



ANTEPROYECTO

DE

REFORMAS AL CODIGO CIVIL

BIBLIOTECA DE LA CORTE SUPREMA	
Nº. DE ORDEN	2588
UBICACION	C 90
FICHA MATERIA	

ANTEPROYECTO
DE
REFORMAS AL CÓDIGO
CIVIL ARGENTINO

PRESENTADO A LA COMISIÓN
ENCARGADA DE REDACTARLO,

POR

JUAN ANTONIO BIBILONI

IV
(SUCESIONES)



BUENOS AIRES
VALERIO ABELEDO, EDITOR — LIBRERIA JURIDICA
CALLE LAVALLE 1368 - 74
1931







LIBRO IV

Título preliminar *

Se suprimen todos los artículos de este título.

* Los artículos 3262 y siguientes de este título tratan de expresar las reglas generales de transmisión de los derechos patrimoniales, sea cual sea el carácter de ellos. Entienden por transmisión, la sucesión, a título universal, o a título singular. Sucesión, es equivalente de transmisión. Exige, como elemento característico, la traslación de un derecho constituido sobre bienes, de un titular a otro: aquél es autor, el adquirente, sucesor. Donde no hay traslación, donde no hay identidad del derecho, y, por consiguiente, simple cambio de sujeto con la permanencia del objeto, y la relación jurídica que sobre él existe, no hay sucesión.

Era este el modo de considerar la sucesión que ha inspirado todas las disposiciones del presente título. Por eso pasa el derecho tal como existía en poder del autor. Las causas de anulación (Art. 3277) que lo invalidaban se trasladan con él; alcanzan al sucesor. Nadie puede transmitir a otro mejor ni más extenso derecho que el que tiene. Nadie adquiere mejor derecho que el de su autor. "Quoties autem dominiun transfertur, ad eum, qui accipit, tale transfertur.



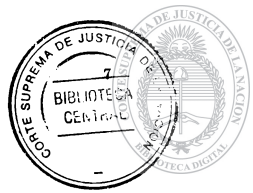
quale fuit apud eum, qui tradit; si servus fuit fundus, cum servitutibus transit, si liber, uti fuit; et si forte servitutes debebantur fundo, qui traditus est, cum iure servitutum debitarum transfertur”, decía Ulpiano. (L. 20 § 1, 41, 1, Dig.).

La sucesión es, pues, caracterizada y encerrada por el concepto de transmisión: donde no se trasmite un derecho, no se sucede. Es un modo de adquisición derivada.

Ahora, que haya sucesión donde se adquiere por transmisión, no es materia de cuestión. Pero que sea concepto necesariamente limitado a la transmisión, es lo que el derecho moderno no admite. Como Savigny — D. Romain, III, § 105 — Unger — System, II, § 74 — decía: “El criterio característico de la sucesión consiste en que: 1º, ya exista una relación jurídica en la cual entra alguien; 2º, en que la misma relación subsista (identidad permanente de la relación) de modo que las personas que en esa relación existan, se cambien; 3º, que el sucesor entre en el puesto del autor, en virtud de una relación jurídica especialmente existente entre él y el antecesor. Donde falte esa relación jurídica entre el predecesor y el sucesor, podrá hablarse de seguirse (aufeinanderfolgen = sucederse consecutivamente), pero no de una sucesión (nachfolge) en la respectiva relación de derecho.” “La usucapión, agregaba en la nota 5, no es sucesión.”

Era esa una opinión, pero no unánime. No queremos decir que era una opinión equivocada, aunque en su generalidad no se apoyaba en bases legislativas, que al contrario le eran opuestas.

TÍTULO PRELIMINAR



Así, las leyes 44, § 5, 41, 3; 12, 41, 4; 2, 41, 5; 1 § 2, 20, 1; 12, 8, 6; Dig., declaran subsistentes el pignus y las servidumbres en los fundos que se han usucapido. Si es así, de acuerdo con el texto ya citado de Ulpiano, según el cual en la adquisición por tradición, la cosa pasa afectada, si afectada estaba, y libre, si lo era, hay que reconocer que ha habido una transmisión de la cosa aun en el caso de usucapición. Y efectivamente la teoría de la limitación de la sucesión, a la condición de existir relación jurídica entre el anterior y el actual titular del derecho, es inconciliable con la solución de que las cosas pasan afectadas, o con derechos de servidumbre activa, al que adquiere por usucapición. v. Brinz, Pandekten, I, § 244, II.-Puchta, Vorlesungen, I, § 155, consideraba a la usucapición como un modo de completar una adquisición imperfecta.

Era esta la opinión de Pothier: "En el acto que el poseedor ha cumplido, por sí o por sus autores, el tiempo exigido para la prescripción, la ley que ha establecido la prescripción **nos priva de pleno derecho del dominio que teníamos en esa cosa, y lo transfiere a ese poseedor.**" Se ve que para él el dominio se transfiere por la usucapición. Œuvres, 9, Du domaine, número 276. Traité de la prescription, número 8.

Y entre los escritores franceses modernos más autorizados, no solamente se adquiere dominio **derivado**, es decir, por sucesión, en el caso de prescripción, sino todavía en el de accesión por edificación, o plantación. Demolombe, 15, Nº 6, califica de evidente el que en esos casos el dominio ad-



quirido por prescripción o accesión “hace pasar la propiedad de uno a otro”. Es un modo derivado de adquirir, concluye.

Por eso decía, Dernburg, Pandectas, I, parte 1ª, § 81: “La sucesión puede ser **originaria**, o derivada.”

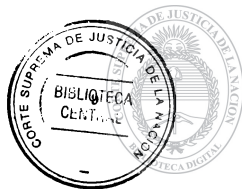
“a) Es originaria la sucesión, cuando el derecho del sucesor subsiste por sí, sin **derivar su fuerza** del derecho del predecesor. Un caso principal, es el de la usucapión. El usucapiente adquiere **originariamente** la propiedad que antes competía a otro, por efecto de la posesión continuada y la buena fe. **No apoya su derecho** en el de su predecesor.”

“b) La sucesión constituye una adquisición derivada cuando el derecho del sucesor deriva las condiciones de su existencia del derecho de su predecesor, o “autor”. Entonces los límites del derecho del predecesor son los límites del derecho del sucesor.”

Y como Dernburg, Windscheid, Pandekten, I, § 64, nota 5.-Brinz, I, § 76.-Regelsberger, Pandekten, I, § 119, etc.

Ya se comprende que esta nota no tiene el objeto de resolver el punto de disidencia entre los escritores citados, sobre el carácter de la usucapión, esto es, si constituye sucesión originaria, o derivada. Para nuestro propósito debemos solamente recoger la conclusión común: es una sucesión, no obstante no llenar la tercera condición de que nos hablaban Savigny y Unger, y que nuestro artículo 3262 exige.

TÍTULO PRELIMINAR



Hay, pues, sucesión originaria, y hay sucesión derivada (1).

Pero si esta ya era la conclusión del derecho antiguo originado por el romano, la cuestión se presenta con caracteres de mayor gravedad para el derecho moderno.

Los hechos que hay que encerrar en la construcción de la teoría son los siguientes:

(1) La palabra sucesión es arbitrariamente limitada a la sucesión derivada. En el primitivo derecho romano no se concebía la transmisión. “Esta idea de la transferencia del derecho mismo, como cosa ideal que existe objetivamente, dice v. Jhering, era demasiado sutil, demasiado abstracta, para el derecho antiguo. **Se representaba la marcha de la transferencia de la propiedad en este sentido**, que el precedente propietario **abandonaba** la cosa, y el nuevo **tomaba posesión**. En la **mancipatio**, así como en la **in jure cessio**, el nuevo propietario **no hace pasar sobre su cabeza** el derecho del propietario precedente; **toma la cosa para sí** porque este último, lo sufre y **se retira** (*cedit in jure*). Era lo mismo, en el origen, para la tradición”. *Esprit du droit romain*, 3, página 128.

Cedere, en latín, quiere decir, como en castellano, retirarse delante de otro. Ceder, no es, pues, originariamente, transmitir. Sub-cedere, es callarse delante del pretor ante la reivindicación de quien reclama la misma cosa que afirma ser suya.

Y en el lenguaje moderno ocurre lo mismo. De ahí el embarazo de los escritores que como Unger quieren distinguir



1º No puede invalidarse la enajenación hecha a favor de tercero ignorante de la simulación existente en el acto de adquisición de su autor: artículos 960 y 996;

2º Es válida la enajenación hecha por el heredero del ausente, para éste, y los herederos preferentes: artículos 124 y 125;

3º Es válida la adquisición a título oneroso por tercero no complicado en el fraude de su autor: artículos 968 y 970;

4º Es válida la adquisición de buena fe de bienes hereditarios hecha por tercero a título oneroso, en caso de petición de herencia: artículos 3429/30;

5º Es válido el pago efectuado al que está en posesión del crédito, aunque sin derecho: artículo 732;

entre sucesión en el mismo derecho, y sucesión en la misma cosa. No tienen palabra propia: siempre es la misma: aufeinanderfolge, es equivalente de nachfolge: sucesión, sucesión posterior. Y lo mismo pasa con Savigny — § 105; — al querer precisar la diferencia en las situaciones, tiene que recurrir a perifrasis y extensas explicaciones: no tiene palabra precisa; al contrario, dice übergang, transmisión, traspaso, al explicar que no la hay en la transmisión por usucapión”.

v. Tuhr, que reserva el sentido “técnico” de sucesión para la derivada, dice que en el lenguaje no tiene esa acepción, y reconoce que tampoco la limita su empleo en las disposiciones del C. Alemán. Das deutsche bürgerliche Recht, III, pág. 48. Admite que en el amplio, “no técnico”, sentido usual y del Código, la palabra sucesión comprende la originaria, y la derivada.



6° El poseedor, por el simple hecho de serlo, tiene todos los derechos y está sujeto a las cargas y afectaciones del bien, aunque no hayan sido constituidos por él: artículos 2416, 2419, 2420 y 2421;

7° La usucapión sigue esa regla, con las distinciones obvias que no es del momento exponer;

8° En materia de cosas muebles, posesión vale por título. Las acciones reipersecutorias o rescisorias a que estaba sometido el precedente poseedor, no se dan contra el actual: artículos 2412 y 2413;

9° En los inmuebles se adquieren válidamente los derechos por los terceros cuando se fundan en las inscripciones que acreditan el de su autor;

10° Del pago hecho sin causa, sólo derivan acciones personales de enriquecimiento, no reipersecutorias.

Nótese la extensión que las disposiciones recordadas y las que hemos proyectado han tomado. Se ampara sistemáticamente la seguridad de las transacciones. El crédito, la estabilidad de las relaciones jurídicas, lo exigen. ¡Se transmiten a otros, mejores y más extensos derechos que los que se tienen! Por lo menos se adquieren, aunque no los tenga el enajenante.

Y si se advierte que el sistema se extiende en materia comercial al endoso, a la creación y circulación de papeles de comercio de toda suerte, puede afirmarse que no es ya una excepción la de la adquisición de mejores derechos que los del constituyente, el cual no los tiene. Es un principio paralelo. Es una regla, en lo que se refiere a adquisiciones por título particular entrevivos.



Y como Regelsberger — Pand., I, § 119 — lo preguntaba: ¿De qué se trata? ¿De adquisición originaria o de adquisición derivada?

La doctrina contemporánea está profundamente dividida.

Unos piensan que en todas las hipótesis se trata de transmisión, de adquisición derivada. Se argumenta con el hecho de que la ley considera que porque se está en situación de transferir el derecho constituido, de ese poder que le reconoce para proteger al tercero que tiene motivo para creer en él, deriva el traspaso efectivo del derecho. Y más arriba recordábamos que Pothier veía en la usucapión una adquisición derivada del consentimiento tácito del propietario evicto.

Otros ven una causa de adquisición originaria. Mal puede venir del autor un derecho que no tiene. Se protege la **adquisición** del tercero. No, evidentemente, porque el enajenante podría transmitirle un derecho aparente, y no efectivo. Sino porque la buena fe del tercero, a quien nada puede imputársele, fundada en un hecho jurídico constitutivo, le da — ex lege — el derecho que entiende **adquirir**. La prueba de ello, se dice, está en que si no hay buena fe el resultado no se sigue, aunque haya existido posibilidad de entrega o afectación.

Por último, se ha llegado a considerar que hay transmisión derivada de dos orígenes: del enajenante, porque constituyó el hecho jurídico de que nace el derecho del tercero,



y del verdadero propietario perjudicado, porque es su derecho el que en realidad se adquiere.

No entraremos en ese debate, aunque no tenemos motivo para ocultar que consideramos más exacta la doctrina de la adquisición originaria.

Para nuestro objeto presente, decimos que los moldes antiguos de las doctrinas, están rotos. No es la usucapión transmisión del derecho del verdadero propietario, como lo pensaba Savigny, porque no lo liga con el adquirente acto jurídico alguno que los vincule, según lo exigía ese escritor para todas las transmisiones.

Y, sin embargo, el propietario efectivo ha perdido su derecho. Otro lo ha adquirido. Y no por acto del antecesor, sino por acto del sucesor fundado en una relación jurídica constituida por un tercero investido aparentemente de un derecho ajeno.

La sucesión — en derecho moderno — concluimos, es profundamente distinta cuando es fundada por causa de muerte, de la establecida por actos entrevivos, a título oneroso.

La muerte **transmite** al heredero, o al legatario, el derecho del causante, tal como es, ni mejor ni peor: “*Dominium transfertur ad eum, qui accipit, tale transfertur quale fuit apud eum, qui tradit, si servus fuit fundus, cum servitutibus transit, si liber, uti fuit*”, como nos lo decía Ulpiano.

En los actos entrevivos, la regla varía. ¿Es, efectivamente, el enajenante titular del derecho que declara transmi-



tir? Hay sucesión derivada. El tercero tiene el derecho de su autor: lo ejercita en su medida.

¿No era el enajenante titular del derecho, o no era éste libre de afectaciones? El adquirente — bajo los presupuestos legales — lo ha obtenido, tal como **entendía** adquirirlo, **a non domino**. No hay transmisión del derecho ajeno. Hay sucesión **originaria**. Lo ejercitará en la medida que su causa constitutiva lo autoriza. En el estado actual de la ciencia y la legislación contemporáneas hay dos clases de sucesión: originaria y derivada.

Sobre estas graves cuestiones, además de los escritores ya citados en los pasajes indicados, véase: Dernburg, Das bürgerliche Recht, I, § 103, y III, § 97; Plank, III, sobre los § § 892, III, y 932, 5, observaciones preliminares, Nos. 4 y 5; Endemann, II, § 62, nota 5, y § 81, b) y nota 16; Regelsberger, La así llamada adquisición de un no titular del derecho, en la Revista de Jhering, tomo 47; Enneccerus, I, § 132; Wolff, Sachenrecht, § 69, III, y nota 27, § 45, y nota 29; Crome, System, I, § 71, N° 4; Cosack y Mitteis, Sachenrecht, § 37, II; Staudinger-Kober, Sachenrecht, sobre el § 892, VI, y sobre el § 932, I, N° 4; v. Tuhr, Das deutsche bürgerliche Recht, II, 1, § 44. Bonfante, Corso di diritto romano, II, 2, cap. 31.

Las precedentes observaciones demuestran la inutilidad de las disposiciones generales y comunes a todas las adquisiciones de derechos patrimoniales.



No las hay. Se rigen por las disposiciones peculiares de ellos.

Los derivados de una transmisión universal o particular por causa de muerte, tienen sus condiciones expresadas en los títulos siguientes. Si transmiten o no las obligaciones, así como las facultades, lo deciden múltiples y detalladas reglas.

En cuanto a las adquisiciones de derechos sobre las cosas, el libro 3º se ha ocupado de reglarlas por decisiones peculiares de cada uno de ellos. Los derechos personales son objeto de las más detalladas prescripciones sobre su adquisición, transmisión y extinción. Los títulos de la cesión, la venta, la donación, etc., nos dicen hasta dónde sus efectos se extienden y cuándo se detienen.

Sólo es repetirlos, decir como el artículo 3265 que los contratos no transfieren por sí solos los derechos — proposición que no es exacta en su generalidad — o que — como lo afirma el 3269 — en las obligaciones de dar, se siguen ciertas preferencias, o — como lo asegura el artículo 3266 — el sucesor particular no está obligado con sus bienes, **sino con la cosa transmitida**, lo que no es exacto, salvo en muy limitadas y excepcionales hipótesis, y es obvio, en general, que un adquirente, que es un tercero, no es deudor de lo que el obligado adeuda, o que — artículo 3272 — las obligaciones del propietario de una cosa mueble no pasan a los adquirentes, ni las hipotecas no inscritas — artículo 3274 — pueden oponerse a terceros, etc.

Ni son esas reglas generales, sino de casuística, ni son exactas en su extensión, ni dejan de ser todas las recorda-



das y las de los artículos 3275, 3276, repeticiones de lo que está mejor resuelto en otras partes.

Decía Regelsberger que a nadie podía ocurrírsele — salvo a un loco, es su expresión — pretender que tuviera derechos más extensos que los de su autor, cuando invocara su carácter de sucesor. Y esto no porque el principio autoriza excepciones, sino porque es algo más que evidente, aun como principio general. Si hay trasmisión, es el mismo derecho. La proposición es de simple sustitución de palabras, y nada más. No requiere disposición legal, y es de pura interpretación, o lógica jurídica, saber cuándo un derecho existe en una extensión dada.

Y si tiene excepciones tan extensas y generales, como ya se ha hecho presente, poco se adelanta con repetir que lo que se adquiere es lo adquirido y no otra cosa, si se ha de examinar después cuál es el caso ocurrido y si hay alguna disposición que lo cubre.

Y por este estilo, es la supuesta regla de los artículos 3266, 3267 y 3268.

¿Qué se nos dice con ella? ¿Que el sucesor no puede invocar los contratos hechos por su autor, ni está obligado por ellos? ¿Que sólo en el caso de “que lo representa” con la cosa? ¿O que se deba en virtud de la ley o del contrato considerarle subrogado?... Si no se agrega con qué criterio debe entenderse “representante”, o sucesor en los contratos, la regla nada dice, y es otra vez una sustitución de palabras que nada significan por sí mismas. Es una falsa fórmula, que hay que explicar por las reglas particulares, que en el



SECCION 1°

De la transmisión por muerte de las personas

TITULO I

De las sucesiones

Art. 1. — Se sustituyen los artículos 3279, 3280, 3281 y 3282, por el siguiente:

curso entero del Código están expresadas. Las deudas son personales. Los derechos son individuales. Si no hay asunción o transmisión, ni se adeudan, ni se adquieren.

Fácil hubiera sido rectificar las disposiciones de este título preliminar, y ajustarlas a las modificaciones fundamentales que hemos proyectado en los diversos títulos de este Código, y a las consecuencias de los sistemas de publicidad que hemos creído útil proponer.

Pero es llano comprender por qué ningún Código moderno, ha considerado conveniente entrar en la exposición de principios que, a fuerza de ser generales, se pierden en la vaguedad. Es asunto de la doctrina buscarlos. No es materia de legislación.

Art. 1. — Los artículos sustituidos sobreentienden, pero no lo dicen, que la herencia es la transmisión del patrimonio de una persona, por causa de muerte. A eso se limita. “Los derechos activos y pasivos — si es que hay derechos pasivos —que componen una herencia”, de que habla el artículo 3279,



La muerte de una persona causa la transmisión de su patrimonio, a los sobrevivientes designados para sucederle.

La sucesión puede ser en parte testada y en parte intestada.

no son todos los derechos ni obligaciones de una persona. Habría que encerrar el concepto, y definir el de herencia, que el Código no precisa. Y no nos referimos en este momento a los derechos que constitutivamente cesan por la muerte.

Nos referimos a derechos que se transmiten por causa de muerte, que no son patrimoniales, que no son regidos por las reglas de la sucesión, y que, sin embargo, pasan a otras personas.

Así, los derechos de autor. Sin duda, los emolumentos o sumas que éste percibía pasan a los herederos, bajo las reglas generales de la herencia. Pero los que se llaman derechos morales del autor, se transmiten a sus sobrevivientes herederos o legatarios, bajo principios propios, que no son los de la sucesión patrimonial.

Tampoco pasan en ella y con ella otros derechos, sobre cosas que no están en el comercio. Los sepulcros, por ejemplo. No son bienes. No pueden enajenarse, ni transmitirse como se transmiten las cosas, porque no lo son. No tienen valor de cambio. Son afectaciones definitivas hechas por el autor que ha tomado de su peculio la suma necesaria para procurarse el sitio del descanso eterno, al lado de los seres queridos, los padres, la esposa, los hijos, unidos, en la muerte, como estuvieron unidos por el cariño en la vida.

Es heredero el llamado solo, o en unión con otros, a suceder en el patrimonio considerado como un conjunto ideal.

Art. 2. — Se reproduce el artículo 3283.

El sepulcro no es un bien de que puede disponer el heredero, enajenándolo a terceros, que aventan las cenizas de los que lo erigieron para dormir en paz. Nada más inicuo que lo que, por una aberración que nos abstendremos de calificar, han autorizado nuestros tribunales. Se liquidan, por venta, las tumbas, y se arrojan a la fosa común por los descendientes espúreos los huesos de sus mayores. Se embargan por sus acreedores. Se cobran impuestos de herencia. Se inscriben títulos en el Registro de la Propiedad. Se hipotecan...

Y no es un bien, todavía, porque el sepulcro no constituye una propiedad del derecho común, de que se usa y goza como usa y goza libremente un propietario. El cementerio en que se erige es un bien de dominio público. El Estado sólo concede un derecho: el de sepultar. Ese derecho puede pasar a los herederos, pero para sepultar. Y cuando el sepulcro está ocupado, no se levanta a los muertos de su tumba. Las creencias religiosas de los que esperaron dormir en paz en ellos, el decoro público, el respeto que los pueblos civilizados profesan por la muerte, se oponen enérgicamente a que se violen las tumbas, y se arrojen los huesos de los padres para desocuparlas, a fin de que el descendiente indigno pueda vender el sepulcro y pagar sus deudas.

La afectación del que erigió el sepulcro era eterna. Eterna debe quedar, y respetarse. Los herederos adquieren el de-





recho de sepultura, pero con la carga de conservar el sepulcro, repararlo, atenderlo.

La ley vigente que rige el derecho administrativo de los cementerios — bienes de dominio público — que no es ciertamente el Código Civil, artículo 2337, y argumento artículo 1502 — es decir, la ley 1º, Tít. 13, Partida 3ª ha puesto fuera del comercio las tumbas ocupadas. “E en dar las sepulturas deuen guardarse quatro cosas... La segunda es, aquellos logares donde pueden soterrar, que se entiende por los Cementerios: e estos otros, non se puede vender el logar para soterrar a ninguno en ellos, como quier que en ellos non fuese aun ninguno ome soterrado. La tercera es el sepulcro, de cualquier cosa que sea fecho: a este puede vender aquel cuyo fuere, si non ouiesse nunca soterrado ningún ome en él... E de lo que dice esta ley de las sepulturas que se non puede vender, es por esta razón: porque cualquiera que las vendiese caería en pecado de simonia, **ca las cosas temporales quando se ayuntan con las espirituales**, tórnanse en ellas, **porque las cosas espirituales son más nobles que las temporales...**”

Es este el derecho universal de todos los pueblos de nuestro grupo de civilización. Es el nuestro tradicional, es el del español actual, del francés, alemán, inglés, italiano. Viene desde el romano: el sepulcro ocupado, consagrado por la muerte, no es una propiedad que se vende y con que se trafica. Es una tumba, que el respeto público ampara. Los herederos no han encontrado en el patrimonio heredado los huesos de los muertos, que pueden arrojar a donde me-



jor les convenga. Los cadáveres no constituyen bienes de que se pueda disponer libremente por su dueño.

Hay, pues, herencia en el sentido vulgar de la expresión, pero no hay sucesión hereditaria en el sentido jurídico de transmisión patrimonial. No están sujetas las tumbas al pago de las deudas, ni a la acción de división, ni a la colación, ni a la reducción. Las reglas de la sucesión no se les aplican.

Oportunamente dispondremos lo que mejor convenga sobre ese asunto.

Véase: Dalloz, Rep. Vº Culte, Nº 739 y siguientes; Huc, 4, Nº 70; Colin et Capitant, 3, pág. 492; Planiol, 3, Nº 2366, bis; Planiol, Rippert, Maury et Vialleton, Successions, Nos. 193, 4º, 534, 2º, y 546; Dernburg, Pand, I, § 702, y Preussisches Privatrecht, 3, § 96, III; Fadda e Bensa, nota e) al § 40 de Windscheid; Bonfante, notas m) y n) al § 147, del mismo; Scialoja, Teoría della proprietà, Cap. III, Nº 14 y siguientes; Halsbury, Laws of England, 3, Vº Burial and Cremation.

El § 133 de la ley alemana de introducción del C. Civil exceptúa de las reglas del Código sobre herencia a los sepulcros, los cuales se dejan sometidos a la legislación particular de los Estados. Sobre él, Plank, VI, 1, y Staudinger, VI, 1.

—Tampoco es exacto — artículos 3279 y 3280 — que solamente por testamento pueda instituirse sucesor. Existe la institución contractual en nuestro Código. No es, pues, cierto lo que declara la nota al artículo 3280, de que no hay sucesión



universal por contratos entre esposos. El texto de los artículos 1233 y 1235 lo prueba, y es lo que dice el inc. 4 del 1217. Puede disponerse de "los bienes que se dejaren por fallecimiento" de los esposos. Los bienes. Todos los bienes, por consiguiente, llenan la condición, desde que ninguna disposición los limita. Por eso el artículo 1233 dice que "si las donaciones que los esposos hicieran de los bienes que quedasen al fallecimiento de alguno de ellos fuesen de bienes determinados... no podrán ser enajenados", de lo que resulta que la donación puede ser de todos los bienes, pues de otra manera la disposición sería incomprensible.

No decimos con esto que debe mantenerse la institución contractual. Decimos, solamente, que en el Código existen sucesiones legítimas, testamentarias y contractuales.

Por fin: suprimimos el artículo 3282, porque repite lo dispuesto por el 3279, desde que la transmisión hereditaria es definida como efectuada por la muerte. Suprimimos la declaración de que la presunción de muerte abre el derecho hereditario, porque en el título de la ausencia se legisla el punto, y porque no es precisamente exacto que la transmisión se efectúe bajo las condiciones y con los efectos de la herencia ordinaria, en el caso del fallecimiento presunto, puesto que sólo abre derecho a una posesión provisoria de simple administración.

Es, por lo demás, jurídicamente inexacto que la muerte presunta del ausente se asimile en sus efectos a la del fallecido, porque la prueba de la muerte efectiva prueba al mismo tiempo la vida hasta el instante de su acaecimiento,



Art. 3. — Se traslada a este sitio, el artículo 3470, modificado así:

En el caso de una misma sucesión abierta fuera de la Nación los sucesores argentinos o extranjeros domiciliados

mientras que la presunción de fallecimiento no es presunción de vida anterior. Las consecuencias de esa distinción son muy graves.

El artículo que proyectamos, de acuerdo con la decisión de los artículos 3263, 3279 y 3281, considera heredero al sucesor en el patrimonio, per universitatem, como lo repite para la sucesión testamentaria el artículo 3717. Reeservamos para tratarla en el sitio oportuno nuestra opinión sobre la decisión del artículo 3719, y la doctrina expuesta en su nota.

Sobre el concepto de sucesión, de herencia, Windscheid, Pand., §§ 527 y 528. Véase, además, Planiol, Ripert, 4º, número 193.

Art. 3. — Trasladamos a este lugar la disposición del artículo 3470. No se trata de una regla de la división, sino de mucho más que eso. Se trata del derecho sucesorio mismo, y de la jurisdicción, sobre los bienes situados en la República, afectados por la exclusión derivada de las leyes extranjeras.

En una palabra, constituye una excepción al principio general de los artículos 3283 y 3284.

La exclusión de que se ocupa el artículo 3470 no se limita a la circunstancia de que el heredero o sucesor argentino o domiciliado en este país, sea privado de heredar por su cali-



en la República, tomarán de los bienes situados en ella, una parte igual al valor de los situados en país extranjero de

dad de extranjero, en una sucesión abierta fuera de nuestro territorio. Es unánime la doctrina en reconocer que cualquier exclusión dispuesta por la ley, causa su aplicación. Es, pues, forzosa la conclusión de que el título hereditario es determinado por la ley argentina, y no por la del lugar del último domicilio del causante. Véase Aubry et Rau, 6, § 592; Demolombe, 13, Nos. 200 y 201, que modificó su opinión anterior; Planiol, Rippert y Maury-Vialleton, Successions, números 37 y 38; Laurent, 8, Nos. 556 y 557; Baudry et Wahl, Successions, I, N° 242; Proyecto belga de reforma al C. Civil, artículo 10, e informe de la Comisión sobre él.

Es consecuencia forzosa de ese punto de partida que la disposición debe aplicarse, no precisamente como lo dice el artículo 3470 en el caso de una misma sucesión entre argentinos y extranjeros, sino, además y forzosamente, entre todos argentinos, o argentinos y extranjeros domiciliados en la República, puesto que se trata de amparar al argentino o domiciliado, de una exclusión determinada por la ley extranjera, y tanto da que sea a beneficio de otro argentino, como que no lo sea. La esposa puede ser excluida por los hijos del causante, sean todos argentinos o no. De ahí nuestra corrección de acuerdo con los escritores citados, con la disidencia de Laurent sobre este punto: N° 559. Y, por último, si el caso es el de exclusión en toda hipótesis, total o parcial, es claro que no es el de división, sino el general de sucesión.

que fuesen excluidos por cualquier título en virtud de leyes o costumbres locales.



Nótese, todavía, que existe otra razón fundamental además de la que se expone por los escritores, derivada del texto mismo del artículo.

Es esta. La legítima forzosa, es considerada entre nosotros como una institución de orden público, de que los testadores no pueden prescindir. En tales casos, el principio general es el de que la ley extranjera no puede aplicarse en la República a cosas o personas sometidas a su jurisdicción: artículo 14, inc. 2, C. Civil, y si la ley extranjera no la establece a favor del argentino o extranjero domiciliado que según este Código puede reclamarla, la hará efectiva en los bienes situados en el país. Es un nuevo ejemplo de que la ley argentina declara el derecho hereditario, y no la del último domicilio del causante.

Decimos que es una nueva razón para apoyar la decisión del artículo, porque no se aplica éste solamente a favor de los herederos legitimarios. Se extiende a todos.

Es tan claro el punto que no parece justificada esta nota. Sin embargo, el que la escribe, hace muchos años, expuso la doctrina que deja explicada, sin obtener de un alto tribunal y de su Fiscal de Cámara una sola palabra favorable o desfavorable respecto de ella, tan peligroso se consideró emitir una opinión cualquiera sobre el asunto!



Art. 4. — El derecho de sucesión en los inmuebles situados en la República, es exclusivamente regido por las leyes de este Código.

Art. 5. — Se reproduce el artículo 3284. Se agregará al inciso 2º, lo siguiente, en párrafo separado:

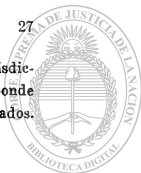
Las demandas por cumplimiento de la partición.

Art. 4. — El artículo 10, título preliminar, establece con toda firmeza que los inmuebles son exclusivamente regidos por la ley del país en que están situados. “El título a una propiedad raíz sólo puede ser adquirido, transferido o perdido de conformidad con las leyes de la República.”

Cuando en la nota al artículo 3283, se trata de justificar el principio de la unidad de sucesión, se suspende bruscamente la transcripción de los períodos entresacados del § 375, tomo 8 del *Droit Romain de Savigny*, para decir lo que jamás este escritor aceptó: “Puede llamarse una excepción a este principio general, lo que está dispuesto respecto a la transmisión de los bienes raíces que forman una parte del territorio del Estado y cuyo título debe siempre ser transferido en conformidad con las leyes de la República: artículo 10 de este Código.”

Constituye, pues, esa disposición una excepción netamente caracterizada a la regla de la unidad de la sucesión, como el artículo 3470 contiene otra.

Se trata, por consiguiente, en el proyectado de una simple confirmación del derecho existente, sin la mínima modificación, lo que según la regla adoptada en este proyecto nos dispensa de la demostración de la exactitud del principio



Art. 6. — En los casos de los artículos 3 y 4, la jurisdicción para conocer de la sucesión en la República, corresponde a los jueces del lugar en que los bienes estuviesen situados.

legal como también nos dispensa de justificar la del artículo 3283, contra los autores del tratado de Montevideo.

La pluralidad de sucesiones inmobiliarias fué sostenida con éxito por el que escribe estas líneas en la ocasión a que se refiere el último período de la nota anterior, reconociéndose por la primera vez en estos Tribunales. Se suele considerar y citar como sostenedores originarios de ella a los funcionarios que en instancia de apelación pidieron el mantenimiento de la sentencia dictada en la causa en que la había demostrado el abogado de la defensa. Cortés, vistas fiscales, I, pág. 371.

Art. 6. — Del hecho de la pluralidad de inmuebles, o de los bienes, en el caso de los artículos 3 y 4, deriva un peligro grave: el de la ruptura de la unidad de jurisdicción tan importante en materia de sucesiones. Se justifica la separación de la regla del artículo 3284, para defender graves intereses económicos y jurídicos, y aplicar las leyes de la República. Pero, una vez obtenido el resultado por la unidad de legislación dentro del territorio, nada justificaría que hubiese de dispersarse la liquidación y transmisión de los bienes hereditarios, en tantas jurisdicciones como lugares hubiera en que existieran bienes. Habría que seguir pleitos sobre el carácter hereditario, o el título creditorio, siempre renovados y discutidos por las mismas personas. Habría que per-



Si los hubiere en provincias o territorios diversos, la jurisdicción compete a los jueces de la capital, aun cuando no existieren bienes en ella.

Art. 7. — En la sucesión abierta en país extranjero,

seguir el cumplimiento de las sentencias sobre bienes ubicados fuera de la jurisdicción del tribunal que las dictó.

Es evidente que conviene volver al principio de la unidad.

No puede establecerse sobre la base del mayor valor de los bienes, porque nacerían cuestiones de competencia sobre él, y gastos inútiles para determinarlo. Por eso fijamos en caso de dispersión de los bienes, la jurisdicción de la capital de la Nación.

Debemos manifestar que esa unidad sólo se refiere a la jurisdicción. La cuestión fiscal de imposición queda fuera de la regla. Es de derecho público el de imponer, y deriva de la sujeción de los bienes a la soberanía local. Es ese un principio indiscutido de derecho internacional y de derecho interno. Si no hay bienes en un país, o los hay fuera de él, el impuesto no los comprende.

Conviene recordar principios tan elementales, porque se violan con una frecuencia inexplicable por algunas naciones, y entre nosotros por las autoridades locales. Francia impone las herencias cuyos bienes se hallan en el extranjero, donde no alcanza su soberanía.

Art. 7. — Es, todavía, excepción a la regla del artículo 3283, el caso de la declaración de vacancia, según parece pro-

con bienes en la República, la atribución del patrimonio al Fisco, en todo o en parte, por vacancia o por herencia legítima, no producirá efecto alguno en esos bienes. La sucesión será regida por las disposiciones de este Código.

suponerlo el artículo 3588 para toda hipótesis, pues que podría pretenderse gobernado por el principio general de aquel; la razón de decidir no permite distinción de casos.

El Estado recoge los bienes sin dueño, — y lo son los que no tienen quien suceda en el patrimonio, — a título de soberano, y no hay soberanías extraterritoriales.

Decimos en el texto “atribución al fisco por vacancia o por sucesión legítima” por una doble razón. Porque se discute, y algunos Estados han resuelto expresamente la duda por la afirmativa, si en defecto de herederos preferentes, el Fisco es también heredero legítimo. Hasta se ha pretendido en algún país, considerarle heredero concurrente con los parientes. Nuestra redacción comprende todos los casos. El segundo motivo es el de dejar fuera de la disposición el supuesto de la herencia testamentaria cuando el causante defiere sus bienes al Estado. Es su derecho hacerlo, y su voluntad debe ser respetada.

También resulta de nuestro artículo que no es necesariamente una herencia vacante la declarada tal en el extranjero. Si, por ejemplo, el derecho de los colaterales se limitara al segundo grado, o se les excluyera en el todo, la sucesión se regiría por nuestras leyes, y no sería aplicable la extranjera.





Art. 8. — Los artículos 3287, 3288, 3289 y 3290, se sustituyen por el siguiente:

Toda persona natural o jurídica, existente en el mo-

Art. 8. — Supresión del artículo 3286. De la regla del artículo 3283, resulta la incongruencia del suprimido. Acen-túa la dificultad el agregado contenido en la nota que des-pués de citar a Savigny, invoca el artículo 7 del Código.

Pero este se refiere a la capacidad de hecho, de ejer-cicio, y nada tiene que hacer con la capacidad para suce-der. Porque un interdicto, un recién nacido, un sordo-mudo, hasta un concebido antes del nacimiento, son capaces de su-ceder. Y si es así, ¿cómo puede afectar su aptitud heredita-ria la diferencia de legislación que declare incapaz, o capaz de obrar por sí mismo, al que según la ley de su domicilio personal no lo es?

Es de buen sentido que no exista posibilidad de una dificultad, sino en el caso de capacidad para adquirir, para heredar, y a eso se refería Savigny en los párrafos que la nota cita.

Ahora. Si la ley del último domicilio del causante es la que rige el derecho de suceder, o esta disposición no tiene sen-tido, o significa que ella es la que define la vocación here-ditaria. Porque si declara la incapacidad de suceder, ¿qué im-porta lo que disponga la ley personal de ese incapaz? Si el hijo adulterino no es heredero, ¿qué significado tiene el que la ley de su domicilio lo declare hábil? Si ésta prevaleciera, sería falso que el derecho hereditario es regido por la ley del asiento de la sucesión.

mento de la muerte del causante, puede sucederle, a menos de disposición contraria de la ley.



Savigny, no se refería al derecho de suceder como se le atribuye: “La capacidad **personal** de los llamados a la totalidad o parte de la sucesión, se rige según su domicilio, no según el del difunto, y según su domicilio a la época del fallecimiento.

“Pueden autorizar excepciones las leyes rigurosamente obligatorias. Si, por ejemplo, el heredero instituido **no puede, según la ley de su país**, recoger la sucesión a causa de su muerte civil, o su herejía, impedimentos que no reconocen otras legislaciones, o si existe una **ley restrictiva** sobre adquisiciones de bienes de la manomuerta, **no se aplica entonces** la ley en vigencia en el domicilio del heredero, sino la vigente en el lugar en que ejerce su jurisdicción el tribunal llamado a pronunciar, que muy frecuentemente será el del domicilio del causante”.

Como se ve, Savigny hablaba de capacidad personal, es decir, de capacidad de ejercicio, y se apresuraba a explicar que la capacidad de **suceder** era regida por la ley del lugar del asiento de la sucesión.

No convertía, pues, la capacidad personal, en capacidad de suceder, como por inadvertencia lo hace nuestro artículo. Por eso en la nota se invocaba el artículo 7º que habla de lo que Savigny consideraba capacidad **personal**, que no es la capacidad, la aptitud de adquirir, aunque se esté bajo la representación y el poder de otro. ~



El concebido en ese momento sucede bajo la condición de su nacimiento. Sucede desde el instante de la muerte del autor.

Se suprime el artículo 3286.

Pero para ese resultado, no es menester rectificar el texto, y declarar que la capacidad para aceptar o repudiar la herencia o el legado, para hacer actos de adición de la herencia, reclamar o abandonar el beneficio de inventario, ejecutar actos de posesión hereditaria, etc., se haya de tener la capacidad de usar de los derechos hereditarios definida por la ley del propio domicilio, porque es ese el principio general del Código, dicho de una vez por todas. Y, principalmente, porque eso no es capacidad para suceder, siempre regida por la ley del asiento de la sucesión, esto es, del domicilio del causante, del lugar de los inmuebles, o de la República para los argentinos excluidos, según sea el caso, de acuerdo con las reglas ya establecidas.

Tampoco en los dos últimos casos es exacto el artículo suprimido. Porque en la sucesión inmobiliaria se aplica a la capacidad de suceder la ley del inmueble y porque en el supuesto del artículo 3470, sólo se aplica al extranjero domiciliado en la República el derecho de cubrir su herencia en los bienes situados en ella, y no al argentino, que por razón de serlo, aunque no esté domiciliado en el país, es amparado por él.



Art. 9. — Son nulas las convenciones por las cuales se dispone de los bienes para después del fallecimiento de cualquiera de las partes. Es asimismo nulo el contrato por el cual se obliga una persona a hacer o no hacer, a revocar o a no revocar una disposición por causa de muerte.

No pueden aceptarse, ni repudiarse, las herencias futuras, ni ajustarse estipulación alguna respecto de ellas.

Art. 9. — Artículo 1790 que así lo dispone para las donaciones. Artículos 3311 y 3312.

El segundo período propuesto, constituye el § 2302, Código Alemán. Sobre el último, artículos 1130 y 791, Código Francés.

No son solamente las donaciones, sino todos los contratos, cualquiera que sea su carácter, que constituyen pactos prohibidos si disponen de bienes para el caso de fallecimiento, como resulta del Código Francés, y del Alemán citados. Resulta, asimismo, de la nota al artículo 3311, la cual es mucho más extensa que la disposición misma, pues ésta no habla de convenciones ajustadas, como obligatorias para las partes.

Tanto el Código Francés como el Alemán exceptúan la institución contractual, como también lo hace el nuestro. Es punto sobre el cual volveremos en el lugar oportuno.



§ 1. De la indignidad

Art. 10. — Se sustituye el artículo 3291, por el siguiente:

Son excluidos de la sucesión como indignos los herederos o legatarios que deliberada e ilegalmente han atentado

Art. 10. — Hemos modificado profundamente la redacción del artículo 3291.

Es discutido, especialmente entre los escritores alemanes, si constituye una incapacidad la indignidad. Pronunciada por la ley como causa limitada de exclusión, no produce la inhabilidad para suceder, sino la privación de la herencia por demanda de parte. El indigno sucede: es heredero. Conserva la herencia mientras no se pida su exclusión: es una causa de anulación dependiente de acción: Demolombe, 13, números 270 y 273 y siguientes.

El artículo 3291, declara la indignidad del condenado por delito o tentativa de homicidio. De ahí dos graves dificultades:

1° La condenación no puede obtenerse contra el que fallece antes de ella, o el que ha huído, o enloquece durante el juicio. Los escritores franceses declaran que no existiendo condenación no puede oponerse en juicio la indignidad. La condenación es constitutiva.

Si eso se ajusta al texto literal del Código Francés, es directamente opuesto al sistema del Código Civil. Le criminel tient le civil en état. Pero de ahí no deduce el artículo 1101 del nuestro, que, cuando por muerte, ausencia u



o intentado atentar, como autores o cómplices, contra la vida, la persona o la honestidad del causante, su cónyuge, descendientes, ascendientes o herederos. La indignidad no

otra causa semejante, no pueda seguirse juicio criminal hasta llegar a la condenación, no haya de continuar la acción civil. Véase, además, artículo 1859.

Por eso, por lo inicu de la solución de que el matador recoja la herencia de su víctima, es que el Código Italiano, artículo 725; el Alemán, § 2339; Suizo, artículo 540; Austriaco, ref., artículo 540; Brasileño, artículo 1595, han abandonado el sistema del Código Francés, que sólo es reproducido entre los modernos por el artículo 756, número 2, del Español.

El caso se deja dentro de las reglas generales del ejercicio de la acción civil en los delitos del derecho criminal. Véase el notable trabajo de Baudouin, Procurador general de la Corte de Casación de Francia, Bulletin de la Société d'Etudes Législatives, 1910, páginas 87 y siguientes; proyecto de reforma del Código Francés.

2° Pero nuestro Código, como el Francés, habla de homicidio, o tentativa.

No es justificada esta limitación. El atentado ha podido tener otra dirección. Ha podido limitarse a lesiones. Y lo más grave es que entre nosotros, se ha hecho un delito especial, diferente del homicidio, del ataque armado, y del disparo de armas de fuego, que son claramente casos de homicidio frustrado. Por eso ha debido alterarse la redacción.



queda cubierta por la gracia, ni la prescripción del delito o la pena.

Se suprime el artículo 3294.

Art. 11. — Se reproduce el artículo 3292.

Pero es mucho más extensa la adoptada. No solamente comprende nuestra fórmula la segunda previsión del § 2339, 1º, Código Alemán, referente a mutilaciones o lesiones de todo orden, que también entre nosotros se constituyen en delito de entidad propia, sino a todas las perturbaciones mentales u otras, causadas por el indigno.

Aun así, esa fórmula no es suficiente. Hay atentados gravísimos, contra el o la causante, sus hijas, esposa, etc., que no son a la vida, que no causan lesiones, y que son ofensas mortales y atentados tan graves como los que causan lesiones a las personas. Es ciertamente indigno de heredar al padre el violador, o el seductor de la hija. También es atentado contra la persona en sus más preciados atributos.

Por fin. Se ha reprochado al Código Alemán no comprender los atentados contra los herederos, entre las causas de indignidad. Se asesina al heredero, para suprimir el obstáculo que impide apoderarse de una fortuna. Hay la misma razón de decidir que en el atentado contra el causante.

Nuestro Código, comprende al cónyuge, descendientes y ascendientes, lo que en parte cubre la deficiencia del Código Alemán. Pero hay o puede haber otros herederos: hermanos, por ejemplo. Y así como los ascendientes pueden no serlo, y sin embargo, la grave ofensa produce la indignidad,

Art. 12. — Se reproduce el artículo 3293, sustituyendo las palabras “o trabajos públicos por cinco años o más” por las de “o reclusión”.

el atentado contra el heredero presunto, o testamentario, merece igual solución: es indigno de heredar, el asesino.

El artículo proyectado comprende el duelo, no obstante la anarquía que reina sobre el punto. Es insostenible que se mate en duelo al causante y se venga después a recoger la herencia. Es mal sistema de heredar.

Se suprime el artículo 3294, porque según la calificación del Código Penal, artículos 118 y siguientes, constituye el adulterio delito contra la honestidad y está comprendido en el proyectado, y porque existe la misma razón que en el homicidio para no hacer depender de la condenación la indignidad.

Art. 12. — Del solo hecho de que el artículo 3293 hace depender la indignidad de la acusación voluntaria, sin exigir que sea calumniosa, ya se deduce que se trata de una acción que el heredero no debe ejecutar por fundada que sea la acusación. Es incompatible con la herencia, que supone otra clase de afectos y relaciones. Ese orden de ideas conduce a la supresión del límite de cinco años. Es siempre ofensiva la acusación que conduce a la prisión. En este sentido, artículo 756, 3º, Código Español. Baudouin, Estudio citado, página 89.





Art. 13. — Se sustituyen los artículos 3295 y 3296, por el siguiente:

Son, también, indignos:

1º Los ascendientes que abandonaron al causante, o prostituyeron a la autora de la sucesión, o a los descendientes de ellos;

2º Los parientes que no recogieron o no suministraron alimentos al causante cuando éste se hallaba abandonado, o alienado, o no cuidaron de hacerlo recoger en establecimiento apropiado;

Art. 13. — Inciso 1º, artículo 756, 1º, Código Español, que limita la indignidad a los padres, sin motivo suficiente para excluir a los abuelos, que tienen también deberes con sus descendientes.

Inciso 2º, artículo 3295. No es exacto que haya de ser precisamente demente el abandonado. Puede ser mutilado, enfermo, menor, etc.

Inciso 3º, artículos 3574 y 3575.

Estos artículos sólo hablan de herencia legítima, y deben aplicarse también a las disposiciones testamentarias y a la institución contractual. El artículo 1236 sólo menciona el divorcio, sin distinciones de culpables o no culpables, ni preceptuar sobre el abandono del hogar.

Inciso 4º, artículo 236.

Inciso 5º. Así lo dispone para las injurias de hecho el artículo 3747, y sólo para los ascendientes. Goyena, artículo 672, 2º, funda bien la resolución para la desheredación. Hay



3º El cónyuge divorciado declarado culpable, y el que, si no hubiese divorcio, abandonó sin motivo plausible el domicilio conyugal;

4º La viuda que contrajese matrimonio antes del tiempo preceptuado por el artículo 236;

5º El heredero que maltrató de obra o injurió gravemente al causante;

6º El que colocó al autor de la sucesión en una situación que lo hizo incapaz hasta su muerte de hacer o revocar un testamento. El que falsificó o alteró, ocultó o suplantó, una disposición de última voluntad;

7º El que obligó por fuerza, o con fraude, al causante a hacer un testamento, o le impidió revocarlo o modificarlo.

Art 14. — Se sustituye el artículo 3297, por el siguiente:

igual motivo para la herencia intestada. La demanda injustificada civil de divorcio por adulterio causa indignidad (Merlin, vº Indignité).

Inciso 6º, 2º parte del § 2339, 1º, Código Alemán. Sin resultar de atentado que trae inhabilidad por lesiones, puede tratarse de la explotación de la tendencia a la embriaguez o al uso de otros venenos, en que interviene la voluntad debilitada del que es objeto de la maniobra delictuosa.

Sobre falsificación o alteración, que no menciona el artículo 3296, § 2339, 4º, Código Alemán.

Inciso 7º, artículo 3296.

Art. 14. — § 2343, Código Alemán; artículo 540, Código Suizo; artículo 540, Código Austriaco reformado; artien-



La indignidad desaparece cuando el causante ha perdonado al heredero.

lo 757, Código Español, que constituye el 619 del proyecto de Goyena; artículo 726, Código Italiano, que exige declaración expresa por testamento o instrumento público. El artículo 1597, Código Brasileño, reproduce lo dispuesto por el italiano.

El Código nada dice en el presente título sobre la cancelación de la indignidad, sino por el otorgamiento de disposiciones testamentarias posteriores a los hechos que dan margen a aquella causa de exclusión. Parecería que no podría aceptarse sino la declaración testamentaria expresa llamando al indigno a la herencia como rehabilitante del sucesor, si hemos de creer lo que se refiere en la nota al artículo 3307. El perdón por sí solo no produce, dice, sino efectos morales, pero no civiles.

Sin embargo, no es esa la doctrina legal. La contradicen disposiciones expresas del Código. La nota es reflejo de la doctrina generalizada entre los escritores franceses, que consideran las causas de indignidad como disposiciones imperativas de la ley, impuestas por ella en garantía de la seguridad y la moral públicas. Demolombe, 13, números 226, 227 y 278. Admiten, sin embargo, que sólo se aplica esa solución a la herencia intestada: el causante puede por testamento disponer como lo crea más conveniente. La doctrina francesa ha reaccionado: Baudouin, lugar citado, página 96



Pero esa noción de la indignidad es falsa. No es impuesta por la ley por motivos de orden público superiores al perdón del ofendido. Y la prueba de que no se trata de disposiciones imperativas, inexorables, se encuentra en la admisión de que ese autor, que no puede perdonar con efectos civiles, puede, sin embargo por testamento instituir heredero o legatario al indigno, y hasta, si hemos de creer a nuestro artículo 3297, aun cuando ignorase las ofensas que no se le permiten perdonar, y que ahora resultan condonadas hasta sin saber de ellas. ¡Es eso más que perdón!

La indignidad no es de orden público, según esto. Y no lo es, porque no impide el derecho hereditario; sólo autoriza una acción de petición de herencia a favor de los que recogerían la sucesión en defecto del indigno. ¿Qué orden público es este que no causa incapacidad insalvable, y sólo autoriza acción de particulares? Hasta el artículo 3304, impide que el Estado reclame la sucesión, — contra la opinión de algunos escritores franceses —. Sólo pueden, dice ese texto, —y dice mal, — reclamar los parientes llamados a suceder por la exclusión.

Decíamos que la ley misma dispone expresamente lo contrario. Pueda desheredarse a los herederos forzosos. Y es eso mucho más grave que privar de herencia a otros favorecidos. Porque la desheredación exige dos condiciones: derecho a legítima forzosa, y declaración **expresa** del testador. El Código toma, además, dos de las más graves causas de indignidad y las declara como de desheredación: el atentado contra la



vida y la acusación criminal por hecho que traería pena grave.

Y eso no obstante, a pesar de la desheredación expresa, sin revocar el testamento que la establece, sin remitir por instrumento público, sin disponer de nuevo, la ley—artículo 3750 — dice que la reconciliación posterior deja sin efecto la desheredación ya hecha.

Si era el orden público, como lo quería Demolombe, el que impedía los efectos del perdón al asesino, al acusador, al perseguidor, ¿cómo es que ese asesino queda perdonado por la reconciliación y sin testamento? Y esto que se trata de hechos tanto más graves cuanto son más estrechas las relaciones de sangre, o de matrimonio entre causante y heredero. La reconciliación lo borra todo, y es mejor que lo borre para que desaparezcan las escandalosas intervenciones de parientes lejanos, — y hasta del Fisco, según los escritores franceses, — para enconar los resentimientos e incubar pleitos de sombrías revelaciones.

Nadie demostrará que lo procedente en la desheredación, no concurra en la indignidad, y que se pueda invocar esta contra el heredero forzoso reconciliado. No. Todo es privación de herencia y la indignidad no se limita a la sucesión legítima; comprende todas las especies. Desaparece así la razón única alegada por Demolombe para su conclusión, de que el testamento posterior se rige por reglas distintas de la sucesión ordinaria.



Pero todo esto, si algo prueba, es que el perdón puede venir de muchos hechos, que son reveladores de la magnanimidad del cansante. No depende del testamento, dice el artículo 3750.

Y a su vez. Debe depender del conocimiento de las ofensas. No se perdona lo ocultado, lo ignorado. ¿Cómo, pues, admitir que resulte mecánicamente de la facción de un testamento, aunque se probase que se otorgó sin conocimiento de la indignidad del favorecido?

No es, entonces, extraño que los códigos vayan repudiando doctrinas tan poco justificadas, y se recoja la vieja solución del derecho romano que durante siglos ha venido imperando. El perdón del causante, lo borra todo. (1)

Parece excusado decir que el perdón ha de ser fundado en hechos inequívocos, graves y concordantes, tanto más acentuados cuanto sea más grave el hecho cometido. El testamento o remisión posterior, aunque no sean expresos, deben causarlo cuando sean realizados con conocimiento de los hechos que se perdonan.

(1) Lo singular es que sea precisamente ésta la solución de Malpel en los números 62 y 63, que la nota al artículo 3297, invoca. "La reconciliación, dice, hace cesar la causa de esta especie de desheredación y así como asegura al testamento todos sus efectos, restablece el orden natural de las afecciones en su estado primitivo".



Art. 15. — Se modifica el artículo 3302, suprimiendo las palabras “incapacidad o”.

Art. 15. — Se suprime la parte del artículo 3302 relativa a la incapacidad, porque al revés del Código Francés, las reglas de que venimos tratando comprenden tanto las sucesiones legítimas como las testamentarias. No hay incapacidad respecto de las primeras: artículo 3288. Todos los seres existentes heredan. La muerte no es incapacidad. La falta de existencia, y en su caso, de concepción, no son privaciones de aptitud como lo supone la noción de incapacidad. La existencia no es una calidad de la persona, es la condición misma de la sucesión. El que no existe no hereda. No hay sujeto.

La incapacidad no existe sino en materia de sucesión testamentaria: artículos 3733 y siguientes. Hay en ella personas existentes, a quienes la ley despoja, priva, de la capacidad de recibir. Se limita su aptitud normal por razón de ciertos hechos o circunstancias. En esa oportunidad se debe, pues, ver quienes son los incapaces, y que efectos produce su condición.

La indignidad, hemos dicho, en nota anterior, no es incapacidad, no obstante ciertas vacilaciones verbales que aparecen de la nota al artículo 3307, simple reflejo y repetición de lo expuesto por algunos escritores franceses. (1)

(1) Es la transcripción literal de lo dicho por Coin-Delisle, pág. 12, t. 7 de la *Revue Critique*.



Se agregará como segundo párrafo separado el artículo 3300, modificado así:

Si la herencia o legado pasasen a los herederos del indigno, la transmisión se efectuará con el mismo vicio de indignidad.

La prueba está en los artículos 3298, 3299, 3304, etc. El indigno hereda. Puede ser excluido por acción de parte. Eso es todo. Por eso la nota al artículo 3309, vuelve sobre las vacilaciones anteriores para decirnos que el indigno es dueño efectivo de los bienes. La revocación en caso de acción, es revocación *ex nunc*. Hasta las donaciones que ha realizado son válidas: artículo 3309.

La segunda corrección que hacemos es al artículo 3300. Resulta de él, tal como está redactado, que los herederos del indigno adquieren con el mismo vicio la sucesión o el legado.

No es eso exacto sino allí donde tienen derecho a la sucesión, porque si el indigno es excluido, puede muy bien suceder que la disposición haya quedado caduca, por no haber sobrevivido al causante, por ejemplo (artículo 3743).

El artículo 3300 no tiene por dirección resolver que los herederos del indigno, recogen la sucesión con el mismo vicio. Sólo entiende decidir dentro de los principios generales que, cuando pasa a ellos la sucesión, pasa con los vicios del autor, y nada más.

Por eso viene la excepción del artículo 3301.



Art. 16. — En sustitución del artículo 3301, el siguiente:

Los descendientes del indigno que vienen a la sucesión, en su defecto, no son excluidos por las faltas de su ascen-

Art. 16. — El texto del artículo 3301 contiene un error por inadvertencia. Es la traducción literal del artículo 730, Código Francés. Pero este dice: “Les enfants de l’indigne **venant** a la succession”, esto es, “que vienen”. El traductor ha puesto “vienen”, sin duda por error, tal vez, de impresión.

La disposición ha cambiado así diametralmente de sentido. Ahora dice que los hijos del indigno vienen por título propio a la sucesión, por el mero hecho de serlo, aunque no lo tuvieran personal para heredar al causante. Es lo contrario de lo que quería decir. Cuando por título propio vienen a la sucesión, no son excluidos por la falta de los padres. El nieto del causante puede heredarle.

Aun rectificada la traducción, la disposición ha dado lugar a controversias sobre el sentido exacto de ella. Y así, el nieto si no puede invocar la representación queda pospuesto por los hijos del causante, más próximos en grado que él. Le es necesaria la aproximación por aquel medio, desde que por título propio queda excluido.

Carece de objeto entrar en el examen de la discusión entre los expositores del derecho francés. Está hoy decidida. Está todo el mundo de acuerdo en que la representación debe permitirse, y que el texto francés, para decir lo menos, comete una “inconsecuencia injustificable”: Laurent, 9, nú-



diente. Pueden representarle como si hubiese fallecido. Mas éste no podrá reclamar en caso alguno, sobre los bienes de la sucesión, el usufructo que la ley acuerda a los padres en el patrimonio de sus hijos.

