 1429.

que hacer la tradición de cada bien y, en caso de corresponder, la pertinente inscripción registral (por ejemplo para automotores)⁵⁴.

Otros, entre los que se encuentran algunos de los partidarios de la sucesión en los bienes, sostienen que es menester diferenciar dos situaciones: 1) Si el cedente es el único heredero será necesario que se realice la tradición de cada uno de los bienes para que pueda considerarse al cesionario dueño de los mismos; y 2) si existen otros coherederos no es necesario un acto individual de posesión del cesionario, pues se supone que adquiere sólo una cuota hereditaria que no se proyecta sobre cada una de las cosas singulares que la integran y que se transmitirá en forma instantánea⁵⁵.

Nosotros, teniendo en cuenta la postura que adoptamos en relación a la naturaleza jurídica de la herencia, compartimos la tesis que entiende que la cesión tiene carácter traslativo puesto que el cesionario sucede en la posición jurídica al cedente⁵⁶ y recibe la herencia sin necesidad de realizar otro acto que el contrato de cesión y sin que se requiera cumplir con los modos de adquisición que corresponda a la naturaleza de cada bien.

D. Contrato aleatorio

En relación a la existencia de la herencia y a la parte cedida, el contrato es, en principio, conmutativo (salvo que los derechos se hayan cedido como litigiosos o dudosos)⁵⁷.

Se ha sostenido que es aleatorio puesto que lo que se cede son derechos sobre un objeto que importa una universalidad indeterminada, compuesta de diferentes bienes gravados con ciertas deudas, razón por la cual su contenido

⁵⁴ Conf. MENDEZ COSTA, "Consideraciones [...]", *Ob. Cit.*, p. 1437.

⁵⁵ Conf. FORNIELES, *Ob. Cit.*, p. 351; PEREZ LASALA y PEREZ LASALA, *Ob. Cit.*, par. 337.

⁵⁶ Conf. ZANNONI, Eduardo A., *Manual de derecho de las sucesiones*, Astrea, 3ra ed., Bs. As. 1996, p. 282.

⁵⁷ Por esta razón, el cedente responde por evicción en esos casos. El Código Civil y Comercial lo recepta en el siguiente artículo "ARTICULO 2305.- Garantía por evicción. Si la cesión es onerosa, el cedente garantiza al cesionario su calidad de heredero y la parte indivisa que le corresponde en la herencia, excepto que sus derechos hayan sido cedidos como litigiosos o dudosos, sin dolo de su parte. No responde por la evicción ni por los vicios de los bienes de la herencia, excepto pacto en contrario. En lo demás, su responsabilidad se rige por las normas relativas a la cesión de derechos. Si la cesión es gratuita, el cedente sólo responde en los casos en que el donante es responsable. Su responsabilidad se limita al daño causado de mala fe.

es variable e incierto hasta el momento de la partición⁵⁸. Hay un riesgo pues no se sabe el *quantum* de lo que recibirá el cesionario.

Las partes podrían, sin embargo, modificar el nivel de alea del contrato si incrementan la garantía y afirman cierta consistencia de la herencia⁵⁹.

E. Momento en que pueden cederse derechos hereditarios

Los derechos pueden ser cedidos desde el fallecimiento del causante y hasta la partición.

F. Forma

Según lo normado por el artículo 1618 del Código Civil y Comercial la cesión de derechos hereditarios debe ser realizada por escritura pública.

Creemos que este requisito de forma nos coloca a los notarios en un rol central en torno a la información que debemos brindar a los requirentes, orientándolos en relación a los efectos que esta cesión tendrá cuando sea realizada para tener efectos en relación a otras relaciones jurídicas.

G. Publicidad (momento desde el cual produce efectos)

El Código Civil y Comercial puso fin a las divergencias doctrinarias que había en la materia⁶⁰ al establecer en el artículo 2302 que “La cesión del derecho a una herencia ya deferida o a una parte indivisa de ella tiene efectos: a) entre los contratantes, desde su celebración; b) respecto de otros herederos, legatarios y acreedores del cedente, desde que la escritura pública se incorpora al expediente sucesorio; c) respecto al deudor de un crédito de la herencia, desde que se le notifica la cesión”.

Si bien los derechos hereditarios pueden ser cedidos desde que se produce el fallecimiento del causante, frente a terceros no tendrá efecto hasta tanto no se presente en el expediente sucesorio, razón por la cual sería recomendable tener iniciado el juicio sucesorio o iniciarlo inmediatamente después de realizar la cesión para poder darle publicidad.

