



# NOCIONES DE DERECHO CIVIL



Tomadas de las lecciones dadas por el

**DR. EDUARDO PRAYONES**

EN LA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES  
EN EL CURSO DE 1915

Compiladas y arregladas para uso de los estudiantes por

**Américo S. Cacici**

Alumno del curso

## DERECHO DE SUCESION

Editor: CENTRO ESTUDIANTES DE DERECHO

BIBLIOTECA DE LA CORTE SUPREMA	
No. DE ORDEN	49.462
UBICACIÓN	C 1897 - 1

BUENOS AIRES





## CAPITULO I

1. — Concepto de la sucesión. — 2. — Fundamento del derecho de sucesión. Teorías que lo explican. — 3. — Sucesión legitimaria, testamentaria, ab intestato. — 4. — Apertura de la sucesión. Momento en que ocurre. Efectos. — 5. — Juez competente. Influencia del domicilio. Naturaleza del juicio. Acciones ante el Juez de la sucesión. — 6. — Ley que rige la sucesión. Unidad y pluralidad de las sucesiones. El Código Civil y el Congreso Internacional de Montevideo. — 7. — Ley que rige la capacidad para suceder.

### *1.—Concepto de la sucesión.*

El derecho de sucesión es una consecuencia del derecho de propiedad.

Al través de la evolución que han sufrido en la Historia todas las instituciones, el derecho de propiedad ha sido siempre respetado. El concepto de lo mío y de lo tuyo ha quedado perenne en la legislación.

En la República Argentina la Constitución Nacional establece que la propiedad es inviolable y que todos los habitantes tienen el derecho de usar y disponer de su propiedad, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio. Esto como principio básico. En seguida el Código Civil, al organizar el dominio, declara que es perpetuo y que el propietario tiene la facultad de ejecutar respecto de la cosa todos los actos jurídicos de que ella es legalmente susceptible: alquilarla o arrendarla y enajenarla a título oneroso





o gratuito; en una palabra, transmitirla en la forma que crea más conveniente a sus intereses.

La sucesión, en su esencia, es una de las formas de transmisión, uno de los modos de adquirir el dominio (art. 2.524, inc. 6°).

La ley, al organizarla, da una definición más o menos exacta, estableciendo que “la sucesión es la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla” (art. 3.279). La expresión “transmisión de derechos activos y pasivos” no significa otra cosa que transmisión del patrimonio, en el sentido de que se reciban los bienes con obligación de satisfacer las deudas y cargas que los gravan.

Debe distinguirse entre sucesión y herencia. Propiamente, “sucesión” es el modo como se difiere y transmite el patrimonio, y “herencia” el conjunto de bienes objeto de la transmisión. Sin embargo, herencia y sucesión suelen emplearse como términos sinónimos. Así, se dice: la sucesión de mi hermano es valiosa, cuando en realidad debe decirse: la herencia es valiosa; la sucesión es insolvente, para significar que no hay bienes, es decir, que no hay herencia.

El tecnicismo en esta materia es sencillo. Al dueño del patrimonio se le denomina, autor, causante, *de cujus*. Al que recibe el patrimonio se le llama sucesor o heredero. Si la transmisión se refiere a una cosa determinada, o a una cantidad de cosas también determinadas, el beneficiado toma el nombre de legatario; el objeto de la transmisión el de legado.

Cuando la sucesión tiene por origen la voluntad del causante, expresada en testamento válido, recibe el nombre de testamentaria y el causante, el de testador.

Si no hay disposición testamentaria y se aplican exclusivamente las disposiciones de la ley, se dice que la sucesión es *ab intestato*, término que proviene de la expresión latina *non testato*, sin testamento.



2.—*Fundamento del derecho de sucesión.—Teorías que lo explican.*

¿En virtud de qué principios se determina la ley para organizar el sistema sucesorio?

Las instituciones jurídicas no pueden obedecer al capricho del legislador: tienen que descansar en principios filosóficos y jurídicos que les sirvan de fundamento.

En la doctrina se presentan diversos sistemas. Los principales son:

- a) El natural o de derecho divino;
- b) La teoría biológica;
- c) De la afección;
- d) de la copropiedad familiar;
- e) El utilitario y político;
- f) El socialista.

*Teoría del derecho natural o divino.*

Dios, al darnos la vida, dice Laurent, y hacernos nacer en una familia en vez de otra, nos concede derechos e impone deberes; uno de esos derechos y deberes es la sucesión. Por eso el orden de la sucesión es el orden divino. La organización del derecho sucesorio emana de la divinidad. Tal como Dios ha organizado la familia, debe desenvolverse el derecho hereditario. En una palabra, por la circunstancia de haber nacido una persona dentro de tal familia, tiene derecho a todos los bienes que componen el patrimonio de ella; y la ley, que no puede desconocer ese derecho, debe ajustarse a ese orden de cosas.

Esta doctrina parte de un criterio absoluto, como es el de pretender referir todas las consecuencias de los hechos sociales a la divinidad.

Sus sostenedores no pueden negar que prácticamente desde reconocerse cierta independencia a la persona, para apartarse a veces del orden divino. Este derecho lo sancionan las leyes. ¿Qué fundamento tiene? Declaran los partidarios del sistema que ello ocurre por indulgencia de la ley. La ley es



indulgente y permite que, en ciertos casos, el hombre pueda apartarse de lo establecido por Dios. Un sistema que tiene que recurrir, para explicar los hechos jurídicos, a la indulgencia de la ley no puede servir de fundamento al derecho de sucesión. Luego es inaceptable como criterio único.

Además, si la sucesión debe organizarse conforme a los principios de la divinidad, ¿por qué establecer diferencia entre los hijos legítimos y los naturales? no son todos iguales ante la divinidad? Si una mujer tiene dos hijos, uno concebido en matrimonio y el otro fuera de él, ¿hay alguna distinción desde el punto de vista natural? En el orden divino no pueden admitirse los prejuicios sociales, no es posible establecer diferencia entre hijos legítimos y naturales. Sin embargo, esta diferencia existe y la establecen las leyes sin herir los sentimientos. ¿Por qué ocurre ello? Porque la organización de la sucesión no puede fundarse exclusivamente en el orden divino. Debe descansar en otros principios. El orden natural es sólo un punto de vista. No puede pretenderse que todo el sistema sucesorio descansa y se regule por conceptos naturales o divinos.

### *Teoría biológica.*

Al lado de la escuela natural se presenta la llamada biológica. Para ésta la sucesión no es más que una consecuencia de las leyes de biología. Rechaza todo fundamento de orden divino y procura basarse en los hechos de la naturaleza, partiendo del fenómeno natural de la reproducción. Este, en su esencia, no es más que una división, seguida de una reconstitución. Un ser da origen a otro ser. Para que pueda crearse un individuo es necesaria la conjunción de los sexos. Al unirse éstos dan algo de sí, que constituye el origen de la nueva individualidad, que en el fondo no es sino una desmembración de los que lo formaron. De ahí que la personalidad no desaparece propiamente con la muerte, sino que continúa en sus desmembraciones. Cuando muero, mis hijos continúan mi personalidad, porque llevan algo mío. En cierta forma soy yo quien continúa en ellos, bajo un nuevo ser.



Les he dado origen, me he prolongado en el tiempo y no desaparezco.

La sucesión, agrega esta escuela, tiene que seguir ese orden natural biológico. Las disposiciones hereditarias tienen que obedecer a esa ley fisiológica. Así como se transmiten los caracteres físicos y morales, también deben transmitirse los bienes, siguiendo el mismo orden.

Esta escuela presenta un principio exacto, cual es el de que al organizar la sucesión no se puede prescindir en absoluto de la cuestión biológica. Es necesario tener en cuenta la descendencia, porque el que la engendra debe mantenerla y darle los medios indispensables para que pueda desenvolverse en la vida. Pero recurrir exclusivamente a este principio, para explicar el derecho hereditario, es caer en el mismo absolutismo que el de la teoría del derecho divino.

En efecto: ¿cómo explicar la diferencia entre el hijo legítimo y el natural? Las leyes biológicas no pueden hacerlo; ante ellas ambos son iguales; ambos son desmembraciones de los mismos padres. ¿Por qué se le concede un máximo al uno, que se le niega al otro? Este criterio, pues, no puede servir como único fundamento del derecho sucesorio.

### *Teoría de la afección del difunto.*

El sistema de la afección tiene por fuente el imperio de la voluntad del causante.

El hombre que tiene la libre enajenación de sus bienes puede disponer de ellos según su voluntad. Si lo hace expresamente, por medio del testamento, la ley debe respetarlo. Si no hace testamento, la ley debe organizar un sistema que permita inducir cuál hubiera sido su voluntad. De suerte que una persona puede no hacer indicación expresa respecto de la transmisión de sus bienes, desde que sabe que la ley los distribuirá en tal o cual forma. Ahora bien: ¿cómo establece la ley ese orden? ¿caprichosamente? No; según esta teoría, sigue un principio: el de la afección del *de cujus*.

La ley se coloca en la situación siguiente: Si una perso-



na testa, le reconoce el imperio de su voluntad expresa. Si no testa, le reconoce el imperio de su voluntad tácita. ¿Cuál sería esa voluntad tácita? Según el curso ordinario y natural de las cosas, el hombre habría legado sus bienes a las personas hacia las cuales se siente más ligado por afección, por cariño, y éstas son los más próximos parientes: hijos, ascendientes, hermanos, etc. De manera que la sucesión *ab intestato* debe organizarse de acuerdo con la afección presunta del difunto.

Como se ve, para esta teoría el único fundamento del derecho hereditario radica en el respeto de la voluntad individual.

Como las anteriores, esta escuela radica en un principio exacto. Hay que tener en cuenta la afección, cuando se trata de organizar el derecho hereditario. Pero no es éste el único fundamento en que puede basarse el sistema sucesorio.

#### *Teoría de la copropiedad.*

Aparece luego la teoría de la copropiedad familiar. No es exacto, dicen sus sostenedores, que el fundamento del derecho del heredero a los bienes sea la voluntad del causante. Al contrario: es un derecho inmanente, que pertenece al heredero. ¿Por qué? Porque hay una copropiedad en todos los bienes que componen el patrimonio de la familia.

Este sistema ha podido tener su fundamento en la antigüedad, en que existía la copropiedad familiar; pero no en el derecho moderno, en que lo que prima es la propiedad individual.

En la época antigua se nacía y se moría en el mismo lugar; no existían medios fáciles de comunicación; a aquel que pasaba de un país a otro se le consideraba como enemigo, se le expulsaba, no se le permitía adquirir bienes y los que dejaba pasaban a la Corona o al Estado; todos permanecían en sus tierras, en sus casas; de ahí la copropiedad familiar. Pero hoy ocurre todo lo contrario. Existen fáciles y baratos medios de comunicación; los Estados, ávidos de re-



cibir inmigración, dictan leyes favoreciéndola; al extranjero se le rodea de facilidades y de ventajas; se le respeta en todas partes y se le acoge con simpatía. Por esto la comunidad familiar tiende de hecho a disgregarse. Y a veces es más fácil la vida fuera de la comunidad que dentro de ella.

Este sistema de la copropiedad familiar no es aceptable, porque no está de acuerdo con la realidad presente. Podría servir para explicar la sucesión en el antiguo derecho, pero las instituciones han evolucionado y este concepto de la comunidad familiar, que le sirve de base, ha desaparecido.

### *Teoría utilitaria y política.*

Partidarios del sistema denominado utilitario y político son los economistas.

El derecho de sucesión, afirman, debe ser organizado por el Estado, prescindiendo de todo otro principio que no sea el económico o político. Desechan las teorías anteriores y basan el derecho hereditario exclusivamente en el interés del Estado.

La organización del Estado, ¿exige una fuerte clase aristocrática? Establézcase el principio del mayorazgo; que el titular del patrimonio deje sus bienes al hijo mayor, para que la propiedad no se divida y se mantenga siempre una clase dominante. Las clases fuertes dentro de la sociedad sólo pueden cimentarse con la posesión de grandes extensiones de tierra. Sin mayorazgos es inútil pretender encontrar aristocracias fuertes.

A la inversa: ¿se quiere un sistema democrático, igualitario? Pues se suprime el mayorazgo y se establece como principio el de la igualdad de las particiones.

¿Se quiere proteger la gran industria? Admítase el mayorazgo, rechazando la división igualitaria. Las grandes industrias son la obra de varias generaciones y no de una vida sola. Las inmensas fábricas europeas tienen una existencia de más de cien años. Con un sistema igualitario de particiones no hay establecimiento ni empresa que pueda durar arriba de treinta o cuarenta años, desde que producido el falleci-



miento del propietario la herencia se divide entre sus herederos. De ahí que los economistas dicen: para organizar el sistema sucesorio, según las conveniencias industriales de un país, establézcase el sistema de los mayorazgos, si se pretende hacer prosperar la gran industria; o impóngase el de las particiones igualitarias, si se simpatiza con la pequeña industria. En Inglaterra predomina la gran industria; en Francia, la pequeña; por eso la organización del derecho hereditario en ambos países es distinta.

Este sistema utilitario o político considera una sola faz de la cuestión: el interés económico o político que existe en las diferentes formas de transmisión hereditaria, sin apercibirse de que hay otra serie de intereses que también merecen ser tomados en consideración.

### *Teoría socialista.*

Por último tenemos el sistema llamado socialista, que no explica la transmisión hereditaria.

Los socialistas creen que la herencia no tiene un verdadero fundamento filosófico y jurídico.

En la actualidad no tienden propiamente a la abolición inmediata de derecho hereditario: se conforman con restringirlo, y lo hacen propiciando leyes impositivas a la transmisión de las herencias, en las que gradualmente se llega hasta insumir el 20 por ciento de los bienes.

La verdadera aspiración de esta escuela consiste en reemplazar la comunidad familiar por la comunidad general, el derecho individual por el social. Por este camino se llega a la supresión del derecho hereditario y a convertir al individuo en un simple rodaje de la enorme máquina del Estado. La privación del derecho de transmitir implica el desconocimiento del derecho de propiedad. A la muerte del individuo todos los bienes pasan al Estado; éste hace la distribución, satisface las necesidades de los habitantes y, en fin, hace justicia igualitaria.

Todo esto es muy bello, pero no deja de ser un idealismo. No es posible desconocer en la práctica los insalvables in-



convenientes que impiden la implantación de semejante sistema, y que derivan sobre todo de las pasiones y sentimientos contradictorios que predominan entre los hombres. Los hay egoístas, avaros, vanidosos; los generosos son los menos. La legislación debe, entonces, tender en lo posible a remediar estos males, para que los hombres, si no son generosos y nobles de por sí, lo sean obligados por la ley, pero sin llegar al absolutismo de considerar que el mundo entero debe marchar en un perfecto pie de igualdad. Esto no es posible, por lo menos actualmente. Quizá llegue un día feliz en que los hombres sean tan perfectos que pueda establecerse un sistema igualitario; pero por el momento nada induce a creer que esté cercano. Por el contrario, constatamos melancólicamente que, a medida que la civilización avanza, suelen producirse de improviso retrocesos en que el hombre aparece como en la época primitiva, y más atrasado aún. La actual conflagración europea lo demuestra.

La organización del régimen hereditario no puede hacerse a base de principios teóricos, de filosofía libresca. Debe plantearse a base de filosofía práctica, de la realidad de las cosas, de los hombres tales cuales son. Fundada en esa realidad, la ley responderá a las necesidades sociales.

Ninguno de los sistemas enumerados da exclusivamente el fundamento y la explicación del derecho sucesorio, si bien cada uno de ellos presenta un principio exacto. Esto se debe a un defecto común entre los hombres. Es innata la tendencia a ser original y a aumentar la propia personalidad. Un rasgo de tal o cual escuela, que entusiasma, sirve para establecer, con pocas variantes o ampliaciones, una nueva teoría que se bautiza con el propio nombre. De ahí la multiplicidad de sistemas y de escuelas, que en el fondo derivan de unos pocos principios fundamentales.

#### *Fundamentos en el derecho argentino.*

Dentro de nuestra legislación ¿cuál es el fundamento del derecho sucesorio? En primer término aparecen dos puntos de vista:





1º El respeto a la propiedad individual, principio establecido en la Constitución Nacional y ratificado en el Código Civil, cuando dice que el propietario tiene el derecho de usar y disponer libremente de sus bienes.

2º La limitación, en cuanto a que esa facultad debe ejercitarse de acuerdo con las leyes que reglamenten su ejercicio. Estas leyes, como veremos después, toman del sistema natural, del biológico, del de afección y del político y utilitario, diversos principios para organizar los tres órdenes de factores: el interés moral, el económico y el político.

De modo que el fundamento que dentro de nuestra legislación tiene el derecho sucesorio consiste en la facultad reconocida al propietario para disponer de sus bienes, con las limitaciones que establezca el Estado, fundado en el interés público, ya moral, económico o político.

### 3.—*Sucesión legitimaria, testamentaria, ab intestato.*

En nuestro Código se legislan tres especies de sucesión:

- 1º La llamada legitimaria;
- 2º La testamentaria;
- 3º La ab intestato.

#### *Sucesión legitimaria.*

La sucesión legitimaria es una limitación a la facultad de disponer, determinada en virtud de tres principios: a) moral; b) económico; c) político.

a) El Código Civil establece que todo propietario tiene el derecho de disponer de sus bienes. Este derecho no es absoluto. El estado dispone del 80 por ciento de los bienes del propietario a favor de sus hijos, aunque no quiera. No lo hace caprichosamente, sino fundado en un principio moral. El hombre que ha engendrado hijos les debe alimentos, amparo, protección. Sería contrario a todo principio de justicia que dejara sus bienes, después de muerto, a extraños: repugnaría a la sociedad. El Estado le permite disponer de



una parte en beneficio de extraños, para que dé expansión a otros sentimientos afectivos o caritativos que pueda tener; pero el 80 por ciento, quiera o no, debe pasar a los hijos.

b) Como país democrático, necesitamos la mayor división de la riqueza; los latifundios no nos convienen. De ahí que desde el punto de vista económico el 80 por ciento de los bienes debe ser para los hijos, a efecto de que el patrimonio se difunda. No pueden subsistir dentro de la República las grandes extensiones de tierra, que dan lugar a la clase privilegiada.

c) La limitación de la facultad de disponer está fundada también en un interés político. Las aristocracias son contrarias al régimen republicano que impera en el país. De establecer el sistema del mayorazgo, se llegaría, después de un lapso de tiempo más o menos largo, a la aristocracia. La Asamblea del año 13 suprimió los mayorazgos, ante la visión de los desastrosos efectos que había producido en España.

#### *Sucesión testamentaria.*

La ley obliga al propietario a dejar el 80 por ciento de sus bienes a sus descendientes; a falta de éstos, pasa a los ascendientes el 66 por ciento; y si no existen ni unos ni otros, al cónyuge corresponde el 50 por ciento. ¿Y si no hay hijos, ni ascendientes, ni mujer? En este caso el hombre recupera su amplia libertad de disponer: es la sucesión testamentaria. Habiendo desaparecido las limitaciones que imponía el interés público, recobra su imperio el principio de la libre disposición de los bienes. El propietario puede dejarlos a quien le plazca: a su amigo, a instituciones piadosas, etc. La ley no interviene; respeta la voluntad del causante, con tal que esté expresada en testamento válido.

#### *Sucesión ab intestato.*

¿Y si el propietario no hace disposición testamentaria? La ley presume cuál hubiera sido su voluntad y organiza la distribución de los bienes. He aquí la sucesión ab intestato.



Nuestro Código adopta en este caso los principios combinados del sistema biológico y del de la afección.

Basándose en esos principios, la ley presume que el causante hubiera dejado sus bienes a sus descendientes; si éstos no existen, a los ascendientes, en concurrencia ambos con el cónyuge sobreviviente. De no existir ninguno de ellos, la ley presume que los hubiera dejado a los hermanos, tíos, sobrinos, etc., es decir, a los colaterales hasta el 6º grado. Más allá del 6º grado el parentesco no se estima; los bienes se entregan al Estado.

*4.—Apertura de la sucesión.—Momento en que ocurre. Efectos.*

La apertura de la sucesión ocurre en el momento en que se produce la transmisión hereditaria.

El artículo 3.282 dice que la sucesión o el derecho hereditario se abre tanto en las sucesiones legítimas como en las testamentarias, desde la muerte del autor de la sucesión, o por la presunción de muerte en los casos prescriptos por la ley. De manera que se produce en el mismo instante de la muerte de la persona.

La apertura de la sucesión tiene importancia con relación a varias cuestiones.

1º Respecto de la capacidad de suceder.—Para determinar si una persona puede recibir o no un patrimonio, es necesario colocarse en el día mismo en que se produce la muerte del titular del patrimonio. La ley organiza una serie de disposiciones estableciendo las condiciones que, con relación a ese momento, se deben llenar para poder heredar.

2º Con relación a la transmisión misma del patrimonio.—El artículo 3.420 establece que el heredero, aunque fuera incapaz e ignorase que la herencia se le ha deferido, es, sin embargo, propietario de ella desde la muerte del autor de la sucesión. La transmisión de la propiedad se produce sin que el heredero haga acto alguno de su parte; aun ignorándolo o estando ausente es propietario de la sucesión.

La transmisión *mortis* tiene por base el hecho de la



muerte. Ese hecho equivale a la escritura pública en la transmisión ordinaria. La escritura pública, respecto de inmuebles, transfiere la propiedad cuando va seguida de la tradición. En la sucesión *mortis causa* no hay ningún acto del hombre; es un hecho de la naturaleza, la muerte, que por sí misma transfiere la propiedad *pleno jure*.

3º En el momento de la apertura de la sucesión se produce lo que en el derecho hereditario se conoce con el nombre de indivisión. Cuando varias personas son llamadas a recibir la sucesión el derecho hereditario queda indiviso entre ellas; es decir, corresponde a todas por entero, sujeto al resultado de la partición. Así lo establece el artículo 3.416: cuando muchas personas son llamadas simultáneamente a la sucesión, cada una tiene los derechos del autor de una manera indivisible, en cuanto a la propiedad y en cuanto a la posesión. Si se trata de tres fincas iguales, por ejemplo, y los herederos son tres, cada uno de ellos no es propietario de cada uno de los inmuebles, sino de los tres, en forma indivisa. En cada partícula, digámoslo así, del inmueble lleva cada uno la tercera parte. Ese estado, en el que, en conjunto, todos son propietarios, se llama estado de indivisión; y para salir de él, la ley organiza un sistema especial, que se denomina "de la partición".

De manera que por el solo hecho de la muerte se produce el estado de indivisión, independientemente de la voluntad de las personas: *sed incidimus in eum*, decían los romanos, para expresar que se cae en la indivisión.

4º La ley vigente, en el momento de la muerte del *de cujus*, rige la transmisión.

5º La apertura de la sucesión tiene, también importancia con relación a los impuestos a la herencia. La transmisión hereditaria es una de las materias que más se presta a la fijación de impuestos por parte del Estado.

El Código Civil establece como un principio general que la transmisión se opera el día de la muerte. El impuesto a esa transmisión debe regularse de acuerdo con la ley vigente en el momento de la apertura de la sucesión, es decir, de la muerte del causante.



Este es el sistema de nuestro Código y de la antigua ley número 4.855. Así, si un hombre fallece hoy, la transmisión se produce hoy mismo; la ley aplicable para determinar el impuesto es la ley vigente en este momento. Nada importa que el procedimiento se inicie algunos años después; el principio será siempre el mismo: la cuota del impuesto será determinada por la ley en vigor en el día de la muerte.

Los sistemas fiscales no se han conformado con esa teoría emanada del Código Civil. Basándose en el concepto de que el Estado tiene amplia facultad para dictar las leyes de impuestos y que era escaso el rendimiento, comparado con el monto de los valores transmitidos, la ley 8.890 hace gravitar el impuesto, no sobre la transmisión o sucesión de derecho en sí, sino sobre los actos que la *exteriorizan*, es decir, la presentación ante los jueces.

Desde el 12 de agosto de 1912 toda sucesión que se inicie, aunque el causante haya fallecido con anterioridad, está sujeta al impuesto de la ley 8.890, por cuanto recién entonces se *exterioriza* la transmisión.

El principio actual es que el Estado no grava propiamente la transmisión hereditaria — que se produce en el momento de la muerte del causante — sino la exteriorización del derecho a ella.

La tasa del impuesto ha variado mucho. Antes la ley 4.927 establecía un porcentaje único de 3 por mil, cualquiera que fuera el monto de la sucesión.

La ley 4.855 y la actual 8.890 han organizado el sistema impositivo, teniendo en consideración tres circunstancias:

- a) Estableciendo una relación de orden en las sucesiones;
- b) Teniendo en cuenta el monto de los bienes; y
- c) Aumentando progresivamente el impuesto, con relación también al total de los bienes.

He aquí el cuadro del impuesto establecido por la ley 8.890.



PARENTESCA	SUMAS Y PORCENTAJES DE IMPUESTOS A PAGAR						
	De 1 \$ a 10.000	De 1 \$ a 50.000	De 1 \$ a 100.000	De 1 \$ a 250.000	De 1 \$ a 500.000	De 1 \$ a 1.000.000	De 1 \$ a más de un millón
	%	%	%	%	%	%	%
Línea recta ascendente y descendente y entre esposos.	1.00	1.25	1.50	2.00	3.50	4.00	5.00
Colaterales 2º grado	4.00	4.75	5.50	6.25	7.50	7.75	9.00
» 3º »	5.50	6.00	6.50	7.00	7.50	8.50	10.00
» 4º »	6.50	7.50	8.50	9.50	10.50	11.50	12.00
» 5º »	7.50	8.50	9.50	10.50	11.50	12.50	14.00
» 6º »	8.50	9.50	10.50	11.50	12.50	13.50	16.00
Demás parientes y extraños.	10.00	12.00	14.00	15.00	16.00	17.00	20.00

Como se ve, el impuesto aumenta a medida que se aleja el heredero en el orden de parentesco con el causante, lo cual es muy justo. Los descendientes, ascendientes y cónyuge, como más próximos, son los que pagan menos.

Se considera también el monto de los bienes y se aumenta progresivamente el impuesto con relación al mismo. Así, de 1 a 10.000 pesos se paga un porcentaje de 1 por ciento; de 1 a 50.000 uno mayor, y así sucesivamente, hasta que se llega al millón de pesos; desde aquí el porcentaje es uniforme.

El impuesto se liquida sobre el monto de cada hijuela o legado. Por ejemplo: el acervo hereditario lo forman 100.000 pesos y concurren 10 hijos. A cada uno le corresponden 10.000 pesos; y como las sucesiones de 1 a 10.000 pesos están gravadas con el 1 por ciento, cada hijo pagará 100 pesos, es decir, el porcentaje sobre el monto de su hijuela. En la provincia de Buenos Aires no ocurre lo mismo. El monto del impuesto se gradúa con relación al total de la sucesión. Así, en el ejemplo indicado, el porcentaje a aplicarse a la hijuela sería el del total de la sucesión, es decir, el 1.50 por ciento. Cada heredero, aunque recibe 10.000 pesos, pagará por la escala de 100.000, o sea 150 pesos.



Como se ve, el criterio es distinto: la ley de la Capital Federal gradúa el impuesto con relación a la escala del valor de la hijuela; la de la provincia de Buenos Aires lo hace sobre el monto total del haber hereditario.

Esta última ley está rindiendo un producido enorme; tanto, que las mismas autoridades han quedado admiradas de la recaudación. Sucesiones muy valiosas ha habido en que se ha pagado por concepto de impuesto hasta 900.000 pesos.

Cuando las leyes de impuestos llegan a este criterio absorbente lindan con el sistema de la confiscación. Esto da lugar a que los particulares traten de defenderse, apelando a una serie de procedimientos para escapar a las consecuencias de la ley; pero toda declaración, atestación u omisión de los que por cualquier causa intervengan en la división que tienda a disminuir indebidamente el capital hereditario y el monto imponible, será penado con una multa de cinco veces la parte del impuesto que hubiera intentado eludir (art. 12, ley 8.890).

Por otra parte, cuando se demore más de un año desde la muerte del causante sin iniciar el juicio sucesorio, o iniciado éste sin pagar el impuesto respectivo, éste se abonará con un interés de 6 por ciento por cada año de tardanza.

*5.—Juez competente.—Influencia del domicilio.—Naturaleza del juicio.—Acciones ante el juez de la sucesión.*

¿Ante qué juez debe iniciarse la sucesión? Si el *de cujus* tiene campos en Jujuy, una estancia en Buenos Aires, un establecimiento comercial en Córdoba y su casa habitación en la Capital Federal, ¿quién es el juez competente?

El heredero se encontraría en un conflicto, pero la ley lo resuelve, estableciendo en el artículo 3.284 que la jurisdicción sobre la sucesión corresponde a los jueces del lugar del último domicilio del difunto.

¿Por qué el último domicilio? Porque éste es el centro de los negocios, donde reside su familia, en una palabra, es la existencia de un lugar determinado con intención de permanecer en él: *animo et facto*, como decían los romanos.



La ley sigue un principio lógico al establecer que la sucesión debe iniciarse en el último domicilio del difunto, porque el causante desde allí dirigía todos sus negocios y administraba los bienes situados en diferentes localidades.

Este punto céntrico produce una especie de atracción: todas las acciones que en vida del causante se liquidaban en los lugares de los bienes respectivos, después de la muerte de aquél, tienen que unificarse e ir a la jurisdicción del último domicilio.

Los juicios que producen este efecto reciben el nombre de *universales*. Sólo se conocen en nuestra legislación dos especies: el sucesorio y el de concurso, comprendiendo el concurso dos categorías: el civil y el comercial, recibiendo el último el nombre de “quiebra”.

El Código, en el mismo artículo 3.284, hace una enumeración de las acciones que deben entablarse ante el juez de la sucesión.

Ellas son:

1º Las demandas concernientes a los bienes hereditarios, hasta la partición inclusive, cuando son interpuestas por algunos de los sucesores universales contra sus coherederos.

Es decir, que todo aquello que sea motivo de discusión entre los coherederos, referente al patrimonio transmitido, debe solucionarse en el juicio sucesorio.

2º Las demandas relativas a las garantías de los lotes entre los copartícipes y las que tienden a la reforma o nulidad de la partición.

Este inciso se refiere sobre todo, al caso en que, efectuada la partición, se produzca una acción reivindicatoria de un tercero respecto de lo que haya correspondido a uno de los herederos. Si éste pierde la controversia por causa anterior a la división, no es justo que quede él solo perjudicado. necesario entonces reformar la partición, para que el perjuicio se reparta entre los herederos. Esta nueva partición debe efectuarse ante el juez de la sucesión.

3º Las demandas relativas a la ejecución de las dispo-

*Hay un informe  
de concurso*





siciones del testador, aunque sean a título particular, como sobre la entrega de los legados.

Prima aquí también el mismo principio. Si una persona lega un bien situado en el lugar de su domicilio, que es Buenos Aires, a otra domiciliada en Salta, no puede ésta pretender reclamarlo desde Salta: debe venir a Buenos Aires y promover la demanda ante el juez de la sucesión.

4º Las acciones personales de los acreedores del difunto antes de la división de la herencia.

Es el mismo caso que los anteriores. Tratándose de un juicio universal, atrae todas las acciones personales.

Estos cuatro incisos pueden sintetizarse en dos ideas generales, diciendo: corresponde al juez de la sucesión:

1º Todas las acciones personales de los acreedores contra el difunto.

2º Todas las acciones referentes a los bienes, entabladas entre los herederos o por los legatarios.

¿A qué jurisdicción corresponde el ejercicio de las acciones reales, ya sea por la sucesión o contra la sucesión? El que ejercita la acción real no tiene vinculación con la persona, sino con la cosa. La persona en este caso no es sino lo accesorio. La acción real debe entonces iniciarse y resolverse en el mismo lugar en que el inmueble está situado.

Muchos inconvenientes se oponen a que sea el juez de la sucesión el que entienda en las acciones reales entabladas contra los bienes sucesorios. En las acciones reales, se suscitan cuestiones de hecho que requieren inspecciones oculares en el mismo lugar donde se encuentra el bien, y no sería posible que el juez de la sucesión tuviera que trasladarse a lugares lejanos para resolver el pleito; tendría que estar viajando continuamente, lo que sería un obstáculo para la buena administración de la justicia. Además se invadirían las jurisdicciones provinciales y se producirían conflictos.

Por eso la ley ha establecido, con buen criterio, que las acciones reales respecto de bienes sucesorios escapan al juez de la sucesión, prescribiendo que en estos casos regirá la jurisdicción territorial, con prescindencia absoluta del domicilio.



6.—*Ley que rige la sucesión.—Unidad y pluralidad de sucesiones.—El Código Civil y el Congreso Internacional de Montevideo.*

El artículo 3.284 dispone que la jurisdicción sobre la sucesión corresponde a los jueces del lugar del último domicilio del difunto.

El 3.283 agrega que “el derecho de sucesión al patrimonio del difunto es regido por el derecho local del domicilio que el difunto tenía a su muerte, sean los sucesores nacionales o extranjeros”.

Si se trata de una persona cuyo domicilio se encuentra en la República Argentina, que muere en el país y cuyos bienes están también en territorio argentino y los herederos domiciliados en él, la cuestión no presenta dificultades: se aplica nuestro Código Civil. No habría posibilidad de aplicar otra ley, porque las provincias no pueden dictar leyes que se refieran a la legislación de fondo, por ser facultad privativa del Congreso Nacional (art. 67, inc. 11 de la Constitución).

Pero el problema varía si salimos de los límites territoriales. Supóngase que una persona muere en París, lugar de su último domicilio. Allí vivía con su familia. Uno de sus hijos nació en la República Argentina y los demás en Francia. Tiene bienes en la República y en Francia.

¿Dónde se abre el juicio sucesorio? ¿Qué ley se aplica a la transmisión?

He ahí un problema que puede dar lugar a conflictos, al tratar de aplicarse la ley argentina o la extranjera.

Para resolver el punto es necesario previamente establecer qué principios sigue el Código, y, concordando sus disposiciones, dar la regla general que permita solucionar una cuestión aparentemente difícil.

En toda transmisión hereditaria intervienen tres elementos: el titular del patrimonio, llamado causante; el que lo recibe, o sea el heredero, y el patrimonio mismo, materia de la relación jurídica.



Si estos elementos pudieran localizarse, por decirlo así, en un país determinado, la cuestión no ofrecería dificultad.

Pero esta solución tan sencilla no se presenta siempre, porque los términos de la relación jurídica pueden variar. Tanto el causante como el heredero pueden ser extranjeros, domiciliados en la República o fuera de ella, o argentinos domiciliados fuera del país. Nacen entonces una serie de conflictos respecto de la ley que debe aplicarse. Para su solución se presentan diversas doctrinas, especialmente de tratadistas de Derecho Internacional Privado. Pero, en el fondo, todas se reducen a dos sistemas fundamentales: el de la territorialidad de la ley y el de la personalidad de la ley.

Para el sistema de la territorialidad, la cuestión es simple. Cada Estado debe aplicar su ley dentro de sus límites territoriales. Así, la República Argentina deberá aplicar su ley a las cosas y a las personas que se encuentren dentro de su territorio, sean estas últimas nacionales o extranjeras. Adoptando una expresión gráfica, podría decirse que todos los países vendrían a estar representados por círculos que no se tocan; dentro de cada círculo están las cosas y las personas, y la ley que debe regir esas cosas y esas personas es la que corresponde al respectivo círculo. La ley no va más allá de las fronteras del Estado, muere cuando toca su circunferencia.

A primera vista parecería que de aplicarse este sistema quedarían salvados todos los inconvenientes. Pero no es así. Si se profundiza el análisis, se verá que ciertas leyes siguen a la persona más allá de la frontera territorial del Estado: tales son las que rigen la capacidad y el estado de las personas, con lo cual se contraría el principio territorial. El sistema de la territorialidad no puede aplicarse en estos casos. Daría lugar a inconvenientes de toda suerte. Imagínese los conflictos que se producirían, de admitirse el principio territorial absoluto. Si una persona, mayor de edad en un país a los veintiún años, se trasladara a otro en que tan sólo lo es a los veinticinco, resultaría mayor en un lugar y menor en otro. Por eso se reconoce que la capacidad debe estar su-



jeta a una sola ley. Quien dentro del propio país es mayor a los veintiún años, continúa siéndolo al trasladarse a otro Estado en que se requiere para la mayoría de edad haber cumplido los veinticinco. En estos casos, el Estado a donde la persona se traslada tiene que admitir que ésta se rija por su ley nacional o del domicilio.

Los expositores del sistema territorial o de los estatutos, cuyo origen se encuentra en la Edad Media, se vieron obligados a dividir aquéllos en personales y reales. Los primeros, referentes a las personas en sí mismas; los segundos, aplicables siempre que se trataba de bienes o de su transmisión. El estatuto real, que se refería a los bienes o a su transmisión, era siempre local. Vino así a atemperarse el rigorismo absoluto del principio territorial puro.

Ahora bien; dentro del sistema de la territorialidad pura no prima la persona, sino el bien. Las personas son consideradas accesorias de las cosas. No se admite ninguna ley fuera de la local, ni aun respecto de la capacidad o estado de las personas. Toda persona que penetre en el territorio será regida por la ley del territorio. ¿Es preciso hacer una transmisión de bienes? Pues la ley que rige es la que corresponde a todas las demás relaciones jurídicas que se efectúen en el país. A ella debe ajustarse el acto en todos sus elementos y consecuencias.

Si los antiguos se vieron obligados a establecer la distinción entre el estatuto real y personal, los vínculos que en la época moderna unen a los Estados, debido a la importancia adquirida por la inmigración, imponen la necesidad de sancionar ciertas restricciones al sistema de la territorialidad, en el sentido de admitir que la ley extranjera rija en ciertos y determinados casos.

La solución en el sentido de que en estos casos prime la ley nacional o del domicilio de la persona dió lugar a esta pregunta: ¿En virtud de qué principio jurídico es posible admitir que la ley extranjera tenga vigencia en el territorio de otro país? Si dentro de un territorio no puede primar



otra ley que la que emana de la soberanía, ¿cómo permitir que una soberanía extraña aplique sus leyes?

Se ha contestado que es por cortesía internacional — *comitas gentium* — por tolerancia, que un Estado permite que las leyes extranjeras tengan vigencia en el propio territorio. No es aceptable fundar un orden jurídico en la simple cortesía. De ahí que otros autores sostuvieran que el principio para la aplicación de la ley extranjera debía ser el de la reciprocidad; es decir, que un Estado admitirá la vigencia de leyes extranjeras siempre que los otros Estados admitan por su parte la de aquél.

El sistema de la territorialidad pura aplicado a las sucesiones establece en definitiva que la sucesión debe ser regida exclusivamente por la ley de la situación de los bienes. Habrá tantas sucesiones como países distintos en que estén situados los bienes.

Supóngase que una persona, súbdito de la República Argentina, que posee un casa aquí, un castillo en Italia, otro en Alemania y acciones de ferrocarriles en Inglaterra, muere. De acuerdo con el principio de la territorialidad, en cada uno de estos países en que esa persona tiene bienes—Argentina, Italia, Alemania, Inglaterra—habrá que abrir un juicio sucesorio; pero como en todos ellos las leyes no son exactamente iguales, lo que es natural resultará que la división de la herencia entre los herederos se hará en Inglaterra en forma distinta que en la República Argentina y lo mismo en los otros países.

A este sistema de la territorialidad absoluta sigue el de la territorialidad moderada. Se distingue aquí entre los bienes inmuebles y los muebles.

Los primeros son exclusivamente regidos por la ley de su situación. En cuanto a los muebles, se distingue los que tienen situación permanente y los que siguen a la persona. A los permanentes se aplica la ley de su situación; a los otros, la ley personal: nacionalidad o domicilio del causante.

Al lado del sistema de la territorialidad se encuentra el de la personalidad de la ley.



Según Savigny, en los conflictos que se producen por el choque de diversas legislaciones tiene que existir un principio capital que rija toda la relación jurídica. No es cuestión de cortesía internacional — porque el derecho no puede fundarse en simples cortesías o tolerancias que lo dejarían supeditado a la buena o mala voluntad de los Estados — ni tampoco de reciprocidad.

La aplicación de la ley extranjera debe admitirse en virtud de la idea inmutable de la existencia de una comunidad de derecho entre las naciones. De ahí que todo consista en “determinar para cada relación jurídica el derecho más conforme con la naturaleza propia y esencial de esta relación”.

Se aplicará entonces la ley personal, porque el objeto del derecho no es la cosa, sino la persona. Las cosas son accesorios de las personas. La ley que corresponde a la persona es la que debe regir, con ciertas limitaciones, todo lo que a ella se refiere.

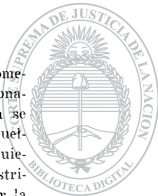
¿Nos da esta teoría un fundamento que permita establecer como principio jurídico que la ley que rige a la persona sigue a ésta al través de todos los países donde fuere?

Evidentemente, sí; y ese principio es el de la comunidad de derecho. No debe considerarse a los Estados aisladamente, sino en sus recíprocas relaciones internacionales, y desde este punto de vista forman una comunidad general.

Las instituciones de los países civilizados son, más o menos, análogas, con diferencias de detalle. En todos ellos la familia, el matrimonio, el derecho sucesorio, presentan los mismos caracteres y casi las mismas soluciones. No puede negarse que el mundo vive en una comunidad, con ligeras variantes, que derivan de diferencias de razas, temperamento o clima. En el fondo todas sus instituciones tienen una raíz común.

De ahí que el principio de la comunidad de derecho deba servir para resolver las dificultades.

El sistema de la personalidad se subdivide, como el anterior, en dos grupos: el de la nacionalidad y el del domicilio.



El primero, en lo que se refiere a la sucesión, la somete a la ley de origen del causante, es decir, la de su nacionalidad. Así, si un italiano que tiene bienes en su patria se traslada a la República Argentina, adquiere bienes aquí, vuelve a Italia y luego pasa a Francia, en donde también adquiere bienes, y muere. ¿por qué ley ha de efectuarse la distribución de ellos? ¿por la de la República Argentina? ¿por la de Francia? ¿por la de Italia? Según la doctrina de la nacionalidad, es por su ley nacional que debe distribuirse el patrimonio, en este caso la italiana, que le sigue donde quiera que vaya.

La teoría del domicilio no admite esta solución. Establece que lo que caracteriza y lo que debe servir de base a la relación jurídica es otro principio: el del domicilio. El italiano que se traslada a la República Argentina y constituye en ella nuevo domicilio, por el solo hecho de trasponer las fronteras de su país para fijar su residencia, su familia y sus negocios en otro lugar, hace abandono de su legislación. Al dirigirse a la República Argentina o al país que más le convenga, manifiesta implícitamente que no es su deseo que la ley italiana siga rigiéndolo, y al someterse a las leyes de su nuevo domicilio podría decirse que parece querer constituir allí una nueva patria. Entonces la ley que rige la relación jurídica es la del último domicilio de la persona.

Según esta teoría, la ley debe presumir la intención del causante; por el hecho de trasladarse éste a otro territorio, debe admitirse que su voluntad es que todas sus relaciones jurídicas se rijan por las leyes de ese lugar. Y este criterio se aplica especialmente a la sucesión, porque el patrimonio no está fijo en un lugar y no se le podrá asignar el “*locus rei sitæ*”.

La doctrina de la personalidad de la ley es la que funda el sistema llamado de la unidad de sucesiones, según el cual una sola ley debe aplicarse al régimen sucesorio: la de la nacionalidad o la del domicilio.

Poco importa dónde estén ubicados los bienes. Hay un vértice en la relación jurídica que alcanza a todas las situa-



ciones. Si es la primera, el italiano, por ejemplo, que venga a la República Argentina se regirá, en cuanto a los bienes sucesorios, por su ley nacional. Si se admite la segunda, ya no es la ley italiana, sino la del lugar en que la persona haya fijado su último domicilio; allí estará el vértice que comprenda todos los bienes de la sucesión.

Una gran parte de las naciones legislan con el sistema de la unidad, tratando de llegar a lo que aspiraba Savigny: a la comunidad de derecho, unos siguiendo el principio de la nacionalidad, otros el del domicilio.

Ahora bien; si un Estado admite el principio de la personalidad — nacionalidad o domicilio — y otro el de la territorialidad, ¿cómo conciliar los intereses antagónicos? ¿cómo pretender imponer en el territorio de un país un principio que no está de acuerdo con sus propias leyes?

No hay forma de hacerlo, salvo los tratados especiales; pero, fuera de este caso, en los bienes situados en su territorio el Estado aplica sus leyes.

En cambio, si todas las legislaciones adoptaran un principio único, el de la personalidad, por ejemplo, que es el que más se adapta a las necesidades de la época moderna, se llegaría a la comunidad perfecta y a la solución de las intrincadas cuestiones que en esta materia se presentan.

#### *Sistema del Código Civil Argentino.*

¿Cuál es el sistema que sigue el Código Argentino?

El artículo 3.283 dispone que: “el derecho de sucesión al patrimonio del difunto es regido por el *derecho local del domicilio* que el difunto tenía a su muerte, sean los sucesores nacionales o extranjeros”.

Este artículo sigue el sistema de la personalidad de la ley y principio del domicilio. El derecho local del último domicilio de la persona rige toda la sucesión.

Desde este punto de vista, la cuestión parece sencilla. Pero la dificultad aparece considerando otras disposiciones, que llevan al ánimo la duda de si ley efectivamente sigue el sistema de la unidad.





En efecto, el artículo 10 establece: “Los bienes raíces situados en la República son exclusivamente regidos por las leyes del país respecto a su calidad de tales, a los derechos de las partes, a la capacidad de adquirirlos, a *los modos de transferirlos* y a las solemnidades que deben acompañar esos actos. El título, por lo tanto, a una propiedad raíz sólo puede ser adquirido, transferido o perdido de conformidad con las leyes de la República”.

¿No es éste el sistema de la territorialidad en cuanto a los inmuebles?

¿Cómo conciliar el artículo 10 con el 3.283, que establece el sistema de la unidad pura? ¿Existe una contradicción en la ley?

Una persona que tiene bienes en la República Argentina muere en Inglaterra, donde tiene constituido su domicilio. ¿Dónde debe iniciarse la sucesión? Aplicando el artículo 3.284, en Inglaterra.

¿Qué ley se aplica a la transmisión hereditaria para determinar la eficacia de las disposiciones testamentarias, punto que tiene mucha importancia, desde que en Inglaterra existe el mayorazgo y en la República Argentina no? El artículo 3.283 dice que el derecho de sucesión al patrimonio del difunto es regido por el derecho local que el difunto tenía a su muerte, sean los sucesores nacionales o extranjeros. El domicilio del difunto estaba en Inglaterra: luego, debe aplicarse el derecho local inglés. Pero el artículo 10 dispone que no se puede adquirir o transferir bienes raíces sino conforme a las leyes de la República, en las cuales no se admite el mayorazgo, y, por consiguiente, el derecho local inglés.

Por el artículo 3.283 — se dice — el sistema es de la unidad; por el artículo 10 es de la pluralidad. ¿Cómo se explica esta situación?

Además, existe una nota del codificador en que se habla del sistema de la pluralidad: es la nota del artículo 3.598: “...supóngase — dice — que una persona muere en Buenos Aires, dejando 100.000 pesos aquí y 100.000 pesos en



Francia. Los bienes que están en la República, se registrarán por nuestras leyes, y los que están en Francia por las de aquel país. Habrá, pues, tantas sucesiones cuantos sean los países en que hubiesen quedado bienes del difunto". Y por otro lado hay otra nota, la del artículo 3.283, que propicia el sistema de la unidad: "...el patrimonio no está fijo en un lugar y no se le podría asignar el "locus rei sitæ". Considerar como tal el lugar en que está situada la mayor parte de los bienes sería una idea arbitraria, pues que ella no tiene nada de preciso, y también porque la parte menor de los bienes merece tanta consideración como la parte mayor".

¿Cómo entender estos artículos y estas notas, que aparentemente son opuestas?

La cuestión es más sencilla de lo que a primera vista parece. Es preciso contemplar las diversas hipótesis y considerar los principios que rigen la sucesión. El doctor Vélez Sarsfield no construyó el Código como un texto didáctico, sino que lo escribió para que sirviera de regla jurídica. Al intérprete que conoce los principios doctrinarios corresponde dar su justo valor a los preceptos legales, sin empeñarse en la tarea negativa de buscar contradicciones y perder tiempo en críticas inútiles.

Los artículos citados no constituyen una contradicción, sino que cada cual contempla situaciones diversas.

Es sabido que dentro del propio territorio cada Estado organiza la familia y demás instituciones fundamentales de orden público como le parece conveniente, estableciendo las leyes que cree útiles a su mejor desenvolvimiento. ¿No quiere que se desarrolle la aristocracia? Pues no admite el sistema del mayorazgo. Y así con todas las demás instituciones.

Cuando no están en juego estos intereses políticos y económicos, no hay inconveniente en admitir la aplicación de la ley extranjera.

Recordaremos ahora cómo el Código organiza la sucesión. Establece tres clases distintas: 1ª La sucesión legítima; 2ª La testamentaria; y 3ª La ab intestato.



La sucesión legítima se defiende por voluntad exclusiva de la ley, aun contra la voluntad del causante. Este no puede privar a sus hijos de las  $\frac{4}{5}$  partes de los bienes. Si lo hace, la disposición será nula. En esto el Estado se inspira en consideraciones morales, políticas, económicas y sociales. para la buena organización de la familia argentina.

La ley, pues, en lo que se refiere a la sucesión legítima, sienta un principio de orden público, porque cada país organiza su familia como lo cree conveniente. Nuestro Código es más celoso aún: en el artículo 3.470 expresa que, en el caso de división de una misma sucesión entre herederos extranjeros y argentinos o extranjeros domiciliados en el Estado, estos últimos tomarán de los bienes situados en la República una porción igual al valor de los bienes situados en país extranjero, de que ellos fuesen excluidos por cualquier título que sea en virtud de leyes o costumbres locales. Porque la ley, al mismo tiempo que impone la obligación de respetar la familia, da a sus componentes todas las acciones y derechos, para evitar que el régimen patrimonial que establece sea burlado. De no ser así, la ley podría ser violada: un padre que quisiera privar de la herencia a alguno de sus hijos no tendría sino que constituir su domicilio en Inglaterra, en donde impera el mayorazgo. Pero si tiene bienes en la República, sobre éstos podrán reintegrarse los herederos perjudicados.

La ley admite en este caso el imperio de la soberanía territorial argentina, no obstante el principio del artículo 3.283.

¿Por qué? Porque el sistema de la unidad reconoce como límite el orden público, y es de orden público todo lo que se refiere a la organización de la familia.

Respecto del segundo orden en la sucesión, la testamentaria, la ley no sigue el mismo criterio. Una persona muere dejando un testamento válido. Si no existen herederos forzosos, la ley aplica el principio de unidad simple, porque no habiendo hijos ni ascendientes ni cónyuge que proteger, no le interesa a manos de quién vayan los bienes. Rige entonces



el derecho local del último domicilio del causante; pero si el testamento, de acuerdo con el derecho local, tiene cláusulas contrarias al orden público argentino, como si establece la substitución fideicomisaria, el dominio horizontal, etc., vuelve a imperar el principio de la ley argentina.

En cuanto a la sucesión ab intestato, el sistema de la ley es también el más científico. Si una persona domiciliada en París, con bienes en la República Argentina, fallece sin dejar testamento ni tener herederos forzosos según nuestras leyes, ¿qué ley se aplica? La ley francesa, porque al Estado argentino no le interesa la situación de la familia en Francia. Además, la ley presume la intención del causante. De vivir éste en la República Argentina, presume que su desee es regirse por la ley argentina; si vive en Francia, por la francesa. Admitir una presunción diferente sería ir contra la lógica. Por eso establece la prescripción legal que en este caso rige la ley del último domicilio, es decir, el principio de la unidad, pero también con las limitaciones del orden público, porque si no hubiera herederos en grado sucesible, según la ley francesa, los bienes corresponderían al Estado argentino y no a la nación extranjera (artículo 3.588).

¿Cuál es el estado de la jurisprudencia sobre esta materia? Ha variado mucho. Todas las opiniones han sido sustentadas: desde las de los que siguen al pie de la letra a los estatutarios como Bartolo, hasta los que, yendo al otro extremo, pretenden aplicar el sistema de la unidad en toda su amplitud.

Tantas fueron las divergencias, que en agosto del año pasado las Cámaras de Apelaciones convinieron en que era necesario poner término a esa situación.

La cuestión se planteó con motivo de un caso suscitado ante los tribunales. Una persona fallecida en Rusia tenía depositados dinero y acciones al portador en el Banco de Londres y Río de la Plata de esta ciudad. Siendo su último domicilio en Rusia, la sucesión se abrió en ese país. En conocimiento de que el causante tenía tales depósitos y acciones en la República Argentina, los herederos enviaron los docu-



mentos pertinentes a un abogado, a fin de que efectuara el retiro y la remisión de los mismos.

Pero el juez argentino se negó al pedido, diciendo en su fallo: “Existiendo una jurisprudencia invariable en casos análogos al presente, que desconoce el valor de las declaratorias de herederos dictadas en el extranjero para dar posesión de los bienes muebles e inmuebles situados en la República y obliga a los interesados a iniciar ante nuestros tribunales los respectivos juicios sucesorios, no ha lugar a lo pedido”.

Recurrido el pronunciamiento, cinco camaristas se pronunciaron por que el auto debía confirmarse, afirmando en síntesis:

a) Que si bien el Código adoptaba el sistema de la unidad de sucesiones *dentro del territorio de la República*, admitía, sin embargo, por razones de orden económico y social, el de la pluralidad, en el caso de que el *de cujus*, domiciliado en el extranjero, hubiese fallecido dejando bienes dentro y fuera de la República.

b) Que las disposiciones del tratado de Derecho Internacional de Montevideo, que establecen la pluralidad de sucesiones, debían servir para interpretar en ese sentido el Código Civil, porque dicho tratado había sido aprobado por el mismo cuerpo legislativo de donde amana el Código Civil.

c) Que, en caso contrario, los países signatarios del tratado se encontrarían en condiciones de notoria inferioridad con respecto a los otros países.

Otros cinco camaristas votaron por que se revocara el auto, sosteniendo:

a) Que no se trataba de bienes raíces exclusivamente regidos por las leyes de la República (art. 10, Código Civil), ni de bienes muebles con situación permanente, que se conservan sin intención de transportarlos y que son regidos por la ley del lugar en que están situados (art. 11 y sig. 1ª parte), sino de dinero y acciones, o sea de cosas consumibles o fungibles, que se rigen por las leyes del domicilio del dueño.

b) Que no era necesaria una nueva declaratoria de he-



rederos, bastando la efectuada en el domicilio del causante, que se exhibía debidamente legalizada, y debía, entonces, deferirse a la petición formulada, sin más condición que la del pago del impuesto que corresponda.

Para dirimir la cuestión fué integrado el tribunal con el doctor Ramón Méndez, camarista de lo Comercial, quien, sosteniendo que el auto debía revocarse, dijo:

1º Los artículos 3.283 y 3.284 deciden la cuestión controvertida en favor de la unidad del juicio.

2º No se discute el hecho de haber tenido el causante su domicilio en Rusia, donde se abrió el juicio sucesorio.

Tampoco se ha invocado ninguna de las dos causales que constituyen la excepción a la regla de la unidad, cuando se trata de personas domiciliadas fuera del territorio del país: esto es, que el causante haya dejado bienes raíces o muebles con situación permanente en la República, ni que existan herederos extranjeros domiciliados en el Estado o argentinos que pudieran resultar perjudicados, con arreglo a nuestras leyes, por la partición efectuada en el extranjero o por la aplicación de la ley del domicilio.

3º Ni por razón de los bienes, ni por razón de las personas, existe motivo que justifique la necesidad de imponer la apertura de un juicio sucesorio local, ya que no pueden quedar afectados en ningún caso la soberanía nacional, ni los principios económicos que han servido de guía al legislador en materia de sucesiones, y que no es posible sostener que nuestras leyes y nuestras autoridades judiciales hayan de preocuparse de amparar derechos de personas que ningún vínculo tienen con este país ni reclaman protección.

4º El tratado de Montevideo no ha modificado nuestra legislación sino en lo relativo a los casos que se susciten entre personas domiciliadas en las naciones signatarias.

El auto, en consecuencia, quedó revocado, prevaleciendo el sistema de la unidad, conforme al artículo 3.283, porque en el caso no estaba afectado ningún principio de orden público con su aplicación.

Con todos estos antecedentes puede establecerse que la



ley argentina sigue el sistema de la unidad de la sucesión, con las limitaciones que nacen del orden público nacional, que no constituyen excepciones, sino más bien la defensa misma del sistema, y que se aplicarán en la sucesión legítima, testamentaria o ab intestato, cuando se reclamen por parte legítima.

El artículo 10, al referirse a los bienes raíces y establecer que son “exclusivamente regidos por las leyes del país”, no ha querido establecer el sistema de la pluralidad de sucesiones, porque es ley del país el sistema de la unidad (art. 3.283), sino que ha querido salvaguardar el orden público argentino, impidiendo que nuestra propiedad inmueble quede a merced de leyes extranjeras cuando su transmisión sea incompatible con el espíritu de legislación del Código.

#### *Congreso Internacional de Montevideo.*

Las dificultades que se han suscitado en la materia que tratamos provienen de que, siendo diversas las legislaciones y los intereses de los Estados, ha resultado tarea difícil encontrar soluciones justas y equitativas. Se ha arbitrado el sistema de los Congresos Internacionales para que, poniéndose las naciones de acuerdo, determinaran la ley a aplicarse.

A este efecto el 14 de febrero de 1888 se firmó un protocolo en Buenos Aires, entre el ministro de Relaciones Exteriores de la República, doctor Norberto Quirno Costa, y el plenipotenciario de la República Oriental del Uruguay, doctor Gonzalo Ramírez, para llevar a la realización el pensamiento en que habían coincidido sus respectivos Gobiernos, de invocar un Congreso de juriconsultos de las naciones de América del Sud, para uniformar por medio de un tratado las diversas materias que abarca el Derecho Internacional Privado.

El Congreso se instaló en Montevideo el 25 de agosto de 1888 y clausuró sus sesiones el 18 de febrero de 1889.

Puesto en discusión el punto referente a la unidad o pluralidad de sucesiones, parecería lógico que los representantes argentinos hubieran sostenido el sistema de la unidad, como



acto de adhesión a la propia legislación — generalmente en esos Congresos cada delegado, por un sentimiento muy natural, trata de hacer triunfar el principio adoptado en su país — con tanta mayor razón cuanto que el Código Civil argentino ha sido considerado por los tratadistas europeos que lo han estudiado, como uno de los más adelantados en esta materia.

Pero no fué así. Propusieron el sistema territorial puro de la época medioeval. Arguyendo que el concepto de la unidad de la sucesión no es exacto, a pesar de la autoridad de Laurent, Savigny y otros autores, sostuvieron que el verdadero principio era el preconizado por Bartolo, D'Argentré y Dumoulin, es decir, el de la territorialidad. Cada Estado dentro de su jurisdicción aplica su ley. El lugar en que están situados los bienes determina la ley que rige la sucesión. Poco importa que en Montevideo muera una persona cuyos bienes se hallan en la República Argentina; basta que los bienes estén en territorio argentino para que la ley aplicable sea la argentina, con abstracción absoluta de la del domicilio o de la nacionalidad.

El representante chileno se opuso. Manifestó que el Congreso se había reunido precisamente para ponerse de acuerdo respecto a la adopción de un sistema único, y no para afirmar que cada país aplicaría la ley de su respectiva jurisdicción, pues para esto no había necesidad de convocar Congresos, desde que cada Estado podía hacerlo por sí solo, en virtud del principio de su soberanía.

Triunfó, no obstante, el principio de la territorialidad, quedando establecido que en materia de sucesiones se aplicarían las leyes del territorio en que los bienes estuvieran situados; es decir, que habría tantas sucesiones como lugares en que existieran bienes.

Esta sanción del Congreso de Montevideo no está de acuerdo con nuestro Código Civil. De haber imperado el sistema argentino, la solución hubiera sido ésta: si una persona fallece en Buenos Aires y deja bienes aquí, en la República Oriental, en Chile y en Paraguay, se haría una so-





la sucesión, en el lugar del último domicilio. ¿El último domicilio del causante era en Buenos Aires? Pues aquí se inicia la sucesión y se resuelven todas las cuestiones correlativas. Los países en que se encuentran los demás bienes admitirían la liquidación del haber hereditario realizada en Buenos Aires, siempre que ella no atacara ningún principio de orden público de su legislación interna, ni la familia, moralidad o buenas costumbres.

El principio del tratado de Montevideo es contrario al de nuestro Código Civil. Fallecida la persona, los bienes situados en Bolivia, Paraguay, Uruguay o República Argentina, se reglan según sus respectivas leyes territoriales: hay tantas sucesiones como países signatarios del tratado.

El doctor Vélez Sarsfield, al establecer el principio progresista de la unidad de sucesiones, se adelantó a su época. Los jurisconsultos posteriores, en vez de continuar el impulso iniciado, hicieron camino atrás, volviendo por el principio de la territorialidad pura.

La sanción del Congreso de Montevideo trajo consecuencias perjudiciales para la misma aplicación de la ley civil en el orden interno.

Los tribunales comenzaron a vacilar en sus resoluciones. Se llegó a pensar que si el tratado de Montevideo — que es ley de la nación porque ha sido aprobado por el Congreso Nacional — sienta un principio distinto al del Código Civil, quiere decir que la legislación civil en esa materia ha sido modificada; luego debe interpretarse por el tratado.

En este orden de ideas se dice en un fallo: “Que en esta situación, y con una jurisprudencia variada al respecto, se reunió en Montevideo el Congreso Internacional, que consagró de una manera expresa el sistema de la pluralidad; y si bien es cierto que los tratados que se sancionaron sólo se aplican con fuerza de tales a las naciones signatarias, no puede negarse que sus soluciones constituyen para nosotros un importante elemento de juicio en la interpretación de puntos de derecho”, pretendiendo así apartarse del sistema nacional, noble y generoso como nuestra Constitución, que



ha merecido del internacionalista Fiore la manifestación de que el Código argentino admite claramente la teoría de la universalidad y de la unidad de la sucesión, es decir, la doctrina eminentemente jurídica de la unidad del patrimonio.

*7.—Ley que rige la capacidad para suceder.*

Se ha dicho que el Código incurre en contradicción al tratar este punto.

El artículo 3.283, siguiendo el principio de la unidad, establece que el derecho de sucesión es regido por el derecho local del domicilio que el difunto tenía a su muerte. El derecho de sucesión comprende la capacidad para suceder, como todo cuanto tiene atinencia con la transmisión de la herencia. Es un término genérico, que se refiere a todas las relaciones jurídicas hereditarias. De acuerdo, pues, con el artículo 3.283, la ley local del domicilio del difunto regiría la capacidad para suceder.

A continuación nos encontramos con el artículo 3.286, según el cual la capacidad para suceder es regida por la ley del domicilio de la persona, al tiempo de la muerte del autor de la sucesión.

¿Existe contradicción entre estos dos artículos? ¿Cómo se concilian? ¿Cuál es la ley que rige la capacidad para suceder de un heredero domiciliado en Francia, si el último domicilio del difunto estaba en la República Argentina?

Los autores nacionales no llegan a una solución satisfactoria.

Sin embargo, la cuestión es sencilla. No existe tal contradicción ni oposición de ideas entre los artículos 3.283 y 3.286. Lo que ha hecho la ley es sintetizar en esos dos artículos toda la teoría de la capacidad. Explicada ésta, desaparecen todas las dificultades.

Según Freitas, la capacidad se divide en capacidad de derecho y capacidad de hecho.

Capacidad de derecho es el grado de aptitud de cada clase de personas, para ejercer por sí o por otros los actos de la vida civil que no estén prohibidos. Es un grado de



aptitud, porque, si bien la ley reconoce a todos la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, no lo hace de una manera absoluta y sin limitaciones. Toda persona puede comprar, vender, hipotecar, hacer arrendamientos, contratos de sociedad, etc., ejercer, en una palabra, todos los derechos que menciona el Código Civil, pero hay una serie de actos que la ley prohíbe. Puedo comprar, pero no los bienes que tengo bajo mi patrocinio como abogado. Puedo dar dinero en hipoteca o hacer préstamos, pero no sobre los bienes de mi pupilo. De manera que en la vida jurídica, con relación a cada persona, existe una serie de prohibiciones que constituyen las incapacidades de derecho, porque el sujeto a que se refieren no puede realizar el acto, ni por sí ni por otros, ni por persona interpuesta. De ahí que todo sujeto tenga la capacidad general de derecho para ejecutar los actos de la vida civil y, al mismo tiempo, incapacidad especial de derecho para ciertos actos o relaciones jurídicas. Los conceptos de capacidad e incapacidad de derecho son correlativos.

Al lado de esta capacidad de derecho existe la aptitud o grado de aptitud que corresponde exclusivamente a las personas de existencia visible para ejercer por sí solas actos de la vida civil. Esta aptitud o grado de aptitud constituye la capacidad de hecho. Las personas pueden hacer compras, firmar escrituras, dar dinero, etc., pero no todos pueden hacerlo por sí mismos: los menores, por ejemplo. Estos, que no pueden ejercer el acto por sí mismos, aunque lo puedan ejecutar por sus representantes, son incapaces de hecho. Les falta la capacidad de obrar, de moverse en la vida jurídica por sí mismos sin depender de ninguna voluntad ni autorización ajena.

La capacidad e incapacidad de hecho se refiere a las personas que pueden obrar por sí o a las que deben hacerlo por intermedio de otros. Nuestra ley divide a las personas, por razón de la edad, en mayores y menores. Los primeros son capaces de hecho y de derecho; los segundos, sin capacidad de hecho, es decir, sin poder de obrar por sí, son incapaces de derecho. A estos últimos los subdivide en dos cate-



gorías: hasta los catorce años sólo pueden ejercer actos de la vida civil por intermedio de sus representantes, padres o tutores. Pasada esta edad, hasta los veintidós años, ya pueden ejercer por sí mismos ciertos actos, como reconocer hijos naturales, estar en juicio criminal, hacer testamento, etc.

Por otras razones — la falta de discernimiento — son incapaces de hecho los dementes y los sordo-mudos que no saben darse a entender por escrito. Por razones sociales, que no permiten que obren por sí mismas en todos los actos de la vida civil, son incapaces de hecho las mujeres casadas.

La incapacidad de derecho difiere de la incapacidad de hecho en lo siguiente:

a) El incapaz de derecho no puede ejecutar el acto en ninguna forma, ni por sí, ni por autorización, ni por persona interpuesta: el acto será siempre nulo. El incapaz de hecho no puede efectuar el acto por sí, pero puede ejercerlo por medio de sus representantes.

b) Las incapacidades de derecho están fundadas en razones de orden público o de moralidad y buenas costumbres. Las de hecho lo están en principios de orden general. En un país, por ejemplo, conviene conceder la plenitud del ejercicio de los derechos a los veinte años, porque a esta edad la persona alcanza su desarrollo corporal completo. En otro país a los veinticinco, y así sucesivamente. La mujer casada tiene en un país independencia completa, en otro se subordina al poder marital en todos sus actos. Son éstas cuestiones de legislación interna, que según la sociedad a que corresponden se resuelven en un sentido o en otro.

Ahora bien: la aplicación de los artículos 3.283 y 3.286 hay que considerarla con relación a la sucesión, que se abre en nuestro país por tener el causante su domicilio en él. Si sólo existiera el artículo 3.283 la capacidad e incapacidad de hecho y de derecho se regiría por la ley argentina, pero el artículo 3.286 viene a establecer la distinción que corresponde hacer.

En efecto, la sucesión en su esencia, es la transmisión *mortis causa* del patrimonio en su generalidad — sucesión



universal — o en una parte — sucesión singular —; heredero en el primer caso, legatario en el segundo. La ley debía prever la hipótesis de la capacidad de quienes son objeto de esta transmisión: cuándo es de derecho y cuándo es de hecho. Tenía que establecer un principio general, y éste ha sido: el del artículo 3.283, para la capacidad e incapacidad de derecho y el 3.286, para la capacidad e incapacidad de hecho.

Una persona muere en la República argentina, lugar de su último domicilio: la capacidad de derecho del que va a adquirir la sucesión, es regida por la ley argentina. Esta prohíbe que el tutor, por ejemplo, pueda ser instituido heredero por su pupilo en su testamento. Si el tutor domiciliado en el extranjero y hábil según la ley de su domicilio para heredar al pupilo, quisiera invocar el artículo 3.286, no podría hacerlo, porque en el caso no se trata de la capacidad de hecho, sino de la de derecho.

Pero si el heredero está domiciliado en Francia y tiene veintiún años de edad, ¿cómo se determina si es mayor o menor? ¿Qué ley se aplica, considerando que el causante ha fallecido en la República Argentina? Primer pregunta: ¿De qué capacidad se trata? De la de hecho. Luego, está regida por la ley del domicilio de la persona al tiempo de la muerte del autor de la sucesión (art. 3.286). El francés que a los veintiún años es mayor de edad en su patria, al ser instituido heredero de una persona domiciliada en la República Argentina, se considera mayor de edad, aun cuando por la ley argentina no lo sea.

Esa es la solución que establecen los artículos 3.283 y 3.286. El primero se aplica a la capacidad de derecho y noción correlativa, incapacidad de derecho. El segundo, a la capacidad de hecho, y noción correlativa, incapacidad de hecho.

Como se ve, la cuestión es sencilla y no ofrece dificultad. Pero los autores nacionales no la han entendido así y han hecho de ella algo complicado y difícil.

Una de ellos, después de manifestar haber consultado el



punto con abogados muy ilustrados, nos presenta este ejemplo: “Supóngase — dice — que un testador domiciliado en la República, dispone que después de llenarse la legítima de sus herederos forzosos, le suceda en el remanente de sus bienes una comunidad religiosa, establecida en Francia. Esa comunidad no tiene capacidad por las leyes de la República para adquirir tales bienes, pero sí por las leyes de su domicilio; se presenta a la República cobrando los bienes dejados por el testador; en este caso, los herederos de la República no podrían, con arreglo al artículo que estudiamos, negar la entrega de esos bienes, fundándose en la incapacidad que las leyes de la República establezcan para esas personas, puesto que su capacidad debe juzgarse por las leyes de Francia, que es su domicilio”.

Precisamente, fundados en que el artículo 3.286 se refiere sólo a la capacidad de hecho, se negarían los herederos a la entrega y exigirían la aplicación del artículo 3.283, es decir, de la incapacidad que el Código establece a toda corporación religiosa no reconocida, para que pueda heredar en la República.

Esta es la solución lógica. De lo contrario, nuestro régimen sucesorio vendría a estar regido por las leyes extranjeras en absoluto, y ese no ha sido el fin del legislador.

Las dificultades que se han suscitado en la solución de este punto derivan, en parte, de que nuestro Código hace la enumeración de los que son capaces e incapaces de hecho, pero no habla de las incapacidades de derecho. ¿Por qué? Porque las incapacidades de derecho no se pueden establecer en una doctrina sistemática. Figuran al lado de cada uno de los actos que la ley considera conveniente limitar. Los padres pueden comprar, dice el Código; pero en seguida agrega: no pueden comprar los bienes de sus hijos menores. Los tutores pueden hacer tales o cuales actos, pero no tales o cuales otros. Y así sucesivamente.

No podría la ley sentar una doctrina general, ni tampoco establecer que una persona es incapaz en absoluto de derecho. Antiguamente existían estos casos de incapacidad

general: el esclavo era incapaz para todos los actos. Pero ya no existe la esclavitud, no hay individuos que estén completamente privados del ejercicio de todos los actos de la vida civil. Las incapacidades de derecho que la ley sanciona se encuentran en el Código al lado de cada institución. Y esas incapacidades, en lo que respecta al derecho hereditario, están regidas por la ley argentina y no por la del domicilio del heredero.

---





8. — Requisitos para ser capaz de suceder. — 9. — Concepto de la indignidad. Causas que la producen. Hechos positivos, negativos. — 10. — ¿Quién puede alegar la indignidad? ¿Por qué causas desaparece la indignidad? — 11. — Obligaciones del indigno poseedor de la herencia. Actos de administración. — 12. — Actos de enajenación. Donaciones ¿Cuándo pueden ser revocadas las enajenaciones? — 13. Derechos de los hijos del indigno. Antecedentes doctrinarios. ¿Cómo vienen a la sucesión?

*8.—Requisitos para ser capaz de suceder.*

Capacidad de suceder es el conjunto de requisitos que la ley exige para que una persona pueda ser sujeto pasivo de la transmisión hereditaria.

El Código establece como principio general que toda persona visible o jurídica, a menos de una disposición contraria de la Ley, goza de la capacidad de suceder o recibir una sucesión (art. 3.288).

*No pueden suceder:*

- 1º Los incapaces propiamente dichos.
- 2º Los indignos.
- 3º Los desheredados.





*Incapaces propiamente dichos.*

La incapacidad general para suceder se refiere a las condiciones físicas de las personas de existencia visible.

Ya se trate de sucesión legítima, testamentaria o ab intestato, se requieren (art. 3.290) dos condiciones naturales para ser heredero:

- a) Que la persona esté concebida al tiempo de la muerte del autor de la sucesión;
- b) Que nazca con vida.

¿Cómo puede determinarse si la persona estaba o no concebida a la época de la muerte del causante?

El artículo 240 establece que el hijo póstumo que nace dentro de los trescientos días posteriores a la muerte se presume concebido durante el matrimonio del *de cujus*.

Y ¿cómo es posible determinar si la persona ha nacido o no con vida?

Los autores de Medicina Legal dicen que lo que caracteriza la vida en el recién nacido es el grito o el llanto. Cuando al salir del seno materno la criatura ha gritado o llorado quiere decir que ha tenido vida, que ha respirado, aun cuando inmediatamente muera. Es capaz, entonces, de suceder, pues el artículo 3.419 dispone que “el heredero que sobrevive *un solo instante* al difunto transmite la herencia a sus propios herederos”. Esto tiene mucha importancia; porque aunque la criatura haya tenido dos segundos de vida, por ese solo hecho la sucesión pasará a sus herederos y no a los anteriores.

La dificultad se presenta para probar la vida del recién nacido.

Merlin, en sus “Questions de droit” (tomo 6º, vocablo *vie*), sostiene que el testimonio de la partera y de las personas que han concurrido al acto es decisivo, porque son testigos necesarios. Pero la partera puede tener interés en obedecer a la presión de los miembros de la familia, y las demás personas que se encuentran presentes en el alumbramiento son, generalmente, las más allegadas a la parturienta: la ma-



dre, las hermanas, etc., quienes pueden también tener interés en que el recién nacido aparezca con vida, o a la inversa. Por eso Malpel (núm. 24) afirma que es a los médicos experimentados a los que corresponde apreciar los signos de la vida y decidir si son suficientes para demostrar que el niño ha vivido realmente, ha gozado de la vida respirante, si los movimientos que se han notado no son más que una consecuencia de la "vida fetal".

A este fin se ha recurrido a medios especiales para llegar a determinar si ha existido vida en el recién nacido. El signo característico de vida es la respiración. La inspiración y la expiración dejan rastros en los pulmones. Partiendo de este hecho, se han adoptado ciertos procedimientos, que constituyen la llamada *docimasia pulmonar*, que puede ser hidroestática u óptica:

La primera se verifica colocando los pulmones en una cuba de agua: si sobrenadan, ha habido vida. En este procedimiento es posible el fraude, haciendo penetrar el aire en los pulmones por medio de una jeringa, pero puede descubrirse por los vestigios que deja en el estómago. La segunda consiste en el examen visual del tejido pulmonar: si el aire ha penetrado, su color es más rosado. Otro medio de comprobación es el de las variaciones del peso de los pulmones.

Se conocen las tablas de Schmit y Chaussier, que contienen la relación entre el peso de los pulmones y el cuerpo de los fetos que han respirado y los que no han respirado. Para el informe de los médicos se recurre a la autopsia.

Supongamos que el testimonio de las personas que asistieron al parto resulta insuficiente y que la autopsia es imposible.

En este caso ¿cómo resolverá el juez? ¿cuál es la presunción de la ley? El codificador dice, en su nota al artículo 3.290, que la presunción es que todo hijo nace vivo. ¿Por qué? Porque lo normal es que las criaturas nazcan con vida. Quien alega que el hijo ha nacido muerto debe probarlo. De lo contrario, la ley presume que el nacimiento se ha producido con vida.



Algunos autores franceses sostienen que la presunción debe ser a la inversa. Malpel, que ha servido de fuente al codificador en muchas disposiciones sobre la incapacidad y la indignidad, afirma que debe presumirse, en caso de duda, que la criatura ha nacido muerta y que el que sostiene que nació con vida debe probarlo. Esta opinión proviene de que en derecho francés no sólo se requiere que nazca con vida, sino que sea *viable*, y todo individuo no nace viable.

En cambio, nuestra ley ha establecido una sola condición: la del nacimiento con vida. De ahí que la presunción lógica es que toda criatura es capaz de suceder, salvo la prueba contraria.

En la sucesión testamentaria existen otras incapacidades, enumeradas en los artículos 3.734 y siguientes, de que nos ocuparemos oportunamente.

*9.—Concepto de la indignidad.—Causas que la producen.—Hechos positivos, negativos.*

La indignidad es la pérdida de la capacidad con relación a una sucesión determinada, que la ley pronuncia por motivos especiales, fundada en razones que implican un agravio a la memoria del causante. Estas razones, en síntesis, son: haberse producido atentados contra la vida, honor o libertad de la persona de cuya sucesión se trate y falta de cumplimiento a ciertas obligaciones.

La ley hace una enumeración taxativa de las causas de indignidad. Son las únicas que pueden alegarse. No pueden invocarse otras por vías de analogía o ampliación. La enumeración legal es estricta, porque la indignidad es una sanción civil y en esta materia la interpretación debe ser literal. Es preciso atenerse a las causas que indica la ley, y nada más.

El presunto heredero puede incurrir en la sanción de indignidad por acciones o hechos positivos, o por omisiones o hechos negativos.



*Indignidades que implican acciones o hechos positivos*

1º Los condenados en juicio por delito o tentativa de homicidio contra la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge o contra sus descendientes, o como cómplice del autor directo del hecho (art. 3.291).

Esta indignidad se refiere no sólo al atentado contra la persona del causante, sino también contra aquellas de su familia ligadas a él por una afección tan íntima que la ley las considera como incluídas en su propia personalidad.

La ley exige como requisito para que exista esta causal de indignidad, la condenación en juicio. Debe entenderse en juicio criminal, pues sólo los jueces del crimen pueden juzgar en materia de delitos, salvo cuando el pronunciamiento criminal se hace imposible.

El juez de la sucesión no puede declarar esta indignidad sin que previamente se le presente la sentencia que demuestre el delito. La acción penal, en este caso, asume el carácter de prejudicial. El juicio criminal debe ser anterior al juicio de indignidad. ¿Por qué? Porque de iniciarse ambos simultáneamente podría llegarse a sentencias contradictorias, lo que debe evitarse.

La muerte del acusado produce en el juicio criminal la paralización del procedimiento. Para la ley ya no hay objeto en imponer la pena. No pasa lo mismo en el juicio civil, que continúa contra los herederos.

Paralizada la acción criminal, por la muerte del acusado, ¿puede solicitarse en el juicio civil la declaración de indignidad, probando el homicidio?

Según la nota al artículo 3.291, no. Dice: "si el acusado muere antes de la condenación, no puede ser excluído de la sucesión como indigno de suceder". Pero no da ninguna razón jurídica. Es una opinión copiada de Malpel, que no puede aceptarse en derecho argentino.

Las notas no significan sino un comentario personal del codificador, que ayudan a veces a conocer la intención con que el artículo ha sido establecido; pero cuando éste es bien



claro o cuando de las demás disposiciones del Código se puede obtener una solución, priman sobre aquéllas.

El artículo 3.291 es claro, pero no resuelve el caso de que la declaración de indignidad proceda cuando el procedimiento criminal ha sido paralizado por el fallecimiento del acusado. Para solucionar la cuestión debemos atenernos a otra disposición del Código: el artículo 1.101, que establece, — como excepción al principio de que la condena en el juicio criminal es previa a la condena civil, — que si hubiera fallecido el acusado antes de ser juzgada la acción criminal, la acción civil puede ser intentada o continuada contra los respectivos herederos.

Esta solución del artículo 1.101 es la que debe aceptarse, a pesar de lo que dice la nota al artículo 3.291. Fallecido el acusado ya no existe el peligro de contradicción entre las dos sentencias. Desde que el procedimiento criminal queda paralizado, la jurisdicción civil recupera todo su imperio. Por consiguiente, la declaración de indignidad procede en el juicio civil. La comprobación del homicidio, que no puede ser establecida en el juicio criminal por la muerte del acusado, puede serlo en el juicio civil, a los efectos de excluir a sus herederos de los derechos sucesorios.

En el orden penal las consecuencias de las sanciones sociales pueden quedar sin efecto por dos causas: el indulto del acusado, que es la facultad privativa del Poder Ejecutivo, y la prescripción de la pena.

¿El indulto y la prescripción borran el hecho, a los efectos civiles? No; y la ley lo dice en el artículo 3.291 *in fine*: esta causa de indignidad no puede ser cubierta, ni por gracia acordada al criminal, ni por la prescripción de la pena. La gracia hace desaparecer las consecuencias penales del hecho, en razón de otro orden de ideas que las contempladas en las relaciones sucesorias; pero no hace desaparecer el hecho en sí. El Poder Ejecutivo, al acordar el indulto, se basa en razones especialísimas, que nada tienen que ver con el orden civil. De ahí que la causa de indignidad subsiste.

Igual cosa pasa con la prescripción de la pena. Es el



caso de la persona que, juzgada y sentenciada, se fuga. Después de un cierto número de años la pena desaparece por el mero transcurso del tiempo. Pero esa prescripción, que impide que el culpable pueda ser recluido en una cárcel, no tiene efecto en el derecho civil: el hecho en sí subsiste y produce la causa de indignidad (art. 3.291).

No ocurre lo mismo con la prescripción de la acción. Transcurrido el término que la ley establece, no hay lugar a acción. Iniciada ésta, el juez debe sobreseer definitivamente. El sobreseimiento definitivo significa que el hecho que se supone defectuoso no ha existido. Más aún: va acompañando, por mandato de ley, y no como se cree vulgarmente por deferencia del juez, de la declaración de que la causa no afecta el buen nombre y honor del procesado. Entonces, no corresponde reabrir la discusión en el juicio civil. La prescripción de la acción cubre la indignidad.

2º El que voluntariamente acusó o denunció al difunto de un delito que habría podido hacerle condenar a prisión o trabajos públicos por cinco años o más (artículo 3.293).

Es de observar que este artículo dice: prisión o trabajos públicos por cinco años o más. En nuestro Código Penal no existe la pena de prisión sino hasta tres años. Pasando este término corresponde la de penitenciaría o de presidio. Tampoco habla de trabajos públicos. Esta es la expresión antigua con que se designaba el trabajo en las canteras, canales o construcciones del Estado, a que se sometía a los penados. Nuestra ley penal establecía en el artículo 60 que la pena de presidio implicaba la de trabajos duros y penosos, pero la reforma de 1903 fijó la obligación a trabajos forzados en establecimientos destinados al efecto. Este concepto no está de acuerdo con la moderna tendencia del derecho penal. Nuestra misma Constitución dice, en el artículo 18, que las cárceles deben ser limpias y sanas, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas. La sociedad encierra al delincuente, no para castigarlo, sino para que no altere su seguridad y equilibrio.

La última parte del artículo 3.293 debe interpretarse



refiriéndola al tiempo de la pena. La acusación de un delito al que corresponderían cinco años, ya sea de penitenciaría o de presidio, da lugar a la exclusión de la sucesión por intigino. Esta disposición está basada en principios de moralidad social. No es posible que aquel que ha injuriado al causante, que lo ha acusado y que lo ha hecho condenar, venga a su muerte a gozar de su patrimonio. Existe, sin embargo, una excepción: si la persona está obligada a hacer la denuncia. Tal es el caso del funcionario público. La ley le impone la obligación de denunciar el delito o, en su defecto, le castiga como encubridor. Lo mismo ocurre con el agente fiscal obligado a presentar la acusación. En estas circunstancias no se produce la indignidad, porque los actos son realizados contra la propia voluntad. Por eso dice el Código que queda excluido, como indigno, el que *voluntariamente* acusó o delnunció al difunto. Estos casos de excepción se producen raramente en la práctica, desde que la ley da a los funcionarios o fiscales el recurso de excusarse para entender en esos procesos.

Puede ocurrir que al dictar sentencia el juez declare, a pedido del acusado absuelto, que la querella entablada ha sido calumniosa. Puede suceder también que el juez, al sobreseer definitivamente, diga que no hay delito y que el acusador ha procedido a base de un error, sin tener intención de perjudicar al acusado. Estas circunstancias ¿pueden influir sobre la indignidad? Mejor dicho: la acusación o denuncia ¿debe tener el carácter de calumniosa para producir la indignidad? Dentro del orden civil no se puede tomar en consideración la intención dolosa, el *animus injuriandi*. Basta que haya tenido lugar voluntariamente la acusación o denuncia para que, sin entrar a averiguar si ha sido o no calumniosa, quede excluido de la herencia como indigno.

3º El condenado en juicio por adulterio con la mujer del difunto (art. 3.294). Sería altamente inmoral que quien hubiera ultrajado al causante cometiendo adulterio con su mujer recibiera a su muerte su patrimonio. Es de notar que este artículo se refiere al condenado en juicio por adulterio.



No habla de la mujer adúltera que quiere ser heredera, por que supone que el hecho habrá dado lugar al divorcio por culpa de la esposa, lo que la priva de la herencia (art. 3.574).

Tampoco se refiere a la condenada en juicio por adulterio con el marido, lo cual rompe la igualdad que debe existir entre los cónyuges. Sólo se explica la diversidad de criterio por la tolerancia con que la sociedad admite el adulterio del hombre, tolerancia que, si se explica en el orden penal, no tiene razón de ser en el civil, donde ambos esposos están obligados a guardarse mutua fidelidad.

4º El que estorbó por fuerza o por fraude que el difunto hiciera testamento, o revocara el ya hecho, o que substraiga éste, o que forzó al difunto a que testara (artículo 3.296).

Este artículo se refiere a los captadores de herencias. El caso ocurre cuando el presunto heredero o el favorecido con un testamento válido impide al causante hacer nuevo testamento o revocar el ya hecho. Puede tratarse de un pariente que, a título de tal, se instala en la casa del testador, no permite que sea visitado y comete todos aquellos actos fraudulentos o de fuerza que le impiden manifestar por escrito su voluntad. Igual cosa, si substrahe el testamento hecho. Por último, si fuerza al causante a que teste. ¿Qué clase de fuerza debe ser? La efectuada sobre la persona directamente por medios materiales o morales.

Es ésta una cuestión de hecho sobre la cual la ley no da reglas ante la variedad infinita de circunstancias que pueden presentarse. Además, es muy raro y difícil el caso de fuerza moral irresistible aplicada a la ejecución de un testamento. Generalmente, se recurre más bien a fraguar el testamento, lo que se efectúa por medio de la confabulación de las personas que presencian el acto.

Si esto se prueba y se anula el testamento, los autores del hecho, suponiendo que pudieran concurrir a la sucesión ab intestato, quedan excluidos como indignos.



*Indignidades que implican omisiones o hechos negativos.*

1º El pariente del difunto que, hallándose éste demente y abandonado, no cuidó de recogerlo o hacerlo recoger en establecimiento público (art. 3.295).

Una de las obligaciones inherentes a los miembros de la familia es la de velar por el bienestar mutuo. Si uno de ellos llega a tener sus facultades mentales alteradas y se encuentra abandonado, los demás deben recogerlo, cuidarlo y evitar que sufra las penurias que su situación puede acarrearle. Si no pueden mantenerlo, deben hacerlo recoger en uno de los establecimientos que el Estado tiene a ese efecto, es decir, en un hospital o en un hospicio. Estas son obligaciones fundamentales en la familia, determinadas por el vínculo de la afección. De lo contrario, ésta desaparece. La ley lo ha entendido así y ha establecido que los que no las cumplieran serán considerados indignos para concurrir a la sucesión.

2º El heredero mayor de edad que es sabedor de la muerte violenta del autor de la sucesión y que no la denuncia a los jueces en el término de un mes, cuando sobre ella no se hubiese procedido de oficio. Si los homicidas fuesen ascendientes o descendientes, marido o mujer, o hermanos del heredero, cesará en éste la obligación de denunciar (artículo 3.292).

La ley impone esta obligación, fundada también en razones morales. La falta de denuncia por parte del heredero implica la aprobación tácita del delito.

Pero el presunto heredero queda eximido de esta obligación si sabe que el autor de la muerte es uno de sus ascendientes, descendientes, marido, mujer o hermanos. ¿Por qué? Porque la ley tiene siempre en cuenta la unidad de la familia. Entre la obligación de denunciar al autor del delito y el deber de callarse para evitar un escándalo, por ser su ascendiente o descendiente el autor, la ley opta por lo segundo.

[ En realidad, estos casos rara vez se presentan, porque el orden familiar es generalmente normal.





10.—¿Quién puede alegar la indignidad? ¿Por qué causas desaparece la indignidad?

¿Quién tiene el derecho de alegar la indignidad?

El artículo 3.304 establece que las exclusiones por causa de indignidad no pueden ser demandadas sino por los parientes a quienes corresponda suceder, a falta del excluido de la herencia o en concurrencia con él.

Es regla de derecho procesal que el interés es la medida de las acciones. Solamente aquél a quien interesa la declaración de indignidad es quien ha de poder promoverla, para que se excluya al llamado a la sucesión.

El Código dice exclusivamente “los parientes que concurren con el indigno o que sucedan a falta de él”. Los demás parientes, aun cuando tengan un interés de afección, no pueden entablar la acción de indignidad.

Los legatarios llamados a la sucesión ¿pueden alegar la indignidad cuando, declarándose indigno el heredero, ellos obtuvieran un beneficio? Tal sería el caso en que el heredero tuviera la facultad de reducir los legados hechos por el causante. Aunque el artículo 3.304 habla exclusivamente de los parientes, es indiscutible que el legatario, dado el interés que puede tener en que se excluya al heredero, puede ejercer la acción de indignidad. Esta solución es aceptada por la generalidad de los autores.

No pueden iniciar la acción de indignidad:

1º Los acreedores de la sucesión. A éstos no les interesa que los créditos sean pagados por un heredero digno o indigno. Lo que desean es que se les pague. La ley no admite que puedan tener interés por remoto o indirecto que sea, en la declaración de indignidad del heredero.

2º Los deudores de la sucesión. El artículo 3.299 dice que los deudores de la sucesión no podrán oponer al demandante la excepción de incapacidad o de indignidad. Porque la indignidad es una cuestión que se suscita entre los herederos. Nada tienen que hacer respecto de ella los terceros acreedores o deudores.



Pero el deudor debe tomar sus precauciones, a fin de evitar que la posterior declaración de indignidad, dé por resultado que el verdadero heredero le exija nuevamente el pago. En lugar de hacer el pago lisa y llanamente, lo hará por consignación, para que el juez lo entregue a quien corresponda, quedando exento él de toda responsabilidad ulterior.

3º Los acreedores del heredero, en el ejercicio de la acción indirecta. Si mi deudor no solicita la declaración de indignidad de su coheredero, con lo cual perjudica su patrimonio ¿puedo yo ejercer la acción indirecta para hacer entrar la herencia en el patrimonio del deudor? La ley no lo admite. La acción de indignidad está fundada en hechos personales, que atañen al honor de la familia. Por lo tanto, corresponde sólo a los parientes.

¿La indignidad puede desaparecer?

La ley indica dos motivos por los cuales la indignidad desaparece:

1º Por el llamamiento que haga el causante en su testamento a la persona indigna.

Supóngase que la causa de indignidad consiste en un atentado contra la vida del causante. Posteriormente el indigno demuestra que ha procedido en un momento de desvarío y continúa rodeando al causante con toda su afección. Este al hacer testamento, reconoce esas circunstancias, perdona al indigno y resuelve dejarle sus bienes. La ley admite esta manifestación expresa del ofendido. Ya no hay ningún interés superior en mantener la causa de indignidad. La voluntad del causante cubre la indignidad. Pero el testamento debe ser posterior al hecho que ha producido la indignidad (art. 3.297).

Más aún: si se prueba que el causante lo instituyó heredero porque no tuvo conocimiento de los hechos afrentosos al tiempo de testar ni después, ello no obstante, la indignidad queda borrada.

2º Se purga con tres años de posesión de la herencia o legado (art. 3.298).

El término purgar, jurídicamente significa hacer des-



aparecer el inconveniente u obstáculo legal en virtud del cual no se puede ejercitar un derecho. El indigno no puede concurrir a la sucesión por una de las causales enumeradas; pero la ley establece que éstas desaparecen, se purgan, con tres años de posesión de la herencia o legado. Después de este término ya no hay lugar a acción por parte de los demás herederos. Esta disposición ha sido tomada del código de Chile, que fija el término de diez años. Nuestra ley ha querido un término más breve.

Al hablar el artículo 3.298 de posesión de herencia o legado, ¿ha entendido referirse a la posesión hereditaria o a la posesión material de los bienes?

La posesión hereditaria es una institución *sui generis* establecida por la ley, que estudiaremos después. Aquí la ley ha querido referirse al hecho de estar el heredero en el uso y goce material de los bienes. Desde que entró en ese uso y goce se contarán los tres años.

¿La indignidad puede desaparecer por otras causas que las enumeradas?

Nó. La ley ha fijado causas taxativas, para evitar discusiones y conflictos. Aún cuando el indigno haya sido perdonado en vida del causante y se hayan producido actos inequívocos de reconciliación, la indignidad no se borra, si no hay manifestación expresa en el testamento. Porque la indignidad reposa en el interés general, en la conservación de la moralidad dentro de la sociedad y en el mismo fundamento del derecho hereditario. La sucesión ab intestato descansa en la afección. Si por un hecho exterior ésta desaparece, la ley no permite el derecho a la sucesión. Y esta prohibición, que constituye la indignidad, no la borra sino la declaración expresa del causante, hecha en un documento especial y fehaciente, como es el testamento.

*EFFECTOS*  
11.—Obligaciones del indigno poseedor de la herencia.  
—Actos de administración.

La acción de indignidad iniciada dentro del término de ley, trae como consecuencia que los bienes que se hallan en



poder del heredero indigno, pasen a los demás herederos que concurren con él o a los que le siguen.

Pero, durante el tiempo que el heredero indigno ha estado en posesión de los bienes sucesorios, ha podido disponer de ellos, ya sea realizando actos de administración o de enajenación. De ahí nacen para él ciertas obligaciones.

Pueden presentarse varias situaciones de hecho.

a) Los bienes se encuentran en poder del indigno. La cuestión es sencilla. Debe entregarlos a las personas a quienes pasa la herencia, con los accesorios y aumentos que hayan recibido y los productos o rentas que hubiere obtenido desde la apertura de la sucesión (art. 3.305); y si se tratara de sumas de dinero, debe satisfacer intereses, aunque no haya percibido de ellas intereses algunos (art. 3.306).

El artículo 3.305 dice: “desde la apertura de la sucesión” y no desde el momento en que se ha entablado la acción de indignidad. La ley coloca al indigno en una situación intermedia entre el poseedor de buena fe y el de mala fe. No considerándolo de buena fe, le obliga a la restitución de los frutos desde la apertura de la sucesión; no considerándolo tampoco de mala fe, en absoluto, no lo hace responsable de los frutos que el demandante hubiera dejado de percibir.

b) Los bienes, debido a la muerte del indigno, con anterioridad a la acción de indignidad, han pasado a los herederos de éste.

Según el artículo 3.307, corresponde la acción reivindicatoria de los bienes de la sucesión.

Las acciones que tiene el heredero son: la de petición de herencia y la de reivindicación. La primera se entabla para reclamar el conjunto, la universalidad del patrimonio contra los demás herederos. La segunda es contra terceros y sobre bienes especialmente determinados.

La solución del artículo 3.307 no es aceptable. Los herederos del indigno ocupan el lugar de éste. Luego, no corresponde la acción reivindicatoria, sino la de petición de herencia.



12.—*Actos de enajenación. — Donaciones. — ¿Cuándo pueden ser revocadas las enajenaciones?*

Una tercera situación de hecho sería la de que los bienes ya no se encuentran en poder del indigno ni de sus herederos, sino que han pasado a terceros, por actos de enajenación a título oneroso o por donación.

¿Puede reclamarse la devolución a los terceros a quienes han pasado los bienes? ?

Si se trata de enajenación a título oneroso, la ley, entre el interés del heredero negligente y tardío y el del tercer adquirente ha optado por proteger a este último. Así ha establecido que las ventas, hipotecas o servidumbres que el excluido por indigno de la sucesión hubiera constituido, son válidas, y sólo hay acción contra él por los daños y perjuicios (art. 3.309).

¿Por qué la ley protege en esa forma al tercer adquirente, contra el principio general de que nadie puede transmitir un derecho mejor o más extenso que el que tenía?

Este caso constituye una excepción al principio general. El indigno, a pesar de que después es excluido de la herencia, puede enajenar bienes, porque siempre es un heredero, desde que después de transcurridos tres años, lo es irrevocablemente. Luego, puede proceder como verdadero dueño. Además, no es posible obligar al tercer adquirente a conocer los hechos de la familia del vendedor que impliquen su indignidad, porque sería imponer cargas imposibles y trabar las enajenaciones.

En cuanto a las donaciones, la ley establece también en el artículo 3.309, que son válidas y que sólo hay acción contra el indigno por los daños y perjuicios.

¿En qué se funda esta disposición?

El codificador dice en la nota al mismo artículo que las donaciones hechas por el indigno no son revocables, porque tanto el heredero que entra en lugar del excluido como el donatario, tratan de obtener una ganancia, y en tal caso, es la mejor condición del que posee.

Sin embargo, esta disposición no está basada en ningún



fundamento jurídico, ni económico. Es justo se admita la validez de las transmisiones a título oneroso, porque de lo contrario se infligiría perjuicios a los terceros adquirentes. Pero en el caso de la donación no hay tal, desde que el tercero recibe el bien *bona gratia*. La ley debió establecer la devolución de los bienes transmitidos por donación. Este es el criterio del mismo Malpel, citado por el codificador en la nota.

En un solo caso hay lugar a revocación: cuando las enajenaciones a título oneroso o gratuito, hipotecas y servidumbres, han sido el efecto de un concierto fraudulento entre el indigno y los terceros (art. 3.310).

Es decir, el caso en que el indigno se pone en connivencia con los terceros a quienes efectúa la transmisión, con el fin de que una vez declarado indigno, el verdadero heredero no encuentre bien alguno en la sucesión y no pueda reivindicarlos por haber pasado a terceros.

La ley exige que haya concierto fraudulento. Este requisito es muy difícil de probar, porque el indigno y sus cómplices toman precauciones para borrar las pruebas. Mejor hubiera sido exigir sólo la mala fe para admitir la revocación.

13.—*Derechos de los hijos del indigno.—Antecedentes doctrinarios.—¿Cómo vienen a la sucesión?*

¿Cuál es la situación de los hijos del indigno?

El concepto ha variado desde la época antigua hasta el presente.

En el derecho romano, como en la antigua jurisprudencia francesa, según refiere Lebrun, las faltas de los padres recaían sobre los hijos: *horror matris transit ad filios*.

Aplicando este adagio se llegaba a negar todo derecho a los hijos del indigno. Es el caso de la Morineau, mujer que habiendo hecho asesinar a su padre, fugó, tomando los bienes, los colaterales, que los vendieron a terceros. Después de un tiempo suficiente para prescribir contra la pena, se presentó la Morineau, reclamando los bienes para sí, y subsidiariamente compareció la hija, sosteniendo que, si la madre era



indigna, ella debía ser admitida a la sucesión como nieta del *de cuius*. Una y otra fueron excluidas, estableciendo la sentencia que el tiempo no borra la indignidad de la rama homicida, y que una hija "si barbare" comunica la indignidad a sus descendientes.

Bouhier, como Pothier, entre los viejos autores, combatieron el principio de la transmisión de las penas a los descendientes, y su enseñanza influyó para que al dictarse el Código francés se estableciera en el artículo 730, que: "Les enfants de l'indigne venant à la succession de leur chef, et sans le secours de la représentation, ne sont pas exclus pour la faute de leur père".

Estas palabras significan que cuando los hijos del indigno concurren a la sucesión por derecho propio y no por representación, no serán excluidos por la falta de su padre.

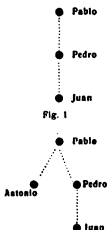
Pero, ¿cuál es el significado de la concurrencia por derecho propio y por representación?

Se hereda por derecho propio, cuando se es el pariente más cercano del causante, y por representación, cuando el descendiente tiene necesidad de remontarse en su rama y ocupar el lugar y grado de otro ascendiente, para aproximarse al causante.

Así, Pablo ha tenido un hijo, Pedro, y éste otro hijo Juan (fig. 1). Si a la muerte de Pablo, Pedro ya había fallecido, Juan hereda por derecho propio, porque es el pariente

más cercano. Pero si Pablo tuvo dos hijos, Pedro y Antonio (fig. 2), Juan no podría heredar por derecho propio, porque no es el pariente más cercano, desde que vive Antonio. Sólo puede heredar representando a su padre Pedro, es decir, ocupando su lugar y grado.

Y bien: según el artículo 730 del Código francés, los hijos del indigno heredan sólo cuando vengan por derecho propio y no por representación.







Esta disposición implicaba un progreso sobre el derecho antiguo. La falta del padre no recaía sobre el hijo, sino en el caso de tener que invocar la representación, porque el representante no puede tener un derecho mejor ni más extenso que el que tenía el representado.

En nuestro Código ¿cuál es la regla para fijar el derecho de los hijos del indigno?

El artículo 3.301, dice que los hijos del indigno *vienen* a la sucesión por derecho propio y sin el auxilio de la representación, no son excluidos por las faltas de su padre. Y la nota menciona como fuente, el Código francés, artículo 730, agregando: “Es muy importante en la materia lo que sobre este punto ha escrito Duranton en el tomo 6, desde el número 129”.

¿Qué es lo que ha querido significar el codificador cuando establece que los hijos del indigno “vienen” a la sucesión por derecho propio y sin el auxilio de la representación?

La interpretación se ha bifurcado en dos doctrinas:

a) Para unos, se ha hecho una mala traducción de la palabra “venant” del artículo 730 del Código francés. Este dice: “Les enfants de l’indigne venant a la succession de leur chef...” El nuestro: “Los hijos del indigno vienen a la sucesión...” Existe un cambio de tiempo en el verbo: en vez de “viniendo” se ha puesto “vienen”. Esto, se dice, es un error material, y la interpretación que debe darse a nuestro artículo 3.301, es la del 730 del Código francés, es decir, que los hijos del indigno no serán excluidos de la herencia cuando vengan por derecho propio.

b) Para otros, el Código argentino marca un progreso sobre el francés.

En efecto, bajo la influencia de Bouhier y Pothier, el derecho evolucionó dando lugar a la sanción del artículo 730 del Código francés. Por esta disposición, no se excluyen todos los hijos del indigno, sino solamente los que vienen por derecho de representación.

Nuestro Código ha dado un paso más adelante.



Los hijos no deben responder por las faltas de los padres.

El concepto moderno individualiza la pena, reaccionando contra el arcaico precepto romano. Además, la mayor afectación del abuelo va hacia el nieto, descendiente del mal hijo, porque es el que más necesita de su protección.

Basándonos en estos principios, nuestro artículo 3.301 ha señalado un progreso sobre el 730 del Código francés. Las faltas de los padres nunca recaerán sobre los hijos, y así establece que "los hijos del indigno vienen a la sucesión por derecho propio..."

¿Qué derecho propio es el que establece este artículo? Un derecho propio *sui generis*, para que los hijos suban de grado y se coloquen en igualdad de condiciones al heredero más cercano.

En realidad, hubiera sido lo mismo decir que los hijos pueden representar al indigno y, en su carácter de tal, tomar la parte que le correspondería al padre. Pero el codificador ha querido ceñirse a la teoría de la representación, que no permite que el representante tenga mejor derecho que el representado, y por eso ha concedido un derecho propio, especial, a esos hijos.

La tradición, en lo que respecta a la indignidad, era excluir a los hijos del indigno. Después, el Código francés estableció la exclusión solamente de los hijos que no podían venir por derecho propio. Por último, el Código argentino, siguiendo la evolución moderna del derecho, establece que los hijos del indigno vienen a la sucesión por derecho propio, y no son excluidos en ningún caso.