Art. 17. — Se modifican los artículos 3304 y 3299, así:

La exclusión del indigno no puede ser declarada sino por acción de los parientes, cónyuge o herederos y legatarios testamentarios, llamados a suceder a falta del excluido de la herencia o en concurrencia con él.

mero 30. Otros creen que a pesar de su redacción, es posible la representación: Demoïombe, 13, número 292. Los hay que no la admiten.

Nótese que en nuestro derecho, los nietos jamás heredan por título propio: siempre vienen por representación (artículo 3566). Es esta, por lo menos, la regla. Lo que equivale a decir que nuestro artículo 3301 excluiría siempre a los descendientes por las culpas de sus padres.

Pero decíamos que la cuestión está hoy decidida. Todos los códigos, hasta los más próximos al francés, admiten la representación del indigno: artículo 541, Código Austriaco; artículo 728, Código Italiano; artículo 761, Español; artículo 541, Suizo; artículo 1599, Brasileño; § 2344, Código Alemán. Baudouin, propone la reforma del francés: página 95, informe citado

Art. 17. — De la redacción actual del artículo 3304, resulta que sólo los parientes herederos eventuales del cau-



También puede solicitarla todo el que estuviese sujeto a una acción de reducción, o a la colación, en virtud del reclamo deducido, o eventual, del indigno.

No pueden oponer la indignidad los deudores de la sucesión.

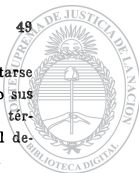
Art. 18. — Se reproduce el artículo 3303.

sante, pueden demandar la exclusión del indigno. No lo puede el Fisco, aunque los parientes no existiesen o permaneciesen en la inacción. Y conviene confirmar esa resolución, a fin de evitar la introducción de reclamos odiosos, fundados en denuncias de personas que sólo persiguen un lucro malsano, sin tener título a la herencia.

Pero, en cambio, el artículo es incompleto porque no son solamente los parientes los llamados a recoger una sucesión, sino los herederos o legatarios testamentarios en defecto del indigno, sea cualquiera la causa de ese llamado: testamento actual o anterior, modificado o subsistente, por efecto de la institución hereditaria del indigno, incompatible con otra anterior, etc.

Y todavía. Los donatarios de bienes sujetos a la acción de reducción de los herederos forzosos, aunque no aspiren a la herencia, tienen un interés jurídico en hacer declarar la exclusión del heredero legítimo, en muchas hipótesis que no es del momento elucidar.

No hemos adoptado una fórmula más general, porque deseamos acentuar la exclusión del Fisco. La carencia del imperio romano en su decadencia fué la pululación de los de-



Art. 19. — La acción de exclusión no puede intentarse antes de abierta la sucesión. Caduca contra el indigno o sus herederos que han poseído la herencia o legado por el término de tres años, aunque se alegase que lo ignoraba el demandante, o estuvo imposibilitado de iniciar la acción.

El término no corre si la acción de exclusión queda subordinada a la resolución de un juicio criminal.

Se suprimen los artículos 3298 y 3307.

nunciantes de herencias para el Estado. La delación sordida, se introduce por todas partes, envenenando las relaciones de familia, haciendo públicos los secretos de interior, callados por los ofendidos que han preferido el silencio, y el perdón a la desheredación. La delación calumniosa es un grave peligro social que debe ser enérgicamente evitado.

Art 19. — Aun cuando la cita de los artículos del Código chileno que trae la nota del artículo 3300, el cual exige diez años para purgar la indignidad, pudiera hacer sospechar en un error de escritura (diez, tres), mantenemos deliberadamente el plazo de los artículos 3298 y 3300. No se trata de un extraño poseedor que prescribe. Se trata de un heredero que posee a título de tal. Por eso diferencia el Código: no prescribe, purga, convalida. Y conviene que así sea, para concluir con esas cuestiones odiosas, íntimas, ocultas regularmente por todos, y que si han de estallar, mejor es que sea cuando existen todos los testigos, y las pruebas, de los hechos envueltos en la sombra. Mejor es que se deje



sin castigar alguna indignidad, que facilitar el que se calumnie con encono a herederos perdonados, o acusados falsamente. El hijo será atacado cuando ha muerto la madre que podría justificar la verdad, o los parientes que recibieron las confidencias del causante.

El derecho francés deja la posesión dentro de la regla general de la prescripción adquisitiva. El alemán, al contrario, §§ 2340 y 2082, exige que la acción de exclusión se deduzca dentro del año, pero contado desde el día en que el reclamante conoció la causa de la exclusión. En todo supuesto, sólo puede intentarse dentro de los 30 años de la apertura de la sucesión.

Creemos preferible el plazo de nuestro Código, plazo de caducidad, no sometido a las reglas de la prescripción, por las razones ya expuestas. Por un lado, es tres veces mayor que el del § 2082, Código Alemán. Por el otro no depende del conocimiento que la parte actora haya tenido del suceso. La posesión hereditaria es un hecho público, de inscripción en el Registro, que todos pueden conocer, por un lado, y por el otro es bien difícil de probar el conocimiento de que habla el Código Alemán. Todo eso sólo sirve para litigios interminables, en que la mala fe se ampara, para obligar a transacciones arrancadas a las partes: son litigios en su mayor parte calumniosos. En este sentido: Baudouin, proyecto citado, página 87, que propone un año para la acción.

Se suprime el artículo 3307, porque ya está dicho, artículo 3300, — que los herederos del indigno reciben la herencia en las mismas condiciones que él.

Art. 20. — En virtud de la sentencia de exclusión, se restituirán a los herederos reclamantes los bienes de que el indigno entró en posesión, con sus productos, aplicándose las disposiciones de este Código relativas a los poseedores de

Art. 20. — No hay motivo para establecer nuevas reglas sobre devolución de los bienes recibidos por el indigno. Es uno de tantos poseedores de mala fe. Sus herederos pueden encontrarse en el caso del artículo 2432, en cuanto a los frutos.

Tampoco deben disponerse reglas especiales sobre actos de administración o de enajenación, realizados por el indigno. Porque se trata de un heredero aparente, en posesión de la herencia, caso común con los generales, y que ha de regirse por las mismas disposiciones.

La multiplicación de las soluciones en el Código, lleva a contradicciones graves en ellas.

Así. En derecho francés es asunto de viva controversia la suerte de los actos de enajenación hechos por el indigno. Todos los autores citados en la nota al artículo 3209, difieren entre sí. Demolombe presenta soluciones opuestas a las de Aubry y Rau, por ejemplo, sobre la validez de las donaciones ejecutadas por el heredero. Malpel, Duranton, etc., tampoco coinciden. Laurent no admite la validez ni de las enajenaciones a título oneroso (tomo 9, números 27|29).

Y el propio Código que en el artículo 3309, dispone la validez de las donaciones contra Demolombe, en el artículo 3430, adopta precisamente la solución opuesta.





mala fe de bienes ajenos y a sus herederos. Se aplican asimismo las disposiciones de los artículos 3429 y 3430.

Se suprimen los artículos 3305, 3306, 3309 y 3310.

Art. 21. — Se reproducen los artículos 3303 y 3308, que constituirán dos párrafos de un mismo artículo.

Art. 22. — Las disposiciones del presente capítulo se aplican a los legatarios.

Que el heredero vencedor en la acción de petición de herencia, está, sin diferencia alguna, en la misma condición jurídica que el vencedor del indigno, no es contestable. Y que los terceros con quienes haya tratado el excluido se hallan en idéntico caso, tampoco lo es. Si es verdad que el heredero triunfante en el litigio con el indigno deba respetar las donaciones hechas por éste, “porque tanto el heredero que entra en el lugar del excluido como el donatario tratan de obtener una ganancia **y en tal caso es mejor la condición del que posee**”, según dice la nota, también debe serlo en cualquier otra hipótesis igual, y el artículo 3430 es equivocado. En este se trata del heredero vencedor, que no es indigno, cuyo derecho se reconoce, y también el donatario se encuentra en posesión. Sin embargo de estar in pari causa, se resuelve contra el último.

Pero no hay motivo jurídico para apartarse en caso alguno de los expresados, de las reglas fundamentales.

Los actos a título oneroso, obrados en presencia de las situaciones jurídicas existentes, y hechas públicas por su Registro, se hallan en condición profundamente distinta de los actos a título gratuito. Es indispensable dar estabilidad



TITULO II

**De los efectos de la devolución hereditaria. — De la
aceptación y repudiación de la herencia ***

a los actos que fundan el crédito y seguridad a las transacciones y en ese caso sólo se encuentran los actos onerosos. No es acto de crédito la donación ni ha determinado desembolso que amparar.

Cesando la razón de ser de la protección derivada de aquella necesidad, debe volverse al principio normal: nadie transmite, a otro, mejor derecho del que tiene. Los obsequios, los actos de liberalidad, no alteran la situación jurídica del que es dueño efectivo de los bienes. No hay *pari causa*, entre el heredero que reclama lo suyo, y el donatario que no tiene derecho alguno transmitido.

Por eso en el Libro anterior hemos limitado la protección derivada de la publicidad, a los actos a título oneroso, y dejamos las donaciones ejecutadas por el indigno dentro de la regla fundamental de la transmisión de derechos, y del enriquecimiento indebido.

* La materia de este título, y las condiciones generales del heredero, respecto de los efectos de la transmisión de los bienes del causante, ha sido objeto de diversas soluciones, muy divergentes unas de otras, en los códigos más recientes. Por su influencia se ha agitado la doctrina contem-



poránea, y aun en los países cuya legislación ha sido reproducida por nuestro Código, los escritores reconocen la necesidad de modificar las soluciones tradicionales. Las autoridades más respetadas recomiendan modificaciones sustanciales.

Se pretende que el concepto fundamental de la sucesión por causa de muerte es profundamente distinto en el derecho romano y en el germánico y que de él derivan necesariamente consecuencias relativas a las responsabilidades del heredero. Los países que siguen la tradición latina, se dice, le declaran deudor sin limitación, **ultra vires**, de lo que el causante adeudaba. Los que siguen la opuesta, limitan esa deuda, **intra vires**, hasta concurrencia de los bienes heredados, y no más allá.

Se ve en aquella solución un error fundamental, y se considera una injusticia manifiesta imponerla al heredero. (1)

Creemos, inexacta la teoría de que parte la crítica, e inexacta la conclusión en sí misma, aun prescindiendo de su antecedente doctrinal.

(1) Véase el notable trabajo de Percerou, *La liquidation du passif héréditaire*, *Revue trimestrielle*, 1905, páginas 535 y 811. Informe del mismo, como ponente de la comisión encargada de proyectar la reforma del C. francés sobre esa materia, en *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1910. Saleilles, *De la responsabilité de l'héritier*, en el mismo, 1910, pág. 296, y 1911, pág. 56, carta del mismo, pág. 49, *id.*, y *La responsabilité de l'héritier dans le code*



Dejando de lado las consideraciones históricas con que se expone la evolución jurídica del concepto de sucesión, y refiriéndonos al que inspira los códigos criticados, debemos decir que la idea fundamental es en todos los modernos la misma.

Sólo hay una diferencia verbal, en la antítesis presentada. La continuación de la persona del causante en el heredero, es, se dice, lo opuesto de sucesión en el patrimonio. De ahí, se concluye, la responsabilidad personal, *ultra vires*, en ciertas legislaciones, y la responsabilidad limitada al patrimonio recibido, en las de origen germánico.

Pero, decimos, esas son diferencias de expresión, y no diferencias de concepto.

El heredero, sucede. Hay transmisión: ¿de qué? Del patrimonio como unidad: bienes y deudas. En ellos se hereda: bienes y deudas.

Si hay transmisión, es porque hay desaparición de la persona del causante. Hay sustitución de ella. Era antes la del autor; es ahora la del heredero. Y como la idea de patri-

civil suisse, pág. 476, *id.* Artículo de van Biervliet, en el mismo Bulletin, 1912, pág. 206, y sobre el proyecto belga de revisión del Código respecto del mismo asunto, *Succesions*, págs. 51 y siguientes.

La discusión y el proyecto francés, se hallan en aquel Bulletin, años 1910 y 1911, así como los estudios de Cremieu, sobre la liquidación del pasivo hereditario en los códigos suizo e italiano, pág. 57, 1910. Con igual tendencia, Verga, en Riv. di diritto civile, 1926.



monio es la de una unidad de bienes determinada por su dueño, no puede haber dos patrimonios con un mismo dueño, o titular.

La idea de transmisión por muerte, es esencialmente inseparable de la de sucesión. Se ha transmitido el patrimonio. Es ahora del heredero. Este continúa en los derechos y obligaciones del muerto.

La continuación es de las relaciones jurídicas patrimoniales. Porque ni en lenguaje figurado puede decirse que es en otra cosa. ¿No es el punto de partida la muerte? ¿Puede continuar la persona que no existe? Por eso decía Windscheid, que “concebir la personalidad jurídico-patrimonial de quien deja la herencia, como sobreviviente quiere decir: concebir al que deja la herencia como sobreviviente en la relación jurídico-patrimonial, y ¿por qué debe concebirse como sobreviviente desde que en realidad está muerto?” (Pand., III, § 528, número 7). “El patrimonio de quien deja la herencia, agregaba, recibe en el heredero al cual pasa, un nuevo sujeto: ¿por qué no debe bastar este sujeto?” (1)

Cuando, por consiguiente, se dice que el heredero continúa la persona del causante, no se entiende decir otra cosa, so pena de absurdo, sino que el heredero sucede en sus de-

(1) Unger, System, 6º, § 1, Nº 2, decía: “Es una frase sin sentido cuando se habla de que en la herencia se realiza la inmortalidad del hombre; la herencia contiene más bien la realización, y confirmación de la verdad de que ningún hombre sobrevive”.



rechos, continúa en los que constituyen su patrimonio. Continuar la persona es una manera de decir, más o menos acertada, pero que no se refiere a la prolongación del individuo que está muerto y porque está muerto, tiene sucesor. Nadie puede entender que se continúe otra cosa que su derecho patrimonial tal como es, con sus cargas: *ære alieno deducto*.

No hay diferencia alguna entre las dos concepciones que se dicen antitéticas. Las palabras son distintas: la cosa es siempre la misma.

Sólo puede haberla en la intencional distinción que se quiere expresar por la fórmula. Pero no descansa en una exacta interpretación del fenómeno jurídico. No hay la posibilidad de concebir de dos maneras antitéticas la transmisión, el traspaso de los bienes del que ha fallecido al que sobrevive.

Con esto queda dicho que es inexacta otra forma verbal frecuente. Se dice que el sucesor representa al autor.

Esta idea es contradictoria. El sucesor no representa a nadie. Es él y no otro quien ejerce los derechos. Sustituye a otro para investir los derechos que se le han transmitido. Se trata de lo suyo: no representa a nadie que actúa por su medio. La idea de sucesión es inconciliable con la de representación.

Y así como se trata de palabras vacías de sentido en las de hallar diferencias entre noción de continuación de la persona y la de continuación en los bienes, así todavía hay error en considerar que es consecuencia forzosa de la pri-



mera la responsabilidad **ultra vires**, y de la segunda la limitación a los bienes recibidos.

La prueba evidente de ello, está en el beneficio de inventario. ¿Es acaso el heredero cosa distinta de un heredero porque lo haya invocado? Si la transmisión exige para explicarla la continuación de la persona, es de evidencia que el heredero beneficiario es sucesor, y por consiguiente, no es exacto que la idea de continuación traiga necesariamente la consecuencia de la responsabilidad **ultra vires**.

Y con la separación de patrimonios que pueden solicitar los acreedores, pasa lo mismo. El heredero sigue siéndolo, y sin embargo se ha separado de la masa de sus bienes, la que constituye la herencia transmitida.

Todo esto demuestra que hay que buscar en otras consideraciones la solución de la responsabilidad hereditaria.

Se dice que hay principios antagónicos en la legislación francesa y sus imitadoras como la nuestra, y en la alemana. El principio de las primeras es el de la responsabilidad total y el de la última, se afirma, el de la responsabilidad limitada a los bienes recibidos.

También hay aquí error. O por lo menos hay la adopción de una opinión que nunca fué la de los escritores más autorizados, y que no es la que hoy ha prevalecido.

No es lo que dice el § 1967, Código Alemán: "El heredero es responsable por las deudas de la sucesión".

Y, el § 1975, dispone que: "La responsabilidad del heredero respecto de las deudas de la sucesión se limita a ésta, cuando se ha establecido una curatela a la herencia con el



objeto de satisfacer a los acreedores de ella, o se ha abierto el concurso de la sucesión.

El § 1990, agrega el supuesto de lo que se han llamado herencias indigentes.

Esos dos casos constituyen las excepciones generales al principio de la responsabilidad ilimitada. "Tertium non datur", dice Raape. (1)

Fuera de esas disposiciones sólo existen reglas particulares a supuestos dados que limitan la responsabilidad, o vuelven a la regla general de la plena.

No es, pues, de extrañar en presencia de los §§ 1967 y 1975, que los escritores más calificados, Planck, Strohal, Dernburg, Enneccerus-Kipp, Cosack, Endemann, Staudinger, etc., consideren que la regla en el Código Alemán, es la de la responsabilidad plena, y la excepción la de la limitada. La cuenta que se suscitó por algunos disidentes, está concluida, decía Kipp: "La balanza se ha inclinado definitivamente a favor de la responsabilidad del heredero ilimitada por sí misma, pero limitable, y por excepción, ilimitada." Y Raape, concluía: "El heredero se responsabiliza, en principio, de manera ilimitada, pero tiene el derecho de limitarla, según las circunstancias, en diversas formas." (2)

(1) Raape, Das Haftungsgestaltungsrecht des Erben; en la Jherings Jahrbücher, 1922, tomo 72, pág. 296.

(2) Sobre esta materia: Planck, — Strohal, Erbrecht, notas preliminares al § 1967 y al § 1975; Dernburg, Erbrecht, § 164, I y II; Kipp (Enneccerus), Erbrecht, § 74; Endemann.



Cuando posteriormente al Código Alemán, el Suizo (artículo 560) resolvía que el heredero “está personalmente obligado por las deudas del difunto”, no establecía, como se pretende, un principio distinto del alemán, y optaba por el francés. Se ajustaba al derecho corriente francés, austriaco, italiano, español, alemán. Y esto por razones fundamentales que explican la constante decisión.

Hemos dicho que en Francia se agita la doctrina alrededor de la reforma de los principios que gobiernan los efectos de la devolución hereditaria.

Pero también allí, se ha conservado incólume el principio general de la responsabilidad ultra vires. Fué rechazada la tesis de Percerou y Saleilles, que creían ajustarse al derecho alemán al proponer la responsabilidad limitada como regla normal de las sucesiones. Bulletin de la Société d'Etudes Législatives, 1910 y 1911.

La solución de nuestro derecho es, pues, todavía la general. Los códigos más modernos la mantienen.

¿Por qué?

Es universal el reconocimiento de la facultad del heredero para repudiar la sucesión. Nadie es heredero por fuerza.

Erbrecht, § 114; Cosack, Lehrbuch, II, 2, § 147; III, 2; Staudinger-Hersfelder, Kommentar, V, sobre el § 1967, III; y el notable artículo citado de Raape; Kuhlebeck, von den Pandekten, III, § 36; von Tuhr, Das deutsche bürgerliche Recht, I, § 12, V, § 18 V, — II, 2, § 46.



Y sin embargo de acatar la ley la decisión del sucesor, le declara responsable con sus propios bienes de las deudas y cargas de la sucesión, entre éstas, los legados.

Pero tampoco se lo impone. Le permite declinar esta consecuencia de su aceptación. Y esto también es de legislación universal.

En lo que se difiere es en los medios, o mejor, en las condiciones impuestas para obtener el resultado. Pero llenados los requisitos, se vuelve a la uniformidad de la solución: se aísla la masa hereditaria, del patrimonio personal, —siempre es personal el patrimonio, — del sucesor.

Hay dos graves intereses que proteger: el del heredero, el de los acreedores. La aceptación pura y simple, el beneficio de inventario, la separación de los patrimonios a requerimiento de los acreedores, en nuestro país, el secuestro de los bienes, el concurso, la administración independiente, en otros, son simples variantes de la solución buscada: amparar derechos, evitar fraudes.

Decimos que la aceptación pura y simple es uno de los medios de protección legal de los intereses del heredero, y de los acreedores de la sucesión. La experiencia de los siglos, que sigue efectuándose en los códigos modernos, prueba que deben existir razones hondas, fundamentales, que la justifican, aun en presencia de la libertad del heredero para optar por otras soluciones.

En la discusión que los eminentes miembros de la Société d'Etudes Législatives tuvieron al considerar el pro-



yecto de reformas al título respectivo del Código Napoleón, se justificó la conservación de su principio de responsabilidad total, por la razón de que, en el sentimiento nacional, era considerado como un deber en todo heredero, el de pagar con su propio peculio las deudas del causante. Era la tradición de los siglos. El beneficio de inventario, se dijo, es considerado como censurable, y denigrante. Por eso la ley consagra la sucesión en las deudas, en reconocimiento de ese deber.

No. Esa no es la razón. Porque de ahí no deriva una solución obligatoria para el heredero. Puede renunciar, puede aceptar a beneficio de inventario. Si la ley considera que es su deber el pago de la deuda ajena, ¿por qué autoriza soluciones que, según se dice, condena?

Saleilles contestó sin réplica de ninguno de los presentes, que la ley misma imponía a las mujeres casadas, los menores, los incapaces de otra clase, la aceptación a beneficio de inventario. ¿Cómo podría entenderse que la ley impusiese una solución que condenaba por inmoral?

Y tampoco es exacto, ni en Francia, ni en parte alguna del mundo, que la piedad filial, — y, sin embargo, la solución es general para todo heredero, aun los extraños a la familia, — obligue a nadie a pagar con sus propios bienes, actuales o **futuros**, las deudas de otro, ni aun las del padre.

Es eso casuística, y no principio. Porque, ¿qué deber tienen la esposa, el hijo, arruinados por el marido, o padre que malgastó su fortuna, en el juego, o en otros hechos



peores aun, que arrojó por la ventana el patrimonio heredado de sus mayores, que les hizo víctimas de privaciones y vejámenes, de renunciar a toda esperanza de rehacer su posición por su trabajo, y saldar las deudas del calavera? ¿Y la esposa tendrá todavía que perjudicar a sus hijos, y aplicar al pago de las deudas de su marido, lo que pueda recibir de la herencia de sus propios padres?

No. No es cierto. Hay deberes, respecto del deudo cuya memoria impone el respeto derivado de su conducta. Quedan todavía otros, con los propios hijos, y sobre todo queda el deber de restaurar una posición por el trabajo, para dar a la familia las comodidades, la educación, la independencia, que el ahorro podrá proporcionar.

Los deberes morales, no deben ser impuestos por la ley cuando no son absolutos. Los contingentes, dependientes de hechos no necesarios, que no se resuelven en situaciones de carácter uniforme, deben dejarse a la conciencia individual. La ley tiene interés en no desesperar al heredero, arrancándole, so color de deber moral, la esperanza de restaurar su situación. No se erije en Juez de lo que no sabe. No impone solución. El heredero elegirá, — cumpliendo deberes morales, con los suyos, — repudiando la herencia, o limitando su responsabilidad por las deudas. Nadie tiene que censurar lo que es, posiblemente, un acto superior a toda censura.

Son otras las razones que determinan tanto el derecho de optar por la renuncia, o por cualquiera forma de acep-



tación, como las reglas que rigen los efectos de esa opción. Son motivos jurídicos.

El heredero, porque lo es, sucede en el patrimonio. Nadie puede tener dos separados. La masa heredada, es ahora masa incorporada.

Y una de dos. O el heredero dispone, administra, gobierna como mejor le parece, y entonces debe ser ilimitada su responsabilidad, o, al contrario, si quiere limitarla debe ser protegida la situación de los acreedores y legatarios, contra las consecuencias de los actos del heredero que les perjudican.

El heredero tiene interés en manejar el patrimonio acrecido, sin la ingerencia de sus acreedores. Evita gastos, demoras, autorizaciones. Se mueve con libertad. Tiene ventajas, — según sea la situación del patrimonio heredado, — en aceptar pura y simplemente. Gobernará lo suyo sin restricciones.

Pero es claro que debe, a su vez, pasar por las consecuencias. Sus acreedores se hallan en la situación general de todos los acreedores: los bienes del deudor son la garantía de sus créditos.

Pretender que se limite la responsabilidad al valor de los bienes recibidos, es decir, aislar la masa de esos bienes, determina no solamente la necesidad de identificarla de alguna manera, sino todavía, la de limitar las facultades administrativas y de disposición del heredero. Deben ser empleados todos los recursos obtenidos en el pago de las



deudas, primero, de los legados después. El heredero no puede aplicarlos a sus gastos personales, invertirlos en sus negocios.

Si quiere limitar la responsabilidad, es fuerza que acepte los inconvenientes.

Pero sustituir como regla la de esa limitación, sin intervención de los acreedores, sin restricciones y sin determinación del estado del patrimonio heredado, admitiendo como acreedores a quienes plazca al sucesor, simulando ventas a precios bajos, o autorizando todos los abusos posibles, es inconcebible.

Por eso todas las legislaciones modernas, parten de la responsabilidad ilimitada, pero permiten que sea **limitable**, llenando condiciones siempre caracterizadas por la identificación de los bienes heredados, y la intervención restrictiva en la gestión del heredero.

A su vez, los acreedores, tienen interés grave comprometido en ella. Un accidente, la muerte de su deudor, ha cambiado las condiciones fundamentales de seguridad de sus créditos. Ha desaparecido el industrial, el comerciante, el agricultor, experto, diligente, con quien trataron; ha sido sucedido por herederos inhábiles, menores, arruinados. El acreedor debe poder ejercer las medidas conservatorias que impidan los resultados desastrosos previstos o evidentes.

La separación de los patrimonios conduce a la misma solución que la aceptación a beneficio de inventario.

Nuestro Código ha seguido al pie de la letra las conclusiones de la doctrina francesa. Esta reconoce hoy, sin di-



CAPITULO 1º

De las medidas de seguridad

Art. 1. — El Juez de la sucesión debe tomar, hasta que haya sido aceptada, las medidas necesarias para la conservación de los objetos que la componen, que le sean pedidas por parte legítima.

Lo mismo procederá cuando no sea conocido el heredero y no existiese ninguno a quien correspondiese la posesión hereditaria.

Si el causante hubiera fallecido fuera de su domicilio, la autoridad judicial local comunicará el hecho a la del domicilio si estuviese en la República, y adoptará las medidas de seguridad indispensables si los bienes estuviesen abandonados.

Art. 2. — Podrá el Juez proceder de oficio para la adopción de las medidas de seguridad, en los casos siguientes:

sidencias, que no es satisfactoria la organización de los institutos que reglan las situaciones descriptas. Es unánime la convicción de que exigen reformas las cuales han sido ya proyectadas.

Las disposiciones que aconsejamos tienden a reformar nuestro Código en la dirección indicada por la legislación y la doctrina contemporáneas. Con ellas quedan sustituidas todas las de los títulos 2º, 3º y 5º.

Arts. 1 y 2. — Artículos 3357, 3433, 3410 y siguientes, Código Civil; § 1961, Código Alemán, y artículo 551, Código Suizo.



1º Cuando un heredero esté, o deba ser puesto bajo tutela, o curatela;

2º En caso de ausencia prolongada de un heredero que no ha dejado apoderado;

3º Cuando los bienes estén abandonados, o en poder de personas a quienes no los encomendó el causante.

Este autoriza el procedimiento de oficio, pero ya resulta limitada esta intervención por los artículos 553, 554 y siguientes, que como se comprende, sólo la prescriben en casos determinados.

Conocemos muy graves abusos de intervención. Con violación de los artículos 1980, 1981, 1982 y 3588, Código Civil, y en presencia de herederos conocidos, pero cuya documentación no se puede presentar de inmediato, los jueces autorizan ocupaciones de bienes administrados por personas encargadas de ellos por el autor, disponen a pedido del Fisco, inventarios, ventas de muebles y paralizan comercios ordenando el depósito judicial de los dineros que, sin embargo, son necesarios para abonar los sueldos, alquileres y créditos bancarios o comerciales. Cuando el heredero presenta la documentación se encuentra en presencia de un cuasi desastre, agravado por los honorarios devengados por los curiales que ciertamente no economizaron su intervención.

A la cabeza de éstos se pone el Fisco que, sin embargo, nada tiene que hacer, sino después de llenadas las exigencias del artículo 3588, es decir, después de citados los he-



Art. 3. — Cuando se ignora si el causante ha dejado herederos, o cuando no tiene certidumbre de conocerlos a todos, el Juez citará públicamente por edictos a los que como herederos, o acreedores, se consideren con derecho a los bienes.

Si transcurrido el término fijado, no se presentasen herederos, dará el Juez intervención al Fisco de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3588.

Si se tiene noticia de la existencia de algún heredero, se le citará para que comparezca, sin que esa citación constituya reconocimiento de su título a la herencia.

Art. 4. — Se da curador a la sucesión:

rederos conocidos o desconocidos, y aparecer comprobado que no existen.

A esa necesidad de evitar el evidente abuso, tienden los artículos 2 y 3, y responden los artículos 553, 554 y 555, Código Suizo.

Art. 3. — Artículo 555, Código Suizo, y § § 1964 y 1965, Código Alemán. Es el procedimiento que se viene siguiendo entre nosotros desde el derecho español. No es asunto de legislación de las provincias, porque no es materia reservada para ellas por el artículo 67, 11°, de la Constitución. Por eso en el Código Alemán y en el Suizo, que son federales, se trata de esos puntos en el Código Civil.

Art. 4. — Artículos 486 y siguientes, Código Civil; § 1961, Código Alemán; artículos 551 y 554, Código Suizo.



1º Cuando se solicita su nombramiento por un tercero en caso de no existir heredero aceptante, a fin de ejercer acciones contra la sucesión, o continuar los procesos pendientes con ésta;

2º En el caso de que el heredero único está ausente y no existe apoderado suficiente, siempre que la medida sea impuesta por el interés del sucesor;

3º Cuando los pretendientes de la herencia no pueden traer prueba bastante de su derecho, o sea incierto que haya heredero;

4º Si existiendo varios herederos concurren las circunstancias expresadas en alguno de ellos, se le nombrará curador que lo represente.

La curatela de la sucesión corresponde al albacea.

La curatela cesa cuando se presenta heredero a quien corresponde la posesión legítima de la herencia, o a quien se dé la posesión judicial de ella.

Art. 5. — El oficial que ha otorgado testamento público, o es depositario de una disposición de última voluntad, y toda persona que ha recibido en custodia o encontrado entre los papeles del causante un testamento, están obligados bajo

En cuanto a la última parte artículos 3410 y siguientes y 3414, Código Civil; artículo 559, Código Suizo.

Art. 5. — Artículos 3671, 3691 y 3693, Código Civil; artículos 556, 557 y 559, Código Suizo. Decimos “para resolver lo que corresponda” según las diversas situaciones. Si hay impugnación, o conformidad, posesión hereditaria



su responsabilidad personal, a ponerlo en conocimiento o entregarlo al Juez de la sucesión, al tener noticia del fallecimiento del testador, aunque el instrumento pareciese vicioso o nulo.

Después de la entrega, citará el Juez a los herederos conocidos para asistir a la apertura del testamento cerrado, y, en todos los casos, oirá a los interesados que se hubiesen presentado o apareciesen del testamento, para resolver lo que corresponda.

anterior, legítima o judicial, etc. También puede, según se ha proyectado — artículo 4 — ordenarse una curatela provisoria.



CAPITULO 2º

De la aceptación y la repudiación de la herencia

§ 1

Art. 6. — La sucesión queda adquirida por el heredero, desde la muerte del causante, bajo reserva de su facultad de renunciarla.

Art. 6. — El principio fundamental del derecho moderno, es el de que la trasmisión de la herencia se efectúa por el hecho mismo de la muerte del causante. No hay intervalo de tiempo, ni hay necesidad de hecho alguno del heredero. La aceptación no es exigida. Sin declararla, la herencia queda adquirida.

Pero la ley no tiene motivo para imponer su voluntad al heredero. Puede este renunciar. Si lo efectúa, se entiende que nunca hubo trasmisión, y la sucesión pasa a quien corresponda.

De ahí que haya nacido la fórmula que recoge nuestro artículo 3313, esto es la de que la apertura de la sucesión confiere una opción al heredero: “tiene derecho de elegir entre la aceptación y la renuncia de la sucesión”.

De hecho es efectivo que declarada la libertad de repudiar, esto equivale a optar entre hacerlo y no hacerlo. Pero jurídicamente es esta una situación inadmisibles. Porque no se dan dos derechos independientes al heredero, el



No puede repudiarse la herencia ya aceptada, ni vencido el término para renunciar.

Transcurrido sin renuncia, se entiende que hay aceptación pura y simple.

La renuncia es irrevocable.

Se suprime el artículo 3313.

de renunciar y el de aceptar, lo que ha conducido a la clásica cuestión del derecho francés: ¿qué es el heredero que no renuncia, y que no acepta? ¿Renunciante? No ha optado, sin embargo, por la renuncia. ¿Aceptante? No ha aceptado.

No. El heredero, es heredero por efecto de su vocación hereditaria. La apertura de la sucesión, el llamado, la transmisión del patrimonio, se han efectuado en un mismo instante; no hay entre ellos intervalo. decía Chabot, y lo repite la nota del artículo 3282. La herencia se adquiere sin la aceptación. Puede el sucesor renunciar. Si no lo hace, es heredero.

Por eso están todos de acuerdo en la fórmula que constituye nuestra redacción, porque es ella la que surge necesariamente de la doctrina fundamental de la transmisión **lege**.

El Código en su artículo 3313, concede un derecho de opción. Declara que se pierde por el transcurso de veinte años, sin haberlo ejercido. ¿Qué es el heredero después que ha perdido la facultad de optar? No lo dice la ley.

El artículo siguiente permite a los interesados exigir que el heredero acepte o repudie la herencia en un término



que no pase de treinta días. ¿Y si, a pesar de ello, no lo hace? ¿Qué es? Tampoco lo dice la ley.

Se repite la situación en el artículo 3366. Se vuelve a reconocer al heredero el derecho de deliberar sobre la aceptación o la renuncia. Y se vuelve al silencio, para resolver qué resultará de su inacción.

La situación no varía en el artículo 3953: la opción se prescribe. Pero no se sabe qué efecto produce esa prescripción.

Llama la atención ese obstinado silencio de la ley. Era clásica ya, cuando se redactaba, la imposibilidad de resolver el enigma. Se daban ya ocho opiniones contradictorias una de otra. Se concluyó en Francia y en Bélgica, por resolver los tribunales que lo que se perdía era el derecho hereditario. No se advertía, sin duda, que eso era resolver contra el texto, pues que se optaba por interpretar la inacción como una renuncia: se dejaba de ser heredero sin haber manifestado que se elegía esa situación.

Los escritores permanecen obstinadamente convencidos de la imposibilidad de resolver el problema. El artículo francés de que el nuestro es reproducción, constituye un enigma insoluble.

Es verdad que en la nota del artículo 3313, se nos da una solución. Pero se trata, por consiguiente, de una opinión, y nada más. Esa opinión será o no será exacta, y lo prueban las objeciones de Demolombe, de Laurent y las soluciones de las Cortes de Casación de Francia y Bélgica, así



como la obstinada anarquía que persiste en los escritores. La Comisión de la Société d'Études Législatives, adoptó una conclusión opuesta a la de Aubry y Rau, de nuestra nota. Consideró siempre renunciante al que no optó.

Por consiguiente, si los textos nuestros legales abren la cuestión que tantas dificultades causó en Francia, volverán a reproducirse las de interpretación, y cada Juez adoptará la que crea más exacta de acuerdo con la ley que está en el deber de aplicar según su leal saber y entender, si juzga equivocada la opinión expresada en la nota.

Pero, volviendo a nuestro artículo, partimos en él, lo repetimos, del concepto fundamental unánime en todas las legislaciones. La herencia se adquiere por efecto de la muerte del autor. La trasmisión queda hecha: Nada hay que decir, o hacer. Puede renunciarse: eso es todo. ¿Se renuncia? No hay herencia. ¿No se renuncia?: el heredero ha sucedido. El silencio no es, no puede ser, renuncia. El silencio debe traer la pérdida de la facultad de repudiar, que es la única que hay que ejercer. La solución del § 1943, Código Alemán, y del artículo 571, Código Suizo, es jurídicamente exacta, y es la que la nota a nuestro artículo 3313 parece adoptar, porque es claro que si alguien ha entrado en posesión de la herencia, la cuestión no es de aceptación o repudiación, sino de petición de herencia, y la prescripción se guía por reglas totalmente diversas. Tanto da que se haya aceptado si se ha permitido que otro se apodere de los bienes.



Lo inadmisibles es que se conceda nada menos que veinte años para definir situaciones, si después se ha de pretender — artículo 3314 — que el heredero se pronuncie en 30 días, o en 120 — artículo 3366.

Semejante sistema no es comprensible. Y sobre todo si se interpreta el artículo 3314, como sólo aplicable a los acreedores y legatarios. Los herederos que subsidiariamente tendrían derecho a la sucesión, los parientes pospuestos por un testamento, por ejemplo, tienen también un interés reconocido por la ley en la posesión de la herencia: artículos 3423, 3424 y 3428. También son perjudicados por la inacción del heredero que deja perecer o degradarse las cosas de la herencia, sin interesarse en forma alguna por mantener su integridad. El interés social es perjudicado con esos plazos tan extensos. Se comprende perfectamente que los sucesores subsidiarios por consideraciones honorables no usen de la facultad que les reconocen los artículos recordados, pero no se ve porqué no pueden exigir del heredero que se pronuncie dentro de plazos fijos.

Los escritores franceses reconocen la existencia de un vacío legal, que desearían ver corregido, pero del cual resultan opiniones encontradas sobre las facultades de los herederos posteriores.

Todo esto conduce a las soluciones del Código Alemán, § 1944, y del Suizo, artículo 567, fijando un término para la renuncia que en el primero es de seis semanas, y en el segundo, de tres meses.



Nuestro artículo 3366, de acuerdo con el 795, Código Francés, concede tres meses para que el heredero haga inventario, y uno "para deliberar sobre la aceptación y repudiación de la herencia". En todo, los ciento veinte días que proyectamos.

Dentro de ese plazo, el heredero es libre de optar por una de tres soluciones: por la aceptación pura, por la beneficiaria o por la renuncia. Tanto el texto de los artículos 795 y 797, Código Francés, como la doctrina que sobre ellos se funda, no dejan duda de que nadie puede conminar al heredero para que se pronuncie antes de pasados los 120 días. Es su derecho enterarse del estado de las cosas y meditar sobre lo que le conviene decidir.

Es ese el derecho que aparece del artículo 3366. De ello no hay duda que resulte de su texto, pues, como se verá, no contiene decisión limitativa para el beneficio de inventario.

Pero las disposiciones del Código son incongruentes.

Por una parte, el artículo 3357, dice que hasta pasados nueve días desde la muerte del causante, no puede intentarse acción alguna para que acepte o repudie la herencia.

Hay, según esto, acción de terceros para obligar, a partir del décimo día, a que opte. Ya no son ciento veinte días libres. Ahora puede ser conminado. ¿Dentro de qué término hay que pronunciarse? El artículo 3357, no lo dice, pero el 3314, había declarado el derecho de todo interesado para exigir una resolución del heredero "dentro de un término que no pase de treinta días". Parece, pues, que podría señalarse uno menor.



Sea de esto lo que fuere, resulta paralizada la libertad del heredero. No depende de su información o — pronto aparecerá probado — de la confección de un inventario, su conocimiento para deliberar después, dentro de treinta días, lo que hará. No. Debe pronunciarse dentro de treinta días, y el inventario, según la ley, puede exigirle los noventa días que ella le concede, y aún más, si las circunstancias lo imponen. (1)

Para armonizar de algún modo los artículos, debería interpretarse que los treinta días del artículo 3314, son posteriores a los noventa del inventario, y entonces la redacción es incorrecta, porque significa que los terceros pueden pedir que el heredero se pronuncie dentro del plazo de ciento veinte días, si prefiere levantar inventario. Es lo que proyectamos en nuestro texto, sin necesidad de demandas.

Pero no hemos concluido con las dificultades que las redacciones actuales, nos oponen.

El inventario — lo dice el artículo 3366 — es para informarse y deliberar después de terminado: la opción existe

(1) Ha dado lugar a toda esta confusión la reproducción de los artículos 835, 841 y 843, del proyecto de Goyena, pero con supresiones de otros, 846, 850, y alteraciones de los citados, y del 854, que forman sistema en aquel, y son incompatibles con el que resulta del Código. El español, artículo 1005, dispone como nuestro 3314, pero con reserva, artículo 1015, del término para hacer inventario y deliberar, que empieza vencido el de treinta días del artículo 1005.



respecto de las tres soluciones posibles. A lo menos es lo que nos dicen los escritores franceses, y Goyena, a quien se viene reproduciendo mal: artículo 854.

Pero — artículo 3363 — si se entiende aceptar a beneficio de inventario “el heredero **debe** declararlo, en el término de diez días”. ¿Contados cómo? No lo dice el Código. Goyena — artículo 843 — de quien se toma el resto del artículo, explica: “Desde que supo que era tal heredero”.

Si así fuera, ya resulta que no es libre de pronunciarse dentro de los ciento veinte, en el caso de que no hubiera hecho la declaración “expresa” de que “quiere aceptar a beneficio de inventario”, que exige el artículo 3363.

La opción del artículo 3336, queda ya singularmente restringida. Hay que decidir a los diez días, sin información, sin inventario, sin meditación, que se ha de aceptar a beneficio de inventario. Este no tiene ya por objeto que el heredero conozca el estado de la sucesión; es para fijarlo.

Pero hay otra opción que también se ha perdido: la de renunciar.

Demolombe, 14, número 272, decía que si el heredero declaraba que entendía aceptar a beneficio, esa declaración importaba aceptación. Causa la pérdida de la facultad de repudiar.

La conclusión es errónea en derecho francés, porque los artículos 794, 795 y 797, Código Napoleón, son terminantes y no consienten la solución. Pero es exacta en el derecho nacional, porque si **debe** declararse que se quiere aceptar a be-



neficio de inventario, ya está manifestada la voluntad, y esta causa estado.

No decía eso Goyena: al contrario — artículo 854 — y además que — aun cuando se hubiera hecho la declaración del artículo 843 — si no se empezara en los primeros treinta días del inventario o no se concluyera en los sesenta siguientes, “la herencia se tendrá por aceptada pura y simplemente”: artículo 850. Es la conclusión de Demolombe.

Todos estos enlaces faltan en nuestro Código, para constituir un sistema. La declaración del artículo 3314, de “sin perjuicio de lo que se dispone sobre el beneficio de inventario” que también se copia de Goyena, ha cambiado de sentido en nuestro Código, por las supresiones. Lo que “se dispone sobre el beneficio de inventario” es que no se obtiene si no se declara por el heredero que va a aceptar con esa restricción. ¡Y eso hay que decirlo en diez días! Y si se declara, no se puede ya renunciar, según lo dice acertadamente Demolombe, y concluye Goyena.

Se ve que el Código se ha extraviado. Adopta reglas del Código Francés, al cual cita, que tienen en él un sentido claro y neto: asegurar la información y la libertad del heredero.

Toma otras que forman parte de un conjunto que no reproduce, y las deja redactadas en sentido imperativo, y con decisiones no subordinadas a la regla-base. Las modificaciones que introduce en sus modelos, conducen a una anarquía insoluble.



Art. 7. — El plazo para renunciar es el de ciento veinte días contados desde que el heredero tuvo conocimiento de la apertura de la sucesión y del título en cuya virtud es llamado.

Si el heredero residiera en el extranjero el plazo será de ciento ochenta días para las sucesiones radicadas en la República.

Ahora bien. Todas las legislaciones conceden libertad de acción dentro de términos que no pueden ser abreviados. Al contrario, algunas, como el Código Francés, y el Suizo, permiten ampliarlos.

Todas usan del mismo procedimiento. Impiden que los acreedores fuercen al heredero a optar prematuramente, y a contestar sus demandas y las de los legatarios.

Si hay peligro en la demora, hemos ya proyectado lo conveniente en el capítulo anterior. La posición del heredero queda intacta.

Pero también se pone límite a esa libertad. Se pierde la facultad de renunciar por el hecho de no usarla dentro del plazo. Y todavía, se declara que el heredero es aceptante puro y simple. Si quiere reservarse la posibilidad de limitar su responsabilidad, que tome la iniciativa: haga inventario dentro del término, y pronúnciese dentro de él. No debe abusar de la posición que le asegura la ley, con la excepción dilatoria que le autoriza a oponer a los terceros.



Art. 8. — Dentro de esos términos, el heredero puede declarar ante el Juez de la sucesión que va a levantar inventario del caudal, para deliberar sobre lo que le convenga decidir.

Se citará, de oficio, en tal caso, a los acreedores presentados, o que aparezcan de los papeles del causante, a los legatarios, y a los coherederos, y públicamente por edictos a los desconocidos para que concurran a la facción del inventario. Podrán éstos pedir que se haga judicialmente. En otro caso, se hará por notario designado por el heredero.

Art. 9. — Los términos del artículo séptimo no quedan prorrogados por el hecho de que el inventario no haya que-

Arts. 8 y 9. — Argumento del artículo 3366. Artículo 3370. Pueden los terceros tener motivo para desear la intervención judicial para el inventario, y las leyes de procedimiento lo permiten, aunque otra cosa resulte del texto combinado de los artículos 3366 y 3370. Adoptamos la solución del derecho francés; Demolombe, 15, número 140 — seguida con variantes por el artículo 1011, Código Español, § 1993, Código Alemán, que ni exige notario.

En cuanto a la facción misma el heredero la efectuará cuando le convenga, pero si ha de aceptar después a beneficio de inventario o ha de pretender prórrogas a pretexto de que por la situación de los bienes u otras causas, le fué imposible concluirlo dentro el término, la mayor parte de los códigos exigen que lo empiece inmediatamente de haberlo pedido un acreedor, § 1994, Código Alemán, en cuyo caso el tribunal determina el plazo, o dentro de treinta días de



dado terminado dentro de ellos, sino por resolución del Juez y únicamente en el caso de que se hubiese empezado dentro de los treinta primeros días del plazo, y sin causa imputable al heredero hubiese sido imposible terminarlo en él. El Juez determinará en tal supuesto el día en que la declaración del heredero ha de quedar efectuada.

Si el heredero se hallase en el extranjero, el inventario deberá iniciarse dentro de los primeros noventa días del término.

Art. 10. — Los acreedores, legatarios y herederos, pue-

citados los acreedores, para concluirse dentro de los sesenta, artículo 1017, Código Español, o judicialmente, dentro de los 30 días, prorrogables, de citados los acreedores, artículo 582, Código Suizo, etc. Son considerables las variantes, pero siempre se parte de la limitación del término si del inventario resultará la limitación de la responsabilidad, como lo proyectamos por otros artículos.

Mientras sólo está en juego la información del heredero, lo empezará cuando quiera: el término para resolver no por eso se prolonga. Cuando quiera optar por la limitación de su responsabilidad, el caso cambia. Y lo mismo ocurre si los acreedores, legatarios y coherederos deseen asegurar los bienes, o está ausente el heredero, o existe litigio entre los pretendientes. A esas diferentes hipótesis proveen nuestros artículos.

Art. 10. — Es profunda la modificación que por este artículo entendemos introducir en las disposiciones vigentes.

den solicitar la facción de inventario judicial pasados los nueve días de la apertura de la sucesión, con intervención de los demás. Se citará, de oficio, públicamente, a todos los interesados, y a medida que se presentasen podrán participar en el inventario. Este deberá quedar terminado dentro de los cien días de la apertura de la sucesión, sin perjuicio de la prórroga que puede ser acordada según lo prevenido en el artículo anterior.

La separación de patrimonios del derecho francés que hemos recogido de él, en los artículos 3433 y siguientes, ha sido objeto de críticas definitivas, que han demostrado las deficiencias de la institución. Es una medida individual. No protege sino a quien la pide. De ahí graves consecuencias. El artículo 10 obedece al pensamiento de constituir la separación de patrimonios en lo que indica la expresión, en la separación de las masas, de modo que la liquidación de la hereditaria sea colectiva y no individual.

En nuestro artículo no se trata ya del interés del heredero solamente. Se trata de impedir que abuse de su situación si tiene bajo su poder bienes, y de asegurar los derechos de los coherederos, legatarios y acreedores. No procede el heredero según su interés. Se procede sin él, o contra él, v. § § 1960, 1993 y sigtes., Código Alemán; artículos 581/4, 594/5, Código Suizo; Informe de la Comisión Redactora del proyecto francés citado, Bulletin de la Société d'études législatives, página 258, 1910; Informe y proyecto de la Comisión belga de reformas al título de las sucesiones, 2ª parte, en Biervliet, Successions, página 571 y siguientes, 662, etc.





Art. 11. — El heredero puede optar por aceptar la herencia a beneficio de inventario, bajo la condición de que el inventario se haya empezado, ejecutado y concluido en la forma y plazos determinados en los artículos 8 y 9. Si no se declarase esa aceptación o el inventario no se concluyese, o no se renunciase dentro del plazo fijado para repudiar la herencia, se entenderá aceptada pura y simplemente.

Art. 11. — Es evidente que para poder optar por limitar las responsabilidades, o separarse la masa hereditaria en los supuestos de los artículos 10 y 11, ha de citarse a todos los que puedan reclamar derechos, aunque sean desconocidos, y esto de oficio, si el heredero u otros interesados no lo pidieran.

Establecemos en el artículo 10 un término facultativo, estrecho en su iniciación, porque se trata de medidas de seguridad contra el abandono de los bienes, o las ocultaciones posibles del heredero.

El artículo 3359 exige una declaración previa, en el término de diez días, manifestando que se entiende aceptar a beneficio de inventario. Pero como después, artículo 3366, se conceden noventa días para efectuarlo, y treinta para deliberar, resulta que poco importa cuándo ha de empezarse: basta que se concluya en el plazo concedido. Carece de objeto, entonces, exigir la declaración preliminar en un término angustioso que no contempla la ausencia del heredero, ni sus vacilaciones en manifestar sus sospechas y reservas sobre el estado de la herencia de sus deudos más próximos, vacilaciones determinadas por consideraciones morales respec-



Si existiese inventario levantado en las condiciones del artículo precedente, el heredero deberá pasar por él, sin perjuicio de su derecho para rectificar las constancias, u omisiones que justificase inexactas o existentes. La rectificación se hará dentro del término establecido por los artículos 7 y 9.

Art. 12. — En sustitución de los artículos 3316, 3360 y 3361, el siguiente:

bles. Mejor es dejarle todo el término para decidir sobre aceptar o renunciar de que habla el artículo 3366, en que se pronunciará con conocimiento de causa. Indirectamente se le obliga a empezar el inventario a los 30 días, en el sentido de que no podrá obtener prórroga si no lo hubiera hecho en ese plazo. Los acreedores no se perjudican, pues tienen el derecho del artículo 10.

Los artículos 580 y 582, Código Suizo, y 1017/8, Código Español, se aproximan con variantes no esenciales a la solución de nuestro artículo. El § 1994, Código Alemán, conforme en lo fundamental, con la propuesta.

Art. 12. — Artículos 1096 y 1097. Código de Chile, artículo 1248; Código Holandés, artículo 956; Código Italiano, artículo 130; Proyecto belga de reformas y sobre él, dictamen de la Comisión. Argumento del artículo 782, Código Francés, en cuanto a la aceptación en caso de hacerse de las dos maneras por los distintos herederos. En contra, artículo 1007, Código Español.

Lo dispuesto sobre el término en que deben ejercer los herederos del heredero, su facultad de renunciar, es la con-



Cuando la sucesión recae en varios herederos, cada uno puede aceptarla, o renunciarla.

La facultad de renunciar pasa a los herederos del llamado en el caso de que hubiera fallecido sin ejercerla dentro

secuencia clara de su propia situación hereditaria; encuentran en la herencia el derecho no ejercido por su causante, y si hubieran de pronunciarse antes de agotado el propio término, habrían hecho acto de heredero antes de estar obligados a decidirse. Es la solución general de los escritores franceses, y del § 1952, Código Alemán, y Código Suizo, artículo 569; Chabot, sobre el artículo 795, número 5; Demolombe, 14, número 271; Laurent, 9, número 268.

La nota del artículo 3316 parece opuesta a nuestra solución. Pero es evidente su error. No es cierto que el artículo 782, Código Francés, dispone que si la discordia entre los herederos fuese entre aceptar la herencia con beneficio de inventario o sin él, quedará aceptada por todos con beneficio de inventario, porque lo que el artículo francés resuelve no es ese conflicto, sino el de herederos que renuncian unos, y aceptan, otros. La hipótesis es absolutamente distinta. Y el error de la nota se advierte al punto, por la razón que expone. No hay, dice, motivo para impedir que el heredero que quiere hacerlo, renuncie. Agrega que tampoco puede obligarse, contra su voluntad, a colacionar lo donado anteriormente, lo que, es claro, sólo se refiere al caso de renuncia — el único del artículo 782, Código Francés, — pues tanto colaciona el heredero aceptante, como el que limita su aceptación por el beneficio de inventario.



del término para efectuarlo. Este se extiende a todo el que compete al heredero del heredero para renunciar o aceptar la sucesión de su propio causante.

Si son varios los herederos pueden aceptar unos y renunciar otros, pero por el todo de la sucesión.

La cuestión no se decide, porque ni se refieren a ella, siquiera, las razones alegadas.

Cuando todos quieren aceptar, pero lo hacen de distinta manera, limitada por unos su responsabilidad, e ilimitada por otros, todos quieren ser herederos.

Es inconciliable la situación que plantean. Los efectos del beneficio de inventario, limitan las responsabilidades, paralizan las facultades administrativas, y las de disposición. Los créditos se pagan por su orden de preferencia. Los legados sólo después de satisfechos. Los bienes se liquidan bajo restricciones. No puede una herencia indivisa someterse a un régimen contradictorio. Por fuerza ha de unificarse la liquidación, que porque está sometida a normas limitativas, es opuesta a la libre disposición. (Artículos 3393, 3396, 3398, etcétera).

Por eso es, por la imposibilidad de hacer otra cosa, que se decide por los Códigos Chileno, Holandés e Italiano, y la doctrina francesa está en ello conforme, que la aceptación debe regirse por las reglas del beneficio de inventario. Todos deploran el vacío del Código Francés, que no prevé la hipótesis y se proyecta modificar el Código (Ante-proyecto de Laurent, artículo 931, y nota 8, artículo 932); Proyecto belga



En los casos de este artículo, si unos herederos aceptasen pura y simplemente, y otros a beneficio de inventario, se entenderá que todos aceptaron bajo este beneficio.

de reformas, artículo 130, y sobre él, número 2 del dictamen de la Comisión; Proyecto francés, artículo 38, Bulletin citado, páginas 240 y 266, 1910; Colin y Capitant, 3, página 481; Goyena, artículo 836.

Cuando el heredero que exige el beneficio de inventario se encuentra en algunos de los casos que impiden solicitarlo, va de suyo que si todos los demás querían aceptar pura y simplemente, la aceptación tendría este carácter, puesto que la regla supone derecho a limitar la responsabilidad por el beneficio, en alguno, y resulta no poderlo reclamar ese heredero. Pero si algún otro lo pide, se vuelve a la solución para todos, incluyendo al que no podía aceptar limitadamente: es aceptante puro y simple y pasa por la decisión de otro coheredero, como todos los aceptantes.

Pero, a la inversa, hay disidencia en la doctrina sobre la consecuencia de incurrir alguno de los herederos en la caducidad del beneficio de inventario. Demolombe, 14, número 355, piensa que esa caducidad es relativa al que ha incurrido en ella, y no afecta a los demás, cuando se ha causado después de efectuada la aceptación general. En ese sentido, se ha pronunciado la Corte Francesa de Casación.

Baudry et Wahl, Successions, II, número 2214, impugnan esa solución.

Es claro que el hecho de incurrir en ciertas consecuencias por uno de los interesados no puede afectar la situación.



Art. 13. — Se sustituye el artículo 3317, por el siguiente:
La aceptación, sea pura y simple, sea a beneficio de in-

El motivo de la regla es la incompatibilidad de las aceptaciones, respecto, no solamente de la responsabilidad por las deudas, sino de las administraciones, la posición de los acreedores, las facultades de los herederos para disponer, pagar deudas y legados, etc. Todo eso subsiste y, por consecuencia, para el heredero culpable. Continúa la situación para todos.

Pero no puede existir el mínimo inconveniente, en que para el sucesor autor de los hechos que la ley considera como incompatibles con la situación de beneficiario, incurra en las responsabilidades personales que sus hechos determinan. En cuanto no afecta a la situación general, el heredero queda bajo la aplicación de las reglas ordinarias sobre pérdida del beneficio de inventario. Es la regla general en las comunidades de bienes, en las sociedades, y en todas las situaciones colectivas.

Art. 13. — El artículo 3317, contiene una contradicción *in terminis*. Declara que la aceptación y la renuncia no pueden ser condicionales, a término, ni por partes.

La consecuencia natural de esa prohibición es la nulidad. Y esto, no solamente porque es el principio general, desde que no se prohíbe para que se burle la prohibición, sino también porque las razones que la justifican no permiten otra conclusión.

Sin embargo, siguiendo el Código a Chabot — sobre el artículo 774, número 10, — y a Aubry y Rau, declara que la



ventario, y la renuncia, no pueden hacerse a término, ni bajo condición, o sólo por una parte de la herencia. Son nulas en tales casos.

Se suprime el artículo 3318.

aceptación y la renuncia hechas a término, o por partes, constituyen aceptación íntegra. La aceptación condicional, es nula. Nada resuelve sobre la renuncia condicional.

Ninguna razón justifica semejantes conclusiones. Porque es contradecir la voluntad declarada del heredero. Si la ley no permite la aceptación limitada, no la acepte. Pero no pretenda que el que dijo que no aceptaba sino por un tercio, aceptaba por tres tercios, porque eso no es exacto: no es lo que el heredero quiso. No quería aceptar la herencia: sólo una parte, y no más.

Tampoco acepta llanamente el que pone término inicial o extintivo. Es inadmisibile semejante declaración, porque contradice las evidentes exigencias de la asunción hereditaria. No se parte por un término, no se responsabiliza por término, no se adquieren bienes por un término. Todo eso es evidente.

Pero eso lleva a la nulidad. Y el Código mismo lo resuelve cuando en vez de término hay condición. Nadie puede comprender la razón de esa diferencia. Es, entretanto, lo cierto, que el heredero sólo quiso lo que declaró. La ley proclama su libertad para aceptar o repudiar. Pero apenas ha expresado una voluntad inoperante, limitada a lo que la ley no permite, se le impone una solución que no quiso, y que



contradicho: se la declara aceptación sin restricción, a pesar de haber dicho que no aceptaba sino con restricción.