⁵⁸ Conf. GIMENO, Rosana F., “Cesión de derechos y acciones hereditarios”, LL On line, AR/DOC/3237/2013.

⁵⁹ LOPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos*, T. 2, Ed. Zavalía, 3ra. Ed., Bs. As., 2000, p. 917 (nota 22).

⁶⁰ Para un análisis de las diferentes posturas ver: SAUCEDO, Ricardo J., “La publicidad del contrato de cesión de derechos hereditarios”, ABELEDO PERROT Nº: AP/DOC/1523/2014, y SABENE, Sebastián E., “Forma y publicidad de la cesión de acciones y derechos hereditarios”, JA 2012-III-1192.-

IV) LA HERENCIA COMO OBJETO DE GARANTÍAS

A) Posibilidad de su empleo

Entendemos que prácticamente todo lo que la doctrina ha escrito sobre cesión de créditos en garantía es aplicable a la cesión de herencia en garantía.

Si bien no desconocemos la diferente naturaleza de ambos institutos, creemos que desde un punto de vista patrimonial presentan cierta similitud.

Un crédito es el lado activo de una obligación⁶¹, es decir, una relación jurídica en virtud de la cual un sujeto (acreedor) tiene el derecho de que otro (deudor) realice a su favor determinada prestación, que puede ser valuada en dinero. Desde un punto de vista económico será positivo o neutro, toda vez que provocará un incremento en patrimonial de su titular o, al menos, no lo disminuirá (incluso si el crédito es eventual o no se conoce su valuación, esta nunca importará una disminución en el patrimonio del acreedor).

Análogamente a lo que sucede con el crédito, teniendo en cuenta la postura que ha adoptado el Código Civil y Comercial argentino⁶², la herencia es una suerte de activo pues lo “normal” en el régimen sucesorio establecido es que el heredero reciba los bienes del causante y responda por las deudas que este tenía sólo con los bienes que recibe⁶³. Por ello, la cuenta sólo puede tener como resultado que el patrimonio del heredero se vea aumentado por lo recibido o permanezca incólume, pero no que disminuya⁶⁴.

Asimismo, entendemos, al igual que RIVERA, que en el derecho argentino cualquier derecho patrimonial que resulte cesible conforme a las reglas generales puede ser materia de una cesión en garantía⁶⁵. Por ello, celebramos que el legislador en el Código Civil y Comercial haya modificado la terminología del Código anterior, haciendo ahora referencia a la cesión en garantía en el

⁶¹ Conf. ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, 3ª Ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 15.

⁶² Si el régimen adoptado fuera el de “continuación de la persona del causante por el heredero” de manera pura, la responsabilidad sería *ultra vires hereditatis* por lo que no se podría afirmar que la herencia es un activo.

⁶³ Arg. Art. 2280 *in fine* del Código Civil y Comercial.

⁶⁴ Ello siempre y cuando no realice actos que lo hagan quedar comprendido en las causales del artículo 2321 del Código Civil y Comercial.

⁶⁵ Conf. RIVERA, Julio Cesar, “Cesión de créditos en garantía”, LL 1991-C-868.

capítulo en que refiere a la “cesión de derechos”, descartando de esta manera la versión más restringida (“cesión de créditos”)⁶⁶.

En virtud de lo expuesto, afirmamos que nada obsta a que una persona garantice una obligación gravando o poniendo como objeto de la garantía a una herencia, instrumentando ello a través de un contrato de cesión de derechos hereditarios⁶⁷. Las formas en que esta garantía se podría instrumentar son diversas. Analizaremos algunas a continuación.

B) Formas de instrumentación

La situación de base de la que debemos partir es una relación entre un sujeto deudor que es el titular de una herencia (o de parte alícuota de ésta) y un acreedor. El deudor tiene distintas variantes para utilizar la herencia en esa relación, a saber:

- 1) Puede realizar una cesión de la herencia *pro soluto*, es decir, en pago del crédito.
- 2) Puede realizar una cesión *pro solvendo*, cediendo los derechos hereditarios a efectos de que el acreedor se cobre con ellos.
- 3) Puede ceder los derechos hereditarios a efectos de garantizar el crédito, realizando esta cesión en propiedad al acreedor o a un tercero mediante un fideicomiso de garantía o gravándolos y aplicando a la cesión las reglas de la prenda de créditos.

