

MADRID, 28 A 30 DE MAYO DE 2012

**XV**  **JORNADA NOTARIAL  
IBEROAMERICANA**

**UNIÓN INTERNACIONAL  
DEL NOTARIADO LATINO**

**Tema III**

***PERSONA, FAMILIA y SUCESIONES***

***Experiencias en Ibero América***

**Título: LA AUTONOMIA DE LA VOLUTAD EN EL DERECHO DE  
FAMILIA Y SUCESORIO.**

**Autores: Notario Néstor Daniel Iambers**

**Notario Marisa Lorena Di Leo Recalde**

**Integrantes del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.**

**Entidad miembro del Consejo Federal del Notariado Argentino.**

**República Argentina.**



<b><u>SUMARIO.</u></b>	<b>Pág.</b>
<b>Ponencias.</b>	<b>5</b>
<b>Prologo.</b>	<b>7</b>
<b>1. Concepto actual de familia. Evolución histórica. Derecho argentino.</b>	<b>8</b>
<b>1.1. La familia de hecho (reconocimiento legal parcial del concubinato).</b>	<b>10</b>
<b>1.2. Incidencia de la evolución de los derechos de la mujer.</b>	<b>13</b>
<b>1.3. La autonomía de voluntad en el derecho patrimonial familiar.</b>	<b>14</b>
<b>1.4. Admisión de regimenes de bienes del matrimonio extranjero no contemplados en el Código Civil.</b>	<b>18</b>
<b>1.4.1. El asentimiento conyugal para bienes situados en la República Argentina frente al régimen de separación de bienes de matrimonio sujeto a leyes extranjeras.</b>	<b>20</b>
<b>1.4.2. La acreditación del régimen de separación de bienes extranjero.</b>	<b>23</b>
<b>1.4.3. Conclusión.</b>	<b>24</b>
<b>1.5. Las convenciones matrimoniales en los proyectos de reforma del Código Civil argentino.</b>	<b>24</b>
<b>1.6. Evolución de la contratación entre cónyuges.</b>	<b>25</b>
<b>1.6.1. El contrato de partición de bienes de la sociedad conyugal a disolverse.</b>	<b>27</b>
<b>2. Autonomía de voluntad en el derecho sucesorio argentino.</b>	<b>30</b>
<b>2.1. El contrato de partición de herencia.</b>	<b>31</b>
<b>2.2. Pactos sobre herencia futura admitidos.</b>	<b>32</b>
<b>2.2.1. Reconocimiento de enajenación entre herederos forzosos.</b>	<b>33</b>
<b>2.2.2. Partición por donación.</b>	<b>33</b>
<b>2.3. Partición por testamento.</b>	<b>34</b>
<b>2.4. Partición parcial y condicional.</b>	<b>34</b>
<b>2.5. La adjudicación de usufructo en el contrato partitivo.</b>	<b>36</b>
<b>2.6. Oportunidad del contrato de partición.</b>	<b>37</b>
<b>2.7. El contrato de partición de herencia y la llamada sucesión extrajudicial de los Códigos rituales.</b>	<b>38</b>
<b>2.7.1. Diferencia con el proceso sucesorio no contencioso.</b>	<b>39</b>
<b>2.8. Cesión de de derechos y acciones hereditarios.</b>	<b>40</b>
<b>2.8.1. Cesión del cesionario de derechos hereditarios.</b>	<b>41</b>
<b>2.8.1.1. Objeto de la cesión de derechos hereditarios.</b>	<b>42</b>
<b>2.9. Cesión parcial de derechos hereditarios.</b>	<b>45</b>
<b>2.10. Cesión -partición de derechos hereditarios.</b>	<b>46</b>
<b>Bibliografía.</b>	<b>49</b>



## **PONENCIAS.**

**La evolución de la familia y el derecho, ha llevado al reconocimiento de la mayor vigencia del principio de la autonomía de la voluntad en materia de derecho de familia y sucesiones, antes teñidos principalmente por principios de orden público.**

**Para la debida armonización de los nuevos avances de los principios de la autonomía de voluntad en estas materias, con sus improntas de orden público, y seguridad jurídica, es indispensable recurrir a la forma escritura pública – autorizada por notario de tipo latino-, con su característica dación de fe pública notarial y sus garantías intrínsecas de legalidad, certeza y guarda.**



## PRÓLOGO.

En el derecho civil argentino, tanto las ramas de familia y sucesiones, han estado imbuidas de una fuerte impronta de orden público, con la imposición de un férreo régimen estatutario, tanto para la institución matrimonial, sus relaciones personales y patrimoniales, como de un estricto régimen legal en la sucesiones por vía de consanguinidad o afinidad (cónyuge), con una limitada libertad de testar, y la protección de la porción legítima más alta del derecho comparado (4/5 para el caso de existencia de descendencia).

Estos regímenes estatutarios estrictos se fundaron en la codificación (fines del S. XIX) en criterios morales, con la protección de la familia que llamamos tradicional como institución que viene de la tradición greco-romana y cristiana (católica en particular); en el evitar conflictos entre parientes, máxime en un país de inmigrantes donde se trataba de afianzar la estructura familiar; y económicos, donde se centraba en un modelo exportador agrícola-ganadero, que requería de la explotación de las grandes extensiones de tierras rurales, y pretendía mantener tal capital dentro de la familia, que en el concepto tradicional indicado, cumplía esa función económica unificada en la autoridad parental, al estilo “pater” romano, o el criollo “patrón de estancia”.

Sin embargo, la evolución de la sociedad y el modelo económico de país en más de un siglo, han ido variando tal criterio, y demostrando la necesidad de respetar la mayor autonomía de voluntad en estos campos del derecho civil, para dar adecuada solución las nuevas realidades sociales.

En este trabajo consideraremos dos aspectos de la temática: uno es la revalorización de la partición de bienes del sucesorio, y por extensión de la disolución de bienes de la disuelta sociedad conyugal por voluntad de sus ex miembros ahora admitida, como el contrato en que libremente los comuneros dividen y liquidan sus bienes, en los términos ya regulados por el Código Civil de año 1869, y con pocas modificaciones en la materia de la herencia; otro es la evolución la realidad social de la familia, que ha obligado a reformas legislativas e interpretativas que amplían la libertad de sus miembros.

## **1. CONCEPTO ACTUAL DE FAMILIA. EVOLUCION HISTÓRICA. DERECHO ARGENTINO.**

En esta denominada post modernidad, donde la complejidad, la inestabilidad, la celeridad y el individualismo son notas características, no puede sino reconocerse que, transformando a las distintas instituciones sociales, estas notas conviven con las estructuras sólidas y estables que contienen a clanes y generaciones, construidas sobre reglas cuidadosamente establecidas, que cumplidas, generan el sentido de pertenencia, seguridad y tradición.

De este modo, pues, entre tantas otras cuestiones, nos es necesario reflexionar: ¿Cómo son y están compuestas en la actualidad las familias? ¿Cuáles son sus estructuras y sus funciones?

Atento la complejidad dada por distintas variables, no será factible obtener un único concepto de familia que involucre y describa la realidad social actual. *La igualdad de derechos, las obligaciones compartidas entre los integrantes de la pareja, la autonomía económica de quienes integran el grupo, el incremento de hogares monoparentales, el aumento de personas que viven solas, los elevados índices de separación y divorcios, la marcada tendencia del aumento de familias reconstruidas, la aprobación del matrimonio civil homosexual*<sup>1</sup>, entre otras variables, hacen de la familia una extensión mayor en términos cualitativos y cuantitativos, modificándose el concepto de la llamada familia tradicional.

En este sentido, el reconocimiento legal del vínculo indisoluble de la familia tradicional que sostenía la Código Civil, se vio definitivamente alterado con la modificación de la ley 23.515 (año 1987) que regula el denominado divorcio vincular, admitiendo ya no sólo la disolución de común acuerdo (art. 215 CC), o por el mero transcurso de un plazo de separación de hecho (art. 214 inc. 2° CC), sino la posibilidad de contraer nuevas nupcias, conformando nuevas familias, a la que se llevan en muchos casos hijos de la anterior.- Así se perfiló en el derecho la consideración de las familias monoparentales y ensambladas, que hoy empiezan a reclamar soluciones jurídicas propias.

---

<sup>1</sup> Traba, Suray. "Configuraciones Familiares en la Actualidad", 2010. Tesina inédita presentada para la obtención del título de Licenciada en Psicología, en la Facultad de Psicología de la Universidad de Belgrano.



En conclusión, la ley 23.515 implicó el reconocimiento de un matrimonio que ya no es -para la ley vigente- para toda la vida, sino temporal, y susceptible de finalización por voluntad de las partes.

Si bien con anterioridad el art 67bis de la ley de matrimonio civil, admitía la posibilidad de separación por mutuo acuerdo, no reconocía a las uniones posteriores, y sólo reconocía el carácter de familia legítima a la primera; y por ello el paso previo a esta ley de divorcio, fue la 23.264 (también de la década de 1980), que equiparó a los hijos matrimoniales con extramatrimoniales de modo genérico en sus derechos.

Ergo, el matrimonio dura mientras ambas partes deciden que se mantenga, y luego tiene la libertad de iniciar otra familia con igual reconocimiento y status, basado en un nuevo matrimonio.

Recurriendo a otras ciencias sociales, podemos hacer la siguiente clasificación:

1) **Familia Nuclear:** Dice Eva Giberti, que es la constituida por un hombre y una mujer con sus hijos.<sup>2</sup> Es la también llamada Familia Tradicional, aquellas que han podido mantenerse sin rupturas en el tiempo.

2) **Familia Ensamblada:** La misma autora la define como la reestructurada a partir de varias familias nucleares o miembros de éstas, como es el caso de padres divorciados o viudos, y los hijos de éstos, que vuelven a casarse o a formar una unión de hecho.

3) **Familia Monoparental:** es la constituida por un solo progenitor, y uno o más hijos.

4) **Familia Homoparental:** es la formada por parejas del mismo sexo, con uno o más hijos.

5) **Familia de Hecho:** la unión entre la pareja, de igual o diferente sexo, no está constituida en los términos del derecho civil. Son uniones que no basan su compromiso moral y afectivo en un estatuto legal, sino social.

6) **Familia sin Hijos:** es la formada por una pareja de distinto o igual sexo que por decisión de vida o por impedimentos de salud o jurídicos, no tienen hijos.

Esta descripción de una realidad social nos remite a las restantes ciencias sociales, para esbozar un concepto de familia actual, que requiere sus propias soluciones jurídicas y tiene reflejo en normas, leyes, fallos jurisprudenciales e interpretaciones parciales que trataremos de explicitar.

---

<sup>2</sup> Traba, Suray. Op. Cit.

Desde un punto de vista antropológico, *Lévi-Strauss (1981) conceptualiza a la familia en términos de grupo familiar, y lo define como un conjunto de personas ligadas entre sí por constantes espacio-temporales y vínculos de parentesco, y articuladas por su mutua representación interna, que se propone explícita o implícitamente realizar una tarea que constituye su finalidad. La familia es la unidad primaria de interacción y sostén de la estructura social.*<sup>3</sup>

Desde la psicología, podemos citar el aporte de Arés Muzio (1998) quien propone que *la familia es la unión de personas que comparten un proyecto vital de existencia en común que se quiere duradero, en el que se generan fuertes sentimientos de pertenencia a dicho grupo, existe un compromiso personal entre sus miembros y se establecen intensas relaciones de intimidad, reciprocidad y dependencia.*

Ya no definen a la familia la unión legal entre un hombre y una mujer con la finalidad de procrear y educar a los hijos.

Comenzando impropriadamente por el final, cabe señalar la promulgación de la ley 26.618 (año 2010) denominada de matrimonio igualitario, que admite la unión de dos personas del mismo sexo, equiparándola con el matrimonio civil; más propiamente convirtiéndolo en un supuesto legal del mismo, cuya asimilación se da cuando *“se admite –como también en dicha ley- la adopción o si se logra tener descendencia biológica por medio de técnicas de procreación asistida cuya evolución futura es difícil de prever”*<sup>4</sup>, ampliando el concepto legal de matrimonio y familia tradicional.

### **1.1. LA FAMILIA DE HECHO (Reconocimiento legal parcial del concubinato).**

Pero ya no sólo se admite plenamente en el plexo normativo a las familias basadas en segundas nupcias (con la posibilidad de las ensambladas) y con matrimonios de igual sexo, sino que cada vez más se van ampliando los derechos de las familias de hecho, abandonándose la denominación de concubinato para ellas.

Así art. 7º, Anexo 1º, del Decreto 415/2006, reglamentario de la Ley 26.061, reglamentaria a su vez de la Convención de los Derechos del Niño, dice: *Se*

---

<sup>3</sup> Traba, Suray, Op. Cit.

<sup>4</sup> BELLUSCIO, Augusto César .- MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA.- 10º edición, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 2011, pag. 8.-

*entenderá por “familia”, o “núcleo familiar”, “grupo familiar”, “grupo familiar de origen”, “medio familiar comunitario”, y “familia ampliada”, además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal, como así también en su desarrollo, asistencia y protección.*

De igual modo se puede señalar el reconocimiento de la ley de previsión social, que confiere el derecho de pensión al conviviente del beneficiario fallecido con un mínimo de acreditación de tal situación; o la ley 24.374, de regularización dominial, que admite al conviviente continuar la posesión que le permite acceder mediante un proceso notarial-administrativo a la propiedad inmobiliaria, cuando tuviera el causante causa lícita para esa posesión.