Por eso ya nadie sostiene semejantes conclusiones. No se aceptan reservas. La conclusión es la nulidad, pero no de la reserva, sino de la declaración. Y esto, en derecho francés, italiano y alemán. Están, decimos, todos de acuerdo en la nulidad.

Sin embargo, Demolombe, 14, número 362, insinúa una distinción para la aceptación a término. Pero sólo sobre ella, no para la condicional, ni la renuncia a plazo o parcial.

Dice que cuando "resulta de las circunstancias de hecho, que la validez de la aceptación a término o por parte, no ha sido, **en la intención del aceptante**, subordinada condicionalmente al **mantenimiento de esa modalidad**... creemos que la aceptación a término o por parte debe ser considerada como aceptación ilimitada o integral". En otro caso es radicalmente nula.

Pero en semejante supuesto no hay aceptación a término, ni por parte. ¿Cómo no se advierte, que si resulta que no se entendía someter a término la declaración, no hay aceptación a término? No era necesario decir semejante evidente... contradicción. Lo que solamente se examina es si vale, o no, la aceptación subordinada a una modalidad real y verdadera. Es la única que debe considerarse, y es la única de que habla el Código, con Chabot, y Aubry y Rau.

Véase Demolombe, 14, número 358 y siguientes; Laurent, 9, número 282; Baudry et Wahl, Successions, I, número 1415;



Vitali, Successioni, V, página 577; Dernburg, Erbrecht, § 146, IV; Proyecto belga, artículo 127; § 1950, Código Alemán.

—— Supresión del artículo 3318. Según éste, la renuncia puede ser condicional o bajo reservas entre coherederos.

Es contradictoria esta decisión del principio fundamental del artículo 3317.

No hace depender la renuncia de elementos distintos de los generales. La renuncia es una declaración de voluntad del heredero. Es acto suyo. Unilateral, por consiguiente. Y la decisión que declara su validez entre coherederos, no establece exigencias nuevas para su existencia. Al contrario. La palabra “respecto” que emplea, liga esta disposición al artículo anterior. Se trata, pues, de cualquier renuncia. No vale la condicional, sino entre coherederos. La hecha a término, o por parte, es aceptación pura y simple: entre coherederos es renuncia.

Es esto, incomprensible. Porque, no puede concebirse, siquiera, semejante conclusión. Para tomar un ejemplo: uno de varios herederos declara que renuncia a la sucesión si se le dispensa de la deuda que tiene con ella. Ese crédito no es de él. Pertenece a la masa, y puede ser superior o igual a su parte. Puede ser menor, y necesario para cubrir las deudas.

Se nos dice que esta renuncia es válida respecto de los coherederos: el artículo 3356, dispone lo contrario.



Pero, ¿cómo puede por acto suyo dispensarse de abonar lo que debe? ¿Y los coherederos tendrán que pagar con su peculio a los acreedores comunes? ¿Y a los legatarios?

Cualquiera siente el error de la redacción. Por más que digan Aubry y Rau, la renuncia unilateral, no convenida y aceptada entre coherederos, no puede modificar la situación del heredero renunciante. Y menos en el Código, desde que esa renuncia es nula: artículo 3317.

Se renuncia a la mitad de la cuota hereditaria. Esa renuncia importa, según el artículo 3317, aceptación. Aceptación frente a todos. Los coherederos pueden exigir la contribución en el pago de las deudas hereditarias, hasta concurrencia de la parte total. El renunciante no ha podido eximirse sin su acuerdo, de la responsabilidad que como heredero tiene. Y como en ese caso, en el de reducción de las donaciones y principalmente en el supuesto que menciona la nota. No es cierto que la renuncia condicional, o limitada, sólo produce efecto para los acreedores, porque por el mismo hecho los coherederos tendrían que hacer frente a esos créditos, sin poder eximirse de la consecuencia de la renuncia del coheredero.

No. Jamás ha podido sostenerse que la renuncia puede ser limitada por la sola voluntad del heredero. Lo que se ha sostenido es que la renuncia **convencional** entre coherederos, aceptada tal cual es, por todos, produce los efectos convenidos, y nada más. Y aun esto exige que todos sean mayores, libres de disponer de sus bienes, sin acreedores particulares que impugnen sus actos, etc. Aun así, es grave admitirlo,



porque las transmisiones de bienes, las particiones, quedan subordinadas a las resultas de las condiciones de la renuncia, de su acaecimiento, o desvanecimiento, de la ejecución de los cargos impuestos, en una palabra, de todo lo que altera el régimen normal de la sucesión.

Si se admite que por convención se derogan los efectos naturales de ese régimen, sólo puede tener el alcance de crear relaciones de orden personal, que no afectan los derechos sobre los bienes transmitidos, que fueron materia de la partición.

El sistema de publicidad adoptado por este proyecto no autoriza la solución del artículo 3318, ni aun en cuanto a la renuncia convencional, unánimemente consentida por todos los herederos. La propiedad de los inmuebles no pasa sujeta a acciones de resolución. No puede ser inscrita. Sólo autoriza una prenotación. En última tesis: la convención valdrá en cuanto pueda valer como generadora de relaciones personales. Y eso no exige resolución particular alguna: el contrato es la ley de las partes.

Pero la renuncia con reservas, fuera de convención, no produce efecto alguno. El artículo 3318, es notoriamente equivocado. Véase: Demolombe, 15, números 20 a 23; Belost-Jolimont, obs. 1, sobre Chabot, artículo 784; Laurent, 9, números 457/8; Baudry y Wahl, I, número 1416; Huc, 5, números 177/9.

Tampoco lo produce la convencional, respecto de terceros, sean o no sucesores singulares de cualquiera de los contratantes. Autoriza la **unánime**, solamente una prenotación.



Art. 14. — Los herederos y legatarios que sucederían en caso de que renunciaran los llamados en primer lugar, pueden aceptar pendiente el término para repudiar. La aceptación no producirá efecto alguno si la renuncia no se efectuara.

Art. 15. — Se modifica el artículo 3315, así: La falta de

Nótese que de la modificación que hemos introducido en las reglas del Código, en parte se llega a una de las soluciones del artículo 3317, porque si es nula la aceptación irregular, y la renuncia lo es en el mismo caso, es claro que si no se efectúa una pura y simple dentro del término, hay aceptación, por el solo hecho. Pero es esa una semejanza accidental. La renuncia puede libremente realizarse en presencia de una aceptación nula, y la aceptación, cuando la renuncia fué nula. Es, pues, muy diferente la solución de nuestro proyectado artículo de la que resulta del artículo 3317.

Arts. 14 y 15. — Aunque hubo disidencias (Pothier, Œuvres, 8, De l'acceptation des successions, § III, Chabot, sobre el artículo 774, número 6), ha acabado por prevalecer en el derecho francés, la opinión de que puede el llamado en segundo término manifestar su opción, pendiente el plazo para que el heredero preferente resuelva sobre su situación. Si éste toma estado de sucesor se desvanecen todos los efectos de la manifestación dependiente de su pronunciamiento. De los artículos 3348, 3424 y 3428, resulta que puede aceptarse, y por consiguiente, repudiarse, la sucesión por los herederos posteriores.



renuncia, no puede oponerse al que por ignorar la apertura de la sucesión, o su llamado a ella, hubiera dejado transcurrir el plazo para manifestar su voluntad. Las citaciones por edictos no causan presunción de conocimiento.

Es la solución generalizada en el derecho moderno, francés y alemán. Es discutida en el italiano y repudiada en el español (Código Civil, artículo 991).

No vemos inconveniente en la solución que 'proyectamos. Es previsor, porque lo que ordinariamente ocurre es que en casos de ausencia, o de ignorancia sobre la existencia o la supervivencia de parientes preferentes — hijos naturales reconocidos, por ejemplo, o concurrentes, como en el supuesto de deudos radicados en el extranjero, en que han constituido familia, — o de existencia de disposiciones testamentarias desconocidas, y otros mil supuestos que a diario ocurren, las personas ejercitan de buena fe sus derechos hereditarios, y no se ve inconveniente para que lo hagan. No sería lo mismo si se conociera la existencia de herederos preferentes inactivos, en cuyo caso debieran solicitar lo necesario para hacerles saber la vocación hereditaria. Aun así, nuestro artículo evita todos los inconvenientes, puesto que en tal supuesto la aceptación, no produce efecto alguno.

Los llamados judiciales que determinan las declaraciones de heredero, en nuestro país, presuponen que pueden hacerse aceptaciones allí donde no consta la existencia de herederos preferentes, que hacen valer sus derechos. La sola posibilidad de que existan no puede ser obstáculo para los herederos presuntos, para ponerse en posición de usar de sus



facultades, e invalidar las consecuencias de sus actos, si apareciese el heredero de primer término, cuya existencia se ignora.

Los inconvenientes de la intromisión, que se oponen por algunos escritores, quedan prevenidos por nuestro texto: no perjudican desde que pendiente el plazo ni se hacen actos, fuera de los puramente conservatorios, ni se siguen los efectos de la transmisión. El artículo 17 del título de la ausencia, Libro I, que hemos proyectado, de acuerdo con el derecho universal, constituye un caso de aplicación del principio que dejamos establecido.

Hemos corregido en el artículo 15, el artículo 3315, que impone al heredero preferente la obligación de probar su ignorancia de la vocación hereditaria. No hay motivo alguno para exigírselo, porque no hay base para establecer la presunción de que la conocía. Es lo opuesto: el que pretende que ha caducado el derecho hereditario del verdadero heredero debe probarlo, y establecer que la prescripción ha extinguido la acción de petición de herencia, lo que presupone la posesión contraria y no la inacción. Y si la cuestión recae sobre el hecho de que por no haber renunciado es el heredero privado de hacerlo y debe ser considerado aceptante, hay que demostrarle precisamente los hechos de la caducidad, es decir, que sabiendo de la vocación permaneció en silencio.

No hay motivo para resolver otra cosa. Aubry y Rau, de quienes se toma el artículo, parten de un sistema muy distinto, y se refieren a la prescripción de veinte años, que no



consignamos en este proyecto como término para usar del derecho de renunciar.

La citación por edictos, es suficiente para autorizar la declaratoria a favor de los que la solicitan, por ignorarse en virtud de otra presentación, la existencia de herederos preferentes. Pero nada más. No constituye prueba del conocimiento de la apertura de la sucesión, ni del llamado respecto de los ausentes. No es conocimiento positivo.

Sobre la primera parte de esta nota, al artículo 14, Demolombe, 14, números 304/5; Aubry y Rau, 6, § 610, número 1; Belost-Jolimont, sobre Chabot, artículo 774, obs. 2; Malpel, número 186; Baudry y Wahl, I, números 1405 y 1290; Sentencia de la Corte de Casación de Francia (Daloz, Jurisprudence, 1898, página 411), y la nota de Capitant, sobre ella; Colin y Capitant, 3, página 458; Planiol, Rippert, Maury y Vialleton, Successions, número 240. Es doctrina corriente en el Código Alemán, sobre todo en presencia del § 2142. Plank-Strohal, sobre el § 1946, 2. Informe de la Comisión belga sobre el artículo 61 de su proyecto de reformas que autoriza una intimación al heredero, la cual importa aceptación condicional para los posteriores. En contra, Laurent, 9, número 280; Huc, 5, número 157; Vitali, V, página 505.

Sobre el artículo 15 — Demolombe, 14, desde el número 311, en que refuta las distinciones de Aubry y Rau; § 1944, Código Alemán, y sobre él, Planck.



Art. 16. — Cuando producida la renuncia, se conociese la existencia de los herederos a quienes correspondiese la sucesión, se les hará saber de oficio por el Juez.

Si no se conocieran, o no se supiese su residencia, se citará públicamente a los que se considerasen con derechos a la sucesión. Si no se presentasen dentro del término que el Juez señalará, podrá declararse herederos a los presentados que justificasen su título, aunque fuese concurrente, o posterior.

Art. 16. — Los § § 1953, 1957, 2354 y 2358 del Código Alemán, disponen la citación, de oficio, en distintas hipótesis de renunciadas, unas, y de vocación hereditaria en todo supuesto, las últimas. El Código nacional no ha incorporado a sus disposiciones, la institución de la declaratoria de herederos, que existía en el derecho español, y que las leyes de procedimiento conservan. El Código Alemán lo ha hecho, y nosotros entendemos legislar sobre ese instituto vivo en nuestro derecho, no obstante su proscripción en el Código Civil. Obedecen a esa idea, los artículos que venimos proyectando, y que serán completados más adelante.

Entendemos, además, hacer menos pasiva de lo que nuestro procedimiento admite, la intervención judicial. La atribución al Juez de la sucesión de conocer de ella, aun fuera de litigio, no se concibe sino como protección eventual de todos los que pueden tener derechos a los bienes, y que los interesados pueden dolosamente callar. Por eso, y sólo por eso, la sucesión es intervenida por Juez. El Código Alemán que lo ha comprendido así, da iniciativa, de oficio, al magistrado,



REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

Art. 17. — Se modifica el artículo 3362, así:

El testador no puede ordenar que el heredero, sea forzoso o no, acepte la sucesión, o la acepte sin beneficio de inventario. Puede ordenar que, si se acepta, será la aceptación a beneficio de inventario, aún en el caso de ser forzoso el heredero.

con gran frecuencia, en materia de sucesiones. El derecho francés es opuesto a ese sistema, y el nuestro, civil, lo ha seguido en su reglamentación, abandonando en materias graves los precedentes históricos nacionales.

Véase además nuestro proyectado artículo 17, título de la ausencia, Libro I, y su nota. Artículo 18 del mismo. Argumento del artículo 3424.

Art. 17. — Modificamos gravemente la disposición del artículo 3362, autorizando al testador a determinar que, caso de aceptarse, sea bajo beneficio de inventario. Es, desde luego, el caso legal para los incapaces, y la misma protección puede ser extendida por el testador a todos sus herederos, como medida de previsión en presencia de ciertas eventualidades, como por ejemplo la pérdida de un pleito, o para garantizar el pago de sus deudas y legados, contra la acción de los acreedores personales del heredero, etc.

Esta condición impuesta por el testador, no tiene en ninguna hipótesis, nada de censurable. Al contrario. Se aplica, dice nuestro texto, aun a los herederos forzosos, modificando lo establecido por el artículo 3598. Mal puede ser una con-



Art. 18. — Se sustituye el artículo 3367, por el siguiente:

Pendiente el plazo para renunciar, o antes de la aceptación, no puede intentarse contra el heredero ninguna acción que competa contra la sucesión. La prescripción no co-

dición prohibida lo que es la regla forzosa de la ley para los incapaces bajo tutela o curatela.

Art. 18. — § § 1958 y 207 Código Alemán. Artículo 526, Código Suizo. Artículo 65 del Proyecto belga de reforma, y dictamen de la Comisión sobre él. Artículo 3325, Código Civil. Artículo 1072, Código Holandés.

El punto de partida de las distintas disposiciones del Código que proyectamos modificar, es la del artículo 797, Código Napoleón, según el cual no puede condenarse al heredero durante el plazo para deliberar sobre lo que le convenga hacer. Y el artículo 2259 del mismo, reproducido por nuestro 3978, dispone que la prescripción corre durante ese término.

De ahí, la consecuencia, de que sólo hay una excepción dilatoria, que no impide el ejercicio de las acciones a favor y en contra de la sucesión. Si la opone el heredero queda paralizado todo el procedimiento. Si no la opone, y se “presta a una demanda judicial relativa a la sucesión”, o “demanda a los detentadores de bienes hereditarios, o ejerce cualquier derecho de ella”, se le considera aceptante puro y simple: artículos 3323, 3325 y 3326, Código Civil.



re, durante ese plazo, a favor ni contra la sucesión. Los procesos existentes y la ejecución de las sentencias quedan suspendidos durante el mismo, salvo caso de urgencia.

En todos los supuestos expresados queda sin perjuicio lo dispuesto por los artículos 2 y 4, de este título.

Basta la exposición de ese sistema, para comprender qué grave situación se produce al heredero. O permanece cruzado de brazos, o da ocasión a los más graves litigios, sobre el carácter de sus actos muchas veces, simplemente conservatorios: artículos 3328 y 3367.

Esto por un lado. Pero, por otro, si las acciones de tercero no pueden provocar condenaciones, sólo queda por efecto de ellas, la interrupción de la prescripción y la constitución en mora. Con razón han abandonado el sistema los Códigos Alemán y Suizo, y proyecta la Comisión belga por sus artículos 65, 66 y 67, la reforma o la supresión de los artículos 797, 2259 y 877 del Código Francés.

Porque, como lo dice en su dictamen, Bigot-Préameneu, olvidando probablemente la disposición del artículo 2259, hacía justamente su crítica: "Cuando la ley da, a la apertura de la sucesión, un plazo para hacer inventario y deliberar, es indispensable que la prescripción de todos los bienes y derechos quede suspendida durante el tiempo que la ley misma juzga necesario para conocerlos".

"Puede agregarse — continúa la Comisión — una consideración de orden más extenso; no es necesario obligar a los que tienen derechos que hacer valer, cuando ésta puede obtenerse sin gastos por una suspensión legal de la prescripción,



Art. 19. — Se sustituyen los artículos 3326, en su primer período, 3328, y 3369, por el siguiente:

Pendiente el plazo de que habla el artículo anterior, el heredero puede, sin que sea considerado aceptante, admi-

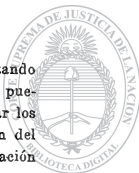
a intentar demandas con el único objeto de interrumpir la prescripción establecida equitativamente a favor de todos los interesados”. Dictamen: sobre el artículo 65.

Art. 19. — § § 1959 y 1960, Código Alemán. Artículos 571 y 585, Código Suizo. Artículo 915, ante-proyecto de reformas de Laurent. Artículo 67, del proyecto de la Comisión Belga de reformas, en substitución del 779, Código Francés. Artículo 1095, Código Holandés. Demolombe, 14, número 416 y siguientes.

Nuestro Código, inspirado por las aplicaciones exegéticas de los artículos del Código Napoleón, que han determinado una ampliación restrictiva de ellos, duramente criticada por la doctrina francesa (ver Bulletin de la société d'études législatives, 1910 y 1911), ha establecido una serie de artículos relativos a la aceptación tácita de la herencia y a las facultades del heredero llamado a ella durante el término de su indeterminación.

Le reconoce, como el artículo 779, francés, el derecho a realizar actos de conservación y administración provisoria, pero bajo la condición de que “no haya tomado el título o calidad de heredero”: artículo 3328.

Declara que “no puede ejercer un derecho cualquiera que pertenece a la sucesión” ni pedir la restitución de “un



nistrar provisoriamente los bienes de la sucesión, ejecutando todos los actos necesarios para la conservación de ellos; puede cobrar los créditos a favor de la sucesión, y emplear los fondos de ésta en el pago de los gastos de inhumación del causante, y en los necesarios para la custodia y conservación de los bienes.

bien dependiente de ella”: artículo 3323. No puede exigir o recibir lo que se debe a la sucesión: artículo 3326.

Pero durante los plazos para deliberar “puede el heredero cobrar los créditos hereditarios”: artículo 3367. Puede vender los muebles con autorización judicial, “a no ser que él y la mayor parte de los legatarios acordasen otra cosa”: artículo 3369.

Se ve que no hay una doctrina firme en esas disposiciones.

Por un lado pueden ejecutarse actos conservatorios y de administración provisoria. ¿Puede haber acto más natural que el de reclamar la restitución de un bien, del depositario, o empleado infiel, o reclamarla del ladrón, o del que turba o despoja la posesión que tiene la sucesión en un bien?

Y si, contra el texto literal del artículo 3323, se concede que sí lo puede el heredero presunto, ¿cómo ha de efectuarlo, y cómo ha de administrar, sino en virtud de ser heredero, y diciendo que lo es? El artículo 3328, se lo niega.

No puede cobrar lo adeudado a la sucesión: artículo 3326. Sí lo puede: artículo 3367. ¡Singular administrador éste, que no puede cobrar los alquileres debidos a la sucesión,

No puede disponer de éstos ni pagar acreedores o legatarios. El Juez podrá autorizar la venta de los muebles que la exijan con urgencia por su condición, y la continuación

o las cuentas de los clientes que compran en los comercios pertenecientes al causante! En tales condiciones la prohibición equivale a imponer la clausura de esos establecimientos.

Por fin: el heredero puede vender las cosas muebles sin autorización judicial, si así lo conviene con la mayor parte de los legatarios. Pero, ¿cómo puede ser esto? ¿Acaso los acreedores no tienen derecho a que sus créditos conserven la garantía patrimonial heredada?

¡Estamos bien lejos del Código Napoleón! Y mucho más de las conclusiones a que llegan los escritores modernos educados en su doctrina. Así, Laurent, el constante sostenedor de ella, no solamente proyecta conservar para el **heredero** el derecho de administrar, sino que — artículo 915 — convierte en obligatoria para él, la administración, y como él, la Comisión Belga de reforma: artículo 67.

Y esto porque es heredero. En carácter de tal. Cualquiera tercero puede, pues, preguntar a título de qué ejerce esa administración, y porqué le reclama algo como administrador. Si dice lo que la ley misma dice, esto es que por ser heredero administra, está perdido: hay aceptación tácita, pura y simple: artículos 3328 y 3323, in fine.

No hemos creído deber constituir en obligatoria la facultad de administrar, en el heredero presuntivo, como lo proponen Laurent y la Comisión belga. El Código francés, y como él el Alemán y el Suizo, lo dejan librado a su vo-





del comercio o industria en las condiciones en que los establecimientos eran regidos por el causante.

Todo bajo la vigilancia del Juez, a cuya orden se depositarán los fondos netos percibidos.

luntad. Y todo, sin perjuicio de las disposiciones de nuestros artículos 2 y 4, de este título.

Porque, por una parte, el heredero se encuentra en un período de investigación, libre de proceder como las circunstancias se lo aconsejen. Y es claro que no está obligado a tomar a su cargo administraciones peligrosas, puesto que cada acto suyo puede constituir una emboscada sobre su carácter, que explotarán los acreedores en acecho. Por otro lado, la administración de comercios, manufacturas, establecimientos rurales, etc., puede exceder de la competencia y posibilidades de atenderla en el heredero, que se vería, si fuese obligatoria, forzado a renunciar, o delegar en terceros semejante gestión antes de saber el estado de la sucesión. No se ve cómo la harían las mujeres, los herederos residentes fuera del asiento principal de esos negocios, etc.

Por eso es facultativa en los códigos recordados.

Tampoco es obligatoria, si el heredero la desea. Queda siempre libre el derecho de los interesados para pedir, y del Juez para nombrar, curadores competentes que se hagan cargo de los bienes de la sucesión, y se protejan contra los abusos o la inexperiencia del presunto heredero: artículos 2 y 4, proyectados.

Parece excusado advertir, que aunque algunas disposiciones criticadas se hallan en la sección del Código en que



Art. 20. — Cuando el heredero, antes de la repudiación, ha obrado actos autorizados por los artículos anteriores, queda obligado respecto del heredero que por su renuncia recoge la sucesión, como un gestor de negocios ajenos. Los actos obrados en relación de los terceros son válidos para la sucesión. Esta debe los gastos hechos por el gestor.

Art. 21. — El heredero instituido por testamento puede

organiza el beneficio de inventario, no se trata de una peculiaridad de éste. Al contrario. Constituyen las reglas a que debe ajustar su conducta el heredero, para no ser considerado aceptante puro y simple, como resulta del texto mismo de los artículos 3366 y siguientes, y de la doctrina que inspira a todas las decisiones recordadas del Código.

Art. 20. — § 1959, Código Alemán y 797, Código Francés, y su ampliación por los artículos 913 del proyecto de Laurent y 71 del de la Comisión belga.

La repudiación no produce respecto de los actos autorizados obrados por el heredero presunto, su efecto ordinario, esto es, que se considere al heredero renunciante como que nunca fué llamado a la sucesión. Sus actos de gestión subsisten.

Art. 21. — Artículo 3354 Código Civil. § 1948, Código Alemán, en cuanto al primer párrafo. En contra, § 808, Código Austriaco.

De la presencia del artículo 3354 y del 3355, que establece la disposición del 845, Código Francés, ya se deduce que



repudiar la herencia en ese carácter, y aceptarla como sucesor legítimo, si, sin aquella disposición, la ley le hubiera llamado a recogerla.

el sistema de nuestro Código es profundamente diverso del citado, y que la grave y célebre discusión a que éste ha dado lugar no puede reproducirse en el nuestro con los mismos caracteres.

Desde que puede limitarse la renuncia hereditaria del heredero forzoso, tanto cuando la renunciada es testamentaria, como cuando es ab-intestato, de modo que se conserve la legítima, si hubo donaciones al heredero, o se reclame la legítima, cuando no hubo adelantos — “tomar”, dice el Código, — desaparecen varias de las soluciones, que consideramos justificadas en derecho francés, de Demolombe, que ha dedicado a la célebre cuestión del efecto de la renuncia hecha por el heredero forzoso, páginas brillantes. Conviene tenerlas presentes, para analizar ciertos efectos de las reglas de nuestro Código, porque no debemos explicar las disposiciones que no rectificamos, y porque no puede ser más pobre y equivocada la exposición de Goyena, artículos 840 y 822, de su proyecto, en que se apoya, según la nota, nuestro 3354.— Demolombe, 19, números 41 y siguientes.

Es claro que aun cuando se reproduce por el artículo 3355, la doctrina de los 844 y 845, Código Francés, el 3354 dispone — contra ellos, —, que no obstante la renuncia, puede “tomarse” la legítima forzosa, y no la parte disponible, como en el citado Código. La legítima es herencia: artículo 3591. Hay, pues, aceptación en cuanto a ella. De ahí consecuencias



El heredero forzoso puede repudiar la herencia, sin perjuicio de tomar la legítima que le corresponde.

En los dos casos, la aceptación debe declararse en el acto de la renuncia.

indiscutibles, que no pueden producirse en derecho francés. Puede despojarse de ella al heredero indigno, por ejemplo. Cuenta el renunciante para determinar la porción disponible, etc.

Pero del hecho de coexistir esa solución, con la del artículo 3355, que considera otro efecto de la renuncia, y lo limita a las donaciones y legados que no excedan la porción disponible, esto es, a una parte menor que la legítima en muchos casos, hay que aceptar la presencia de dos efectos legales distintos de la renuncia. La disposición es general para todo heredero; por consiguiente comprende al forzoso, y la nota lo confirma. O se renuncia, y se declara aceptar la legítima, o se renuncia sin declarar en qué sentido se hace, y entonces se aplica el artículo 3355, en la recta inteligencia que le daba Demolombe, y después de él Laurent (10, números 556/7, y 12, números 9 y siguientes), Baudry et Colin (Donations, 1, número 684, y siguientes), y todos los escritores posteriores.

Cuando al renunciar la sucesión no se hace otra declaración, es la regla que la renuncia cubre toda sucesión. La legítima forzosa, es una sucesión. El heredero que la reclama, es un heredero. El renunciante se considera como que nunca tuvo derecho alguno a la herencia. Es un extraño, y



Art. 22. — El llamado a varias partes hereditarias puede aceptar unas y repudiar las otras cuando la vocación se funda en títulos distintos. Si se funda en el mismo título, la aceptación o repudiación de una parte comprende a las demás, aun cuando la vocación se haya producido en fechas distintas. Se considera que constituye un mismo título la vocación por varios testamentos.

El testador puede autorizar la aceptación o repudiación por partes separadas.

Art. 23. — La aceptación, o la renuncia, se extienden,

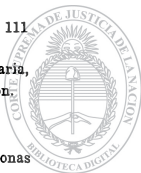
por eso, sólo puede imputarse a la porción disponible lo que se le donó o legó; está sujeto a la acción de reducción.

Por consecuencia, si al renunciar entiende conservar o “tomar” su legítima, esto es, si la invoca como excepción, o la reclama por acción, debe manifestarlo, restringiendo así, el alcance de su declaración de repudio. Porque es libre de repudiar su legítima, como lo es de atenerse a ella.

Es lo que nuestro artículo proyectado dispone, de acuerdo con los principios generales admitidos, para enlazar las dos disposiciones de los artículos 3354 y 3355.

Art. 22. — § 1951, Código Alemán. Demolombe, 15, número 9. Dalloz, Repertoire, v° Succession, número 662. Unger, Erbrecht, § 37.

Art. 23. — § 1949, Código Alemán, que sólo habla de la renuncia. Existe la misma razón de decidir para la aceptación.



en caso de duda, a todas las causas de vocación hereditaria, conocidas por el sucesor en el momento de la declaración.

Art. 23 bis. — Se reproduce el artículo 3355.

Art. 24. — Se modifica el artículo 3333, así:

Pueden aceptar o repudiar sucesiones todas las personas que tienen la libre capacidad de disponer de sus bienes.

Art. 25. — Los fallidos, y los concursados no pueden aceptar herencias, sino a beneficio de inventario. La renuncia que hiciesen de ellas o de los legados que les sobrevivie-

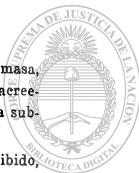
Arts. 24 y 25. — Modificamos el artículo 3333, en varios sentidos. En el lenguaje del Código es frecuente expresar bajo la fórmula de “libre administración de sus bienes” la plena capacidad civil.

Pero, la ley especial dictada para reglar la condición jurídica de la mujer, autoriza a la casada a administrar libremente sus bienes, aunque ni le permite aceptar herencias sino a beneficio de inventario, ni “administrar y disponer” de sus bienes sino a título oneroso. No puede, pues, renunciar, puesto que la renuncia a título oneroso de una herencia, constituye aceptación.

La disposición del artículo 3334, subsiste por consecuencia de aquella casuística, en cuanto a la renuncia gratuita.

No es éste el lugar para reglar todas esas hipótesis: lo serán en el título de la sociedad conyugal.

Dejamos, como lo quiere el artículo 3333, para determinar en los lugares procedentes, la situación de menores, interdictos, etc., en los cuales se salvarán omisiones graves padecidas por el Código.



ran, pueden ser anuladas por los representantes de la masa, con autorización judicial, y aceptados por cuenta de los acreedores hasta la concurrencia de sus créditos. La renuncia subsiste en cuanto al deudor.

La aceptación o repudio hechos por el deudor inhibido, o sujeto a un embargo, serán regidas por las disposiciones del artículo 27.

Se suprime el artículo 3334.

Pero, además de los incapaces generales de hecho, hay otros impedidos de “administrar libremente sus bienes”. Los fallidos y concursados están en ese caso. La ley de quiebras, artículo 75, decide que el fallido puede renunciar por sí solo, y declara la facultad de aceptar para los acreedores, por iniciativa del representante de la masa autorizado por el Juez. Si es así, en el silencio de la ley, el fallido puede aceptar pura y simplemente, y su aceptación quedaría sometida a los principios de la acción pauliana común, lo que no es conveniente.

Extendemos la solución del Código de Comercio a los concursados civiles, por considerar arreglada la solución de la ley de quiebras, que permite la revocación a favor de la masa, en beneficio común de todos. Pero, salvamos los inconvenientes de la omisión legal respecto de la aceptación. Así como a los incapaces no se permite aceptar sino a beneficio de inventario, la misma razón de decidir aconseja no imponer a los acreedores de los deudores concursados, la difícil y lenta acción individual del artículo 3340.



Art. 26. — Se sustituyen los artículos 3335, 3336, 3337 y 3350, por el siguiente:

La renuncia y la aceptación, sea pura y simple, sea a beneficio de inventario, pueden ser anuladas en los casos siguientes:

Quedan otros, también omitidos por el Código, que no tienen la “libre administración de los bienes”. Son los inhibidos en general o los embargados, por acción particular de un acreedor. No deben quedar bajo el principio general del artículo 3333, y sí, sometidos a los propios de la acción particular del acreedor, que es objeto de artículos posteriores.

Art. 26. — Los artículos 3335 y 3350, 1º, contienen una disposición idéntica para la aceptación y la renuncia.

Lo mismo ocurre con las de los artículos 3336 y 3337, que reproduce para la renuncia el 3350.

En cambio este declara la nulidad de la efectuada por error sobre la identidad de la herencia, que nosotros generalizamos comprendiendo el error en la aceptación que el Código omite, pues se trata de manifestaciones de voluntad sometidas a idénticas condiciones de intención. Por último, hablamos de causas de vocación en el error, para comprender tanto el supuesto de partes hereditarias a que el heredero fué llamado por títulos diversos, como el de la vocación hereditaria desconocida.

Todo sin perjuicio de lo establecido por el artículo 3333.



1º Cuando han sido efectuadas sin la observancia de las formalidades prescritas para suplir la incapacidad del heredero que las realizó, o en cuyo nombre se declararon;

2º Cuando el heredero sufrió error sobre la causa de la vocación. Ningún otro error podrá alegarse;

3º Cuando fueron efecto de dolo o violencia, padecidos por el heredero, sea quien fuere el autor de ellos.

Art. 27. — Se modifica el artículo 3339, así:

En cuanto al error sobre la aceptación, Demolombe, 14, números 531 y 535. § 1949, Código Alemán. El descubrimiento de un testamento que favorece al heredero que aceptó o renunció la herencia deferida por otro título, o por un testamento anterior modificado por el nuevo descubierto, es claro que constituye un error sobre el título o causa de la aceptada o repudiada, que produce el efecto de anular la declaración anterior. § 1949, Código Alemán. Demolombe, 22, número 336, y 14, número 535, bis. Planiol, 3, número 1987. Laurent, 9, número 363, cree que existe error esencial. “En teoría, eso es cierto. Había, en realidad, dos sucesiones, una sucesión testamentaria y una sucesión **ab intestato**; el heredero no había aceptado ésta sino porque ignoraba la existencia del testamento. La equidad exigía que el heredero pudiera volver sobre su aceptación”. Cree, sin embargo, que el texto del artículo 783, Código Francés, no lo consiente. Sin embargo, no es caso de lesión. Esta existe cuando hay identidad de sucesión, y daño que modifica su cuanto. En el caso juzgado hay dos sucesiones — lo dice Laurent — y sólo una verdadera: la desconocida. Se aceptó la que por



La nulidad puede ser declarada en los casos expresados, tanto por pedido del heredero, como por el de sus acreedores en nombre de él.

Se suprime el artículo 3338.

voluntad del causante, estaba revocada o modificada. La verdadera quedó sin decisión.

¿Cómo se podía aceptar o repudiar la desconocida?

En el sentido de Demolombe, Planck sobre el § 1949. Kipp, Erbrecht, § § 53, II, y 55, II. Endemann, Erbrecht, § 105, IV. Staudinger, sobre el § 1949.

Nuestro artículo expresa que se aplica a la aceptación a beneficio de inventario en todos sus supuestos por las razones expuestas por Belost-Jolimont, sobre Chabot, artículo 783, 1º; Aubry y Rau, 6, § 611, nota 17; Demolombe, 14, número 534.

Supresión del artículo 3338. — De lo ya expuesto se deduce la inutilidad de esta disposición.

Se trata del descubrimiento de un testamento que disminuye la herencia en más de la mitad.

Nótese la diferencia de redacción de nuestro artículo con el 783, Código Francés. En éste el supuesto se limita a la lesión, y de ahí una interpretación necesaria: se refiere a limitación del activo.

El nuestro, precisamente, porque no limita su alcance, comprende toda hipótesis: concurrencia de otros herederos, de otros legatarios, de otras cargas onerosas.



Art. 28. — En sustitución de los artículos 3340 y 3351, el siguiente:

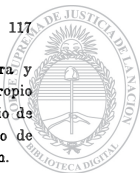
Es ésa precisamente la especie que nuestro inciso 2º considera, y que el § 1949, Código Alemán, comprende como causa general de error, sobre la herencia misma.

Porque es cierto que la aceptada, la única conocida por el heredero aceptante, no era la herencia legalmente considerada. No estaba en vigencia el testamento anterior, o el ab intestato que defería la sucesión no existía. Estaban sustituidos por el testamento que disponía de otra manera la sucesión.

El último testamento, sea que revoque el anterior, sea que lo modifique, en toda hipótesis, constituye el elemento característico, que identifica, define, la sucesión. Es el fundamento de ella. La aceptada era un fundamento no subsistente en sus cláusulas, por la autoridad del nuevo. Hubo error en la identidad de lo que se consideraba deber aceptar. Quizás hasta contiene el nuevo disposiciones injuriosas para el heredero-esposa o el heredero-hijo.

Por eso dice el § 1949, Código Alemán: error sobre el fundamento de la vocación hereditaria, sobre el título mismo de que resulta. Eso no es lesión. La alteración no proviene de los efectos jurídicos de la herencia misma aceptada. Viene de una causa hereditaria nueva, distinta. No es ésta efecto de la anterior.

Arts. 28 y 29. — Los artículos 3340 y 3351, exigen condiciones distintas para la acción revocatoria, según se trate de la aceptación o la repudiación de la herencia.



Los acreedores del heredero que ha aceptado pura y simplemente la herencia, podrán demandar en su propio nombre la revocación de la aceptación hecha en perjuicio de ellos. Esta revocación importará aceptación a beneficio de inventario en cuanto a los acreedores que la solicitaron.

Art. 29. — Podrán demandar los acreedores la revocación de la renuncia, en el mismo caso, a fin de hacerse auto-

Va de sí que el primero no puede tener aplicación en el caso de aceptación a beneficio de inventario, porque éste causa la separación de los patrimonios, y por su defecto, no se sigue perjuicio alguno a los acreedores del heredero; salvo en lo relativo a la colación; pero entonces no pedirán la revocación.

No puede tener objeto esa disposición sino en el supuesto de aceptación pura. Y el artículo 3340, siguiendo a Aubry y Rau, exige para la revocación dos condiciones:

1° Que la sucesión aceptada sea evidentemente mala.
2° Que haya existido connivencia fraudulenta con los acreedores de la sucesión. Podría haberla con los legatarios y coherederos. El artículo no la toma en cuenta.

Pero ninguna de esas dos condiciones se exige para la acción revocatoria de la renuncia. Basta el perjuicio de los acreedores "y de toda persona interesada", causado por la renuncia.

¿Por qué tantas diferencias?

Es accidental. El Código Francés contiene un artículo 788, que autoriza la acción revocatoria de la renuncia a



rizar para ejercer los derechos sucesorios del renunciante hasta concurrencia de lo que les es debido.

En ambos casos los acreedores deben serlo por créditos de fecha anterior a la aceptación o renuncia. La revocación

favor de los acreedores (solamente). Exige que el acto haya causado perjuicio.

Nada prescribe para la revocación de la aceptación.

De esa casuística ha nacido la diferente solución, según qué opinión profesen los escritores sobre las exigencias de la acción pauliana.

La primera conclusión derivada de los textos literales del Código Francés, es la de que en defecto de uno para la aceptación se aplican las reglas generales del artículo 1167, esto es, de la acción pauliana. En cuanto al artículo 788, los escritores se dividen. ¿Basta el perjuicio? ¿Es menester fraude? ¿Connivencia?

Según unos, el artículo 788, es autónomo; basta por consiguiente, llenar sus condiciones. Según otros, constituye un caso de la acción pauliana, sometida a sus exigencias generales.

El debate es de textos. No se pretende que haya diferencia orgánica de situaciones en la aceptación y en la renuncia.

Ahora. Aubry y Rau, pensaban que en la acción pauliana era necesario el fraude, el concierto con el tercero y la insolencia demostrada del deudor. Los exigían, con un poco de exageración, para reclamar contra la aceptación. No entendían sino salvar el vacío legal: volvían a la regla según la



no modifica en cuanto al heredero los efectos del acto impugnado. Los coherederos del renunciante o los herederos subsiguientes no pueden reclamar de él las sumas pagadas a sus acreedores.

Se suprime el artículo 3352.

interpretaban. No examinaban si la renuncia y la aceptación eran situaciones distintas en cuanto al perjuicio que traían a los acreedores. Declaraban que por el artículo 788, Código Francés, “non requiritur consilium fraudandi, sufficit eventus damni”. Y esto, decían, “porque no puede, en tal caso, tratarse de un acto a título oneroso, puesto que la renuncia supone una abdicación gratuita de la herencia”. Aubry y Rau, 6, § 613, nota 36.

Si es ésa la razón de las diferencias, hay dos respuestas:

1º No es uniforme la opinión en el derecho francés, de que la acción pauliana exige fraude con la intención de perjudicar, de parte del deudor, “y connivencia fraudulenta con los acreedores hereditarios”, como lo dicen Aubry y Rau y lo repite el artículo 3340.

Demolombe, por ejemplo, que sin embargo cree que el artículo 788, francés, está sometido a las reglas generales del 1167, opina categóricamente — 25, número 188, — que el fraude no exige prueba de intenciones o propósitos de perjudicar, en el deudor: “La prueba del fraude resulta del acto mismo” “por el conocimiento que el deudor tenía del perjuicio que causaba”, concluye.

En cuanto a la complicidad de los terceros — no ciertamente al concierto fraudulento, — distingue, según que se



trate de actos a título oneroso, y actos a título gratuito. Id. número 196.

Esa es precisamente la doctrina expresa de nuestro Código.

No hay una exigencia general de fraude en el sentido de intención, como regla. Hay dos reglas tan generales una como otra. La acción de revocación, se da contra los “actos celebrados en perjuicio, o en fraude” de los acreedores: artículo 961.

Y “si el acto fuese a título gratuito”, basta el perjuicio, aunque el tercero que participó del acto, “ignorase la insolvencia del deudor”: artículo 967.

Cuando el “acto del deudor fuese a título oneroso **es preciso** para la revocación, que: 1º Haya querido **por su medio** defraudar a sus acreedores”. El ánimo se presume por el estado de insolvencia. Y 2º: “que el tercero haya sido cómplice en el fraude”. “La complicidad se presume... si conocía el estado de insolvencia”, artículos 968 y 969.

Para demostrar, por consecuencia, que la aceptación de una herencia no puede ser revocada sino dentro de las condiciones exigidas por el artículo 3340, habría que demostrar, según lo quieren Aubry y Rau, que la aceptación no constituye una excepción y que está regida por la regla general.

¿Cuál de las dos? Porque el artículo 968, no exige intención fraudulenta, y “complicidad” en el tercero, sino para los actos a título oneroso. ¿Lo es la aceptación?

2º Mientras no se hace esa demostración plena, no puede exigirse, lo que según Demolombe y nuestro Código, re-



sulta del estado de insolvencia, sin necesidad de prueba especial: artículo 969. Al exigir el 3351, el perjuicio, para atacar la renuncia, lo ha dicho todo, porque si el deudor no se hace insolvente, ¿dónde está el perjuicio?

Esto por un lado. Por el otro, ¿es la aceptación, en sí, un acto a título oneroso?

Es como la renuncia. No exige como caso normal, una contraprestación que otra parte (¿herederos, acreedores?) efectúe, y de que depende su existencia. Es un acto unilateral. No es contrato.

Produce efectos. Como la renuncia. Esos efectos pueden ser perjudiciales. Pueden ser benéficos, traer lucro, según el estado efectivo del patrimonio hereditario. Como la renuncia.

Y es claro que los acreedores no atacan la renuncia, o la aceptación, sino cuando les perjudica.

Buscamos una diferencia, y no la encontramos. No vemos contraprestaciones que califiquen esas manifestaciones unilaterales de voluntad, de actos jurídicos a título oneroso. “Non requiritur — repetiremos a Aubry y Rau, — consilium fraudandi, sufficit eventus damni”. Artículo 967.

Entre la situación de perjuicio que trae a los acreedores, la aceptación de una herencia insolvente y la renuncia de una ventajosa, no advertimos diferencia, en cuanto al daño, como no la vemos en la aceptación de una herencia solvente y en la renuncia de una perjudicial.

— El artículo 3351, concede la acción revocatoria a “toda persona interesada” además de los acreedores.



Esto es inexplicable. Hay error. Que toda persona cuyo derecho es perjudicado por una renuncia, puede atacarla en cuanto a su validez, es evidente. Renuncia un heredero después de haber aceptado expresa o tácitamente, y los coherederos, legatarios y acreedores de la sucesión, pueden demandar la nulidad. Pero ésa no es revocación fundada en el perjuicio, porque se apoya en otra cosa: en la nulidad. Es claro que si los perjudicados por una renuncia pudieran atacarla por el perjuicio que les hace, nunca jamás habría renuncia posible. Siempre los coherederos aceptantes, los legatarios y los acreedores de una herencia insolvente, sufren perjuicio por la renuncia de un heredero que tuviera bienes propios y aceptara... pura y simplemente.

Es su derecho el de renunciar. Como también el de aceptar a beneficio de inventario, limitando su responsabilidad. Causa, sin embargo, esta aceptación, perjuicio a los que sin ella se cobrarían de créditos, y legados, exigirían colaciones, etc.

Aubry y Rau, de quienes se toman los textos de los artículos 3351 y 3352, se guardan muy bien de confundir las especies y asimilar cualquier tercero a los acreedores: 6°; § 613, 5°, b), c) y d).

—Por último. Del artículo 3340, ya resulta que la anulación de la aceptación sólo tiene por efecto impedir la confusión de patrimonios en beneficio de los acreedores demandantes. Respecto de la sucesión misma, la aceptación, produce todos sus efectos entre herederos, acreedores hereditarios, le-



Art. 30. — La declaración de aceptación o de repudiación de la herencia se hace ante el Juez de la sucesión. Puede efectuarse por mandatario con poder especial expresando de qué herencia se trata.

Se suprime el artículo 3330.

Art. 31. — La demanda de nulidad de la aceptación o la renuncia, debe ser deducida ante el Juez de la sucesión, y si es hecha por mandatario deberá constar en el poder especial la autorización para deducirla.

gatarios. Es la situación de la aceptación a beneficio de inventario, limitada a los acreedores impugnantes.

—La supresión del artículo 3352 resulta de ser éste puramente didáctico y manifiestas sus conclusiones, en virtud de lo dispuesto por el 3351. Conservamos solamente su última parte.

Arts. 30 y 31. — De la circunstancia que puede haber aceptaciones tácitas sólo se deduce que debe resultar de los hechos que la causan. La expresa por vía de declaración debe hacerse ante Juez, para evitar los inconvenientes, no sólo de la falta de fecha cierta, sino más que todo de la ignorancia de su existencia por los herederos, legatarios y acreedores, del verdadero estado de las cosas, que para ellos con el sistema del Código — artículos 3319 para la aceptación expresa y 3345 para la renuncia—permanece desconocido por falta de la debida publicidad. El régimen de los derechos reales exige, además, esa comunicación judicial.



Debe ser intentada dentro de los sesenta días de conocida por el heredero la causa que la autoriza, o, si se funda la acción en la violencia padecida, desde que ésta ha cesado. Si el heredero es incapaz, el término corre desde la cesación de la incapacidad, en el caso de no tener representante.

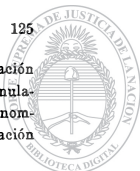
Cuando el heredero reside en el extranjero en el momento de empezar el plazo, éste será de seis meses.

Art. 32. — La dilación en efectuar la renuncia dentro del plazo legal, puede ser impugnada judicialmente en los mismos casos que causan la invalidez de la aceptación.

No es, pues, admisible, que el mandato pueda ser verbal, o por escritos particulares. Carecen de autenticidad y de fecha cierta, y dejan al interesado la posibilidad de recusar los actos del supuesto mandatario, en colusión con él, o expuesto a las falsas afirmaciones del pseudo apoderado.

El Código Alemán, § § 1945 y 1955, exige para la renuncia, y para la demanda de nulidad de la aceptación y la renuncia, la doble garantía de la declaración ante el Tribunal, y del mandato por poder en instrumento público. No debe olvidarse que para ese Código la aceptación puede resultar, como para este proyecto, de la falta de renuncia, y que, además, para él, no hay aceptación a beneficio de inventario, como institución autónoma. Pero ya resulta de la demanda de anulación de la aceptación y de la repudiación, que la declaración debe hacerse ante el Juez, § § 1954 y 1955, Código Alemán.

Art. 32. — § 1956, Código Alemán.



Art. 33. — La demanda de anulación de la aceptación importa repudiación de la herencia. La demanda de anulación de la renuncia equivale a la aceptación. Hecha a nombre del heredero por sus acreedores, equivale a aceptación bajo beneficio de inventario.

El Juez de la sucesión debe comunicar la demanda de anulación de la renuncia, a quienes fué deferida la herencia por causa de la repudiación. La de anulación de la aceptación, lo será a los coherederos, y otros interesados en los efectos de ella, que se hubieran presentado en la sucesión.

Art. 34. — Se modifica el artículo 3332, así:

La sentencia dictada en juicio, a instancia de cualquier interesado en la sucesión, que declare la aceptación o la re-

Art. 33. — § 1957, Código Alemán. Hemos dicho que este Código da a la aceptación, efectos que modifican sus resultados, según reglas que no siempre coinciden con las muestras.

De ahí, que cuando los acreedores del heredero usan de sus acciones a su nombre, deba protegérsele contra las consecuencias de las resoluciones de aquéllos, contrarias tal vez a las que él tomaría. La aceptación debe ser, por consecuencia, a beneficio de inventario.

Art. 34. — El artículo 3332, declara la extensión de la cosa juzgada en la instancia promovida por un legatario, o un acreedor, en cuanto a la declaración de heredero, respecto de los otros legatarios o acreedores que no fueron parte en el juicio.



nuncia del heredero, produce sus efectos respecto de los legatarios, y acreedores que no hayan intervenido en el litigio, sin necesidad de nuevo juicio. Queda a salvo su derecho para

Hay, pues, una doble limitación en esa decisión: 1º, sólo comprende la instancia promovida por un legatario o acreedor; no la promovida por un heredero, o seguida con un deudor; 2º, es la declaración afirmativa de heredero, lo que trae el efecto; la negativa no está incluida en la solución.

Es inútil buscar en el escritor citado en la nota, la razón de la disposición y su casuística. La grave cuestión envuelta en ella, no está ni esbozada siquiera.

En el derecho francés a que alude Goyena citando a Rogron, ha sido objeto de una de las más celebradas polémicas, el alcance de la sentencia relativamente a los distintos interesados en la cuestión juzgada. En ella se han emitido pareceres muy opuestos por los jurisconsultos más eminentes, para explicar el artículo 800, Código Francés. Merlin, Valette, Boncenne, han expresado opiniones, directamente contrarias, a la de Demolombe, seguida por Aubry y Rau, Laurent, y la Corte francesa de casación.

Ha prevalecido la opinión de este Tribunal, y la discusión ha quedado cerrada por la persistencia de las sentencias que han quitado interés curial a la cuestión. ¡Pro veritate habetur!

No parecen muy satisfechos los más recientes escritores, si hemos de juzgar por las reticencias que expresan. No hay cosa juzgada en ningún caso: es la última palabra.

obtener la anulación de la sentencia en caso de colusión, o la revocación a favor de los acreedores del heredero de la aceptación o la repudiación, según lo dispuesto en los artículos anteriores.

Nuestro artículo 3332, contradice esa conclusión. Sí, la hay, dice, pero en los casos limitados en que encierra la decisión. ¿Por qué?

Entiende la ley que la sentencia es constitutiva para todos los legatarios y acreedores. Pero sólo la seguida por instancia de un legatario o acreedor.

Si lo es en la hipótesis admitida, no puede ser sino por razón del alcance mismo de la decisión. Presupone que no se es heredero para el acreedor demandante, solamente. Que el carácter de tal existe para todos, porque para todos los afectados se ha transmitido la sucesión. Es un estado abierto por una vocación universal y consolidado por una aceptación que fija y hace definitiva la transmisión. El patrimonio heredado tiene un dueño en su activo y en su pasivo.

Es esa la solución del artículo 3332. La sentencia, **jus facit**, como la de concurso, la de interdicción, la de divorcio.

Pero si es constitutiva, debe serlo para todas las hipótesis semejantes.

Es arbitrario que lo sea solamente para la obtenida por un acreedor o legatario.

Mayor razón hay para la obtenida por un pretendiente a la herencia misma. Porque el hecho sólo de reclamarla, constituye acto de heredero por parte de quien demanda,





y acto de heredero por quien se opone si tiene la posesión hereditaria, o si no la tiene. Siempre afirma ser suya la sucesión. Si es así, esa aceptación envuelta en el litigio, por ambas partes, decidida por la sentencia a favor de una, por exclusión de la otra, o concurrentemente entre los dos litigantes, produce efectos *erga omnes*: el aceptante ha fijado inexorablemente su carácter.

Si la decisión provocada por la instancia de un acreedor, *jus facit*, ¿cómo puede ser entendida de manera distinta la provocada por el que se dice heredero? Antes, al contrario. El derecho romano, de que proviene toda la doctrina, que Goyena creía del Código Sardo, deducía de la sentencia dictada en el pleito seguido entre el heredero testamentario y el ab-intestato, el carácter de la sentencia. Es constitutiva, decía: *jus facit*. Y porque lo es, alcanza en sus efectos a los legatarios y acreedores. L. 50, § 1, 30, 1, D: "... et quum ius facit hæc pronuntiatio, quod attinet ad ipsius personam, numquid legatarii teneatur...? Respondebit igitur et legatariis, ut creditoribus". La ley 14, 49, I, D. decide lo mismo: "*an jus faciat judex videndum*"...

Lejos de ser el resultado de un litigio seguido por un acreedor, era el resultado, para el acreedor, de un juicio seguido entre pretendientes a la herencia.

Pero eso ya demuestra que además de error en la primer limitación de nuestro artículo 3332, lo hay en la segunda: no es solamente en el caso de ser "declarado heredero" que se da la cosa juzgada para los acreedores y legatarios: se



da también en el de ser declarado renunciante, esto es, en el de no haber sido nunca heredero. Porque, ¿acaso no fué fallado el litigio en que se pretendía por un coheredero, o legatario o acreedor, que el heredero había aceptado o había renunciado, resolviendo la sentencia que no existía aceptación y sí repudio? ¿O es que la sentencia es constitutiva solamente cuando decide una cosa, y no la controversia misma?

Las leyes recordadas al hablar de la cuestión existente entre dos pretendientes a la herencia, ya decían que la sentencia hacía derecho tanto para el vencedor como para el vencido: éste no es heredero, ni para los legatarios, ni para los acreedores.

La teoría de la extensión de la cosa juzgada a todos los casos conexos con el estado jurídico declarado, reconocido, constituido, ha sido hecha en el derecho romano, esto es, en el derecho que, inspirado por su poder analítico forjado en su desenvolvimiento, hizo la teoría de la cosa juzgada, que ha venido intacta en los siglos, aplicada en toda la Europa occidental hasta los códigos actuales iluminados por su doctrina. Es eco de ella el artículo 3332. Pero la sentencia, ¿es constitutiva en toda hipótesis?, ¿o sólo lo es a favor del acreedor o legatario que la invoca?

Lo es en toda hipótesis. Salvo en la de juicio colusivo, o seguido en caso de ausencia del litigante.

De ahí que algunos hayan creído que había que distinguir, según que el legatario o acreedor invocaran la sentencia o la desconocieran.

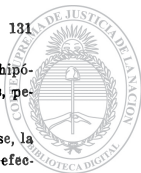


Las leyes romanas — L. 14, 49, 1, D. L. 50, 30, 1, D, — decidían que la sentencia no podía oponerse al legatario cuando fuese colusiva, o el heredero no se hubiera defendido. Debe alegarlo, y debe probarlo. Es ése el caso general de todo tercero, a quien alcanzan los efectos de una sentencia. Pero no se presume la colusión. La cosa juzgada existe, pues, a favor y en contra del acreedor o legatario.

Por último. Declarado que el heredero era aceptante, o no lo era por haber renunciado, sus acreedores se encuentran en el caso general, y pueden impugnar por medio de la acción pauliana los actos de su deudor, en el caso de ser acreedores personales del renunciante o aceptante. Si no lo hacen, también contra ellos la sentencia *jus facit*, pues es la regla general.

Limitamos el alcance del artículo propuesto a los acreedores y legatarios. En cuanto al de la sentencia en la petición de herencia, o entre herederos, se guía por principios que exigen distinciones, que se reglarán en el momento oportuno.

Véase: Savigny, *Droit romain*, 6, § 301, página 468 y siguientes; Windscheid, *Pandekten*, § 132; Dernburg, *Pand.*, III, § 96. Existe una ligera disidencia entre ellos sobre la aplicabilidad de la sentencia contra los legatarios o acreedores. Merlin, *Questions de droit*, vº *Héritier*, número VIII; Boncenne, *Procédure civile*, III, páginas 333 y siguientes; Malpel, número 194. En contra de nuestro proyectado artículo, y del 3332 vigente, principalmente, Demolombe, 15, desde el número 148. En el sentido del artículo, véanse las



Art. 35. — La transacción celebrada en la misma hipótesis, puede ser invocada por los acreedores y legatarios, pero no puede serles opuesta.

Art. 36. — La aceptación, cualquiera que sea su clase, la renuncia, y las sentencias que las declaren, no producen efecto respecto de terceros, sino desde su inscripción en el Registro por orden judicial.

Art. 37. — Se reproducen los artículos 3344, 3345, 3353 y 3365, modificados así:

observaciones de Colin, en la discusión del proyecto francés de reformas, Bulletin de la Société d'études législatives, 1911, página 40.

Art. 35. — Es aplicación de la regla general sobre efecto de las transacciones: se trata de un contrato, y no de un acto de soberanía, como la sentencia: Argumento del artículo 853, L. 14, 2, 15, D., Windscheid, Pand. III, § 566 y nota 3; Dernburg, Pand. III, § 96, número 2.

Art. 36. — La decisión de nuestro artículo no se limita al hecho de existir inmuebles en la sucesión. Comprende toda hipótesis de aceptación expresa, tácita, a beneficio de inventario, y por no usar de la facultad de repudiar, dentro del término concedido, por caducidad del beneficio de inventario, etc.

Art. 37. — Hemos proyectado ya que la renuncia debe, para existir, ser declarada ante el Juez de la sucesión. No es



La aceptación de la herencia es irrevocable; fija la propiedad de ella en el heredero, desde el día de la apertura de la sucesión.

Se juzga que el renunciante nunca fué heredero, y la herencia se defiende como si éste no hubiera existido. La renuncia no se presume.

Se suprimen los artículos 3346 y 3349.

buen sistema el del artículo 3345, que admite la renuncia por escritura pública, es decir, por manifestación extrajudicial, lo que es admitir la posibilidad de renunciaciones clandestinas, y destinadas a sorprender a los que ignoraron la repudiación que el artículo admite aún hecha fuera del domicilio en que radica la sucesión.

Agregamos que no es solamente respecto de los acreedores y legatarios que la renuncia produce efectos que deben ser amparados por la fecha cierta y la publicidad. Lo son todos los terceros, especialmente los adquirentes de bienes, sea por actos del heredero renunciante por escrito privado — artículo 3346, — como por acto de los coherederos. Con el sistema actual quedarían alcanzados por el efecto de la renuncia clandestina, y expuestos a las maniobras desleales de los que con ocultar o simular el documento escaparían a los efectos de la renuncia, y de la aceptación que es su consecuencia para los coherederos y legatarios.