A continuación analizaremos los supuestos mencionados.

B.1) Cesión *Pro Solvendo* y *Pro Soluta*

La diferencia entre ambas cesiones es clara: en la cesión *pro soluto* se transmite la propiedad de la herencia sin garantizar que la misma sea suficiente a efectos de cancelar el crédito que se pretende cancelar, mientras que en la cesión *pro solvendo* no se transmite la propiedad de la herencia y el riesgo de que el acervo sucesorio no alcance a cubrir el crédito se mantiene en cabeza del deudor cedente.

⁶⁶ El artículo 1627 hacen referencia al cesionario parcial de un crédito, creemos que sería conveniente que dijese “el cesionario parcial de un derecho”.

⁶⁷ Creemos superada la antigua tesis que entiende que la cesión de derechos sólo puede ser un contrato principal y que, de hacerse con fines de garantía, la cesión sería un contrato accesorio innominado (postura sostenida en: Uruguay, *Juzgado Letrado De Primera Instancia En Lo Civil Tercer Turno de Montevideo*, sentencia nº 135, 21/07/1942, Reyes, H., en Revista de la Asociación de Escribanos de Uruguay, V. 28, Nº 6, Junio 1942, p.260).

La cesión *pro soluto* podría ser calificada como una dación en pago, por lo que la deuda original queda extinguida con la cesión⁶⁸.

Si en la cesión *pro solvendo*, una vez canceladas las deudas del causante y adjudicados los bienes, la valuación de lo recibido por el acreedor-cesionario no alcanzare para satisfacer el monto del crédito original, éste podría reclamar al deudor cedente el pago de lo que reste.

Otra diferencia muy importante entre ambas radica en los efectos que se producen ante la insolvencia del deudor-cedente. En la cesión *pro solvendo*, como el crédito no salió del patrimonio del deudor, frente a su quiebra, el acreedor cedido debe verificar su crédito y debería volcar los bienes o su producido a la quiebra. En la cesión *pro solvendo*, en cambio, al haber existido una transmisión de la propiedad que extinguió el crédito no es necesario que el (antes) acreedor verifique⁶⁹.

Si bien la cesión *pro solvendo* presenta algunas semejanzas con la cesión en garantía, se diferencia, principalmente, en que en la primera el acreedor debe intentar cobrar su crédito mediante lo recibido en el acervo sucesorio y sólo podrá ir contra el deudor cedente si los bienes fueron insuficientes para cubrir la deuda. La finalidad es “el pago por un medio indirecto”⁷⁰.

Por otro lado, en la cesión en garantía, la finalidad es la garantía y el acreedor podrá intentar cobrar su crédito del deudor antes de recibir algún bien hereditario. El acreedor puede optar entre cobrarse de los bienes de la herencia o puede dirigirse directamente al deudor.

B.2) La cesión de derechos en garantía

Una de las maneras en las que se ha utilizado la herencia para garantizar obligaciones es la cesión de herencia en garantía, lo que se efectúa mediante una cesión de derechos hereditarios que realiza el deudor a favor del acreedor a efectos de garantizar una obligación.

En estos casos, tal como hemos mencionado líneas arriba, el acreedor/cesionario de derechos hereditarios tiene dos vías para cobrar su acreencia: está facultado para cobrar directamente del deudor/cedente (por el pago voluntario que este efectúe o agrediendo su patrimonio) o puede cobrar

⁶⁸ Conf. LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos*, T.2, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2000, P.72.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ LORENZETTI, *Ob. Cit.*, p. 73.

su crédito mediante lo que reciba del acervo hereditario o de la venta o ejecución de los derechos hereditarios que ha recibido⁷¹.

La cesión de derechos en garantía es un contrato cuya naturaleza jurídica ha sido hartamente discutida⁷², encontrándose posturas antagónicas en doctrina y jurisprudencia en torno al régimen que corresponde aplicarle: para algunos implica una suerte de negocio fiduciario, para otros es una cesión lisa y llana, mientras que para otros se aplican las normas de prendas sobre créditos⁷³.

Si bien el artículo 1615 del Código Civil y Comercial argentino⁷⁴ parecería, *a priori*, dar una respuesta a esta cuestión, creemos que, haciendo un análisis más profundo, la solución puede variar teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso.

La regla establecida en el artículo referenciado expone una calificación del contrato presumida por el legislador, pero ello no obsta a que las partes puedan alejarse de la naturaleza presunta y que del contrato surja expresa o, incluso, tácitamente que deben aplicarse a la relación jurídica otras normas que no sean las de la prenda de créditos⁷⁵.