No se debe pasar por alto la reglamentación de esta ley, con la obligatoria intervención notarial, que concluye su primera etapa de intervención con un acta notarial, documento público notarial, en la que se plasma esta posesión de estado de familia sin otro reconocimiento formal previo.

También en jurisprudencia y doctrina se ha avanzado hacia la ampliación del concepto de familia, reconociendo que lo son aquellas uniones de hecho con descendencia.

Es el caso, por ejemplo, del reconocimiento de la legitimación registral inmobiliaria en la Provincia de Buenos Aires desde el año 1983, y recientemente en la de la Ciudad de Buenos Aires <sup>5</sup>, de que una pareja de condóminos y convivientes con hijos pueda afectar su vivienda familiar al régimen tuitivo de la Ley 14.394 de Bien de Familia, nombrando beneficiarios los hijos que tengan en común, aún cuando no hubiesen contraído matrimonio. <sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> C. N. Civ. Sala H, “M. V. M. c/Registro de la Propiedad Inmueble s/Recurso”, 28/05/2010. Entre los argumentos esgrimidos, se destaca la invocación de la equidad para la interpretación amplia del art. 43 de la Ley 14.394, y así, *interpretar la ley en su recto sentido y acorde con las posibilidades que aquella le plantea, a fin de lograr la justicia del caso particular*, y los principios básicos de la Convención de los Derechos del Niño, entre los cuales se encuentra el de no discriminación, que tiende a eliminar la distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

<sup>6</sup> Conf. PANDIELLA, Juan Carlos. “Revista de Derecho de Familia y las Personas”, Año 2, Número 9, Pág. Op. Cit. Pág. 113 y sts.

Aquí también cobra relevancia la escritura pública, donde se afecta al bien de familia y a la vez se reconoce esta situación de “familia de hecho” e hijos en común, que como concluyera la 37 Jornada Notarial Bonaerense (noviembre de 2011): *“se acreditará dicha situación mediante declaración jurada en la escritura pública”*.

Incluso la jurisprudencia ha entendido improcedente la solicitud de la división de condominio planteada por un concubino condómino de su pareja, toda vez que en el inmueble en cuestión vivía la hija menor de ambos. Dijo el Tribunal: *Es improcedente decretar la división del inmueble que fuera adquirido conjuntamente por los concubinos, hasta tanto su hija menor alcance la mayoría de edad, pues habitando la niña en el hogar, resulta aplicable analógicamente lo dispuesto por el art. 1277 del Código Civil, en tanto no deben formularse distinciones desde la perspectiva del derecho de los hijos, más allá de las diferencias entre una familia matrimonial y una extramatrimonial.* <sup>7</sup> El fallo también invocó la Convención de los Derechos del Niño para fundar su decisión.

La justicia de la Provincia de Río Negro, por su parte, ha declarado la inconstitucionalidad del art. 312, primer párrafo, del Código Civil, que prescribe la prohibición de adoptar en conjunto salvo que los adoptantes estén casados, fallando en el caso por la admisión de la adopción de una pareja de concubinos. Dijo el Tribunal: *Pero el argumento más determinante para hacer lugar a la demanda, lo constituye el interés superior de G (el menor), ya que no resulta razonable privarlo de un padre con los alcances legales que la paternidad implica (ya que es el padre en los hechos y en la función) por un requerimiento que se ha impuesto en el Código Civil pero que debe necesariamente ceder ante la mayor jerarquía del tratado internacional incorporado en el bloque de constitucionalidad federal.* <sup>8</sup>

La descripción de las distintas realidades familiares actuales, demuestra que la libertad individual y la autonomía de la voluntad son también pilares sobre los cuales debe fundarse la innovación en la protección jurídica familiar, toda vez que cada vez son más los casos de familias que se erigen de hecho.

Es necesario aclarar que aún no decidiendo ajustarse a un estatuto jurídico definido, ni las obligaciones ni los derechos de los padres con sus hijos deben ser desconocidos por los operadores jurídicos. En tal sentido, *frente al desapego*

---

<sup>7</sup> C. N. Civ. Sala K, 31/05/2005.

<sup>8</sup> Citado por LAMBER, Néstor D.- BIEN DE FAMILIA CONSTITUIDO CON CONCUBINOS CON HIJOS MENORES CADERNOS DEL CENTRO DE ESTUDIOS NOTARIALES, Lomas de Zamora, Oct. 2009, N° 5, Pág. 24.

*voluntario de parte de nuestra sociedad a cumplir los recaudos de instituciones matrimoniales, son las situaciones de hecho las que comienzan a reclamar reconocimiento de intereses que deben ser jurídicamente respetados; y el interés superior de los menores, como fundamento de toda sociedad que pretenda continuar, y no tener vocación suicida, es el que se impone como esencial en esta tarea.* <sup>9</sup>.

## **1.2. INCIDENCIA DE LA EVOLUCION DE LOS DERECHOS DE LA MUJER.**

Esta modificación del concepto de familia tutelada, y la necesidad del reconocer la mayor autonomía de voluntad en la materia, ha sido acompañada por una evolución legislativa en cuanto a los derechos de la mujer.

En la economía del Código Civil de 1869, la mujer se integraba a la familia que “gobernaba” el marido, al punto que el originario art. 55 inc. 2° CC incluía a la mujer casada entre los incapaces, al igual que el menor adulto, y el esposo era su representante legal.- En esa lógica jurídica era, en principio, casi inadmisibles la contratación entre cónyuges, salvo los pocos casos expresamente admitidos y con especiales requisitos, dado que la mujer casada los hacía por medio de su representante; y como justamente esa posición jurídica la asumía el cónyuge ello enervaba la autonomía de voluntad entre ellos.

En ese marco legal, con respecto a los bienes de la sociedad conyugal, adoptó un régimen de comunidad restringida, legal, único y forzoso; que se integraba únicamente por los bienes adquiridos durante el matrimonio, y excluyendo aquellos de los que eran titulares con anterioridad al matrimonio y los recibidos a título gratuito.

Pero el marido era quien administraba y disponía de los bienes gananciales (art. 1276CC); y dado que era el representante legal de su esposa, también de los restantes bienes de esta; salvo los inmuebles cuya administración se hubiere reservado (art 1226CC).- Si bien el marido administraba ambas categorías de bienes, en cuanto a los inmuebles propios y dotales de la mujer, el art. 1253CC imponía el consentimiento de esta, para evitar la acción reivindicatoria o de cancelación del derecho real con que el marido los hubiere gravado.

---

<sup>9</sup> LAMBER, Néstor. Op. Cit. Pág. 23.

La ley 11.357 (año 1926) cambió este régimen y otorgó a la mujer la posibilidad de administrar y disponer los bienes producto de su trabajo o profesión, empleo o comercio honesto, y los adquiridos con ello (a los que se llamó bienes gananciales de administración reservada de la mujer); así como le acordó la posibilidad de administrar y disponer a título oneroso de sus bienes propios.- Además determinó las deudas de la sociedad conyugal (art. 5 y 6 ley 11357).

La ley 17.711 (año 1968) al modificar el art. 1276CC estableció el actual régimen de bienes del matrimonio, en que se conforman cuatro masas: los propios y gananciales de titularidad del marido, que este administra y dispone, y responde con ellos por sus deudas personales y las de la sociedad conyugal; y los bienes propios y gananciales de la mujer, que esta administra y dispone, y responde por sus deudas y las de la sociedad conyugal.

En este régimen ambos cónyuges deben dar asentimiento a los actos de disposición de los bienes gananciales registrables de titularidad del otro, y del inmueble propio sede del hogar conyugal, en caso de existir hijos menores o incapaces (art. 1.277 CC).- Quedaron así equiparados ambos cónyuges en la gestión de los bienes del matrimonio.

Las leyes 23.264 y 23.515, universalizaron el concepto de autorización conjunta de ambos cónyuges para las decisiones más importantes relativas a sus hijos bajo patria potestad, ya no bastando sólo la del padre; y la ley 25.781, estableció la administración conjunta de los bienes dudosos en cuanto a su origen, en vez de dejarlos a la del marido.

Estas leyes reconocieron a la mujer en un grado de igualdad con el esposo en la posición familiar, no estado a él sometido o subordinada, y con iguales potestades de decisión, lo cual ha allanado el camino para el pleno respeto de la autonomía de la voluntad concurrente de ambos cónyuges.

La noción de “pater” de la familia tradicional señalada, se ha visto disminuida e igualada en el plano jurídico a la de la mujer, siendo uno de los elementos que ha reformulado el nuevo concepto de familia.

### **1.3. LA AUTONOMIA DE VOLUNTAD EN EL DERECHO PATRIMONIAL FAMILIAR.**

Hemos analizado la evolución del concepto tradicional de familia, y la inclusión de nuevas realidades familiares como la familia ensamblada o reconstruida, monoparental, etc. y el concubinato o familia de hecho, con su consecuente opción de no someterse en su totalidad al estatuto forzoso del régimen jurídico en la materia.

Así, en su aspecto jurídico -que es más restringido que el sociológico y se concentra en ciertas relaciones conyugales, paterno-filiales y parentales, relevantes para la función social de esta institución- se verá el mantenimiento normativo para aquellas relaciones especialmente en el aspecto paterno-filial y parental, que no puede ser evadido con la mera constitución de una familia de hecho.

La recepción de nuevas relaciones familiares de hecho, o que por superponer o unir más de una, generan estructuras complejas que no pueden ser ajenas al ordenamiento jurídico, se desprenden del debilitamiento de la cohesión tradicional entre los cónyuges y del concepto de solidaridad, sumados a una imperante idea de incertidumbre, que hace aparecer a la institución familiar más ligera o flexible como señala Zannoni citando a Bauman.

Pero debemos tener presente que estas características de flexibilidad, no son exclusivas de la institución familiar, sino que están inmersas en una descripción que se hace de la modernidad actual (o post-modernidad) de todas las relaciones sociales.

Bauman en su análisis sobre la sociedad actual<sup>10</sup>, asimila esa precariedad de la relación familiar, a la del trabajo, y el divorcio de este con el capital, donde hoy las formas fugaces de asociación son más útiles a las personas que las conexiones a largo plazo. Explica que se deriva de los temores a vernos privados de nuestros medios de vida, y *“sus perspectivas no pueden ser repelidos ni enfrentados o mitigados mancomunando fuerzas, cerrando filas o debatiendo u acordando conjuntamente medidas de fuerza”* que nos conducen a la incertidumbre actual que es una poderosa fuerza de individualización, que divide en vez de unir.

Así hace un parangón entre ambas relaciones y dice: *“Podríamos decir que este cambio fatal es idéntico al pasaje del matrimonio al “vivir juntos”, con los gestos propios y las consecuencias estratégicas que implica, incluyendo el carácter temporario de la cohabitación y la posibilidad de que esa sociedad pueda romperse en*

---

<sup>10</sup> BAUMAN, Zygmunt – “MODERNIDAD LIQUIDA” – FONDO DE LA CULTURA ECONOMICA, Bs.As. 2006, pag.157

*cualquier momento y por cualquier motivo una vez que el deseo o la necesidad se hayan agotado.-Si permanecer juntos era el resultado del acuerdo recíproco y del compromiso mutuo, el desprendimiento es unilateral: uno de los que determina la ecuación ha adquirido una autonomía que probablemente siempre haya deseado en secreto pero que nunca se había atrevido a esbozar seriamente.-“<sup>11</sup> Este carácter se ha visto aceptado plenamente con la admisión del divorcio vincular por la Ley 23.515.*

Sin embargo, esta incertidumbre no puede verse como un rasgo específico o distintivo de esta época, pues como señala Beck, *“la amenaza y el riesgo son condición de la existencia humana desde siempre... El riesgo es el patrón perceptivo intelectual que moviliza a una sociedad enfrentada a la construcción de un futuro abierto, lleno de inseguridades y obstáculos, una sociedad que ya no está determinada por la religión, la tradición o la sumisión a la naturaleza y que tampoco cree en redentores de las utopías”<sup>12</sup>.*

Los sociólogos nos describen nuevas realidades, con modelos basados en la interpretación de los valores que se dice están en su faz crítica de cambio, pretendiendo explicarse que no es, pero sin acertar a aseverar que son.- Así las palabras de BINDE en su introducción de la reseña de coloquios que organizara la UNESO: *“...cuando la cohesión social se ha desvanecido ante el incremento de un individualismo cada vez más radical que destruye vínculos heredados y las identidades, se observa el crecimiento de nuevas formas de asociación, el nacimiento nuevos tipos de solidaridad...El derrumbamiento de los marcos patriarcales (con sus dimensiones éticas, institucionales, culturales y metafísicas) está vinculado a estas preguntas; una fractura considerable que implica una feminización de los valores de consecuencias profundas, que todavía es difícil de medir plenamente, pero que desde luego influirá en todos los aspectos del S.XXI”<sup>13</sup>.*

Nos enfrentamos entonces a dar respuesta jurídica a nuevas realidades que se describen, pero el sistema jurídico debe brindar la protección a las relaciones que son relevantes para la función social de la institución (interés jurídico a proteger), como son las relaciones parentales y paterno-filiales, y sin embargo se hace necesario en ciertos aspectos donde existen nuevos paradigmas el devolver al individuo la autonomía de la voluntad.