El círculo que alcanza el efecto de la renuncia es mucho más extenso que el de los intereses privados de los coherederos, para entregarlo a la convención oculta, y sólo constante por escritos no registrados, privados o notariales.



§ 2. De la aceptación pura y simple

Art. 38. — La aceptación pura y simple resulta de la declaración expresa hecha ante el Juez de la sucesión.

Art. 39. — Resulta, también:

1º Del silencio del heredero cuando ha expirado el tér-

Art. 39. — Difiere profundamente la aceptación expresa de la tácita. Constituye la primera una manifestación de voluntad declarada. La segunda resulta de la ejecución de hechos, o de las omisiones, muchas veces opuestas a la voluntad expresada, y que la ley sanciona para garantizar los derechos de los terceros, envueltos en la sucesión.

Se ha reprochado por los más caracterizados intérpretes del derecho francés, a la jurisprudencia fundada en las disposiciones del Código Napoleón, la de ser capciosa e inicua respecto de los actos del heredero que, o por manifestar serlo para ejecutar medidas conservatorias, o administrativas en carácter de heredero presuntivo y sin entender asumir definitivamente el de sucesor, o por ejecutar actos definitivos naturales e inocentes de disposición, eran declarados herederos irrevocables.

Se ha llegado a afirmar en la Comisión de reforma de la parte de las sucesiones del Código Francés, que el hecho de calentarse en invierno la viuda e hijos en casa del causante con la leña de la sucesión, había sido declarado acto irrevocable de disposición.

Nuestro Código ha tomado toda la casuística interpretativa de los escritores franceses, inspirada por esa dirección



mino para renunciar, sin haber hecho declaración alguna judicial;

2º De no haberse llenado las prescripciones legales para que la aceptación declarada o anunciada a beneficio de inventario, sea efectiva y no haber renunciado en tiempo el heredero;

de ideas, y la ha transformado en reglas legales expresas. Ha impedido así una interpretación más humana y más jurídica del principio general de la aceptación tácita.

Así, el artículo 3328, según lo hemos notado en otra oportunidad, autoriza los actos conservatorios, los de inspección y administración provisoria al heredero, pero le pone por condición que los ejecute sin tomar o mencionar su carácter de heredero, lo que es una contradicción *in terminis*. Porque si los reconoce al heredero, y no a otro que no lo sea, ¿cómo ha de callarse el único título que los permite?

Los artículos 3325 y 3326, no le autorizan a defender a la sucesión demandada, ni a pagar deudas de ella, por urgentes, por manifiestas que sean, y sin embargo, muchas defensas y muchas deudas entran en la categoría de actos conservatorios y de administración provisoria: desde los pagos de impuestos, hasta los de sueldos, y desde la venta de frutos de fácil deterioro, hasta el cobro de alquileres, o créditos vencidos.

Y lo mismo ocurre con el caso del artículo 3322, del 3321, 3327, etc. Se trata en la enumeración que contienen, de actos manifiestos de conservación, unos, y de disposición



3º De haber cesado el beneficio de inventario, por hecho del heredero ;

4º De la sustracción u ocultación hecha por el heredero de cosas o valores comprendidos en la sucesión, o de

definitiva, otros, que por lo mismo que lo son, no necesitan de semejantes declaraciones.

No es, pues, extraño, que tanto en la Comisión francesa, como en la belga, de reformas al Código francés, se hayan proscrito fórmulas tan desleales y tan injustas para el heredero presunto. Se han proyectado reglas generales y simples inspiradas en la idea que traduce nuestro artículo 3320. El acto ejecutado de buena fe, con la leal intención de encerrarse en la situación de heredero presunto, de impedir daño a la sucesión, de proteger sus bienes e intereses, sin comprometer la herencia misma en enajenaciones, o hechos definitivos, son actos permitidos sin causar estado. Bien pueden la viuda e hijos del muerto, calentarse en la casa mortuoria, y atender a las relaciones del causante, sirviéndoles de su vino. Son actos de heredero presunto. No son actos de heredero definitivo.

Pero, si esa idea es exacta — y, ciertamente, lo es, — trae una consecuencia, que ya se impone por otro orden de ideas.

Si ciertos actos importan aceptación, y otros no; si una misma cosa puede ser — la venta de frutos, por ejemplo, — acto de disposición, de administración definitiva, y acto de conservación, de administración provisoria, es claro que en-



su omisión hecha a sabiendas en el inventario, efectuadas unas y otras, durante el término para renunciar. No puede el heredero invocar esos hechos si no se le oponen por parte legítima;

tre, la aceptación expresa por declaración y la tácita por los distintos conceptos que la constituyen, media una grave diferencia. La tácita presupone ejecución de hechos, del orden doméstico o clandestinos, tal vez intencionalmente disfrazados, en una palabra, no constantes, dependientes de prueba, susceptibles de controversia. Y algunos contradictorios de aceptaciones anteriores o de renunciaciones inscritas y públicas.

La aceptación tácita, por esos motivos, y porque la organización del Registro público lo exige, no puede producir efectos, sino por sentencia o declaración judicial, que la afirme como existente.

Y esto, sin distinguir entre coherederos, legatarios, acreedores, deudores y terceros adquirentes. Porque entrar en clasificaciones sería crear situaciones insolubles y convertir las herencias, en lo que sin ellas, son con demasiada frecuencia, fuentes de pleitos interminables y enconados.

El Juez, ante los hechos y las pruebas traídas, decidirá, y su sentencia será aquí también constitutiva: **jus facit**. Y lo que resolverá, porque es aceptación tácita, será regido por nuestro artículo proyectado en el § anterior: fija la vocación hereditaria desde el momento de la apertura de la sucesión.

5º De la ejecución de actos por los cuales se manifiesta la intención de ser definitivamente heredero puro y simple.

En todos los casos, la aceptación debe ser declarada por el Juez de la sucesión.

Carece, pues, de objeto, examinar cuándo la declaración escrita en que se habla de ser heredero, ha de ser interpretado como significando que se es el heredero presunto, o heredero definitivo, 'porque siempre se trataría de una declaración o extrajudicial u oculta, si no es hecha expresa y judicial, que es la única que aceptamos. Será, o no será, un hecho que importa aceptación según las circunstancias, como el acto de disposición, como el acto de administración.

Los incisos de nuestro artículo, 2º, 3º y 4º, son la reproducción con variantes correctivas, de los artículos 3363, 3366, 3404 a 3309 y 3301, Código Civil. El 5º, rectifica y resume las disposiciones de los artículos 3319 a 3328, Código Civil. Y el principio mismo general, es el del artículo 3329.

Sobre la cuestión de la aceptación tácita, véase la discusión de la Comisión francesa, y el informe de su ponente, Percerou, en el Bulletin de la Société d'études législatives, años 1910 y 1911, y su artículo adoptado, 2º del proyecto: "Es tácita (la aceptación) cuando el sucesible realiza un acto incompatible con la calidad de heredero beneficiario o renunciante".

La comisión belga adoptó el siguiente artículo 83: "La aceptación pura y simple resulta sea de un escrito, sea de un hecho por el que se manifiesta definitivamente heredero". Véase, en van Biervliet, Successions, páginas 578|9, el





Art. 40. — Se reproduce el artículo 3320.

Se suprimen los artículos 3319, 3321 a 3327, inclusive.

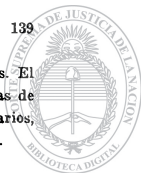
Art. 41. — Se reproducen los artículos 3342 y 3343, modificados así:

La aceptación pura y simple de la sucesión causa definitivamente la confusión de la herencia con el patrimonio

informe de la Comisión fundando el artículo. — Demolombe, 14, Nos. 373, 381, 383 y 398. — Código Francés, artículo 778; párrafo 1194, Código Alemán.

Art. 41. — De acuerdo con la doctrina francesa que considera incluidos en las “cargas” de la sucesión, los gastos funerarios (Demolombe, 14, número 519 y el Código Alemán, § 1968), declaramos carga de la sucesión los gastos de inhumación. Acentuamos por consiguiente, la decisión del último, que la considera deuda del heredero, abierta por la muerte, y como carga derivada de la herencia misma, por el hecho de serle deferida. Y deducimos de ahí que es preferente a las otras cargas, los legados y disposiciones modales que afectan los bienes. Es, además, preferente a los créditos, en el sentido del artículo 3380, inciso 1º, y las modificaciones que hemos introducido en este proyecto.

Con esto, resolvemos contra la expresa decisión del artículo 3795. En él se declara que los gastos funerarios no son carga común de la herencia, y que no se deducen de ella sino de la porción disponible. De modo que por si por



del heredero, y la extinción de los recíprocos derechos. El heredero queda obligado al pago de las deudas y cargas de la sucesión a favor de sus acreedores y de los legatarios, tanto con los bienes hereditarios, como con los propios.

donaciones anteriores, ésta se hallase agotada, los gastos de sepultura no se imputarían a los herederos, o mejor, a la herencia misma. Nótese que fuera de ese texto no existe en el Código, ninguno que hable de los gastos funerarios en relación de la herencia, ni que declare que constituyen cargas de ella.

Pero si existe privilegio para los gastos funerarios sobre la generalidad de los bienes del deudor, parece ya deducirse que pesa sobre la masa, después de los créditos con privilegio especial sobre los muebles o los inmuebles.

En todo caso, está en la tradición jurídica, desde el derecho romano, y está en las costumbres, que los bienes mismos quedados llevan implícita la afectación de que hayan de emplearse en la sepultura del causante, que en definitiva era el dueño de ellos, y, por consiguiente, quien los dejaba a los sucesores después de cubiertos los gastos determinados por la muerte misma del autor.

Pero, es incomprensible la distinción del artículo 3795. Porque, ¿qué carga más común que la de la sepultura, en una herencia? Ni en las costumbres, ni en las ideas religiosas, puede existir duda al respecto: pesa sobre los valores totales. No hay heredero excusado de ella. No es sólo la parte disponible la que debe cubrilos. El heredero forzoso,



Son cargas privilegiadas de la sucesión los gastos de inhumación del causante y erección de un sepulcro de acuerdo con la importancia del caudal hereditario.

porque lo es, *pietatis causa*, es el más obligado a cubrirlos. Y como él, el instituido, el legítimo, el legatario favorecido. Antes de cobrar, hay que sepultar. Hasta a los acreedores del fallido, se sobreponen los gastos de la tumba. Si no hay herencia sino *aere alieno deducto*, ¿puede haberla ante el cadáver insepulto del causante? (Ley alemana de concursos, artículo 224, número 2).

Pero decimos en nuestro texto, “gastos de inhumación y erección de un sepulcro”, para precisar que no es la conducción al cementerio, seguida del abandono de los restos, lo que pesa como carga hereditaria. Es, de acuerdo con la importancia de los bienes, la sepultura misma. Será permanente o temporaria, o la gratuita de la fosa común, según las fuerzas de la sucesión, esto es, según lo que el causante deja implícitamente ordenado, se tome de sus bienes, para sepultarlo.

Esta nota es el resultado de la indignación que a su autor ha causado un caso en que ha intervenido. Una persona dejó varios millones a legatarios, parientes lejanos, y míseros, en la pobreza. El albacea solicitó la construcción de una tumba modesta. Los legatarios se opusieron. El Juez dijo que no estaban obligados sino a tomar los millones: se contentó con la vaga declaración de uno de ellos que prometió trasladar los restos a un villorrio. ¡Todavía des-



Art. 42. — El heredero está obligado respecto de los miembros de la familia del causante que habitaban con él y subsistían de él, en el momento de su fallecimiento, a atenderlos en la misma medida durante treinta días contados desde la muerte, y concederles el uso de la habitación y enseres por ese tiempo. Puede el testador disponer de otra manera sobre esos puntos. En tal caso se aplicarán las disposiciones relativas a los legados.

Art. 43. — Cesan los efectos de la confusión de patrimonios y la responsabilidad del heredero aceptante, cuando el causante falleció concursado, o cuando sus acreedores solicitaron, dentro de los seis meses de abierta, el concurso de la herencia.

Se aplican en tales casos las disposiciones que rigen a los concursos civiles o comerciales. La responsabilidad del heredero no se extiende más allá del valor de los bienes concursados. Sus derechos se ejercitan como si el causante no hubiera fallecido.

cansan donde la piedad del albacea los ha recogido! El Código, según el Juez, nada dispone sobre el punto. Los millones no sufragan la tumba: ¡que vayan los huesos a la fosa común!

Art. 42. — § 1969, Código Alemán.

Art. 43. — Artículo 2, Ley de quiebras; § § 1975, 1976 y 1977, Código Alemán.



Art. 44. — En los casos de concurso, el heredero responde a los acreedores de la sucesión, por los actos de su administración anterior, como si le hubieran otorgado mandato de ejercerla, después de su aceptación. Los anteriores a ésta, se regirán por las reglas de la gestión de negocios.

Las impensas se abonarán al heredero según las disposiciones del mandato o, en su caso, de la gestión de negocios.

Se consideran créditos contra la masa. No tiene el heredero derecho de retención por las impensas.

Art. 44. — § § 1978 y 1979, Código Alemán. No se trata de aceptación convertida en una a beneficio de inventario. En ésta, el heredero administra y efectúa los pagos. En el concurso, es separado de toda inmixción en el manejo de los bienes de la masa y en el pago de los acreedores.

Pero, desde que la responsabilidad **ultra vires** es la consecuencia de la confusión de los bienes y de la administración plena y libre de ellos, debe cesar en el concurso, puesto que desaparecen las causas de ella; la responsabilidad cesa, y el heredero queda indemne de las consecuencias de la insolvencia de su autor. Su patrimonio está separado del hereditario. Renacen los derechos que la confusión hubiera debido extinguir, o había extinguido en caso de concurso posterior al fallecimiento.

Artículo 224, inciso 6°, Ley Alemana de concursos. Sobre la retención: artículo 223 de la misma.

Art. 45. — Importa aceptación pura y simple la renuncia gratuita o a título oneroso, hecha a favor de alguno de los herederos.

También lo es la remunerada hecha a favor de todos los herederos interesados.

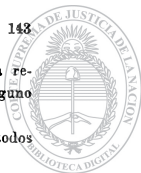
§ 3

De la aceptación a beneficio de inventario

Art. 46. — El heredero que acepta a beneficio de inventario, debe declararlo dentro del término para renunciar, y observar lo prescrito en los artículos 8 y 9, sobre la confección del inventario. No puede hacerlo cuando ha renunciado o medie alguno de los hechos que importan aceptación pura y simple.

Art. 45. — No es exacto como resulta de la generalidad de los términos de la segunda parte del artículo 3322, que la renuncia hecha, aunque fuera con ese propósito de beneficiar “a los coherederos”, constituya aceptación, porque es ese el efecto legal de toda renuncia. Es menester que modifique la hecha para beneficiar a otros, los efectos normales de ella. Y eso no ocurre sino cuando se efectúa para favorecer a alguno de los varios herederos, modificando en su provecho la situación legal, haciendo que la parte del renunciante acresca la suya o excluya a otros herederos. Es eso, disponer de la herencia: es acto de aceptación tácita.

La remunerada a favor de todos los beneficiados legalmente por la renuncia, es una verdadera partición, y, por consiguiente, es acto de heredero.





Art. 47. — Se sustituye el artículo 3364, por el siguiente:

En las sucesiones deferidas a personas incapaces, o a quienes este Código no permita aceptarlas sino a beneficio de inventario, gozan de él aunque se omitiera observar las

Demolombe, 14, números 434 y siguientes; Laurent, 9, números 324|6. Véase la defensa que hace del artículo 780, Código Francés, en su dictamen la comisión belga de reformas.

Hemos dejado 'sin modificación el principio inflexible de que la renuncia es irrevocable. Queda, por consiguiente, suprimido el artículo 3348, reproducción de la doctrina emanada del 790, Código Francés.

Es hoy general la opinión de que la aceptación es inadmisibles después de una renuncia. Laurent, lo ha demostrado definitivamente en su Avant-projet, 3º, página 537, en que proyecta la supresión del artículo 790, Código Francés. La comisión belga lo aprueba, y reproduce la crítica y la supresión: van Biervliet, Successions, página 617. El Código Alemán deja sin excepción su principio del § 1953; y lo mismo el Código Suizo. Véase Demolombe, 15, números 51/2. Laurent, 9, número 450. Baudry y Wahl, 1º, número 1269.

Art. 47. — Hemos tratado de ampliar la disposición del artículo 3364, para comprender a la mujer casada, que por

prescripciones anteriores. Si no las llenasen sus representantes legales, deberán éstos satisfacer a los acreedores de la sucesión, personalmente, los perjuicios que su omisión les causase.

Art. 48. — Se reproduce el artículo 3365. Se agregará en segundo párrafo: La aceptación en tal caso no producirá sus efectos, si no se inscribe por orden judicial y de oficio en el Registro de la propiedad.

Art. 49. — Se sustituyen los artículos 3371, 3373, 3374, 3375 y 3376, por el siguiente:

la ley especial no puede aceptar sino a beneficio de inventario.

Art. 49. — Artículo 932 del Anteproyecto de Laurent. Artículo 87 del proyecto de la Comisión belga de reformas.

Es el resultado de la crítica de Demolombe, al artículo 802, Código Francés. No es exacto como éste lo dice, y lo repite el artículo 3371, que el heredero beneficiario está obligado "hasta la concurrencia del valor de los bienes que ha recibido de la herencia". Ni hasta ese valor, ni en forma alguna. Sus bienes nunca responden. Si los de la herencia, perecen, perecen para ella y no para el heredero. No se hacen estimaciones de valores, que luego se hacen efectivas para los acreedores y legatarios, en los bienes personales del heredero: se realizan los de la herencia, y hasta donde alcanzan, dentro o fuera de la estimación, se ejecutan las prestaciones adeudadas.





El beneficio de inventario produce la separación de los patrimonios del causante y del heredero. Conserva el sucesor todos los derechos que tenía contra el autor y contra terceros. Las acciones de éstos, las de acreedores de la sucesión y de legatarios, así como las cargas de ella, no pueden hacerse efectivas sino sobre los bienes heredados. Tienen preferencia en ellos sobre los acreedores personales del heredero.

Una consecuencia grave de la corrección proyectada, la que se refiere a la separación de patrimonios, es, lo hace resaltar Laurent en su proyecto, que no se establece como en el Código Francés, y el nuestro, a favor del heredero, sino, además, en favor de los acreedores y todos los interesados. De modo que, si por renuncia del heredero o por incurrir en su pérdida, cesa el beneficio de inventario, conservan los demás interesados el que resulta de la separación de los bienes. No se causa la confusión que haría posible a los acreedores personales del heredero, cobrarse en daño de los de la sucesión, sobre los bienes de ella. La aproximación de los efectos de la separación de patrimonios, a pedido del heredero, y la que los acreedores obtienen es una de las reformas que con mayor insistencia se solicita por la doctrina francesa unánime.

Véase: Demolombe, 15, desde el número 157; Laurent, Avant-projet, sobre el artículo 932 que funda extensamente; artículos 87 y 108 de la Comisión belga, y sobre ellos, la exposición de motivos; Informe de Percerou, sobre el



Art. 50. — Se reproduce el artículo 3372.

Art. 51. — Se reproduce el artículo 3382, al cual se suprimirán las palabras: “que no hace abandono de los bienes”. Se agregará “judicial” después de “cuenta”.

Se reproducirá, como segundo párrafo, el artículo 3384, al que se suprimirán las palabras: “grave” y “aunque la sucesión, etc.”.

Art. 52. — La administración y liquidación del haber hereditario se ejerce bajo la autoridad y vigilancia del juez

proyecto de la Comisión francesa de reformas; Bulletin de la Société d'études législatives, 1910, páginas 235 y siguientes.

Art. 51. — Más adelante se tratará de la situación creada por el heredero que declina la administración.

El heredero no es responsable solamente de las faltas graves. Lo es de todas las que traen perjuicio por culpa de él. Está obligado, puesto que su administración no es solamente en beneficio propio, a emplear toda diligencia en el manejo de los asuntos que interesan a la herencia y evitar los daños que pueda causar su falta de vigilancia. Véase Laurent, Avant-projet, sobre el artículo 933, número 4.

Art. 52. — Laurent, Avant-projet, artículo 933; artículos 88 y siguientes del proyecto belga de reformas y dictamen de la Comisión sobre ellos; Proyecto francés de la Comisión, artículos 10 y siguientes, e informe de Percerou, sobre él; Bulletin de la Société d'études législatives, 1910,



de la sucesión. Se aplican subsidiariamente las disposiciones establecidas para los concursos, tanto para la verificación y abono de los acreedores y legatarios, como para la

páginas 236 y siguientes que con variantes de detalle obedecen al mismo concepto; § § 1981, 1984, etc., Código Alemán, que, aunque no adopta el beneficio de inventario, fija las reglas de administración y disposición, cuando se ha solicitado la primera, sea por el heredero, sea por los acreedores.

Decía Laurent, sobre el artículo 933, número 1, “El beneficio de inventario, tal como es organizado por el Código Napoleón, es una de las partes más defectuosas de nuestra legislación. Basta exponer el sistema del Código para probarlo”. El heredero administra los bienes como propietario, continúa, y los acreedores del causante no tienen derecho de intervenir. “Tal es el vicio esencial del Código”. El heredero es propietario, “pero si tiene el derecho de administrar no es el del propietario... es una obligación que la ley le impone en el interés de los acreedores y legatarios”. “Durante la liquidación administra un patrimonio sobre el que no adquiere derecho, sino cuando queda saldo”.

Es uniforme la opinión de que el sistema francés que nuestro Código ha adoptado en todos sus detalles y aplicaciones, es deficiente.

El heredero tiene la libre administración de los bienes. Puede emplear las rentas y los frutos como lo crea más conveniente: artículo 3388. Los actos de enajenación que hi-

administración y realización de los bienes. Son nulos los actos del heredero que contravienen a esas disposiciones. Debe abonar a la masa las sumas que adeudaba al causante.

ciese el heredero, como dueño de ellos, son válidos y firmes: artículo 3395. Los dineros que percibe, quedan en su poder. Paga a los acreedores y legatarios a medida que se presenten, si no hay oposición: artículo 3398. Él, solo, verifica los créditos, y reconoce su cuantía. Se paga a sí mismo, y ya se comprende que no será el último en el cobro. Debe rendir cuenta, pero no hay sanción: Laurent dice que se ha dado el caso, juzgado en Francia, de un heredero que se ha negado durante veinte años, a rendir cuenta a sus acreedores. Sobre el artículo citado, número 13.

Los actos del heredero son válidos, se nos dice. Si, por consiguiente, ha invertido mal las sumas realizadas, o las ha pagado sin observar las causas de privilegio, o las ha entregado a acreedores simulados, o ha gastado los frutos en beneficio propio, u ocupado los inmuebles, sin abonar alquileres, o en una palabra, ha administrado mal, los acreedores y legatarios quedan burlados. Sólo tienen derecho de oposición a que se hagan ciertos pagos, pero hay que hacerlo a tiempo, y con razones fundadas. El derecho de oposición, es ilusorio: llega siempre tarde.

Por eso están belgas, franceses y alemanes de acuerdo en que hay que organizar una liquidación colectiva, en beneficio de todos los interesados, y no solamente en el del heredero, vigilada, y bajo la intervención activa de los





Art. 53. — En sustitución del artículo 3388:

El heredero beneficiario debe depositar judicialmente las sumas que recaude. No puede retenerlas para pagarse a

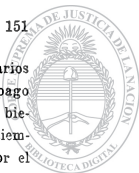
acreedores y legatarios. Y la primera condición de ella, es la verificación de los créditos, el pago autorizado por la aprobación de estados que determinen las prelación y la distribución proporcional, el depósito judicial de las sumas percibidas y la disposición de los bienes por vía de los recaudos que aseguren la renta y la leal enagenación de ellos, etcétera.

Debe, pues, inspirarse —, es la conclusión de todos —, en el modelo legal adoptado para la liquidación de los bienes de un deudor, esto es, en el reglamentado para los concursos. Al fin, el beneficio de inventario, no es otra cosa: liquidación, realización de bienes, para distribuirlos a los interesados.

Algunas reglas especiales a él deben establecerse: por ejemplo, la del pago previo de los acreedores, de modo que los legatarios sean pospuestos hasta que aquellos hayan quedado íntegramente satisfechos. Pero en lo principal, son los principios del concurso los que se aplican a la liquidación.

Art. 53. — Sobre el depósito de las sumas recaudadas, artículo 92, proyecto belga.

En cuanto a los frutos y rentas que los bienes produzcan, por lo mismo que vienen de un patrimonio separado y afectado a pagos futuros, deben formar parte del caudal.



sí mismo. Los frutos y rentas de los bienes hereditarios forman parte del caudal. El Juez puede autorizar el pago de los sueldos y gastos que determine la gestión de los bienes hereditarios después de la aceptación del heredero, siempre que esa gestión haya sido previamente aprobada por el Juez.

Art. 54. — Los acreedores y legatarios pueden autorizar la liquidación bajo las condiciones que resuelvan por mayoría de personas y capitales. La oposición será resuelta por el Juez

Art. 55. — La aceptación a beneficio de inventario

No se comprende, en verdad, como puede el heredero disponer de ellos para otros fines que los de la afectación principal.

Art. 54. — Laurent, Avant-projet, artículo 933; artículo 10, proyecto francés, que exige unanimidad; artículo 95, proyecto belga, que autoriza al Juez a decidir, pero cuando hay mayoría de acreedores e intereses y parece constante que el activo será suficiente para el pago de acreedores y legatarios. Creemos preferible el sistema que proyectamos. La doble mayoría parece garantizar una razonable decisión, y la oposición, que determina la resolución judicial, defiende, si se apoya en razones suficientes, contra la arbitrariedad de aquella.

Art. 55. — Artículos 104 y 105, proyecto belga; artículo 13, proyecto francés, que no fija término para la suspensión de las ejecuciones con garantía real.



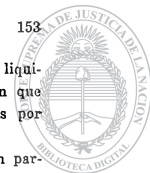
suspende el derecho de persecución individual de acreedores y legatarios, a menos que tengan garantías reales. En este caso pueden ejercer sus acciones.

El Juez puede ordenar la suspensión de las ejecuciones con garantías reales, por un período que no exceda de sesenta días. Es improrrogable, y la ejecución se prosigue a su expiración, sin necesidad de pedido previo.

Art. 56. — No pueden entregarse o abonarse los legados, sino después de pagos todos los créditos que adeudaba el causante, o se ocasionaron por su fallecimiento.

Según el artículo 933, de Laurent, y el 94 de la Comisión belga, los créditos a término, quedan bajo la regla de los concursos: se hacen exigibles. El proyecto francés, artículo 14, dispone lo contrario. Se comprende la vacilación. Por una parte, se facilita al heredero, con la subsistencia del término, la conservación de los bienes, por la obtención de otros recursos. Por otra parte, como lo decía Laurent, la aceptación beneficiaria, es con una generalidad, casi sin excepción, resultado de la insolvencia, o por lo menos del embarazo en liquidar los bienes. Por esto, dejamos el caso en la regla general de los concursos, a que sujetamos la liquidación hereditaria. Y esto, porque la de los bienes no debe ser diferida, y, por consiguiente, no se obtiene por el heredero la ventaja a que nos referíamos.

Art. 56. — Artículos 3400 y 3398, Código Civil; Demolombe, 15, números 314, 317/9, 321, 324 y siguientes; artículo 98, proyecto belga.



Si se presentasen nuevos acreedores durante la liquidación serán satisfechos con los bienes existentes, sin que los dividendos distribuidos hayan de ser restituidos por esa causa.

Si se presentasen después de pagos, en todo o en parte, los legados, serán éstos proporcionalmente restituidos hasta concurrencia del valor total de los créditos. En este caso, el recurso de los acreedores es directo contra los legatarios, y queda extinguido si no se deduce dentro de los tres años de efectuado el pago del legado.

Art. 57. — El heredero debe presentar cada tres meses al Juez de la sucesión los estados demostrativos de su gestión. Liquidada la sucesión rinde cuenta de toda su administración.

Art. 58. — Cuando hay varios herederos, designan ellos el que ha de encargarse de la administración. Si no se acuerdan por unanimidad, lo designa el Juez.

Art. 59. — Se reproduce el artículo 3377, modificado así:

Art. 57. — Artículo 97, proyecto citado. Así se evitarán los hechos denunciados por Laurent y juzgados por los Tribunales franceses de que hemos hablado en nota anterior.

Art. 58. — Artículo 99, proyecto belga.

Art. 59. — No hay motivo para exigir que si algún heredero estuviese fuera del reclamo de los demás, se nombre curador. Puede defender a la sucesión.



Las acciones del heredero contra la sucesión serán dirigidas contra los otros herederos, si los hubiese. En otro caso, se nombrará un curador, y también cuando todos los herederos intentasen acciones. Si la herencia estuviese concursada, se intentarán contra el representante del concurso.

Se reproduce como segundo párrafo el artículo 3378.

Art. 60. — Todo interesado puede pedir el reemplazo del heredero administrador, en el caso de que por sus irregularidades, negligencia o incapacidad, ponga en peligro, o haya motivo para temerlo, los derechos del reclamante. La insolvencia notoria del heredero autoriza igual reclamo.

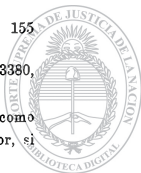
Se nombrará por el Juez un administrador encargado de la liquidación.

El heredero es personalmente responsable de los daños causados por su culpa.

Artículo 106, proyecto belga, que sólo se ocupa del heredero beneficiario único.

Art. 60. — Artículo 20, proyecto francés, y sobre él, informe de Perceyrou, páginas 253 y siguientes, 1910, del Bulletin ya citado.

Artículo 100, del proyecto belga, y sobre él informe de la Comisión, número 9.



Art. 61. — En sustitución de los artículos 3379 y 3380, el siguiente:

El heredero puede solicitar del Juez, su reemplazo como administrador y el nombramiento judicial de su sucesor, si justificase motivos suficientes para declinar su cargo.

Puede, asimismo, renunciar al beneficio de inventario, con el acuerdo unánime de los interesados, y constituirse en heredero puro y simple. Si no se obtuviese ese acuerdo, se nombrará un administrador para continuar la liquidación de los bienes y efectuar los pagos, como si continuara el beneficio de inventario.

Art. 61. — Se ha dicho ya que, al revés de lo establecido por el Código, la aceptación beneficiaria es tanto en favor del heredero, como en el de los demás interesados. De ahí que el deber de administrar sea una carga obligatoria para el heredero, de modo que no pueda declinarla arbitrariamente. El Juez debe decidir, porque puede ser justificado el heredero en desear abandonar una administración que no puede desempeñar.

El Código permite además que pueda renunciar al beneficio de inventario, y hacerse aceptante puro y simple. No se preocupa de la situación de los acreedores y -legatarios. Tampoco es conciliable esa resolución con la disposición que hemos proyectado respecto de los varios coherederos que pueden haber optado por la aceptación beneficiaria.

Habiéndose impuesto por acto del heredero la aceptación restringida, se dió el resultado de la separación de los pa-



Art. 62. — Se reproduce el artículo 3389, al cual se agregará después de “No puede”, “el heredero”, y lo demás como está.

Art. 63. — Se sustituye el artículo 3381, por el siguiente:

Pagados los acreedores y legatarios, los bienes excedentes pertenecen al heredero.

Si, posteriormente, se presentase algún acreedor, el here-

trimonios. No basta decir, como antes se decía, que los acreedores pueden defenderse contra las consecuencias de la renuncia del beneficio hecha por el heredero, por medio de la petición de separación de patrimonios hecha a beneficio de los solicitantes: artículos 3433 y 3436.

Porque es eso incomprensible. Si el efecto del beneficio es — para todos — el de causar esa separación, ¿para qué se les obligaría a pedir lo que ya tienen? No sería una solución leal, obligarles a nuevas demandas y a nuevos gastos. Todo lo que se podría concluir es que así como el heredero puede renunciar, ellos también pueden hacerlo, y que si alguno no lo quiere, la situación debe continuar intacta. El heredero será sustituido por un curador o administrador.

Adviértase, además, que si bien en el Código la separación de patrimonios es una medida particular, para amparo de quien la pide, están, hoy, todos de acuerdo en que hay que reformar esa disposición, y convertirla en una generadora de una liquidación colectiva. Si es así, y si cada acreedor o legatario puede pedirla, se sigue la consecuencia



dero sólo será responsable en la medida del enriquecimiento causado por los bienes hereditarios que ha recibido.

Art. 64. — Se modifica el artículo 3386, así:

Los gastos a que dé lugar el inventario, la administración de los bienes hereditarios, o la seguridad y defensa de ellos, 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. 65. — Los administradores, o curadores, se registrarán por las disposiciones precedentes.

de que el oponente que niega su acuerdo para el levantamiento del beneficio de inventario, por su derecho, puede exigir la liquidación colectiva, que es la solución proyectada. La renuncia del heredero, decía Percerou, es casi siempre fraudulenta, y no interviene sino porque el heredero es insolvente (página 253, informe ya citado).

Por eso hemos adoptado la solución de la Comisión belga, artículos 101 y 108, en virtud de las razones expuestas en su dictamen.

Aunque difiere la solución francesa, está de acuerdo la Comisión en la idea fundamental, pero con variantes para evitar ciertos inconvenientes derivados de las enajenaciones verificadas por el heredero, en virtud de haberle conservado atribuciones, que no le acuerda nuestro proyecto, al prescribir que las reglas del concurso se aplican a la liquidación (página 254 del informe).



Art. 66. — Se pierde el beneficio de inventario por la ocultación fraudulenta que el heredero hiciera de algunos valores de la sucesión al efectuar el inventario.

También lo pierde cuando contraviniese a las disposiciones que rigen la administración y gestión de la herencia. En cuanto a los muebles enajenados sin observar las formas legales, queda librado a la prudencia judicial resolver si la disposición de ellos constituye o no un acto de buena administración.

Art. 67. — Incurriendo el heredero en la pérdida del beneficio, será considerado aceptante puro y simple, a menos que alguno de los acreedores o legatarios pidiera la continuación de la separación de patrimonios de acuerdo con lo establecido en el artículo 60. En este caso, el heredero indemnizará con sus bienes personales, el perjuicio que sus actos hubieran causado a la masa hereditaria.

Liquidados los bienes de ésta, podrán los acreedores y legatarios perseguir su pago, como si el heredero fuera puro y simple, en sus bienes personales.

Art. 66. — Artículos 3405, 3406 y 3407. Se modifican estos textos, porque con las reglas que hemos proyectado, no puede el heredero enajenar inmuebles, cederlos gratuitamente, constituir servidumbres sobre ellos, etc.

Art. 67. — La pérdida del beneficio no puede recaer en daño de los acreedores, legatarios o coherederos, de modo que por hecho del administrador pierdan el amparo contra los acreedores personales del heredero. Si prosigue la li-



CAPITULO III

De la separación de patrimonios

Art. 68. — Se sustituyen los artículos 3433, 3434 y 3436, por el siguiente:

liquidación separada, basta la acción de daño, aunque lo probable es la insolvencia del heredero: por eso mismo, conviene proteger a los interesados, continuando la liquidación separada, por medio de un administrador. Con el sistema actual del Código Francés, que reproduce el nuestro, los castigados por las irregularidades del heredero, son sus acreedores. El heredero puro y simple continuará en su administración dolosa libre de las trabas del beneficio de inventario. La Corte de Casación de Francia se ha pronunciado en el sentido de nuestros artículos 65 y 66. Aubry y Rau, 6, §. 618, 7º a), y § 619, 7º texto y nota 75. Colin y Capitant, 3, páginas 605 y 616. Planiol, Ripert, Maury et Vialleton, Successions, número 451.

La responsabilidad **ultra vires**, es la consecuencia forzada de los actos dolosos y arbitrarios del heredero. Es caso distinto del de renuncia no aceptada por los interesados.

Art. 68. — La organización de la separación de patrimonios es tomada por nuestro Código, de la doctrina fundada en el Código Francés.



Los acreedores de la sucesión, y los legatarios, privilegiados o quirografarios, sean sus derechos exigibles, o a término, o bajo condición, pueden pedir al Juez de la sucesión

Es unánime la opinión de que debe ser profundamente modificado el sistema mismo. Laurent, en su *Avant-projet*, artículos 984 y siguientes, la Comisión belga de Reformas, y la francesa, han coincidido, en la urgente necesidad de dar bases nuevas al instituto, y presentado proyectos distintos, en los detalles, pero, especialmente los dos últimos, semejantes en los conceptos fundamentales.

Es penoso el estado de la doctrina de que es reflejo nuestro Código. Es una de las que revela mayor dispersión de ideas.

Se caracteriza el sistema del Código Francés, por considerar el beneficio de separación de patrimonios, como una medida de carácter individual y de efectos limitados al solicitante. De ahí consecuencias inevitables que contradicen el punto de partida.

Se trata de una idea simple. El patrimonio del autor de la sucesión es la garantía de sus acreedores. Han tenido en vista, al concederle crédito, su capacidad, su integridad, su prudencia, en el manejo de sus negocios.

La muerte le sustituye un insolvente o un sucesor inexperto en la administración de un patrimonio que comprende bienes de difícil manejo, fábricas, establecimientos comerciales y rurales. El heredero no es capaz de dirigirlos. Los riesgos transforman la situación de los acreedores del



la formación de inventario, y la separación del patrimonio del causante, a fin de hacerse pagar con los bienes de la herencia preferentemente a los acreedores del heredero.

causante. No es el deudor que tuvieron en vista. A su vez, los legatarios se ven amenazados de no recibir lo que el testador, dueño de disponer de sus bienes, quiso dejarles.

Es natural y justo, que se impida la confusión de los bienes heredados, con los personales del heredero. Esa confusión resulta de una facilidad que la ley da al sucesor, para administrar libremente sus bienes, entre ellos, los que acaba de adquirir. No es esencial en la herencia, la confusión: pueden conciliarse todos los derechos, tomando la medida de impedirla. Lo que trae un triple resultado:

1º Los patrimonios conservan su identidad. Por consecuencia, colectivamente, para todos los interesados. No es posible, según esto, limitar el resultado de esa identidad, a beneficio exclusivo de una persona y sólo porque lo pidió. Porque de ahí derivan situaciones complicadas y ruinosas. Para decir lo menos: se deduce por todos los escritores de esa limitación, que el acreedor peticionante tiene prelación no solamente sobre los acreedores del heredero, sino también sobre los de la sucesión misma, que no usaron del recurso. Se cobra aquél, aunque nada perciban éstos. La separación de patrimonios, sin embargo, llevaría a otro resultado. Los acreedores, son los que eran: los privilegios son conexos con el crédito — nacen de la ley, al constituir la relación jurídica que los engendra. No dependen como



Este derecho queda extinguido cuando hubieran transcurrido sin ejercerlo noventa días desde el de la aceptación por el heredero.

premio de la carrera, en perjuicio de los más considerados, o ignorantes de los actos colusivos, o no, de los demás.

En las liquidaciones de los créditos, de los bienes, de los legados, se producen embarazos, complicaciones, irreductibles. Es como si los negocios de un fallido se liquidaran sólo en favor de acreedores aislados: el resto quedaría defraudado por ministerio de la ley.

Cuando un acreedor o legatario pide la separación de los bienes de la herencia, pide la de un patrimonio, conjunto de bienes y deudas, en que no está solo. Y la demanda, es más que indicio de un estado sospechoso: es la iniciativa de un aislamiento, que debe extenderse en sus efectos a todos los que tienen derechos comprometidos.

La separación de patrimonios, era colectiva en derecho romano, desde su nacimiento, y hoy todos los proyectos de reformas la quieren colectiva, como es colectiva en el Código Alemán;

2º El heredero no dispone libremente de los bienes. No administra como lo crea conveniente: no vende o hipoteca, para pagar a quien quiere, o malgastarlo en sus empresas. Queda afectada la herencia a pagos previos de deudas y al cumplimiento de las disposiciones del testamento.

Llenadas esas necesidades, dispondrá el heredero a su arbitrio. Por el momento, debe cuenta de sus actos a los que



tienen derechos para impedirselos. Ahora es heredero ~~ere~~
alieno deducto;

3º La separación no produce solamente el efecto de permitir a los acreedores y legatarios cobrarse con preferencia sobre los acreedores particulares del heredero.

Trae otro efecto grave. La aceptación pura y simple, que engendra la confusión de los patrimonios, hace que los acreedores y legatarios se encuentran frente al heredero en la misma situación, salvo los privilegios especiales que puedan tener, o resultar de la naturaleza de su legado. Así, el de una cosa cierta es propietario de ella desde la muerte del causante.

Pero la separación de patrimonios impide ese resultado.

El acreedor obtiene por su efecto la afectación de los bienes al pago de los créditos. Las deudas son cargas de todo el patrimonio. No hay herencia, sino del haber neto. Los legados hechos por el deudor, no existen sino en cuanto haya bienes para cubrirlos, y esto porque son bienes-garantía de los derechos de los acreedores. Deben, pues, ser puestos los legados. Y tanto los de sumas de dinero, como los de cosas ciertas. Es manifiesto el error de los escritores que exceptúan de las consecuencias de la separación patrimonial a favor de los acreedores, los legados de propiedad. No se ha pedido protección para excluir solamente a los acreedores del heredero. No. Se ha pedido para cobrarse con los bienes del causante, que garantizan el pago. Y bienes



hereditarios son las cosas ciertas y las cantidades. No hay legado, sino **ære alieno deducto**.

La separación de patrimonios, produce efectos, según esto:

1º Respecto del heredero. Limita sus poderes. Administra con restricciones graves. No hace lo que quiere. No dispone. No paga cuándo y cómo quiere;

2º Respecto de sus acreedores personales. Los excluye, los separa de la masa;

3º Respecto de los legatarios. Los pospone al pago de los acreedores.

Dentro de estas ideas, están redactadas las disposiciones proyectadas,

Pasando ahora a la cuestión de la forma de la petición, decimos que, como lo dispone el Código y lo explica la nota al artículo 3433, no se trata de una demanda, esto es, de una acción para abrir un litigio. Se trata de una facultad, libre en su ejercicio, que no presupone condiciones ni controversia. Claro está, que si quien la deduce no es acreedor, o ha sido pago, carece de título para hacer la declaración por falta del presupuesto necesario. Pero nada más. No puede oponérsele, que no hay motivo para la separación. Que hay bienes sobrados. Que los acreedores del heredero darán fianzas de restituir lo que reciban indebidamente: artículo 3434. El acreedor no tiene que justificar los motivos que lo determinan. No descansa su derecho en la insolvencia actual o temida. No está obligado a trocar contra una fianza



— que al fin es una obligación personal, — es decir, contra un pleito futuro, la garantía real que posee. Es medida de prudencia. El heredero no tiene la capacidad o la discreción necesaria para liquidar los bienes con seguridad. El acreedor no tiene porqué justificar sus sospechas. “La separación de patrimonios puede ser demandada en todos los casos que convenga al derecho de los acreedores”: artículo 3444.

Y tampoco debe ser “demandada contra todo acreedor del heredero” (artículo 3433). No se demanda contra nadie: se declara ante el Juez — se ejerce un derecho. Y no se limita, lo hemos dicho ya, a los acreedores, la declaración: también alcanza al heredero y a los legatarios.

Va de sí que si es falso el presupuesto invocado, todos los interesados podrán observarlo y el Juez desestimar el pedido. Pero se está fuera del supuesto: el derecho se concede a acreedores y legatarios. Sólo ellos pueden invocarlo.

Decimos, además, en el artículo, que el derecho se pierde por la inacción dentro del plazo de noventa días de aceptada la sucesión.

Se ha fijado en seis meses por el proyecto belga y por el francés. Laurent proponía tres meses para pedir el inventario y seis para demandar la separación de patrimonios, pero contados los dos plazos desde la apertura de la sucesión.

No debe prolongarse la incertidumbre para todos los interesados, con los perjuicios consiguientes respecto de los actos del heredero, tanto por los efectos de la confusión,



Art. 69. — Se reproduce el artículo 3443, modificado así:

Antes de pedir la separación de patrimonios, los acreedores y legatarios pueden solicitar todas las medidas conservatorias de sus derechos.

Si no existiese heredero aceptante, o durante el plazo para renunciar, o si hubiese litigio sobre la herencia misma, pueden pedir el nombramiento de un curador, para liquidar los bienes y pagar los créditos y legados. El curador proce-

como de la suerte de los de disposición, que los distintos códigos y proyectos reglan de muy distinta manera.

Creemos sobrado el plazo de noventa días, porque se cuenta desde que el heredero ha tomado estado de tal. Se agrega al de ciento veinte días que ha tenido para pronunciarse. Tal vez es excesivo; hubieran quizás bastado sesenta días, lo que daría los seis meses de Laurent: Avant-projet, artículos 984 y 985.

Conviene decir que en un artículo anterior de este Título, hemos autorizado a los acreedores a pedir la facción de un inventario antes de corrido el término para renunciar. Pueden pedir todas las medidas conservatorias, y ésa es una, así como las que derivan de las constancias mismas del inventario. Pero pueden estar a la expectativa y no proceder sino en vista de la resolución del heredero. De ahí, el plazo extremo de nuestro proyectado artículo.

Art. 69. — Hemos ya establecido en el Capítulo I, que puede el Juez en tales casos nombrar un curador a la su-



derá de acuerdo con las reglas establecidas para el beneficio de inventario.

A partir del nombramiento del curador, pierde el heredero la facultad de administrar la sucesión y de disponer de ella, o de los bienes que están en ella.

El curador, si no es heredero, tiene derecho a una remuneración.

Art. 70. — La separación judicialmente declarada a pedido de uno o varios interesados produce sus efectos respecto de todos. Son comunes a todos los herederos y a sus acreedores.

Art. 71. — La separación ordenada, así como el nombramiento de curador, serán inscritos, de oficio, en el Registro de la propiedad, por una prenotación.

Art. 72. — Se reproduce el artículo 3441.

cesión. Por el presente se autoriza la liquidación del haber hereditario en cuanto es necesario para el pago de acreedores y legatarios, y se declaran las atribuciones y límites de las facultades del curador o administrador. § § 1960, 1975, 1981, 1984, 1985/6, Código Alemán.

Art. 70. — Artículo 142 del proyecto belga, y sobre él, el informe de la Comisión. Artículo 27 del proyecto francés de reforma ya citado, e informe de la Comisión redactora. Es el sistema del Código Alemán.



Art. 73. — Se sustituye el artículo 3435, por el siguiente:

No puede pedir la separación de patrimonios el heredero.

Art. 73. — Como se advierte, nuestro proyectado artículo contradice abiertamente, en sus dos partes, la doctrina francesa que reproduce el artículo 3435.

Decimos que en ningún caso puede el heredero solicitar la separación de patrimonios, por una razón concluyente: tiene derecho a aceptar bajo beneficio de inventario, que lo conduce a la misma solución. Si, por consiguiente, no ha procedido; si, antes al contrario, ha aceptado pura y simplemente, no puede volver sobre la aceptación, que es irrevocable.

Cuando es acreedor, su crédito ha quedado extinguido por confusión.

Esta situación no se desnaturaliza porque haya coherederos. La confusión, se dice, en tal supuesto, sólo extingue su crédito por su cuota hereditaria: subsiste respecto de las otras; debe, pues, ser considerado como un tercero, y está facultado para defenderse por la separación contra los acreedores de los coherederos.

Pero, para tales casos es el beneficio de inventario. Y el heredero, que no quiso sujetarse a las exigencias de él, pasados los términos, sin levantar los inventarios, en colusión con sus coherederos, viene ahora a hacer recaer sobre los acreedores de éstos, y sobre los legatarios, la consecuencia de su abstención deliberada, cuando ya desaparecieron valo-



ro o uno de los herederos. Declarada a solicitud de parte, el heredero puede hacer valer el crédito que tenía contra el causante, o que se ha determinado por su muerte, como cualquier otro acreedor.

Se suprime el artículo 3446 y el 3438.

res, se realizaron bienes, se abonaron créditos no justificados. Hay un peligro grave de maniobras, sobre todo en el estado de indivisión de la herencia que debe ser evitado, puesto que puede serlo, por otras medidas de iguales resultados. La disposición del artículo 3435, es aplicación de la idea, criticada por todos, de que la separación de patrimonios sólo trae resultados particulares y no colectivos, lo que no es exacto, ni aun en el derecho francés, pues puede producir efectos comunes.

Nosotros, que proyectamos la separación colectiva, y sometida a las reglas del beneficio de inventario, debemos impedir el resultado incompatible con éste (artículo 3373) de la extinción total o parcial por la confusión. Sólo significaría burlar las condiciones de la aceptación beneficiaria, pidiendo a la separación de patrimonios lo que aquélla hubiera debido proporcionar, pero sin observar las garantías que impone a favor de los otros interesados.

La segunda parte de nuestro artículo es repudiada por la doctrina francesa derivada del Código Napoleón.

Se dice: la separación de patrimonios no modifica los efectos de la confusión determinada por la aceptación pura.

El crédito del heredero ha quedado extinguido con efecto retroactivo al día de la muerte del causante. No exis-



te: ¿cómo puede hacerse valer? Y si hay coherederos, sólo existe por la parte de ellos.

Esa solución es unánime. Es el resultado de otra idea más general: la separación de patrimonios no impide los efectos de la aceptación hereditaria, sino frente a los acreedores particulares de los sucesores. De ahí, la conclusión del artículo 3446.

Pero nadie ha negado jamás que la separación de patrimonios engendrada por el beneficio de inventario, impide la confusión: artículo 3373.

Si es así, habría que explicar, como una misma cosa, la separación; produce efectos contradictorios en los dos casos en que se opera. El heredero ha aceptado, se dice. Luego para él la unificación de patrimonio se ha producido. Sólo se impide para los acreedores hereditarios.

Pero éste es un argumento verbal. Porque, precisamente, esto es lo que hay que demostrar.

Se considera injusto que un heredero quede obligado **ultra vires**, contra su voluntad, y se le permite separar el patrimonio hereditario del propio. Y porque hay separación, conserva sus derechos contra el causante-autor.

Se considera injusto que los acreedores y legatarios puedan ser perjudicados por las consecuencias de la aceptación.

Y se les autoriza a hacerlas cesar: se separan los patrimonios unificados por la aceptación.

Se impide a los acreedores del heredero, que invoquen la aceptación. Los bienes heredados, quedan fuera de su es-



fera jurídica. La consecuencia sería la que Ulpiano y Paulo deducían: el derecho de los acreedores hereditarios y legatarios, queda en las mismas condiciones en que estaba cuando vivía el causante, para los primeros, esto es, queda aislado y asegurado por la separación: la aceptación del heredero es inoperante, no produce sus efectos. Por consiguiente, para los acreedores **no hay aceptación**, porque, *¿no es la unidad del patrimonio, el resultado capital de ella?*

Pero no. Cuando se trata de favorecer a los acreedores y legatarios, se repudia la aceptación: el patrimonio queda separado. Cuando se trata de perjudicarles con esa misma consecuencia, limitando la responsabilidad en los propios términos que impusieron al heredero, los bienes personales de éste responden; sus derechos quedaron extinguidos porque no hay patrimonio separado. Todo esto podrá resultar de una interpretación de textos. No pasa de ser un sofisma contradictorio. Es aceptación y no es aceptación.

¡Si, a lo menos, se diese alguna explicación respecto de los motivos directos de semejante contrasentido!

Así. La confusión ha extinguido el crédito que tenía el heredero, se dice. Por consiguiente, los legatarios se cobran en daño del acreedor-heredero. No quedaba sobrante del causante, porque sus deudas agotaban sus bienes. Pero el heredero que nada recibe, tiene que pasar por el pago de los legados. Nada había de que pudiera disponer el autor: ahora resulta que podía hacer liberalidades con lo ajeno.



La ley tiene, según se pretende, dos criterios: con el beneficio de inventario el heredero puede limitar el efecto de la aceptación pidiendo la separación de patrimonios. Los acreedores también lo pueden, pero sólo en lo que les conviene, porque la separación no impide la confusión. No parece muy justificada la ley con estas extrañas conclusiones.

Al contrario. Es la contradicción fundamental de la teoría de la responsabilidad **ultra vires**, determinada por la aceptación. En ésta, es responsable el heredero, porque administra con libertad a título de dueño. Vende, hipoteca, nova, celebra concordatos. Liquida la herencia con tiempo, dispone de sus recursos, usa del crédito. Por eso responde: porque se hace cargo del patrimonio total y se obliga por las consecuencias de sus actos.

Pero cuando acreedores y legatarios lo intervienen y le sustraen los bienes heredados, le impiden con ello liquidar con tiempo y contraer responsabilidades que el uso del crédito trae necesariamente. ¿Cómo admitir que se anule el principal efecto de su aceptación, y se le imponga, sin embargo, la responsabilidad personal?

Por eso es que ya no se sostienen las conclusiones que adopta nuestro Código. Laurent, tan acérrimo defensor de las interpretaciones exegéticas del Código Francés, ha repudiado en su *Avant-projet* — artículo 990 — la que venimos estudiando, y adoptado la opinión de Papiniano, es decir, ha rechazado la doctrina que Chabot y Demolombe atribuían al Código Francés. Los acreedores hereditarios entran por



su saldo impago, como acreedores del heredero, pero no en concurrencia con éstos; vienen después de ellos: la separación de las masas subsiste no obstante la aceptación.

No defendemos la doctrina de Papiniano. Creemos, como Dernburg, Pand. III, § 170, número 5, que desde que “los acreedores de la herencia han rechazado al heredero como deudor suyo, y le han sustraído la herencia, exige la lógica que también él quede liberado”. En efecto, le han quitado la herencia: ¿qué queda de su aceptación? Tenían razón Ulpiano, L. 1, § 17, 42, 6 Dig., y Paulo, L. 5, eadem tit.; la separación aísla completamente los patrimonios. No hay confusión: la aceptación no ha producido su efecto principal.

Pero nótese que la divergencia de Papiniano, no impide que las masas creditorias queden independientes: la hereditaria para sus acreedores, la de los bienes del heredero para los suyos. Sólo cuando estén éstos íntegramente pagos podrán aquéllos cobrar el saldo si queda.

La Comisión belga ha reconocido que la separación de patrimonios trae como resultado la limitación de la responsabilidad del heredero *intra vires* y la propone en su proyecto de reformas por sus artículos 141 y 142. Produce los efectos del beneficio de inventario. Es la solución del Código alemán: limita la responsabilidad del heredero al haber sucesorio: § § 1975, 1976 y 1981.

Es consecuencia de esas ideas, la de que, así como en el beneficio de inventario la confusión no se produce, y subsisten los derechos reales y personales del heredero res-

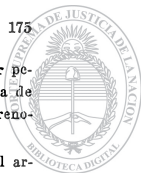


Art. 74. — Se sustituyen los artículos 3440 y la primera parte del 3443, por el siguiente:

Si el heredero hubiese enajenado a título oneroso, o afectado alguno de los bienes de la sucesión antes de la prenotación de la separación de patrimonios, subsistirán las enajenaciones respecto de los adquirentes. Si el precio, o la prestación de éstos estuviese adeudada, la masa de la herencia los comprenderá, así como a los bienes enajenados a título gratuito si estuviesen en poder de los adquirentes, y los adquiridos por el heredero, con el producto de las enajenaciones, si constasen el origen y la identidad. También comprenderá los bienes o valores que se recuperasen por cualquier causa de resolución.

pecto de su autor, y recíprocamente, los créditos de él en la separación de patrimonios, no se extinguen en todo, o en parte, si hay otros herederos. Y también que los legatarios no pueden cobrar o reclamar la entrega de sus legados sino después de pagos todos los acreedores hereditarios, y entre ellos el heredero, por el total adeudado por su autor, o desembolsado por las cargas hereditarias que debía satisfacer, según se ha dispuesto para el beneficio de inventario.

Art. 74. — Generalizamos lo dispuesto por el artículo, porque los créditos y otros derechos enajenados (redención de servidumbres activas, concesión de ellas o medianerías, etc.), las afectaciones en hipoteca, usufructo, uso, que son enajenaciones, deben seguir la regla. El heredero podía



Art. 75. — La separación de patrimonios puede ser pedida a los cesionarios de la herencia o de parte alicuota de ella, aunque la cesión fuese onerosa o anterior a la prenotación.

Se suprime la primera parte del artículo 3443 y el artículo 3442.

Art. 76. — Se reproduce el artículo 3447, al cual se agregará como párrafo separado el 3448.

Art. 77. — Se reproduce el artículo 3437, al que se suprimirán las palabras “contra los acreedores de la sucesión”.

hacerlas. Pero excluimos los actos gratuitos de acuerdo con lo que hemos proyectado en el Libro III, y de conformidad con lo establecido en el Título del enriquecimiento sin causa.

Art. 75. — Tampoco es éste un punto admitido por los escritores que han inspirado a nuestro Código.

Ya se comprende que no es lo mismo enajenar bienes particulares, que ceder el derecho mismo hereditario. Este comprende el patrimonio en su conjunto, con sus deudas y cargas. Los acreedores tienen sobre los bienes el mismo derecho que tenían: les están afectados en seguridad de sus créditos, y los legatarios pueden reclamar sobre ellos el cumplimiento de sus legados. La cesión ha transmitido la herencia como era, y si los interesados pueden impedir los efectos de la aceptación hereditaria, es porque sus derechos son independientes de la voluntad del heredero, y subsisten contra él y sus acreedores, que son sus causa-habientes.



Art. 78. — Se aplican a la separación de patrimonios las disposiciones del capítulo sobre aceptación a beneficio

Nótese, además, que si se respetan los actos de enajenación particular es porque los terceros han podido creer en su legitimidad, por la falta de inscripciones. Mientras que el cesionario interviene en la liquidación testamentaria en sustitución del cedente, y en ella debe pasar por la consecuencia de los derechos que acreedores, legatarios y coherederos tienen. Sabe, por consiguiente, o debe saber, el estado de las cosas. Sabe que hay créditos y legados impagos, y que está pendiente el término para pedir la separación de patrimonios. Por último, la prudencia más elemental aconseja impedir las cesiones generales de bienes con efectos modificativos de las situaciones jurídicas que les conciernen, y que serían magníficas oportunidades para burlar los derechos de los interesados. Es éste un caso de decir con verdad que no se transmite a otros, mejores y más extensos derechos que los que se poseen. La buena fe del cesionario no puede existir: es por lo menos un imprudente, que no se ha informado. Esto, cuando no es un cómplice de una maniobra desleal. En general, la adquisición de una herencia es una operación sospechosa y usuraria, que no debe ser favorecida más allá de lo estrictamente justificado. Dernburg, Pandekten, § 168. Código Alemán, § § 2382 y 2383.

Art. 78. — En los proyectos de modificaciones al Código Francés, se han adoptado conclusiones divergentes, sobre



de inventario, que no se hubiesen modificado por el presente.

la administración y liquidación del patrimonio hereditario. El belga sigue las reglas de la liquidación a beneficio de inventario. Por consiguiente, el heredero administra y dirige la liquidación bajo la fiscalización de los interesados y la autoridad del Juez. En el proyecto francés — artículo 27 — se reproduce el § 1981, Código Alemán, que dispone la administración y liquidación por medio de un curador: § 1975. Es lo que proponía Laurent, en su Anteproyecto: artículo 986.