En definitiva y tal como se ha dicho, la cesión “es un vehículo para la transmisión de derechos pero no reconoce una causa final típica, en cuanto constante y consustancial al negocio mismo”⁷⁶. Por ello, habrá que analizar el

⁷¹ Se discute en la doctrina argentina la posibilidad de subastar derechos hereditarios. Para nosotros no quedan dudas de su admisibilidad. En el mismo sentido: FUSTER, Gabriel Aníbal, “Subasta judicial de derechos hereditarios”, ABELEDO PERROT Nº 003/70047498-1. En contra de la admisibilidad de subasta de estos derechos: GENTILE, Malvina – GIGENA, Natalia – PÉREZ BILOS, Paola, “La subasta de derechos hereditarios ¿es posible?”, Anuario de Derecho Civil, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (Arg.), Vol. 9, 2004, p. 141.

⁷² Ciertos autores, entre ellos Salvat y Nieto Blanc (Citados por BORETTO, Maurico, *Las garantías autoliquidables*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2010, p. 230, nota 56; ARICO, Rodolfo, “Cesión de créditos en garantía”, ED 173-863; y el brillante voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci en SCMendoza, sala I, “Banco de Mendoza en J. 22.216 Compulsa en Carbometal S.A.I.C. p/conc. Prev. S/cas.”, ED 180-524), incluso, negaban la posibilidad de ceder créditos en garantía en el derecho argentino, postura que, entendemos, ha perdido vigencia frente al art. 1615 del Código Civil y Comercial Argentino que prevé expresamente el instituto de la cesión de derechos en garantía.

⁷³ Conf. SCMendoza, *Cit.*, p. 526.

⁷⁴ ARTICULO 1615.- Cesión en garantía. Si la cesión es en garantía, las normas de la prenda de créditos se aplican a las relaciones entre cedente y cesionario.

⁷⁵ Conf. HERNANDEZ, Carlos A. y TRIVISONNO, Julieta, “El contrato de cesión de derechos en el Código Civil y Comercial”, LL On-line, AR/DOC/1136/2015, p. 4.

⁷⁶ RIVERA, *Ob. Cit.*, p. 868.

texto del contrato en cada caso en particular para determinar la finalidad que las partes tuvieron al contratar⁷⁷.

B.2.a) La cesión de derechos en garantía como negocio fiduciario

Si las partes acuerdan realizar un negocio fiduciario, no obstante la finalidad de garantía del mismo, se produce una transmisión real de la titularidad de los derechos hereditarios.

La cesión fiduciaria podría realizarse a favor del mismo acreedor o de un tercero, quienes tendrían, en principio, las facultades del propietario: podrían ceder, gravar, realizar actos de disposición de los derechos hereditarios recibidos⁷⁸. Sin embargo, a efectos de delimitar con precisión las facultades del fiduciario habrá que estar a lo que se estipule en el contrato de fideicomiso.

Es importante rescatar que, para que la transmisión sea válida *erga omnes*, habrá que cumplir con los requisitos de forma y publicidad que establezca la ley (para el caso argentino presentación de la cesión de derechos hereditarios en el expediente sucesorio –conf. Art. 2302 del Código Civil y Comercial-).

La figura funcionaría de la siguiente manera: una vez que la obligación a la que garantiza el fideicomiso se vuelve exigible, el fiduciario podrá disponer de los derechos según lo dispuesto en el contrato y, en defecto de convención, en forma privada o judicial, siempre buscando asegurar un mecanismo que procure obtener el mayor valor posible de los bienes⁷⁹.

Podría pactarse, por ejemplo, que el fiduciario tenga la facultad de percibir directamente el importe adeudado mediante alguno de los siguientes supuestos: a) disponer a título oneroso de los derechos hereditarios; b) solicitar la adjudicación de bienes de la herencia a favor del acreedor; c) efectuar la venta de alguno de los bienes del acervo a favor de un tercero.-

En todos los casos mencionados el fiduciario deberá percibir y entregar al acreedor (en caso de que éste último no sea el propio fiduciario⁸⁰) el importe adeudado por el deudor hasta el monto de la obligación garantizada por el fiduciante, debiendo retransmitir a éste último lo que exceda de esa cantidad⁸¹.