---

<sup>11</sup> BAUMAN Zygmunt – op. Cit.- pág. 159.

<sup>12</sup> BECK, Ulrich – “LA SOCIEDAD DEL RIESGO MUNDIAL – En busca de la seguridad perdida” – Ed. PAIDOS, Barcelona, 2007.

<sup>13</sup> BINDE, Jérôme (Director) - ¿HACIA DONDE ES DIRIGEN LOS VALORES? – FONDE DE LA CULTURA ECONOMICA- Mexico, 2006, pág. 18.



Es más lógico incorporar a la institución familiar a que adscriba al orden jurídico, a que lo evite en todo, permitiéndole la regulación por si mismos a los interesados de ciertos aspectos como pueden ser los patrimoniales, mediante la adopción de régimen de bienes convencional, o la ratificación de la plena autonomía de voluntad al momento de liquidar o partir los bienes de la ex sociedad conyugal.

En consecuencia, cabe reconocer una mayor aplicación del principio de autonomía de voluntad en la materia, como surge de la recomendación de las Jornadas Nacionales de Derecho de 1987 celebradas en Buenos Aires a favor de la adopción regímenes de bienes del matrimonio alternativos que regulen las relaciones entre los cónyuges<sup>14</sup>; la del X Congreso Internacional de Derecho de Familia (Mendoza, 1998): *“el principio de la autonomía de la voluntad en cuanto principio general que se manifiesta en todo el campo del derecho, debe ser también admitido dentro del régimen patrimonial del matrimonio y los cónyuges deben tener cierta libertad para pactar el régimen patrimonial que regirá su matrimonio”*.

La labor normativa creadora de la autonomía de la voluntad, reconocida en su mayor punto en material contractual en el art. 1197 de nuestro código civil, nos llevan a parangonarla con las palabra de BECK: *“Es típico de los juristas pensar que la transgresión de uno norma sólo puede afirmarse si la norma ya existe. Los sociólogos del derecho y sobre todo los antropólogos del derecho admiten también el caso inverso: que las normas cobran forma cuando ciertas expectativas se ven defraudadas y algún acontecimiento espectacular pone a esto en evidencia como inaceptable”*<sup>15</sup>.

Esta visión hacia la libertad creadora individual se relaciona con la mentalidad actual de la personalización del software de cada ordenador o teléfono celular, al gusto del consumidor, y el extremo del ser humano de ser quien tiene incluso la posibilidad de su propia autotransformación antropológica<sup>16</sup>.

También deberá ponderar el reconociendo de la igualdad a través de la evolución del derecho, por lo cual ya no cabe fundar la intervención del estado prohibiendo el acuerdo de los futuros cónyuges o ex cónyuges, de modo tajante.

---

<sup>14</sup> EL DERECHO PRIVADO EN LA ARGENTINA – CONCLUSIONES DE CONGRESOS Y JORNADAS DE LOS ULTIMOS 30 AÑOS, p. 54.-

<sup>15</sup> BECK, Ulrich – Op. Cit., pag.306.-

<sup>16</sup> “La singularidad histórica que diferencia a la sociedad del riesgo mundial de la sociedad industrial nacional y de todas las civilizaciones precedentes es la posibilidad de la autoaniquilación (sin precedente histórico) como la posibilidad de la autotransformación antropológica del ser humana..” BECK, Ulrich Op. Cit, pág. 262

La tendencia hacia la libertad privada, sin intervención administrativa o judicial, se refleja también al momento del tratamiento de la liquidación y partición de los bienes de la sociedad conyugal disuelta o en trámite de ello, con la realista aplicación de la reforma del artículo 236 CC (modif. Ley 23.515) y sus demás convenios a tal fin durante el proceso de divorcio y luego de la sentencia respectiva, con la mayor flexibilidad según la voluntad de las partes, y ello -haciendo nuestras palabras de la Dra. Graciela Medina-: *“porque la tendencia vigente en la actualidad es hacia la apertura al régimen de la autonomía de la voluntad, y que en esta tendencia resulta inadmisibles declarar la nulidad de un convenio de liquidación de bienes de una sociedad conyugal celebrado días antes de presentar la demanda de divorcio por presentación conjunta y cumplido parcialmente con posterioridad a la sentencia de divorcio.”*<sup>17</sup>

Por lo tanto, ante las nuevas perspectivas de realidades de relaciones familiares ente cónyuges –o convivientes-, donde las soluciones normativas vigentes no son plenamente satisfactorias; la mejor solución en el ámbito patrimonial, será el permitir a los miembros de esta institución (formal o de hecho) elegir dentro de un marco más abierto o flexible, fundado en su autonomía de voluntad, en vez de soluciones prohibitivas que pretendan limitar sus decisiones con imperativos estatutos forzosos, o la voluntad de terceros mediante la intervención del Estado a través de sus órganos judiciales o administrativos.

#### **1.4. ADMISIÓN DE RÉGIMENES DE BIENES DEL MATRIMONIO EXTRANJERO NO CONTEMPLADOS EN EL CODIGO CIVIL.**

Antes de la ley 23.515 el tratamiento normativo del régimen patrimonial del matrimonio extranjero, se discutía sobre la aplicación del orden público local, en caso que uno o ambos cónyuges adquirieran derechos sobre bienes en la República Argentina.- Pero la reforma del art. 163 por esta ley en el año 1987, impuso claramente como norma argentina de derecho internacional privado, la aplicación del régimen de la legislación del domicilio donde se constituyó el matrimonio (sociedad conyugal), aplicando este derecho en vez del nacional<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Voto de la Dra. Medina en autos: “B.C c/M.L.” Cám. C.y C. San Isidro, Sala I, 19/19/1989, LLBA 2000-264.-.

<sup>18</sup> Vease la explicación en este punto en la Ponencia de la Delegación Argentina en el Tema III de la XII Jornada Notarial Iberoamericana, Punta del Este, 2006, Autores: LAMBER, Néstor D., SAUCEDO, Ricardo J, COLOMBO, Silvina del Valle y POSTERARO SANCHEZ, Leandro –N. CIRCULACION E INSCRIPCION DE DOCUMENTOS PROVENIENTES DEL EXTRANJERO.- REVISTA NOTARIAL 955, año 2006 pág. 100).-

La reforma al régimen del matrimonio en la materia llevó al cambio de la norma argentina de derecho internacional privado<sup>19</sup>, y con la nueva redacción del art. 163 del Código Civil, basado en el art. 17 de Tratado de Montevideo de 1940, dice: *“Las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal, en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de ubicación de los bienes. El cambio de domicilio no altera la ley aplicable para regir las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sea adquiridos antes o después del cambio”*.

Se recepta así el principio del sistema de unidad, que según Zannoni es el propiciado por la doctrina internacional<sup>20</sup>, y se establece que la ley del primer domicilio conyugal es la que regirá las convenciones matrimoniales y el régimen patrimonial del matrimonio.

El sistema adoptado actualmente como principio buscar mantener orden y mayor seguridad jurídicas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, evitando que se vean sometidos a diversos regímenes según la situación de los bienes de sus inversiones.

La mayor circulación de bienes y servicios en toda la orbe, lleva a una mayor posibilidad de conflicto de leyes con relación a los bienes del matrimonio; y en especial, con respecto a los regímenes en que en el primer domicilio conyugal permiten una mayor libertad contractual, implica conculcar la decisión común de la partes de modelar la relación patrimonial del matrimonio de acuerdo a sus creencias morales, civiles o religiosas.

Habría en tales casos un avance sobre derechos más que personales, personalísimos, que hacen a la dirección de su orden interno de vida, de acuerdo a su propia cosmovisión que ha sido reconocida por un orden jurídico, y tiene la expectativa que así se sostenga.

Más allá de las consideraciones sobre el carácter, obligaciones y deberes que surgen del matrimonio, los Estados no deben interferir en los derechos conferidos a los extranjeros en tanto no se afecte el orden público internacional de mismo.- Mientras los matrimonio nacionales se someterán a normas de orden público nacional, los extranjeros se deberán juzgar limitadas por excepción, por las más

---

<sup>19</sup> Conf SAUCEDO, Ricardo Javier.- Op.cit. nota 18.-

<sup>20</sup> ZANNONI, Eduardo.- DERECHO DE FAMILIA. Ed.Asrtea, 3° Ed. T. I.-

acotadas de carácter internacional, ya que sería injusto imponer a un matrimonio celebrado en el extranjero y que reside también el extranjero, imperativos de orden público nacional.

La actual normativa de nuestro Código Civil, y Tratado de Montevideo de 1940, sientan que en principio se deberá estar al régimen patrimonial del matrimonio establecido según la ley del primer domicilio conyugal, el cual no variará por cambio de lugar de tal domicilio, manteniéndose siempre el primigenio.

#### **1.4.1. EL ASENTIMIENTO CONYUGAL PARA BIENES SITUADOS EN LA REPÚBLICA ARGENTINA FRENTE AL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES DE MATRIMONIO SUJETO A LEYES EXTRANJERAS.**

Con el nuevo principio cabe preguntarse si el cónyuge de matrimonio extranjero, con régimen patrimonial de separación de bienes o equivalente - haciendo excepción al de comunidad que rige para el matrimonio nacional de modo coactivo-, deberá solicitar asentimiento conyugal para la disposición de bienes registrables en la República Argentina.

La ley del primer domicilio conyugal para determinar el régimen de bienes del matrimonio (comunidad, separación), su calificación (propios, gananciales), su administración y disposición.

Claramente surge la aplicación del régimen patrimonial extranjero, y que por nuestra actual norma interna de conexión, no se les puede modificar a el elegido en el país de su primer domicilio, que los registrará para toda la duración del matrimonio y la sociedad conyugal.

Con respecto al asentimiento conyugal para los bienes situados en la república se deben hacer ciertas consideraciones que tienen que ver con la postura que se asuma con respecto a la naturaleza jurídica del asentimiento, y la norma de orden público internacional.

Así se han descripto tres posturas<sup>21</sup>:

---

<sup>21</sup> MAGRI, Carmen S. – INTERCONSULTA n° 177 de la Asesoría Notarial Personalizada del Colegio de escribanos de la Provincia de Buenos Aires, citando a Ricardo Javier Saucedo.-

a) considerar que el asentimiento conyugal del art. 1277 del Cód. Civil siempre será aplicable, se parte de la idea que el orden público (identificando el nacional y el internacional), vinculándolo con el art. 10 del Código Civil y considerando al asentimiento como un elemento integrativo de capacidad para disponer (art. 949 C.Civil)<sup>22</sup>.

Superando el caso particular, la primera dificultad de resolver en base al art. 10 C.C. es que éste se refiere únicamente, como norma de policía para los inmuebles, y no considerada otros casos como la cesión de cuotas de una SRL, ni otros bienes registrables, que pueden tener un valor mayor a los inmuebles; y como la norma en cuestión es de interpretación restringida, no cabría aplicarla de modo extenso a casos no contemplados expresamente.

La segunda dificultad, es que la doctrina mayoritaria no considera al asentimiento como un requisito o elemento de la capacidad para disponer<sup>23</sup>.

b) la segunda postura señala que el asentimiento del art. 1277 CC solo se aplica si el régimen de bienes del matrimonio está sujeto a la ley argentina (primer domicilio conyugal por el art. 163 C.C.).- Considera que no se está ante un caso de orden público internacional (o norma de policía), sino meramente ante una norma de orden público local, y no afectar cuestiones de estricto carácter real, ni a una cuestión de capacidad (Antonio Boggiano).

c) la tercera entiende que el asentimiento conyugal del art. 1277 CC se aplica si el régimen de bienes del matrimonios se rige por la ley argentina o se trata de disponer de un bien propio en que se constituye la sede del hogar conyugal, habiendo hijos menores o incapaces.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> Dictámen en Revista del Notariado N° 743, pág. 1599.-

<sup>23</sup> Con CAUSE, Jorge R.- INTERCONSULTA N° 177 de la Asesoría Notarial Personalizada del Colegio de escribanos de la Provincia de Buenos Aires, quien señala: “adherimos al criterio que califica el asentimiento como una cuestión de naturaleza puramente personal por lo que, si el primer domicilio conyugal está radicado en el extranjero, la restricción impuesta por el referido art. 1277 no es aplicable respecto de actos de disposición de los bienes sujetos al régimen de separación.- (en el caso se consultaba sobre el asentimiento para disponer de cuotas de una sociedad de responsabilidad limitada, por un español residente en su país, y con régimen de separación de bienes en su matrimonio también español). LAMBER, Rubén Augusto.- Intercosulta 177, también resuelve que es innecesario el asentimiento conyugal para el caso.- (En éstos dictámenes no se trata la cuestión de la sede el hogar conyugal por ser ajeno a la consulta).-

<sup>24</sup> Conf. AXELRUD de LEDNER, Rosa M. .- Dictámen en Revista del Notariado N°819, pág. 1261; SAUCEDO, Ricardo Javier,. Op. cit.; MAGRI, Carmen S., dictámen citado; Plenario XVII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal.- Revista del Notariado N° 819, pág. 1345)-

La última postura en realidad se la debe subsumir dentro de la segunda. Parte del mismo principio de improcedencia del asentimiento conyugal, pero aplica una causa de excepción por aplicación del orden público que entiende como internacional.