La disposición de nuestra ley se complementa con la establecida al hablar de la desheredación, institución semejante a la indignidad. Los descendientes del desheredado (art. 3.749), que sobreviven al testador, ocupan su lugar y tienen derecho a la legítima, que su ascendiente tendría si no hubiese sido desheredado. De manera que si en vez de tratarse de una sucesión ab intestato, en que se deben aplicar los principios de la indignidad, se trata de una sucesión

Vienen a la  
sucesión por  
derecho de  
representación  
(nuevo  
art. 3301)



testamentaria, los hijos del desheredado ocupan su lugar, y en ningún momento son perjudicados por las faltas de los padres.

Existe paridad de situación entre el desheredado y el indigno. Entonces, ¿por qué hemos de establecer diferencia entre la situación del hijo del desheredado y la del hijo del indigno?

La verdadera interpretación del artículo 3.301 es, evidentemente, la que afirma que los hijos del indigno “vienen”, todos, a la sucesión. No puede hablarse de error de traducción; de que el codificador tradujo equivocadamente “venant” por “vienen”. No; el codificador tomó el artículo del Código francés, pero al decir “vienen” quiso establecer deliberadamente el principio de que todos los hijos del indigno participarán de la herencia, como posteriormente en el artículo 3.749 lo hizo con los desheredados.

No debe interpretarse una ley suponiendo errores de traducción. Mírese primero si ella responde a necesidades sociales y jurídicas. El artículo 3.301 responde a esas necesidades. Luego, intérprese tal cual el codificador lo ha fijado, sin pretender tergiversarlo a base de que entraña un error de traducción.

La nota agrega: “Es muy importante lo que sobre esta materia ha escrito Duranton, en el tomo 6 desde el número 129”. En efecto, este autor estudia el punto y sostiene que si el indigno hubiera prefallecido, el hijo de éste puede acudir siempre a la sucesión; pero si no hubiese prefallecido, sólo concurrirá cuando es por derecho propio y no por representación. Lo contrario, dice, nos parece injusto, y la ley desmentiría sus propios principios, que son no castigar a los hijos por la falta de su padre.

Duranton trataba de emplear el artículo 730, y nuestro Código lo ha ampliado, terminando con las discusiones del derecho francés.



14. — Concepto de la desheredación. — 15. — Forma en que debe hacerse. Causas. Prueba. — 16 — Cuestión respecto al cónyuge. — 17. — Reconciliación del ofensor y ofendido. — 18. — Derechos de los descendientes del desheredado.

*14.—Concepto de la desheredación.*

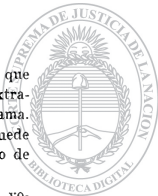
La palabra desheredar significa en derecho privar de la herencia, y en nuestro Código, de la *legítima* que corresponde a los herederos forzosos.

Dentro de las tres clases en que la sucesión puede dividirse (legitimaria, testamentaria y ab intestato), la legitimaria es la deferida exclusivamente por mandato de la ley, aun contra la voluntad del testador. Esta circunstancia hace que los herederos legitimarios — descendientes, ascendientes y cónyuge — gocen de un derecho del que no pueden ser privados. Por ello reciben el nombre de herederos forzosos.

Este derecho que la ley acuerda a los herederos forzosos no es absoluto. La misma ley establece que por ciertas causas el testador puede privarles de su legítima. Estas causas constituyen la desheredación.

*15.—Forma en que debe hacerse.—Causas.—Prueba.*

Para que pueda tener lugar la desheredación, se requiere la existencia de cuatro circunstancias:



1º *Que se trate de un heredero forzoso.*—Contra el que no es heredero forzoso la desheredación es inútil. Un extraño sólo puede concurrir a la herencia si el testador lo llama. Por eso el Código establece que “el heredero forzoso puede ser privado de la legítima que le es concedida, por efecto de la desheredación (art. 3.744).

2º *Que exista una causa legal.*—No depende de la voluntad ni el capricho del testador el poder desheredar. El puede hacerlo, pero sólo “por las causas designadas en la ley” (art. 3.744).

La ley hace una enumeración taxativa de las causas por las cuales el heredero forzoso puede ser privado de la legítima. No ha querido dejarlas al arbitrio del testador, dada la volubilidad del criterio humano. Ha dispuesto, entonces, que el heredero forzoso pueda ser privado de la legítima que le es concedida, por efecto de la desheredación; pero por las causas designadas en el título y no por otras, aunque sean mayores (art. 3.744).

El juez viene a obrar en este caso, podríamos decir, mecánicamente. Analiza la situación de hecho expuesta en el testamento, y si encuadra dentro de la enumeración del artículo 3.747 la declara válida. No puede entrar a analizar la causa, ni a averiguar si es más grave que las enumeradas por la ley. De lo contrario, podría caerse en arbitrariedades. El Código ha hecho una enumeración limitativa y a ella es necesario atenerse estrictamente, sin permitirse las interpretaciones extensivas.

¿Cuáles son las causas por las cuales el heredero forzoso puede ser desheredado?

La ley distingue según se trate de ascendientes o descendientes.

Los ascendientes pueden desheredar a sus descendientes legítimos o naturales, por las causas siguientes (artículo 3.747):

a) Por injurias de hecho, poniendo el hijo las manos sobre el ascendiente. La simple amenaza no es bastante. La



ley 4. tít. 6º, de la partida 6ª decía: “Meter manos airadas en el padre para ferirle o para prenderle”.

En efecto, implica la ausencia de toda afección el hecho de que el hijo llegue a inferir injurias de hecho, poniendo las manos sobre el padre. Así lo entiende la ley, y por eso considera que puede ser privado de recibir la herencia.

La simple amenaza no es suficiente: se requiere que el hijo ponga las manos sobre su padre. Muchas veces, en el acaloramiento de una discusión, el hijo puede proferir amenazas, que después no pasan de tales. Este hecho, por más que sea grave, la ley no lo admite como causa de desheredación.

b) Si el descendiente ha atentado contra la vida del ascendiente.

Es un caso más grave aún. Ya no se trata de poner las manos sobre el ascendiente, sino de privarle de la existencia, cometiendo un acto que cae bajo la sanción penal y autoriza a excluirlo de la sucesión.

c) Si el descendiente ha acusado criminalmente al ascendiente de delito que merezca pena de cinco años de prisión o de trabajos forzados.

Estas acusaciones no se explican en el seno de la familia. El respeto y el acatamiento al ascendiente imponen más bien la ocultación de la falta que haya cometido. La acusación del padre, hecha públicamente por el hijo, podrá ajustarse a un criterio de estricta justicia, pero se aparta de los principios fundamentales sobre que descansa el honor de la familia. La ley, reconociéndolo así, establece que ello es motivo suficiente para dar lugar a la desheredación.

En cuanto a los descendientes, la desheredación del ascendiente procede solamente por las dos últimas causas enumeradas (art. 3.748). ¿Por qué no por la primera? Porque dentro de los derechos que la ley acuerda a los padres en la patria potestad se encuentra el de la corrección disciplinaria. La circunstancia de que el padre ponga las manos sobre el hijo no implica un hecho grave como en el caso inverso. Tal vez imponga algunas veces al hijo correcciones excesi-



vas. Hay lugar entonces a una queja policial, pero la ley presume que el padre que castiga al hijo lo hace con el objeto de enmendarlo; y así debe ser, dado el vínculo de afectión que constituye el lazo de unión en la familia.

3º *Que la causa se exprese en el testamento.*—De lo contrario no tendría la solemnidad ni la certeza que la ley exige para una cuestión tan grave como es la de despojar un derecho concedido en forma amplísima. El acto debe ser espontáneo y reflexivo, bien madurado. La causa de la desheredación no puede ser expresada en una carta o en un papel cualquiera; debe serlo en el testamento (art. 3.745), que es un acto serio en que se pesan todas las responsabilidades.

La desheredación que se haga sin expresión de causa, o por una causa que no sea de las designadas en la ley, es de ningún efecto (art. 3.745).

4º *Que la causa sea cierta.*—Es decir, que pueda probarse. No basta la enunciación en el testamento de la falta cometida. Es necesario que se pruebe, si el desheredado la niega. De acuerdo con el principio procesal, corresponde a los herederos del testador probar la causa de la desheredación expresada por él y no otra, aunque sea legal, si la causa no ha sido probada en juicio en vida del testador (artículo 3.746).

### *La desheredación en el derecho moderno.*

¿Cuál es la tendencia en el derecho moderno respecto de esta institución?

La desheredación es de origen romano.

La ley de las XII tablas establecía que lo que el padre dispusiera sobre sus bienes y sobre la tutela de sus hijos, eso fuera ley. Pero para evitar las exclusiones arbitrarias que podían hacer los padres, el pretor determinó que en ciertos casos el testamento se tendría por inoficioso, como contrario a las leyes de la naturaleza, y podía ser atacado bajo la ficción de que el testador, al hacerlo, no había estado en su cabal juicio. La acción que se entablaba era la de *querella*



*inofficiosi testamenti*, y tenía por objeto hacer declarar nulo el testamento. Sin embargo, se presentaba el inconveniente de que la resolución quedaba al arbitrio exclusivo del juez. En realidad, era un procedimiento indirecto, por el cual se determinaba la desheredación. Justiniano, en la Novela 115, estableció las causas en que debía fundarse el testador para desheredar: eran catorce para los descendientes y ocho para los ascendientes.

En la legislación moderna, algunos códigos han suprimido la desheredación. Entre ellos el francés, el italiano y el belga.

En el antiguo derecho francés existió. Pero fué suprimida porque, según la Bruyère, daba lugar a pleitos frecuentes y escandalosos. En primer lugar, se ponen de manifiesto por boca misma del causante secretos familiares, cuya divulgación perjudica a la misma sociedad. En segundo lugar, se viene a privar de una parte de la herencia a la familia, para darla quizá a un extraño, cuya afección hacia el causante puede ser movida por sentimientos mezquinos o de interés. Los bienes que corresponden a la familia deben quedar en ella. Por último, los juicios de desheredación son violentos. Al negar la causa de la desheredación, el hijo trata de demostrar que el padre ha mentado. Por otro lado, los demás hijos arguyen lo contrario. Estos conflictos de familia son penosos para los jueces y para la sociedad.

La institución que daba lugar a estas situaciones no debía subsistir. El Código francés la suprimió, no por creer que en este caso debe respetarse la legítima, sino porque estableciendo la ley las causas de indignidad, que esencialmente son las mismas que las de desheredación, bastaba con la expresión de aquéllas en la ley y no era necesario obligar al testador a que las publique.

En nuestro derecho la segunda y tercera causales de desheredación están comprendidas entre las de indignidad.

La desheredación es una institución llamada a desaparecer.

Sin embargo, algunos códigos la conservan, y entre ellos el nuestro.





Se ha argüido que es necesaria para mantener el poder paterno. Es un grave error. La obediencia y el respeto del hijo hacia el padre no pueden basarse en estas cuestiones de herencia, sino en el orden mismo de la familia. La autoridad paterna sólo se consolida por el efecto mutuo, la educación y el ejemplo que den los ascendientes, con sus hechos y actuación en la vida.

*16.—Cuestión respecto al cónyuge.*

Como se ha dicho, la primera condición para que pueda existir la desheredación consiste en que se trate de un heredero forzoso (art. 3.744). Tales son los descendientes, ascendientes y el cónyuge. Se denominan “forzosos” porque gozan de la “legítima”, en virtud de la cual no pueden ser privados de una parte de los bienes.

De acuerdo con el artículo 3.744, debería entenderse que el cónyuge también es pasible de la desheredación, desde que es heredero forzoso. Pero no es así, porque, si bien llena la primera condición, no puede ser comprendido en las otras.

Así, los artículos 3.747 y 3.748 expresan las causas legales para que la desheredación proceda respecto del descendiente y ascendiente, pero no hablan del cónyuge.

¿Quiere decir esto que el cónyuge no puede ser desheredado?

Algunos comentaristas, como Segovia, opinan que el cónyuge puede ser desheredado. Les parece absurdo que esté en mejor condición que el descendiente y ascendiente. Otros, como Llerena y Machado, no admiten esta solución.

Nosotros sostenemos la negativa:

Toda sanción, ya en el orden civil, ya en el penal, debe ser de interpretación estricta. En este caso la ley establece sanciones civiles para los descendientes y ascendientes, sin referirse al cónyuge. No corresponde, entonces, una interpretación extensiva. El cónyuge no puede ser desheredado dentro de nuestra ley.

La situación del cónyuge dentro del Código es distinta



de la del descendiente y ascendiente. Estos, ante cualquiera de los actos que dan margen a las causas legales enumeradas, no tienen otro recurso que el de la desheredación. En cambio, el cónyuge puede pedir el divorcio y el declarado culpable pierde el derecho a la herencia (art. 3.574).

La ley no incluye al cónyuge, porque se llega al mismo fin por el divorcio. Ahora, si el cónyuge ofendido no hace uso de promover el juicio de divorcio, debe entenderse que se ha producido la reconciliación, la cual borra toda causa para ser desheredado.

#### *17.—Reconciliación del ofensor y ofendido.*

La facultad de desheredar ¿puede desaparecer?

Puede desaparecer, como también puede quedar sin efecto la desheredación ya hecha, en virtud de reconciliación posterior del ofensor y del ofendido (art. 3.750).

Dos hipótesis pueden presentarse.

Un hijo comete uno de los actos por los que la ley autoriza a desheredar. Posteriormente se reconcilia con el padre y continúa la vida normal de unión y afecto.

Próximo a morir, el padre piensa en la falta del hijo, y se le ocurre desheredarlo en su testamento. ¿Puede hacerlo? No, dice la ley; porque lo había perdonado, y ese acto borra la falta cometida. El heredero puede invocar la reconciliación anterior al testamento, y probada ésta, queda sin efecto la desheredación.

Otra hipótesis sería la siguiente: la próxima muerte del padre generalmente tiene la virtud de aplacar rencores y reunir en torno de su cabecera a toda la familia. El fenómeno natural de la muerte hace olvidar muchas pequeñeces de la vida. En esos momentos decisivos el padre perdona, generalmente, a todos los que le han ofendido; es un perdón que podríamos llamar de costumbre.

¿Implica esto la reconciliación?

No; para que la desheredación desaparezca es necesario una verdadera reconciliación y no esa simple despedida general, en "cuencia" comprende a los buenos y a los malos.

18.—*Derechos de los descendientes del desheredado.*

Una de las críticas que se hacían a esta institución consistía en que la desheredación recaía no sólo sobre el que había cometido la ofensa, sino también sobre sus descendientes. Los hijos del ofensor no podían representarlo a los efectos de la sucesión. La desheredación de un hijo implicaba tácitamente la de todos sus descendientes. Era una situación injusta.

El concepto moderno, reaccionando contra el rigorismo antiguo, estableció que las faltas son personales. Las faltas de los padres no recaen sobre los hijos; al contrario, deben dar lugar más bien a un sentimiento de compasión hacia ellos.

Nuestro Código, aceptando el principio de que las faltas son personalísimas, ha establecido que los descendientes del desheredado que sobrevivan al testador ocupan su lugar, y tienen derecho a la legítima que su ascendiente tendría si no hubiese sido desheredado, sin que éste tenga derecho al usufructo y administración de los bienes que por esta causa hereden sus descendientes (art. 3.749).

---





19. — Aceptación de la herencia. Definición. Diversas clases de aceptación. Plazos legales. — 20. — Pérdida del derecho de aceptar o renunciar. — 21. — Caracteres de la aceptación. — 22. — Forma de la aceptación pura y simple. — 23. — Capacidad. Menores e incapaces. Mujer casada. — 24. — Efectos de la aceptación. — 25. — Causas por las cuales puede anularse la aceptación. — 26. — Acción revocatoria de los acreedores del heredero. Condición que requiere.

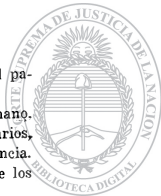
*19.—Aceptación de la herencia.—Definición.—Diversas clases de aceptación.—Plazos legales.*

El heredero es propietario de la herencia desde el momento de la muerte del autor de la sucesión (art. 3.420). Pero para que esta propiedad se consolide, se requiere una manifestación de su voluntad en el sentido de que acepta esa investidura.

Esta manifestación de voluntad, en virtud de la cual el llamado a suceder por la ley o por disposición del causante expresa su intención de ser heredero, constituye la aceptación de la herencia.

El heredero no está obligado a aceptar la herencia. A la muerte del causante puede seguir dos procedimientos: aceptar la herencia o renunciarla.

En el primer caso, queda consolidada su calidad de heredero: ocupa el lugar del causante y está sometido a todas las consecuencias de la aceptación; en el segundo, queda en



las condiciones de un extraño: nada tiene que ver con el patrimonio hereditario.

La legislación moderna se aparta del derecho romano, en el cual existían los llamados herederos suyos y necesarios, que, aun contra su voluntad, debían aceptar la herencia. Esto ocurría porque la sucesión se basaba en el culto de los dioses familiares, concepto que ha desaparecido.

¿Cuándo debe aceptarse la herencia?

La ley exige que sea después de la muerte del causante. Las herencias futuras no pueden aceptarse ni repudiarse. La aceptación y la renuncia no pueden hacerse sino después de la apertura de la sucesión (art. 3.311). Tampoco puede ser objeto de un contrato la herencia futura, aunque se celebre con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate, ni los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares (art. 1.175).

En el antiguo derecho se permitía la renuncia a la herencia futura. Cuando las hijas contraían matrimonio, eran obligadas por los padres a renunciar a la herencia de éstos, mediante una compensación: la dote, lo cual se hacía constar en el contrato matrimonial. Esta disposición obedecía al régimen feudal y tendía a evitar que el patrimonio se debilitara por causa de las muchas divisiones de la herencia. Este principio no ha subsistido en la época moderna.

¿Cuál es la consecuencia de la renuncia a la herencia futura? El acto se considera nulo, inexistente. El heredero presunto que hubiera aceptado o repudiado la sucesión de una persona viva, podrá, sin embargo, aceptarla o renunciarla después de la muerte de esa persona (art. 3.312).

#### *Diversas clases de aceptación.*

Existen dos clases: pura y simple, o con beneficio de inventario.

En la aceptación pura y simple el patrimonio del causante y el del heredero se confunden y forman una sola masa. Como consecuencia, todo lo que debe el causante lo debe el heredero; los acreedores del primero pueden cobrarse sobre



los bienes del segundo. Se produce una confusión de patrimonios y de personalidades.

En la aceptación con beneficio de inventario pasa lo contrario. No se confunden los patrimonios. El heredero responde de las deudas y cargas de la herencia solamente con los bienes de la misma. Su patrimonio personal no queda afectado.

La responsabilidad del heredero puro y simple es *ultra vires hereditatis*, más allá de la herencia. La del heredero bajo beneficio de inventario es *intra vires hereditatis*, con los bienes de la herencia.

### *Plazos legales.*

La ley establece una serie de plazos, que se refieren a la manifestación del que acepta o renuncia a la herencia, o en que los terceros pueden exigir se obligue al heredero a hacer tal manifestación.

Estos plazos se dividen en dos categorías, según se refieran a terceros o a los mismos herederos.

Con relación a terceros:

1º Hasta pasados nueve días de la muerte de aquel de cuya sucesión se trate no puede intentarse acción alguna contra el heredero para que acepte o repudie la herencia (art. 3.357).

Durante esos nueve días el heredero no puede ser molestado para que haga acto alguno referente a la herencia. Es un plazo breve que se concede al dolor.

2º Transcurridos esos nueve días, la ley establece un segundo plazo: los terceros interesados pueden exigir que el heredero acepte o repudie la herencia, en un término que no pase de treinta días, sin perjuicio de lo que se dispone sobre el beneficio de inventario (artículo 3.314).

Supóngase el caso de que el presunto heredero, requerido para que acepte o renuncie a la herencia, no hace manifestación alguna. Transcurridos los treinta días ¿en qué situación queda? ¿es aceptante o renunciante?

Los autores nacionales se dividen: para unos, como Lle-



rena y Machado, es aceptante; para otros, como Segovia, es renunciante.

En realidad, producida esa situación, si la intimación por el Juzgado se ha hecho sin apercibimiento alguno, correspondería seguir el procedimiento hasta declarar vacante la sucesión (art. 3.539). Si, por el contrario, se ha hecho con el apercibimiento de tener el silencio como manifestación asertiva de voluntad (artículo 919), sería aceptante.

Con relación a los herederos:

Existe un plazo de diez días, si el heredero quiere aceptar la herencia con beneficio de inventario (artículo 3.363). Es un término breve, porque el beneficio de inventario tiene por objeto hacer que se forme el estado de todo el caudal hereditario, y si se diera un largo plazo podrían resultar dificultades y confusiones para determinar esos bienes.

¿Desde cuándo se cuentan estos diez días? Es una cuestión que estudiaremos al tratar en particular el beneficio de inventario.

#### 20.—*Pérdida del derecho de aceptar o renunciar.*

El derecho de elegir entre la aceptación y renuncia de la herencia se pierde por el transcurso de veinte años, desde que la sucesión se abrió (art. 3.313).

Este artículo, que es copia casi literal del 789 del Código francés, ha dado lugar a muchas discusiones. Su texto no es claro. Habla del derecho de elegir entre la aceptación y renuncia de la herencia, pero no dice si al cabo de los veinte años el heredero es aceptante o renunciante. Los autores franceses han llegado a decir que esta disposición es una de las más difíciles de explicar del Código Civil.

Se han dado varias interpretaciones:

a) En derecho francés se distingue entre los herederos que tienen la *saisine* — es decir, los que son propietarios y poseedores de pleno derecho—y los que no la tienen. Los primeros, transcurridos los veinte años, se consideran aceptantes; los segundos, renunciantes.

b) Transcurrido el plazo de veinte años, se considerará



al heredero aceptante con relación a los acreedores de la sucesión y renunciante con relación a los deudores.

c) Aubrury y Rau sostienen que este artículo debe interpretarse de distinta manera, según que alguno de los herederos haya o no aceptado la herencia. En el primer caso, los demás herederos se consideran renunciantes, porque el lugar que les hubiera debido corresponder no está vacío en la sucesión, sino ocupado por el otro heredero que ha aceptado. En el segundo caso, es decir, sin ningún heredero ha hecho manifestación en el sentido de aceptar la herencia, se considerará a todos como aceptantes.

¿Cuál es la interpretación que corresponde dar a este artículo? ¿Es, como la consideran algunos autores, una cuestión insoluble

No lo creemos. El artículo establece que lo que se pierde es "el derecho de elegir entre la aceptación y la renuncia". Y bien, esa elección viene a constituir en definitiva el derecho hereditario que se descompone en ambas facultades. Luego, lo que se pierde en el transcurso de esos veinte años, es ese derecho hereditario. Ya no habrá lugar a aceptar ni a renunciar, ni a efectuar ningún acto referente a la herencia. La persona queda en la situación de un extraño a la sucesión, tal como si no hubiese sido heredero. ¿Por qué? Porque ha perdido el derecho de aceptar o renunciar, que es lo que constituye en esencia el derecho del heredero.

Esta es la solución sostenida por autores modernos como Laurent y Hue y aceptada por la jurisprudencia de la Corte de Casación de Francia y de Bélgica. Sin embargo, el Código argentino parece seguir a Aubry y Rau, según se desprende de la nota al artículo 3.313; pero la nota no es la ley, ni impide interpretar el artículo en la forma más simple y más conforme con los principios generales.

No existen al respecto casos de jurisprudencia. Es muy difícil que una persona deje transcurrir el término de veinte años sin hacer manifestación alguna respecto a la herencia, y lo es más aún, que después de ese lapso de tiempo aparezca un tercero iniciando acciones contra la sucesión.





### 21.—Caracteres de la aceptación.

En nuestro derecho los caracteres de la aceptación de la herencia pueden agruparse así: 1º, es facultativa; 2º, es retroactiva; 3º, es indivisible; y 4º, es irrevocable.

Examinemos estos distintos caracteres.

1º Es facultativa. Nadie está obligado a aceptar una herencia. En el derecho romano existían los llamados herederos suyos y necesarios, que estaban obligados, aun contra su voluntad a aceptar la herencia. Esto ha desaparecido en la época moderna. La aceptación se produce por un acto espontáneo; más aún: el causante no puede ordenar a su heredero que acepte la herencia bajo beneficio de inventario, porque esta cláusula no produce efecto alguno: el heredero está en la más absoluta independencia para aceptar o repudiar la herencia.

2º Es retroactiva. Entre la apertura de la sucesión y la aceptación de la herencia generalmente transcurre algún tiempo. No es simultánea la manifestación de que el heredero acepta la herencia con la muerte del causante, que produce la apertura de la sucesión. La aceptación pura y simple es retroactiva, pues su efecto se remonta al día de la apertura de la sucesión (artículo 3.341).

Si recién a los diez años de la muerte del causante el heredero acepta la herencia ¿a quién corresponderán los frutos y las consecuencias emergentes de los bienes que la componen durante el lapso de tiempo en que no hubo aceptación? Al heredero, porque se le considera propietario desde el día de la muerte del autor de la sucesión. El efecto de la aceptación se retrotrae al día de la apertura de la sucesión. Con ello se impide que durante ese tiempo intermedio la herencia quede sin titular del patrimonio.

3º Es indivisible. La calidad hereditaria no se puede partir. No se puede ser heredero por un tercio. Se es por el todo, o no se es heredero. Tampoco es admisible que la aceptación o la renuncia pura y simple o bajo beneficio de inventario se haga a término, ni bajo condición, ni sólo por una parte de la herencia (artículo 3.317). Lo mismo, el que



a instancia del que tenga algún interés en la sucesión como legatario o acreedor, haya sido declarado heredero, será tenido como tal para los demás acreedores o legatarios, sin necesidad de nuevo juicio (art. 3.332).

Pero si la aceptación se ha hecho a término y sólo por una parte de la herencia, equivale a una aceptación íntegra (art. 3.317). En este caso la ley considera, prescindiendo del término y del hecho de que sea por una parte, que la intención es aceptar, y entonces hace al heredero aceptante por el todo.

No ocurre lo mismo en el caso de la aceptación subordinada a condición. Se presume que lleva implícita la falta de intención de aceptar y, por lo tanto, se la tiene por no hecha (art. 3.317).

4º Es irrevocable, en el sentido de que una vez manifestada la voluntad no puede volverse sobre ella. *Semel heres, semper heres*. La aceptación trae aparejados todos los efectos legales, en cuanto a la responsabilidad por las obligaciones de la herencia, aun con los bienes propios. Ya no puede renunciarse a ella. De lo contrario, se daría lugar a confusiones y a dificultades. La irrevocabilidad de la aceptación es indispensable para mantener la estabilidad de los derechos y la seguridad de las transacciones.

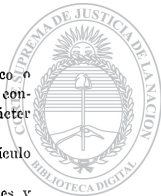
## 22.—*Forma de la aceptación pura y simple.*

Como toda manifestación de voluntad, la aceptación pura y simple puede ser expresa o tácita.

Es expresa la que se hace en instrumento público o privado o cuando se toma el título de heredero en un acto, sea público o privado, judicial o extrajudicial, manifestando una intención cierta de ser heredero (artículo 3.319).

La ley exige el requisito del instrumento público o privado, a objeto de que quede constancia de la manifestación de voluntad, siguiendo el viejo aforismo *verba volant, scripta manent*.

Pero no es indispensable que la manifestación se haga en forma especial y a ese sólo objeto. También se entiende que la aceptación es expresa, cuando se manifiesta la calidad de



heredero con motivo de la ejecución de un acto público o privado, judicial o extrajudicial. Por ejemplo, si en el contrato de arrendamiento de una finca se indita el carácter de heredero, y en calidad de tal se estipula un precio.

En los instrumentos privados de que habla el artículo 3.319, ¿se entienden comprendidas las cartas?

Los autores distinguen entre las cartas confidenciales y las que se refieren a asuntos jurídicos.

Toda carta, no es más que una conversación escrita, a que obliga la distancia, u otro hecho.

En las cartas confidenciales se suele hablar en forma ligera, sin pensar bien las palabras, ni sus consecuencias. Por eso, el carácter de heredero tomado en ellas, no puede estimarse como manifestación expresa de todos los efectos jurídicos. Cosa distinta ocurre con las cartas que se refieren a asuntos jurídicos: implican manifestaciones expresas de voluntad en tal o cual sentido. La enunciación en ellas del carácter del heredero adquiere toda la fuerza de la aceptación expresa requerida por la ley. Así, si el heredero escribe a un deudor de la sucesión dándole carta de pago, ello implica aceptación.

La aceptación es tácita cuando el heredero efectúa un acto jurídico que no puede ejecutar legalmente sino como propietario de la herencia (art. 3.319); es decir, cuando sin expresar que tiene esa calidad, ejecuta actos que implican su conformidad con esa situación. Los hechos hablan en este caso en lugar de la persona.

El Código presenta a este respecto una serie de casos, que no son sino el desenvolvimiento del principio fundamental. Son los siguientes:

a) Cuando el heredero hace cesión de los derechos sucesorios. Esta cesión ya sea hecha a un extraño o a sus coherederos, importa la aceptación de la herencia (art. 3.322). Los acreedores de la herencia pueden dirigirse contra el cedente y exigirle el pago de las deudas y cargas de la sucesión, por los cuales responde no sólo con el precio obtenido sino con todos sus bienes, desde que se le considera aceptante puro y simple.



b) El hecho de efectuar actos de disposición respecto de los bienes de la herencia, ya sea enajenando a título oneroso o lucrativo un bien mueble o inmueble o constituyendo hipoteca, servidumbre u otro derecho real sobre los inmuebles de la sucesión, importa la aceptación tácita (art. 3.321). Porque esos actos de disposición sólo pueden ser efectuados por el que es propietario.

c) En ciertos casos la renuncia a la herencia significa también aceptación. Tal ocurre cuando, aunque sea gratuita o por un precio, se hace a beneficio de los coherederos (art. 3.322). En efecto, la simple manifestación de que renuncia a la herencia no significa aceptación; pero sí cuando la renuncia es a favor de otra persona, porque para ello es necesario tener previamente la calidad de heredero.

d) También hay aceptación tácita cuando el presunto heredero pone demanda contra sus coherederos por licitación o partición de la sucesión a que es llamado, o cuando demanda a los detentadores de un bien dependiente de la sucesión para que sea restituído a ella, o cuando ejerce un derecho cualquiera que pertenece a la sucesión (art. 3.323).

e) Igualmente cuando el heredero transa o somete a juicio de árbitros un pleito que interesa a la sucesión (art. 3.324).

Si el presunto heredero, de acuerdo con los acreedores, decide someter al juicio arbitral la apreciación del haber hereditario, ¿es válido el convenio de que en caso de serle desfavorable el saldo renuncia a la herencia? No lo es: porque el sólo hecho de someter la sucesión al juicio arbitral, implica la aceptación tácita, desde que obra como heredero, aunque con intención de limitar su responsabilidad, pero para esto tiene el procedimiento de la aceptación con beneficio de inventario.

f) Cuando el heredero se presta a una demanda judicial relativa a la sucesión, formada contra él en su calidad de tal (art. 3.325). Este acto del presunto heredero al intervenir en la acción judicial, que en realidad no puede ser efectuado sino por el sucesor, implica su aceptación tácita.

g) Si exige o recibe lo que se debe a la sucesión o si



con dinero de la sucesión paga una deuda, legado o carga de la herencia (art. 3.326). Igualmente estos son actos de heredero.

h) También cuando arrienda los bienes y percibe sus rentas; cuando hace reparaciones que no son necesarias o urgentes; cuando corta los bosques de los terrenos; cuando cambia las superficies del suelo de las heredades o las formas de los edificios y en general cuando administra como propietario de los bienes (art. 3.327).

En suma, todos estos artículos no son sino ampliaciones del principio fundamental de que cuando el presunto heredero ejecuta un acto que sólo podría ejercer en calidad de tal, se considerará que acepta tácitamente la herencia.

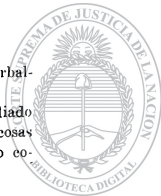
Pero existen algunos actos que también se refieren a la herencia y que sin embargo no importan una aceptación tácita, sino simplemente medidas conservatorias: tales son aquellos que tienden a la conservación, inspección y administración provisoria de los bienes hereditarios, si no se ha tomado el título o calidad de heredero (art. 3.328).

Además, tampoco debe juzgarse que el presunto heredero ha aceptado tácitamente la herencia, si ha ejecutado un acto que creía o podía creer que tenía derecho de ejecutar en otra calidad que la del heredero, aunque realmente no haya tenido el derecho de efectuar el acto sino en calidad de heredero (art. 3.320).

Toda la teoría del Código respecto de la aceptación tácita, expresada largamente en los artículos enumerados, puede reducirse a lo siguiente: Que el acto sólo pueda ser ejecutado por el heredero en su calidad de tal, con una distinción: si es simplemente medida conservatoria, o si lo es de disposición o administración. Si lo primero, no hay aceptación tácita; si lo segundo, sí.

En todos los casos de aceptación tácita, la sucesión se considera aceptada pura y simplemente (art. 3.329). De manera que quien ha aceptado la herencia tácitamente, pierde el beneficio de inventario, y responde con sus bienes propios por las deudas y cargos de la herencia.

La aceptación, sea expresa o tácita, puede hacerse por



medio de un mandatario constituido por escrito o verbalmente (art. 3.330).

Por último, el que aún no hubiese aceptado o repudiado la herencia y hubiese ocultado o substraído algunas cosas hereditarias teniendo otros coherederos, será considerado como que ha aceptado la herencia (artículo 3.331).

*23.—Capacidad.—Menores e incapaces.—Mujer casada.*

Pueden aceptar o repudiar la sucesión todos los que tienen la libre administración de sus bienes (art. 3.333), es decir, las personas mayores de edad que no están sujetas a ninguna incapacidad, las cuales pueden aceptar, ya pura o simplemente o bajo beneficio de inventario.

La ley establece una limitación respecto de los menores e incapaces: los representantes de los incapaces están obligados a aceptar la herencia bajo beneficio de inventario (artículo 3.334). De manera que el padre por sus hijos menores, el tutor por sus pupilos, o el curador por los demás incapaces, tienen que hacer la manifestación de que aceptan la herencia bajo beneficio de inventario. Si no lo hacen, deben satisfacer a los acreedores de la sucesión los daños y perjuicios que su omisión les causare.

Entre los incapaces se encuentra la mujer casada. Respecto de ella, la ley tiene un artículo especial. Dispone que: “la mujer casada no puede aceptar ni repudiar la herencia sino con licencia del marido, y en su defecto, con la del juez” (art. 3.334).

Si abierta una sucesión, resulta que el causante le ha hecho un legado, ella no puede expresar si lo acepta o no; debe consultar al marido y requerir su autorización para aceptarlo. El marido puede tener sus motivos para negarla: las murmuraciones a que pueda dar lugar la aceptación, el resentimiento que puede abrigar contra el causante, o, en fin, un simple capricho. La mujer, ante la negativa, puede acudir al juez en demanda de la venia supletoria. Este hace comparecer al marido y, previas sus explicaciones, autoriza o no a la mujer a aceptar el legado.

En todo caso, agrega el artículo 3.334, la mujer casada no puede aceptar sin beneficio de inventario. ¿Por qué? Porque la aceptación pura y simple implica responsabilidades. Los patrimonios se confunden. Si el marido ha dado la venia o licencia para ello, responde entonces con todos sus bienes. Por lo tanto, la ley trata de salvaguardar, con esta disposición, los intereses del marido.

Pero si ambos cónyuges son mayores de edad y quieren aceptar pura y simplemente, ¿por qué lo prohíbe la ley al decir que en *todo caso* no se puede aceptar sino con beneficio de inventario?

No hay ninguna razón para ello, y es posible que la expresión “en todo caso”, del artículo 3.334, sea un error de copia.

En efecto, el codificador, en la nota al mismo artículo, dice: “Véase L. 10, tit. 20, Lib. 10, Novísima Recopilación”. Esta ley autorizaba a la mujer para aceptar la herencia sin licencia del marido, y, en este caso, debía hacerlo con beneficio de inventario.

Esta es la solución correcta, porque, de lo contrario, se comprometerían los bienes de la sociedad conyugal, pero no “en todo caso”, pues cuando ambos esposos son mayores de edad no hay razón alguna para que no puedan aceptar pura y simplemente, desde que tienen la libre administración de sus bienes.

#### 24.—*Efectos de la aceptación.*

La aceptación pura y simple de la herencia produce los siguientes efectos:

1º La renuncia irrevocable de la facultad de repudiar la herencia o de aceptarla bajo beneficio de inventario, y su efecto se remonta al día de la apertura de la sucesión (artículo 3.341). La ley entiende que se ha perdido definitivamente la facultad de repudiar la herencia o de aceptarla bajo beneficio de inventario. El heredero es el representante del difunto. Se considera que continúa su persona.

2º Causa definitivamente la confusión de la herencia





con el patrimonio del heredero (art. 3.342), y, como consecuencia, la extinción de sus deudas y créditos a favor o en contra del difunto, y la extinción también de los derechos reales con que estaban gravados sus bienes a favor del difunto o que le competían sobre sus bienes.

Antes de la aceptación pura y simple, el presunto heredero podría ser deudor o acreedor de la sucesión; efectuada aquélla, estas calidades desaparecen. Ya no existen dos patrimonios, sino uno solo.

3º Lo que debía el causante lo debe el heredero; de ahí que, sin entrar a hacer distinción alguna, queda obligado, tanto respecto a sus coherederos como respecto a los acreedores y legatarios, al pago de las deudas y cargas de la herencia, no sólo con los bienes hereditarios, sino también con los suyos propios (art. 3.343).

Así, una deuda contra el causante se hace ejecutiva contra el heredero; éste tiene que pagarla de su propio peculio, si no alcanzan los bienes de la herencia.

Esta es la consecuencia más importante de la aceptación pura y simple.

4º La propiedad de la herencia no es susceptible de ningún cambio posterior. Una vez aceptada, queda fija la propiedad de ella en la persona del aceptante, desde el día de la apertura de la sucesión (art. 3.344).

#### *25.—Causas por las cuales puede anularse la aceptación.*

Uno de los caracteres de la aceptación de la herencia es el de ser irrevocable. Pero en ciertos casos, que la ley enumera, procede la acción de nulidad.

1º Cuando la aceptación ha tenido lugar sin la observancia de las formas o sin el cumplimiento de las condiciones prescriptas para suplir la incapacidad del heredero a cuyo nombre es aceptada la herencia (art. 3.335).

Tal sería el caso del menor incapaz, cuyo tutor, por ignorancia, acepta la herencia pura y simplemente. Ha habido aquí violación de la forma legal, que establece que la aceptación por el representante del menor debe ser hecha bajo





beneficio de inventario. Por lo tanto, corresponde declarar la nulidad.

2º Cuando haya sido la consecuencia del dolo de uno de los coherederos, o de un acreedor de la herencia, o de un tercero (art. 3.336). En la nota dice el codificador: “Disponemos que cuando es por *dolo de un tercero*, como está dispuesto en los artículos 1.176, 1.182, 1.183 y 1.184, respecto de los contratos. En las sucesiones hay razones especiales para resolver así”. Y hace en seguida referencia a un párrafo de Aubry y Rau, quienes dicen que, efectivamente, en las sucesiones existen razones especiales para resolver que el dolo de un tercero anula la aceptación. En derecho francés, el dolo de un tercero no anula los contratos; de donde resulta que la disposición es especialísima a la sucesión. Pero entre nosotros no pasa lo mismo, desde que tenemos establecido que el dolo de un tercero anula el contrato. La nota en esta parte no corresponde propiamente al texto de nuestra ley. La disposición establecida no constituye un caso especial a la sucesión, sino la aplicación del mismo principio aceptado en los contratos.

3º Cuando ha sido el resultado de miedo o de violencia ejercida sobre el aceptante (art. 3.337).

La violencia es una forma particularísima del dolo, en la cual entra la fuerza moral o la intimidación material, que vician el consentimiento y hacen procedente la nulidad.

4º Cuando ha habido lesión, es decir, cuando la herencia se encuentra disminuída en más de la mitad por las disposiciones de un testamento desconocido al tiempo de la aceptación (art. 3.338).

En el derecho moderno en general y en el nuestro se han abandonado las acciones de nulidad por la llamada lesión enorme o enormísima. Se ha considerado que no tienen razón de ser, desde que el perjuicio que se puede imputar proviene de un acto celebrado espontáneamente. Además es difícil establecer el límite a que debe llegar la lesión. Pero en la sucesión se ha hecho una excepción a estos principios, determinándose que la lesión es causa suficiente para la nulidad de la aceptación.



La ley dice: “cuando la herencia se encuentra disminuida en más de la mitad”. Aquí se presenta la dificultad de saber sobre qué suma se ha de computar esa mitad. ¿Sobre el saldo neto que resulta de la compensación del activo y pasivo, o sobre el activo bruto de la herencia?

La opinión de los autores está dividida. Mourlon y Demolombe sostienen que debe hacerse el cómputo sobre el activo bruto. Otros, como Planiol y Hue, entienden que es sobre el activo neto.

¿Cuál de estas dos interpretaciones es la que corresponde dar al artículo 3.338?

Por herencia no se entiende propiamente sino lo que queda una vez hecha la compensación entre el activo y el pasivo. No se puede decir que es herencia el conjunto de los bienes, puesto que al lado de éstos existe un conjunto de deudas.

Tan es así, que la legítima del heredero forzoso se determina sobre el activo neto de la sucesión.

La segunda interpretación es la que debe admitirse, es decir, la de que el cómputo debe hacerse sobre el activo neto. De manera que si el testamento que se presenta, desconocido al tiempo de la aceptación, disminuye el activo neto de la herencia en más de la mitad, hay lugar a la acción de nulidad.

¿Por qué la ley establece que la lesión debe provenir de un testamento desconocido al tiempo de la aceptación? Por el carácter especialísimo que reviste la aceptación pura y simple. Esta produce la confusión de los dos patrimonios: lo que debía el causante lo debe el heredero; el aceptante debe pagar todas las deudas y cargas de la herencia (art. 3.343), y responde de ellas no sólo con los bienes de la herencia, sino con los suyos propios. Por esta circunstancia, la aceptación pura y simple es un acto meditado de parte del heredero. Este pesa bien las ventajas y beneficios que de ella puede obtener, pero no puede tener en cuenta el testamento que le es desconocido en ese momento. De lo contrario, no hubiera efectuado la aceptación. Es lógica, entonces, la disposición



de la ley que evita se perjudique el heredero por la aparición de un testamento posterior al acto de la aceptación, siempre que éste disminuya la herencia en más de la mitad.

La aplicación del artículo 3.338 se refiere también a los legados.

Del artículo 3.343 podría inferirse que al heredero que ha aceptado la herencia no le incumbe el pago de los legados, desde que habla solamente del “pago de deudas y cargas de la herencia”. Pero el artículo 3.776 vuelve por la doctrina romana pura: los herederos están obligados personalmente al pago de los legados en la proporción de su parte hereditaria. Cuando en un testamento posterior al que había determinado la aceptación pura y simple se hacen legados que afectan a la herencia en más de la mitad, puede pedirse la nulidad de la aceptación, de acuerdo con la regla del artículo 3.338.

Esa disposición viene a evitar situaciones de hecho sumamente violentas para el aceptante puro y simple, sobre todo en lo que se refiere al pago de legados.

5º El error; pero no debe versar sobre la cantidad, sino sobre la identidad de la sucesión.

Es el caso de una persona que, creyendo aceptar la herencia de Pedro, acepta la de Juan. Propiamente no puede decirse que este error anula la aceptación, porque la sucesión verdadera no ha sido aceptada ni repudiada.

La acción de nulidad por las causas indicadas pueden entablarla tanto el aceptante como sus acreedores a su nombre (art. 3.339).

*26.—Acción revocatoria de los acreedores del heredero.—Condición que requiere.*

La aceptación pura y simple puede traer un perjuicio al heredero, si se trata de una herencia insolvente, porque se ve obligado a satisfacer con su patrimonio las deudas del causante. Este perjuicio le produce un desequilibrio económico que repercute en la situación de sus acreedores propios.



Por efecto de la confusión de patrimonios, los acreedores del heredero vienen a quedar evidentemente perjudicados. La concurrencia con los acreedores del causante disminuye la parte que han de cobrar.

Puede ocurrir que esta situación se produzca por conveniencia fraudulenta entre el heredero y los acreedores hereditarios. La ley la contempla y establece que en ese caso, y tratándose de una sucesión evidentemente mala, pueden los acreedores del heredero demandar en su propio nombre, por una acción revocatoria, la retractación de la aceptación (artículo 3.340).

De acuerdo con el artículo citado, la condición para que esta acción revocatoria pueda tener lugar es la de que haya *conviniencia fraudulenta* entre el heredero y los acreedores hereditarios.

La *conviniencia fraudulenta* es muy difícil de probar en la práctica. Cuando se procede de esa manera se obra en forma de no dejar ningún rastro. Es el mismo caso del *concierto fraudulento* exigido en el artículo 3.310 para la revocación de las enajenaciones efectuadas por el indigno.

De modo que la sanción del artículo 3.340 es en realidad innocua, por la imposibilidad de la prueba de la condición requerida.

Algunos autores no están conformes con esta solución. Sostienen que la ley debe prescindir de la *conviniencia fraudulenta* y establecer que basta la simple mala fe por parte del heredero. Y la demostración de la mala fe es mucho más fácil que la de la *conviniencia fraudulenta*.

Otros van más lejos. Exigen que el simple perjuicio que se irroga a los acreedores del heredero sea suficiente para que éstos tengan derecho a la acción revocatoria de retractación de la aceptación. Este es el verdadero principio, aunque nuestro Código no lo acepta.

---



27. — Aceptación bajo beneficio de inventario. Término en que debe manifestarse. Forma especial de esta manifestación. — 28. — Inventario de la herencia. Tiempo y forma en que debe efectuarse. Efectos de la aceptación beneficiaria: bienes propios del heredero, bienes colacionables, derechos del heredero contra la sucesión. — 29. — Acciones del heredero contra la sucesión ¿cómo se tramitan? — 30. — Administración de los bienes de la herencia. — 31. — Abandono por el heredero beneficiario. — 32. — Cesación del beneficio.

*27.—Aceptación bajo beneficio de inventario.—Término en que deben manifestarse.—Forma especial de esta aceptación.*

La aceptación bajo beneficio de inventario es de origen romano. En su primera época el derecho romano distinguía tres clases de herederos: los *necesarios*, que eran los siervos; los *suyos* y *necesarios*, que eran los hijos que estaban bajo la patria potestad, y los *voluntarios*, que eran las personas extrañas a quienes se instituía.

El heredero respondía con sus propios bienes por las deudas del causante. Más aún: los herederos suyos y necesarios, quisieran o no, tenían que aceptar la herencia y pagar las deudas. Era una situación violenta y perjudicial. Los pretores trataron, por medio de ficciones, de corregir la ley, ya que no podían modificarla. Crearon el *benefitium absten-*

tionis, por medio del cual los herederos suyos y necesarios se abstendían de la herencia, porque no podían renunciarla.

Los herederos voluntarios no podían invocar ese beneficio, pero el pretor les otorgó el *jus deliberandi*, por el que se les concedía un plazo para que reflexionasen sobre la aceptación o repudiación de la herencia. Por último, Justiniano, por la ley *Scimus* (Código, libro VI, título 30, ley 22), creó el beneficio de inventario, que extendió a todos los herederos.

Esta institución apareció como un privilegio — de ahí su nombre de “beneficio” — y con la misma designación ha continuado en el derecho moderno.

¿Qué es, en su esencia, el beneficio de inventario?

Simplemente una aceptación limitada en sus efectos. El heredero no responde de las deudas y cargas de la sucesión sino con los bienes de la herencia. No queda obligado personalmente. La ley reglamenta esta institución, a fin de evitar que pueda dar lugar a abusos de parte de los mismos herederos.

A tal efecto determina dos hechos fundamentales, que puede decirse son los puntos de arranque de la institución: el plazo dentro del cual debe hacerse la manifestación y la facción del inventario, que implica las precauciones necesarias para que los bienes no se oculten o substraigan.

El heredero que quiere aceptar la herencia bajo beneficio de inventario debe declararlo así, ante el juez a quien corresponde conocer de la sucesión, en el término de diez días (art. 3.363).

¿Desde cuándo empiezan a correr estos diez días?

La ley no lo dice, dando lugar a que se hagan diferentes interpretaciones del artículo.

1º Se sostiene que el término empieza a correr a partir de los nueve días después de la muerte del causante, durante los cuales no puede intentarse acción alguna contra el heredero para que acepte o repudie la herencia (art. 3.357).

2º Otros afirman que los diez días corren después de



Derecho de  
No hay  
plazo



efectuado el inventario, teniendo en cuenta que en esta institución lo esencial es dicho acto.

3º Por último, se dice que el plazo de diez días debe correr desde la apertura de la sucesión, es decir, desde el momento de la muerte del causante. ¿Por qué? Por la razón especial de que el procedimiento debe ser lo más rápido posible. De lo contrario, los bienes pueden confundirse, impidiendo después su identificación, y hasta pueden ser substraídos. La ley trata en esta forma de garantizar a los acreedores y legatarios contra los posibles abusos de los herederos. Estos se hallan generalmente en posesión de los bienes y pueden disponer de ellos. Corresponde entonces exigirles una determinación rápida, si quieren limitar su responsabilidad.

Esta es la interpretación que, a nuestro juicio, corresponde dar. Con ella se evitan los perjuicios que pueden sufrir los acreedores y legatarios. Pero debe hacerse una distinción: si el heredero sabe que la sucesión le ha sido deferida, los diez días corren desde el fallecimiento del causante; si no lo sabe, desde el momento en que llegue a su conocimiento.

La manifestación hecha en el término de los diez días no implica la calidad irrevocable de heredero, sino simplemente exigir el cumplimiento de las formalidades legales. Practicado el inventario, el heredero tiene treinta días para deliberar sobre la aceptación o repudiación de la herencia, cuyo plazo corre desde la expiración de los tres meses para hacer el inventario, o, si ha sido terminado antes, desde que estuviese concluido (art. 3.366).

De manera que, aun después de hecha la manifestación y efectuado el inventario, la ley concede al heredero un plazo de treinta días, para que opte definitivamente por la aceptación beneficiaria o por la renuncia de la herencia.

La aceptación bajo beneficio de inventario debe ser expresa, no se presume (art. 3.363). No se admite la manifestación tácita, porque la aceptación beneficiaria tiene por punto inicial el acto en el cual el heredero exterioriza su voluntad de que se realice el inventario.



Esta manifestación expresa afecta un carácter especialísimo. Debe ser hecha ante el juez a quien corresponde el conocimiento de la sucesión. Cualquiera otra declaración no tendrá efecto alguno, aunque sea un acto auténtico (art. 3.363). La manifestación hecha ante el escribano público u otro funcionario no es válida. La ley ha querido rodear al acto de la mayor garantía y seguridad. Además, ha perseguido el propósito de centralizar en el juez de la sucesión todo cuanto a ésta se refiera.

El beneficio de inventario es individual y se concede separadamente a cada uno de los herederos. Uno puede aceptar la sucesión con beneficio de inventario, mientras que otro la acepta pura y simplemente (art. 3.360). No hay que distinguir entre el heredero ab intestato o el testamentario. Ambos pueden usar del beneficio contra todos los acreedores hereditarios y legatarios y contra aquellas personas a cuyo favor se impongan cargas a la sucesión (art. 3.358).

Pero cuando se ha hecho acto de heredero puro y simple no se puede usar del beneficio (art. 3.359). La opción está consumada y el heredero no puede modificar sus efectos. Con relación a él los acreedores podrán hacer efectivos sus créditos en sus bienes personales en la proporción que corresponda, sin que ello modifique los efectos de la aceptación beneficiaria realizada por los demás coherederos (art. 3.361).

La aceptación bajo beneficio de inventario es un derecho del heredero, y de consiguiente, el testador no puede ordenarle que acepte la sucesión sin ese beneficio (artículo 3.362). Si la sucesión corresponde a un menor de edad o a un incapaz, el tutor o curador debe hacer la manifestación de que acepta bajo beneficio de inventario dentro de los diez días que establece el artículo 3.363, so pena de satisfacer a los acreedores de la sucesión los daños y perjuicios que su omisión les causare.





28.—*Inventario de la herencia. — Tiempo y forma en que debe efectuarse. — Efectos de la aceptación beneficiaria: bienes propios del heredero, bienes colacionales, derechos del heredero contra la sucesión.*

¿Qué es el inventario?

Según la ley de Partida, “es escritura que es fecha de los bienes del difunto”. Consisten en la descripción de todos los bienes que componen la herencia.

¿En qué término debe hacerse el inventario?

El heredero tiene, para hacer el inventario, tres meses contados desde la apertura de la sucesión o desde que supo que la sucesión se le defería (art. 3.366). Pero para pedir la ejecución del inventario tiene tan sólo el plazo de diez días (art. 3.363). El término de tres meses comprende el de diez días, puesto que corre desde la apertura de la sucesión o desde que supo que la sucesión se le defería.

El término para el inventario no es fatal. Pueden presentarse dificultades de hecho. Los bienes pueden hallarse en distinta jurisdicción; puede tratarse de establecimientos comerciales, empresas, fábricas, etc., cuyo movimiento no es posible entorpecer. En todos esos casos en que por la situación de los bienes o por otras causas, no ha podido concluirse el inventario, los jueces pueden conceder las prórrogas que sean indispensables con los mismos efectos que los tiempos designados por la ley (art. 3.368).

¿Cuál es la forma en que debe practicarse el inventario?

El inventario es uno de los actos llamados notoriales. Debe ser hecho ante un escribano y dos testigos, con citación de los legatarios y acreedores que se hubiesen presentado (art. 3.370).

El Código de Procedimiento dispone que para el inventario se dará comisión al escribano o actuario, u otro en su lugar, con asistencia de dos testigos, sin perjuicio de concurrir el juez en todo o en parte, si lo considerase conveniente (art. 648).

La presencia de los acreedores, de que habla el artículo 3.370, es requerida a efecto de que vigilen el procedimiento.



La ley procesal establece que deben ser citados a más de los acreedores y legatarios, el cónyuge, los herederos o sus representantes legales (art. 649). En suma, se exige la presencia de todos aquellos que tienen un interés directo en la sucesión, porque el inventario es la base fundamental sobre que descansa la aceptación beneficiaria.

¿Las partes pueden hacer indicación del escribano que debe realizar el inventario?

Cuando las partes están de acuerdo y piden el nombramiento de un escribano determinado, el juez no puede rehusarlo. Si no lo están, el juez debe nombrarlo de oficio.

Generalmente las partes tratan de elegir el funcionario que ha de realizar el inventario. Está en el interés de ellos que el nombramiento recaiga en una persona que les merezca la mayor confianza.

No es, pues, atribución exclusiva del Juzgado la elección del escribano inventariador, salvo cuando resuelva que sea el secretario actuario el que lo practique.

¿Cuáles son las condiciones que debe tener el inventario?

Ante todo debe hacerse una descripción prolija, detallando con precisión los bienes muebles e inmuebles, escrituras, documentos, papeles, etc. (arts. 650 y 651 del Código de Procedimiento).

De manera que el inventario debe ser:

a) *Fiel*. Se efectuará sin malicia, ocultación o abultamiento. No lo es, si el heredero substrahe algún bien o lo oculta para apropiarse extrajudicialmente de él.

b) *Exacto*. Debe comprender todos los bienes del causante. La inexactitud puede resultar, sin culpa del heredero por la omisión de algún bien que no conocía. Si tal bien aparece posteriormente, se amplía el inventario, por medio de un apéndice, que se considerará como parte integrante del mismo.

Efectuando el inventario de acuerdo con las formalidades legales, el escribano lo presenta al juez, quien lo manda poner de manifiesto en la secretaría del actuario por el término de tres a diez días, para que los interesados puedan examinarlo (art. 658 del Código de Procedimiento).



Si por parte de los interesados hay conformidad, el juez lo aprueba sin más trámite.

Si por el contrario, hubiese disconformidad, haciéndose cuestión por ejemplo, sobre la inclusión o exclusión de algún bien, se sustancia la objeción por demanda ordinaria sin suspender la continuación del juicio testamentario (art. 660 del Código de Procedimiento).

Conjuntamente con la operación del inventario debe efectuarse la de avalúo de los bienes (art. 554 del Código de Procedimiento). Al efecto, en unión del escribano se designa uno o más peritos para que tasen los bienes.

### *Efectos de la aceptación beneficiaria.*

Podemos enumerarlos así:

1º Respecto de los bienes propios del heredero: quedan separados del patrimonio del difunto.

No se produce la confusión de los patrimonios. Los bienes personales del heredero no pueden ser afectados a las deudas del *de cuius*. Este es el principio fundamental que rige esta institución. Las demás disposiciones no son sino consecuencias derivadas de él.

De tal manera que el heredero que acepta la herencia bajo beneficio de inventario, está obligado por las deudas y cargas de la sucesión sólo hasta la concurrencia del valor de los bienes que ha recibido de la herencia. Su patrimonio no se confunde con el del difunto y puede reclamar como cualquier otro acreedor los créditos que tuviese contra la sucesión (art. 3.371).

La expresión *hasta la concurrencia del valor de los bienes que ha recibido de la herencia*, no debe entenderse en el sentido de que responde con sus bienes personales hasta la concurrencia de ese valor. La redacción del Código en esta parte puede prestarse a una duda. Lo que ha querido decir es que el aceptante beneficiario responde con los bienes del difunto y nada más. La finalidad del beneficio de inventario consiste en evitar que el heredero pueda responder con sus bienes personales de las deudas del difunto.



Sin embargo, algunos autores han pretendido dar esa interpretación a la cláusula expresada, sosteniendo que se puede ir contra el heredero personalmente hasta la concurrencia del valor de los bienes del causante. Es una interpretación errónea, que no debe ser admitida.

2º Respecto de los bienes colacionables y de los que sean producto de una acción de reducción.

El heredero no está obligado con ellos, ni con los bienes que el difunto haya dado en vida a sus coherederos y que él tenga derecho a hacer colacionar (art. 3.372).

Supongamos que el causante ha hecho una donación en vida a uno de sus hijos, de un bien de 20.000 pesos. Muere y quedan como herederos éste y otro hijo. Ambos aceptan la herencia bajo beneficio de inventario. ¿Qué es lo que ocurre?

Verificado el inventario resulta que existe solamente una casa por un valor también de 20.000 pesos, aparte de la donada por el causante.

La ley establece que con relación a los herederos forzosos, hay que tomar en cuenta las donaciones que el causante les haya hecho en vida. De lo contrario se dejaría librado a la voluntad del testador poder destruir el sistema legitimario. Bastaría al causante ir donando sus bienes en vida al hijo preferido. La ley ha obviado este inconveniente estableciendo que cuando el testador ha hecho en vida donación a uno de los herederos forzosos que concurren a la herencia, éste se halla obligado a hacer entrar en la masa hereditaria el valor de esa donación. A esto se llama colacionar.

De manera que, en el caso ocurrente, habiendo aceptado ambos la herencia bajo beneficio de inventario, el heredero forzoso que ha recibido en donación el bien de 20.000 pesos debe hacerlo colacionar. Resulta un total de 40.000 pesos, que dividido entre ambos herederos da 20.000 pesos para cada uno. El que tiene el bien en donación, queda con él, como su parte en la herencia; y el otro recibe la casa por valor también de 20.000 pesos, que es lo que resultó del inventario. En esta forma se salvan los derechos recíprocos de los herederos legítimos.



Pero ese bien colacionado no queda obligado al pago de los créditos de la sucesión, salvo que la herencia fuera aceptada pura y simplemente. Los acreedores no pueden exigir que entre en la masa hereditaria afectada a las deudas de la sucesión. La separación de los patrimonios que establece el beneficio de inventario, subsiste respecto de los bienes colacionados.

Si la donación hecha en vida por el causante, lo es a un extraño, no corresponde la colación, sino la llamada acción de reducción. Esta consiste en hacer entrar en la masa hereditaria aquella parte de los bienes que exceda de los que puede disponer el causante. Si hubiera hijos legítimos, la acción de reducción corresponde respecto de aquellos bienes que excedan del 20 por ciento del cual, según la ley, puede disponer libremente el testador.

Pero esos bienes, producto de la acción de reducción, tampoco quedan afectados a las deudas de la sucesión (art. 3.372). Los acreedores no pueden accionar contra ellos.

3º Respecto de los derechos del heredero contra la sucesión.

Siendo uno de los efectos fundamentales de la aceptación beneficiaria la separación de los patrimonios del causante y del heredero, no se produce la extinción, por confusión de los derechos del heredero contra la sucesión recíprocamente de los derechos de la sucesión contra el heredero. Este conserva, como un tercero, todos sus derechos personales y reales contra la sucesión, y ésta conserva contra él todos sus derechos personales y reales (art. 3.373).

De tal manera que el heredero queda en la situación de un tercero. Puede ejercitar todos sus derechos contra la sucesión. Puede entablar la acción reivindicatoria contra los bienes de que el causante hubiera dispuesto indebidamente en vida. Este caso, en la práctica, se presenta con frecuencia.

Así, producido el fallecimiento de la madre, los hijos no promueven la iniciación del juicio testamentario, por consideración hacia el padre, o porque se encuentran en buen estado de fortuna. Queda el padre con el goce y usufructo de los bienes comunes y los continúa administrando. Llegado



un día en que le es necesario enajenar un bien, para lo cual, a fin de evitar la apertura de la sucesión, manifiesta que es casado. Transcurren los años y el hombre muere. Se abre la sucesión y se descubre que el causante, diciéndose casado, había enajenado un bien que no podía transmitir en su calidad de viudo.

Los herederos, que desde el momento de la muerte de la madre eran condóminos con el padre, ¿pueden entablar la acción reivindicatoria contra el tercer adquirente?

No, si aceptan la herencia pura y simplemente, porque las obligaciones del causante recaen sobre los herederos. A éstos viene a corresponderles la garantía de la evicción, a que estaba obligado aquél por la mala enajenación. Y el que está obligado a la evicción no puede reivindicar, porque sería un contrasentido; no se puede ser al mismo tiempo actor y demandado.

Pero si la herencia ha sido aceptada bajo beneficio de inventario, los patrimonios no se confunden. Los herederos beneficiarios conservan todos sus derechos personales y reales contra la sucesión. Puede entonces reivindicar de un tercer adquirente las cosas suyas que el difunto hubiese enajenado (art. 3.375).

Consecuencia de los principios anteriores es que el heredero queda subrogado en los derechos del acreedor o legatario a quien hubiese pagado con su propio dinero (art. 3.374).

Igualmente, los deudores personales del heredero beneficiario, no pueden oponerle en compensación los créditos que tuvieren contra la sucesión (art. 3.376). La separación de los patrimonios impide la compensación que pudiera operarse entre los créditos contra la sucesión, con lo que se deba al heredero.

4º Del punto de vista procesal, el heredero goza de una excepción dilatoria, pues durante los plazos concedidos para hacer el inventario y deliberar los acreedores y legatarios no pueden demandar el pago de sus créditos y legados, pero las acciones de dominio pueden entablar-se contra la sucesión (art. 3.367).



22.—*Acciones del heredero contra la sucesión, ¿cómo se tramitan?*

¿Cómo puede ejercitar el heredero beneficiario sus acciones contra la sucesión? Toda acción requiere una persona contra quien pueda dirigirse. El heredero representa a la sucesión y no puede ser al mismo tiempo actor y demandado.

Si tiene coherederos debe dirigir las acciones contra ellos (art. 3.377). Si no los tiene o si las acciones deben ser intentadas por todos los coherederos, el juez nombrará un curador a la sucesión, salvo que la sucesión aceptada sea la de un fallido (art. 3.377).

La falta de coherederos hace que el juez designe una persona que represente a la sucesión, es decir un curador. La designación recae generalmente en un abogado, quien se encarga de oponer todas las defensas y excepciones que correspondan.

Puede ocurrir que la sucesión haya sido declarada en concurso, y exista un síndico. En este caso, no es necesario el nombramiento de un curador, porque el síndico tiene la representación de la masa de los acreedores y la administración de los bienes.

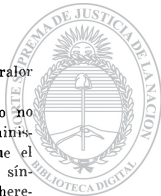
30.—*Administración de los bienes de la herencia.*

La administración de los bienes de la herencia corresponde al heredero beneficiario.

¿De qué naturaleza es esta administración?

Algunos autores sostienen que es idéntica a la de los síndicos en la quiebra. En caso de insolvencia de un deudor civil o comercial, el Código de Comercio y las leyes procesales disponen que se nombrará un síndico, cuya misión consiste en apoderarse de los bienes, liquidarlos, comprobar la efectividad de los créditos y efectuar el pago. El heredero beneficiario debe hacer lo mismo; por lo tanto, dicen, puede equipararse al síndico.

Otros afirman que la administración del heredero beneficiario es análoga a la del tutor. Este administra los bienes



del pupilo, paga las deudas y se desempeña bajo el contralor de la justicia, lo mismo que el heredero beneficiario.

En realidad, la situación del heredero beneficiario no es ni la del síndico, ni la del tutor, ni la del simple administrador común. ¿Por qué? Por la sencilla razón de que el heredero beneficiario es propietario de los bienes. Ni el síndico, ni el tutor, ni el administrador común lo son. El heredero beneficiario es dueño, y como tal, administra cosa propia, con la sola diferencia de que a su calidad de sucesor del propietario ha puesto la restricción de que no responderá sino con los bienes de la herencia, y nada más.

Esta restricción podrá desaparecer si no cumple con las formalidades de la ley, pero el heredero beneficiario tiene la libre administración de los bienes de la sucesión y puede emplear sus rentas y productos como lo crea más conveniente (art. 3.388), siempre, se entiende, cumpliendo con las limitaciones inherentes a su calidad.

¿Qué derechos y obligaciones tiene el heredero beneficiario?

#### 1º Representa a la sucesión.

La ley establece que es el único representante de la sucesión. Su ingestión se extiende a todos los negocios de la herencia, tanto activa como pasivamente; cobra los créditos y hace los pagos; debe intentar las acciones pertinentes y contestar las demandas; en fin, efectúa todos aquellos actos que el causante hubiera hecho en la administración de sus bienes (arts. 3.382 y 3.383).

Está sujeto, sin embargo, a ciertas limitaciones. Al efecto, hay que distinguir entre bienes inmuebles y muebles.

La venta de los inmuebles sólo podrá verificarla en remate público y con licencia judicial (art. 3.393). La formalidad del remate es una garantía para los acreedores.

La venta no queda supeditada al capricho del heredero. Debe efectuarla previa tasación del inmueble y en las condiciones que determinan las leyes procesales. En la Capital Federal, la subasta se efectúa tomando como base los dos tercios de la tasación, y si no existen postores se reduce aquélla





en un 25 por ciento; y si tampoco se presentan compradores, la venta se ordena sin base, por lo que den.

Supóngase que la finca a venderse está valuada en 90.000 pesos; la base serán los dos tercios, es decir, 60.000 pesos. No se presentan licitadores. Se saca nuevamente con una retasa del 25 por ciento. En el ejemplo, con la base de 45.000 pesos. Si aún no se hallara comprador, saldrá de nuevo a remate sin base, al mejor postor, salvo cuando se trate de bienes pertenecientes a menores.

El Código no establece esta excepción; pero la jurisprudencia ha interpretado que, cuando se trata de bienes de menores, nunca pueden venderse los inmuebles sin base, sino que deben hacerse reducciones paulatinas de 25 por ciento, hasta encontrar comprador. Se ha considerado peligroso que, tratándose de bienes de menores, se pueda facultar la venta sin base, estimándose más prudente agotar todos los medios para obtener un buen precio.

La tasación que establece nuestro Código de Procedimiento implica ciertos gastos por concepto de honorarios de los peritos. La ley procesal de la provincia de Buenos Aires ha adoptado un sistema menos oneroso. Consiste en que las fincas a venderse judicialmente no se tasan, sino que se toma como base el 80 por ciento de la avaluación hecha por el Fisco para el pago de la contribución territorial. Basta ocurrir a la oficina correspondiente y exigir la respectiva boleta de avaluación de la propiedad. No hay gastos y el procedimiento es rápido. En cuanto al comprador, debe depositar el precio a la orden judicial. Si se trata de un inmueble gravado con hipoteca, el adquirente no puede entregar todo el precio al heredero beneficiario con perjuicio de los acreedores, y si lo hace, no libra el inmueble hipotecado que reconoce el gravamen (art. 3.394).

La venta de los bienes muebles ¿está sujeta a las mismas restricciones que la de los inmuebles?

Con relación a ellos, el artículo 3.393 establece que pueden enajenarse los que no puedan conservarse y los que el difunto tenía para vender, como los productos de las hacien-



das, pero no podrá hacerlo con los de otra clase sin licencia judicial.

En efecto, entre los bienes muebles existen algunos que son de difícil conservación y que por su propia naturaleza deben ser enajenados de inmediato. En este caso el heredero beneficiario los puede vender de acuerdo con la costumbre de la plaza, enviándolos a los mercados de consumo. Como no es posible determinar una regla fija, corresponde al juez apreciar el procedimiento seguido por el heredero beneficiario en cada caso y resolverlo como cuestión de hecho. Todo depende de la situación particular creada. Si se demuestra que con la autorización judicial se hubiera obtenido el mismo precio, no puede haber inconveniente en reconocer la validez de la operación; pero si se comprobara lo contrario, los acreedores y legatarios tendrán derecho a hacer responsable al heredero por la diferencia de precio no percibida. Queda a la prudencia del juez resolver si la enajenación de ellos ha sido o no un acto de buena administración (art. 3.406 *in fine*).

2º Puede ser obligado a dar fianza.

El patrimonio de la herencia viene a estar confiado en custodia al heredero, quien lleva interés personal de tomar el remanente una vez pagados los acreedores y legatarios. Como el heredero es el propietario de los bienes, la ley no le puede imponer sino aquellas trabas que nacen de la forma de enajenación, para impedir que pueda defraudar a los herederos y legatarios.

El heredero cobra y percibe el importe de los bienes de la sucesión. Tiene la libre administración de ellos y puede emplear sus rentas y productos como lo crea más conveniente (art. 3.388). Pero puede dilapidarlos, incurriendo, naturalmente, en las respectivas sanciones.

Ahora bien; a los acreedores y legatarios lo que les interesa es cobrar sus respectivos créditos y legados. ¿Cuál es el procedimiento que pueden seguir en salvaguardia de sus intereses?

Si la administración del heredero fuere culpable, o por otra causa personal al heredero perjudicase los intereses he-



reditarios, los acreedores y legatarios pueden exigirle fianza por el importe de los perjuicios que ella les cause; y si el heredero no la diere, los muebles serán vendidos y su precio depositado, como también la porción del precio de los inmuebles que no se emplease en pagar los créditos hipotecarios (art. 3.385).

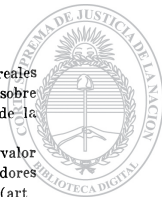
En la práctica siempre se depositan los fondos a la orden judicial, cuando se ha aceptado la herencia bajo beneficio de inventario. El heredero trata de no tomar sobre sí una mayor responsabilidad, desde que cualquier acto de mala administración le convertiría en heredero puro y simple, que respondería con sus bienes propios. Generalmente, el juez da autorización al heredero para vender con cargo de rendir cuentas, es decir, presentar el detalle del producido de la venta, y el importe, una vez deducidos los gastos, debe consignarlos a la orden judicial.

Supóngase que el heredero beneficiario no cumple con las disposiciones de la ley: que vende muebles que no puede enajenar particularmente sin autorización judicial y que en cuanto a la venta de los inmuebles no la realiza en remate público y con la base de los dos tercios de la tasación; ¿qué es lo que ocurre?

En general, todo acto prohibido por la ley es nulo, salvo que la ley designe otro efecto para el caso de contravención (art. 18). Pero en este caso, la venta que hace el heredero beneficiario sin ajustarse a las prescripciones de la ley no es nula. El acto es válido; la única consecuencia que produce es hacerle perder el beneficio de inventario, transformándolo en heredero puro y simple. El fundamento está en que es el único dueño y, por tanto, vende bien. Ahora, si omite el cumplimiento de las formalidades que hacen que se mantenga el beneficio, éste cae, sin perjuicio de que el acto principal subsista.

### 3º Le están prohibidos ciertos actos.

No puede aceptar o repudiar una herencia, deferida al autor de la sucesión, sin licencia del juez; y si el juez la diese, deberá hacerlo con beneficio de inventario (artículo 3.389).



No puede constituir hipotecas y otros derechos reales sobre los bienes hereditarios, ni hacer transacciones sobre ellos, sin ser autorizado para estos actos por el juez de la sucesión (art. 3.390).

No puede ofrecer a los acreedores y legatarios el valor de la tasación de los muebles o inmuebles; ni los acreedores o legatarios tienen derecho a tomarlos por su tasación (art. 3.392).

4º La administración es gratuita y responsable.

El heredero beneficiario debe prestar aquellas diligencias que exigieren la naturaleza de las obligaciones y las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, respondiendo de toda falta grave en su administración (art. 3.384). Puede satisfacer los créditos de cualquier manera que le convenga, sin estar obligado a vender los bienes (art. 3.391).

No puede pedir comisión alguna por su administración, aunque la sucesión sea abandonada a los acreedores y legatarios (art. 3.384), pero los gastos a que dé lugar el inventario, la administración de los bienes hereditarios, o la seguridad de ellos, ordenados por el juez a la rendición de cuentas por parte del heredero, son a cargo de la herencia; y si el heredero los hubiese pagado con su dinero, será reembolsado con privilegio sobre todos los bienes de la sucesión (art. 3.386).

No está autorizado a comprender en los gastos las sumas que le eran debidas por el difunto, ni las deudas de la sucesión que él hubiere pagado con su dinero.

El debe soportar la pérdida, como cualquier acreedor cuando los bienes no alcanzan (art. 3.387). El pago de las deudas del heredero se hará en las cuentas que él presente de su administración (art. 3.378).

5º Debe pagar a los acreedores y legatarios.

Los acreedores pueden exigir el pago de sus créditos, pero el heredero goza de una excepción dilatoria durante los plazos concedidos para hacer el inventario y deliberar.

Las excepciones dilatorias—alongaderas, como les llamaban las antiguas leyes—están enumeradas en el Código de Procedimiento, pero dentro de la ley de fondo se encuentran



algunas que pueden oponerse con igual efecto que las taxativamente enumeradas en la ley proquesal, como la que resulta del artículo 3.367, según el cual los acreedores no pueden demandar sus créditos y legados mientras corra el término del inventario.

Esto no les priva de solicitar medidas conservatorias, como un embargo preventivo. Por ejemplo, el acreedor justifica con información sumaria de dos testigos que la firma del causante puesta al pie de un pagaré es auténtica. Esto basta para que se decrete el embargo de los bienes, aun corriendo los plazos del artículo 3.367, y sin perjuicio de que después se discuta la legitimidad del crédito.

Después de vencidos los plazos del artículo 3.367 el heredero debe pagar a los acreedores a medida que se presenten (art. 3.398).

¿En qué forma debe proceder al pago?

Hay distintas clases de acreedores. La ley concede a veces, por razón de las personas o de la naturaleza del crédito, ciertos privilegios a efecto de que un acreedor pueda cobrarse con preferencia a otros. El Código dedica toda la sección II del libro IV al estudio de la preferencia de los créditos, materia de que después nos ocuparemos.

Existiendo acreedores privilegiados o hipotecarios, el precio de venta de los inmuebles será distribuido según el orden de los privilegios e hipotecas dispuesto en el Código (art. 3.396). Una vez pagados los acreedores privilegiados se pasará al pago de los créditos quirografarios. Si la cantidad que existe para el pago de estos últimos no alcanza al total de los mismos, la distribución se hará a prorrata.

Abonados los créditos privilegiados e hipotecarios y luego los quirografarios, recién se procede al pago de los legados, en razón de que por herencia no se entiende sino lo que queda una vez cubiertas las obligaciones del causante.

Con este saldo se paga a los legatarios. Estos—dice el artículo 3.400—no pueden pretender ser pagados sino después que los acreedores hubiesen sido enteramente satisfechos. Y si aún queda remanente, debe entregarse al heredero beneficiario (art. 3.381).



Respecto a la calidad de los créditos, puede producirse discusión entre los acreedores. En este caso, el heredero no puede constituirse en juez de las controversias. Si los acreedores, sean hipotecarios o quirografarios, hicieran oposición al pago de algún crédito hipotecario, el heredero hará el pago de conformidad a la resolución del juez (art. 3.397). De manera que debe proceder de acuerdo con el fallo judicial. La oposición debe ser hecha por cada acreedor individualmente (art. 3.399). Los legatarios no tienen este derecho (art. 3.401). Si a pesar de la oposición el heredero hace los pagos, es responsable personalmente del perjuicio que cause a los acreedores o legatarios y los primeros pueden dirigirse contra el heredero contra los acreedores pagados (arts. 3.402 y 3.403).

Si no se presentan en la misma época todos los acreedores—privilegiados o quirografarios—y los legatarios, y no hay acreedores oponentes, el heredero debe pagar a los acreedores y legatarios a medida que se presenten (art. 3.398).

Pueden ocurrir dos hipótesis:

1º Supóngase que se presenten varios acreedores y cobran sus créditos, hecho lo cual no quedan más fondos de la sucesión. Posteriormente aparece otro acreedor y exige el pago de su crédito, ¿Tiene acción contra los demás acreedores para que le devuelvan su parte proporcional del crédito? No la tiene. La ley considera que ha sido negligente y le niega acción.

2º Si se ha pagado a los acreedores y legatarios, el acreedor que se presenta después ¿tiene acción contra los legatarios? Sí, dice la ley; los acreedores que se presentan cuando ya no quedan fondos de la sucesión, sólo tienen recurso durante tres años contra los legatarios por lo que éstos hubiesen recibido (art. 3.398). ¿Por qué? Porque si legatario no pueden recibir ningún bien de la sucesión sino una vez pagados todos los acreedores, ya se presenten antes o después. Pero con una limitación en cuanto al tiempo—tres años—pues de lo contrario todo aquel que cobrara un legado estaría sujeto a una acción personal durante un tiempo indefinido.

Los acreedores pueden ser más o menos diligentes en el



cobro de sus créditos. Si uno de ellos obtiene la venta de un inmueble de la sucesión ¿tiene que concurrir al cobro de su crédito con los demás que tienen igual derecho que él?

Supóngase que uno de los acreedores ha obtenido la declaración de legitimidad de su crédito. Pide, entonces, el embargo de la finca. No mediando observación del heredero, el juez dicta lo que se llama la sentencia de remate, es decir, pone término a toda discusión. Con esta sentencia empieza el procedimiento de apremio. Si el heredero se niega aún al pago se procede a la venta de los bienes embargados y con su producido se cobra el acreedor. “Sin estar reintegrado completamente el ejecutante, dice el artículo 527 del Código de Procedimiento, no podrán aplicarse las sumas realizadas a otros objetos, a menos que sea para las costas de la ejecución o para el pago de otro acreedor que haya sido declarado preferente por ejecutoria”.

De manera que el acreedor que obtiene un embargo sobre un inmueble y lo ejecuta, haciendo depositar luego su importe, viene a tener una especie de privilegio sobre el mismo, en virtud de la ley procesal.

Pero como los privilegios no pueden nacer sino del Código Civil, los demás acreedores pueden hacer anular ese beneficio. ¿En qué forma? Obteniendo el concurso de la sucesión. En tal caso desaparece el privilegio o beneficio de la ley procesal para el acreedor que había hecho enajenar el bien. Todos quedan colocados en el mismo pie de igualdad, salvo las causas de preferencia. Un funcionario especial, el síndico, queda investido como representante de todos los acreedores y del heredero. Al síndico se le da la posesión de los bienes y con él corresponde discutir todo cuanto se refiere al concurso. Entre sus obligaciones se encuentra la de presentar un estado de los créditos, enumerándolos y haciendo sobre ellos las observaciones pertinentes. Luego se realiza una junta en que se discuten los créditos y se aprueban o rechazan.

Una vez reconocidos los créditos, la tarea del síndico se torna sencilla: si hay fondos suficientes, procede al pago íntegro de ellos; en caso contrario, los paga a prorrata.



*31.—Abandono por el heredero beneficiario.*

El heredero beneficiario es propietario de los bienes y está obligado a administrarlos para pagar a los acreedores y legatarios. Esta administración, que es gratuita, implica molestias y pérdida de tiempo, de lo que no será compensado el heredero si la sucesión es realmente insolvente.

Si quiere evitarse esos trabajos puede hacerlo, abandonando todos los bienes de la sucesión a los acreedores y legatarios. Este abandono no importa una renuncia a la sucesión. El heredero queda sometido a colacionar en la cuenta de partición con los herederos el valor de los bienes que en vida le hubiese donado el difunto y puede exigirlos de éstos en todos los casos en que está ordenada la colación de los bienes, (art. 3.379).

Hecho el abandono se nombra un curador a la herencia, con quien deben entenderse los acreedores y legatarios. El curador no puede vender los bienes, sino en la forma prescripta para el mismo heredero (art. 3.380).

Este abandono no es otra cosa que una cesión de bienes, al sólo efecto de que acreedores y legatarios se cobren lo que se les adeuda.

Una vez que estos han sido pagados, el remanente de los bienes debe entregarse al heredero (art. 3.381).

*32.—Cesación del beneficio.*

El beneficio de inventario puede cesar:

1º Por renuncia expresa del heredero, hecha en documento público o privado (art. 3.404).

En efecto, si el heredero dentro de los plazos legales ha manifestado aceptar la herencia bajo beneficio de inventario, y luego se presenta y expresa que renuncia al beneficio, no hay inconveniente alguno en que el juez acepte la declaración. Queda, entonces, como heredero puro y simple.

2º Cuando oculta los bienes de la sucesión u omite fraudulentamente en el inventario algunas cosas de la herencia (art. 3.405).





En este caso el heredero trata de defraudar a los acreedores y legatarios.

La pérdida de beneficio se impone aquí como una sanción.

3º Si hubiera vendido los bienes inmuebles de la sucesión, sin conformarse a las disposiciones prescriptas (artículo 3.406).

La ley establece que, tratándose de bienes inmuebles, la venta debe efectuarse en remate público, con la base de los dos tercios de la tasación y con intervención judicial. Si el heredero no observa estas disposiciones la venta es válida, pero se produce la pérdida del beneficio de inventario.

Ahora, si se trata de muebles, queda a la prudencia del juez resolver si la enajenación de ellos ha sido o no un acto de buena administración (art. 3.406).

4º Por la enajenación que se haga a título gratuito de los bienes de la sucesión, la dación en pago de un bien hereditario y la constitución de servidumbre sobre los inmuebles de la sucesión; pero no por la hipoteca que sobre ellos constituyese (art. 3.407).

Respecto de la hipoteca, debe entenderse que subsiste el beneficio si ha sido hecha para obtener fondos a efecto de pagar a los acreedores de la herencia. Se pierde si ha sido efectuada a favor de los acreedores particulares del heredero.

¿Cuáles son las consecuencias de la cesación del beneficio de inventario?

1º El heredero será considerado como puro y simple desde la apertura de la sucesión (art. 3.408).

2º Los acreedores del difunto vienen a ser acreedores personales del heredero y éstos pueden hacer embargar y vender los bienes de la sucesión, sin que los acreedores del difunto puedan reclamar sobre ellos ninguna preferencia (art. 3.409), salvo cuando los acreedores de la sucesión hubieran solicitado la separación de los patrimonios.

---



33. — Renuncia de la herencia. — 34. — Forma como debe manifestarse: escritura pública, instrumento privado. — 35. — Efectos de la renuncia. — 36. — Derechos del heredero legitimario renunciante, del que ha recibido una donación o un legado.

*33.—Renuncia de la herencia.*

La renuncia de la herencia, como la aceptación, es también una manifestación de voluntad.

Así como aquélla tiene por objeto consolidar la calidad del heredero, ésta tiene por efecto hacer perder esa calidad. Quitada, por decirlo así, la investidura que viene al heredero de la ley o del testamento.

*34.—Forma como debe manifestarse: escritura pública, instrumento privado.*

La renuncia de la herencia no se presume. Para que sea eficaz respecto de los acreedores y legatarios, debe ser expresa y hecha en escritura pública en el domicilio del renunciante o del difunto, cuando la renuncia importa mil pesos (art. 3.345). La publicidad interesa a todos, a los acreedores y a los herederos, que son llamados en lugar del renunciante.

No se admite, como en la aceptación, manifestaciones de voluntad tácita. Tiene que ser expresa, y de consiguiente, por acto escrito.



Las manifestaciones escritas de voluntad pueden efectuarse de dos maneras: (escritura pública o instrumento público) o en documento privado.

La renuncia de la herencia tiene que ser en escritura pública, para que tenga efecto respecto de los acreedores y legatarios. De ahí que, con relación a éstos, es irrevocable (art. 3.347).

Cuando es hecha en instrumento privado solamente tiene efecto con relación a los coherederos (art. 3.346) y no puede ser opuesta por el renunciante a los coherederos sino cuando hubiera sido aceptada por éstos (artículo 3.347).

La renuncia hecha en instrumento privado es revocable bajo una condición: que el heredero a quien se viene a beneficiar no haya aceptado la herencia antes de que se produzca la revocación. En este caso, el renunciante puede volver sobre su decisión anterior, y tomar nuevamente su calidad de aceptante. Es lo que expresa en forma detallada el artículo 3.348.

En cuanto se refiere a los que tengan derecho a la sucesión, es decir, a los coherederos, la renuncia no está sometida a ninguna forma especial. Puede ser hecha y aceptada en toda especie de documento público o privado (art. 3.349).

### *35.—Efectos de la renuncia.*

Toda la teoría respecto de la renuncia de la herencia, está sintetizada en el artículo 3.353: “se juzga al renunciante como no habiendo sido nunca heredero, y la sucesión se defiere como si el renunciante no hubiese existido”.

De manera que el heredero que hace manifestación de voluntad repudiando la herencia, queda en la situación de un extraño, de un tercero en la sucesión.

La renuncia aprovecha, entonces, a todos los coherederos del mismo grado, si concurren conjuntamente con el renunciante, o a los de un grado posterior, sino existen aquellos. Si hay tres hermanos, por ejemplo, y uno de ellos renuncia, la herencia pasa a los otros dos; si sólo hay uno, y éste renuncia, la herencia pasa a los herederos de grado subsiguiente.

36.—*Derechos del heredero legítimo renunciante, del que ha recibido una donación o un legado.*

Dentro de nuestro derecho la renuncia de la herencia presenta otro efecto especial.

Si se trata de la sucesión legítima, es decir, aquella que es deferida por la ley a los herederos forzosos, la renuncia de la herencia no hace perder la legítima. Los que tengan una parte legítima en la sucesión, dice el artículo 3.354, pueden repudiar la herencia, sin perjuicio de tomar la legítima que les corresponda.

Ejemplo: un padre tiene dos hijos. A su fallecimiento éstos, como herederos forzosos, tienen derecho a las 4/5 partes del patrimonio, independientemente de la voluntad del causante.

Según un sistema, para reclamar la legítima es necesario aceptar la herencia. De lo contrario, se considera que el sucesor no es heredero y, por lo tanto, que nada tiene que ver con la sucesión. La repudiación lo transforma en un extraño y le quita el derecho a los bienes, desde que por su propia voluntad se ha despojado de su calidad hereditaria. a los efectos de no intervenir en la sucesión.

Nuestro Código sigue un principio distinto. El heredero que tiene legítima, puede renunciar a la sucesión, es decir, no ser heredero y reclamar su parte en los bienes, cosa que parecería contradictoria. Pero todo depende de si se considera o no a la legítima como una porción de la herencia. En el primer caso, es indiscutible que corresponde tener la calidad de heredero; en el segundo, poco importa sea o no heredero.

El artículo 3.354 tiene por fuente a García Goyena, y es bien terminante en el sentido de que la legítima no es una porción de la herencia, desde que permite renunciar a ésta, y reclamar, no obstante, la parte que la ley fija al heredero forzoso. Pero, el art. 3.591, inspirado en el derecho francés, define la legítima como “un derecho de sucesión limitado a determinada *porción de la herencia*”.





De manera que en nuestra ley venimos a tener la siguiente situación: Si uno se atiene al artículo que establece la porción legítima de los herederos forzosos, se encuentra con que se la define como una parte de la herencia. Si se recurre al artículo 3.354, se deduce que no es una parte de la herencia, desde que el heredero puede renunciar a la sucesión y reclamar su legítima.

Se pregunta ahora: ¿tiene importancia esa distinción? ¿hay conveniencia en que el heredero forzoso renuncie a la herencia por una parte y por la otra reclame la legítima? ¿No es un juego de palabras? Si la legítima es una parte de la cual el causante no ha podido despojar a los herederos forzosos ¿no es lo mismo que yo sea o no heredero, si tengo derecho a reclamar la legítima? ¿No es lo mismo que sea o que no sea el titular de la herencia, desde el momento que puedo reclamar siempre la legítima?

Teóricamente podrían aceptarse estas observaciones, pero no desde el punto de vista práctico. Hay conveniencia a veces en repudiar la herencia como heredero forzoso.

Ejemplo: supóngase que el causante tiene dos hijos: Juan y Pablo. De su fortuna, que era de 100.000 pesos, hizo en vida donación a Juan de 20.000 pesos. Producido el fallecimiento, los bienes existentes resultan 80.000 pesos.

Si los dos hijos aceptan la herencia, de acuerdo con el artículo 3.602, hay que formar el acervo hereditario agregando al valor líquido de los bienes quedados (80.000 pesos) el valor que tenían las donaciones (20.000 pesos). Sumando ambas cantidades, tenemos un total de pesos 100.000, que divididos entre los dos herederos, da para cada uno 50.000 pesos. Como Juan ha recibido con anterioridad por la donación 20.000 pesos, le quedan sólo a recibir 30.000 pesos.

De manera que los 80.000 pesos se dividen, tomando Juan 30.000 pesos y Pablo 50.000. En esta forma la ley trata de impedir el perjuicio que los actos de preferencia del causante hacia uno de los herederos, pueden causar a los demás.

Eso es lo que se llama colacionar, es decir, que “toda



donación entre vivos hecha a heredero forzoso que concurra a la sucesión legítima del donante, sólo importa una anticipación de su porción hereditaria" (art. 3.476).

Ahora bien: existe un medio para que los herederos forzosos puedan evitar los efectos de la colación. Consiste en repudiar la herencia, como lo establece el mencionado artículo 3.354.

En el ejemplo anterior, Juan, que ha recibido la donación de 20.000 pesos, puede repudiar la herencia y reclamar la legítima que le corresponda. ¿Cuál de esta legítima? El acervo hereditario formado por los bienes quedados y el valor de la donación asciende a 100.000 pesos. La legítima de los hijos es  $\frac{4}{5}$  es decir, 80.000 pesos. De éstos Juan puede exigir 40.000 pesos y no está obligado a colacionar porque no es heredero. Como la donación no excede de la parte disponible, tampoco puede ser materia de la acción de reducción. De manera que Juan retiene el valor de la donación (20.000 pesos) y toma su legítima (40.000 pesos), recibiendo en total sesenta mil pesos, mientras que aceptando la herencia, por efecto de la colación, sólo recibiría 50.000 pesos.

La renuncia de la herencia puede convenir entonces en ciertos casos al heredero forzoso, como lo demuestra el ejemplo anterior.

El derecho a retener la donación lo consagra el artículo 3.355, cuando dispone que el heredero que renuncia a la sucesión puede retener la donación entre vivos que el testador le hubiera hecho, y reclamar el legado que le hubiese dejado si no excediere la porción disponible que la ley asigne al testador, pero no puede exonerarse de restituir las sumas que debe a la herencia (art. 3.356).

La renuncia de la herencia puede perjudicar a los acreedores del heredero. Es el caso del deudor insolvente que viene a heredar a un pariente. Si acepta la herencia, va a beneficiar a su acreedor, desde que el crédito de éste se hará efectivo sobre lo que llegue a corresponderle. Para evitarlo, renuncia, quedando como un extraño, sin derecho alguno a la sucesión.



El acreedor, naturalmente, se queja, porque la renuncia implica para él la pérdida del pago de su crédito. ¿Tiene alguna acción el acreedor en defensa de sus intereses?

La ley le acuerda la acción revocatoria. Al efecto, establece que los acreedores del renunciante de una fecha anterior a la renuncia, y toda persona interesada, pueden demandar la revocación de la renuncia que se ha hecho en perjuicio de ellos, a fin de hacerse autorizar para ejercer los derechos sucesorios del renunciante hasta la concurrencia de lo que les es debido (art. 3.351). Se substituyen a los derechos del deudor, y concurren a la sucesión, hasta la cantidad que les es debida, pero no son considerados herederos del difunto y no pueden ser demandados por los acreedores de la herencia. Todo lo que quede de la porción del renunciante, después de cubierto el crédito, corresponde a los coherederos o a los herederos de grado subsiguiente (art. 3.352).

El renunciante tiene cinco años para demandar la anulación de su renuncia, en los casos subsiguientes (art. 3.350) :

1° Cuando ella ha sido hecha sin las formalidades prescriptas para suplir la incapacidad del renunciante a cuyo nombre ha tenido lugar.

2° Cuando ha sido efecto de dolo o de violencia ejercida sobre el renunciante.

3° Cuando por error la renuncia se ha hecho de otra herencia que aquella a la cual el heredero entendía renunciar. Ningún otro error puede alegarse.



37. — Posesión hereditaria. Concepto que tuvo en la legislación de Indias y en la ley 45 de Toro. — 38. — El sistema Romano y el Código francés. — 39. — Sistema del Código argentino. — 40. — La posesión de pleno derecho ¿a quién corresponde según el Código? ¿Quiénes pueden pedirla? — 41. — ¿Cómo se soluciona la cuestión prácticamente?

*37.—Posesión hereditaria.—Concepto que tuvo en la legislación de Indias y en la ley 45 de Toro.*

La posesión hereditaria es una de las instituciones que mayores divergencias de interpretación y dificultades prácticas ha producido en la legislación general.

Las opiniones se hallan muy divididas. Al decir de un autor francés, raramente se encontrará una institución de la cual se hable más y se comprenda menos.

Antes de entrar a estudiarla en nuestro derecho, conviene hacer una síntesis de la legislación anterior, fuente de muchos artículos del Código, como lo indica el codificador en las notas.

#### *Legislación de Indias.*

En el derecho español la posesión hereditaria no se diferenciaba de la común y ordinaria de los bienes. Era necesario presentarse ante el juez, exhibir el título a la herencia y pedir la posesión de los bienes existentes.





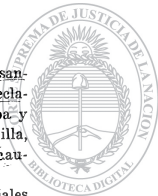
Con relación a las colonias, el monarca consideró necesario dictar una legislación especial, a fin de evitar las múltiples dificultades y abusos que se habían notado en la transmisión de los bienes *mortis causa*.

Muchos españoles se trasladaban a América, donde hacían fortuna. A su muerte, si no existían herederos en el lugar del fallecimiento, los bienes desaparecían en manos de terceros. Los parientes radicados en la metrópoli quedaban burlados. Esta situación de inseguridad y de abuso, fué remediada por la ley I, tít. 32, libro 2º de la Recopilación de Indias. En ella se decía que “en vista de que los bienes de nuestros súbditos que van a Indias desaparecen en poder de funcionarios y ministros, que los invierten en sus propios usos y granjerías, nos determinamos a crear un juzgado especial, que se preocupe de salvaguardar el interés de los españoles que van a América”. A ese Juzgado se llamó *Juzgado de bienes de difuntos*.

Su desempeño fué confiado a uno de los oidores de la Real Audiencia, expresando la ley que debía ejercerse por el más puntual y observante en el cumplimiento de las reales órdenes.

Al fallecimiento de uno de los españoles residentes en América, el juez de bienes de difuntos se posesionaba materialmente de todos los bienes que componían la herencia. Si se trataba de inmuebles, nombraba un depositario para que recaudara las rentas, cuidara las haciendas, etc. Si era dinero contante y sonante, lo tomaba y guardaba en un arca especial, que se hallaba en la tesorería de la Real Audiencia y suplía a nuestros Bancos actuales. Los bienes del difunto venían a quedar así bajo la custodia y amparo de la justicia, que los administraba y recaudaba, hasta que se presentase el heredero residente en España.

Si el heredero comparecía a la Audiencia a pedir los bienes — decía la ley — debía mostrar el testamento y justificar que él era heredero, o acreditar en otra forma que efectivamente le correspondía la herencia. Y viendo el juez de bienes de difuntos, que efectivamente era heredero, le entregaba la posesión de los bienes.



Si transcurría un año desde el fallecimiento del causante sin que se hubiese presentado heredero alguno a reclamar los bienes, el juez de bienes de difuntos los liquidaba y su importe lo enviaba a la Casa de Contratación de Sevilla, con todos los datos que sirvieran para individualizar al causante y conocer el lugar de su nacimiento.

En Sevilla se mandaban hacer publicaciones especiales en el pueblo de donde era oriundo el difunto, inquiriendo si existía algún heredero y emplazándolo a que concurriera a justificar su derecho. Si nadie comparecía, los bienes pasaban a la Corona.

El sistema sobre la posesión hereditaria, seguido por la legislación de Indias, era especialísimo, impuesto por las circunstancias especiales en que se encontraba España con relación a sus colonias. Tendía a garantizar los derechos de los herederos residentes en la metrópoli, y los de la Corona, sobre los bienes de los españoles que fallecían en América, sin dejar en “la provincia donde fallecieron, notoriamente hijos o descendientes legítimos, o ascendientes por falta de ellos, tan conocidos que no se dude del parentesco por descendencia o ascendencia”.

La institución del Juzgado de bienes de difuntos rigió hasta la época de la Independencia. El Reglamento de justicia dictado en 1813 lo suprimió. No había ya objeto en garantizar con funcionarios especiales los intereses de los españoles que morían en América. Se les consideró en igual situación que los demás habitantes de la República, bajo el amparo y protección de sus leyes comunes y ordinarias.

Como se ve, el derecho de Indias, original y propio para las colonias españolas, no puede aceptarse en una nación independiente, en la cual todos los habitantes son iguales ante la ley, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeúntes.

Es, pues, un error de nuestro codificador el haber seguido el derecho de Indias en materia de posesión hereditaria.

De ese error él mismo parece que se dió cuenta, y su



buen criterio le obligó a seguir, en otros artículos, un sistema diametralmente distinto, como vamos a verlo.

*Ley 45 de Toro.*

En España no existía un sistema especial para la transmisión de la posesión en materia hereditaria. Se seguía el procedimiento romano, que consistía en que el heredero debía pedir al juez que lo pusiera en posesión de los bienes.

La ley 45 de Toro — que viene a ser la ley I., tít. 24, libro 2º de la Novísima Recopilación — estableció una excepción en favor de los bienes de mayorazgo. Esta ley dice así: “La posesión civil y natural de los bienes de mayorazgo se transfiere muerto su tenedor, al siguiente en grado que deba suceder”.

Es decir que la posesión hereditaria se transmitía de pleno derecho. No había necesidad de pedirla al juez. Se era poseedor desde la muerte del tenedor del mayorazgo, y podía el sucesor ejercer todas las acciones y derechos, sin depender de otra formalidad que demostrar su título a los bienes.

Si el que estaba ocupando los bienes no los quería entregar, el sucesor promovía un interdicto, para obtener, como poseedor legal, la detención material de la cosa.

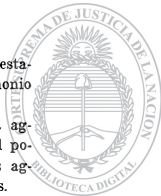
Todo ello, sin necesidad de tener que seguir primero el procedimiento especialísimo de pedir al juez que le de la posesión de la herencia, y recién después entablar las acciones correspondientes. Nó, para la ley de Toro, la posesión se transmitía por el solo hecho de la muerte.

Las disposiciones de la ley 45 de Toro inspiraron el artículo 554 de García Goyena, que como se verá más adelante, es la fuente del artículo 3.418 de nuestro Código Civil.

*38.—El sistema romano y el Código francés.*

¿Cuál es el concepto de la posesión hereditaria en el derecho romano y en el Código francés?

Ambos presentan fundamentos distintos.



El derecho romano en la época de las XII Tablas, establecía que lo que el padre dispusiera sobre su patrimonio y la tutela de sus hijos fuera ley.

La familia estaba organizada bajo el vínculo de la agnación. Agnados eran todos los que estaban sometidos al poder del *pater familias*. La herencia correspondía a los agnados, que se denominaban herederos suyos y necesarios.

Los hijos al emanciparse dejaban de formar parte de la familia. Muerto el padre, la herencia pasaba a los que quedaban bajo su poder. El emancipado no recibía nada.

El pretor, en su alta misión de corregir, o por lo menos suavizar el rigorismo quirritario, trató de hallar un medio que evitara una situación tan injusta para el hijo emancipado. Al efecto, estableció en el edicto, una acción especial, para todos los hijos emancipados que quisieran concurrir a la herencia.

Esta acción producía un conflicto entre el heredero quirritario y el derecho pretoriano. A la muerte del causante, los agnados que estaban de hecho en posesión material de los bienes, continuaban en ella, sin necesidad de ninguna formalidad ni declaración judicial. El hijo emancipado, que estaba fuera de la familia y nada poseía, ocurría al pretor, pidiendo la *bonorum possessio*. El pretor le concedía el interdicto *quorum bonorum*, y mediante él desalojaba a los que tenían la posesión material.

Los herederos del derecho quirritario al verse perjudicados podían hacer uso de la acción *hereditas petitio*, que siendo superior a la *bonorum possessio*, triunfaba sobre ésta y volvían a recuperar los bienes, quedando definitivamente herederos.

A primera vista podría considerarse que la *bonorum possessio* no representaba ninguna utilidad, desde que caía ante la petición de herencia. Sin embargo no era así: presentaba la ventaja de poder invocar una excepción de prescrip-



ción, si los verdaderos herederos no entablaban la acción en tiempo útil.

Se ve, pues, que la organización especial de la familia romana obligaba a estas combinaciones artificiales, en que se daba y se quitaba el derecho sucesorio.

Ahora bien: los herederos del derecho quiritarario, aun cuando tenían la seguridad de triunfar en definitiva, trataron de evitarse la molestia de tener que abandonar los bienes para volver después a entrar en posesión de ellos. Al efecto, muerto el causante, pedían al pretor — aun cuando no estaban obligados — el interdicto *quorum bonorum*, a fin de que éste no pudiera concederlo a los agnados.

De ahí nació la *missio in possessionem*, u orden de la autoridad judicial para poner al heredero en posesión de la herencia.

De manera que, obligado por las necesidades de la práctica, el heredero quiritarario, que no tenía necesidad de pedir la posesión de los bienes, la pedía, a fin de evitarse la controversia con otros herederos que obtuvieran la *bonorum possessio*.

El sistema romano era un recurso original, combinación artificiosa de una lucha entre el *jus civile* y el *jus gentium*.

En los Códigos modernos no hay necesidad de recurrir a procedimientos tan complicados. Ir a los principios del derecho romano para organizar la posesión hereditaria, sería un absurdo, y hacer de una cuestión sencilla, un problema difícil, donde nadie se entendería.

#### *Sistema del Código francés.*

¿Cuál es el sistema del derecho francés en materia de posesión hereditaria?

Es también complicado, lo que se explica, teniendo en cuenta que remonta a la Edad Media.

En derecho francés, el término usado para indicar la posesión de la herencia es el de *saisine*.

¿De dónde proviene y en qué consiste la *saisine*?



Algunos autores sostienen que proviene del derecho romano; otros, y son los que están en la verdad, que tuvo origen en la época medioeval.

La *saisine* nació en la Edad Media. En esa época las tierras pertenecían a los señores, quienes las concedían con ciertas restricciones, a los vasallos para que las disfrutasen. A la muerte del vasallo, la tierra volvía al señor, quien la concedía a los hijos o herederos del mismo. Pero los señores habían encontrado en esta transmisión una fuente de recursos. De manera que los descendientes, para tomar la posesión de los bienes del vasallo, estaban obligados a pagar un impuesto o derecho denominado de *rélief* o de *saisine*.

La primera *saisine* fué, pues, la del señor.

Los juristas — enemigos natos de la feudalidad — protestaron contra este sistema. ¿Por qué — decían para pasar el vasallo sus tierras a sus descendientes, ha de investir primero de la posesión al señor y éste a su vez a aquéllos? ¿no es más simple establecer que a la muerte del vasallo pasen todos los bienes directamente a sus hijos?