Creemos que el proyecto belga está en lo exacto. Ya en la separación resultante del beneficio de inventario, se encarga al heredero de la administración y liquidación. Es el primer interesado en ello y en la eficaz vigilancia de los intereses hereditarios que son los suyos. Y si no se ve en ello inconveniente, no hay motivo plausible para separarle de la gestión. Si, como lo dice el Código Alemán, § 1981, y lo exige el 27 del proyecto francés, hay motivos para temer daño, por la negligencia o incompetencia del heredero, o por su situación de fortuna, o por otra causa, hemos ya proyectado para el heredero beneficiario, y así lo hace la Comisión francesa, que puedan los interesados pedir la separación del administrador y nombrar un curador en su reemplazo, que tanto puede ser un acreedor o legatario, como un tercero. No hay, creemos, razón plausible para proceder de otra manera y presumir sin base la incapacidad del heredero. Las



Art. 79. — Aunque el heredero haya aceptado pura y simplemente, no responde con sus bienes personales, en el caso de separación de patrimonios, a menos que se produjere el previsto por el artículo 66 de este título.

TITULO III

Del ejercicio de los derechos hereditarios *

situaciones son semejantes, al grado de que están todos de acuerdo en que las reglas de liquidación del beneficio de inventario se aplican a la separación de patrimonios.

Art. 79. — Con lo dispuesto en el anterior, ya quedaba dicho todo, pero hemos creído útil impedir la posibilidad de reproducir la doctrina del artículo 3446, so pretexto de que el heredero hizo acto de aceptación pura y simple, antes del pedido de separación.

*. Si hemos de creer a la nota del artículo 3410, la sucesión que según el 3279, es la trasmisión del patrimonio de una persona muerta a sus herederos, produce, en nuestro derecho histórico nacional, efectos muy diversos. Si se trata de una entre ascendientes y descendientes dentro de la misma provincia, los herederos están investidos de los derechos de su autor, por el solo hecho de la muerte. Pueden ejercerlos. Son suyos. En todos los demás casos, aunque se trate de herederos forzosos, o instituidos en testamentos indis-



tidos, la transmisión no produce efectos por sí misma. Depende de la posesión dada por los jueces. Es ella, artículos 3415 y 3417, la que inviste al sucesor de sus derechos. Por ella, y sólo por ella — artículo 3417 — “se continúa la persona del causante” y se “es propietario, acreedor o deudor, de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor”, “y se juzga — artículo 3415 — que los herederos han sucedido inmediatamente al difunto sin ningún intervalo de tiempo y con efecto retroactivo al día de la muerte del autor de la sucesión”.

“Dada la posesión judicial de la herencia”. Antes no. No hay transmisión ni continuación de la persona. No hay adquisición, que pueda causar la confusión de patrimonios, esa confusión que, sin embargo, el artículo 3342, decía producida por la aceptación expresa o tácita del heredero, y que sólo podía evitarse por el beneficio de inventario.

Mientras llega el momento de demostrar la grave disidencia de doctrinas que aparece de las disposiciones recordadas, debemos examinar los antecedentes legislativos que se invocan para introducir la saisine del derecho francés en el nuestro nacional que la contradecía.

Es cierto que la legislación española no conocía la posesión hereditaria independizada del derecho hereditario, constituida en institución separada, en elemento distinto y necesario de la transmisión patrimonial. Y también lo es que el heredero quedaba investido en la plenitud de los derechos del causante por efecto de la muerte. La vocación heredi-



taria causada por el fallecimiento, transmitía la herencia, sin otras formalidades.

No vamos a invocar la ley del Fuero Real que la nota al artículo cita, porque el pasaje final de la L. 2, título 7, Libro 3º, no tiene, ciertamente, el sentido que se le atribuye.

Esa ley sólo se ocupa de resolver bajo qué supuestos los guardadores de menores deben hacerse cargo de sus bienes. No tiene por objeto ocuparse de los efectos de la herencia cuando tiene lugar entre ascendientes y descendientes. Y la prueba es terminante: “Si algunos huérfanos, dice, que sean sin edad fincaren sin **padre, o sin madre**, los parientes más propinquos... reciban a ellos e a todos sus bienes **delante el Alcalde** e delante homes buenos, por escripto, e guárdenlos fasta que los **huérfanos** vengan a edad: e si no hobieren parientes que sean para ello, **el Alcalde** délos a guardar con todos sus bienes e algun home bueno...”.

Cuando termina con el pasaje transcrito en la nota, no sale del supuesto, no resuelve nada sobre formalidades para investir la herencia, y la prueba es decisiva: ¿no dice la ley que “si algunos huérfanos sin padre, o sin madre” quedan desamparados, interviene el Alcalde para su guarda y la de sus bienes? Y si es así, ¿hay otro supuesto que el de muerte de uno u otro de aquéllos, y por consiguiente de bienes que pueden ser heredados, o no, de ellos? La ley da intervención en todo caso al Alcalde (Juez) y por consiguiente, el sentido de la ley es otro muy distinto del que se le atribuye. Así lo confirma la ley 3, siguiente, que da atri-



buciones al Alcalde en caso de muerte del padre, y supervivencia de la madre, para que ésta se haga cargo de los bienes del hijo.

No se trata de saisine francesa. Se trata de formalidades para la guarda de menores.

Las Recopiladas, en todo caso, derogaron esas leyes. Y es de notar que ningún comentador español de ellas entendió que había saisine en el Fuero Real. La ley 45 de Toro había dispuesto que “las cosas de mayorazgo ahora sean villas, o fortalezas, o de otra cualquier calidad que sean, muerto el tenedor del mayorazgo, luego sin otro acto de aprehensión de posesión, se traspase la posesión civil e natural en el siguiente en grado...” Y los comentadores, no entendieron que se apoyaba en precedente alguno español. Al contrario, la fundaron en “la costumbre que se observa en Francia, de que la posesión del difunto se traspasa al heredero... sin que intervenga ningún acto de aprehensión”. Llamas y Molina, *Leyes de Toro*, sobre la 45, número 63.

No nos interesa examinar si era, o no, principio excepcional en el derecho vigente. Dejamos constancia, solamente, de que ese derecho común, era el de la L. 6, Título 22, Libro 10, Nov. Recopilación. Según ella: “Quando alguno muriere sin hacer testamento, y no dexare **parientes conocidos dentro del quarto grado**”... se abría un procedimiento ante los jueces, igual al que hoy seguimos en los ab-intestatos. Se llamaba por edictos a los que se consideraban con derecho a los bienes, y se entregaban a los que justificasen su de-



recho. Nótese que la ley sólo se ocupa del caso de muerte sin dejar testamento o parientes **conocidos** dentro del cuarto grado. No se aplica cuando los hay, Ley citada, número 7.

Este era el derecho vigente. No es, pues, exacto que sólo se refiera a la falta de testamento, y que los herederos legítimos no puedan invocar su carácter. Se trata, no debe olvidarse, de una Ordenanza de bienes vacantes y mostrencos. No se reputan tales cuando hay heredero testamentario o parientes **conocidos** dentro del cuarto grado.

Y la Ley 3, Título 34, Libro 11, tampoco dispone lo que se afirma. Se pone en el caso de que "si alguno finase y dexare hijos legítimos o nietos o dende ayuso o otros parientes propinquos que hayan derecho de heredar sus bienes por testamento o ab-intestato; **mandamos** que ninguno ni algunos sean osados de entrar ni tomar posesión de los bienes que el tal difunto dexare **por decir que hallan vaca la posesión dellos, y que los herederos no la han tomado corporalmente**; y si los tales bienes entraren y tomaren sin licencia de Juez competente pierdan todo el derecho que en ellos tenían... Y que las Justicias do esto acaesciere que **luego de informados de la verdad** pongan en la posesión pacífica de los dichos bienes después de la muerte del difunto, a **los dichos sus** herederos, procediendo en todo **sumariamente sin figura de juicio**". Libro 3, Título 13, Libro 4, Rec.

Es, pues, todo lo contrario de lo que se nos afirma. Se trata de un **apoderamiento** de la herencia perteneciente a los hijos, o nietos, o dende ayuso, otros parientes propinquos, por ter-



ceros que pretenden estar “vaca la posesión”, y los jueces sin forma de juicio, y por acción sumaria, amparan a los herederos despojados. Es una acción posesoria, de amparo, que se pronuncia, por fuerza, por los jueces; porque, ¿quiénes otros podrían expulsar a los despojantes?

Y ¿qué disponen las leyes de Indias? Precisamente eso, que se dice derogado.

La ley 43, título 32, Libro 2, Recopilación de Indias, dice: “Ordenamos que las causas de ab-intestatos se traten y conozcan en los **juzgados de bienes de difuntos...** con tal meditación, que si el difunto dejase en la **provincia donde falleciere notoriamente** hijos o descendientes legítimos o ascendientes, por falta de ellos, **tan conocidos** que no se dude del parentesco por descendencia o ascendencia, **no ha de conocer el Juez general sino las justicias ordinarias...**; pero si el que muriese dejare memoria en forma de testamento... toca el conocimiento de ellos a la justicia ordinaria...”

La ley de Indias no cambia, pues, nada. Cuando no hay herederos conocidos, interviene el juzgado de bienes de difuntos. Cuando los hay, la justicia ordinaria. No hay nada en la ley que autorice a ver en ella la exclusión de la intervención judicial. No hay posesión lege. No hay saisine.

Las leyes 44 y 45, nada alteran de esas conclusiones.

Hay una completa demostración de que en toda hipótesis intervenían los jueces. Nos referimos a la práctica todavía vigente, que contradice lo que se pretende establecido por



derecho de Indias. Nos referimos a una institución que el Código deja en profundo silencio, y que nos proponemos introducir en él. Es la declaratoria de herederos.

Nadie prescinde, ni puede prescindir de ella, en nuestro país. Ningún escribano admitiría un título de propiedad sin que se presentase testimonio de aquélla. Nadie arrendaría; ningún Banco admitiría conceder crédito al que se dijera heredero sin acreditarlo por auto judicial que así lo reconociera ab-intestato, o por presentación de testamento. Ningún deudor pagaría créditos de la sucesión, sin el justificativo indicado.

Y, sin embargo, son esos los actos conexos con la transmisión hereditaria que el Código — artículo 3414 — hace depender de la posesión hereditaria.

A pesar de que el artículo 3410 dice que los descendientes y ascendientes no necesitan pedir nada a los jueces, y que están investidos con la plenitud de los derechos hereditarios, todos, hijos y padres, piden a los jueces se les declare herederos en virtud de los documentos que acreditan su legitimidad, esto es, que justifican, según el artículo citado, la improcedencia de su solicitud.

Esa práctica secular, constante, sin posible excepción, demuestra que la ley de Indias no autorizaba la exclusión de la jurisdicción judicial, para investir de los derechos sucesorios al descendiente o ascendiente. Al contrario: deben ocurrir a las justicias ordinarias. Ley 43, arriba citada. La



práctica ha nacido de ella. Es incomprensible, si el heredero no necesitaba de su intervención.

Pero estudiemos la institución en sí misma.

La posesión hereditaria, dicen nuestros textos legales, es la investidura de la sucesión misma. Sin ella, los derechos hereditarios no pueden ejercerse. Por ella se produce la continuación patrimonial del causante. El derecho abierto por la muerte está paralizado: no permite gestión alguna, mientras no se dé. Y a la inversa, se pone en actividad por la posesión.

Hay una confusión completa de ideas. Porque al fin: ¿qué es el derecho hereditario, sin efecto legal alguno? Un llamado y nada más.

Sin embargo, lo hemos notado ya: la aceptación causa la confusión patrimonial. Por consiguiente, ha habido transmisión hereditaria, porque la confusión supone derecho que tiene por titular al sujeto pasivo de él, o que posee bienes afectados por él. Responde el aceptante por las deudas hasta con sus propios bienes. Es, en una palabra, heredero.

Pero la posesión se obtiene. Por ella, hay heredero activo, armado. Puede ser poseedor y no ser heredero. Puede serlo aunque no ignore que los hay preferentes. Dispone, administra, percibe lo que pertenecía al causante.

Y esto en toda hipótesis de posesión judicial o legal. Porque, dice el artículo 3415, aquélla produce los mismos efectos de ésta.



Si es así, ya es muy grave la solución del artículo 3410. Porque constituye una posesión clandestina, operada entre personas que son, o se dicen, descendientes legítimos, sin que su carácter esté acreditado de una manera fehaciente. Decimos esto porque en esa materia el justificativo no puede resultar para los terceros que han de tratar con el heredero, sino de un acto jurisdiccional del poder público. No hay la posibilidad de fundar un régimen eficaz de publicidad de los derechos reales y personales, con semejante sistema.

Así:

1º Del artículo 3410, resulta que los ascendientes y descendientes, entran, aun sin saberlo, en posesión de la herencia, desde el día de la muerte del causante. Sólo se exige una condición: deben **estar** en la misma provincia en el día del fallecimiento: artículo 3411.

Por consiguiente:

a) No depende de la notoriedad, o del conocimiento general que exigían las leyes españolas, la posesión legal. No se exige que vivan con el causante. Todos los ascendientes y descendientes tienen la posesión si **están** (¿domiciliados, residentes, accidentalmente, temporalmente ausentes?) en la provincia.

Todos. De modo que los terceros se encuentran amenazados en las relaciones jurídicas que contraigan con el heredero que se dice poseedor. ¿Hay otros? ¿Dice la verdad el ascendiente cuando afirma que no había descendientes?



Y como, si los hubiera, todos tienen la posesión hereditaria ostensiblemente, y “aunque ignorasen la apertura de la sucesión”, es natural que los terceros se nieguen a tratar con quien sólo posee, si es heredero excluyente, y hasta concurrencia de su parte, si es concurrente. Los deudores de la sucesión no se liberan sino pagando a quien “está en posesión del crédito”. ¿Lo está el ascendiente, por ejemplo? ¿No hay descendientes que lo excluyen? ¿No hay cónyuge que limita su parte?

Y si es descendiente el que cobra, ¿dice la verdad el que se pretende único? ¿No hay otros, también “en posesión del crédito”?

b) Pero según nuestro Código, hay otros herederos legítimos, y hasta forzosos, que concurren o pueden concurrir con los ascendientes y los descendientes. Son los cónyuges y los hijos naturales.

Ahora. La posesión de los favorecidos por el artículo 3411, debe necesariamente extenderse hasta la parte y no más allá, en que se hereda. Resulta del texto: “Cuando la sucesión tiene lugar entre ascendientes y descendientes, el heredero entra en posesión... aunque ignore su llamado a la herencia”.

Y es claro que ni “sucede”, ni es “heredero”, ni es “llamado a la herencia”, sino por su parte. No posee más allá de su título: artículo 3416.

Por consiguiente, los terceros quedarán defraudados, cuando hay cónyuge o hijos naturales, si pagan al heredero



en línea recta, **legítimo**, o compran bienes, o arriendan, etc., sin exigir la prueba del título exclusivo del que se dice heredero. No están protegidos sino cuando tienen buena fe (artículo 3430), y ¿acaso la hay en el imprudente que se confió en las afirmaciones de un heredero, que podía ser solamente heredero concurrente? ¿No debía saber la ley?, y por consiguiente:

Que los ascendientes no heredan sino a falta de descendientes.

Que unos y otros heredan parcialmente, cuando hay cónyuge o hijos naturales. ¿Los había? ¿En qué número? ¿En qué participación?

Que el causante podía disponer del quinto o del tercio. ¿Había dispuesto?

Si, por consiguiente, el tercero ha contratado o pagado, es un cándido o un imprudente, que no ha tomado las precauciones más vulgares que cualquier notario le hubiera podido explicar. Que no se queje si lo han defraudado: no es de buena fe, porque no es prudente su conducta.

2º Todo este sistema de la saisine que el derecho nacional no conocía hasta el Código, no puede coexistir con un sistema racional de estabilidad jurídica.

Se ha formado o desarrollado en el derecho feudal. Se apoya en la notoriedad del parentesco. Esa notoriedad no puede existir sino por la cohabitación, en la aldea. El Señor la conoce. Los aldeanos saben que tal persona tenía uno, dos, diez hijos. Que deja viuda. Que no tenía más



heredero que sus padres. Que ambos viven. Que uno había fallecido (artículos 3567 y 3568), etc. (1)

E importa poco que al tercero se le pruebe el parentesco alegado con documentos directos. Siempre quedará la grave cuestión de la existencia de herederos concurrentes o preferentes: artículo 3416.

Si se reflexiona que en las ciudades las gentes no se conocen, o que aunque se conozca al causante, poco o nada se sabe de sus herederos; que puede no ser legítimo el que se dice tal, y pretenda muerto al que está vivo, o ausente, o distanciado de su familia; que en el extranjero, el comerciante, el fabricante, tiene bienes, y que allí nada se conoce de su situación de familia; si el parentesco, en definitiva, contra lo que presupone el artículo 3410, no prueba nada, sobre la existencia de herederos que tienen derecho a los bienes, ¿qué sistema de crédito puede fundarse sobre base tan insegura? Mucho más prudente era el derecho español, que exigía la intervención judicial para **declarar herederos** a quienes tienen título para recoger los bienes.

Por eso es que en Prusia, cuyo Landrecht admitía la saisine, se tuvo que modificar el sistema el día en que se estableció el de publicidad por vía de Registro, al cual se vinculó la protección de los terceros que contrataban en vista de sus constancias.

(1) De ahí el acte de notoriété de la práctica francesa. ¡Se prueba la muerte y la herencia por declaración de testigos! Hay saisine.



Por eso es que el Código Alemán ha abandonado absolutamente la institución de la posesión hereditaria, como elemento necesario para el ejercicio de los derechos heredados.

Por eso es, todavía, que en Inglaterra, la *seizin* ha sido sometida a las condiciones de subsistencia que se exigen para que produzca efectos; esto es a las formalidades judiciales del "probate"; y por eso es que en Francia, el país clásico de la *saisine*, se proyecta por la Comisión de catastro, por Darlan ante el parlamento francés, y se ha resuelto por la ley de 1924, introductiva del derecho francés en Alsacia y Lorena, que los herederos deben inscribir su título en el Registro de la propiedad so pena de que no produzca sus efectos en relación de terceros.

Y si hay que registrar, que justificar el título para poder inscribir; si, en fin, sólo la inscripción perjudica a terceros que contrataron con el heredero pretendiente, ¿para qué sirve la *saisine*, como institución de investidura de los derechos hereditarios?

Sin la publicidad, el primer perjudicado no es el tercero. El primero es el heredero leal, honesto, que dice la verdad. Porque ninguno quiere exponerse, en el caso de engaño o error. Y o no puede contratar, o debe recurrir a la autoridad pública pidiéndole una **declaratoria** de que es heredero. No hay crédito posible sin ella, ni en el país, ni en el extranjero. La *saisine* ha muerto. Apenas produce efectos modestos, que sólo importan lo que importa la posesión de bienes particulares. No se necesita para ello erigirla en ins-



titución fundamental de investidura de la herencia y para-
lizar y hacer vanos los derechos del heredero, es decir, la
trasmisión misma de un patrimonio colectivo causada por el
hecho único de la muerte.

Trasmitido queda por ella. No está inhibido el heredero
de usar de los derechos que le competen. Y lo prueba, digan
lo que digan los artículos 3414 y siguientes, el hecho de que
la aceptación hereditaria puede ser tácita; o en otros tér-
minos, sin pedir a los jueces la posesión, puede el sucesor
disponer de bienes (artículo 3321), demandar a los cohere-
deros o a terceros (artículo 3323), transigir, comprometer
en árbitros (artículo 3324), cobrar a los deudores (artícu-
lo 3326), administrar (artículo 3327), etc.

Inviste, pues, los derechos hereditarios el heredero, cual-
quiera que sea, no ascendiente, o descendiente, cualquiera,
repetimos, tanto que la confusión patrimonial se ha produ-
cido, aunque nada haya pedido a los jueces: artículos 3342
y 3343.

El Código Alemán, con una tradición jurídica secular,
pues se dice que la saisine es de origen germánico, y en todo
caso confirmada o desarrollada por el derecho feudal, ha
considerado inútil, por un lado, la posesión hereditaria como
institución especial, y por el otro, peligrosa para los intere-
ses jurídicos de todos los sucesores, acreedores o deudores he-
reditarios.

Ha sustituido, en cambio, lo que se creía obtenido por
la saisine, por esa **declaratoria de herederos** del derecho es-



pañol, que vive hasta ahora en el nuestro, proscripta sistemáticamente por el Código Civil, que adoptaba la posesión clandestina del derecho francés, nacida en las aldeas feudales, y trasplantada por nuestra ley, al mundo moderno, de las ciudades populosas, y las familias dispersas por las facilidades de circulación, y esto en un país de inmigración en que la agrupación doméstica, necesariamente, se disloca.

Alemania no conocía la declaratoria de herederos: ahora es su institución capital. Nosotros la teníamos: la abandonamos, para adoptar la que el Código Alemán ha proscripto, y reemplazado, con la que se menospreció por el nuestro.

Sobre esta materia, véase, para el derecho francés: Actas de la comisión extraparlamentaria de catastro, 1º, página 225, 2º, páginas 508, 555 y 663 y artículos 25, 26, 27, 39, 40 y 41, del proyecto definitivo; Proyecto adoptado por el Senado francés, Rev. Trimestrielle, 1909, páginas 195 y siguientes. Sobre el derecho inglés, Halsbury, Laws of England, Vº. Executors and Administrators, Tomo 14. Ley de 1925, relating to the administration of the Estates of Deceased Persons; y Land Registration Act. de 1925. Sobre el derecho prusiano, Dernburg, Lehrbuch des P. Privatrechts, 3º, § § 227 a 231. Código Alemán, Motive, V, páginas 525/75; Planck, sobre el § 2018, y especialmente, las observaciones preliminares sobre el título de la acción hereditaria. Staudinger, V. sobre ese título, notas preliminares. Dernburg. Deutsches Erbrecht, desde el § 127. Para el derecho austriaco, Unger, System, 6º, § § 27, 39 y 50.



Nota. — Todos los artículos del Título De los derechos y obligaciones del heredero, 3410 a 3432, quedan sustituidos por los siguientes:

CAPITULO I

De la declaratoria de herederos

Art. 1. — Los herederos quedan investidos del patrimonio del causante desde el día de su muerte, de acuerdo con las disposiciones del Título anterior. Le suceden en sus de-

Art. 1. — Artículos 3410, 3415, 3416, 3417, 3418, 3419 y 3420.

Artículo 724, Código Francés, reformado por la ley de 25 de Marzo de 1896. § 1942, Código Alemán. Artículo 560, Código Suizo. Artículo 880, Código Holandés. Artículo 1572, Código Brasileño. Arts. 440 y 661, Código Español.

Nuestro artículo unifica lo que en nuestro Código parece dividido, es decir, el derecho — jus succedendi — y su ejercicio, posesión hereditaria, — jus successionis. Y se comprende, en verdad, que no se distinga, evitando así la incoherencia de las disposiciones duplicadas, y por consiguiente, contradictorias, del Código a que nos hemos referido en la nota general. Por fuerza: si el derecho a la herencia ha quedado transmitido, y la herencia comprende el patrimonio mismo del autor, ¿cómo es posible que todavía no sea pro-



rechos efectivos y en los eventuales. Son poseedores de lo que su autor poseía, aun antes de tomar de hecho el poder efectivo de las cosas.

pietario, acreedor o deudor, de lo que su autor lo era? (artículo 3417).

Hay contrasentido en la idea. Por eso es que cada vez se va restringiendo, aun en el derecho francés, el principio de la dualidad, y sea totalmente eliminado en las legislaciones más recientes, alemana, suiza y holandesa.

En el derecho francés, el artículo 724, que sólo comprende a los herederos, todos, legítimos, pero sólo a ellos, desde la reforma de 1896, incluye a los herederos naturales. Apenas queda fuera de la saisine, el cónyuge, y como lo dice Huber (*Motifs du Code Suisse*, página 373), cuando hereda, “no existe motivo alguno para no asimilarle a los herederos de la sangre: concurre, en ese caso, con sus coherederos según los principios generales”.

Quedarían los herederos testamentarios, exceptuados en el derecho francés, igualados, en cambio, en el derecho alemán y en el suizo. Y con razón, porque también adquieren la herencia, por la muerte. “La saisine des heritiers, dice Huber (*Motifs*, página 372) implique, en general, le transfert de la succession avec tous ses droits, et toutes ses charges, independamment d'un acte d'acquisition”.

No debe, pues, por antijurídica, crearse una condición a los ascendientes y descendientes, y otra profundamente distinta a los demás herederos. Porque el título de los pri-



El heredero que sobrevive un solo instante al causante, transmite la herencia a sus propios herederos, que pueden aceptarla o repudiarla si no lo hubiese ya efectuado.

vilegiados tampoco es notorio o evidente: los ascendientes no heredan sino a falta de descendientes, y concurren en toda hipótesis, los esposos y los hijos naturales. Hay, pues, la misma situación que se produce con los herederos colaterales, y los testamentarios: sólo suceden en ciertos casos.

Se habrá notado ya que la idea de la saisine en Huber, es muy diferente de lo que aparece en nuestro Código. No es distinta del *jus succedendi*. Es el derecho mismo a la herencia lo que está incorporado por efecto de la muerte: "le mort saisit le vif".

Hay una confusión increíble sobre lo que importa la saisine, y en qué se distingue de la transmisión o derecho hereditario. Demolombe, 13, números 131 y siguientes; Laurent, 9, números 213, 216, 219, 222 y siguientes, entienden las cosas de distinta manera, y con explicaciones bien oscuras para justificar la dualidad del derecho hereditario y su ejercicio. Pothier comprendía por saisine la transmisión misma del derecho hereditario (*Œuvres choisies*, VIII, página 111 (Bugnet); Goyena, en su proyecto, artículo 554, dice reproducir el artículo 880, Código Holandés, en una exposición confusa en que atribuye a la saisine francesa, tan pronto el concepto de Pothier, como el de saisine de posesión. Su conclusión es la de que equivale al derecho mismo hereditario, de que es inseparable.



Art. 2. — El Juez de la sucesión debe declarar, a pedido del heredero, la efectividad de su derecho, y si sólo es llamado a una parte de la herencia, expresará cuál sea.

Art. 3. — El solicitante debe indicar en caso de ser heredero legítimo:

- 1º El fallecimiento del causante;
- 2º El parentesco invocado;
- 3º Si existen o han existido personas que lo excluirían de la sucesión o disminuirían su parte hereditaria y su domicilio;
- 4º Si existen disposiciones testamentarias y cuáles sean;
- 5º Si existe litigio pendiente relativo a su derecho hereditario.

Quando la persona que excluiría al peticionante ha renunciado o desaparecido, debe expresarse la causa que ha hecho cesar la exclusión.

Arts. 2 y 3. — Es el derecho vigente y secular, entregado a las leyes provinciales de procedimientos, y que por los efectos fundamentales que atribuímos a la declaratoria, debe ser legislado en el Código Civil. § § 2353 y 2354, Código Alemán; artículo 559, Código Suizo, y 18, de la Ordenanza federal sobre registro inmobiliario; artículos 21 y 23, Ley española de Registro, y 71 de su Reglamento, anotadas por López de Haro.

Extendemos, de acuerdo con los códigos citados, la declaratoria a los herederos testamentarios, pues es evidente que existe la misma razón para el procedimiento.



Art. 4. — Si el heredero es testamentario debe indicar la disposición en que se apoya, y declarar las demás circunstancias mencionadas en el artículo anterior.

Art. 5. — El heredero debe, en todos los casos, justificar los hechos exigidos por los incisos 1º y 2º, y último párrafo del artículo 3, y si se dice heredero testamentario presentar el testamento o indicar dónde se halla.

En cuanto a las otras circunstancias mencionadas en el artículo, puede limitarse a manifestar que no conoce hechos que puedan oponerse a su exposición.

Art. 6. — El Juez se servirá de los medios de prueba ofrecidos, y, de oficio, dispondrá todas las verificaciones necesarias, a su juicio, para acreditar los hechos.

Citará a los interesados que sean conocidos, y por edictos a los demás, que pudieran considerarse con derechos a la sucesión.

No basta el testamento sólo para acreditar que no existen otros posteriores modificativos o derogatorios, herederos forzosos omitidos, etc. § 2355, Código Alemán. Artículo 559, Código Suizo: cabalmente es la testamentaria la herencia que prevé para un certificado, pues, dice Huber, en cuanto a la legítima no hay porqué disponerlo desde que ningún Juez lo denegaría.

Arts. 4 y 5. — § § 2356, 2358 y 2360, Código Alemán. Entre los interesados se cuentan siempre los herederos legítimos, aun cuando haya testamento.



Art. 7. — Si existiese proceso respecto del derecho hereditario, no se expedirá la declaratoria hasta su resolución.

En otro caso, si se presentase algún interesado invocando derecho opuesto al del demandante, el Juez resolverá sumariamente y sin forma de juicio, declarando solamente

Art. 6 y 7. — Es también el derecho tradicional de nuestro país. Y en cuanto a la sentencia dictada en el procedimiento sumario y sin forma de juicio, es el de la Ley 3, Título 13, Libro 4, Rec. que constituye la Ley 3, Título 34, Libro II de la Novísima Recopilación citada en la nota al artículo 3410. Las leyes de Indias la dejaron subsistente, y el artículo 3413, reproduce en parte la forma de proceder, pero limitando su aplicación al supuesto de herencia testamentaria, sin razón alguna que explique esa limitación.

Ese sistema de proceder se impone. Por una parte hay interés, y es de justicia, en la mayor parte de los casos, amparar a los herederos que, *prima facie*, aparecen justificados en su pretensión, y que en la inmensa mayoría de los casos, lo son efectivamente. Los bienes serán así administrados, y el haber hereditario conservado, por los que tienen mayor interés en ello.

Por otro lado, hay que organizar como en las controversias sobre propiedad, la posesión de los litigantes, estableciendo quién asumirá en el juicio ordinario, la posición de demandante y quién la de demandado. La semejanza de las situaciones es manifiesta. Por eso es que el artículo siguiente reproduce la decisión del artículo 2471 no precisamente en



la posesión provisoria del que probase **prima facie** un derecho más presumible. Ordenará que la otra parte deduzca en juicio ordinario las acciones que le competan, dentro de los sesenta días de ejecutoriada la sentencia. Si no se intenta-

su redacción actual, sino bajo la modificación que en ella hemos proyectado.

No se trata en el caso de oposición, o mejor, de derecho preferente alegado, de una misión en posesión arbitraria entregada al libre parecer del Juez. Se trata de pruebas del derecho alegado que **prima facie** — es la fórmula adoptada por los escritores, — justifican el carácter hereditario y a que se oponen excepciones no demostradas o de demostración dependiente de investigaciones.

El testamento, por ejemplo, regular en sus formas, es combatido porque estaba derogado por otro irregular, cancelado en su firma, etc. Es, *prima facie*, el anterior, vigente, puesto que no está probada la revocación alegada.

En cambio, un heredero forzoso, justifica su carácter, y del testamento resulta preterido. Se alega su indignidad. Hay que probarla. La preterición causa la nulidad de la institución hereditaria: artículo 3715 — *prima facie*, el heredero forzoso ha probado su título.

¡No es, pues, libre el Juez de dar la posesión a quien mejor le parezca. Debe darla al que ha justificado de manera más plausible su alegación.

Es consecuencia forzosa de ese punto de partida, que nadie puede por su propio hecho apoderarse de los bienes



ran, la dictada en el procedimiento sumario se convertirá en definitiva respecto de los derechos de las partes a la herencia.

La sentencia sumaria autoriza la prenotación de ella en el Registro de la propiedad.

Art. 8. — Si el Juez, en el caso del artículo anterior, no considerase más verosímil el derecho de una de las partes,

hereditarios, o declararse por sí poseedor hereditario. Porque si alguien se presenta pidiendo declaratoria de herederos, y tropieza con un supuesto poseedor que no la obtuvo, y que, por consiguiente, no puede acreditar en forma legal — la declaratoria, — que es heredero, una de dos: o éste se presenta como opositor, o se ausenta del juicio. El Juez debe dar la posesión al peticionante en caso de ausencia, si justifica prima facie su título. El supuesto poseedor no ha acreditado su carácter hereditario: es un intruso.

El derecho de las Recopiladas era el del interdicto **quorum bonorum**, modificado durante la Edad Media.

Sobre este punto: Dernburg, Pandectas, III, § 159, y notas 1 y 2. Windscheid, Pandekten, III, § 617 y nota 5.

De acuerdo con ese derecho, el artículo 3421, concede una acción posesoria al heredero para mantenerse o reintegrarse en la posesión de la herencia. De ella tratamos en un artículo del capítulo siguiente.

No se infiera del proyectado, que el heredero no puede ponerse por sí solo, en posesión de la herencia, si la encuentra vacua. Lo que no puede hacer es usurparla. Si, por con-

está autorizado a proceder como se dispone en el Capítulo I, del Título anterior. Puede nombrar curador de la herencia a cualquiera de los herederos que considere más apto para el cargo. Puede nombrar a un extraño.

siguiente, alguien pide ser declarado heredero, y lo demuestra, debe el poseedor de hecho, oponerse y presentar las pruebas de su pretensión. Si no lo hace, es un usurpador, y nada más. Dernburg, párrafo citado.

El Código Alemán ha considerado innecesario establecer una acción posesoria especial. Bastan las generales de protección de los derechos. El heredero, porque lo es, puede impedir la usurpación por aplicación de las reglas que contiene el Código federal de procedimientos.

Preferimos, por la circunstancia de no ser federales entre nosotros los procedimientos, conservar y generalizar las soluciones de los artículos 3411, 3412, 3413 y 3421, en cuanto a las acciones protectoras del derecho hereditario.

Pero del hecho de que el heredero está investido de los derechos patrimoniales que constituyen la herencia, se sigue inmediatamente que no hay distinción entre derecho hereditario y posesión. La declaratoria de herederos, porque es declaratoria, acredita exclusivamente el derecho a poseer la herencia. No hay presunción alguna derivada de los hechos que pueda ser alegada por el que se pretende poseedor hereditario sin probar su título de sucesor.





Art. 9. — Si existiesen varios herederos la petición de declaratoria podrá ser hecha por uno de ellos, si los demás hubiesen aceptado. En otro caso el tribunal se limitará, si la demanda no fué hecha por todos, a declarar que el heredero lo es en la parte que le corresponda.

Art. 10. — La declaratoria no se dictará cuando la herencia o las partes hereditarias son inciertas porque exista un heredero eventual concebido, hasta que la incertidumbre haya desaparecido.

Se procederá de la misma manera cuando la sucesión o las partes hereditarias sean inciertas, por depender de una decisión sobre filiación, matrimonio, ausencia u otra causa semejante, o de la aprobación de una fundación hecha por el causante.

Art. 9. — § § 2033, 2353 y 2357, Código Alemán. La declaratoria puede ser común o particular. En el primer caso sólo debe mencionar a los que la solicitan conjuntamente o a todos los que han aceptado la herencia. Fuera de esos supuestos, sólo comprenderá a quien la pide. Es acto de aceptación requerirla, y no se puede aceptar por cuenta de otro. Ver Dernburg, Bürgerliches Recht, V, § 159, número 2.

Art. 10. — § 2043, Código Alemán, y artículo 605, Código Suizo, que así lo disponen en cuanto a la liquidación y partición de la herencia con pluralidad de sucesores. Las partes son inciertas en toda hipótesis, y para el concebido lo es su carácter hereditario dependiente de su nacimiento dentro del término legal. No puede pedirse declaratoria a



Art. 11. — No se dictará la declaratoria de herederos, sino cuando el Juez de la sucesión considere probados los hechos que acreditan el carácter invocado. Expedirá certificado de ella. Si hubiera albacea nombrado lo hará constar en él.

Art. 12. — Se presume que el designado en el certificado como heredero tiene el derecho hereditario expresado en él, y que no está restringido por otras disposiciones que las declaradas en él.

Art. 13. — El que por un acto jurídico a título oneroso celebrado con el designado como heredero en el certificado, adquiere un bien de la herencia, o un derecho sobre él, o la liberación de un derecho incluido en la herencia, puede invocar la presunción de exactitud del certificado.

Puede también invocarla todo el que en virtud de un derecho que hace parte de la herencia debe efectuar una prestación al designado como heredero, o ha celebrado con él un acto jurídico de disposición o modificación de dicho derecho.

nombre de él. Es uno de los casos incluidos en el capítulo I, del Título anterior.

Art. 11. — § § 2359 y 2364, Código Alemán.

Arts. 12 y 13. — Argumento del artículo 3430, que sólo habla de los herederos parientes del causante. Con el mismo motivo debe extenderse a los herederos testamentarios.



Art. 14. — La declaratoria de herederos debe ser inscrita en el Registro de la propiedad. La prueba de la sucesión no puede resultar sino del certificado inserito de ella. Todo interesado puede exigir su exhibición.

Art. 15. — Si el certificado o la declaratoria resultasen inexactos, el Juez de la sucesión debe revocarlos. Puede pro-

§ § 2365, 2366 y 2367, Código Alemán. Artículos 559, 656 y 971, Código Suizo.

Art. 14. — § 36, Ley alemana de Registro inmobiliario. Art. 971, Código Suizo y 18 de la Ordenanza sobre Registro de inmuebles.

Disponemos la inscripción de la declaratoria de herederos, y no solamente su inscripción en relación de cada inmueble o derecho real de la herencia, porque también produce efectos en relación de los legatarios, acreedores y deudores, por una parte, y de los herederos y coherederos, por otra, puesto que fija la situación jurídica respecto de ellos también, salvo las acciones que les competen para pedir la rectificación o la cancelación de la declaratoria inscrita.

Art. 15. — § § 2361 y 2362, Código Alemán.

Decimos a instancia de parte, porque no solamente el verdadero heredero tiene acción, sino también los legatarios, acreedores y deudores de la sucesión, puesto que no es para ellos indiferente quien sea el verdadero heredero responsable de las cargas hereditarias. Dado el sistema adoptado de que la falta de renuncia en el heredero que conoce su



ceder a instancia de parte o de oficio. La resolución será dictada en juicio ordinario.

El certificado será retirado de poder del tenedor y la sentencia que se dicte, se inscribirá en el Registro.

vocación, causa mecánicamente su aceptación pura y simple, se impone la solución, especialmente porque en virtud de la proyectada se prevendrán colusiones y se obligará al heredero preferente a pronunciarse expresamente.

El artículo contempla el caso de una declaratoria ya dictada, e inscrita, y de un certificado efectivamente otorgado. Prueba el derecho hereditario, y por consiguiente, la posesión de la herencia. En tal caso procede la petición de herencia.

Pero puede también ocurrir que la herencia en todo, o en parte, se halle en poder del verdadero heredero, que es perjudicado por la declaratoria, dictada sin su noticia, a favor de otro. Es, pues, posible que la oposición de él se formule por medio de una excepción contra el heredero declarado o por una acción de rectificación o revocación, si éste permanece en la inacción perjudicando al verdadero heredero en el ejercicio de sus derechos, sea que éste hubiera obtenido una declaratoria contraria, sea que no la hubiera solicitado.

Disponemos, asimismo, que la acción en todos los casos, aun la promovida de oficio, se ventile en juicio ordinario, porque se trata de posiciones jurídicas ya establecidas en la forma legal. El heredero declarado es heredero, hasta



Art. 16. — El albacea puede pedir certificado de su cargo, y en caso de expresar el testador sus atribuciones, deberán constar del certificado.

Se aplican a los ejecutores testamentarios todas las disposiciones del presente capítulo.

Art. 17. — Si se hubiera hecho un legado de cosas ciertas se hará constar esa circunstancia en el certificado de heredero.

Art. 18. — Las disposiciones de este capítulo se aplican subsidiariamente en caso de presunción de fallecimiento.

Art. 19. — En todo lo que no se prevé en los artículos precedentes, se aplicarán las disposiciones del Título III, Libro III.

que se sentencie lo contrario, y sin perjuicio de la prenotación, que según la regla general puede efectuarse. No se trata ya de juicio sumario: hay heredero reconocido.

Art. 16. — § § 2364 y 2368.

Art. 17. — Es la consecuencia del principio establecido por los artículos 3766, 3767 y 3768.



CAPITULO II

De la petición de herencia

Art. 20. — Se sustituyen los artículos 3421, 3422 y 3423, por el siguiente:

El heredero tiene acción para reclamar los bienes de la herencia que se encuentren en poder de quien los tiene a

Art. 20. — Se da, pues, la petición de herencia contra quien se dice heredero, y también contra los legatarios que han recibido bienes de la sucesión.

El art. 3423 concede la acción contra el que se pretende heredero excluyente y contra quien se dice coheredero. Pero hay que distinguir.

Puede una persona pretenderse coheredero. Si no se tiene nada que reclamar de él, para que restituya, o para que no impida el ejercicio de los derechos sucesorios en los bienes que se hallan en su poder a título hereditario, o en otros términos, si sólo se trata de pretensiones por categóricas que sean, no es la petición de herencia lo que corresponde.

Las acciones hereditarias son dos, profundamente diversas. La de declaratoria de herencia — simplemente declarativa, feststellung Klage, dicen los alemanes, — o es la petitoria de herencia.

Cuando alguien ha sido declarado heredero en perjuicio del verdadero, tiene por el hecho la prueba legal de su



título de sucesor del causante, sin derecho suficiente, aunque le hubiera sido judicialmente declarado.

Procede la acción, en el mismo caso, contra el heredero que rehusa reconocer al demandante como coheredero, o contra quien pretende serlo en concurrencia con él.

título, y es por consecuencia titular investido de los derechos del causante. Puede, pues, impedir al verdadero heredero el ejercicio de ellos en las cosas hereditarias, y la acción procedente para recobrarlas es la real petitoria.

Pero cuando se trata de un simple pretendiente y no posee bienes de la sucesión, el heredero, y más aun si es declarado tal, no tiene porqué constituirse en demandante, dejando al pretendiente la posición tan ventajosa de demandado.

Que éste se presente a los jueces, y haga valer su título. Si es para rectificar la declaratoria, será actor. Si no la hubo, será todavía actor: pedirá se le declare heredero. Y si la oposición surge ante el requerimiento de otro pretendiente no aun declarado, será una controversia sumaria que definirá situaciones, y uno de los pretendientes será el actor en el juicio ordinario de declaratoria, o los dos serán actores. No es petición de herencia.

Sobre las acciones hereditarias y sus diferencias, Dernburg, *Das bürgerliche Recht*, V, § 154 y siguientes. En cuanto a la petición de herencia, § 2018, Código Alemán, y artículo 956, Código Suizo. Del primero tomamos el elemento característico de la acción: tiene por objeto la restitución de bie-



Art. 21. — Lo que el poseedor de una sucesión ha adquirido por actos jurídicos en virtud de bienes o derechos pertenecientes a la herencia, se considera adquirido por título sucesorio.

nes hereditarios de quien los posee en virtud de pretendido derecho sucesorio, y condenaciones accesorias: *possessio pro herede*.

No repetimos la disposición del artículo 3421, según la cual el heredero puede intentar las acciones petitorias y posesorias de su autor. Es claro que si es heredero, todos los derechos patrimoniales de la sucesión le competen. Ya se ha dicho que sucede en la posesión, aun sin aprehensión personal de las cosas.

Cuando un tercero se apodera de una cosa hereditaria, sin invocar título de sucesor, y antes de la devolución de la sucesión, no es la acción de petición de herencia la que procede. Es la ordinaria de todo poseedor o propietario de bienes particulares. En cambio, cuando se apoya en el título de heredero del enajenante da ocasión a la petición de herencia, si no puede invocar a su favor la inscripción de la declaratoria.

Art. 21. — *Res succedit in locum pretii*. Windscheid, Pandekten, 3, § 612; Dernburg, Pandekten, III, § 172; § 2019, Código Alemán.



Art. 22. — Procede la acción de petición de herencia contra el que ha sido declarado heredero para excluirlo totalmente, o para ser reconocido como coheredero.

Art. 22. — La petición de herencia y la acción declaratoria de la herencia, son individualmente distintas. Pero pueden concurrir en una misma demanda: el que fué declarado heredero, tiene la petición de herencia para que se le repongan las cosas y otros bienes que la componían. El que no lo fué, y pide la herencia porque le corresponde, de quien se dice heredero, declarado o no, para que se le restituya lo que a título de tal tiene, deduce las dos acciones conjuntamente. Se anularán los certificados y las inscripciones si triunfa, y se le entregará lo que indebidamente se tomó. Kipp, Erbrecht, § 66, I; Dernburg, Das bürgerliche Recht, V, § 153, I.

Decimos en el artículo que la acción de petición de herencia procede contra los adquirentes de bienes de ella que los hubieron del heredero, en los casos en que no pueden ampararse con la declaratoria del heredero enajenante, o cuando los hubieron a título gratuito.

Es general en los escritores franceses la declaración de que en tal caso lo que procede es la acción reivindicatoria de las cosas particulares adquiridas. Todos están de acuerdo en que el cesionario de todo o parte de la herencia misma, es sujeto pasivo de la petición de herencia. Windscheid, Pandekten, III, § 614. Aubry y Rau, 6, § 616, número 2 y nota 7.



Procede, asimismo, contra el adquirente a título gratuito de bienes de la sucesión por actos obrados con el heredero aparente, y contra todo adquirente que no puede invocar a su favor las disposiciones de los artículos 13 y 14.

Pero se dice con cierta generalidad, “hay una inmensa diferencia entre un adquirente de los derechos sucesorios y un adquirente de objetos hereditarios individualmente considerados. El adquirente de derechos hereditarios, sometido a la acción de petición de herencia como un poseedor a título universal, sucede en esta calidad, a la obligación de restitución que pesaba sobre su autor. Pero es de distinta manera en el adquirente de bienes hereditarios, que sólo está sometido a la acción de reivindicación y cuya posición debe ser, entonces, únicamente apreciada según los principios que rigen a los sucesores a título singular”. Aubry y Rau, lugar citado.

Es, ciertamente, un error:

1º La acción de petición de herencia, es una acción real, una reivindicación (1). Presupone en el actor una calidad: la de ser heredero. Exige en el demandado otra: la de poseer los bienes hereditarios, sea en conjunto, sea en parte, por mínima que sea, uno solo, si se tiene a título de sucesor. Y en el derecho romano hasta cuando calla sobre su título: *pro herede vel pro possessore*. “*Pro possessore vero possidet prædo qui interrogatus cur possideat responsurus*

(1) L. 8, 5 y 3. Dig. L. 25, § 18, id.



sit "quia possideo" nec contendet se heredem vel per mendacium, nec ullam causam possessionis possit dicere: et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur". Ulpiano, L.L. 9 y 11. § § 1, 12 y 13, 5, 3, D. Gaio, L. 15 eodem tit.

Como se ve, en el derecho romano puede intentarse la petición de herencia, tanto contra el que alega título de heredero, como contra el ladrón y raptor de bienes heredados, que no alega ninguno. Y va en ello demostrado que se da contra el que se apodera de cosas particulares de la herencia. El ladrón sólo se apodera de objetos y no de universalidades ideales.

Dejemos por un instante la cuestión resuelta por el Código Alemán en contra de la solución que también proponemos, esto es, la romana para el "pro possessore".

Por el momento, decimos que la petición de herencia se daba contra el poseedor que no alegaba título. Si lo alegaba y no era prohereditate, la acción procedente era la reivindicatoria.

Es esta distinción la causa del error que tratamos de refutar.

Una cosa, es tener un bien como heredero, o por acto derivado del heredero, y otra, poseer por otro título no hereditario ni derivado de él.

En el primer caso, se alega por ambas partes el ser heredero o haber adquirido del heredero. Eso es lo que se discute y se ha de probar. Si, pues, el tenedor se apoya en la herencia, y por eso detenta, debe restituir lo que se le de-



muestra no ser suyo. En otros términos, ha de restituir por-
que lo que posee es cosa, bien, parte, de la herencia.

Cuando alega otro título, ya no se controvierte heren-
cia. La acción no es hereditaria. Es la de dominio. Si el
causante era dueño, se le restituirá al heredero, porque la
cosa es de su propiedad.

Si, al contrario, lo reclamado es cosa de la herencia, si
el título del poseedor es el de su autor, el heredero que se
decía tal, alega la herencia de éste y no otra causa de de-
recho.

En ese caso no se controvierte dominio. Se controvierte
sucesión, causa del derecho del demandado por restitución.

La acción de reivindicación de cosas singulares, la or-
dinaria, la común, presupone dominio y controversia sobre
él.

La petición de herencia, que es otra especie de reivin-
dicación, presupone contienda sobre la herencia. Si los obje-
tos que han de restituirse por el vencido han sido enaje-
nados a tercero, la ley dice que, en tales casos, no puede
procederse contra él, y que, en tales otros, debe entregarlos
al heredero. ¿Y ahora, resulta que no procede la acción he-
reditaria? ¿Que no basta probar que formaban parte de la
herencia? ¿Hay que discutir otra cosa, y probar que el cau-
sante era dueño? Y si no lo prueba el heredero, ¿se queda
el tercero con esa parte de lo heredado? El artículo 3422
dice lo contrario.



Pero no hemos concluido. Son bienes de la herencia los créditos, las acciones y muchos bienes que no son cosas.

Sólo las cosas son reivindicables.

¿Y el heredero no tendrá acción para que se le devuelvan las prestaciones obtenidas o los valores recaudados por esos títulos?

La petición de herencia constituye en muchos casos una acción de enriquecimiento. Es una condictio, es personal. Puede ser intentada contra los sucesores a título gratuito del que recibió algo sin causa, a costa del actor.

Es el caso. A costa del heredero, y sin causa legítima — artículo 3430, — el tercero se ha enriquecido. Esa acción no es ciertamente la reivindicatoria. Es personal. Pero se apoya en la herencia. ¿Y no procede contra el tercero? Nos parece que no tiene objeto continuar. Es resultado de una inmensa confusión, la exigencia de la acción de dominio de cosas particulares, para que el heredero obtenga la restitución de la parte ideal o material del patrimonio heredado que el tercero de mala fe dice haber adquirido del heredero aparente. Al pedirla, aquél, pide su herencia: ¡petitio hereditatis!

Tenía razón Ulpiano. También el ladrón está sometido a la acción: basta al heredero probar que es suya la cosa porque estaba en la herencia de que fué sustraída, aun cuando no fuera del dominio del causante: art. 3422. La nota del 3423, tomada de los escritores franceses que cita, es notoriamente inexacta, a menos que se quiera dar a la



reivindicación un significado distinto del que le atribuye el artículo 2758. Si es así, no se trata de la **reivindicatio**. Se trata de la especial, acción real, que se da a los herederos: **la petición de herencia**, para pedir lo que estaba en el patrimonio del causante. No es la reivindicación de los artículos 2758/9, la que se da contra el legatario de cosa cierta para restituir lo que recibió como tal, como sucesor por causa de muerte. Y, sin embargo, es un poseedor de cosa particular y no de una universalidad. Su título es el mismo que el de un heredero aparente, causado por la muerte, que sin embargo había transmitido los bienes en realidad al demandante. Si es así, también es exacto que la petición de herencia se da contra el poseedor, por título de muerte, de cosas particulares.

La diferencia de que hablaban Aubry y Rau, Demolombe y Chabot, no está ni puede estar en la extensión de lo poseído: “Regulariter definiendum est, cum demum teneri petitione hereditatis qui vel jus pro herede vel pro possessore possidet, vel rem hereditariam” “licet miniman”, agregaba Gaio al texto de Ulpiano. L.L. 9 y 10, 5, 3, Dig. La herencia es invocada por el demandante y alegada por el demandado como título suyo: la herencia del heredero aparente y no efectivo; por eso se pretende poseedor.

2º Pero decíamos hace un instante que el Código Alemán no mencionaba al pro possessore, entre los que podían ser objeto de la hereditas petitio. Es un segundo caso distinto del considerado hasta aquí.



La decisión fué muy controvertida en la 2ª Comisión redactora que la adoptó: Ver Protokolle, V, páginas 704/9.

La argumentación de la mayoría, se apoya en consideraciones que no cubren todo el campo de la decisión.

Se dijo que la situación de los poseedores que no invocaban título hereditario no armonizaba con el principio de la acción de petición de herencia, a la cual se atribuía por la mayoría el alcance de una controversia sobre la herencia misma, como conjunto. El pro possessore, por lo mismo que no se afirma heredero, no levanta la cuestión.

En tal supuesto, se decía, no se necesita de acción especial: bastan las generales. El heredero tiene las posesorias del causante y las reales ordinarias. Salir de ese terreno es peligroso, se concluía, porque el poseedor no reconoce que tenga los objetos por título derivado de la herencia; no reconoce que formaran parte de ella y pertenecían al causante.

Se advierte inmediatamente que es ese un aspecto parcial de la cuestión y no comprenden los argumentos todo el asunto.

Y basta para ello recordar que los grandes jurisconsultos romanos que construyeron la petición de herencia, así como la reivindicación y la acción posesoria de cosas singulares, que, en definitiva, crearon el principio "possideo quia possideo", resolvieron expresamente lo contrario. Agréguese que, como la minoría de la comisión lo recordaba, todo el derecho alemán vigente admitía, en ese momento, la acción contra el "propossessore".



Y con razón. No basta decir que el que no se reconoce poseedor pro herede, desconoce íntegramente toda vinculación de lo que posee con la herencia, de modo que el heredero tenga que probar el dominio o la posesión de su causante. Es ésa una hipótesis de las varias que el análisis más superficial encuentra.

No es eso lo que decían Ulpiano y Gayo.

El heredero en la acción de petición de herencia pide se le entregue esa herencia, porque es heredero. Y una de dos:

O el pro possessore tiene los bienes que se encontraban en poder del causante en el momento de la apertura de la sucesión, sea por apoderamiento clandestino o no — fur, prædo, — decía la ley romana, robada o sustraída por él o su autor, o por adquisición del heredero aparente hecha a sabiendas de no serlo.

O posee por otras causas, independientes de la herencia o del causante.

A este último caso se refieren las razones presentadas por la mayoría de la Comisión. Es claro que poco le interesa que se le argumente con el carácter hereditario y con el hecho de que lo poseído formaba parte de la herencia. Pero en la acción de petición de herencia hay que establecer dos cosas: el título hereditario y el hecho de que el demandado tiene la herencia, o las cosas de la herencia, puesto que todos los bienes contenidos en ella forman parte de lo que se reclama.



Si, por consiguiente, el actor, en presencia del que dice “quia possideo” y nada más, prueba que robó bienes en poder del causante en el instante de la muerte, valores de su caja, alhajas, mercaderías; si prueba que las adquirió del que se decía heredero, si prueba que era su agente o su cómplice, ¿cómo puede decirse que el heredero debe usar de las acciones comunes? Negó el demandado que lo que poseía provenía de la herencia; y se le prueba — era lo que decía la ley romana, — ¿y habrá que recurrirse a la del dominio del causante?; ¿contra quién lo tiene de él, por medio del heredero sin derecho, o por robo-fur —, por apoderamiento doloso-prædo?

No, dice la mayoría de la comisión: el heredero tiene la acción posesoria de su causante. Pero nada responde a la observación que se le opuso: la acción posesoria, se hace imposible si pasa un año sin intentarla. La sustracción no se conoce, sino posteriormente. El heredero ha sido envuelto en un pleito, con el enajenante, etc.

Si no queda más que la reivindicación, en muchos casos la acción será imposible, o el heredero perjudicado evidentemente por las múltiples causas que hacen ilusoria la acción. La petición de herencia ha sido cabalmente inventada para evitar las dificultades de la aplicación de las acciones particulares en relación de cada objeto y principalmente para **limitar a la prueba de que una cosa o derecho formaba parte de una herencia, aunque estuviese en depósito y no perteneciese al causante, y hoy está sin título legítimo en poder de**



quien lo niega o lo oculta. Basta, por principio, probar esos hechos, y la restitución se ordena en la petición de herencia. ¿Que ha cambiado para exigir otra prueba en el que detiene por título derivado del heredero sin derecho, o del que se apoderó de cosas de la herencia, sin título alguno? ¿Qué diferencia hay entre el que se dice heredero sin derecho y el que sin derecho se apodera de los bienes, o los hubo de él?

No es, pues, extraño que el derecho romano concediera la acción de herencia, tanto contra el *possessor pro herede*, como contra el *possessor pro possessore*, y el análisis de la situación es mucho más exacto en Ulpiano y Gayo, que en los miembros de la mayoría de la 2ª Comisión revisora del proyecto de Código Alemán.

En el sentido de nuestro proyectado artículo, tanto para la acción contra los tenedores particulares de bienes hereditarios como contra el *pro possessore*, Huber, *Exposé des motifs*, página 388. Entre los escritores franceses y belgas, parece que se va produciendo una reacción contra las antiguas opiniones, si bien son poco claras y sin demostración las conclusiones. Planiol, III, número 2047, hace distinciones entre la acción de petición hereditaria y la reivindicatoria que no parecen comprender al tenedor por título derivado del heredero sin derecho. En todo caso, sin análisis de las situaciones, y como él, Baudry y Wahl, 1º, número 1171 — Planiol, Rippert, Maury et Vialleton, *Successions*, número 333; — Huc, V, número 262, en cambio, es más equívoco,



pues si antes, número 260, parece negarla en cuanto a los adquirentes particulares de cosas hereditarias, en el número 262, sólo habla del que reconociendo la calidad de heredero al actor, sostiene que el bien reclamado en esta calidad no pertenecía al causante. En tal caso, concluye, sólo procede la reivindicación.

En cambio, todos ellos admiten que la acción se da contra el poseedor "pro possessore". Pero ninguno expone las razones de semejantes conclusiones. Son aforismos, y nada más, como en von Biervliet, número 244, y en la Comisión belga de reformas: sobre el artículo 144 de su proyecto.

No se ha advertido, sin duda, que hay contradicción de ideas. Si se admite la petición de herencia contra el poseedor pro possessore, es inevitable reconocerla contra todo poseedor singular que no tiene título anterior a la muerte del causante, de cosas que se hallaban en poder de éste. Porque en la acción contra el pro possessore, éste no desconoce el carácter hereditario del actor. Es, pues, inexacto que no haya petición de herencia sino cuando la controversia misma recae sobre el mejor derecho a ella.

La acción de petición de herencia, concluimos, se da al heredero para que se le restituyan las cosas o derechos que se encontraban en poder del causante en el momento de la transmisión hereditaria: "eum demum teneri petitione hereditatis qui vel jus pro herede, vel pro possessore possidet, vel rem hereditariam, licet minimam" como decían Ulpiano y Gaio. Artículos 598/9, Código Suizo.