Por analogía con al art. 1277 C.C. “in fine”, que exige aún para los bienes propios el asentimiento conyugal, cuando se dan los enunciados supuestos de excepción, se está ante la protección de ciertos valores esenciales del ser humano, que tiene que ver con la protección del hogar familiar y de los menores.

El límite último en el orden público internacional está dado por los derechos humanos, y ésta norma de excepción, apunta a proteger el hogar, cuando de por medio está el interés de los menores.

La lesión aquí se da con el incumplimiento de uno de los pactos de derechos humanos constitucionales incorporados a nuestra constitución en año 1994, la Convención de Derechos del Niño.

El Estado, en caso de falencia de los padres, debería por tal convención proveer a cubrir las necesidades del menor; pero antes debe procurar las normas y regulaciones necesarias para satisfacer tales intereses por los propios padres, entre los que enuncia la vivienda (art 32); por ello es de toda lógica interpretar este supuesto como un deber indelegable del Estado, debiendo en consecuencia mantener tal requisito de asentimiento a fin de no vulnerar el interés de terceros que están por encima del interés particular.

Ninguna norma extranjera aplicable puede eximirse del control del orden público internacional de Estado o Tribunal receptor, que si bien es más acotado que el nacional, (que además abarca supuestos de protección a la organización o funcionamiento del estado, regulación de profesiones, etc.), siempre coincidirán en la protección de los derechos humanos fundamentales, la licitud y juricidad, la moral y las buenas costumbres.

No hay una real diferencia entre las dos últimas posturas, ambas admiten la improcedencia del asentimiento conyugal para el caso como principio, pero la última explicita un supuesto de excepción, a mi entender de aplicación del orden público internacional argentino, que podría no ser el único; y el notario en cada caso deberá hacer una calificación del mismo, del mismo modo que lo debe hacer cuando recibe un documento internacional como señala Carlos Gattari.

#### **1.4.2. LA ACREDITACIÓN DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES EXTRANJERO.**

Se ha señalado la eficacia y validez para nuestro derecho del régimen de separación de bienes de un matrimonio celebrado en el extranjero por la norma de conflicto del art. 163 del C.C., y a la vez la improcedencia de exigir el asentimiento conyugal previsto por el art. 1277 del C. Civ., salvo la causal de excepción indicada.

Sin embargo, quien lo invoque, tendrá la carga del probarlo, acreditarlo, no siendo suficiente la mera manifestación de ello.

Se trata de un supuesto distinto al art. 1246 del C.C., donde un cónyuge tiene la obligación de manifestar la subrogación de bienes propios, para desestimar la presunción de ganancialidad, sin perjuicio de su prueba posterior.

En éste caso los bienes no se presumen ni gananciales ni propios, es un caso de exclusión de la ley argentina y aplicación de un estatuto patrimonial-matrimonial, de ordinario convencional de la partes.

Aquí no se debe desestimar la presunción de ganancialidad alguna, sino la existencia de una caso de no aplicación directamente del régimen nacional, por ello es indispensable acreditar la causal por la cual se aparta de dicho régimen forzoso para los nacionales.

Los extranjeros llegan con su propio estatuto patrimonial matrimonial, y “dicha circunstancia debe ser debidamente probada, aportando la convención de régimen de separación de bienes con el instrumento oportunamente celebrado o la respectiva partida de matrimonio, debidamente legalizada, donde conste como sucede en muchos países de bienes adoptados”.<sup>25</sup>

Esta acreditación es ajena a la manifestación del art, 1246 del C.C. y puede invocarse y realizarse al momento de la adquisición del bien situado en el país, o en cualquier momento posterior.

---

<sup>25</sup> MAGRI, Carmen S. en dictámen citado; en igual sentido CAUSE, Jorge R. , en misma interconsulta.-

También podría manifestarse la existencia del régimen de separación de bienes del matrimonio extranjero al momento de la adquisición del bien en el país, y acreditarse en cualquier instancia posterior.

Sin perjuicio de ello, es recomendable, de tener los documentos referidos anteriormente al momento de la adquisición ya cumplir éstos recaudos en los supuestos que se deba otorgar escritura pública, a fin de facilitar la circulación posterior del bien adquirido en éstas condiciones.

El documento procedente de extranjero que dé cuenta del régimen de separación de bienes deberá cumplir con las forma de ley del lugar de celebración del mismo, por el principio general para los actos jurídicos (art. 12 C.C.), para los contratos (art. 1205 C.C.) y las específicas art. 159, 160 y 161 C.C.

### **1.4.3. CONCLUSIÓN.**

Esta norma nos muestra la tendencia a respetar en mayor grado la voluntad de los cónyuges, en desmedro de un estricto y forzoso régimen legal, a la que se encamina el derecho argentino, y en consecuencia del pregonado principio de la autonomía de voluntad en el derecho de familia actual.

En esta excepción, la escritura pública es el medio de acreditar en la República Argentina, la relación entre el bien o cosa y el régimen patrimonial-matrimonial que las partes acreditan ante el notario autorizante.

## **1.5. LAS CONVENCIONES MATRIMONIALES EN LOS PROYECTOS DE REFORMA DEL CODIGO CIVIL ARGENTINO.**

En el último cuarto de siglo se han elaborado propuesta de modificación de Código Civil, con la unificación con los actos, obligaciones y contratos comerciales, en los que se ha abordado la ampliación de las limitadas convenciones prematrimoniales (y matrimoniales) del actual Código.

Por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional 468/92, se creó una Comisión de juristas para la elaboración de un Nuevo Código Civil, reformando de modo integral el mismo, integrada por los Dres. Augusto C. Belluscio, Salvador Bergel, Aída Kelemajer de Carlucci, Sergio Le Pera, Julio C. Rivera, Federico N.



Videla Escalada y Eduardo A. Zannoni, que trató el tema en los proyectados artículos 495 a 571, que en palabras sintéticas del propio ZANNONI, “*se propuso sustituir la regulación de la sociedad actualmente vigente otra que permitiese a quienes van a contraer matrimonio (e, incluso, a los cónyuges después) la posibilidad de optar entre los regímenes de comunidad de gananciales, de separación de bienes y de participación, quedando el primero de ellos –esto es, de comunidad- como régimen legal y supletorio a falta de convención matrimonial.*”.<sup>26</sup>

Por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional 685/95, al no haberse sancionado el proyecto anterior se designó una nueva Comisión al efecto, integrada por los Dres. Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman, que con el mismo criterio trataban las convenciones matrimoniales en similares términos, pero sin considerar el régimen de participación, dejando la opción sólo entre los de comunidad de gananciales y de separación, en los proyectados artículos 438 a 501.<sup>27 28</sup>

Estos proyectos de reforma integral recogen las conclusiones de congresos y jornadas jurídicas y notariales de las últimas décadas, en el sentido de admitir la opción a los futuros contrayentes y cónyuges, de elegir entre dos o más estatutos para regir las relaciones patrimoniales del matrimonio, reconociendo una deseada autonomía de voluntad.

La coexistencia de más de un régimen patrimonial-matrimonial, es posible como lo ha demostrado la experiencia – si bien limitada- del caso del matrimonio extranjero, de conformidad a al art. 163 CC vigente.<sup>29</sup>

## **1.6. EVOLUCIÓN DE LA CONTRATACION ENTRE CONYUGES.**

**La doctrina ha coincidido desde los primeros comentarista del Código que no existe una norma genérica que prohíba la contratación entre cónyuges; e**

---

<sup>26</sup> ZANNONI, Eduardo A.- DERECHO CIVIL –DERECHO DE FAMILIA.- 5° edición, Ed. Astrea, Bs.As., 2006, T.I, pág. 468.

<sup>27</sup> PROYECTO DE CODIGO CIVIL PARA LA REPÚBLICA ARGENTINA – Ed. San Isidro Labrador, 1999.

<sup>28</sup> Existieron otros dos proyectos de amplias reformas y unificación de la legislación civil y comercial (Proyecto de Unificación de 1987, con tratamiento legislativo en 1988, y otro elaborado por una Comisión designada por la Cámara de Diputados en 1993), pero que no propusieron una reforma integral del código, que mantuvieron su estructura del actual con modificaciones parciales, pero que no abordaban la reforma del título de la sociedad conyugal.

<sup>29</sup> En la actualidad existe una nueva Comisión abocada a la elaboración de un nuevo Código Civil.

incluso aún cuando originariamente la mujer casada era considerada una incapaz de carácter relativo, el art. 1160CC a estos incapaces sólo les prohíbe contratar “en los casos en que les sea expresamente prohibido”.

Claro que en esta posición jurídica de la mujer casada, subordinada al marido hoy superada, tenía cierta lógica las conclusiones de los primeros doctrinarios en considerar que sólo podían celebrarse entre los cónyuges contrato de sociedad y mandato.

Pero decididamente ha influido en la materia la evolución de los derechos de la mujer, en la situación fáctica que ya ella misma asume sus negocios, y no tiene la relación representada-representante, con la colisión de intereses que ello puede implicar.- Siendo ella quien decide por su propio derecho, y no habiendo supuesto de autocontratación del representante, se ampliaron entonces los límites de la libertad contractual entre ambos.

Por ello el reconocimiento de la capacidad de la mujer casada lleva a considerar las únicas normas de prohibición de contratación entre cónyuges.

El art. 1807 inc. 2º CC prohíbe la donación entre cónyuges (salvo para parte de la doctrina los casos de los arts. 1232/35CC: donación condiciones entre cónyuges para producir efectos después del fallecimiento), extensiva a la cesión gratuita de derechos por la remisión a las normas de las donaciones (art. 1437CC).

El art. 1358 CC prohíbe la compraventa entre cónyuges, y esta norma es extendida -por remisión a este instituto- a la permuta (art. 1490CC), a la cesión de derechos onerosa (art. 1435 y 1441CC) y a la dación en pago (art. 1325 1º parte).

Por último, los arts. 1218/19, prohíben la celebración de todo contrato con objeto relativo al matrimonio fuera de las convenciones prematrimoniales admitidas, y por su ubicación se limita a los convenios sobre los bienes de la sociedad conyugal (convenciones matrimoniales); a lo cual ahora se hace excepción en los convenios de división de bienes de la sociedad conyugal aún vigente el matrimonio, pero para tener validez a partir de la inminente presentación conjunta de la demanda de divorcio o separación personal (art. 236CC) a partir del año 1987.

El fundamento de esta prohibición, aparentemente genérica, llega del derecho consuetudinario europeo anterior a la codificación, de impedir las donaciones de un cónyuge a otro para asegurar la conservación de los bienes dentro de la familia, extendida a contratos onerosos traslativos de dominio para impedir la

simulación de aquellas; y por otro lado por un concepto moral, de evitar la venalidad dentro de matrimonio<sup>30</sup>.

Como ya sostuviéramos hace dos décadas, señalando la función actual de la mujer que aporta al sostenimiento económico familiar, que ante *“el cambio en la estructura familiar, y mientras antes se sustentaba en un argumento de orden moral, el que la permisión de los contratos llevaría a la discusión típica de toda negociación entre partes (esposos), en detrimento de la idea de cooperación y armonía que debía reinar en el matrimonio, nos convence que esta idea apunta a mantener unida la familia. Compartimos plenamente la finalidad última, pero creemos que así como cambió la posición de la mujer en la sociedad, la familia actual enfrenta nuevos desafíos para mantenerse sólida, y para poder afrontarlos necesita nuevos elementos, ahora más flexibles, que reconozcan cierta independencia a los aportes hechos por los cónyuges, con la posibilidad de celebrarse entre sí ciertos contratos en tanto no se desvirtúe el régimen patrimonial del matrimonio, o no se pretenda perjudicar a terceros”*<sup>31</sup>.

En este sentido se vienen manifestando los encuentros jurídico-notariales en las últimas décadas, y con conclusiones similares a la de la reciente 37 Jornada Notarial Bonaerense, (2011) T. I: *“CONTRATACION ENTRE CONYUGES: El principio general es la libertad de contratar de las personas mayores de capaces y esta libertad incluye a los cónyuges. La Ley sólo impone la incapacidad de derecho en forma específica para que los consortes celebren entre sí determinados actos”*.

#### **1.6.1. EL CONTRATO DE PARTICIÓN DE BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL A DISOLVERSE.**

En el derecho vigente debemos tener presente desde el inicio el límite de la autonomía de la voluntad en la liquidación de los bienes de la ex sociedad conyugal.

Una cosa será la posibilidad de acordar con plena libertad el modo y forma de partir y la consecuente liquidación de los bienes, donde se harán patentes los principios del derecho de los contratos desde que los miembros de la disuelta sociedad conyugal (o en vías de ello) tienen la plena capacidad de contratar entre sí;

---

<sup>30</sup> ZANNONI, Eduardo - DERECHO DE FAMILIA Ed. Astrea, Bs.As.2006, T. I pág. 652-

<sup>31</sup> LAMBER, Néstor D., GONZALEZ, Nélica H., CARVALLO, Rodolfo L., MARIÑO DE GOMEZ, Susana y ONETO, Ana María.- “ESTADO DE INDIVISION HEREDITARIA Y POSTCOMUNITARIA. CONTRATACION ENTRE CONYUGES”.- REVISTA NOTARIAL ,La Plata, 1991, N° 909,pág. 807.

y otra es la prohibición de establecer por vía convencional una causal de disolución de la sociedad conyugal no prevista por la ley.