⁷⁷ En este sentido: Voto del Dr. Heredia en CNCom, sala D, 28/08/2012, "Santamarina, Ramón y otro c/Gexal S.A. y otro", AR/JUR/42784/2012; CSMendoza, *Cit.*.-

⁷⁸ Arg. LORENZETTI, *Ob. Cit.*, p. 79.

⁷⁹ Cf. Art. 1680 del Código Civil y Comercial.

⁸⁰ La discusión sobre si era posible que el fiduciario fuera beneficiario del fideicomiso se vio zanjada por el artículo 1673 *in fine* del Código Civil y Comercial que lo permite expresamente.

⁸¹ Conf. ARICO, *Ob. Cit.*, p.866.

En estos casos es importante que el contrato establezca mecanismos para la valoración de los bienes o montos mínimos de venta, la forma en que el fiduciario hará efectivo el cobro, definiendo, por ejemplo, qué bienes se adjudicarán y/o venderán primero, las facultades que tiene el fiduciario mientras el crédito que se garantiza no es exigible, etc.

Finalmente, cabe aclarar que el negocio fiduciario pactado por las partes no deber ser necesariamente un “fideicomiso típico” o normado, sino que puede instrumentarse a través de lo que LISOPRAWISKY llama “negocio fiduciario puro”, que es un negocio indirecto, atípico e innominado, perfectamente válido por apoyarse en la autonomía de la voluntad, que puede carecer de algunas características establecidas por el legislador como, por ejemplo, la separación patrimonial, la inembargabilidad o la no concursabilidad, entre otras⁸².

B.2.b) La prenda de la herencia

i) La situación en Uruguay

Nos referiremos especialmente a la situación en este país, por poseer una particular regulación en esta materia.

El artículo 3º de la ley 17.228 establece: “Podrá ser objeto de prenda sin desplazamiento **todo bien o derecho concretamente identificable**. Entre otros, se podrán preñar los semovientes y, en general, cualquier animal de producción y trabajo, cardúmenes y sus productos; los bienes muebles afectados a una explotación rural, comercial o industrial, como instalaciones, máquinas y útiles; los frutos agrícolas; las plantaciones frutícolas y hortícolas; los minerales; los derechos a obtener prestaciones de dar, hacer o no hacer; los derechos de propiedad intelectual **y otros bienes incorporales**, incluso los créditos; los vehículos automotores; los bosques; los establecimientos comerciales e industriales en cuyo caso, salvo pacto en contrario, quedarán comprendidos los bienes concretos que los integran, con excepción de las mercaderías, materias primas y productos elaborados para su venta [...]”

Como vemos, la ley uruguaya permite preñar todo bien o derecho concretamente identificable. Luego hace una enumeración que no es taxativa y que incluye dentro del objeto de este derecho real a los bienes incorporales.

⁸² Conf. LISOPRAWISKY, Silvio V., “Negocio fiduciario atípico. La cesión de crédito en garantía”, LL 2012-E-266 (en comentario a la sentencia de la CNCom, Sala D, 23/04/2012, “Indiecito S.A. s/concurso preventivo s/incidente de revisión promovido por provincia de San Luis”, donde se caracterizó a la cesión de créditos en garantía como un negocio fiduciario puro basado en la confianza, semejante a la *fiducia cum creditore* de los romanos).

Determinar si la herencia puede ser objeto de este derecho real o no dependerá de la postura que se adopte en torno a qué es la herencia⁸³.

Así, si nos enrolamos en alguna de las teorías que analizamos *ut supra* y que entienden que la herencia puede ser considerada una universalidad que importe un derecho diferente al conjunto de bienes, será válido y posible el contrato de prenda sin desplazamiento.

El objeto del derecho real serían, de esta manera, los derechos hereditarios.

Si, en cambio, sostenemos que la herencia no es un ente abstracto diferente a los bienes que la componen (como creen quienes adscriben a la tesis de la sucesión en los bienes), no sería posible preñar derechos hereditarios, pues el contrato sería nulo por falta de objeto. Es decir, si sólo existen los bienes considerados individualmente, no existe una universalidad que sea concretamente identificable. Sólo cabría, en este caso, gravar con derechos reales de garantía cada uno de los bienes recibidos por el heredero, aplicando a cada caso en concreto el derecho real que corresponda (por ejemplo, la hipoteca para los inmuebles y la prenda para los muebles y/o créditos).