Se admitió que lo más conveniente era apoderar (*saisir*) directamente al heredero. Y ese apoderamiento, esa investidura, se denominó *saisine*. Se consideraba que todas las personas, a su muerte, entregaban la posesión de sus bienes al pariente más próximo, hábil para sucederle.

Este principio se estableció en el artículo 318 de la “*Coutume de París*” redactado en la siguiente forma: “*Le mort saisit le vif, son hoir plus proche est habile à lui succéder*”. El muerto apodera al vivo, su pariente más próximo es hábil para sucederle

Quedaron suprimidos los antiguos derechos de *rélief* o de *saisine*. Al fallecimiento del vasallo, las tierras no pasaban ya al señor y de éste a los hijos. El muerto investía, apoderaba el vivo: *Le mort saisit le vif*; y su heredero más próximo le sucedía. La transmisión se hacía sin intervención judicial, por el solo hecho de la muerte.

En esta disposición de la “*Coutume de París*” se basa el artículo 724 del Código francés. Hace, sin embargo, una



distinción entre herederos legítimos y herederos irregulares. Los primeros, que lo eran los parientes hasta el 12º grado, tenían la *saisine* de pleno derecho. Los segundos — hijos naturales, cónyuge sobreviviente y Estado — debían hacerse poner en posesión por la justicia.

Este artículo 724 del Código francés, dice textualmente lo siguiente: “Los herederos legítimos son *saisis* de pleno derecho, de los bienes, derechos y acciones del difunto, bajo la obligación de pagar todas las cargas de la sucesión; los hijos naturales, el cónyuge sobreviviente y el Estado, deben hacerse poner en posesión por la justicia”.

Por una ley de 25 de marzo de 1896 se hizo una modificación a ese artículo, en el sentido de que tienen también la *saisine* los hijos naturales.

Laurent, estudiando el sistema del Código francés, hace notar que en él se distingue entre la propiedad y la posesión. En el artículo 711 se establece que la propiedad se transmite de pleno derecho en la sucesión; de manera que los sucesores irregulares la tienen del mismo modo que los herederos legítimos. Pero en lo que respecta a la posesión no pasa lo mismo. Los herederos legítimos hasta el 12º grado la adquieren de pleno derecho, son poseedores en virtud de la ley, tienen la *saisine*, de acuerdo con la disposición del artículo 724, mientras que los herederos irregulares deben pedir la posesión al juez.

### 39.—Sistema del Código argentino.

Pocos puntos en nuestro derecho sucesorio han presentado tantas dificultades como el que se refiere a la posesión hereditaria.

Esto es debido a que se ha mantenido una institución que no tiene razón de ser en la época moderna. Además se la ha organizado en una forma híbrida, tomando principios contradictorios de diferentes legislaciones. Y de esta heterogeneidad de fuentes han resultado grandes divergencias en la interpretación.



Difícil es entenderse, porque al proponer una solución siempre se tropieza con la dificultad de que contradice otras disposiciones del Código.

Esto ocurre toda vez que al sancionar una ley para que responda a una necesidad social no se acude a la observación práctica de los hechos, sino exclusivamente a la teoría y a los libros. La ley no regula, entonces, la relación jurídica: crea una serie de obstáculos que después, en la vida del tribunal, producen perplejidades en el ánimo de los jueces, dificultando el ejercicio de los derechos.

La larga nota al artículo 3.410, en vez de aclarar el concepto de la posesión hereditaria, lo obscurece.

Se nos dice que "el derecho de Indias es el que se sigue en el Título"; pero ¿cómo admitir este derecho, cuyo origen y fundamento no puede aceptarse para la sociedad actual argentina?

La legislación de Indias, como se ha visto, tenía su característica especial: no era el derecho español, sino el derecho español modificado para las relaciones con las colonias, en la situación de dependencia que éstas tenían respecto de la metrópoli. En tal concepto, tenía por objeto defender los intereses de los españoles en América.

Dadas estas dificultades, ensayaremos una teoría de la posesión hereditaria, procurando encontrar una solución que responda a las necesidades de la práctica.

Todos los códigos no obedecen en sus fines sino a ese anhelo. Cada uno de los artículos pertinentes constituye una regla jurídica, destinada a regular una necesidad práctica. De ahí que la misión del intérprete no debe ser buscar contradicciones, poner un artículo en contraposición a otro, para terminar diciendo que no es posible entenderse. Por el contrario, debe tratar de armonizar las diferentes disposiciones, buscando unificarlas en una solución legal, a objeto de que las personas no sufran un perjuicio a consecuencia de estos errores de concepción o de organización de una institución jurídica.





Trataremos, pues, de presentar la cuestión en su faz más sencilla, yendo directamente al fondo del asunto.

En primer lugar: ¿qué es la sucesión?

Un modo de adquirir el dominio. El artículo 2.524 establece que el dominio se adquiere por la sucesión en los derechos del propietario. El dominio es un derecho real, que en la doctrina del Código requiere la tradición cuando se transmite por contrato. De ahí que, según el artículo 3.265, la propiedad sólo pasa al adquirente por la tradición, con excepción de lo que se dispone respecto a las sucesiones.

¿Qué es lo que se establece respecto a las sucesiones? ¿Cómo determina la ley que debe efectuarse la tradición? El muerto no puede salir de la tumba para hacer, de acuerdo con el principio general, la tradición de los bienes al heredero. En estas condiciones el dominio y la posesión no pueden adquirirse sino por ministerio de la ley, y es lo que dispone el artículo 3.418, estableciendo que: el heredero sucede no sólo en la propiedad, sino también en la posesión del difunto. La posesión que éste tenía se le transfiere con todas sus ventajas y sus vicios. El heredero puede ejercer todas las acciones posesorias del difunto, “aun antes de haber tomado de hecho posesión de los objetos hereditarios”, sin estar obligado a dar otras pruebas que las que se podrían exigir al difunto.

Si en la ley no hubiera otra disposición que el artículo 3.418, no habría lugar a dificultad. Muerto el causante, el heredero sería propietario y poseedor de pleno derecho, pudiendo, por lo tanto, ejercer todas las acciones que nacen del dominio y de la posesión. El artículo 3.418 tiene por fuente el artículo 554 del proyecto de García Goyena, aun cuando la nota no lo dice.

García Goyena, al redactar su Proyecto de Código, observó, en lo referente al sistema de la posesión hereditaria, la discrepancia general de opiniones en los códigos y en los autores.

Se mostró partidario del sistema de la ley 45 de Toro, que le pareció el más justo y el más de acuerdo con las ne-



cesidades de la transmisión hereditaria. Sostuvo que era necesario generalizar ese sistema, en vez de limitarlo sólo a los mayorazgos, de tal manera que se estableciera que la posesión pasa de pleno derecho del causante a sus herederos.

García Goyena resumió este principio en el artículo 554 de su Proyecto de Código, estableciendo en pocas palabras todo el sistema de la posesión hereditaria. Dice el artículo: “Los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte, no sólo en la propiedad, sino también en la posesión”.

Con esta disposición quedaba terminada toda la engorrosa cuestión de la posesión hereditaria. Establecido que los herederos suceden al difunto no sólo en la propiedad, sino también en la posesión, no puede haber ya dificultad posible. Transmitiéndose la posesión de pleno derecho pueden ejercitarse por los herederos las acciones correspondientes, sin que pueda oponérseles ninguna traba.

Explicando este principio, García Goyena decía: “Por más que se diga que la posesión *non juris, sed facti est*, los hechos del difunto ¿no aprovechan y dañan a sus herederos? ¿No se reputan por hechos de estos mismos? El hecho de la posesión del difunto ¿no produjo derechos? Y ¿no pasaron *pleno jure* todos los derechos al heredero? Ni ¿cómo distinguir la posesión de los derechos que constituyen su esencia? El hombre nunca muere en cuanto a sus derechos y obligaciones civiles que no sean personalísimas, ni hay bajo este aspecto un solo momento de interrupción entre el difunto y su heredero”.

Esto es evidente para nuestra misma ley, que dispone que el heredero, “aunque fuera incapaz o ignorara que la herencia se le ha deferido, es, sin embargo, propietario de ella desde la muerte del autor de la sucesión” (art. 3.420).

“Esta posesión — continúa Goyena — que a semejanza de la ley de Toro puede llamarse civil y civilísima, no excluye la prescripción, ni que el poseedor de buena fe haga suyos los frutos de las cosas hereditarias, cuando y como podría prescribir y hacerlos suyos contra el difunto”.



El heredero viene a ocupar la misma situación que el *de cujus*. Por una ficción de la ley, se considera que el heredero toma la personalidad del difunto. Y así como en vida del causante si un tercero se apropiaba de sus bienes aquél podía entablar la acción posesoria correspondiente, una vez muerto puede su heredero entablar también esa acción, sin previa formalidad sobre posesión de la herencia.

Este artículo 554 de García Goyena ha sido transcripto en el artículo 3.418 de nuestro Código Civil, aun cuando la nota no haga ninguna referencia a él. Y es precisamente debido a esta circunstancia que los comentadores nacionales no lo citan ni hacen mérito de las explicaciones dadas por García Goyena.

En efecto; el Código, en la nota al artículo 3.418, hace referencia a Aubry y Rau, Demolombe y Savigny. Pero si se toma el proyecto de Goyena y se lee el artículo 554, se verá que es exactamente igual al 3.418 nuestro. Los herederos — dice — suceden no sólo en la propiedad, sino también en la posesión del difunto.

Puede sostenerse, entonces, que el artículo 3.418 no tiene como fuente a Aubry y Rau, como parece indicar la nota, sino el artículo 554 del proyecto de García Goyena, que es exactamente igual. Por lo tanto, sigue el mismo sistema, es decir, adopta, en lo que respecta a la transmisión hereditaria, el principio especialísimo de la ley 45 de Toro. Esta sostiene que solamente en los bienes de mayorazgo la posesión civil y natural se transfiere de pleno derecho. Goyena dice que a todos los herederos la propiedad y la posesión se les transfiere de pleno derecho. Y nuestro artículo 3.418 también: el heredero sucede no sólo en la propiedad, sino también en la posesión del difunto.

Lo que confunde las ideas es que dentro del mismo Título de nuestra ley se hallan diferentes citas del Código francés, del Digesto y otras leyes.

¿Pueden armonizar estas disposiciones del derecho romano y del Código francés con la disposición especialísima de la ley 45 de Toro? Evidentemente, no; y el mismo Goyena



nos dice que se aparta del sistema romano, del derecho francés y del patrio, que son completamente distintos, para seguir exclusivamente el sistema de la ley 45 de Toro, generalizándolo. De ahí que aquellas citas que hace nuestra ley no pueden tomarse en consideración.

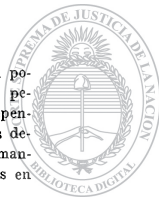
En efecto, ellas vienen a establecer una teoría completamente distinta en los artículos 3.410 a 3.417. En ellos se divide la posesión hereditaria en dos clases: la de pleno derecho y la judicial.

La posesión hereditaria de pleno derecho sólo corresponde a los ascendientes y descendientes. Cuando la sucesión tiene lugar entre ascendientes y descendientes — dice el artículo 3.410 — el heredero entra en la posesión de la herencia desde el día de la muerte del autor de la sucesión, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignorase la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia.

Es decir, el mismo sistema establecido en el artículo 3.418, pero solamente para los ascendientes y descendientes y con el agregado de que no hay necesidad de ninguna formalidad o intervención de juez: de pleno derecho, *jure et de jure*. Pero si estuvieran fuera de la República o de la provincia en que se hallaren los bienes, únicamente en ese caso deben pedir la posesión al juez del territorio, acreditando la muerte del autor de la sucesión y su título a la herencia (artículo 3.411).

Establece luego la ley la posesión judicial para los otros parientes llamados a la sucesión: los cónyuges, los hijos y padres naturales; éstos no pueden tomar la posesión de la herencia sin pedirla a los jueces y justificar su título a la sucesión (art. 3.412). Igual cosa se establece respecto de los que fuesen instituidos en un testamento sin vicio alguno: deben pedir a los jueces la posesión hereditaria, exhibiendo el testamento en que fuesen instituidos, y toda contradicción a su derecho debe ser juzgada sumariamente (art. 3.413).

En seguida determina la ley la diferencia, en cuanto a sus efectos, entre la posesión de pleno derecho y la que re-



quiere la intervención judicial. Mientras no esté dada la posesión judicial de la herencia, los herederos que deben pedirla no puede nejerer ninguna de las acciones que dependen de la sucesión, ni demandar a los deudores ni a los de- tentadores de los bienes hereditarios. No pueden ser deman- dados por los acreedores hereditarios u otros interesados en la sucesión (art. 3.414).

Pero una vez dada la posesión judicial de la herencia tiene los mismos efectos que la posesión hereditaria de los descendientes o ascendientes y se juzga que los herederos han sucedido inmediatamente al difunto, sin ningún intervalo de tiempo, y con efecto retroactivo al día de la muerte del au- tor de la sucesión (art. 3.415).

Y, por fin, los artículos 3.416 y 3.417 se refieren a que cuando muchas personas son llamadas simultáneamente a la sucesión, cada una tiene los derechos del autor de una mane- ra indivisible, en cuanto a la propiedad y en cuanto a la po- sesión, y a que el heredero que ha entrado en la posesión de la herencia, o que ha sido puesto en ella por juez competen- te, continúa la persona del difunto y es propietario, acreedor o deudor de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor, con excepción de aquellos derechos que no son transmisibles por sucesión; los frutos y productos de la he- rencia le corresponden y se transmiten también al heredero los derechos eventuales que puedan corresponder al difunto.

Presentadas las dos fases divergentes que evidencian la posesión hereditaria en el Código, corresponde preguntarse: ¿por qué tal diversidad de criterio?

Se ha visto que la sucesión no es más que un modo de transmisión del dominio. Cuando esta transmisión se realiza por contrato requiere la formalidad del instrumento público y la tradición, mientras que cuando ocurre por sucesión lo que se requiere es el hecho de la muerte; desde el momento de la muerte se es propietario y, según el artículo 3.418, se es poseedor, sea cual fuere la calidad del heredero.

Ante disposiciones tan terminantes ¿qué objeto tienen



los artículos 3.410 a 3.417, que distinguen entre posesión transmitida de pleno derecho y posesión judicial?

Más aún: el artículo 3.418 destruye los anteriores, al establecer que el heredero puede ejercer las acciones posesorias del difunto, aun antes de haber tomado de hecho posesión de los objetos hereditarios, sin estar obligado a dar otras pruebas que las que se podrían exigir al difunto. ¿Cómo, entonces, el artículo 3.414 expresa que mientras no esté dada la posesión judicial de la herencia los herederos que deban pedirla no pueden ejercer ninguna de las acciones que dependen de la sucesión, ni demandar a los deudores ni a los detentadores de los bienes hereditarios?

Existe, pues, una contradicción evidente entre estas distintas disposiciones. Por un lado el artículo 3.418 y por el otro los artículos 3.410 a 3.417. ¿Cómo armonizar sistemas tan distintos?

*40.—La posesión de pleno derecho, ¿a quién corresponde, según el Código? ¿Quiénes deben pedirla?*

Amoldemos la ley a las necesidades de la práctica. Sea el intérprete un hombre de su tiempo y busque en el laberinto de contradicciones el camino seguro de la verdad.

Muchas son las dificultades que la cuestión presenta, sobre todo por la multiplicidad de fuentes que han servido de base a las disposiciones legales y que han dado lugar a las contradicciones apuntadas, pero puede organizarse un sistema que concuerde los diversos artículos del Código.

1º Tratándose de ascendientes y descendientes, no hay lugar a dudas: la posesión se transfiere de pleno derecho.

En efecto, el artículo 3.410 establece terminantemente que cuando la sucesión tiene lugar entre ascendientes y descendientes el heredero entra en la posesión de la herencia desde el día de la muerte del autor de la sucesión, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignorase la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia. Y posteriormente, el artículo 3.418 fija el mismo principio,



al decir que el heredero sucede no sólo en la propiedad, sino también en la posesión del difunto. No hay, pues, cuestión tratándose de ascendientes o descendientes. La posesión se transmite de pleno derecho.

2º Los demás parientes llamados por la ley a sucesión, los cónyuges, los hijos y padres naturales y los herederos testamentarios, tienen necesidad de pedir la posesión hereditaria, según los artículos 3.412 y 3.413.

Pero ¿qué es lo que deben pedir? Únicamente que se les declare herederos. Nada más.

Dictada la declaratoria en la sucesión ab intestato, o reconocida la validez del testamento, ellos ya tienen la posesión judicial y quedan equiparados a los ascendientes y descendientes.

La posesión hereditaria viene a consistir en la justificación del título hereditario. Así se ha resuelto en el fallo que se registra en la jurisprudencia de los Tribunales Nacionales del año 1910, página 1.435.

La cámara Federal de La Plata, considerando la situación de un heredero colateral que, según el artículo 3.412, debe pedir la posesión hereditaria, ha resuelto que: “entrará en dicha posesión mediante la intervención judicial que califique su título, como lo infiere el artículo 3.410 y la nota respectiva, no por una posesión material, *brevi mano*, sino desde la declaración de su carácter hereditario; por ella, por esa declaración o intervención judicial, sucede en todos los derechos activos de su causa habiente. No está esa posesión sujeta a forma determinada para cada uno de los casos particulares de la herencia. El título hereditario, declarado judicialmente, es el título propio para encadenar su derecho al derecho de aquel a quien sucede, sin que pueda oponérsele por terceros extraños a la herencia falta de derecho a la posesión de los bienes de su patrimonio. El heredero, con tal que haya hecho reconocer su título de tal, puede usar las acciones posesorias o petitorias que corresponderían a su autor si estuviese vivo”.

De manera que la solución dada por los tribunales con-



siste en sostener que no es necesario pedir materialmente la posesión de la herencia: basta que el heredero justifique su título hereditario.

Esta justificación se puede producir de varias maneras. En la sucesión ab intestato el heredero se presenta al juez, acompañando todas las partidas que demuestran su calidad de tal. Previo examen de los documentos, el juez pronuncia lo que se llama la “declaratoria de herederos”, que, según la jurisprudencia mencionada, constituye la posesión de la herencia y surte los mismos efectos que los denominados por la ley respecto de los ascendientes y descendientes: se entra en la posesión de los bienes sin necesidad de acto alguno de aprensión corporal.

Si se trata de herederos instituidos en un testamento, basta la presentación del mismo y el reconocimiento de su validez por el juez para que se tenga la posesión de la herencia.

Es una solución armónica y sencilla, que tiende a evitar confusiones y las divergentes interpretaciones que se han hecho.

Algunos Códigos de Procedimiento, como el de la provincia de Buenos Aires, establecen que la declaratoria de herederos deberá conferir la posesión de la herencia en favor de los que no la hubieren adquirido, en virtud de la ley, por la muerte del autor de la sucesión (art. 649).

#### *41.—¿Cómo se soluciona la cuestión prácticamente?*

Para evitar las dificultades a que pueden dar lugar los diversos sistemas que se encuentran en el Código, la cuestión de posesión hereditaria se soluciona prácticamente solicitando del juez de la sucesión dicte auto declarando a los herederos en posesión de la herencia.

El escrito respectivo debe hacerse en esta forma:

“Vengo a solicitar se declare a los herederos en posesión de la herencia.

“Esta petición se funda en que el artículo 3.412 del





Código Civil establece que los parientes del causante, o los herederos instituidos, que no son ascendientes ni descendientes, no pueden tomar la posesión de la herencia sin pedirla a los jueces y justificar su título a la sucesión.

“Esta disposición obedece, como resulta de la nota al artículo 3.410, a que el doctor Vélez Sarsfield ha seguido en materia de posesión hereditaria el derecho de Indias, olvidando que en aquella legislación existía el Juzgado de “bienes de difuntos”, creado por la ley I, título XXXII, libro II, de la Recopilación de Indias, a efecto de incautarse de los bienes de las personas que morían sin dejar ascendientes ni descendientes legítimos, administrarlos y venderlos, hasta que se presentasen los herederos, quienes debían mostrar el testamento o justificar su carácter, para que el Juzgado les diese la posesión material que tenía de los bienes.

“Como actualmente ha desaparecido el Juzgado de “bienes de difuntos” y V. S. no tiene la posesión de ellos, hay imposibilidad jurídica de que la parte solicite, y el Juzgado pueda dar, una posesión que no tiene.

“Si bien en los artículos 3.412 y 3.413 se establece que el heredero debe pedir la posesión al juez (siguiendo la legislación de Indias), no es menos cierto que el artículo 3.418 dispone que “el heredero sucede no sólo en la propiedad, sino también en la posesión”, cuyo artículo ha sido tomado a la letra del 554 del proyecto de Gareía Goyena, concebido así: “Los herederos suceden al difunto por el sólo hecho de su muerte, no sólo en la propiedad, sino también en la posesión”. (Tomo 2º, página 10).

“Dice Goyena que en esa disposición se ha preferido la doctrina de los códigos modernos a la del derecho romano y de Partidas; por más que se diga que la posesión *non juris*, *sed facti est*, los hechos del difunto ¿no aprovechan y dañan a sus herederos? El hecho de la posesión del difunto ¿no produjo derecho? ¿Y no pasaron pleno jure todos los derechos a los herederos?

“Como estas consideraciones — concluye el autor citado — obran indistintamente a favor de todos los herederos,



el artículo comprende a todos, en lo que se ha dado la preferencia al artículo 880 holandés, sobre el 724 francés, cuyos débiles fundamentos pueden verse en el comentario de Rogron: 'Así es que éste recurre a distinciones más propias para obscurecer que para ilustrar'.

"Teniendo presente los antecedentes relacionados, la jurisprudencia de la Excelentísima Cámara de lo Civil de la Capital Federal ha establecido (Fallos, tomo 113, pág. 371), que "aun cuando no haya en los autos una resolución que diga que se da la posesión de la herencia a los herederos instituidos en el testamento, los actos del procedimiento la reemplazan".

"En otro fallo (tomo 99, pág. 38) se hace presente que la posesión judicial a que se refieren los artículos 3.411, 3.412 y 3.414 no es precisamente la posesión material, pues ella se satisface con el reconocimiento o declaración que los jueces hagan del carácter hereditario de los que se hubiesen presentado reclamando derechos a la herencia.

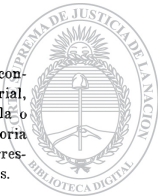
"Por último, como puede verse en una sentencia, también de dicha Cámara, de 11 de junio de 1907 (autos Laussen y otros versus Ferraris), el tribunal ha declarado que "exigir otra cosa sería entrar en formulismos que la ley no establece, pues lo que ella quiere al decir que la posesión de la herencia se pida a los jueces es sencillamente que se justifique el carácter hereditario".

"Esta jurisprudencia ha sido también aceptada últimamente por la Excelentísima Cámara Federal de La Plata, en el fallo que se registra en la publicación de la Inspección de Justicia correspondiente al año 1910, página 1.435.

"Todo lo cual autoriza a solicitar se declare que, habiéndose justificado el carácter hereditario, los herederos que han comparecido tienen la posesión de la herencia y suceden al difunto en la posesión y propiedad que éste tenía, conforme al artículo 3.413 del Código Civil".

Con el auto que haga esa declaración se estará autorizado para ejercer cualquier acción posesoria o petitoria, sin que pueda exigirse la posesión material de los bienes, que al-

gunos jueces han pretendido es requisito indispensable, confundiendo la posesión hereditaria con la posesión material, pues esta última, si el heredero no la tiene, debe obtenerla o por un interdicto posesorio, o por la acción reivindicatoria correspondiente, entablado el juicio ante el juez que corresponda al fuero del demandado o detentador de los bienes.





42. — Acción de petición de la herencia. Su objeto. Acción principal y acción accesoria. — 43. — Restitución de los bienes. Poseedor de buena y de mala fe. Indemnizaciones.

*42.—Acción de petición de herencia.—Su objeto.—Acción principal y acción accesoria.*

Al lado de las acciones posesorias concedidas al heredero, se encuentran las petitorias. Entre éstas existe la llamada “acción de petición de herencia”.

La acción de petición de herencia es la que se concede al heredero para que reclame la universalidad de los bienes que componen la herencia, contra un pariente de grado más remoto que ha entrado en posesión de ella, por ausencia o inacción de los parientes más próximos, o bien contra un pariente del mismo grado, que rehusa reconocerle la calidad de heredero, o que pretende ser también llamado a la sucesión en concurrencia con él (artículo 3.423).

En caso de inacción del heredero legítimo o testamentario, la acción corresponde a los parientes que se encuentran en grado sucesible, y el que la intente no puede ser repulsado por el tenedor de la herencia porque existan otros parientes más próximos (art. 3.424).

La acción de petición de herencia tiene un doble objeto:

1º Que se reconozca al demandante su calidad de heredero.



2º Que se le entregue la totalidad o parte de los bienes.

Así, Pedro, hermano de Juan, ha sido declarado su único heredero, y como tal toma posesión de los bienes. Posteriormente Diego, que sostiene ser hijo natural de Juan, demanda a Pedro para que le entregue los bienes, fundado en que el hijo natural excluye a los colaterales.

La acción que corresponde al hijo natural es la de petición de herencia.

Se ha discutido mucho si la acción de petición de herencia es personal o real. La cuestión sería importante, no en cuanto se refiere a la terminología o tecnicismo jurídico, sino por las consecuencias que de su solución se desprenden. Las acciones personales se prescriben por el mero transcurso del tiempo, mientras que las acciones reales requieren tiempo y posesión.

De manera que sería importante conocer, a los efectos de la prescripción, si la acción de petición de herencia es personal o es real.

Según nuestro Código ¿de qué naturaleza es esta acción?

Las opiniones se han dividido: para unos es real, para otros personal, y hay quien sostiene que ex mixta. Nosotros aplicamos la teoría de las acciones principales y accesorias. Participa de la naturaleza de las acciones personales de estado, en cuanto requiere la justificación de la calidad hereditaria, y es real cuando, justificada esa calidad, se reclama la entrega de bienes determinados.

En el ejemplo dado, el hijo natural que acciona por petición de herencia ¿qué es lo que debe probar primero? Su calidad hereditaria, es decir, la filiación natural. Declarada ésta, recién se entrará a considerar su derecho a los bienes en todo o en parte y si ha perdido el dominio por haber dejado transcurrir el tiempo para la prescripción adquisitiva.

De modo que la acción de petición de herencia comprende dos cuestiones:

1º Una principal: ¿es o no es heredero el demandante?



2º Otra accesoria: ¿debe el demandado entregarle o no los bienes?

En el ejemplo mencionado el hijo natural puede triunfar en la primera faz del proceso; pero si han transcurrido treinta y cinco años desde que el hermano del causante está disfrutando de los bienes, éste los habrá adquirido por la prescripción treintenaria y el hijo natural perderá el pleito en su segunda faz, quedando en la situación del heredero sin herencia.

Si el heredero es del mismo grado, como si al fallecimiento del causante quedan dos hermanos, de los cuales uno está ausente, sin saberse dónde se encuentra, y el otro toma posesión de los bienes como único heredero, a la presentación del heredero ausente la acción de petición de herencia se transforma en acción de partición, en el sentido de que la herencia se divide entre los dos hermanos que concurren a la sucesión.

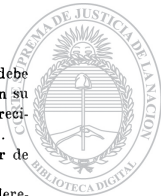
Si el que entabla la acción de petición de herencia es heredero de único grado y el que está poseyendo lo es de un grado ulterior, en realidad la acción viene a funcionar como acción reivindicatoria: el demandado debe entregar todos los bienes de la herencia.

Por último, si los poseedores de la herencia son terceros, como si a la muerte del causante, no apareciendo herederos, un extraño se posiona de los bienes y los usufructúa como los propios, el heredero ¿qué acción tiene? No la de petición de herencia, porque ésta se entabla contra el que está poseyendo a título de heredero, sino la acción reivindicatoria.

En efecto, el heredero se hace previamente declarar tal y con este título se presenta contra el tercero, entablando la acción reivindicatoria del bien, en la que triunfará, siempre que el causante haya tenido título suficiente.

*43.—Restitución de los bienes.—Poseedor de buena fe o de mala fe.—Indemnizaciones.*

Si el heredero vence en la segunda faz de la acción de petición de herencia, en el sentido de que deban entregár-



sele los bienes de la sucesión, el tenedor de la herencia debe entregársela con todos los objetos hereditarios que estén en su poder y con las accesiones y mejoras que ellos hubiesen recibido, aunque sean por el hecho del poseedor (art. 3.425).

Hay que hacer una distinción: según que el poseedor de la herencia sea de buena o mala fe.

Es de buena fe cuando por error de hecho o de derecho se cree legítimo propietario de la sucesión cuya posesión tiene. Los parientes más lejanos, que toman posesión de la herencia por la inacción del pariente más próximo, no son de mala fe, por tener conocimiento de que la sucesión le ha sido deferida a este último. Pero son de mala fe cuando, conociendo la existencia del pariente más próximo, saben que no se ha presentado a recoger la sucesión porque ignoraba que la sucesión le fuese deferida (art. 3.428).

A la muerte del causante — supóngase — quedan varios tíos y un primo hermano lejano. Aquéllos, sabiendo que la herencia les es deferida, no comparecen. Por su parte, el último, se presenta y solicita ser declarado heredero. A falta de los demás, el juez dicta la declaratoria en su favor y entra en posesión de los bienes. Es poseedor de buena fe y, como tal, goza de ciertas ventajas en caso de tener que restituir los bienes. La ley lo protege, porque, habiendo sido negligentes los demás herederos, deben cargar con las consecuencias.

No será considerado de buena fe si conoce que los verdaderos herederos no han concurrido a tomar la herencia por no saber que les fuese deferida. En la práctica este caso difícilmente ocurre, porque a la presentación de uno de los herederos y a la manifestación de que existen otros anteriores, el juez los notifica para que a su vez se presenten a tomar la intervención que les corresponde.

La distinción entre poseedor de la herencia de buena o de mala fe tiene importancia en cuanto a los frutos y mejoras hechas y en cuanto a las indemnizaciones por pérdida o deterioro de los objetos hereditarios.

En lo que respecta a los frutos de la herencia y a las



mejoras hechas en las cosas hereditarias, se observará lo dispuesto en el Título correspondiente (art. 3.427). Es decir, si es poseedor de buena fe, debe restituir los frutos percibidos únicamente desde el día en que se le hizo saber la demanda y los que por su negligencia hubiese dejado de percibir pero no los que el demandante hubiera podido percibir (art. 2.433). En cambio, si es poseedor de mala fe, está obligado a entregar o pagar los frutos de la cosa que hubiese percibido y los que por su culpa hubiera dejado de percibir, así como también responde de los frutos civiles que habría podido producir una cosa no fructífera, si el propietario hubiese podido sacar de ella un beneficio (artículos 2.438 y 2.439).

En caso de pérdida o deterioro de las cosas hereditarias, también hay que distinguir entre poseedor de buena o de mala fe, a los efectos de la indemnización.

El poseedor de buena fe de la herencia no debe ninguna indemnización por la pérdida o por el deterioro que hubiese causado a las cosas hereditarias, a menos que se hubiese aprovechado del deterioro, y en tal caso por sólo el provecho que hubiese obtenido.

En cuanto al poseedor de mala fe, está obligado a reparar todo daño que se hubiese causado por su hecho. Está también obligado a responder de la pérdida o deterioro de los objetos hereditarios ocurridos por caso fortuito, a no ser que la pérdida o deterioro hubiese igualmente tenido lugar si esos objetos se hubieran encontrado en poder del heredero (art. 3.426).

El heredero tiene acción no sólo para reclamar las cosas que le corresponden, sino también para que se le entreguen aquellas cosas de que el difunto era mero tenedor, como depositario, comodatario, etc., y que no se hubiesen devuelto legítimamente a sus dueños (art. 3.422).

---





## CAPITULO IX

44. — Actos del heredero aparente poseedor de la herencia con relación a terceros. Actos de administración. — 45. — Validez de los actos de enajenación (artículo 3.430); ¿qué requisitos exige el Código? Fundamento de la solución. — 46. — ¿Puede existir una mejor solución legal?

*44.—Actos del heredero aparente poseedor de la herencia con relación a terceros.—Actos de administración.*

¿Qué se entiende por heredero aparente?

Todo aquel que, estando en posesión de la herencia, es considerado como verdadero propietario y sucesor, sin serlo en realidad.

Colocado en esta situación de hecho y de derecho, el heredero aparente puede ejecutar actos con relación a los bienes que componen la herencia. Estos actos pueden ser de administración o de enajenación.

Si se trata de actos de administración, la ley establece que son válidos y el heredero está obligado a respetarlos, sea el poseedor de buena o de mala fe (art. 3.429). Los actos de administración son generalmente actos de simple vigilancia y conservación, que hubiera debido ejecutar también el verdadero heredero, y en los que no es necesario proceder con un criterio estricto, revisando todos los antecedentes que acrediten si verdaderamente es o no heredero.

Muerto el causante, abierta la sucesión y reconocido el heredero, éste puede ejecutar los actos de administración:



cobrar alquileres, hacer reparaciones, etc. Los inquilinos o arrendatarios no entran a averiguar si realmente aquel a quien pagan es o no el verdadero heredero; les basta con que presente dicho carácter. Pero bien puede no serlo, y la ley ha tenido que contemplar esa situación estableciendo que, sea el heredero de buena o mala fe, los actos de administración están bien hechos y el verdadero heredero debe respetarlos.

45.—*Validez de los actos de enajenación (art. 3.430); ¿qué requisitos exige el Código?*

Los actos de enajenación efectuados por el heredero aparente ¿son válidos?

Según el artículo 3.270, nadie puede transmitir a otro sobre un objeto un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiriera.

Siguiendo este principio general, si el heredero aparente hace una enajenación, el tercer adquirente habría hecho una adquisición de persona no propietaria; y no pudiendo adquirir un derecho mejor ni más extenso que el que aquel tenía, el verdadero heredero tendría acción para reivindicar el bien.

Esta solución es una consecuencia del principio romano: *nemo dat quod non habet*; nada da el que nada tiene. Esta regla garantiza el derecho de propiedad. El propietario de una cosa, aun cuando no ejerza su derecho, no puede ser privado de ella. Cualquiera que la enajene hará una enajenación a *non domino*, sin tener el dominio; y el que adquiriera, adquirirá mal.

Tratándose de la sucesión, el Código se aparta de ese principio absoluto. Las consecuencias de las enajenaciones hechas por el heredero aparente constituyen una excepción al principio general del artículo 3.270.

El artículo 3.430 establece que los actos de enajenación



de los bienes inmuebles que hubiese hecho el poseedor de la herencia son válidos respecto al heredero, siempre que se cumplan ciertos requisitos.

¿Cuáles son esos requisitos?

Se refieren a los tres elementos en que toda enajenación puede dividirse: las personas, el acto y el bien que se transmite.

1º Las personas que intervienen en la enajenación son el heredero aparente y el tercer adquirente.

El heredero aparente debe ser pariente del difunto en grado sucesible y haber tomado la herencia en esa calidad, por ausencia o inacción de los parientes más próximos.

Parientes en grado sucesible son, según nuestra ley, los ascendientes, descendientes y los colaterales hasta el 6º grado. Puede agregarse a este efecto el cónyuge.

Si se trata de un extraño instituido heredero por un testamento que llega a ser anulado, las enajenaciones hechas por el primero ¿son válidas con relación al verdadero heredero?

De estar estrictamente al artículo 3.430 no serían válidas, porque establece como condición esencial que se trate de un pariente en grado sucesible, y el extraño no lo es.

Sin embargo, el principio dominante de la materia no es que se requiera como condición indispensable la calidad de pariente en grado sucesible. El Código usa esta expresión, porque los parientes en grado sucesible son los que exteriorizan generalmente con más eficacia sus derechos a la herencia. Pero una vez declarada su calidad de herederos, están en la misma situación que el extraño que por testamento válido, emanado de la voluntad del causante, es también heredero. Además, el sucesor testamentario no puede estar en situación inferior al sucesor ab intestato pariente del difunto en grado sucesible. Este hereda en virtud de la ley, que suple la voluntad del causante; aquél, por voluntad propia del testador.

La nueva jurisprudencia de los tribunales franceses es uniforme en el sentido de que los actos del heredero son



válidos, ya se refieran al pariente en grado sucesible o al extraño instituido por testamento. Esto último a condición de que el testamento no contenga vicio o defecto que pudiera ser conocido por el tercer adquirente. Si éste, examinando el testamento, hubiera podido conocer el vicio que lo invalidaba, se considera que ha habido culpa o negligencia de su parte, y ya no puede ser amparado por la ley.

¿Se requiere buena fe de parte del heredero aparente? No, dice la ley; el acto es válido respecto de terceros, tenga o no buena fe el poseedor de la herencia; es decir, sepa o no que es el verdadero heredero.

El tercer adquirente ¿qué condición debe revestir?

La ley exige un requisito único: la buena fe.

Esta buena fe consiste en la creencia de que el heredero aparente es el verdadero dueño de la cosa, creencia sin duda alguna. Porque si tiene una duda respecto de que el enajenante es o no propietario, se le considera de mala fe.

Así, si al efectuar la adquisición el tercero observa todas las precauciones necesarias para convencerse de la bondad de la transmisión, nada importa que después se descubra que haya habido un error o vicio que ha escapado a todos. Ello no influye en la validez de la adquisición efectuada con completa buena fe. El tercero que ha adquirido del heredero aparente en esas condiciones ha adquirido bien, aunque posteriormente se descubra que el testamento o declaratoria no eran válidos.

2º En cuanto al acto, es decir, a la transmisión en sí, la ley establece como requisito que debe ser a título oneroso.

Las enajenaciones a título gratuito — donaciones — dan acción reivindicatoria al verdadero heredero. No hay razón en perjudicarlo. Entre el que quiere evitarse un perjuicio — el verdadero heredero — y el que quiere conservar un lucro — el donatario — la ley opta por proteger al primero.

Pero si se trata de una enajenación a título oneroso, es válida.

El heredero aparente, al enajenar un bien de la sucesión, puede hacerlo en varias formas: particularmente, con-



viniendo el precio con el comprador y efectuando la escritura correspondiente; en subasta pública, al mejor postor; o en subasta judicial, es decir, ordenada por juez competente. En todos estos casos, el tercer adquirente adquiere bien.

La enajenación en estas condiciones es perfectamente válida y el verdadero heredero sólo tiene acción contra el heredero aparente para que le restituya el precio recibido, si es poseedor de buena fe, y para que le indemnice del perjuicio que la enajenación le haya causado, si es de mala fe.

3º En cuanto al bien que se transmite, puede ser mueble o inmueble.

Respecto de los muebles existe la regla de que la posesión vale por título (art. 2.412), salvo que se tratare de bienes robados o perdidos; luego, no hay acción reivindicatoria. Además, el artículo 3.271 establece que la disposición del artículo 3.270 — que nadie puede transmitir a otro sobre un objeto un derecho mejor ni más extenso que el que gozaba — no se aplica al poseedor de cosas muebles.

Tratándose de inmuebles, siendo la enajenación a título oneroso, tampoco hay acción reivindicatoria.

En síntesis, los requisitos que establece la ley en su artículo 3.430, para apartarse de la regla general en materia de dominio, son:

1º Que el enajenante sea pariente del difunto en grado sucesible;

2º Que el tercer adquirente sea de buena fe;

3º Que se trate de una enajenación a título oneroso;

4º Que el bien sea inmueble.

A los muebles se aplica la regla de los artículos 2.412 y 3.271.

#### *Fundamento de la solución.*

La regla del artículo 3.430 ¿no significa una violación al principio que establece que la propiedad debe ser respetada en absoluto?

¿Cómo es posible que perteneciendo el dominio al ver-



dadero' heredero la enajenación hecha por el heredero aparente sea válida? ¿No implica ello destruir el derecho de propiedad?

Cierto es que el heredero aparente responde por el precio recibido; pero puede ocurrir que haya dilapidado ese dinero y se encuentra en estado de insolvencia.

¿Cuáles son las razones que han inducido a la ley a establecer esta regla de que la enajenación hecha por el heredero aparente es válida?

Los jurisconsultos han tratado de explicarla por la aplicación de la máxima *error communis facit jus*, el error común crea el derecho, máxima cuyo origen, erróneamente, se atribuye al derecho romano, siendo así que corresponde al antiguo derecho francés.

Esa expresión no se encuentra en ninguno de los textos romanos, si bien existen algunos pasajes que corresponden a la misma idea, como la famosa ley Barbarius Philippus (Ley 3, Digesto, De officio prætorum, 1, XIV), que validaba los actos del pretor que había desempeñado su cargo siendo esclavo, pero ignorando su estado.

El principio del *error communis facit jus* ha sido tomado para fundamentar el derecho del que transmite los bienes de la herencia sin ser el verdadero heredero.

El adquirente se encuentra frente a una persona que ha sido declarada heredera por el juez. Exhibe un título insospechable y está en posesión de los bienes. Todo induce al adquirente a creer que trata con el verdadero dueño.

¿Es posible, entonces, que en esas condiciones sufra un perjuicio en la transmisión?

Dos circunstancias se oponen a ello: 1º, el error invencible de su parte; y 2º, su buena fe.

En este caso el derecho de propiedad tiene que caer. ¿Por qué? Porque dentro de la organización civil moderna es una condición fundamental la estabilidad de los derechos, la necesidad de que exista seguridad de que lo que se adquiere de acuerdo con la ley y dentro de los medios posibles de investigación propia, es cierto y eficaz.



Y en este sentido, la excepción que al principio establece el artículo 3.430 es justa y equitativa.

46.—¿Puede existir una mejor solución legal?

¿Podría hallarse una solución mejor que la establecida en el artículo 3.430?

Toda solución jurídica puede regirse por tres principios: uno de lógica, otro de equidad y otro de utilidad social.

El propietario no puede ser privado de su propiedad, dice la ley, sino por un acto emanado de sí mismo; nadie puede transmitir un derecho mejor ni más extenso que el que tenía sobre la cosa (art. 3.270).

Tal es el principio lógico de la ley. Pero al lado de la lógica se encuentra la equidad. De aplicar estrictamente la regla del artículo 3.270, se llegaría al adagio romano *dura lex sed ley*. No debe ser así. El legislador, al establecer una disposición, debe comprobar si efectivamente llena en todos los casos el fin social a que obedece; de lo contrario, debe hacer intervenir el principio de equidad.

Es lo que ocurre con la situación de los bienes enajenados por el heredero aparente en presencia del verdadero y posterior heredero.

Plantéese el caso. A la apertura de la sucesión el verdadero heredero no se ha presentado, ha quedado inactivo. Un pariente más lejano acude ante el juez y solicita la declaratoria de heredero, que se le concede, y como heredero declarado por la justicia enajena los bienes; un tercero los compra de buena fe y los paga con su dinero.

Al presentarse el verdadero heredero, el principio de lógica determina que como nadie puede transmitir un derecho mejor que el que tenía, debe concederse la reivindicación y los bienes deben ser devueltos al verdadero propietario. ¿El tercero se perjudica? Nada importa, porque *nemo dat quod non habet*. Pero la ley no puede prestar su adquiriescencia para permitir que se engañe a todo el mundo; tiene la



obligación de conservar la estabilidad de los derechos, y así lo exige la equidad.

La ley contempla esa situación y establece que no es posible perjudicar en esos casos al tercer adquirente. Y basándose en el error invencible y la buena fe, no concede acción reivindicatoria. El principio de equidad triunfa sobre el principio lógico.

Entre el interés del verdadero heredero negligente y el del tercer adquirente, que ha comprado en virtud del error invencible y con buena fe, la ley ampara a este último.

Cabe preguntar, sin embargo: ¿por qué en el afán de amparar al uno sacrifica al otro? ¿No habría algún resorte legal que impidiera el perjuicio que se irroga al verdadero heredero?

En realidad, la cuestión es sencilla. Los compradores necesitan que la ley les garantice la efectividad de la compra, de manera que nadie pueda ser despojado de lo adquirido. La ley les da esa garantía, bajo ciertas condiciones en el art. 3.430. Pero la da gratuitamente, sin asegurar la indemnización al verdadero heredero. Para remediar este mal, el derecho moderno crea la indemnización por el Estado, a base de un pequeño impuesto. De manera que todo el que compra una finca de un heredero y quiera tener la seguridad plena y completa de que no va a ser molestado, que contribuya al fondo común con una pequeña cuota. El producido de esta contribución forma un fondo especial, que se aplica a indemnizar al verdadero heredero en el caso de que éste no pueda conseguirlo del heredero aparente. En esta forma no hay perjuicio para nadie. Tal es la solución a que se llega aplicando el principio de la utilidad social, que tiene que considerar y amparar todos los intereses en juego.

En la época en que se dictó el Código, el principio del artículo 3.430, tomado de Aubry y Rau, era el más adelantado, porque regía exclusivamente la regla del derecho romano, de que nadie puede transmitir un derecho mejor o más extenso del que tiene.

En la época actual, en que existe un Registro de la





Propiedad y otras instituciones que no se conocían al tiempo de dictarse el Código Civil, indudablemente el verdadero sistema que debe adoptarse es el que se acaba de exponer, es decir, una especie de seguro legal a que deben contribuir todos los adquirentes.

En tal forma se satisfaría el interés de los unos y de los otros; a nadie se perjudicaría, con lo cual se llenaría el último y más adelantado principio de la utilidad social, que, en este caso, debe primar sobre los de la lógica y la equidad.

#### *Obligaciones del heredero.*

El heredero debe cumplir las obligaciones que gravan la persona y el patrimonio del difunto y las que nacen de la transmisión misma de ese patrimonio, o que el difunto ha impuesto al heredero en esta calidad (art. 3.431).

La expresión “gravan la persona” no debe tomarse en un sentido muy amplio. Existen obligaciones que corresponden a la persona en sí y que desaparecen cuando ésta muere, especialmente aquellas de índole penal, que, sin embargo, pueden hacerse efectivas sobre el patrimonio. Tales son las multas.

Existen multas de orden civil y multas de orden penal. Las primeras se refieren generalmente al atraso en el cumplimiento de las obligaciones por impuestos. La falta de pago del impuesto de contribución directa en la época fijada por el Estado para hacerlo, da lugar a un recargo de un tanto por ciento, en calidad de multa. Lo mismo pasa con otros impuestos. En los contratos suele establecerse también multas, que funcionan como cláusulas penales. Todas estas multas de orden civil, a que estaba obligado el causante, debe pagarlas el heredero.

Las multas de orden penal son aquellas que se refieren a infracciones a las leyes generales o especiales, en que está interesado el orden público y la moral social, y que se ejercitan o se reclaman ante la jurisdicción criminal.

Estas multas no debe pagarlas el heredero. ¿Por qué



Porque ha desaparecido el fundamento, el motivo que tenía la ley para imponerlas.

El artículo 3.431 dice “las obligaciones que gravan la persona y el patrimonio del difunto”. Ha seguido el criterio romano. Pero éste entendía que el heredero sólo debía responder de aquellas obligaciones verdaderamente patrimoniales. Y así debe ser. De tal manera que la expresión citada debe entenderse en el sentido de que las obligaciones personalísimas del causante no deben ser cumplidas por el heredero.

*Derecho de los acreedores del de cujus.—Medios de ejecución.*

Los acreedores del causante ¿qué derechos tienen contra el heredero?

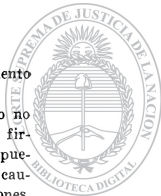
Gozan contra él de los mismos medios de ejecución que tenían contra el difunto y los actos ejecutorios contra el difunto lo son igualmente contra el heredero (art. 3.432).

Dentro de la forma como se constituyen las obligaciones existen algunas que son exigibles de inmediato, por un procedimiento breve y sumario. Tales son las constituidas a base de una cantidad líquida y exigible y que consta en instrumento público o privado. Producen lo que en derecho procesal se denomina acción ejecutiva. En cambio, las demás necesitan ser discutidas, rendirse la prueba y recién después de dictada la sentencia se entra al procedimiento de apremio.

A la muerte del causante, el poseedor de uno de esos documentos que producen acción ejecutiva de inmediato contra el difunto ¿puede proceder contra los herederos por la misma vía ejecutiva que contra el causante?

Sí, dispone la ley: los títulos ejecutorios contra el difunto lo son también contra el heredero.

Pero dentro de estos títulos ejecutivos hay que distinguir. Algunos producen la acción ejecutiva de inmediato: son los que resultan de instrumentos públicos. Para otros



es necesario preparar la vía ejecutiva por el reconocimiento de la firma: tales son los instrumentos privados.

El heredero es quien debe declarar si la firma es o no auténtica, en el caso de tratarse de documentos privados firmados por el causante. Pero la ley establece que aquél puede limitarse a decir que ignora si la firma es o no del causante. De ahí que sistemáticamente, en todas las sucesiones, los herederos adopten esa norma, lo cual trae como consecuencia que no proceda la vía ejecutiva y que haya que entablar la acción ordinaria, imponiendo la carga de la prueba y los gastos sobre el actor.

Este procedimiento implica para el acreedor una serie de gastos en peritos calígrafos, sellos, honorarios, etc., para demostrar la legitimidad del crédito. Estos gastos constituyen para él un perjuicio, producido única y exclusivamente porque el heredero no fué bastante diligente en dar una respuesta categórica y decir si efectivamente la firma era del causante.

Hubiera sido mejor establecer que, en caso de que el heredero alegara no saber si la firma es o no del causante, y entablado el juicio se demuestra la autenticidad de dicha firma, los gastos fueran exclusivamente a su cargo.

En la provincia de Buenos Aires la última jurisprudencia ha establecido que cuando se trata de letras de cambio o pagarés a la orden que han sido debidamente protestados, si el heredero manifiesta que no sabe si la firma es auténtica, y luego demuestra que lo es, las costas del juicio son a cargo de la sucesión. Esta disposición se funda en que, según los términos expresos que rigen la letra de cambio, una vez efectuado el protesto el deudor está obligado a pagar los gastos de protesto, etc. De ahí que, si se trata de otra clase de obligaciones, se aplica el criterio común y ordinario: las costas en el orden causado.



47. — Separación de patrimonios. Definición. — 48. — ¿Quién puede pedirla? — 49. — ¿Contra quién se pide? — 50. — ¿Qué bienes comprende? — 51. — ¿Cuáles son sus efectos?. — 52. — ¿Cuándo se pierde el beneficio?

*47.—Separación de patrimonios.—Definición.*

La separación de patrimonios es una medida de seguridad que la ley concede a los acreedores de la herencia para obtener el medio de ser pagados con preferencia a los acreedores del heredero.

Una vez que el heredero acepta la herencia pura y simplemente, se produce la confusión de los patrimonios. Todo lo que el causante debía lo debe el heredero. Todo lo que éste debe se puede hacer efectivo sobre los bienes heredados. El patrimonio del heredero viene a componerse de sus bienes propios y de los que ha heredado del causante.

Esto puede perjudicar a los acreedores de la sucesión, porque en principio los bienes del deudor forman la prenda común de los acreedores. Cualquiera de éstos puede embargarlos y sobre ellos cobrar su crédito respectivo.

En el caso de la sucesión puede ocurrir que el causante tenga una situación económica buena, o por lo menos en que el activo y el pasivo fueran equivalentes, mientras que, a la inversa, el heredero esté en un estado de insolvencia notoria.

Al confundirse los patrimonios resulta que los acreedo-



res de la herencia concurren conjuntamente con los del heredero; y si los bienes no alcanzan a cubrir todas las deudas, perciben una cantidad menor de la que hubieran percibido en caso de no haberse producido el fallecimiento. Evidentemente, resultan perjudicados.

La ley establece un medio, en virtud del cual los acreedores hereditarios pueden evitar esta situación desfavorable: consiste en solicitar la separación de patrimonios, es decir, el establecimiento de una línea divisoria entre los bienes de la herencia y los propios del heredero.

En efecto, todo acreedor de la sucesión — dice el artículo 3.433 — sea privilegiado o hipotecario, a término o bajo condición, o por renta vitalicia, sea su título bajo firma privada o conste de instrumento público, puede demandar contra todo acreedor del heredero, por privilegiado que sea su crédito, la formación de inventario y la separación de los bienes de la herencia de los del heredero, con el fin de hacerse pagar con los bienes de la sucesión con preferencia a los acreedores del heredero. El inventario debe ser hecho a costa del acreedor que lo pidiere.

Efectuado el inventario de los bienes, éstos quedan individualizados. Sobre ellos los acreedores de la herencia cobran primero. Si queda algo, es repartido a prorrata entre los acreedores del heredero.

Esta institución es de origen romano. Existía allí la llamada *separatio bonorum*, que era una especie de rescisión ficticia de la aceptación, por la cual se consideraba que los acreedores continuaban teniendo al difunto por deudor y no al heredero, a quien habían rehusado aceptar como tal.

En el derecho moderno no se admiten tales ficciones. El heredero es propietario de la herencia. Pero, dentro de la propiedad que tiene de esos bienes y de los suyos propios, la ley permite se trace una línea de separación: por un lado lo afectado exclusivamente a las deudas del causante, y por el otro lo afectado a las del heredero.



48.—¿Quién puede pedirla?

Pueden pedir la separación de patrimonios:

1º Los acreedores de la sucesión, de cualquier calidad que sean: privilegiados o hipotecarios, a término, o bajo condición, o por renta vitalicia, sea el título bajo firma privada o conste de instrumento público; y aunque sus créditos no sean actualmente exigibles, o aunque sean eventuales o sometidos a condiciones inciertas (arts. 3.433 y 3.434).

Igualmente el acreedor que sólo es heredero del difunto en una parte de la herencia puede demandar la separación de los patrimonios (art. 3.435).

2º Los legatarios (art. 3.436), con excepción de los de cosas ciertas, porque éstos no tienen necesidad de establecer una línea divisoria: son propietarios de la cosa, desde el momento de la muerte del autor de la sucesión.

La separación de los patrimonios puede ser demandada en todos los casos que convenga al derecho de los acreedores.

Estos pueden demandar la separación del patrimonio del deudor, del patrimonio del fiador, cuando el deudor ha heredado al fiador, y si el fiador ha heredado al deudor, los acreedores pueden demandar la separación del patrimonio del deudor del patrimonio del fiador (artículo 3.444).

¿Pueden pedir la separación los acreedores del heredero?

El Código les niega acción: los acreedores del heredero no pueden pedir la separación de los patrimonios contra los acreedores de la sucesión (art. 3.487).

Se da como razón que para los acreedores del heredero nada ha cambiado. Tienen siempre el mismo deudor. Es cierto que aparecen nuevas deudas, pero se sostiene que nada impide a un deudor insolvente contraer nuevas obligaciones. Es el principio del derecho romano.

49.—*Contra quién se pide?*

La separación de patrimonios puede ser pedida contra todo acreedor del heredero, por privilegiado que sea su crédito (art. 3.433).



Puede suceder que los acreedores de la herencia no sepan quiénes son los acreedores del heredero. Estos pueden presentarse sin que llegue a conocimiento de aquellos. En este caso los acreedores hereditarios tienen derecho para solicitar la separación de patrimonios contra el heredero mismo. La razón es que ejercitan una acción a título conservatorio, por si después aparecieran los acreedores del heredero.

Esta solución no ofrece ninguna dificultad: no perjudica al heredero, desde que los gastos que irroga el inventario, serán a cargo del acreedor que lo pidiere (artículo 3.433 *in fine*).

Además, la separación de patrimonios puede ser demandada colectivamente contra todos los acreedores del heredero, o individualmente contra alguno o algunos de ellos, o colectivamente contra toda la herencia, o respecto de cada uno de los bienes de que ella se compone (art. 3.438).

*50.—¿Qué bienes comprende?*

En principio, comprende todos los bienes de la sucesión. Se sigue la teoría general de que los bienes del deudor forman la prenda común de sus acreedores.

Pero existen en materia hereditaria ciertos bienes de naturaleza dudosa, que están y no están en la sucesión.

La ley da una regla especial respecto de ellos y establece que constituyen una excepción al principio general.

Esos bienes son:

1º Los colacionables, es decir, los que el causante ha donado en vida a uno de sus herederos forzosos. La ley establece que deben entrar en la sucesión sólo a los efectos de la partición, no pudiendo ser afectados por la separación de patrimonios (art. 3.441).

2º Los que proviniesen de una acción para reducir una donación entre vivos (art. 3.441). Como en el caso de los bienes colacionables, entran en la masa al solo efecto de la partición, pero no pueden ser incluidos en la separación de patrimonios.



Existen otras excepciones al principio general de que todos los bienes de la sucesión deben estar incluidos en la acción de separación de patrimonios; y son las siguientes:

3º Cuando la acción es ejercida tardíamente, por haberse demorado, y en el intervalo de tiempo el heredero ha vendido los bienes muebles e inmuebles de la sucesión, habiendo recibido el precio.

Como el dinero no puede ser separado y establecerse cuál corresponde a uno y otro haber, no es posible ejercer la acción de separación de patrimonios.

En este sentido, el artículo 3.440 establece que si el heredero hubiese enajenado los inmuebles o muebles de la sucesión, antes de la demanda de separación de patrimonios, el derecho de demandarlos no puede ser ejercido respecto de los bienes enajenados, cuyo precio ha sido pagado. Pero la separación de patrimonios puede aplicarse al precio de los bienes vendidos por el heredero, cuando aún es debido por el comprador; y a los bienes adquiridos en reemplazo de los de la sucesión, cuando constase el origen y la identidad.

Por ejemplo, si el heredero ha vendido una finca, y no ha recibido aún el precio, el acreedor hereditario puede dirigirse al juez pidiendo se notifique al escribano, que el dinero que va a entregar el comprador, debe depositarlo a la orden judicial. Queda así individualizado ese dinero, y no puede confundirse con el del heredero.

Igualmente cuando con el producto de la venta de un bien se compra otro, haciendo constar en el título la identidad del dinero.

4º Cuando se trata de bienes muebles de la herencia que han sido confundidos con los muebles del heredero, sin que sea posible reconocer y distinguir los unos de los otros (art. 3.442).

El causante tenía mil bolsas de trigo en su estancia, y el heredero las hace trasladar a una estancia suya, en donde se confunden con las propias. No es posible entonces individualizar esas mil bolsas: luego no procede respecto de ellas la separación de patrimonios.





Se presenta ahora una cuestión práctica. \

El heredero es propietario de los bienes. En calidad de tal puede venderlos y una vez recibido el precio, ya no hay lugar a la separación de patrimonios. Puede ocurrir, entonces, que cuando los acreedores pidan la separación de patrimonios, el heredero se apresure a vender los bienes, impidiendo así el ejercicio del derecho de aquéllos.

Para evitar esto es indispensable un recurso, en virtud del cual una vez entablada la acción de separación de patrimonios, el heredero no pueda enajenar.

Dentro del orden procesal, cuando un acreedor se presenta ejecutando su crédito, la ley le permite que pida el llamado “embargo preventivo”, para que el deudor no pueda enajenar los bienes.

Ese embargo está sujeto a ciertos requisitos: es necesario que se justifique la firma de la obligación con una información sumaria de dos testigos o que el crédito resulte de los libros de comercio del deudor llevados en debida forma, etc.

Tratándose de la separación de patrimonios, institución de fondo, el Código Civil establece que los acreedores y legatarios pueden pedir todas las medidas conservatorias de sus derechos (art. 3.443), a objeto de no ser burlados por los herederos.

Todas estas medidas conservatorias, pedido de inhibición para que no se puedan vender inmuebles, o que no se permita la extracción de fondos, o la expedición de guías para los ganados, etc., deben ser decretadas por el juez, con la sola petición del acreedor, porque así lo exige la naturaleza de la institución, si bien la ley procesal no dice nada al respecto.

Los derechos que se declaran en el Código Civil no deben ser meramente teóricos. No es posible que la ley diga que se puede demandar la separación de patrimonios, y que después ésta no pueda hacerse efectiva. Si el Código establece que el acreedor tiene la facultad de pedir las medidas



conservatorias, el juez debe decretarlas sin más trámite, porque hay más peligro en negarlas que en concederlas.

Sin embargo los tribunales no lo entienden así. Como el Código de Procedimiento nada dice sobre la separación de patrimonios, se atienen a los principios y requisitos del embargo preventivo. De ahí que lo que pasa prácticamente, es que nadie pida la separación de patrimonios, porque resulta inútil. El acreedor prefiere valerse del recurso de obtener, por el cobro de su crédito, el embargo preventivo común y ordinario, sin solicitar la separación de patrimonios.

La separación de patrimonios comprende los frutos naturales y civiles que los bienes hereditarios hubiesen producido después de la muerte del autor de la sucesión, con tal que su origen e identidad se encuentran debidamente comprobados (art. 3.439). Los efectos de la separación se retrotraen al día de la apertura de la sucesión, y por tanto el heredero no ha podido adquirir para su patrimonio los frutos de los bienes de la herencia. Se sigue el principio *fructos augent hereditatem*.

51.—¿Cuáles son sus efectos?

La separación de patrimonios crea a favor de los acreedores del difunto un derecho de preferencia en los bienes hereditarios, sobre todo acreedor del heredero de cualquier clase que sea (art. 3.445), con objeto de que cobren antes que éstos.

Además, los acreedores y legatarios que hubiesen demandado la separación de los patrimonios, conservan el derecho de entrar en concurso sobre los bienes personales del heredero con los acreedores particulares de éste, y aún con preferencia a ellos, en el caso en que la calidad de sus créditos los hiciese preferibles. Y los acreedores del heredero conservan su derecho sobre lo que reste de los bienes de la sucesión, después de pagados los créditos del difunto (artículo 3.446).

El concepto sobre los efectos de esta institución, ha evo-



lucionado desde el derecho romano, presentando tres sistemas:

1º Teoría de Ulpiano: Los acreedores de la herencia se cobran sobre los bienes de la herencia; los del heredero, sobre los bienes de éste. Ambos créditos quedan completamente separados.

2º Papiniano hizo una modificación a esa teoría, en el sentido de que si los acreedores de la herencia no alcanzaban a cobrar sus créditos sobre los bienes hereditarios, podían ir contra los bienes del heredero, una vez cubiertos los acreedores de éste.

3º Sistema del Código francés: establece que los acreedores de la herencia se cobran sobre los bienes de la herencia, y si no alcanzaran, por el saldo concurren conjuntamente con los acreedores del heredero, sobre los bienes de éste.

Nuestro Código sigue el sistema del Código francés, en los artículos 3.445 y 3.446.

¿Cuál es su fundamento?

Como se ha visto, según los artículos 3.445 y 3.446, el acreedor del heredero no goza de los mismos derechos que el acreedor de la herencia. No puede exigir la separación de patrimonios; el acreedor de la herencia tiene un derecho de preferencia sobre los bienes hereditarios, y puede concurrir sobre los bienes particulares del heredero conjuntamente con los acreedores de éste, y aun cobrarse con preferencia a ellos.

El motivo de esta solución, es que el heredero por su aceptación pura y simple, viene a ser deudor personal de los acreedores del difunto, como lo es de sus acreedores personales.

Este principio no responde al criterio moderno. El que contrae una deuda debe pagarla con sus propios bienes, no con los de otros. Los acreedores de una persona deben tener preferencia sobre los bienes de ésta, y no sobre los de otra.

El sistema más conveniente es el de Ulpiano: los acreedores de la herencia, se cobran sobre los bienes de la herencia, y los del heredero, sobre los de éste.

En nuestro derecho los acreedores del heredero están



expuestos a sufrir las consecuencias de la aceptación de una sucesión insolvente, y la ley no les concede otra defensa que una acción revocatoria para demandar la retractación de la aceptación en el caso de que el heredero hubiese aceptado una sucesión evidentemente mala, por una “connivencia fraudulenta” con los acreedores hereditarios (art. 3.340).

*52—¿Cuándo se pierde el beneficio?*

El derecho de pedir la separación de patrimonios se pierde:

1º Cuando los acreedores de la sucesión han aceptado al heredero por deudor, abandonando los títulos conferidos por el difunto (art. 3.447).

En este caso se produce una verdadera renovación, que extingue la obligación anterior. Los acreedores no lo son de la sucesión, sino particularmente del heredero. En calidad de tales, no pueden pedir la separación de patrimonios, de acuerdo con la expresa disposición legal.

Pero no porque el acreedor reciba del heredero los intereses vencidos de su crédito, se juzga que por esto ha aceptado al heredero por deudor (art. 3.448).

2º Cuando se han enajenado los bienes muebles e inmuebles de la sucesión y su precio ha sido ya pagado (art. 3.440).

En efecto, una vez enajenados los bienes y pagado el precio, se han confundido; no es posible individualizar el dinero.

La separación de patrimonio puede aplicarse al precio de los bienes vendidos por el heredero, cuando aún es debido por el comprador; y a los bienes adquiridos en reemplazo de la sucesión, cuando constase el origen y la identidad (art. 3.440).

3º Cuando tratándose de bienes muebles de la herencia, éstos han sido confundidos con los muebles del heredero, sin que sea posible reconocer o distinguir los unos de los otros (art. 3.442).



53. — Sucesión ab intestato. Principios que determinan el sistema del Código. — 54. — Orden que establece. Descendientes. Ascendientes. Cónyuge y colaterales.

*53.—Sucesión ab intestato.—Principios que determinan el sistema del Código.*

La propiedad y la familia sirven de fundamento a la organización del derecho hereditario.

El derecho de propiedad está reconocido con el carácter de inviolable en la Constitución Nacional: el propietario puede disponer de sus bienes, no sólo mientras viva, sino también para después de su muerte. La ley reconoce el derecho de testar, pero si la persona no dispone de su patrimonio, como la muerte extingue todos los derechos, prácticamente resultaría que ese conjunto de bienes quedaría sin un titular, a menos que la ley estableciera a quien deben transmitirse.

A este fin responde la sucesión ab intestato. Cuando el titular del patrimonio no ha hecho disposición de sus bienes para después de su muerte, la ley suple su voluntad y organiza un sistema de transmisión.

¿Cuál es el criterio que debe seguirse para organizar esa manifestación supletoria de la voluntad expresa del causante?

Según los tratadistas, la ley debe colocarse en la si-



tuación de que el causante hubiera dispuesto de sus bienes, e interpretando su voluntad, organizar la distribución en la forma que es presumible lo hubiera hecho él de cujus.

Lo común es que las personas dejen sus bienes a quienes tienen mayor efecto. No se acostumbra hacer donaciones sin causa: generalmente se obedece al cariño, al reconocimiento de un servicio, etc. La ley tiene que considerar cuál es el afecto que debe presumirse en toda persona. El afecto en el orden de la familia concuerda con el vínculo de la sangre. De ahí que el vínculo de la sangre haga presumir la afección. Ambos — vínculo de la sangre y afección — constituyen el fundamento sobre que descansa la sucesión ab intestato.

D'Aguanno afirma que “los vínculos de la sangre son los que deben servir de base a la sucesión ab intestato y en relación con estos vínculos, que no puede romper ninguna convención humana, deben establecerse los órdenes de personas llamadas a la sucesión”.

El Código Civil sigue ese sistema. Dentro de nuestro derecho la sucesión ab intestato tiene por fundamento, en su organización, el vínculo de la sangre, que hace presuponer la afección.

“Las sucesiones ab intestato — ha dicho el codificador — reposan sobre la voluntad presunta del difunto, no porque esa voluntad pueda considerarse como un hecho cierto, respecto a una persona determinada, sino porque cada ley positiva, cada Código, adopta la presunción general que le parece más apropiada a la naturaleza de las relaciones de familia”.

*54.—Orden que establece.—Descendientes.—Ascendientes. Cónyuge y colaterales.*

Al organizar la sucesión ab intestato, la ley distingue una serie de órdenes.

Se da el nombre de orden a cada categoría de parientes que tienen una prelación de jerarquía los unos respecto de



los otros. Así, los que ocupan el primer lugar en la escala, tienen preferencia sobre los anteriores.

La ley tiene en cuenta al graduar estos órdenes la presunta afección del difunto. En este sentido establece que los que tengan más afección y vínculo de sangre con el causante, ocuparán el primer grado. La escala va decreciendo a medida que la afección y el vínculo sanguíneo se debilitan. Los antiguos juristas españoles decían para señalar esta variación, que “el cariño baja, sube y se desparrama”. Ese es el orden que sigue la ley: del causante hacia sus descendientes; a falta de éstos hacia los ascendientes, y por último los colaterales, teniendo presente que el cónyuge concurre con los dos primeros órdenes y excluye al tercero.

Esta clasificación en tres órdenes es demasiado general. Las diferentes situaciones jurídicas hacen que la escala se amplifique. De ahí que se distingan cinco órdenes o categorías sucesivas de herederos.

Las sucesiones intestadas—dice el artículo 3.545—corresponden a los descendientes legítimos y naturales del difunto, a sus ascendientes legítimos y naturales, <sup>o sea</sup> al cónyuge sobreviviente, y a los parientes dentro del sexto grado inclusive, en el orden y según las reglas establecidas en este Código. No habiendo sucesores legítimos, los bienes corresponden al Estado general o provincial.

Las situaciones de prelación en que estos órdenes pueden presentarse, son las siguientes:

1º Descendientes legítimos y naturales y cónyuge;

2º Ascendientes, cónyuge e hijos naturales;

3º Cónyuge solamente;

4º Hermanos y sus descendientes. Es el privilegio que corresponde a la primera colateral, a la cual la ley le otorga el derecho de representación. Así, un descendiente de un hermano de 5º grado es preferido a un pariente de tercer grado colateral de otra rama.

5º Los demás parientes colaterales hasta el <sup>4º</sup> sexto grado. Pasado el ~~sexto~~ grado, se presume que la afección se extingue. Además, la afección en la línea colateral no debe ir más allá que el límite que la naturaleza impone en la línea ascendente

o descendente. Ciertamente es que en la línea recta el Código no fija límites; pero de hecho lo imponen las leyes naturales. Difícil es, en la vida normal, alcanzar a tener conjuntamente ascendientes o descendientes de más de tercer grado. En el orden colateral, aunque existan, la ley los limita al sexto grado. Y es un límite amplio, porque son raros los parientes colaterales de quinto y sexto grado, que se hallen vinculados por afección íntima con el causante. En tal sentido, se han presentado al Congreso algunos proyectos, sosteniendo la necesidad de limitar el orden colateral al cuarto grado.

6° A falta de parientes que correspondan a estos distintos órdenes, la ley establece que los bienes pasarán al Fisco, sin distinguir si el causante es nacional o extranjero. Los Estados Extranjeros no pueden pretender que por la muerte de uno de sus súbditos en nuestro país, donde se encuentran sus bienes, éstos pasen al Estado originario. Nuestra legislación establece que a falta de herederos, el Estado ejerce el derecho de soberanía que tiene sobre todas las cosas que se encuentren sin dueño dentro de su territorio.

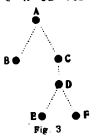
### *Principios generales que gobiernan la sucesión ab intestato.*

Antes de entrar a fijar la situación de los distintos órdenes de la sucesión ab intestato, la ley sienta ciertos principios generales que se aplican a todos.

Son los siguientes:

1° El pariente más cercano en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación (artículo 3.546).

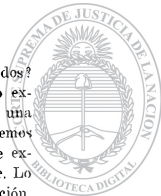
C a su vez



El primer orden de los herederos es el de los descendientes. Dentro de éstos existen los hijos, nietos, biznietos, etc. ¿Cómo heredan? El más cercano excluye a los demás. El hijo excluye al nieto, el nieto al biznieto; y así sucesivamente.

Al fallecimiento de A quedan dos hijos B y C; pero C a su vez tiene un hijo, D, y dos nietos E y F. Todos son descendientes legítimos de A, y





por lo tanto herederos del primer orden. ¿Heredan todos? No; de acuerdo con la disposición legal el más cercano excluye al más remoto. Heredan sólo los hijos B y C; con una salvedad respecto del derecho de representación, que veremos más adelante. En el orden de los descendientes el padre excluye al abuelo, el abuelo al bisabuelo y así sucesivamente. Lo mismo entre los colaterales, salvo el derecho de representación, concedido a la rama de los hermanos.

2º En las sucesiones no se atiende al origen de los bienes que componen la herencia (art. 3.547).

Esta disposición deroga la antigua regla del derecho consuetudinario francés y ciertos principios del derecho romano, en que se hacía distinción sobre el origen de los bienes.

Se distinguían los bienes según fuesen de los nobles o plebeyos. Sobre aquéllos se admitía el privilegio llamado de masculinidad: los hombres prefieren a las mujeres. Se acepta el mayorazgo, es decir, que se pudiera seguir por el testador, no ya un orden prefijado por la ley, sino que él mismo determinaba. Por ejemplo la disposición del causante en ese sentido de que a su muerte todos los bienes pasaran a un hijo mayor; a la muerte de éste al respectivo hijo mayor y así sucesivamente. Esto producía una gran complicación en la vida jurídica y atentaba contra el principio económico de la movilidad de los valores. El testador disponía no sólo para una generación, sino para las generaciones futuras; el imperio de su voluntad no reconocía límite en el tiempo. El derecho moderno, siguiendo la evolución de las instituciones, no ha aceptado ese principio.

Otra distinción que hacía el derecho antiguo era la que se refería a los bienes adquiridos y a los bienes propios. Estos eran los que procedían por herencia o donación dentro del vínculo familiar. La ley establecía que cuando hubiera de procederse a la división entre los herederos de los bienes propios, era necesario remontarse al origen de los mismos, a fin de que retrovirtieran a la rama del padre o de la madre: *paterna paternis, materna maternis*; y aun dentro de estas ramas se hacían otras distinciones. El fundamento de esta



disposición antigua radicaba en que se procuraba mantener dentro de la misma familia los bienes de un mismo origen. Pero era un sistema muy intrincado y producía confusiones. Había que remontarse a investigar el pasado de la familia, sin ningún beneficio práctico.

Nuestro Código no ha aceptado las distinciones que hacía el derecho antiguo y así lo expresa el citado artículo 3.547.

Pero la regla de este artículo no reviste un carácter absoluto. En dos casos la ley se aparta de ella y atiende al origen de los bienes, a saber: en los bienes reservados y en la sucesión de los cónyuges.

La institución de los bienes reservados, creación del derecho antiguo, se ha mantenido entre nosotros por respecto a la tradición. Se presenta en los casos de segundas nupcias. A la muerte de un hijo del primer matrimonio, supongamos que le hereda en su calidad de ascendiente, la madre. Esta tiene hijos del segundo matrimonio, A la muerte de ella, corresponde distinguir en su patrimonio, entre los bienes que ha heredado del hijo premuerto del primer matrimonio, y los demás que ha recibido por herencia, donaciones, etc. Los primeros irán a los hijos del primer matrimonio, no pudiendo participar en ellos los del segundo matrimonio. La ley hace la distinción del origen, a ese sólo objeto.

En la sucesión de los cónyuges, la ley hace también excepción al principio general de no investigar el origen de los bienes. A la muerte de uno de los cónyuges se produce la disolución de la sociedad conyugal. El acervo hereditario está compuesto por los bienes traídos por cada uno de los cónyuges al matrimonio—bienes propios—y por los que se han adquirido durante él, bienes gananciales. La ley distingue en el origen de los bienes, para deslindar esas dos categorías, a los efectos de la forma de la partición.

3º Los llamados a la sucesión no sólo pueden heredar por derecho propio, sino también por derecho de representación (art. 3.548).

El derecho de representación es una especie de privilegio que se concede a los descendientes para impedir los efectos



de la muerte prematura del descendiente o del colateral en primer grado.

El Código lo define diciendo que “es el derecho, por el cual los hijos de un grado ulterior son colocados en el grado que ocupaba su padre o madre en la familia del difunto, a fin de suceder juntos en su lugar a la misma parte de la herencia a la cual el padre o la madre habrían sucedido” (art. 3.549).

La representación se admite sin término en la línea recta descendente (art. 3.557) y en la línea colateral a favor de los hijos y descendientes de los hermanos (artículo 3.560).

La representación no tiene lugar en favor de los ascendientes. El más próximo excluye siempre al más remoto.

#### *Sucesión de los descendientes legítimos.*

Los hijos legítimos del autor de la sucesión, sean de un sólo o varios matrimonios, lo heredan por derecho propio y en partes iguales, salvo los derechos que en este título se dan a los hijos naturales y al viudo o viuda sobreviviente (art. 3.565).

Heredan por derecho propio, porque son los parientes más cercanos en grado al causante. Dividen la herencia por partes iguales. Si concurren con el cónyuge, éste tiene una parte igual a ellos en los bienes propios. Si concurren con los hijos naturales, éstos toman cada uno una cuarta parte de lo que corresponde a cada hijo legítimo.

Si no hay descendientes de primer grado, la sucesión corresponde a los que le siguen. Los nietos y demás descendientes heredan a los ascendientes por derecho de representación, con arreglo a lo dispuesto en el título “De las sucesiones intestadas”, capítulo primero (artículo 3.566).

Un padre, viudo, tiene tres hijos, los cuales a su vez, dos, tres y cinco respectivamente. A la muerte del padre, han fallecido ya los tres hijos, de manera que quedan solamente los diez nietos, que son los que heredan.

Si se fuera a atender exclusivamente al principio de la afeción, todos los nietos son iguales para el abuelo, y por lo



tanto la división debiera hacerse por partes iguales. Pero los nietos, dice la ley, heredan por derecho de representación; es decir, cada grupo de nietos se coloca en el lugar que ocupaba el respectivo padre. El causante tenía tres hijos: luego la herencia se divide en tres partes iguales, que a su vez se divide por cabeza entre los nietos respectivos, dentro de cada grupo.

De manera que si el acervo hereditario fuera de 90.000 pesos la partición se efectuaría como sigue. Tres hijos fallecidos: correspondería 30.000 pesos a cada uno. Dentro de cada rama, esta suma se divide por el número de nietos. El primer hijo, tuvo dos: 15.000 pesos a cada uno; el segundo, tres: 10.000; y el tercero cinco: 6.000 pesos.

Como se ve, el derecho de representación rige exclusivamente en este caso y la división se hace por stirpe, y dentro de la stirpe por cabeza.

#### *Sucesión de los ascendientes legítimos.*

Cuando no existen hijos ni descendientes legítimos, entran a la sucesión los ascendientes, sin perjuicio de los derechos que corresponden a los hijos y descendientes naturales y al cónyuge sobreviviente (art. 3.567).

En este caso la ley aplica estrictamente el principio de que el pariente más cercano excluye al más remoto. Si existen los padres, excluyen a los abuelos, y así sucesivamente. En tal sentido, el artículo 3.569, dice que a falta de padre y madre del difunto, lo heredarán los ascendientes más próximos en grado, por iguales partes, aunque sean de diferentes líneas.

Más aún: dentro de cada grado no se admite el derecho de representación, como ocurre con los descendientes. Si a la muerte del causante queda solamente el padre, lo hereda todo, sin que los ascendientes de la rama de la madre puedan representar a ésta. Si existen el padre y la madre del difunto, dice el artículo 3.568, lo heredarán por partes iguales. Existiendo sólo uno de ellos, lo hereda en el todo, salvo los derechos de los otros concurrentes a la herencia (hijos naturales y cónyuge).



55. — Sucesión del cónyuge. Derecho hereditario de la mujer anterior al Código Civil. Ley de 1857. — 56. — Sucesión en los bienes propios y en los gananciales. — 57. — Casos en que el cónyuge pierde el derecho hereditario.

*55.—Sucesión del cónyuge.—Derecho hereditario de la mujer anterior al Código Civil.—Ley de 1857.*

La sucesión del cónyuge reviste un carácter especialísimo, porque concurre con los herederos de primer orden (descendientes) y con los de segundo (ascendientes) y cuando no existen éstos, excluye completamente a todos los colaterales.

Las leyes antiguas organizaban el derecho hereditario del cónyuge en una forma deficiente, restringiéndolo, sobre todo, en lo que concierne a la mujer.

Justiniano, en la Novela 117 concedió un derecho limitado a la esposa. Estableció que la viuda pobre e indotada tenía el usufructo de la cuarta parte de los bienes del marido, siempre que tuviese tres o menos hijos. Si los hijos eran más de tres, el usufructo se reducía a una parte igual a la de cada uno de los hijos. Faltando hijos o descendientes, la viuda sucedía en la propiedad de la cuarta parte, aunque quedasen ascendientes o hermanos. El viudo pobre no gozaba de este beneficio; pero por la Constitución 22 del emperador León, el viudo o viuda con hijos, que no volvía a casarse, heredaba con los hijos al cónyuge difunto, en una parte viril y en propiedad (nota del artículo 3.572).



Por el Fuero Juzgo, el marido debía haber la herencia de la mujer y esta la del marido, cuando no hubiese otro pariente hasta el 7º grado. A falta de éstos, recién entraba en la sucesión el cónyuge, prefiriendo exclusivamente al Fisco. En la práctica nunca se heredaba, porque difícilmente se presentaba la situación de no existir pariente hasta el 7º grado.

Las leyes de Partidas, basándose en el sistema romano, establecieron la llamada “cuarta marital”, concediéndola en propiedad y no en usufructo. Magüer haya hijos—decía la ley —la viuda pobre e indotada recibirá la cuarta parte de la herencia, siempre que no exceda de cien libras de oro. Mas si tal mujer hubiese de lo suyo, con que poder vivir honestamente, no tiene ningún derecho en los bienes del finado.

La disposición de las Leyes de Partida se mantuvo vigente en España hasta el año 1835, en que se dictó una ley especial que vino a modificar el orden de suceder en la siguiente forma: 1º descendientes; 2º, ascendientes; 3º, colaterales hasta 4º grado; 4º, hijos naturales en la sucesión del padre; 5º, cónyuge sobreviviente; 6º, demás colaterales desde el 5º al 10º grado; y 7º, el Fisco.

Como se ve, la mujer venía a estar en el quinto rango, después de los colaterales hasta el 4º grado y de los hijos naturales en la sucesión del padre, y únicamente prevalecía sobre los demás colaterales y el Fisco .

Evidentemente, en todos estos sistemas la mujer estaba relegada a un rango muy subalterno. La razón consistía en que el derecho sucesorio se basaba exclusivamente en el vínculo de la sangre, sin tenerse en cuenta el vínculo matrimonial. A la mujer se le concedía algo así como una gracia, una especie de beneficio, que casi se asemejaba a una limosna.

En lugar de dar a la institución matrimonial, todo el prestigio que debe tener dentro de la legislación moderna, se colocaba al marido y a la mujer en una situación difícil en cuanto a los bienes. Ciertamente es que el marido podía instituir por heredera a su mujer—lo cual ocurría muchas veces —pero si no hacía testamento en ese sentido, la viuda quedaba en el desamparo. Tal vez se debía esto a la circunstancia de que al contraer matrimonio, la mujer traía siempre la dote,



que pasaba a poder del marido, pero que a su muerte volvía a su dominio. Esa dote constituía para el marido un patrimonio reservado: debía conservarlo y no podía enajenarlo sino con el consentimiento de la mujer. Se consideraba que en esta forma la mujer quedaba garantizada en su patrimonio a la muerte del marido. Ahora, en el caso de que no hubiera aportado dote, recibía la llamada "cuarta marital", limitada a cien libras de oro.

Estas leyes españolas rigieron en la República Argentina hasta la sanción del Código Civil, en ciertas modificaciones.

En la época de la independencia, subsistió el sistema sucesorio de la Partidas: la mujer tenía la "cuarta marital", y fuera de ella no heredaba sino después de los parientes de 10º grado.

El 20 de mayo de 1857 el Estado de Buenos Aires, respondiendo a las necesidades y a las costumbres locales, dictó una ley reglamentando el derecho sucesorio del cónyuge.

Se había observado que en nuestro país la tradición europea de la dote y de las capitulaciones matrimoniales no tenía arraigo. En su generalidad, los matrimonios se efectuaban sin que ninguno de los cónyuges aportara bienes ni dote, ni se hicieran convenciones matrimoniales. El sistema romano y el de la cuarta marital no se avenían con nuestras costumbres. Y por otra parte, no era posible dejar en un desamparo tan completo a la mujer.

En este orden de ideas, la ley citada de 1857, estableció que "en las sucesiones intestadas no habiendo herederos forzosos, la mujer legítima heredará al marido y éste a aquélla, con exclusión de todo colateral".

... Era una disposición justa. El fundamento de la sucesión ab intestato consiste en el vínculo de la sangre y la afección. De atenerse a esta última, es indiscutible que el marido ha de preferir la esposa a los hermanos. Si hubiera tenido tiempo de hacer un testamento válido, es indudable que lo hubiera hecho a favor de aquélla. Al fin y al cabo se trata de la compañera fiel con la que ha corrido el sendero de la vida. ¿Cómo es posible, entonces, que pueda dejarla de lado, para preferir a los hermanos, primos y otros parientes lejanos?



En estos principios, que flotaban en el ambiente nacional, se inspiró el doctor Vélez Sarsfield, al redactar la parte pertinente del Código Civil, que, precisamente es de las que llevan el sello de nuestra propia nacionalidad. Más aún: contiene algunas disposiciones que no figuran en ninguna otra legislación.

El Código Civil organiza la sucesión de los cónyuges en la siguiente forma:

1º Si han quedado viudo o viuda e hijos legítimos, el cónyuge sobreviviente tendrá en la sucesión la misma parte que uno de los hijos (art. 3.570). Por ejemplo: si han quedado dos hijos y la mujer, la herencia se divide en tres partes iguales: una para cada hijo y otra para la mujer, siempre que se trate de bienes propios del causante: la disposición varía si se trata de gananciales.

2º Si han quedado ascendientes y viudo o viuda, estos últimos concurrirán con los ascendientes a dividir la sucesión por cabeza, salvo los derechos del hijo natural. (art. 3.571).

Es el mismo principio anterior, pero referido a los ascendientes.

Con relación a los descendientes, la ley considera al cónyuge en igualdad de condiciones que el hijo, y divide la herencia en partes iguales, criterio justo y aceptable. Respecto a los ascendientes, ocurre igual cosa, pero aquí se ha producido una pequeña falla en el Código.

Cuando la mujer concurre con los padres, es justo que reciba una parte igual a la de éstos. Pero pueden no existir los padres sino los abuelos; éstos son cuatro y el cónyuge, cinco: dividiendo en partes iguales, resulta que la mujer viene a recibir tan sólo la quinta parte, en tanto que, en concurrencia con los padres, hubiera recibido un tercio.

La disposición no es justa. La porción del cónyuge no debe disminuir a medida que nos vamos alejando del tronco común: a la inversa, debería aumentar. Y tan es así, que cuando no hay ascendientes ni descendientes y se llega a la línea colateral, la ley establece que la mujer la excluye.

Cierto es que prácticamente es muy difícil que existan





los cuatro abuelos; pero el caso puede ocurrir. Más aún, si por rara coincidencia sólo existieran los bisabuelos del causante, que son ocho, la mujer recibiría únicamente un noveno.

3º Si no han quedado descendientes ni ascendientes, los cónyuges se heredan recíprocamente, excluyendo a todos los parientes colaterales, salvo los derechos de los hijos naturales (art. 3.572).

La ley sienta aquí un principio moderno y de estricta equidad: los parientes colaterales no tienen prelación sobre el cónyuge. A falta de descendientes o ascendientes hereda el cónyuge sobreviviente.

*56.—Sucesión en los bienes propios y en los gananciales.*

A los efectos de la partición, deben dividirse los bienes de la herencia en dos categorías: bienes propios y bienes gananciales.

La muerte de uno de los cónyuges produce de pleno derecho la disolución de la sociedad conyugal. Corresponde liquidarla. Al efecto hay que separar lo que es capital propio de los cónyuges, aportado al matrimonio, de lo adquirido conjuntamente durante él.

Supóngase un matrimonio con dos hijos. Fallece la mujer: quedan el esposo y los dos hijos. La sociedad conyugal queda de hecho disuelta: hay que liquidarla. La mujer había aportado al matrimonio una finca avaluada en 100.000 pesos; el marido y también otra finca avaluada en la misma cantidad. Durante la vida matrimonial se ha adquirido bienes por 500.000 pesos: éstos constituyen los llamados bienes gananciales. En suma, el total de la fortuna patrimonial de la sociedad conyugal asciende a 700.0000 pesos.

¿Cómo se efectúa la liquidación

Los 100.000 pesos aportados por el marido, vuelven a él, pues son bienes propios. Los 100.000 pesos traídos al matrimonio por la mujer, también vuelven a ella; pero como ha muerto, pasan a sus herederos, que son el marido y los dos hijos. ¿Cómo se dividen? Por partes iguales, dice la ley,

Quedan ahora los 500.000 pesos de bienes gananciales.



Deben dividirse siguiendo la regla común a toda sociedad: mitad para cada socio. Como la mujer ha fallecido, su mitad pasa a sus herederos, con una restricción: que el cónyuge sobreviviente no puede heredar en los bienes gananciales. Este viene a quedar como heredero sin herencia en los gananciales.

En este sentido, el artículo 3.576, establece que en todos los casos en que el viudo o la viuda es llamado a la sucesión, no tendrá parte alguna en la división de los bienes que correspondiesen al cónyuge premuerto a título de gananciales del matrimonio con el referido viudo o viuda.

Este artículo ha dado lugar a muchas discusiones. En primer término no tiene la redacción que le dió el codificador. La redacción originaria es distinta en la forma, aunque no en el fondo. El artículo decía: En todos los casos en que el viudo o la viuda es llamado a la sucesión, no tendrá parte alguna en la división de los bienes que le corresponden al muerto por gananciales del matrimonio que se hubiesen dividido con el cónyuge sobreviviente.

Algunos autores nacionales, examinando este artículo, dijeron erróneamente que fué modificado subrepticamente por el editor que tuvo a su cargo la segunda edición oficial del Código. Pero no es así. El artículo fué modificado por la ley de 9 de septiembre de 1882. Su objeto ha sido darle expresamente el sentido de que el cónyuge sobreviviente no reciba parte alguna en los gananciales, que correspondan al cónyuge muerto, cuando concurre con ascendientes o descendientes.

La interpretación de este artículo ha dado lugar también a divergencias. Dice: “En todos los casos en que el viudo o la viuda es llamado a la sucesión en concurrencia con descendientes o ascendientes, no tendrá... etc” ¿A qué ascendientes o descendientes se refiere? ¿legítimos exclusivamente o también los naturales? Se ha disentido mucho esta cuestión interpretándola en los dos sentidos que puede involucrar: en un sentido general de que abarca todos los descendientes o ascendientes, sean legítimos o naturales; o que solamente se refiere a los legítimos.

Las divergencias se han producido sobre todo en el caso



de que todos los bienes dejados por el causante son gananciales. Dos hipótesis podemos considerar: que los herederos sean el cónyuge y un hijo legítimo, o el cónyuge y un hijo natural.

Aplicando el artículo 3.576, en el primer caso la mujer tomará la mitad de los bienes gananciales, y el hijo legítimo la otra mitad. Por parte de la mujer no puede haber ninguna dificultad: al fin y al cabo se trata de un hijo suyo, que la va a heredar a ella después de su muerte, y de quien ella también es heredera.

Pero si existe un hijo natural y la mujer, la cuestión varía. ¿Puede admitirse que dentro del sistema de nuestro Código sea igual la situación del cónyuge en concurrencia con un hijo legítimo que con un hijo natural?

La cuestión ha sido muy controvertida, pero la Cámara 1ª de Apelaciones de la Capital se ha pronunciado en el sentido de la aplicación del artículo 3.576, en ambos casos, en la sucesión ab intestato.

—57.—*Caso en que el cónyuge pierde el derecho hereditario.*

¿En qué casos el derecho que la ley acuerda al cónyuge desaparece?

La ley contempla cuatro hipótesis:

1º Cuando, hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio, muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes (art. 3.573).

¿Debe interpretarse este artículo dentro de sus términos estrictos, o simplemente, según cada caso?

Supóngase que una persona próxima a casarse contrae una afección bronquial. No suspende por eso el matrimonio, que es producto de un largo noviazgo y que ha sido anunciado con mucha anticipación, como ocurre, sobre todo, en las clases sociales superiores. Luego de curarse, la bronquitis degenera en pulmonía y el hombre muere antes de los treinta días.

¿Hereda o no la mujer?

Debe aplicarse estrictamente el artículo citado, la mujer no debe heredar.



Pero ¿cuál es el móvil que ha tenido la ley para establecer esa disposición? Ha querido impedir los matrimonios que se efectúan sin el propósito de responder al fin de la institución. Tal sería el caso del casamiento realizado con el objeto de obtener una herencia.

Si un individuo en un grado de postración extrema y afectado por una enfermedad incurable y contagiosa, es asistido por una mujer que arriesga su vida, naturalmente ha de tenerle algún agradecimiento y es fácil que a sus instancias acceda a casarse con ella. Si muere antes de los treinta días, la mujer no hereda, porque se supone que se ha casado exclusivamente para captar la herencia.

Este no es el caso de la persona que ha contraído una afección incidental antes de casarse y muere de ella a los treinta días de realizado el matrimonio. La mujer no ha tenido en vista captar una herencia, sino que ha perseguido el fin natural de la institución matrimonial. Por lo tanto, no corresponde la aplicación del artículo 3.573.

Algunos autores interpretan que la disposición legal se refiere exclusivamente al caso del matrimonio *in extremis*, es decir, celebrado *in artículo mortis*: que cuando tal matrimonio se ha celebrado y el fallecimiento se produce dentro de los treinta días, se pierde el derecho de la herencia.

Esta interpretación no es rigurosamente exacta. Puede ocurrir que el matrimonio sea celebrado *in extremis*, y que, sin embargo, la ley no deba privar del derecho hereditario a la mujer.

Tal sería el caso de un hombre y una mujer que han vivido treinta años en concubinato: han tenido hijos, el hombre ha presentado a la mujer como esposa y todo el mundo la ha considerado en esa calidad. Se enferma gravemente, y decide casarse para regularizar la situación de la mujer. Así lo hace, y a los ocho días muere. De aplicarse estrictamente el artículo 3.573, no debe heredar la mujer; pero esa interpretación no corresponde al fin social de la ley.

La disposición legal tiene su finalidad. La ley ha querido prohibir las uniones que no tienen por objeto llenar los fines de la institución del matrimonio. En el caso anterior, la ca-



lidad de esposa podría decirse que estaba adquirida por una especie de posesión de estado. El individuo no hizo más que cumplir con las reglas de forma que exige la sociedad. No se trataba de la captación de una herencia, sino de regularizar una situación de hecho.

En suma, la disposición del artículo 3.573, rige exclusivamente una situación de hecho. Debe aplicarse teniendo en cuenta las circunstancias especiales de cada caso y los fines sociales que persigue la ley, sin ceñirse estrictamente al texto legal.

2º Por divorcio dictado por el juez competente. En este caso, el que hubiese dado causa al divorcio, es decir, el culpable, pierde sus derechos sucesorios (art. 3.574).

Basta presentar el testimonio de la sentencia que haya declarado el divorcio, con indicación de quien es el culpable, para que el cónyuge no herede al prefallecido.

3º Si vivieren de hecho separados sin voluntad de unirse (art. 3.575).

Esta es una disposición eminentemente nacional.

¿Cómo debe interpretársela?

Los tribunales de la Capital en numerosas sentencias habidas desde 1880 hasta 1912, han establecido que basta que exista una separación de hecho, sin que la ley entre en mayores averiguaciones, para que los cónyuges pierdan recíprocamente sus derechos hereditarios.

No participamos de esta opinión. El artículo 3.575, que no tiene antecedente en legislación alguna, ha querido imponer una sanción al caso que legisla el artículo 66 de la ley de matrimonio, según el cual no hay divorcio por mutuo consentimiento de los esposos y ellos no serán tenidos por divorciados sin sentencia de juez competente.

La ley no puede impedir que prácticamente una persona se divorcie o se separe por mutuo consentimiento. Tal es el caso frecuente de la separación voluntaria—divorcio de hecho—por incompatibilidad de caracteres. Como esta causal no es admitida por la ley, los cónyuges deciden separarse por mutuo consentimiento, para vivir tranquilos, sin necesidad de recurrir a los tribunales.



Esta situación es un verdadero divorcio, sin intervención judicial, que se produce contra la prohibición de la ley y por voluntad de ambos cónyuges. Cuando ello ocurre, como la falta de cohabitación y demás deberes del matrimonio, es imputable a ambos cónyuges, pierden el derecho de heredarse recíprocamente.

Veamos ahora otro caso. Supóngase que un hombre no quiere vivir con su mujer: la expulsa o la deja abandonada. Los mismos padres o parientes del marido recogen a la esposa y la amparan. La mujer quiere entablar el juicio de divorcio, pero a instancias de los padres y a fin de evitar la publicidad de hechos de familia, desiste. Muere el marido: ¿hereda o no la mujer?

Para los que creen que la ley debe interpretarse literalmente, la aplicación del art. 3.575 es indiscutible.

Se arguye en apoyo de la solución que la ley tiene que dar una sanción contra la separación de hecho, y que la mujer ha debido entablar el pleito de divorcio y hacer declarar culpable al marido si quería conservar su derecho. Sin embargo, la ley no está interesada en que los juicios de divorcio se multipliquen. Al contrario, en la sociedad y en los mismos tribunales todo juicio de divorcio se mira con cierto disfavor. Son juicios que molestan a las partes, a los abogados y a los jueces, porque hay que decir las cosas con crudeza, hiriendo los sentimientos. Por ello, siempre se trata de evitarlos. Además, no tienen una consecuencia práctica: si los cónyuges están separados de hecho, la sentencia judicial no hace sino consagrar esa situación. Por eso creemos que en caso de separación de hecho debe distinguirse:

a) Si la separación ha sido por mutuo acuerdo, como divorcio voluntario, sin voluntad de unirse, ambos cónyuges pierden el derecho hereditario.

b) Si la separación ha sido por voluntad de uno solo de los cónyuges, el otro cónyuge, el inocente, digamos, conserva sus derechos.

4º Estando provisoriamente separados por juez competente.

Al iniciarse el juicio de divorcio, puede solicitarse la

separación provisoria y el depósito de la mujer en casa honesta (art. 68 de la ley de matrimonio).

Pendiente el pleito, puede fallecer uno de los cónyuges, y entonces se pregunta: ¿lo hereda el otro? Aplicando a la letra la última parte del artículo 3.575, según el cual: “cesa la sucesión de los cónyuges estando provisoriamente separados por juez competente”, la respuesta sería negativa.

No creemos, sin embargo, que baste promover un juicio de divorcio y obtener un auto de separación provisoria para que se pierda el derecho hereditario. En este caso, como en el anterior, pensamos que únicamente no podrá heredar el cónyuge culpable de la separación provisoria, cuestión de hecho que corresponde resolver al juez de la sucesión, según las circunstancias particulares de cada caso.

---





58. — Sucesión de los hijos naturales. Parte que les corresponde en la división de la herencia. — 59. — Sucesión del hijo natural con relación al abuelo.

*58.—Sucesión de los hijos naturales.—Parte que les corresponde en la división de la herencia.*

El derecho hereditario tiende a la conservación de los bienes dentro de la familia. Esta se origina por la unión de los sexos en el matrimonio. Es la única familia legal que reconoce la ley. Sin embargo, no puede desconocerse las relaciones de consanguinidad que tienen origen fuera del matrimonio, pero los parientes ilegítimos, no hacen parte de la familia de los parientes legítimos, aunque puedan adquirir algunos derechos (art. 365).

Uno de esos derechos es el de sucesión, que la ley reconoce a favor de los hijos naturales, entre los descendientes ilegítimos, negando todo derecho hereditario a los hijos adúlteros e incestuosos.

Mucho se ha discutido, y se discute sobre los derechos que deben reconocerse a los hijos naturales en la sucesión de sus padres.

En primer término ¿de qué naturaleza es ese derecho?

El Código francés en el artículo 756 antes de la ley de 1896 declaraba que “los hijos naturales no eran herederos”, aunque por el artículo 757 se les reconocía el derecho a un





tercio de los bienes que les hubieran correspondido si fueran legítimos.

La expresión de que “los hijos naturales no eran herederos”, se explicaba en derecho francés, en virtud de los antecedentes que precedieron la sanción del Código Napoleón. En la antigua jurisprudencia francesa y en el derecho consuetudinario, la regla general en las costumbres era que los bastardos no heredaban. La evolución en las ideas que produjo el movimiento revolucionario, hizo notar la injusticia que ello implicaba. Entonces se dictó la ley de 12 de Brumario del año II, estableciendo que los hijos legítimos y los naturales tenían el mismo derecho en la sucesión del padre y de la madre, para dividir por partes iguales el acervo hereditario. Esta ley establecía la asimilación completa entre el hijo legítimo y el natural: no distinguía el vínculo legal del matrimonio; se atenía tan sólo al fenómeno natural de la filiación.

El sistema de la ley de Brumario implicaba una grave violencia dentro de las costumbres: significaba que la ley no reconocía ninguna preeminencia ni ningún prestigio a la institución del matrimonio, desde que los hijos nacidos en él y fuera de él, venían a tener iguales derechos.

Esa situación de equivalencia fué muy criticada por los autores y magistrados. La misma jurisprudencia trató de no aplicar el principio en toda su amplitud. Y cuando se dictó el Código francés el artículo 756 consignó que los hijos naturales no eran herederos. Esta expresión no era más que una protesta hacia el régimen anterior, porque en realidad lo que se quiso decir es que los hijos naturales no son herederos “legítimos”; desde que a renglón seguido el artículo 757 los reconocía como herederos.

Entre los autores franceses hubo divergencias en cuanto a esta terminología. Se dijo: si el artículo 756 establece que los hijos naturales no son herederos y el artículo 757 les reconoce una parte de la herencia, como no puede haber una oposición tan completa en dos disposiciones de la misma naturaleza, hay que reconocer que el hijo natural no es heredero sino “acreedor” de la sucesión. La distinción era importante por los efectos que de ella resultaban. Los acreedores no están obliga-



dos a colacionar, no tienen el derecho de acrecer: los herederos legítimos, sí. La renuncia de un coheredero beneficia a otro. Los herederos están obligados a pagar las deudas de la sucesión: el acreedor, no. Sin embargo, el hijo natural estaba obligado a concurrir con su cuota parte al pago de las deudas de la sucesión. Los autores franceses hacían notar estas discrepancias, pero sin llegar a una solución concreta.

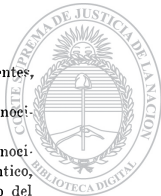
El Código Civil argentino, encontrándose con estas divergencias de opinión, optó por la mejor solución: “Nosotros creemos, dice el codificador en la nota al artículo 3.579, que el derecho del hijo natural en la sucesión del padre o de la madre es absolutamente, salvo la cantidad, de la misma naturaleza que el de los hijos legítimos”. Partiendo de este principio, la ley reconoce al hijo natural un derecho de sucesión, pero no lo asimila, en absoluto al hijo legítimo.

Ello contrariaría una serie de antecedentes políticos, económicos, sociales y de orden interno de la familia. Los hijos nacidos de matrimonio deben tener un lugar preferente en la distribución de los bienes del padre.

“La familia no es solamente una agrupación que el padre o la madre forman a voluntad: en todo el mundo, las leyes, la moral, la religión no lo entienden así. En el sentido verdadero y universalmente aceptado, es una institución social que procede del matrimonio; le está indestructiblemente unida, asegura su conservación y dignidad, y no se forma, ni existe, ni se perpetúa sino por él”. La ley ha debido seguir este criterio, y en tal sentido ha reconocido a los hijos naturales una parte de la herencia como herederos. Más aún: les ha concedido la legítima, es decir, que no pueden ser privados de la parte que la ley les asigna. Quieran o nó, los padres deben dejar la cuota fijada a los hijos naturales.

Ahora bien: ¿cuál es la condición esencial para que un hijo natural pueda reclamar su parte hereditaria?

El haber sido legalmente reconocido. Si el difunto no dejare descendientes ni ascendientes legítimos, ni viudo o viuda —dice el artículo 3.577—le heredarán sus hijos naturales “legalmente reconocidos”, hayan nacido de la misma madre y



del mismo padre, o de la misma madre y de padre diferentes, o del mismo padre y madre diferentes.

Se entiende que un hijo natural está legalmente reconocido:

a) Cuando ha obtenido en vida del padre el reconocimiento voluntario, por escritura pública o por ~~acto~~ auténtico, o cuando el mismo reconocimiento resulta del testamento del causante.

b) Cuando no habiendo sido reconocido espontáneamente ha promovido juicio contra el padre para que el juez le declare hijo natural, obteniendo sentencia favorable.

Puede no haber existido el reconocimiento espontáneo voluntario, ni el reconocimiento a mérito de una sentencia del juez, y encontrarse el hijo natural a la fecha del fallecimiento del padre con que no puede justificar su filiación. ¿Puede entablarse la acción contra la sucesión para reclamar su parte hereditaria? El Código le reconoce este derecho, pero según el artículo 325, necesita tener la posesión de estado, sin cuyo requisito la acción no puede prosperar.