Como señala LAMBIOS<sup>32</sup> *“la liquidación de la sociedad conyugal solo tiene lugar en los supuestos previstos en la ley, sin que los esposos puedan pactar lo contrario, lo prohibido fue alterar el régimen de bienes durante su vigencia y cuando la doctrina consideró nulas las estipulaciones referidas a la liquidación de los bienes entendió que con ellas se pretendía encubrir un acuerdo disolutorio. Es que el orden público sólo es vulnerado “cuando las partes pretenden disolver la sociedad conyugal por una causa o una forma distinta a las taxativamente previstas en la ley, pero las estipulaciones sobre el orden en que se van a dividir los bienes, o sobre como se van a atribuir una vez que el juez pronuncie la sentencia definitiva, constituyen pactos que no violan reglas ni principios de orden público, ni normas precisas de la ley que acarren su nulidad”<sup>33</sup>.-*

Las partes no podrán celebrar un acuerdo disolutorio, dado que la acreditación disolución requiere indefectiblemente la resolución judicial que le de el estado jurídico consecuente.

Ello no impide que los cónyuges puedan reconocer la existencia de los hechos de ciertas causales, como sería la mutua manifestación de separación de hecho, pero su validez y efecto jurídico disolutorio se dará con la resolución judicial que lo acredite, y ese reconocimiento previo será sólo una prueba más para la valoración judicial.

Pero si las partes podrán con plena libertad celebrar todo tipo de contratos partitivos y liquidatorios de los bienes una vez disuelta la sociedad conyugal, o incluso con anterioridad como lo prevé el artículo 236 CC, condicionada a la resolución judicial que declare la disolución de la sociedad conyugal<sup>34</sup>.

En estos supuestos, la regla es la plena libertad contractual, rigiendo las formalidades previstas por el Código Civil para la partición de bienes del acervo

---

<sup>32</sup> LAMBOIS, Susana E. – “UNA VEZ MAS SOBRE LOS CONVENIOS DE LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL PREVIOS A SU DISOLUCIÓN” – LLLBA 2000-257.-

<sup>33</sup> CCivil y Com. Bahía Blanca, 20/8/71 – ED 38-808

<sup>34</sup> CCivil y Com. Bahía Blanc, 3/11/2008, LLBA 2008-529: “Si bien nada obsta a la celebración de un convenio extrajudicial sobre división de los bienes que componen el patrimonio ganancial de un matrimonio, se formalice antes de que se decrete la separación personal o el divorcio vincular, y consiguientemente antes de la disolución de la sociedad conyugal. Su validez está condicionada a que se dicte el correspondiente pronunciamiento judicial que ponga fin a la sociedad conyugal.”

sucesorio, en mérito a la aplicación del art. 1184 inc. 2 CC y art. 3462 CC con la remisión del art. 1313CC en la materia, y la similar de los artículos 1788bis y 1698CC para otras comunidades de bienes.

Es decir que en la partición y adjudicación de bienes de la ex sociedad conyugal rige la plena autonomía de voluntad, sin necesidad de intervención de autoridad judicial, y esta sólo se limita en el caso del art. 236 CC a la mera homologación judicial, la cual en palabra de LAMBOIS *“confiere al convenio, en principio, la intangibilidad propia de la partición judicial. En la homologación el rol del juez es meramente pasivo. Su papel es similar al del escribano. No hay en las resoluciones de homologación el imperium propio de las sentencias. Lo que hace el juez es la legalización o autenticación, sin perjuicio que el convenio pueda ser atacado por vicios del consentimiento por la invocación de la lesión”*.<sup>35</sup>

Aún en los casos que se requiere homologación judicial, quedando comprendidos en los supuestos de partición mixta, es la voluntad de las partes la que determina el modo de partir y liquidar.

La modificación de la ley 23.515 al artículo 236 del Código Civil, resolvió una vieja controversia existente hasta ese momento, acerca de los convenios realizados por los cónyuges en relación a los bienes del matrimonio, disponiendo la validez de los mismos.

Esta reforma reconoce como origen un fallo plenario de las Cámaras Civiles de la Capital Federal, del 24 de Diciembre de 1982 en tal sentido <sup>36</sup>, además de la lógica misma, que si los cónyuges han decidido divorciarse, también es razonable que dispongan lo necesario para partir, liquidar y adjudicar los bienes adquiridos durante el matrimonio <sup>37</sup>.

El fallo de la Corte Suprema de Mendoza citado desde su resolución en 1996<sup>38</sup>, ha iniciado la interpretación judicial, yendo más allá, al admitir la presentación del convenio celebrado por los cónyuges en ocasión del art. 236 CC en cualquier momento del proceso judicial.

De igual modo, como se ha señalado, si los cónyuges cumplen el convenio aún no homologado, bastará que lo ratifique por sí o por sus apoderados con posteridad

---

<sup>35</sup> LAMBOIS, Susana E- op.cit. pág. 266

<sup>36</sup> La Ley-1983-A-483. Esta doctrina ha quedado ratificada en un comentado casado resuelto por el Superior Tribunal de Justicia de Mendoza, con voto de la Doctora Kemelmajer de Carlucci, publicado en J.A. del 28/5/97, número 6039, Pág. 27.

<sup>37</sup> ZANNONI Eduardo, Derecho de Familia, T.I, pág. 721, Ed. Astrea, Bs.Aires, 1998.

<sup>38</sup> J.A. del 28/5/97, número 6039, Pág. 27 citado en nota 37.

a la sentencia de divorcio en escritura pública, cumpliendo la forma de partición privada.

Esta partición se realizará del mismo modo que las particiones hereditarias, en virtud de la remisión que efectúa el artículo 1313 del Código Civil, es decir de manera judicial, privada ó mixta.

En conclusión, el principio es que los ex cónyuges pueden resolver la partición y adjudicación de los bienes gananciales sin requerir intervención judicial alguna.

Así concluyó la XXVIII Jornada Notarial Bonaerense, de 1991, (Tema IV): *“A partir de la sanción de la ley 23.515 los convenios de liquidación del régimen patrimonial matrimonial, previos a la sentencia de divorcio por presentación conjunta, son válidos; pero sujetos a un requisito de eficacia (conditio juris) que es el dictado de la sentencia de divorcio.- Formalizados por escritura pública no corresponde su ratificación en sede judicial.”*<sup>39</sup>.- Criterio que fuera ratificado en la recientes 37 Jornada Notarial Bonaerense (2011), Despachos Tema I.

En cuanto la forma de estos convenios de partición de bienes de la sociedad conyugal disuelta o en curso de disolución, el art. 236 CC y la remisión a la materia de la partición de sucesión, cuando es hecha por personas mayores y capaces, de conformidad al art. 1181 inc. 2º CC, se pueden otorgar por escritura pública, o instrumento privado con homologación o autorización judicial.

## **2. AUTONOMÍA DE VOLUNTAD EN EL DERECHO SUCESORIO ARGENTINO.**

El derecho sucesorio argentino, se caracteriza por una fuerte impronta de orden público para la protección de los herederos legitimarios a través de las acciones de complemento, colación y reducción; es decir de aquellos cuya vocación hereditaria deviene de la propia ley, y no pueden ser dispensada en vida del causante, sea por su voluntad para después del fallecimiento, cuya institución testamentaria no puede afectar esta parte legitimaria (art. 3591 CC), ni por los propios futuros herederos ab-intestato, por la prohibición de pactos sobre herencia futura (art. 1449, 3599 y concs. CC).

---

<sup>39</sup> REVISTA NOTARIAL La Plata, 1991, N° 909, pág. 1036/7.

Teniendo en cuenta la alta porción legitimaria, que está entre las más elevadas del derecho comparado (para descendientes 4/5 del acervo hereditario—art. 3593CC-, ascendientes 2/3 –art. 3594CC-, y cónyuge 1/2 -art. 3595CC-, pero que concurriendo más de una categoría siempre se está a la porción mayor), se ve restringida la libertad de testar y su disposición de última voluntad<sup>40</sup>.- En los restantes caso en que no existen vínculos familiares nucleares -de consanguinidad o afinidad- el testador tiene plena libertad.

Esto denota la telésis legal de protección de los intereses de este núcleo familiar, aún hacia el futuro; por lo cual la evolución del concepto de familia antes analizado, lleva a replantear las normas del derecho sucesorio, siendo unánime en la doctrina nacional, como reflejan jornadas, congresos y encuentros, la opinión a favor de la disminución de la legítima, y la ampliación de la libertad de testar, incluso con la recomendación de ampliar la causales de indignidad o desheredación.<sup>41</sup>

## **2.1. EL CONTRATO DE PARTICIÓN DE HERENCIA.**

Si bien el orden público sucesorio es estricto en cuanto a la determinación del orden y vocación hereditaria; admite la conjugación con el principio de autonomía de voluntad en materia de partición o distribución de bienes relictos.

El fallecimiento del causante es la causa de transmisión mortis causa de todo el activo y pasivo que integraba su patrimonio a los herederos, desde el día del deceso y simultánea apertura de su sucesión (art. 3417 CC), con la integración de una comunidad de bienes (y pasivos) que requiere su partición para extinguirse, adjudicando los bienes y cosas en particular a los sucesores, y cumpliendo las obligaciones con los acreedores del causante.

La partición es el acto por que los sucesores del causante resuelven la disolución y liquidación de acervo hereditario, y determina la adjudicación de la parte alícuota que tiene sobre la comunidad universal, a las cosas, bienes, y en su caso obligaciones, en particular a cada uno de los comuneros.

---

<sup>40</sup> A esto debe sumarse el derecho real de habitación vitalicio y gratuito que el art. 3573bis concede al cónyuge supérstite en caso de queda al momento de la apertura de la sucesión único inmueble sede del hogar conyugal, mientras no contraiga nuevas nupcias.-

<sup>41</sup> 37 Jornada Notarial Bonaerense (2011) T.I, (despachos).

El art. 3462CC se convierte la piedra basal de la autonomía de la voluntad en esta etapa del proceso de sucesorio, regulando que siendo los herederos mayores y capaces, pueden partir *“en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen más conveniente”*.

El art. 3463CC prevé los casos en que la partición puede ser judicial, cuando hubiere: a) menores, incapaces, interesados o ausentes; b) terceros interesados que se opusieren; c) no hubiere acuerdo unánime entre herederos.- En todos los demás casos puede hacer privadamente.

Cuando se trate de una partición judicial, es deberá seguir el procedimiento del respectivo código procesal, y llegar a la resolución judicial atribuyendo las hijuelas oportunamente formadas; en cambio cuando se resuelva por acuerdo unánime de partes, el art. 1184 inc. 2º, da las dos posibilidades de forma de partición: Privada (por escritura pública), o Mixta (instrumento privado homologado o autorizado por juez de la causa).

En consecuencia, en la Partición Privada y en la Mixta: los propios comuneros, es decir los herederos, están celebrando un verdadero contrato, en que en el libre ejercicio de su autonomía de voluntad dividen y adjudican los bienes por el modo y forma que estimen más conveniente, recurriendo a alguna de las dos formas indicadas.

En cambio, en la Partición judicial, es el órgano judicial el que determina el modo de partir, y luego de seguir el respectivo proceso ritual, limitado a los casos especialmente previstos, y que la legislación en modo alguno fomenta.

Así lo explica claramente BELLUSCIO: *“A la forma de partición de la comunidad es aplicable lo dispuesto por el Código Civil respecto a la partición de la herencia. Por consiguiente, puede ser privada si todos los copartícipes son capaces y están presente (art. 3462CC); la partición privada debe hacerse por escritura pública, o por instrumento privado presentado al juez que entiende en la sucesión o en el procedimiento de liquidación de la sociedad conyugal (art. 1184 inc. 2º)”*.<sup>42</sup>

## **2.2. PACTOS SOBRE HERENCIA FUTURA ADMITIDOS.**

---

<sup>42</sup> BELLUSCIO, Augusto C – Op. Cit. Pág. 563.



Si bien señalamos la genérica prohibición de celebrar pactos entre los futuros y herederos y el futuro causantes, que la sanción con la nulidad; existen ciertas excepciones que tiende a facilitar la partición de la futura comunidad hereditaria, que como señala nota al art. 3452CC, se persigue si más pronta liquidación.

#### **2.2.1. RECONOCIMIENTO DE ENAJENACIÓN ENTRE HEREDEROS FORZOSOS.**

GUASTAVINO califica como un pacto renunciativo la norma el art. 3604CC (ley 17711 –año 1968), que admite la que los herederos forzosos “consientan la enajenación” hecha por el causante a otro heredero forzoso, y así no puedan demandarle posteriormente la colación del bien objeto de ese acto.