Entendemos que el Registro Nacional de Prendas sin Desplazamiento uruguayo recoge los postulados de la tesis que ve en la herencia una universalidad diferente a cada uno de los bienes, ya que permite la inscripción de prendas sobre derechos hereditarios. Sostiene, de conformidad con la normativa a la que hemos hecho referencia, que, para poder inscribirlos, deben ser concretamente identificables, requiriendo, a tales efectos, que se brinde el nombre del causante, fecha de fallecimiento, e inscripción si corresponde⁸⁴.

ii) La situación en Argentina

El artículo 2220 del Código Civil y Comercial dispone que “puede constituirse prenda con registro [...] sobre bienes que deben quedar en poder del deudor o del tercero que los haya prendado en seguridad de una deuda ajena. Esta prenda se rige por la legislación especial.”

La ley que regula la materia -el Decreto Ley 15.348/46 (ratificado por la ley 12.962 y sus modificatorias)- contiene dos tipos de prenda con registro (sin desplazamiento):

a) La prenda fija que se puede constituir sobre todos los bienes muebles o semovientes, los frutos o productos -aunque estén pendientes o se encuentren

⁸³ Conf. PORTILLO, Alejandra, “Prenda de derechos hereditarios: ¿Pueden ser objeto de prenda sin desplazamiento los derechos hereditarios?”, ponencia presentada en la LIII Jornada Notarial Uruguaya, 2013, p. 5.

⁸⁴ Según consta en la página web oficial de la Dirección General de Registros: <https://www.dgr.gub.uy/requisitos/prendas.htm> [última vez consultada el 05/05/2016]

en pie-, las cosas inmuebles por su destino (arg. Art. 10 del decreto ley citado) y sobre un fondo de comercio, comprendiendo las instalaciones contratos de locación, marcas, patentes y enseñas, dibujos y modelos industriales, distinciones honoríficas y todos los derechos que comporta la propiedad comercial, pero no incluyendo las mercaderías del negocio (Inciso d del art. 11 DL 15.348/46)

b) La prenda flotante se puede constituir sobre mercaderías y materias primas en general, pertenecientes a un establecimiento comercial o industrial (art. 14 DL 15.348/46).

Teniendo presentes los tipos existentes, ¿es posible, entonces, constituir derecho real de prenda sobre una herencia?

Descartamos la posibilidad de poder constituir derecho real de prenda sin desplazamiento, toda vez que, a diferencia de la ley uruguaya, la ley argentina limita el objeto de este derecho a los que hemos hecho referencia en los puntos a) y b) anteriores.

Por otro lado, el nuevo Código Civil y Comercial argentino trata la prenda de créditos en la sección tercera del capítulo 4 del Título XII del Libro Cuarto. El artículo 2232 establece que la prenda de créditos es la que se constituye sobre créditos instrumentados, aunque el derecho no se encuentre incorporado a dicho instrumento. Esta es una prenda con desplazamiento, es decir, el acreedor recibe el crédito pignorado.

Según la normativa, para poder preñar una herencia con desplazamiento en los términos de artículo 2232 del Código Civil y Comercial sería necesario poder considerarla un “crédito instrumentado”.

Un crédito es el lado activo de una obligación⁸⁵, es decir, una relación jurídica en virtud de la cual un sujeto (acreedor) tiene el derecho de que otro (deudor) realice a su favor determinada prestación, que puede ser valuada en dinero. Desde un punto de vista económico sería un elemento neutro o positivo, toda vez que, incluso si el crédito es eventual o no se conoce su valuación, a la larga podrá redundar en un acrecimiento patrimonial o no modificarlo, pero nunca importará una disminución del patrimonio del acreedor.

Como ya hemos sostenido, la herencia comprende “todos los derechos y obligaciones del causante que no se extinguen por su fallecimiento”, por lo que puede contener créditos pero no es un crédito en sí misma, razón por la cual, en principio, no podría ser objeto de este tipo de prenda.

Sin perjuicio de lo dicho, podríamos intentar afirmar que, análogamente a lo que sucede con el crédito, la herencia es una suerte de activo pues lo “normal” en el régimen sucesorio establecido es que el heredero reciba los bienes del

⁸⁵ Conf. ALTERINI, Atilio A., AMEAL, Oscar José y LOPEZ CABANA, Roberto M., *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, 3ª Ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 15.

causante y que responda por las deudas que esta tenía sólo con los bienes que recibe, por lo que la cuenta sólo puede tener como resultado que el patrimonio del heredero se vea aumentado por lo recibido o permanezca como está, pero no que disminuya⁸⁶.