¿Cuál es la situación del hijo natural en la herencia?

La ley no ha seguido al respecto un criterio fijo y definido. Unas veces concede al hijo natural derecho en exceso, otras, se lo restringe en demasía. Parecería que la aguja de la intensidad del derecho hereditario, hubiera perdido su rumbo.

El hijo natural puede encontrarse en la herencia en diversas situaciones, a saber:

1º Concorre el hijo natural con hijos legítimos.

La parte del hijo natural será siempre la cuarta parte del hijo legítimo. Para obtener esta parte, se supondrá cuádruplo el número de hijos legítimos, y se agregará el número de los hijos naturales, haciendo luego tantas partes iguales cuanto sea el número de hijos ficticios: cada hijo natural tomará una parte y cada legítimo cuatro partes. (art. 3.579).

Supóngase que han quedado a la fecha del fallecimiento del causante dos hijos legítimos y dos hijos naturales.

Procediendo de acuerdo con el artículo citado, tenemos:

2 hijos legítimos, por 4 .....	8
2 hijos naturales .....	2
	—
Total	10



Si el acervo hereditario es de 100.000 pesos, a cada hijo legítimo le corresponderán 40.000 pesos, y a cada hijo natural 10.000

Este sistema, dice la nota al artículo 3.579, ha sido tomada del Código de Haití, artículo 608, con la sola diferencia de que en lugar de la tercera parte a los hijos naturales, se les da la cuarta parte de lo que corresponde al hijo legítimo.

Es un sistema sencillo, que no da lugar a dificultades de ninguna especie. Además, contempla bien la situación del hijo legítimo frente al hijo natural, y le da a éste una cuarta parte que guarda relación con la de aquél. Si además de los hijos legítimos concurre el cónyuge, a éste se le considera como un hijo y recibe una parte igual a los descendientes legítimos.

2º Concurren hijos naturales con ascendientes legítimos.

No hay hijos legítimos. A la muerte del causante sólo han quedado sus padres, o sus abuelos, y los hijos naturales.

En este caso, la ley, para establecer la división, no atiende al número de hijos naturales ni al de ascendientes. Si quedasen ascendientes legítimos, los hijos naturales dividirán con ellos la herencia, tomando la mitad, cualquiera que sea el número de los ascendientes o de los hijos naturales (art. 3.580).

Se parte la herencia por mitades: una para los ascendientes, y la otra para los hijos naturales, sean uno o diez, y dentro del número de los ascendientes e hijos naturales, se reparten por cabeza la mitad correspondiente.

3º Concurren hijos naturales y el cónyuge.

Si sólo quedase el viudo o la viuda, los hijos naturales dividirán la herencia por partes iguales, tomando la mitad de ella el viudo o viuda, si los bienes no fuesen gananciales del matrimonio, y la otra mitad el hijo o hijos naturales (art. 3.578).

Si el acervo hereditario está constituido por 100.000 pesos y sólo existe cónyuge e hijo natural, de acuerdo con el ar-



título 3.578, corresponde a la viuda 50.000 pesos y al hijo natural los otros 50.000.

Pero el mismo artículo dice “si los bienes no fuesen gananciales del matrimonio”.

Y si fueran gananciales ¿cómo se dividirían?

Se ha discutido mucho esta cuestión. Algunos autores han sostenido que cuando el Código establece que se dividirán por mitades si los bienes no fuesen gananciales del matrimonio, quiere significar que si fueran gananciales se procedería de distinta manera, es decir, tomando el hijo natural toda la parte de gananciales del causante. Así lo ha establecido en un caso reciente, la Cámara 1ª de Apelaciones de la Capital, salvo las modificaciones que puedan resultar del testamento.

Los que así piensan, combinan el artículo 3.578 con el 3.576, que dice que cuando el viudo o viuda son llamados a la sucesión en concurrencia con los descendiente o ascendientes, no tendrán parte alguna en la división de los bienes que correspondiesen al cónyuge premuerto a título de gananciales del matrimonio con el referido viudo o viuda.

De manera que si los 100.000 pesos fueran gananciales, 50.000 serían para la viuda y los otros 50.000 para el hijo natural, no viniendo la esposa a tomar parte alguna en la herencia.

Tal criterio no lo consideramos justo porque si en vez de ser un hijo natural se tratara de un hijo legítimo, se dividiría en la misma forma, de donde resultaría una situación equivalente para ambos.

¿Cómo conciliar la situación del hijo natural frente al legítimo, en cuyo caso la ley establece que tiene derecho a una cuarta parte de lo que le corresponde a éste, y en cambio, cuando está frente al cónyuge tiene los mismos derechos que el hijo legítimo?

La observación es fundamental. Dentro del sistema científico y regular de la ley, no es posible llegar a esa conclusión, si se parte de la premisa adoptada por el Código de que el hijo natural no puede ser equiparado al hijo legítimo.

Algunos intérpretes han sostenido que el error procede de:



que el artículo 3.576, tal como figura actualmente, no representa el criterio que tuvo el codificador.

Ese artículo fué modificado por la ley de fe de erratas, pretextándose que no era suficientemente claro. Y según esos intérpretes, contemplaba una situación distinta. El final del mismo decía: "...no tendrán parte alguna en la división de los bienes que le corresponden al muerto, por gananciales del matrimonio que se hubiesen dividido con el cónyuge sobreviviente". En esta forma, la ley parecía referirse al caso de que dentro del matrimonio se hubiera hecho la separación de bienes en vida y que, fallecido uno de los cónyuges, el otro no tendría parte alguna en los gananciales que ya se hubiesen dividido. No contemplaba la ley el caso de que la sociedad conyugal hubiese continuado; porque en este caso, si bien el artículo 3.576, tal como está hoy modificado, impide que el cónyuge en concurrencia con ascendientes y descendientes legítimos pueda pretender una parte, sobre la mitad de los gananciales del premuerto, antes no lo prohibía. La prohibición actual no puede admitirse que llegue hasta privarlo de herencia en concurrencia con descendientes naturales. En este caso, el cónyuge debe tomar su mitad como socio, y de la otra mitad partir con el hijo natural.

La cuestión se complica si se trata de determinar cual es la legítima del cónyuge, pues éste puede renunciar a la herencia y reclamar su legítima, y en este caso se pregunta: ¿cuál es la legítima del cónyuge y cuál es la del hijo natural, siendo todos los bienes gananciales y no existiendo descendientes ni ascendientes legítimos?

Al estudiar la legítima volveremos sobre este punto.

4º Concurren hijos naturales con ascendientes legítimos y el cónyuge.

Si quedasen ascendientes legítimos y viuda o viudo, los ascendientes tomarán la mitad de la herencia para dividirla entre ellos por personas, y la otra mitad se dividirá entre el viudo o la viuda y los hijos naturales; de modo que el viudo o viuda tendrá la cuarta parte de la sucesión, y la otra parte el hijo o hijos naturales (art. 3.581).

En esta parte también el criterio de la ley es raro. Di-



vide la herencia primero por mitades: una a los ascendientes, y de la otra hace dos porciones, una para el cónyuge supérstite y la otra para que se la dividan los hijos naturales entre sí. Se nota aquí la preeminencia que tienen los ascendientes sobre el hijo natural y especialmente sobre el cónyuge, siendo así que el espíritu de la ley es reconocer al cónyuge la mayor plenitud de sus derechos.

Esta solución es también criticada por los autores. La disposición de que el cónyuge venga a recibir la cuarta parte de la herencia por el hecho de que concurren los ascendientes y el hijo natural, no guarda relación con las demás reglas que el Código determina.

5º Si el difunto no dejare descendientes ni ascendientes legítimos, ni viudo o viuda, le heredarán sus hijos naturales legalmente reconocidos, hayan nacido de la misma madre y del mismo padre, o de la misma madre y de padres diferentes, o del mismo padre y madres diferentes (art. 3.577).

En este caso los hijos naturales excluyen a los colaterales: reciben toda la herencia.

#### 59.—Sucesión del hijo natural con relación al abuelo.

La sucesión del hijo natural con relación al abuelo constituye una cuestión sumamente debatida. Se han presentado diversas soluciones, que pueden sintetizarse en los tres casos siguientes:



Fig. 4.

Supóngase que habiendo fallecido los hijos quedan los abuelos y los nietos. Estos pueden tener una de estas tres calidades: 1º ser hijo natural de hijo legítimo, 2º ser hijo natural de hijo natural y 3º ser hijo legítimo de hijo natural.



¿Qué derechos tienen esos nietos respecto del abuelo?

Según el artículo 3.582, la cuestión es sencilla: el hijo natural nunca hereda a los abuelos naturales; y para aclarar más agrega: ni a los hijos y parientes legítimos del padre o de la madre que lo reconoció; ni los abuelos naturales, ni los hijos legítimos y parientes de su padre o madre, tampoco heredan al hijo natural.

La cuestión parecería resuelta desde que la ley establece perentoriamente en el artículo 3.582, que los hijos naturales “nunca” heredan a los abuelos naturales. Sin embargo, a continuación el artículo 3.583, agrega que los derechos hereditarios del hijo natural se transmiten por su muerte a sus descendientes por el derecho de representación.

Se presenta una situación contradictoria: por una parte el artículo 3.582, establece que el hijo natural “nunca” hereda al abuelo natural y por la otra, el artículo 3.583, acuerda el derecho de representación.

¿Cómo se resuelve esta aparente contradicción?

En el derecho francés se presenta el mismo caso: el artículo 756 corresponde al 3.582 nuestro, y el 759, al 3.583.

Los autores franceses, con excepción de Malevill, Delvincourt y Duranton, enseñan que la cuestión es sencilla: el hijo natural nunca hereda al abuelo natural.

El Código no dice “el nieto natural” sino “el hijo natural”, lo cual significa que sólo el hijo que no sea natural, podrá heredar al abuelo natural.

Entonces en los tres casos planteados la cuestión se resolvería en la siguiente forma:

En el primero, siendo el hijo natural hijo de hijo legítimo, no hereda al abuelo natural.

En el segundo, siendo el hijo natural, hijo de hijo natural, tampoco hereda.

Pero en el tercero, ya no se trata de un hijo natural, sino de un hijo legítimo, lo que le permite escapar a la regla del artículo 3.582. En efecto, si la ley hubiera querido prohibir la sucesión a todos los descendientes naturales no habría dicho “el hijo natural nunca hereda al abuelo natural”, sino el “nieto natural nunca hereda al abuelo natural”, porque los





tres hijos son nietos naturales, mientras sólo dos son hijos naturales: el tercero es legítimo, aunque no con relación al abuelo.

Esta es la solución que corresponde.

Veamos ahora las razones en cuanto a cada uno de los tres casos.

La solución dada a la primera hipótesis es justa, porque a quien ha constituido una familia dentro de un orden regular, no pueden imponerle sus hijos sino descendientes dentro del mismo orden regular. Ciertamente es que los nietos, fisiológicamente son todos iguales con relación al abuelo, pero la ley deslinda expresamente la familia legítima de la familia natural. Dentro del criterio del Código, que rodea de tanto prestigio a la institución del matrimonio, que la hace indisoluble, que establece que los parientes naturales no forman parte de la familia legítima, es evidente que la solución no puede ser otra. Y tan es así, que establece que el abuelo no puede heredar al hijo natural, porque éste no puede heredar a aquél, desde que el derecho hereditario siempre es recíproco.

Pasemos ahora a la segunda hipótesis. ¿Por qué el hijo natural del hijo natural no hereda al abuelo natural? Aquí todos están dentro del orden natural. Entonces, dentro del mismo círculo, el nieto natural debería heredar al abuelo natural. Sin embargo, la ley no lo establece, porque no está interesada en fomentar el desenvolvimiento de lo que se ha denominado familia natural, para evitar el contrasentido de que en el caso anterior el hijo natural se viera perjudicado porque su padre era hijo legítimo. Aquí tenemos que hacer una salvedad: el Código no ha querido establecer una institución denominada familia natural, sino que ha querido indicar tan sólo la agrupación de los parientes ligados por vínculos fuera de matrimonio. No ha sido su objeto colocar una familia natural al lado de la familia legítima. El derecho hereditario no reconoce sino una sola familia: la legítima; pero como no puede apartarse de la realidad de los hechos, establece algunos derechos a favor de los descendientes naturales. Así reconoce a los hijos naturales derecho a la herencia del padre; pero no les admite derecho a la sucesión de los abuelos naturales,



porque no quiere prolongar el vínculo natural, a los efectos del derecho hereditario, más allá del primer grado.

Por otra parte, admitir el principio de que el hijo natural, que tiene un padre hijo natural, puede heredar al abuelo natural, importaría, como hemos dicho, colocar en una situación desventajosa al hijo natural que tiene un padre hijo legítimo. Ese hijo natural vendría a tener interés en que su padre no fuera hijo legítimo y esto no puede aceptarlo la ley. Es contrario a las finalidades de la ley dar lugar a situaciones que determinen protesta por parte de una persona, contra la institución del matrimonio. Y como dice Demolombe, precisamente esa es la razón por la cual el hijo natural no puede heredar al abuelo natural, aunque el padre sea natural.

En cuanto a la tercera hipótesis—hijo legítimo de hijo natural—es el único caso al cual debe referirse el artículo 3.583.

Toda posibilidad de discusión desaparecería, si el artículo 3.583 hubiera dicho: los derechos hereditarios del hijo natural se transmiten por su muerte a “sus descendientes legítimos” por el derecho de representación, y no simplemente a “sus descendientes”, como dice actualmente.

---



60. — Sucesión de los padres naturales y de los parientes colaterales. —  
61. — Sucesión en los bienes reservados.

*60.—Sucesión de los padres naturales y de los parientes colaterales.*

Si el hijo natural muere sin dejar posteridad legítima o natural, le sucederá el padre o la madre que lo reconoció; y si ambos lo reconocieren y vivieren, lo heredarán por partes iguales (art. 3.584).

Es de observar que el hijo natural excluye completamente al ascendiente natural, lo que no pasa respecto del ascendiente legítimo. Si al fallecimiento de una persona quedan el padre natural y un hijo natural, éste excluye completamente a aquél. En cambio, si se tratase de un descendiente legítimo, concurriría con el hijo natural.

El derecho de los ascendientes naturales está limitado exclusivamente a los de primer grado: el padre o la madre natural. Los abuelos naturales no heredan, de acuerdo con el artículo 3.582. No hay vinculación hereditaria sino de primer grado entre ascendientes y descendientes naturales.

La condición para que el padre natural pueda reclamar la herencia del hijo natural, consiste en el reconocimiento. Este tiene que ser por acto auténtico o en escritura pública, hecha con anterioridad al fallecimiento del hijo natural.

Si el padre natural no ha producido acto alguno de re-



conocimiento de su hijo natural y muere éste: ¿puede reclamar la herencia probando que efectivamente es el padre natural? La interpretación ha establecido que en estos casos debe aplicarse a los padres naturales el mismo principio que rige en la sucesión de los hijos naturales: el hijo natural que no ha sido reconocido con anterioridad al fallecimiento del padre, no puede entablar la acción de reconocimiento de filiación y de consiguiente reclamar la parte hereditaria, si no demuestra como condición previa, la posesión de estado. Por tanto, recíprocamente: si el padre natural no ha reconocido a su hijo en acto auténtico, al fallecimiento de éste no podrá reclamar la herencia, si no ha tenido la posesión de estado, que demuestre el reconocimiento tácito por actos constantes y reiterados.

La razón de esta interpretación consiste en que la ley no quiere que, con el exclusivo propósito de reclamar la herencia, se hagan reconocimientos que puedan prestarse a sospechas, por la época y objeto con que se efectúan.

#### *Sucesión de los parientes colaterales.*

No habiendo descendientes ni ascendientes, ni viudo o viuda, ni hijos naturales, heredarán al difunto sus parientes más próximos en grado hasta el sexto inclusive, salvo el derecho de representación para concurrir los sobrinos con sus tíos. Los iguales en grado heredarán por partes iguales (art. 3.585).

En la rama colateral el derecho hereditario va hasta el sexto grado: allí se detiene. No alcanza hasta el infinito, como en la línea de los ascendientes y descendientes. El artículo citado agrega: salvo el derecho de representación para concurrir los sobrinos con sus tíos. Esta disposición hay que entenderla exclusivamente en relación a la primera línea colateral, es decir a la línea que comprende a los hermanos y a sus descendientes. Saliendo de la primera línea colateral, y pasando a los tíos abuelos, tíos bisabuelos, es decir, la segunda y tercera rama de los colaterales, no hay representación: rige el principio general de que el pariente más cercano en grado



excluye al más remoto. Esta es la interpretación que han dado los tribunales a la frase citada.

El artículo 3.585 concuerda con el 3.560, que se estudiará más adelante, y que ha dado lugar a una larga controversia para saber hasta dónde llega el derecho de representación en la línea colateral.

Otra cuestión es la de saber si los hermanos naturales se heredan entre sí.

Apoyándose en el artículo 3.585, los tribunales de la Capital han establecido que los hermanos naturales se heredan entre sí. El fundamento de esta interpretación se encuentra en que no existe prohibición expresa en la ley.

Además se invoca que la sucesión ab intestato tiene por fundamento la voluntad presunta del difunto, basada en los dos grandes principios del vínculo de la sangre y de la afección. Los hermanos naturales llenan esos dos requisitos: tienen vínculo de sangre, porque son descendientes de un padre común; y existe la afección, porque entre ellos forman familia.

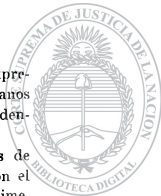
Por otra parte, de existir sólo un hermano natural del causante y no admitírsele como heredero, los bienes irían al Fisco. El hermano natural vendría a estar en oposición al Fisco y entre el Fisco y el hermano natural, lógico es que se prefiera a este último.

Esta interpretación ha sido admitida por la Cámara Civil de la Capital (Fallos tomo 100, pág. 234 y tomo III, página 185).

Se ha objetado que esta solución no es exacta, y que cuando la ley dice parientes colaterales, se refiere únicamente a los parientes colaterales legítimos, y no a los hermanos naturales.

A ello puede observarse que la tradición del antiguo derecho español era que los hermanos naturales se heredaban entre sí. La ley 1ª, título 13, Partida 6ª les reconocía derecho y lo mismo el art. 766 del Código Napoleón.

Los tribunales de la Provincia de Buenos Aires, tienen jurisprudencia contraria a la fijada por los tribunales de



la Capital. Esto ocurre porque no existe un artículo expreso en el Código, que establezca la sucesión de los hermanos naturales. Esta sucesión es una creación de la jurisprudencia, por aplicación de los principios generales.

Pasemos ahora a considerar los llamados hermanos de doble vínculo, y de un vínculo, que el Código designa con el nombre de hermanos enteros y medios hermanos: los primeros son los que proceden de la misma madre y del mismo padre; los segundos tienen solamente uno de sus autores comunes.

Cuando existen solamente hermanos enteros y medios hermanos, ¿quiénes heredan?

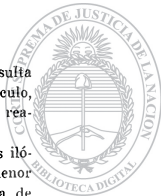
Se han presentado dos soluciones.

Unos sostienen que no hay que hacer distinción alguna porque del punto de vista de la afección ambos hermanos son iguales, aunque uno lo sea de padre y madre y otro de padre o madre solamente. No hay diferencia con relación al muerto. Se presume que los quería con la misma afección; y la prueba es que la ley los coloca en el mismo grado de aproximación hacia el causante, es decir, en segundo grado colateral.

Otros, en cambio, sostienen que no es así; que cuando una persona tiene un hermano de padre y madre, lo estima más, lo quiere doble que cuando es hermano de padre o de madre tan sólo. Y como en la distribución que se hace en la sucesión ab intestato lo que se trata de seguir es la afección presunta del causante, la división de la herencia es sencilla: el hermano de doble vínculo tomará dos partes y el de un vínculo una sola parte. Este es el sistema preconizado por Goyena en 1851.

Nuestra ley no admite ninguno de estos dos sistemas y se ajusta a la práctica observada por la legislación que nos había regido. El hermano de padre y de madre excluye en la sucesión del hermano difunto al medio hermano o que sólo lo es de padre o de madre (artículo 3.586).

Ahora bien; como el artículo 3.585 establece el principio de que heredan los colaterales, salvo el derecho de repre-



sentación para concurrir los sobrinos con sus tíos, resulta que todos los descendientes del hermano de doble vínculo, hasta el sexto grado, excluyen al medio hermano que en realidad está en segundo grado.

De ahí que la solución de la ley en cierta manera es ilógica. No puede admitirse que el difunto haya tenido menor afección al medio hermano, que al sobrino que proceda de un hermano entero pero que está en tercero, cuarto o quinto grado.

Sin embargo, el Código ha seguido ese principio, estableciendo una separación completa de la descendencia del primer matrimonio con relación al segundo. No quiere que se entrelacen en las relaciones hereditarias los descendientes de las primeras nupcias con los de las segundas. Y en este sentido, como se verá más adelante, mantiene además la institución antigua de los bienes reservados.

Ahora, cuando el difunto no deja hermanos enteros ni hijos de éstos y sí solo medios hermanos, sucederán éstos de la misma manera que los hermanos de ambos lados, y sus hijos sucederán al hermano muerto (art. 3.587).

#### *61.—Sucesión en los bienes reservados.*

Con el nombre de bienes reservados se entiende en nuestro derecho los que se reciben por herencia de un hijo del primer matrimonio, por el padre o la madre que ha contraído segundas nupcias.

Las antiguas leyes miraban con cierta animosidad las segundas nupcias. Creían que el hombre o la mujer que enviudaba y volvía a contraer matrimonio, injuriaba en cierta forma al primer cónyuge.

Este criterio se tradujo, naturalmente, en la legislación, y se estableció una serie de disposiciones referente a los bienes del primer matrimonio con relación al segundo. Lo que la mujer heredaba del primer marido debía reservarlo, al contraer nuevo matrimonio, para los hijos del primero. No se admitía que los hijos del segundo matrimonio pudieran



participar de los bienes provenientes del primer marido. Y así se estableció que todos los bienes que la mujer recibía en herencia de su primer marido, si llegaba a contraer segundo matrimonio, debían permanecer inmovilizados hasta su muerte, ocurrida la cual pasaban a los descendientes del primer marido, con absoluta prescindencia de los del segundo matrimonio.

Dentro de nuestro derecho la obligación de la reserva es más limitada que en el derecho romano y en las leyes españolas. Ya no se considera lo que la mujer hereda del marido o éste de aquélla. Estos son bienes de su propiedad y pasan en herencia a sus hijos, sean de primero o segundo matrimonio.

La obligación de la reserva consiste en cuanto a los bienes de los hijos del primer matrimonio, que hereda el esposo o esposa que contraen segundas nupcias.

El dominio de estos bienes queda a favor de los hijos del primer matrimonio, es decir, de los hermanos del causante y sus descendientes.

La reserva de los bienes establecida en nuestra ley, es solamente a favor de los hijos y descendientes del primer matrimonio. En este sentido, el artículo 3.590 dice: Si a la muerte del padre o de la madre que contrajo segundo matrimonio no existen hijos ni descendientes legítimos del primer matrimonio, aunque existan herederos, éstos no tienen ningún derecho a suceder en los bienes reservados.

Respecto de esta institución se presentan casos muy interesantes.

Si los bienes que el hijo de primer matrimonio ha dejado, no corresponden todos a la herencia paterna, sino que en parte han sido producto de su esfuerzo propio, se pregunta: la obligación de la reserva, que corresponde a la madre casada en segundas nupcias ¿se refiere a todos los bienes o únicamente a aquellos de origen paterno?

Algunos intérpretes antiguos decían que se debía distinguir: la obligación de la reserva sólo puede referirse a los bienes que tienen su origen en el primer matrimonio, es decir, que proceden de la herencia paterna o materna, pero no a los bie-





nes que el hijo ha adquirido por su propio esfuerzo: éstos no están sujetos a reserva alguna.

Entre nosotros algunos opinan que esa distinción debe hacerse. Pero no es así. La obligación de la reserva comprende todos los bienes heredados por el viudo o viuda, del hijo del primer matrimonio, ya provengan de herencia paterna o materna, o los haya adquirido con su esfuerzo propio. No se distingue.

Antiguamente se distinguía, también, según que los bienes heredados por el viudo o viuda proviniesen de disposición testamentaria, o ab intestato. Si lo primero, no había obligación de reserva. Nuestra ley no admite, tampoco, estas distinciones.

La reserva de los bienes presenta ciertas dificultades prácticas.

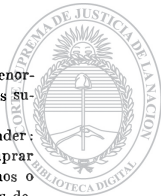
Una vez que la viuda ha heredado, tiene obligación de la reserva, si vuelve a casarse. De lo contrario, no. De donde resulta que, si no se casa, es propietaria de los bienes; si se casa, queda como mera usufructuaria. Sin embargo, no puede decirse que es usufructuaria en el estricto sentido de la palabra. En realidad existe un dominio *sui generis*; uno de esos dominios revocables que a veces quedan firmes y no producen efecto alguno.

Si del primer matrimonio había quedado solamente un hijo y éste fallece dejando a su vez un hijo, la reserva de los bienes es a favor de éste. Pero si a su vez este nieto de la viuda que ha contraído segundas nupcias, fallece, los bienes reservados, ¿corresponderán a los herederos del nieto o a los de la madre?

En una palabra: si a la muerte del heredero a favor del cual existe la reserva, quedan herederos que no son descendientes ¿subsiste o nó la obligación de la reserva?

Nuestra ley establece que no subsiste (art. 3.590). La obligación de reservar ha terminado.

Esta obligación de la reserva, impuesta al cónyuge en segundas nupcias, favorece, pues, exclusivamente a los herederos del causante y sus descendientes.



Es una institución que produce una complicación enorme en la vida ordinaria de los negocios, porque los bienes sujetos a reserva no se pueden transmitir.

La ley dice que el viudo es propietario y puede vender: no existe prohibición de enajenar. Pero el que va a comprar ya sabe que si a la muerte de la viuda quedan hermanos o descendientes de hermanos del primer matrimonio, a ellos deberán pasar los bienes y podrán serle reivindicados. De modo que, en la práctica, nadie quiere comprar esos bienes.

Esta institución constituye, pues, una traba en el movimiento de la riqueza nacional. No tiene verdadera razón de ser. Contempla tres o cuatro casos aislados, que vienen a modificar todo el sistema de la transmisión hereditaria. No ha sido conservada sino en nuestra ley y en las leyes españolas.

Por otra parte no llena un fin perfectamente igualitario, desde el momento que si la mujer vuelve a casarse, se le obliga a reservar los bienes del primer matrimonio, y si no, y en cambio vive en concubinato, puede disponer libremente de los bienes, sin obligación alguna. No es, pues, una situación equitativa.

Puede decirse que, dadas las complicaciones que esta institución produce en la vida jurídica, está destinada a desaparecer.

---



62. — Sucesión del Fisco. Bienes vacantes. Procedimiento a seguir. —

63. — Intervención del Consejo Nacional de Educación.

*62.—Sucesión del Fisco. — Bienes vacantes. — Procedimiento a seguir.*

Cuando una persona fallece sin hacer disposición testamentaria, y sin que existan descendientes, ascendientes, cónyuge o colaterales, nace la cuestión de saber a quién corresponden los bienes que en vida le pertenecieron.

No existiendo ninguno de los parientes, el principio de la afección, que guía la sucesión ab intestato, desaparece. Como el causante no ha hecho uso del derecho que le acuerda la ley, de disponer de sus bienes, éstos vendrían a quedar abandonados, sin dueño.

En esta situación la ley establece que esos bienes corresponden al Fisco.

La entidad Fisco se descompone en dos grupos: Fisco nacional y Fisco provincial. El Fisco nacional ejerce su jurisdicción en materia hereditaria, en el territorio que está sometido a las leyes locales nacionales, es decir, la Capital Federal y los Territorios nacionales. Los Fiscos provinciales ejercen su jurisdicción dentro de los límites respectivos de cada provincia.

Para saber si los bienes corresponden al Fisco nacional o al provincial no hay que atenerse al lugar del último do-



micilio del causante, sino al lugar en que están situados los bienes.

¿A qué título el Fisco se apropia de esos bienes que están sin dueño?

¿A título de heredero? Nó, porque precisamente para que el Estado pueda intervenir es necesario que no exista ningún heredero.

El Fisco se apropia de los bienes en virtud del “dominio eminente” que tiene el Estado sobre el territorio, ya sea el causante nacional o extranjero. El Estado extranjero no puede, en virtud de tratarse de uno de sus súbditos, pretender que los bienes de éste, situados en nuestro país, le correspondan. La ley no reconoce más dominio eminente que el del Fisco nacional o provincial.

En este sentido, el artículo 3.588 establece que a falta de los que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto anteriormente, los bienes del difunto, sean raíces o muebles, que se encuentren en el territorio de la República, ya sea extranjero o ciudadano argentino, corresponden al Fisco, provincial o nacional, según sean las leyes que rigen a este respecto.

Para llegar a establecer que los bienes corresponden al Fisco, es necesario seguir un procedimiento especial, que se denomina procedimiento de la sucesión vacante.

Cuando llega a conocimiento del juez que una persona ha fallecido sin hacer disposición testamentaria y sin que exista algún pariente — descendiente, ascendiente, cónyuge o colateral, que por la ley son los herederos — se declara la apertura de la sucesión y se cita a todos aquellos que puedan alegar derechos sobre ella. Al efecto se manda publicar edictos, ordenando comparezcan dentro del término de treinta días a deducir sus acciones en forma.

Por la ley local número 1893, de organización de los tribunales de la Capital, se establece que los edictos deben ser publicados, bajo pena de nulidad en un periódico editado por el Estado, titulado Boletín Judicial. Los jueces mandan insertar los edictos en el Boletín Judicial y otro diario



que aparezca en la Capital, a elección del juez. Esto tiene por objeto facilitar a los interesados la posibilidad de conocer los llamamientos que salen de la casa de justicia.

Hecha la publicación de los edictos, pueden presentarse dos situaciones:

1º Si dentro de los treinta días comparece una persona manifestando ser heredero, y lo comprueba, el juez lo reconoce y declara en tal carácter.

2º Si ha vencido el término sin que nadie se presente a reclamar la herencia, el juez la declara vacante. Y en este sentido el artículo 3.539 dice: Cuando, después de citados por edictos durante treinta días a los que se crean con derecho a la sucesión, o después de pasado el término para hacer inventario y deliberar, o cuando habiendo repudiado la herencia el heredero, ningún pretendiente se hubiese presentado, la sucesión se reputará vacante.

Sucesión vacante es, pues, aquella que no es reclamada por ningún heredero.

¿Quién ha de efectuar, entonces, la liquidación del patrimonio?

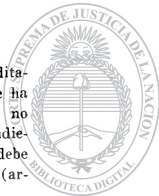
Existen acreedores que deben ser pagados; existen personas que tienen que entablar acciones reivindicatorias, etc. Los inquilinos de las fincas deben pagar los alquileres, y no saben a quién hacerlo.

Para salvar estas dificultades el Código establece que debe nombrarse un curador de la herencia. Todos los que tengan reclamos que hacer contra la sucesión pueden solicitar se nombre un curador de la herencia.

El juez puede también nombrarlo de oficio a solicitud del fiscal (art. 3.540).

Este curador de la herencia tiene la representación de la masa de los bienes, al solo efecto de cumplir con todas las obligaciones activas y pasivas que nacen de la transmisión del patrimonio.

La ley establece que el curador de la herencia tiene las mismas obligaciones que el heredero beneficiario. Debe hacer el inventario de los bienes ante escribano público y dos



testigos, ejerce activa y pasivamente los derechos hereditarios y sus facultades y deberes son los del heredero que ha aceptado la herencia con beneficio de inventario. Pero no puede recibir pagos ni el precio de las cosas que se vendiesen. Cualquier dinero correspondiente a la herencia debe ponerse en depósito a la orden del juez de la sucesión (artículo 3.541).

Sin embargo, no es exactamente igual la situación del curador a la del heredero beneficiario. Este, aunque no puede vender los bienes de la sucesión sin autorización del juez, si lo hace, la transmisión es válida transformándose tan sólo en heredero puro y simple. Pero con relación al curador no ocurre lo mismo: la ley no puede aplicarle la misma sanción que al heredero beneficiario, puesto que no es heredero. De ahí que si viola las disposiciones establecidas, si vende los bienes sin autorización del juez, la venta es nula y el bien no se transmite.

Más aún: el Código establece ciertas medidas de seguridad y de garantía respecto del curador: no puede recibir pagos, ni el precio de las cosas que se vendiesen, y los pagos deben efectuarse en depósito a la orden judicial.

Sin embargo, a veces la persona que ejerce la curatela es de confianza, y sobre todo los pagos pequeños se acostumbra hacerlos en sus manos. Tal ocurre en el caso de los alquileres. Generalmente los inquilinos para evitarse la molestia de depositar los fondos en un banco, pagan directamente al curador. Si éste retiene las sumas, el pago está mal hecho, pero siempre queda el recurso ante la jurisdicción criminal. Ahora, cuando se trata de sumas elevadas, conviene seguir la disposición legal y efectuar el depósito en el banco, a la orden del juez de la sucesión.

¿A quién debe nombrar el juez curador de la herencia?

Antes de la sanción del Código no había ningún precepto al respecto; y la ley en el artículo 3.540, tampoco impone al juez un criterio determinado para efectuar este nombramiento.

De manera que el nombramiento de curador según el



Código Civil queda al arbitrio judicial. El procedimiento que se acostumbra seguir es nombrar en esa calidad a un abogado de la matrícula del lugar. El abogado está enterado de todo el mecanismo de la ley, y no necesita recurrir a los consejos de otra persona. En cambio, de nombrarse un particular, si bien puede tratarse de persona honorabilísima, de completa honradez, siempre tiene que valerse del consejo de un letrado, con lo que resulta que intervienen en la curatela dos personas. A fin de evitar ésto, se impuso entre los jueces la costumbre de nombrar abogados para tales cargos.

El curador comienza por hacer inventario ante escribano público y dos testigos, y efectúa la liquidación, compensando el activo con el pasivo. El saldo corresponde al Fisco (art. 3.541). En la Capital y Territorios nacionales la curatela de la herencia corresponde al representante del Consejo Nacional de Educación.

Con relación a los extranjeros se presentó una situación especial. Si el fallecido no era argentino, se aplicaban las disposiciones de la ley número 168, de 30 de septiembre de 1865, que dice que: "falleciendo ab intestato algún extranjero, sin dejar descendientes, ascendientes ni cónyuge legítimo, públicamente reconocidos como tales, residentes en el país, o con testamento, si fueran extranjeros los herederos y estuviesen ausentes y ausente también el albacea testamentario, el cónsul de su nación podrá intervenir en su testamentaría".

Como lo indica su fecha, esta ley fué dictada antes de la sanción del Código Civil. Este habla de curador, mientras que aquélla se refiere al albacea dativo. En realidad ambos son la misma cosa. Al estudiar las disposiciones legales sobre los albaceas, veremos cuál fué su origen y desarrollo. Mientras tanto corresponde hacer notar que, a los efectos de la sucesión vacante, se consideraba la misma cosa el albacea dativo que el curador de la sucesión.

En este caso de los bienes vacantes del extranjero fallecido, se presentó una situación rara. La justicia argentina vino a estar supeditada al contralor de los cónsules extran-



jeros. Parecía que nuestra ley desconfiara de la justicia nacional.

En efecto, si moría un argentino el juez nombraba un curador, que consideraba competente y honorable. Pero si se trataba de un extranjero, la ley desconfiaba del juez, y establecía que el nombramiento debía ser hecho por el cónsul de la nación originaria. Esto significaba que el cónsul había de vigilar mejor que el juez los intereses de los extranjeros.

Dentro de nuestro sistema de organización civil, en que todos los habitantes son iguales en cuanto a los derechos civiles, no se hace distinción entre argentinos y extranjeros. La justicia es igual para todos. No es posible admitir que este sistema persista en una época en que, como la presente, la nación tiene consolidadas ya todas sus instituciones. Además el cónsul dentro del derecho internacional público, no tiene ingerencia alguna en la representación diplomática de su país. Es un simple agente comercial.

Otra circunstancia que se invocaba en contra de la disposición legal era la de que los cónsules ejercían esa facultad con cierta displicencia. Nombrado el albacea dativo, no lo controlaban, de modo que éste podía efectuar actos legales a primera vista, pero que analizados podían resultar engaños o fraudes. Prácticamente lo que resultaba era que estas sucesiones vacantes terminaban con que apenas alcanzaban los bienes para cubrir las costas y los honorarios.

De manera que las disposiciones de la ley de 1865 eran ilógicas.

La ley 4.124, de 1º de octubre de 1902, aunque dictada con carácter local, vino a establecer en su artículo 6º inciso 1º, que “el Consejo Nacional de Educación sería parte legítima en todo juicio sucesorio de jurisdicción nacional, donde no intervengan herederos reconocidos o declarados por sentencia ejecutoriada, o en que haya bienes vacantes, correspondiendo al apoderado del Consejo la curatela de la herencia”.





### 63.—*Intervención del Consejo Nacional de Educación.*

Desde que se inicia una sucesión y cualquiera que sea su naturaleza, es parte en el juicio el Consejo Nacional de Educación, por intermedio de sus apoderados o representantes.

Su intervención es a dos efectos:

1º En lo que respecta a la percepción del impuesto escolar.

2º Como parte legítima, en toda sucesión donde no exista heredero declarado, de acuerdo con lo que establece el artículo 6º de la ley 4.124, de 1º de octubre de 1902.

Toda apertura de sucesión se notifica al representante del Consejo Nacional de Educación, a los efectos consiguientes. En conocimiento de ello, si una vez terminada la publicación de edictos no se ha presentado ningún heredero a reclamar la herencia, el representante del Consejo pide que se declare la sucesión vacante, y el juez tiene que hacerlo y nombrarlo curador de acuerdo con las disposiciones de los artículos 3.539, 3.540 y ley 4.124.

Si el causante es extranjero la curatela también corresponde al Consejo.

Es una disposición muy justa que evita los inconvenientes de los antiguos albaceas dativos de la ley de 1865.

El representante del Consejo Nacional de Educación obra como representante del Estado. Está sujeto a las responsabilidades emergentes de la administración pública. Por lo tanto, se tiene mucha mayor seguridad que respecto de los albaceas dativos.

Los albaceas dativos rigieron en razón de la citada ley de 1865 y también por una serie de convenciones hechas con los Estados extranjeros. Los extranjeros siempre tendieron a que la justicia les fuera administrada con intervención de sus representantes, lo que no es posible admitir en la época moderna, en que cada Estado organiza sus instituciones y aplica su justicia en forma general, sin distinguir entre nacionales y extranjeros.



Con motivo de la ley 4.124, que cortó de raíz la intervención de los cónsules en las sucesiones vacantes, se produjeron algunos casos judiciales de controversia, en los que se argumentó en base de la ley de 1865 y de los diferentes tratados celebrados.

Los tribunales en un principio adoptaron un criterio transitorio. No era posible cambiar todo el sistema de improviso. Se consideró prudente proceder en forma que conciliara todos los intereses, dejando satisfechos a los representantes extranjeros, sin que en realidad se les concediera nada.

Los hombres de derecho con su casuismo llegaron a una solución satisfactoria para todas las partes. Y en este sentido establecieron que había que distinguir entre una “sucesión reputada vacante” y una “sucesión vacante”.

La distinción consistía en lo siguiente. Durante los treinta días en que se publican los edictos, la sucesión se reputa vacante. Transcurrido ese término, si no ha comparecido ningún heredero, la sucesión es vacante.

El cónsul podía intervenir nombrando su albacea dativo dentro del período en que la sucesión se reputa vacante, es decir, dentro de los primeros treinta días. De tal manera que su intervención era limitada; la brevedad del lapso de tiempo apenas si le permitía asistir al inventario, en el cual intervenía, además, el representante del Consejo Nacional de Educación. Transcurridos los treinta días, cesa el albacea dativo, porque ya la sucesión es vacante y entonces los bienes corresponden al Fiscal nacional o provincial. Interviene, entonces, como curador el representante del Consejo Nacional de Educación.

En esta forma los tribunales trataron de conciliar las diferentes opiniones que se habían enunciado con motivo de la sanción de la ley 4124, obteniéndose resultados prácticos y benéficos para el Estado, que es a quien pasan los bienes vacantes.

El Fisco, en el caso de bienes vacantes provenientes de



sucesiones, está representado por el Consejo Nacional de Educación y no por la Municipalidad.

El Código establece en el artículo 2.342, inciso 1° que son bienes privados del Estado general y de los Estados particulares, todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales de la República, carecen de otro dueño. Y por otra parte, el artículo 43 de la ley orgánica de la Municipalidad, dice que esos bienes que están situados en la Capital y no tienen dueño, corresponden a la Municipalidad. ¿Por qué? Porque son sin dueño, y deben pasar al Estado.

Pero hay que distinguir. Tratándose de las sucesiones, el artículo 2.342, que da solamente la regla general, de que los bienes vacantes corresponden al Estado general o a las Municipalidades, no se aplica, porque existe una ley especial dictada en el año 1884, que establece que el fondo común de las escuelas, que está bajo el cuidado del Consejo Nacional de Educación, se formará con el producto de las sucesiones vacantes. La ley orgánica de la Municipalidad dice también que corresponden a la Municipalidad todos los bienes que carecen de dueño, pero se refiere a los que no provienen de sucesiones. Si el bien proviene de una sucesión, va al Consejo Nacional de Educación.

Establecido el curador, procede a la liquidación de los bienes, con intervención del Juzgado. Los pagos que hicieron los deudores hereditarios al curador de la herencia, no los eximen de sus obligaciones, a no ser que la suma pagada por ellos se hubiese convertido en beneficio de la sucesión (art. 3.543).

Los herederos que después vengan a reclamar la herencia, están obligados a tomar las cosas en el estado en que se encuentren por efecto de las operaciones regulares del curador (art. 3.542).



## CAPÍTULO XVI

64. — Derecho de representación. Condiciones que requiere. — 65. — Representación en la línea recta. — 66. — Representación en la línea colateral: ¿a favor de quién tiene lugar? — 67. — Efectos de la representación. ¿A quién no se puede representar?

*64.—Derecho de representación.—Condiciones que requiere.*

En la sucesión ab intestato se puede suceder de dos maneras: por derecho propio o por derecho de representación.

Se sucede por derecho propio cuando el heredero es la persona más cercana en el parentesco con el causante. Invoca, entonces, un título que emerge de sí mismo: la vinculación sanguínea más próxima con el *de cujus*.

Entre los sucesores por derecho propio el pariente más cercano excluye al más remoto.

Para impedir las consecuencias de la prematura muerte del que debía heredar por derecho propio, y no privar a sus hijos y descendientes de la herencia, la ley ha creado lo que se denomina derecho de representación.

El derecho de representación se ha considerado en la antigua jurisprudencia, como una ficción de la ley. Si el pariente más cercano excluye al más remoto, sólo por una ficción, se decía, la ley puede hacer que un pariente más remoto ocupe el mismo grado que uno más cercano.



En efecto, si a la muerte de A sólo existen sus hijos B y C (Fig. 5), éstos heredan por derecho propio, porque son los parientes más cercanos del causante. Pero si a la muerte de A ha prefallecido B, y sólo quedan su hijo C y sus nietos D y E, aplicando el principio que rige en el derecho propio, de que el pariente más cercano excluye al a ser perjudicados por la prematura muerte más lejano, resultaría que D y E vendrían te de su padre B. En cambio, si éste no hubiera fallecido antes que el abuelo, a su muerte la parte que hubiera recibido pasaría a sus hijos. De ahí que para el antiguo derecho, D y E, mediante una ficción ocupaban el lugar del padre B, lo representaban y venían a quedar como herederos de primer grado: concurrían con C y partían la sucesión por mitades.

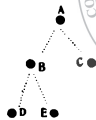


Fig. 5.

Se explican estas ficciones en el derecho romano, porque el *jus gentium* no podía derogar el derecho quirritario y tenía que recurrir a esos recursos a efecto de derogar o modificar situaciones injustas o que no se avenían con las necesidades de la época.

Tal cosa no ocurre en el derecho moderno, donde el legislador no tiene las limitaciones del pretor romano. La representación no puede ser considerada como una ficción: es simplemente un derecho que acuerda la ley (art. 3.550).

Nuestro Código la define con más exactitud que el Código francés, diciendo “es el derecho por el cual los hijos de un grado ulterior son colocados en el grado que ocupaba su padre o madre en la familia del difunto, a fin de suceder juntos en su lugar a la misma parte de la herencia, a la cual el padre o la madre habrían sucedido” (art. 3.549). La representación no tiene lugar en favor de los ascendientes. El más próximo excluye siempre al más remoto (art. 3.559).

Para que exista representación es necesaria la concurrencia de dos personas: el representado y el representante,



con relación a los cuales deben cumplirse, a su vez, varias condiciones.

Respecto del representado se requiere:

1º Que haya muerto. No se puede representar sino a las personas muertas (art. 3.554).

En una misma sucesión puede representarse a varias personas subiendo todos los grados intermedios, siempre que hubiesen muerto todas las personas que separan al representante del difunto. Si uno de ellos vive, la representación no puede tener lugar (art. 3.558). Esta regla se expresa diciéndose que la representación no puede tener lugar *per saltum*, *omisso medio*.

Pero existen excepciones al principio de que no puede representarse sino a las personas muertas:

a) El renunciante a la herencia puede ser representado. Tal sería en el caso de que B renuncie a la herencia de A. El principio que exige se trate de una persona fallecida no puede mantenerse en forma absoluta. Propiamente, el que renuncia a la herencia ha muerto, por así decirlo, para la sucesión. El renunciante, según la ley, se considera como que desaparece. Sus hijos pueden representarlo, colocándose en su lugar, tal como si hubiera muerto físicamente, desde que voluntariamente lo abandona.

b) Cuando se trata de ausentes con presunción de fallecimiento. Pueden también sus hijos representarlo, no probándose que existía al tiempo de abrirse la sucesión (art. 3.555).

La ausencia es un estado de incertidumbre que no puede perjudicar a los descendientes del heredero. Estos pueden representarlo, siempre que no se pruebe que existía al tiempo de abrirse la sucesión.

2º No se puede representar al heredero que no habría sido llamado a la sucesión, como ocurre con el declarado indigno o desheredado, porque si los hijos ocuparan el lugar del padre, estarían en las condiciones de un indigno o un desheredado y no se puede representar sino a las personas



que habrían sido llamadas a la sucesión del difunto (art. 3.556).

Si B no hubiera sido llamado a la sucesión de A (Figura 5), es inútil invocar el derecho de representación, porque los representantes nunca pueden tener un derecho mejor ni más extenso que el representado.

Por eso es que en el caso de la indignidad o de la desheredación, la ley tiene que derogar el principio general y crearles un derecho propio a los descendientes: de lo contrario entrarían dentro de la prescripción del art. 3.556.

En cuanto al representante, se requieren las dos condiciones siguientes:

1° Que sea un descendiente del *de cujus*, si se trata de la línea recta, o de un hermano, si se trata de la línea colateral.

Esta condición resulta de la combinación de los artículos 3.549, 3.557 y 3.560.

La ley en el artículo 3.549 hace uso de la expresión “hijos de un grado ulterior”. Sin embargo, debe tenerse presente que muchas veces cuando el Código habla de “hijos” no quiere referirse exclusivamente a los descendientes de primer grado, que son propiamente los hijos, sino también a los que le siguen, como son los nietos, biznietos, etc. La palabra “hijos” en general, se toma en el sentido de descendientes, y es así como debe interpretarse el artículo 3.549. No implica un obstáculo a la representación, el hecho de que diga “hijos” en vez de “descendientes”.

Si el representante no es un descendiente, no puede, en consecuencia, invocar el derecho de representación.

Supóngase que A hace testamento, y como no tiene ningún pariente, instituye por herederos a dos extraños, D y E. Al fallecimiento de A ya ha muerto D, quien ha dejado dos hijos. Estos pueden argüir que si su padre no hubiera fallecido, habrían recibido su parte en la herencia de A, la que a su muerte les correspondería a ellos. Pero como D ha fallecido antes, no reciben nada, porque no tienen el derecho de representación, desde que no son descendientes.



del testador. Esto puede obviarse, si A en su testamento establece que en caso de muerte de D, su parte de herencia pasará a sus hijos, haciendo la institución a favor de la persona y sus herederos.

2º Que tenga la vocación hereditaria, es decir, que sea hábil para suceder aquel de cuya sucesión se trata (art. 3.551). En su persona deben encontrarse todas las condiciones para ser heredero.

En el ejemplo anterior (fig. 5), si a la muerte de A, han fallecido B y C, los hijos de B, D y E heredan por derecho propio, porque no existiendo otro pariente de primer grado, heredan los de segundo. Se perjudicarían sólo si existiera otro pariente de primer grado, para impedir lo cual, se les concede la representación; pero ésta lo es siempre que estén en condiciones de heredar por sí mismos al ascendiente.

De manera que la representación supone siempre que el que la invoca tenga un derecho propio. Si D y E no tuvieran derecho propio, no podrían invocar la representación, porque implicaría un contrasentido dentro de la ley. El derecho de representación es subsidiario para impedir que el pariente que tiene derecho propio y esté más lejano, pueda ser perjudicado por uno que esté más cercano; pero no tiene por objeto dar derecho hereditario a quien no lo tiene de por sí.

#### 65.—*Representación en la línea recta.*

En la línea recta descendente, sea que los hijos del difunto, aunque de diferente matrimonio, concurren con los descendientes de un hijo premuerto, sea que todos los hijos del difunto, habiendo muerto antes que éste, se encuentren en grados desiguales o iguales, la representación es admitida sin término (art. 3.557).

En este caso la representación va hasta el infinito.

En la línea recta, según expresa el codificador, se sucede en virtud de la representación, con los del grado más próximo, como cuando concurren el nieto con sus tíos a la herencia del abuelo; o con los de grado más remoto,



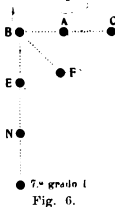


como se verifica cuando los nietos descendientes de un hijo, suceden con los biznietos descendientes de otro hijo de abuelo común, y también con los de un grado igual, cuando los nietos hijos de diversos padres, suceden entre sí o concurren a la herencia del abuelo. En este último caso los descendientes del difunto siendo iguales en grado, la representación no podría tener por fin hacer subir a los unos y a los otros a un grado más próximo. Su objeto en tal caso sólo es introducir la división de la herencia por estirpes, a fin de mantener la igualdad entre las diferentes ramas de la descendencia, y que los nietos no tengan entre todos los de una estirpe, mayor porción en la herencia que la que habría tenido su autor.

66.—*Representación en la línea colateral.*—¿A favor de quién tiene lugar?

En la línea colateral la representación sólo tiene lugar a favor de los hijos y descendientes de los hermanos, bien sean de padre y madre o de un solo lado, para dividir la herencia del ascendiente con los demás coherederos de grado más próximo (art. 3.560).

Supóngase que fallece A (Fig. 6), sin dejar descendientes ni ascendientes, sino dos hermanos B y C. Pero B ha prefallecido quedando solamente dos hijos, E y F. A la muerte de A se encuentra su hermano C y al mismo tiempo sus sobrinos E y F. Con relación al causante los hermanos están en segundo grado, y los sobrinos en tercero. Aplicando el principio del derecho propio, tendremos que el pariente más cercano excluye al más lejano: C, que está en segundo grado, excluye a E y F. Sin embargo, éstos pueden concurrir en virtud del derecho de representación, de acuerdo con lo establecido en el citado artículo 3.560.



Este artículo ha dado lugar a una gran controversia,



en razón de que se ha querido buscar su interpretación a través de la nota del codificador.

Si el artículo no tuviese nota, posiblemente no habría ofrecido dificultad; porque la expresión: “en la línea colateral la representación sólo tiene lugar a favor de los hijos y descendientes de los hermanos”, no puede ser más sencilla.

Hemos visto que en la línea recta la representación tiene lugar a favor de los hijos y descendientes, hasta el infinito. En la colateral, la ley establece la representación a favor de los “hijos y descendientes de los hermanos”, sin expresar si es sin término.

Supóngase en el ejemplo indicado (Fig. 6), que han fallecido B, E y F. Quedan N y C. De acuerdo con el artículo 3.560, N hereda, porque es descendiente de un hermano (B).

Pero en la nota del codificador se dice: “dos Códigos Francés, de Nápoles, de Vaud y de Luisiana extienden la representación en la línea transversal a los hijos de los hermanos y a sus *descendientes*. Tal sistema, llevando la representación a lo infinito en la línea colateral, tiene grandes inconvenientes y peligros, porque dividiendo la sucesión en ramas múltiples viene a ser una fuente de dificultades y pleitos”.

Los intérpretes se preguntaron. ¿Cómo es que el artículo 3.560 dice que la representación tiene lugar a favor de los hijos y descendientes de los hermanos y en cambio la nota expresa que tal sistema no es conveniente, porque divide la sucesión en ramas múltiples, dando lugar a dificultades y a pleitos?

¿Cómo es posible admitir que el codificador establezca un sistema en el artículo y luego en la nota lo critique?

Para obviar estas dificultades se formularon las siguientes interpretaciones:

1º Los intérpretes dijeron: existe un error en el artículo 3.560. Debe interpretarse por la fuente que se indica en la nota, la Novela 118, que acordaba la representación en la línea colateral, únicamente a los sobrinos carnales, hijos de hermanos. La ley de Partidas, también citada, disponea



que “si hubiese hermano o hermana de padre o de madre, o sobrino fijo de tal hermano o de tal hermana que fuese ya muerto, que el hermano o el sobrino hereden los bienes de tal difunto, igualmente”.

De ahí se dijo que donde el Código dice “hijos y descendientes de los hermanos” debía leerse “hijos descendientes de los hermanos”. Todo consistía en suprimir de la ley la conjunción “y”.

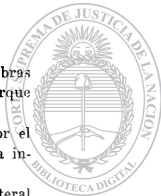
Esta interpretación que el doctor José María Moreno sostuvo en la cátedra, fué aceptada por los tribunales de la Capital, durante una década más o menos, y hoy está abandonada, porque el procedimiento de suprimir letras o palabras de los artículos del Código, no es jurídico ni científico.

2º Posteriormente otro profesor de derecho civil, el doctor Gerónimo Cortés, sostuvo que aquella interpretación no era admisible.

Analizó, entonces, el sistema del Código, y llegó a la conclusión de que la representación en la línea colateral llega hasta el sexto grado, limitación impuesta por el artículo 3.585. Esta es la solución jurídica dentro de nuestra ley. La nota del codificador cuando dice: “tal sistema, llevando la representación a lo infinito en la línea colateral, tiene grandes inconvenientes y peligros, porque dividiendo la sucesión en ramas múltiples, viene a ser una fuente de dificultades y pleitos”, no se refiere al sistema del artículo 3.560, sino al sistema de la ley de Nivose, año segundo, que es el que critica Demolombe, de donde fué tomada la nota.

El artículo 3.560 debe interpretarse conforme a los principios que rigen la representación, que exigen en el representante la vocación hereditaria. Un pariente colateral de séptimo grado no tiene vocación hereditaria, porque estando solo no podría heredar al causante, y quien no puede ser heredero por derecho propio, tampoco puede serlo por representación.

3º Una tercera interpretación sostiene “que la representación que acuerda el artículo 3.560, debe entenderse



hasta el infinito, porque no otra cosa significan las palabras “y descendientes”. Sin embargo, esto no es exacto, porque el artículo 3.560 hay que concordarlo con el 3.585.

4ª Una cuarta interpretación ha sido propuesta por el doctor José Vicente Fernández bajo el título de “Nueva interpretación del artículo 3.560 del Código Civil”.

Sostiene el doctor Fernández, que en la línea colateral la representación sólo tiene lugar a favor de los hijos y descendientes de hermanos “como representantes de éstos”.

La clave de la interpretación, dice, consiste en que: “en la línea colateral no pueden ser representados sino los hermanos del difunto, bien que puedan ser representados los hijos y descendientes de éstos, sin limitación alguna, con tal que el descendiente, cualquiera que sea la distancia que lo separe del hermano premuerto del causante se halle en situación de subir hasta él, de grado en grado, sin interrupción de persona viva, condición *sine qua non* para que la representación se ejerza”.

Opinamos que el verdadero sistema es el que se basa en el texto del artículo 3.560, que es bien claro y terminante, a pesar de la contradicción aparente de la nota. Y este sistema es el que ha seguido la jurisprudencia en estos últimos años: la representación en la línea colateral a favor de los hijos y descendientes de los hermanos, llega sólo hasta el sexto grado.

67.—*Efectos de la representación.*—¿A quién no se puede representar?

El efecto inmediato de la representación, es hacer entrar al representante en el lugar del representado, con todos los derechos que a éste hubieran correspondido (art. 3.562).

Esos derechos puede invocarlos el representante, para concurrir con otros herederos, o bien para excluirlos.

En todos los casos en que la representación es admitida, la división de la herencia se hace por stirpe. Si ésta ha producido muchas ramas, la subdivisión se hace también por



estirpe en cada rama, y los miembros de la misma rama heredarán por partes iguales (art. 3.563).

De ahí la regla jurídica de que: “representación y partición por estirpe, son cosas absolutamente recíprocas”.

Como el representante no puede tener un derecho mejor y más extenso que el representado, se dice que “cuando los hijos vengán a la sucesión por representación, deben colacionar a la herencia lo que el difunto ha dado en vida a sus padres, aunque éstos hubiesen repudiado la sucesión” (art. 3.564).

*¿A quién no se puede representar?*

1º A las personas vivas, con las excepciones que ya hemos enunciado.

¿Se podrá representar a aquél cuya sucesión se ha renunciado?

El Código resuelve la cuestión afirmativamente, en el artículo 3.552, porque el derecho de representación no es un derecho dependiente de la herencia representada. El nieto que repudia la herencia de su padre por serle perjudicial, puede representarle para heredar al abuelo.

2º No se puede representar a aquél de cuya sucesión había sido excluido como indigno o que había sido desheredado (art. 3.553). Ello, como expresa el codificador en la nota, presenta un serio peligro, pues autorizaría la representación de la víctima por el homicida, y podría inspirarle la idea del crimen por el llamamiento que el crimen mismo produciría en su favor.



68. — Concepto de la legítima. Fundamento. Naturaleza. — 69. — ¿A favor de qué herederos se establece? — 70. — ¿Cómo se determina la legítima? — 71. — Carácter y naturaleza de la acción de reducción. — 72. — Contratos entre el testador y sus herederos forzosos. Consecuencias. — 73. — Porción disponible. Mejora.

68.—*Concepto de la legítima.—Fundamento.—Naturaleza.*

Para organizar la transmisión hereditaria, se presentan en la doctrina dos sistemas fundamentales.

El uno pretende que se reconozca al titular del patrimonio amplia libertad de disponer de sus bienes para después de su muerte. No impone ninguna restricción. Así como se reconoce al propietario el derecho de vender todos sus bienes, donarlos o transmitirlos en cualquier forma, también debe poder hacer lo mismo para después de su fallecimiento. No hay limitación alguna a la facultad de disponer. Este sistema recibe el nombre de libertad de testar. Rige en Inglaterra y en muchos de los estados norteamericanos.

Al lado de ese sistema, se encuentra otro que impone restricciones a la libertad de testar. Sostiene que si bien en vida el hombre puede disponer de sus bienes, no debe ocurrir lo mismo para después de muerto. La facultad amplia



de testar no debe existir. La ley tiene que intervenir para imponer limitaciones. Tal es el sistema de las legítimas.

¿Qué es la legítima?

Un derecho de sucesión limitado a determinada porción de los bienes, de la cual no pueden ser privados ciertos herederos, sino por justa causa de desheredación.

Nuestro Código ha aceptado el sistema de las legítimas, fundado en varias consideraciones.

1º De orden moral.

Entre las personas ligadas por estrecho parentesco, corresponde a la vinculación que nace de la sangre, otra que podríamos llamar patrimonial. Así están obligados a prestarse recíproca ayuda. Si uno de los parientes se encuentra en situación precaria, imposibilitado para el trabajo, sin recursos para su subsistencia, sus descendientes o ascendientes tienen la obligación de socorrerlo, y si tienen medios de fortuna están obligados a pasarle una pensión alimenticia.

Ahora bien: la ley considera que esa obligación patrimonial es más extensa, y que a la solidaridad de la familia del punto de vista moral, debe corresponder una solidaridad patrimonial, de manera que al morir una persona, una parte de los bienes debe pertenecer a sus herederos cuando éstos sean sus descendientes, ascendientes o el cónyuge.

La moral de las familias se resentiría, si la ley permitiese que un padre se olvidase de su prole, para enriquecer a terceros.

2º De orden social.

El Estado está interesado en que la familia mantenga todas las fuerzas indispensables a su conservación. Un Estado, dice Planiol, es una nación, y una nación no es más que una agrupación de familias. La familia no subsiste únicamente a base de efectos. Necesarios son también los elementos materiales para que pueda subsistir como grupo bien unido. Estando el Estado interesado en mantener la duración y la estabilidad de ese grupo, uno de los elementos de que puede valerse para ello, es dar a los parientes un derecho sobre los bienes del fallecido. En esa forma, la fami-



lia, como célula originaria y fundamental del Estado, adquiere cierta consistencia que después se traduce en acción benéfica sobre la vida general de la sociedad. El canciller de l'Hospital, deploraba las donaciones inmoderadas que producían la desolación de las buenas familias y la disminución de las fuerzas del Estado.

### 3º De orden político.

La forma de la distribución de la riqueza tiene una influencia enorme en lo que respecta a la organización política del Estado.

Si se concede al individuo amplia libertad para disponer de sus bienes como lo crea conveniente, se abre ancha puerta a las distribuciones arbitrarias, al vaivén del capricho, al interés y aún al egoísmo. Se fomenta la constitución de los grandes patrimonios que se transmiten a una sola persona de generación en generación. La voluntad de un hombre viene a prolongarse en el tiempo más allá de una generación, para regular la vida futura de la sociedad. Todo esto produce perjuicios en el orden social. La división de la riqueza y especialmente la partición de los bienes inmuebles, conviene al Estado, porque produce el bienestar del mayor número. Esta finalidad se alcanza con el sistema sucesorio de las legítimas.

### 4º Otras consideraciones.

Para testar se espera generalmente el último momento de la existencia. En la plenitud del vigor físico, es raro pensar en la muerte y en la distribución ulterior de los propios bienes. El derecho de testar se ejerce en la mayor parte de los casos, cuando en la decadencia orgánica, se percibe cercano el instante supremo. Entonces la voluntad se encuentra debilitada y puede ser presionada en un sentido o en otro. El individuo puede ser influenciado para que deje sus bienes olvidando sus deberes familiares. La ley debe intervenir para imponer restricciones que salvan a la familia de las consecuencias fatales de una voluntad en estado de decadencia y debilidad. Debe imponer un límite a la facultad de disponer libremente, para impedir que se irroguen





perjuicios a unos o a otros. Respondiendo a estos fines, nuestro Código organiza el sistema de las legítimas.

Se ha creído encontrar con ello una violación al principio constiucional de que la propiedad es inviolable, pretendiéndose que el Código Civil no puede coartar el derecho de usar y disponer de la propiedad, como mejor parezca a su dueño.

No hay tal violación. Los derechos reconocidos en la Constitución Nacional no revisten un carácter absoluto. Están sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio. Y cuando la reglamentación no ataca el principio fundamental, no puede sostenerse que es violatoria de la Constitución. Por el contrario, la finalidad de la regla civil es saludable y benéfica, desde que tiende a encauzar el ejercicio del derecho conferido por la ley fundamental en un sentido concorde con las conveniencias del país.

El sistema de las legítimas tiende al objetivo apuntado. No sólo rige en nuestro país, sino en la mayor parte de las naciones civilizadas.

¿De qué naturaleza es la legítima?

La legítima puede ser considerada desde un doble punto de vista: como parte de los bienes—*pars bonorum*— o como parte de la herencia—*pars hereditatis*.

No es esta una división exclusivamente doctrinaria, sino esencialmente práctica, que tiene un efecto inmediato en la distribución de los bienes.

Si se considera la legítima como una parte de los bienes, el heredero no tiene necesidad de tomar la calidad de tal para reclamarla. Le está adjudicada por la ley independientemente de su condición de heredero: por el solo hecho del vínculo de la sangre, y nada más.

Pero si se la califica como una parte de la herencia, la calidad hereditaria es indispensable para poder reclamarla. De tal manera que si no se acepta la herencia, no puede reclamarse la legítima.

Según el primer sistema — *pars bonorum* — el que repudia la herencia, puede reclamar su legítima. De acuerdo



con el segundo — *pars hereditatis* — para obtener la entrega de la legítima se requiere la calidad de heredero, es decir, la aceptación de la herencia.

De ahí que la determinación de si la legítima es una porción de los bienes o una parte de la herencia, reviste cierta importancia.

¿Cómo resuelve el punto nuestro Código?

El artículo 3.591 dice: “la legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. De acuerdo con este artículo, que ha sido tomado del derecho francés, la legítima es una porción de la herencia: teoría de la *pars hereditatis*. La solución es clara: requiérese la calidad de heredero para reclamarla; y si se renuncia a la herencia se pierde el derecho a la legítima.

Pero si hojeamos retrospectivamente el Código, encontraremos el artículo 3.354, según el cual “los que tengan una parte legítima en la sucesión, pueden repudiar la herencia, sin perjuicio de tomar la legítima que les corresponda”.

Este artículo sostiene la teoría de que la legítima es una parte de los bienes, *pars bonorum*, o como dice Goyena: “la porción legítima es una deuda”.

Esta deuda nada tiene que ver con la herencia.

Existe una oposición evidente entre estos dos artículos. Ambos sustentan principios diferentes.

El codificador indica como fuente del artículo 3.354, en la nota la L. 19, tít. 6, partida 6, y a Goyena, artículo 840. En cambio, en el artículo 3.591 adopta las ideas de los autores franceses.

¿Cuál es la solución que corresponde adoptar? ¿Ha de considerarse la legítima como una parte de los bienes o como una parte de la herencia?

Entre la regla general o definición del artículo 3.591 y la disposición particular, meditada, clara y evidente del artículo 3.354, debe optarse por esta última.

El artículo 3.591, que dice que se trata de una porción



de la herencia, debe concordarse con el artículo 3.354 y con el sistema general del Código. Porque el legislador ha ya formulado una definición en el artículo 3.591, no ha de cambiarse la naturaleza de la legítima. Esta, entre nosotros, es una parte de los bienes, y no una parte de la herencia. La sucesión legitimaria, en la ley argentina, es independiente de la calidad de heredero.

La determinación en ese sentido tiene mucha influencia en la distribución de los bienes.

Tomemos un ejemplo. Una persona tiene cuatro hijos y una fortuna de 10.000 pesos. Hace en vida al hijo mayor una donación de 4.000 pesos. A su fallecimiento quedan los 6.000 pesos restantes, a repartirse entre los cuatro hijos. Todos aceptan la herencia.

Aplicando el artículo 3.591, se procedería en la siguiente forma: A los bienes que han quedado, 6.000 pesos, deben agregarse por colación los 4.000 que el padre ha entregado en donación a uno de los hijos. Total, 10.000 pesos, que repartidos entre los cuatro hijos dan para cada uno de ellos 2.500 pesos.

El mayor tiene que devolver 1.500 pesos para completar la porción de sus hermanos, quedándose con el saldo de 2.500 pesos de los 4.000 de donación.

Pero si el heredero renuncia a la herencia, ¿qué ocurre?

Este puede reclamar su legítima y no estando obligado a colacionar, porque no es heredero, no tiene que devolver los 1.500 pesos.

En efecto: la legítima está representada por los cuatro quintos de los 10.000 pesos, o sean 8.000, que distribuidos entre los cuatro hijos darían 2.000 pesos a cada uno. El hijo mayor, que ha recibido en donación 4.000 pesos, se queda con ellos, porque 2.000 pesos le corresponden por su legítima y los otros 2.000 los retiene como donatario, desde que no exceden de la porción disponible del causante.

Resulta, pues, beneficiado por la renuncia en 1.500 pesos, que en caso de haber aceptado habría tenido que devolver.



Es evidente, pues, que la cuestión de considerar la legítima como una parte de los bienes o como una parte de la herencia es fundamental en la partición. Al abogado corresponde aconsejar al cliente en el sentido de la aceptación o no aceptación de la herencia, según sea más conveniente en cada caso.

*69. —¿A favor de qué herederos se establece?*

El artículo 3.592 dice: Tienen una porción legítima todos los llamados a la sucesión intestada en el orden y modo determinado en los cinco primeros capítulos del título anterior.

En esos cinco primeros capítulos se hace la siguiente enumeración: 1º, descendientes legítimos; 2º, ascendientes legítimos; 3º, cónyuge sobreviviente; 4º, hijos naturales; 5º, padre natural. Estas son las cinco categorías hereditarias que tienen legítima.

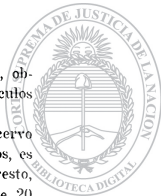
En cuanto a la cantidad de bienes que la ley fija para cada categoría de herederos, es distinta. El principio que debiera regir en este punto es que, a medida que uno se aleja en el vínculo de la afección, disminuye la legítima.

Así debiera ser el orden del Código y así es aparentemente. Pero en las distintas combinaciones particulares el sistema falla. ¿Por qué? Porque no se han tenido en cuenta todos los detalles y no se han establecido verdaderos principios generales.

Por las razones de orden público que determinan la institución el Código declara que toda renuncia o pacto sobre la legítima futura entre aquellos que la declaran y los coherederos forzosos es de ningún valor. Los herederos pueden reclamar su respectiva legítima, pero deberán traer a colación lo que hubieren recibido por el contrato o renuncia (art. 3.599).

*Legítima de los descendientes.*

La porción legítima de los hijos legítimos es cuatro quintos de todos los bienes existentes a la muerte del testador y



de los que deben colacionarse a la masa de la herencia, observándose en su distribución lo dispuesto en los artículos 3.570 y 3.579 del título anterior (artículo 3.593).

Si muere el testador, dejando cuatro hijos y un acervo de 10.000 pesos, la cuestión es simple. Los cuatro quintos, es decir, 8.000 pesos, constituyen la porción legítima. El resto, o sean 2.000 pesos, constituye la parte disponible, y ese 20 por ciento es la cuota de la que el causante puede disponer como le plazca.

El quinto de sus bienes puede distribuirlo el testador entre sus mismos hijos, dejarlo a un extraño, hacer legados piosos o de beneficencia y hasta, si se le ocurre, ordenar que se le digan misas por ese importe.

En cuanto a la legítima de los descendientes, el testador no puede imponerle gravamen ni condición alguna; si lo hiciera, se tendrán por no escritos (art. 3.598).

Es inútil que el padre ordene que la parte legítima de sus hijos sólo podrá adquirirse cumpliendo tales o cuales obligaciones o encargándoles hagan tal o cual cosa. Para la ley esas imposiciones son nulas y se tienen como si no hubieran sido escritas.

Tampoco puede el testador hacer legados superiores a la porción disponible; si lo hace estarán sujetos a la acción de reducción.

Ahora bien: los hijos legítimos pueden concurrir a la sucesión conjuntamente con el cónyuge. En este caso ¿en qué forma se efectúa la partición?

El principio general es que la legítima menor se toma de la legítima mayor. Los que están en el primer orden tienen una legítima mayor a la de las posteriores. El cónyuge tiene una legítima menor a la del hijo o descendiente, que constituye el primer orden hereditario.

La ley establece que el cónyuge se equipara a un hijo, a los efectos de la distribución de la legítima. Si quedan cuatro hijos y el cónyuge, la legítima permanece siempre igual — los cuatro quintos — pero la división aumenta: en lugar de cuatro, son cinco. Sobre 8.000 pesos de legítima



corresponderán 1.600 a cada uno de los cuatro hijos y al cónyuge.

Si con los hijos legítimos y el cónyuge concurren los hijos naturales ¿sufre alteración la legítima, de manera que disminuya o aumente la porción disponible?

Subsiste siempre. La legítima del hijo natural se saca de la legítima mayor, que es la de los hijos legítimos.

Los cuatro quintos se distribuyen en la siguiente forma: Cuatro hijos, más el cónyuge — que la ley considera como un hijo — suman cinco. Además, hay un hijo natural. Se multiplica entonces el total de hijos y el cónyuge — cinco — por cuatro, lo que da 20, y se le agrega el hijo natural. Total, 21. Se divide la herencia por 21 y se distribuye una parte para el hijo natural y cuatro para cada hijo legítimo y el cónyuge.

#### *Legítima de los ascendientes.*

Como los ascendientes se encuentran en un rango inferior a los descendientes desde el punto de vista del derecho hereditario, de acuerdo con el principio general, la legítima disminuye.

En este sentido el artículo 3.594 establece que la legítima de los ascendientes es de dos tercios de los bienes de la sucesión, observándose en su distribución los artículos 3.571 y 3.580.

Si el haber hereditario es de 90.000 pesos y quedan solamente los padres del causante, la legítima es de dos tercios, es decir, de 60.000 pesos.

Si en lugar de los dos padres sobreviven los cuatro abuelos, igualmente no se altera la legítima. Lo mismo ocurre si en vez de los dos padres sobrevive solamente uno de ellos.

Si los ascendientes concurren con el cónyuge supérstite, tampoco se altera la legítima; siempre son los dos tercios.

En este caso ; cómo se efectúa la partición?

La ley establece que ha de ser por cabeza. Puede suceder que en vez de los padres concurren con el cónyuge los



cuatro abuelos. Dividiendo por cabeza resultará que el cónyuge recibirá la quinta parte, es decir, menos que si concurriera conjuntamente con los padres. Esto constituye una pequeña falla de la ley. Porque a medida que se remonta en el parentesco, puede decirse que el afecto disminuye. No es justo ni lógico que se perjudique al cónyuge, en razón de que, no existiendo los padres, concurran los abuelos. Por el contrario, debiera haber aumentado su derecho. La solución de la ley puede ser aún más injusta: si se admite la remota posibilidad de que no existan padres ni abuelos, y sí los ocho bisabuelos, resultará entonces que al cónyuge le corresponderá tan sólo una novena parte.

Tampoco disminuye la legítima si con el ascendiente concurren el cónyuge y el hijo natural.

La partición se efectuará entonces así: la mitad de los dos tercios corresponderá a los ascendientes, un cuarto al cónyuge y el otro cuarto a los hijos naturales.

Como se ve, la concurrencia del hijo natural viene a perjudicar al cónyuge. Si, en cambio, existiera hijo legítimo, excluiría a los ascendientes y entonces el cónyuge recibiría una parte igual al hijo legítimo. Pero de no existir éste, entran los ascendientes, y el cónyuge viene a sufrir una especie de reducción, porque ya no tiene el mismo derecho que antes. La inexistencia del hijo legítimo le perjudica.

La disposición es ilógica, porque de concurrir con los hijos legítimos la legítima es mayor y el cónyuge toma una parte igual a la de ellos. Con los ascendientes e hijos naturales, la legítima es menor, y toma menos. En rigor de verdad, debiera ser lo contrario, porque no puede presumirse que el afecto al cónyuge disminuya por la no existencia de hijos legítimos.

Esta desigualdad implica una transgresión al principio general, de que a medida que se aleja del tronco común, la legítima va disminuyendo.

#### *Legítima de los cónyuges.*

La legítima de los cónyuges ha provocado, por la re-



dación del artículo 3.595, una cuestión intrincadísima en nuestro derecho.

El artículo citado dispone que la legítima de los cónyuges, cuando no existan descendientes ni ascendientes del difunto, será la mitad de los bienes de la sucesión del cónyuge muerto, aunque los bienes de la sucesión sean gananciales.

Supóngase que queda solamente el cónyuge supérstite y que la herencia está constituida por 100.000 pesos de bienes gananciales. ¿Cuál será la legítima del cónyuge?

El artículo 3.595 ordena que sea la mitad de los bienes. ¿De qué bienes? De todos, aunque sean gananciales, dice la ley.

En el caso ocurrente el cónyuge tomará 50.000 pesos a título de socio de los bienes gananciales, y del resto, la mitad, es decir, 25.000 pesos más, a título de legítima. En realidad viene a recibir las tres cuartas partes del patrimonio, quedando solamente una cuarta parte como cuota disponible.

De tal manera que la capacidad del causante para testar a favor de los extraños es de 25 por ciento sobre el total de los bienes gananciales y de la mitad sobre los bienes propios.

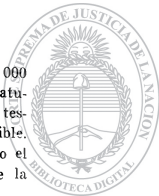
Si el cónyuge concurre con un hijo natural, ¿cuál es su legítima?

La cuestión es difícil, porque el artículo 3.596 establece que no teniendo el testador descendientes ni ascendientes legítimos, ni quedando viudo o viuda, la legítima de sus hijos naturales será la mitad de los bienes que a su muerte quedan. Esta disposición se refiere al caso de que concurren únicamente los hijos naturales, a cuyo efecto establece que la legítima de éstos será la mitad de los bienes.

La ley no ha establecido expresamente cuál es la porción legítima cuando concurren el cónyuge y el hijo natural. Ha legislado sólo la concurrencia de ambos separadamente.

Algunos autores sostienen que cuando se presenta el cónyuge y el hijo natural deben unirse los artículos 3.595 y





3.596: así, sobre los 100.000 pesos de la herencia, 50.000 corresponderán al cónyuge y los otros 50.000 al hijo natural. Pero entonces ¿cuál sería la parte disponible? El testador quedaría sin porción disponible y esto no es admisible.

La solución a nuestro juicio se encuentra recordando el principio general de que la legítima menor se saca de la legítima mayor.

La confusión se produce porque la ley establece que la legítima del hijo natural es la mitad de los bienes y la del cónyuge también la mitad. No prevé el caso de concurrencia de ambos reclamando su legítima.

Cuando hemos dicho que la legítima menor se saca de la legítima mayor, nos hemos referido al orden establecido. Este orden consiste en los descendientes, ascendientes, cónyuge, hijo natural, padre natural. Ahora bien: cuando la ley expresa que dos legítimas son iguales, siempre debe tenerse en cuenta el principio general de que la menor se tomará de la mayor, y si ambas son iguales, se toman sobre la misma porción.

Si los gananciales son 100.000 pesos, en el ejemplo citado, y existe cónyuge e hijo natural, la solución será la siguiente:

Al cónyuge corresponderán 50.000 pesos a título de socio en los gananciales. Del remanente, la mitad, 25.000 pesos, corresponderán al testador como parte disponible; y los otros 25.000 pesos se repartirán por mitades entre el cónyuge y el hijo natural, porque la legítima del primero, que es superior en el orden de gradación establecido por el Código, es la mitad de los bienes, “aunque sean gananciales” (art. 3.595).

A esta solución se ha objetado que el artículo 3.576 establece que el viudo o viuda que es llamado a la sucesión en concurrencia con descendientes o ascendientes, no tendrá parte alguna en la división de los bienes que correspondiesen al cónyuge premuerto a título de gananciales del matrimonio con el referido viudo o viuda.

A esta argumentación debe contestarse que el artículo



3.576, debe ser combinado con el citado artículo 3.595. Aquél sólo se refiere a los ascendientes y descendientes legítimos. Cuando concurre con éstos el cónyuge no recibe nada en la parte de los bienes gananciales del premuerto; pero sino existen ascendientes o descendientes legítimos, sino naturales, corresponde aplicar el artículo 3.595; tan es así, que el Código, en este mismo artículo, dice expresamente: “aunque los bienes de la sucesión sean gananciales”. Parecería que la ley ha querido prevenir que no vaya a invocarse el artículo 3.576.

El criterio que sostenemos no se el que ha primado. Se ha creído que al hablar el artículo 3.576 de descendientes y ascendientes, se refiere tanto a los legítimos como a los naturales. Pero nos parece más jurídico que cuando la ley ha dicho en el artículo 3.595 “aunque los bienes de la sucesión sean gananciales”, ha querido referirse al caso de concurrencia del cónyuge con todo otro heredero que no sea ascendiente o descendiente legítimo.

Con el cónyuge puede concurrir también el padre natural: la legítima de éste será de un cuarto de la sucesión (art. 3.597 *in fine*).

#### *Legítima de los hijos naturales.*

No teniendo el testador descendientes ni ascendientes legítimos, ni quedando viudo o viuda, la legítima de sus hijos naturales será la mitad de los bienes que a su muerte queden (art. 3596). La mitad, dice la ley, cuando no existan viudo o viuda. ¿Y existiendo éstos? Será la mitad de la mitad, cuando resulta combinado este artículo con el 3.595.

#### *Legítima de los padres naturales.*

No teniendo el testador descendientes ni ascendientes legítimos, ni quedando viudo o viuda, la legítima de sus hijos naturales será la mitad de los bienes que a su muerte queden (art. 3596). La mitad, dice la ley, cuando no existan



viudo o viuda. ¿Y existiendo éstos? Será la mitad de la mitad, cuando resulta combinado este artículo con el 3.595.

*Legítima de los padres naturales.*

La legítima de los padres naturales que hubieren reconocido al hijo natural, cuando éste no dejare descendientes legítimos ni cónyuge sobreviviente, ni hijos naturales, será la mitad de los bienes dejados por el hijo natural. Si quedasen hijos legítimos o hijos naturales legalmente reconocidos, el padre natural no tiene legítima alguna. Si sólo quedase viudo o viuda, la legítima del padre natural será de un cuarto de la sucesión (art. 3.597).

*70.—¿Cómo se determina la legítima?*

¿Cuál es el criterio que debe observarse para la determinación de la legítima?

Según el artículo 3.602, para fijar la legítima se atenderá al “valor” de los bienes quedados por la muerte del testador. Al “valor” líquido de los bienes hereditarios se agregará el que tenían las donaciones del mismo testador al tiempo en que las hizo. No se llegará a las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima reduciendo a prorrata, o dejando sin efecto, si fuese necesario, las disposiciones testamentarias.

Una persona fallece dejando por únicos bienes 20.000 pesos depositados en un Banco. Tiene acreedores por un total de 10.000 pesos y ha hecho donaciones en vida por valor de 20.000 pesos.

Según lo establece la ley, a los bienes quedados — 20 mil pesos — hay que restar las deudas, porque no se entiende por herencia sino lo que queda una vez cubiertos los créditos contra el causante. Quedarían entonces 10.000 pesos, como producto líquido de los bienes sucesorios. A este valor se agregará el de las donaciones del testador al tiempo en que las hizo. De manera que: el valor líquido de lo existente 10.000 pesos, más el valor de las donaciones, 20.000 pesos, hacen



un total de 30.000 pesos. Esto es lo que se denomina masa de los bienes, sobre la cual debe determinarse la legítima.

Si el causante ha dejado dos hijos legítimos como únicos herederos, la legítima estará representada por las cuatro quintas partes del producto de la masa hereditaria: es decir, 24.000 pesos. Los 6.000 pesos restantes constituyen la porción disponible.

Pueden presentarse, respecto a las donaciones algunas cuestiones interesantes.

La donación hecha por el causante puede serlo a sus propios herederos forzosos o a extraños.

Si lo es a un heredero forzoso — a uno de sus hijos en el ejemplo citado — fácil es llegar a la partición. La legítima total era de 24.000 pesos, de los que corresponde a cada uno de los hijos 12.000 pesos. El valor líquido de los bienes, como se ha dicho, es de 10.000 pesos. Entonces el hijo que ha recibido en donación 20.000 pesos debe entregar 2.000 pesos a su hermano para completarle su legítima, siempre que él hubiera sido mejorado en la porción disponible. De lo contrario, debe también entregar la mitad de ella. Esta operación recibe el nombre de colación.

#### 71.—*Carácter y naturaleza de la acción de reducción.*

Una cuestión más difícil se presenta si en vez de tratarse de una donación hecha a uno de los hijos, ésta ha sido efectuada a un extraño. Como el tercero se halla fuera de la herencia, no puede tener lugar la colación. Por medio de donaciones hechas en vida a terceros vendría a destruirse el sistema legitimario. Para impedir este efecto, la ley concede una acción en defensa de la legítima. Es la acción de reducción. Esta acción puede definirse diciendo que es la que corresponde a los herederos forzosos para hacer declarar inoficiosas las liberalidades del causante en cuanto excedan de la porción disponible.

Si la donación ha sido de 20.000 pesos, y el causante sólo podía disponer de 6.000, los herederos tienen acción



para exigir del tercero la devolución del exceso recibido en donación.

El artículo 3.601 establece que las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos, se reducirán a solicitud de éstos, a los términos debidos.

Aun cuando el artículo se refiere exclusivamente a las disposiciones testamentarias, se aplica también a las donaciones. Unas y otras sufren la reducción correspondiente.

¿Qué procedimiento debe seguir el heredero para obtener que el tercero le devuelva el importe afectado a la acción de reducción?

Pueden presentarse varias situaciones.

1º Interpelado el tercero, éste se allana a la acción y paga. La suma que entrega ingresa al acervo hereditario y se procede a la partición o complemento de las legítimas.

2º Producida la interpelación, el tercero manifiesta disconformidad con la formación de la masa para determinar la legítima. Como no ha sido parte en la sucesión, puede impugnar los cálculos y exigir que se rectifiquen.

3º El tercero al ser demandado contesta que la finca que recibió en donación la ha enajenado y se encuentra en poder de un tercer poseedor de buena fe. Por otra parte, es insolvente y no tiene con que pagar la suma que debe devolver.

¿Puede el heredero dirigirse contra el tercer adquirente del inmueble, exigiéndole la devolución del valor afectado a la legítima, o la entrega de la cosa?

En una palabra: ¿tiene el heredero acción real contra el tercer adquirente del inmueble comprendido en la acción de reducción?

Ante todo, cabe recordar que si la donación es hecha a un heredero forzoso, y éste ha enajenado el inmueble, no hay acción reivindicatoria contra el tercero, porque según el artículo 3.477, los ascendientes o descendientes “deben reunir a la masa hereditaria todos los valores dados en vida por el difunto”.

Designamos “los valores dados por el difunto”, dice el



codificador en la nota, y no las cosas mismas, como lo dispone el Código francés. La donación fué un contrato que transfirió la propiedad de las cosas al donatario, y éste ha podido disponer de ellas como dueño. Ese dominio no se revoca por la muerte del donante. De manera que no existe acción reivindicatoria.

Ahora bien: tratándose de una donación a un extraño ¿rige el mismo principio?

En el artículo 3.602 se establece lo mismo que en el artículo 3.477, que es el “valor” de los bienes donados los que deben entrar a la masa hereditaria y no las cosas mismas.

La solución anterior, de que no existe acción reivindicatoria, debería igualmente regir en el caso de la reducción, como rige en el de colación, pero es que el artículo 3.955 del título de la prescripción establece que “la acción de reivindicación que compete al heredero legítimo contra los terceros adquirentes de inmuebles comprendidos en una donación, sujeta a reducción por comprender parte de la legítima del heredero, no es prescriptible sino desde la muerte del donante”.

Esta disposición se refiere a una acción de reivindicación que en ninguna otra parte del Código se legisla ni se menciona.

La donación, se ha dicho, en cuanto transfiere la propiedad al donatario, es un hecho definitivo e irrevocable, y la acción de reducción se refiere al “valor” que exceda la parte disponible, sobre el cual procedería una acción personal.

Conforme, pues, a los principios para la formación de la masa hereditaria consignados en el artículo 3.602 y su concordante el artículo 3.477, la acción de reducción es una acción personal, sobre valores, que no puede fundar una reivindicación.

Pero, como el artículo 3.955, apartándose de los principios establecidos, habla de una acción reivindicatoria, explicable en el derecho francés, que forma la masa hereditaria



con los “bienes” y no con los “valores”, como ocurre en el nuestro, las Cámaras Civiles de Apelaciones de la Capital, por mayoría de votos han establecido, en el acuerdo extraordinario que establece la ley 7.055, que: “los herederos pueden ejercitar acción reivindicatoria contra los terceros adquirentes de un inmueble comprendido en una donación inoficiosa, por perjudicar la legítima de aquéllos”.

En consecuencia, de acuerdo con la resolución de los tribunales, cuando la donación es hecha a un heredero forzoso y el bien es enajenado, el tercer adquirente no puede ser molestado. Pero si la donación ha sido hecha a un extraño todos sus sucesores estarán sujetos a la acción de reivindicación. Esto produce como efecto que si la persona hace donación de un inmueble a otra, convierte a ese inmueble en un bien inenajenable. Nadie lo comprará, por temor a la acción reivindicatoria que la muerte del donante, pueden entablar sus herederos. Lo mismo pasará si se quiere constituir una hipoteca sobre el bien.

Un sistema jurídico que produce como consecuencia la inenajenabilidad de los inmuebles no responde al principio económico necesario en toda buena legislación. La tendencia moderna es facilitar el movimiento económico: que las cosas se vendan y se compren y que todo aquel que adquiere un bien tenga la seguridad de que cuando lo ha pagado nadie podrá molestarlo.

No obstante todas estas consideraciones, como se ha dicho, la última jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de que hay acción real, cuando la donación es hecha a un extraño. Mientras no cambie, a ella hay que atenerse en la Capital Federal.

Supóngase ahora que el causante ha efectuado en vida donaciones y ha hecho legados en su testamento, todo lo cual perjudica la legítima. ¿En qué forma se procederá a la reducción de la parte que afecta la legítima? ¿Contra quién se procederá primero? ¿contra donatario o contra el legatario?

No es esta una cuestión que deba quedar al capricho de



los herederos. La ley, basándose en principios de equidad, contempla la situación especial del donatario y del legatario. Es indiscutible que la donación fué un contrato que transfirió la propiedad. El donatario pudo vender el bien donado. Si éste se halla sujeto a la acción de reducción, es cuestión aparte. Lo cierto es que se crea una situación de hecho, que es necesario respetar en lo posible. Dentro de estos principios, la ley prescribe que no se llegará a las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo a prorrata, o dejando sin efecto, si fuese necesario, las disposiciones testamentarias (artículo 3.602 *in fine*).

Pero dentro de los legados existen varias categorías: pueden ser de cantidad, de remuneración de servicios o de cosa cierta. La situación de estos diversos legados, en caso de ejercitarse la acción de reducción, es distinta. Los legados sufren reducción en el siguiente orden: 1º Los de cantidad; 2º Los hechos en compensación de servicios; y 3º Los de cosa cierta (art. 3.795).

En fin, si reducidos los legados, la legítima no estuviera aún cubierta, se irá a las donaciones. ¿En qué forma? ¿a prorrata? Nó, en orden inverso al de su fecha, empezando por la última y así sucesivamente; de tal manera que las más lejanas vayan quedando eximidas de contribución, mientras las posteriores alcancen a cubrir la legítima. Se trata de evitar que con donaciones posteriores se pueda perjudicar a las anteriores, como ocurriría de establecer la reducción a prorrata. La donación es un acto irrevocable. Se pondría en manos del testador una manera encubierta de modificar las donaciones hechas, efectuando otras nuevas, que luego concurrirían a prorrata a cubrir la legítima.

He aquí, prácticamente, un ejemplo de determinación legítima.

Supóngase que el testador deja 20.000 pesos a sus dos hijos, herederos forzosos, y 10.000 pesos de deudas y otros 20.000 pesos de donaciones y legados.

Se tendrá, entonces:





Bienes existentes	20.000 pesos
Deudas	10.000 „
	<hr/>
Líquido remanente	10.000 pesos
Legados y donaciones	20.000 „
	<hr/>
Total de la masa	30.000 pesos
Legítima 4/5	24.000 „
	<hr/>
Parte disponible	6.000 pesos

Luego, los legados y las donaciones tienen que ser reducidos, en el orden expresado anteriormente, a 6.000 pesos. Y siendo dos los hijos legítimos, a cada uno le corresponderá 12.000 pesos.

El testador puede hacer legados en su testamento, que pueden ser en plena propiedad o en simple usufructo.

Si el legado es en plena propiedad, fácil es determinar si excede o no de la cantidad disponible. Pero si se trata de un legado de usufructo, la cuestión es más difícil.

Una persona tiene dos hijos y como único bien una finca. Según la disposición legal, puede disponer para después de su muerte de una quinta parte. Si la finca vale 10.000 pesos, puede hacer un legado por valor de 20.000 pesos a favor de uno de sus hijos o de un extraño. La ley respeta ese derecho que tiene sobre la porción disponible.

Si la disposición se hace entregando en plena propiedad la parte disponible, todo es cuestión de que la finca se tase, se venda y los herederos tomen esa quinta parte y la entreguen al legatario. Pero si el testador, en vez de legar esa parte disponible en plena propiedad, dice que deja la nuda propiedad de la finca a los hijos y el usufructo de la misma a un tercero, nace la cuestión de saber si se ha excedido o no de la porción disponible, ya sea para reducir el legado a sus justos términos o para saber cómo se le debe dar cumplimiento.

Se presenta una dificultad de hecho. ¿Cuál es el valor del usufructo legado? Económicamente es imposible valuar un usufructo. Depende de la vida del usufructuario. Puede durar



cinco años como cincuenta, según se trate de una persona anciana o joven, achacosa o robusta. Y aún estas presunciones pueden ser destruidas por causas imprevistas de enfermedad o accidente.

En el antiguo derecho se discutían algunos medios para poder fijar más o menos un valor al usufructo. Se establecía cierta relación entre el usufructo y la propiedad, por ejemplo: la totalidad de un usufructo equivalía a la mitad, a un cuarto, en propiedad, etc.

La ley de impuestos a las herencias, número 8.890, de 12 de agosto de 1912, en su artículo 23 adopta un criterio también arbitrario para valuar el usufructo. Dispone que “cuando la transmisión consista en el legado o donación del usufructo de un bien inmueble, el impuesto se liquidará por la suma que resulte multiplicando por diez su renta anual”. Si la casa rinde 100 pesos mensuales en concepto de alquiler, o sea un total anual de 1.200 pesos, se multiplica éste por 10, lo que da 12.000 pesos, que constituirá el valor del usufructo. Sobre este valor se liquidará el impuesto respectivo.

Como se comprende, este es un expediente de que ha echado mano la ley de impuestos a las herencias para establecer la cantidad sobre la cual establecer el impuesto. Desde el punto de vista jurídico, para determinar si el usufructo afecta la legítima, la solución es inadmisibles.

El Código Civil, cuando se trata de un usufructo en esa forma ¿cómo hace para establecer si está o no dentro de la cantidad disponible? La cuestión, se ha dicho, es insoluble, porque no se puede valuar el usufructo.

La ley ha salvado la dificultad por medio de un temperamento sencillo. Si la disposición hereditaria es de un usufructo o de una renta vitalicia, como el testador no puede dar más de la cantidad disponible, establece que los herederos tendrán un derecho de opción para ejecutar la disposición testamentaria o entregar al beneficiado la cantidad disponible (art. 3.603).

El heredero, al adoptar sus resoluciones en un sentido o en otro tendrá naturalmente en cuenta las condiciones del usufructuario, si es joven o anciano, sano o enfermo. De ese exa-



men de la situación de hecho, dependerá su decisión en el sentido de si le es más conveniente entregar la parte disponible o ejecutar el usufructo.

La disposición del citado artículo es tomada del Código francés. Constituye la única manera de resolver en forma equitativa y aceptable las cuestiones que se plantean en el caso de legado de usufructo.

*72.—Contratos entre el testador y sus herederos forzosos.  
—Consecuencias.*

La ley restringe las facultades del testador en la disposición de sus bienes, en mérito de las razones sociales que imponen la obligación de proteger la familia constituida. Pero le deja un margen, que varía según los casos, del cual puede disponer libremente. Tratándose de los hijos, ese margen es de la quinta parte de los bienes.

Sin embargo, muchas veces los padres creen injusta la disposición legal. Les parece que la distribución igual entre los hijos no es equitativa, por la falta de equivalencia entre aptitudes físicas y morales para la lucha por la vida. En este sentido, tratan de sobreponerse a la ley para favorecer al hijo menos dotado por la naturaleza o más afectuoso hacia ellos. Sin contrariar el precepto legal existe un medio que conduce a ese fin: dejar al hijo preferido la parte disponible de los bienes. Pero generalmente el testador no se conforma con esa solución.

¿A qué recurso acude?

No se puede hacer donación de los bienes al heredero forzoso, porque éste se verá obligado, a la muerte del causante, a colacionarlos. La única solución sería la entrega de los bienes al hijo, simulando una venta.

Pero el padre puede correr el riesgo de que una vez que estén los bienes en poder del hijo, éste olvide los deberes del amor filial. Desgraciadamente estos casos de ingratitud suelen presentarse, siendo como es la naturaleza humana tan accesible a las pasiones y a los intereses menguados. Un sólo arbitrio permitiría al padre entregar los bienes al hijo, man-



teniéndose en una situación cómoda y expectable: vendérselos con reserva de usufructo. A su muerte el usufructo se consolida con la propiedad, los bienes quedan en manos del hijo, y, como se trata de una venta, y no de una donación, no hay lugar a que sean colacionados.

El procedimiento es perfecto. La violación del principio legal resultaría flagrante y sin ninguna dificultad que lo estorbara. Pero la ley ha debido intervenir para evitar el derrumbe de una institución como la legítima, que no puede quedar al simple arbitrio o habilidad del causante. Ha establecido que si el testador ha entregado por contrato, en plena propiedad algunos bienes a uno de los herederos legítimos, aunque sea con cargo de una renta vitalicia, o con reserva de usufructo, el valor de los bienes será imputado sobre la porción disponible del testador y el excedente será traído a la masa de la sucesión (art. 3.604).

Las fuentes de este artículo remontan al derecho francés. La famosa ley de 17 de Nivose del año II, reaccionando contra el sistema feudal y del mayorazgo, quiso fijar un sistema absoluto de igualdad. Al efecto, estableció que, existiendo descendientes legítimos, la herencia se dividirá entre ellos por partes iguales, quedando como parte disponible al testador, tan sólo un décimo, que no podrá ser transmitido a ninguno de los hijos. Si sólo existen colaterales, puede disponer de una sexta parte. Y más aún: si el padre efectúa contratos, ya de renta vitalicia o de transferencia de propiedad con reserva de usufructo, esos contratos son nulos de pleno derecho (art. 26).

Era un procedimiento muy absoluto que fué aplicado con toda estrictez en la época revolucionaria. La finalidad que se perseguía era destruir el sistema político feudal de los grandes propietarios. Se procuraba dividir la propiedad, con la consiguiente supresión de los terratenientes y de los mayorazgos. Pero una vez que el sistema produjo su efecto, por la ley 4 Germinal del año VIII, se suprimió el mencionado artículo 26. Fué, pues, una ley transitoria.

Por último, el Código francés trató de conciliar las teorías extremas. Se imponía la adopción de un sistema justo.



Ya no era cuestión de leyes transitorias de la época revolucionaria. Había que fijar las instituciones y reglamentarias, determinando su estabilidad. La observación práctica había hecho notar que los contratos celebrados entre padre e hijo, en que se entregaban los bienes con reservas de usufructo o con la condición de una renta vitalicia, no eran contratos sinceros sino tendientes a violar la legítima. Eran verdaderas donaciones simuladas. Luego, correspondía aplicarles la misma sanción. A tal objeto se dictó el artículo 918, que dice: “El valor en plena propiedad de los bienes enajenados, sea a cargo de una renta vitalicia, sea a fondo perdido, o con reserva de usufructo, a uno de los herederos en línea directa, será imputado sobre la porción disponible, y el excedente, si lo hay, será colacionado a la masa”.

De acuerdo con este artículo del Código francés, el padre está habilitado para celebrar contratos con sus hijos. Puede vender a uno de sus hijos una finca. Si se ataca el acto de simulado, puede demostrarse que se ha entregado el precio al causante, y entonces la venta se considera legítima. De lo contrario la disposición de la ley pudiera pecar de arbitraria. Pero si en vez de vender la finca lisa y llanamente, el padre la entrega por un precio reservándose el usufructo, la disposición legal tiene que variar. La ley presume simulado ese contrato. Le reconoce validez en cuanto no exceda la parte disponible, pero el exceso debe ingresar a la masa.

El artículo 918 del Código francés es claro y no ha dado lugar a dificultades de interpretación. Apartándose del absolutismo de la ley revolucionaria, admite los contratos entre padres e hijos, salvo cuando hubiere reserva de usufructo o constitución de renta vitalicia, para cuyos caso fija la presunción *jure et de jure* de que se trata una donación simulada, y, como tal, le aplica la correspondiente sanción.

Nuestra ley, basándose en el artículo 918 del Código francés, ha establecido que: Si el testador ha entregado por contrato, en plena propiedad, algunos bienes a uno de los herederos legítimos, *aunque sea* con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo, el valor de los bienes será imputado sobre la porción disponible del testador y el excedente será



traído a la masa de la sucesión. Esta imputación y esta colación no podrán ser demandadas por los herederos legítimos que hubiesen consentido en la enajenación, y en ningún caso por los que no tengan designada por la ley una porción legítima (art. 3.604).

La única diferencia que este artículo presenta con el similar del Código francés consiste en la agregación de la palabra “aunque”. En efecto, dice: “Si el testador ha entregado por contrato, en plena propiedad, algunos bienes a uno de los herederos legítimos, aunque sea con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo”.

La interposición del vocablo “aunque” varía todo el período.

De tal manera, que resulta la siguiente interpretación literal del artículo. Si el testador ha entregado por contrato un bien a uno de sus herederos forzosos, con reserva de usufructo o renta vitalicia, deberá imputarse sobre la porción disponible y traerse el excedente a la masa de los bienes. Si el contrato ha sido sin reserva de usufructo ni renta vitalicia, habrá también lugar a la imputación. ¿Por qué? Porque el artículo agrega “aunque sea”, es decir, en otros términos: haya o no constitución de usufructo o renta vitalicia.

¿A qué es debida esta redacción de la ley? Si el codificador ha querido establecer que todo contrato entre el testador y un heredero forzoso había de tener ese efecto, no era necesario usar la expresión “aunque sea”. Bastaba decir: todo contrato celebrado entre el causante y uno de sus herederos forzosos deberá imputarse a la porción disponible, etc.

A causa de ello se han dado dos interpretaciones del artículo.

Los doctores Cortés, Llerena y Etcheverry afirman que la disposición del artículo citado modifica la del derecho francés. En éste sólo hay lugar a la imputación cuando el contrato es con reserva de usufructo o con renta vitalicia. En el derecho argentino—dicen—ello ocurre siempre. Viene a existir una incapacidad para contratar el causante con sus herederos forzosos. El hijo no puede comprar un inmueble propiedad del padre, ni éste vendérselo. Si lo hace, aunque



se pruebe la entrega del importe, se considerará como acto simulado y se hará la imputación sobre la porción disponible, trayéndose el excedente a la masa.

Por otro lado, los doctores Benjamín Paz, Machado y Segovia sostienen que el artículo 3.604 debe interpretarse en la misma forma que el 918 del Código francés. Ciertamente es que nuestro artículo tiene la palabra “aunque”, que es la que ha dado lugar a las divergencias de interpretación; pero, a pesar de ello, no es posible establecer el principio de que todos los contratos entre el causante y sus herederos legítimos sean considerados como simulados. Una incapacidad general tan absoluta no puede haberse establecido colocando una palabra en un artículo perdido al final del título de la ley. Además, en todas las otras disposiciones del Código, cuando se legislan las incapacidades para comprar o vender, no se prohíbe la enajenación entre padre e hijo y recíprocamente, lo cual significa que pueden vender y comprar, debiendo entenderse que el acto es válido mientras no se pruebe que ha habido simulación para violar la ley.

En la tramitación del primer caso de jurisprudencia que se produjo entre nosotros, los tribunales sostuvieron que el artículo, al decir “aunque sea”, tenía una aplicación extrema, sin entrar a la discusión de las diferentes doctrinas. Si la ley dice “aunque sea”—se sostuvo—quiere decir que no pueden contratar libremente, sino quedando la enajenación sujeta a la disposición del artículo 3.604.

Posteriormente se ha reaccionado. Se ha dicho que esta interpretación no debe ir hasta ese extremo. Prácticamente la dificultad se produce cuando se quiere enajenar el bien. Si el hijo compra al padre una finca y luego quiere enajenarla, difícilmente encontrará comprador. El escribano se encargará de advertir al adquirente, después del examen de los títulos, la posibilidad de la aplicación del artículo 3.604, en cuya virtud deberá hacerse la imputación y colación a la masa hereditaria.

Si el comprador ha firmado el boleto de compra-venta, la cuestión puede dar lugar a un juicio de cumplimiento de contrato.



El comprador argüirá que el bien, en virtud del artículo 3.604, llegado el caso deberá ser colacionado, por lo que, estando expuesto a esta acción, no puede ser obligado a la escrituración.