Para la doctrina que no llega considerar tal supuesto como un pacto sobre herencia futura, igualmente reconoce sus efectos, considerando en ésta una declaración de los herederos forzosos, que no hace más que reconocer que ante el pago de la contraprestación, no se está ante un acto gratuito, y que por lo tanto nunca integrará, la futura comunidad hereditaria.

Esta declaración debe ser hecha en un documento de igual rigor formal que el de adquisición, por lo cual siendo su objeto inmueble requiere, serlo en escritura pública.

#### **2.2.2. PARTICIÓN POR DONACIÓN.**

El mismo autor califica como pacto sobre herencia futura distributivo – lo cual es aceptado así en doctrina- a la partición por donación (arts.3514 y sigts. CC), contrato entre vivos en que el futuro causante con sus hijos y descendientes hace la partición anticipada de los bienes del futuro sucesorio; y que en la interpretación de ZANNONI en realidad impide la conformación de la comunidad hereditaria, por que esta queda liquidada de antemano por voluntad de partes.

Este contrato, casi no utilizado en la práctica, prevé el artículo que puede también hacerse por actos especiales, modalidad esta que es más habitual, por la cual se hacen simultáneas donación a los herederos con recíprocos reconocimientos de los valores donados entre los donatarios; supuesto este, al no hacerse en acto

único, que no puede interpretarse como impeditivo de la comunidad hereditaria, sino esencialmente distributivo y anticipado.

En cuanto a su forma el art. 3523CC remite a las normas del contrato de donación, por lo cual por el art. 1811CC, de contener inmuebles o prestaciones periódicas vitalicias, debe ser hecha por escritura pública bajo pena de nulidad, sin posibilidad de conversión alguna ante su omisión.

### **2.3., PARTICIÓN POR TESTAMENTO.**

El art. 3514CC y siguientes, regulan la partición por ascendientes, y no sólo se refiere a la modalidad contractual de partición por donación, sino que también prevé la posibilidad que el testador resuelva, e imponga en tanto no implique un gravamen que afecte la cuota legitimaria, el modo de distribuir los bienes al momento de su fallecimiento, por la forma testamentaria.

Este acto unilateral del testador impide la comunidad hereditaria, y desde el inicio determina su modo de liquidación.- Se otorga a la autonomía de voluntad exclusiva del testador la decisión de cómo distribuir los bienes, en tanto respete la porciones legítimas de orden público del derecho sucesorio, teniendo en cuenta que no establezcan gravamen o condición a los herederos (art. 3598CC).

En ambos casos de partición por ascendientes, se fomenta el impedimento de la creación de la indivisión hereditaria, mediante la regulación de los poco utilizados institutos de la partición por testamento o partición-donación.- El Código, entre las razones que lo llevaron a prohibir los contratos sobre herencia futura y la inconveniencia de establecer una comunidad de bienes sin voluntad de los interesados, opta por eximir el principio prohibitivo, para dar valor a la autonomía de voluntad de los interesados y evitar la partición, demostrando la tendencia de la política legislativa de favorecer y permitir los contratos, con la lícita causa-fin de facilitar o permitir la partición de la indivisión.

### **2.4. PARTICION PARCIAL Y CONDICIONAL.**

En tal sentido, también se permite la posibilidad de realizar la partición parcial de determinados bienes, aunque no se partan todos (art. 3453 CC), como sucede por imperio legal con los créditos y deudas divisibles.

En principio, la partición debe ser sobre la totalidad de los bienes hereditarios. Tal es el espíritu del art. 3469 del Código Civil.- Sin embargo, excepcionalmente, el art. 3453 del Código Civil establece que *“aunque una parte de los bienes hereditarios no sean susceptibles de división inmediata, se puede demandar la partición de aquellos que son actualmente posibles”*.

LEZANA<sup>43</sup> cita a DEMOLOMBE, fuente del codificador en éste artículo, quien decía que normalmente no debía hacerse más que una partición, nada se oponía a que en determinados casos, se dividiesen únicamente algunos bienes, siempre que el resultado de las operaciones que faltaba concluir, no pudiera alterar la que se realizaba, o sea que no existiera motivo alguno para oponerse a los que partición parcial tienen interés en obtenerla, y los otros ninguno en negarla, no se ve porque no se la admitiría<sup>44</sup>.- Se entiende en doctrina que deberá aplicarse con criterio restrictivo por tratarse de una excepción<sup>45</sup>.

No tendrá sentido, en efecto, prolongar la indivisión de éstos cuando nada obsta a que se hagan particiones parciales. Empero, muchas veces, es una medida de prudencia esperar un tiempo razonable y hacer una sólo partición, lo que evita gastos a veces innecesarios<sup>46</sup>.

Esta partición parcial se asemeja a la condicional, ya que si no se cumple con la condición suspensiva los herederos-partidores, deberán hacer una partición complementaria con los valores apartados, quedando la primera como parcial<sup>47</sup>.

Si bien se está ante un supuesto excepcional nos hallamos ante el hecho que toda partición integral, puede convertirse en parcial, si se da el hecho que aparezcan nuevos bienes a incorporarse al acervo hereditario, lo cual no provoca la nulidad de la hecha, sino la necesidad de hacer una complementaria.

La sala C de la Cámara Nacional en lo Civil<sup>48</sup>, admitió esta partición ante la sola existencia de otro inmueble que torna procedente la partición parcial, por más

---

<sup>43</sup> LEZANA, *La partición parcial y algunas cuestiones que se plantean en las sucesiones* –LL 1975-B, pág. 777.

<sup>44</sup>DE GASPERI, Luis- *“Tratado de Derecho Hereditario”* TEA, Bs.As. 1953, vol. II, pág. 209, quien cita en su apoyo a Aubry et Rau, Segovia, Llerena, Machado, Lafaille, Fornieles, Rébora, Arias, etc. y CNCiv., sala A – “Alzaga de Sánchez, Josefa s/suc.” 13/12/74 LL 1975-B 776.

<sup>45</sup>LEZAMA, Julio-op.cit.; y ZANNONI, Eduardo – Indivisión postcomunitaria y comunidad hereditaria su coexistencia e implicancias JA 27-224.

<sup>46</sup> BORDA, Guillermo – *Tratado de derecho civil argentino – Sucesiones* – Abeledo Perrot, Bs.As. 1975 T. I, pag. 438.

<sup>47</sup> Conf. DE GASPERI, op. cit., pag. 210.

<sup>48</sup> Autos: Warat, Raúl s/suc. del 13/6/74 JA 1985-II-92.

que no puedan ser objeto de la misma las unidades cuya inclusión dependerá de la nulidad de las ventas; invalidez que no cabe juzgar aquí.

Pese a su carácter excepcional las particiones parciales son muy comunes en la práctica inmobiliaria. Aunque no las llamamos así, por el vicio registral ciertas jurisdicciones<sup>49</sup> de considerar que la inscripción de la declaratoria de herederos, provoca el nacimiento de un condominio. Se trata de las ventas hechas por el sistema de tracto abreviado<sup>50</sup>.

Al acordar la venta están excluyendo ésa cosa de la indivisión, y muchas veces, extinguiendo la misma por ser el único bien que la compone, realizando un verdadero acto de partición. Entendemos que es perfectamente válida y oponible a terceros, ya que una vez dictada del declaratoria de herederos, o la aprobación del testamento, conforme con los postulados del art. 3430 del Código Civil, ya no existe la posibilidad de que aparezcan interesados a oponerse tal como lo exigía DEMOLOMBE.

Siendo el principio la liquidación de los bienes y su división, entendemos que todo acto que tiende a facilitar tal fin, como sería el reemplazo de una cosa por dinero, encuadra perfectamente con este concepto de partición parcial, que no podrá ser negado por esperar una partición integral, pues estaría aquella facilitado a ésta última.

También implica un acuerdo de partición parcial la partición condicional del art. 3458 CC, que permite a los herederos hacer la partición de determinados bienes, reservando algunos para cumplir con la disposición testamentaria que instituyó a un herederos sometido a condición suspensiva (arts. 3610 y 3771 CC), la condición llegare a cumplirse; y de no cumplirse los restante harán una partición complementaria.

Estas particiones excepcionales por no ser totales, ponen en de manifiesto el reconocimiento del valor de la autonomía de la voluntad, que en especial se da en las particiones bajo forma privada.

## **2.5. LA ADJUDICACIÓN DE USUFRUCTO EN EL CONTRATO PARTITIVO.**

---

<sup>49</sup> Disposiciones técnico registrales de Capital Federal, Provincia de Buenos Aires y La Pampa.

<sup>50</sup> Conf. LICCIARDI, F y M.- *Comunidad hereditaria y condominio. Diferencias. Riesgos de la confusión de su naturaleza jurídica* – Revista Notarial N° 880

El art. 2813 CC expresamente reconoce la posibilidad de establecer el derecho real de usufructo como objeto de una partición, pero en el art. 2818CC prevé que lo será por disposición de la ley o voluntad del propietario, y expresamente sanciona con la nulidad al constituido por los jueces en división o partición de bienes.

Esta norma prioriza la autonomía de voluntad sobre la resolución judicial, a la que impide adjudicar en la partición este derecho real temporal en detrimento del dominio; pero en atención a la libertad contractual, permite a las partes a que arreglen sus intereses del modo que crean más conveniente.

## **2.6. OPORTUNIDAD DEL CONTRATO DE PARTICIÓN.**

En el proceso sucesorio, la partición judicial de los bienes está reglamentada en su etapa final, luego de reconocimiento de los herederos o aprobación del testamento; sin perjuicio que se puedan realizar ciertos actos partitivos o liquidatorios con anterioridad, como la autorización judicial de venta de determinado bien para satisfacer gastos del proceso, o se permita la anticipación de ciertos actos tendientes a efectuar la partición, como lo es el inventario que podrá practicarse desde que cualquiera de los heredero lo solicite (art. 752 Cód. Proc. Civ y Com. Pcia. Bs,As.), pero siempre tendrá carácter condicional.

Diferente es la regla en la partición privada, en que los herederos mayores y capaces podrán celebrar el acuerdo o contrato de partición desde el fallecimiento del causante, siempre supeditado a las resultas del proceso y los sucesores reconocidos y/o acreedores que demuestren legítimo interés; e incluso antes en el caso de la partición por donación.

Esta situación permitirá entre las partes, más allá de la limitación de su oponibilidad frente a determinados terceros, solucionar sus intereses y dejar prevista la extinción de la comunidad hereditaria de modo fijo e inalterable de mantenerse en las mismas circunstancias.

Así lo señala ZANNONI: “Los acuerdos sobre partición pueden concluirse, entre herederos, incluso con anterioridad a la declaratoria de herederos o aprobación del testamento, sin perjuicio que su oponibilidad exija, por razones de

publicidad registral, el reconocimiento posterior del carácter hereditario”<sup>51</sup>, los cuales son plenamente eficaces.

Estos acuerdos de partición, incluso anteriores a la apertura del juicio sucesorio, podrán tener por objeto todos los bienes del causante, o sólo alguno de ellos, lo cual está permitido por el citado art. 3.453 CC.- De hecho todo contrato partitivo es potencialmente una partición parcial, dado que en caso de conocerse un nuevo bien, el acuerdo celebrado, entendido como definitivo deviene parcial.

Esta libertad del momento de celebrar el acuerdo partitivo, es propio de la autonomía de voluntad, y los contratos en general, que no deben someterse a la resolución de un tercero (órgano judicial), y la ley, nuevamente, pone en evidencia la prioridad a que las parte acuerden sus interés en vez del Estado, es decir a la partición privada sobre la judicial.

## **2.7. EL CONTRATO DE PARTICIÓN DE HERENCIA Y LA LLAMADA SUCESION EXTRAJUDICIAL DE LOS CODIGOS RITUALES.**

La comunidad hereditaria no tiene por destino mantenerse en el tiempo, sino que funda su existencia en la finalidad de administrar la masa de bienes (activo y pasivo), durante un período que la ley reglamenta para determinar su definitivo contenido, una vez deducidas las eventuales deudas, pagados los legados; y durante la misma se podrán justificar vocación sucesoria o hereditarias de las personas que así lo invoquen.

Dicha comunidad de bienes, nace para extinguirse mediante la partición, que como señala la nota al art. 3451 CC, diferenciándola de la sociedad, ”la comunión de cosas es accidental y pasajera que la ley en manera alguna fomenta”, y en consonancia con esa intención de no permitir la continuidad de la comunidad hereditaria, el art. 3452 CC establece que “los herederos, sus acreedores y todos los que tengan en la sucesión algún derecho declarado por la leyes, pueden pedir *en cualquier momento la partición de la herencia, no obstante cualquiera prohibición del testador, o convenciones en contrato*”, y a la vez establece la imprescriptibilidad de la acción de partición en el art. 3460 CC<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup>ZANNONI. Eduardo.- DERECHO DE LAS SUCESIONES – Ed. Astrea, Bs.As, 1976, Vol. II, pág. 687.

<sup>52</sup> La aparente excepción a tal imprescriptibilidad del art. 3461 CC, apunta más bien conjugar el derecho del heredero, a la vez poseedor veinteañal con “animus domini” con relación a una

Ante la finalidad de extinguir del modo más rápido y económico la comunidad hereditaria, y ante la norma fondo del art. 3462CC, lo Códigos Procesales en lo Civil y Comercial locales, como es el caso de la Provincia de Buenos Aires, y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, titula el capítulo final de proceso sucesorio, referido a la partición que efectúan los propios herederos, como sucesión extrajudicial, dejando a los interesados la composición de sus intereses, en el avalúo, formación y adjudicación de hijuelas, sin intervención judicial alguna, evitando el gastos de recursos humanos y económicos del Estado.