Art. 23. — Procede, asimismo, la acción contra el poseedor de bienes que estaban en poder del causante en el momento de su muerte, si callase sobre su título, y también contra quien los sustrajo de la herencia o se apoderó de ellos sin derecho.

Art. 24. — El que por contrato adquiere del poseedor la herencia o parte alicuota de ella, queda asimilado al poseedor hereditario, en cuanto a sus relaciones con el verdadero heredero.

Art. 25. — Deben restituirse al heredero todos los bienes hereditarios y todas las cosas de que el causante tenía la posesión mediata, o inmediata, aunque sólo tuviese en ellas un derecho de retención.

Cuando no fuese posible la restitución se aplicarán las disposiciones relativas al enriquecimiento sin causa.

Art. 23. — Los casos del artículo son dos: el del poseedor pro possessore y el de apoderamiento violento o clandestino, y hasta por el dueño mismo de las cosas prendadas, sometidas a derecho de retención, atc. LL. 9, 11, 12 y 13, 5, 3, Dig.; artículo 3422, in fine.

También tiene el heredero las acciones posesorias, o ex delicto, etc., comunes.

Art. 24. — § 2030, Código Alemán. Aubry y Rau, 6, § 616, 2.

Art. 25. — Artículo 3422. En cuanto a la acción de enriquecimiento, § 2021, Código Alemán.



Art. 26. — Se aplican a la petición de herencia las reglas de la acción de reivindicación sobre obligaciones del poseedor de buena o mala fe, impensas, mejoras, restitución de

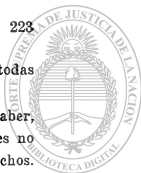
Art. 26. — Artículos 3425, 3426 y 3427, Código Civil. Artículo 599 Código Suizo.

En cuanto al segundo párrafo es la contradicción manifiesta de los artículos 3424, 3428 y 3430 del Código.

Es proposición que podemos calificar, sin exageración, de evidente, la de que el que conoce la existencia de herederos preferentes, sabe que la herencia no le corresponde. No hay distinciones que hacer. Si el heredero en primer término no procede, no por eso lo es el posterior. Sólo quedará libre el puesto por la renuncia.

Por consiguiente, no puede ser excusa para apoderarse de lo ajeno, el afirmar que la inacción del pariente más próximo autoriza la invasión, en virtud del derecho eventual dependiente de la renuncia, que es una declaración positiva de voluntad y no derivada del silencio. Debe cuidarse de hacer citar a los herederos conocidos, y por publicaciones judiciales a los desconocidos. Así se dará ocasión a la renuncia. Si no se produce habrá aceptación pura y simple, que excluirá al heredero posterior. No será heredero y mal podrá ser de buena fe si se apodera de los bienes, como ahora lo dicen los artículos 3428 y 3430.

Agréguese que se da margen con el sistema del Código, a pleitos casi insolubles. Porque si todo depende de que el poseedor aunque conoce la existencia de mejor heredero, to-



frutos, responsabilidad por las pérdidas, y en general, todas las que no estén modificadas por el presente título.

El poseedor es de mala fe cuando sabe, o debe saber, que existen herederos preferentes o legatarios a quienes no se ha hecho citar para que concurran a usar de sus derechos.

avía queda disculpado si no se prueba que sabe también que el heredero no procede por ignorar la apertura de su derecho, sea por no saber la muerte del causante o de otros herederos preferentes o la renuncia de ellos, se abre la puerta a maniobras desleales de ocultación, y a una prueba difícil, porque ¿cómo se demuestra que sabía que el heredero no sabía, a su vez, la vocación hereditaria? ¿Y cómo llenar todavía por la prueba la segunda condición de que no procedió por esa ignorancia, y no por otra razón?

La doctrina de la posesión legítima de la herencia, colectiva para todos los parientes, adoptada por Zachariæ, inspira los artículos citados de nuestro Código. Ha sido abandonada y combatida en el derecho francés — Demolombe, 13, números 147 y siguientes; Laurent, 9, número 521. — Planiol, Rippert, Maury y Vialleton, exponen un resumen del estado actual de la doctrina: números 199 y siguientes.

Es incompatible con un régimen estable de publicidad. Produce situaciones insolubles sobre liquidación del pasivo hereditario, reducción y colación, actos de disposición del heredero aparente. En relación con terceros, no puede admitirse otra prueba del derecho del poseedor evicto que la que resulta del certificado inscrito de heredero: es la prueba



Art. 27. — Son válidos los actos del heredero aparente en los casos previstos por el artículo 13 de este título. Lo son igualmente los de simple administración y los pagos de deu-

legal única que debe ser admitida. Entre herederos, vencedor y evicto, tampoco puede resultar la buena fe de la inacción: debe aparecer de la renuncia del heredero preferente citado en forma de oficio, o por acción de parte, como lo hemos proyectado en títulos anteriores.

Art. 27. — Es la principal ventaja del sistema de declaratoria adoptado el de dar base segura a los terceros que quieren contratar con quien se dice heredero, de modo que no puedan impugnarse los actos obrados en virtud de la prueba legal del carácter invocado.

La buena fe de ellos, por las razones expuestas al tratar de la inscripción de los derechos reales, sólo puede resultar de la existencia del certificado de heredero. Así se tiene una base firme para la contratación, y no depende de la prueba testimonial, dolosa muchas veces, y de hechos vagos o de circulación tendenciosa y fraudulenta.

Pero, precisamente, por eso, se ha dejado la declaratoria en el Código Alemán, y seguimos nosotros el sistema, como facultativa. El heredero es interesado en obtenerla, porque los deudores y los terceros le exigirán la prueba de su carácter. Pero no se hace obligatoria para ejercer sus derechos, en vista de las pequeñas herencias de bienes modestos que no soportan los gastos de una tramitación judicial. El



das y cargas efectivas de la sucesión aunque no existiese declaratoria de herederos.

Si los legados o las deudas pagadas no existiesen frente al heredero efectivo, serán nulos y podrán ser repetidos los bienes entregados. Si no fuese posible la repetición, se aplicarán las disposiciones del enriquecimiento sin causa.

heredero cultiva, administra su inmueble o la granja arrendada, sin dificultades que nacen de imposiciones legales inútiles para él.

Los actos simples de administración, que en general son actos de conservación, pueden y deben ser reconocidos, pues redundan en beneficio común del heredero efectivo, como del aparente.

Y lo mismo debe decirse de los pagos de deudas, legados y cargas hereditarias. Pero si, por ejemplo, un testamento que los dispusiera quedase sin efecto por otro, o en presencia de un heredero forzoso, esos actos se desvanecen en parte y causan pagos indebidos que abren la acción de repetición.

Hay cargas que en toda hipótesis existen, y por consiguiente, deben ser reconocidos los gastos causados por ellas al heredero: la de sepultura, por ejemplo.

Es menester no extender indebidamente el concepto de que los actos regulares obrados con el heredero declarado tal son siempre firmes. Claro está que no se comprenden entre ellos los que carecen de causa. Así, se ha hecho una división con un heredero, que no lo es en virtud de un tes-



Art. 28. — El heredero tiene una acción posesoria para ser mantenido o reintegrado en la posesión de la herencia o de los bienes que dependen de ella.

Se aplica en tal caso lo dispuesto en el capítulo precedente. El Juez de la sucesión puede adoptar sumariamente las medidas necesarias para hacer efectiva la posesión del heredero.

Art. 29. — Las disposiciones sobre inscripción de los derechos reales se aplican a la de declaratoria de herederos en cuanto procedan.

tamento desconocido, es claro que la división no subsiste. La acción de reducción, la colación, pueden dar margen a liquidaciones que por una desheredación o declaración de indignidad, quedan sin base. Y por este estilo, otros muchos casos de disposición de partes disponibles, mayores o menores, etc.

Lo que se declara válido son los actos, válidos por sí mismos, que podrían ser atacados solamente por no haber sido realizados por el heredero mismo.

Art. 28. — Artículos 3421 y 2501. Va sin decirlo que las disposiciones del Código sobre acciones posesorias, se aplican subsidiariamente, a la presente, en cuanto lo permite la naturaleza misma de las acciones. Es ésa la regla general del Código, y por eso no se establece expresamente.

Art. 29. — Se aplican, en general, a los efectos de la inscripción, las acciones para anularla o modificarla, las prenotaciones, etc. Artículos 598, 961, etc., Código Suizo.



TITULO IV

De la pluralidad de herederos *

* El Código — artículos 3449 a 3538 — ha organizado la situación jurídica de la herencia a que varias personas son llamadas concurrentemente, de acuerdo con el concepto del derecho romano. En éste la vocación hereditaria atribuía a cada coheredero una participación definida e independiente. Las cosas comprendidas en la sucesión exigían, es verdad, una operación posterior que tradujera la parte propia de cada coheredero en un lote material, pero la parte por sí misma era independiente de las de los demás, desde el día de la apertura de la sucesión. De ahí una primera aplicación: “nomina ipso jure divisa sunt”. Importa poco que haya deudas que abonar. Están divididas. Cada heredero es sólo deudor de su cuota. Los créditos están también divididos. El heredero que enajena su parte lo hace válidamente — artículo 3487, — aunque queden los acreedores del causante o los legatarios impagos. Sustituye su responsabilidad personal, el valor patrimonial con que se hubieran pagado las deudas del causante. Si es insolvente, no importa.

Se decía, hasta hace poco, que era ésta la consecuencia forzosa de la noción misma de herencia. El que con otros sucede, sólo sucede por su parte y responde por las cargas hereditarias con ella. No más allá. Si sólo continúa la per-



sona del muerto en proporción de su haber, es deudor de una fracción y no de otra cosa.

Nótese cuán arbitraria es esa manera de argumentar. El patrimonio heredado constituye una unidad, una universalidad de bienes, afectada a las obligaciones del causante. No se heredan cosas particulares. Se heredan todos los bienes y todas las obligaciones, por todos los herederos. Y la prueba está en que no se puede aceptar por partes. Si uno de los llamados renuncia, los demás automáticamente, acrecen la suya: la ley no les permite declinarla. Cada uno, se dice para justificarlo, es llamado a toda la herencia con otros que están en su caso. Los que se retiran dejan de constituir denominadores: toda la herencia queda para los demás, o para el único, si es sólo uno el que no ha renunciado.

Esa idea es ciertamente opuesta a la de nomina ipso jure divisa sunt. La herencia para la aceptación es un conjunto, un patrimonio sin partes.

Y no se comprende porqué los créditos quedan fuera del principio general. Al contrario, están dentro de él.

Porque no hay patrimonio, bienes, sino “*ære alieno ducto*”. Por eso las deudas pasan al heredero. Los acreedores del causante tenían sus bienes como garantía. Cada bien, actual o futuro, quedaba comprometido a su pago. Mientras quedara uno libre, en él se podía hacer efectivo el crédito.

Y ahora que el deudor ha fallecido, el acreedor se encuentra con que si los herederos son varios, su crédito está



dividido entre varios deudores independientes con quienes no trató, insolventes, unos, cuya fracción queda perdida para el acreedor, no obstante existir bienes suficientes, solventes los demás, que por la partición reciben valores del causante, que ahora resultan liberados, por efecto de la división. Es cosa de no creerlo.

Porque, ¿no se nos dice que los herederos son — es la pretensión — continuadores del causante? Y si lo son, se agrega, no lo son en la parte que quieran tomar en la sucesión; no, en toda la sucesión: artículo 3317.

Si son continuadores, son el mismo deudor constituyente, y mientras haya bienes de él, no pueden tomarlos para enriquecerse, adjudicándoselos en el haber de su hijuela. Afectados estaban. ¿Por qué los toma un heredero, si pertenecen al acreedor hasta que su crédito quede extinguido?

Pero, todavía, agregan los partidarios de la idea de continuación: se “continúa” **ultra vires**. Aunque no queden bienes del causante: más allá de ellos, con los propios del heredero. Y ¿ahora, se adjudican bienes de él, sin que con ellos se paguen las deudas del causante? ¿Y esto, porque no lo continúa sino en parte?

Se ve que no hay firmeza en las doctrinas. Hay una para la aceptación, y otra opuesta, para la responsabilidad.

Pero existen otras dificultades.

Los créditos de la sucesión se dividen también ipso jure. Nunca, pues, han sido comunes. Cada heredero dispone de ellos. Eran valores con que se cubrirían las deudas heredi-



tarias. La ley no lo quiere. Cada heredero los cobra, los cede, los compensa, con su parte, y se lleva ese valor. La deuda también queda a cargo, por cierto, del deudor insolvente. La parte en el crédito, que toca a los demás, no responde de la deuda. ¡Y son continuadores de la persona del muerto!

No es, pues, extraño que se haya reaccionado, y no de ahora, contra la doctrina romana de la división automática de los créditos — bienes del causante — y de las deudas, — cargas del causante.

Hoy nadie defiende semejante principio. Todos lo repudian. Es inicuo, concluyen, que los acreedores hereditarios queden impagos, mientras haya bienes quedados por fallecimiento. Los herederos no pueden adjudicárselos, desde que hay acreedores no satisfechos.

Pero con esto, se llega, forzosamente, a conclusiones más lejanas.

¿Cuál es, en realidad, la situación jurídica de los coherederos? ¿Qué son?: ¿condóminos, co-acreedores, co-deudores? ¿O la masa patrimonial es una unidad, autónoma, universal, constitutiva, y no un conjunto de cosas individuales que pertenece a varios condueños?

Desalojemos supuestos argumentos. Nada tiene que hacer la idea — falsa — de continuación de la persona del causante, con la de partes hereditarias independientes en los créditos, las deudas y los bienes particulares considerados



como unidades separadas que constituyan cuotas indivisas de condominios en cada objeto hereditario aislado.

Y la prueba de ello está en el beneficio de inventario y en el de separación de patrimonios.

El heredero, es heredero, y sin embargo, por aquellos institutos el patrimonio del causante queda aislado del personal del sucesor y afectado a los acreedores de la sucesión, y aun, con ciertas diferencias, a los legatarios.

No es, pues, conexa con la idea de herencia, la insubsistencia de un patrimonio, de un conjunto, afectado a los pagos pendientes: *Ære alieno deducto*.

Por eso, el concepto de patrimonio subsistente a que, en caso de pluralidad de herederos, hay varios llamados, se va imponiendo en el derecho moderno. No hay acreedores ni deudores independizados por fracción. No hay propietarios fraccionados de cada cosa particular. No. Los bienes continúan como estaban en el causante, para cubrir sus deudas y sus legados, en su integridad o hasta donde alcancen.

Donde se realiza el fraccionamiento es sólo en la responsabilidad **extra vires**, porque es el resultado de la contraída. La acepta cada uno pero por su cuota, porque sólo hereda cuota.

Son insolubles las dificultades que resultan de la idea romana de fracciones independizadas desde la vocación, sin perjuicio de la dificultad de la realización material, que la unidad, también material de las cosas, impide, y que sólo



cesará por la división, sea por enajenación de ellas, sea por adjudicación.

Por eso los escritores han tratado de resolverlas, en la colación, en la acción de reducción, en todas las situaciones que se plantean por la pluralidad hereditaria, y presentado conclusiones opuestas al punto de partida. Aubry y Rau, 6, § § 583 y 619, declaraban que “no obstante la división de las deudas, la integridad de cada una de esas deudas permanece, mientras la partición no se ha realizado, en garantía por la totalidad de los bienes hereditarios, o en otros términos, el derecho de prenda de que los acreedores del causante gozaban mientras vivía, continúa, aun después de su muerte, y esto hasta la partición, subsistiendo de manera indivisible sobre la herencia entera”.

Esta solución, que años más tarde adoptaba la Corte de Casación, es la contradicción de la división ipso jure, y no sólo de las deudas, sino de los créditos, porque éstos son también bienes de la herencia. Es la oposición perfecta de las conclusiones de los artículos 3485 y siguientes de nuestro Código.

Es todavía la negación absoluta de la situación del patrimonio considerado a la romana, en materia de sucesión.

Así, los bienes, se dice, están afectados de manera indivisible al pago de los créditos. Si eso es, cuando el heredero ha recibido un anticipo de la herencia que excede su parte actual o la absorbe en todo o en parte, no debería tener parte alguna en los créditos, puesto que nada le corresponde



en ellos. Sin embargo, el artículo 3488 la autoriza a cobrar en parte, en daño de sus coherederos. Y a la inversa, no paga parte alguna, si es insolvente, y sus coherederos cobran toda la herencia, sin pagar la parte de aquél en la deuda.

Es esto incomprensible. (Demolombe, 17, números 214 y siguientes). Para evitarlo se inventan limitaciones y distinciones, contradictorias del punto de partida, por el estilo de la distinción de Aubry y Rau. No hay división de créditos antes de la partición. Sí la hay, después. En esa pendiente la división ipso jure desaparece, y no faltará quien saque la conclusión: ni después de la partición los bienes hereditarios quedan libres de la responsabilidad colectiva.

Todavía se complica más la cuestión en caso de aceptación a beneficio de inventario (Demolombe, 15, número 169).

Y entre herederos, también es incomprensible esta división en partes independientes, ideales, pero materialmente no deslindadas por la partición.

Cada uno ejerce contra terceros, hasta concurrencia de su parte, las acciones de la sucesión. No más allá.

Por consiguiente, si un inmueble del causante está en poder de tercero, no puede reclamar la restitución del bien mismo. Sólo puede pedir el reconocimiento de su parte "sujeto todo al resultado de la partición". Lo que con esta restricción se quiera significar puede verse en Demolombe, 15, número 481. Significa que no ha de exceder su cuota porque "no es menos cierto que el heredero tiene un derecho



indiviso que no forma, si se quiere, para él en el objeto común, sino una parte ideal más bien que efectiva, pero en fin un derecho, y está, por consiguiente, autorizado para asegurar a todo evento, la conservación. Yd. Lo mismo Aubry y Rau, 6, § 620, y notas 2 y 3.

Ahora, si hay que colacionar, reducir, liquidar gastos, entre coherederos, se presentan dificultades insolubles, porque la cosa reivindicada por parte indivisa, no viene íntegra a la sucesión. Los pactos entre coherederos, sobre división o indivisión, o las disposiciones del causante, no pueden invocarse contra el detentador del bien porque son res inter alios acta, para él, y porque la sentencia no ha declarado derecho alguno de los coherederos y se ha limitado a la parte indivisa del actor. No está obligado a permitir que se colacione con su bien, ni se atribuya, por reducción, su cosa a quienes no reconoce situación alguna de condóminos, con él.

Todo esto conduce rectamente a concebir el patrimonio heredado por varios, como una unidad, en que las situaciones se consideran como fijadas por una participación común en una universalidad, y en que, lejos de ser determinadas sobre las cosas las participaciones, se liquidan previamente las relaciones jurídicas. Se pagan las deudas, se cobran los créditos, se colaciona, se reduce, se fijan los legados o las legítimas de los herederos; en una palabra, se liquida el pasado y el presente, y hecha la liquidación se pasa a la división. Por eso es que Aubry y Rau, y Demolombe,



contra los textos expresos del Código Napoleón, llegaban a sus conclusiones de garantías patrimoniales subsistentes antes de la división. No era sino el instinto recto de la solución jurídica que buscaba escapar con interpretaciones arbitrarias a las reglas equivocadas del Código Napoleón.

Pero el sentimiento de que lo son es hoy universal. Se proyectan reformas. Las proyecta la Comisión belga: se inclinaría a la solución del Código Español. Las proyecta la Comisión Francesa. Impide la división de créditos y deudas hasta que los acreedores sean pagos. No hay un escritor moderno que admita las atenuaciones de la Corte de Casación, de Aubry-Rau y Demolombe.

El Código Alemán y el Suizo han terminado con la reacción que ya Pothier y el Landrecht prusiano habían adoptado. No se dividen entre herederos los elementos del patrimonio. Continúa como en poder del causante. Varios han sucedido en sus derechos, tales como estaban en poder de él. Se paga, y se recauda primero. Se liquidan las relaciones hereditarias. Y por fin, se divide.

Esa es la solución propia de nuestro derecho tradicional nacional. Lástima es que como con la declaratoria de herederos ha ocurrido, la hayamos abandonado para recibir la reforma, hoy, del extranjero.

La cuenta de partición no se concebía en el derecho español, sino con liquidación del pasivo. Comprendía todos los bienes, fueran créditos o cosas. Se hacía hijuela de deudas o se adjudicaban a un heredero con cargo de abonarlas con



la parte de bienes que para ello se le atribuían. No se entendía con esto, exonerar a los demás de su responsabilidad. No se imponían al acreedor divisiones previas de que resultaba la insolvencia de algunos de los herederos, mientras los otros recibían bienes: la adjudicación de deudas era un encargo que no dispensaba de su responsabilidad a los copartícipes.

Es ésa la tradición honorable que informa los artículos 1072, 1082 y 1084, Código Español, y que inspiraba los artículos 931, 932 y 913 del proyecto de Goyena. No se conocía esa singular doctrina de los herederos que no pagan las deudas comunes aunque se adjudican bienes que las garantizan. Febrero, 2, números 2299, 2300, 2372 y siguientes. Caravantes, III, número 648, regla 13. Y el Código mismo, por una reversión de las doctrinas que acoge por sus artículos 3485, 3486, 3487 y siguientes, vuelve sobre sus pasos, y por el 3469, dispone que la masa comprende los créditos a favor de la sucesión, de modo que el partidor debe unirlos a los demás bienes. Y a su vez ordena el artículo 3474, que en toda partición deben separarse los bienes suficientes para el pago de las deudas y cargas de la sucesión. Llega en esta reacción el Código hasta disponer, artículo 3475, que los acreedores de la herencia, reconocidos como tales, pueden exigir que no se entreguen a los herederos sus porciones hereditarias, ni a los legatarios sus legados, hasta no quedar ellos pagados de sus créditos.



Pero, ¿cómo es esto? ¿Hay entonces créditos hereditarios, que están en la masa indivisa? ¿Hay que separar bienes para pagar deudas que pesan sobre la masa entera? Y sobre todo, los acreedores de ella, tienen privilegios sobre los herederos y sus acreedores? Cualquiera siente que es eso incompatible con la división de créditos y deudas, y sus aplicaciones: 3471, 3486, 3487/8 y más aun con el artículo 3489.

Y la prueba de que es incompatible está en la unánime opinión de que hay que reformar las disposiciones de tradición romana, como lo han efectuado las legislaciones recientes.

Bastan los dos textos de los artículos 3474 y 3475, para establecer el principio fundamental: antes de dividir, hay que pagar, y, si es necesario para ello, cobrar y vender. Esto, porque la herencia constituye una masa, en que los herederos no tienen derechos para recaudar su parte dividida, sino aere alieno deducto. Y tampoco los tienen sus acreedores personales. Véase: § § 2032, 2046, 2047, 2058 a 2061, Código Alemán; artículos 602/3, 637 y 639, Código Suizo; 1113, Código Holandés. Proyecto de la société d'études législatives, artículo 36, y el informe de su Comisión, Bulletin, 1910, página 264. Proyecto del gobierno francés (Darlan) sancionado por el Senado, artículo 19, Revue trimestrielle, 1909, página 215. Van Biervliet, números 258/61, 357 y siguientes. Capitant, L'indivision héréditaire, Revue critique, 1924. Colin y Capitant, 3, página 594. Planiol, 3, número 2073, bis. Planiol, Ripert, Maury y Vialleton, números 363 y siguientes.



Se sustituyen todos los artículos del Título que va del 3449 al 3538, por el siguiente:

CAPITULO I

Del estado de indivisión

Art. 1. — Cuando varios herederos son llamados a una sucesión, la masa hereditaria es propiedad común de ellos.

367, 391, 468/73. Bonnecase, Supplément, IV, página 308. Josserand, Livre du centenaire, I, página 357.

Protokolle, V, página 835. Planck, notas preliminares al título 4, sección II, Libro V. Dernburg, Erbrecht, § § 175 a 178. Endemann, Erbrecht, II, § § 134/5. Kuhlenbeck, von den Pandekten, III, § 37.

Puede verse en Demolombe, 17, número 292, la solución poco satisfactoria que da a las cuestiones derivadas de la división ipso jure, de los créditos. Reconoce que las de las deudas no entran dentro de la conclusión a que llega. Véase Colin y Capitant, III, página 314.

Art. 1. — El artículo 3449 dispone que la posesión de la herencia por uno de los herederos aprovecha a los demás. Equivale a decir que hay una masa poseída por uno que representa a todos los que en ella tienen derecho, sea la posesión legal, sea judicial. En otros términos, puesto que la posesión es una faz del derecho hereditario, según lo hemos dicho en una nota anterior, el derecho sucesorio ejercido



Puede cada uno disponer de su parte hereditaria, pero no de parte alguna en un bien de la sucesión.

Es nula la disposición de la parte hereditaria si no se hace por escritura pública, cuando excede de dos mil pesos moneda legal, o se comprenden inmuebles en la masa.

Art. 2. — La administración de la sucesión pertenece en común a los herederos. En caso de desacuerdo se designará por el Juez, si lo creyere necesario, administrador a uno o varios de ellos. Cada coheredero está obligado a concurrir a las medidas convenientes para la gestión regular, o a la separada, si fuese nombrado para ella. Sólo se nombra a un tercero, en caso de dificultad insuperable.

por uno de varios herederos, equivale al derecho ejercido por todos, que benefician, del acto del heredero de cuota. § § 2032 y 2033, Código Alemán.

Sobre la forma de la cesión, artículo 1184, número 6.

En cuanto a la prohibición de disponer de una fracción de bienes particulares, en contra, artículos 3486 a 3487.

Se ha proyectado ya en el Libro II, que los acreedores personales del heredero no pueden expropiarlo de su parte por ejecución judicial.

Art. 2. — Código Alemán, § § 2038 y 744/5. Artículo 602, Código Suizo — Demolombe, 15, número 485. Van Biervliet, número 263, apoya contra Laurent, la opinión del primero, que autoriza al Juez para nombrar administrador en caso de desacuerdo. Las leyes locales de procedimiento,



Las medidas conservatorias de los derechos sucesorios pueden ser tomadas y las acciones relativas ser deducidas por cualquiera de los coherederos, por el todo, sin el concurso de los otros.

Se aplican a la administración, subsidiariamente, las reglas dispuestas para la de la cosa común, Libro III.

Art. 3. — Los coherederos no pueden disponer, sino por acuerdo unánime, de los bienes de la sucesión.

El deudor no puede compensar con el crédito de la sucesión, el que tiene contra uno de los coherederos.

Art. 4. — Tratándose de un derecho de la masa hereditaria, el obligado no puede hacer la prestación sino a todos los herederos reunidos, y ningún heredero puede demandar la entrega, sino a todos ellos. Cada heredero puede exigir la consignación judicial por cuenta común, o si la prestación no es susceptible de consignación, se nombre un depositario judicial de ella.

también en este punto, se han permitido disponer que se le nombrará aunque no haya disidencias. Corregimos el texto actual del artículo 3451, pero limitamos, de acuerdo con la tradición de nuestro derecho, la elección entre los herederos.

Art. 3. — § 2040, Código Alemán. Artículo 602, Código Suizo. En contra de la segunda parte, artículos 3485 y siguientes, Código Civil.

Art. 4. — Artículo 7, título proyectado de las obligaciones divisibles e indivisibles. § 2039, Código Alemán.



Art. 5. — Lo adquirido en virtud de un derecho de la herencia, o como indemnización de un daño experimentado por ella, o por un acto jurídico referente a ella, pertenece a la sucesión.

También le pertenecen los frutos de los bienes hereditarios.

Art. 6. — Cada coheredero puede en el estado de indivisión deducir la petición de herencia, y las acciones reales y posesorias que competen a la sucesión, en toda la extensión de ellas.

El demandado puede exigir la intervención en el juicio de los demás interesados. La sentencia producirá los efectos expresados en los títulos De la cosa juzgada, Libro I, y De las obligaciones solidarias, Libro II.

Art. 5. — § § 2041 y 2038, Código Alemán.

Art. 6. — En contra, artículo 3450, Código Civil. Véase nuestra nota al artículo 3, título del condominio, Libro III, y al artículo 14, título de las obligaciones solidarias, Libro II. Van Biervliet, número 258.

Ya se comprende que con eso no se pretende que las acciones reales constituyen obligaciones, ni solidarias ni indivisibles. Lo que se quiere decir, es que toda acción cuyo fundamento sea un derecho real, sea uno personal, se da contra la persona que los ha herido, y se convierte en un derecho contra ella, personal, por consiguiente, para obtener la restitución de lo que indebidamente posee — reivindicación, — o la abstención de hechos suyos — acción confeso-



Art. 7. — Antes de efectuada la división de la herencia, los acreedores particulares de los herederos no pueden ejercer sus acciones sobre los bienes de la sucesión.

Los coherederos pueden impedir, mientras no esté realizada la división, el ejercicio de las acciones de los acreedores hereditarios y de los legatarios en sus bienes personales. Pueden esos acreedores deducirlas contra la masa he-

ria o negatoria. Por eso se acostumbra decir que la acción en juicio constituye una manera de derecho personal.

Art. 7. — § 2059, Código Alemán. Artículos 1082 y 1084, Código Español. Artículo 36 del proyecto de reformas de la Comisión francesa, y sobre él el informe de su ponente. Bulletin de la société d'études législatives, 1910, páginas 239 y 264. El artículo 19 del proyecto del gobierno francés (Darlan) concede privilegio a los acreedores hereditarios sobre los bienes de la masa "no obstante la división de las deudas entre los diversos herederos", en caso de separación de patrimonios, y lo mismo el artículo 37 del proyecto antes citado.

Los artículos 2058, Código Alemán, y 603, Código Suizo, declaran obligados solidariamente a los coherederos por las deudas hereditarias. El 2060 del primero, dispone que después de la partición, cada uno de ellos sólo responde por su parte hereditaria.

Creemos deber limitar a lo dispuesto en el texto, la responsabilidad. Que los bienes hereditarios están indivisible-



reditaria indivisa. Los gastos de sepultura son créditos contra la masa.

Art. 8. — Los legatarios no pueden reclamar la entrega de sus legados, aunque sean de cosa cierta, antes de quedar íntegramente pagos los acreedores de la masa indivisa.

Art. 9. — Cada coheredero, los acreedores hereditarios

mente afectados a los compromisos hereditarios por deudas, se justifica. En ese sentido el Código Alemán no difiere de lo que proyectamos, porque no hay división de la deuda. Pero esta situación que el Código Alemán llama de solidaridad, sólo cesa “después de la partición”, lo que es excesivo, porque si los bienes no alcanzan parece resolver el Código citado, que los deudores están obligados por el todo, pues, ¿qué han de dividirse si no hay bienes? Y más severo es, todavía, el Código Suizo.

Una cosa es la afectación patrimonial de la masa, y otra cosa, muy diversa, es la responsabilidad solidaria *ultra vires*. Esta, no puede, no debe ser, sino por la misma parte hereditaria y no más allá. En el Código Alemán se ha establecido la solidaridad para incitar a los coherederos a efectuar rápidamente la liquidación y la división de la masa. Después de ésta, la responsabilidad solidaria subsiste, si no se hizo convocación de acreedores, que en ese Código es facultativa, y al contrario, es sustituida por la fraccionaria de cada heredero, si aquélla se efectuó. § 2061.

Art. 9. — § § 2045, 2061 y 1970, Código Alemán. Artículo 1082, Código Español, y la ley de procedimiento del mis-



y los legatarios, pueden exigir la citación judicial por el tribunal de la sucesión de los acreedores conocidos o desconocidos de la herencia, y oponerse a que se efectúe la división antes de cubiertas las deudas y cargas pendientes de pago.

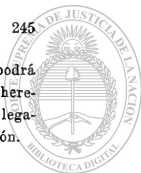
El Juez fijará el término para la presentación según las circunstancias, pero no podrá ser inferior a noventa días ni exceder de ciento ochenta. El plazo corre desde la primera publicación.

mo país, que como las nuestras lo fijan para la convocación en los ab-intestatos. No hay motivo para limitarla a ese caso. Los derechos de los acreedores son siempre los mismos, aunque se trate de sucesión testamentaria.

Nuestra tradición legislativa limita el plazo a treinta días para la presentación. El Código Alemán a seis meses, y esto, contados desde la última publicación. Creemos demasiado estrecho el de nuestras leyes locales, especialmente en casos de comerciantes, fabricantes, etc., con relaciones de negocios en el extranjero.

El término del Código Alemán que es determinado por esa consideración, nos parece detener por tiempo excesivo la liquidación definitiva. Bien está que no se perjudique a los acreedores, haciéndoles depender de la responsabilidad fraccionaria de los herederos, pero los plazos que proyectamos son más que suficientes para todos los supuestos.

No ha de olvidarse que, según lo hemos propuesto en un título anterior, los acreedores pueden pedir la facción de inventario y la citación pública de todos los interesados. Ellos



Art. 10. — Vencidos los términos establecidos, podrá efectuarse la partición siempre que se dejasen bienes hereditarios indivisos suficientes para cubrir los créditos y legados pendientes, o litigiosos, o sujetos a plazo o condición.

No podrán sustituirse por garantías.

Art. 11. — Antes de la partición, los herederos pueden proceder a la liquidación de la herencia. Será judicial si hay herederos incapaces o ausentes, o cuando cualquiera de los interesados lo solicite, sin necesidad de justificar motivo para ello. Podrá realizarse el activo en cuanto sea necesario.

Art. 12. — En caso de que las partes hereditarias sean

verán qué procedimiento les conviene más seguir y si les importa tomar la iniciativa.

Nuestro texto autoriza a los coherederos, a los acreedores y a los legatarios a pedir la citación de los interesados y la suspensión de la partición. Los § § 2045 y 2061 del Código Alemán sólo hablan de coherederos. Pero el § 1994 permite proceder a los acreedores para exigir la facción de inventario, y además, los § § 2045 y 2060/1 obligan indirectamente a los herederos a adoptar el procedimiento de nuestro texto. El Código Español, artículo 1082, conforme, bajo ese aspecto, con nuestro proyecto.

Art. 10. — Artículo 3474, Código Civil. § 2046, Código Alemán.

Arts. 11, 12 y 13. — En lo principal conformes los § § 2042, 2043 y 2045/6 Código Alemán.



inciertas porque se espera el nacimiento de un heredero, la partición quedará aplazada hasta que la incertidumbre haya desaparecido.

Se procederá de la misma manera cuando las partes hereditarias sean inciertas, por depender de un litigio sobre filiación, validez de un matrimonio u otras causas semejantes, o de la aprobación de una fundación hecha por el causante.

El Juez de la sucesión podrá autorizar en esos casos las medidas de conservación o de disposición de los bienes que sean urgentes o justificadas por la liquidación y solicitadas por parte legítima, con audiencia de los interesados.

Art. 13. — Se procederá de acuerdo con el artículo anterior, cuando no se hubiera convocado a los acreedores o estuviese pendiente el término para su presentación.

La audiencia a que se refiere el artículo anterior consistirá en oír las observaciones y admitir las pruebas de los que manifestasen oposición.

Exigimos la intervención judicial en todos los casos en que la reclamen los interesados, y, además, allí donde la liquidación está suspendida y haya de atenderse a obligaciones o eventos que determinen medidas urgentes. Es el sistema de nuestro Código, en materia de aceptación a beneficio de inventario.

Decimos “causas semejantes”, porque puede haber litigio sobre la existencia de cualquiera de las que impiden el



Art. 14. — Pagados los acreedores hereditarios y los legados, el excedente de los bienes pertenece a los herederos, en proporción de sus derechos. No se pagarán los legados hasta después de satisfechos los créditos y cargas comunes de la herencia.

Art. 14 bis. — Los coherederos tienen derecho de preferencia cuando uno de ellos ha cedido su parte indivisa, a título oneroso, a un tercero ajeno a la sucesión para adquirirla bajo las mismas condiciones. Ese derecho debe ser ejercido dentro de los sesenta días de comunicada la cesión a los coherederos. Se trasmite por sucesión.

Si la parte cedida ha sido entregada al adquirente, el derecho de preferencia puede ser ejercido directamente contra éste. El cedente debe comunicar en seguida a sus coherederos la cesión. Si el adquirente traspa su derecho a otro, contra éste se puede proceder.

Art. 14 ter. — El derecho de preferencia del coheredero, se ejerce mediante la aceptación de las condiciones reales y

derecho hereditario entre esposos o sobre indignidad de un heredero.

Art. 14. — Art. 3475, Código Civil. § 2047, Código Alemán.

Arts. 14 bis y ter. — § 2034, 2035 y 2037, Código Alemán. Artículo 841, Código Francés. Artículo 1067, Código Español. El artículo 635, Código Suizo, no admite el retracto,



efectivas concertadas con el tercero primer adquirente. Puede probar la simulación, si la hubiese. Ejercido el retracto, se desvanece todo derecho adquirido por el tercero.

pero tampoco acepta que el tercero adquirente de derechos hereditarios, intervenga en la liquidación y en la partición.

Es la facultad concedida a los coherederos discutida en algunos países, porque se ve en ella una derogación no justificada del principio fundamental de la libertad de contratar, y, además, porque la simulación, que es constante en las adquisiciones de cuotas hereditarias, hace generalmente ilusoria la medida para eliminar al especulador que se entromete en la sucesión, con espíritu de lucro poco ecuánime en general.

No parece muy justificada la crítica. La libertad de contratar no queda perjudicada desde que no se modifican las condiciones estipuladas con el tercero, que son las del retracto mismo.

Y no porque la simulación sea casi siempre la regla que encubre la usura vulgar y mísera, en esa clase de operaciones, deja de ser posible en muchos casos demostrarla, y librarse de la ingerencia en la familia de un tercero no siempre recomendable. La experiencia de nuestros tribunales, en virtud de no existir el retracto, no puede ser más deplorable. La intervención de terceros se traduce en un pleito interminable tendencioso, calculado con el propósito de forzar a los coherederos a hacer concesiones indebidas, con el solo objeto de salir del eterno litigio. Están desarmados legalmen-



CAPITULO II

De la partición

Art. 15. — Liquidado el pasivo hereditario, cualquiera de los coherederos puede pedir la partición de los bienes excedentes.

Art. 16. — El causante puede disponer por testamento

te contra el intruso, a quien no anima sentimiento alguno de familia o de consideración por los herederos.

El expediente adoptado por el Código Suizo no es de seguir. Es, ante todo, inconstitucional, no permitir el ejercicio y defensa del derecho adquirido en juicio. Es, además, ilusorio, pues por la vía de la representación se da la intervención negada, por intermedio del mandatario impuesto por el comprador que ejecuta las órdenes de éste.

Ha dicho un escritor que el retracto, si no en todos los casos es efectivo, por lo menos suministra un medio que en alguno de ellos permite defenderse contra la usura. Basta esa posibilidad, para que lo proyectemos. Ver van Biervliet, número 350.

Arts. 15 y 16. — El artículo 3452 autoriza la división hasta en el caso de convención o de disposición contraria del testador. Es, pues, nula según ese texto.

Pero el artículo 2694 permite a los donantes y testadores imponer la indivisión por un término que no exceda de cinco años. Y el 2693, convenirla los coherederos por ese plazo.



que no se hará división de sus bienes por un término que no exceda de diez años.

Si los herederos son forzosos podrá prohibir de igual manera la división cuando existan uno o varios menores, hasta

No hay armonía entre las disposiciones citadas, especialmente dentro de la teoría del Código, en materia de pluralidad hereditaria, desde que no se ve en ella sino un condominio en las cosas y en los créditos indivisibles, una comunión accidental. El condominio puede establecerse por disposiciones de última voluntad: artículo 2675, y a éstas se refiere el artículo 3452.

Para conciliar las disposiciones hay que limitar a los herederos forzosos la aplicación del último — artículo 3598.

Pero con eso se evitan dificultades de casuística. No se armonizan las ideas fundamentales.

Y, en primer lugar, autorizar a los herederos y a sus acreedores a exigir la partición hasta en el caso de haber convenido unánimemente los primeros, la indivisión, esto es, declarar nula toda convención de aplazamiento de la división, es establecer una prohibición injustificada. Porque los herederos son dueños de los bienes y pueden administrarlos de la manera que mejor crean convenir a sus intereses. Si piensan que las condiciones de los bienes — una fábrica, un comercio, una explotación rural — les aconsejan no destruir su valor por la división, privándola de los capitales circulantes, del trabajo o explotación común de los hijos, o si creen útil continuar juntos los negocios de su causante, ¿por qué

que haya llegado el último de ellos a la mayor edad. Podrá extender en este caso, la prohibición a los bienes gananciales por el tiempo que le sobreviva su cónyuge, aunque todos los herederos sean mayores.

no han de hacerlo? Y si se les prohíbe la indivisión, ¿quién les impide constituir una sociedad, con la reserva de la propiedad?

En todas partes del mundo, esta fatalidad legal de la división, se ha considerado como un atentado al derecho individual, determinado por la hostilidad revolucionaria a la subsistencia colectiva de la masa hereditaria. Impide la continuación de las empresas industriales fundadas por el autor de la sucesión. La muerte del jefe de la familia trae la destrucción de su empresa: no la continuarán ya sus hijos. El gran incentivo de todo fundador, el de trabajar para resultados permanentes, queda destruído. La familia se disuelve, por fuerza de la ley. El banco, el comercio, la explotación cada vez más poderosa del establecimiento que constituía la fuerza del fundador, en que ponía su orgullo, están destruídos, y con ellos, una parte del valor heredado. No hay industria, comercio de exportación, potencia productora, posible en esas condiciones. La muerte del dueño, es la de sus empresas. Sólo las anónimas son posibles, y esto no es, ciertamente, un bien para el Estado.

Si lo que se desea evitar — y es el único fundamento que antes se daba, para impedir la subsistencia de la indivisión — son los pleitos que ella trae, las enemistades entre





los interesados, si es eso, repetimos, sólo existe entre las familias desavenidas. La prueba contraria resulta de la convención, del acuerdo unánime, en continuar el trabajo del padre, del esposo fundador. La división forzosa es el desastre. Por eso convienen en impedirlo. ¿Por qué se opone la ley? No son los herederos mejores jueces que ella, para resolver lo que les interesa? Si no existen desavenencias entre ellos, ¿por qué se las impone presuntas?

Agréguese que con frecuencia el estado actual de los valores o los negocios, aconseja no realizar los bienes que no admiten cómoda división, o en que no se ha llegado a una adjudicación por acuerdo. ¿Por qué no aplazar la realización hasta época mejor?

No. Nadie sostiene hoy la regla del artículo 3452. Es antisocial, antieconómica e inconstitucional. Es, lo repetimos, antisocial, porque desune la familia y porque la unión de la indivisión protege a sus miembros, sobre todo a las hijas, contra las maniobras de los esposos. Es antieconómica, porque destruye fuerzas productivas. Es anticonstitucional, porque impide la libertad de los contratos y la disposición libre de lo que pertenece a cada uno, según su entender.

El artículo 3452 es insostenible, y nadie, en ningún país, lo desconoce. Se busca, en todas partes, hasta en los casos de menores, desavenencias, etc., esto es, en los de división forzosa, evitar el desastre que importa la división necesaria según las reglas actuales. Se ha dicho, con toda verdad, que la ley protege a los incapaces, en beneficio de los impuestos



y los gastos curiales. Se imponen intervenciones necesarias de peritos, partidores, defensores, costas judiciales. La muerte del causante es la desgracia mayor que puede experimentar una familia: están en asecho las dificultades que nacen de la división que no piden ni necesitan. Las regulaciones se llevarán buena parte de la herencia.

(Véase el informe de la Comisión encargada del estudio de la cuestión y su discusión en Bulletin de la société d'études législatives, 1905, 1926 y 1927).

Ese Código, que no permite convenciones ni disposiciones testamentarias que aplacen la división, autoriza, sin embargo — artículo 2613 — a los donantes y testadores, a prohibir por diez años la enajenación de los bienes que donasen o dejaren a los sucesores. Y eso es mucho más que impedir la división. Es impedirla, si los donasen o heredaran a varios en ellos, y es más grave perturbación económica que limitar la indivisión. ¿Cuál es, en presencia de todas esas incongruencias, el verdadero pensamiento legal?

El Código Alemán — § 2044 — autoriza al testador a ordenar la indivisión por un término de treinta años. El artículo 984, Código Italiano, autoriza esa disposición por todo el tiempo necesario para que llegue a la mayor edad el último de los coherederos. Ninguno limita la facultad del testador a los herederos no forzosos. Comprende a todos.

Hemos considerado excesiva la autorización de treinta años del Código Alemán. Es, sin embargo, resultado del criterio moderno determinado por las exigencias económicas de



los grandes estados manufactureros. Si los testadores creen necesario disponer la indivisión por un largo período, una de dos:

O se trata de herederos que sólo lo son por la voluntad del causante, y éste, que pudo no darles nada, pesa y mide, lo que en su concepto soberano, conviene mejor.

O se trata de herederos, hijos o esposos, a quienes el jefe de familia protege, en vista de muchas circunstancias que conoce íntimamente, mejor que la ley, y mejor que los jueces, para salvarles la herencia, que considera en peligro. ¡Cuántos, entre nosotros, hubieran evitado la ruina, si la ley permitiera al causante la protección de sus hijos, que ahora le impide, so pretexto de posibles desavenencias!

Un eminente juriconsulto nos incitaba a establecer francamente la autorización al testador para prohibir a sus hijos la libre disposición de los bienes heredados. Era la resultante esa opinión de su experiencia de abogado. ¿Quién no conoce, entre nosotros, los innumerables casos en que hubiera sido esa medida, bendecida por todas las víctimas de la libertad de disponer, por sí o por sus representantes legales?

En Francia se toca cada día con la mano, la necesidad de proteger a los hijos menores contra las consecuencias de la división impuesta por la ley, que los sacrifica contra su verdadero interés, so pretexto de protección. No puede reservárseles la parte en el patrimonio paterno colectivo, hasta su mayor edad. Son expulsados por fuerza de la fábrica o la heredad paterna. La empresa próspera, en que el padre



veía el porvenir de sus hijos, no es para ellos. La ley no lo quiere: hay que dividirse, y salir de la herencia común, aunque todos los deudos desearan continuar en ella, aunque el testamento disponga lo contrario. ¡No hay protección posible después de la muerte! No continúa para el huérfano: la ley no lo quiere; — el padre ha muerto.

(Véase los informes de Piédelièvre, en el Bulletin citado, 1905, 1926 y 1927, sobre la indivisión respecto de los menores, y las conclusiones a que se llegó sobre el punto).

Hemos adoptado para los convenios el término de diez años que el artículo 2613 autoriza para la prohibición de enajenar. Y el del Código Italiano para los menores de edad, que éste extiende a un año después de cumplida la mayoría del incapaz. Los mayores pueden convenir dentro del plazo legal, lo que vean mejor para las circunstancias, el estado de la familia, la supervivencia del padre o de la madre, etc. Pueden renovar la convención, y, por consiguiente, no se ve motivo para prolongar el término en razón de circunstancias que durante él pueden cambiar. El actual de cinco años, de los artículos 2693/4, es notoriamente insuficiente.

Pero creemos corregir los inconvenientes posibles de la indivisión, sobre todo la derivada de la menor edad, por la limitación del artículo 984, Código Italiano, que la Comisión francesa de estudios antes citada consideraba deber apoyar. La autorización judicial podrá permitir la división si graves y urgentes circunstancias sobrevinientes la imponen, no obstante la disposición testamentaria o contractual.



Art. 17. — Es nula la convención o la disposición que autorice la indivisión por un tiempo mayor que el expresado, pero sólo en lo que exceda ese tiempo. Puede ser renovada por acuerdo unánime de los interesados, de manera que no autorice un término mayor de diez años.

Art. 18. — No obstante la convención o la disposición testamentaria, el Juez podrá autorizar la división, si sobreviniesen circunstancias graves y urgentes que hicieran perjudicial continuar la indivisión.

Art. 19. — Si entre los coherederos hubiese incapaces o ausentes, sus representantes pueden pactar la indivisión con

Por último, el grave problema de la división forzosa judicial, y sus exigencias legales, ha sido materia de estudios serios en los últimos tiempos. Tal como está organizada en el Código, es la opinión unánime, constituye una ruina para las familias.

Seguimos las conclusiones más generalizadas de esos estudios, en las reglas que proyectamos más adelante.

Art. 19. — El sistema actual de división forzosa conspira contra los intereses de los incapaces a quienes so pretexto de protección se les causa muchas veces perjuicio grave. Si las circunstancias aconsejan a todos los interesados aplazar la indivisión, y si lo juzga conveniente el representante de los incapaces, ¿por qué el Juez, si se le demuestra la ventaja de la medida, no podría autorizarla, si su convicción se formara en idéntico sentido?



los otros, previa la autorización judicial con audiencia del Ministerio de menores.

Art. 20. — En todos los casos de indivisión, pueden

El Código, artículos 443, inciso 12, 444, 415/7, autoriza al Juez para hacer continuar los establecimientos de comercio o industria que el menor hubiera heredado, “o en que tuviera alguna parte”, y el social “tomando en cuenta las disposiciones del testador”, no obstante la regla general del artículo 3452, y la disolución de la sociedad a que ha dado lugar la muerte de un socio, en cuanto a él: artículos 1760/1.

Si el principio de la indivisión, según las conveniencias del menor, puede ser admitido, la razón de decidir, obliga a generalizarlo para todos los casos que no son el de tutela único previsto, y aplicarlo no solamente a la patria potestad y curatela, sino también a la indivisión de la sociedad conyugal, y a respetar en todos ellos la voluntad del testador.

La indivisión en la sociedad conyugal no la prolonga. Extinguida está. Sólo se refiere al conjunto de bienes gananciales y a los propios del cónyuge testador, si a ellos los comprende la disposición. Lo mismo debe decirse de la parte de un socio en los bienes sociales.

Sobre todos los puntos que comprende la cuestión de indivisión cuando hay herederos incapaces, véase el informe de la Comisión francesa de reformas, en el Bulletin de la société d'études législatives, 1905, páginas 233 y siguientes.

Art. 20. — Artículo 3464, Código Civil, al cual se suprime, de acuerdo con lo ya expresado, el período final. La



convenir los interesados la partición provisional del goce o uso de la masa hereditaria, dejando subsistir la indivisión en cuanto a la propiedad. Si hubiera incapaces o ausentes interesados, la división provisoria deberá ser aprobada por el Juez, bajo pena de nulidad.

Art. 21. — La partición entre herederos mayores puede efectuarse, si están todos presentes, en la forma y de la

disposición proyectada es general, sea la indivisión natural, sea la indivisión convenida o dispuesta por el testador o autorizada por el Juez.

En cuanto a los no presentes pueden ser representados en la forma que previene el artículo 1184, 7º.

Por último, la aprobación puede resultar de un acto separado, que tiene efecto retroactivo por la fuerza de las cosas, desde que aprueba la partición hecha y sometida, como es, a la aceptación del no presente.

Nuestro artículo proyectado exige para la partición privada, la unanimidad. El 3462 admite que la hay por decisión de la mayoría.

No se ve cómo puede justificarse una partición impuesta a la minoría. Los derechos de todos los partícipes son igualmente dignos del amparo legal. Y esto, con mayor razón en una partición en que varios que reúnen la mayoría, la forman por su alianza de intereses, y sacrifican a los demás, sea en la atribución de los lotes, sea en las operaciones preliminares de la división.



manera que convengan unánimes. Se observará lo dispuesto por el artículo 1184.

Los no presentes deberán ser representados por mandatarios con poder especial.

Podrán también expresar por escritura pública si la requiere la división, su aprobación de la partición convenida: tendrá efecto retroactivo al día de la celebración.

No es feliz la solución del Código, tomada de Goyena, artículo 902, sin advertir que éste concede recurso ante el Juez, lo que no aparece del texto del artículo 3462 ni del artículo 3465 de nuestro Código. En éste se habla de hacer la partición judicial; en aquél de efectuarla extrajudicial, la que está realizada por la decisión de la mayoría. No es, pues, aquel 3465, 3º, un recurso de apelación, sino una acción de instancia. No hay duda que si los herederos no se acuerdan en hacer la división privada, procede la judicial. Pero esto sólo demuestra la incongruencia de las dos disposiciones, porque entonces no hay partición privada "por mayoría de votos".

La única razón que da Goyena, es la de necesidad para "que no se prorrogue la indivisión y que los curiales no se apoderen de la partición".

Este peligro de los curiales aparece en todos los estudios sobre la partición en los diferentes países. Pero el remedio no está en sacrificar la minoría, sino en simplificar las formalidades de la partición judicial.

La nota del artículo 3462 cita a Demolombe, y hasta su número 650 (Tomo 15) para justificar la manera de for-



Art. 22. — Se reproduce el artículo 3465, modificado así:

Sin perjuicio de lo dispuesto sobre indivisión, por los artículos precedentes, la partición será judicial, bajo pena de nulidad:

1º Cuando haya incapaces, o menores emancipados, interesados;

mar la mayoría. Pero Demolombe nunca ha dicho que la partición se efectúa por decisión de la mayoría, impuesta a la minoría. Ha dicho lo contrario. Es necesaria la unanimidad: 15, número 600. En el número 650 no se ocupa de eso. Trata solamente de la manera de resolver la venta de cosas muebles que la mayoría juzga necesaria, para pagar las deudas, la cual el Código de Procedimiento Francés defiende a su voto. Se trata de un acto de liquidación y no de partición.

Art. 22. — Modifica profundamente el artículo 3465, nuestro proyectado texto.

1º En primer lugar declara subsistentes los acuerdos, disposiciones testamentarias y judiciales, relativas a la indivisión, contra todos, entre ellos los acreedores de los herederos, a quienes concede el artículo 3452 derecho para pedir la partición “no obstante cualquier prohibición del testador o convenciones en contrario”. Declara, además, que son éstas obstáculo para la partición contra “terceros, que fundándose en un interés jurídico” — artículo 3465, 2º, — piden la división.



2º Cuando el causante fué declarado ausente y se dió posesión definitiva de sus bienes a los herederos;

3º Cuando hubiesen herederos o legatarios ausentes. Se consideran ausentes los no presentes, aunque su existencia no fuera dudosa. Se observará lo prevenido en el artículo 17, título de la ausencia;

El convenio entre coherederos es obligatorio para sus acreedores, de acuerdo con la regla general de todos los contratos. Del hecho de ser deudor no se sigue que existe limitación en la capacidad jurídica para administrar libremente el patrimonio. Si hay fraude en la convención, tienen los acreedores la acción pauliana para obtener la anulación del pacto de indivisión — Demolombe, 15, número 509. Aubry-Rau, 6, § 622 y nota 5º.—No restringimos la solución al caso de que los acreedores de cada heredero no hubieran iniciado la partición, porque si usan de la acción de su deudor, no privan a éste de la administración libre de su patrimonio, y principalmente porque el acreedor particular de un heredero, no puede impedir a todos éstos el ejercicio de su propio derecho de pactar el aplazamiento de la división que les es perjudicial. Y si los acreedores se colocan como terceros, no tienen como tales otros derechos que los que la herencia misma ha atribuido a los coherederos. Esa herencia recae sobre una unidad de bienes en que ningún heredero tiene derechos exclusivos, sino conjuntos. Y porque son conjuntos deben ser ejercitados de manera que no causen perjuicio a los herederos todos, que no son ni deudores ni limi-



4° Cuando terceros, fundándose en un interés jurídico, se opongan judicialmente a que se haga partición privada;

5° Cuando los herederos capaces no se acordasen en una partición privada.

Los herederos capaces podrán en todo tiempo separarse de la partición judicial por resolución unánime.

tados por el derecho del tercero, particular al coheredero, que pretende proceder sobre su cuota indivisa.

Fuera del caso de convención, la indivisión testamentaria o judicial, se impone a los acreedores del heredero que no tienen mejores derechos que los de su deudor.

La solución proyectada es la de la Corte Francesa de Casación, y general entre los escritores recientes: van Bievliet, número 267. Planiol y Ripert, número 490. Baudry et Barde, Obligations, número 639.

2° El inciso 1°, del artículo 3465, habla de “ausente cuya existencia sea incierta”. Pero hay dos situaciones profundamente distintas, que llenan esa condición. El ausente, cuya suerte se ignora, puede tener participación en una herencia abierta antes de su desaparición, o, a la inversa, tenerla eventual en una abierta después de ella. En la primera, puede ejercerse a nombre de él la acción de partición. En la segunda, no, pues no consta su existencia en el momento de la apertura de la sucesión.

Por último, puede no estar presente, y en tal caso debe procederse como se ha dispuesto por punto general para tales casos: cae en el expresado por el inciso 5° desde que no



Art. 23. — Se reproduce el artículo 3469, modificado así:

Se formará para la partición la masa hereditaria reuniendo las cosas existentes, los créditos de la sucesión tanto

hay convención. Ver Boitard, Proc. civile, 2, número 1120. Beltjens, Code de proc. civile, 2, sobre el artículo 911, número 2. Informe de la Comisión francesa ya citada, Bulletin, 1905, página 215. Demolombe, 15, número 599.

—— También habla de menores emancipados. Impone en tal caso la partición judicial.

Pero el artículo 3456 exige para ese supuesto el nombramiento de curador especial. La protección resulta por demás onerosa. La curia, como lo temía Goyena, se apodera del caso, y ni permite al emancipado vigilar personalmente sus intereses ni elegir su representante. Se le da curador de oficio, es decir, un desconocido. Si se trata de una menor casada, el marido no la representa ni protege ya.

Todo eso es vejatorio e inútil. Basta con la intervención del Ministerio de menores y del Juez, para garantizarse de que no hay abusos notorios, y poco agregará como seguridad la presencia de un agregado curial, que ni conoce las relaciones de familia o negocios, ni las vigilará mejor que el emancipado mismo.

Por eso no reproducimos la disposición del artículo 3456. Nuestro proyecto se ajusta a la regla general del artículo 135, párrafo último.



contra extraños como contra los mismos herederos y lo que cada uno de éstos deba colacionar.

Art. 24. — En sustitución del artículo 3466, el siguiente:
Cuando la formación de la masa, o su división en lotes

Art. 24. — El artículo 3466 dispone imperativamente que se hará tasación en las particiones judiciales, y que lo será, precisamente, por peritos nombrados por las partes. Ya se sabe lo que ocurre: si no se acuerdan en ello, se forma un tribunal compuesto de varias personas. El más grave inconveniente que en todos los países se ha advertido en las particiones judiciales, es el de los gastos excesivos que impone. Hay que proteger a las minorías y a los incapaces, y esto determina formalidades onerosas, pero no es este motivo suficiente para imponerlas sin necesidad. Es demasiada protección, ésta, dice un escritor, que se traduce en una participación en la herencia, ruinosa para los protegidos.