En estos casos los tribunales han resuelto que la enajenación es válida y perfecta. Si el vendedor tiene que colacionar después, es cuestión interna en la sucesión. La ley ha establecido que cuando se trata de donación a un heredero forzoso se deberá colacionar el valor y no el bien. El mismo principio se aplicará a los demás contratos del artículo 3.604: la acción emergente es personal contra el heredero forzoso y no hay acción reivindicatoria contra el tercer poseedor. De modo que el tercero que ha adquirido, adquiere bien.

Esta solución de la jurisprudencia no ha puesto término a las discusiones. La vaguedad subsiste y las discusiones no desaparecen. Los abogados y los tratadistas mantienen siempre la línea divisoria entre los dos campos de interpretación.

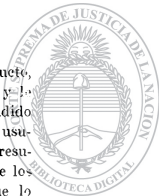
¿Cuál es la interpretación que verdaderamente corresponde dar al artículo 3.604?

La que ha primado siempre en la doctrina. No es posible modificar un sistema o una interpretación constante, que ha subsistido al través del tiempo, intercalando simplemente una palabra en un artículo. Si en la nota se hubiera dicho: Nos apartamos del derecho francés porque lo consideramos deficiente y creemos que la disposición debe ser absoluta; si en el título de la compra-venta se hubiera establecido la incapacidad de contratar para los herederos forzosos con el testador, la modificación sería evidente y necesariamente admisible. La incapacidad para contratar sería entonces pública y notoria. Pero no ocurre tal cosa con la simple intercalación de la palabra “aunque” en un artículo de la legítima. Y más aún: el mismo artículo 3.604 indica en su nota que es tomado del artículo 918 del Código francés, el cual es su fuente, y de donde debe surgir su interpretación.

De manera que, dentro de la economía general del Código, no debe darse mayor extensión a la palabra “aunque” por las dificultades y perjuicios que ocasiona.

Es indiscutible que cuando una persona entrega a su





hijo un bien, bajo renta vitalicia o con reserva de usufructo, existe una donación encubierta. La ley así lo considera y le aplica la sanción correspondiente. Pero si el padre ha vendido realmente la finca al hijo y no hay cláusula alguna de usufructo o renta vitalicia, debe entenderse que la ley no presume nada: deja el acto librado al derecho común. ¿Uno de los herederos afirma que hay una donación simulada? Que lo pruebe y prosperará su acción.

Cuando existe renta vitalicia o reserva de usufructo nada tiene que probar, porque la presunción de la ley es que el acto es simulado. No teniendo la enajenación esa cláusula, se trata de una operación simple que entra en el campo del derecho común; y el que afirme que hay simulación, debe probarlo. Si lo consigue, el bien caerá bajo la sanción del artículo 3.604.

Es evidente que no se puede establecer para todos los casos la presunción de simulación *jure et de jure* del artículo 3.604: ello implicaría ir contra la realidad de las cosas. Si bien es cierto que puede ocurrir que el padre trate de favorecer a uno de sus hijos al efectuar la operación, también lo es que puede suceder que su intención sea ejecutar un contrato corriente y normal dentro de las relaciones patrimoniales. De donde la solución de la ley debe ser equitativa y colocarse en todas las situaciones, en forma tal que la sanción respecto de la una no implique el menoscabo de la otra.

### 73.—*Porción disponible.—Mejora.*

El artículo 3.605 establece que: De la porción disponible el testador puede hacer los legados que estime conveniente o mejorar con ella a sus herederos legítimos. Ninguna otra porción de la herencia puede ser distraída para mejorar a los herederos legítimos.

La última parte del artículo es una derogación del derecho antiguo.

La legislación española consideraba a la herencia abstractamente como compuesta de 15 onzas. Dentro de esta cantidad existía el quinto disponible y el tercio de mejora. El



primero representaba tres onzas; el segundo cuatro, de las doce restantes. Ese tercio de mejora podía darse únicamente a un heredero forzoso y no a un extraño. Existían las denominadas legítima larga y legítima corta. La primera se entendía cuando el testador había hecho uso sólo del quinto disponible: la legítima iba entonces hasta 12; la segunda, cuando usaba además del tercio de mejora: alcanzaba en ese caso a 8 onzas.

Cuando se dictó el Código se optó por establecer una sola legítima. A la parte que el testador puede disponer se le denominó parte disponible, y ninguna otra porción de la herencia puede ser distraída para mejorar a los herederos legítimos.

¿Cuál es el concepto de la mejora en nuestro derecho de sucesión?

Significa la parte disponible. Así, tratándose de los hijos, será el quinto; de los ascendientes, el tercio; y puede legarse a un heredero forzoso o a un extraño.

---



74. — Colación. Objeto. condiciones que requiere. — 75. — ¿A quién se debe la colación? ¿Cómo se efectúa? — 76. — Liberalidades y gastos que no están sujetos a colación. Dispensa de colación.

*74.—Colación.—Objeto.—Condiciones que requiere.*

¿Qué se entiende por colación?

Es la operación que consisten en reunir a la masa hereditaria el valor de todos los bienes donados en vida por el causante a uno de sus herederos forzosos.

¿Cuál es el objeto de la colación?

Mantener el principio de igualdad en las particiones. La ley, con relación a los herederos llamados forzosos, quiere que el testador no pueda privarles de su legítima. Como prácticamente pueden realizarse una serie de actos o contratos que tiendan a romper esa igualdad, establece los medios de volver a reconstituirla. Uno de ellos es la colación.

Para que proceda la colación se requieren cuatro condiciones:

1º Que se trate de varios herederos forzosos. Es la regla de los artículos 3.476 y 3.477.

Toda donación entre vivos, hecha a un heredero forzoso que concurre a la sucesión legítima del donante, sólo importa una anticipación de su porción hereditaria (art. 3.476). Requiere, pues, la concurrencia de herederos forzosos. Tales son, como es sabido, los descendientes, ascendientes y cónyuge.



Los descendientes y ascendientes, sean unos y otros legítimos o naturales, que hubiesen aceptado la herencia con beneficio de inventario o sin él, deben reunir a la masa hereditaria los valores dados en vida por el difunto (art. 3.477). Es de notar que aquí la ley se refiere exclusivamente a los ascendientes y descendientes, en tanto que en el artículo anterior habla del heredero forzoso.

Se pregunta entonces: el cónyuge ¿está obligado a colacionar?

Según el artículo 3.476, debe colacionar, porque toda donación hecha a un heredero forzoso—y el cónyuge lo es—implica una anticipación de su legítima. Pero a renglón seguido el artículo 3.477 parece indicar que no, porque habla solamente de ascendientes y descendientes.

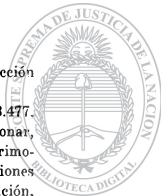
Estudiando a fondo la cuestión, se notará que en realidad es imposible que el cónyuge pueda colacionar. La razón es sencilla. Para que exista la colación es necesario que haya una donación, es decir, un contrato gratuito entre el testador y el heredero, por el cual aquél le entrega una cosa a éste en plena propiedad, sin retribución alguna. ¿Pueden los esposos hacerse donaciones entre sí? La ley lo prohíbe en el artículo 1.807, inciso 1º, disponiendo que no pueden hacerse donaciones los esposos el uno al otro durante el matrimonio. Falta, pues, uno de los requisitos esenciales exigidos por la ley para que pueda existir la abligación de colacionar, desde que la donación sería nula.

A esto se ha objetado que si bien durante el matrimonio no es posible la donación entre los esposos, en las capitulaciones matrimoniales el esposo puede hacer donaciones a la que va a ser su cónyuge.

Estas donaciones ¿deben estar sujetas a colación?

No, porque falta el elemento esencial, el carácter de heredero forzoso en el momento en que se las ha efectuado. Todavía no se ha realizado el matrimonio; por lo tanto, los que han de ser cónyuges, en ese momento son simples terceros en la relación jurídica.

Ahora bien; la colación sólo tiene lugar respecto de los



herederos forzosos; para los que no lo son, existe la acción de reducción.

De manera que, interpretando los artículos 3.476 y 3.477, puede afirmarse que el cónyuge no está obligado a colacionar, porque no pueden hacerse donaciones durante el matrimonio. En cuanto a las que se le hagan en las capitulaciones matrimoniales, no son recogidas por la acción de colación, sino por la de reducción, cuando proceda.

El artículo 3.476 exige que se trate de una donación entre vivos hecha a un heredero forzoso. Puede suceder que en el momento de esa donación se trate de un heredero forzoso, por ejemplo, un hijo, pero que éste haya fallecido en el momento de la apertura de la sucesión.

Sus hijos (nietos del causante) concurren a la sucesión. ¿Están obligados a colacionar?

Ellos no han recibido ninguna donación; acuden a la sucesión únicamente representando a su padre, colocándose en su lugar y grado.

La ley opta por mantener el principio de la igualdad en todas las particiones. Se admite que el descendiente invoque el derecho de representación para que se remonte y ocupe el lugar de su padre: lo representa en todos sus derechos y obligaciones. Si el padre ha recibido una donación, el hijo, que lo representa a los efectos de recibir la sucesión del abuelo, está obligado a colacionar. Es la regla del artículo 3.482: “Cuando los nietos sucedan al abuelo en representación del padre, concurriendo con sus tíos y primos, deben traer a colación todo lo que debía traer el padre si viviera, aunque no lo hubiesen heredado”.

Otro caso en que pueden suscitarse dudas respecto a la obligación de colacionar se presenta cuando el causante ha hecho donación de un bien a uno de sus nietos. Supóngase que a su fallecimiento quedan como herederos forzosos dos hijos. Uno de ellos reclama contra el otro la colación del bien donado por el testador al nieto. ¿Está obligado aquél—padre del nieto— a colacionar?

La ley dispone que no, porque es requisito indispensable para que exista la colación que se trate de un heredero for-



zoso en el momento de efectuarse la donación. Cuando el testador, en vida del padre, hace una donación al nieto, no la efectúa a un heredero forzoso. Únicamente en el caso de fallecimiento del padre el nieto llegará a ser heredero forzoso. De ahí que los padres no están obligados a colacionar en la herencia de sus ascendientes lo donado a un hijo por aquéllos (art. 3.481).

No quiere esto decir que no haya recurso para impedir que se quiebre la igualdad de la legítima en esa forma indirecta. Si no hay lugar a colación, puesto que no se trata de un heredero forzoso, procede, en cambio, la acción de reducción.

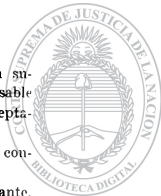
El mismo caso puede presentarse si en vez de hacerse la donación a un hijo lo es a la mujer de éste, es decir, a la nuera. La colación no tiene lugar, y así lo expresa el artículo 3.481, cuando dice: ni el esposo o la esposa, lo donado a su consorte, por el suegro o suegra, aunque el donante disponga expresamente lo contrario. La disposición es expresa, a fin de evitar las discusiones a que hubiera podido dar lugar. La ley trata, en lo posible, de suprimir los pleitos, sobre todo en esta materia de sucesiones, que tan perjudiciales son para la unidad de la familia.

Si bien el esposo no está obligado a colacionar lo donado por el suegro o suegra a su consorte, ésta se encuentra sometida a la acción de reducción para hacer entrar en la masa de los bienes el exceso sobre la porción disponible.

2º Que el heredero a quien se obliga a colacionar haya aceptado la herencia.

La colación es debida por el heredero a su coheredero, y para ser heredero es necesario aceptar la herencia. El que repudia la herencia pierde la calidad hereditaria, quedando como un extraño a la sucesión.

Por nuestro derecho el heredero forzoso puede renunciar a la herencia y pedir la legítima. En este caso no está obligado a colacionar. El artículo 3.353 establece que al renunciante se le juzga como no habiendo sido nunca heredero y la sucesión se defiende, como si el renunciante no hubiese existido. Y más adelante el artículo 3.476 habla de toda do-



nación hecha a un heredero forzoso que *concorre* a la sucesión, con lo cual indica que la condición indispensable para que se pueda reclamar la colación es que haya aceptación de la herencia.

3º Que se trate de una donación, en el verdadero concepto jurídico.

La ley hace la distinción, como veremos más adelante, entre liberalidad y donación.

4º Que no exista dispensa de colación.

75.—¿A quién se debe la colación?—¿Cómo se efectúa?

La colación es debida por el coheredero a su coheredero: no es debida ni a los legatarios, ni a los acreedores de la sucesión (art. 3.478).

La colación ha sido instituída para mantener el principio de igualdad en las particiones. De ahí se sigue que ni los acreedores ni los legatarios puedan exigirla. Los bienes que el causante donó en vida salieron irrevocablemente de su patrimonio para los terceros. Ni éstos ni el causante mismo han podido contar con ellos.

Aunque en principio la colación no es debida ni a los legatarios ni a los acreedores, el artículo 3.483 dispone que “pueden también demandarla los acreedores hereditarios y legatarios, cuando el heredero a quien la colación es debida ha aceptado la sucesión pura y simplemente”.

¿Son contradictorias las disposiciones de los artículos 3.478 y 3.483?

No; porque si el acreedor puede demandar la colación cuando el heredero ha aceptado pura y simplemente la herencia, es debido a que se hace acreedor personal del heredero y, como tal, puede ejercer la acción oblicua para hacer ingresar bienes a su patrimonio, como son los colacionables.

¿Cómo se efectúa la colación?

El derecho a demandar la colación está consagrado por el artículo 3.483, según el cual “todo heredero legítimo puede demandar la colación del heredero que debiese hacerla. Pueden también demandarla los acreedores hereditarios y le-



gatarios, cuando el heredero a quien la colación es debida ha aceptado la sucesión pura y simplemente”.

¿Qué es lo que el heredero debe colacionar? ¿los bienes o el valor de éstos?

Según el artículo 3.477, lo que debe reunirse a la masa hereditaria es el *valor* de los bienes dados en vida por el difunto.

En esta materia el Código se aparta del derecho francés, donde lo que debe colacionarse son las cosas mismas donadas.

La razón que ha determinado al codificador para separarse de aquella doctrina la expresa en la nota, diciendo: “La donación fué un contrato que transfirió la propiedad de las cosas al donatario, y éste ha podido disponer de ellas como dueño. Ese dominio no se revoca por la muerte del donante y los frutos de la cosa donada deben pertenecer al donatario aun después de abierta la sucesión”.

La consecuencia práctica de esta teoría se aplica a las enajenaciones que de los bienes donados haya hecho el heredero. Como lo que debe colacionar es el valor, y no el bien, el tercer adquirente no puede ser perseguido por una acción reivindicatoria.

“Tratándose de la colación entre coherederos—ha establecido la jurisprudencia—la acción reivindicatoria no existe y no puede, por lo tanto, ser ejercitada contra terceros adquirentes de los bienes donados. El texto del artículo 3.477 es expreso y su alcance no puede discutirse en presencia de la nota que lo ilustra”.

*76.—Liberalidades y gastos que no están sujetos a colación.—Dispensa de colación.*

La ley distingue entre liberalidad y donación.

No se considera donación todo acto que implique un beneficio de una persona hacia otra. Puede tratarse de una simple ayuda, del cumplimiento de un deber moral, etc., es decir, de actos que aun cuando benefician a la persona que los recibe no revisten el carácter de la verdadera do-





nación. Estos beneficios reciben el nombre de liberalidades.

Toda donación es una liberalidad, pero no toda liberalidad es una donación.

El artículo 1.791 enumera las liberalidades que no se consideran donaciones:

En su inciso 1º dice: La repudiación de una herencia o legado con mira de beneficiar a un tercero.

Si una persona deja un legado de 100.000 pesos para que se divida por mitad entre dos parientes suyos, padre e hijo, con derecho de acrecer, y el padre renuncia a la herencia, el otro heredero instituido recibe todo el legado.

En este caso, al renunciar el padre a los 50.000 pesos que le corresponden, hace una verdadera donación al hijo, a quien pasará esa parte de la herencia. Sin embargo, el artículo 1.791 es expreso en el sentido de que no se trata de una donación, sino de una liberalidad.

Como liberalidad, no está sujeta a colación (artículo 3.479), porque “las liberalidades enumeradas en el artículo 1.791, título de las donaciones, que el difunto hubiese hecho en vida a los que tengan una parte legítima en la sucesión, no están sujetas a ser colacionadas”.

La norma que conviene seguir en esta materia de liberalidades, desde que no se ha producido ningún caso de jurisprudencia, consiste en admitir como liberalidades aquellos actos que, aun reportando beneficio al heredero que los recibe, no llegan a violar el sistema de la legítima.

Al lado de esta distinción entre donación y liberalidad existen una serie de gastos que la ley considera como no sujetos a ser colacionados, y que enumera taxativamente en el artículo 3.480, a efecto de evitar sobre ellos discusiones en la familia. Tales son ciertos gastos que no pueden considerarse ni siquiera como liberalidades. Se refieren a actos que fluyen del orden natural de la familia y del cariño mutuo.

El artículo citado puede dividirse en dos partes.

La primera comprende los gastos de alimentos, curación, por extraordinarios que sean, y educación; los que los pa-



dres hagan en dar estudios a sus hijos, para prepararlos a ejercer una profesión o al ejercicio de algún arte.

Estos gastos no son más que el cumplimiento de los deberes y obligaciones de la paternidad. Constituyen reglas ineludibles del padre respecto a los hijos. El está obligado a darles alimentos; si caen enfermos, a hacerlos curar; debe educarlos, y en ello está interesada la misma sociedad, que requiere ciudadanos preparados y aptos para desenvolverse en la vida colectiva. Los desembolsos que originen no son materia de colación.

La segunda parte comprende los regalos de costumbre, el pago de deudas de los ascendientes y descendientes y los objetos muebles que sean regalo de uso o de amistad.

La costumbre impone que en celebración de ciertos actos, fechas de familia, cumpleaños, etc., se hagan regalos. Supóngase que se trata del casamiento de una de las hijas. El padre, hombre de fortuna, la obsequia con el ajuar de novia, o le regala un piano, una alhaja, etc.

¿Cómo ha de ser juzgado en el orden de la familia y de la sociedad este acto? ¿Como una donación? No; simplemente como el cumplimiento de los deberes de padre. Por eso la ley ha determinado que esos regalos de costumbre no están sujetos a ser colacionados. Sin embargo, debe distinguirse. La ley habla de regalos de costumbre. Tal sería cualquiera de los indicados, pero no si la generosidad llega al extremo de regalar la mitad de la fortuna, enviando un cheque por todos los depósitos que se tengan en un banco. En realidad, esto ya no es un regalo de boda, sino un verdadero anticipo de herencia o donación.

El criterio dominante en la materia es que para juzgar si es o no un regalo de costumbre, debe tenerse en cuenta el patrimonio del que hace el obsequio y la condición social del obsequiado. Cuando es evidente que el obsequio es extraordinario y sobrepasa esas condiciones excediendo de la medida común y ordinaria, debe entenderse que reviste los caracteres de una donación, y por lo tanto, debe ser colacionable.

Se refiere en seguida la ley al pago de deudas de los ascendientes y descendientes.



Desde cierto punto de vista esta disposición es injusta. Se comprende que cuando se trata de gastos menores de familia, deudas de almacén, tienda y otros proveedores, sea admisible que el padre los pague. Aún en el caso de que, casado uno de los hijos, por circunstancias difíciles no puede satisfacerlos. Ello constituye un deber moral dentro de la familia.

Pero si se trata de un hijo que, desoyendo los consejos del padre, se dedica a especulaciones que lo llevan a la ruina, la cuestión varía. Supóngase que haya actuado en forma tal que se vea obligado a optar entre pagar lo que debe o ser enviado a la cárcel. En estas circunstancias, acude al padre y le pide ayuda. Este por salvar el honor de su hijo, paga las deudas, que representan una suma crecida, 50 ó 100.000 pesos.

Al fallecimiento del padre ¿los demás herederos tienen derecho a pedir que esa cantidad sea colacionada, es decir, que se considere como un anticipo de la legítima? ¿Pueden sostener que no están obligados a sufrir las consecuencias de los desaciertos cometidos por el hermano?

El Código no hace distinción alguna. Dice simplemente: el pago de las deudas de los ascendientes y descendientes. Pero es indudable que no debe tomarse esta disposición en un sentido absoluto. Se refiere a las deudas comunes y pequeñas; no a las deudas mayores, producidas por circunstancias aleatorias; en este caso el hijo estará obligado a colacionar, considerándose el pago de la deuda por el testador como un anticipo de la legítima. Una interpretación diferente nos llevaría a desvirtuar el propósito de la ley, que es mantener la igualdad entre los hijos.

#### *Dispensa de colación.*

¿Qué se entiende por dispensa de colación?

Consiste en la exoneración de la obligación de colacionar acordada por el causante, hasta la concurrencia de su porción disponible.

Según se trate de descendientes, ascendientes o cónyuge,



el causante tiene facultad para disponer de una parte determinada de sus bienes. Es lo que se denomina porción disponible. Esta porción puede dejarla a uno de los propios hijos, o a un extraño, como le plazca.

Si el causante ha hecho donación de un bien a uno de sus hijos ¿debe entenderse que ha dispuesto de su porción disponible, es decir, que ha querido beneficiar al hijo, o que lo ha hecho como anticipación de su parte hereditaria?

Si se entiende lo primero, el importe de la donación se imputará a la parte disponible: por lo tanto, el hijo recibirá ésta más su legítima correspondiente. Si lo segundo, la donación irá a la masa, sobre la cual se hará la partición por partes iguales, es decir, deberá ser colacionada.

De ahí la importancia de determinar cómo debe hacerse la dispensa de colación.

En el antiguo derecho el punto se discutió mucho. Se decía que cuando el padre hacía una donación a uno de sus hijos, debía interpretarse en el sentido de que había querido beneficiarlo con la parte disponible, salvo que manifestara expresamente su voluntad en contrario.

Posteriormente Justiniano sentó una regla inversa. No había que presumir la liberalidad. Si al hacerse la donación no se expresaba nada, debía entenderse que lo era como anticipo de la herencia. Cuando se quería beneficiar al heredero debía establecerse expresamente la dispensa de la colación.

¿Cuál es la regla de nuestra ley?

El artículo 1.805 dice: El padre y la madre, o ambos juntos, pueden hacer donaciones a sus hijos de cualquiera edad que éstos sean. Cuando no se expresara a qué cuenta debe imputarse la donación, entiéndese que es hecha como un adelanto de la legítima.

De acuerdo con este artículo, la cuestión es sencilla. Cuando al hacerse la donación no se expresare a qué cuenta debe imputársela, será considerada como adelanto de la legítima. Y razonando *a contrario sensu*, la expresión indicada importará la dispensa de la colación.

Pero el Código establece otra regla en el artículo 3.484, según el cual: “la dispensa de la colación sólo puede ser acor-



dada por el testamento del donante, y en los límites de su porción disponible”.

Se produce entonces la siguiente situación. Una persona hace donación de un bien a uno de sus hijos, pero no manifiesta nada respecto a qué cuenta debe imputársela. Deberá ser considerada como un anticipo de la legítima. Pero supóngase que, de acuerdo con el artículo 1.805, manifiesta que la hace con dispensa de la colación.

¿Está efectivamente dispensado el donatario de la colación?

No; porque el artículo 3.484 expresa que la dispensa de la colación sólo puede hacerse por testamento. Aunque el donante haga esa manifestación, no hay tal dispensa. La razón es que el Código, al legislar la colación, ha adoptado el sistema que exige la manifestación en testamento, y no en otra forma.

---



77. — Indivisión de la herencia. Acción reivindicatoria de los herederos. — 78. — Nombramiento de administrador de la herencia.

*77.—Indivisión de la herencia. — Acción reivindicatoria de los herederos.*

El estado de indivisión de la herencia se produce cuando varios herederos concurren conjuntamente a la sucesión.

La ley ha establecido que el heredero, aunque fuera incapaz o ignorase que la herencia se le ha deferido, es sin embargo, propietario de ella, desde la muerte del autor de la sucesión (art. 3.420). Y agrega también que el heredero sucede no sólo en la propiedad sino también en la posesión del difunto (art. 3.418).

De manera que cuando son varios los herederos que concurren a la sucesión, todos ellos son propietarios y poseedores. A este estado jurídico, que se produce independientemente de la voluntad de las partes, se le denomina indivisión de la herencia.

¿Cómo ejercen sus derechos de propiedad y posesión los herederos?

La ley contempla dos situaciones: la una referente al ejercicio del derecho de propiedad, y la otro respecto a la posesión o goce de los bienes, es decir, a la administración de los mismos. En cuanto a la posesión en sí misma, la ejercida por algunos de ellos, aprovecha a los demás (art. 3.449).

Si una persona muere dejando tres casas perfectamente



iguales y como herederos tres hijos, ¿puede cada uno de éstos pretender tomar en su carácter de propietario de la herencia, una de las casas, desde el momento que son también tres y perfectamente iguales? No, la ley lo prohíbe; el heredero en estado de indivisión no puede apropiarse, a título de cuota parte, una porción material de la herencia.

Tiene una derecho sobre todas las cosas de la herencia, que se determina por una parte ideal, que puede ser un tercio si son tres, un cuarto si son cuatro, y así sucesivamente. La cuota parte es determinada por la porción que le corresponde en la herencia. A pesar de que las casas sean iguales, no puede adjudicarse una. La cuota parte está intrínsecamente incluida en todos los bienes de la herencia; de manera que ninguno de ellos puede decir esta cosa es mía. Si el heredero quiere hacer cesar el estado de indivisión, la ley le concede el medio para obtener que su parte abstracta, ideal, se transforme en una parte concreta. Ese medio es la acción de partición.

Ahora bien; si en el caso de las tres casas una de ellas es poseída por un tercero ¿cómo ha de entablarse la acción para reclamarla? Supongamos que entre los tres herederos hay diversidad de opiniones en cuanto a la forma de proceder; ¿cómo se resolverá? El uno quiere entablar la acción reivindicatoria y los otros no.

La acción reivindicatoria requiere, como elemento esencial, que se reclame una cosa determinada, cuya posesión se haya tenido y haya sido perdida. No se puede reivindicar partes ideales de las cosas. La acción puede ejercitarse sobre un terreno, una casa, etc. pero no sobre un tercio, un cuarto o un quinto de esa casa o de ese terreno.

La ley resuelve el caso en el artículo 3.450, que sienta una regla especial: cada heredero en el estado de indivisión puede reivindicar contra terceros detentadores los inmuebles de la herencia, y ejercer hasta la concurrencia de su parte todas las acciones que tengan por fin conservar sus derechos en los bienes hereditarios, sujeto todo al resultado de la partición.

El artículo dice: "Puede reivindicar contra terceros de-



tentadores los inmuebles de la herencia". En virtud de este precepto legal, no le interesará al heredero que su coheredero no crea conveniente el ejercicio de la acción.

Fundándose en el artículo citado, reivindicará contra el tercero detentador. Pero a renglón seguido, la ley agrega: "y ejercer hasta la concurrencia de su parte todas las acciones que tengan por fin conservar sus derechos en los bienes hereditarios, sujeto todo al resultado de la partición".

Esta cláusula ha dado lugar a dificultades en la práctica.

El tercero que está detentando el bien, al serle notificada la demanda de reivindicación formulada por un heredero puede oponerse y sostener que no procede, desde que los otros coherederos no están conformes con el ejercicio de la acción. Piensan algunos intérpretes que la oposición deberá admitirse, porque quien pretende reivindicar el inmueble sólo tiene un derecho a una cuota ideal, y mientras ésta no sea determinada, no puede admitirse la acción, porque ésta debe tener por objeto "cosa particulares" y no cuotas ideales o derechos.

La jurisprudencia ha interpretado el artículo 3.450 en el sentido de que cualquiera de los coherederos puede entablar la acción reivindicatoria sobre los inmuebles de la herencia. El detentador no puede oponerle falta de personería, para ejercer la acción, porque su derecho no alcance a la totalidad de la cosa. La reivindicación prosperará, pero sujeta al resultado de la partición que se practique posteriormente.

De manera que la acción reivindicatoria ejercitada por el coheredero presenta dos fases.

a) Acción dirigida contra el tercer detentador para reclamar el inmueble, justificando que pertenecía al causante. Acreditado que el testador era propietario del inmueble, que perdió la posesión y que el tercero es un detentador, el juez declarará que el bien pertenece al *de cujus* y corresponde al heredero reivindicante, en la cuota parte que se le fije en la partición.

b) Una vez ejecutoriada la sentencia, se determinará en la sucesión la porción que corresponde al reivindicante y éste la hará efectiva.





En síntesis: el coheredero puede reivindicar los inmuebles de la herencia, aunque sólo tenga una parte ideal en los mismos, pero quedando sujeto todo al resultado de la partición. De tal suerte que no podrá invocar la sentencia que ha obtenido contra el tercero, para poder apropiarse del bien.

El estado de indivisión de herencia presenta ciertas analogías con otras situaciones de derecho.

a) Con el condominio.

El condominio no es la indivisión de herencia. No tiene la misma naturaleza ni presenta iguales caracteres. Recae sobre cosas particulares y no sobre bienes que no son cosas, en tanto que la herencia comprende una universalidad: cosas, derechos, acciones. Sobre esta universalidad el heredero tiene su cuota parte.

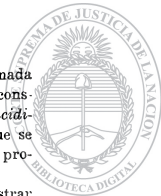
La ley establece ciertas reglas para la administración del condominio. La mayoría de los condóminos pone y quita los administradores, es decir, manda en el condominio. Si los condóminos son cinco, bastará que tres se hallen de acuerdo para imponer su voluntad a los demás, a menos que no opten por pedir la división. Así, si resuelven arrendar la cosa, su voluntad primará. Esto no ocurre en el caso de indivisión de la herencia: la decisión y los actos del mayor número no obligan a los otros coherederos que no han prestado su consentimiento (art. 3.451).

b) Tiene también cierta analogía con la sociedad.

En ambos casos existe una comunidad de intereses entre un grupo de personas. Presentan los dos elementos esenciales: grupo de personas y conjunto de bienes, el primero con derecho sobre la totalidad de los segundos. Pero la forma como han de ejercitarse los derechos varía.

Además, en la sociedad domina un espíritu de lucro, que es el objetivo de su formación. En la indivisión no, y se cae en ella sin que medie acto alguno de voluntad y aun sin saberlo.

En la sociedad los socios deben tener capacidad, y al formarla se conviene la manera de partición de las utilidades, concurrencia a las pérdidas, etc. En el estado de indivisión no se requiere capacidad. Un mayor de edad puede ser cohe-



redero y estar en estado de indivisión con un niño. En nada influye la capacidad o incapacidad del coheredero para constituirlo, porque la indivisión proviene de la ley. *Sed incidimus in eum*, dice el principio romano, para significar que se cae en la indivisión, quiera o no el heredero, una vez producido el fallecimiento del causante.

Por último, en la sociedad el poder para administrar corresponde a todos los socios. En la herencia ese poder no corresponde a ninguno.

#### 78.—*Nombramiento de administrador de la herencia.*

En lo que respecta a la posesión o goce de los bienes, es decir, a la administración de los mismos, se presenta la cuestión de determinar cómo se efectúa.

¿Se aplicará la regla del condominio, que dice que la mayoría pone y quita los administradores, o de la sociedad, en virtud de la cual todos los socios pueden administrar, salvo convención especial en el contrato?

La ley no adopta ninguno de estos dos temperamentos. El estado de indivisión constituye una situación especialísima. Ninguno de los coherederos tiene poder para administrar, porque lo que haga el uno no obliga a los otros. Y así lo expresa el artículo 3.451, cuando dice que ninguno de los herederos tiene poder para administrar los intereses de la sucesión y que la decisión y los actos del mayor número no obligan a los otros coherederos que no han prestado su consentimiento.

Si ocurren divergencias entre los coherederos sobre la administración ¿cómo se resuelven? Supóngase que uno opina que los inmuebles deben darse en locación, otro que conviene refaccionarlos previamente y el de más allá que mejor sería constituir sobre ellos un usufructo. En estos casos, el juez debe decidir las diferencias entre los herederos (art. 3.451).

¿Cómo resuelve el juez? ¿A quién debe confiar la administración?



Nuestra ley civil no lo determina. Hay que acudir para ello a la ley procesal.

El artículo 642 del Código de Procedimiento dispone que el juez convocará a junta a todos los interesados, y en su caso al Asesor de Menores, para que se pongan de acuerdo sobre la custodia y la administración del caudal.

Ahora bien: sino pudieran ponerse de acuerdo, determinará el juez lo que corresponda, según las circunstancias, con sujeción a las reglas siguientes (art. 643 del Código de Procedimiento).

1º El dinero efectivo se depositará en el establecimiento público destinado al efecto;

2º Se nombrará administrador al cónyuge sobreviviente o al heredero que, en concepto del juez, sea más apto para el ejercicio del cargo.

Sólo habiendo motivos especiales que hagan inconveniente el nombramiento de estas personas, podrá el juez nombrar a un extraño.

Estas disposiciones de la ley procesal son muy razonables.

El cónyuge supérstite es, en efecto, el que está más habilitado para tener cierta autoridad moral sobre los coherederos, y es, por decirlo así, el punto de unión de todas las voluntades de la familia. En la práctica no se hace discusión: cuando existe cónyuge sobreviviente, todos los herederos están conformes en que se le confíe la administración de la herencia.

De producirse alguna dificultad al respecto, lo que es raro, el juez resolverá. Si no hay algún motivo especialísimo para apartarse de la regla general, los jueces acostumbran nombrar como administrador, a pesar de la oposición de los herederos, al cónyuge. Pero si éste no reúne las condiciones requeridas, o si sintiéndose herido en su amor propio por la oposición producida, no acepta el cargo, el juez elegirá entre los coherederos el que crea más apto para la administración. Si hay hombres y mujeres entre los coherederos, preferirá a los primeros en razón de las tareas a cumplirse. Entre los herederos varones se acostumbra optar por el ma-



yor, que es el que generalmente ofrece mejores garantías de buen cumplimiento por su edad, su posición social o su fortuna. Si éste no quisiera aceptar la administración o si ninguno reuniese las condiciones exigidas por la ley, el juez podrá nombrar administrador a un extraño.

La elección en este caso es potestativa, al arbitrio del juez. Casi siempre se designa a un abogado o a una persona que esté vinculada a los negocios. Porque estas administraciones judiciales no deben durar mucho tiempo: tienen por único objeto conservar los bienes hereditarios, recaudar las rentas, pagar los impuestos, etc., hasta llegar a la partición.

La ley procesal dice que en la junta que se celebre para ponerse de acuerdo sobre la administración, se resolverá lo referente a la custodia del caudal. Deberá determinarse el procedimiento que, respecto de las rentas que perciba, seguirá el administrador: si las retiene para rendir cuentas al término de la administración, o si ha de depositarlas mensualmente. Si los herederos no logran ponerse de acuerdo, la ley dispone que el dinero efectivo se depositará en el establecimiento público destinado al efecto, es decir, en un banco, a la orden del juez.

Generalmente se resuelve que las rentas se distribuyan, una vez deducidos los gastos, entre los herederos en proporción de la parte que tengan en la herencia.



79. — Partición. Derecho para solicitarla. Tiempo y forma. Partición extrajudicial. — 80. — Partición judicial: medidas preparatorias. Nombramiento de partidor: ¿cómo procede? — 81. — Prescripción de la acción. — 82. — División de los títulos y cosas comunes; de los créditos activos y pasivos.

*79.—Partición.—Derecho para solicitarla.—Tiempo y forma.—Partición extrajudicial.*

La partición es el medio que la ley concede a cada uno de los coherederos para salir del estado de indivisión, es decir, para transformar su parte abstracta, ideal, en una parte concreta, determinada materialmente.

La ley de Partidas decía que “la partición es el partición que hacen entre sí los onmes de aquello que han comunmente”.

El sistema de las particiones establecido en forma imperiosa, como pasa en nuestra ley, por medio de las legítimas, ha dado lugar a algunas críticas. Se ha observado que, a fuerza de dividir las cosas, se las hace inútiles.

El peligro que en esta materia puede presentarse, es el del latifundio inmenso o el de la división en parcelas pequeñas que impidan su utilización económica.

El sistema de nuestra ley contrabalancea ambos extremos.

La libertad de las transacciones permite la formación de los latifundios, pero a la muerte del individuo, si tiene herederos forzosos, la división se produce fatalmente. Si la



división llega a ser extrema, siempre habrá lugar a que, entrando las cosas en el comercio, su enajenación amortigüe el inconveniente apuntado.

Si al fallecimiento del dueño de un latifundio no quedan descendientes ni ascendientes, tal vez el latifundio subsista, porque iría a parar a manos de un solo pariente; pero son casos raros: no normal es que existan hijos o por lo menos ascendientes, con lo cual la división se producirá.

Se ha argüido también que el sistema de las particiones obligadas, hace caer en la igualdad de la miseria. En ese sentido en algunos países se han creado instituciones que permiten corregir el exceso de las divisiones igualitarias. En Alemania existe el llamado "Anerbenrecht". En toda la región que va del mar del Norte hasta el Tirol austriaco, los pequeños propietarios transmiten su inmueble con todos los medios de explotación a un solo heredero: el "Anerbe", quien indemniza a los demás la parte que les corresponde. Se logra así formar una fuerte clase de propietarios por una parte, y por la otra, se obliga a los demás herederos a dirigir sus energías al comercio o a la industria.

En otros estados europeos, se ha arbitrado el mismo sistema que concilia la situación de la familia del individuo y del Estado con la teoría de la partición igualitaria. El individuo que ha llegado a formar un pequeño patrimonio, que alcanza económicamente para mantener en un rango modesto a su familia, tiene la seguridad de que a su muerte no será dividido. Para ello dispone en su testamento que el bien corresponda a uno de sus hijos, con la obligación de pagar a sus demás hermanos, en efectivo, la legítima que les fije la ley.

Este sistema asegura por un lado el no parcelamiento del bien, y por el otro, la igualdad de las particiones. El Código español, que lo sigue, establece en su artículo 1.056 que el testador puede mantener indivisa, en el interés de la familia, una explotación agrícola, industrial o fabril, disponiendo que el hijo a quien se la adjudique pague con dinero su legítima a los demás hermanos.

Pero este sistema tiene razón de ser y produce resultados



apreciables en países en que, como los europeos, existe una industria difundida y en que los cultivos son intensivos. En el nuestro, cuyas industrias son incipientes y los cultivos extensivos, la institución no tendría arraigo. No es costumbre entre nosotros colocar el dinero en la implantación de industrias. La falta de explotación de minerales, que obliga a introducir la materia prima, y la carencia de estímulo por parte del Estado, que no exime sino muy raramente de impuestos y pone, al contrario, trabas a la industria, hace que convenga más importar el artículo manufacturado que fabricarlo directamente.

De ahí que el capitalista prefiere colocar su dinero en otro orden de actividades, sobre todo en hipoteca, por el rendimiento que produce y por las seguridades que presenta.

Por estas causales nuestra ley no ha podido dar cabida en sus disposiciones al sistema europeo, que en las naciones del viejo continente obedece a causas económicas fuertemente arraigadas. Pero si con el concurso del tiempo y de la población, y con la ayuda eficaz de los gobiernos, la explotación industrial se abre franco camino en nuestro país, lo que sería de desear, dados sus enormes recursos naturales, forzoso será modificar la ley civil en esta parte.

Si bien no existen en nuestro país establecimientos industriales y agrícolas del molde europeo, contamos en cambio con grandes establecimientos ganaderos. En el afán de mejorar la raza se han formado establecimientos—cabañas, como se le denomina—que son el producto de largos años consagrados a la explotación ganadera. Constituyen fortunas valiosas, que se exteriorizan en soberbios planteles de animales, que todos los años es costumbre admirar en las exposiciones rurales.

A la muerte del jefe de la familia, dueño de uno de estos establecimientos creados con tanto esfuerzo, el sistema de la partición—basado en la legítima—obligaría a dividirlo. Si los hijos son muchos, las parcelas serán pequeñas; y ese fraccionamiento desvirtúa y aminora la importancia de la explotación.

Para impedir este perjuicio se ha llegado en nuestras



prácticas comerciales. a adoptar un procedimiento especial. Consiste en formar los herederos una sociedad anónima para la explotación del bien hereditario. Sobre el valor del establecimiento se emiten acciones que distribuyen proporcionalmente entre los herederos. De éstos, el que tiene necesidad de dinero, no tiene más que negociar sus acciones.

En esta forma se obtiene un doble objetivo: la unidad del establecimiento y la facilidad de entregar su parte a quien la solicite. Ciertamente es que se requiere la conformidad entre todos los herederos; pero el procedimiento es de uso corriente entre las familias pudientes de nuestra sociedad, a los efectos de impedir la destrucción del establecimiento principal.

¿Quién tiene derecho para solicitar la partición?

El Código lo acuerda a sus herederos, a sus acreedores y a todos los que tengan en la sucesión algún derecho declarado por las leyes, los cuales pueden pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia, no obstante cualquier prohibición del testador o convenciones en contrario (art. 3.452).

En resumen: pueden pedirla todos los que tengan un interés en la sucesión, y éstos son:

1º Los herederos forzosos. Es indiscutible, desde que sobre ellos recae la indivisión.

2º Los acreedores del heredero. Tienen interés a efecto de poder cobrar sus créditos. Si el heredero no pide la partición, el acreedor puede presentarse ante el juez y solicitar que lo haga o, en su defecto, que se le autorice a él para pedirla. El juez, en este último caso, tiene que darle la autorización.

3º Las demás personas que tengan un interés jurídico en ello, es decir, todos aquellos que, sea por una disposición de la ley, del testamento o por otro motivo, puedan intervenir en la sucesión al citado efecto.

La ley hace una enumeración de estas personas. Así, dice que los tutores y curadores, interesados en la sucesión, los padres por sus hijos, el marido por la mujer y la mujer misma, con autorización de su marido o del juez, pueden pedir o admitir la partición pedida por otros (art. 3.454); y





si el tutor o curador lo es de varios incapaces que tienen intereses opuestos en la partición, se les debe dar a cada uno de ellos un tutor o curador para que los represente en la partición (art. 3.455).

La ley establece a renglón seguido una limitación para los menores emancipados: se les nombrará un curador, sea para formar la demanda de partición, sea para responder a la que se entable contra ellos (art. 3.456).

Este curador, que es designado por el juez, devenga los correspondientes honorarios, que serán a cargo del menor. Supóngase que se trata de una mujer casada, cuyo esposo es mayor de edad. El marido, en su calidad de tal, como representante de la mujer, interviene en la partición. Pero la ley dice que siendo su esposa menor emancipada debe nombrársele un curador. En este caso el nombramiento viene a ser inútil: en primer término se encuentra el marido, que cuida los intereses de la menor, su esposa, y luego, para vigilarlo a él, está el asesor de menores.

Se ha preguntado si el juez podría nombrar curador al mismo marido de la menor emancipada, con lo cual se economizarían los gastos inherentes a la curatela. Creemos que no hay ninguna dificultad en ello; por el contrario, habría conveniencia. Lo que debe tenerse en cuenta por el juez para designar el curador es la condición material y moral de la persona que va a nombrar. Si el marido de la menor emancipada es mayor de edad y persona honorable ¿por qué no ha de nombrársele curador? ¿quién habría de defender mejor que él los intereses de su mujer?

Si hay coherederos ausentes con presunción de fallecimiento, la acción de partición corresponde a los parientes, a quienes se ha dado la posesión de los bienes del ausente. Si la ausencia fuese sólo presunta, no habiendo el ausente constituido un representante, el juez nombrará la persona que debe representarlo, si no fuese posible citarlo (art. 3.457).

De manera que si el heredero ha sido declarado ausente con presunción de fallecimiento, la acción de partición corresponde a los parientes que están en la posesión de los bienes.



No ocurre lo mismo si se trata de la simple presunción de ausencia, es decir, si no se sabe dónde se encuentra. En este caso se le emplaza para que comparezca durante treinta días. Si no lo hace, se nombra para que lo represente al defensor de pobres e incapaces. Como es funcionario del Estado, no devenga honorarios a cargo de la sucesión.

Si, tratándose de tres coherederos, uno de ellos fallece dejando a su vez descendientes, que vienen a ocupar su lugar a efecto de tomar su parte, ¿pueden esos descendientes pedir la partición?

La ley les reconoce este derecho. Si antes de hacerse la partición muere uno de los coherederos, dejando varios coherederos, bastará que uno de éstos la pida para que proceda la partición (art. 3.459).

Pero si todos la piden ¿pueden conjunta e indistintamente intervenir esos herederos en la partición?

La ley no lo admite, porque esa intervención produciría confusiones y dificultades que conviene evitar. Así el artículo 3.459 agrega que “si todos ellos lo hicieren, o quisieren intervenir en la división de la herencia, deberán obrar bajo una sola representación”. De común acuerdo nombran un sólo y único representante, que los representa en el juicio. Es lo que se denomina en el derecho procesal “unificar la representación”. Si los herederos no se ponen de acuerdo para el nombramiento del representante, el juez lo nombrará de oficio; y generalmente la designación recae en un abogado.

#### *Tiempo y forma.*

Los herederos, sus acreedores y todos los que tengan en la sucesión algún derecho declarado por las leyes pueden pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia, no obstante cualquier prohibición del testador o convenciones en contrario (art. 3.452).

Esta disposición legal excluye dos clases de restricciones:

a) Las que podía haber impuesto el mismo testador.



b.) Las que nacen de convenios entre los mismos herederos.

Considerando aisladamente el artículo, no presenta dificultad alguna: la disposición es absoluta. Pero si se la concuerda con el artículo 2.694, se notará cierta oposición. Este artículo dice: “Cuando la copropiedad en la cosa se hubiere constituido por donación o por testamento, el testador o donante puede poner la condición de que la cosa dada o legada quede indivisa por el mismo espacio de tiempo”; es decir, hasta cinco años. En efecto, el artículo 2.693 establece que los condóminos no pueden renunciar de una manera indefinida al derecho de pedir la división; pero les es permitido convenir en la suspensión de la división por un término que no exceda de cinco años y de renovar este convenio todas las veces que lo juzguen conveniente.

Por el artículo 3.452 se puede pedir en cualquier momento la partición. Por el 2.694, el donante o testador puede imponer la condición de indivisión hasta por cinco años.

¿Cómo entender esta oposición entre las dos disposiciones legales?

La explicación se halla distinguiendo entre los herederos forzosos y los herederos testamentarios que no revisten esa calidad.

Tratándose de herederos forzosos, el testador no puede imponer condición a la legítima. Toda disposición en ese sentido—como sería la de indivisión durante cinco años, de que habla el artículo 2.694—no surte ningún efecto. La legítima no proviene del testador, sino de la ley. Rige en toda su amplitud la disposición del artículo 3.452.

Pero si no se trata de herederos forzosos, sino de herederos extraños, recobra toda su imperio el artículo 2.694. El testador les puede imponer, dentro del término que la ley fija en cinco años, la obligación de que permanezcan en la indivisión.

Los herederos entre sí ¿pueden establecer la indivisión de una manera indefinida?

La ley no lo permite. Fundándose en razones de orden económico y de utilidad pública, repudia los estados de in-



división, que dan lugar a frecuentes discusiones, a choques entre los intereses encontrados y a pleitos engorrosos. No permite que los herederos pueden establecer un estado de indivisión, sino por un término que no exceda de cinco años (art. 2.693).

Si en vez de ajustarse al término de la ley—cinco años—se establece la indivisión por diez o veinte años ¿este convenio es válido?

Los autores dividen su opinión. Unos sostienen que si excediendo del término legal se establece un convenio por diez años, el convenio es nulo y no vale ni por el término legal. Pero la interpretación aceptada es que debe respetarse por el término de ley. De manera que si se excede en el plazo que fija el Código, la convención será válida hasta la concurrencia de cinco años.

Se aplica el mismo principio en los casos de contrato de locación. Estos no pueden hacerse por un término mayor de diez años. El que se hiciera por mayor tiempo quedaría concluido a los diez años (art. 1.505)

En la indivisión el término es de cinco años (artículo 2.693). ¿Puede convenirse que se prorrogarán al vencimiento por otros cinco años? La ley no lo permite; lo que no puede hacerse directamente, no puede hacerse indirectamente. En realidad sería una indivisión por diez años, que no es válida.

Si pendiente el término de la indivisión establecida por cinco años, a los tres años, por ejemplo, se conviene que al vencimiento de estos dos años que faltan la indivisión continuará por otros cinco más, tal convención no se reputará válida. Se considerará como una novación de la primera obligación y el término de cinco años empezará a correr desde el momento en que se hizo la nueva convención.

Como se ve, la ley no admite nunca que el término vaya más allá de cinco años.

De ahí que el artículo 3.452 debe ser interpretado en concordancia con los artículos 2.693 y 2.694.

### *Partición extrajudicial.*

Las particiones pueden hacerse en dos formas: judicial o extrajudicial.

La partición extrajudicial requiere, en primer término, que todos los herederos sean mayores y capaces. Ellos tienen entonces absoluta libertad para resolver lo conveniente sobre los bienes de que son propietarios y establecer la forma cómo han de dividirse.

Así, el artículo 3.462 establece que si todos los herederos están presentes y son mayores de edad, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que los interesados o la mayoría de ellos, contados por personas, juzguen conveniente, siempre que el acuerdo no sea contrario a la esencia misma de la partición.

En cuanto a la materialidad del acto en que debe efectuarse la partición extrajudicial, puede ser por instrumento público o por instrumento privado. Esto último solamente cuando la sucesión no exceda de 1.000 pesos y no comprenda ningún inmueble; si existen bienes inmuebles deberá efectuarse en escritura pública (artículo 1.184, inc. 2º). Es un requisito indispensable, desde que la partición produce efectos declarativos sobre la transmisión del dominio.

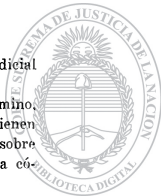
*80.—Partición judicial: medidas preparatorias.—Nombramiento de partidor: ¿cómo procede?*

Las particiones deben ser judiciales (art. 3.465):

1º Cuando haya menores, aunque estén emancipados o incapaces, interesados, o ausentes cuya existencia sea incierta.

En estos casos debe intervenir la justicia. No hay la posibilidad de hacer convenciones privadas. Existe un menor, y no puede contratarse con los menores. El representante del menor, tutor, etc., debe proceder de acuerdo con el asesor de menores y con la aprobación judicial.

2º Cuando terceros, fundándose en un interés jurídico, se opongan a que se haga partición privada.





Por ejemplo: cuando el acreedor de un heredero, que ejerce la acción oblicua, pide que se haga la partición de los bienes. En este caso también debe hacerse la partición judicialmente, porque los interesados no pueden pactar con el acreedor que ejerce la acción oblicua, como lo harían con el mismo heredero si éste concurriera.

3º Cuando los herederos mayores y presentes no se acuerden en hacer la división privadamente.

En este caso debe hacerse judicialmente, es decir, con intervención de la justicia, para llegar a una solución que no pueden conseguir los herederos entre sí.

¿Cuál es el procedimiento que debe seguirse para hacer la partición judicial?

Hay que distinguir entre los actos preparatorios, la partición en sí misma y la aprobación judicial.

De tal manera que el procedimiento de la partición judicial puede dividirse en tres partes: medidas preparatorias; partición en sí misma; aprobación y efectos de la partición.

Examinemos lo referente a las medidas preparatorias de la partición.

En primer término, debe hacerse un inventario de los bienes. Este dará el detalle y la descripción del conjunto de los mismos. El inventario se practica por un escribano y dos testigos, en la forma que conocemos. Además es necesario determinar el valor de los bienes, porque la división se hace siguiendo el sistema de la igualdad, y para poder determinarla se requiere previamente conocer el valor de las cosas. De ahí que, además del inventario, debe efectuarse la tasación.

¿Quién efectúa la tasación de los bienes de la herencia?

La ley dice que la tasación de los bienes hereditarios en las particiones judiciales se hará por peritos nombrados por las partes (art. 3.466). Aunque el artículo habla en plural, no es de estricta necesidad que sean dos o tres los tasadores. Si los herederos se ponen de acuerdo en nombrar un perito único, debe designársele. Si no consiguen ponerse de acuerdo, se nombran dos tasadores, tratando de conciliar la volun-



tad de los interesados. Si individualmente uno de los herederos quiere además nombrar un perito a su costa, puede hacerlo.

Estos peritos hacen la avaluación de los bienes. Deben proceder de acuerdo con los principios de su arte o ciencia, prescindiendo de los intereses personales, pero en la práctica responden generalmente a las indicaciones de las partes que los han designado. Esto constituye una verdadera falla del peritaje entre nosotros. Si son dos los peritos, cada uno responde a los intereses de la parte que lo ha hecho nombra. Se constituyen en defensores de los intereses de éstos. Cuando no pueden ponerse de acuerdo, el juez designa un tercero, que puede adherirse a la opinión de uno de ellos o prescindir de ellas.

La operación de la tasación es aprobada por el juez, hecho lo cual queda firme e irrevocable. Pero el juez puede ordenar una retasa particular o general cuando alguno de los herederos demuestre que la tasación no es conforme al valor que tienen los bienes (art. 3.466).

La partición de la herencia se hará por peritos nombrados por las partes (art. 3.468). ¿Qué clase de peritos? Un abogado o un contador. Generalmente se designa al abogado director de la sucesión. Los contadores rara vez desempeñan las funciones de partidor. La razón es sencilla: en la partición de la herencia se pone fin a todas las cuestiones que se han ventilado durante el juicio y el perito tiene que ser un hombre versado en derecho. Hay cuestiones de colación, de reducción, imputación a las legítimas, etc., que no las puede resolver propiamente un contador, sino un abogado.

Una vez nombrado el perito partidor ¿en qué forma debe proceder? Tiene que efectuar lo que se denomina “Cuenta de partición”.

Esta se compone de varias partes y debe presentarse en papel común (art. 672 del Cód. de Proced.). Generalmente se extiende en fojas especiales, con un rayado también especial. Para facilitar las operaciones aritméticas de la par-



tición, el papel que se utiliza está dividido en dos columnas, una para el Debe y otra para el Haber.

El abogado redacta la cuenta de partición, que divide en cuatro partes:

- 1º Los "Prenotados" o "Supuestos".
- 2º El "Cuerpo General de Bienes".
- 3º Las "Bajas Generales".
- 4º La "División y Adjudicación".

Analicemos el procedimiento que sigue el partidor.

*Prenotados.*—Después de titular el acápite con este nombre, hace una relación sucinta del expediente. Indica la fecha del fallecimiento del causante; su estado; el número y nombre de los herederos; el auto en que han sido reconocidos en este carácter y la cuota parte que les corresponde en esa herencia.

Expresa también cuáles son las disposiciones legales que va aplicar y la pauta a que ajustará la división.

*Cuerpo General de Bienes.*—En este capítulo procede a detallar, por partidas numeradas, los bienes que componen el acervo hereditario, con indicación de su valor.

La naturaleza del bien la toma del inventario y su valor de la tasación. Las cifras van colocándose en columnas, que se suman al final, para llegar a la conclusión de que el Cuerpo General de Bienes asciende a la cantidad de... pesos moneda nacional.

*Bajas Generales.*—Formula en seguida este capítulo, donde indica, también en partidas numeradas, todos los créditos que existan contra la sucesión y los legados y cargas que haya que satisfacer. El partidor estudia cada uno de los reclamos formulados contra la sucesión. Como él recibe el expediente sucesorio con los incidentes, los analiza y toma las referencias necesarias.

Supóngase que existe un acreedor cuyo crédito no ha sido reconocido, y al cual los herederos se oponen al pago, diciendo que nada deben. La causa está, por ejemplo, en el período de prueba; como el partidor no sabe cuál ha de ser la resolución





del juez, debe limitarse a apartar la cantidad necesaria para el caso de que el acreedor obtenga sentencia favorable.

El artículo 3.474 expresa que en la partición, sea judicial o extrajudicial, deben separarse los bienes suficientes para el pago de las deudas y cargas de la sucesión.

A este efecto debe separar lo necesario para responder a esas cargas. Fijará una partida global, que calcula más o menos según su criterio, para todo aquello que no está todavía determinado. Tales serían los gastos de honorarios del abogado de la sucesión, que aun no ha terminado su mandato; del procurador de los herederos, tasadores, depositarios, inventariadores, etc. Si tienen regulados sus honorarios, la cuestión es sencilla: los imputa en las bajas; pero generalmente se regulan al final y entonces no puede saberse a ciencia cierta su importe. De ahí una de las ventajas de que el partidor sea abogado, porque puede estimar con un criterio práctico lo que debe reservarse.

Todas estas bajas generales se suman; el total se resta del Cuerpo General de los Bienes. Queda un saldo líquido, sobre el cual el partidor efectúa la última parte de la cuenta: la división y adjudicación.

*División y Adjudicación.*—Partiendo del saldo líquido de los bienes, fija la cuota numérica de cada heredero.

Procede luego a la adjudicación, formando los lotes para entregar a cada uno de los herederos. Cada heredero es propietario indiviso de una parte de la herencia: corresponde transformar esa parte ideal en una parte concreta y material. El partidor formula lo que se llama la “hijuela” de cada heredero, que divide en dos partes: en la primera consigna cuál es el importe de su haber; en la segunda, los bienes que se le adjudican en pago.

La ley procesal establece que para hacer las adjudicaciones, el partidor cuidará de oír a los interesados, a fin de obrar de conformidad con ellos en todo lo que estén de acuerdo o de conciliar en lo posible sus pretensiones (art. 671 del Código de Procedimiento).

En la adjudicación no se pueden hacer divisiones mate-



máticas, porque las cosas no se prestan a ello. Supóngase que en la sucesión no hay sino casas y terrenos: ¿cómo dividirlos para repartirlas entre los herederos? En estos casos, hasta donde sea posible se asignan casas a los herederos, y por lo que resta de la hijuela, el heredero que ha recibido una casa cuyo importe excede el de su respectivo haber, pagará al otro en efectivo la diferencia correspondiente. Entonces en la hijuela de éste se pondrá: un crédito contra su hermano por exceso en su hijuela, tantos pesos.

Los herederos tienen derecho a exigir que la partición se haga en especie o bastará la oposición de uno solo para que se proceda a la venta de los bienes para reducir todo a dinero?

Supóngase que en la sucesión existen un campo, varias casas, títulos, acciones, etc. Los herederos son tres y se va a dividir. Pero no están conformes en recibir en especie uno las casas, otro el campo y otro las acciones; quieren recibir porciones exactas. Existe ya una tasación hecha, pero no la aceptar. Un heredero opina que deben venderse los bienes en remate judicial. En cambio, otro no quiere la venta, sino conservar la casa, y el de más allá pide que se le entregue la estancia.

En nuestra ley no existe ninguna disposición, como en el derecho francés, que diga que cada uno de los herederos tiene derecho de exigir se le entregue su porción en especie o en parte de los bienes.

Sin embargo, la jurisprudencia entre nosotros ha llegado a esa interpretación. Ciertamente es que no hay ningún artículo expreso al respecto, pero del sistema general de la ley fluye ese derecho para todos los herederos. Pueden exigir la partición en especie, siempre que sea posible y sólo en caso de imposibilidad manifiesta, se hará la venta judicial para reducir todo a dinero.

En el caso citado de que sean tres herederos, exista una estancia, y pida uno de ellos la división en especie, el juez resolverá previo informe de peritos. Si éstos dicen que la di-



visión es posible y acompañan los planos correspondientes, el juez puede resolver que se haga en tres lotes de igual valor.

¿Cómo se adjudican? Se dice que los tres lotes son de igual valor; pero cada uno de los herederos quiere elegir. El uno pretende el que linda con un arroyo, que también pretende otro. En este caso, el juez los invitará a ponerse de acuerdo. Si no es posible, se sortearán los lotes entre los tres herederos. Se labra un acta por el secretario, haciendo constar que, habiéndose efectuado el sorteo, la distribución de los lotes resulta en tal forma. Este resultado se pone en conocimiento del partidor, quien hace la adjudicación y distribuirá los lotes en la forma resuelta.

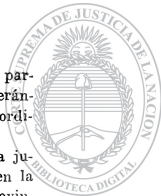
Una vez que el partidor ha terminado su cometido, presenta la cuenta al Juzgado. El juez la manda poner de manifiesto en la secretaría, por cinco a quince días, con noticia de los interesados para que la examinen. Si no se hace oposición, el juez aprobará la cuenta, mandando agregarla a los autos, con reposición del sellado correspondiente.

Si existen inmuebles en la jurisdicción del Juzgado, éste mandará pasar el expediente al Registro de la Propiedad, para que se inscriba cada una de las hijuelas con relación a la respectiva finca. Además, a pedido de los herederos, el Juzgado dará a cada uno de ellos una copia de la hijuela con la indicación de que está inscripta en el Registro, folio, etc. Este documento constituye el título. Cuando el heredero quiera vender el inmueble, deberá presentarse ante el escribano con la hijuela correspondiente, que lo habilita para la enajenación.

Si presentada la cuenta de partición alguno de los herederos se opone a la aprobación ¿cómo se resuelve la cuestión?

El juez convoca a junta a los interesados y al partidor para que discutan y acuerden lo que más convenga. Si todos los interesados llegasen a estar de acuerdo respecto a las cuestiones promovidas, se ejecutará lo acordado, y el partidor hará en la cuenta las reformas convenidas.

En caso de no haber conformidad, se consignarán en



el acta las razones que se aduzcan y las explicaciones del partidor, y en seguida se sustanciará la oposición, considerándola como una demanda, por los trámites del juicio ordinario.

Cuando la parte de los bienes se encuentren en otra jurisdicción, como si se trata de una sucesión tramitada en la Capital Federal, respecto de bienes existentes en la provincia de Buenos Aires, el heredero debe hacer inscribir su hijuela en el registro provincial respectivo. Previamente debe cumplir la formalidad de la protocolización; es decir, presentar la hijuela al juez provincial, para que ordene que se protocolice en el registro de un escribano de esa jurisdicción. El escribano conservará en su poder la hijuela, la agregará a su protocolo, con lo cual la transforma en escritura pública, y le dará una copia al heredero.

El requisito de la protocolización se exige solamente cuando el bien está fuera de la jurisdicción del Juzgado en que se tramita la sucesión. Si se halla en la misma jurisdicción, el testimonio expedido por la secretaría es suficiente título para la transmisión.

El partidor al formar la masa de los bienes debe tener cuidado en separar una cantidad suficiente para satisfacer las deudas y cargas de la sucesión. Esta cantidad va incluida en las Bajas generales.

Si el partidor no observa esta formalidad, los acreedores tienen derecho a exigir que se cumpla. Más aún: pueden presentarse ante el juez de la sucesión y pedir que no se entregue a los herederos sus porciones hereditarias, ni a los legatarios sus legados, hasta no quedar ellos pagados de sus créditos (art. 3.475).

En la generalidad de los casos, los acreedores tienen un recurso en la ley de procedimientos para garantizarse la efectividad de sus créditos: consiste en pedir el embargo de los fondos. Pero si no quieren hacer uso de esa medida, el Código Civil les acuerda la facultad de pedir al juez — y éste debe acordarlo — no se entreguen los testimonios de las hijuelas a los herederos hasta tanto los acreedores no hayan cobrado sus créditos.



La partición en la forma expresada es definitiva, pero los herederos pueden hacer una división provisional. Esto ocurre cuando los herederos sólo hubiesen hecho una división de goce o uso de las cosas hereditarias, dejando subsistir la indivisión en cuanto a la propiedad. Tal partición bajo cualquier cláusula que se haga, no obstará a la demanda de la partición definitiva que solicite alguno de los herederos (artículo 3.464).

Cada uno de los herederos tiene el derecho de licitar algunos de los bienes hereditarios, ofreciendo tomarlos por mayor valor que el de la tasación; y en tal caso se le adjudicarán por el valor que resultare en la licitación. De este derecho no puede usarse cuando los herederos, teniendo conocimiento de esa tasación, nada le han opuesto y la partición se ha hecho por el valor regulado de los bienes (art. 3.467).

#### *81.—Prescripción de la acción.*

La acción de partición ¿es prescriptible? ¿Puede perder el heredero el derecho de solicitar la partición de la herencia por el transcurso del tiempo?

La ley en principio establece que la acción de partición es imprescriptible, desde el momento que los herederos se consideran entre sí como copropietarios y coposeedores. En tanto que ese derecho se mantiene latente, no puede extinguirse por el transcurso del tiempo. Para que se extinga es menester que haya una especie de abandono del mismo. En este caso el transcurso del tiempo produce la extinción del derecho.

En este sentido, el artículo 3.460, dice que la acción de partición de herencia es imprescriptible, mientras que de hecho continúe la indivisión; pero es susceptible de prescripción, cuando la indivisión ha cesado de hecho, porque alguno de los herederos, obrando como único propietario, ha comenzado a poseerla de una manera exclusiva. En tal caso la prescripción tiene lugar a los treinta años de comenzada la posesión.



De manera que la acción de partición se extingue por la prescripción de treinta años, cuando alguno de los coherederos ejerce actos posesorios en su exclusivo nombre. Pero estos actos posesorios no tienen que ser equívocos; si lo son, no dan lugar a la prescripción. Un acto posesorio es equívoco, cuando analizado en sí y con el conjunto de los demás hechos, nos lleva a dos conclusiones que se contradicen entre sí.

Supóngase que han sido declarados coherederos en una finca cuatro hermanos. Se ponen de acuerdo para que uno de ellos quede en la República y corra con la administración del bien, en tanto que los demás se radican en Europa. Se conviene que de las rentas que produzca el bien el heredero que está en el país tome la cuarta parte y el resto lo envíe a los que están en Europa. Posteriormente el heredero que queda con la administración del bien ejecuta actos de verdadero propietario, sin consultar a sus coherederos; construye un nuevo edificio, hace constar en los libros de la oficina de impuestos y contribución que él es el propietario del bien, etc. Cumple, no obstante, con enviar a sus coherederos que están en Europa el importe que les corresponde de sus rentas. Si permanece en esta situación durante treinta años ¿queda de hecho dueño del bien? Nó; porque se trata de actos posesorios equívocos: a los unos dice que es copropietario, en tanto que a los otros demuestra que es único dueño.

En estos casos, no se prescribe la acción. La prescripción se produciría si, en vez de enviarles las rentas a los herederos que están en Europa, les manifestara que es único propietario, y aquéllos no reclamaran.

*82.—División de los títulos y cosas comunes; de los créditos activos y pasivos.*

Entre los bienes de la herencia pueden existir algunos que no son susceptibles de división por su propia naturaleza: a veces se trata de cosas de afección, de valor únicamente entre los miembros de la familia, sin equivalente económico



alguno. Por ejemplo: los títulos o diplomas que tenía el causante, los retratos de familia, etc.

Todos los herederos tienen derecho a esos bienes. Esto es indiscutible, desde que forman parte de la herencia. Pero un retrato, un diploma, no se pueden dividir, y, sin embargo, cada heredero lo desea poseer, más como un recuerdo que como valor económico.

¿Cómo soluciona la ley esta dificultad, si todos los herederos pretenden retener estas cosas?

No siendo posible dividirlos, se adopta un temperamento sencillo. Los títulos o cosas comunes a toda la herencia deben quedar depositados en poder del heredero o herederos que los interesados elijan. Si no convienen entre ellos, el juez designará al heredero o herederos que deban guardarlos (artículo 3.473). Y viene a ser el heredero designado algo así como el depositario de esos objetos de valor familiar.

Pueden existir en la herencia ciertos bienes de una naturaleza especial: los sepuleros, denominados comunmente bóvedas.

Constituyen bienes inmuebles, que se transfieren como todos los demás, que pueden ser subastados, y que hasta hay interés en comprarlos, especialmente entre nosotros, cuando se trata de bóvedas situadas en el cementerio del Norte. Este cementerio está completamente delimitado, no se puede ampliar; de manera que el que quiere tener un sepulcro allí debe adquirirlo de otra persona que lo posea.

Supóngase que entre los bienes de la sucesión exista una de estas bóvedas, que el causante ha hecho edificar, para que allí sean colocados sus restos. Muere y se produce el estado de indivisión. Así como los herederos son propietarios individualmente de una parte de los bienes, lo son también de una parte de la bóveda. Han quedado cuatro herederos: cada uno es propietario de una cuarta parte indivisa de la bóveda.

La ley civil concede la acción de partición, en términos generales, para dividir las cosas comunes a la herencia, salvo aquellas que están sujetas a una indivisión forzosa. Pero en



materia de bóvedas y sepuleros el Código no dice nada; no expresa si están sujetos a la indivisión forzosa.

Por medio de leyes especiales se han establecido medidas contra la acción de los acreedores sobre los sepuleros. Era violento que una persona que tenía una bóveda, en la cual había depositado los restos de sus ascendientes, llegara a verse privada de ella por acción de sus acreedores.

Estos no respetarían la bóveda y la embargarían, enviando los restos que allí descansaban al osario general. Puesta en remate, el adquirente tenía derecho a exigir que se le entregara libre de toda ocupación. La desocupación en esa forma es algo que repugna a nuestras costumbres.

Estos bienes, que se constituyen para guardar los restos de las personas, están propiamente fuera del comercio y no se cuentan, por lo tanto, en el patrimonio de la persona.

La ley 4.128 establece en su artículo 12 que no serán ejecutables los sepuleros, salvo que se reclame su precio de compra o construcción. En estos casos no hay razón para mantenerlos fuera del comercio. Si se hace construir una bóveda o se la compra, es necesario pagar el precio; de lo contrario, puede ser embargada. Pero, fuera de estos dos casos, la bóveda es inembargable, aunque el deudor caiga en insolvencia. Si el deudor es declarado en concurso civil, la bóveda no se comprende en su activo.

En la sucesión ¿qué era lo que pasaba si los herederos no lograban ponerse de acuerdo respecto a quién le correspondería la bóveda?

Uno de los herederos ejercía la acción de partición. Quería que se dividiera la bóveda; otros, en cambio, deseaban permanecer en la posesión de ella. De ahí surgían múltiples dificultades y discusiones. La jurisprudencia tuvo ocasión de pronunciarse en un caso contencioso. Se planteó el problema de saber si la bóveda debía ser considerada como un bien sujeto a una indivisión forzosa, de la cual los herederos no pueden disponer ni ejercitar la acción de partición.

La Cámara 2ª de lo Civil de la Capital declaró que nin-





guno de los herederos tiene derecho a pedir la partición en lo que se refiere a las bóvedas; sólo pueden ser enajenadas, si están todos de acuerdo en ello, porque entonces la ley no puede ir contra la voluntad concorde de los herederos. Pero si uno solo está disconforme, la bóveda debe quedar indivisa para ser usada a los efectos para que ha sido destinada.

Dentro de esta solución de la jurisprudencia cabe preguntarse: ¿hasta dónde llega el ejercicio del derecho indiviso de cada uno de los propietarios sobre la bóveda? ¿Pueden usarla a discreción? Es sabido que algunas familias no poseen bóveda propia, a pesar de lo cual desean hacer descansar los restos de sus deudos en el cementerio del Norte. Para ello se valen del recurso de solicitar en préstamo la bóveda a un amigo, o alquilan un nicho.

Los herederos, copropietarios indivisos de una bóveda, no pueden arrendar los nichos para darlos a terceros. Dada la naturaleza especial de ese bien, no pueden hacerlo entrar en el comercio ni usar del derecho más allá de lo que legítimamente debe entenderse que pueden hacerlo.

Y no tan sólo les está vedado arrendar por su parte indivisa, sino que tampoco pueden exigir que se depositen en ellas cadáveres que no sean estrictamente los de la familia, entendiéndose por tales aquellos que están directamente vinculados a cada uno de los herederos: el cónyuge, los hijos, los ascendientes, pero no los de toda la familia, porque, de lo contrario, puede resultar que en un momento dado ocupen íntegramente la bóveda, viniendo a hacer ilusorio el ejercicio del derecho de los demás coherederos.

De manera que cuando las bóvedas son constituidas en condominio, por indivisión de herencia, el ejercicio del derecho de los condóminos debe entenderse reservado y al solo efecto de enterrar a los herederos forzosos del mismo.

En la práctica, claro es que si uno de los condóminos quiere hacer que se deposite el cadáver de uno de sus amigos en la bóveda, los demás suelen no oponerse, porque están a la recíproca. Pero si se quieren, pueden hacerlo, impidiendo el depósito del cadáver en la bóveda o haciéndolo retirar si está en ella.



De manera que, a pesar de que en el Código Civil no se dice que están exentos de la partición los sepuleros y las bóvedas, la jurisprudencia ha llegado a esa conclusión y el derecho de los condóminos debe ejercitarse con las limitaciones indicadas.

Ahora bien; el estado de indivisión produce el hecho de que todos los condóminos sean copropietarios y coposeedores. El mismo Código dice que si hay varios herederos, la posesión de la herencia por alguno de ellos aprovecha a los demás.

De manera que si los herederos son cuatro, todos ellos son propietarios de la finca. Supóngase que uno solo toma posesión de ella y manifiesta a los demás que él se ocupará de arrendarla, conservarla, etc., a lo que éstos asienten.

Esa posesión que uno de los herederos tiene ¿aprovecha a los otros? ¿es lo mismo que si estuvieren poseyendo todos?

La ley dice que el ejercicio de la posesión por ese heredero aprovecha a los demás (art. 3.449). Ahora, cuando uno de los herederos quiere salir de la indivisión, puede ejercitar la acción de partición para que se le entregue una parte de la cosa, si es divisible, o su equivalente en dinero, si no lo es.

#### *División entre herederos argentinos y extranjeros.*

La ley se pone en el caso de que en la sucesión hubiese bienes situados en el país y en el extranjero.

Puede ocurrir que, según las leyes de cada Estado, la porción legítima que reconoce nuestro Código a los herederos forzosos no sea respetada.

Como dentro de nuestro territorio la única soberanía que debe prevalecer es la nacional, y de consiguiente las leyes que se dicten sobre organización de la familia, que son de orden público, el Código establece que: en caso de división de una misma sucesión entre herederos extranjeros y argentinos, o extranjeros domiciliados en el Estado, estos últimos tomarán de los bienes situados en la República una porción



igual al valor de los bienes situados en país extranjero de que ellos fuesen excluidos, por cualquier título que sea, en virtud de leyes o costumbres locales (art. 3.470).

Esta disposición ha sido tomada del artículo 2º de la ley francesa de 14 de julio de 1819, que sólo habla de herederos extranjeros y franceses, para proteger exclusivamente a estos últimos.

Nuestro Código, más liberal y conforme a los principios del domicilio, acuerda el beneficio no sólo a los argentinos, sino a los extranjeros domiciliados en la República.

*División de los créditos activos y pasivos.*

En esta materia pueden formularse las siguientes reglas:

1º Todo heredero es responsable, con relación a los acreedores de la herencia, del importe de los créditos, en proporción de su parte hereditaria.

De ahí estas consecuencias:

a) Puede librarse de toda obligación pagando su parte en la deuda (art. 3.491);

b) La interpelación hecha a un heredero no interrumpe la prescripción contra los demás (art. 3.493);

c) La insolvencia de uno de los herederos no grava a los otros y los solventes no pueden ser perseguidos por la insolvencia de sus coherederos (art. 3.495);

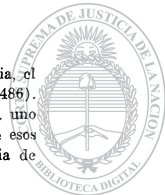
d) Si uno de los herederos ha sido cargado con el deber de pagar la deuda por el título constitutivo de ella, o por un título posterior, el acreedor autorizado a exigirle el pago conserva su acción contra los otros herederos para ser pagado según sus porciones hereditarias (art. 3.497).

2º La responsabilidad del heredero se extiende hasta sus bienes propios, salvo que haya aceptado la herencia con beneficio de inventario, en cuyo caso sólo responde con los bienes que lleguen a tocarle por la partición.

3º Con relación a los créditos a favor de la sucesión, cada heredero, desde la muerte del causante, está autorizado

para exigir, hasta la concurrencia de su parte hereditaria, el pago del crédito en la porción que corresponda (art. 3.486).

Sus acreedores pueden embargar su parte en cada uno de los créditos hereditarios y pedir que los deudores de esos créditos sean obligados a pagarlos hasta la concurrencia de esa parte (art. 3.489).





83. — Efectos declarativos de la partición. Garantía de evicción. Forma de proceder. Prescripción de la acción.

*83.—Efectos declarativos de la partición.—Garantía de evicción.—Forma de proceder.—Prescripción de la acción.*

Desde el momento que ocurre la muerte del causante todos los herederos son propietarios de la herencia en la parte indivisa que a cada uno le corresponde. En este estado se permanece hasta que se practica la partición.

¿Qué efectos produce la partición?

Divide las cosas de la herencia, las separa, transformando la universalidad de los bienes en partes concretas: a cada heredero lo que le corresponde.

¿De qué naturaleza jurídica es la partición con relación a la propiedad que se ha transmitido?

En la doctrina se sostienen dos sistemas: según uno, la partición es traslativa de la propiedad; según otro, es simplemente declarativa.

Si el causante deja cuatro herederos, todos son copropietarios de la herencia y cada uno individualmente por un cuarto. Hecha la división, le corresponde a cada uno una parte determinada y material de la herencia.

Aquel a quien le ha correspondido un inmueble ¿de quién lo ha adquirido? Unos dicen: una cuarta parte la ha



adquirido del causante y las otras tres cuartas partes de los tres coherederos restantes.

El heredero viene a ser sucesor del difunto sólo en su cuarta parte; en las demás, hasta completar el todo, es sucesor de sus coherederos.

El dominio en su origen se bifurca: una parte le viene del causante y las otras de los coherederos, que a su vez la tenían del causante. Los coherederos le transmiten la propiedad que ellos tenían. Tal es el efecto traslativo de la partición.

De manera que si durante el estado de indivisión uno de los herederos contrata una hipoteca sobre la cuarta parte de la casa, y luego la casa va a poder de otro heredero, éste la adquiere con la hipoteca. Se considera que el heredero anterior era dueño y en calidad de tal podía constituir esa hipoteca, la cual subsiste, a pesar de la transmisión, desde que es un derecho real. Si el inmueble pasa a poder de otro heredero, éste tiene que respetar la hipoteca que grava el bien. Como la hipoteca es indivisible, si el heredero que recibe la casa quiere extinguirla tiene que pagar la deuda por entero: está obligado a satisfacer toda la hipoteca, sin perjuicio de la acción contra aquel que la instituyó.

La hipoteca es válida, según la teoría del efecto traslativo, porque dentro de la cosa cada uno de los herederos tenía una parte y la partición no hace sino trasladar las otras partes al heredero que recibe la cosa, con los gravámenes que tenía.

Al efecto “traslativo” se ha opuesto el efecto “declarativo” de la partición.

Cuando se divide la herencia se borra el estado de indivisión. Ya no hay que entrar a averiguar si el heredero tenía tal o cual parte de la herencia. Se considera que es propietario del bien que se le adjudica desde el momento de la muerte del causante, es decir, con efecto retroactivo, como si no hubiera mediado intervalo alguno de tiempo.

Como se ve, es fundamental la determinación de si la partición es traslativa o declarativa. Si lo primero, hay que



respetar los derechos que los herederos hayan constituido sobre las cosas con relación a su parte indivisa. Si lo segundo, el heredero que recibe la cosa no responde de las cargas que tengan por origen actos de los coherederos. Si uno de éstos contrató sobre la cosa una hipoteca, ésta se considerará nula.

¿Cuál de estos dos sistemas sigue el Código?

Adopta el sistema declarativo de la partición. Se juzga que cada heredero ha sucedido solo e inmediatamente en los objetos hereditarios que le han correspondido en la partición y que no ha tenido nunca ningún derecho en los de sus coherederos, como también que el derecho a los bienes que le han correspondido por la partición lo tiene exclusiva e inmediatamente del difunto y no de sus coherederos (artículo 3.503).

Una vez hecha la partición, el estado de indivisión desaparece jurídicamente y se considera inexistente. Si uno de los herederos ha constituido antes de la partición un derecho de hipoteca sobre un inmueble de la sucesión, y ese inmueble es dado por la división de la herencia a otro de los coherederos, el derecho de hipoteca se extingue (art. 3.504).

Supóngase que se ha efectuado la partición de una herencia. Uno de los herederos recibe una casa, otro un terreno, el de más allá una estancia. Una vez los bienes en poder de los respectivos herederos se presenta un tercero y reivindica la casa al heredero que la posee, probando que no pertenecía a la sucesión.

Este heredero queda sin su parte correspondiente, mientras los otros la conservan. En este caso hay lugar a la garantía de evicción. Los coherederos son garantes, los unos hacia los otros, de toda evicción de los objetos que les han correspondido por la partición y de toda turbación de derecho en el goce pacífico de los objetos mismos o de las servidumbres activas, cuando la causa de la evicción o de la turbación es de una época anterior a la partición (art. 3.505).

Esta solución parece chocar con el principio admitido por la ley de que la partición es declarativa, es decir, de



que proviene del causante. En este sentido, no habría lugar a reclamar a los coherederos por la evicción, sino al causante.

En efecto, la garantía de evicción tiene su explicación inmediata y directa cuando la participación es traslativa. Participa entonces de la naturaleza de los actos onerosos. Se considera que han despojado al heredero de las tres cuartas partes que le habían dado los otros coherederos — en el caso de ser cuatro los herederos — y entonces deben garantizarle la evicción.

Sin embargo, la responsabilidad por evicción tiene otro fundamento en el sistema de nuestra ley.

El principio fundamental que domina en la partición es, en su esencia, mantener la igualdad de las porciones hereditarias. Cuando ese principio de igualdad se resiente o falla por una razón anterior a la partición, la ley no puede sancionarlo. El heredero que ha recibido su porción hereditaria no puede ser perjudicado por una causa anterior a la partición. Si la reivindicación hubiera ocurrido antes, el bien hubiera salido del patrimonio y lo que hubiera quedado habría debido repartirse entre todos los herederos, vieniendo entonces a sufrir las consecuencias de ese acto todos y no uno solamente.

De ahí que la responsabilidad de evicción está fundada, en este caso, en la necesidad de mantener el principio de igualdad en las particiones. Tendiendo a esa finalidad es que la ley establece la disposición del artículo 3.505.

Nace la cuestión de saber respecto de qué valor deben responder los herederos.

Para efectuar la partición se requiere la tasación de los bienes. Uno de los herederos ha recibido como porción hereditaria una casa, tasada en 10.000 pesos. Al cabo de quince años, cuando la finca vale 40.000 pesos, se la reivindican. El heredero cita entonces de evicción a los demás coherederos para responder por la pérdida. ¿Por qué valor responden los coherederos? ¿Por el valor que tenía la casa al tiempo en que fué adjudicada, o por el del momento de la reivindicación?

Según nuestro Código, los coherederos responden por el





valor que tenía al tiempo de la evicción (art. 3.506). Es sabido que los valores económicos oscilan mucho con el tiempo, especialmente en nuestro país; de ahí la conveniencia de establecer la responsabilidad en el momento en que se ha ejercitado la reivindicación.

Este punto ha sido discutido por los autores. Unos enseñan que el principio que debe primar es que debe responderse por el valor al tiempo de la partición, sin tener en cuenta el valor diferente, superior o inferior, que la cosa podría tener en el momento de la evicción. Otros establecen que debe investigarse si han variado o no los valores. En el primer caso se responde por el valor a la época de la partición: en el segundo, por el valor actual.

Nuestra ley adopta un criterio que concilia las distintas situaciones que pueden presentarse. Establece como principio general, en el artículo 3.506, que la garantía de los coherederos es por el valor que tenía la cosa al tiempo de la evicción. Si este valor es menor que el que tenía en el momento de la partición, el heredero a quien se reivindicó el bien no puede quejarse: tiene que admitir la indemnización por el valor actual, porque, de haber quedado el bien en su poder, tendría la misma cosa. La cuestión se presenta si el bien ha aumentado respecto del valor en la partición. Y aquí viene la excepción que establece la ley: si a los herederos no les conviniese satisfacer este valor — agrega el artículo citado — pueden exigir que se hagan de nuevo las particiones por el valor actual de los bienes, aunque algunos de ellos estuviesen ya enajenados.

En esta forma nadie se perjudica: ni el heredero a quien se ha reivindicado el bien, ni los coherederos que deben la garantía de la evicción.

Si se producen divergencias entre los coherederos respecto al procedimiento a adoptar, es decir, si unos optan por que se pague el valor al tiempo de la evicción y otros piden nueva partición ¿cómo se procede?

Se admite que el que quiera pagar lo haga; y en cuanto a aquellos que deseen hacer nueva partición, se efectúa fijándoles la cuota correspondiente. El heredero que ha su-



frido la reivindicación cobra de unos la parte proporcional en la evicción, de acuerdo con el valor del bien en ese momento, y de otros de acuerdo con lo que les fija la nueva partición efectuada.

La garantía por la evicción comprende también los defectos ocultos de los objetos que les han correspondido, siempre que por ellos disminuyan éstos una cuarta parte del precio de la tasación (art. 3.510).

Tratándose de créditos, la garantía comprende no sólo la existencia de ellos en el día de la partición, sino también la solvencia a esa época de los deudores de esos créditos (artículo 3.509).

Para que la responsabilidad de los coherederos pueda hacerse efectiva son necesarias dos condiciones:

1° Que la causa de la evicción sea anterior a la partición.

2° Que la reivindicación ocurrida no sea imputada al heredero, como sería el caso en que, habiéndose cumplido el tiempo de la prescripción, éste no la hubiera alegado.

¿Puede renunciarse a la garantía de evicción al hacerse la partición?

Como en todo derecho privado, es admisible la renuncia, pero ésta debe ser expresa y respecto a cada caso determinado de evicción (art. 3.511).

Una cláusula general por la cual los herederos se librasen recíprocamente de toda obligación de garantía es de ningún valor. La ley prohíbe estas cláusulas generales, porque llegan a hacerse de estilo, y a los interesados no les llama la atención su inserción en la respectiva escritura, pudiendo decirse que firman sin saber lo que firman. En cambio, limitándola a los casos especiales y determinados, es difícil que se inserten por sorpresa.

Aunque el heredero hubiese conocido al tiempo de la partición el peligro de la evicción del objeto recibido por él, si no hay renuncia expresa tiene derecho a exigir la garantía de sus coherederos, si la evicción sucediese (art. 3.512).

La acción de garantía se prescribe por el término de diez años, contados desde el día en que la evicción ha tenido lugar (art. 3.513).



84. — Partición por los ascendientes. Objeto. Fundamento. Forma. Delegación en los tutores. — 85. — Partición por donación: sus características. Bienes que puede comprender. Continuación de hecho de la sociedad conyugal. Pago de las deudas. Acción de los acreedores. — 86. — Partición por testamento: sus características. — 87. — Cláusula de mejora. Acciones de nulidad, reducción y rescisión.

*84.—Partición por los ascendientes.—Objeto.—Fundamento.—Forma.—Delegación en los tutores.*

Podemos definirla diciendo que es el acto por el cual un ascendiente divide sus bienes entre sus descendientes, determinando en lotes lo que corresponde a cada uno.

¿Cuál es el objeto y fundamento de esta institución?

El principio de mantener la igualdad en las particiones puede llevar a consecuencias perjudiciales para los herederos. Difícil es encontrar la equivalencia entre los diversos bienes que pueden hacer parte de una sucesión, a menos de reducir todo a dinero.

Si el propósito de la ley ha sido que los bienes de una persona queden en la familia y se repartan entre sus parientes ligados a él por un vínculo estrecho, como son los descendientes y el cónyuge, nada más prudente que el padre, jefe de la familia, pueda dividir los bienes entre sus hijos. La ley ha considerado que el padre es el más habilitado para juzgar los merecimientos o aptitudes de cada uno de sus hi-



jos, y a ese efecto lo autoriza para hacer la partición de sus bienes, por actos entre vivos o por disposición de última voluntad.

Además, con este procedimiento se quiere evitar los gastos que implica toda liquidación judicial por concepto de la intervención de abogados, peritos, escribanos, inventariadores, depositarios, etc.; es decir, costos que a veces son crecidos, con los que carga la masa de los bienes.

Por medio de este procedimiento, dice el codificador, los padres substituyen su voluntad ilustrada a la decisión de la suerte, para atribuir a cada uno de sus hijos el bien que conviene a su carácter, a su profesión o a su posición pecuniaria.

Estas consideraciones y la sana intención que las anima parecería que debieran influir para que la institución estuviera muy difundida. Sin embargo, no es así. Son rarísimos los casos en que se hace uso del derecho que la ley acuerda para hacer la partición en vida. Son muchos los inconvenientes prácticos: 1º Es una fuente de procesos, por la manera deficiente como la institución está organizada; 2º La ingratitud de los hijos suele hacer perjudicial la partición en vida. Loy-sel decía: “*Qui le sien donne avant mourir, bientost s’ap-preste a moult souffrir*”.

En el estudio de los requisitos de esta partición podrá comprobarse que no presenta ninguna garantía, seguridad ni estabilidad para los herederos, ni para los terceros que contraten con ellos, respecto de los bienes que se transmiten.

Entremos al estudio de la ley. El artículo 3.514 dispone: El padre y madre y los otros ascendientes pueden hacer, por donación entre vivos o por testamento, la partición anticipada de sus propios bienes entre sus hijos y descendientes, y también, por actos especiales, de los bienes que los descendientes obtuviesen de otras sucesiones.

Y en seguida, en el artículo 3.515, le da mayores facultades aún: Los ascendientes que nombren tutores a sus descendientes menores pueden autorizarlos para que hagan los inventarios, tasaciones y particiones de sus bienes extrajudi-



cialmente, presentándolas después a los jueces para su aprobación.

Si una persona nombra tutor a sus hijos o descendientes, puede conferirle la facultad de hacer extrajudicialmente el inventario y demás operaciones referentes a los bienes, inclusive la partición entre los herederos. En la práctica tampoco se acostumbra acordar esta facultad. Nadie da semejante poder a los tutores, para que ejerzan un derecho especialísimo que sólo se comprende en los padres. A esta razón hay que agregar las dificultades prácticas que se producen, que en vez de facilitar la liquidación de los bienes la complican sobremanera.

¿Quiénes pueden hacer esta partición?

Exclusivamente los ascendientes, por sí o por delegación en los hijos. Es una prerrogativa que sólo a ellos corresponde.

Un tío, con relación a sus sobrinos, no podría practicarla. Cuando el que no tiene hijos reparte por testamento sus bienes hace solamente legados, sin que a estos legados sean inherentes las consecuencias de una partición. Estas consecuencias son: la garantía de los lotes o las causas especiales de nulidad o de rescisión, fundadas ya en la omisión de alguno de los herederos, ya en la desigualdad de las partes atribuidas a cada heredero legítimo, si no hay mejora.

¿A quién debe comprender la partición por ascendiente?

Según el artículo 3.514, a sus hijos y descendientes; pero más propiamente puede decirse que debe comprender a todos los herederos forzosos, y por eso el artículo 3.527 dispone que la partición por testamento debe comprender no sólo a los hijos legítimos y naturales y a sus descendientes, si aquéllos no existen, sino también al cónyuge sobreviviente.

Las consecuencias de este principio, como veremos después, son: 1º Que la partición queda sin efecto, si con posterioridad nace un hijo, aunque sea póstumo. 2º Que la omisión de un hijo en la partición, o del cónyuge, producen la nulidad de la misma.

¿En qué forma puede hacerse esta partición?

De dos maneras: por donación o por testamento. Es, pues,



un acto mixto, en que las reglas de la donación o del testamento se combinan con las de la partición.

Algunos autores la clasifican como un derecho excepcional, que constituye una paradoja jurídica, porque división sin una preexistente comunidad de bienes equivale a hijo sin madre.

*85.—Partición por donación: sus características.—Bienes que puede comprender.—Continuación de hecho de la sociedad conyugal.—Pago de las deudas.—Acción de los acreedores.*

Hemos visto que la partición debe referirse a los herederos forzosos, descendientes y cónyuge; no a los ascendientes, desde que éstos son los que hacen la partición.

La ley lo dice expresamente: La partición, sea por donación entre vivos, sea por testamento, sólo puede tener lugar entre los hijos y descendientes legítimos y naturales, observándose el derecho de representación (art. 3.525). Pero más adelante agrega: no habiendo manifiestamente gananciales en el matrimonio, la partición por testamento debe comprender no sólo a los hijos legítimos y naturales y a sus descendientes, si aquéllos no existen, sino también al cónyuge sobreviviente (art. 3.527).

De estas disposiciones legales se desprende que, existiendo el cónyuge, no se puede hacer partición por donación. La ley ha establecido que uno de los esposos no puede hacer al otro ninguna donación ni celebrar con él ningún contrato.

¿Cuáles son las características de la partición por donación?

1° Es irrevocable. Transmite irrevocablemente la propiedad de los bienes, pero puede revocarse por inexecución de las condiciones impuestas, o por causa de ingratitud.

Así lo expresa la ley: la partición por donación sólo podrá hacerse por entrega absoluta de los bienes que se dividen, transmitiéndose irrevocablemente la propiedad de ellos. Esta partición necesita ser aceptada por los herederos (art. 3.516).



Y más adelante: La partición por donación es irrevocable por el ascendiente, pero puede revocarse por inejecución de las cargas y condiciones impuestas, o por causa de ingratitud (art. 3.522).

¿Cuáles son las condiciones que puede imponer el donante? Lo que está haciendo en realidad es distribuir la legítima de sus hijos, y sabido es que por las disposiciones que rigen la legítima el testador no puede imponer ninguna condición o gravamen a la porción de sus hijos, y si lo hiciere se considerarán como no escritas. De acuerdo con este precepto, no tendrán efecto las condiciones impuestas para limitar el derecho de los hijos sobre la legítima, cosa que la ley no admite.

Pero al lado de la legítima está la porción disponible del testador. Este puede darla en vida a alguno de sus hijos. Si tiene 100.000 pesos y hace la distribución por donación, puede entregar la parte disponible, en el caso 20.000 pesos, al hijo menor o al menor favorecido por aptitudes para el trabajo.

Sobre esta parte disponible puede imponer condiciones, con tal que no sean legal o físicamente imposibles o contrarias a las buenas costumbres. Tampoco puede imponer condiciones que dependan de la sola voluntad del disponente, ni con el cargo de pagar otras deudas que las que el ascendiente tenga al tiempo de hacerlas, ni bajo la reserva de disponer más tarde de las cosas comprendidas en la partición (art. 3.517).

La revocación de la partición por donación, por la cual el causante quita a sus hijos la parte de los bienes que les ha entregado en vida, ¿producirá efecto también después de su muerte? Una vez fallecido el causante, ¿tiene el hijo derecho a concurrir a la sucesión? Supóngase que el padre ha donado su parte disponible a uno de sus hijos. Posteriormente revoca la donación, por ingratitud, y vuelven los bienes a su poder. Si fallece ab intestato, ¿podrá concurrir el hijo a reclamar su parte en esos bienes?

Algunos autores dicen que no, porque la revocación ha venido a impedir que el presunto heredero de aquella fecha pue-



da venir a reclamar al fallecimiento del padre los mismos bienes de que fué privado.

Sin embargo, no es así. El padre puede revocar la donación hecha al hijo, por falta de cumplimiento a la condición o por ingratitud, pero no puede despojarlo de la herencia sino por dos razones solamente: indignidad o desheredación. Y para que exista indignidad o desheredación es necesario que haya una de las causas taxativamente enumeradas en la ley.

De manera que si al fallecimiento del que hizo la donación posteriormente revocada, el presunto heredero no es indigno ni es desheredado, puede tomar la parte de los bienes que le correspondan de la donación revocada.

2º Sólo puede comprender los bienes presentes.

Así lo dispone el artículo 3.518. Los que el ascendiente adquiriera después y los que no hubiesen entrado en la donación se dividirán a su muerte, como está dispuesto para las particiones ordinarias.

Pero, en caso de existir la sociedad conyugal, la partición no puede comprender los bienes gananciales. La sociedad conyugal sólo se puede liquidar por la muerte de uno de los cónyuges o por una de las demás causas establecidas en el artículo 1.291. Viviendo ambos cónyuges no es posible hacer partición por donación a los descendientes, porque subsiste la sociedad conyugal y todos los bienes que posee uno de los cónyuges quedan incluidos en ella, ya como capital de la misma, ya como gananciales.

Supóngase que ha fallecido uno de los cónyuges, la mujer. ¿Puede el padre hacer la partición por donación entre los tres hijos de los bienes existentes? No, dice la ley, porque continúa de hecho la sociedad conyugal entre el ascendiente y los herederos del cónyuge premuerto. Aquí se presenta el caso especialísimo del artículo 3.526; la partición por el ascendiente entre sus descendientes no puede tener lugar cuando existe o continúa de hecho la sociedad conyugal con el cónyuge vivo o sus herederos.

Esta disposición parece contraria al artículo 1.291, según el cual la sociedad conyugal se disuelve por la separación ju-





dicial de los bienes, por declararse nulo el matrimonio o *por la muerte de alguno de los cónyuges*. Viene a establecer que por el fallecimiento de uno de los cónyuges la sociedad conyugal termina *ipso jure*.

Sin embargo, el artículo 3.526 dice que la sociedad conyugal puede continuar de hecho entre el cónyuge sobreviviente y sus herederos.

¿Cómo se resuelve esta dificultad?

Supóngase que muere la esposa y que los bienes gananciales existentes son de poco valor. El cónyuge supérstite no se preocupa de efectuar la apertura de la sucesión, por los gastos que generalmente irroga. Sigue atendiendo al cuidado de sus hijos y trabajando para el sostén común. Con el andar de los años los antiguos bienes, por el esfuerzo del cónyuge, han ido aumentando extraordinariamente y llegan a constituir una valiosa fortuna.

Si los hijos piden que se divida la herencia ¿cómo se procederá? ¿se entenderá como tal los 25.000 pesos que existían originariamente a la muerte de la madre, o los 50.000 pesos que son el producto del esfuerzo del cónyuge sobreviviente?

Según las disposiciones del título de la Sociedad Conyugal, a la muerte de los esposos termina la sociedad. De modo que esos 25.000 pesos son los que corresponde repartir entre los herederos. Pero si se atiende al artículo 3.526, la sociedad conyugal ha continuado de hecho con los herederos del cónyuge muerto, por lo cual éstos tienen derecho a que se les entregue la parte que les corresponde sobre el haber existente.

Se presentan, pues, dos teorías extremas: una, basada en las disposiciones de la sociedad conyugal, sostiene que la partición debe hacerse sobre los bienes existentes a la fecha del fallecimiento del cónyuge; y la otra, sobre los bienes existentes en el momento de la partición, apoyándose en el artículo 3.526.

¿Cuál es la solución que corresponde en derecho?

Se trata en realidad de casos anormales, en que el cónyuge supérstite ha omitido hacer el inventario al fallecimiento del cónyuge premuerto. En ese concepto de caso anormal



corresponde considerarlo buscando la solución dentro de las mismas disposiciones del Código, sin aferrarse exclusivamente a ninguno de los dos principios extremos.

En primer lugar ¿es exacto que la sociedad conyugal se disuelve por muerte de uno de los esposos? Así lo establece la ley, al hablar respecto de la disolución de la sociedad conyugal. Esto nos puede servir como punto de partida para encarar la cuestión.

Ahora bien; el cónyuge supérstite no ha abierto la sucesión, no ha dado lugar a la partición de los bienes; ha continuado trabajando, como si fuesen bienes propios, y los ha acrecentado. Este acrecentamiento es el producto directo de su esfuerzo, pero ha estado usando un capital ajeno. De manera que todo lo que sea consecuencia del empleo de ese capital en los negocios ha de corresponder también a los herederos del cónyuge premuerto.

La cuestión se produce entonces al hacerse la liquidación. Tómese por punto de partida lo que existía en el momento en que falleció el causante e invéstiguese respecto de esos bienes lo que es su consecuencia directa: ello es lo que ha de corresponder a la sociedad conyugal en la partición.

Esta investigación es sumamente difícil y engorrosa. Es punto menos que imposible llegar a resultados exactos en la apreciación de bienes existentes quince o veinte años atrás. La ley procesal establece que estas liquidaciones, que no pueden ser supeditadas a un criterio estricto de prueba claro y evidente, se dejan liberadas al juicio de arbitradores, quienes fallarán en conciencia, sin someterse a un determinado procedimiento legal. Estos tomarán un término medio equitativo y resolverán en esa forma de hecho las dificultades que presenta la liquidación.

3º La donación debe ser aceptada.

Si para hacer la donación entre vivos el cónyuge debe observar la formalidad de la donación, corresponde sujetarse a todos los principios que rigen la materia. En primer término, la donación debe ser aceptada por todos los descendientes y



hacerse en la forma prescripta para las donaciones ordinarias (art. 3.523).

Una persona tiene tres hijos: dos mayores y uno menor. Tiene bienes propios, y entonces resuelve hacer la partición entre ellos. Les entrega en vida los bienes para que vayan disfrutando cada uno de la parte que le corresponda. Pero no puede contratar con el hijo menor. Corresponde en este caso nombrar un tutor especial que represente al menor, asista a la escritura de donación y preste su consentimiento a ese acto.

4ª Impone la obligación de pagar las deudas del ascendiente.

Quando el ascendiente efectúa la partición por donación entre vivos, entregando a los descendientes todos los bienes presentes, los descendientes están obligados al pago de las deudas del ascendiente, cada uno por su parte y porción, sin perjuicio de los derechos de los acreedores para conservar su acción contra el ascendiente (art. 3.519).

La partición por donación puede prestarse a que los derechos de los acreedores sean burlados por quien hace la partición.

Si una persona tiene 100.000 pesos y debe otros 100.000 pesos, puede suceder que, para evitar que esos bienes se ejecuten por sus acreedores, opte por llamar a sus hijos y efectuar la partición entre ellos.

¿Qué procedimiento pueden seguir los acreedores en salvaguarda de sus intereses?

La ley les concede tres acciones:

a) Interpelar a los hijos del deudor y exigirles que paguen los créditos. Los que reciben por donación del ascendiente los bienes de éste, están obligados a pagar las deudas que tenía el ascendiente en el momento que hizo la donación, cada uno por su parte y porción (art. 3.519).

Si los hijos se resisten al pago, los acreedores pueden ejecutar los bienes y cobrarse.

b) Pero los hijos pueden oponer una excepción, una especie de beneficio de excusión, como en la fianza: pueden



oponerse a que se tomen los bienes recibidos en donación, en tanto que el ascendiente tenga con qué responder.

La responsabilidad de los descendientes por las deudas del ascendiente no tiene lugar cuando los acreedores encuentran en poder del ascendiente bienes suficientes para satisfacer sus créditos (art. 3.520). Si el ascendiente tiene bienes los acreedores deben ir contra él, y sólo por el saldo remanente accionarán contra los hijos.

c) Según la disposición legal, los herederos responden por las deudas del ascendiente, por su parte y porción. De manera que los acreedores, una vez que el deudor ha hecho donación a los hijos, sólo tienen acción para reclamar a cada uno de éstos la parte proporcional que les corresponde. Si son 10 y la deuda es de 100.000 pesos, cada uno pagará solamente 10.000 pesos.

Este procedimiento es muy gravoso para los acreedores. Cuando los bienes están en poder del deudor, les basta seguir un juicio ejecutivo, en tanto que, una vez efectuada la partición por donación, tienen que seguir pleito contra cada uno de los hijos. Estos pueden hallarse domiciliados en distintas localidades. De ahí surgen múltiples dificultades de hecho.

Para obviarlas, la ley les da un recurso: les permite entablar una acción revocatoria contra el deudor.

En este sentido el artículo 3.521 dice: La partición por donación entre vivos puede ser revocada por acción de los acreedores del ascendiente, con las solas condiciones requeridas para revocar los actos por título gratuito.

5º Deben colacionarse las donaciones anteriores.

La ley desea que no se altere la igualdad que debe existir entre los herederos, y por eso dispone que, sea la partición por donación o por testamento, el ascendiente debe colacionar a la masa de sus bienes las donaciones que hubiese hecho a sus descendientes, observándose respecto a la colación las disposiciones pertinentes a la misma (art. 3.530).

6º Obliga a la garantía por evicción.

Si uno de los herederos viene a ser privado del todo o parte de los bienes que le han correspondido en su lote no es



tá obligado a sufrir la pérdida. La ley le acuerda una acción de garantía contra los demás coparticipes. Los hijos y descendientes — dice el artículo 3.535 — entre los cuales se ha hecho una partición por donación entre vivos, y sus herederos o sucesores, están autorizados para ejercer, aun antes de la muerte del ascendiente, todos los derechos que el acto les confiera a los unos respecto de los otros, y pueden demandar la garantía de las cosas comprendidas en sus porciones, desde la evicción de ellas.

*86.—Partición por testamento: sus características.*

La partición por testamento viene a ser un accesorio de la institución de herederos. Después de haber designado el ascendiente sus sucesores procede a dividir entre ellos, formando lotes, los bienes que a cada uno corresponden, salvando siempre las porciones legítimas.