Sin embargo, más allá de la característica compartida, descartamos que sea viable la identificación a los derechos hereditarios con los créditos, por lo que estos no podrían ser objeto de prenda.

A ello, hay que sumar que no es posible hacer una aplicación por analogía de lo regulado en cuanto a la prenda de créditos, pues la normativa en torno a los derechos reales es de orden público. Si bien hay aspectos en los que la autonomía de la voluntad puede tener cierto protagonismo en los derechos reales (en las normas que la doctrina llama supletorias o reglamentarias)⁸⁷, en relación al objeto de éstos (normas estatutarias rígidas) no tiene lugar.

El Código Civil y Comercial no deja dudas de ello al establecer, en el artículo 1884 que “la regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida sólo por la ley. Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura”.

B.2.c) La cesión en garantía regulada como prenda

Como adelantamos, creemos que, si del contrato de cesión de derechos hereditarios en garantía no surge con claridad que la transmisión es en propiedad (fiduciaria), se aplican las normas de la prenda de créditos, conforme a la regla general de carácter presuntivo establecida por el art. 1615 ya mencionado⁸⁸.

Buena parte de la jurisprudencia argentina venía sosteniendo esa postura desde hace tiempo en relación a la cesión de créditos.

En relación a la cesión de derechos hereditarios en garantía también ha habido algún fallo en este sentido, donde se ha afirmado que “el titular de una cesión parcial efectuada por la cónyuge supérstite en garantía de un crédito[...] no puede oponerse a la entrega de títulos de créditos pertenecientes a la herencia

⁸⁶ Ello siempre y cuando no realice actos que lo hagan quedar comprendido en las causales del artículo 2321 del Código Civil y Comercial.

⁸⁷ Sobre el tema ver: PEPE, Marcelo Antonio y MENDIZABAL, Gonzalo Alejo, “El orden público y la rigidez o flexibilidad en los derechos reales”, LL 2009-D-871 y LEIVA FERNANDEZ, Luis F. P., “La autonomía de la voluntad oculta en el Código Civil (en los derechos reales)”, LL 1996-E-882.

⁸⁸ Conf. LORENZETTI, Ricardo Luis, *Ob. Cit.*, p. 78.

solicitados por uno de los herederos”, ya que el cesionario es considerado, en realidad, solamente como “un acreedor” de la cedente⁸⁹.

Si bien, según se desprende del análisis que hemos realizado, no se puede constituir derecho real de prenda sobre los derechos hereditarios, consideramos que, conforme al artículo citado, sí son aplicables las normas de prenda de créditos a las relaciones entre cedente y cesionario en la cesión de derechos hereditarios en garantía.

Es importante resaltar que esto no importa constituir un derecho real de prenda, ya que respecto de terceros no se aplicarán las normas pignoraticias.

B.2.d) Diferentes efectos de la aplicación de las reglas de la prenda y del fideicomiso

La diferencia sustancial entre aplicar las normas de la prenda de créditos a la cesión en garantía radica en que, en el negocio fiduciario el acreedor (fiduciario) ostenta una garantía más intensa pues se le ha transmitido – fiduciariamente- la propiedad del derecho, pudiendo incluso disponer del mismo, facultad con la que no cuenta el acreedor prendario. En la prenda el acreedor pignoraticio no adquiere la propiedad, es decir, deudor prendario (cedente) conserva la titularidad del derecho, pudiendo disponer del mismo⁹⁰.

Uno de los ámbitos donde la diferencia entre una figura y la otra toma mayor relevancia es en caso de insolvencia del cedente. Ante esta situación, si la cesión supone una transmisión fiduciaria de la titularidad del crédito, quedará fuera del ámbito de la quiebra. Por el contrario, si consideramos que la cesión importa una prenda, el crédito permanece dentro de la masa falencial, ya que no ha salido del patrimonio del deudor.

En la prenda, el deudor debe verificar su crédito. La ventaja respecto de otras garantías está dada pues el crédito tendría el privilegio de los prendarios sobre la acreencia afectada⁹¹.

Aquí es donde toma gran trascendencia lo que dijimos líneas arriba, puesto que si ante una cesión de derechos hereditarios sólo aplicamos las reglas de la prenda respecto a cedente y cesionario y no podemos hacerlo frente a terceros, no se reconocerá ni surgirá a favor del acreedor-cesionario derecho

⁸⁹ Cámara Civil 2ª de la Capital, 28/08/1935, “Franco, Carlos Sixto (suc.)”, LL t. 1, p. 210.