Cuando los bienes, por su naturaleza, admiten cómoda división, la tasación es innecesaria. Cuando no la admiten y es menester venderlos para distribuir su precio, también lo es. Y puede serlo, cuando las cosas tienen precios corrientes, fondos públicos, acciones, mercaderías cuyos precios de adquisición, constan, etc. Los inmuebles no necesitan de tasación cuando se han adquirido recientemente, o una parte homogénea de ellos o vecina, ha sido vendida en tiempo próximo, por el causante o por terceros. Y por este estilo en muchos otros casos. Hasta ciertas leyes de esta capital y de provincias, han permitido que se tomen por base las estima-



lo exija, se procederá a la estimación de los bienes. Si el Juez lo considerase necesario podrá disponer que se haga por el perito que nombrará, si las partes no lo propusieran unánimes.

ciones fiscales hechas para otros fines. Han derogado sin atribuciones constitucionales el artículo 3466, Código Civil.

La estimación debe ser, pues, determinada por las exigencias mismas de la división. Si hay que colacionar o reducir los legados o adjudicar bienes de distinta condición en los lotes, puede comprenderse que se exija tasación. Pero si se necesita vender el bien por cualquier causa, si se hizo de él una estimación anterior respetable — por un banco hipotecario, por ejemplo, — si una fábrica tiene valores establecidos por los inventarios que constan de sus libros, y no se levanta objeción por los interesados, ¿a qué viene la tasación “hecha por peritos nombrados por las partes”?

El Juez tiene una latitud que determina su condición de perito supremo por derecho, y de oficio, si es necesario, pero no caprichosa o arbitrariamente, puede exigir la estimación, pericial o no, cuando su deber de protector de los derechos que imponen la división judicial, las objeciones producidas u otros motivos, se lo aconsejen.

Ver Laurent, 10, número 333. Piédelièvre, informe de la Comisión de la société d'études législatives, 1905, páginas 215 y 357, y 1926, página 169; 1927, página 30, así como la discusión de él, en esos volúmenes. Planiol, Ripert, Maury y



Art. 25. — En sustitución del artículo 3467, el siguiente:

En la partición judicial, se observarán en la formación de los lotes, las siguientes reglas:

1º Las partes propondrán las bases de partición que entendiesen ser más ajustadas;

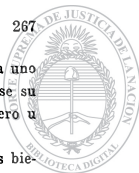
2º Se dividirán los bienes que admitiesen cómoda división. Se consideran tales los que no quedarán perjudicados en su valor, o condiciones de explotación económica, por su separación en lotes;

Vialleton, número 521. Colin y Capitant, III, páginas 521 y 523. Vitali, Successioni, 6º, número 579.

Art. 25. — De acuerdo con las modificaciones aconsejadas por los escritores varias veces citados, modificamos profundamente las reglas legales vigentes, y llenamos los vacíos del Código, que no da reglas para la división misma.

No son peritos los que hacen la división como lo ordena el artículo 3468. No se delega en ellos la función. La división la hace el Juez, oídas las partes, atentas sus preferencias, las condiciones de las cosas y personas interesadas. El Juez se mueve libremente en presencia de las circunstancias, los acuerdos, las divergencias.

Así. Un comerciante, un industrial, muere. Queda un establecimiento en pleno funcionamiento. Importa al Estado, que no se destruya esa unidad. Algunos herederos, tienen interés en continuar la explotación, en que ya trabajaban al lado de su padre. O uno de ellos, es menor, más o menos próximo a la mayor edad. Convendría aplazar la división



3º Podrán ser adjudicados los que no la admitan a uno o varios de los herederos que lo acepten, y si excediese su valor de los respectivos haberes, se compensará en dinero u otros bienes, el excedente.

Si éste hubiera de cubrirse por el adjudicatario, los bienes inmuebles adjudicados quedarán hipotecados en garantía del pago; salvo acuerdo contrario;

4º Las cosas que no admitan cómoda división y fuesen

para que pudiera participar en la explotación con sus hermanos. Una misma situación conduce, según esto, a varias soluciones distintas. En el primer caso, la adjudicación a los interesados en ella, es de justicia. En el otro, el aplazamiento. Hay que oír a todos los interesados, y pesar bien todos los intereses. El mayor impulso que puede tener un fundador es la continuación de su empresa entre sus descendientes. El interés del Estado concuerda con ese deseo. La unión de la familia es una fuerza social, que la división de los bienes rompe.

La función del Juez no es, pues, mecánica. Es el partidario supremo.

El inciso 3º permite la adjudicación de la cosa que no admite cómoda división, a quienes manifiestan interés en ella. Si son varios, a los que la pidan unidos. Si la piden exclusivamente varios, o varios grupos, se aplica el inciso 4º.

La presencia de incapaces, o de terceros oponentes, no es obstáculo, para la indivisión de buena fe, según se ha explicado en nota anterior.



solicitadas por varios herederos en oposición serán licitadas entre ellos, y se adjudicarán al mejor postor. El precio ofrecido se considerará valor de la masa.

Las que no fuesen solicitadas, o cuya adjudicación no se aceptase, serán vendidas en remate público, y su precio formará parte de la masa.

Aunque hubiera incapaces interesados podrá dejarse sin vender el bien e indiviso su valor, cuando las circunstancias aconsejasen aplazar su realización. La resolución unánime de las partes decidirá al respecto. Si no se obtuviera, resolverá libremente el Juez;

Por un artículo expreso hemos proyectado que la existencia de créditos y de legados impagos es obstáculo para la partición, debiendo reservarse bienes bastantes indivisos para el pago.

Nuestro inciso 7º dispone a su vez que esa reserva, no permite adjudicar los bienes a los herederos a quienes se impone en cambio la obligación de cumplir las deudas y legados.

El artículo 3497 permite poner a cargo de uno de los herederos el pago de las deudas, y eso puede ocurrir por adjudicación, como es de tradición en nuestro país derivada del derecho español. Es frecuente destinar a ese pago el excedente de valor en los bienes atribuidos por la hijuela personal del heredero.

Los artículos 3474 y 3475, disponen, el primero, imperativamente — “deben”, dice, — la separación de bienes



5º En la medida de lo posible, se formarán lotes en igualdad de condiciones, cubriéndose las diferencias, por sumas de dinero que abonará el adjudicatario, con la afectación expresada en el inciso 3º sobre los inmuebles adjudicados.

En caso de no aceptarse las adjudicaciones, los lotes se echarán a la suerte;

suficientes para el pago de las deudas y cargas de la sucesión, y el segundo, el derecho de los acreedores para oponerse a la entrega de los lotes a los herederos adjudicatarios.

Según esto, no es tan imperativa la separación. Puede no hacerse. Y si los acreedores que ignoran la división hecha, o la entrega solicitada, o la adjudicación total de los bienes, no se oponen en tiempo, se encontrarán en el caso del artículo 3497, puesto que comprende la división, el "título posterior" de que habla, según lo expresan Aubry y Rau en el pasaje citado en la nota.

Ahora bien. No está en cuestión la validez de la convención entre herederos para encargar a uno de ellos del pago. Es res inter alios acta, y los acreedores y legatarios no pierden su acción contra los demás, y no por su parte solamente, como lo dice el artículo 3497, según luego lo dispondremos. Hay un mandato y nada más.

Pero es usual establecer una adjudicación de bienes para cubrir el desembolso. El sistema de publicidad adoptado por este proyecto, no permite esa clase de afectaciones. Por-



6º Podrá diferirse la división de una parte de los bienes por acuerdo unánime de los interesados, aunque hubiera incapaces entre ellos. Por falta de unanimidad resolverá el Juez, a pedido de alguna parte, si en su sentir, las circunstancias aconsejasen el aplazamiento de la partición de algunos bienes;

7º Se reservarán bienes suficientes, sin adjudicar, para atender el pago de créditos y cargas pendientes, así como al de legados no cumplidos.

que o bien se declara que no la constituyen los créditos pendientes, y entonces quedan burlados los coherederos en presencia de la enajenación de los bienes, y los acreedores y legatarios impagos, pues en esa hipótesis las hijuelas de todos no quedan gravadas con los créditos pendientes, o, a la inversa, todas ellas quedan afectadas al pago de los créditos, en cuanto a las respectivas partes.

Esas reservas, de responsabilidades eventuales, no permitirían sino prenotaciones en los inmuebles adjudicados a todos los herederos, a menos de disponerse que constituirían hipotecas sobre los adjudicados al encargado del pago, lo que no puede recomendarse como solución, pues trae dificultades insuperables, por razón de los valores, de la falta de aceptación de los acreedores, de la falta de plazos para el pago, y mil otros inconvenientes que se ven a simple vista.

Por esa razón, para proscribir la adjudicación de deudas y bienes para cubrirlas, fuera del caso antes previsto por



Art. 26. — Es nula la partición privada o judicial, en que no se hubiesen citado, previamente y en la forma prevenida, a los acreedores y legatarios, o en que no se hubieran reservado bienes hereditarios bastantes para el pago de los créditos y legados conocidos o presentados. Sólo podrá invocar esa nulidad el perjudicado para hacer efectivo su derecho por el todo, sobre los bienes hereditarios adjudicados.

Art. 27. — La partición debe ser registrada en relación de cada inmueble comprendido en ella y con la declaración judicial de haberse llenado las condiciones prevenidas en el artículo anterior. En defecto de inscripción no producirá efecto la partición. Si no se inscribiese esa declaración, los acreedores y legatarios podrán hacer efectivo su derecho sobre los bienes hereditarios como si no hubiese existido partición. El error en la declaración inscrita no puede oponerse a los terceros que constituyeron derechos a título oneroso en virtud de ella.

Art. 28. — Los acreedores y legatarios que se presenta-

los excesos de adjudicación entre herederos, nos atenemos al principio firme: hay que separar bienes bastantes para cubrir las cargas, y pagar con ellos, a los acreedores y legatarios. No están éstos obligados a aplazar el cobro y aceptar garantías en cambio, en que no han convenido, y que sólo significarán en muchos casos, garantías ilusorias.

Los artículos 3475 y 3497 quedan suprimidos.

Art. 28. — La acción de los acreedores y la de los legatarios en su caso, procede, decimos, por el todo. No, como



sen después de efectuada la partición, tendrán acción, por el todo, sobre los bienes de la herencia que se encontrasen en poder de los herederos, como si no hubiese partición, salvos los derechos constituídos a favor de terceros después de la inscripción.

Los acreedores tendrán, en el mismo caso, acción contra los legatarios.

En todos los supuestos, procede la acción de enriquecimiento indevido.

hasta ahora, por la parte de cada heredero, en cuanto haya bienes en su poder.

Es contrario a todo principio que la acción se limite, porque hay enriquecimiento indevido en el heredero, que recibió bienes comprometidos a pagos preferentes. Y como él, el legatario que cobró en daño de los acreedores. El hecho de aparecer éstos después, no altera la situación: artículos 3371 y 3398. Si se presentasen nuevos legatarios, por virtud de un testamento nuevo ignorado, o que les atribuyese legados superiores, existe mayor razón, para ver en ello un enriquecimiento indevido.

Según las reglas de éste, puede hacerse efectiva la acción en los bienes adjudicados si se encuentran en poder del obligado, y en los enajenados o afectados a favor de tercero, si lo fueron a título gratuito.

La acción es por el todo sobre cualquier bien, como lo era contra el causante, según el principio general que hemos proyectado.



Art. 29. — Los créditos contra la sucesión y los legados que no se pudieran cubrir por insuficiencia de los bienes hereditarios, se dividen en tantos créditos independientes y separados como herederos haya que aceptaron pura y simplemente, en la proporción de sus partes hereditarias. Pueden hacerse efectivos en esa medida sobre sus bienes personales.

Art. 30. — Se modifica el artículo 3501, así:

Si los bienes hereditarios, cubiertos los créditos, no alcanzan para abonar íntegramente los legados, se distribuirá el sobrante de aquéllos, proporcionalmente al valor de los legados de cosa cierta, y al de los demás.

Art. 29. — Artículo 3490. Decimos “que aceptaron pura y simplemente”, y no como el artículo 3490, “sea el heredero beneficiario o sin beneficio”, porque el primero no se responsabiliza **ultra vires** por parte alguna, y aquí se trata de la responsabilidad derivada de la aceptación y no del enriquecimiento.

La responsabilidad **ultra vires** se guía por las reglas comunes de las obligaciones divisibles o indivisibles por el objeto de la prestación. Son, pues, inútiles los artículos 3491 a 3498.

—— Nota. No reproducimos los artículos 3460 y 3461, porque el Código repite su resolución por los 4019, 3º, y 4020. Consideramos preferible tratar el punto en esa oportunidad y dentro del sistema general que es influido por el de Registro de inmuebles.



Art. 31. — La acción de partición debe ser deducida contra todos los coherederos. No puede serlo por el heredero bajo condición suspensiva ni resolutoria. Los demás pueden, pendiente la condición, convenir una partición provisional de uso.

Es nula la partición definitiva en que no estuviesen representados todos los coherederos.

Art. 32. — La partición judicial no puede ser sometida a condición.

Tampoco conservamos el artículo 3459, porque es erróneo. El que sucede con otros a un heredero, tiene los derechos que como tal heredero tiene en una pluralidad. No puede ni debe quedar absorbido dentro de una representación única que no emana de su derecho propio. La mayoría no puede sacrificarle a su voluntad. En el derecho procesal, la regla de la representación única está subordinada a dos condiciones: existencia de litigio — y no de ejercicio de derecho — y comunidad de pretensión. Los que sostienen diversidad, se defienden por sí mismos.

Arts. 31 y 32. — Artículo 3458, en cuanto al heredero condicional, no distingue entre el sometido a condición suspensiva o resolutoria. Tampoco se puede distinguir, porque el heredero bajo la última modalidad no puede autorizar una partición definitiva, sino sometida a la misma resolución. No podría, pues, ser aceptable dentro del sistema adoptado para el Registro de inmuebles. Siempre sería una partición provisional. Por eso hemos proyectado en artículos



La privada puede serlo, y en tal caso no será inscrita en el Registro. Sólo autoriza una prenotación, mientras esté pendiente la condición.

Si ésta se realiza, valdrá solamente como división de uso.

Art. 33. — La partición definitiva que fuese nula por no haberse hecho ante Juez, en los casos arriba expresados, o con violación de las formas prescritas, valdrá como partición provisional de uso.

anteriores que no procede la partición cuando es incierta la participación de los herederos.

En cuanto a la improcedencia de la acción que no comprende a todos, sea judicial, sea privada, la partición: Demolombe, 15, número 617, y sobre la condición resolutoria, 17, número 310. Aubry y Rau, 6, § § 623 y 625, d). Laurent, 10, números 258 y 293. Anteproyecto del mismo, artículo 995.

Art. 33. — Artículo 840, Código Napoleón, y sobre él, Demolombe, 15, números 689 y siguientes. Aubry y Rau, 6, § 623. Laurent, 10, número 275 a 287, y anteproyecto, artículo 948. Van Biervliet, número 291.

El Código Francés es interpretado de manera distinta por los escritores citados, en cuanto a qué casos se aplica su artículo 840.

Nuestra redacción incluye todos los casos que determinan la partición jurídica, y también la privada, en que no se observó la forma prescrita bajo pena de nulidad. Y esto porque existe la misma razón de decidir. Se trata de evitar



Art. 34. — La partición provisional, sea voluntaria, sea legal, lo es respecto de todos los herederos. No puede ser confirmada, de modo que valga como partición definitiva. Cualquiera de ellos puede pedir la división de los bienes, salvo las disposiciones sobre indivisión. No es necesaria la demanda previa de nulidad.

los inconvenientes derivados de la nulidad, para que no alcancen a los actos de administración, la percepción de frutos y no repercutan sobre terceros. Si, por consiguiente, se trate o no de una partición judicial, si no se han llenado las condiciones legales, la situación es idéntica. Laurent defiende bien en su anteproyecto, no sólo esta conclusión, sino también el efecto general de la nulidad que la jurisprudencia y la doctrina francesa dejan dentro del principio general de la nulidad por razón de la incapacidad de las partes, esto es, que sólo ellas, y no las capaces, pueden invocarla. Impe-dirlo a todos, mayores presentes, o incapaces, es dejar en la indivisión forzosa a los que no la pactaron y quisieron, por lo contrario, dividirse, por tanto tiempo como plazca a los que podrían pedir la nulidad, allí donde es el principio que la acción de división es imprescriptible. No se concibe una partición nula para unos y existente para otros.

Art. 34. — Anteproyecto de Laurent, artículo 949 y su nota. Idem: 10, número 284/7. Van Biervliet, número 291. En contra, Demolombe, 15, número 692.



Art. 35. — Los gastos causados por la liquidación, hechos en beneficio común, se imputarán a la masa con privilegio sobre los bienes hereditarios.

Los determinados por la partición en igual supuesto, lo tendrán sobre los bienes adjudicados proporcionalmente a su valor.

En ningún caso se entenderán comunes los gastos innecesarios o referentes a pedidos desestimados. Serán de cargo de las partes que los causaron.

Art. 36. — No podrá adjudicarse en las particiones judiciales la nuda propiedad a unos herederos, y el usufructo, o el uso o habitación, a otros, pero podrán constituirse servidumbres prediales a beneficio de un lote, sobre los demás.

En cuanto a la resolución prejudicial de nulidad, Demolombe, número 693; Aubry y Rau, 6, § 623; Laurent, 10, número 282.

Art. 35. — Demolombe, 15, número 619. Laurent, 10, número 340.

Distinguiamos entre gastos de la liquidación y gastos de la partición. Los primeros, son hechos en beneficio común de herederos, acreedores y legatarios. Los segundos, en beneficio de aquéllos. El privilegio debe recaer sobre la masa bruta de bienes en un supuesto, y en el segundo, sobre la masa líquida.



Art. 37. — Se sustituyen los artículos 3471, 3472 y 3473, por el siguiente:

Los títulos de las propiedades, y de los créditos, adjudicados a cada heredero, le serán entregados. Cuando se hubieran dividido entre varios los comprendidos en el mismo título, quedará en poder del que tenga en ellos la parte mayor, pero se dará a los otros adjudicatarios copia fehaciente a costa de la sucesión.

Los títulos y otros documentos comunes a toda la herencia quedarán depositados en poder del heredero designado por acuerdo común. En defecto de elección, la efectuará el Juez.

Art. 37. — Más adelante se proyectan las disposiciones relativas a los objetos no susceptibles de división. Por eso hablamos de títulos y otros documentos comunes, solamente, como libros de contabilidad, correspondencia de negocios y papeles de familia.



CAPITULO III

De la colación *

* La materia de la colación da lugar a dificultades graves. El artículo 3476 fué reformado por el Congreso. Dispone ahora que la colación de los bienes donados en vida por el causante procede en todo caso de herencia forzosa.

Antes decía lo contrario. “Toda donación entrevivos — era su texto, — hecha a una persona que concurre a la **sucesión legítima** del donante, sólo importa una anticipación de la **porción hereditaria** de esa persona”.

De acuerdo con esa base, continúa el artículo 3483, “todo heredero legítimo puede demandar la colación del heredero que debiese hacerla”.

La colación, según el Código, parecía proceder en todo caso de sucesión legítima. Sucesión legítima, no quiere decir herencia forzosa.

Pero, decíamos, el Congreso cambió el sistema. No procedía la colación en caso de herencia ab-intestato. No. Procedía solamente en el de herencia necesaria.

Para que se comprenda bien la exposición que va a seguir, debemos decir que hay tres sistemas distintos en materia de colación, en el derecho antiguo, principalmente. En el moderno subsisten rastros, determinados por la tradición histórica, de aquellas soluciones.



1º La colación procede en todo caso de sucesión legítima: entre descendientes, entre ascendientes, esposos, hermanos y colaterales. Es lo que los artículos 3476 y 3483 decían, antes, el primero y segundo, y continúa resolviendo el último.

Es la solución del Código Francés, que recientemente ha adoptado el Código Suizo;

2º La colación procede entre herederos forzosos. Era la solución del Código de Chile. Los alemanes — Motive, V, página 698, y Roth, Bayerisches Civilrecht, III, 2, § 404, — atribuyen al Código de Baviera esa doctrina, que no aparece evidente, prima facie, del artículo 15, III, 1, de ese Código. Algunos escritores españoles opinan que el Código la ha adoptado por su artículo 1035, lo que es más que discutible en presencia de los 818, 819 y 825, y sobre todo de la base 18 establecida por ley para la redacción del Código. El derecho existente que ella manda conservar era el de las leyes 26 y 29 de Toro;

3º La colación sólo procede en las donaciones hechas a favor de los descendientes, si no se dispensa de ella por el ascendiente.

Era la solución más general en toda Europa, derivada de las costumbres y quizá inspirada por el derecho romano. Así en Francia, según Pothier y Domat. En España, según las leyes de Partida, y distintos Fueros generales, y últimamente por las leyes de Toro, especialmente las 26 y 29. El Landrecht prusiano la adoptó y está vigente en Holanda,



Código Civil, artículo 1132; en Italia, artículo 1001; en Alemania, § 2050; en el Brasil, artículos 1786/7, y muchos otros códigos; nuestros artículos 1805 y 3524, la establecen expresamente.

Cuando en el Senado se discutió lo que significativamente se llamó “fe de erratas al Código Civil” por su autor, se adoptó una que se consideró como tal, y que importaba un cambio fundamental: el artículo que disponía la colación entre todos los llamados a la “sucesión legítima del donante”, se convirtió en precepto de colacionar por toda “persona heredera forzosa”.

Ese salto enorme se dió sin una razón del cambio del sistema, de doctrina.

Todo lo que se dijo fué que “sólo tienen legítima los herederos forzosos, y de consiguiente, sólo respecto de ellos puede tener aplicación lo que se dispone de que toda donación que se haga en vida se considera como anticipación a la legítima”.

Y nada más.

¿Deberemos explicar que “sucesión legítima” “no es sucesión forzosa”? El artículo 3280 nos dispensa de ello. ¿Deberemos decir que el texto antiguo del artículo 3476 no hablaba de “legítima” y que “porción hereditaria” no es legítima? Todo el título de la división de la herencia, dice lo contrario. El artículo 3591 también lo presupone.

No era, pues, una enmienda de palabras lo que se disponía. Los colaterales no tienen legítima, y sin embargo,



tienen “partes hereditarias” cuando heredan. Antes estaban comprendidos en el texto. Ahora están excluidos de él.

Hubiera entonces convenido fundar el cambio. Parece, sin embargo, que no se advirtió: se hizo sin querer.

El artículo 3483, que permite reclamar la colación a “todo heredero legítimo”; el 3479, que repite el concepto; el 3477, que sólo habla de “ascendientes y descendientes”; el 1805 y el 3524, todos los del capítulo de la colación fuera de los citados, que sólo se ocupan de descendientes, quedaron intactos. Nada decían a los correctores de erratas.

Pero, ¿cuál era, en definitiva, el sistema del Código?

No tenía ninguno. Tomaba artículos del Código Francés, notas de Goyena y de Aubry y Rau, artículos de Freitas, y en la división hecha por **los padres y otros ascendientes** de los bienes de sus hijos, y no a la inversa, leyes recopiladas que obedecían a las de Partida y a las de Toro, y principalmente las disposiciones y doctrinas del derecho francés, y con todo ello, formaba un conjunto inorgánico y anárquico. Si la colación procedía entre herederos legítimos, ¿a qué venía hablar de ascendientes? Y si procedía en todos ellos, ¿por qué hablar con tanta insistencia de hijos y descendientes?

No. No era corrección de palabras lo que había que hacer. Era mucho más que eso. Era la del sistema.



El antiguo artículo 3476 — y lo mismo puede decirse, no obstante su profunda corrección, el actual, — era seguido de otro, que no ha sido alterado. El 3477, nos dice que los ascendientes y descendientes deben reunir a la masa hereditaria los valores dados en vida por el difunto.

¿Qué quiere decir esto? ¿No son ascendientes y descendientes, herederos legítimos? Y si es así, ¿por qué explicarnos lo que el antiguo artículo 3476 había ya dispuesto?

Y si lo acercamos del reformado, ¿no son herederos forzosos?

¿Será que el artículo 3476 tenía un alcance más extenso? ¿Será que el 3477 es limitativo?

Nadie lo explica. Pero todavía otra oscuridad ante la reforma: el cónyuge es heredero forzoso. ¿Por qué sólo se habla de ascendientes y descendientes? Eso excluye al esposo. ¿Es el significado del artículo 3477?

No. La nota al texto mismo, lo demuestra. Es desorientación, nada más.

Goyena, de quien se toman citas y opiniones (las primeras hasta sin verificarlas, como ocurre con la del Código Holandés), proyectó enmendar el derecho español vigente, que sólo disponía la colación en caso de ser heredado el ascendiente por sus hijos y descendientes y la extendió a los ascendientes que heredaban a sus descendientes.

Para Goyena, los cónyuges no eran herederos forzosos. Sólo tenían, en casos dados, derecho a un usufructo parcial. De ahí que el Código, que pocos artículos más adelante hace



al esposo heredero legítimo y heredero forzoso, diga con Goyena, “ascendientes y descendientes”. El cónyuge está olvidado. Y también por los correctores del artículo 3476.

¿Y por qué “los ascendientes”? “Porque en la línea recta todo debe ser recíproco”, contesta Goyena, y lo reproduce la nota a nuestro artículo 3477.

¿No hay otra razón?

Pero ya hemos descubierto porqué los correctores dicen “herederos forzosos”. Porque Goyena, así lo proyecta: artículo 879. Nada más que por eso. Por eso se olvidan del cónyuge.

Pero Goyena completaba su raciocinio: “la limitación del derecho romano, patrio y de otros códigos, ha parecido mezquina y poco razonable, porque dejando aparte que en la línea recta los derechos, deberes y afectos tienen la misma favorable presunción y reciprocidad, quitada la necesidad de la colación sería fácil a un hijo o descendiente hacer ilusoria la legítima de uno de sus padres o ascendientes; en una palabra, **donde la ley reconoce legítima, debe también reconocer colación** — Goyena, nota preliminar a los artículos 878 y siguientes.

Y con tal manifiesto error de concepto, se modifica “el derecho romano, el patrio y el de otros códigos”.

Dejemos, ahora, las citas, y examinemos de más alto, los principios fundamentales.



Acabamos de oirlo: la colación es el medio necesario para defender las legítimas.

Pero eso es falso. En Inglaterra, no hay legítima, y hay, sin embargo, colación. (Blackstone, *Commentaire des lois anglaises*, traducción de Chompré, tomo 3º, página 588; Halsbury, *Laws of England*, II, Verbo Descent and distribution, número 39). Es la colación lo que como adelanto de herencia llaman en derecho inglés, to bring into hotchpot, con la circunstancia elocuente de que sólo lo traen los descendientes, a quienes se han dado bienes para establecerlos o para pagar sus deudas.

Y ese error es evidente. Porque la legítima, constituye una parte necesaria de la herencia. Quiere eso decir, que hay un correlativo forzoso: la parte disponible. El causante no puede disponer del todo. Puede disponer libremente de una parte: del quinto, a la mitad. Si es así, la ley que autoriza esa libre disposición, autoriza se dé a quien se quiera la parte disponible. La acción de reducción es el medio de corregir el exceso que menoscaba la legítima.

¿Qué tiene que ver eso con la colación? Nada, ciertamente.

La colación es la imputación a la cuota hereditaria. Si hay legítima, no queda perjudicada, si se imputa a la parte disponible lo que se da en mejoras a los herederos. Sólo el excedente se imputa a la legítima. La colación es, pues, lo opuesto a imputación sobre la parte disponible.



La consecuencia es que, o la ley no sabe lo que dice cuando asegura la libertad de disponer en cierta cuantía, o no lo sabe cuando obliga, *velis nolis*, a colacionar a los que tienen legítimas. En este caso colación es opuesto a libertad de disponer.

Pues bien. A pesar de Goyena, la ley — artículo 3484 — dispone lo contrario. Ella, que no permite menoscabar la legítima, autoriza al testador a dispensar de la colación.

Es, por consiguiente, inexacto, que tenga nada que hacer el instituto de la colación con la defensa de las legítimas.

Y del artículo 3484, se deduce otra cosa; y es, que cuando el donante explica su intención, cuando habla, no hay colación. Cuando calla, es solamente cuando se interpreta su silencio: — la donación, entonces, constituye *avance-ment d'hoirie* — adelanto de herencia.

Y, ¿cuándo es legítima esa interpretación? ¿Siempre? ¿En toda hipótesis?

Decía Goyena que era mezquindad no tratar a los ascendientes como a los descendientes: todo debe ser recíproco entre ellos.

¿Dice algo este argumento? ¿Por qué ha de ser todo recíproco entre ellos? Goyena se olvida de explicarlo. No era esa su opinión muy poco tiempo antes de expresarla. En su redacción nueva del Febrero, en colaboración con Aguirre, decía lo contrario.



Decía que entre hermanos no procedía la colación. ¿Y entre hermanos no debe ser todo recíproco?

Pero agregaba: “Lo propio se ha de decir **por la misma razón** de los ascendientes, pues donando un padre a su hijo **se juzga** que quiere guardar igualdad entre sus hermanos, y de consiguiente, que **no lo dona con ánimo de mejorarle**; pero cuando el descendiente dona a su ascendiente, no es con el de que haya igualdad **ni por razón de legítima**, puesto que según el orden de la naturaleza, no es igualmente creíble que le ha de sobrevivir”. Febrero, de Goyena, y Aguirre, 2, número 2170. (1)

Con esto hemos llegado a la verdadera razón determinante de la colación.

No es, como suele decirse, que tenga la ley por objeto guardar la igualdad entre herederos. Sólo podría esto concebirse en las legislaciones que no permitieran al testador disponer de parte alguna de sus bienes. Así, Pothier lo afirmaba, en presencia de la disposición expresa prohibitiva de la Coutume de París, Œuvres choisies, 1º, número 76, y 8º, artículo II, § 1º Des rapports en ligne directe.

Es un absurdo repetir en lo moderno que la colación es establecida por la ley, para asegurar la igualdad, porque esa

(1) Lo repite Gutiérrez Fernández, Códigos, 3, página 586. En igual sentido Laurent, 10, número 553, y principalmente en su anteproyecto de Código, sobre el artículo 953.



ley asegura la desigualdad, al permitir las mejoras y la libre disposición de la parte disponible. ¿Cómo comprender que **impone** la igualdad con la colación y permite la desigualdad con la mejora testamentaria o contractual?

No. Lo único que hay en la colación es una interpretación del silencio.

Tampoco es una protección de la legítima. No lo es, porque la ley autoriza la libre disposición del resto de la herencia. Y, ¿qué protección es ésa que permite dar a extraños y no permite imputar las donaciones a la parte disponible si no se ordena expresamente? Es una protección un poco extravagante, si es una protección el móvil legal.

Por eso es que en Inglaterra hay colación entre descendientes y no hay herencia forzosa. Mal puede, entonces, protegerla.

La única razón determinante de la colación está escrita en los artículos 1805 y 3524.

Hay una distancia enorme entre la donación hecha a hijos y la donación hecha a ascendientes, hermanos o extraños. Nada puede salvar el abismo que las separa.

No solamente las costumbres, sino las exigencias mismas de las situaciones, explican que el padre ayude el establecimiento — es la palabra europea — de sus hijos. Dota o ayuda a la hija que va a casarse, o que, casada, con familia, tropieza con necesidades que no puede atender con sus recursos. Establece al hijo que va a constituir familia separada, a trabajar en una profesión, un comercio, una



ocupación cualquiera, tal vez junto a su padre. Es la situación natural la ayuda de éste, la entrega de bienes para hacerle posible o próspera la empresa iniciada. Al fin, esos hijos serán sus herederos. Y eso aunque fallezca el favorecido: le representarán los nietos. Lo que ahora se le da, es adelanto de lo que un día le tocará y de que el padre puede desprenderse sin mayor daño.

Cuando otra hija, otro hijo, se case, se verá si la situación se reproduce, y se le dará o no bienes, según ésta lo exija.'

Dar a uno, y no dar a los otros, no significa preferencia. Sólo significa que uno lo necesita, y otro, no. O que no ha llegado el momento de "establecerlo" aparte.

La colación, esto es, la imputación a la parte heredada, de lo antes adelantado, es la consecuencia de esas ideas. Están en las costumbres generales de nuestro grupo de civilización.

Y como en los descendientes, la donación propter nupcias. Se asegura a la esposa contra las contingencias de la viudez, de la falta de prosperidad en los negocios del matrimonio. Pero es adelanto de herencia. Debe sobrevivir: artículo 3476. No es la donación para sus herederos en cierta clase de ellos, artículo 1217, 4º, en caso de fallecimiento anterior al del donante; si no dejara hijos puede ser revocada: artículo 1234.

Eso explica la colación. Pero, ¿qué tiene que ver ésta con los ascendientes? ¿Con los colaterales?



Que todo debe ser recíproco entre ellos, y el donante, se dice.

¿Recíproco? Pero la ley no lo ve así. No heredan los ascendientes a sus descendientes, sino cuando éstos no tienen hijos, nietos, etc. No es, pues, recíproco. Heredan los descendientes; no heredan concurrentemente los ascendientes. Tampoco lo ve la ley, puesto que es mayor la cuota disponible en un caso que en otro. Sólo los ascendientes pueden partir por donación o por testamento los bienes de sus descendientes, y no recíprocamente. Y sobre todo, no impide nada al causante de disponer lo que entienda conveniente en su testamento sobre imputación de lo donado. El perjuicio que pueda traer a otro ascendiente la donación, es el derivado del perfecto derecho de disponer dentro de cierta medida, favoreciendo a quien desee beneficiar.

¿Por qué se interpreta en el descendiente y en el esposo, que sólo es adelanto lo donado? ¿Por qué se entiende otra cosa con ascendientes o colaterales?

No es cuestión de legítimas. Es la interpretación natural de los hechos. El descendiente en el orden normal de las cosas, es el que heredará por sí o por su posteridad. Si el padre no dispone expresamente otra cosa se interpreta su silencio como adelanto de herencia.

¿Hereditero, el ascendiente? ¿El abuelo, por ejemplo? No es lo normal. Un futuro matrimonio, el nacimiento de hijos, la diferencia de edades, explican que si se dona algo no es como adelanto de una herencia que no ocurrirá. Es donación



y nada más. Se imputa como tal, mientras el testador no disponga otra cosa. Suponer que se entendía ver en el ascendiente un heredero, es suponer lo que la realidad de las cosas, la realidad de la vida, desmiente. Se hace un obsequio al padre: no se le da parte de la propia herencia. La naturaleza misma de las cosas se opone a esa interpretación.

Volvemos, pues, a la vieja doctrina europea. A la española vigente en el momento de sancionarse el Código. A la del artículo 1805. Es la doctrina nacional.

Es también la que en países habituados al régimen del Código Napoleón, se considera como única exacta.

Laurent, en su proyecto de Código para Bélgica, artículo 953, la propone como reforma del artículo 843, Código Napoleón. La justifica con una larga nota en que demuestra la limitación de la colación a los descendientes y cónyuges. Van Biervliet, número 271, la patrocina, como reforma justificada. Nuestro artículo no sigue, sin embargo, la redacción de Laurent, porque es notoriamente deficiente. Cuando el cónyuge sucede ab-intestato, puede ser en concurrencia con descendientes, y entonces colaciona según lo explica Laurent, pero puede serlo con ascendientes, y entonces no debe hacerlo según el mismo, lo que no aparece de su artículo.

En el nuestro proyectado, se determina exactamente lo que es la colación. No es debida como, sin embargo, lo dicen los artículos 3476 y 3477, por cualquier heredero forzoso, o por los ascendientes y descendientes, sin más condición que la que resulta de su texto, esto es, por ser tales



Art. 38. — Los hijos y descendientes, así como el cónyuge, llamados a la sucesión ab-intestato, deben recíprocamente colacionar a la masa hereditaria el valor de las donaciones que el causante les hizo en vida.

Este valor se imputa como anticipo de la parte hereditaria que corresponde al donatario, a menos que el causante dispense, por su testamento, de esa imputación y en los límites de su porción disponible.

Cuando el cónyuge hereda con otra clase de herederos,

herederos. Es menester que sean varios los herederos con igual carácter. Se debe entre ellos. Si, por consiguiente, el cónyuge que es heredero forzoso, heredara, sea con los ascendientes que también lo son, sea con los colaterales que no lo son, pero que pueden concurrir por disposición testamentaria, la colación no procede.

La colación presupone dos elementos: 1º La verdadera colación, es decir, la computación, en la formación de la masa, del valor de la liberalidad. 2º La imputación de ese valor a la parte hereditaria del donatario. Nuestro artículo expresa esas características, que no resultan de los textos actuales.

La dispensa de la colación, dice el artículo 3484, "sólo puede ser acordada por testamento del donante". No puede serlo en la donación o en pacto anterior, porque no se puede disponer sobre herencias futuras, sino por testamento. Está esto de acuerdo con nuestro proyecto, pero no lo está en el Código actual, con los artículos que autorizan la institución contractual.

no está obligado a colacionar: regirá en ese caso, lo dispuesto por el artículo 3604.

Art. 39. — Se aplica el artículo anterior a la disposición testamentaria que llama a la herencia a los herederos expresados sin modificación de las partes a que tendrían derecho ab-intestato.

Art. 39. — Es la doctrina corriente. La colación presupone esencialmente la herencia ab-intestato. Excluye, por consiguiente, la herencia que deriva del testamento. Pero cuando éste deja las cosas intactas, cuando se limita a disponer lo mismo que la ley sobre las personas y cuotas hereditarias, nada modifica en la situación respecto de ellas, y sólo lo hace, en rigor, en cuanto a otras, a nombrar albaceas, disponer legados, etc. El principio mismo de que se puede morir en parte testado y en parte intestado, conduce rectamente a la solución. No debe deducirse que el reconocimiento del testador de que sus herederos son los legítimos o los forzosos, signifique nada sobre dispensa de la colación. Demolombe, 16, número 173, declara que sólo debe verse inaplicabilidad a los herederos testamentarios legítimos o legítimarios “si se reconocía, en el hecho, que la disposición testamentaria del *de cujus* ha efectuado, y la soberana y total repartición que resulta según su voluntad ha excluido, la vocación legal ab-intestato, y con ella toda obligación de colacionar para no dejar a los instituidos otra vocación recíproca que la donación o el testamento, en virtud del cual,





Art. 40. — En el caso del artículo 38, el heredero que no lo era presuntivo en el momento de la donación, está obligado a la colación.

solamente serían llamados''. Véase § 2052, Código Alemán. Demolombe, 25, números 97 y siguientes.

—— Agregamos, con Laurent, *Avant-projet*, nota 9, sobre el artículo 953, que consideramos innecesario decir, como lo dice el artículo 3477, que la colación se debe por los herederos aceptantes a beneficio de inventario. Todos los herederos deben colacionar, porque todos son donatarios y sujetos a la imputación de los valores recibidos. No depende la dispensa de ellos, sino del causante.

Art. 40. — Es asunto de controversia el resuelto. El artículo 846, Código Francés, lo decide en el sentido del proyectado. El § 2053, Código Alemán, en contra.

La disidencia es tradicional, y llega hasta los modernos. Los códigos Holandés e Italiano no han reproducido la primera solución, sin duda, dice Laurent, porque es inútil. Entre los romanistas la opinión está dividida. Windscheid, *Pandekten*, III, § 610, 4º, resuelve como el Código Francés, *Dernburg*, *Pandette*, III, § 141, 2 b, como el Alemán.

Laurent, que en su tomo 10, número 555, había expresado una opinión disidente respecto del artículo 846, Código Francés, la ha abandonado, y en su Anteproyecto lo reproduce y justifica en la nota a su artículo 954.



El heredero que en el momento de la donación no lo era presuntivo, no ha sido objeto de esa liberalidad en concepto de hacérsele un adelanto de su herencia. Vivía, por ejemplo, el padre del nieto donatario. La donación era, pues, donación ordinaria.

Por esa razón el Código Alemán excluye la colación en el caso, salva, agrega, la disposición contraria del donante. Como se ve, aquí también se trata de una interpretación de la voluntad de éste y no de una incompatibilidad orgánica.

Creemos interpretar bien la situación, con la solución propuesta. Se trata siempre de descendientes y de esposo concurrente o sólo de aquéllos.

Es el hecho que, en el momento de la sucesión, el que no lo fué antes, es heredero. Si se reconoce al autor de ella la atribución de disponer si hay que colacionar o no, esa facultad subsiste hasta el momento de su muerte. Es en ese instante que debe interpretarse su voluntad. Cuando un hijo ha muerto el nieto entra en la sucesión. ¿Cómo juzgar la situación? El causante calla. Su silencio es elocuente: podría definir la posición del heredero, y no lo hace. Está, pues, en el caso ordinario de toda colación. Ver en ese silencio la voluntad de atribuir a la porción disponible la donación, es arbitrario. Al fin, se está en el caso normal de todo heredero: nadie lo es sino a la muerte del *de cujus*. El silencio obliga a los demás coherederos a colacionar. ¿Por qué ha de producir el efecto de una mejora para otro de ellos, que, en



Art. 41. — Se colaciona también:

1º Lo gastado por el ascendiente para establecer independientemente a sus hijos, sea por el matrimonio, sea en una explotación económica o para mejoras en sus bienes;

el caso, no tiene una porción diferente de la de los demás. Así lo dispone negativamente el artículo 3524.

Parece, pues, razonable juzgar que el heredero posterior se encuentra en el caso común de todos. Y lo es, tanto más, cuanto en el supuesto más frecuente de la hipótesis que venimos examinando, el nieto, según nuestro Código, es un heredero eventual que el causante ha tenido siempre por tal.

Art. 41. — Cuando en el Senado nacional se discutieron las correcciones que se proyectaban al Código Civil, la Comisión patrocinó la reforma del artículo 1791, propuesta por el doctor Moreno, civilista de eminente y justa reputación. Consistía en suprimir de él, por considerarlas verdaderas donaciones, la cesión gratuita de un crédito, la renuncia también gratuita de una deuda y el pago de lo que no se debe, con ánimo de beneficiar al supuesto acreedor.

El Senado admitió las dos primeras supresiones por ser verdaderas donaciones. Desestimó la tercera. El proyecto así aceptado, se convirtió en ley.

De ahí que la redacción del artículo 3479 permaneciera intacta, no obstante la profunda modificación que su contenido había experimentado.



2º Las liberalidades encubiertas con la apariencia de actos a título oneroso, de que resulte enriquecimiento gratuito;

Pero no era satisfactoria la manera cómo el pensamiento de la reforma se había manifestado.

Se suprimían de un artículo dos supuestos porque eran donaciones.

No se advertía que la definición de ellas que el artículo 1789 daba, se refería exclusivamente a “la propiedad de cosas”. Los créditos no son cosas. No hay dominio, propiedad, de bienes inmateriales.

Por consiguiente, permanecía sin expresión legal la reforma. Así como el autor del Código había creído que no eran donaciones la cesión y la renuncia gratuita de créditos, así también podía reproducirse esa opinión apoyada en el artículo 1789. Había, en otros términos, una reforma por eliminación, pero no la había por expresión.

Por eso nuestro texto contiene la declaración omitida.

Pero incluimos la otra supresión desestimada por el Senado.

El pago de lo que no se debe hecho para “beneficiar al que se llame acreedor” del artículo 1791, 6º, es una donación. Con suprimirlo de él no bastaría, según acabamos de decirlo.

Concurren todos los elementos constitutivos de la donación.

1º Hay disminución de patrimonio en el que lo efectúa;



- 3º La cesión gratuita de un crédito;
 - 4º La renuncia gratuita de una deuda del heredero a favor del causante;
-

- 2º Hay aumento en el que lo recibe;
- 3º La disminución y el aumento se efectúan por el mismo acto entre vivos;
- 4º Se producen *animus donandi*.

Ni Savigny, ni Demolombe, han dicho nunca que el pago de lo que no se debe no es donación. Al contrario. El primero dice: "el pago de una obligación natural no es una donación. En efecto, contra el pago se trueca la **naturalis obligatio**, que si no da lugar a una acción, constituye, sin embargo, parte integrante de los bienes, porque un deudor leal pagará voluntariamente... Recíprocamente, **hay siempre donación** en el pago de lo indebido hecho a sabiendas, porque lo indebido no es, en realidad, parte integrante de los bienes; hay, a lo más, falsa apariencia". Savigny, *Droit romain*, 4º, página 58.

Es claro que el pago que constituye donación es el voluntario hecho con conocimiento de que no se debe, esto es, que no existe causa jurídica que engendre obligación civil ni natural (véase nuestra nota al artículo 1, Título de las obligaciones naturales). Sería pueril considerar como donación la entrega de una suma con ánimo de beneficiar, y no reconocerla en esa misma entrega, con el mismo propósito, allí donde no media causa jurídica de ninguna suerte. Precisamente es más admisible la presunción opuesta entre ascen-



5° El pago hecho por éste de lo que no se debía al heredero con ánimo de beneficiarlo.

Las otras liberalidades enumeradas por el artículo 1791, no están sujetas a colación.

diente y descendiente hasta en el pago encubierto bajo otro pretexto, de acuerdo con las reglas generales de la prueba de la simulación.

No creemos deber extendernos más sobre punto tan evidente.

—— Sobre el inciso 1°, artículo 851, Código Francés; 1142, Código Holandés; 1007, Código Italiano; § 2050, Código Alemán; 626, Código Suizo. Demolombe, 16, números 339 y siguientes y 337 bis.

—— Sobre el inciso 2°. Demolombe, 16, números 363 y siguientes.

—— El artículo 3480 dispone que no están sujetos a colación los pagos de deudas de los descendientes (o ascendientes). La nota explica que es una decisión contraria al artículo 851, Código Francés.

Está incluida esa disposición entre varias que excluyen la colación por no constituir liberalidades sujetas a ella, que no abren acciones de ninguna clase. De ahí el peligro de extraviarse en la aplicación del artículo en cuanto a las deudas del heredero pagadas por el causante.

Todo tercero que paga la deuda de otro, se subroga a los derechos del acreedor para cubrirse de lo desembolsado. Por



Las deudas del heredero que han sido pagadas por el causante son regidas por las reglas del pago con subrogación.

consiguiente, el pago hecho por el causante le ha transmitido el crédito, y el heredero es su deudor, cualquiera que sea el ánimo con que se haya decidido aquél a efectuar el pago. La subrogación es generalmente determinada por la idea de auxiliar, de favorecer al deudor, momentáneamente impedido de cumplir sus compromisos. El pago no presupone sino buena voluntad cuando no hay interés propio en efectuarlo, pero no se interpreta *animus donandi*.

Puede, pues, ser hecho en las condiciones generales. Puede también ser hecho con el propósito de efectuarlo como una liberalidad constitutiva de renuncia.

No debe ser, según esto, colacionada por el mero hecho de haberse efectuado el pago. Es una deuda del heredero a favor de la sucesión. Forma parte de la masa: artículo 3469. Será adjudicada a su haber, y en este sentido disminuye el activo que se le adjudica.

Pero existe en esa hipótesis una gran diferencia con la colación.

No deja de deberse todo el crédito por efecto de la renuncia de la sucesión, que sin embargo, impide la colación. No se libera el renunciante, por consiguiente, en parte alguna. Tampoco se imputa a su cuota y a la parte disponible el



excedente, como en la colación. Queda debiendo ese excedente. Los acreedores de la sucesión pueden cobrarle el crédito íntegro.

Se ve qué sentido tiene la decisión del artículo 3480. No queremos decir con esto que se haya tenido en vista esa distinción. Lo que decimos es que es necesaria en presencia de las disposiciones fundamentales de la materia, y que aunque no se haya tenido presente, esa es la recta solución jurídica.

Pero decíamos que también pudo hacerse el pago *animus donandi*. Si es eso lo que resulta de las manifestaciones constantes del causante — el pago no autoriza por sí solo la presunción, — habría renuncia gratuita del crédito adquirido por efecto conexo e inseparable del pago, y si es así, cae dentro de la previsión del inciso 4º del artículo proyectado. Todos los códigos resuelven contra el nuestro que hay colación de lo pagado por deuda del heredero. No puede admitirse, en efecto, que el deudor quede liberado y recoja íntegra la parte de bienes que, sin pagarlas, le tocaría. Todas las dificultades que los escritores franceses exponen — Demolombe, 16, números 34 y siguientes — quedan resueltas con nuestra solución, pues la subrogación traslada el crédito como es y el deudor puede oponer las excepciones que le competan. En nuestro sentido Código Holandés, artículo 1132. Laurent, *Avant-projet*, nota sobre el artículo 829, Código Napoleón.



Art. 42. — Se reproduce el artículo 3480, del cual se suprimirá la frase: “ni el pago de deudas de los ascendientes y descendientes”. Se le agregará por separado: Tampoco se colacionará el importe del seguro de vida constituido por el ascendiente a favor del descendiente, pero las sumas pagadas por aquél al asegurador, quedan sujetas a colación.

Art. 43. — Se reproduce el artículo 3481.

Art. 44. — Se reproduce el artículo 3482.

Art. 45. — Se reproduce el artículo 3478.

Se le agregará en segundo párrafo separado el artículo 3483, modificado así:

El coheredero puede demandar la colación del que debiese efectuarla. Sus acreedores personales pueden usar de las acciones de su deudor.

Los acreedores hereditarios y los legatarios pueden pedir la a nombre de su deudor cuando el heredero a quien la colación es debida, ha aceptado la sucesión pura y simplemente y no se ha efectuado la separación de patrimonios.

Art. 46. — La colación no puede perjudicar a los acreedores hereditarios en daño de su derecho sobre el patrimonio del deudor.

Art. 42. — Ley número 3942.

Art. 45. — Demolombe, 16, números 282 y 300. Aubry y Rau, 6, § 630, número 4; Laurent, 10, números 586 y 587. Planiol, Ripert, Maury y Vialleton, números 581 y 589.

Art. 46. — Demolombe, 16, número 298 y 17, número 214, D, 2; Van Biervliet, número 277, nota.



Art. 47. — La dispensa de la colación sólo puede ser acordada por el testamento del causante y en los límites de su porción disponible.

No constituye dispensa la disimulación de la liberalidad bajo las apariencias de un acto a título oneroso, o por intermedio de terceras personas.

Art. 48. — El heredero obligado a la colación no puede invocar la compensación para librarse de efectuarla.

El renunciante a la sucesión queda dispensado de colacionar, aunque el causante dispusiera lo contrario, a menos que al efectuar la donación lo hubiera establecido expresamente como condición resolutoria.

La colación procede cuando la renuncia se realiza de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 3354.

Art. 49. — La colación se efectúa por el valor que los bienes tenían en el momento de recibirse las liberalidades.

Art. 47. — La primera parte constituye el artículo 3484, sin más alteración que la de reemplazar la palabra “donante” por “causante”.

En cuanto al segundo párrafo, Demolombe, 16, número 253. Laurent, 10, números 581 y siguientes. Planiol y Ripert, número 579. En contra, Aubry y Rau, 6º, § 632.

Art. 48. — Aubry y Rau, 6º, § 629; Demolombe, 16, números 257/63; Planiol y Ripert, números 570/1 y 532.

Art. 49. — Nota al artículo 3477. Artículo 3602. Decimos “recibirse las liberalidades”, porque es en ese momento



Ese valor se debe aunque las cosas hubieran perecido cuando se abrió la sucesión.

Art. 50. — Cuando el donatario de bienes sujetos a colación y su posteridad falleciesen sin descendientes antes que el ascendiente donante, podrá éste revocar las liberalidades, dentro del término de un año, aunque concurriera a la sucesión del donatario.

Se aplicarán en tal caso las disposiciones sobre enriquecimiento indebido.

Art. 51. — Si el donante hubiera fallecido durante el término expresado sin usar del derecho de reversión, sus he-

que el acrecimiento patrimonial se verifica. Hasta entonces sólo hay un proyecto no realizado.

Arts. 50 y 51. — Del concepto fundamental de la colación, deriva necesariamente que, constituyendo un adelanto de la futura herencia lo donado, debe preceder la muerte del donante a la del donatario, por un lado, y por el otro, que éste ha de haber dejado descendientes.

El padre que se desprende de bienes para establecer a sus hijos, lo hace en vista de ellos, y se despoja de parte de su patrimonio, para que constituyan una existencia independiente con lo que un día les corresponderá por la muerte del donante.

Si este fallecimiento se produce, la ley supone que hubo herencia, y nada más.

Si lo contrario ocurre, si el hijo muere sin descendientes, no hay base para mantener el adelanto. No se ha querido



rederos no podrán ejercerlo sino cuando aquél lo dispuso en su testamento. Bastará en tal caso la voluntad de uno cualquiera de los herederos y deberá manifestarse dentro del término de un año contado desde que conocieron el testamento.

dar parte de la propia herencia a los terceros herederos del donatario. No se ha querido donar a la esposa de éste, ni a sus herederos, que no están ligados por vínculos de sangre al ascendiente. Y mucho menos en el caso de segundas nupcias del viudo o viuda.

Así se ha considerado siempre la donación a descendientes. El derecho español vigente al sancionarse el Código, lo disponía desde tiempo antiquísimo — Leyes, 6, Título 2, Libros 4, 4 y 5, Título 2, Libro 5, Fuero Juzgo, y L. 10, Título 6, Libro 3, Fuero Real, — como lo dispone el Código en una de sus aplicaciones: artículo 1234. Esta disposición presupone necesariamente un principio más general porque si las donaciones entre esposos hechas por contrato de matrimonio son irrevocables, artículo 1236, y sin embargo, pueden quedar sin efecto por voluntad del donante superviviente en caso de no existir descendientes, es menester concluir que no es esa una solución derivada de una razón peculiar del matrimonio. Es la consecuencia de la caducidad de la condición presunta de la supervivencia.

En casi toda Europa se estableció el principio de las leyes de los Fueros Juzgo y Real, no solamente por la tradición romana, sino por la foral. El Código Francés, artícu-



lo 747, lo conserva con carácter de sucesión de los ascendientes, y en muchos otros países se mantiene. (Véase proyecto húngaro de Código Civil, y sobre él Saleilles, Rev. Trimestrielle, 1910).

No damos esa extensión a nuestra solución. La dejamos dentro de los límites del artículo 1234. Es la facultad de retraer, de que hará uso o no, el ascendiente, dentro de un término estrecho, pues debe dejarse a su voluntad el continuar su benévola protección a la viuda de su hijo, o al contrario, retirarla, según los motivos íntimos de que sólo la familia puede juzgar.

La doctrina francesa está un poco desorientada, porque el Código Francés da la extensión y caracteres de una sucesión anómala, al retracto sucesorio, como le llaman.

Laurent, en su proyecto de Código, tomo III, página 339, defiende bien el "retour successoral" de los ascendientes donantes. Y basta leer las observaciones que se le oponen por algunos escritores, para comprender que en la medida que nuestro proyecto lo autoriza es una aplicación indiscutible de las ideas fundamentales de la colación. O es falso que la donación del ascendiente es un adelanto de herencia para los descendientes supérstites, o en caso de muerte anterior de éstos, la donación puede ser revocada. La reversión puede ser válidamente estipulada, salvo las precauciones necesarias respecto de los derechos de terceros, y la ley, desde el derecho romano hasta los tiempos actuales, interpreta que la premuerte sin sucesión directa, constituye



una cláusula tácita de reversión. Si otra cosa se resolviese, sólo se conseguiría, según lo reconocen todos, constituir en regla de las donaciones, la estipulación de una cláusula expresa de reversión, lo que sobre no constituir adelanto alguno, tiene muchos inconvenientes, especialmente el de forzar a declarar que se prevé la muerte de los hijos, cuando la discreción más elemental obliga a callar sobre ese evento en los momentos en que se ve el porvenir bajo aspectos más sonrientes. El silencio del ascendiente se explica, y no debe ser interpretado contra él.

Ver artículo 233, Código Holandés, que declara caducas las donaciones, por ministerio de la ley. El Código Español, artículo 812, sigue al Código Francés, considerando el caso como de sucesión privativa. Nuestra solución es profundamente diversa de la del Código Francés. No se trata de una sucesión. Sólo de una reversión facultativa. Es la solución del derecho romano: autoriza una *condictio sine causa*. (Dernburg, Pand, III, § § 24, I, número 2, y 117, IV).

Dejamos al donante la facultad exclusiva de la revocación: ejercita, en nuestro concepto, un acto de autoridad doméstica, de jefe de la familia. Sus herederos no lo son, y por consecuencia, sólo pueden proceder en virtud de la decisión tomada por el ascendiente.

Tampoco es obligatoria para los herederos. Pueden, también, juzgar libremente de la situación producida, pero la decisión no depende de la opinión de la mayoría. Es ex-



CAPITULO IV

De la división hecha por los ascendientes

Art. 52. — Se modifica el artículo 3514 así:

El padre, la madre y los otros ascendientes pueden hacer, por donación entrevivos, o por testamento, la partición anticipada de sus propios bienes entre sus hijos y descendientes.

Art. 53. — Pueden también, el padre, o en su defecto la madre, y por muerte o incapacidad de ellos, los demás ascendientes, en el orden dispuesto para el desempeño de la tutela legítima, partir, por actos especiales, los bienes que sus descendientes obtuviesen de otras sucesiones, aunque fuesen capaces de administrar sus bienes.

Pueden, asimismo, encomendar a los albaceas, o a los tutores o curadores que nombrasen para sus descendientes, hacer extrajudicialmente los inventarios, la tasación y la partición de los bienes propios del disponente.

Art. 54. — En todos los casos del artículo precedente, si

cusado decir que si la donación compromete la legítima de alguno de los herederos, procede la reducción.

Arts. 52, 53 y 54. — Los artículos 3514 y 3515 son corregidos en diversas direcciones.

Los padres y los otros ascendientes, dice el primero, pueden efectuar la partición de sus propios bienes entre sus

hubiera descendientes interesados incapaces, la partición se presentará al Juez de la sucesión, para su aprobación. Si la negase, se procederá a la partición judicial.



descendientes. Pero, agrega, “y también por actos especiales, la de los bienes que los descendientes obtuviesen de otras sucesiones”.

Esto no es exacto. Si el padre o la madre viven, ejercen la patria potestad, con exclusión total de los otros ascendientes. Y no se comprendería cómo viviendo ellos, pudiera un abuelo dividir los bienes que corresponderían a sus nietos en la sucesión de los padres. Está eso, sin embargo, dentro del texto del artículo actual, puesto que en el supuesto se trata de división de bienes que los descendientes obtuvieron de otras sucesiones”, esto es, que no son de los bienes propios del partidor.

Tampoco se sabría qué decidir en presencia de varias particiones hechas unas por el padre o la madre y otras por cada abuelo, que pueden ser cuatro. Se llega hasta la posibilidad de seis particiones distintas con predilecciones u opiniones diversas.

Hay que declarar, por consiguiente, el orden de preferencias para realizar la partición en el caso de referirse a otros bienes que no constituyen la herencia del partidor.

El artículo 3515 autoriza a los ascendientes que nombren tutores a sus descendientes menores, a encomendarles la partición y sus diligencias preliminares. No habla de la liquidación de las deudas y bienes necesarios para ello.



La liquidación de la masa se efectuará bajo la vigilancia eventual del Juez, y si fuese necesario vender bienes, deberá autorizarlo previamente y justificada la necesidad bajo pena de nulidad.