Las características de esta partición son:

1º Es revocable;

La partición está subordinada a la muerte del ascendiente. No confiere ningún derecho actual. Este puede dejarla sin efecto durante su vida. La enajenación que él hiciera en vida, de alguno de los objetos comprendidos en la partición, no la anula si quedan salvas las legítimas de los herederos a quienes esas cosas están adjudicadas (art. 3.531).

2º Los herederos responden por todas las obligaciones del testador.

Aunque el testador atribuya a sus descendientes bienes determinados, esa circunstancia, que es accesorio, no los transforma en legatarios de cosa cierta y determinada. Por eso el Código establece que “la partición por testamento hace cargar a los herederos con todas las obligaciones del testador” (art. 3.532).

3º Tiene los mismos efectos que las particiones ordinarias.

Los herederos están sometidos los unos hacia los otros a las garantías de las porciones recibidas por ellos (art. 3.533). La extensión de esta garantía debe referirse a la época de la



muerte del ascendiente. Si éste, después de la partición por testamento, hubiese enajenado objetos que hacían parte de la porción de uno de los descendientes, le es debida la garantía de los objetos enajenados (art. 3.534).

*37.—Cláusula de mejora.—Acciones de nulidad, reducción y rescisión.*

Las disposiciones legales referentes a la mejora en la partición por donación o por testamento han dado lugar a dificultades en la interpretación.

El artículo 3.524 dice: Sea la partición por donación entre vivos o por testamento, el ascendiente puede dar a uno o a algunos de sus hijos la parte de los bienes de que la ley le permite disponer; pero no se entenderá que les da por mejora la parte de que la ley le permite disponer con ese objeto, si en el testamento no hubiere cláusula expresa de mejora. El exceso sobre la parte disponible será de ningún valor. En la partición por donación no puede haber cláusula de mejora.

Una persona tiene dos hijos y una fortuna de 100.000 pesos. Su porción disponible es de un quinto, es decir, 20.000 pesos. La ley establece que si quiere hacer la partición, por donación o por testamento, entre sus hijos, puede entregar a cualquiera de ellos la parte de que puede disponer. Pero a continuación el mismo artículo dice que no se entenderá que le da por mejora la parte que la ley le permite disponer con ese objeto, si en el testamento no hubiese cláusula expresa de mejora; es decir, que en la partición por donación no puede haber cláusula de mejora.

Este artículo 3.524 comprende dos partes: en la primera dispone que, sea por donación entre vivos o por testamento, el ascendiente puede dar a uno o a algunos de sus hijos la parte de sus bienes de que la ley le permite disponer (es decir, la mejora). Y en seguida agrega que en la partición por donación no puede haber cláusula de mejora.

Se presenta entonces una dificultad grave: en la primera parte del artículo se expresa que pueden hacerse mejoras por donación, y en la segunda que sólo por testamento.



Este artículo puede interpretarse de muy diversas maneras.

En primer término, puede referirse a la legislación que existía vigente en el momento en que se dictó el Código.

La legislación española sobre este punto conocía dos clases de mejoras: la llamada del quinto o porción disponible y la mejora del tercio. Dividían la herencia en 15 partes y establecían el quinto de porción disponible, que podía entregar el causante a cualquier persona, y luego el tercio de mejora, que sólo podía darlo a alguno de los herederos forzosos.

En este orden de consideraciones, el artículo 3.524, al disponer que, sea la partición por donación entre vivos o por testamento, el ascendiente puede dar a uno o a algunos de sus hijos la parte de que la ley le permite disponer, ha querido referirse al quinto de porción disponible; y cuando dice que en la partición por donación no puede haber cláusula de mejora, se refiere al antiguo tercio de mejora que el Código suprimió.

Esta interpretación histórica debe abandonarse.

La partición por ascendiente, sea por donación o por testamento, tiene que mantener el principio de igualdad en la distribución de los bienes.

El principio de igualdad, en nuestra legislación, a diferencia del derecho francés, está limitado a la porción legítima de los descendientes; es decir, a los cuatro quintos del total de los bienes.

Supóngase que el acervo sobre el cual se practica la partición es de 100. El donante o testador tiene que distribuir por igual 80. Si la partición se hace entre cuatro hijos, el lote de cada uno, para que la partición sea válida, debe llegar por lo menos a 20.

Ahora bien; como dentro del total de 100 hay una quinta parte de la cual el donante o testador puede disponer, sin lesionar la legítima de los hijos, él puede dar esa porción disponible a uno de sus hijos.

Admitamos que procede en esta forma y distribuye el



haber de la siguiente manera: al primer hijo, 20 pesos; al segundo, 20 pesos; al tercero, 20 pesos; y al cuarto, 40 pesos.

¿Podrían atacar la partición los tres primeros porque el cuarto hijo lleva una porción doble que los demás?

No, en razón de que la porción legítima que les corresponde está salvada.

Pero supóngase que después de haber hecho la partición en esa forma, por donación entre vivos, el donante adquiere nuevos bienes, y a su muerte hay otros 100 pesos.

Como la partición definitiva debe comprender todos los bienes, los donados anteriormente y los existentes, a la época del fallecimiento tendremos un acervo de 200 pesos en total.

Sobre los nuevos 100 pesos ¿podría exigir el cuarto hijo que se le dieran también 40 pesos, en razón de que anteriormente había sido beneficiado con toda la porción disponible?

No, porque la ley no admite mejoras tácitas ni expresas en la partición por donación.

Pero si en vez de ser la partición por donación fuera por testamento, en que el testador mejorase a su cuarto hijo en la porción disponible, y después de hecho el testamento adquiriese nuevos bienes por 100 pesos, tanto sobre éstos como sobre los anteriores tomaría 40 pesos, es decir, su porción legítima y la totalidad de la porción disponible del testador. Esto es lo que viene a significar el artículo 3.524, cuando dice: “pero no se entenderá que les da por mejora la parte de que la ley le permite disponer, si en el testamento no hubiese cláusula expresa de mejora”.

La partición por ascendiente puede anularse, rescindirse o ser materia de una reducción.

La acción de nulidad procede:

a) Cuando la partición no es hecha entre todos los hijos legítimos y naturales que existan al tiempo de la muerte del ascendiente y los descendientes de los que hubiesen fallecido y el cónyuge sobreviviente (art. 3.528).

b) Cuando nace al ascendiente un hijo de otro matrimonio posterior a la partición o cuando existe un hijo póstumo (art. 3.529).





La inclusión de un hijo existente al tiempo de la partición, pero muerto sin sucesión antes de la apertura de la sucesión, no invalida el acto. La parte del muerto se divide entre todos los otros herederos.

Las acciones de rescisión y reducción son más complicadas. Ofrecen de común que tanto una como otra sólo proceden cuando la partición no salva la legítima de alguno de los herederos.

Una persona en vida desea repartir sus bienes entre sus hijos, a fin de que puedan ya disfrutarlos. Hace entonces la partición a su manera: tal vez favorece al uno más que al otro. Los hijos, por respeto filial, no oponen y acatan la voluntad del padre. Pero, una vez muerto éste, los hijos que han recibido menos de su porción correspondiente pueden reclamarla.

A tal efecto, el artículo 3.536 dice: la partición por donación o por testamento puede ser rescindida cuando no salva la legítima de alguno de los herederos. La acción de rescisión sólo puede intentarse después de la muerte del ascendiente.

Pero a continuación el artículo 3.537 habla de la acción de reducción y dice: Los herederos pueden pedir la reducción de la porción asignada a uno de los copartícipes, cuando resulte que éste hubiese recibido un excedente de la cantidad de la que la ley permite disponer al testador. Esta acción sólo debe dirigirse contra el descendiente favorecido.

¿Cuándo procede la acción de rescisión y cuándo la de reducción?

La determinación de este punto es complicadísima, porque el Código ha tomado la disposición de la ley francesa, y en ésta la acción de rescisión se concede por la llamada "lesión del cuarto", aunque no ataque la legítima. Nuestra ley ha suprimido la "lesión del cuarto" y, sin embargo, organiza la acción de rescisión, tal cual aparece en el derecho francés.

De ahí una dificultad insuperable, porque la acción ha sido organizada para un sistema que tenga por base la "lesión del cuarto". Suprimida ésta, debió haberse suprimido también la acción de rescisión.



Pero combinando el artículo 3.524 con los artículos 3.536 y 3.537, que legislan esas dos acciones, se puede establecer una regla que permita zanjar la dificultad que existe dentro de la ley por el sistema diverso que ha venido a imponerse en una organización distinta.

Supóngase que el causante ha distribuido en vida sus bienes, consistentes en 100.000 pesos, entre sus dos hijos, entregándole a uno 70.000 pesos y al otro 30.000.

De aplicar la acción de rescisión a la muerte del padre, deberá efectuarse nuevamente la partición: corresponderán 50.000 pesos a cada uno. El que ha recibido 70.000 deberá devolver al otro el excedente de 20.000.

Si en cambio se aplica la acción de reducción hasta el complemento de la legítima, la cuestión se soluciona en forma distinta.

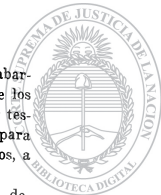
En efecto: la fortuna del padre era de 100.000 pesos; la parte disponible, 20.000 pesos; quedan 80.000, de los que 40.000 corresponderán a cada uno de los hijos, y el que ha recibido 70.000 deberá devolver al otro tan sólo 10.000, que faltan para completar la legítima.

Como se ve, la cuestión es fundamental: las soluciones son diversas, según se trate de las acciones de rescisión o de reducción.

La ley establece que cuando el padre hace la partición por donación no puede imponer cláusula de mejora. No admite la ley que la porción que el padre da en vida al hijo pueda interpretársela después como cláusula de mejora. Para que exista mejora debe haber una disposición testamentaria (artículo 3.524). Y esta disposición concuerda con el artículo 3.484 sobre la dispensa de colación: la dispensa de colación sólo puede ser acordada por el testamento del donante y en los límites de su porción disponible.

De manera que cuando se hace la partición en vida por donación y se mejora de hecho a alguno de los herederos, esa mejora no se entenderá la que la ley establece, es decir, la dispensa de colación. Corresponderá la acción de rescisión.

Pero si al hacerse la partición en vida, mejorando de he-



cho a alguno de los herederos en tal forma que no sólo abarque la porción disponible, sino que afecte la legítima de los demás herederos, el ascendiente estableciera la mejora por testamento, los herederos tendrán la acción de reducción para que se reduzca la mejora entregada a uno de los herederos, a la parte disponible del testador.

En esta forma se concilian estos diferentes artículos, determinando la acción respectiva de las acciones de rescisión y de reducción: la primera para efectuar de nuevo la partición y la segunda para respetar la partición, pero salvando las legítimas.

Termina la ley por declarar que la confirmación expresa o tácita de la partición por el descendiente, al cual no se le hubiese llenado su legítima, no importa una renuncia de la acción de reducción (art. 3.538).

---



88. — Testamento. Definición. Caracteres. Forma. Condiciones prohibidas. — 89. — Capacidad del testador. Enumeración de los incapaces. Dementes. — 90. — Ley que rige la capacidad, la forma y el contenido del testamento. — 91. — Formalidad en los testamentos. Firma del testador.

*88.—Testamento. — Definición. — Caracteres. — Forma. — Condiciones prohibidas.*

La facultad de disponer de los bienes para después de la muerte constituye el derecho de testar.

No hay que confundir el derecho de testar con la libertad de testar. El primero es reconocido en todas las legislaciones de los pueblos civilizados, en tanto que la segunda, es decir, el poder absoluto de disponer de los bienes para después de la muerte en la forma que se considere más conveniente, solamente se halla implantado en pocas naciones.

La libertad absoluta de testar produciría muchas complicaciones en una sociedad como la nuestra. La familia, que es su célula madre, se desorganizaría. Por ello el Estado debe intervenir para limitarla, en cuanto sea razonable y equitativo con la convivencia colectiva.

En este orden de ideas, nuestro Código reconoce la libertad de testar, con las limitaciones que impone cuando existen herederos forzosos.

Toda persona legalmente capaz de tener voluntad y de manifestarla tiene la libertad de disponer de sus bienes por



testamento, con arreglo a las disposiciones del Código, sea bajo el título de institución de herederos, o bajo el título de legados, o bajo cualquier otra denominación propia para expresar su voluntad (art. 3.606).

La expresión de esa facultad de disponer de los bienes recibe el nombre de testamento.

El testamento es un acto escrito, celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte (art. 3.607).

La definición clásica es la del jurista Modestino, según el cual “el testamento es la justa determinación de nuestra voluntad, de lo que uno quiere que se haga para después de su muerte”.

Del precepto del artículo 3.607 se desprende que los caracteres generales del testamento son:

1º Es un acto escrito.

En la antigua legislación se admitían las manifestaciones verbales para disponer de los bienes para después de la muerte. Eran los denominados testamentos *nuncupativos*.

Nuestra ley los rechaza en absoluto, por la fragilidad que implica esa manera de expresar la voluntad y por los inconvenientes y dificultades prácticas que se suscitan por el hecho de confiar al recuerdo de testigos un acto tan grave e importante como el de disponer de los bienes para después de la muerte, en que no se podrá verificar si los testigos son o no verídicos, en cuanto a las manifestaciones del testador.

Las leyes españolas exigían la concurrencia de cinco testigos, vecinos del lugar; de lo contrario, siete.

2º Es un acto solemne.

La ley establece requisitos de forma *ad solemnitatem*, a efecto de que no se pueda fraguar la voluntad de la persona, ni tampoco coartarse el derecho de disponer.

En este sentido, todo lo que se refiere a la forma testamentaria es de escrito derecho: no se pueden hacer interpretaciones amplias, sino rigurosamente literales, de las disposiciones legales. De lo contrario, se correría el peligro de hacer testamento por interpretaciones y podría atribuirse determi-



nada disposición contra la voluntad del causante, lo que no permite la ley, que está siempre guiada por el propósito de obtener la manifestación más clara y completa del propósito del testador.

Se trata de rodear al acto de las mayores solemnidades y la omisión de cualquiera de ellas lo anula.

— 3º Es un acto de disposición de bienes.

No se ha seguido la vieja regla del derecho romano: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decere potest*. En Roma una persona no podía morir parte testada y parte intestada, sistema que siguieron las leyes de Partidas y que abolió el Ordenamiento de Alcalá.

En la época moderna el concepto ha variado. El testamento es un simple acto de disposición de bienes. Puede disponerse de éstos en todo o en parte, a voluntad del testador. Si éste no instituye herederos, sus disposiciones deben cumplirse y en el remanente de sus bienes se sucederá como se ordena en las sucesiones intestadas.

Dentro de nuestro derecho el testamento presenta varios caracteres especiales:

— 1º Debe ser la expresión directa de la voluntad del testador.

Este no puede delegar sus disposiciones, ni dar poder a otro para testar, ni dejar ninguna de ellas al arbitrio de un tercero (art. 3.619).

La ley no admite ninguna forma indirecta de manifestación de la voluntad del testador. Ha derogado el antiguo testamento llamado “por comisario”, en que se investía a una persona de ciertos poderes para distribuir los bienes.

Era todo un recurso inútil, porque si había de nombrarse comisario para que después hiciese lo que el testador le prescribía, más sencillo era que éste testase directamente.

— 2º Debe ser claro y preciso en la designación de las personas que deben recibir los bienes.

Toda disposición a favor de persona incierta es nula, a menos que por algún evento pudiese resultar cierta (artículo 3.621).



No se admiten las designaciones dubitativas, en que no puede conocerse cual es la voluntad del testador. Por ejemplo: "Sea Ticio mi heredero, si Cayo fuese mi heredero". ¿Quién es heredero? ¿Ticio o Cayo? Imposible saberlo; luego, el testamento es nulo.

En ciertos casos el testador se refiere a personas sin designarlas, pero que no son ciertas sino desconocidas. Supóngase que una persona salvada en un naufragio y próxima a morir, hace disposición testamentaria a favor de la persona que le salvó la vida, sin indicar quién es, por no conocerla. A primera vista este testamento parecería ser nulo, pero no lo es, porque se puede individualizar la persona, y si se comprueba que quien salvó al testador fué el marinero Juan, la disposición testamentaria entra en todo su vigor y, por lo tanto, es válida la institución hereditaria.

A estos casos se refiere el artículo 3.621 cuando dice "a menos que por algún evento pudiese resultar cierta".

— 3º Debe ser un acto individual: no puede haber en la redacción del testamento coparticipación alguna.

Un testamento no puede ser hecho en el mismo acto por dos o más personas, sea en favor de un tercero, sea a título de disposición recíproca mutua (art. 3.618).

En el antiguo derecho se conocía el testamento denominado mutuo o de mancomún, que era el que hacían recíproca y conjuntamente dos personas a favor de la que sobreviviera. Se le llama también de hermandad y era frecuente entre marido y mujer cuando no tenían descendientes.

Nuestra ley no lo admite, por las dificultades a que daba lugar cuando uno de los cónyuges cambiaba de voluntad.

Si bien nuestro Código prohíbe los testamentos de hermandad, al establecer que no puede en un mismo acto ser hecho el testamento por dos o más personas, los testamentos recíprocos entre esposos pueden efectuarse por actos separados. En esta forma, la modificación de la expresión de la voluntad del uno, no queda supeditada a la del otro.

El testamento es revocable a voluntad del testador hasta su muerte. Toda renuncia o restricción a ese derecho es de



ningún efecto. El testamento no confiere a los instituidos ningún derecho actual (art. 3.824).

Como es sabido, el testamento es la expresión escrita de la voluntad del hombre respecto de la distribución de sus bienes para después de su muerte.

Esa voluntad una vez formulada ¿permanece siempre igual?

Puede variar, y ello responde a las condiciones psíquicas y naturales de la personalidad humana. Ambulatoria es la voluntad del hombre, decían las leyes antiguas; y como el testamento debe ser la “última voluntad”, es de su esencia que pueda revocarse y redactarse de nuevo, cuantas veces se desee.

Y ese derecho a cambiar de voluntad lo establece nuestro Código en el artículo 3.824. Más aún: cualquiera restricción al derecho de revocar las disposiciones de última voluntad, es de ningún valor.

El testamento confiere a los instituidos un simple derecho en expectativa; éstos no tienen ningún derecho actual. Si el testador persiste en su voluntad, el testamento se cumplirá siempre que esté formulado de acuerdo con las disposiciones legales; si quiere modificarlo el testador, la ley le permite que lo haga, sin que sea admisible ninguna renuncia o restricción a ese derecho.

### *Forma.*

La forma en que el testador debe expresar su voluntad respecto de sus bienes, debe ser solemne. Es uno de los requisitos esenciales del testamento.

Esa forma la ley no la deja librada al capricho o voluntad del testador; ella le traza la norma a seguir y establece al efecto reglas taxativas, de las que no puede apartarse so pena de nulidad del acto.

Las situaciones que en la vida pueden presentarse son normales o anormales.

La ley respecto de las disposiciones testamentarias se ha ajustado a esa división natural, y ha establecido formas sim-





ples para las épocas normales u ordinarias y formas especiales y privilegiadas para las épocas anormales. Para las primeras es rigurosa y taxativa; para las segundas, ateniéndose a las circunstancias, es menos rígida y más dúctil.

De ahí la división de los testamentos en ordinarios y en especiales o privilegiados.

Los ordinarios, para los tiempos de paz y normalidad, son:

- 1º Testamento por acto público;
- 2º Testamento cerrado;
- 3º Testamento ológrafo.

Los especiales o privilegiados, que rigen en las épocas anormales son:

- 1º Testamento en tiempo de guerra;
- 2º Testamento marítimo;
- 3º Testamento en tiempo de peste.

Más adelante estudiaremos detalladamente cada una de estas especies de testamentos, para los cuales la ley establece diferentes formalidades.

#### *Condiciones prohibidas.*

Siendo el testamento un acto jurídico, debe estar sujeto a todas las modalidades de que son susceptibles los actos jurídicos.

El testador puede imponer condiciones en el testamento; y en este sentido la ley establece que a las disposiciones testamentarias hechas bajo condición, es aplicable lo establecido respecto a las obligaciones condicionales (art. 3.610).

Esas condiciones pueden dividirse en dos grupos: posibles e imposibles.

Son condiciones posibles aquellas que pueden verificarse, que corresponden a los hechos comunes y ordinarios de la vida; imposibles, las que no pueden realizarse por motivos que pueden ser de derecho, por naturaleza o de hecho. La ley prohíbe la imposición de condiciones imposibles en el testamento: en las disposiciones testamentarias toda condición o carga, legal o físicamente imposible, o contraria a las bue-



nas costumbres, anula la disposición testamentaria a que se halle impuesta (artículo 3.608).

Condiciones imposibles de derecho son las que afectan el orden público. Están enumeradas en el artículo 531:

1º Habitar siempre en lugar determinado o sujetar la elección del domicilio a la voluntad de un tercero;

2º Mudar o no mudar de religión;

3º Casarse con determinada persona, o con aprobación de un tercero, o en cierto lugar, o en cierto tiempo, o no casarse;

4º Vivir célibe perpétua o temporalmente, o no casarse con persona determinada o divorciarse.

La disposición del artículo 531 es razonable. El testador no puede tener la facultad, por ejemplo, de dejar su valiosa fortuna a una persona, con la condición de casarse con su sobrina. La ley no puede permitir esas situaciones; no puede autorizar que se coloque a un hombre en el trance de elegir entre perder una fortuna valiosa o aceptarla mediante contraer matrimonio con una mujer que no es de su agrado.

Debe entenderse que la enumeración del artículo 531 no es taxativa. Los casos pueden ser numerosos y queda al criterio judicial resolver como una cuestión de hecho, si la condición impuesta es o no imposible de derecho. Corresponde a los jueces, dice el artículo 3.609, decidir si toda otra condición o carga entra en una de las clases de las condiciones imposibles.

Condición imposible por su naturaleza es aquella que por esencia misma de las cosas no puede efectuarse: si tocas el cielo con la mano. Como se comprenderá, a nadie en su sano juicio, puede ocurrírsele imponer semejante condición. Algún leguero podrá argüir que ha querido referirse al cielo-raso de la habitación y que tomando una escalera, lo toque, para sostener que la condición está cumplida. Pero no es así; en realidad la imposición de esta condición denota en el individuo que la fija, una perturbación mental o, por lo menos, que ha querido burlarse de los herederos o legatarios.

Por último, condición imposible de hecho es aquella que si bien podría realizarse dentro del orden normal de la vida



es de ejecución imposible. Por ejemplo: si haces un monte de oro. La condición podría efectuarse reuniendo buena parte del oro que existe en el mundo; pero ¿quién sería capaz de hacerlo? Dentro de la normalidad de la vida es imposible de hecho.

¿Qué efecto producen las condiciones imposibles impuestas en el testamento?

Si el testador deja 100.000 pesos a Pedro con la condición de que permanezca perpétuamente célibe ¿que es lo que prima? ¿la intención de dejarle los 100.000 pesos, o la condición accesoria de que permanezca célibe?

¿Qué es lo nulo? ¿El legado o solamente la condición?

La cuestión es muy importante por los efectos que de su solución se desprenden.

En el derecho romano y en las leyes de Partidas las condiciones imposibles invalidan los contratos, porque éstos son bilaterales; pero no anulaban los testamentos porque se consideraba que en ellos primaba la voluntad de beneficiar. De manera que solamente la condición quedaba sin efecto. Así la ley 3, título 4º, Partida 6ª, disponía que la condición se considerase como no puesta.

El Código francés también ordena que se tenga por no escrita toda condición o carga cuyo cumplimiento sea física o legalmente imposible y que la disposición testamentaria produzca su efecto, como si la condición o carga no existiera. Pero incurrió en el error de establecer la misma disposición conjuntamente para las donaciones como para los testamentos, siendo así que se trata de dos instituciones distintas, cuyos modalidades son diversas. La donación es un acto bilateral, un contrato y, por lo tanto, le corresponden las disposiciones referentes a los contratos: debiendo anularse la disposición afectada por la condición imposible. En cambio, el testamento es un acto unilateral: sólo compete quede sin efecto la condición.

Marcadé criticó este sistema del Código francés; pero se refería exclusivamente a las donaciones, si bien criticaba todo el título, que comprendía también los testamentos. Dice este autor que la liberalidad, al igual de la condición, debe



declararse nula. Su crítica es justa en cuanto se refiere a las donaciones; no así en lo que respecta a los testamentos.

Nuestro codificador se ha inspirado en Marcadé, como lo indica la nota al artículo 3.608; y este mismo artículo dice que en las disposiciones testamentarias toda disposición o carga, legal o físicamente imposible, o contrarias a las buenas costumbres, *anula la disposición* a que se halle impuesta.

Este principio de nuestra ley es contrario a la realidad de las cosas y al sistema normal de las instituciones. La ley debe tender a la estabilidad de los derechos: si los bienes se disponen estableciendo condiciones imposibles, sólo éstas deben ser anuladas y la causa principal debe subsistir. En esta forma se impondría una sanción a las personas que, por motivos que pueden ser aviesos, supeditan la transmisión de sus bienes a condiciones imposibles.

Por otra parte el principio tomado por Marcadé, que establece la ley en el artículo citado, no ha sido respetado en otras disposiciones del Código. Como es sabido, la ley no admite substitución fideicomisaria. Es contrario al régimen legal permitir que una persona pueda disponer de sus bienes durante varias generaciones. Se trata de evitar con la prohibición legal, que se inmovilice la propiedad, con las consiguientes perturbaciones en el crecimiento de las ciudades y en el progreso del país. Pero en este caso de la substitución fideicomisaria, no se aplica el principio del artículo 3.608; no se anula la disposición testamentaria, sino solamente el fideicomiso. En este sentido el artículo 3.730 dice que la nulidad de la institución fideicomisaria no perjudica la validez de la institución del heredero, ni los derechos del llamado antes.

Se ve, pues, que cuando la ley organiza las instituciones particulares, se aparta del principio general, porque éste no responde a su finalidad; de lo contrario, lo hubiera seguido. Sin embargo, el artículo 3.608 es taxativo, y en cuanto no haya sido modificado por otras disposiciones de la ley — como es el caso en la substitución fideicomisaria—debe subsistir. Así lo ha entendido la jurisprudencia.



89.—*Capacidad del testador.—Enumeración de los incapaces.—Dementes.*

¿Cuál es la capacidad que la ley exige para poder testar?

El principio general es que todos pueden testar. Si el derecho de testar es una consecuencia del derecho de propiedad, se deduce que todos los que pueden ser propietarios han de poder hacer también testamento, salvo en los casos en que la ley lo prohíbe terminantemente.

Toda persona legalmente capaz de tener voluntad y de manifestarla, tiene la facultad de disponer de sus bienes por testamento, con arreglo a las disposiciones de este Código, sea bajo el título de institución de herederos, o bajo el título de legados, o bajo cualquier otra denominación propia para expresar su voluntad (artículo 3.606).

La misma ley fija ciertos casos de excepción, en que no se tiene capacidad para hacer testamento, y al efecto hace una enumeración taxativa. No pueden hacerse interpretaciones analógicas. Únicamente están imposibilitadas para testar las personas que la ley determina.

Ahora, para calificar la capacidad de testar se atiende sólo al tiempo en que se otorga el testamento, aunque se tenga o falte la capacidad al tiempo de la muerte (art. 3.613).

Tienen incapacidad para testar:

1º Los menores de 18 años de uno u otro sexo (art. 3.614).

La ley considera que el menor de edad no tiene el discernimiento necesario para regirse en los actos de la vida civil, y al efecto, establece su incapacidad general. Pero luego, al hablar de la incapacidad para hacer testamento, no se refiere ya al menor de edad, es decir, al menor de 22 años, sino al menor de 18 años.

Sabemos que el menor de 22 años no puede efectuar una serie de actos sin la autorización de los padres, tutores o la intervención del juez. La ley no le reconoce capacidad alguna. ¿Cómo es, entonces, que permite al menor de 22 años pero mayor de 18, hacer testamento?

Según algunos autores no es razonable la disposición legal



que establece, para testar, una capacidad inferior a la ordinaria para disponer. Se arguye que se trata de uno de los actos más serios de la vida, que requiere la plenitud de las facultades a fin de no ser influenciado por pasiones del momento. Por lo tanto, debe mantenerse el principio sencillo y armónico de que para poder disponer por testamento es necesario tener la capacidad general, es decir, 22 años.

La observación es justa. El testamento es, en efecto, uno de los actos más serios y que mayor reposo requieren al efectuarlo. Pero existe una tradición antigua que abona la costumbre de no regirse por la mayor edad. Las Leyes de Partidas permitían testar a los hombres a los 14 años, y a las mujeres a los 12, porque equiparaban la capacidad de testar con la necesaria para contraer matrimonio.

Todas las leyes modernas han seguido ese camino: disminuir la capacidad general. Nuestro Código también se ha inspirado en la tradición, y en tal concepto, ha establecido la edad de 18 años como mínimo para poder testar.

Por otra parte, los inconvenientes que se han señalado al límite indicado, se encuentran muy atemperados por nuestro sistema sucesorio. No existe en nuestra ley la libertad absoluta de testar. Si hay descendientes, ascendientes o cónyuges, la ley dispone *motu proprio* de una parte de los bienes en favor de éstos. No existe, pues, peligro en que la inexperiencia del menor de 18 años pueda perturbar el orden social. De ahí que no se haya sentido prácticamente la necesidad de modificar la disposición legal.

2º Los sordo-mudos que no sepan leer ni escribir (art. 3.617).

3º Los dementes.

Pero hay que hacer varias distinciones.

Para poder testar es preciso que la persona esté en su perfecta razón. Los dementes sólo podrán hacerlo en los intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos y prolongados para asegurarse que la enfermedad ha cesado por entonces (art. 3.615).

La ley habla de dementes, que en el artículo 141 se definen como los individuos de uno y otro sexo que se hallen



en estado habitual de manía, demencia o imbecilidad, aunque tengan intervalos lúcidos, o la manía sea parcial. En realidad, el término *demente* comprende una serie infinita de estados de la inteligencia, que han sido materia de largas clasificaciones de los médicos legistas. La definición de la ley es vaga, y la dificultad para determinar quiénes son dementes subsiste, sobre todo para poder saber, al través de la disposición testamentaria, si la persona se hallaba o no en su sano juicio.

En Francia se han presentado varios casos raros, en que a simple vista hubiera podido afirmarse que se trataba del testamento de un demente y, sin embargo, los tribunales han opinado negativamente.

Digno de citarse es el caso de un señor Lamothe, quien dejaba a su cocinera toda su vajilla,—lo cual hasta cierto punto podía admitirse—su biblioteca de obras jurídicas y filosóficas, y le encargaba el cuidado de sus restos y la erección de un monumento a su memoria. Como es natural, los herederos atacaron el testamento, arguyendo que su contenido implicaba haber sido hecho por una persona que no estaba en su sano juicio. Pero los tribunales se manifestaron en contra de esa opinión, sosteniendo que se trataba simplemente de una persona excéntrica, y no de un demente, por más que sus disposiciones fueran muy originales.

Como se ve, son cuestiones de hecho, que corresponde, resolver a los jueces, teniendo a la vista las diferentes circunstancias de la causa. Y los mismos autores afirman como regla general, que todo testamento razonable o razonablemente hecho, hace presuponer la capacidad del testador.

Nuestra ley sienta como principio que se presume que toda persona está en su sano juicio mientras no se pruebe lo contrario. Al que pidiese la nulidad del testamento, le incumbe probar que el testador no se hallaba en su completa razón al tiempo de hacer sus disposiciones; pero si el testador algún tiempo antes de testar se hubiese hallado notoriamente en estado de demencia, el que sostiene la validez del testamento debe probar que el testador lo ha ordenado en un intervalo lúcido (art. 3.616).

Entre los dementes debemos distinguir el que ha sido



declarado en estado de interdicción por sentencia ejecutoriada y el demente de hecho.

Los primeros no pueden hacer testamento sino después de la declaración judicial que restablezca su capacidad. En el tiempo intermedio entre ambas sentencias, aunque se encuentren en intervalos lúcidos, no pueden testar. La interdicción judicial tiene precisamente por objeto impedir todo acto jurídico del demente, y no llenaría sus fines sociales, si a pesar de ella pudieran admitirse discusiones sobre la validez de los actos efectuados por el interdicto.

Algunos autores, como Demolombe, sostienen la doctrina contraria, y aceptan que el interdicto judicial puede testar si se encuentra en un intervalo lúcido. Esta teoría es peligrosa y hace inútil la declaración de insania, desde que coloca al interdicto judicial en la misma condición que el demente de hecho, lo cual es inadmisibile ante los principios y necesidades a que obedece el estado de interdicción.

*90.—Ley que rige la capacidad, la forma y el contenido del testamento.*

La ley a aplicarse a los testamentos varía según se trate de la capacidad, de la forma o del contenido.

1º Respecto a la capacidad del testador ¿cuál es la ley que corresponde aplicar?

La ley del actual domicilio del testador, al tiempo de hacer su testamento (art. 3.611).

Una ley posterior no tiene influencia alguna sobre la capacidad que se reconoce en el momento de testar.

Así, la ley actual fija la edad de 18 años para poder testar. Si una persona de 18 años hace su testamento y luego una ley posterior dispone que para ello se requiere la capacidad general, es decir 22 años, ¿queda anulado el testamento anteriormente efectuado? No, porque hay que atenderse exclusivamente a la ley vigente en el momento en que se hizo la disposición testamentaria. En consecuencia, el testamento se considera válido hasta el fallecimiento del testador, siempre que no sea revocado, y debe cumplirse.





2º ¿Que ley rige la forma del testamento?

Como en el caso anterior, se aplica la ley vigente en el momento en que se hizo el testamento, sin que una ley posterior tenga influencia sobre el mismo.

La validez del testamento depende de la observancia de la ley que rija al tiempo de hacerse. Una ley posterior no trae cambio alguno, ni a favor ni en perjuicio del testamento, aunque sea dada viviendo el testador (artículo 3.625).

Si efectuado un testamento en forma ológrafa y de acuerdo con la ley vigente en ese momento, una ley posterior determinara que todo testamento debe hacerse por acto público, aquél, realizado de acuerdo con la anterior ley, será igualmente válido.

3º El contenido del testamento, es decir, lo que se refiere a la validez o invalidez de sus disposiciones ¿por qué ley se rige?

Por la ley vigente en el momento de la muerte del testador, es decir, en el momento en que esas disposiciones han de ser cumplidas. El contenido del testamento, su validez o invalidez legal, se juzga según la ley en vigor en el domicilio del testador al tiempo de su muerte (art. 3.612).

De tal manera que si hecho un testamento de acuerdo con la prescripción legal que permite la disposición de la quinta parte de los bienes, habiendo descendientes, por una ley posterior se disminuye esa porción disponible, ésta última es la que se aplica al procederse a la ejecución del testamento. No se trata ya de la capacidad ni de la forma, sino de la validez intrínseca del mismo; de ahí que se aplica la ley vigente en el momento de la apertura de la sucesión.

91.—*Formalidad en los testamentos.—Firma del testador.*

La forma testamentaria es el conjunto de requisitos que la ley establece para poder expresar válidamente la última voluntad.

Los actos jurídicos, como sabemos, se distinguen en formales y no formales.

Los formales deben realizarse exclusivamente como la



ley lo ordena y la inobservancia de la forma da por resultado que el acto se considere como no sucedido y no produzca efecto legal alguno. En cambio, los no formales, pueden celebrarse de todas las maneras en que el derecho permite se ejecuten y pueden probarse por todos los medios admisibles.

En materia testamentaria la ley ha considerado necesario ser excesivamente rigurosa en cuanto a la manera de expresar la última voluntad. Y en este sentido el artículo 3.632 dice que las últimas voluntades no pueden ser legalmente expresadas sino por un acto revestido de las formas testamentarias.

Las formas testamentarias son ordinarias o extraordinarias.

Las ordinarias son: el testamento ológrafo, el testamento por acto público y el testamento cerrado (artículo 3.622).

Para cada una de estas especies de testamento la ley establece la respectiva formalidad, que no pueden extenderse a los testamentos de otra especie (art. 3.626).

¿Qué valor tiene cada una de estas formas con relación al testamento mismo?

Están sometidas a las mismas reglas, en lo que concierne a la naturaleza y extensión de las disposiciones que contienen y gozan de la misma eficacia jurídica (art. 3.623).

Toda persona capaz de disponer por testamento puede testar a su elección en una u otra de las formas ordinarias de los testamentos; pero — agrega el artículo 3.624 — es necesario que posea las cualidades físicas e intelectuales requeridas para aquella forma en la que quiera hacer disposiciones.

Analicemos, ahora, las formalidades en sí. Como se ha dicho, el testamento debe ser un acto escrito y firmado por el testador.

1º Es un acto escrito.

La ley no admite las manifestaciones de última voluntad expresadas en forma verbal, aunque pudieran probarse, o no se excediera de la cantidad de 200 pesos, que en materia de obligaciones es susceptible de comprobarse por todos los medios de prueba.

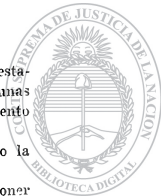


La razón es que la ley desconfía de toda manifestación verbal. Un acto tan grave como el testamento, que va a cumplirse cuando la persona de cuyo patrimonio se trata no puede intervenir para atestiguar si es o no la expresión de su voluntad, debe ser efectuado en forma intergiversable y segura como es el acto escrito.

Esta manifestación escrita no puede serlo sino de acuerdo con las disposiciones de la ley. Un escrito, aunque estuviera firmado por el testador, en el cual no anunciase sus disposiciones sino por la simple referencia a un acto destituido de las formalidades requeridas para los testamentos, será de ningún valor (art. 3.632 *in fine*).

Y más aún: toda disposición que, sobre institución de herederos o legados haga el testador, refiriéndose a cédulas o papeles privados que después de su muerte aparezcan entre los suyos o en poder de otro, será de ningún valor, si en la cédula o papeles no concurren los requisitos exigidos para el testamento ológrafo (art. 3.620).

Una persona no puede hacer su testamento refiriéndose a otros papeles o a instrucciones reservadas, como se acostumbraba en el derecho antiguo. La ley no lo admite. La expresión de voluntad debe ser hecha en el testamento mismo, y nada más; de lo contrario, sería complicar enormemente la vida jurídica. En tal sentido las cartas, por explícitas que fueren, no deben considerarse como disposición testamentaria. Si una persona escribe a un amigo encargándole que después de su muerte proceda en tal o cual forma respecto de sus bienes, tal carta no constituye disposición testamentaria. Aparte de las razones generales dadas, la ley ha tenido en cuenta que muchas veces las cartas no son producto de la madura reflexión que debe imperar en un acto de la importancia del testamento. Las cartas son más bien documentos confidenciales en que, precisamente por ese carácter, muchas veces se dicen cosas cuyas consecuencias no se miden. Y no es de estilo tampoco que una persona que quiere expresar su última voluntad utilice el medio epistolar, por las dificultades e inconvenientes que puede producir al testador la publicidad, en vida, de su voluntad.



Todos estos requisitos que la ley exige en la manifestación de la última voluntad del testador, requisitos algunas veces exagerados, tienen por objeto asegurar el cumplimiento de esa voluntad, evitando los fraudes.

2º Debe ser firmado por el testador, salvo cuando la ley autoriza la firma a ruego.

La firma en el testamento es el sello que viene a poner punto final a la expresión de la última voluntad.

¿Cómo debe ser?

En los testamentos en que la ley exige la firma del mismo testador, debe ésta escribirse con todas las letras alfabéticas que comprenden su nombre y apellido (art. 3.633). Si el testador se llama Juan Fernández, su firma será la expresión gráfica que comienza con la *J* y termina con la *z*.

El testamento no se tendrá por firmado — dice el mismo artículo — cuando sólo se ha suscrito el apellido, o con letras iniciales, nombres y apellidos, ni cuando en lugar de suscribir el apellido propio se ha puesto el de otra familia a la cual no pertenece el testador. Sin embargo, una firma irregular e incompleta se considerará suficiente cuando la persona estuviere acostumbrada a firmar de esa manera los actos públicos o privados.

A veces los nombres y apellidos son largos, por lo que se acostumbra a abreviarlos. Primero se suprime el nombre, poniendo solamente la inicial: luego se suprime alguna letra o se reduce la terminación del apellido. Si esto se acostumbra hacer siempre, la ley lo admite como firma en el testamento.

Respecto de la abreviación de la firma, merece citarse el caso del obispo de Clermont, Juan Bautista Masillon.

Sabido es que los altos dignatarios de la iglesia católica acostumbran no poner el apellido: firman poniendo una cruz y enseguida el nombre. Por ejemplo: el arzobispo de Buenos Aires, Mariano Espinosa, firma: + Mariano.

El obispo de Clermont firmaba todos sus actos poniendo la cruz y a continuación las iniciales de su nombre, J. B. y su dignidad, *evêque de Clermont*. Su testamento, en que hacía legados a los pobres, lo firmó de la misma manera. Abierta la sucesión, un hermano impugnó el testamento, adu-



ciendo que no había expresión de nombre desde que sólo figuraban las iniciales J. B. El tribunal de primera instancia declaró que, siendo costumbre del obispo firmar todos sus actos en esa forma, aunque no hubiese expresado el nombre y apellido, bastaba la indicación habitual de la cruz y las iniciales J. B., con la calidad que indicaba de obispo de Clermont; y reconoció que el testamento era válido. Apelada la sentencia se llegó a una transacción, por lo que no se sentó jurisprudencia.

Posteriormente se produjo otro caso con motivo del testamento de un obispo de Bayona y las cortes se pronunciaron a favor de su validez.

### 3º Prueba de las formalidades.

La prueba de la observancia de las formalidades prescriptas para la validez de un testamento, debe resultar del testamento mismo y no de los otros actos probados por testigos (art. 3.627).

Así, en el testamento por acto público la ley exige que el escribano haga constar que los testigos *vieron* al testador: de lo contrario el testamento es nulo. Los herederos o legatarios no pueden probar que los testigos vieron efectivamente y que ha sido por negligencia del escribano que la constancia no figura en el testamento.

Debe también hacer constar el escribano la edad de los testigos. Si expresa que éstos son mayores de edad, en lugar de indicar la edad precisa de cada uno, el testamento es igualmente nulo.

La razón es que la ley ha tratado de rodear de todas las solemnidades posibles al acto testamentario, a fin de evitar los fraudes o la tergiversación de la voluntad del testador. La ley quiere la manifestación clara, precisa y concordante con sus reglas, de la expresión de la voluntad del testador. La falta de cualquiera de las formalidades prescriptas anula el testamento, porque entonces la ley presume que ha existido fraude. De ahí la enorme importancia que la observancia de las formalidades tiene en el testamento.

### 4º Efecto de la observancia de las formalidades.



¿Qué efecto produce el testamento hecho con las formalidades de la ley?

Vale durante la vida del testador, cualquiera que sea el tiempo que pase desde su formación. Mientras no está revocado se presume que el testador persevera en la misma voluntad (art. 3.631).

Una vez que la persona ha hecho testamento, éste permanece válido durante toda su vida, cualesquiera sean las circunstancias que lleguen a producirse después, mientras no lo revoque.

Supóngase que la persona a los cinco años de efectuado el testamento, pierde la razón: ¿el testamento es válido?

Algunos autores sostienen que no, arguyendo que debe exigirse en el testador la coexistencia de capacidad en el momento en que redacta el testamento y en aquel en que éste se considera. Y, agregan, si se cae en insanía después de hecho el testamento, ya no puede ser revocado, desde que la revocación sólo puede producirse por otro testamento, y el que está privado de razón no puede testar; por lo tanto, en esas condiciones, el testamento hecho debe ser declarado nulo.

Nuestra ley no admite esta doctrina, por los inconvenientes y dificultades que produciría en la práctica. De ahí que establece perentoriamente que una vez efectuado el testamento se considera válido mientras no sea revocado. Salvo un caso: cuando la persona no estaba casada y después contrae matrimonio. Todo testamento hecho por persona que no está actualmente casada, queda revocado desde que contraiga matrimonio (art. 3.826). Es un caso de revocación legal que se admite por razones especiales. También en el testamento militar la ley lo declara caduco después de 90 días de haber cesado las circunstancias que habilitaban para testar militarmente y en el marítimo, después de los 90 días subsiguientes al desembarco, porque en estos casos ha podido usar las formas ordinarias, no teniendo razón de ser el mantenimiento del testamento privilegiado.

5º - Inobservancia de las formalidades.



¿Cuáles son las consecuencias de la inobservancia de las formalidades de la ley?

El testamento se reputa nulo. La nulidad de un testamento por vicio en sus formas causa la nulidad de todas las disposiciones que contiene; pero si se han llenado las formas, la nulidad de la institución de herederos por cualquier causa que fuere, no anula sus otras disposiciones (art. 3.630).

La distinción es importante y demuestra la gravedad que la ley atribuye a la falta de las formalidades establecidas. De tal manera que el testamento, en este caso, queda completamente nulo, mientras que si se trata de anulación de la institución de herederos, si las formas se han llenado, las demás disposiciones, como ser legados y mandas, son válidos.

La ley va más allá aún. El testador no puede confirmar por un acto posterior las disposiciones contenidas en un testamento nulo por sus formas, sin reproducirlas, aunque dicho acto esté revestido de todas las formalidades requeridas para la validez de los testamentos. Pero el testador puede referirse en su testamento a otro testamento válido en sus formas, que ha quedado sin efecto por haber caducado por incapacidad de los legatarios o de los herederos instituídos (art. 3.629).

En los testamentos suelen emplearse ciertas formalidades no exigidas por la ley sino impuestas por la costumbre. Tal sería la cláusula— antes muy usual y que ahora va desapareciendo — de la profesión de la fe del causante. Así el testador decía: pertenezco a la religión católica apostólica romana, he creído siempre en los preceptos de la santa madre iglesia, etc.

Estas cláusulas que no exige la ley ¿perjudican el testamento?

El empleo de formalidades inútiles y sobreabundantes no vicia un testamento, por otra parte regular, aunque esas formalidades en el caso de haberlas supuesto necesarias, no pudiesen ser consideradas como cumplidas válidamente. Así, un número mayor de testigos del que exige la ley, no vicia el testamento, que queda válido a pesar de la incapacidad de



alguno de ellos, cuando suprimiendo el número de testigos incapaces queda un número suficiente de testigos capaces (art. 3.628).

Y razonando *a contrario sensu*, la falta de alguna de estas formalidades que la costumbre ha impuesto, tampoco perjudica el testamento.

Los escribanos acostumbran a expresar en el testamento que: “compareció don Fulano de Tal”, persona de su conocimiento, de cuya completa capacidad dan fe y que por el modo de razonar está en su perfecta razón. Es decir, certifican que la persona que testa está en su cabal juicio y es perfectamente hábil para el acto. La falta de esta constancia ¿anula el testamento? No; porque la atestación del escribano no tiene en este caso ninguna influencia, desde que él no está llamado a decir si el testador está o no en su sano juicio. De manera que aunque el testamento no contenga esa formalidad—que es de estilo, y que algunas veces en las sentencias se ha invocado al impugnarse el testamento de un demente, como una presunción de que el testador se hallaba en su sano juicio — no queda invalidado.

#### 6º Facilidades para otorgar testamento.

Los artículos 3.634 a 3.638 dan diversas facilidades para poder hacer testamento, estableciendo las siguientes reglas:

1º Si el testamento es hecho en el territorio de la República, debe serlo en algunas de las formas establecidas en el Código, sean los testadores argentinos o extranjeros (art. 3.634).

2º Si la persona se halla fuera de su país, puede testar de alguna de estas tres maneras:

a) Según la forma prescripta por la ley del lugar en que reside.

b) Según la forma que se observe en la nación a que pertenezca.

c) Según las formas que el Código designa como legales (art. 3.638).

Cuando un argentino se encuentre en un país extranjero está autorizado a testar en alguna de las formas establecidas por la ley del país en que se halle. Este testamento





será válido, aunque el testador vuelva a la República y en cualquier época que muera (art. 3.635).

Es válido el testamento escrito hecho en país extranjero o por un argentino, o por un extranjero domiciliado en el Estado ante un ministro plenipotenciario del gobierno de la República, un encargado de negocios o un cónsul, y dos testigos argentinos o extranjeros domiciliados en el lugar donde se otorgue el testamento, teniendo el instrumento el sello de la legación o consulado (art. 3.636).

El testamento otorgado en esa forma y que no lo haya sido ante un jefe de legación, llevará el visto bueno de éste, si existiese un jefe de legación, en el testamento abierto al pié de él, y en el cerrado sobre la carátula. El testamento abierto será siempre rubricado por el mismo jefe al principio y al fin de cada página, o por el cónsul si no hubiese legación. Si no existiese un consulado ni una legación de la República, estas diligencias serán llenadas por un ministro o cónsul de una nación amiga.

El jefe de la legación o el cónsul, remitirá una copia del testamento abierto o de la carátula del cerrado al ministro de relaciones exteriores de la República, y éste, certificando la firma del jefe de legación o cónsul, lo remitirá al juez del último domicilio del difunto en la República, para que lo haga incorporar en los protocolos de un escribano del mismo domicilio.

No conociéndose el domicilio del testador en la República, el testamento será remitido por el ministro de relaciones exteriores a un juez de primera instancia de la Capital para su incorporación en los protocolos de la escribanía que el mismo juez designe (art. 3.637).

Actualmente, por las leyes de organización del servicio consular de la República, los cónsules son verdaderos escribanos públicos y llevan sus protocolos en la forma notarial ordinaria, por lo cual los testamentos por acto público que otorgan, no llevan la forma especial del artículo 3.636, sino la común que el Código prescribe, y el testamento que expiden, es suficiente que venga firmado por ellos y se autentique la firma en la oficina de legalizaciones del ministerio de relaciones exteriores.



92. — Testamento ológrafo: Ventajas e inconvenientes. — 93. — Condiciones, escrituras, fecha, firma.

*92.—Testamento ológrafo.—Ventajas e inconvenientes.*

El testamento ológrafo es aquel que debe ser escrito todo entero, fechado y firmado por la mano misma del testador (art. 3.639). Es decir, debe ser escrito de puño y letra del causante; no puede ser dictado y después firmado, sino que todo el texto debe ser escrito por él.

La ley exige estrictamente este requisito, en el deseo de evitar los fraudes que podrían producirse, si se admitiera la validez del acto con la sola firma del testador. En virtud de los modernos procedimientos químicos, fácilmente podría fraguarse un testamento, substituyendo el contenido de un documento privado, por disposiciones testamentarias, dejando la misma firma auténtica.

El testamento ológrafo debe ser un acto separado de otros escritos y libros en que el testador acostumbra escribir sus negocios. Las cartas por expresas que sean respecto a la disposición de los bienes, no pueden formar un testamento ológrafo (art. 3.648).

¿Cuáles son las ventajas y los inconvenientes que presenta el testamento ológrafo?

Varias son sus ventajas:

a) No se tiene que enterar a otras personas ni consultar



a nadie respecto de su contenido. Evita así las dificultades que pueden suscitarse por el hecho de que los parientes del testador conozcan las disposiciones testamentarias.

b) No requiere ninguna clase de solemnidades, extrañas al testador.

c) Evita los gastos de papel sellado, escritura, etc., indispensables en las otras especies de testamentos.

d) Puede ser modificado o revocado con toda facilidad, especialmente por aquellas personas tímidas que leen y releen sus disposiciones antes de hacerlas definitivas.

Presenta también algunos inconvenientes:

a) Si a la muerte del testador cae en manos de una persona interesada en que desaparezca, basta que lo destruya para que no surta efecto.

Este es el verdadero peligro del testamento ológrafo: la facilidad con que puede ser destruido, no pudiendo después reconstruirse, porque la prueba sólo debe resultar del testamento mismo.

b) Se presta a la captación de la herencia.

Tal puede ocurrir en el caso de una persona muy enferma cuidada por varios parientes. Estos la instan para que haga testamento a su favor. Insisten continuamente y tienen aislado al enfermo, impidiendo que se comunique con otras personas: en esta forma consiguen que, por debilidad o por temor, haga testamento ológrafo a su favor.

c) Pueden ser fácilmente falsificados.

El arte caligráfico ha progresado mucho en los tiempos modernos. Hoy día existen los llamados peritos calígrafos, que antiguamente se denominaban *pendolistas*, cuya misión es averiguar si la firma y el texto de un documento es verdadero. En las falsificaciones el peritaje caligráfico suele no ser eficiente, porque como cada parte nombra su respectivo perito, éstos, en realidad, se constituyen en defensores de las pretensiones de cada una de ellas. Toca al juez decidir, pero ¿cómo ha de hacerlo, si no es perito y a simple vista no es posible distinguir a veces una firma falsa de una verdadera? He ahí uno de los grandes inconvenientes del peritaje en nuestro



país. Bien es cierto que en estos casos el que ataca la validez del testamento puede presentar otras pruebas que demuestren la nulidad y el fraude, y por las cuales el juez pueda decidirse con prescindencia del dictamen de los peritos.

Un procedimiento curioso, que adoptan los falsificadores de testamentos, consiste en la inclusión de legados a favor de sociedades o instituciones de beneficencia. Estas, naturalmente, concurren a defender el testamento, favoreciendo así indirectamente a aquéllos.

*93.—Condiciones: escritura, fecha, firma.*

El testamento ológrafo, para ser válido en cuanto a sus formas, debe ser escrito todo entero, fechado y firmado por la mano misma del testador. La falta de alguna de estas formalidades lo anula en todo su contenido (art. 3.639).

De manera que las condiciones para que el testamento ológrafo sea válido son:

1º Que sea escrito por el testador.

El testamento ológrafo debe ser escrito precisamente con caracteres alfabéticos y puede escribirse en cualquier idioma (art. 3.641).

No es indispensable que sea escrito en el idioma del país; puede serlo en cualquier otro, siempre que sea con caracteres alfabéticos. No se admiten los testamentos hechos con signos o claves, porque podrían estar sujetos a interpretaciones más o menos vagas.

Es un requisito esencial en el testamento ológrafo que esté escrito todo entero desde el principio al final, fechado y firmado, por la mano misma del testador. Si hay algo escrito por una mano extraña, y si la escritura hace parte del testamento mismo, el testamento será nulo, si lo escrito ha sido por orden o consentimiento del testador (art. 3.640).

Ya no sería la expresión directa de la voluntad del testador. Si éste escribe los tres primeros párrafos, luego viene un cuarto párrafo escrito por una mano extraña y en seguida la firma del causante, ya no sería un testamento ológrafo, por-



que es condición esencial que todo su texto sea escrito de puño y letra del testador. Por lo tanto, la ley lo anula.

Supóngase que lo escrito por mano extraña no forma parte del testamento, sino que haya sido interlineado: ¿es o no válido el testamento? Es válido, y solamente se anula la cláusula interlineada, porque no puede dejarse al arbitrio de un tercero el poder de anular el testamento con la simple interlineación de algunas palabras. Así, por ejemplo, el testador dice: “lego a mi sobrino Juan mil pesos”, y una mano extraña agrega: “y a mi sobrino Pedro, otros mil pesos”. Como este agregado se ve que es hecho sin consentimiento del testador, no perjudica a la validez del acto.

Si el testador se equivoca y raspa alguna palabra para sustituirla por otra, ¿queda inválido el testamento?

En los contratos, cuando se escribe sobre raspado y no se tiene la precaución de hacer la salvedad al final, el acto no es válido, porque se presume que ha sido hecho contra la voluntad del firmante. En los testamentos ológrafos no es necesaria esa formalidad. El testador puede raspar y escribir encima de lo raspado, puede agregar interlíneas, sin salvar al final. En fin, en su redacción material, esta especie de testamento puede presentar todas las incorrecciones, pero debe llenar el requisito fundamental de la escritura de puño y letra del testador. Lo que la ley persigue es que sea la expresión segura y verídica de la voluntad del causante.

## 2º Debe ser fechado.

La fecha es el momento del tiempo en el cual ocurre un acto. Prácticamente para individualizar ese momento se pone el día, mes y año: 16 de setiembre de 1915. Esta es la fecha, y si se quiere puntualizar aún más, se agrega la hora. Pero nuestro Código no ha considerado necesario la indicación de la hora: exige solamente, como fecha, la expresión del día, mes y año.

Al analizar la fecha de un testamento ológrafo se pueden presentar varias cuestiones.

En general se hace uso de la designación del calendario, siguiendo la costumbre habitual, pero no es de extremo rigor



ni de absoluta necesidad que así sea. Las indicaciones del día, mes y año en que se hace el testamento no es indispensable que sean según el calendario: pueden ser reemplazadas por enunciaciones perfectamente equivalentes, que fijen de una manera precisa la fecha del testamento (art. 3.642). Así, puede ponerse: el viernes santo, el año nuevo, el día de pascua, etc., de tal o cual año. Lo único que la ley requiere imprescindiblemente es la determinación precisa del momento en que se ha hecho el testamento.

La enunciación de la fecha puede variar y en ello influye la costumbre. Si debiendo ponerse, por ejemplo, 16 de setiembre de 1915, para abreviar — y se acostumbra — se escribe 16/IX/1915: ¿es válido el testamento? Sí, porque es costumbre fechar en esa forma, y hay indicación precisa del día, mes y año.

La fecha puede ser inexacta: 30 de febrero de 1915. El día 30 de febrero no existe; tal vez el causante ha querido referirse al último día del mes de febrero. Sin embargo, el testamento queda invalidado, porque la ley considera la fecha inexacta o falsa como no existente.

La fecha puede ser también incompleta, si le falta alguno de los elementos que deben constituir la; por ejemplo, si se escribe solamente el mes y el año: setiembre de 1915. Un testamento fechado así, sin indicación de día, ¿es válido?

La doctrina se ha bifurcado. Unos creen que debe sujetarse estrictamente al texto de la ley, y que, por lo tanto, el testamento no es válido, porque le falta uno de los requisitos esenciales: la designación del día.

Otros autores sostienen que la interpretación debe ajustarse a la finalidad a que obedece la disposición legal. ¿Qué objetivo persigue la ley al exigir la fecha en el testamento? Determinar si el que testa tiene capacidad para ello, es decir, si es mayor de 18 años, si estaba o no en su sano juicio, y, de haber varios testamentos, cuál es el válido, porque el posterior anula el anterior. Pero, dicen, si la fecha no comprueba la capacidad, por ser evidente — como si se trata de una persona de 40 años, en su sano juicio — y existe un solo testamen-



to. la falta de alguno de sus elementos no debe invalidarlo, porque no se perseguiría objeto práctico alguno.

Sin embargo, los tribunales han resuelto la cuestión en forma negativa; y ésa es la solución aceptable. En materia testamentaria no se puede aplicar el principio general de la interpretación positiva y de la finalidad de la ley. Todo es cuestión de forma, y la ley es, con justa razón, sumamente exigente en cuanto a las formalidades que requiere para la validez de la disposición testamentaria.

Esta solución viene, en realidad, a constituir un recurso que la ley da a las personas que, estando enfermas, son presionadas en el sentido de que hagan testamento ológrafo. Basta que el testador omita deliberadamente alguno de los requisitos esenciales en la fecha, para que el testamento sea considerado nulo. Hace algún tiempo se declaró nulo un testamento que afectaba una fortuna valiosísima, por faltarle a la fecha la indicación del día, y la solución fué sostenida en primera y en segunda instancia, a pesar de la opinión contraria del fiscal.

La fecha puede ser falsa cuando en virtud del mismo testamento se puede llegar a la conclusión de que no ha sido hecho el día indicado. Tal sería el caso del testamento hecho en un papel sellado del año posterior a su fecha. La comprobación es fácil, porque las fojas de papel sellado llevan a veces impresas al agua la fecha del año correspondiente. Si una persona hace su testamento en un papel sellado de 1915, poniéndole fecha de 1914, ese testamento ológrafo es nulo, porque se considera falso, desde que la fecha que figura en el mismo no individualiza el momento en que se efectuó.

Pero si se trata de una fecha equivocada o incompleta, puede ser considerada suficiente cuando el vicio que presenta es el resultado de una simple inadvertencia de parte del testador y existen en el testamento mismo enunciaciones o elementos materiales que fijan la fecha de una manera cierta. El juez puede apreciar las enunciaciones que rectifiquen la fecha, y admitir pruebas que se obtengan fuera del testamento (art. 3.643).

Por ejemplo: si una persona fecha su testamento "Mayo de 1915", y luego al final del mismo dice: "Y termino este testamento hoy, día de mi cumpleaños, etc." Se comprueba que el día del cumpleaños de la persona es el 14 de mayo; entonces, la fecha incompleta viene a quedar completada con la cláusula final del texto y, por lo tanto, el testamento es válido.

¿Dónde debe colocarse la fecha en el testamento?

Es costumbre comenzar fechando todos los actos escritos. Pero supóngase que se coloca la fecha después de la firma, como se estila en las cartas: ¿se considera fechado el testamento?

Según algunos, el testamento en este caso no tiene fecha, porque se considera que termina con la firma. Los tribunales franceses, sin embargo, han declarado que la fecha colocada después de la firma es válida siempre que lo esté a renglón seguido. Y esta es la interpretación que debemos admitir.

Puede suceder que el testador no redacte en un solo acto todo su testamento, o que reflexione sobre algunas de sus disposiciones, medite alguna cláusula y la incluya después de transcurrido algún tiempo desde que escribió las demás, viniendo así a redactar el testamento en varias oportunidades diferentes. La ley permite que así lo haga; pero respecto de la fecha, ¿cómo debe proceder? Si escribe sus disposiciones en épocas diferentes, puede datar y firmar cada una de ellas separadamente, o poner a todas la fecha y la firma, el día en que termine su testamento (art. 3.647).

Ahora, si se trata de muchas disposiciones que están firmadas, sin ser fechadas, y una última disposición tenga la firma y la fecha, esta fecha hace valer las disposiciones anteriormente escritas, cualquiera que sea el tiempo (artículo 3.646).

En cuanto al lugar en que se ha hecho el testamento, su indicación no es requisito esencial. El testador puede dispensarse de indicar el lugar donde ha hecho el testamento, y el







error que cometa en la indicación de este lugar no influye en la validez del testamento (art. 3.644).

3º Debe ser firmado.

Se aplican al testamento ológrafo en esta parte los principios generales anteriormente enunciados.

La firma es un requisito esencial en el testamento ológrafo: debe ser puesta por la mano misma del testador. Pone punto final, como se ha dicho, a la disposición testamentaria. Y si después de ella el testador coloca nuevas disposiciones, éstas deben ser fechadas y firmadas para que puedan valer como disposiciones testamentarias (art. 3.645).

¿Qué valor tiene el testamento ológrafo?

Los instrumentos privados tienen como fecha cierta la de su exhibición en juicio o la de su protocolización. En realidad, el testamento ológrafo es un instrumento privado, pero la ley lo considera en calidad de instrumento público, teniendo en vista las consecuencias que de él se desprenden.

El testamento ológrafo vale como acto público y solemne; pero puede ser atacado por su fecha, firma o escritura, o por la capacidad del testador, por todos aquellos a quienes se oponga pudiendo éstos servirse de todo género de pruebas (art. 3.650).

De manera que la fecha del testamento ológrafo vale como cierta. La razón es que la ley ha considerado los efectos que el testamento ológrafo produce en cuanto a la revocación de otros anteriores, aunque sean de otra especie.

Por último, el testador puede, si lo juzgare más conveniente, hacer autorizar el testamento con testigos, ponerle su sello, o depositarlo en poder de un escribano, o usar de cualquiera otra medida que dé más seguridad de que es su última voluntad (art. 3.649).

En la práctica, los comerciantes y personas acaudaladas, especialmente si no tienen familia, acostumbran dejar depositado en el Banco en que tienen sus caudales, sus disposiciones testamentarias en forma ológrafa, colocándolas bajo sobre sellado y lacrado, con la indicación en la carátula de que dicho sobre contiene su testamento.



94. — Testamento público. Ventajas e inconvenientes. ¿Ante quién se otorga? — 95. — Forma como puede hacerse. Enunciaciones que debe contener bajo pena de nulidad. — 96. — Firma del testador. Idioma. Liberalidades prohibidas. ¿Quiénes son incapaces para otorgar testamento público?

*94.—Testamento público.—Ventajas e inconvenientes.—  
¿Ante quién se otorga?*

Testamento público es el celebrado ante un escribano público en su protocolo, con las solemnidades que establece la ley, o ante otros funcionarios a falta del escribano, en los casos que la ley lo permite.

¿Cuáles son las ventajas y los inconvenientes que presenta el testamento por acto público?

Sus ventajas son:

a) Es muy difícil que pueda extraviarse o destruirse.

Ya no es el caso del testamento ológrafo, que está expuesto a que quien lo encuentre lo destruya. El testamento por acto público queda en el protocolo del escribano; éste debe tener su caja de seguridad, en donde lo deposita, de tal manera que es difícil se destruya por el fuego o por robo. Además, después de transcurridos varios años, los escribanos deben depositar sus libros de protocolo en el Archivo de los Tribunales. Existe, pues, seguridad respecto a la conservación de esta especie de testamento.

b) Es conveniente para las personas que no tienen fa-



cilidad para escribir o que no saber leer ni escribir. Basta que concurran ante el escribano y llenen las formalidades de la ley, para que quede fijada la expresión de su última voluntad. Igualmente, conviene a las personas que sabiendo escribir, están imposibilitadas para hacerlo por accidente o enfermedad.

Pero presenta también algunos inconvenientes:

a) No es reservado, como ocurre con el testamento ológrafo, que, una vez hecho, se guarda en un cajón del escritorio o se deposita en un banco para que el gerente lo entregue al juez una vez producido el fallecimiento, y nadie sabe la existencia de tal testamento.

Por la modalidad misma del testamento público, su contenido debe ser conocido por el escribano y los testigos. Esta falta de reserva es inconveniente para el testador. Los interesados en la herencia pueden obtener del escribano y los testigos, o de un amanuense del primero, los datos que les permitan conocer si el testamento les favorece o no; y si la disposición testamentaria no concuerda con sus aspiraciones, se producirán desacuerdos y resentimientos que se traducirán en molestias y hasta disgustos para el causante, sobre todo si se trata de personas que no tienen herederos forzosos.

La ley orgánica de los tribunales ha tratado de mantener en secreto esas disposiciones estableciendo que: “los registros deben conservarse en reserva, sin que sea permitido consentir que persona alguna se imponga de ellos: pero los interesados en una o más escrituras, sus representantes o sucesores podrán imponerse de su contenido en presencia del escribano” (art. 202). Esa disposición, agrega el art. 203 “no será aplicable a los testamentos y escrituras de reconocimientos de hijos naturales, que mientras vivan los otorgantes, sólo a ellos podrán ser enseñados”.

b) Está rodeado de formalidades que lo hacen susceptible de ser fácilmente anulado.

La negligencia del escribano en la observancia de la formalidad o del detalle más ínfimo, vicia la disposición testa-



mentaria. De ahí que los pleitos sobre nulidad de testamento versan generalmente sobre testamentos públicos.

Por ejemplo, si el escribano consigna que ha dado lectura del testamento, pero omite indicar que los testigos lo vieron, la disposición testamentaria es nula.

De manera que uno de los peligros del testamento público consiste en esa estrictez en la observancia de las formalidades, cuya menor desviación se presta al ataque de los curiales. Tan es así, que los escribanos, para evitar la impugnación de los testamentos públicos efectuados ante ellos — lo cual, como se comprenderá, afecta el crédito de la escribanía— tienen formularios especiales, en los que sólo corresponde llenar las respectivas disposiciones particulares. De tal manera que cuando son llamados con urgencia, de noche, por ejemplo, llevan su formulario, que tienen a la vista al extender la escritura, evitando así cualquier desliz en la forma, que después pueda dar lugar a la nulidad del testamento.

¿Ante quién se otorga el testamento por acto público?

El testamento por acto público debe ser hecho ante escribano público y tres testigos residentes en el lugar (art. 3.654).

En los pueblos de campaña y en la campaña, no habiendo escribano en el distrito de la municipalidad donde se otorgare el testamento, debe éste ser hecho ante el juez de paz del lugar y tres testigos residentes en el municipio. Si el juez de paz no pudiese concurrir, el testamento debe hacerse ante alguno de los miembros de la municipalidad con tres testigos (art. 3.655).

La disposición de este artículo tiene por objeto facilitar la ejecución del testamento por acto público en aquellas localidades en que no haya escribano. Al hablar de miembros de la municipalidad no debe entenderse cualquier empleado municipal, sino miembros del concejo deliberante.

Hay que tener presente que el juez de paz o los miembros de la municipalidad sólo pueden ser llamados para otorgar el testamento en el caso de ausencia o de imposibilidad de hallar escribano en la jurisdicción. Si éste existe, y el causante por



motivos especiales, por enemistad, no quiere llamarlo, el otorgamiento por aquéllos no es válido.

Más aún: el testamento público debe ser hecho ante escribano con jurisdicción en el lugar en que se otorgare. El que se hiciere ante otro escribano será nulo. Por ejemplo, no puede llamarse a un escribano de la capital federal para que otorgue un testamento en Avellaneda, por más que no tenga sino que cruzar el Riachuelo.

En cuanto a la capacidad del escribano, el artículo 3.653 establece que el escribano pariente del testador en línea recta en cualquier grado que sea, y en la línea colateral hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad inclusive, no puede concurrir a la redacción del testamento.

Esta disposición legal tiene por objeto evitar que el escribano, por su parentesco con el causante, pueda influir en la voluntad de éste en un sentido o en otro. La intervención del escribano debe ser absolutamente imparcial, a cubierto de la más leve sospecha, lo que no ocurriría quizá con el pariente del testador.

*95.—Forma como puede hacerse.—Enunciaciones que debe contener bajo pena de nulidad.*

¿Cuál es la forma en que una persona puede hacer el testamento público?

Puede seguir tres procedimientos, que establece el artículo 3.656:

a) Dictarle el testamento de viva voz al escribano. Este lo va escribiendo. Pero no es estrictamente necesario que sea el mismo escribano quien escriba, a pesar de la opinión contraria de algunos autores. Muchas veces y sobre todo en las provincias, es el escribano mismo quien escribe el testamento, a efecto de evitar las equivocaciones de sus amenuenses; pero no es requisito esencial: lo que la ley exige es que se halle presente al acto.

b) Darlo ya escrito, en un borrador. El escribano lo copia o lo hace copiar.



c) Dar por escrito las disposiciones que debe contener el testamento, para que el escribano lo redacte en la forma ordinaria. Es decir, entregarle unos breves apuntes, que en la práctica se denominan *minuta*.

Se pregunta si el escribano está obligado a conservar la minuta entregada por el testador a los efectos de redactar el testamento. No lo está, porque la minuta es de ningún valor, una vez hecho el testamento. Y si éste no se halla de acuerdo con ella ¿cuál de ambos vale? El testamento, siempre que no adolezca de vicio de forma, porque es un instrumento público revocable sólo por otro testamento.

El testamento por acto público debe contener varias enunciaciones bajo pena de nulidad, que están enumeradas en los artículos 3.637 y 3.658.

Son :

1º Lugar en que se otorga.

Los escribanos no pueden otorgar instrumentos públicos fuera del lugar que les está asignado para el ejercicio de su ministerio. Un escribano de Buenos Aires no puede otorgar escritura en Avellaneda. El requisito de la indicación del lugar es necesario para conocer si el acto es válido por razón de la jurisdicción que las leyes de organización de los tribunales establecen para los escribanos.

Esta enunciación constituye una diferencia con el testamento ológrafo, en que no es indispensable la indicación de lugar.

2º Fecha, en la forma común, es decir, con indicación de día, mes y año.

El requisito de la fecha tiene por objeto determinar la capacidad del testador, los efectos de la revocación y la ley que rige en el momento en que se otorga el testamento.

3º Nombre del testador, es decir, de la persona que hace testamento.

4º Nombre, residencia y edad de los testigos.

Debe expresarse la edad por el número de años y no por la simple indicación de que son mayores de edad, como es de uso y estilo en las escrituras públicas.



Estas formalidades respecto de los testigos tienen por objeto facilitar que puedan ser bien individualizados. Hay nombres y apellidos muy comunes que se repiten en muchas familias: Juan García, Enrique Pérez, Antonio González, etc. Si en un testamento por acto público actúa como testigo una persona llamada Juan García ¿cómo individualizarlo? ¿de qué Juan García se trata? Si se dice simplemente que es mayor de edad y hay varias personas de ese nombre y apellido, ¿a cuál de ellas se refiere? De ahí viene la necesidad de enunciar la edad — Juan García, de cuarenta y tres años de edad — y entonces la individualización es fácil, pues sería rarísima coincidencia que existieran dos personas del mismo nombre, apellido y edad.

La residencia es el lugar en que una persona se encuentra de hecho, actualmente, aunque no tenga ánimo de permanecer en él. Por eso no hay que confundirla con el domicilio.

5º Manifestación del escribano de si él ha hecho el testamento o si sólo ha recibido por escrito sus disposiciones.

6º Que el testamento ha sido leído y que los testigos lo han visto.

En este sentido se acostumbra poner: "...leído el testamento al testador en presencia de los testigos, que lo vieron y oyeron..."

Esta cláusula es esencialísima; los testigos no sólo deben estar presentes en el acto, sino que deben ver que el testador dicta su disposición. La ley trata de evitar las simulaciones. De estar los testigos un poco alejados del testador, o en una pieza contigua, no podrían asegurarse si las disposiciones del causante fueron o no tergiversadas. La ley quiere que el testigo esté cercano, que lo vea, que se cerciore de que es el testador quien está dictando el testamento, y nó que lo están haciendo hablar.

La omisión de cualquiera de estas formalidades que la ley exige en la redacción del testamento por acto público, lo vicia de nulidad insanable. Y esas formalidades deben resultar del acto mismo y no pueden ser materia de prueba posterior. Si el escribano omite la indicación de que los testigos vieron al



testador, el testamento es nulo, aunque se pueda probar que efectivamente lo vieron y que se trata de un simple olvido del escribano.

*96.—Firma del testador.—Idioma.—Liberalidades prohibidas.—¿Quiénes son incapaces para otorgar testamento público?*

Una vez que el escribano ha incluido todas esas enunciaciones, que ha leído el testamento, que ha consignado que los testigos vieron al testador, etc., se procede a la firma por todos los que concurran al acto.

En primer lugar firma el testador, luego los testigos y, por último, el escribano que autoriza el acto. Debe ser firmado por el testador, dice el artículo 3.658, los testigos y el escribano. Uno de los testigos a lo menos debe saber firmar por los otros dos; el escribano debe expresar esta circunstancia.

En lo que respecta a la firma del testador, pueden presentarse varias situaciones.

*a)* El testador empieza a firmar; pero no termina de hacerlo porque sufre un síncope y muere: ¿es válido el testamento?

Se trata de una persona llamada Juan González; ha firmado *Juan Gonz* y muere sin terminar el apellido. De haber tenido un segundo más de vida, hubiera completado la palabra, por lo que es evidente que esa disposición testamentaria es la expresión de su última voluntad.

Sin embargo, el Código no admite la validez de este testamento: si el testador muriese antes de firmar el testamento, será éste de ningún valor aunque lo hubiere principiado a firmar (art. 3.659).

*b)* El testador sabiendo firmar, dice que no firma porque no sabe.

En este caso el testador está mintiendo deliberadamente. ¿Es válido el testamento, si firman a su ruego dos testigos?

La disposición testamentaria es nula, y así lo expresa el artículo 3.660 cuando dice que si el testador, sabiendo firmar,





dijere que no firmaba el testamento por no saber firmar, el testamento será de ningún valor, aunque esté firmado a su ruego por alguno de los testigos o por alguna otra persona.

La razón de la prescripción legal es que se presume que el testador ha querido poner un vicio de forma para no validar el acto.

c) El testador no sabe firmar.

Puede hacerlo por él otra persona o alguno de los testigos. En este último caso dos de los testigos por lo menos deben saber firmar (art. 3.661). La razón es que uno de los testigos va a firmar por el testador, y el otro por el testigo que no sabe firmar.

d) El testador sabe firmar y no puede hacerlo.

En este caso puede firmar por él otra persona o uno de los testigos; pero dos de éstos por lo menos deben saber firmar y el escribano debe expresar la causa por que no puede firmar el testador (art. 3.662).

Se han producido divergencias en la interpretación de la última parte del artículo, que dice que el escribano debe expresar *la causa por que no puede firmar* el testador. ¿Qué es lo que debe manifestar el escribano?

Supóngase que se trata de una persona que está paralítica de la mano derecha. En estos casos, en los actos comunes o en las escrituras públicas, se acostumbra poner: no firmó por no poder escribir. ¿Esta expresión es suficiente en el testamento, o hay que decir: no firmó por no poder escribir en virtud de tener paralítica la mano derecha? ¿Es decir, hay que poner explícitamente la causa?

Entre nosotros se ha producido un caso. Se trataba de un testamento en que el escribano atestiguaba: “no firmó por no poder escribir, haciéndolo a su ruego el testigo don Fulano de tal”. Presentado el testamento, se adujo por una de las partes que no era válido, porque la expresión “no poder escribir”, no era suficiente: tenía que expresar la causa, desde que el artículo 3.662 así lo establece. Sin embargo, los tribunales, revocando la sentencia de primera instancia, declararon que el escribano había cumplido la exigencia del artículo.



lo citado, con la indicación general y vaga de que el testador no firmó por no poder escribir.

Esta solución no es satisfactoria, porque no interpreta el precepto legal. La ley ha querido que se aplique la causa, el motivo determinante por el cual el testador no pudo firmar, pero no esa expresión general que es de estilo.

Puede suceder que quien desee hacer testamento público no conozca el idioma nacional. En este caso, si el testador no puede testar sino en un idioma extranjero, se requiere la presencia de dos intérpretes que harán la traducción en castellano, y el testamento debe en tal caso escribirse con los dos idiomas. Los testigos deben entender uno y otro idioma (artículo 3.663).

Los intérpretes deben escribir el testamento en el idioma del testador y luego traducirlo al castellano. El testamento efectuado en el idioma del testador se agrega al protocolo del escribano, y la traducción hecha por los intérpretes se transcribe en el mismo protocolo.

Los testigos que asisten al acto deben conocer uno y otro idioma. De lo contrario no podrían saber cuál es la voluntad del testador, sino a través de la traducción hecha, que puede ser inexacta. De ahí que la ley establece que deben entender ambos idiomas, para controlar si todos los que intervienen en el acto cumplen su misión.

El Código ha querido garantizar que la expresión de la última voluntad efectuada ante escribano público, sea recibida con toda imparcialidad por este funcionario. Ha tendido a evitar que el escribano pueda tener interés, por mínimo que fuere, en el acto testamentario, a fin de que no pueda ser impulsado a proceder irregularmente, en mérito de la obtención de un beneficio directo o indirecto. A esta finalidad tiende la disposición del artículo 3.664: el escribano y testigos en un testamento por acto público, sus esposas, y parientes o afines dentro del cuarto grado, no podrán aprovecharse de lo que en él se disponga a su favor.

Igual objetivo ha tenido en vista la ley respecto de los testigos: éstos no pueden obtener beneficio alguno del testa-



mento por acto público. De lo contrario vendrían a testimoniar a favor de ellos mismos, y siempre lo harían por la validez del acto, desde que de él reciben un beneficio.

La ley ha tratado de rodear al acto testamentario de la mayor imparcialidad, estableciendo la absoluta independencia de los que en él actúan. Inútiles serán las insinuaciones del escribano o de los testigos para obtener un legado no solo a favor de sí mismos, sino de sus esposas, y parientes o afines dentro del cuarto grado. La extensión de la prescripción legal a estos últimos, está basada en que se presume que en esos casos existe un interés indirecto por parte del escribano o de los testigos; más aún, que puede tratarse de un acto simulado, en el sentido de que el beneficio recaiga sobre éstos. Sin embargo, el Código permite posteriormente que el escribano pueda ser nombrado albacea, cargo que es remunerado y por el cual viene a obtener un beneficio. Esta disposición es contraria al principio que aquí se consigna y ha sido tomada del derecho francés, olvidando que allí el albaceazgo es gratuito.

¿Quiénes son incapaces para otorgar testamento público?

Todas las personas, por regla general pueden testar por acto público. Pero la ley establece ciertas incapacidades, que pueden dividirse en generales y especiales.

Las generales son las establecidas para toda clase de testamento: los menores de 18 años, los sordo-mudos que no saben darse a entender por escrito y los dementes.

Están incapacitados en especial para testar por acto público el sordo, el mudo y el sordo-mudo (art. 3.651).

El sordo, porque no puede oír lo que lee el escribano, siendo así que es requisito esencial que éste lea el testamento al otorgante. El mudo, porque no puede expresar de viva voz su voluntad. Y con mayor razón, el sordomudo.

Esta disposición legal ha sido justamente criticada. Si saben leer y escribir, es decir, darse a entender, ¿por qué no permitirles testar por acto público? Pueden mirar en el protocolo del escribano, leer allí y aperebirse si no está fielmente reflejada su voluntad.

El Colegio de Escribanos de la provincia de Buenos Ai-



res en el pedido de reformas al Código Civil presentado últimamente al Congreso Nacional, solicitó la modificación del artículo 3.651, en el sentido de que, si el sordo, el mudo o el sordo-mudo saben leer y escribir, pueden testar por acto público.

¿El ciego puede testar por acto público? El artículo 3.652 establece que sí.

Corresponde observar que la nota al mismo artículo dice: “Troplong juzga que ningún inconveniente hay para que el ciego, si sabe escribir, pueda testar en la forma ológrafa. Nosotros creemos que sería fácil cambiarle su testamento o alterárselo para que no sirviera”.

De ella parece desprenderse que el ciego no puede testar en forma ológrafa. Sin embargo, no hay ninguna disposición en la ley que establezca tal prohibición. De ahí que a pesar del texto de la nota, hay que atenerse al principio general, en virtud del cual el ciego puede hacer testamento ológrafo, lo mismo que público.



97. — Testamento cerrado. Requisitos. Apertura del testamento. Obligación del escribano que posee un testamento.

*97.—Testamento cerrado. — Requisitos. — Apertura del testamento. — Obligación del escribano que posee un testamento.*

El testamento cerrado — que los franceses denominan testamento místico — tiene por objeto permitir que una persona pueda hacer la disposición de última voluntad, sin que sea conocida por el escribano y los testigos.

Es un testamento reservado. No tiene la publicidad del testamento público, que, si bien es limitada a varias personas — el escribano y los testigos — siempre puede por indiscreciones de éstos, trascender, con las consiguientes molestias para el testador por parte de los no favorecidos en el testamento.

El testamento cerrado tiene, sobre el testamento ológrafo, la ventaja de la mayor seguridad en cuanto a su conservación y presentación después de producido el fallecimiento.

El testamento cerrado exige dos requisitos:

1º Capacidad del testador.

No debe estar afectado de ninguna de las incapacidades generales, es decir, debe tratarse de persona mayor de 18 años y no demente ni sordo-mudo que no sepa darse a entender por escrito.

Con relación al testamento cerrado en sí, la ley no fija las



mismas prohibiciones que para el testamento celebrado por acto público. Los únicos requisitos esenciales que fija en cuanto a la capacidad, son: saber leer — el que no sabe leer no puede otorgar testamento cerrado (art. 3.665) — y saber firmar — el testamento cerrado debe ser firmado por el testador (art. 3.666).

El sordo puede otorgar testamento cerrado (art. 3.669). El mudo también puede hacerlo, siempre que llene ciertos requisitos; y así establece la ley que el que sepa escribir aunque no pueda hablar, puede otorgar testamento cerrado. El testamento ha de estar escrito y firmado de su mano y la presentación al escribano y testigos, la hará escribiendo sobre la cubierta que aquel pliego contiene su testamento, observándose en lo demás, lo que queda prescripto para esta clase de testamentos (art. 3.668).

La ley exige que el testador sepa firmar; no ya que sepa escribir, ni que el testamento sea escrito de su puño y letra. Sólo en el caso del mudo debe llenarse este último requisito: el testamento ha de estar escrito y firmado de su mano (art. 3.668).

Esta disposición de la ley persigue un fin práctico. Muchas personas saben firmar, si bien no pueden escribir correctamente. Han aprendido a una edad avanzada, por lo que escriben con dificultad y con errores. Pero saben firmar. En estas condiciones, si desean hacer testamento reservado ¿cómo han de proceder? No pueden hacer testamento ológrafo, porque es requisito esencial que sea de puño y letra del testador. La ley les da entonces el recurso del testamento cerrado: el testador llama a su amanuense, le dicta su disposición testamentaria, la firma, la cierra y la entrega con las formalidades legales al escribano.

## 2º Formalidades.

La ley exige ciertas formalidades especiales en el testamento cerrado a objeto de garantizar la verdad, conservación y seguridad de la disposición testamentaria.

Están enumeradas en el artículo 3.666:

a) Presencia de cinco testigos residentes en el lugar.



Es de notar que ya no son tres, como en el testamento por acto público. La ley ha tenido en cuenta la modalidad del testamento cerrado y ha querido establecer la mayor seguridad para el testador de que el pliego cerrado que entrega no pueda ser substraído. La presencia de cinco testigos, que vigilan el acto, hace muy difícil que el pliego pueda ser cambiado por otro. Porque podría suceder que la persona que ha escrito el pliego al testador, que conoce sus disposiciones y que actúa como testigo, pudiera tener interés en substraerlo. Al efecto, tal vez en connivencia con algún otro de los testigos, entretiene al testador con una hábil conversación, en tanto su cómplice disimuladamente cambia el pliego. Pero si los testigos son cinco, la operación es muy difícil que pueda ejecutarse sin ser notada por los demás.

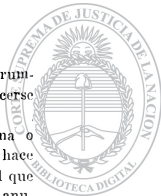
b) El testador debe entregar el pliego cerrado al escribano expresando que contiene su testamento.

El escribano dará fe de su presentación y entrega. Se cerciorará de si el sobre está cerrado; de lo contrario lo devolverá al testador para que lo cierre.

c) Extiende el acta en la cubierta del testamento, expresando el nombre, apellido y residencia del testador, de los testigos y del que hubiera firmado por el testador, como también el lugar, día y año en que el acto pasa. Esta acta debe ser extendida por el escribano de su puño y letra. Esta interpretación fluye del texto del art. 3.666 cuando dice: “el escribano dará fe de la presentación y entrega, *extendiendo* el acta en la cubierta del testamento”.

El acta deberá ser firmada por el testador y todos los testigos que puedan hacerlo, y por los que no puedan, los otros a su ruego; pero nunca serán menos de tres los testigos que firmen por sí. Si el testador no pudiese hacerlo por alguna causa que le haya sobrevenido, firmará por él otra persona o alguno de los testigos.

La entrega y subscripción del testamento cerrado, debe ser un acto sin interrupción por otro acto extraño; a no ser por breves intervalos, cuando algún accidente le exigiere (art. 3.667); es decir, debe haber unidad de tiempo en toda



la serie de formalidades que exige la ley. No debe ser interrumpido el acto; la ley no lo permite, porque podría favorecerse las substitutiones.

El testamento cerrado puede ser escrito a máquina o por otra persona distinta del testador. Pero si éste lo hace de su puño y letra, viene a ser un testamento ológrafo, al que se le ha dado la solemnidad del testamento cerrado. Si se anula por vicio de forma ¿vale como testamento ológrafo?

La cuestión ha sido debatida entre los autores. Algunos dicen que lo que se ha querido efectuar es un testamento cerrado, y que, si no vale como tal, tampoco debe admitírsele en otra calidad. El Código no ha admitido esta solución, y establece que el testamento cerrado que no pudiese valer como tal por falta de algunas de las solemnidades que debe tener, valdrá como testamento ológrafo si estuviere todo él escrito y firmado por el testador (art. 3.670).

*Apertura del testamento. — Obligación del escribano que posee un testamento.*

Cuando se trata de un testamento por acto público, basta su presentación ante el juez de lo civil, una vez ocurrido el fallecimiento del testador, para que se proceda a la apertura de la sucesión y al cumplimiento de las disposiciones.

Como los testamentos generalmente permanecen reservados, la ley impone al escribano que tenga en su poder o en su registro un testamento, la obligación, una vez que muera el testador, de ponerlo en noticia de las personas interesadas, siendo responsable de los daños y perjuicios que su omisión les ocasione (art. 3.671).

Como los escribanos no conservan en su poder los protocolos sino por cinco años en la Capital, su obligación de dar cuenta subsistirá mientras estén en posesión de ellos, pero no cuando aquéllos pasen al archivo.

En cuanto al testamento ológrafo y al testamento cerrado, antes de que se pongan en ejecución, es menester llenar ciertas formalidades.





El testamento ológrafo debe presentarse ante el juez del último domicilio del causante, quien señala una audiencia para que comparezcan cuando menos dos testigos que declaren sobre la autenticidad de la letra y firma del testador.

Resultando la identidad el juez aprueba la información, rubrica el principio y fin de cada una de las páginas y designa un escribano para la protocolización de las actuaciones (art. 3.692).

El escribano expide un testimonio a los interesados y con éste se procede a la apertura de la sucesión.

El testamento cerrado también debe presentarse ante el juez del último domicilio del causante, y no puede ser abierto sino después que el escribano y los testigos reconozcan ante el juez, sus firmas y la del testador, declarando al mismo tiempo si el testamento está cerrado como lo estaba cuando el testador lo entregó.

Si no pueden comparecer todos los testigos por muerte o ausencia fuera de la provincia, bastará el reconocimiento de la mayor parte de ellos y del escribano (art. 3.694).

Si por iguales causas no pudiesen comparecer el escribano, el mayor número de los testigos o todos ellos, el juez lo hará constar así y admitirá la prueba por cotejo de letra. Cumplido esto, el juez rubricará el principio y fin de cada página y mandará protocolizar el testamento y dar a los interesados las copias que pidiesen (art. 3.695).

---



98. — Testamentos especiales: en tiempo de guerra, marítimo, en tiempo de peste. Término de validez de estos testamentos.

*98.—Testamentos especiales: en tiempo de guerra, marítimo, en tiempo de peste.—Término de validez de estos testamentos.*

Los testamentos especiales son aquellos que la ley autoriza en determinadas circunstancias que se apartan de las situaciones de la vida normal.

Son: el de los militares en tiempo de guerra, el marítimo y el efectuado en tiempo de peste.

En estas situaciones anormales, la ley, en mérito de ellas, restringe las formalidades exigidas para hacer testamento.

*Testamento de los militares en tiempo de guerra.*

Los militares, por razón de su profesión, están obligados a desenvolverse en circunstancias extraordinarias que la ley ha debido contemplar.

En tiempo de paz el militar debe llenar las formalidades comunes a todo aquel que quiere testar. Pero en las épocas de guerra el Código da facilidades especiales a aquellos que cumplen sus deberes militares para que puedan realizar un acto de la vida civil, como es la expresión de la última voluntad. La razón es que se ha producido una perturbación en la vida nor-



mal, que dificulta el cumplimiento de muchas formalidades legales. De ahí la especie de privilegio que la ley concede al reducir o simplificar las solemnidades exigidas.

Dentro de los mismos testamentos militares debe hacerse una distinción en ordinarios y extraordinarios. Ambos requieren que haya sido declarada la guerra, pero difieren en cuanto a la mayor o menor facilidad en la forma.

Una vez declarada la guerra, suelen hacerse expediciones, o formarse cuerpos de ejército, o puede tratarse de plazas sitiadas o de cuartel o de guarnición fuera del territorio de la República. En estos casos, los militares, como asimismo los voluntarios, rehenes o prisioneros, los cirujanos militares, el cuerpo de intendencia, los capellanes, los vivanderos, los hombres de ciencia agregados a la expedición, y los demás individuos que van acompañando o sirviendo a dichas personas, podrán testar ante un oficial que tenga a lo menos el grado de capitán, o ante un intendente del ejército, o ante el auditor general y dos testigos. El testamento debe designar el lugar y la fecha en que se hace (art. 3.672).

En las épocas normales, como es sabido, se testa ante un funcionario especial denominado escribano. En tiempo de guerra, sobre todo en las expediciones militares, es imposible hallar un escribano. Entonces, la ley ha suplido la intervención de este funcionario por otros que figuran en el ejército: el oficial, el intendente del ejército, el auditor general. Exige un oficial de grado superior a capitán, a los efectos de que tenga la suficiente competencia y estudio para conocer las disposiciones legales. En cuanto al intendente, porque es el funcionario que corre con la administración de la expedición, y por último respecto del auditor general, con mayor razón, porque es el asesor letrado.

La ley exige la presencia de dos testigos, contrariamente a lo requerido para los testamentos ordinarios por acto público, en que se requieren tres. Deben ser varones, mayores de edad, si fuesen sólo soldados. Pero basta que tengan 18 años cumplidos, de la clase de sargento inclusive en adelante (artículo 3.675).



¿Cómo se efectúa el testamento en estos casos? No pueden ser hechos en el protocolo y con todas las formalidades requeridas en las épocas normales. Se extiende simplemente en una hoja volante, del papel que se pueda conseguir. Una vez transcritas todas las constancias del caso, el testamento será firmado por el testador, si sabe y puede firmar, por el funcionario ante quién sea hecho, y por los testigos. Si el testador no sabe o no puede firmar, se expresará así y firmará por él uno de los testigos. De los testigos, uno a lo menos debe saber firmar (art. 3.674).

Dentro de las circunstancias especiales que presenta el tiempo de guerra, pueden ocurrir situaciones más acentuadas de anormalidad, como ser el encontrarse el destacamento frente al enemigo, o el militar herido o enfermo en los hospitales de sangre. En estos casos, la ley dispensa aún más de las formalidades necesarias para hacer testamento.

Supóngase que se envía un destacamento al frente para defender a toda costa una trinchera. Uno de los soldados, que presume han de ser atacados, quiere hacer testamento. Pero no es posible requerir la presencia del capitán, que está muy lejos. ¿Ante quién debe ser otorgado, entonces? La ley en este caso admite que lo haga ante el oficial que manda el destacamento, aunque sea de grado inferior al de capitán (art. 3.673).

Otro caso podría presentarse si la persona es herida y llevada a un hospital de sangre. Estando próxima a morir, si desea testar, puede hacerlo ante el capellán o médico cirujano que lo asista (art. 3.673).

¿Cuál es la validez del testamento militar?

No tiene la misma validez que los testamentos ordinarios, que valen en tanto no sean revocados.

Si el testador falleciere antes de los noventa días subsiguientes a aquel en que hubiesen cesado con respecto a él las circunstancias que lo habilitan para testar militarmente, valdrá su testamento como si hubiese sido otorgado en la forma ordinaria. Si el testador sobreviviere a este plazo, su testamento caducará (art. 3.676).



¿Cuál es el procedimiento a seguir si el testador fallece antes de ese término?

El testamento otorgado en la forma prescripta, si el testador falleciere, deberá ser remitido al cuartel general y con el visto bueno del jefe de estado mayor, que acredite el grado o calidad de la persona ante quien sea hecho, y se mandará al ministerio de la guerra, y el ministro de este departamento lo remitirá al juez del último domicilio del testador para que lo haga protocolizar. Si no se conociere domicilio del testador, lo remitirá a uno de los jueces de la Capital, para que lo haga protocolizar en la oficina que el juez disponga (art. 3.677).

Si el que puede testar militarmente prefiere hacer testamento cerrado, actuará como ministro de fe cualquiera de las personas ante quien ha podido otorgar testamento abierto (art. 3.678).

#### *Testamento marítimo.*

El testamento marítimo es el que pueden otorgar las personas que se encuentren navegando. Aunque el Código usa la expresión *marítimo*, ello no implica que necesariamente deba navegar en el mar. Los navegadores de nuestros ríos también pueden otorgar ese testamento.

Debe distinguirse según se trate de un buque de guerra o mercante.

Los que naveguen en un buque de guerra de la República, sean o no individuos de la oficialidad o tripulación, podrán testar ante el *comandante* del buque y tres testigos, de los cuales dos a lo menos sepan firmar. El testamento debe ser fechado. Se extenderá un duplicado con las mismas firmas que el original (art. 3.679).

Aunque el Código no dice de quiénes deben ser las firmas, se entiende que éstas son las del comandante, testador y testigos.

El comandante no puede delegar esas funciones en su segundo, ni en otros oficiales. Pero, en el caso de que aquél faltare, como el comando debe pasar a uno de éstos, podrá entonces desempeñar la función de oficial público.



El testamento se custodia junto con los papeles más importantes del buque y se hace mención de su otorgamiento en el diario de la navegación (art. 3.680).

¿Sería nulo si se omitiese esta formalidad?

No; porque el Código no la exige bajo pena de nulidad.

¿Qué se hace con el testamento marítimo?

Si el buque vuelve a la República, el comandante debe entregarlo al capitán del puerto, para que lo remita al ministerio de marina, a efecto de que se haga protocolizar.

Si el buque, antes de volver a la República, arribare a un puerto extranjero en que haya un agente diplomático o un cónsul argentino, el comandante entregará a este agente un ejemplar del testamento y el agente lo remitirá al ministerio de marina, a los mismos efectos anteriores (art. 3.681).

Si el que puede otorgar testamento marítimo prefiere hacerlo cerrado, se observarán las solemnidades prescriptas para esta clase de testamentos, actuando como ministro de fe el comandante del buque o su segundo, ante tres testigos, de los cuales a lo menos dos sepan firmar (art. 3.682).

En cuanto a los buques mercantes de bandera argentina, se podrá testar en la misma forma que en los buques de guerra, haciendo el testamento ante el capitán, su segundo o el piloto, observándose en lo demás lo dispuesto para los testamentos hechos en un buque de guerra (art. 3.683).

¿Qué validez tiene el testamento marítimo?

Según el artículo 3.684 no valdrá sino cuando el testador hubiere fallecido antes de desembarcar, o antes de los noventa días subsiguientes al desembarco. No se tendrá por desembarco el bajar a tierra por corto tiempo para reembarcarse en el mismo buque.

La razón de esta disposición, es que el testador vuelve a encontrarse en la situación normal de toda persona que quiere testar, pero el Código debía ser más explícito, expresando que el desembarco debe efectuarse en un lugar donde pueda hacer su testamento en forma ordinaria, dado que si desembar-



cara en una isla desierta, o en lugar donde no existiera escribano, no tendría razón de ser la caducidad del testamento.

En los testamentos marítimos se prohíbe todo beneficio a favor de los oficiales del buque, disponiendo el Código, que son nulos los legados que se les hiciere a menos que se tratase de parientes del testador (art. 3.686).

Las personas que se encuentren navegando, pueden en vez de otorgar un testamento marítimo, testar en forma ológrafa (art. 3.687). En este caso, este testamento no se considerará como extraordinario, sino que tendrá el valor que la ley asigna a esta forma testamentaria.

Los militares embarcados en buques del Estado para una expedición militar, pueden testar militarmente o bajo la forma del testamento marítimo (art. 3.688).

#### *Testamento en tiempo de peste.*

Cuando una peste o epidemia invade un pueblo, con más frecuencia se presenta la necesidad de otorgar testamento.

El Código en estos casos establece que si por causa de peste o epidemia no se hallare en pueblo o lazareto, escribano ante el cual pueda hacerse testamento por acto público, podrá hacerse ante un municipal, o ante el jefe del lazareto, con las demás solemnidades prescriptas para los testamentos por acto público (art. 3.689).

Es condición indispensable que no se encuentre escribano, pero bastará que se haga constar en el cuerpo del instrumento que trató de buscarse al escribano y no fué hallado, por lo cual se requirió al jefe del lazareto o a un municipal.

Este testamento no tiene de privilegiado sino la circunstancia de poder ser otorgado por un funcionario especial, pues en cuanto a sus formas y solemnidades deben cumplirse las ordinarias que tiene que observar un escribano, y no caduca pasados noventa días o cuando desaparece la causa que los motiva, como ocurre con el testamento militar o marítimo.



59. — Testigos en los testamentos. Capacidad e incapacidades. Conocimiento por el escribano. Idioma. Residencia.

*99.—Testigos en los testamentos.—Capacidad e incapacidades.—Conocimientos por el escribano.—Idioma.—Residencia.*

El Código dedica un capítulo especial a esta materia. La razón es que los testigos en los testamentos son requeridos *ad solemnitatem*: la presencia de ellos es tan necesaria como la del escribano, porque ambos son los que, en realidad, otorgan el testamento.

La ley exige cierto número de testigos, que varía según se trate del testamento público, del testamento cerrado o de los testamentos especiales, a objeto de que la expresión de voluntad del causante sea rodeada de las mayores garantías para impedir fraudes o falsificaciones.

Dada la importancia que tiene la presencia de los testigos en el testamento, conviene detenerse en el estudio de las varias cuestiones que al respecto se suscitan.

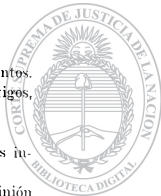
¿Quiénes pueden ser testigos en el testamento?

Como regla general puede decirse que están habilitados para ser testigos en los testamentos todas las personas a quienes la ley no les prohíbe serlo (art. 3.696).

Las incapacidades para ser testigos en el testamento pueden dividirse en dos grupos: generales y especiales.

1º Las incapacidades generales están fundadas en ra-





zones que se aplican indistintamente a todos los testamentos.

Así, están incapacitados, en general, para ser testigos, los siguientes:

a) Las mujeres.

Desde los tiempos antiguos se prohibía a las mujeres intervenir en estos actos públicos.

Respecto del fundamento de esta prohibición, la opinión de los autores está dividida. Doneau dice que es debida a la inexperiencia del sexo. Las mujeres, agrega, no tienen aptitud para estos actos solemnes. Es una razón que no tiene verdadera importancia, desde que en la vida ordinaria el testimonio de la mujer es considerado tan eficaz como el del hombre. Para condenar a presidio a una persona es tan suficiente el testimonio de dos mujeres como el de dos hombres.

Otros autores arguyen que el motivo de la prohibición consiste en que el testamento tiene que ser necesariamente un acto escrito, cuyas disposiciones deben mantenerse reservadas, y las mujeres son incapaces de mantener un secreto. De tal manera que para asegurar las reservas de las disposiciones del testador, para evitar que trasciendan, se elimina a la mujer del testimonio en los testamentos.

Troplong dice que todas estas razones son poco dignas y poco atendibles. Si en el derecho antiguo no se permitía a las mujeres ser testigos en los testamentos, era porque éste se consideraba, sobre todo en Roma, un acto público que correspondía a la capacidad política de las personas. Y como a la mujer no se le reconocía ningún derecho político, se la excluía también de poder ser testigo en las disposiciones testamentarias.

Pero en los tiempos modernos ¿qué razón fundamental existe para que la mujer no pueda serlo, desde que no se encuentra en situación inferior a la del hombre en cuanto a sus derechos civiles?

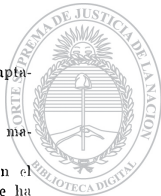
Las legislaciones modernas han reaccionado. El Código de Napoleón ha sido modificado por una ley de 7 de diciembre de 1897, que permite que la mujer pueda ser testigo en los testamentos.

Sin embargo, nuestro Código ha optado por seguir el



arcaico precepto romano, establecido también en las leyes españolas, que prohíbe a la mujer intervenir en los actos públicos, basado en el deseo de impedir la actuación de la mujer fuera del hogar. Nuestras leyes han negado siempre a la mujer la libertad de actuar en ciertos actos. El antiguo precepto español preconizaba que la mujer debía quedar dentro de la casa, y nada más. No le era permitido acudir a las escribanías para servir de testigo, porque ello podía dar motivo a que, si se suscitaban cuestiones en la apreciación del testamento, tuviera que comparecer posteriormente ante el tribunal a declarar lo que vio o presencié. Y las mismas autoridades judiciales observan cierta deferencia para las señoras. El hombre tiene que comparecer ante el tribunal, cualquiera sea su título o importancia, salvo algunos casos expresamente determinados. Igual cosa ocurre respecto de las mujeres. Pero en la práctica se tiene cierta consideración hacia las señoras de familia acomodada, en el sentido de que, cuando deban comparecer ante el tribunal a declarar, es el mismo juez quien se traslada a su casa a tomarles la declaración, para evitarles las molestias consiguientes.