Más allá de la denominación confusa, se delega en la partición privada, desde el momento del dictado de la declaratoria de herederos o aprobación del testamento - cumplidos los recaudos tributarios del proceso en cada jurisdicción-, la resolución de la partición de los bienes, que puede ser exclusivamente por vía notarial, ya sea de modo total o parcial.

Si la partición es puramente privada y por escritura pública, no se requiere intervención judicial posterior, bastando que el notario realice los trámites de inscripción en los bienes registrables, como lo demuestra la reglamentación del Registro Nacional de la Propiedad Automotor, que trata conjuntamente al documento emitido por el secretario del juzgado en que tramita el sucesorio, como el notarial de partición.

#### **2.7.1. DIFERENCIA CON EL PROCESO SUCESORIO NO CONTENCIOSO.**

Esta llamada sucesión extrajudicial, no es tal, y no hace más que reconocer en la reglamentación local la ya sabida posibilidad del realizar la partición privado o mixta prevista en el art. 3462CC, y el del consecuente principio de la autonomía de voluntad.

No se puede confundir con la plena sucesión extrajudicial, por vía notarial o proceso no contencioso, en la que se busca tercerizar o sacar del ámbito del poder judicial funciones de este, y los procesos nombrados<sup>53</sup>; pero en la Argentina se ha optado por un sistema judicial para el proceso sucesorio, y su cambio se ha

---

cosa o bien, o parte alícuota de él, equiparándolo al tercer poseedor, y mantiene la imprescriptibilidad con relación a los restantes bienes de la masa.-

<sup>53</sup> Ya hemos planteado con mayor detalle la problemática de la República Argentina en LAMBER, Néstor D.- "TERCERIZACION DE FUNCIONES JUDICIALES, PROCESOS NO CONTENCIOSOS Y EL NOTARIO" –ANUARIO IBNEROAMERICANO DE DERECHO NOTARIAL.- Años 2006 N° 5.- Consejo General del Notariado, Madrid, 2006.-

convertido más en un tema de incumbencias entre los egresados de la carrera de derecho que ejercen la abogacía y los que ejercen el notariado.

Sin embargo, los Colegios Notariales, han bregado y sostenido aquellos proyectos que tienden a que el notario -en su rol de función pública-, cumpla las no contenciosas que realizan los órganos judiciales, manteniendo la actuación que hasta hoy tienen quienes ejercen el patrocinio letrado en tales procesos.

Esto con la finalidad de agilizar los trámites burocráticos, y el reclamado alivio a las tareas de los tribunales, para abocarse los jueces a su función natural, que es la solución de causas litigiosas, y no las restantes que pueden ser resueltas por la libertad y autonomía de voluntad de las partes, actividad natural del notariado como se ha sostenido en congresos y jornadas notariales.

## **2.8. CESIÓN DE DE DERECHOS Y ACCIONES HEREDITARIOS.**

El contrato de cesión de herencia no tiene regulación completa en nuestra legislación. Unas pocas normas sobre evicción y alguna mención en el libro de las sucesiones y en el contrato de cesión de créditos, remiten al régimen general de ésta última, el que debe compatibilizarse con el objeto particular, que es la transmisión de un universalidad jurídica, la comunidad hereditaria, cuyo inicio nos marca el momento en que se puede celebra éste contrato: desde el fallecimiento del causante, al nacer la indivisión, hasta su extinción, con la partición y adjudicación de los bienes integrantes de la misma.

Mientras no se haya efectuado una partición de herencia, los bienes de integrantes del acervo hereditario, se mantienen en la comunidad hereditaria que constituye una universalidad de derecho. El heredero o su cesionario tiene el derecho a todo o parte de esa universalidad pero no a los bienes en particular.

Por ello, mientras no exista partición de herencia, el único modo de disponer esos bienes patrimoniales, que se encuentran en comunidad, es disponiendo tal universalidad de derecho, que no se convierte en condominio ni por el paso del tiempo ni por la inscripción registral, como se concluyó en la II Jornadas de Derecho Civil de Mendoza de 1991; mediante el nominado, pero no tipificado integralmente contrato de cesión de herencia.



En este mismo criterio se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>54</sup>.: *“La inscripción de la declaratoria de herederos en el Registro de la Propiedad Inmueble no produce el cese de la indivisión hereditaria, el que sólo ocurre con la partición de los bienes debidamente inscripta”*.<sup>55</sup>

De esta posición se deriva la lógica conclusión del fallo de la Cám. Nac. En lo Civil, Sala F de Cap. Fed, autos: “Labayru, José M. c/Registro de la Propiedad Inmueble”<sup>56</sup> en que textualmente dice: “Cabe revocar la resolución administrativa por la cual el Registro de la Propiedad Inmueble denegó la inscripción definitiva de una cesión de derechos hereditarios en virtud de encontrarse ya inscripta la declaratoria de herederos, toda vez que la mera inscripción registral de dicha declaratoria de herederos no implica adjudicación de los bienes en condominio entre los coherederos, sino simplemente la exteriorización de la indivisión hereditaria”.- Ratifica así la procedencia de la cesión de derechos hereditarios para disponer de los bienes hasta el momento de partición y adjudicación de los bienes del acervo.

La forma estipulada por el Código Civil para la cesión de herencia surge del art. 1184 inc.6° CC, imponiendo la de escritura pública.

### **2.8.1. CESIÓN DEL CESIONARIO DE DERECHOS HEREDITARIOS.**

Siguiendo este criterio, y mientras no haya partición de los bienes, el cesionario de derechos hereditarios puede disponer de la universalidad jurídica de la que es propietario, -ya que la misma no está indisponible ni fuera del comercio por integrar la comunidad hereditaria-, y el contrato que prevé el código para ello es el de cesión, en tanto el art. 1434 CC establece que es el contrato tipificado para transferir derechos, y que la doctrina ha interpretado congruentemente que se refiere a todos aquellos derechos de propiedad que no sea el derecho de dominio sobre cosas en particular, para los cuales se tipifica el contrato de compraventa, permuta o donación.

---

<sup>54</sup> Autos: “Capdevilla, Víctor y ot. V.Ayelli, Enrique s/división de Condominio” del 13/8/98 Fallos 321:2162.

<sup>55</sup> en igual criterio puede consultarse SCJ Buenos Aires, Ac. 49283, Cam. C y C. San Isidro, Sala I, “Oliva c/Mercado LLBA 2003 PÁG. 507, y “Sacardis, Hilario s/Suc.” Del 8/9/98 ED del 5/4/99, y demás jurisprudencia que citara en el “TRANSMISION DE BIENES DURANTE LA COMUNIDAD HEREDITARIA Y EL CARÁCTER ALIMENTARIO DE LA PROCION LEGITIMARIA” Revista Notarial 952, pág. 778

<sup>56</sup> La Ley 2004-D-626

En consecuencia el contrato de cesión de derechos es el tipo contractual amplio que contiene la transmisión de todo derechos de propiedad sobre bienes que no sean cosas, es decir que en él encuadran la transmisión de derechos creditorios, deudas, bienes inmateriales e intelectuales, y universalidades, como es en el caso.

Por lo tanto el cesionario de derechos hereditario, en tanto titular de una universalidad, que en sí misma constituye un bien, lo puede disponer libremente y sin restricción pues de lo contrario se le estaría impidiendo su derecho constitucional a ejercer el derecho de propiedad.

### **2.8.1.1. OBJETO DE LA CESIÓN DE DERECHOS HEREDITARIOS.**

La omisión de Vélez Sársfield en la regulación de contrato de cesión de herencia o de derechos y acciones hereditarios, lleva a tener que integrar las normas aplicables a un contrato nominado pero atípico, que por lo tanto se debe regir por las normas más similares.

Ello nos pone en la problemática de quienes pueden ser cedentes y cual es objeto de este contrato.

Una opción es partir de la posición de BORDA que entiende al contrato de cesión de herencia, definido desde la posición jurídica de heredero, y concluye que sólo el heredero puede ser cedente en este contrato.

Tomemos, a fin de ser breves, las propias palabras de BORDA en su Manual de Contratos para entender su posición: “ *Se ha puesto en cuestión la naturaleza de esta cesión. Algunos autores han sostenido que el cesionario es un sucesor universal (Rébora, Llerena).- Pero no es así.- No lo es del causante, por que no hay sucesión universal por contrato (nota al art. 3280), porque el cesionario no responde ultra vires, y porque el heredero cedente no queda liberado de las deudas de la herencia. No es tampoco heredero universal del heredero cedente, porque este no transmite todo su patrimonio y ni siquiera una parte alícuota de él, sino sólo un conjunto de derecho y obligaciones*”.<sup>57</sup>

Esta postura se sustenta en la imposibilidad de la sucesión contractual, y confunde la vocación universal del heredero a todo el acervo sucesorio, con la

---

<sup>57</sup> BORDA, Guillermo A.- Ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 1987, pág. 322

existencia de universalidad de cosas y bienes -de derecho o de hecho-, que pueden constituir un bien en conjunto, que puede ser objeto de un contrato, como por ejemplo expresamente lo prevé la ley 24.441 al establecer la posibilidad de la creación de un patrimonio fiduciario, que es una universalidad de cosas y bienes en su más amplia variedad, que constituyen el objeto del contrato.

En este sentido se manifestaba LOPEZ DE ZAVALIA: *“No caben confundir los conceptos de sucesión universal y de sucesión mortis causa, ni los de sucesión y herencia. A) una cosa es la causa por la que se sucede, y otra la amplitud y características con que se sucede.- Desde el punto de vista de la causa, corresponde distinguir entre la sucesión intervivos, y la sucesión mortis causa.- Y desde el punto de vista de la amplitud y características se clasifican los modos de suceder en sucesión particular y sucesión universal.- Que estos criterios son distintos lo demuestra el hecho de que la sucesión mortis causa puede ser a título universal, o a título particular. Y si la sucesión mortis causa admite ambas posibilidades, no vemos por qué razón haya de negárselas a la sucesión por actos entre vivos”*.<sup>58</sup>

Por ello, no se puede pensar a la cesión de derechos y acciones hereditarios desde la óptica de quien cede, sino que se define esencialmente desde la particularidad de su objeto.

Ello es así, pues este contrato atípico, importa la transferencia de los derechos y deudas de carácter patrimonial en conjunto indiviso, a los que tiene vocación uno o más herederos o sucesores, pero que no importa la transmisión de derechos personalísimos ni el carácter de heredero.

Explica claramente ZANNONI: *“el cesionario sucede en la posición jurídica del cedente, respecto de la herencia, y no en los bienes singularmente comprendidos en ella. En otras palabras, el objeto de la cesión es la universalidad, y el cesionario, por lo tanto tiene título a ella: en el aspecto activo recibe la misma posesión indivisible que tenía el heredero (arts. 3416 y 3449), y en igual calidad puede reivindicar inmuebles de la sucesión o proseguir la reivindicación iniciada por aquél (art. 3450), puede ser demandado por las deudas de la sucesión (art. 3490; aún cuando no asuma la responsabilidad ultra vires hereditatis- ver & 553), pues está obligado a contribuir en ellas; puede ser demandado por petición de herencia (art. 3422; ver & 453), etc.”*.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando J.- TEORIA DE LOS CONTRATOS – T. 2, ED. ZAVALIA, Bs.As. 1985, pág. 674

<sup>59</sup> ZANNONI, Eduardo A – Ed.Astrea – DERECHO DE LAS SUCESIONES, T. 1, ASTREA, Bs.As. 2008, 5° Ed, pág. 597 y 598

En consecuencia, si se reconoce expresamente que no transmite la calidad de heredero, no es indispensable por su naturaleza que sea el heredero el único legitimado para ceder en este contrato.

Al contrario, la particularidad del contrato de cesión de derechos hereditarios, se da por tener por objeto una masas de bienes, activo y pasivo, que no se puede saber desde el inicio que bienes o cosas en particular le serán adjudicados al cesionario, sea por que aparezcan otros herederos que sean reconocido como tales, sea por que el pasivo extinga el activo, sea porque en la partición con los restantes herederos no se sepa de antemano que bienes le corresponderán.

Esto es precisamente el carácter aleatorio del contrato, y no los supuestos de evicción donde se regula sobre el derecho trasmisible.- Así señalaba SPOTA sobre los arts. 2160 a 2163 CC “...*el cedente transmite su pretensión a una universalidad jurídica como lo es la herencia, allí hay un elemento de aleatoriedad, y la ley, entonces, en virtud de esa aleatoriedad también reglamenta sobre esa base la garantía de evicción*”<sup>60</sup>.

LOPEZ de ZAVALIA señalaba en congruencia con lo dicho: “*Partimos de la base que la cesión de herencia es una subespecie del contrato de cesión de universalidades jurídicas, el cual a su turno es una especie dentro del contrato de cesión de derechos*”<sup>61</sup>, donde recalca la particularidad del objeto de este tipo de cesión, esa universalidad que la hace pasible de un tratamiento específico, más allá de la situación jurídica del heredero.