⁹⁰ Conf. BORETTO, *Ob. Cit.*, p. 237.

⁹¹ LORENZETTI, *Ob. Cit.*, p. 78.

real alguno, ni gozará de la preferencia y privilegio que cuenta el acreedor prendario (será un mero acreedor quirografario)⁹².

⁹² Conf. BAYLEY, Jaime, "Afectación de derechos hereditarios en garantía de la restitución de dinero prestado", Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay, Volumen 27, Nº 9, Septiembre 1941, p. 381.

V) CONCLUSIONES

Creemos firmemente que un régimen jurídico que posea un sistema adecuado de garantías es sumamente beneficioso para el crédito, ya que se ve reflejado directamente en una baja en la tasa de interés⁹³.

Entendemos que, en ciertos casos, sobre todo cuando haya cierto grado de certeza en que la herencia es profusa, puede ser muy beneficioso permitir la prenda de derechos hereditarios, más aún en esta época en que la mayor parte de los negocios requieren de una gran celeridad y premura que no permite aguardar todo el procedimiento legal que es necesario a efectos de adjudicar *uti singuli* los bienes que se transmiten *mortis causa* para luego gravarlos individualmente.

Por ello, creemos que sería beneficioso para la Argentina copiar el modelo uruguayo y ampliar los bienes que pueden ser objeto del derecho real de prenda.

No creemos que esta ampliación y flexibilización del objeto de la prenda pueda, como ha sostenido FUSTER, “devenir en un semillero de conflictos jurídicos y fraudes negociales”⁹⁴, puesto que no consideramos que pueda traer aparejada una mayor dificultad a la hora de asegurar el cumplimiento de los actos jurídicos ni dificultar el cobro del crédito. La misión del notariado será informar al acreedor sobre las condiciones y características de este tipo de garantías, para que éste determine las admite o no, en base a la evaluación que realice de los riesgos, sopesando toda la información que posea.

Justamente, es el acreedor quien se encuentra, en la enorme mayoría de los casos, en la posición dominante de la relación, por lo que podrá tomar la decisión en base a sus intereses y sin verse compelido a ello.

Hoy en día, si cedemos derechos hereditarios en garantía y no adoptamos expresamente la figura del fideicomiso, caemos en un régimen en el que el acreedor tiene pocas ventajas.

Esto no hace más que potenciar la utilización del fideicomiso que, si bien en muchos casos es una herramienta útil, lleva a una cierta desproporción o desarmonía entre el fin que se proponen las partes (simple garantía) y el medio jurídico que se emplea (transmisión de la propiedad)⁹⁵.

⁹³ Conf. DE CORES, Carlos, “Ley de prenda sin desplazamiento”, Revista de derecho de la Universidad de Montevideo, Año I (2002), Nº 2, p. 86.

⁹⁴ FUSTER, Gabriel Aníbal en comentario al Art. 2232 en CLUSELLAS, Eduardo Gabriel (Coord.), *Código Civil y Comercial –comentado, anotado y concordado-*, T. 7, Astrea – FEN, Buenos Aires, 2015,p. 727.

⁹⁵ Conf. LOPEZ CANDIOTI, José A., “La cesión de créditos en garantía frente a la ejecución individual y colectiva”, LL On line AR/DOC/3930/2013.-

Además, por la naturaleza y carácter de los derechos hereditarios, es probable que, en buena parte de los casos, el acreedor no quiera adquirir su titularidad, lo que a la larga llevará a la no admisibilidad de la herencia como objeto de una garantía.

Por otro lado, no creemos que el deudor se encuentre en una posición inferior de la que se encuentra cuando otorga otro tipo de garantías (v. *gr.* Hipoteca, prenda de cosas, fideicomisos en garantía donde se transfieren inmuebles, etc.), desde que cuenta con los mismos mecanismos de protección que en esos casos (prohibición de abuso de derecho, amparo del régimen del derecho de consumidor –si los presupuestos fácticos lo permiten-, etc.).

Por todo lo expuesto, abogamos por una reforma de la legislación argentina que admita una ampliación de los bienes que pueden ser objeto del derecho real de prenda.

A fin de cuentas, lo importante será que las partes tomen las decisiones contando con un alto grado de información acerca de los alcances y posibles consecuencias de los actos jurídicos que realizan, tarea en la los notarios que debemos adoptar un rol protagónico.