Apartándonos de estas razones tradicionales de nuestro derecho, conviene hacer notar que no hay ninguna razón filosófica ni jurídica que fundamente la prohibición a la mujer para ser testigo en los testamentos. En nuestro país tal prohibición se basa únicamente en el concepto tradicional de que la mujer debe llevar una vida interna, limitada al hogar, pareciendo impropio que intervenga en los actos de la vida jurídica. A pesar de la opinión de algunos autores que critican esa disposición legal, creemos que el codificador ha legislado bien este punto, teniendo en cuenta la organización del hogar argentino, tan unido y armónico en la época en que se sancionó el Código. La tendencia aportada por la corriente inmigratoria clama por que se amplíen los derechos de la mujer. Las ideas modernas bregan por igualar sus derechos a los de los hombres. El tiempo dirá si estas aspiraciones son accesibles al ambiente de nuestro pueblo. Por el momento parece que no. Concorde con nuestro espíritu y con nuestra tradición, impregnados de respeto y unción hacia la



mujer, parécenos que la solución de la ley es la más adaptable a nuestro ambiente social y político.

b) Los menores de edad.

Los testigos de un testamento deben ser varones mayores de edad (art. 3.705).

Se ha objetado esta disposición legal, basándose en el hecho de que a los 18 años la ley permite testar; y se ha dicho que, si se reconoce capacidad para lo principal, debe también admitírsele para lo accesorio.

Sin embargo, la ley no lo admite, porque son distintos los motivos que la han determinado para acordar la capacidad de testar a los 18 años y para exigir la mayor edad para poder ser testigo en el testamento. Es que el testigo viene a llenar funciones complementarias a la actuación del escribano y el Código deposita en ambos la confianza sobre la veracidad del testamento. La ley ha considerado necesario, por lo tanto, que tengan la plena capacidad jurídica, es decir, los veinte y dos años.

c) Los dementes.

No pueden ser testigos los que estén privados de su razón por cualquier causa que sea. Los dementes no pueden serlo ni aún en los intervalos lúcidos (artículo 3.709).

La razón es que no puede haber necesidad de citar al testigo para que manifieste lo que ha visto y presenciado. Si ha actuado en un intervalo lúcido, habrá que esperar a que se produzca otro para poder llamarlo a atestiguar ante los tribunales. Además, el demente no puede darse cuenta, en el acto del otorgamiento del testamento, si lo que se está haciendo en realidad es la expresión directa de la voluntad del testador, o si están fraguando la disposición testamentaria.

Ni aún en intervalo lúcido la ley admite que el demente pueda ser testigo en el testamento. Es difícil determinar los intervalos lúcidos, y ello podría prestarse a fraudes. Por excepción la ley admite que el demente teste cuando se encuentra en intervalo lúcido; pero no permite que actúe como testigo, para el cual exige la plena capacidad, por las cuestiones que pueden promoverse después de efectuado el testamento. Por último, es sospechoso se elija para testigo de un



testamento a un demente o a persona que lo haya sido, respecto de la cual no se sabe si aún está bajo la influencia de la perturbación de que padecía.

d) Los ciegos, los sordos y los mudos (art. 3.708).

Las razones de la ley para negar al ciego, al sordo y al mudo la facultad para ser testigos en los testamentos, se basa en que en tales casos es imprescindible que el testigo vea y oiga y pueda hablar para manifestar su protesta en caso de que se viole alguna disposición legal.

2º Las incapacidades especiales para ser testigos en los testamentos, se fundan ya en razones de vinculación directa con la persona que va a otorgar el testamento, o con el escribano,—ascendientes y descendientes del causante o parientes del escribano—o en razones de interés que la misma persona pueda tener en el testamento.

Son:

a) Por razones de vinculación con el testador: sus ascendientes y descendientes; pero no pueden serlo sus parientes colaterales o afines, siempre que el testamento no contenga alguna disposición a su favor (art. 3.702).

La prohibición legal se refiere solamente a los ascendientes o descendientes; no habla de colaterales. Pero existe otra persona que también está íntimamente vinculada al causante y que puede ejercer sobre él una influencia por lo menos tan preponderante como la de aquéllos: el cónyuge.

¿El marido puede ser testigo en el testamento de la propia mujer?

La ley habla solamente de ascendientes y descendientes; y las incapacidades que ella establece son de estricta interpretación. De tal manera que, si en un caso urgente el testamento se hace figurando como testigo el marido ¿es o no válido? La cuestión es difícil y tiene importancia por las consecuencias que produce, desde que la incapacidad de uno de los testigos vicia la disposición testamentaria. Ateniéndonos exclusivamente al texto expreso de la ley, el marido puede ser testigo desde que aquella no expresa prohibición en contrario. Pero si se va al fondo mismo de la prescripción legal y se confrontan las razones por las cuales la ley pro-



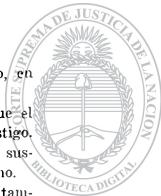
híbe intervenir en calidad de testigos a los descendientes y ascendientes—que no son sino las emergentes de la vinculación con el causante—se deducirá que con mayor razón la incapacidad debe regir respecto del cónyuge.

Algunos autores han explicado estas y otras omisiones que se notan en la ley respecto del cónyuge, por la circunstancia de haber sido tomados los artículos pertinentes de fuentes que no reconocen al cónyuge como heredero forzoso. Pero dentro de nuestro derecho, el Código concede al cónyuge la preponderancia que debe tener. Lo reconoce como heredero forzoso, y como tal le dá todas las obligaciones y derechos enunciados en el título de la sociedad conyugal. Desde este punto de vista la influencia del marido sobre la mujer es enorme y puede ser mayor aún que la que sobre ella puedan tener el padre o el hijo. Esto nos induce a creer que en el espíritu de la ley existe la prohibición al marido para ser testigo en el testamento de la mujer, si bien no se encuentra en sus términos expresos.

b) Por razones de interés, no pueden ser testigos los herederos instituidos en el testamento, ni los legatarios, ni los que reciben algún favor por las disposiciones del testador (art. 8706).

De lo contrario, se prestarían a un acto beneficioso a sí mismos. La ley desconfía de la manifestación de aquellos que son beneficiados por la misma disposición testamentaria. Presume que siempre han de estar a favor del testamento, porque sería un caso de extrema moralidad, sobre todo en nuestros tiempos, la impugnación de un testamento en esas condiciones. Y como la ley se inspira en la moralidad común, adoptando el criterio general, ha establecido la prohibición a los herederos instituidos y a los legatarios para ser testigos en el testamento.

Si se trata de un beneficio mínimo, en que a primera vista se observa que no existe un interés directo, sino que el causante ha querido exteriorizar una atención emergente del efecto o de la amistad cultivada en vida, si se trata, por ejemplo, del legado a un antiguo compañero de aulas, del código del causante, con notas marginales, legado que eco-



nómicamente es de un valor ínfimo ¿puede el legatario, en este caso, actuar como testigo en el testamento?

No puede: la ley es estricta en este sentido: aunque el beneficio sea mínimo, inhabilita para actuar como testigo. Con esto se persigue evitar las discusiones que pudieran suscitarse respecto al mayor o menor valor del legado hecho.

c) Por razones de vinculación con el escribano: tampoco pueden ser testigos en los testamentos, los parientes del escribano dentro de un cuarto grado, los dependientes de la oficina ni sus domésticos (art. 3.707).

La ley quiere que el escribano esté en completa independencia. No sólo debe ser una persona honorable, sino que debe estar completamente desvinculado de los testigos. Esta prohibición es justa, porque de lo contrario podría con relativa facilidad, fraguar el testamento con la complicidad de los testigos, complicidad que le sería fácil obtener de ser éstos sus parientes, sus dependientes o sus domésticos.

¿Cuál es la presunción de la ley respecto de la capacidad de los testigos?

La incapacidad no se presume—dice el art. 3.696, — y debe probarla el que funde su acción en ella. La ley presume que todo testigo es capaz, mientras no se pruebe lo contrario.

Pero un testigo incapaz de ser considerado como capaz, si según la opinión común fuere tenido como tal (art. 3.697).

En realidad, la ley no exige la plena capacidad que ella determina: requiere lo que en derecho se conoce con el nombre de capacidad putativa: es decir, la simple creencia, pero eficaz, de que sea hábil para ser tenido como testigo.

Por ejemplo: Una persona bien desarrollada físicamente se presenta ante un escribano para servir de testigo. El escribano le pregunta su edad, a lo que manifiesta tener 23 años, si bien en realidad cuenta tan sólo 21. Comprobado después que era menor, ¿se anula el testamento? No, dice la ley, siempre que según la opinión común fuere tenido como tal. Es que si el testigo incapaz tiene pública notoriedad de capacidad por un conjunto de circunstancias que así lo demuestran—lo que vendría a ser una especie de posesión de estado de la capacidad,—el escribano no tiene por qué sos-



pechar. Si el presunto testigo físicamente aparenta ser mayor de edad y además ha actuado ya como testigo en otras escribanías, todas estas circunstancias inducen a creer que es mayor de edad, siendo así que en realidad no lo es. De ahí la prescripción legal enunciada.

En Francia se produjo un caso, resuelto en ese sentido por los tribunales, contrariamente a la opinión de los autores.

Se trataba de un testamento hecho en Tolón, al cual asistió como testigo un tal Recoux, quien manifestó ser mayor de edad, a pesar de faltarle aún 33 días para ello. El escribano admitió su testimonio y la disposición testamentaria fué otorgada. Pero a la muerte del testador, los herederos *ab-intestato* impugnaron el testamento, arguyendo que el testigo no era mayor de edad cuando se efectuó. Pero se comprobó que el testigo había suscripto ya escrituras públicas en iguales circunstancias y que su apariencia física concurría a darle mayor edad aún, por lo cual la Corte de Aix resolvió por la validez, en razón de que esas circunstancias constituían una notoriedad pública y no era posible rechazar el beneficio del error común.

El parentesco existente entre varias personas no es obstáculo para que sean simultáneamente testigos de un testamento (art. 3.703).

Los albaceas, tutores y curadores pueden ser testigos en el testamento en que fueren nombrados (art. 3.704).

Además de las prescripciones legales referentes a la capacidad, los testigos deben llenar otras condiciones.

1º Deben ser conocidos del escribano. Si éste no los conociese, puede exigir antes de otorgar el testamento, que dos individuos aseguren la identidad de sus personas y la residencia de ellos (art. 3.699).

No es necesario que el escribano conozca al testador. Si una persona quiere testar, se presenta ante el escribano manifestando tal deseo. Este se halla obligado a atenderlo y la ley ordena que extienda todos los actos que son de su ministerio. Pero en cuanto a los testigos, el testador debe traer los que determina la ley, y no solamente de su conocimiento,



sino del conocimiento del escribano, a quien deben certificar que el causante es efectivamente don Fulano de Tal.

La disposición tiene importancia, porque si el escribano no conociere personalmente a los testigos, no podría saber si están o no inhabilitados para testificar, es decir, comprometiéndolo la validez del acto.

2º Deben entender el idioma del testador y el idioma en que se extiende el testamento (art. 3.700).

Si se trata de un extranjero que va a testar, puede hacerlo en su idioma patrio. No está obligado a conocer el idioma nacional. Pero el testigo sí: debe conocer ambos idiomas. De lo contrario, vendría a representar el papel del sordo.

¿Es admisible que el testigo lleve un intérprete para entender el idioma del testador? La ley no lo admite; establece taxativamente que el testigo por sí mismo, directamente, debe conocer los dos idiomas.

3º Los testigos deben tener residencia en el distrito en que se otorga el testamento.

No se exige la antigua formalidad del domicilio, porque se prestaría en la práctica a muchas discusiones. La simple residencia en el lugar es suficiente.

---





- 100. — Institución de heredero: ¿en qué consiste? ¿cómo debe hacerse? Condiciones requeridas para que tenga efecto la institución. Institución universal, singular. Se requieren términos sacramentales? — 101. — Institución a los pobres, el alma del testador. — 102. — Derechos del heredero instituido. Presunción de la herencia. — 103. — Preterición de herederos forzosos.

—100.—*Institución de heredero: ¿en qué consiste? ¿cómo debe hacerse?—Condiciones requeridas para que tenga efecto la institución.—Institución universal, singular.—¿Se requieren términos sacramentales?*

La institución de heredero es la designación que se hace por el testador de las personas que deben sucederle.

Nuestro Código organiza el derecho hereditario estableciendo una categoría especial de herederos denominados forzosos, que toman la herencia por ministerio de la ley, aun contra la voluntad del causante. De manera que la facultad de designar herederos, de instituirlos, está limitada por el principio de que cuando existen herederos forzosos el testador no puede dejar de instituirlos. La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en la línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento, o que nazcan muerto el testador, anula la institución del heredero (art. 3.715).

Prescindiendo de los herederos forzosos, que por ministerio de la ley reciben una parte de los bienes, examinemos el caso de que aquéllos no existan, para determinar la forma



en que el testador puede hacer la distribución de sus bienes.

La institución de heredero puede ser hecha sólo por testamento. El testador puede instituir o dejar de instituir heredero en su testamento. Si no instituye heredero, sus disposiciones deben cumplirse; y en el remanente de sus bienes se sucederá como se ordena en las sucesiones intestadas (art. 3.710).

No pasaba esto en el derecho antiguo: la sucesión era testamentaria o ab-intestato, pero no parte testamentaria y parte ab-intestato.

La institución de heredero era un solemnidad esencial. Se la consideraba *caput atque fundamentum totius testamenti*.

De tal manera que según la ley de Partida, aunque el instituido lo fuera en cosa cierta y determinada, recogía todos sus bienes.

Recién en el siglo XIV, con la publicación del Ordenamiento de Alcalá (Ley 1ª, Título 19), se introduce la reforma trascendental de que el causante de una sucesión pudiese morir parte testado y parte intestado, derogándose la antigua regla *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*.

El testador puede distribuir sus bienes de dos maneras::

a) Deja a determinada persona la universalidad de todos sus bienes: es lo que se denomina instituir heredero.

b) Llama exclusivamente a una parte alícuota de los bienes: a un tercio, a un cuarto: es lo que se llama legatario de cuota determinada o de parte alícuota.

c) Deja cosas determinadas, una casa, por ejemplo: el beneficiado recibe el nombre de legatario de cosa cierta.

d) Ordena entregar una suma, 10.000 pesos, por ejemplo: el legatario es de cantidad.

De manera que en nuestro derecho tenemos: heredero instituido, legatario de cuota determinada o de parte alícuota y legatario de cosas particulares, que pueden ser de cosa cierta y determinada o de cantidad.

Esta terminología de nuestra ley no está de acuerdo con la del derecho francés. Conviene precisar la distinción para evitar confusiones, porque algunos de nuestros artículos tie-



nen por fuente el Código francés. Veamos las designaciones de ambos códigos, a objeto de establecer las diferencias.

Código argentino

Heredero propiamente dicho  
 Legatario de cuota determinada  
 o de parte alicuota  
 Legatario de cosa cierta

Código francés

Legatario universal  
 Legatario a título universal  
 Legatario a título particular

En el derecho francés el legatario universal responde por el cumplimiento de las obligaciones del causante; es como el heredero nuestro.

En cuanto al legatario de parte alicuota, por nuestro Código responde sólo con los bienes transmitidos.

No debe, pues, confundirse al legatario del derecho francés que es el heredero, con nuestro legatario.

La terminología del derecho francés se explica por los antecedentes históricos. En los países de *coutume* no se admitía la institución de heredero y en algunas partes esa institución anulaba el testamento. Cuando no tenía este efecto, valía sólo como legado. No había otros herederos que los ab-intestato, por el vínculo de la sangre. Se había hecho un adagio la frase de Glanville: *solus Deus heredem facere potest, non homo*.

¿Cómo debe hacerse la institución de heredero?

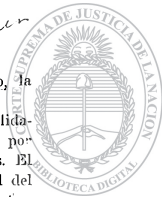
Debe ser hecha solamente por testamento (art. 3.710); en cualquiera de las formas conocidas: ológrafo, público, cerrado o especiales, pero siempre por testamento; no se admite que lo sea en cartas, papeles o en los antiguos codicilos.

Toda disposición que sobre institución de herederos o legados haga el testador, refiriéndose a cédulas o papeles privados que después de su muerte aparezcan entre los suyos o en poder de otro, será de ningún valor, si en las cédulas o papeles no concurren los requisitos exigidos por el testamento ológrafo (art. 3.620).

¿Cuáles son las condiciones requeridas para que tenga efecto la institución?

— a) El testador debe nombrar por sí mismo al heredero.

W. J. J. J.



Si se refiere al que otro nombrará por encargo suyo, la institución no vale (art. 3.711).

En el antiguo derecho se permitían ciertas liberalidades en este sentido. Existían los llamados testamentos por comisario. En el derecho moderno han sido suprimidos. El testamento debe ser la expresión directa de la voluntad del que va a disponer de sus bienes, y no puede obrar por intermedio de mandatarios o delegados. Si el testador establece que todos los bienes han de ser distribuidos por su albacea entre sus mejores amigos, la disposición es nula, porque se hace por interpósita persona, y en realidad, el que vendría a instituir los herederos, no sería el *de cujus*, sino el albacea.

— 5) El heredero debe ser designado con palabras claras, que no dejen duda alguna sobre la persona instituida. Si la institución dejara duda entre dos o más individuos, ninguno de ellos será tenido por heredero. Esta disposición rige igualmente en los legados (art. 3.712).

La institución de heredero puede ser perpleja o dudosa. Perpleja, cuando no se sabe lo que el testador ha querido decir: “Sea Cayo mi heredero si fuese Ticio mi heredero”. Dudosa, cuando hay designación de persona, pero prácticamente no puede determinarse. Tal sería el caso de una persona que, teniendo dos sobrinos del mismo nombre, aunque de distinta rama, instituye por heredero a uno de ellos. Así: “Instituyo por heredero a mi sobrino Antonio”. Pero hay un sobrino Antonio hijo del hermano Pedro y otro Antonio hijo del hermano Juan. ¿a cuál de los dos se refiere? Por prueba separada del testamento, podría demostrarse que el testador tenía más vinculación con su sobrino Antonio, hijo de su hermano Pedro y que por lo tanto, a él ha querido referirse. Pero la ley no admite esta prueba; ella debe resultar del testamento mismo: de lo contrario la institución es nula.

La institución del heredero puede ser universal o singular. Universal, cuando se dejan todos los bienes a determinada persona: Dejo todos mis bienes a mi primo Enrique Pérez. En este caso debe cumplir las obligaciones y cargas que afectan al patrimonio. Singular, cuando se refiere a una



parte de los bienes: en este caso se denomina legado, que puede ser de cuota determinada o parte alicuota y de cosa cierta o de cantidad.

En la institución hereditaria ¿se requieren términos sacramentales? No; cualquiera que sea la forma en que el testador haga la manifestación de su voluntad, no perjudica la validez de la institución. Las personas no están obligadas a emplear en la redacción del testamento la estricta terminología de la ley. Si el Código permite que se haga el testamento sin necesidad de consejo, opinión, ni intervención de ningún género, no puede exigir que se emplee la exacta terminología legal. Lo único que se requiere es que se manifieste claramente la voluntad del testador, para evitar que después se produzcan dificultades en la interpretación.

Si se dice: Instituyo por único y universal heredero a Fulano de tal, la institución está bien hecha; es clara y precisa. Si se pone: Lego todos mis bienes a Fulano de Tal; o: Doy mi fortuna a Fulano de Tal, igualmente se instituye heredero, aunque no se emplea el término exacto, pero se ve la intención clara y expresa del testador en ese sentido.

Pueden presentarse dificultades para distinguir el heredero universal de los legatarios. Conviene establecer las respectivas diferencias.

1º Lo que caracteriza al heredero es la posibilidad de recibir la totalidad de los bienes en el caso de que alguno de los coherederos no concurra. De manera que el llamamiento eventual a la universalidad de todos los bienes es lo que distingue la institución hereditaria, del legado.

La disposición testamentaria por la cual el testador da a una o muchas personas la universalidad de los bienes que deja a su muerte, importa instituir herederos a las personas designadas, aun cuando según los términos del testamento, la disposición se encuentre restringida a la nuda propiedad, y que separadamente el usufructo se haya dado a otra persona (artículo 3.717).

Instituyo por mis únicos y universales herederos a Juan, Pedro y Diego. Según el artículo 3.721, los herederos instituidos sin designación de parte, heredan por partes iguales. De



manera que en este caso Juan, Pedro y Diego heredan en una tercera parte cada uno. Pero si dos de ellos no existen a la época del fallecimiento del testador, el otro recibirá el total de los bienes, aunque el testador no lo haya dicho, porque son herederos y no legatarios.

Si en lugar de hacer la designación en esa forma, digo: Instituyo por heredero a Pedro en un tercio, a Juan en un tercio y a Diego en el otro tercio de mi herencia, ya no son herederos instituidos sino legatarios de cuota. No constituye institución de heredero la disposición por la cual el testador hubiese legado la universalidad de sus bienes con asignación de partes (art. 3.719). Pero si agrega la palabra “con derecho de acrecer” se transforman en herederos instituidos, porque el derecho de acrecer les ha dado el llamamiento eventual a todo el patrimonio.

—2º Los legatarios pueden ser, como se ha dicho, de cuota determinada o parte alicuota y de cosa cierta o de cantidad. La distinción es sencilla. Si digo: Lego a Juan una tercera parte de mis bienes: es legatario de cuota determinada o de parte alicuota. En tanto si digo: Lego a Juan mi casa de la calle Bolívar, es legatario de cosa cierta. Pero si expreso: dejo por heredero de mi casa de la calle Bolívar a mi sobrino Juan, no es heredero, sino legatario. El heredero instituido en cosa cierta y determinada es tenido sólo por legatario: no tiene más derechos ni cargas que los que expresamente se le confieran o impongan, sin perjuicio de su responsabilidad en subsidio de los herederos (artículo 3.716).

Si digo: Dejo mi casa de la calle Bolívar a Pedro, 100.000 pesos a Enrique y lego el resto de todos mis bienes a Antonio, este último, ¿qué calidad reviste? La ley lo considera heredero instituido, y en este sentido el artículo 3.720 dice que, si después de haber hecho a una o muchas personas legados particulares, el testador lega lo restante de sus bienes a otra persona, esta última disposición importa la institución de heredero de esa persona, cualquiera que sea la importancia de los obje-



tos legados respecto a la totalidad de la herencia. Es lo que se llama heredero del remanente.

Esta división en heredero instituido y legatario ¿responde a algún fin jurídico?

Tiene importancia por los efectos que ambas situaciones pueden producir. Esos efectos son:

— a) Respecto del heredero. Si acepta la herencia pura y simplemente responde de todas las deudas de la sucesión. Su personalidad se confunde con la del causante; Lo que éste debía, lo debe él también. Y si no alcanzan los bienes para pagar las deudas, responderá con los bienes propios. De tal manera que puede ocurrir que en vez de obtener un beneficio al aceptar la herencia, resulte perjudicado, despojándose de su propio patrimonio. Pero puede limitar esa responsabilidad hasta la concurrencia de los bienes que recibe, si acepta con beneficio de inventario.

b) El legatario de cosa cierta nada tiene que ver con la sucesión. No representa al causante y no tiene que pagar las deudas o cargas.

Si se deja a una persona como legado la casa de la calle Belgrano, tiene derecho para exigirla, sin cargar con ninguna de las obligaciones de la herencia. Es claro que la entrega sólo podrá hacerse una vez que resulte que no existen créditos contra la sucesión, porque antes de los legados, cualesquiera que sean, deben pagarse las deudas.

c) En cuanto al legatario de cuota determinada o de parte alícuota, es una institución intermedia entre el heredero y el legatario de cosa cierta. Debe pagar las deudas de la sucesión hasta la concurrencia de lo que le corresponda.

Respecto del heredero instituido presenta la diferencia de que éste puede ser obligado a pagar las deudas con sus bienes propios, si no los hubiera en la herencia; en tanto que el legatario de cuota determinada o de parte alícuota, solamente con los bienes que reciba.

Hay que tener mucho cuidado en la interpretación de la disposición testamentaria, para deslindar bien cuando se es heredero y cuándo se es legatario. Como la ley no obliga a em-



plear términos sacramentales, suele testarse en forma diversa, empleando indistintamente las palabras “heredero” o “legatario”. De ahí las confusiones y la necesidad de la interpretación exacta de los diferentes casos.

Veamos algunos ejemplos aclaratorios.

— a) Instituto por heredero universal a Juan.

La disposición es clara: Juan es mi heredero universal.

— b) Instituto por heredero de mi casa de la calle Lima a Juan.

Juan no es heredero, sino legatario de cosa cierta.

— c) Instituto como herederos a Juan por un tercio, a Diego por otro tercio y a Enrique por el otro tercio de mis bienes.

Este es un legado de cuota determinada a pesar de que se dice que se instituye por heredero. Pero este legado se transforma en institución de heredero, si el testador agrega las palabras “con derecho de acrecer”.

— d) Instituto como heredero de mi casa de la calle Lima a Juan, de mi casa de la calle Belgrano a Pedro, y lego todos mis bienes restantes a Enrique.

Parecería que Juan y Pedro son herederos, desde que así se los enuncia, pero no es así; son legatarios de cosas ciertas. En cambio, Enrique es heredero instituido, a pesar de que se le “legan los bienes restantes”.

— e) Lego a Pedro todos mis bienes.

Es una institución de heredero, aunque el testador dice “lego”.

### ➤ 101.—*Institución a los pobres, al alma del testador.*

La institución de heredero no puede hacerse a persona incierta o indeterminada: de manera que si se hiciese en favor de los pobres o del alma del testador sería nula. Sin embargo, el Código declara válida esa institución y establece cómo debe cumplirse. Veamos.

— 1º Institución a los pobres.

Lego todos mis bienes a los pobres. Es un legado incier-





to, porque ¿a qué pobres se refiere el testador? ¿A los que conoce? Pueden ser muchísimos; puede no saberse quiénes son. La institución en esta forma, dentro del principio general del Código, sería indeterminada y, por lo tanto, nula. Pero la misma ley salva la dificultad estableciendo en su artículo 3.722 que la institución de heredero a los pobres importa sólo un legado a los pobres del pueblo de su residencia. |

El artículo dice “a los pobres del pueblo de su residencia”. Esta disposición era admisible en el año 1870, en que la ciudad de Buenos Aires no era muy grande, pero actualmente, con más de un millón de habitantes ¿cómo sería posible individualizar los pobres que en ella existen? Difícil es indicar quiénes son los pobres de una ciudad; de ahí la dificultad práctica que implica la disposición del artículo. Probablemente la ley ha querido referirse a aquellos pequeños pueblos en que los pobres son pocos y son conocidos por el testador.

En vista de esta dificultad, corresponde interpretar el espíritu de la disposición, a fin de poder darle cumplimiento, de acuerdo con los móviles que la inspiran. Cuando se legan bienes a los pobres, en realidad lo que se desea es que se distribuyan entre las personas necesitadas. Existen algunas instituciones que se encargan de ello, entre las cuales especialmente entre nosotros la Sociedad de Beneficencia. Esta benemérita institución protege al desvalido, alimenta y viste a los niños abandonados, atiende hospitales, en fin, hace sentir su acción bienhechora en las diversas actividades de la caridad pública. Nadie más habilitado que ella para hacer la distribución de esos legados a los pobres, porque puede conocer quiénes son las personas indigentes y cuáles son sus necesidades.

El principio ha sido establecido ya en otras legislaciones. Cuando una persona lega sus bienes a los pobres, son entregados, para su repartición, a la sociedad de beneficencia que designe el poder ejecutivo o la municipalidad. El mismo principio debería incluirse en nuestra legislación, cuando se reforme el Código Civil. Si en la actualidad se presentara una institución de esta especie no habría otra forma de cumplirla



que entregar los fondos a la sociedad de Beneficencia, para que los distribuyera.

— 2º Institución al alma del testador.

¿Qué significa la institución de los bienes al alma del testador? No se trata de persona cierta. Más aún: se discute si existe o no el alma, lo cual suscitaría no un pleito sino una cuestión filosófica.

La ley ha salvado la dificultad disponiendo en el artículo 3.722 que la institución al alma del testador importa la aplicación que se debe hacer en sufragios y limosnas. <

En el antiguo derecho, cuando se decía que se dejaban los bienes al alma, se entendía que lo era para capellanías e instituciones piadosas. Pero nuestra ley habla de sufragios y limosnas. Son expresiones del derecho canónico. Por sufragio se entiende todo lo que se gasta en misas, ayunos, novenas, en fin, en todos esos rituales religiosos, y, según algunos autores, debe entenderse también el auxilio recíproco que se dan los fieles entre sí.

Esta es la interpretación que, según la ley, debe darse a tales instituciones que, si en épocas anteriores eran de estilo entre nosotros, actualmente son muy raras. Nadie instituye hoy día por heredero a su alma, porque con ello introduce una complicación enorme, sin producir resultado eficiente alguno. Si la intención es que se hagan sufragios por su alma, se acostumbra expresarlo directamente en el testamento, dejando los fondos necesarios.

Los códigos de Chile, del Uruguay y de Méjico, establecen que cuando se instituye por heredero al alma, lo que se quiere hacer es perpetuar la memoria del individuo por actos caritativos y generosos: la institución vale entonces en el sentido de que los bienes se entreguen a las instituciones de beneficencia. El Código civil chileno dispone que el presidente de la república designará la institución que deba hacer el reparto de los bienes; pero por una reforma posterior, se determinó que esa misión estuviera a cargo de la municipalidad. En Guatemala la institución al alma del testador se reputa nula y la herencia pasa a los sucesores ab-intestato.



— 102.—Derechos del heredero instituido. — Posesión de la herencia.

Los herederos instituidos gozan, respecto de tercero y entre sí, de los mismos derechos que los herederos legítimos, menos en cuanto a la posesión hereditaria. Pueden ejercer todas las acciones que podría ejercer un heredero legítimo; pueden entablar las acciones que competían al difunto; aún antes que tomen la posesión de los bienes hereditarios; pero no están obligados a colacionar las donaciones que, por actos entre vivos, les hubiere hecho el testador (art. 3.713).

La ley dice: Menos en cuanto a la posesión hereditaria.

Aquí se suscita de nuevo la ardua y difícil cuestión de la posesión hereditaria.

El artículo dice que pueden ejercer todas las acciones que corresponden al heredero legítimo y las que podía ejercer el difunto: en realidad, si tiene tales derechos, poco importa que la ley exprese que no tiene la posesión hereditaria. De donde deducimos que la tal disposición es inocua.

Este artículo ha sido tomado, en parte, del derecho francés, en que existe la llamada saisine, que unos parientes tienen de pleno derecho y otros no.

Remitiéndonos en este punto a lo explicado al tratar la posesión hereditaria, haremos notar simplemente que en la práctica, aunque la ley dice que los herederos instituidos no tienen la posesión hereditaria, debe entenderse, de acuerdo con la jurisprudencia, que ella consiste en la simple presentación del testamento y el reconocimiento de su validez por el juez. Ocurrido esto, el heredero instituido tiene la posesión hereditaria.

Sin embargo, para salvar las cuestiones y discusiones que en la práctica se suscitan, algunos abogados acostumbran pedirle. Y así solicitan: “Señor juez.—De acuerdo con el artículo 3.713, yo, que no tengo la posesión hereditaria, vengo a solicitarla, como heredero instituido en el testamento presentado”.

Y el juez dicta el siguiente auto: “Declárase en posesión



de la herencia de don N. N., al heredero instituido don X. X.”.

Con esto se salva la cavilosidad de los que creen que el derecho consiste en esas fórmulas sacramentales, porque en realidad lo que se hace es una pura ficción.

El juez no tiene la posesión hereditaria, — porque la posesión es una cuestión de hecho — y sin embargo, de acuerdo con el artículo entrega la posesión de los bienes, siendo que lo que en realidad hace es escribir unas cuantas líneas en el expediente.

Esta cuestión de la posesión hereditaria es una de las que más controversias ha dado lugar, y seguramente ha de ser suprimida en la primera reforma que se haga de nuestro Código Civil, para organizar las instituciones, no de acuerdo con el Derecho de Indias, sino con las necesidades actuales de nuestro pueblo.

#### — 103.—Preterición de herederos forzosos.

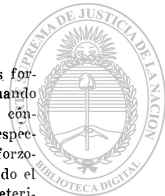
Cuando el testador al designar sus sucesores omite alguno de los herederos forzosos, ocurre lo que se llama preterición de herederos, y, como consecuencia necesaria, la nulidad de la institución hereditaria.

La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en la línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento o que nazcan, muerto el testador, anula las institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas (art. 3.715).

La ley no da amplia facultad al testador para designar los herederos que han de sucederle. Existe una determinada categoría, los forzosos, que quíeralo o no el testador deben sucederle.

Pero la ley habla de preterición de herederos forzosos en la línea recta. Existe un heredero forzoso que no corresponde a la línea recta: el cónyuge.

La preterición del cónyuge ¿anula o no la institución hereditaria?



El Código se refiere exclusivamente a los herederos forzosos en línea recta; pero hay que tener presente que cuando organizó esta institución y algunas otras, prescindió del cónyuge, porque la fuente de donde fueron tomados los respectivos artículos no le reconocía el carácter de heredero forzoso. Sin embargo, dentro de nuestro derecho e interpretando el espíritu general de la ley, debemos entender que la preterición del cónyuge anula la institución hereditaria, a pesar de que el artículo 3.715 no lo expresa.

Bien entendido que para que haya preterición es necesario que la institución de heredero lo sea a un extraño. Si se refiere a alguno de los herederos forzosos, con exclusión de otros también forzosos, la institución no se anula, sino que se amplía para dar cabida a los excluidos.

Ahora, por herederos forzosos, se entienden aquéllos a quienes la ley reserva en los bienes del difunto una porción de que no puede privarlos sin justa causa de desheredación (art. 3.714).

— Esos herederos son: los descendientes, ascendientes y cónyuge.

Los colaterales no tienen ninguna porción reservada por la ley, y puede el testador prescindir de ellos en absoluto, sin necesidad de desheredarlos.



### CAPITULO XXX

104. — Sustitución de herederos. ¿Qué sustitución se permite? ¿Cuáles son las prohibidas? Cláusula de inenajenabilidad.

*104.—Sustitución de herederos.—¿Qué sustitución se permite? ¿Cuáles son las prohibidas?—Cláusula de inenajenabilidad.*

Se llama sustitución de herederos a la designación que hace el testador en su testamento, de una tercera persona, para que acepte la herencia, si el heredero instituido no quiere o no puede aceptar.

El testador puede subrogar alguno al heredero nombrado en el testamento, para cuando este heredero no quiera o no pueda aceptar la herencia. Sólo esta clase de sustitución es permitida en los testamentos (art. 3.724).

Nuestro Código sólo permite la sustitución en primer término. No admite las sustituciones sucesivas con obligación de conservar, para entregar, como sería si se dijera: Instituyo a Juan por mi heredero, quien a su fallecimiento entregará los bienes a Pedro, y éste a su vez a Antonio o a sus herederos.

La ley ha entendido que sancionar las antiguas clases de sustituciones, que llegaban hasta abarcar varias generaciones, implicaría un trastorno enorme en los negocios, dando lugar a la inmovilización de la propiedad. Prohibe, en consecuencia, las antiguas sustituciones que existían en el derecho romano y que tenían su aplicación, por considerarse entonces un deshonor morir sin herederos.



Sólo se permite instituir por heredero a Pedro, por ejemplo para el caso de que éste no quiera aceptar la herencia a Juan.

Si Pedro acepta la sucesión, desaparece en absoluto todo derecho de Juan. Los bienes a su fallecimiento pasan a sus herederos.

Pero si Pedro renuncia a la herencia, es incapaz de recibirla o ha prefallecido el testador, Juan es el llamado a recibir los bienes.

Como dice la nota al artículo 3.724, “en el derecho romano y en el derecho español existían seis clases de sustituciones, 1º, la vulgar, que es la que permite el artículo; 2º, la pupilar, por la cual el padre hace su testamento y el testamento de su hijo impúber y le nombra heredero en el caso de que muera antes de llegar a la edad de la pubertad; 3º, la ejemplar, disposición por la cual los padres hacen el testamento de sus hijos púberes, dementes o imbeciles, para el caso que ellos mueran sin haber recobrado la razón; 4º, la sustitución recíproca, hecha entre todos los herederos instituidos, por la que se llama a los unos a falta de los otros, sea vulgar, sea pupilar o ejemplarmente; 5º, la sustitución compendiosa, la que comprende a la vez una institución vulgar y una institución fideicomisaria. Ella valía como vulgar, si el caso de la vulgar se presentaba, y como fideicomisaria, si el caso de ésta llegaba; y 6º, la fideicomisaria, que subroga un segundo heredero al heredero instituido, con el cargo de conservar los bienes para que a su muerte pasen al sustituido”.

Continúa el codificador: “Con excepción de la vulgar, abolimos todas estas instituciones. La fideicomisaria, que es la principal y la única que por los escritores franceses se llama sustitución, tiene el carácter particular de la carga que impone al heredero de devolver a su muerte los bienes al heredero instituido, estableciendo así un orden de sucesión en las familias. Esta sustitución es un obstáculo inmenso al desenvolvimiento de la riqueza, a la mejora misma de las cosas dejadas por el testador. Tiene, lo que se creía una ventaja, la conservación de los bienes; pero para esto es preciso una



inmovilidad estéril, en lugar del movimiento que da la vida a los intereses económicos. La sustitución vulgar no tiene estos inconvenientes, pues no es más que una segunda institución para el caso que no tenga lugar la primera; no trastorna el orden de las sucesiones, ni tiene las propiedades inertes, ni el dominio en suspenso”.

¿Cuál es el mecanismo de la sustitución establecida en nuestra ley?

Está regulado por los artículos 3.725 a 3.730.

La sustitución simple y sin expresión de casos comprende de los dos: el caso en que el heredero instituido no quiera aceptar la herencia, y el caso en que no pudiera hacerlo. La sustitución para uno de los dos casos, comprende también al otro (art. 3.725). Pero si se establece sustituto de sustituto, la ley entiende que lo es el heredero nombrado en primer lugar. Así, si el testador dijera: instituyo por heredero a Pedro, y ordeno que lo sustituya Juan y a Juan que lo sustituya Diego, se entiende que Diego es también sustituto de Pedro porque no hay restricción a las facultades del testador, que tiene libertad completa para ordenar lo que estime conveniente, de manera que mientras exista un sustituto, no pasarán los bienes a los sucesores ab-intestato.

En cuanto a la sustitución en sí, pueden ser sustituidas dos o más personas a una sola, y por el contrario una sola a dos o más personas (art. 3.726), bien sea gradual y sucesivamente o conjuntamente.

Cuando el testador sustituye recíprocamente los herederos instituidos en partes desiguales, tendrán éstos en la sustitución las mismas partes que en la institución, si el testador no ha dispuesto lo contrario (art. 3.727). Por ejemplo: instituyo por mis herederos a Pedro, Juan y Antonio, debiendo recibir el primero la mitad de mis bienes y de la otra mitad, una tercera parte será para Juan y dos terceras partes para Antonio, con derecho de sustituirse recíprocamente. Si Pedro no acepta la herencia, la mitad que a éste corresponde no se divide por partes iguales entre Juan y Antonio, sino que el





primero toma una tercera parte y dos terceras partes el segundo, que son las partes que tienen en la institución.

El heredero sustituto queda sujeto a las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido, si no aparece claramente que el testador quiso limitarlas a la persona del instituido (art. 3.729).

Si la carga es personal en el sentido de que sólo puede cumplirse por el instituido, como si por ser un pintor le encargo haga mi retrato, no pasa al sustituto. Si es real, como si ordeno la entrega de una suma de dinero, el sustituto debe cumplirla.

Conviene detenerse en el artículo 3.730, que dice que la nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudica la validez de la institución del heredero ni los derechos del llamado antes.

En la sustitución fideicomisaria intervienen tres personas:

- 1º Fideicomitente. Es el que instituye el fideicomiso.
- 2º Fiduciario. El heredero que recibe con la obligación de conservar y entregar.

3º Fideicomisario. A quien deben restituirse los bienes.

Por ejemplo: Legó mi estancia a Juan para que la usufructúe durante su vida, (fideicomiso) trasmitiéndola después de su muerte a Pedro.

Por el artículo citado se anula el fideicomiso, pero la institución queda válida. De tal manera que, en el caso mencionado, Juan quedaría como dueño único de la estancia, sin la obligación de conservarla para entregarla después a Pedro.

Sin embargo, anteriormente, el artículo 3.608, al hablar de las condiciones o cargas legal o físicamente imposibles o contrarias a las buenas costumbres, dice que anulan la disposición a que se hallan impuestas.

≥ El fideicomiso es una carga legalmente imposible, desde que no es admitida por nuestro derecho y no obstante, no se aplica el artículo 3.608 sino la deposición particular del artículo 3.730, que viene a derogar aquella regla general.

Son de ningún valor las disposiciones del testador por las que llame a un tercero al todo o parte de lo que reste de la



herencia, al morir el heredero instituido y por las que declare inenajenable el todo o parte de la herencia (art. 3.732).

Nuestro Código no acepta el llamado legado de *residuo* o de *eo quod supererit*, es decir, del sobrante de lo que ha sido materia de la institución. Por ejemplo: Lego a Pedro todos mis bienes, con la carga de que a su muerte, lo que quedare, se entregue a Juan.

Pedro puede, en realidad, disponer de todos los bienes, desde que no tiene la obligación de conservarlos, pero aún así la ley no admite esta prolongación de la voluntad del testador más allá de la institución hereditaria de primer grado.

Tampoco admite que se haga inenajenable el todo o parte de la herencia. Las vinculaciones y los mayorazgos, que en la antigua legislación inmovilizaban la propiedad, fueron suprimidos por la Asamblea de 1813.

El Código se ha inspirado en los mismos principios, que son los de la economía moderna, a fin de no trabar la circulación de la riqueza.

Por excepción, el artículo 3.613 permite que el testador prohíba la enajenación, cuando no se trata de herederos forzosos, por un término que no exceda de diez años, disposición que no perjudica al régimen económico, por lo limitado de sus efectos.

Igualmente cuando el testador lega una cosa a varios, puede imponer la condición de que quede indivisa por un término que no exceda de cinco años (art. 2.694).

---



105. — Incapacidades para recibir por testamento. Personas interpuestas.

~ 105.—*Incapacidades para recibir por testamento. — Personas interpuestas.*

Para poder ser instituido heredero o legatario es necesario tener capacidad para recibir la herencia o legado. La ley se ha preocupado de determinar las condiciones que se requieren para que una persona tenga esa aptitud, o sea, la capacidad pasiva hereditaria.

No existiendo herederos forzosos, el testador puede dejar sus bienes a cualquiera persona; pero de existir aquéllos, sólo puede disponer de una parte que la ley determina expresamente, y que recibe el nombre de porción disponible.

En la sucesión testamentaria no ocurre lo mismo que en la ab intestato. En ésta sólo pueden concurrir a la sucesión todos aquellos ligados con el causante por el vínculo de la sangre. El único requisito exigido es que sean parientes del causante en grado sucesible. El que no lo es no puede concurrir a la sucesión ab intestato, y en este sentido, tampoco pueden recibir la herencia las personas jurídicas, con excepción del Fisco que acude a falta de otro heredero.

En cambio, en la sucesión testamentaria pueden concurrir tanto las personas de existencia visible como las de existencia ideal, lo cual crea una serie de situaciones que la ley debe contemplar y resolver.



De ahí que el estudio de la capacidad para recibir por testamento debe ser considerado desde dos puntos de vista: 1º con relación a las personas de existencia visible; 2º respecto de las personas de existencia ideal o personas jurídicas.

1º Capacidad de las personas de existencia visible.

La condición general para que las personas de existencia visible sean capaces de recibir por testamento, consiste en que estén concebidas a la fecha del fallecimiento del causante. La capacidad para recibir el legado o institución hereditaria debe tenerse en el momento del fallecimiento, porque en ese instante se produce la transmisión hereditaria. Nada importa que a la fecha en que el testamento se haga, la persona instituída no tenga capacidad. Y así el artículo 3.733 establece que pueden adquirir por testamento todos los que estando concebidos al tiempo de la muerte del testador no sean declarados por la ley incapaces o indignos.

Nuestra ley no admite la institución de heredero bajo la condición *si nascatur*, como ocurría en el derecho antiguo. Exige que debe estar concebido en el momento de la transmisión hereditaria, y que nazca después *con vida*.

En el derecho francés se exige la aptitud para vivir, lo que denomina la *viabilité*. Nuestra ley sólo requiere que nazca con vida, aunque inmediatamente muera. El principio es más justo y evita las discusiones a que el precepto francés puede dar lugar. En este sentido el artículo 3.743 expresa que toda disposición testamentaria caducará si aquel a cuyo favor se ha hecho no sobrevive al testador.

En efecto, para que pueda formarse la vinculación jurídica es necesario que exista la persona. La relación jurídica empieza en el momento en que fallece el causante, y se produce instantáneamente. Pero es necesario que exista el otro extremo de la relación; de lo contrario no hay transmisión. Si se instituye por heredero a Juan, para que pueda recibir los bienes es necesario que sobreviva al testador. Si ha prefallecido, la institución testamentaria caduca y la institución se regirá por las reglas de la sucesión ab intestato. Tal vez los hijos del instituído arguyan que en el testamento aparece de-



signado su padre, que ellos son quienes lo representan, sus herederos, y por lo tanto, que vendrían a ocupar su lugar y grado, por lo que les correspondería tomar la herencia dejada a aquél. La ley no lo acepta. El derecho de representación no se admite en la sucesión testamentaria, salvo cuando la institución sea hecha a favor de uno de los descendientes o de los hermanos del testador.

La disposición de que sólo pueden recibir por testamento las personas que están concebidas en el momento del fallecimiento del causante y que le sobrevivan, se refiere a cuando el legado o la institución es directa e inmediata. Pero si se hace de una manera indirecta, pueden venir a aprovechar de él los que no están concebidos en el momento del fallecimiento. La razón es que puede existir otra persona a quien se otorga el legado para distribuirlo. Tal sería el caso de un legado para que se entregue a una sociedad de beneficencia, a efecto de que lo distribuya por partes durante un cierto número de años, entre los niños pobres de la escuela de la localidad. Claro es que este legado en el transcurso de los años se ha de cumplir, puede aprovechar a niños que no estaban concebidos en el momento del fallecimiento del testador, pero esto es posible, porque se considera en realidad como beneficiaria a la sociedad, aunque el provecho que obtiene es más moral que material.

Al exigir la ley que se trate de una persona concebida, quiere significar que el sujeto pasivo de la transmisión debe ser siempre una persona. La disposición testamentaria a favor de quien no sea una persona, es nula. Tal ocurriría en el caso del legado hecho a los despojos mortales de uno mismo. Un legado en esta forma parecería rarísimo; sin embargo, no es así, porque a ciertas personas les place la originalidad o la excentricidad: pero la disposición es nula y sin ningún efecto.

Establecida la capacidad general para recibir por testamento, consideremos ahora los casos de incapacidad que establece la ley.



En primer término, con relación a las personas de existencia visible. Puede dividirse en absoluta y relativa.

La incapacidad absoluta es la ausencia de cualquiera de las condiciones requeridas para recibir en general el testamento, es decir, que se trate de persona no concebida en el momento de fallecimiento o que no haya nacido con vida.

La incapacidad relativa deriva de una serie de situaciones particulares que la ley enumera, y que no implican incapacidad general, sino sólo para ciertos casos determinados.

Están afectados de incapacidad relativa para recibir por testamento:

a) Los indignos y los desheredados, por los motivos especiales que la ley expresa y que ya conocemos;

b) Los tutores de los menores de edad no pueden recibir cosa alguna por el testamento de los menores que mueran bajo su tutela. Aun después que hubieren cesado en su tutela, nada pueden recibir por el testamento de los menores, si las cuentas de su administración no están aprobadas (artículo 3.736)

La razón es que existe el temor de que el tutor pueda coaccionar la voluntad del pupilo y obligarle a que haga institución hereditaria a su favor.

La tutela es un cargo que se asemeja a la patria potestad. Es una verdadera carga pública, de la que ninguna persona puede desprenderse sin justa causa. De ahí que deba ser ejercida con toda independencia y honestidad, evitando el roce de la menor sospecha que pueda inducir a creer que haya habido presión sobre la voluntad del pupilo

Esta prohibición de la ley tiene una limitación: Excepción de la disposición del artículo anterior, los ascendientes que son o han sido tutores de sus descendientes (art. 3.737). Cuando se trata de ascendientes, la ley no puede desconfiar, desde que por el vínculo de la afección y de la sangre se considera que han de cuidar bien los intereses del menor.

La prohibición legal dura hasta tanto hayan sido aprobadas las cuentas de la administración del tutor. El requisito que exige el Código es que el tutor haya cumplido con la obligación que tiene de presentar la rendición de cuentas.



Algunos autores entienden que los tutores no pueden recibir por testamento de sus pupilos después de presentada la cuenta de su tutela, hasta tanto no hayan satisfecho el saldo emergente. Pero esta interpretación no es admisible, porque implica un requisito que la ley no exige. En materia testamentaria es necesario hacer interpretaciones estrictas. Hay que atenerse al principio expuesto por el artículo citado. Desde que ha sido aprobada la cuenta de la tutela, el tutor recobra su capacidad para ser instituido heredero por el pupilo, aún cuando adeudara el saldo respectivo.

Todos los tutores se encuentran sujetos a esta prescripción legal. Sin embargo, los tutores que suelen nombrarse *ad hoc*, cuando hay conflicto entre el tutor principal y el pupilo, por oposición de intereses ¿están incluidos también en la disposición de la ley? No; la ley ha querido referirse al tutor general y no a los tutores especiales designados para determinados casos particulares.

c) El segundo marido de la viuda que se ha vuelto a casar y que conserva indebidamente la *tutela* de sus hijos del primer matrimonio, es incapaz de recibir por testamento de los hijos menores del primer matrimonio de su mujer (artículo 3.738).

La redacción del artículo es viciosa, porque la madre no tiene *tutela* sino *patria potestad* sobre sus hijos.

Sabido es que la madre que contrae segundas nupcias pierde la patria potestad sobre sus hijos, debido a que ella viene a caer bajo la dependencia de su segundo marido. Debe, entonces, hacer nombrar tutor a sus hijos. De lo contrario, la ley declara la incapacidad del segundo marido para recibir por testamento de esos hijos del primer matrimonio. Esta incapacidad está limitada al tiempo en que los menores permanezcan sin tutor, pero cesará, así que el juez les provea de representante.

d) Son también incapaces de suceder y de recibir legados los confesores del testador en su última enfermedad (artículo 3.739).

Al hablar de los confesores del testador, el artículo se re-



fieri a los ministros de la religión católica, que son los únicos que tienen, por los cánones de la Iglesia, la facultad de pronunciar la absolución de los pecados, para la salvación del alma. Los confesores, por el ministerio que invisten, adquieren cierto ascendiente sobre las personas a quienes absuelven. Por esta razón la ley ha estimado peligroso permitir puedan ser instituidos herederos. Para que exista la incapacidad se requieren dos condiciones: 1º Que se trate del confesor; 2º Que lo haya asistido en la última enfermedad.

La ley incapacita para recibir por testamento solamente al confesor en su última enfermedad. ¿Qué se entiende por última enfermedad? Es una cuestión de hecho, sobre la cual no se pueden dar reglas generales. Queda al arbitrio de los jueces resolverla en cada caso particular. Existen algunas enfermedades que se prolongan, que tienen sus alternativas, hasta que una de éstas determina el fallecimiento. En estos casos es siempre la misma enfermedad la que ha seguido minando el organismo hasta producir la muerte. La ley, al hablar de última enfermedad, ha querido referirse propiamente al último período de la enfermedad. Si en este último período, el confesor que ha atendido al enfermo ha sido instituido heredero, pierde su derecho, pues está incapacitado por la ley, para recibir por testamento.

Cabe hacer notar que la disposición legal no tiene toda la amplitud que fuera de desear. Especialmente en el caso de tratarse de señoras, se suele hacer distinción entre el llamado director espiritual y el confesor. Se tiene como director espiritual a un prelado y por confesor a otro. De ambos, el director espiritual es el que tiene mayor influjo y puede presionar moralmente la voluntad de la persona para inducir — sobre todo en el caso de no existir herederos forzosos — la disposición de los bienes en determinada forma.

La ley se ha referido simplemente al confesor en su última enfermedad. No habla del director espiritual, y sin embargo, en la práctica es éste el que mayor influencia suele tener en el ánimo de la persona. Tan es así que a menudo ocurre que, a fin de evitar la incapacidad del director espiritual,





se envía en el momento del fallecimiento a otro prelado para que actúe como confesor.

e) Tampoco pueden recibir por testamento los parientes de los confesores dentro del cuarto grado, si no fuesen parientes del testador (art. 3.739).

En estos casos la institución hereditaria o el legado es nulo, porque la ley presume, y con razón, que se trata de un acto simulado.

f) Tampoco la iglesia de los confesores, con excepción de la iglesia parroquial del testador y las comunidades a que ellas perteneciesen (art. 3.739).

Es el mismo caso anterior. Igual cosa es dejar los bienes al confesor que a su respectiva iglesia. La ley presume, con razón, que puede haber presión en ese sentido por parte del confesor.

Se exceptúa de esta prohibición a la iglesia parroquial del testador. Especialmente en los pueblos de campo, las personas suelen tener afección especial a la iglesia parroquial, por los recuerdos que ellas les suscita. De ahí que cuando hacen su testamento, acostumbran legar sumas para mejoramiento de tal altar para tales pobres de la iglesia. La ley ha respetado esa costumbre.

Como en nuestro país existen otras religiones que la católica, la ley ha tenido que considerarlas, y al efecto ha establecido que tiene la misma incapacidad el ministro protestante que asiste al testador en su última enfermedad (artículo 3.740).

En las religiones desidentes no existe la distribución en parroquias como en las católicas. Debe entenderse como iglesia parroquial del testador, de que habla la ley, la más próxima a su domicilio, o aquella en que acostumbra a realizar sus actos.

Es innata la tendencia a salvar las prohibiciones legales por medio de los recursos que se tengan a mano. En los casos de incapacidad, ello podría efectuarse por medio de actos disfrazados o de personas interpuestas.

Un acto disfrazado ocurriría, por ejemplo, si una persona



deja determinados bienes a su confesor, expresando que lo hace a manera de devolución de un préstamo que aquél le ha efectuado. En estos casos la ley presume que existe encubierta una verdadera liberalidad, que como tal es prohibida respecto de las personas que determina. En este sentido establece que toda disposición a beneficio de un incapaz es de ningún valor, ya se disfraze bajo la forma de un contrato oneroso o ya se haga bajo el nombre de personas interpuestas (art. 3.741).

¿Quiénes son consideradas personas interpuestas?

El mismo artículo 3.741 agrega que son reputadas personas interpuestas el padre y la madre, los hijos y descendientes y el cónyuge de la persona incapaz.

Puede dividirse las personas interpuestas en dos grupos: por su vínculo con el causante y por la prueba que se suministre.

Las primeras son:

a) El padre y la madre del incapaz. Los otros ascendientes no están comprendidos en la prohibición.

b) Los hijos y descendientes. Porque los hijos fácilmente se prestan a esas simulaciones, por el influjo que sobre ellos ejercen los padres. Se comprenden tanto los legítimos como los naturales.

c) El cónyuge, por la misma razón de afección e interés y aunque esté divorciado o separado de bienes.

Fuera de este grupo de personas se acostumbra buscar otras que sirvan como intermediarias para recibir bienes por testamento. En estos casos es cuestión de prueba respecto de si verdaderamente el extraño instituido va a recibir los bienes o si obedece a la presión de un tercero incapaz a quien los transmitirá a su vez.

La prueba de estos actos simulados es muy difícil. Por eso el Código dice que en estos casos el fraude a la ley puede probarse por todo género de pruebas (art. 3.741 *in fine*). Bastarán, pues, las presunciones graves, precisas y concordantes.

Las personas interpuestas sobre que dispone el artículo



anterior, deberán volver los frutos percibidos de los bienes desde que entraron en posesión de ellos (art. 3.742).

2º Capacidad de las personas de existencia ideal.

Las personas de existencia ideal pueden ser instituidas en calidad de herederos o legatarios, pero bajo la condición de que existan como personas jurídicas. No pueden adquirir por testamento las corporaciones no permitidas por la ley (art. 3.734).

Pueden, sin embargo, recibir por testamento las corporaciones que no tengan el carácter de personas jurídicas, cuando la sucesión que se les difiere o el legado que se haga, sea con el fin de fundarlas, y requerir después la competente autorización (art. 3.735).

En la práctica suelen presentarse algunos casos dificultosos.

Supóngase que el testador hace un legado a una institución que no es una persona jurídica, en el deseo de que se desenvuelva y de que adquiera mayor importancia. Se trata, por ejemplo, de un club o de una institución de ejercicios físicos. Al fallecimiento del causante la institución es una simple corporación, sin personería jurídica. No puede recibir por testamento, dice la ley. Pero ese centro o corporación, en vista del legado hecho, está dispuesto a pedir, y pide personería jurídica. En este caso ¿es válido el legado?

La opinión de los autores está dividida. Troplong afirma que sí; que si el testador ha hecho legado a una persona que no es jurídica, debe entenderse que implícitamente ha establecido que adquiera la personería jurídica, para que el legado sea válido. Aubry y Rau manifiestan opinión contraria, sosteniendo que hay que atenerse al texto estricto de la ley; que si no existe la persona jurídica en el momento de la muerte del causante, el legado es nulo. Y Demolombe afirma que un legado en esa forma no significa nada, desde que una simple corporación no es persona jurídica.

Nuestro Código sigue la doctrina de Aubry y Rau: si no existe la persona jurídica en el momento en que se hace el legado, no hay lugar a él, a menos que se haga expresamente



para fundar el establecimiento pidiendo la personería jurídica.

En cuanto a las corporaciones religiosas, según la Constitución no tienen existencia legal sino las autorizadas en el momento en que nuestra carta fundamental se dictó o posteriormente por ley del Congreso.

Las principales corporaciones existentes en aquella época eran los dominicos, franciscanos y mercedarios.

Con posterioridad se han establecido, en 1876, los escolapios y las hermanas de la visitación, y después otros, como los padres maristas, etc.

Estas son simples asociaciones, sin carácter de personas jurídicas y no pueden adquirir bienes en la República.

Los inmuebles que poseen figuran a nombre individual del prior o de otras personas, tomándose las precauciones necesarias para que siempre queden en poder de la corporación.

---



106. — ¿Qué es un legado? ¿Qué bienes pueden legarse? — 107. — Legado de cosa ajena. Orden de adquisición de una cosa ajena. Legado de cosas gravadas. Legado de cosa indeterminada. Legado que puede determinarse. Elección y cumplimiento. — 108. — Legado puro y simple, a término, bajo condición, con cláusula de no enajenar, de deuda, de crédito, de liberación de alimentos. — 109. — Legado con cargo. Disposiciones que lo rigen. — 110. — Reconocimiento de deudas en los testamentos.

106.—¿Qué es un legado?—¿Qué bienes pueden legarse?

Las disposiciones testamentarias pueden ser de dos naturalezas: institución de heredero o legados.

¿En qué se distingue la institución de heredero de los legados?

La distinción es sencilla: si el llamado a recibir los bienes puede eventualmente recibir la totalidad de la herencia, cualquiera que sea el nombre que le haya dado el testador, es heredero. Si el testador dice en el testamento: Instituyo por mis únicos y universales legatarios a Juan y a Pedro, — aunque use esa expresión no son legatarios, sino herederos, porque si al fallecimiento del testador no existe el uno, el otro recibirá la totalidad de los bienes. A la inversa, si en el testamento está determinada la parte que corresponde a cada uno de los sucesores o se les fija una cuota cierta y determinada, en este caso son legatarios, porque no tienen la posibilidad de llegar a recibir la totalidad de la herencia. Si se dice:



Lego a Juan las dos terceras partes de mis bienes y a Pedro la otra tercera parte, y al fallecimiento del causante sólo existe uno de ellos, este recibirá su parte solamente. La otra, corresponderá a los herederos ab-intestato.

De manera que la terminología de nuestro Código — y es importante fijarlo bien — consiste en las dos denominaciones: institución de heredero y legatario. En cambio, la terminología del Código francés, como se ha dicho en capítulos anteriores, es diferente, por lo que conviene recordar la distinción, a efecto de evitar las confusiones que pueden suscitarse por el hecho de que algunos de nuestros artículos han sido tomados de aquel Código.

¿Cómo puede definirse el legado?

Legado es toda liberalidad testamentaria de una parte determinada de los bienes, de un bien o de un conjunto de bienes determinados.

Las disposiciones del título de los legados se refieren exclusivamente al legatario de cosa cierta o de cantidades de cosas y no propiamente al de parte alicuota, que se aproxima más al heredero.

Los elementos de todo legado son: a) un testamento; b) una cosa legada y c) un beneficiado que recibe el nombre de legatario.

¿Qué bienes puede legarse?

Pueden legarse todas las cosas y derechos que están en el comercio, aún las que no existen todavía, pero que existirán después (art. 3.751).

Se consideran cosas o derechos que están en el comercio todos aquellos que son susceptibles de apropiación y transmisión. Ciertas cosas por su naturaleza no son susceptibles de apropiación y transmisión, como el aire y la luz, por lo que no están en el comercio. Otras no lo son por razón de su empleo o destino: las calles, las plazas públicas, los caminos, en fin, todo aquello que está destinado a ser usado por la colectividad. No se hallan en el comercio y, por lo tanto, no pueden ser materia de legados.

De manera que el principio general es que todas las cosas que están en el comercio son susceptibles de ser legadas.



Pueden ofrecerse algunas dificultades al respecto: puede tratarse de cosa que esté en el comercio y, sin embargo, no tener efecto al legado o tenerlo sólo en una determinada proporción. Tales serían los casos de legados de cosa ajena o de cosa en la que sólo se tiene una parte indivisa.

*107.—Legado de cosa ajena.—Orden de adquisición de una cosa ajena.—Legado de cosas gravadas.—Legado de cosa indeterminada.—Legado que puede determinarse.—Elección y cumplimiento.*

➤ El legado de cosa ajena consiste en la liberalidad que hace el testador de una cosa que no le pertenece.

Tal sería el caso de una persona que lega su casa de la calle Belgrano a su sobrino, siendo así que la casa no es suya. ¿Es válido tal legado?

Se trata de una cosa que está en el comercio, que se puede comprar y vender, pero que no es de propiedad del testador. En el derecho romano se investigaba si el testador sabía o no que la cosa era ajena. Si lo sabía, el legado era válido, porque se entendía que implicaba una orden al heredero para que adquiriera la cosa y la entregara al legatario, es decir, una orden de cumplimiento del legado. Si el testador no lo sabía, el legado se consideraba nulo porque se entendía que, de haber tenido conocimiento de que la cosa era ajena, no lo hubiera hecho.

Nuestro Código, para impedir la sutileza del antiguo derecho y evitar la investigación que había que hacer respecto de la intención de la persona, establece en su artículo 3.752 que el testador no puede legar sino sus propios bienes. Es de ningún valor todo legado de cosa ajena, cierta y determinada, sepa o no el testador que no es suya, aunque después adquiriese la propiedad de ella. Tiende a suprimir en esta forma los pleitos engorrosos en el sentido de determinar la presunta voluntad del testador.

¿A qué época es necesario referirse para conocer si la cosa es o no del testador?



Por ejemplo: Una persona lega hoy la casa de la calle Belgrano a su sobrino Antonio. Actualmente la casa no es suya, pero posteriormente la adquiere. El primitivo testamento subsiste y entonces se pregunta: al fallecimiento de la persona ¿puede reclamar el legatario la casa legada? No, dice la ley. Aunque posteriormente adquiriera la cosa legada, si cuando hizo testamento no era de su propiedad, el legado es nulo. Sepa o no el testador, dice el artículo 3.752, que no es suya, aunque después adquiriese la propiedad de ella. 37

Esta regla está inspirada en Zacharie, y no es, en verdad, muy jurídica. Tan es así, que este mismo autor, en sus ediciones posteriores, cambió de opinión. Si el testador ha adquirido la cosa, si la ha hecho entrar en su patrimonio y no ha variado su disposición testamentaria, es de presumir que lo que ha querido hacer es validar la disposición testamentaria en el sentido de que el legado pueda cumplirse. 7.

La disposición del artículo 3.752 no está estrictamente de acuerdo con los principios jurídicos. Según éstos, el cumplimiento de la disposición testamentaria se considera en el momento en que se hace la transmisión, es decir, en la época del fallecimiento del causante. Si el testamento dice que se lega tal cosa y ésta se encuentra en el patrimonio del testador en el momento del fallecimiento, debería tenerse el legado como válido.

El legado de cosa ajena participa, según nuestra ley, del carácter de nulidad absoluta. Pero el Código permite pueda hacerse el legado de cosa ajena por medio de una orden al heredero para que la adquiera y la entregue al legatario. Por ejemplo: Ordeno a mi heredero Antonio compre la casa de la calle Bolívar número tal y la entregue a mi sobrino Juan. Al fallecimiento del testador, aunque esa casa no le pertenezca, el heredero debe comprarla y entregarla al legatario. En este caso, como se ve, aunque el bien sea ajeno en el momento de hacer el testamento, el legado es válido.

Si el testador ordenare que se adquiriera una cosa ajena para darla a alguna persona, el heredero debe adquirirla y darla al legatario; pero si no pudiese adquirirla porque





el dueño de la cosa rehusare enajenarla o pidiese por ella un precio excesivo, el heredero estará sólo obligado a dar en dinero el justo precio de la cosa (art. 3.754).

El testador al hacer la disposición testamentaria en esta forma viene a disponer de una cosa que no es suya, sin contar con la voluntad del verdadero titular del dominio. En el ejemplo indicado viene a ordenar una compra por parte del heredero y una venta que debe hacer un tercero. Sin embargo, el dueño de ella puede no querer venderla. En esta hipótesis, ¿cómo ha de cumplirse el legado? Existe una imposibilidad de hecho, por lo que el heredero sólo estará obligado a entregar en dinero el justo precio de la cosa. Ese precio se determina por peritos tasadores. Igual procedimiento puede adoptar si el dueño de la cosa pidiere por ella un precio excesivo. Porque no es cuestión de que el heredero quede a merced de la voluntad o el capricho del dueño de la cosa legada.

Puede ocurrir que la cosa ajena legada hubiese sido adquirida por el legatario. ¿Cómo ha de cumplirse el legado?

Corresponde hacer una distinción, según la forma de la adquisición por parte del legatario. Si la ha tenido que pagar, es decir, si ha hecho un contrato a título oneroso, el heredero deberá su precio. Si la persona ha comprado la casa de la calle Bolívar por 100.000 pesos y la misma casa ordena el causante que se adquiera, el heredero deberá entregar su justo precio, porque la adquisición ha sido a título oneroso. En cambio, si ha sido a título gratuito, por donación, no hay lugar al cumplimiento del legado. Dos títulos lucrativos no pueden concurrir sobre la misma cosa.

En este sentido el artículo 3.754 *in fine* dice: Si la cosa ajena legada hubiese sido adquirida por el legatario antes del testamento, no se deberá su precio sino cuando la adquisición hubiese sido a título oneroso y a precio equitativo.

El artículo citado expresa: “Si la cosa ajena hubiese sido adquirida por el legatario *antes del testamento*”, lo cual tomado literalmente enuncia un concepto inadmisibles. El artículo ha sido tomado del 1.106 del Código de Chile. En realidad lo que el Código ha querido decir es *antes de la ejecu-*



ción del testamento; es decir, que en el tiempo intermedio entre la confección del testamento y el fallecimiento del causante el legatario ha adquirido la cosa sin tener conocimiento de que ella le había sido legada.

Puede suceder que la cosa ajena legada sea en parte de propiedad del testador, es decir, por una porción indivisa.

La casa de la calle Belgrano es mitad mía y la otra mitad de mi hermano Pedro, y, sin embargo, en mi testamento digo que la lego a mi sobrino Antonio. De aplicarse la regla respecto del legado de cosa ajena, debería entenderse que la disposición no es válida.

Pero, en este caso, la ley establece una regla especial: el legado de cosa que se tiene en comunidad con otro vale sólo por la parte de que es propietario el testador, con excepción del caso en que el marido legue alguna cosa que corresponda por gananciales a marido y mujer. La parte de la mujer será salvada en la cuenta de división de la sociedad (art. 3.753). La explicación de este artículo sería demasiado extensa si fueran a considerarse las hipótesis que pueden presentarse. El principio es que se recibe como legado la parte que sobre la cosa legada tenía el testador, sin entrar a hacer distinciones, salvo casos especialísimos, como es el del matrimonio. En la sociedad conyugal los bienes gananciales generalmente están a nombre del marido. Es el marido quien los maneja, y si compra lo hace a su propio nombre. De ahí la disposición del artículo referente al caso de legado que corresponde a bienes gananciales.

La cosa legada puede estar gravada con una hipoteca u otro derecho real. Supóngase que una persona lega su casa de la calle Belgrano, gravada con 20.000 pesos de hipoteca. ¿Quién tiene que pagar esa hipoteca? ¿El heredero o el legatario?

En el antiguo derecho el heredero tenía que entregar la cosa libre de todo gravamen. Nuestra ley deroga esa regla y establece que si la cosa legada estaba empeñada o hipotecada antes o después del testamento, o gravada con un usufructo, servidumbre u otra carga perpetua, el heredero no está



obligado a librarla de las cargas que la gravan (art. 3.755). El principio es, pues, que las cosas deben entregarse en el estado en que se encuentren al fallecimiento del testador.

Consideremos ahora los legados en cuanto forman parte del patrimonio.

Como principio general, todas las cosas pueden legarse. Pero puede tratarse de cosa estrictamente indeterminada o de cosa que puede determinarse.

El legado de cosa indeterminada es nulo. Le falta el requisito esencial que implica su individualización. Tal sería el legado de género y de cantidad: Lego diez leguas de tierra, veinte árboles, cien libros, etc.

Si hay alguna posibilidad de que el legado pueda determinarse, entonces es válido.

¿Cómo puede ser esa determinación?

a) Por su género o especie, determinada por la naturaleza.

El legado de cosa indeterminada, pero comprendida en algún género o especie determinada por la naturaleza, es válido, aunque no haya cosa de ese género o especie en la herencia. La elección será del heredero, quien cumplirá con dar una cosa que no sea de la calidad superior o inferior, habida con consideración al capital hereditario y a las circunstancias personales del legatario (art. 3.756).

b) Si se trata de cosa fungible.

En este caso la determinación puede tener efecto por el lugar o por la cantidad. La ley cita los varios casos que pueden presentarse: El legado de cosa fungible, cuya cantidad no se determine de algún modo, es de ningún valor. Si se lega la cosa fungible, señalando el lugar en que ha de encontrarse, se deberá la cantidad que allí se encuentre, al tiempo de la muerte del testador, si él no ha designado la cantidad: y si la ha designado, hasta la cantidad designada en el testamento. Si la cantidad existente fuese menor que la designada, sólo se deberá la existencia, y si no existe allí cantidad alguna de la cosa fungible, nada se deberá (art. 3.760).



¿Cómo se efectuará la elección en el caso de cosa determinable?

Si el testador no expresa nada, la elección corresponde al heredero, quien la efectuará teniendo en cuenta el capital hereditario y las condiciones personales del legatario.

Por ejemplo: Si el causante en su testamento lega a su criada un ajuar de novia, ¿qué ajuar debe adquirir el heredero? ¿Uno muy valioso? Debe atenerse al capital hereditario y a la condición personal del legatario. Se trata de una sirvienta; luego corresponderá un ajuar modesto, de acuerdo con su condición.

Puede presentarse el caso de que el testador designe en su testamento a quién corresponde la elección: al heredero o al legatario. Siempre que el testador deje expresamente la elección al heredero o al legatario, podrá el heredero, en el primer caso, dar lo peor; y en el segundo el legatario escoger lo mejor (art. 3.757). Pero esta disposición legal no debe ser entendida en un sentido absoluto, porque si no sería absurda: el legatario trataría de elegir una cosa que insumiera el valor de la herencia, y el heredero, por su parte, de darle algo de ínfimo valor. La prescripción del artículo 3.757 debe concordarse con la del artículo anterior: lo peor o lo mejor, siempre dentro de las condiciones y circunstancias personales del legatario.

➤ 108.—*Legado puro y simple, a término, bajo condición, con cláusula de no enajenar, de deuda, de crédito, de liberación de alimentos.*

Los legados, como todos los actos jurídicos, están sujetos a diversas modalidades. Así, pueden ser: puro y simple, a término, bajo condición, con cláusula de no enajenar, de deuda, de crédito, de liberación, de alimentos, con cargo y de reconocimiento de deudas.

Legado puro y simple es aquel que no está sujeto a ninguna condición, plazo o cargo.

Ejemplo: Lego a Juan la suma de 10.000 pesos. Juan



no tiene más que reclamar el legado, y el heredero debe entregárselo.

El legado es a término cuando está subordinado al transcurso de cierto tiempo. El término puede ser cierto o incierto.

Legado a término cierto: Lego a Juan la suma de 10.000 pesos, que se le entregarán dos años después de mi fallecimiento. A término incierto: Lego a Juan la suma de 10.000 pesos, que se le entregarán cuando muera su curador.

Legado condicional es aquel que está subordinado a un acontecimiento incierto y futuro. La condición puede ser suspensiva o resolutoria.

Si se trata de condición suspensiva, corresponde hacer una distinción: según que sea impuesta al legado mismo o cumplimiento, es decir a su adquisición o a su ejecución. Si lo primero, el legado no se adquiere sino desde el momento del cumplimiento de la condición. Lego 10.000 pesos a Pedro para cuando haga su viaje a Europa. Fallecido el causante, la condición está pendiente y el legatario no tiene ningún derecho adquirido sobre el legado. Si fallece antes de que la condición se cumpla, el legado caduca y se pierde para sus herederos. En este sentido el artículo 3.771 establece que los legados subordinados a una condición suspensiva o a un término incierto no son adquiridos por los legatarios sino desde que se cumple la condición o desde que llegue el término. Esta disposición se refiere a condición suspensiva y término incierto; y es que el término incierto, como lo dice la nota respectiva, en los legados equivale a una condición que hace condicional el legado.

Pero la condición suspensiva o el término incierto puede ser impuesto a la ejecución o entrega del legado. Dejo 10.000 pesos a Juan, para que se le entreguen cuando sea mayor de edad. El legatario adquiere el legado desde la muerte del testador, y lo que está deferido es solamente el cumplimiento, la entrega material que debe hacer el heredero. Si pendiente la condición fallece el legatario, el legado pasa a sus herederos, lo que no ocurre en el caso anterior, en que vuelve a la masa



hereditaria. Si una condición suspensiva o un término incierto es puesto, no a la disposición misma, sino a la ejecución o pago del legado, éste debe considerarse como puro y simple respecto a su adquisición y transmisión a los herederos del legatario (art. 3.772).

Es difícil dar reglas precisas respecto de cuándo la condición es puesta al legado mismo o a su ejecución. Son cuestiones de hecho, que debe resolver el juez en cada caso particular. No se pueden aplicar estrictamente las reglas que rigen las obligaciones condicionales. Son instituciones distintas. En la obligación condicional existe un contrato, una contraprestación de valores, mientras que en los legados existe en su origen el propósito de hacer una liberalidad. En caso de duda ¿podrá aplicarse el principio que rige en las obligaciones, de que debe estarse a favor del deudor? No; en los legados es a la inversa: en caso de duda hay que estar a favor del acreedor, es decir, del legatario.

El legatario bajo una condición suspensiva o de un término incierto puede, antes de llegar el término o la condición, ejercer los actos conservatorios de su derecho (art. 3.773).

En cuanto a la condición resolutoria o término cierto, siempre lo es a la adquisición del legado.

Por ejemplo: Dejo esta casa a Juan y este legado se resolverá si llega tal persona de Europa antes de los dos meses de mi fallecimiento. El legatario adquiere el legado desde la muerte del testador, pero sujeto siempre a la condición resolutoria o plazo cierto.

El legado de no enajenar es aquel en que, como su nombre lo indica, se ordena la entrega de una cosa al legatario, pero con la obligación de que no la enajene.

Si se lega una cosa con la calidad de no enajenarla y la enajenación no compromete ningún derecho de tercero, la cláusula de no enajenarse se tendrá por no escrita (art. 3.781).

La ley prohíbe la imposición de la cláusula de no enajenar, basándose en el hecho de que perjudica las transacciones e inmoviliza la propiedad. Y hace una distinción: si se trata



de un legado simple, con cláusula de no enajenar, en términos absolutos, el legado será válido, pero la cláusula se tendrá por no escrita, porque en el fondo se vendría a constituir un fideicomiso. Pero el Código, en el artículo 2.613 dice: Los donantes o testadores no pueden prohibir a los donatarios o sucesores en sus derechos, que enajenen los bienes muebles o inmuebles que les donaren o dejaren en testamento, por mayor término que el de diez años.

Combinando ambos artículos, debemos concluir que la cláusula de no enajenar puede imponerse siempre que no exceda de diez años.

Pero si la cláusula de no enajenar es puesta en términos absolutos, ¿vale por los diez años o se tiene por no escrita? El principio es que la cláusula es nula y no vale ni por los diez años. Sin embargo, supóngase que se dice: Legó a Juan mi casa de la calle Bolívar, con la obligación de que no la enajene por el término de 15 años. En este caso, ¿la cláusula vale por diez años? Los autores resuelven la cuestión sosteniendo que como aquí se fija un término relativo, limitado a determinado lapso de tiempo, la cláusula vale hasta la concurrencia del término que la ley fija, es decir, hasta los diez años.

Puede presentarse, no obstante, el caso de que el legatario esté obligado a respetar la cláusula de no enajenar por mayor tiempo que el de diez años. Tal ocurre si la enajenación compromete el derecho de tercero. Supóngase que una persona celebra un contrato de compra de un negocio o de una finca, obligándose respecto del vendedor a no enajenarla durante el término de veinte años. ¿Es válida o no esta cláusula en materia contractual? Es válida, como obligación personal, y generalmente en este sentido se estipulan cláusulas penales para los casos de violación del contrato. En este caso, en que la enajenación compromete el derecho de un tercero, la cláusula de no enajenar será válida en cuanto a ese derecho de tercero se refiera.

➤ El legado de deuda consiste en la disposición testamentaria en virtud de la cual el testador lega a su acreedor lo que



le adeuda. Parecería un legado curioso, pero tiene su explicación, y consiste en que en esta forma le suministra un elemento de prueba para el cobro de su crédito. Más aún: el acreedor puede reclamar el legado como legado, en tanto que, en calidad de crédito está supeditado a la prueba requerida en los juicios ordinarios.

Conexionado con el legado de deuda se encuentra el de liberación; tal sería si una persona a quien le adeudan 1.000 pesos lega esta cantidad a su propio deudor. Viene a hacerle clara y terminantemente liberación de la deuda. En este sentido la ley establece que legado el instrumento de la deuda, ésta se entiende remitida; legada la cosa tenida en prenda, se entienden también remitida la deuda, si no hay documento público o privado de ella; si lo hubiese y no se legase, se entiende sólo remitido el derecho de prenda (art. 3.782).

El legado de la deuda hecho a uno de los deudores solidarios, si no es restringido a la parte personal del legatario, causa la liberación de los codeudores (art. 3.784).

El legado hecho al deudor principal libra al fiador, mas el legado hecho al fiador no libra al deudor principal (artículo 3.785).

En cuanto al legado de un crédito a favor del testador, comprende sólo la deuda subsistente y los intereses vencidos a la muerte del testador. El heredero no es responsable de la insolvencia del deudor. El legatario tiene todas las acciones que tendría el heredero (art. 3.786). Lego a Juan la suma de 1.000 pesos que me debe mi sobrino Antonio. En realidad vendría a ser una cesión. Todos los derechos que el testador tenía pasan al legatario.

Por último, tenemos el legado de alimentos, que presenta varias modalidades.

El testador puede legar una cantidad determinada para alimentos, en cuyo caso el heredero cumple entregando esa cantidad y con ese objeto. En este caso, la característica del legado de alimentos consistiría en que, una vez que el testador ha puesto la cláusula de que es para alimentos, no puede ser embargado por los acreedores del beneficiado, ni puede ser





cedido a éstos. Es un legado eminentemente personal; de lo contrario, estaría en las mismas condiciones que el legado puro y simple.

Puede el testador también ordenar simplemente al heredero que pase una pensión alimenticia a tal persona. Este sería un legado de alimentos, sin especificación de cantidad determinada. En este caso ¿qué comprende el legado? El legado de alimentos comprende la instrucción correspondiente a la condición del legatario, la comida, el vestido, la habitación, la asistencia en las enfermedades hasta la edad de diez y ocho años, si no fuese imposibilitado para poder procurarse los alimentos. Si lo fuese, el legado durará la vida del legatario (art. 3.790).

En la hipótesis enunciada de que el testador no indique cantidad determinada, el heredero no sabe cuál es la suma que debe entregar. Corresponde entonces al juez fijar la pensión alimenticia, para lo cual debe tener en cuenta el caudal hereditario y la vinculación que el legatario tenía con el causante.

El legado de alimentos puede ser hecho a persona menor o mayor de edad. Si lo primero, vale hasta los diez y ocho años. Si lo es a una persona mayor, la ley no expresa nada ni indica término alguno al respecto.

¿Cuándo cesa la obligación de prestar alimentos?

Si se trata de un legado con el carácter de alimenticio, cesa cuando el beneficiado tenga bienes propios para atender a su subsistencia, o la edad necesaria para poder ganarse la vida, siempre que durante el transecurso del cumplimiento del legado el heredero se aperciba de que el beneficiado tiene medios para vivir o puede tener la aptitud de conseguirlos. La razón es que el legado de alimentos tiene el carácter de liberalidad para satisfacer una necesidad: una vez subsanada ésta, desaparece aquélla.

El legado de alimentos, aun fijado por el juez, no tiene carácter de permanencia ni en cuanto a su cantidad ni en cuanto a su cumplimiento. Si varían las condiciones económicas del país y resulta que la vida es más cara, el legatario



puede acudir al juez pidiendo aumento de la pensión. En el caso contrario, en que se produzca un abaratamiento de la vida, es el heredero quien puede, a su vez, hacer igual solicitud en el sentido de una disminución. De modo que las resoluciones que se toman en materia de legados alimenticios no tienen el carácter de cosa juzgada; siempre puede volverse sobre la resuelto y abrir la discusión.

¿Puede el heredero pretender suministrar los alimentos en especie?

El Código impone la obligación de entregar lo necesario para la instrucción, alimentos, vestidos, etc., de la persona necesitada. Pero puede ocurrir que el heredero pretenda que el beneficiado viva con él; ¿puede hacerlo? La ley no lo admite, porque quiere que el beneficiado tenga la necesaria independencia para poder invertir la suma que se le designa en la forma que crea conveniente. Además pueden crearse situaciones molestas, tanto para el heredero como para el beneficiado, por la convivencia de ambos.

➤ 109.—*Legado con cargo.—Disposiciones que lo rigen.*

En el legado con cargo existen en realidad dos beneficiados: uno directamente—beneficiado principal—y el otro subsidiariamente, beneficiado accesorio.

Por ejemplo: Lego la suma de 10.000 pesos a mi sobrino Pedro, con el cargo de que pague la hipoteca que grava la finca de su hermano Antonio.

El legado de 10.000 pesos corresponde a Pedro, pero una vez que lo reciba deberá separar y entregar la suma necesaria para el pago de la hipoteca de su hermano Antonio. Los beneficiados son, pues, dos: el legatario y el beneficiado por el cargo.

¿Quién tiene acción para reclamar el cumplimiento del cargo impuesto al legado? ¿Puede el heredero pretender entregar el legado con deducción de la parte correspondiente al cargo, para cumplirlo él mismo? No puede; la acción para reclamar el cumplimiento del cargo corresponde al respectivo beneficiado, por aplicación del principio general de que



sin interés no hay acción; salvo que el cargo sea en beneficio del mismo testador.

Por ejemplo: Dejo la suma de 20.000 pesos a mi constructor, con cargo de que me erija un mausoleo en el cementerio de La Recoleta. Si el constructor no cumple el cargo, como el testador no puede salir de su tumba para exigirselo, podría quedar sin cumplimiento, de aplicarse el criterio anterior. Pero en este caso la ley admite que el heredero sea quien exija el cumplimiento del cargo, o, en su defecto, pida la revocación del legado.

Los legados hechos con cargos son regidos por la disposición sobre las donaciones entre vivos de la misma naturaleza (art. 3.774).

El principio general en las donaciones con cargo es que no puede obligarse por el cargo, sino con la cosa transmitida. De tal manera que si se trata de un legado de 10.000 pesos hecho a Juan con el cargo de que pague la hipoteca que grava la casa de su hermano Antonio, Juan no responde sino con la cosa transmitida, es decir, con los 10.000 pesos legados.

Sin embargo, cuando estudiemos la caducidad de los legados tendremos ocasión de examinar el artículo 3.805, que dice que después de aceptado el legado, no puede repudiarse por las cargas que lo hicieron oneroso.

#### *- 110.—Reconocimientos de las deudas en los testamentos.*

En el testamento pueden efectuarse reconocimientos de deudas.

Según el artículo 3.788, el reconocimiento de una deuda hecho en el testamento es reputado como un legado mientras no se pruebe lo contrario, y puede ser revocado por una disposición ulterior.

Si el reconocimiento de deuda es hecho a una persona capaz, la cuestión no tiene importancia, porque si bien es reputado como un legado, se trata de una persona apta para recibir por testamento.

Pero la cuestión varía si se trata de persona incapaz para recibir por testamento. Por ejemplo, si el reconoci-

nimiento de deuda es a favor del escribano. Considerándolo la ley como un legado y no pudiendo el escribano recibir por testamento, la disposición es nula.

La finalidad de la ley al establecer este artículo es evitar las simulaciones, en el sentido de que por medio de un reconocimiento de deuda se burle la prohibición de legados a favor de determinadas personas.

Sin embargo, si la persona a cuyo favor se hubiese hecho el reconocimiento de deuda probase la efectividad de esa deuda por documentos fehacientes, el reconocimiento es válido, y en este caso, en realidad el testamento no ha venido sino a dar mayor fuerza a los documentos existentes.

Si el testamento se revoca, el reconocimiento hecho no tiene ningún valor y no puede tampoco invocarse en juicio como principio de prueba. Pero si se anula por un vicio de forma, el reconocimiento vale como principio de prueba por escrito.

---





111. — Adquisición de los legados. Cosas fungibles, no fungibles. Obligación de pedir la cosa. Gastos de entrega del legado. Legado de un predio y edificación posterior. — 112. — Obligación personal de los herederos por el pago de los legados. Garantía de evicción.

*—111.—Adquisición de los legados.—Cosas fungibles, no fungibles.—Obligación de pedir la cosa.—Gastos de entrega del legado.—Legado de un predio y edificación posterior.*

El legado, como toda disposición testamentaria, requiere de parte del beneficiado la manifestación de que lo acepta. Esta manifestación puede ser tácita o expresa. Una vez hecha la manifestación de que se acepta el legado, la cosa queda adquirida; pero es necesario distinguir si se trata de legado de cosa cierta a simplemente de cosa fungible.

El legatario de cosa cierta y determinada es propietario de la cosa desde la muerte del autor de la sucesión; es decir, que la transmisión de la propiedad se opera en el mismo momento en que fallece el causante.

En consecuencia, nacen para el legatario dos acciones:

a) Acción contra la sucesión y contra los herederos para la entrega inmediata de la cosa.

b) Si la cosa está en poder de un tercero, el legatario puede entablar la acción reivindicatoria como propietario de la cosa. Esta acción se sustancia con la intervención del heredero, porque éste puede tener interés en alegar la nulidad de los legados, o su revocación o caducidad.



El legatario de cosa determinada es propietario de ella desde la muerte del testador y transmite a sus herederos el derecho al legado; los frutos de la cosa le pertenecen y su pérdida, deterioros y aumentos son de su cuenta. Esta disposición se aplica a los legados hechos a término cierto o con una condición resolutoria (art. 3.766).

Si se trata de cosas fungibles, la ley distingue según que la especie se encuentre en la herencia o que haya que tomarla fuera de ella.

Si lo primero y si hay determinación de la cantidad, el heredero debe entregar la cantidad indicada. Si en la herencia existe una cantidad menor, el heredero cumple el legado entregando la cantidad. Si en la herencia no existe cantidad alguna o el testador no se ha referido a lo que se halla en su patrimonio, sino que ha hecho un legado de cosa fungible en general, el heredero debe cumplir el legado adquiriendo las cosas y entregándolas al legatario.

La distinción entre el legado de cosa cierta y el de cosa fungible tiene importancia respecto a las consecuencias de la adquisición misma.

En el legado de cosa cierta y determinada, la cosa perece para su dueño, es decir, para el legatario, en tanto que el de cosa fungible se aplica a la regla general de las obligaciones: el género y la cantidad nunca perecen. El heredero debe adquirir las cosas y entregarlas al legatario: responde de ellas hasta tanto no se haya efectuado la entrega. En cambio, tratándose de cosas ciertas, se consideran del legatario y su pérdida, consumo y deterioro son a su cargo, en cuanto no ocurren por cuenta del heredero.

— El legatario, ¿está obligado a pedir la cosa?

Los legatarios están obligados a pedir la entrega de los legados, aunque se encuentren a la muerte del testador en posesión por un título cualquiera, de los objetos comprendidos en sus legados (art. 3.768).

Exceptuase de la disposición del artículo anterior el legado de liberación. El legatario puede pedir que se le devuelva el título de la deuda si existiere (art. 3.769).

El legatario no puede tomar las cosas por sí mismo;



debe pedirla al heredero, aun cuando tenga la posesión de ella. La única excepción a este principio lo constituye el legado de liberación, porque en este caso se extingue la deuda por la sola acción del testamento, quedando además al deudor el derecho de pedir la devolución del título de la deuda, si existiere.

— Los gastos de entrega de la cosa legada, ¿son a cargo de la sucesión? Lo son únicamente los que se refieren a la entrega material de la cosa; no los gastos de representación que tenga que hacer el legatario para ocurrir a los tribunales reclamando la cosa: éstos son a su cargo, a menos que en caso de controversia el juez resuelva imponer las costas a la sucesión, por negarse injustamente a la entrega o por haberse constituido en mora.

El impuesto que las leyes fiscales establecen sobre los legados, ¿por quién debe ser pagado? ¿Puede ser considerado como gasto de entrega? En realidad grava la cosa transmitida y, por lo tanto, al legatario y no a la sucesión. El heredero cumple con depositar el legado a la orden del juez de la sucesión, para que éste ordene su entrega. El legatario debe acudir al juez reclamando el legado y debe acompañar el sello que determina la ley especial sobre el pago de impuestos a las herencias.

— ¿Qué reglas deben observarse sobre el pago de los legados?

a) Si los bienes de la herencia o la porción de que puede disponer el testador, no alcanzasen a cubrir los legados, se observará lo siguiente: las cargas comunes (gastos y honorarios de inventario, tasación, partición y demás necesarios para la liquidación de la testamentaria), se sacarán de la masa hereditaria, y los gastos funerarios de la porción disponible; en seguida se pagarán: 1º los legados de cosa cierta; 2º los hechos en compensación de servicios, y 3º los de cantidad, distribuyéndose entre éstos, a prorrata, el resto de los bienes o de la porción disponible (art. 3.795).

b) Cuando la sucesión es solvente, los legatarios no son responsables por las deudas y cargas de la sucesión, aunque las deudas hubiesen sido contraídas para la adquisición,



conservación o mejora de la cosa legada (art. 3.796). Esta disposición se refiere al legatario de cosa cierta y determinada, porque los legatarios de parte alícuota están obligados al pago de las deudas, en proporción de lo que recibieren.

— *c)* Cuando la sucesión es insolvente, los legados no pueden pagarse hasta que estén pagadas las deudas (art. 3.797); pero, si la sucesión ha sido aceptada pura y simplemente, los acreedores no pueden conservar su derecho de preferencia sobre los legatarios sino pidiendo la separación de los patrimonios. Si omitieren hacerlo habría una confusión de los bienes de la herencia con los bienes del heredero, y los acreedores y legatarios, acreedores personales del heredero, tendrían derechos iguales contra el deudor común.

— *d)* Todos los que son llamados a recibir la sucesión o una parte alícuota de ella, sea en virtud de la ley, sea en virtud del testamento, están obligados al pago de los legados en proporción a su parte, salvo siempre las legítimas de los herederos forzosos. Los que no son llamados sino a recibir objetos particulares, están dispensados de contribución para el pago de los legados, cualquiera que sea el valor de esos objetos, comparado al de toda la herencia, a no ser que el testador hubiese dispuesto lo contrario (art. 3.798).

#### *Legado de un predio y edificación posterior.*

Supóngase que una persona hace el legado de un terreno baldío. En el transcurso de tiempo que corre desde la confección del testamento hasta su muerte, ha edificado en el terreno. A su fallecimiento resulta que existe un legado de un terreno baldío, pero en él se encuentra un edificio. ¿Esta mejora corresponde al heredero o al legatario? La ley no admite que corresponda al legatario: el testador ha legado un predio, y nada más. Pero no es posible separar el terreno de la construcción. ¿Cómo proceder? Ante la imposibilidad de hecho, corresponde regular la situación en otra forma; y el Código lo hace tomando en cuenta la importancia de los valores respectivos. En este sentido el artículo 3.762 dice: Si la cosa legada es un predio, los terrenos y los nuevos edi-





ficios que el testador le haya agregado después del testamento no se comprenden en el legado; y si lo nuevamente agregado formase con lo demás, al tiempo de abrirse la sucesión, un todo que no pueda dividirse sin grave pérdida, y las agregaciones valiesen más que el predio en su estado anterior, sólo se deberá al legatario, el valor del predio; si valiesen menos, se deberá todo ello al legatario, con el cargo de pagar el valor de las agregaciones, plantaciones o mejoras.

De tal manera que para tomar la cosa en su totalidad, es necesario pagar la diferencia, ya sea por el legatario o por los herederos. En la práctica suelen suscitarse divergencias, en cuyo caso se opta por vender la totalidad de la cosa y distribuir su producido proporcionalmente al valor del terreno y del edificio.

#### *Legado de los muebles de una casa.*

También pueden producirse dificultades en el caso del legado de los muebles que se encuentran en una casa.

Si una persona ordena a su heredero que entregue a su sobrino Antonio todos los muebles de su casa-habitación, ¿qué es lo que ha legado? ¿Todas las cosas que se encuentran en la casa, sin excepción de ninguna especie?

El Código dice en el artículo 3.763: Si se lega una casa con sus muebles o con todo lo que se encontrase en ella, no se entenderán comprendidos en el legado sino los muebles que formen el ajuar de la casa y que se encuentren en ella.

¿Qué se entiende por ajuar de una casa? Es una cuestión de hecho, que debe ser resuelta por el juez. En principio, por ajuar de una casa no se entienden sino aquellas cosas comunes y ordinarias que sirven al destino mismo de la casa: los muebles de las habitaciones, los utensilios, etc. Pero si se encuentra una colección de cuadros muy valiosos, ¿se entenderán comprendidos en el legado, a título de formar parte del ajuar de la casa? No deben considerarse en esa calidad, porque vienen a constituir un agregado, independiente del moblaje de la casa. Como se ha dicho, se trata de una cuestión de hecho, en que no es posible dar reglas fijas.



### *Legado de una hacienda.*

Si se trata del legado de una hacienda de campo, sin especificaciones, el artículo 3.763 dice que no se entenderá que el legado comprende otras cosas que las que sirven para el cultivo y beneficio de la hacienda y que se encuentran en ella. Es decir, aquellos útiles necesarios para la explotación del establecimiento: esto y nada más, porque de lo contrario el testador debió haber hecho una enumeración amplia y taxativa de lo que quería se entregara.

### *Legado a los parientes.*

Puede ofrecer algunas dificultades el legado hecho a los parientes.

Si se dice: lego la suma de diez mil pesos a mis parientes, ¿a qué parientes ha querido referirse?

Lo que se legue indeterminadamente a los parientes, se entenderá legado a los parientes consanguíneos del grado más próximo, según el orden de sucesión ab intestato, teniendo lugar el derecho de representación. Si a la fecha del testamento hubiese habido un solo pariente en el grado más próximo, se entenderán llamados al mismo tiempo los del grado inmediato (art. 3.791).

La ley se refiere a los parientes de grado más próximo en la sucesión ab intestato, y no a todos los parientes. Es decir, que si existen parientes de tercero, cuarto y quinto grados, el legado no es a todos ellos, sino a todos los parientes de tercer grado, que son los más próximos. Pero si en el grado más próximo no existe sino un sólo pariente, como el testador habla en plural, deben entenderse también los del grado inmediato.

### *Legado por anualidades.*

El legado por anualidades puede suscitar la cuestión de saber cuándo se adquiere. Si es legada una cantidad determinada—dice el art. 3.793,—para satisfacerla en tiempos es-



tablecidos, como en cada año, el primer término comienza a la muerte del testador y el legatario adquiere el derecho a toda la cantidad debida por cada uno de los términos, aunque sólo haya sobrevivido al principio del mismo término.

En los legados anuales o a términos designados hay tantos legados como años o términos. Una sola prescripción no puede extinguirlos: son necesarias tantas prescripciones, como haya años o términos (art. 3.794).

#### *Legado de beneficencia.*

En el caso de legado de beneficencia, puede suceder que no se indique la cuota, y entonces se produce la cuestión de saber cómo ha de ser determinada. Es una especie de legado indeterminado, que estrictamente debería ser nulo. Pero la ley lo declara válido, dado el propósito de beneficencia que ha animado al testador; y en este sentido establece que se determinará como cuestión de hecho. Si el legado se destinase a un objeto de beneficencia, dice el artículo 3.792, < sin determinarse la cuota, cantidad o especie, éstas se determinarán conforme a la naturaleza del objeto y a la parte de los bienes disponibles por el testador.

#### *- 112.—Obligación personal de los herederos por el pago de los legados.—Garantía de evicción.*

El legatario tiene dos acciones para el cumplimiento del legado: una personal, que se refiere al pago del legado, cuando la acción va dirigida contra el heredero; y la otra, real, que aprovecha exclusivamente a los legatarios de cosas ciertas, cuando el bien ha salido de poder del heredero y se encuentra en manos de terceros.

¿Qué consecuencias derivan de la acción personal que tienen los legatarios contra el heredero?

Los herederos están obligados personalmente al pago de los legados en proporción de su parte hereditaria, pero son solidarios cuando la cosa legada no admite división (art. 3.776).



La primera parte se aplicará cuando se haya aceptado la herencia pura y simplemente. el heredero responderá *ultra vires hereditatis*. Si la aceptación es bajo beneficio de inventario, responderá solamente con los bienes transmitidos: *intra vires hereditatis*.

Pero es necesario hacer una distinción: según haya o no herederos forzosos.

Si existen herederos forzosos, la ley establece que en todos los casos debe ser salvada su legítima. El testador no puede imponer gravamen ni carga alguna sobre esa legítima. Si el patrimonio es de 100.000 pesos, y quedan descendientes, únicamente de 20.000 pesos, es decir, de la quinta parte, puede hacer uso el testador.

Si no existen herederos forzosos, las liberalidades hechas por el testador se cumplen sobre la totalidad de los bienes que se encuentren en la época del fallecimiento, y aun cuando no quedara nada para el heredero. Más aún: responde con sus bienes propios por el pago de los legados, cuando ha aceptado la herencia pura y simplemente.

Esta disposición proviene del derecho romano, y ha subsistido exclusivamente por respeto a la tradición. Pero en la actualidad no existe ninguna razón jurídica que explique que el heredero puede ser obligado a pagar con sus propios bienes los legados hechos por el causante. Es que la ley no puede obligar a nadie a que sea donante contra su propia voluntad. Tal ocurriría en el caso de una persona que ha aceptado una herencia insolvente. No hay ningún principio jurídico ni filosófico que fundamente que esa persona, que no tiene vinculación jurídica con otra designada por el testador, pueda ser obligada a entregarle sus bienes sin que haya de su parte una contraprestación.

En nuestra ley existe la limitación de la aceptación bajo beneficio de inventario. Pero el principio general debió ser que no se responde de las liberalidades hechas por otra persona, sino con los bienes que le han sido transmitidos. Como única excepción podría aceptarse la responsabilidad personal cuando existiera dolo, fraude u ocultación de los bienes de la herencia.



Tan es cierto que ese es el principio del derecho moderno, que en la vida práctica nadie se preocupa de hacer efectivo un legado sobre los bienes propios del heredero. Es ilógico pretender responsabilizar directamente a quien no tiene parte alguna en la designación del beneficiado.

Si la cosa legada es divisible y ha perecido por hecho o culpa de uno de los herederos, sólo responde del legado el heredero por cuya culpa o hecho se ha perdido la cosa (art. 3.777).

Si, legado un cuerpo cierto, por efecto de la partición hubiese sido comprendido en el lote que le hubiere correspondido a uno de los herederos, los otros continuarán, sin embargo, obligados al pago del legado, sin perjuicio de la acción del legatario para perseguir por el total de la cosa a aquel a quien se dió en su lote (art. 3.778).

En cuanto a la responsabilidad de los herederos o de las personas encargadas del cumplimiento de los legados, el artículo 3.779 establece que responden al legatario de los deterioros o pérdida de la cosa legada y de sus accesorios, ocurridos posteriormente a la muerte del testador, sea por su culpa o haberse constituido en mora de entregarla, a menos que en este último caso las pérdidas o los deterioros hubiesen igualmente sucedido aun cuando la cosa legada hubiese sido entregada al legatario.

#### *Garantía de evicción.*

El legatario de cosa cierta no tiene derecho a la garantía de la evicción; pero si el legado fuese de cosa indeterminada en su especie o de dos cosas legadas bajo alternativa, sucedida la evicción puede demandar la otra cosa de la especie indicada o la segunda de las cosas comprendidas en la alternativa (art. 3.780).

El artículo comprende tres hipótesis:

1° El legado de cosa cierta. En este caso el heredero no responde por la evicción, porque se trataría de un legado de cosa ajena, que según el artículo 3.752 es de ningún valor.

2° El legado de cosa indeterminada en su especie, dice



el artículo. Esta expresión es errónea, porque un legado de esa naturaleza, como si se dijese "lego veinte animales", sería de ningún valor. En realidad, el Código se refiere al legado de una cosa indeterminada, pero comprendida en algún género o especie determinada por la naturaleza, hipótesis prevista en el art. 3.756.

El Digesto trae este ejemplo: "si el heredero encargado de daros un esclavo, en general, os da el esclavo Sticus, y os es quitado por la evicción, Labeón piensa que conserváis contra el heredero la acción testamentaria, porque no os ha dado un esclavo al entregaros uno que no podéis conservar".

... 3ª El legado de dos cosas bajo alternativa. Si ocurre la evicción de la entregada, el legatario puede reclamar la que queda en poder del heredero, porque ambas estaban afectadas al cumplimiento, y si una de ellas desaparece sin culpa del legatario, le es debida la otra.

---



113. — Repudiación de los legados. Presunción de la ley. Cargas que lo hagan oneroso. Renuncia: expresa, tácita, por partes.

*113.—Repudiación de legados.—Presunción de la ley.—Cargas que lo hagan oneroso.—Renuncia: expresa, tácita, por partes.*

Los legados están sujetos al mismo principio que rige la herencia: pueden aceptarse o repudiarse. Pero en esta parte el Código sienta algunas reglas generales aplicables únicamente a los legados. En este sentido establece que el legado se presume aceptado mientras no conste que ha sido repudiado (art. 3.804).

En materia de aceptación o repudiación de herencia no hay presunción legal, en tanto que en lo que respecta a los legados, la ley presume la aceptación.

La aceptación y la renuncia no están sujetas a formas expresas. Tanto una como otra pueden manifestarse en forma tácita. Puede renunciarse tácitamente un legado. Así, cuando el heredero comunica, a título de sucesor y como dueño de todas las cosas transmitidas, que va a vender la cosa legada, si el legatario no manifiesta disconformidad, ni protesta, y guarda silencio, el legado se entiende repudiado, aun cuando no haya hecho manifestación expresa de que renuncia.

El legatario que renuncia, ¿puede en todo tiempo retirar su renuncia y manifestar su aceptación? Únicamente puede



retirar la renuncia mientras no ha intervenido un acto de partición entre los herederos (art. 3.806). Esta disposición no puede tomarse en un sentido absoluto. Aunque no exista un acto de partición, si el legatario ha renunciado, y esta renuncia ha sido aceptada por los herederos a quienes aprovecha, aquél no puede volver sobre la renuncia. Si existiendo partición, la cosa legada no ha sido comprendida en ella, el legatario puede retractar su renuncia y reclamar el legado.

No puede repudiarse una parte del legado y aceptarse otra. Si hubiese dos legados al mismo legatario, de los cuales uno fuese con cargo, el legatario no podrá aceptar el legado libre y repudiar el otro (art. 3.807).

¿Cuál es la razón de esta disposición legal?