En este mismo sentido de no ser indispensable que el cedente sea heredero cabe señalar la autorizada opinión de ZANNONI, que admite la posibilidad de ceder derechos hereditarios al legatario de cuota<sup>62</sup>.

En consecuencia nos encontramos ante otro sucesor que no es heredero, e igualmente se admite su posibilidad de ser cedente, en congruencia con lo dicho, y que no tiene la calidad de heredero.

Obsérvese que como dice ZANNONI “*no se puede argumentar en contra, diciendo que el art. 3280 proscribe la sucesión universal por contrato, porque el*

---

<sup>60</sup> SPOTA, Alberto G.- INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL- CONTRATOS – Ed. Depalma, Bs.As, 1980, Vol. VI, pág. 351.

<sup>61</sup> Op. Cit. T. 2 pág. 651.

<sup>62</sup> Op. Cit. Pag. 600.

*sentido de la nota es explicar los alcances de esa norma que alude a las fuentes de las sucesiones mortis causa.- Los esa nota aclara, en relación, al artículo es que [...] no puede contratarse con una persona su futura sucesión”.*<sup>63</sup>

Por lo dicho, siendo el objeto de este contrato una universalidad que debe conceptuarse como un bien en el sentido lato del art. 2312 CC, y por lo tanto admisible su transmisión, la misma deberá hacerse por las modalidades y formas de la cesión de derechos hereditarios.

Ello pues es el único ámbito donde se podrá dar la determinación de su cuantía y posterior adjudicación sobre las cosas y bienes en particular a los que está destinado, que sólo se puede darse a través del proceso sucesorio, con su paso por el juicio sucesorio aunque luego se celebre un partición privada en la que el cesionario de derechos hereditarios, como propietarios del derecho a adjudicarse será necesariamente parte.

Esta necesidad de dar a conocer a terceros la nueva cesión que hace el cesionario de derechos hereditarios, para la doctrina mayoritaria se da a través de su presentación en el expediente, pero además tiene suficiente conexidad con el sucesorio por las acciones que detenta como actor el cesionario de derechos hereditarios o de las que puede ser pasible como demandado, como señala Zannoni en la cita efectuada.

El cesionario de derechos hereditarios puede ceder los derechos y acciones hereditarios (universalidad) que le han sido transferidos, por contrato de cesión de derechos hereditarios a otro nuevo cesionario, mientras se mantenga el acervo hereditario en estado de indivisión.

## **2.9. CESIÓN PARCIAL DE DERECHOS HEREDITARIOS.**

Si el objeto típico de la cesión de herencia es una universalidad, mal podría hablarse de la cesión de bienes particulares, en especial cuando se prevé que durante la comunidad hereditaria los herederos tiene derechos sobre dicha universalidad, pero no sobre las cosas en particular.-Sin embargo se admite la posibilidad de que la cesión de tal universalidad sea parcial, limitada a una parte ideal de la misma.Por ello, parte de la doctrina con purismo técnico, entiende que no existe cesión de herencia sobre bienes determinados.-

---

<sup>63</sup> Op. Cit. Pág. 598, y en igual sentido LOPEZ DE ZAVALIA, op. Cit. Pág. 661

Otra corriente ve la posibilidad de hacer una cesión parcial, y que no hay impedimento en tener esa parte alícuota referida a un bien determinado, al no existir prohibición alguna en Código Civil; ergo, si no está prohibido ésta permitido.

No existe prohibición en determinar esta parte en una fracción numérica, o que esa cuota sea determinable, p.ej. con relación al valor de una cosa a bien particular.- El objeto de los contratos –en el caso la parte alícuota de la universalidad-, puede ser determinado o determinable, y el modo de determinación entra dentro del ámbito de libertad contractual, que no puede conculcarse si no hay una expresa prohibición.

## **2.10. CESIÓN-PARTICION DE DERECHOS HEREDITARIOS.**

En la típica cesión de derechos hereditarios la finalidad económicamente relevante, su razón categórica y objetiva, es la transmisión del contenido patrimonial que la calidad de heredero<sup>16</sup> confiere a la universalidad o parte alícuota de la misma, mientras mantiene a los bienes particulares dentro de la comunidad hereditaria, no provocando su extinción (o convenio que la facilite, prepare o tienda a ello).

En cambio en la cesión-partición de herencia, está en su causa fin objetiva, la intención de ambas partes de extinguir toda la comunidad o al menos excluir a determinados bienes de la ella (extinción parcial); esta en la base del negocio el conocimiento del régimen de comunidad y su expectativa a extinguir el mismo en un momento futuro, fin que está supeditado al resultado de los pasos procesales pertinentes para llegar a su extinción definitiva con relación al o los bienes determinados.

Se trata de un contrato atípico mixto, que contiene un verdadero acuerdo de partición parcial -que como vimos es lícito y válido y puede realizarse en cualquier momento desde el deceso de causante-, pero a la vez lo combina con efectos traslativos del carácter patrimonial del heredero propios de la cesión de herencia.

El fin último (causa fin individual o subjetiva) para el cesionario podrá ser la adjudicación de la cosa o bien particular, pero no puede sustraerse a la evidencia de la base del negocio y el estado de indivisión, ni a los riesgos que son propios del contrato de cesión de herencia, como p. ej.:la eventual presentación de otros

herederos con vocación preferente o concurrente, o de acreedores del causante que se opongan a tal acuerdo de partición.

En el contrato de cesión-partición de herencia, deben distinguirse dos etapas netamente: 1º) donde tendrá la naturaleza y efectos de cesión parcial; y 2º) ocurridos ciertos pasos procesales, la obligación será adjudicar la cosa al cesionario.

Puede ser hecho por alguno o algunos de los coherederos, y en tal caso los demás coherederos deberán consentir posteriormente, en adjudicar tal bien al cesionario. Aquí habrá un acuerdo de partición, sino el compromiso de un hecho de terceros por él o los cedentes (art. 1163 C.C.), en cuanto a la conducta de otros coherederos. Esto es parte del álea propia de la cesión de herencia.

El álea puede limitarse otorgando la cesión todos los herederos conocidos (aparentes), con carácter de partición parcial de herencia para el momento de ser éstos declarados tales en el respectivo juicio sucesorio.

Aunque el álea propio del contrato subsiste, en tanto puede presentarse herederos preteridos o acreedores que se oponga a tal partición, de no aparecer, la misma tendrá desde la declaratoria de herederos, confirmado el carácter de adjudicación por partición parcial (art. 3453 C.C.).

El límite del álea es sólo entre partes, en cuanto los herederos garanticen al cesionario, que no habrá otros coherederos ni acreedores del causante; a quienes de aparecer, ellos desinteresarán, asegurando el bien al cesionario, bajo la posibilidad de resolver el contrato, con las debidas restituciones e indemnización convenidas en caso de no obtenerse el resultado prometido.

Por ello, no se trata estrictamente de un contrato de cesión de herencia, por la particularidad del fin del mismo; es un contrato atípico, que por su reiteración y concordancia, ha llegado a obtener tipicidad social, y tiene elementos comunes con la cesión de herencia.

La primera etapa comparte y se rige por las reglas de la cesión parcial de herencia; en cambio, la segunda constituirá una verdadera partición o compromiso a partir, en cuanto es negocio necesario para concluir la indivisión, rigiéndose por las normas fundamentalmente de la partición, y remitiendo ciertos efectos a los de la compraventa o donación, según sea onerosa o gratuita.

**Se trata de un contrato atípico, con tipicidad social, donde comparte, elementos y efectos con el cesión de herencia, en especial en cuanto a su carácter aleatorio, por el cual el fin de adquirir el bien determinado puede ocurrir o no.- Es justamente ese álea típico, que hace socialmente entendible en sus riesgos propios de la cesión de herencia, lo que ha llevado a su denominación como cesión de herencia sobre bien determinado, diferenciándolo netamente<sup>64</sup> de otras denominaciones posibles sin referencia la herencia.**

**La nominación social no es técnicamente feliz, pero el aditamento de la frase “bien determinado” lo diferencia sustancialmente; y lo más importante es que tal denominación, hace que el destinatario lego del derecho, lo entienda en su completo sentido y alcance, en cuanto a sus efectos y riesgos<sup>65</sup>.**

**Pero el verdadero carácter de este contrato atípico es PARTITIVO, donde la faz de contrato parcial de herencia ( o de parte alícuota ) es por un tiempo limitado, y sin la finalidad de subsistir como tal, sino como partición de herencia.-**

**Por ello no es aplicable la norma prohibitiva de la parte final del artículo 1173 CC, con respecto a la cesión de derechos hereditarios eventuales sobre cosas determinadas; pues en el caso, se está ante un acuerdo de partición o liquidatorio, que se puede realizar en cualquier momento desde el fallecimiento del causante, y la cesión de una parte alícuota de los derechos hereditarios es al efecto de conferir legitimación activa al cesionario en la partición de bienes de la herencia.**

---

<sup>64</sup> REVISTA NOTARIAL N° 909, pág. 1035.-

<sup>65</sup> En éste sentido concluyó la XXXIV Jornada Notarial Bonaerense, San Nicolás, 2005: “se admite la llamada cesión de derechos y acciones hereditario sobre bien determinado como cesión parcial sobre la universalidad, limitada al valor del bien. Hecha por todos los herederos antes de la declaratoria de herederos constituye una partición parcial, teniendo plenos efectos como adjudicación a partir de la misma. El álea del contrato se puede limitar estableciendo que el precio o el valor se conviertan en monto indemnizatorio si la ejecución del acreedores o la adjudicación a otro heredero, frustrara la transferencia del bien”.-



## **BIBLIOGRAFÍA.**

- AXELRUD de LEDNER, Rosa M. - Dictámen en Revista del Notariado N°819
- BAUMAN, Zygmunt – “MODERNIDAD LIQUIDA” – FONDO DE LA CULTURA ECONOMICA, Bs.As. 2006
- BECK, Ulrich – “LA SOCIEDAD DEL RIESGO MUNDIAL – En busca de la seguridad perdida” – Ed. PAIDOS, Barcelona, 2007
- BELLUSCIO, Augusto César .- MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA.- 10° edición, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 2011
- BINDE, Jérôme (Director) - ¿HACIA DONDE ES DIRIGEN LOS VALORES? – FONDE DE LA CULTURA ECONOMICA- Mexico, 2006
- BORDA, Guillermo – *Tratado de derecho civil argentino – Sucesiones* – Abeledo Perrot, Bs.As. 1975
- BORDA, Guillermo A.- MANUAL DE CONTRATOS - Ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 1987
- DE GASPERI, Luis- “*Tratado de Derecho Hereditario*” TEA, Bs.As. 1953
- LAMBER, Néstor D.- BIEN DE FAMILIA CONSTITUIDO CON CONCUBINOS CON HIJOS MENORES CADERNOS DEL CENTRO DE ESTUDIOS NOTARIALES, Lomas de Zamora, Oct. 2009, N° 5
- LAMBER, Néstor D.- “TERCERIZACION DE FUNCIONES JUDICIALES, PROCESOS NO CONTENCIOSOS Y EL NOTARIO” –ANUARIO IBNEROAMERICANO DE DERECHO NOTARIAL.- Años 2006 N° 5.- Consejo General del Notariado, Madrid, 2006
- LAMBOIS, Susana E. – “UNA VEZ MAS SOBRE LOS CONVENIOS DE LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL PREVIOS A SU DISOLUCIÓN” – LLLBA 2000-257
- LEZANA, *La partición parcial y algunas cuestiones que se plantean en las sucesiones* – LL 1975-B, pág. 777
- LICCIARDI, Francisco y LICCIARDI, Marcelo- *Comunidad hereditaria y condominio. Diferencias. Riesgos de la confusión de su naturaleza jurídica* – Revista Notarial N° 880
- LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando J.- TEORIA DE LOS CONTRATOS – ED. ZAVALIA, Bs.As. 1985
- PANDIELLA, Juan Carlos. “Revista de Derecho de Familia y las Personas”, Año 2, Número 9
- PROYECTO DE CODIGO CIVIL PARA LA REPÚBLICA ARGENTINA – Ed. San Isidro Labrador, 1999
- SAUCEDO, Ricardo J, LAMBER, Néstor D., COLOMBO, Silvina del Valle y POSTERARO SANCHEZ, Leandro –N. CIRCULACION E INSCRIPCION DE DOCUMENTOS PROVENIENTES DEL EXTRANJERO.- REVISTA NOTARIAL 955, año 2006
- SPOTA, Alberto G.- INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL- CONTRATOS – Ed. Depalma, Bs.As, 1980
- TRABA, Suray. “Configuraciones Familiares en la Actualidad”, 2010. Tesina inédita
- ZANNONI, Eduardo.- DERECHO DE FAMILIA. Ed.Asrtea, 3° Ed
- ZANNONI, Eduardo A.- DERECHO CIVIL –DERECHO DE FAMILIA.- 5° edición, Ed
- ZANNONI, Eduardo – *Indivisión postcomunitaria y comunidad hereditaria su coexistencia e implicancias* JA 27-224
- ZANNONI. Eduardo.- DERECHO DE LAS SUCESIONES – Ed. Astrea, Bs.As, 1976