Si una persona lega 10.000 pesos, ¿por qué no ha de poder el legatario aceptar 5.000 y repudiar los otros 5.000?

La ley no lo permite, sin ser ello una regla verdaderamente jurídica. Ha seguido la tradición romana, según la cual, *legatarius pro parte repudiare non potest*.

Por lo tanto, se acepta el legado en el todo o no se lo acepta.

Esta disposición no tiene razón de ser en el derecho moderno. Ningún inconveniente habría en permitir que el legatario pudiera aceptar solamente parte del legado. La regla de la segunda parte del artículo, según la cual, “si hubiese dos legados al mismo legatario, de los cuales uno fuese con cargo, el legatario no podrá aceptar el legado libre y repudiar el otro”, exige que haya unidad en los dos legados que no permita separarlos, porque de lo contrario no tendría razón de ser la disposición.

El legado con cargo ha suscitado una cuestión interesante.

El artículo 3.774 establece que los legados hechos con cargas son regidos por la disposición sobre las donaciones entre vivos de la misma naturaleza.

En las donaciones, el principio dominante es que se responde por las cargas únicamente con la cosa transmitida.

El artículo 1.854 establece que el donatario responde sólo del cumplimiento de los cargos con la cosa donada, y no





está obligado personalmente con sus bienes. Puede sustraerse a la ejecución de los cargos abandonando la cosa legada, y si ésta perece por caso fortuito, queda libre de toda obligación.

Pero el artículo 3.805 dispone que después de aceptado el legado, no puede repudiarse por las cargas que lo hicieran oneroso.

¿Hay contradicción entre estos dos artículos? ¿cuál de los dos debe primar?

El principio jurídico en las donaciones es que entregada la cosa con obligación de cumplir un cargo, la obligación alcanzará al valor de la cosa transmitida. En los legados el mismo principio debe primar. La donación se distingue del legado en que es hecha por contrato, en tanto que éste lo es por testamento. Pero ambos tienen un carácter esencial y común: son liberalidades. De ahí que el artículo 3.774 es correcto al establecer que los legados con cargos son regidos por las disposiciones sobre las donaciones entre vivos. Más adelante, sin embargo, aparece el artículo 3.805 con una disposición contradictoria, en virtud de la cual se responde por las cargas, sea cual fuere su valor, una vez aceptado el legado.

Algunos autores sostienen que el principio del artículo 3805 constituye la excepción.

La explicación a la contradicción entre los dos principios legales enunciados se hallará recurriendo a la nota del artículo 3.805. La disposición tiene por fuente a Troplong, quien reconociendo la justicia de la regla general, decía que ella no se aplicaba cuando el legatario por afección había estimado la cosa legada en mayor valor que la carga impuesta, pudiendo en ese caso ser forzado a cumplirla, sin poder repudiar el legado. Sólo en un caso así, extraordinario, en que hay una manifestación de voluntad del legatario para obligarse personalmente, puede primar el artículo 3.805 sobre el artículo 3.774.



114. — Caducidad de los legados. Muerte del legatario. Condición suspensiva o término incierto. — 115. — Legado al título de la persona. Caducidad cuando perece la cosa.

*114.—Caducidad de los legados.—Muerte del legatario.—Condición suspensiva o término incierto.*

El legado puede quedar sin efecto por ministerio de la ley. Es lo que se designa con el nombre de caducidad del legado.

¿Cuándo ocurre la caducidad?

Puede tener lugar por dos motivos, que se refieren a las personas o a las cosas.

El legado caduca con relación a las personas:

a) Por muerte del legatario antes que el testador (artículo 3.799).

Si Juan en su testamento hace un legado de 10.000 pesos a Pedro y éste fallece antes que el testador, el legado caduca y los herederos de Pedro no pueden recibirlo.

b) Si la ejecución del legado está subordinada a una condición suspensiva o a un término incierto y el legatario muere antes del cumplimiento de la condición o del vencimiento del término (art. 3.799).

La disposición legal cuando se refiere a la *ejecución* debe interpretarse en el sentido de que la condición o el término incierto son puestos a la existencia del legado y no a su pago,



porque en este caso rije el artículo 3.772. Aubry y Rau hacen la distinción diciendo: cuando la condición o término incierto son impuestos al legado mismo, no se adquiere el legado, sino desde el cumplimiento de la condición o vencimiento del término; pero si son impuestos a la ejecución o pago del legado, éste se reputa puro y simple, respecto de su adquisición y transmisión a los herederos del legatario.

También caduca el legado cuando falte la condición suspensiva a que estaba subordinado (art. 3.802).

En ciertos casos el legado no caduca, como ocurriría si la disposición es hecha a una persona y a sus herederos. En este caso la muerte de esa persona antes de las épocas designadas, no causa la caducidad del legado y éste pasa a sus herederos (art. 3.800).

—Lo mismo ocurrirá, como enseñan Aubry y Rau, en el caso de que la voluntad del testador de comprender a los herederos del legatario resulte claramente expresada, sea de la forma y términos de la disposición, sea de las cláusulas del testamento, porque la ley no exige palabras sacramentales, sino que trata, en definitiva, de intepretar cuál fué la intención del testador.

115.—*Legado al título de la persona.—Caducidad cuando perece la cosa.*

Otro caso en que el legado no caduca ocurre cuando lo es al título o a la cualidad de la persona.

La muerte del legatario antes de las mismas épocas no causa la nulidad del legado, si éste hubiere sido hecho al título o a la cualidad de que el legatario estaba investido, más que a su persona (art. 3.801).

A este respecto debe distinguirse entre el legado exclusivo al título y el legado al título nombrando.

Por ejemplo: Lego la suma de 10.000 pesos al intendente municipal de Buenos Aires, con el cargo de hacer tales obras. Este legado dura toda la vida del testador, salvo revocación



expresa del mismo. A su muerte, cualquiera que sea el intendente municipal, se le entregará el legado.

La dificultad se presenta cuando no se sabe si el legado es hecho al título o a la persona: Lego 10.000 pesos al canónico García, deán del Cabildo Metropolitano. ¿A quién es hecho el legado? ¿al canónico García o al deán del Cabildo Metropolitano? Si muere García, ¿el legado subsiste respecto del nuevo deán? La cuestión es difícil. Los autores dicen que hay que estar a favor de la persona y en contra del título, especialmente si existen antecedentes que indiquen que el causante tenía alguna vinculación o razón de afección con el legatario. Suele ocurrir que muchas personas nombran a sus parientes y amigos con todos los títulos que poseen, pero estas enunciaciones son meramente accesorias y no demuestran intención de beneficiar al título o cargo, sino a la persona que actualmente lo desempeña.

Demolombe aconseja se investigue la voluntad del testador.

El legado caduca también: 1º Cuando la cosa perece antes de la muerte del testador, sea o no por hecho del testador o por caso fortuito. La expresión “perecer” está tomada en su sentido amplio. Así, la enajenación de la cosa, sea por título oneroso o gratuito, produce la caducidad del legado. La transformación de la misma, como si la lana se convierte en paño o el trigo en harina, hace desaparecer la liberalidad, pero si se lega una finca y el edificio se destruye, el legado no caduca, porque la construcción es un accesorio, y la especie principal, el terreno, subsiste. 2º Cuando la cosa perece después de muerto el testador y antes de llegada la condición, por caso fortuito (art. 3.803).

---



116. — Derecho de acrecer. Cuándo tiene lugar. Requisitos. — 117. —  
Conjunción re, re et verbis. verbis tantum. Voluntad del testa-  
dor. Cargas impuestas al legado con relación al acrecimiento.

— 116.—*Derecho de acrecer.—Cuándo tiene lugar.—Requisitos.*

Toda persona puede disponer de sus bienes por testamento en dos formas: instituyendo herederos o haciendo legados.

Si instituye herederos, éstos vienen a ser los continuadores de la persona del difunto y reciben todo su patrimonio. Cualquiera sea su número, la falta de uno de ellos hace que toda la herencia corresponda a los demás. En la institución hereditaria, el llamamiento de las distintas personas a la herencia, lo es al mismo tiempo por la totalidad con relación a cada una. Si una persona instituye como herederos a Juan, Pedro y Diego, el llamamiento de cada uno de ellos es hecho a la universalidad de todos los bienes. Si a la muerte del causante sólo existe Juan, éste recibirá la totalidad de la herencia.

Cuando el testador dispone de su patrimonio por medio de legados, el llamamiento a los bienes está particularizado con relación a cada uno de los legatarios. A Juan le da la casa de la calle Belgrano, a Pedro todos sus bienes muebles, a Enrique las haciendas. De manera que no hay unidad entre ellos, como ocurre en la institución hereditaria.



Cuando la institución testamentaria es a base de legados, el derecho crea una institución especial con el nombre de *derecho de acrecer*, para colocar a los legatarios en situación semejante a la de los herederos. El legatario viene a tener la posibilidad de recibir la totalidad de las cosas, que según el testamento debía distribuirse entre dos o más personas.

El derecho de acrecer no tiene lugar sino en las disposiciones testamentarias (art. 3.810).

La teoría del acrecimiento es propia y exclusiva del derecho testamentario. No hay acrecimiento en los contratos. Si se entregan los bienes a dos personas y éstas los aceptan, ya quedan individualizados, y al fallecimiento de una de ellas pasan a sus herederos. Si el contrato no llega a formarse, los bienes continúan en el patrimonio de la persona y no hay posibilidad de que aumenten o disminuyan las partes de los contratantes. En cambio, en el derecho hereditario, en materia de legados la institución es distinta. El legatario puede aumentar su parte según sea el llamamiento hecho por el testador.

El Código define el derecho de acrecer, refiriéndolo tanto a los herederos como a los legatarios. Pero, en realidad no se aplica a los herederos, porque es distinta la institución de unos y otros. El heredero es llamado al conjunto de todos los bienes, mientras que el legatario lo es a una porción de ellos y por la voluntad expresa del testador.

El derecho de acrecer es el derecho que pertenece, en virtud de la voluntad presunta del difunto, a un legatario o heredero de aprovechar la parte de su colegatario o de su coheredero, cuando éste no recoge art. 3.811).

De acuerdo con esta definición, podemos sentar que los requisitos exigidos para que exista derecho de acrecer, son:

1º Unidad en la cosa.

Con esto se quiere significar que el llamamiento que haga el testador a varias personas debe ser sobre un mismo objeto o sobre una parte determinada de la herencia. Si el testador dice: Lego mi casa de la calle Belgrano a Juan, y después: Lego mi casa de la calle Bolívar a Enrique, estos dos legados



están completamente separados, no hay ninguna unidad entre ellos, porque se trata de dos cosas diferentes. Pero si el testador dice: *Lego mi casa de la calle Bolívar a Juan y a Pedro*, hay unidad en el llamamiento, por medio de la cosa. Esta unidad es uno de los requisitos esenciales del derecho de acrecer.

— 2° Pluralidad en las personas.

Es decir, que varias personas sean llamadas a disfrutar de la misma cosa.

Supóngase que el testador dice: *Lego mi casa de la calle Bolívar a Pedro*. Aquí hay otro legatario, luego es imposible que exista derecho de acrecer.

— 3° Que no haya asignación de parte.

De lo contrario la unidad que requiere el derecho de acrecer desaparece. Tal ocurriría si el testador dijera: *Lego mi casa de la calle Bolívar por mitades a Juan y a Pedro*. No hay unidad, porque está separada la parte que le corresponde a Juan de la que le corresponde a Pedro.

El derecho de acrecer presenta la particularidad de que no es una institución de orden público. El testador tiene amplia libertad para establecerlo cómo y cuándo quiera, aun contra las disposiciones de la ley que únicamente son supletorias de su voluntad. Y así puede decir: *En este caso existiría el derecho de acrecer, aunque la ley exprese que no lo hay*. Es que la disposición legal subsiste solamente en el caso de que supla la voluntad del testador. Si el testador haciendo un legado, que, según las disposiciones del Código, debiese ser reputado hecho conjuntamente, hubiera prohibido todo acrecimiento, o si haciendo un legado que no sea hecho conjuntamente, hubiere establecido el derecho de acrecer entre los colegatarios, su disposición debe prevalecer sobre las disposiciones de este título (art. 3.819).

En definitiva, lo esencial en el derecho de acrecer, es interpretar la voluntad del causante: saber si su intención ha sido llamar al todo de la cosa a los legatarios, y para ello deben cumplirse cuatro condiciones:

— a) Que existan varios colegatarios.



- b) Que uno de ellos no recoja su parte.
- c) Que el legado tenga el mismo objeto.
- d) Que el llamamiento sea conjunto.

—117.—*Conjunción re, re et verbis, verbis tantum.*—*Voluntad del testador.—Cargas impuestas al legado con relación al acrecimiento.*

¿Cómo puede hacer el testador el llamamiento de varias personas a una cosa, de manera que haya la unidad que presuponga su intención de que el acrecimiento se produzca?

Los romanos decían que para que el acrecimiento se produjera era necesario (una conjunción), es decir, una unidad en el legado, que podía derivar de la cosa, de las palabras usadas por el testador, o de ambas conjuntamente. Agrupaban las conjunciones en tres categorías: *re, re et verbis, y verbis tantum*.

Las disposiciones del derecho romano sirven de fundamento al título de nuestra ley que trata del derecho de acrecer. Las tres conjunciones romanas están comprendidas en los distintos artículos legales. Examinémoslas.

*Conjunción re tantum.*—La disposición testamentaria es reputada hecha conjuntamente, cuando el mismo objeto es dado a varias personas, sin asignación de la parte de cada uno de los legatarios o herederos en el objeto de la institución o legado (art. 3.813).

Por ejemplo: Lego a Juan mi casa de la calle Belgrano. Y en otra parte del testamento el causante dice: Lego mi casa de la calle Belgrano a Pedro. Resulta que en el mismo testamento hay dos legados referentes a la misma cosa. ¿Cómo ha de interpretarse la voluntad del testador? ¿Corresponde interpretar como válida la última de las dos disposiciones legales? Es un caso de conjunción re, y, por lo tanto, debe entenderse que los legatarios son llamados en conjunto sobre la misma cosa, con derecho de acrecer. Si al fallecimiento del testador no existe el legatario Juan, Pedro recibe toda la cosa. Esa ha sido la voluntad presunta del difunto.





Algunos autores dicen que, propiamente, en la conjunción *re* no existe un derecho de acrecer; que en realidad lo que ocurre, es que la parte del legatario sobreviviente no decrece. Sostienen que no se trata de un *jus accrescendi*, sino de un *jus non decrescendi*. A una persona le han legado toda la cosa, y dentro del mismo testamento se la han legado también a otra. Si ambos viven al fallecimiento del testador, deben dividirla, pero si una de las disposiciones queda invalidada porque el legatario no la acepta o porque ha desaparecido, no es que el derecho del otro legatario haya aumentado, sino que no ha disminuido, desde que él tiene el llamamiento individual a toda la cosa.

La naturaleza de la cosa legada con la conjunción *re* no tiene influencia sobre el legado. Sea o no susceptible de división, la cosa corresponde a los dos legatarios. Si hay imposibilidad física para dividirla, la distribución se hace reduciéndola al denominador común, el dinero, y tomando cada uno la mitad que le corresponde. Es la regla del artículo 3.816: El legado se reputa hecho conjuntamente en todos los casos en que un solo y mismo objeto, susceptible o no de ser dividido sin deteriorarse, ha sido dado en el testamento a muchas personas, sea por disposiciones separadas del mismo acto, o sea por actos diversos.

Este artículo dice “o sea por actos diversos”. El caso es el siguiente: el testador dispone en su testamento que lega su casa de la calle Bolívar a Juan, y luego, en otro testamento hecho algún tiempo después, dice que la deja a Pedro. ¿Habría acrecimiento? No, porque el testamento posterior revoca al anterior, sin necesidad de que haya manifestación expresa de voluntad en ese sentido.

Nuestra disposición difiere de la del derecho francés, en la que el testamento posterior puede concurrir con el anterior en todas aquellas cláusulas que no se le opongan. Y de ahí proviene la cláusula final del artículo 3.816, “o sea por actos diversos”, que en el sistema de nuestra ley no tiene razón de ser, desde que taxativamente está establecido que el testamento posterior revoca el anterior. En un único



caso podría admitirse esa cláusula: si el testador en su segundo testamento confirma las disposiciones del testamento anterior. En este caso, dice la ley, debe reproducirlas, y si se reproducen en realidad no se trata de dos actos separados, sino de uno solo, un nuevo testamento que comprende las disposiciones del anterior.

Puede concluirse que la disposición del artículo 3.816, cuando dice “sea por actos diversos”, no debe ser interpretada en el sentido que lo hacen los autores franceses, sino que corresponde entenderla de acuerdo con nuestros preceptos legales sobre la revocación del testamento.

Conjunción *re et verbis*.—Es la que se produce en virtud de la cosa y de las palabras.

Habrá acrecimiento en las herencias y legados cuando diferentes herederos o legatarios sean llamados conjuntamente a una misma cosa en el todo de ella (art. 3.812).

Por ejemplo: lego mi casa de la calle Bolívar a Juan y a Pedro.

Esta conjunción produce iguales efectos que la anterior: la voluntad del testador está más claramente manifestada.

— Conjunción *verbis tantum*.—Para que exista esta conjunción, es necesario que sea impuesta a la ejecución y no a la adquisición del legado.

La asignación de partes que sólo tenga por objeto la ejecución del legado o la partición entre los legatarios de la cosa legada en común no impide el derecho de acrecer (art. 3.815). Este artículo concuerda con el artículo 3.814: Cuando el testador ha asignado partes en la herencia o en la cosa legada, el acrecimiento no tiene lugar.

Si se dice: Lego mi casa de la calle Belgrano por mitades a Pedro y a Juan, no hay lugar a acrecimiento. Una vez fallecido el *de cuius*, si no existe Juan, Pedro no puede tomar toda la casa.

Si la asignación se refiere a la ejecución o a la partición, la cuestión varía. De acuerdo con el artículo 3.815, los legatarios tendrán el derecho de acrecer. El Código, siguiendo la teoría de Aubry y Rau, distingue según que la asignación sea

re et verbis.  
Cra y...

y...



hecha a la adquisición o a la ejecución o partición. Si lo primero, no hay derecho de acrecer: si lo segundo, sí.

Lego a Juan y a Pedro por mitades mi casa de la calle Belgrano. La asignación de partes es a la adquisición: no hay derecho de acrecer. Lego a Juan y a Pedro mi casa de la calle Belgrano "para que la disfruten por mitades". La asignación de partes es a la ejecución o partición: luego hay derecho de acrecer. El testador ha querido llamar a cada uno de los legatarios a la totalidad de la cosa, y después, como cláusula accesoría ha establecido que deberán disfrutarla por mitades.

No se pueden dar reglas fijas y taxativas en estas cuestiones referentes al acrecimiento, porque su solución depende siempre de la manera como el testador se ha expresado. Son cuestiones de hecho, que los tribunales deben resolver en cada caso particular.

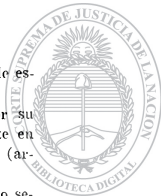
El derecho de acrecer no es una institución de orden público. Por lo tanto, la voluntad del testador prima aun sobre las soluciones de la ley. A esto se refiere el artículo 3.819.

Pueden presentarse también algunas cuestiones respecto de las cargas impuestas al legado en cuanto tengan relación con el acrecentamiento. — — —

Si una persona al hacer su disposición testamentaria sujeta el legado *re* a una carga, y fallece el legatario, ¿debe cumplir el cargo el otro legatario?

Los autores discuten la solución a aplicarse. Por ejemplo: Lego mi casa de la calle Belgrano a Juan con el cargo de que me construya un mausoleo en la Recoleta. Y posteriormente otro legado: Lego mi casa de la calle Belgrano a Pedro. Se produce el fallecimiento del legatario sujeto al cargo. Por la conjunción *re*, su parte acrece al otro legatario. Este, que según el testamento no está sujeto a carga alguna, ¿debe cumplir el cargo?

Algunos autores sostienen que cuando el testador no ha repetido el cargo, no puede ser impuesto al acrecimiento. Nuestro Código no acepta esta teoría. El derecho al acrecimiento impone a los legatarios que quieran recibir la porción caduca



de uno de ellos, la obligación de cumplir las cargas que le estaban impuestas (art. 3.821).

Pero hay una limitación: Si las cargas fuesen por su naturaleza meramente personales al legatario, cuya parte en el legado ha caducado, no pasan a los otros colegatarios (artículo 3.822).

En efecto; pueden imponerse cargas personales, como sería si el testador dice: Lego mi casa de la calle Belgrano a Juan, con obligación de que haga mi retrato y lo coloque en su estudio de pintor. Y después: Lego mi casa de la calle Belgrano a Pedro.

Si Juan fallece, todo el legado irá a Pedro; pero éste no deberá cumplir el cargo, porque es personalísimo y, por lo tanto, cae bajo la disposición del artículo 3.822. El deseo del testador ha sido que el retrato fuera hecho por Juan; es una obligación personal y, por consiguiente, no pasa al colegatario.

¿Acrece el legado de usufructo?

Supongamos que el testador lega el usufructo de su casa de la calle Belgrano a Juan y a Pedro, y la nuda propiedad a Diego.

Pueden presentarse dos hipótesis:

1° Si Juan muere antes de la apertura de la sucesión o renuncia al legado. En este caso todo el usufructo corresponde a Pedro por derecho de acrecer.

2° Juan y Pedro han aceptado el legado. Luego fallece uno de ellos, ¿a quién corresponde la porción que ha quedado vacante?

El Código establece que se consolida con la nuda propiedad, a menos que el testador, expresa o implícitamente, hubiere manifestado la intención de hacer gozar al sobreviviente de la integridad del usufructo (art. 3.818).

¿Cómo se divide la porción vacante entre los colegatarios?

Según nuestra ley, la porción vacante de uno de los colegatarios se divide entre todos los otros, en proporción de la parte que cada uno de ellos está llamado a tomar en el legado (art. 3.820).



Así, por ejemplo: Lego a Juan y Pedro mi casa de la calle Belgrano. Lego a Diego mi casa de la calle Belgrano. Lego a José, Antonio y Ricardo la misma casa.

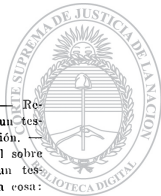
Si fallece Juan, su parte acrece exclusivamente a Pedro, porque la conjunción *re et verbis*, prima sobre la *re tantum*. Ahora, si fallece Diego, su parte se divide en proporción de lo que cada uno de los colegatarios es llamado a tomar en el legado, es decir, que la porción de Diego, no se distribuirá por iguales partes entre los cinco colegatarios restantes, sino que se harán dos partes, una que dividirán entre sí Juan y Pedro, por mitades, y otra que dividirán José, Antonio y Ricardo, por terceras partes.

Los colegatarios a beneficio de los cuales se abre o puede abrirse el derecho de acrecer, lo transmiten a sus herederos con las porciones que en el legado les pertenecen (art. 3.823).

La hipótesis a qué se refiere el artículo es la siguiente: Lego a Pedro mi casa de la calle Belgrano; luego en otra cláusula agrega: lego a Juan mi casa de la calle Belgrano, si tal condición se cumpliera.

Muerto el testador, ambos legatarios manifiestan que aceptan el legado, pero Juan no lo adquiere hasta el cumplimiento de la condición. Fallece entretanto Pedro, pasando la porción que en la cosa le corresponde a sus herederos. Si luego la condición no se cumple, la porción de Juan acrece a los herederos de Pedro.

Como dice Troplong, el acrecimiento no se hace a la persona, sino a la cosa, es decir: que la porción vacante acrece a la ~~porción vacante~~ acrece a la porción recibida; la porción vacante va a buscar a la otra en cualquier mano que se encuentre.



118. — Revocación de testamentos. Forma ordinaria. — 119. — Revocación por matrimonio. — 120. — Confirmación de un testamento nulo por su forma. Retracción de la revocación. — 121. — Destrucción del testamento ológrafo. Rotura del sobre que encierra un testamento cerrado. Destrucción de un testamento por caso fortuito. — 122. — Enajenación de la cosa: particular judicial. — 123. — Revocación de los legados por inejecución de las cargas. Revocación por ingratitud.

118.—*Revocación de testamentos.—Forma ordinaria.*

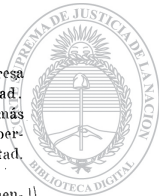
Revocar un testamento es dejarlo sin efecto por voluntad del testador. Se distingue de la nulidad, en que la revocación supone un testamento válido, mientras que el testamento nulo carece de valor desde su origen.

El testamento es revocable a voluntad del testador hasta su muerte. Toda renuncia o restricción a ese derecho es de ningún efecto. El testamento no confiere a los instituidos ningún derecho actual (art. 3.824).

En la legislación anterior al Código, se conocía el testamento *ad cautelam*, que era aquel en que el testador ponía una limitación a su facultad de revocarlo, estableciendo que no valdría la revocación si no contenía una cláusula especial que incluía en el primer testamento.

Estos testamentos estaban autorizados por la ley 22, tit. 1º, de la Partida 6º.

Nuestro codificador ha rechazado este principio, estable-



ciendo que el testador no podrá por una disposición expresa de voluntad, dar al testamento el carácter de irrevocabilidad. Tal cláusula vendría a hacer predominar una voluntad más antigua sobre una voluntad más reciente, es decir, hacer perder a un testamento el carácter de un acto de última voluntad.

La revocación puede ser expresa o tácita.

Cuando es expresa sólo puede hacerse por otro testamento. En el derecho francés se admite que la revocación pueda hacerse en forma testamentaria y en acto notarial. Si lo primero, pueden incluirse también las disposiciones respecto a los herederos y a los legados; si lo segundo, debe limitarse exclusivamente a dejar sin efecto el testamento anterior.

Nuestro Código ha querido ser absoluto en esta materia. Al efecto, ha exigido como única forma para revocar el testamento la existencia de un testamento posterior. El testamento no puede ser revocado, dice el artículo 3.827, sino por otro testamento posterior hecho en alguna de las formas autorizadas por este Código.

El fundamento de esta disposición consiste en que la revocación en su esencia no es más que el cambio de voluntad del causante respecto de la disposición de sus bienes para después de su muerte, y este cambio no puede hacerse sino en la forma testamentaria. La revocación se rige por el orden de las fechas, cualquiera que sea la forma testamentaria adoptada. Así, un testamento por acto público puede revocarse por un testamento ológrafo. Si los dos testamentos son de la misma fecha, ambos se destruyen, y ninguno vale.

Tampoco se admite, como en el derecho francés, que puedan coexistir dos testamentos, cuando entre ellos no hay incompatibilidad. El Código sigue el principio romano: el primer testamento se considera *ruptum*, por la sola existencia del segundo, a menos que exista confirmación.

La revocación, hemos dicho, puede ser expresa o tácita.

La revocación expresa debe ser hecha en un testamento, pero no es necesario que este testamento contenga institución de herederos o legados. Lo único que se requiere es la manifes-



tación de voluntad. La revocación tácita nace de una serie de actos que la ley interpreta como voluntad del testador y que, aunque no tengan la forma escrita, hacen caducar la voluntad anterior: por ejemplo, la destrucción del testamento ológrafo hecha por el testador o por su orden.

Un testamento posterior anula — dice el Código — al anterior en todas sus partes, si no contiene confirmación del primero (art. 3.828).

La aplicación de la palabra “anula” en este artículo no es exacta del punto de vista jurídico. El término propio a emplear es “revoea”. Porque entre la revocación y la nulidad del testamento existe la diferencia fundamental que hemos hecho notar. La revocación presupone un acto válido desde su origen, que queda sin efecto por el cambio de voluntad del testador, etc. Cuando se habla de revocación de un testamento, se entiende que el acto a que se refiere ha sido un acto válido, que aún puede volver a tener existencia legal si desaparece la revocación. Pero si se trata de un testamento nulo por su forma, la ley lo considera inexistente y no puede revivir.

Por lo tanto, la expresión que debe considerarse correcta en el artículo 3.828, es que el testamento posterior “revoea” y no que anula el anterior.

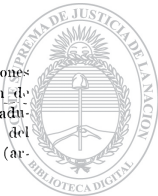
La ley distingue según que la revocación se refiera al testamento hecho en la República o hecho en el extranjero. Si el testamento ha sido hecho en la República la revocación debe ser efectuada de acuerdo con las disposiciones del Código.

La revocación de un testamento hecho fuera de la República, por persona que no tiene su domicilio en el Estado, es válida cuando es ejecutada según la ley del lugar en que el testamento fué hecho o según la ley del lugar en que el testador tenía a ese tiempo su domicilio (art. 3.825).

Puede presentarse el caso de un testamento posterior nulo por vicios de forma: ¿tiene alguna influencia respecto del primero?

Si el testamento posterior es declarado nulo por vicio de





forma, el anterior subsiste. Pero si las nuevas disposiciones contenidas en el testamento posterior fallasen por razón de incapacidad de los herederos o legatarios, o llegasen a caducar por cualquier causa, valdría siempre la revocación del primer testamento causada por la existencia del segundo (artículo 3.830).

\\ 119.—Revocación por matrimonio.

El Código establece en el artículo 3.826 que todo testamento hecho por persona que no esté actualmente casada queda revocado desde que contraiga matrimonio.

Una persona soltera, sin herederos forzosos, ha hecho testamento a favor de un amigo. Posteriormente se casa: desde el momento que ha contraído matrimonio y sin necesidad de ninguna manifestación expresa de voluntad, el testamento queda revocado *pleno jure*, por ministerio de la ley.

La razón es que la ley considera la nueva situación que se va a crear esa persona soltera. En primer lugar, desde el casamiento aparece ya un heredero forzoso: el cónyuge. Posteriormente pueden aparecer nuevos herederos forzosos, como son los hijos. De subsistir el primer testamento, se produciría una verdadera preterición de toda una serie de herederos. No es presumible, tampoco, que el hombre soltero mantenga su antigua voluntad para disponer de sus bienes. Esa voluntad debe cambiar, precisamente porque hay un acto fundamental en la vida de la persona, como es el haber contraído matrimonio.

En la práctica pueden presentarse algunas situaciones que es necesario considerar.

Supóngase que una persona contrae matrimonio y luego resulta que es nulo por la existencia de alguno de los impedimentos del artículo 9°. El matrimonio se considera putativo, con todas sus consecuencias legales.

El testamento efectuado por esa persona ¿queda revocado de acuerdo con el artículo 3.826?

La solución es que el testamento no queda revocado, por-



que lo que el Código exige es un testamento válido, y el que ha sido anulado por uno de los impedimentos del artículo 9º no produce ningún efecto jurídico, sino con relación a la prole. Puede decirse, entonces, que el testamento anterior revive, y no ha perdido su eficacia, porque el acto que lo había hecho desaparecer no es un acto válido.

Otro caso que se presenta frecuentemente en la práctica y que suscita dificultades es el siguiente: Un hombre soltero hace testamento instituyendo por única heredera a su concubina. Posteriormente se enferma y celebra matrimonio *in extremis*, con la misma concubina, falleciendo antes de los treinta días de contraído.

Se produce un doble conflicto legal: Por aplicación del artículo 3.826 el testamento hecho a favor de la concubina queda revocado. Y por otro lado, el cónyuge supérstite pierde su derecho hereditario en virtud del artículo 3.573, que dice que la sucesión deferida al viudo o viuda no tendrá lugar cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio, muriere de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes.

De ahí resulta una situación curiosa: El testador ha querido asegurar en toda forma que sus bienes pasen a su concubina, instituyéndola heredera y dándole su nombre, para lo cual ha observado todas las prescripciones de la ley, y sin embargo, por las mismas disposiciones legales, no ha conseguido su objeto. A pesar de todas sus precauciones, la persona beneficiada no viene a tener ningún derecho.

¿Cuál es la solución legal equitativa que debe aplicarse a este caso, que si bien aislado, en la práctica suele ocurrir con frecuencia?

Los intérpretes han dividido sus opiniones. Unos sostienen que la disposición del artículo 3.826 no puede referirse al heredero instituido en el testamento. Cuando el Código dice que el testamento queda revocado por el matrimonio, no ha querido referirse al caso de que el matrimonio sea celebrado con la misma persona instituida. En este caso, la voluntad del



causante ha querido darle a su primitiva manifestación mayor fuerza, ratificándola.

— Otros autores afirman — y nos parece la solución aceptable — que hay que respetar el principio taxativo de la ley, que establece que el testamento queda revocado por el solo hecho del matrimonio, aunque se refiera a la misma persona instituida heredera en el testamento anterior. Y agregan que lo que debe aplicarse es la disposición del artículo 3.573, porque el Código al imponer la sanción de ese artículo ha perseguido la finalidad de evitar la captación de las herencias, es decir, el matrimonio que no se efectúa para llenar los fines materiales y morales, sino exclusivamente para dejar como heredero a una determinada persona.

En el caso en cuestión, no se trata de captación de herencia. Cuando una persona ha vivido veinte o treinta años con una mujer, cuando la sociedad misma los ha considerado en calidad de esposos y luego se casan *in extremis*, no puede argüirse que se trata de la captación de una herencia. Se trata de una situación excepcional y, por lo tanto, el principio del artículo 3.573 no la puede regir en ninguna forma. De ahí que, si bien el testamento hecho en calidad de soltero queda revocado por el hecho del posterior matrimonio, el cónyuge no pierde en este caso el derecho hereditario de que habla el artículo 3.573.

— 120.—*Confirmación de un testamento nulo por su forma.*  
—*Retractación de la revocación.*

Supóngase que una persona ha hecho testamento incurriendo en vicios de forma, como si ha entendido hacer testamento ológrafo, y resulta que lo ha dictado a otra persona, firmándolo solamente. Algún tiempo después se informa de que ese testamento es nulo. ¿Puede confirmarlo?

Puede confirmarlo haciendo un testamento nuevo, de acuerdo con las formas legales. El testador no puede confirmar sin reproducir las disposiciones contenidas en un testamento nulo por sus formas, aunque el acto esté revestido



de todas las formalidades requeridas para la validez de los testamentos (art. 3.829).

En realidad no es una confirmación, sino un testamento nuevo. Según la teoría de la confirmación, bastaría hacer referencia al otro testamento nulo y declarar que sus disposiciones son válidas, lo que, según el derecho testamentario, no es admisible. La ley en este caso se aparta de la teoría de la confirmación y lo hace porque el derecho hereditario está revestido de formalidades que tienden a asegurar mejor la expresión de la voluntad del causante.

El testador, después de haber quitado la validez a su primer testamento por medio de uno posterior, puede restarle a éste toda la validez por medio de un tercer testamento. En este caso, la primera disposición testamentaria revive. Es lo que se llama retractación de la revocación.

La retractación de la revocación exige la concurrencia de tres testamentos:

- a) Un testamento válido por su forma, que puede tener institución hereditaria, legados, indicación sobre la manera de distribuir los bienes, etc.
- b) Otro testamento en que se revoca el anterior.

Esta revocación puede ser pura y simple, sin nueva disposición de bienes; es decir, compareciendo ante escribano y haciendo disposición testamentaria con la simple enunciación de que el testamento hecho en tal parte y en tal fecha queda revocado.

Algunos autores discuten si en este segundo testamento, que revoca el anterior, es necesario hacer disposiciones de bienes, porque el testamento, por su propia definición, es una disposición de los bienes del causante. Pero nuestra ley no sigue ese temperamento: la revocación puede hacerse sin necesidad de que se instituya herederos o legatarios.

- c) Un tercer testamento, que exprese que se retracta la revocación hecha.

Pueden presentarse dos casos. El testador puede decir: Retracto la revocación que he hecho. Revive entonces el primer testamento, sin necesidad de revocación expresa del segundo (art. 3.831). Puede también decir: Retracto mi re-



vocación anterior y hago nueva disposición de bienes en tal forma. En este caso no revive el primer testamento, salvo que hubiera expresado que tal era su intención (art. 3.831).

121.—*Destrucción del testamento ológrafo.—Rotura del sobre que encierra un testamento cerrado.—Destrucción de un testamento por caso fortuito.*

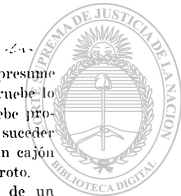
La revocación del testamento puede ser también tácita, lo que resulta de una serie de actos que implican la voluntad del testador de dejar sin efecto la disposición testamentaria.

La cancelación o destrucción de un testamento ológrafo hecha por el mismo testador o por otra persona de su orden, importa su revocación, cuando no existe sino un solo testamento original. Si fuesen varios, el testamento no quedaba revocado mientras no se hubiesen destruido o cancelado todos sus originales (art. 3.833).

Si una persona ha hecho su testamento ológrafo, basta que lo cancele para anular sus efectos. La palabra cancelar en derecho significa quitar a un acto los efectos naturales del mismo por una circunstancia material. Por ejemplo, se toma el testamento y se tacha la firma. Se le considera entonces revocado, porque no produce ningún efecto legal. Igual cosa si se trazan líneas sobre el testamento, incluyendo la firma. La forma más común de cancelar un testamento ológrafo consiste en romperlo. Pero algunas veces esta rotura es susceptible de hacer que el testamento se pueda recomponer.

En efecto, pueden recogerse los trozos del pliego en que consta el testamento ológrafo, pegarlos sobre otro pliego y presentarlo de tal manera que sea perfectamente legible, con lo que se obtendría la expresión de la última voluntad del causante, que es la finalidad que persigue la ley.

En este caso hay que distinguir dos situaciones. Si el testamento ha sido hallado en casa del testador, la presunción de la ley es que ha sido él quien lo ha destruido. Y así el artículo 3.835 dispone que, cuando un testamento roto o



cancelado se encuentra en la casa del testador, se presume que ha sido roto o cancelado por él, mientras no se pruebe lo contrario. El que sostiene la validez del testamento debe probar que es un tercero quien lo ha cancelado. Puede suceder que haya sido un criado quien lo ha encontrado en un cajón del escritorio, y creyéndolo un papel inútil lo haya roto.

— Pero si el testamento ha sido hallado en casa de un tercero, en donde el causante lo había depositado, es cuestión de prueba. El tercero debe demostrar que existía un orden del testador indicándole la cancelación del testamento. De lo contrario, sería dejar librada la validez del testamento ológrafo a la voluntad del tercero. Bien es cierto que cuando un tercero poseedor de un testamento ológrafo desea destruirlo, no recurre a romperlo, sino que lo quema, con lo cual no queda rastro alguno.

— Si en lugar de tratarse de un acto voluntario tendiente a la rotura de la disposición testamentaria, se trata de un testamento deteriorado o carcomido por la acción del tiempo, ¿estas circunstancias tienen alguna influencia sobre el testamento? No, con tal que el testamento presente todas las características de ser un acto perfectamente válido y puedan conocerse sus disposiciones.

Las alteraciones que un testamento puede haber sufrido por un simple accidente, o por el hecho de un tercero sin orden del testador, no influyen en el contenido del acto, si pueden conocerse exactamente las disposiciones que contenga (art. 3.834).

En el caso contrario, la ley no admite la recomposición del testamento. La razón es que la prueba debe surgir del testamento mismo y no de otra clase de instrumento o acto.

Supóngase que una persona otorga un testamento ológrafo y temerosa de que se le extravié, lo deposita en manos de un tercero. Para su mayor seguridad le exige una copia del testamento entregado, que da al heredero. Si el testamento se extravió o el tercero lo destruye, ¿puede hacerse valer la copia recibida? No se puede; aunque pruebe con testigos la entrega del testamento. La ley no admite como prueba del testamento, sino el testamento mismo. Se tendrá la



acción penal para el castigo del autor del delito y la acción civil para el resarcimiento de los daños y perjuicios, pero el testamento destruido no revive.

Otro caso sería el de la persona que ha depositado un testamento ológrafo a su favor y hace sacar una copia fotográfica. Si el testamento se destruye, la copia fotográfica presentada ¿será admitida en calidad de disposición testamentaria? No, por las mismas razones dadas para el caso anterior. Además, media la razón de que sería muy fácil fraudar un testamento por medio de la fotografía, dados los enormes adelantos de ese arte.

Por todas estas circunstancias, la ley es sumamente estricta: exige la prueba del testamento por el testamento mismo y no admite copia ni comprobación alguna.

El testamento cerrado presenta como carácter principal la circunstancia de que el testador quiere mantener secretas sus disposiciones.

Si el testador rompiera el sobre que contiene el testamento cerrado ¿qué consecuencias se producirían?

La rotura hecha por el testador del pliego que encierra un testamento cerrado importa la revocación del testamento, aunque el pliego del testamento quede sano y reúna las formalidades requeridas para los testamentos ológrafos (artículo 3.836).

En la revocaciones tácitas lo que se trata de investigar es la intención presunta del testador. Si una persona ha elegido esa forma de testar y luego destruye el sobre, en realidad lo que hace es manifestar que revoca su voluntad anterior. Es condición esencial que la rotura sea hecha por el mismo testador o por su orden. Si lo es por un tercero y se llegara a comprobarlo, el acto no tendrá como consecuencia la revocación del testamento.

El testamento cerrado puede presentar la característica —y es muy frecuente— de que contenga en el pliego interior un testamento ológrafo, es decir, escrito y firmado de puño y letra del testador. En este caso vienen a coexistir dos formas testamentarias: la propia del testamento cerrado y la del testamento ológrafo. La rotura del sobre afecta, se-



gún el artículo 3.836, la validez del testamento ológrafo contenido en él, aunque el pliego se conserve sano y reúna las formalidades requeridas por la ley.

Pero anteriormente el artículo 3.670 establece que el testamento cerrado que no pudiese valer como tal por falta de alguna de las solemnidades que debe tener, valdrá como testamento ológrafo, si estuviere todo él escrito y firmado por el testador.

De tal manera que tenemos dos disposiciones aparentemente contradictorias: una al tratar de la nulidad, y la otra de la revocación testamentaria.

La disposición del artículo 3.836 es contraria a la doctrina y a la fuente que informan el artículo. Aubry y Rau, de donde fué tomado por el codificador, dicen que la rotura hecha por el testador implica la revocación del testamento, *a menos* que el pliego se halle sano y reúna las formalidades de los testamentos ológrafos. En cambio, nuestro Código dice *aunque reúna las formalidades*, lo cual cambia el concepto de la disposición. En estas circunstancias se basan los autores para sostener que si el testador rompe la carátula del testamento cerrado, permaneciendo sano el pliego y llenadas las formalidades del testamento ológrafo, vale como tal. Si la voluntad del testador hubiera sido destruir el testamento, lo hubiera roto completamente, y no sólo la cubierta.

En este caso el testamento viene a comprender dos formas: una que queda sin efecto—la del testamento cerrado—y la otra que subsiste—la del testamento ológrafo. De ahí que algunos autores sostienen que existe un error de palabras, desde que el sentido del artículo ha sido tergiversado por la substitución de algunos términos de la fuente. Además, a favor de esta solución existen las circunstancias prácticas en que el caso puede presentarse. Supóngase que una persona ha hecho testamento cerrado hace varios años. No recordando el monto del legado dejado a una persona, rompe el sobre para cerciorarse. Queda el testamento con el sobre abierto: el testamento ológrafo ¿es o no es válido? Dentro del criterio de equidad debe valer, porque no ha habido intención





de parte del causante de revocar la disposición testamentaria.

La cuestión en sí es también difícil, porque habría que probar si el testamento ológrafo contenido en el sobre abierto es el mismo que corresponde a ese testamento cerrado.

El principio general es que el testamento ológrafo vale de por sí, hállese donde se halle. A él debemos atenernos, y, por lo tanto, sobre la prescripción del artículo 3.836 debe primar la disposición taxativa del artículo 3.670.

Si el testamento hubiese sido enteramente destruido, por un caso fortuito o por fuerza mayor, los herederos instituidos o los legatarios no serán admitidos a probar las disposiciones que el testamento contenía (art. 3.837).

La razón de esta disposición está fundamentada en el principio general que rige el derecho testamentario, en virtud del cual la prueba del testamento debe resultar de él mismo, no admitiéndose ninguna otra, por perfecta que sea.

#### 122.—*Enajenación de la cosa: particular, judicial.*

Otra forma de revocación tácita del testamento consiste en la enajenación de la cosa legada.

Una persona ha hecho en su testamento un legado de su finca de la calle Belgrano a su sobrino Antonio. La disposición queda latente hasta el momento del fallecimiento. Pero en el intervalo de tiempo hasta ese momento, el testador ha dispuesto de la cosa, enajenándola. El legado queda entonces revocado. Toda enajenación de la cosa legada, sea por título gratuito u oneroso, o con pacto de retroventa, causa la revocación del legado, aunque la enajenación resulte nula, y aunque la cosa vuelva al dominio del testador (art. 3.838).

La ley entiende que en este caso la voluntad del testador ha variado. Más aún: aunque la enajenación se anule por vicio de forma, la anterior manifestación de voluntad queda sin efecto.

Si en vez de hacer el testador una enajenación de la cosa legada la grava con una hipoteca ¿se produce la revocación del legado? No; la cosa pasa a los legatarios con el grava-



men. Para que la revocación se produzca se requiere que haya intención de enajenar la totalidad de la cosa.

¿Cuál es el fundamento jurídico de la disposición en virtud de la cual la enajenación de la cosa legada revoca el testamento?

Consiste en que se pretende interpretar la voluntad presunta del testador. Si una persona ha legado una cosa por testamento y luego resuelve venderla o donarla a un tercero, es evidente que su intención ha sido modificar su voluntad anterior: lo que ha hecho, en realidad, es revocar su testamento.

Puede suceder que la enajenación haya sido forzosa, y en este sentido pueden presentarse tres situaciones distintas:

- 1 — a) Por venta, por acción de los acreedores;
- 2 — b) Por expropiación;
- 3 — c) Por división de condominio.

En estos casos, si la cosa vuelve al dominio del testador, ¿se entiende revocado el legado?

En cuanto a la venta por acción de los acreedores, existe la disposición taxativa del artículo 3.840: La venta hecha por disposición judicial de la cosa legada a instancias de los acreedores del testador, no revoca el legado, si la cosa vuelve al dominio del testador.

Pero en el caso de expropiación y de división de condominio ¿cuál es la solución?

Algunos autores sostienen que corresponde aplicar estrictamente la disposición del artículo 3.838, en virtud de la cual toda enajenación de la cosa legada causa la revocación del legado, aunque la cosa vuelva al dominio del testador. Esta interpretación es demasiado literal. Se atiene a las palabras de la ley, sin interpretar su finalidad. ¿Cuál es el fundamento en virtud del cual la enajenación causa la revocación? Que el testador venda voluntariamente el bien, de donde resulta su presunta voluntad de revocar el legado. Pero cuando le obligan a vender no ocurre lo mismo: no existe esa voluntad presunta.

Debe aplicarse a estos dos casos la disposición del artículo 3.840, que establece que el legado no queda revocado.



Con esto se interpreta la finalidad de nuestro Código y no la letra escueta de la ley.

➤ 123.—*Revocación de los legados por inejecución de las cargas.—Revocación por ingratitud.*

Al lado de las revocaciones tácitas, en que no se hace sino interpretar la voluntad del testador, existe la revocación denominada judicial. Requiere una acción judicial para que quede sin efecto la disposición testamentaria. Comprende dos casos: por inejecución de las cargas y por ingratitud.

En todo legado con carga existen dos beneficiados: uno directamente y el otro accesoriamente. Legó a Juan la suma de 10.000 pesos, con el cargo de que pague la deuda de Pedro, de 2.000 pesos. Aunque la disposición es única en el testamento, puede descomponerse en dos partes: entrega de los 10.000 pesos a Juan; éste debe separar 2.000 y pagar la deuda de Pedro.

Si el legatario no cumple el cargo, el beneficiado tiene contra él la acción de cumplimiento del cargo. Por su parte, los herederos pueden también exigirle el cumplimiento o pedir la devolución del legado: se produce entonces la revocación del legado por inejecución de las cargas.

En este sentido el artículo 3.841 dice: Los legados pueden ser revocados después de la muerte del testador, por la inejecución de las cargas impuestas al legatario, cuando éstas son la causa final de su disposición.

Lo mismo ocurre con las donaciones. Y así debe ser, desde que la única diferencia consiste en que la donación es un acto entre vivos, en tanto el legado es una disposición de última voluntad. En efecto, el artículo 3.842 expresa que la revocación de los legados por inejecución de las cargas impuestas es regida por las disposiciones respecto a la revocación por la misma causa de las donaciones entre vivos. 3e

El artículo 3.841 *in fine* dice: Cuando éstas son la causa final de su disposición. Unicamente en este caso el legado por inejecución de las cargas queda revocado. Si se trata de una disposición incidental, accesoría, no habrá lugar a la revocación del legado. 3e



Lego a Pedro la suma de 10.000 pesos, con obligación de que pague los 2.000 pesos que debe a Juan. Los 2.000 pesos a que la disposición se refiere no son su causa final. Por lo tanto, si la carga no se cumple, el legado no queda revocado.

En realidad, es cuestión de juzgar la intención del testador. Los autores se remontan al caso de la ley romana. Dejo la suma de tantos sextercios a Ticio, para que una vez producido mi fallecimiento lleve los restos a Roma. Pendiente el testamento, el causante hizo un codicilo ordenando a sus herederos que sus restos no fueran a Roma, sino a otra parte. El legatario se encontró entonces con que, aun cuando tenía toda la voluntad de cumplir el legado, no podía hacerlo, porque los herederos no le entregaban los restos. Si el legatario reclamaba la entrega de los sextercios, los herederos se negaban a ello, aduciendo que no tenían tal obligación, desde que no podía llevar los restos a Roma. Esta era la causa final de la disposición. La intención del testador había sido dejar los sextercios, siempre que los restos fueran llevados a Roma, lo que por posterior disposición había dejado sin efecto.

—Refiriéndonos a la época moderna, el caso se produciría si una persona hace un legado, con cargo de que se le levante un mausoleo en la Chacarita. Posteriormente dispone que sus restos sean sepultados en la Recoleta. ¿Puede el legatario reclamar el legado? No, porque aunque tenga intención de hacer el monumento en la Chacarita, existe una disposición posterior que ordena se le sepulte en la Recoleta. Como el cargo de levantar el monumento en la Chacarita es causa final de la disposición, el legado queda revocado desde que la carga es de imposible ejecución.

El Código legisla también los casos de revocación por ingratitud.

El legado es un acto de generosidad en virtud del cual una persona trata de beneficiar a un pariente o a un tercero. Lo menos que pudiera exigirse del beneficiario es que tenga cierto respeto hacia su persona y hacia su memoria. Cuando existe la ingratitud el legado queda revocado.

La ley hace una enumeración taxativa de los casos de in-



gratitud, para evitar las interpretaciones diversas y las largas discusiones a que podría darse lugar.

En este sentido el artículo 3.843 dice que la revocación por causa de ingratitud no puede tener lugar sino en los casos que enumera, y que son:

— 1º Si el legatario ha intentado la muerte del testador.

Es indiscutible; sería inícuo y repugna a los principios más elementales de moralidad social, permitir que el víctima permanezca gozando del beneficio acordado por la víctima.

Esta disposición tiene cierta analogía con la establecida en la indignidad, salvo la diferencia de que en ésta el Código es más riguroso y exige la condenación en juicio para que la causal proceda.

— 2º Si ha ejercido sevicia o cometido delito o injuria grave contra el testador, después de otorgado el testamento.

Por ejemplo, si el causante se hallara recluido en una casa, enfermo, y la persona encargada de cuidarle no lo hiciera ni le prestara los auxilios correspondientes, antes bien, lo tratara mal. Si posteriormente, al fallecimiento del testador, resultara estar beneficiada esa persona con un legado, éste queda revocado, de comprobarse la sevicia anterior.

Igualmente si ha cometido delito o injuria grave contra el testador. Aquí se nota una diferencia con lo establecido al hablar de la indignidad. En ésta el delito o la injuria puede serlo también contra su cónyuge o descendientes. En cambio; en los legados, debe ser sólo contra el causante.

3º Si ha hecho una injuria grave a su memoria.

Tal ocurriría si después de la apertura de la sucesión y una vez recibido el legado, el beneficiado cometiera un acto que importase menosprecio por la persona del testador. Los herederos pueden entonces pedir la revocación del legado por esa causal.

En esta materia no es posible dar reglas fijas y taxativas. Es necesario tener en cuenta una serie de circunstancias, como ser la condición social de las personas y la intención de injuriar de parte del legatario. Queda, por consiguiente, al criterio judicial la determinación de la mayor o menor gravedad que cada caso revista.



124. — Albaceas. ¿Cómo debe hacerse el nombramiento? — 125. — Personas que pueden ser albaceas. Escribano que otorga al testamento. — 126. — Facultades del albacea. ¿De quién es mandatario? ¿Puede obrar por otros? — 127. — Posesión de la herencia: ¿cuándo le corresponde? — 128. — Obligación de hacer inventario. Pago de legados. Pleitos en que puede intervenir. Destitución del albacea. Terminación del albaceazgo. Obligación de dar cuenta. Remuneración del albacea. — 129. — Albacea dativo.

*124.—Albaceas.—¿Cómo debe hacerse el nombramiento?*

Se da el nombre de albacea a un mandatario designado por el testador para asegurar el cumplimiento de sus disposiciones. La ley de Partidas los llamaba cabezaleros, manse-  
sores o albaceas, porque “en su fe y verdad encomienda el testador su intención y el interés de su alma”.

Se ha discutido mucho la necesidad del albaceazgo.

Algunos autores sostienen que dentro de la organización moderna del derecho, y especialmente en nuestro Código, los albaceas no tienen razón de ser. Afirman que no hacen sino complicar la vida jurídica, produciendo dificultades y promoviendo conflictos entre los herederos.

Otros autores, a la inversa, preconizan que las disposiciones del testador no deben quedar libradas exclusivamente a la buena fe de los herederos. El testamento, al disponer de sus bienes, tiene indiscutible derecho de elegir una persona que no sea alguno de sus herederos, a la cual confíe el escri-



to cumplimiento de lo que quiere se haga después de su muerte.

En rigor de verdad, ninguno de estos dos criterios es admisible. No se puede sostener en absoluto la necesidad de la supresión de los albaceas, ni tampoco su existencia en todo testamento. Hay que distinguir según las situaciones. Si se trata de un hombre que dispone de sus bienes exclusivamente entre sus herederos forzosos, es indudable que la misión del albacea es inocua. Son los mismos herederos quienes deben velar por el cumplimiento del testamento. En estos casos, la acción del testador se limita a instituir a los parientes a quienes por la ley hubiera correspondido igualmente la herencia. El albacea no tiene misión que cumplir, salvo si se han hecho legados de la porción disponible, en cuyo caso debe vigilar el cumplimiento de esta disposición.

Pero si no existen herederos forzosos, ni legítimos y si no hay institución de herederos, la cuestión varía. Si el testador dispone de sus bienes por medio de legados, está justificada la designación de una persona encargada de hacer la entrega de cada legado, y de vigilar el cumplimiento de las condiciones o cargas impuestas y la validez del testamento. De manera que los albaceas son necesarios cuando el testador no tiene herederos forzosos y no ha instituido herederos, sino que hace disposición de sus bienes por medio de legados.

En el antiguo derecho la institución del albaceazgo adquirió un gran desenvolvimiento. En el derecho español se conocían cuatro clases de albaceas. El albacea testamentario, nombrado por el causante en su testamento, para velar por el cumplimiento de sus disposiciones. A falta del albacea testamentario existía el denominado legítimo, que tenía atinencia especial con las mandas de orden piadoso. Las antiguas leyes españolas autorizaban a los obispos a nombrar albaceas legítimos cuando no existían los testamentarios. Además, existía el albacea dativo, nombrado de oficio por el juez, en caso de renuncia o fallecimiento del albacea instituido. Por último, existían los albaceas convencionales, que eran nombrados por mutuo acuerdo entre los herederos.



Nuestro Código no establece sino dos clases de albacea: el testamentario y el convencional.

Albacea testamentario es el que se designa en el testamento. El testador puede nombrar una o más personas, encargadas del cumplimiento de su testamento (artículo 3.844). El convencional es el designado por mutuo acuerdo entre los herederos. Cuando el testador no ha nombrado albacea, o cuando el nombrado cesa en sus funciones por cualquier causa que sea, los herederos y legatarios pueden ponerse de acuerdo para nombrar un ejecutor testamentario, pero si no lo hicieren, los acreedores de la sucesión y otros interesados, no pueden pedir el nombramiento de albacea. La ejecución de las disposiciones del testador corresponde a los herederos (art. 3.867).

Es de observar que en este artículo el Código dice “los herederos y legatarios”. En realidad, el legatario no debe intervenir en la designación de albacea. Esta disposición ha sido tomada del derecho francés, en que existe el legatario universal, que corresponde a nuestro heredero instituido. De ahí que los autores franceses se refieran a los legatarios, pero limitándolos a los universales, que vienen a ser los herederos instituidos de nuestra ley. Por consiguiente, debe entenderse que quienes pueden nombrar albacea convencional son solamente los herederos.

En la práctica, el nombramiento de albacea convencional es poco frecuente. La razón es que no tienen ningún objeto. Los herederos tratan más bien de ponerse de acuerdo para el nombramiento de un administrador o para unificar la personería—como se denomina en el derecho procesal—es decir, para nombrar un representante común que se encargue de todo lo relativo a la administración de los bienes. Además, el Código ha puesto una serie de trabas al ejercicio del albaceazgo, que lo hace un procedimiento poco conveniente para allanar dificultades.

¿Cómo debe hacerse el nombramiento?

El nombramiento de un ejecutor testamentario debe hacerse bajo las formas prescritas para los testamentos; pero





no es preciso que se haga en el testamento mismo, cuya ejecución tiene por objeto asegurar (art. 3.845).

Puede efectuarse por medio de cualquier clase de testamento. Se trata de conferir un mandato que viene a ser irrevocable, porque la persona que lo otorga no puede después dejarlo sin efecto. Por ello el Código requiere que se haga con todas las solemnidades de los actos de última voluntad. No permite que el nombramiento de albacea se haga en una carta ni en un instrumento privado o público que no sea un verdadero testamento. Pero no es necesario que se haga en el mismo testamento que ha de cumplirse: puede hacerse en otro testamento posterior.

125.—*Personas que pueden ser albaceas.—Escribano que otorga el testamento.*

Nuestro Código sigue el sistema de la pluralidad del albaceazgo, al establecer que el testador puede nombrar una o más personas encargadas del cumplimiento de su testamento (art. 3.844).

Este sistema que adopta nuestra ley es inconveniente para las funciones de vigilancia que le incumben al albacea. Cuanto más se divide la responsabilidad, menos eficacia tiene una institución. Por eso, al tratar de la tutela el Código ha establecido que debe servirse por una sola persona y que es prohibido nombrar dos o más tutores para que funcionen conjuntamente. Si se hiciese, el nombramiento subsistiría solamente para que los nombrados sirvan la tutela en el orden que fuesen designados, en el caso de muerte, incapacidad, excusa o separación de alguno de ellos (art. 386).

El artículo 3.844 da la facultad al testador de nombrar uno o más albaceas; de tal suerte que las dificultades se producirán solo en el caso en que el testador designe varios albaceas para que obren conjuntamente.

La pluralidad de albaceas puede determinar tres modalidades:

a) Albaceas sucesivos: nombrados con un orden de prelación.



Nombro como mi albacea a Juan, y para el caso de que éste no pueda llenar el cargo o lo renuncie, designo a Pedro, y en su defecto a Antonio.

A falta del uno, ejerce el albaceazgo el que le sigue, y así sucesivamente.

2 - b) Albaceas solidarios: se nombra a varios para que obren simultáneamente, pero dando a cada uno las mismas facultades. Pueden obrar solos o en conjunto, pero la responsabilidad es solidaria.

3 - c) Albaceas mancomunados: se nombra a varios para que ejerzan el cargo todos reunidos o por mayoría. No es válido lo que ejecute uno sin intervención de los demás.

Nuestro Código contempla el nombramiento de varios albaceas en los artículos 3.870 y 3.871.

El artículo 3.870 dice: Cuando son varios los albaceas nombrados bajo cualquiera denominación que lo sean, el albaceazgo será ejercido por cada uno de los nombrados en el orden en que estuviesen designados, a no ser que el testador hubiese dispuesto expresamente que se ejerciera de común acuerdo entre los nombrados. En este último caso, todos son solidarios. Las discordias que puedan nacer serán dirimidas por el juez de la sucesión.

Al decir este artículo que si “el testador hubiese dispuesto expresamente que se ejerciera de común acuerdo entre los nombrados, todos son solidarios”, viene a establecer una solidaridad legal, que propiamente no correspondería. La responsabilidad debería ser la que corresponde a una obligación simplemente mancomunada, pero como la ley establece la solidaridad, todos son personal e ilimitadamente responsables, sin perjuicio de su acción para reclamar del culpable lo que corresponda.

El artículo 3.871 expresa que si hay varios albaceas solidarios, uno solo podrá obrar a falta de los otros. En este artículo la ley ha contemplado el caso del albaceazgo realmente solidario, pero como el artículo 3.870 ha hecho también solidaria la responsabilidad de los albaceas simplemente mancomunados, viene a resultar que para nuestro Código sólo existen los albaceas sucesivos y los solidarios.



Respecto a la capacidad de las personas que pueden ser albaceas, el Código sienta un principio general.

El albaceazgo es un mandato, vale decir, una orden que una persona recibe del testador para que cumpla sus disposiciones. Esta es la característica del mandato: su función representativa. Según los principios generales, el mandato puede concederse a una persona incapaz para obligarse, porque el mandante siempre puede vigilar al mandatario. Además, en cualquier momento puede dejar sin efecto el mandato revocándolo. Pero la situación del albacea es distinta: comienza a actuar recién después de la muerte del causante, es decir, de la persona que lo ha investido de esa calidad. Por eso la ley ha debido rechazar el principio general del mandato y establecer que para el desempeño del albaceazgo es necesario tener la capacidad para obligarse.

El testador no puede nombrar por albacea sino a personas capaces de obligarse al tiempo de ejercer el albaceazgo, aunque sean incapaces al tiempo del nombramiento (art. 3.846).

La ley requiere la capacidad del albacea en el momento del desempeño del albaceazgo. Nada importa que en la época en que la disposición testamentaria fué hecha el designado albacea no fuera capaz, desde que el testamento, mientras viva el testador, es un acto que no produce efecto alguno. Basta que cuando deba desempeñar el cargo sea capaz.

La expresión “personas capaces de obligarse al tiempo de ejercer el albaceazgo” del artículo 3.846, ¿cómo debe entenderse? ¿Debe ser capaz de obligarse en el momento de la muerte del testador o cuando han de cumplirse sus disposiciones?

En principio, la capacidad del albacea debería tenerse en la época en que se opera la transmisión hereditaria, es decir, en el momento de la muerte del testador. Pero el albaceazgo no es un cargo que se puede ejercer en abstracto, sino que deben previamente llenarse los requisitos que la ley impone. De ahí que en realidad, la capacidad a que se refiere el artículo 3.846 debe tenerse en el momento en que real y materialmente se inicia la sucesión; es decir, cuando el albacea presenta



su escrito al tribunal manifestando que viene a iniciar la sucesión, y por su parte, el heredero hace manifestación de su calidad de tal. De manera que es necesario referir la capacidad del albacea a la época en que se inicia la sucesión.

El artículo citado habla de "personas capaces de obligarse": ¿quiénes lo son?

En general, todas las personas. Pero se pueden presentar algunas dudas, que el Código se encarga de resolver.

La mujer casada ¿puede ser albacea?

De acuerdo con el principio general, la mujer casada es incapaz de hecho y no puede contraer obligaciones sin la venia del marido. En este sentido, el artículo 3.847 dice: La mujer casada puede ser albacea con licencia de su marido o del juez; pero los jueces no pueden autorizarla para ejercer el albaceazgo; contra la voluntad del marido. \ —

Si el marido no puede otorgar la licencia, porque se encuentra ausente o por cualquiera otra razón, la mujer puede obtener la venia supletoria del juez. Pero si el marido está presente y hay oposición de su parte, el juez no puede concederle la autorización.

Nuestro Código se aparta del principio general establecido para los casos de venia supletoria. Supóngase que el marido de una señora nombrada albacea, se opone por simple capricho. La ley establece que, aún en este caso, la mujer no puede ejercer el albaceazgo. La razón de esta disposición legal consiste en que las funciones de la albacea son ejecutivas. Tiene que mantener trato diario con los legatarios, tiene que concurrir al tribunal, consultar a los abogados, procuradores, etcétera. El marido es el único que puede juzgar si su mujer está en condiciones de efectuar esos trámites. A ciertas personas les desagrada que sus esposas se ocupen de asuntos ajenos a los quehaceres internos de la casa; y entonces se oponen obstinadamente a que actúen como albaceas. La ley ha respetado esa decisión, estableciendo que en el caso del albaceazgo la voluntad del marido prima, sin que pueda ser suplida por la del juez.

El menor emancipado ¿puede ser albacea?



Goza el menor emancipado de una capacidad relativa y, en realidad, el Código no prohíbe que pueda ser albacea, desde que no expresa nada al respecto.

Algunos autores, como Segovia, sostienen que, dada la falta de prohibición legal, el menor emancipado puede ser albacea.

Creemos, no obstante, que el menor emancipado no puede ser albacea. Si bien no existe una disposición expresa del Código que lo prohíba, ella nace de la misma condición de inferioridad jurídica en que se encuentra el menor emancipado, ya que no puede libremente obligarse, ni estar en juicio en pleito civil, sin autorización del juez (art. 135).

En cuanto a los herederos y legatarios, ¿pueden ser albaceas?

→ A primera vista parecería haber cierta oposición en que el heredero y legatario pudieran ser albaceas. Pero el Código lo admite.

La razón de esta disposición legal se basa en que el testador puede haber considerado que esas personas, a pesar de tener un interés directo en el patrimonio, pueden responder al mismo tiempo a la confianza que deposita en ellos y que han de vigilar con estricta legalidad el cumplimiento de sus disposiciones.

Sin embargo, prácticamente pueden suscitarse dificultades de hecho. El heredero investido con el carácter de albacea tiene el deber de defender el testamento, y, por otro lado, puede tener interés en impugnarlo. En estos casos, al aceptar el albaceazgo, debe hacerlo con las reservas consiguientes.

¿Pueden ser nombrados albaceas el escribano y los testigos que intervienen en el testamento?

— Como sabemos, la ley establece la incapacidad para recibir por testamento respecto de varias personas: los testigos, el escribano, etc. Pero para desempeñar el cargo de albacea, la ley no establece estas incapacidades. El incapaz de recibir un legado hecho en el testamento — dice el artículo 3.848 — los testigos del testamento y el escribano ante quien se hace, pueden ser albaceas.



En lo que respecta al escribano, la disposición es objetiva. Ha sido tomada del derecho francés, pero allí existe la razón fundamental de que el albaceazgo es un cargo gratuito. Entre nosotros es remunerado, y de ahí que el escribano tenga generalmente interés en ser designado albacea, para lo cual, sin faltar a sus obligaciones, puede hacer insinuaciones al testador en ese sentido, lo que no debería permitirse.

126.—*Facultades del albacea.*—¿De quién es mandatario?  
—¿Puede obrar por otros?

Sentado el principio de que el albacea es un mandatario, se pregunta: ¿de quién lo es?

Algunos autores afirman que es mandatario del testador, porque es éste quien lo nombra. Otros sostienen que lo es de los herederos, ya que a ellos es a quienes debe rendir cuenta de su cometido.

Nuestro Código en la nota al artículo 3.844 dice: “Zacharie y otros jurisperitos enseñan que el albacea es mandatario de los herederos, y nosotros con otros escritores juzgamos que lo es del testador y no de los herederos. Si al concluir sus funciones está obligado a dar cuenta a los herederos, es porque éstos representan a su autor. Del carácter que damos al albacea, resulta que una demanda por deuda de la sucesión, debe entablarse contra los herederos y no contra el albacea, que no es representante de ellos. Resulta también que el albacea por sí no puede reconocer deudas contra la sucesión, lo que podría hacer si fuese mandatario de los herederos”.

Es necesario examinar bien la naturaleza de la relación jurídica que existe en el llamado albaceazgo. Es indiscutible que se trata de un mandato sui generis. No puede decirse en absoluto que es mandatario del testador o que lo es de los herederos.

Y ello deriva de sus características, que son:

—a) Es un mandato que comienza una vez acaecida la muerte del testador, es decir, contra la regla general del ar-



título 1.963, según el cual, el mandato se acaba por el fallecimiento del mandante.

b) No puede ser revocado por quien lo otorgó, porque ya no existe el mandante.

c) Está obligado a rendir cuenta a personas de quienes no recibió el mandato.

Puede decirse, entonces, que es un mandato especialísimo, en que existe una relación con el testador y otra con los herederos.

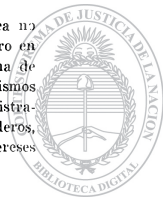
¿Podría establecerse una línea divisoria para determinar cuándo podemos considerarlo como mandatario del testador y cuándo de los herederos?

En cierta manera sí, y sería la siguiente: en cuanto a sus facultades, el albacea debe ser considerado mandatario del testador; en lo que respecta a sus obligaciones y responsabilidades, puede decirse que lo es de los herederos. Con este criterio, será fácil solucionar todas las dificultades que en la práctica puedan suscitarse.

¿Qué facultades tiene el albacea?

El testador no puede otorgarles facultades ilimitadas. Las facultades del albacea serán las que designe el testador con arreglo a las leyes; y si no las hubiere designado, el ejecutor testamentario tendrá todos los poderes que según las circunstancias sean necesarios para la ejecución de la voluntad del testador (art. 3.851). Pero más adelante el artículo 3.855 dispone: El testador puede dar al albacea la facultad de vender sus bienes muebles o inmuebles; pero el albacea no podrá usar de este poder sino cuando sea indispensable para la ejecución del testamento y de acuerdo con los herederos o autorizado por juez competente. Es decir, que no tendrá la completa libertad de vender, sino que deberá ponerse de acuerdo con los herederos o pedir la autorización judicial. Por consiguiente, las facultades del albacea son siempre restringidas. No puede hacer lo que quiera en la ejecución del mandato.

Se pregunta ahora si el testador tiene facultad para nombrar al albacea en calidad de administrador de todos sus bienes. No; porque la administración de los bienes corresponde



exclusivamente al heredero, que es el dueño. El albacea no puede intervenir en la administración de los bienes. Pero en la práctica, como el albacea generalmente es una persona de cierta respetabilidad con relación al causante y a los mismos herederos, es costumbre nombrarlo en calidad de administrador, sobre todo para evitar que, de serlo uno de los herederos, pueda suponerse que trate de favorecer sus propios intereses en detrimento de los demás.

— El albacea ¿puede obrar por otros?

El albacea no puede delegar el mandato que ha recibido, ni por su muerte pasa a sus herederos; pero no está obligado a obrar personalmente: puede hacerlo por mandatarios que obren bajo sus órdenes, respondiendo de los actos de éstos. Puede hacer el nombramiento de los mandatorios, aun cuando el testador hubiese nombrado otro albacea subsidiario (art. 3.855).

Este derecho se explica: para los trámites judiciales se requiere un conocimiento especial, no sólo en la dirección del asunto, que corresponde a los abogados, sino en el mecanismo de presentación de escritos, notificaciones, vistas, traslados, etc.; y si el albacea no los posee, dará un poder a un procurador para que lo represente.

➤ 127.—*Posesión de la herencia: ¿cuándo le corresponde?*

Habiendo designación de albacea, ¿a quién corresponde la posesión de la herencia?

El Código distingue según se trate de herederos forzosos o instituidos, o que el causante haya dispuesto de sus bienes exclusivamente por medio de legados.

En el primer caso, el artículo 3.852 dice que, habiendo herederos forzosos o instituidos en el testamento, la posesión de la herencia corresponde a los herederos, pero debe quedar en poder del albacea tanta parte de ella cuanta fuese necesaria para pagar las *deudas y legados*, si los herederos no opusiesen, respecto de los legados, que en ellos van a ser perjudicados en sus legítimas.





La razón de esta disposición consiste en que los herederos son dueños de los bienes. Si se trata de herederos forzosos, tienen una parte determinada en la sucesión, de la que el causante no puede privarlos. La capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos. Para el cumplimiento de estos legados, el Código establece que deben quedar en poder del albacea los bienes necesarios, salvo que los herederos hicieran oposición argumentando que van a ser perjudicados en sus legítimas.

Esos bienes, según expresa el artículo, deben servir también “para pagar las deudas”; pero el albacea no puede efectuar pagos hasta tanto no hayan sido reconocidos los acreedores con intervención de los herederos. Las deudas vienen a afectar todo el patrimonio. Más aún: aunque existan herederos forzosos, sólo se entiende por herencia lo que queda una vez cubiertas todas las deudas del causante. Es, pues, una cuestión previa la de determinar si la deuda es o no legítima. Pero en ello no puede intervenir el albacea, desde que lo prohíbe el artículo 3.862, cuando dice que no puede intervenir en los pleitos que promuevan los acreedores de la sucesión u otros terceros, en los cuales son parte los herederos y legatarios.

Surge, entonces, la siguiente pregunta: ¿cómo se explica que no pudiendo intervenir el albacea en la acción promovida por los acreedores, sea él quien deba efectuar el pago?

Si la deuda está reconocida y aceptada por los herederos, no hay dificultad alguna en que el albacea, si tiene en su poder bienes suficientes, proceda a efectuar el pago. Si no lo hiciera, el acreedor ejecutaría la sucesión y lo único que se conseguiría sería recargar con más gastos a la testamentaria. Pero si la deuda no está reconocida, se presenta la cuestión previa de saber si es o no legítima. Ya no interviene el albacea. Debe dejar que los herederos discutan con el acreedor. Una vez dictada la sentencia estableciendo que procede el pa-



go de la deuda, el acreedor puede interpelar al albacea para ella o bien éste efectúa el pago espontáneamente.

En lo que respecta a los legados, el artículo 3.852 determina que deben ser satisfechos siempre que los herederos no se opusieran por perjudicar a sus legítimas.

Parecería que la oposición del heredero estuviera limitada al caso particular de que el legado afecte su porción legítima. Sin embargo no es así. Debe entenderse que los herederos forzosos pueden no sólo oponer el hecho de que van a ser perjudicados en sus legítimas, sino cualquiera otra circunstancia que pueda invadir el legado, como sería la incapacidad del legatario, etc.

Respecto de los bienes que deben quedar en poder del albacea, los herederos pueden tener justo temor o motivos suficientes para considerar que no van a ser bien custodiados o que han de sufrir un perjuicio en manos del albacea. En este caso la ley les permite pedir medidas o garantías de seguridad. Los herederos y legatarios, en el caso de justo temor sobre la seguridad de los bienes de que fuese tenedor el albacea, podrán pedirle las seguridades necesarias (art. 3.853).

La calificación de las seguridades que debe dar el albacea, queda librada exclusivamente al criterio judicial. Es el juez quien, según las circunstancias y la calidad de las personas, apreciará la responsabilidad del albacea o las seguridades que dé. Puede ser que estime suficiente la denominada caución juratoria, es decir, la comparencia del albacea ante el juzgado y la afirmación bajo juramento, que se extiende en un acta, de que se hace responsable de todas las consecuencias que puedan emerger del hecho de tener los bienes bajo su custodia.

Si no existen herederos forzosos, ni instituidos, sino que el testador ha dispuesto de los bienes por medio de legados, ¿a quién corresponderá la posesión de la herencia?

Cuando las disposiciones del testador tuviesen sólo por objeto hacer legados, no habiendo herederos legítimos o herederos instituidos, la posesión de la herencia corresponde al albacea (art. 3.854).



Es de notar la diferencia que existe entre las expresiones de los artículos 3.852 y 3.854. En el primero se habla de herederos forzosos o herederos instituidos, en tanto en el segundo se mencionan los herederos legítimos o herederos instituidos. ¿Ambas expresiones significan lo mismo? No; porque el heredero forzoso es el que tiene una parte legítima de la sucesión y heredero legítimo es exclusivamente el que viene a la sucesión por llamado de la ley. El heredero forzoso es siempre un heredero legítimo, en tanto que el legítimo puede no ser forzoso. Un hermano del causante es heredero legítimo en la sucesión ab intestato, pero no es heredero forzoso. Puede suceder que el testador no tenga herederos forzosos, sino tan sólo legítimos, y en estas condiciones no instituye herederos, sino que dispone de parte de sus bienes por medio de legados, no haciendo disposición en cuanto al resto.

En el antiguo derecho no se permitía la concurrencia de la sucesión testamentaria con la ab intestato. La conocida regla era: *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*; nadie puede morir parte testado y parte intestado. Como consecuencia de este principio, el legatario tenía siempre el derecho de acrecer. Si existían otros bienes respecto de los cuales el testador no había dispuesto, no iban a la sucesión ab intestato, sino a los legatarios.

El derecho español se apartó, en el Ordenamiento de Alcalá, del sistema romano. Admitió la concurrencia de la sucesión testamentaria con la ab intestato. Nuestro Código sigue las leyes españolas en esta parte. En efecto, no hay ninguna razón jurídica que impida esa solución. Si el causante no ha hecho disposición respecto de una parte de sus bienes, no debe haber inconveniente alguno en que pasen a la sucesión ab intestato. El testador puede instituir o dejar de instituir heredero en un testamento. Si no instituye heredero, sus disposiciones deben cumplirse; y en el remanente de sus bienes se sucederá como se ordena en las sucesiones intestadas (art. 3.710).

En este caso, la posesión de la parte de herencia que corresponde a los herederos legítimos se ejerce por éstos. Los



otros bienes, con los cuales deben pagarse los legados, quedan en poder del albacea.

De manera que el albacea tiene la posesión de la herencia solamente cuando no existe heredero forzoso o instituido, o heredero legítimo. Y aún en este caso, la posesión del albacea es *sui generis*.

En este caso, la posesión de la parte de herencia que corresponde a los herederos legítimos se ejerce por éstos. Los otros bienes, con los cuales deben pagarse los legados, quedan en poder del albacea.

De manera que el albacea tiene la posesión de la herencia solamente cuando no existe heredero forzoso o instituido, o heredero legítimo. Y aún en este caso, la posesión del albacea es *sui generis*.

Todo poseedor tiene la intención de tener la cosa para sí como dueño. Pero el albacea ¿cómo va a poseer para sí, si por definición no es dueño de la cosa? Según la nota del codificador, es una posesión que debe equipararse a la del depositario de bienes ajenos. Pero propiamente no tiene ese carácter, porque el depositario tiene una misión más restringida. Puede decirse que la posesión del albacea es especialísima y no produce todos los efectos generales de la posesión. El albacea no puede entablar acción reivindicatoria, porque no es dueño de los bienes. Sólo puede hacerlo obrando por los que tengan interés en la causa, esto es, en nombre de los herederos, su misión consiste en terminar la liquidación de la testamentaria y poner el saldo a disposición de quien corresponda herederos o fisco. Nada más.

➤ 128.—*Obligación de hacer inventario.—Pago de legados.—Pleitos en que puede intervenir. — Destitución del albacea.—Terminación del albaceazgo.—Obligación de dar cuenta.—Remuneración del albacea.*

El albaceazgo es un cargo personal. El albacea no puede delegar el mandato que ha recibido, ni por su muerte pasa a los herederos, pero no está obligado a obrar personalmente:



puede hacerlo por mandatarios que obren bajo sus órdenes, respondiendo de los actos de éstos. Puede hacer el nombramiento de los mandatarios, aun cuando el testador hubiese nombrado otro albacea subsidiario (art. 3.855).

El albacea no puede transmitir su mandato a otra persona. Cuando el testador lo designa en calidad de tal, tiene en cuenta sus condiciones personalísimas, ya sea de parentesco o de amistad.

En principio, el albaceazgo es, pues, un cargo indelegable. Pero ello no implica que el albacea deba desempeñar el mandato por sí. Como lo dice el artículo citado, puede obrar por medio de mandatarios bajo sus órdenes, respondiendo de los actos de éstos. Es lo que ocurre frecuentemente en la práctica. Salvo el caso de que se trate de escribanos o abogados, el albacea no conoce el mecanismo del procedimiento, y entonces recurre, para ejercer sus funciones, a los servicios de abogados y procuradores. A estos últimos, en la capital, se les exige que vayan sus escritos con firma de letrado; de tal manera, que en realidad, al designarse a un procurador, se requiere también la intervención de un letrado. Los gastos de honorarios son a cargo de la masa de la sucesión.

El cargo de albacea no es transmisible a los herederos, precisamente por el carácter personal que inviste.

Algunas veces la designación se hace no a persona determinada sino a un cargo. Por ejemplo: Nombro albacea al Decano de la Facultad de Derecho. La persona que desempeña este cargo no lo hace con carácter personal, porque es un puesto sujeto a una limitación en el tiempo. Pero aunque vayan renovándose las personas, cada una de ellas va substituyendo en el albaceazgo a la anterior. Cuando un funcionario ha sido en esta calidad nombrado ejecutor testamentario, dice el artículo 3.866, sus poderes pasan a la persona que le sucede en la función.

Puede presentarse dificultad cuando se hace el nombramiento en forma dubitativa. Nombro albacea a mi hermano Juan, Decano de la Facultad de Derecho. Según los términos y la vinculación con el causante, podría decirse en este caso



que el nombramiento es hecho a la persona y no al cargo. Son cuestiones de hecho, sobre las cuales no se pueden dar reglas fijas, y que corresponde resolver a los jueces.

— Las obligaciones del albacea son:

- ✓ — a) Hacer asegurar los bienes dejados por el testador y proceder al inventario de ellos con citación de los herederos, legatarios y otros interesados. Habiendo herederos ausentes, menores o que deban estar bajo una curatela, el inventario debe ser judicial (art. 3.857).

El testador no puede dispensar al albacea de la obligación de hacer el inventario de los bienes de la sucesión (art. 3.858).

- ✓ — b) Pagar las mandas con conocimiento de los herederos; y si éstos se opusieran al pago, debe suspenderlo hasta la resolución de la cuestión entre los herederos y legatarios (artículo 3.859).

Existen ser de dos categorías: de beneficencia pública y piadosa.

Legado de beneficencia pública sería el siguiente: Lego la suma de 100.000 pesos para que se instale una sala para tuberculosos en uno de los hospitales de la capital. Legado piadoso: Lego la suma de 100.000 pesos para que se digan tantas misas todos los miércoles.

— ¿Cómo debe cumplir el albacea estos legados?

Si hubiese legados para objetos de beneficencia pública o destinados a obras de piedad religiosa, debe ponerlo en conocimiento de las autoridades que presiden esas obras o que están encargadas de los objetos de beneficencia pública (artículo 3.860). En cada caso particular, el albacea debe investigar a qué autoridad debe comunicarlo. Si se trata de obras de beneficencia, cumple con hacer librar un oficio por el juez a la autoridad que corresponde, nacional, provincial o municipal. Tratándose de legados piadosos, la comunicación debe ser hecha al jefe de la iglesia que corresponda: arzobispo de Buenos Aires, obispo de La Plata, etc.

- 5 — c) Defender el testamento del causante. Debe intervenir en toda cuestión relativa a la validez o nulidad de las dis-



posiciones testamentarias. En este sentido, el artículo 3.862 dice: Tiene derecho de intervenir en las contestaciones relativas a la validez del testamento, o sobre la ejecución de las disposiciones que contenga; mas no puede intervenir en los pleitos que promuevan los acreedores de la sucesión u otros terceros, en los cuales sólo son parte los herederos y legatarios.

— Esta obligación de defender el testamento debe entenderse dentro de la lógica del derecho. No puede pretender hacer valer un testamento evidentemente nulo. Si se presenta en calidad de ológrafo un testamento escrito por mano extraña, el albacea no puede pretender defenderlo; de lo contrario serán a su cargo los gastos del juicio.

Los herederos pueden pedir la destitución del albacea cuando no cumpliera debidamente el mandato que le está encomendado. La destitución debe producirse en virtud de los motivos que expresamente determina la ley en el artículo 3.864 y que son:

a) Por su incapacidad para el cumplimiento del testamento.

Tal sería el caso de que los herederos demostraran que el albacea no entiende absolutamente nada de su misión, es torpe y no sabe cumplir las disposiciones testamentarias. La disposición también comprende la incapacidad que puede provenir de ser menor de edad, o estar en interdicción.

b) Por mala conducta en el ejercicio de sus funciones.

El albaceazgo es un cargo de confianza. Una persona desordenada, que no sabe cuidar los bienes de la sucesión, que dilapida los fondos que le han sido confiados en custodia, está inhabilitado para ello. Probados estos hechos por los herederos, el juez puede destituirlo.

c) Por haber quebrado en sus negocios.

En la vida ordinaria de los negocios la quiebra es una característica de mala administración, si bien algunas veces no es imputable a los fallidos. La ley presume que el que ha quebrado no puede ser buen administrador; de ahí que le despoje del derecho de albaceazgo.

¿Cómo termina el albaceazgo?



El artículo 3.865 hace la enumeración de los casos en que termina el albaceazgo. Son:

- 1 — a) Por ejecución completa del testamento.
- 2 — b) Por incapacidad sobreviniente.

La incapacidad del albacea puede provenir de la común y ordinaria. Si fuera atacado de demencia, termina el albaceazgo, aunque haya nombrado mandatario, desde que el hecho de encontrarse insano hace que caduque también el poder conferido al mandatario.

Puede tratarse también de persona capaz al empezar el cargo, pero incapaz luego. Tal sería el caso de la mujer soltera albacea. Si posteriormente contrae matrimonio y el marido se opone al ejercicio del albaceazgo, éste, por la estricta prescripción legal, termina.

- 3 — c) Por fallecimiento del albacea.

El albaceazgo es un cargo especialísimo que no se puede transmitir a los herederos. Es perenne tan sólo cuando se refiere a la calidad de la persona, como si lo fuera a un funcionario público en su carácter de tal.

- 4 — d) Por destitución del albacea, en los casos determinados por la ley.

- 5 — e) Por renuncia.

El albacea está obligado a dar cuenta a los herederos de su administración, aunque el testador lo hubiese eximido de hacerlo (art. 3.868).

La obligación de rendir cuenta es generalmente un poco engorrosa. Implica la necesidad de la justificación de cómo se han invertido los fondos confiados, justificación que debe ser hecha de una manera cierta, fiel y exacta. Al efecto, cada partida debe estar acompañada de su respectivo comprobante, con excepción de los gastos menores.

Algunas veces el testador, para evitar molestias al albacea, incluye en el testamento una cláusula por la cual lo exime de rendir cuenta. Pero la ley no lo permite y considera tal cláusula como inexistente. El albacea está obligado siempre a dar cuenta de su administración. Y la razón es que de lo





contrario, vendría a constituirse al albacea en árbitro único de la sucesión.

La obligación de rendir cuenta, como también el ejercicio del albaceazgo, producen ciertos gastos que son a cargo de la sucesión (art. 3.873).

El albacea es responsable de su administración a los herederos y legatarios, si por falta de cumplimiento de sus obligaciones hubiese comprometido sus intereses (art. 3.869).

Examinadas las cuentas por los respectivos interesados, y deducidas las expensas legítimas, el albacea pagará o cobrará el saldo que en su contra o a su favor resultare, según lo dispuesto respecto de los tutores en iguales casos (artículo 3.874).

En nuestra legislación el albacea <sup>ya</sup> no es gratuito, como ocurre en Francia, sino que es oneroso. Se produce entonces la cuestión de determinar la remuneración del albacea.

El mandato en nuestra ley es un contrato gratuito, salvo que por la naturaleza de las personas o de los servicios, deba ser remunerado. Pero el albaceazgo que, como se ha dicho, es un mandato especialísimo, es remunerado. El albacea tiene derecho a una comisión, dice el artículo 3.872, que se gradúa según su trabajo y la importancia de los bienes de la sucesión.

De tres maneras puede determinarse la remuneración.

— a) Por medio de un legado.

Nombro a Juan mi albacea y le lego la suma de 10.000 pesos.

En este caso el legado está subordinado a la ejecución del albaceazgo. Pero si a Juan no le parece equitativa la suma de 10.000 pesos como remuneración por su trabajo, dada la tarea que le ha ocasionado el cumplimiento del albaceazgo, puede renunciar al legado y exigir la remuneración correspondiente.

— b) El testador nombra al albacea y le fija la remuneración.

Nombro a Juan como albacea y le fijo como remunera-



ción el cinco por ciento del producto líquido de todos los bienes que compongan el acervo hereditario.

En este caso no hay lugar a pretender mayor remuneración. El designado albacea debe aceptar en esas condiciones o renunciar el cargo.

} — c) El testador no fija nada.

Nombro por albacea a Juan.

A este caso se refiere propiamente el art. 3.872. El albacea tiene derecho a la remuneración. El juez fija esa remuneración teniendo en cuenta el monto de los bienes y la importancia de los trabajos efectuados.

> 129.—Albacea dativo.

La ley de 30 de septiembre de 1865, sobre intervención de los cónsules extranjeros en las sucesiones ab intestato de sus nacionales, establece que falleciendo algún extranjero sin dejar descendientes, ascendientes, ni cónyuge públicamente reconocidos como tales, residentes en el país, o con testamento, si fueren extranjeros los herederos y estuviesen ausentes y ausente también el albacea testamentario, el cónsul de su nación podrá intervenir en su testamentaria.

Esa intervención, según el artículo 3º de la citada ley, se limitará:

— 1º A sellar los bienes muebles y papeles del finado, haciéndolo saber antes a la autoridad local, siempre que la muerte sucediese en el lugar de la residencia del cónsul.

— 2º A nombrar albaceas dativos.

El artículo 8º establece que los albaceas ejercerán su cargo sujetándose a las leyes del país.

Ahora bien; la ley sobre redención de capellanías de 1º de octubre de 1902, establece en el artículo 6º, que el Consejo Nacional de Educación será parte legítima en todo juicio sucesorio de jurisdicción nacional, donde no intervengan herederos reconocidos o declarados por sentencia ejecutoria, o en que haya bienes vacantes, correspondiendo al apoderado del Consejo la curatela de la herencia.



Con motivo de esta disposición, los tribunales de la Capital establecieron que en las sucesiones vacantes, aunque fueran de extranjeros, correspondía la intervención del representante del Consejo y no la de los albaceas dativos nombrados por los cónsules.

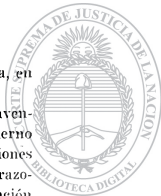
Llevado el asunto en apelación ante la Suprema Corte, en mérito a lo dispuesto en el artículo 14 de la ley sobre jurisdicción y competencia de los tribunales federales, ese tribunal declaró.

— 1º Que la ley nº 4.124 es de carácter local, para la Capital y Territorios nacionales, como consta en las modificaciones introducidas por el H. Senado al proyecto pasado en revisión por la Cámara de Diputados, y aceptadas por ésta, haciéndose constar por el miembro informante de la comisión de legislación: “que la comisión ha creído, dados estos antecedentes, que la ley deberá limitarse a la Capital y Territorios nacionales, dejando a las provincias que se rijan por sus leyes locales, aceptando la jurisprudencia existente”.

— 2º Que dado el alcance de esa ley, no puede decirse que ella modifique o deje sin efecto la de 30 de septiembre de 1865, número 163, de carácter federal, obligatoria en toda la República, en cuanto resuelve cuestiones de carácter internacional, ajenas a las atribuciones provinciales y que habían sido materia de negociaciones con representantes de gobiernos extranjeros.

— 3º Que por el artículo 13 de esa ley, los derechos en ella reconocidos sólo serían acordados a las naciones que concedan iguales derechos a los cónsules y ciudadanos argentinos, concesión reconocida por el Gobierno de la República Francesa, en la comunicación de 30 de noviembre de 1900, aprobando el protocolo de 26 de febrero de 1889, sobre sucesiones ab-intestatas.

— 4º Que no pudiendo decirse derogada la ley número 163, por la de 1º de octubre de 1902, número 4.124, y habiéndose acogido a ella el gobierno francés, al aceptar la condición de reciprocidad impuesta en la misma, no puede desconocerse



al cónsul de esa nación el derecho que en ella se determina, en tanto se encuentre en vigencia.

— 5º Que no puede invocarse el artículo 5º de la convención de 29 de octubre de 1840, entre Francia y el gobierno de la provincia de Buenos Aires, encargado de las relaciones exteriores de la Confederación Argentina, entre otras razones, porque la intervención de los cónsules de aquella nación en las sucesiones de sus connacionales, abiertas en éste y recíprocamente la de los cónsules argentinos en las que se tramiten en aquélla, ha sido expresamente convenido, con arreglo a la ley número 163, en el protocolo de 26 de febrero de 1889.

— 6º Que dado el carácter y objeto limitados de la intervención consular, destinada a gestionar medidas meramente conservatorias de los bienes del extranjero fallecido ab intestato, en beneficio de los connacionales ausentes con derecho a la herencia, ella no es inconciliable con la partición legítima que la ley 4.124 atribuye al Consejo Nacional de Educación y la curatela del mismo en caso de reputarse vacante la herencia a que se refieren los artículos 3.539 y 3.540 del Código Civil.

Con esta última jurisprudencia de la Suprema Corte, que revocó de los tribunales ordinarios de la Capital, ha venido a restablecerse la ley de 1865, que, a nuestro juicio, debe considerarse abrogada por la que puso en vigencia el Código Civil.

Por lo tanto, de acuerdo con ella debe reconocerse el derecho de los cónsules para nombrar albaceas dativos los cuales podrán intervenir desde que se inicie la sucesión hasta que termine la publicación de los edictos. Una vez ocurrido esto, si no se han presentado herederos que justifiquen su carácter de tales, la sucesión debe declararse vacante, de oficio o a solicitud fiscal, y nombrarse curador al representante del Consejo Nacional de Educación, cesando la intervención del albacea dativo.





CAPITULO I.—1. Concepto de la sucesión.—2. Fundamento del derecho de sucesión.—Teorías que lo explican.—3. Sucesión legitimaria, testamentaria, ab-intestato.—4. Apertura de la sucesión.—Momento en que ocurre.—Efectos.—5. Juez competente.—Influencia del domicilio.—Naturaleza del juicio.—Acciones ante el Juez de la sucesión.—6. Ley que rige la sucesión.—Unidad y pluralidad de sucesiones.—El Código Civil y el Congreso Internacional de Montevideo.—7. Ley que rige la capacidad para suceder .....	5
CAPITULO II.—8. Requisitos para ser capaz de suceder.—9. Concepto de la indignidad.—Causas que la producen.—Hechos positivos, negativos.—10. ¿Quién puede alegar la indignidad?—¿Por qué causas desaparece la indignidad?—11. Obligaciones del indigno poseedor de la herencia.—Actos de administración.—12. Actos de enajenación.—Donaciones.—¿Cuándo pueden ser revocadas las enajenaciones?—13. Derechos de los hijos del indigno.—Antecedentes doctrinarios.—¿Cómo vienen a la sucesión? .....	45
CAPITULO III.—14. Concepto de la desheredación.—15. Forma en que debe hacerse.—Causas.—Prueba.—16. Cuestión respecto al cónyuge.—17. Reconciliación del ofensor y el ofendido.—18. Derecho de los descendientes del desheredado .....	65
CAPITULO IV.—19. Aceptación de la herencia.—Definición.—Diversas clases de aceptación.—Plazos legales.—20. Pérdida del derecho de aceptar o renunciar.—21. Caracteres de la aceptación.—22. Forma de la aceptación pura y simple.—23. Capacidad.—Menores e incapaces.—Mujer casada.—24. Efectos de la aceptación.—25. Causas por las cuales pueda anularse la aceptación.—26. Acción revocatoria de los acreedores del heredero.—Condición que requiere .....	73
CAPITULO V.—27. Aceptación bajo beneficio de inventario.—Término en que debe manifestarse.—Forma especial de esta aceptación.—28. Inventario de la herencia.—Tiempo y forma como debe efectuarse.—Efectos de la aceptación beneficiaria: bienes propios del heredero, bienes colacionables, derechos del heredero contra la sucesión.—29. Acciones del heredero contra la sucesión, ¿cómo se tramitan?—30. Administración de los bienes de la herencia.—31. Abandono por el heredero beneficiario.—32. Cesación del beneficio .....	90



CAPITULO VI.—33. Renuncia de la herencia.—34. Forma como debe manifestarse: escritura pública. instrumento privado.—35. Efectos de la renuncia.—36. Derechos del heredero legítimo renunciante, del que ha recibido una donación o un legado	111
CAPITULO VII.—37. Posesión hereditaria.—Concepto que tuvo en la legislación de Indias y en la ley 45 de Toro.—38. El sistema del Código Francés.—39. Sistema del Código Argentino.—40. La posesión de pleno derecho, ¿a quién corresponde según el Código? ¿Quiénes pueden pedirla?—41. ¿Cómo se soluciona la cuestión prácticamente?	117
CAPITULO VIII.—42. Acción de petición de herencia.—Su objeto.—Acción principal y acción accesoria.—43. Restitución de los bienes.—Poseedor de buena y de mala fe.—Indemnizantes.	137
CAPITULO IX.—44. Actos del heredero aparente poseedor de la herencia con relación a terceros.—Actos de administración.—45.—Validez de los actos de enajenación (artículo 3430): ¿qué requisitos exige el Código?—Fundamento de la solución.—46. ¿Puede existir una mejor solución legal?	142
CAPITULO X.—47. Separación de patrimonios.—Definición.—48. ¿Quién puede pedirla?—49. ¿Contra quién se pide?—50. ¿Qué bienes comprende?—51. ¿Cuáles son sus efectos?—52. ¿Cuándo se pierde el beneficio?	153
CAPITULO XI.—53. Sucesión ab-intestato.—Principios que determinan el sistema del Código.—54. Orden que establece.—Descendientes.—Ascendientes.—Cónyuge y colaterales	162
CAPITULO XII.—55. Sucesión del cónyuge.—Derecho hereditario de la mujer anterior al Código Civil.—Ley de 1857.—56. Sucesión en los bienes propios y en los gananciales.—57. Casos en que el cónyuge pierde el derecho hereditario	170
CAPITULO XIII.—58. Sucesión de los hijos naturales.—Parte que les corresponde en la división de la herencia.—59. Sucesión del hijo natural con relación al abuelo	181
CAPITULO XIV.—60. Sucesión de los padres naturales y de los parientes colaterales.—61. Sucesión en los bienes reservados	192
CAPITULO XV.—62. Sucesión del Fisco.—Bienes vacantes.—Procedimiento a seguir.—63. Intervención del Consejo Nacional de Educación	200
CAPITULO XVI.—64. Derecho de representación.—Condiciones que requiere.—65. Representación en la línea recta.—66. Representación en la línea colateral: ¿a favor de quién tiene lugar?—67. Efectos de la representación. — ¿A quién no se puede representar?	209
CAPITULO XVII.—68. Concepto de la legítima.—Fundamento.—Naturaleza.—69. ¿A favor de qué herederos se establece?—70. ¿Cómo se determina la legítima?—71. Contratos entre el testador y sus herederos forzosos.—Consecuencias.—73. Porción disponible.—Mejora	219



CAPITULO XVIII.—74. Colación.—Objeto.—Condiciones que requiere.—75. ¿A quién se debe la colación?—¿Cómo se efectúa?—76. Liberalidades y gastos que no están sujetos a la colación.—Dispensa de colación .....	248
CAPITULO XIX.—77. Indivisión de la herencia.—Acción reivindicatoria de los herederos.—78. Nombramiento de administrador de la herencia .....	259
CAPITULO XX.—79. Partición.—Derecho para solicitarla.—Tiempo y forma.—Partición extrajudicial.—80. Partición judicial: medidas preparatorias.—Nombramiento de partidor: ¿cómo procede?—81. Prescripción de la acción.—82. División de los títulos y cosas comunes; de los créditos activos y pasivos .....	266
CAPITULO XXI.—83. Efectos declarativos de la partición.—Garantía de evicción.—Forma de proceder.—Prescripción de la acción .....	290
CAPITULO XXII.—84. Partición por los ascendientes. — Objeto.—Fundamento.—Forma.—Delegación de los tutores.—85. Partición por donación: sus características.—Bienes que puede comprender.—Continuación de hecho de la sociedad conyugal.—Pago de las deudas.—Acción de los acreedores.—86. Partición por testamento: sus características.—87. Cláusula de mejora.—Acciones de nulidad, reducción y rescisión .....	296
CAPITULO XXIII.—88. Testamento.—Definición.—Caracteres.—Forma.—Condiciones prohibidas.—89. Capacidad del testador.—Enumeración de los incapaces.—Dementes.—90. Ley que rige la capacidad, la forma y el contenido del testamento.—91. Formalidad en los testamentos.—Firma del testador .....	313
CAPITULO XXIV.—92. Testamento ológrafo.—Ventajas e inconvenientes.—93. Condiciones: escritura, fecha, firma .....	335
CAPITULO XXV.—94. Testamento público.—Ventajas e inconvenientes.—¿Ante quién se otorga?—95. Forma como puede hacerse. Enunciaciones que debe contener bajo pena de nulidad.—96. Firma del testador.—Idioma.—Liberalidades prohibidas.—¿Quiénes son incapaces para otorgar testamento público? .....	343
CAPITULO XXVI.—97. Testamento cerrado.—Requisitos.—Apertura del testamento.—Obligación del escribano que posee un testamento .....	354
CAPITULO XXVII.—98. Testamentos especiales: en tiempo de guerra, marítimo, en tiempo de peste.—Término de validez de estos testamentos .....	359
CAPITULO XXVIII.—99. Testigos en los testamentos.—Capacidad e incapacidad.—Conocimiento por el escribano.—Idioma.—Residencia .....	365
CAPITULO XXIX.—100. Institución de herederos: ¿en qué consiste? ¿cómo debe hacerse?—Condiciones requeridas para que tenga efecto la institución.—Institución universal, singular.—¿Se requieren términos sacramentales?—101. Institución a los pobres,	





al alma del testador.—102. Derechos del heredero instituido.— Posesión de la herencia.—103. Preterición de herederos forzosos	374
CAPITULO XXX.—104. Sustitución de herederos.—¿Qué sustitución se permite? ¿Cuáles son las prohibidas?—Cláusula de inenajenabilidad	387
CAPITULO XXXI.—105. Incapacidades para recibir por testamento.—Personas interpuestas	392
CAPITULO XXXII.—106. ¿Qué es un legado?—¿Qué bienes pueden legarse?—107. Legado de cosa ajena.—Orden de adquisición de una cosa ajena.—Legado de cosas gravadas.—Legado de cosa indeterminada.—Legado que puede determinarse.—Elección y cumplimiento.—108. Legado puro y simple, a término, bajo condición, con cláusula de no enajenar, de deuda, de crédito, de liberación, de alimentos.—109. Legado con cargo.—Disposiciones que lo rigen.—110. Reconocimientos de las deudas en los testamentos	402
CAPITULO XXXIII.—111. Adquisición de los legados.—Cosas fungibles, no fungibles.—Obligación de pedir la cosa.—Gastos de entrega del legado.—Legado de un predio y edificación posterior.—Obligación personal de los herederos por el pago de los legados.—Garantía de evicción	418
CAPITULO XXIV.—113. Repudiación de los legados.—Presunción de la ley.—Cargas que lo hagan oneroso. Renuncia: expresa, tácita, por parte	428
CAPITULO XXV.—114. Caducidad de los legados. Muerte del legatario.—Condición suspensiva o término incierto.—115. Legado al título de la persona.—Caducidad cuando perece la cosa	431
CAPITULO XXXVI.—116. Derecho de acrecer.—Cuando tiene lugar.—Requisitos.—117. Conjunción <i>re, re et verbis, verbis tantum</i> .—Voluntad del testador.—Cargas impuestas al legado, con relación al acrecimiento	434
CAPITULO XXXVII.—118. Revocación de los testamentos. — Forma ordinaria.—119. Revocación por matrimonio. — 120. Confirmación de un testamento nulo por su forma.—Retraetación de la revocación.—121. Destrucción del testamento ológrafo.—Rotura del sobre que encierra un testamento cerrado.—Destrucción de un testamento por caso fortuito.—122. Enajenación de la cosa: particular, judicial.—123. Revocación de los legados por inejecución de las cargas.—Revocación por ingratitud	443
CAPITULO XXXVIII.—124. Albaceas.—¿Cómo debe hacerse el nombramiento?—125. Personas que pueden ser albaceas.—Escribano que otorga al testamento.—126. Facultades del albacea. ¿De quién es mandatario? ¿Puede obrar por otros?—127. Posesión de la herencia: ¿cuándo le corresponde?—128. Obligación de hacer inventario.—Pago de legados.—Pleitos en que puede intervenir.—Destitución del albacea.—Terminación del albaceazgo.—Obligación de dar cuenta.—Remuneración del albacea.—129. Albacea dativo	459