La ley Recopilada que cita la nota, no limitaba a ese supuesto la autorización, porque también la permitía para los "albaceas y testamentarios".

Nótese que según el artículo 3515, sólo procede la delegación en el caso de herederos incapaces. Se trata de prevenir gastos curiales excesivos determinados por la partición judicial, discordias de familia, conflictos de toda clase. Y esto ocurre tanto con los incapaces como con los que administran sus bienes.

La ley recopilada citada sólo preveía el caso de huérfanos y pupilos. Pero en el derecho inglés, es la regla para toda clase de herederos, que el albacea efectúe la liquidación y partición de los bienes. Y lo mismo el Código Español, artículo 1057, y el Código Alemán, § § 2197, 2204 y siguientes. Y si bien se mira, es lo que con una interpretación correcta, autorizan los artículos 3844, 3851, 3856 y 3863, si el causante lo prescribe.

Nuestro artículo, sin embargo, limita las facultades que el 3514 no parece distinguir respecto de los ascendientes, según se trate de sus propios bienes o de los heredados de otras personas. Y también limita las de ellos o de los ejecutores o tutores nombrados por ellos a quienes encargue de la partición.



Así, el padre divide los bienes quedados por fallecimiento de su esposa o de terceros. Se trata, en tal caso, de bienes de sus hijos. Si son menores, queda sujeto a todas las restricciones que la ley establece en la administración, disposición y empleo de los bienes de sus hijos, que son de orden público, y que ninguna autorización testamentaria puede modificar. Deben, pues, necesariamente ser comprendidos en la prescripción del artículo 3515. Y si para liquidar es menester vender bienes, tampoco pueden proceder por sí solos. El Ministerio de menores interviene, y el Juez autoriza o no los actos que no son de simple ejecución.

Y si a los hijos mayores se les obliga a pasar por la partición que el padre haga, es, ciertamente, bajo el supuesto de que puedan no solamente informarse, sino también ser oídos previamente en todos los actos de la partición, o que conducen necesariamente a ella, como lo determina el § 2204, Código Alemán. Pueden, por consiguiente, impedir los actos irregulares, y por eso proyectamos que la liquidación y preparación de la partición es vigilada por el Juez, a quien corresponde decidir los reclamos que sean fundados contra los actos abusivos del partidor y a los de disposición de los bienes, aunque no lo fuesen, que "sean necesarios" para la partición.

Con mayor razón se extienden las observaciones prece-
dentes a los tutores o albaceas. Es, en definitiva, lo proyectado, la aplicación de las reglas del Código a los herederos beneficiarios, que son mucho más que administradores de



Art. 55. — Los herederos mayores, y si los hubiese incapaces, sus representantes, tienen derecho a ser informados de la marcha de la liquidación y a ser oídos antes de

cosas ajenas, a quienes se limita su poder de dueños efectivos, para garantía de los derechos de acreedores y legatarios.

En las condiciones de nuestros proyectados artículos, pensamos que ellas procuran seguridades que los vigentes no consagran sino por aplicación lejana de las reglas generales de la patria potestad y la tutela, que conviene no dejar en duda, dentro de las fórmulas algo excesivas de los artículos 3514 y 3515.

No vemos, pues, inconveniente en que se extienda a los albaceas, lo que se permite a los tutores, en contra de la interpretación que ha prevalecido en el derecho francés. Sería incomprensible una distinción. La tradición nacional, seguida por el artículo 3515, no lo consiente. Mejor todavía, si hay tutor que vigile los actos del albacea, en vez de un simple tutor sometido a la teórica vigilancia del ministerio pupilar.

Parece excusado agregar otra consideración, que por sí sola se manifiesta, esto es que el padre, por ejemplo, pueda encargar a un ascendiente o a un tercero, la ejecución de su testamento y la partición, aunque exista la madre interesada en ella. En tal caso no podría hacerlo, según el artículo 3515, puesto que no podría nombrar tutor.



efectuarse la partición, cuando se trate de las autorizadas por el artículo 53.

Art. 56. — En los casos indicados, la partición comprenderá al cónyuge supérstite, y puede incluir a otras personas a quienes el disponente beneficiase dentro de su porción disponible.

Se suprime el artículo 3525.

Art. 57. — En sustitución del artículo 3516. La partición por donación sólo podrá hacerse por transmisión irrevocable de la propiedad de los bienes. Puede el donante reservarse su usufructo o una renta vitalicia y disponer, en

Art. 56. — Los artículos 3527 y 3528 prescriben la inclusión del cónyuge en la partición y rectifican lo que hay de excesivo en la redacción del 3525.

Mencionamos a los terceros beneficiados dentro de la parte disponible, porque, por un lado, nada impide que se use del derecho de resolver libremente sobre ella — pues por eso es parte disponible, — sino todavía para que la partición misma divida bienes entre herederos y legatarios, imponga cargas o adjudique suplementos de valores excedentes, etc.

El disponente puede imponer la partición en esos casos, obligatoria para el donatario o legatario, y dentro del límite de las legítimas, para los que tienen derecho a ellas.

Art. 57. — Sobre la reserva de un usufructo o de una renta vitalicia, con o sin garantía hipotecaria: Demolombe,



su caso, hipoteca que la asegure sobre los inmuebles. Debe ser aceptada por todos los interesados, bajo pena de nulidad.

Art. 58. — Se reproduce el artículo 3517.

Art. 59. — Se modifica el artículo 3518, así:

La partición por donación no puede tener por objeto sino los bienes presentes, en todo o en parte.

Se suprime el artículo 3523.

Art. 60. — En sustitución de los artículos 3519/20:

Si la partición por donación comprende todos o parte alicuota de los bienes presentes, se aplicará lo dispuesto por el artículo 9, Título (proyectado) de la asunción de deuda.

Si sólo comprende una parte, se aplicarán los artículos 1839 y 1840.

Cuando en este caso, se hubiera convenido otra cosa, esa

23, número 59; Aubry y Rau, 8º, § § 731 y 743; Laurent, 15, número 32; artículos 1800 y 1801, Código Civil.

Artículo 59. — No es menester decir que si quedasen, a la época del fallecimiento, bienes no comprendidos en la partición por donación, han de dividirse en la forma que proceda, y no precisamente, como lo dice el artículo 3518, por partición ordinaria. Pueden serlo por partición testamentaria y por partición por medio de comisario.

Art. 60. — Pothier, 8º, Donations entre - vifs, Nros. 137 y 138. Se trata de obligaciones ob rem o de convenciones en que se asumen deudas ajenas. Hureaux, Successions, 5º, números 14 y siguientes.



convención será juzgada según lo dispuesto en el Título de la asunción de deuda.

Art. 61. — Se reproduce el artículo 3521, al cual se agregará en párrafo separado el 3522, con supresión de las palabras “La partición por donación”. Se continuará en seguida: En este caso, la revocación sólo produce efectos en relación del donatario que ha dado lugar a ella.

Se consideran casos de ingratitud los determinados para las donaciones y todos los que causan la indignidad del heredero.

Art. 62. — Revocada la donación respecto del donatario, si no hubiese indignidad subsistente, podrá el heredero inte-

Arts. 61 y 62. — Es cuestión clásica en derecho francés la de saber cuál es la consecuencia de la revocación de la donación causada por ingratitud o por inejecución de las cargas o condiciones impuestas. Está todo el mundo de acuerdo en que sólo produce efecto en cuanto al donatario que ha dado causa para aquélla.

Pero hay profundas disidencias entre los escritores para saber qué situación se crea a la muerte del ascendiente, en cuanto a la partición anterior.

Así, Demolombe, 23, números 141 y siguientes, cree que toda la partición cae, porque resulta no ser comprensiva de todos los herederos, y que los donatarios deben ser considerados como tales, según las reglas generales. Distingue entre los efectos de la partición por donación: en vida del ascendiente hay donación; por su muerte, se abre la situación



grarse de su legítima a la época de la muerte del causante y cubrirse de ella con el remanente de los bienes indivisos. Queda subsistente la partición en cuanto a los demás donatarios. Si fuese necesario, se procederá a la reducción de las donaciones según las reglas generales.

condicional de toda partición, y se juzga de ella, como si no se hubiera efectuado, sin perjuicio de los efectos de las donaciones realizadas.

Laurent ha combatido vivamente semejante distinción. La partición por donación, no es donación solamente: es partición por donación desde que se hace. Subsiste después de la muerte del causante, porque para eso se hizo: para partir bienes, y no solamente para donar con traslado a la época del fallecimiento, de la necesidad de partir. No hay herencia indivisa: está dividida. Laurent, 15, número 90, y Aubry y Rau, 8, § 733, piensan que la partición subsiste mientras pueda el descendiente a quien se revocó la donación, integrarse en los bienes indivisos del causante. Caso contrario, puede pedir nueva partición.

Los autores posteriores vacilan en la solución, presentando opiniones más o menos próximas a las recordadas.

Creemos que la partición por donación no constituye una serie de donaciones desligadas. Es, lo dice la ley, y más que eso, lo que quieren ascendientes y descendientes, una partición de los bienes que les tocarán por herencia. Y la:



prueba está en que sólo puede tener lugar entre ascendientes y descendientes, sin omitir a uno solo.

Si, por consiguiente, uno incurre en causa de revocación, es incomprensible, porqué, por su causa, queda desnaturalizado el acto para los demás, que no son responsables de la ingratitud, ni de la imposición de cargas limitadas a uno, y que ahora resultarían impuestas a todos.

La separación está hecha, con carácter de división. Y ésta comprendió a todos, fué aceptada por todos, con carácter de partición hecha en vida, pero partición, y no simple división de uso.

Todo lo que queda por hacer es cubrir la parte que el heredero perdió, si no incurrió en indignidad, o le fué perdonada. Y para esto basta la acción de reducción en los términos generales. La acción de reducción se cubre con valores referidos a la época de la donación, y por consiguiente, confirma la subsistencia de la atribución de los bienes a cada partícipe en el momento de la partición.

No parece justificado que el culpable de la revocación pueda fundar en ella la nulidad de la partición y solicitar una nueva. No es la regla general de las nulidades: no puede alegarlas el culpable de ellas. Todo lo que procede es la acción de integración de su haber, puesto que por hipótesis, es heredero forzoso.

En este sentido: argumento del artículo 1080, Código Español; IIuc, 6, números 432 y 434; Colin y Capitant, 3, página 940.



Art. 63. — Los esposos pueden partir entre sus descendientes, por acto conjunto, tanto por donación como por testamento, sus bienes propios y los gananciales.

Si la partición fuese por donación, cada uno de ellos puede revocarla por las causas expresadas en el artículo 61, quedando subsistente en cuanto no se refiera al donante. Si fuese por testamento, el supérstite puede revocarla en cuanto a él se refiera, con los efectos prevenidos en el artículo 62.

Art. 64. — Pueden los esposos reservarse el usufructo de los bienes o afectarlos hipotecariamente al servicio de una renta vitalicia a su favor, y disponer que el usufructo o la renta beneficiarán por el todo al cónyuge supérstite. Todo sin perjuicio de lo que corresponda en caso de afectar la legítima de los descendientes en la sucesión del cónyuge pre-muerto.

Arts. 63 y 64. — Como se advertirá, nuestros artículos proyectan soluciones muy divergentes del derecho actual.

El artículo 3526 y el siguiente, disponen que la partición por donación o por testamento, no pueden comprender los bienes comunes, y más que eso, ni siquiera los propios por testamento, sino cuando no haya “manifiestamente gananciales en el matrimonio”. Entendida esta disposición según su texto literal, equivale a decir que nunca, o poco menos, puede partir el ascendiente casado, porque bien difícil es concebir el caso de que no haya gananciales, desde que hasta los muebles introducidos al matrimonio — artículo 1224



— se convierten en gananciales, sino se observan ciertas precauciones, y desde que son gananciales las rentas de los bienes propios. Y si no hay bienes personales, ¿qué es lo que se va a partir?

Habría, pues, que interpretar de cierta manera los textos citados, para autorizar la limitación de ellos a la partición de los bienes propios, y a excluir la de los comunes.

Pero, ¿por qué?

La partición de ascendiente se funda en un hecho que la ley debe respetar. Es la voluntad cariñosa de los disponentes hacia sus hijos. Es también la necesidad o la convención, fundada en la ancianidad de los padres, de abandonar la carga de administrar bienes o continuar negocios, que ya no interesan a los dueños, o exceden sus fuerzas para atenderlos con la debida vigilancia. Prefieren entregar a los hijos esos bienes que serán de ellos por su fallecimiento.

Si esas son las razones, tanto se aplican a los bienes propios como a los comunes de los esposos, y hasta, en la inmensa mayoría de los casos, en nuestro país, se aplican más a los adquiridos durante el matrimonio, que a los demás, que ni siquiera existen.

¿Por qué impedir que los padres hagan lo que está en su sentimiento cordial, en su afecto común?

Ninguna legislación impide que por acto conjunto los esposos dispongan la partición por donación. Hasta las que



no admiten esa partición por testamento común reconocen la validez y la utilidad de la donación conjunta.

El Código, artículo 1805, permite la donación por acto conjunto de los padres, a los hijos, y no limita la extensión de las donaciones a los bienes propios. Por consiguiente, la partición debe poderse hacer en acto único en toda clase de bienes, comunes y propios.

La dificultad sólo se presenta, en nuestro derecho, para la partición conjunta, por testamento, puesto que es éste, siempre, un acto individual.

Los escritores franceses que por lo general admiten la partición conjunta por donación, tanto de bienes propios como de gananciales, deciden que no es posible efectuarla por testamento.

No dan una sola razón, sino la de texto: no puede hacerse testamento plural. Pero están de acuerdo en que es de desear una modificación de esa solución.

¿Cuál podría ser la causal de fondo, que mantuviera el estado actual?

¿Por qué se puede hacer partición conjunta por donación y no por testamento?

No era así en derecho anterior al Código Napoleón. No es tampoco la razón la presión recíproca de los esposos que impida la resistencia de uno a desprenderse de los bienes, porque esa presión podría existir en la donación y sin embargo nadie ve en ello una dificultad.



La única que se adelanta con cierta timidez, es la de que el testamento es un acto que debe ser independiente porque el conjunto, en caso de ser revocado por uno de los otorgantes, levanta, se dice, dificultades insolubles respecto del otro.

Esa objeción no resiste al examen.

1º Porque si puede existir partición conjunta por donación, en caso de revocación por uno de los donantes actuales o supérstites, por ingratitud u otra causa, la situación es la misma que en la de revocación de testamento. Sin embargo, esa partición no solamente es admitida, sino declarada conveniente;

2º Porque se elude la dificultad sea de la falta de libertad, sea del inconveniente resultante de la revocación del testamento, por medio de la donación con reserva de usufructo, que todo el mundo, y la práctica notarial en Francia, admite como válida;

3º Porque con otorgar testamentos contemporáneos separados se hacen las presiones y se llega a los resultados buscados, sin la sinceridad del testamento conjunto.

Es, pues, la objeción inoperante. Estamos en presencia de una rutina, que ni siquiera impide el resultado que se trata de evitar.

El Código Alemán, § § 2265 y siguientes, admite el testamento común de los esposos, no ya para la partición de sus bienes entre sus descendientes, sino para todos los fines, hasta el de instituirse recíprocamente por herederos, el de



sustituirse herederos comunes, etc. Y nadie ha visto que en ello se causen presiones terroríficas de un esposo a otro... en beneficio de los hijos.

Sin extender la institución del testamento común más allá de los esposos, y ni siquiera a otros efectos que el de la partición de bienes a favor de los descendientes, decimos que la posibilidad de efectuarla es protectora de los intereses más respetables de la familia, y que también el cónyuge supérstite queda favorecido por ella previniendo litigios y dificultades de toda suerte el día de la muerte del esposo. No son la regla los matrimonios desavenidos en que los cónyuges se asaltan para despojarse. Lo es la de los ligados por afectos leales, en que la protección resulta de la sinceridad del cariño.

Los escritores franceses están de acuerdo en pensar que es de lamentar la dificultad que nace de las disposiciones del Código Napoleón, y en que sería deseable que pudiera disponerse por donación o por testamento que el usufructo y la renta vitalicia reservados en la partición a favor de los disponentes, puedan ser íntegramente conservados a favor del sobreviviente. Es esa la demostración más completa de que es injustificada la prohibición actual.

Parece excusado decir que en este caso, si el usufructo comprometiera la legítima de los herederos, se aplicará lo dispuesto por el artículo 3603.

No establecemos excepción para el supuesto de que existan hijos no comunes de los esposos, como algunos escritores



Art. 65. — Los esposos no pueden hacer partición por donación, por actos separados, mientras subsista la sociedad conyugal. Pueden hacerla por testamento.

Se suprime el artículo 3526.

franceses lo enseñan. Porque, por una parte, se trata de hijos coherederos de uno de los disponentes, y es ese el caso común general de toda partición de ascendientes; y además, porque también hay que partir relativamente a ellos, y por consiguiente, prevenir las dificultades inherentes a la división, que constituye el motivo fundamental de la partición de ascendiente. La acción de reducción queda intacta para cualquier perjuicio de la legítima. En este sentido, Demolombe, 23, número 85; Huc, 6, número 439.

Art. 65. — La falta de acuerdo de los esposos para hacer una partición común, trae, dada la organización de la sociedad conyugal en nuestro país, la imposibilidad para cada uno de ellos, de efectuarla por vía de donación, tanto porque no pueden liquidarse los gananciales y separarlos de los otros bienes, antes de la disolución, como porque los propios constituyen el capital de la sociedad y no pueden ser retirados de ella.

Pero no hay motivo para impedir la partición por testamento, como lo hace el artículo 3526, mientras exista la sociedad conyugal y no sea notorio que no existan gananciales. Si los hay no puede partirse por actos de última voluntad. No existe razón alguna para impedirlo. El testamento

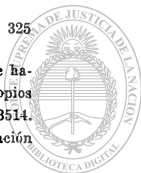


sólo producirá efecto después del fallecimiento del testador. La sociedad queda disuelta, y no solamente se puede disponer de los bienes propios que ahora están libres, sino también de los gananciales bajo el doble aspecto de la partición de ellos con el cónyuge sobreviviente y de la disposición de la parte que corresponde al testador a favor de los descendientes.

Y, o no existe razón para autorizar la partición en el caso presente del artículo 3527, esto es, limitada a los bienes propios, o la misma razón se extiende a la parte de gananciales que se retira de la masa por la partición. Se trata siempre de prevenir disgustos de familia, litigios, gastos innecesarios, y el desinterés del testador en la partición, permite concederle la libre disposición de lo que es suyo. El perjuicio que puede causar al viudo queda siempre amparado por la acción de reducción, la de nulidad, etc.

La jurisprudencia francesa, y varios escritores, admiten aún la partición por donación hecha con autorización del marido (1). No vamos hasta ahí, pero ese orden de ideas demuestra la exactitud de nuestra conclusión. Conviene favorecer la autoridad del padre y de la madre, para proteger a los hijos y al cónyuge supérstite, contra la temida discordia, y el posible abuso de alguno de ellos o de sus consejeros. Demolombe, 23, número 87, consideraba lamentable la imposibilidad legal del C. N.

(1) Hue, 6, número 439.



Art. 66. — El cónyuge ascendiente supérstite puede hacer la partición de los bienes gananciales y de los propios del fallecido, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3514. Puede, también, comprenderlos en la partición por donación de sus bienes personales.

Se suprime el artículo 3527.

Art. 67. — Se modifica el artículo 3524, así:

Sea la partición por donación entrevivos o por testa-

Art. 66. — Disuelta con el matrimonio la sociedad conyugal, el cónyuge sobreviviente se encuentra en el caso del artículo 3514: puede partir la sucesión de su esposo entre sus descendientes y él. Si le conviene, podrá extender la partición hasta la distribución en vida de los bienes propios. El único obstáculo que los escritores franceses oponen a esa partición, queda levantando así en nuestro derecho, desde que es la regla general la del artículo 3514. Ver Demolombe, 23, números 89 y siguientes.

Art. 67. — El texto actual del artículo 3524, obedece al orden de ideas del antiguo 919, Código Francés, que ha sido reformado, así como el 843, por la ley de 24 de Marzo de 1898. Su redacción no es, además, suficientemente precisa, y da margen a desinteligencias que conviene evitar.

El principio fundamental es el adoptado en materia de legítimas, esto es, que así como deben dejarse intactas, así también el testador puede disponer libremente de la otra parte de sus bienes. Es lo que consigna la primera parte del actual artículo 3524. Está proscrita de nuestro Código la



mento, puede el disponente dar a uno o varios de sus hijos, y a su cónyuge, la parte de bienes de que la ley le permite disponer. El exceso sobre esa parte será de ningún valor.

regla de que el heredero no puede ser al mismo tiempo legatario: artículo 3605

Esa mejora que se resuelve puede hacerse, y por consiguiente, se ha hecho válidamente, tanto por partición por donación, como por la testamentaria, sigue diciendo el texto vigente, “no se entenderá que se da por mejora — aunque se hayan donado o legado los bienes, — si en el testamento no hubiera cláusula expresa de mejora”. “No puede haberla en la partición por donación”.

Nada más natural que dejar la partición por donación dentro de las reglas generales. No se entiende — artículo 3476 — que la liberalidad importe otra cosa que un adelanto de la herencia futura. No se interpreta de distinta manera, sin la dispensa hecha por el donante en su testamento y no en el acto de la donación.

El artículo 3524 deja la partición por acto entrevivos dentro de su teoría general.

Y es exacta esa solución. No contradice el principio de que puede hacerse la mejora, donando los bienes. Porque el hecho de haberse hecho en mayor extensión que la cuota hereditaria, no prejuzga o revela la intención efectiva del ascendiente. La partición por donación puede ser de una parte de los bienes, y aunque comprendiese a todos, sólo es de los presentes. Por consiguiente, aunque las donaciones

Cuando la partición es por donación no se entenderá que el excedente sobre la parte hereditaria constituye mejora si no se dispusiera así en el testamento del disponente.



son irrevocables, el disponente tenía en vista el resto de los bienes, si fué parcial la división, o los que podría adquirir posteriormente, en previsión de hechos dados, por continuación de su industria, herencias eventuales, etc. El hecho de mejora es, pues, equívoco como disposición de ella.

El acto, pues, de adjudicar mayor suma de bienes a uno de varios descendientes, no contradice el que no por eso se haya querido mejorar. Se ha donado por adelanto de herencia, y nada más.

Hasta ahí el artículo 3524, está dentro de las soluciones sistemáticas del 3476 y siguientes.

Pero, agrega, "sea la partición por testamento... no se entenderá que se da por mejora la parte de que la ley permite disponer, si en el testamento no hubiera cláusula expresa de mejora".

Analicemos. La palabra mejora tenía en el derecho español vigente en el momento de redactarse el artículo — leyes 17 y 18 de Toro, — y lo tiene aún en el Código Español, artículo 823, un sentido especial: era una parte de la legítima de que la ley permitía disponer a beneficio de los hijos legítimos; esa parte constituía el tercio de la legítima.

No nos interesa examinar en qué medida esa diferencia de la mejora y la legítima ha influido, o no ha influido, en la decisión del artículo 3524. Preferimos limitarnos al de-



En esa partición no puede hacerse la declaración de mejora.

Si la partición es por testamento, el lote adjudicado se imputará a la cuota hereditaria y el excedente a la parte disponible, y se considerará la adjudicación como de atribución.

recho vigente. Mejora es la atribución total o parcial de la parte disponible a favor de cualquiera de sus herederos, legítimos, dice el artículo 3605, corriamos, herederos forzosos. Los legítimos, frente a los forzosos, ni son herederos llamados por la ley, ni son mejorados: reciben como reciben los extraños, puesto que son excluidos como herederos legítimos por los forzosos. Son herederos, o legatarios, testamentarios, y no más allá de la porción disponible.

Pues bien. En una partición testamentaria se adjudican bienes a un descendiente por mayor valor que el que le corresponde por su cuota hereditaria. Le corresponderían 100: se le da 200. ¿Qué duda queda de lo que el testador ha hecho?

No es adelanto de herencia. No se puede atribuir a un aumento posible de bienes. Se parte la herencia misma, ya producida, puesto que el testamento no funciona sino en ese momento.

Lo que se quiere hacer es, pues, lo que se ha hecho. Se ha dado a un heredero más de lo que le corresponde.

No hay dos interpretaciones posibles. Las intenciones resultan de los hechos. Y esos hechos son válidos dentro de la porción disponible: artículo 3605.



bución. Puede el testador, tanto en caso de partición por donación, como en la de testamento, disponer expresamente que se adjudique el lote del heredero mejorado preferentemente a la parte disponible, y el resto a la legítima.

Lo que era comprensible para las donaciones (artículo 3476), no lo es para las disposiciones testamentarias.

No faltan escritores que distinguen la posibilidad de un error, en la apreciación de los valores adjudicados, de la mejora deliberada, y de ahí que se enreden en diferencias de solución. Así, Demolombe, 23, números 172 y siguientes, entra en ese orden de ideas, obligado a explicar, mal o bien, el artículo 1079, Código Napoleón.

Pero entre nosotros, no hay rescisión por causa de lesión. No la hay sino por invasión de la legítima. Los errores y los actos deliberados se encuentran en la misma línea. No hay distinción que hacer.

Toda la cuestión se encierra, pues, en la única posible. ¿Qué quiso el testador? ¿Debe decir en términos expresos, sacramentales, que quiso mejorar?

Pero, ¿qué duda hay de lo que quiso? ¿No dijo que dejaba a tal hijo tales bienes? ¿Pudo existir duda de que sabía lo que hacía? Si cometió error éste no se presume. Y del testamento resulta que mejoró. Es tan expresa su disposición, como si lo hubiera declarado por términos sacramentales.

Nuestro artículo 3524 copió sin alteración el 919, Código Francés. Era tan insostenible esta disposición que la ley



de 24 de Marzo de 1898 la modificó y declaró lo contrario, esto es, que la mejora hecha por donación o por testamento, no estaba sujeta a colación, con tal que **en cuanto a las donaciones** la disposición — actual o posterior, — se hiciera expresamente a título de mejora y fuera de cuota.

El motivo de esta reforma fué que no tenía explicación posible la mejora testamentaria, sino la que resultaba de ella misma, sin agregados verbales. Y, en efecto, si el testador no quería hacerla, ¿por qué la hacía? De todo el testamento podría nacer la misma pregunta, y la ley la contesta reconociendo la eficacia de todas sus disposiciones, en cuanto no afecten las legítimas.

Esa solución del derecho francés actual, es la del § 2056, Código Alemán, y del artículo 523, Código Suizo: sólo procede la acción de reducción en lo que exceda la porción disponible.

Pero nuestro texto proyectado todavía resuelve otro punto, distinto del hasta aquí considerado. Y se aleja respecto de él de la solución adoptada por la reforma del artículo 919, Código Francés. Se coloca en el terreno del artículo 523, Código Suizo.

Se ha hecho a favor de un hijo, una atribución por valor mayor que el de su cuota. Compromete o no la legítima de los demás. Si es por donación, el testamento lo dispensa de colacionarla. Si es por testamento, se entiende que hay mejora, como en el anterior por efecto de la dispensa.



Art. 68. — Se reproduce el artículo 3528, al que se suprimirán las palabras “en el caso del artículo anterior” y se sustituirán por las siguientes: “en su caso”.

Se agregará al fin, en período seguido: “Se observarán las reglas de la representación hereditaria”.

Cuando la omisión fuese en la distribución de la parte de bienes de un hijo representado por descendientes, y no

Pero, ¿cómo se imputa? ¿Se computa en la parte disponible, primero, y en la legítima la restante? ¿O al revés? La solución no es, ciertamente, la misma.

Parécenos evidente la solución proyectada. Si el testador ha dispuesto que la mejora se atribuya a la parte disponible, es libre de hacerlo. Pero no se subentiende.

Porque se trata de atribución de lote. Ha adjudicado un inmueble que vale 100. No ha hecho otra cosa. Si la cuota hereditaria es de 90, la mejora es de 10. ¿De dónde se deduciría que esta mejora debe entenderse de 30, digamos, de modo que el heredero reciba 120 y no 100? Es contradecir la voluntad del testador, porque adjudicó un bien dado, y de esa adjudicación resulta la mejora.

La mejora de toda la parte disponible debe, pues, resultar no de la partición según las adjudicaciones, sino de la cláusula expresa del testamento, a menos que la adjudicación misma absorbiera tanto la parte legítima como la disponible.

Art. 68. — Sobre el último párrafo, Demolombe, 23, número 164.



comprendiese a todos éstos, subsistirá la partición respecto de todos los hijos o sus representantes, y será nula entre los descendientes de la rama en que tuvo lugar la omisión.

Se suprime el artículo 3525.

Art. 69. — Se reproduce el artículo 3529.

Art. 70. — Se reproduce el artículo 3530, al que se suprimirán las palabras “el capítulo III de”.

Art. 71. — Se reproduce el artículo 3531.

Art. 72. — Se reproduce el artículo 3532, al cual se agregará: “a menos que se hubiera aceptado la sucesión a beneficio de inventario”.

Art. 73. — El ascendiente puede adjudicar en la partición, sea por donación, sea por testamento, a uno o varios de sus descendientes, o al cónyuge, una explotación agrícola, industrial o fabril, cubriendo la parte de los demás con otros bienes o imponiendo a los adjudicatarios de la explo-

Art. 72. — Como está en Aubry-Rau.

Art. 73. — Art. 1056, Código Español; § § 2048 y 2049, Código Alemán; artículos 608 y 522, Código Suizo, el cual, además, por sus artículos 620 y 625, establece como principio general en las particiones el de la adjudicación de las explotaciones agrícolas e industriales conexas, al heredero que lo desea, si es capaz de encargarse de ellas. Es, cabalmente, la principal razón que justifica la partición de ascendiente la de ajustar la partición a las condiciones personales de los descendientes y a la subsistencia de los establecimien-



tación el pago de una suma de dinero, para integrar la herencia de los restantes o de los gananciales del cónyuge excluido.

Los bienes inmuebles que constituyen la explotación quedan afectados hipotecariamente al pago de las sumas de dinero que se deben a los otros herederos. Si el disponente no las hubiera determinado, puede encomendarlo al ejecutor testamentario. En su defecto lo hará el Juez de la sucesión.

La hipoteca será registrada.

Art. 74. — Se reproducen los artículos 3533 y 3534. Este formará un segundo párrafo separado del primero. Se

tos agrícolas o industriales fundados por el causante. Se evita así la destrucción impuesta por ministerio de la ley en cada generación, de las empresas prósperas y ya salidas del período y dificultades de su iniciación.

Toda la literatura jurídica francesa contemporánea, según lo hemos dicho ya, desea una reforma legislativa en ese sentido. Laurent, Avant-projet, sobre el artículo 1006. Van Biervliet, sobre el artículo 25, números 2 y 3.

La hipoteca que autorizamos para las particiones no tiene inconveniente alguno. Constituye excepción a la regla general de la hipoteca convencional. No puede, pues, ser ampliada. Reemplaza, ventajosamente, al privilegio actual. Ver Laurent, Avant-projet, sobre el artículo 1007, número 6.

Art. 74. — Para la inteligencia de los artículos 71 y 74, véase Aubry-Rau, 8, § 733, número 2, y Demolombe, 23, números 94 y siguientes.



sustituirá en el 3533 la palabra “herederos” por “adjudicatarios”.

Art. 75. — Se reproduce el artículo 3535, en el cual se agregará después de “Los hijos” “o sus” y después de “descendientes”, “y el cónyuge”...

Art. 76. — Se reproduce el artículo 3536. Se le agregará en párrafo separado:

De igual derecho puede usar el cónyuge supérstite, cuando la partición perjudica la parte que le corresponde en los bienes del matrimonio.

Art. 77. — Se reproduce el artículo 3537. Se le agregará en segundo párrafo separado el artículo 3538, y después de “por el descendiente”, se intercalará “o cónyuge”.

Art. 78. — La partición hecha por el ascendiente de los bienes que correspondieron a sus descendientes por otras sucesiones, puede ser rescindida por no ajustarse las estimaciones que le sirven de base a un criterio de igualdad, o por no cubrir la parte legal que corresponde a cada adjudicatario en los bienes divididos.

Esta disposición se aplica a la división hecha por los albaceas o representantes de los incapaces, a quienes los ascendientes encomendaron la división por su testamento.

Art. 78. — § 2048, Código Alemán. Ni el ascendiente, ni el testamentario, o el encargado de la partición, pueden disponer de partes con que benefician a los herederos, puesto que se trata de sucesiones ajenas a ellos. Lo único que pueden hacer son atribuciones, pero fundadas en la igualdad de



CAPITULO V

De los efectos de la partición

Art. 79. — En sustitución de los artículos 3503 y 3504, el siguiente:

los valores, y que cubran las porciones hereditarias respectivas.

Art. 79. — El artículo 3503 reproduce la regla del Código francés, que atribuye a la partición un efecto declarativo. Se juzga, dice, que cada heredero ha sucedido sólo en los objetos adjudicados, y esto inmediatamente desde la muerte del causante.

La indivisión que ha precedido no solamente cesa por la partición, sino que todavía desaparece como hecho anterior. Nunca ha existido. Se juzga, dice la ley, que no ha habido derechos conjuntos sobre el patrimonio heredado.

Los hechos, sin embargo, han existido. Hubo masa común. Nadie tenía derecho a disponer de ella individualmente. Había acreedores del patrimonio heredado, y los de cada heredero no concurrían con ellos. Ningún heredero tenía derecho inmediato y dependiente de su sola resolución para administrar ni para disponer. No era suyo cada bien. No era suyo tampoco el conjunto.

·Cuando viene la partición, ese pasado no puede ser desconocido. Los hechos, decía Laurent, no pueden ser desvanecidos: existieron. Todo lo que podría hacerse es descono-



La partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados.

Para que ese resultado se produzca debe ser registrada.

cer sus efectos, y sin embargo, la ley los reconoce. Toda la liquidación preliminar de la partición, lo prueba.

Es, pues, necesario demostrar qué razón fundamental, perentoria, obliga a la ley a pronunciarse en el sentido de crear una ficción contraria a la realidad. ¿Por qué se juzga que el heredero sucedió sólo en los bienes de su lote, desde el día de la muerte del causante, si la ley misma dice que en caso de pluralidad, hay indivisión de todos los bienes de la masa?

La nota del artículo 3503 afirma que esa ficción “resuelve mil dificultades”. Así se creía cuando se redactó el Código Francés. Hoy no lo cree nadie. La doctrina ha sido reexaminada, y en la literatura francesa es ya general la admisión de que el principio es inútil y equivocado. Los códigos más recientes lo han proscrito: español, artículo 1068; alemán, § § 2042, y 752; suizo, 634. Ni siquiera hablan de él: la partición, por sí sola, produce la extinción de la indivisión y la propiedad exclusiva de los bienes adjudicados: **ex nunc**.

Que es inútil la retroacción, lo acredita el buen sentido. Nadie puede disponer de lo ajeno. Cada coheredero lo es con otros. Ningún bien — ya hemos hablado de los créditos en otra nota, — es propiedad exclusiva de uno. No puede



venderlo, hipotecarlo, afectarlo con otros derechos reales, por sí solo. Es dueño de una cuota en una masa, y nada más. Puede enajenarla, eso es todo.

No puede hipotecarla, y con esto hemos tocado la única razón que se expresaba para justificar el derecho retroactivo. Se decía: si no remonta al día de la apertura de la sucesión la hipoteca constituida por uno de los coherederos, continuará en los bienes adjudicados a los demás.

Pero esa hipoteca es imposible en el derecho nacional y en el de todas las naciones que han adoptado la hipoteca especial. No hay hipotecas generales. Nadie ha podido en el estado de indivisión afectar patrimonios heredados, en todo o en partes. Ha podido vender su cuota indivisa: no ha podido hipotecarla.

Tampoco ha podido hipotecar un inmueble comprendido en la herencia ni constituir otros derechos reales en ellos. Y esto por varias razones.

Carece de derecho suficiente. El Registro no puede inscribir el derecho constituido. Y sin la inscripción no hay tal constitución en el sistema general que hemos adoptado.

Tampoco puede serle útil una hipoteca eventual, dependiente de lo que resultará de la partición. Ningún crédito real puede admitir semejante base. Se trataría de un caso de usura sórdida, es decir, de la que la ley no tiene motivo para amparar.

Por último, la liquidación misma preliminar de la partición, constituye obstáculo insuperable, por los derechos de



los acreedores comunes, de los legatarios, de los coherederos, en virtud de las deducciones causadas por la colación, la reducción, etc.

¿Quién contrataría honestamente en tales condiciones?

No se objete con lo que hemos admitido en el título del condominio. Allí hemos conservado la hipoteca subordinada al resultado de la partición. Aquí, en la sucesión plural, la proscribimos.

Y esto, porque no es lo mismo condominio sobre un bien particularmente considerado, determinado, que derecho a una masa indivisa afectada a créditos y a legados que han de ser previamente satisfechos. Con el Código alemán, § 2040, distinguimos fundamentalmente, entre derecho a cuota y derecho a los bienes comprendidos en el conjunto.

Hemos dejado subsistente — aunque sin ninguna convicción, — lo que hemos encontrado en el Código, la hipoteca hecha por un condómino, subordinada, eventual, y la hipoteca de un inmueble comprendido en la masa del artículo 3504 constituye caso distinto.

Decimos “sin ninguna convicción”, porque aquella disposición ha de tener muy rara aplicación. ¿Quién aventurará una hipoteca que puede quedar desvanecida? Sólo por excepción, se comprende, en caso de ser evidente que habrá división material, y en lotes homogéneos, que permitan fundar cálculos discretos.

Nada de eso ocurre en la división hereditaria, porque todo en ella es eventual, dependiente de las incidencias de la liquidación, del beneficio de inventario, de la separación de



patrimonios, de las cuotas hereditarias netas y reducidas por los bienes ya recibidos, etc., y de la formación de los lotes mismos. Admitir lo que del artículo 3504 resulta, es, al contrario de lo que la nota al anterior dice, crear dificultades a veces insuperables, y siempre injustas, a los diversos interesados en la sucesión. El Registro eventual que sólo autorizaría una prenotación, sería por sí sola, una de ellas.

No tenemos motivo para entrar en otros aspectos de la teoría del artículo 3503. Sus más acreditados sostenedores reconocen, como Demolombe, que la garantía de los lotes no deriva del carácter simplemente declaratorio de la partición. Es, dicen, ésta, un acto mixto, *sui generis*: es también atributiva de propiedad. Con esto, queda ya demostrado, que con sustitutivos verbales, y no con razones jurídicas, se trata de salvar un principio inútil y falso. Porque es una ficción. Y con ficciones no se fundan principios. Si hay ficción, es porque la realidad es otra.

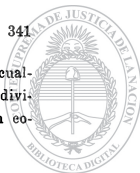
Véase Laurent, 10, número 393 y siguientes, y *Avant-projet*, artículo 991, y la nota en que lo funda; van Biervliet, número 313; Baudry-Wahl, *Successions*, III, números 4265 y siguientes; Huc, 5, números 536 y siguientes.

Es derivado del principio de que la partición, por sí, hace cesar el estado de indivisión, que es sustituido por el de propiedad exclusiva, el que para ese efecto se cause, ha de ser la división inscrita en el Registro, como tal partición y como adjudicación de los inmuebles contenidos en ella.



Toda persona tiene el deber de hacer conocer por medio de la inscripción a los terceros eventualmente interesados, el verdadero estado de las cosas, para invocarlo contra ellos. La partición no opera sino por efecto de la inscripción; es ésta constitutiva. La inscripción es elemento de la existencia del acto mismo. Bajo este aspecto nada aconseja distinguir entre partición por convenio, por testamento o por sentencia.

Decimos en nuestro artículo, con el Código español, y como el alemán y suizo, que la partición confiere la propiedad exclusiva de los bienes adjudicados. La doctrina que preside esas conclusiones es, pues, la de que el título a los bienes heredados es siempre la sucesión del causante: sólo los coherederos pueden partir los que constituyen el patrimonio indiviso que recibieron por muerte de su autor. Y a su vez, sólo por efecto de la partición, tienen bienes exclusivos que son los que ella les atribuye. La ficción de que recibieron bienes exclusivos desde el día de la apertura de la sucesión es, sobre inútil para todos los fines, inexacta, puesto que no los recibieron divididos, sino en el caso de partición de ascendiente, y en éste mal puede existir ficción. Nuestra doctrina proyectada constituye, pues, una regla uniforme que comprende a toda clase de particiones, mientras que la opuesta no puede, por la fuerza de las cosas, extenderse a las hechas por los ascendientes en que se reciben los bienes ya divididos, sin ficción.



Art. 80. — Tendrá el mismo efecto de la partición, cualquier acto a título oneroso que haya hecho cesar la indivisión y adjudicado bienes en propiedad exclusiva de un coheredero.

Art. 81. — Se reproduce el artículo 3505.

Art. 82. — Se reproduce el artículo 3506.

Art. 83. — Se reproduce el artículo 3507, al cual se

Dice, además, nuestro artículo, que todos los bienes adjudicados en cada lote, son de propiedad exclusiva. Por consiguiente, los valores compensatorios para integrar la cuota que sin ellos no sería cubierta con los bienes de la sucesión misma.

De ahí una conclusión. Son bienes hereditarios los dineros que en la licitación entre herederos, si la hubo, se traen por ellos, o lo que es jurídicamente semejante, los créditos que en la respectiva hijuela se imponen a unos y se reconocen a otros, aunque no hubiera dineros en la herencia.

Y este efecto que en todas las opiniones se admite, es siempre derivado de la misma idea: si esos bienes son adjudicados es porque el título a esa compensación, o carga, es el título de heredero, y su resultado, efecto de la partición.

Art. 80. — Código Civil, artículos 2696 y 2697.

Art. 83. — Supresión de los artículos 3508, 3509 y 3510.

Los dos primeros son la reproducción de los 2141, 2142 y 2144.



agregará: Deben la garantía por los defectos ocultos de los objetos que se adjudicaron.

Se suprimen los artículos 3508, 3509 y parte final del 3510.

Art. 84. — Se reproduce el artículo 3511, al cual se agregará en párrafo separado el artículo 3512.

Art. 85. — Se reproduce el artículo 3513.

Se suprime el 3510, en virtud de estar legislada la responsabilidad por vicios ocultos en el Libro II, sin hacerla depender como el artículo modificado, de que el valor del perjuicio alcance a la cuarta parte del valor de tasación. Esta condición no es peculiar de la partición hereditaria. Es sólo reminiscencia del Código Francés que establece la lesión de la cuarta parte, como causa de rescisión. Por eso Demolombe, 17, número 343, sólo entiende aplicar las reglas generales comunes y las nuestras no se refieren a la cuarta parte del valor. No hay porqué establecer una excepción.



TITULO V

§ 1

De la transmisión hereditaria de derechos que no son patrimoniales

Art. 1. — El causante de la sucesión puede disponer por testamento, o por escritos firmados por él, la forma y circunstancias de sus exequias. Puede, también, ordenar la erección de un sepulcro para sí o como sepultura de familia.

Art. 2. — En defecto de disposiciones, se observarán las prescripciones siguientes:

1º Es carga de la masa hereditaria la sepultura del causante en la tumba de su familia, y en defecto de ésta, en el sepulcro que se erigirá según las circunstancias y las fuerzas de la herencia que el Juez apreciará en caso de disentiimiento de los herederos y legatarios. Están obligados, ellos y sus sucesores, a los gastos de conservación.

2º El sepulcro que se erigirá, o que ya existiese a la muerte del causante o en que hubiera sucedido, no podrá

Arts. 1, 2 y 3. — Las sepulturas son regidas por el derecho administrativo. No son bienes. Están fuera del comercio. Por esa causa la Ley de Partida citada en nota anterior está en vigencia, pues sólo fueron derogadas las de ese Código que caen bajo la prescripción del artículo 22, título preliminar.



ser objeto de enajenación o cesión, por título oneroso ni gratuito.

3º Los herederos no tienen derecho para autorizar a sepultar en él a persona alguna que no sea cónyuge o consanguíneo del causante-fundador o cónyuge de consanguíneo.

4º No tienen derecho a disponer la exhumación de los cadáveres sepultados, a menos que lo hubieran sido con violación del inciso anterior.

Art. 3. — Las concesiones de sepultura y la exhumación quedan regidas por el derecho administrativo bajo reserva de las disposiciones de este capítulo.

Art. 4. — Los sepulcros no pueden ser divididos entre herederos o legatarios. No son embargables.

Art. 5. — Se modifica el artículo 3473, así:

Los objetos que constituyen recuerdos de familia, los papeles y correspondencia del causante son indivisibles y deben quedar depositados en poder del heredero que los interesados elijan. En su defecto, lo designará el Juez.

Sobre el estado actual de la doctrina en lo referente a sepultura y sepulcros, véase Demolombe, 14, números 453 y 15, números 700; Dalloz, Repertoire, Vº Culte, número 799 y siguientes, y Supplément, íd., desde el número 855 y desde el número 913; Baudry-Wahl, II, números 2729 y siguientes y número 2855; Hue, 4, números 69 y 70; Colin y Capitant, III, página 492; Planiol, Ripert, Maury et Vialleton, Successions, números 193 y 546; Planiol, Ripert et Picard, Des biens, número 130, 4º, y 139; Daniel-Lacombe, Le régi-



§ 2

De la sucesión hereditaria en los derechos de autor

Art. 6. — Los herederos suceden en los derechos de autor por el tiempo que autoriza la ley. Quedan obligados por los actos de disposición efectuados por el causante. Pueden usar de sus derechos.

me des sépultures, números 7 y siguientes, 158, 171, 173/6, 177/9; André, *La sépulture*, páginas 315, 320, 327, 331 y siguientes; Roux, *Le droit en matière de sépulture*, desde la página 209.

Véase, además, ley 1128, artículo 12, que sólo rige para la capital. Mayer, *Droit administratif Allemand*, III, página 254; Berthélemy, *Droit administratif*, página 414.

Art. 6. — La Constitución nacional dispone, artículo 17, que “Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley”. Y la de 23 de Setiembre de 1910, “reconoce la propiedad científica, literaria y artística para todas las obras publicadas o editadas en la República. Esta propiedad intelectual, agrega, se registrá por el derecho común bajo las condiciones y limitaciones expuestas en la presente ley”.

Muy grave era la modificación que introducía en el sistema adoptado por la Constitución. Esta declaraba la propiedad de todo autor o inventor. La ley de 1910 repudiaba el principio: no es propietario todo autor; sólo lo es el de



obras publicadas en la República. Las publicadas en el extranjero, no pertenecen al autor. Sólo se exceptuaban las que lo hubieran sido en naciones ligadas por tratados celebrados con la República.

Se había abandonado la noble política seguida hasta entonces. La Constitución hablaba de “autor o inventor”. La ley de Octubre 11 de 1864, declaraba expresamente — artículo 2 — que las patentes de invención se concedían y reconocían a los inventos hechos o registrados en el extranjero.

El mismo texto constitucional ha sido, por consiguiente, legislado de manera opuesta, por las leyes reglamentarias: el derecho de autor es mucho más limitado que el del inventor. “Todos los autores”, dice, sin embargo, la Constitución.

Se habla en ésta y en la ley, de propiedad, y la segunda nos declara que es regida por el derecho común.

¿Cuál es?

El derecho común no conoce otra propiedad que la del dominio de cosas. Es un derecho que se traduce en un poder directo, inmediato, sobre ellas. Si se dispone del bien, el propietario no retiene derecho alguno: el adquirente lo ha adquirido en toda su extensión. Dispone, transforma, destruye, quia res mea est.

Eso no es la propiedad literaria, ni la de invento. El autor o inventor es siempre dueño de su obra, aunque ceda o consienta en la publicación. El escultor vende su estatua, pero el adquirente no puede reproducirla. El músico autoriza



la ejecución de su obra, pero tal como es, sin la posibilidad de alterarla, y con derecho de conceder a otros, contemporáneamente, la misma ejecución.

En otros términos, la propiedad intelectual no es la propiedad de derecho común, y si no lo es, nada se ha determinado con calificarla de tal y resolver que se rige por el derecho general.

Sin prejuzgar sobre el sistema que deba adoptarse, esto es, si en la Codificación sistemática debe introducirse toda la legislación sobre los derechos de autor, de inventos, de marcas, de nombres industriales, etc., o si conviene dejar a la ley especial, una parte de esa tarea, si por ejemplo, se reserva a ésta la determinación de los casos en que se reconocen derechos, si tales personas los tienen o no, si tales otras ocultas o no ostensibles pueden reclamarlos, si la reproducción del libro se guía por el mismo criterio que la de la obra literaria teatral y si la del escultor o del músico, ha de ser sometida a reglas idénticas, es asunto que dejamos para otra oportunidad.

Pero de ahí no deriva que las relaciones jurídicas constituidas no se legislen en sus efectos naturales en todas las aplicaciones al derecho de familia, al hereditario, a las consecuencias de los actos jurídicos celebrados. Las leyes citadas declaran la trasmisibilidad hereditaria de los derechos, por ejemplo. La sociedad conyugal puede tener o pretender derechos para la comunidad derivados de la producción intelectual. Y todo eso es, y debe ser, por la fuerza de las cosas, regido por la legislación codificada: sólo ella organi-



za la sociedad matrimonial, la común, el derecho hereditario.

Ahora bien. Se nos dice, por la ley, que se sucede por causa de muerte en los derechos de autor y los semejantes. Y, además, que esta sucesión es regida por el derecho común actual, esto es, el Código Civil.

Decimos que no.

La sucesión común, hereditaria, en los países monárquicos, comprende, en regla, derechos no patrimoniales: se heredan mayorazgos u otras vinculaciones, títulos de nobleza, derechos de nombramiento a determinados cargos, religiosos o no.

Entre nosotros, sólo se sucede por derecho común al patrimonio, es decir, a los bienes del causante. El sucesor los hereda tales cuales son. Son suyos. Es propietario y dispone de lo heredado, como podía disponer el causante.

El heredero del autor de una obra literaria, de una escultórica, pictórica, musical, hereda el emolumento que podía obtener el autor, hereda el derecho de autorizar o impedir el uso de ella, y esto de muy distinta manera. En la literaria, puede autorizar la publicación si no existen contratos que la limitan. En la pictórica, por ejemplo, la reproducción sólo puede ser autorizada en condiciones dadas.

Pero lo que nunca pueden hacer los herederos, es alterar o autorizar la alteración de las obras, permitir las bajo otros nombres, publicar lo que el autor no quería que se publicase, reproducir la obra sin las alteraciones que el



autor había resuelto, etc. En otros términos: la sucesión en los derechos intelectuales, comprende derechos patrimoniales y comprende derechos extra-patrimoniales. La sucesión no trasmite los derechos del autor en toda su plenitud. Los no patrimoniales, se rigen por reglas propias.

De ahí la necesidad de legislar en este Código, sobre esa clase de sucesión.

La extensión de los derechos a las publicaciones hechas en los países que han suscrito o adherido el tratado de Montevideo, no modifican sino en aquel sentido, lo expuesto en esta nota. Se aplica, pues, a ellos, lo establecido en el presente capítulo.

Véase: Demolombe, 9, número 439; Baudry et Chauveau, Des biens, número 168; Planiol, Ripert et Picard, Des biens, número 573 y siguientes; Planiol, Ripert, Maury et Vialleton, Successions, números 10, 150 y 193, 5º; Dernburg y Kohler, Urheber, Patent, Zeichenrecht, § § 14, 45 y 78; Kohler, Urheberrecht, § § 1, 2, 38 y 39; Pouillet, Propriété littéraire et artistique, números 7 y siguientes, 231, etc.; Darras, Droit des auteurs, números 40, 44/5; Thaller, Propriété littéraire et Régime de communauté, Revue Trimestrielle, 1903; Colin y Capitant, III, páginas 67 y 408; nota de Colin, Dalloz, Jurisprudence générale, 1903, 1, página 5, e informe del Procurador General de la Corte de Casación; Vaunois, informe de la Comisión de la Société d'études législatives sobre las reformas de la legislación de propiedad literaria, Bulletin, 1908, y la discusión de su proyecto en el mismo, pá-



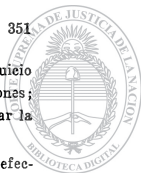
Art. 7. — La sucesión se rige por las disposiciones generales de este Libro que no estuviesen modificadas por el presente título.

Art. 8. — El causante puede disponer por testamento o por escrito firmado, todo lo que concierna a la publica-

ginas 139, 217/59; Stolfi, *Propriété littéraire*, I, números 415 y siguientes, y II, números 732, 941, etc.; Piola-Caselli, *Diritto d'autore*, número 14 y sigtes; Pipia, *Codice del diritti d'autore*, números 15/24.

Art. 8. — La supervivencia de los derechos del autor o inventor, que todas las leyes reconocen, implica el reconocimiento de que conserva sobre los productos de su inteligencia, derechos que no son solamente pecuniarios. Nadie puede alterar las opiniones expresadas por él; el pensamiento es siempre suyo. Nadie puede impedir que las modifique o repudie. Los herederos suceden en la obra de él, tal como la concibió o la reformó. No son ellos los dueños de la creación. La ley los ampara en la obra de otro. Es, por consiguiente, decisiva la resolución del autor.

Pero puede disponer modificaciones expresas y también confiarlas a tercero. Es frecuente en las obras científicas encargar a personas elegidas por el autor, o en su defecto por los herederos, la modernización de ellas, poniéndolas a la altura de las nuevas exigencias, o completar las obras no terminadas, etc. El tratado de los derechos de autor de Dernburg, que constituye el VI volumen de su *Derecho civil*,



ción de sus obras póstumas, o ya divulgadas, sin perjuicio de los derechos concedidos. Puede disponer modificaciones; prohibir la reimpresión o nuevas publicaciones, y ordenar la de su nombre, en las anónimas.

Puede encargar a una persona, o corporación, de efectuar las nuevas publicaciones y las alteraciones que ella con-

quedó interrumpido, y fué completado por Kohler. Las obras de Fustel de Coulanges quedaron sin forma definitiva, y Julián las publicó seleccionando los materiales. El curso de Toullier fué completado por Duvergier y por Troplong. El autor puede soberanamente imponer a sus herederos la persona que en su sentir, es la más indicada para completar sus trabajos o rectificar lo que convenga. El derecho hereditario no ahoga o impide el cumplimiento de la voluntad del autor.

La publicación misma puede ser impedida por él a sus herederos. La de sus obras póstumas hasta una fecha dada, o un acontecimiento previsto, por ejemplo. En las memorias es frecuente la cláusula, y muy general, en la publicación de la correspondencia.

Puede ser prohibida la reimpresión aún de las obras ya publicadas, sea porque el autor no haya persistido en sus opiniones antes manifestadas, sea por considerar que perjudican su reputación literaria. Anatole France sostuvo y ganó un pleito contra su editor, que entendía publicar una obra de juventud que el autor reputaba inferior.



sidere convenientes en sus obras, así como la vigilancia y defensa de las ediciones o reproducciones.

Todas estas disposiciones del causante serán obligatorias para los herederos, aunque fuesen forzosos.

Por fin, el autor puede confiar a un tercero no heredero el cuidado de las nuevas ediciones de sus obras o la publicación de las póstumas. Les Pensées de Pascal se publicaron adulteradas por sus herederos, que no coincidían con sus ideas religiosas.

Pero si la voluntad del causante es decisiva para los herederos, sean quienes fueren, y aunque les prohíba la publicación, en caso de no haberse manifestado expresamente, puede resultar de las circunstancias.

Así en el caso de un manuscrito encontrado entre los papeles del causante. Está terminado, listo para la publicación. ¿Quiere decir por esto que se trata de una obra póstuma en el sentir del autor?

Si lo es, los herederos pueden publicarla. Pero, el caso citado de Anatole France, lo demuestra — y esto que ya había sido publicado el escrito por él; — puede tratarse de una obra lejana, de juventud. La prueba de que no era considerada como pronta para la publicación, resulta de que no se ha hecho, no obstante el tiempo transcurrido y la naturaleza del contexto, de que no aparece reserva que explique el hecho. No es obra póstuma: es obra repudiada.

Si el autor no ha prescrito modificaciones, los herederos no pueden efectuarlas, ni siquiera correcciones de opi-



Art. 9. — Cuando el autor fallece sin herederos, su derecho se extingue. No pasa al Estado por herencia vacante.

Si concurría el derecho del causante con el de coautores, o falleciese sin sucesión un heredero del autor, su derecho acrece al de los demás.

Subsisten los derechos constituídos antes del fallecimiento.

niones o estilo, sino por vía de anotaciones o apéndices, que no permitan confundirlas con el texto del autor. Buena o mala la obra literaria, la escultura, la música, es la del autor. Y es ésta la que se hereda, y no otra. Los herederos de Pascal falsificaron su pensamiento, cuando consintieron modificaciones en sus Pensées. Véase sobre estos puntos, el Informe ya citado de Vaunois, página 72, y las opiniones de Darras, Lyon-Caen y Thaller, así como las manifestadas en la discusión sobre el derecho moral del autor, en la sociedad conyugal, que tiene conexión con aquél: páginas 141 y siguientes, Bulletin de la Société d'études législatives, 1908; Darras, número 45; Dernburg, § 45; Kohler, § 38; Endemann, Erbrecht, páginas 45 y 214; Código Brasileño, artículo 659; Stolfi, II, número 941 y siguientes, artículo 25, ley italiana de 1926, y sobre él, Pipia, números 147/8, 272/7.

Art. 9. — Dernburg, § 45; Ley alemana, § 8; italiana, artículo 28; Pouillet, número 145; Código Brasileño, artículo 653; Endemann, § 26, II, C.



Art. 10. — Cuando el derecho de autor corresponde a varias personas, originariamente, el plazo de extinción para los sucesores empieza a partir del fallecimiento del último coautor.

Art. 11. — En defecto de disposiciones del autor, se observarán las reglas siguientes:

1º Los herederos pueden publicar las obras póstumas;

2º No pueden alterar ni autorizar modificaciones en las obras del autor publicadas o no publicadas. Pueden ponerse notas o apéndices, conservando sin alteración el texto u obra del autor, e indicando claramente que esas notas y agregados no son de éste;

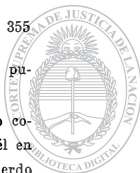
3º Esos preceptos comprenden la correspondencia enviada por el autor a terceros. Pueden éstos oponerse a la publicación de cartas que contengan datos confidenciales o íntimos que les afecten. La correspondencia pertenece al remitente de ella para los efectos del derecho de autor;

4º Las obras póstumas atribuyen el derecho de autor a partir de su publicación, como si fueran originarias del sucesor.

Art. 12. — Los herederos conservan, después de extinguido su derecho, el de impedir las alteraciones de la obra

Art. 10. — Ley italiana, artículo 28.

Art. 12. — La doctrina es unánime. Ver informe citado de Vaunois. La jurisprudencia francesa abunda en senten-



de su causante, y su atribución a otra persona, o su publicación ocultando al autor.

Art. 13. — Cuando hay pluralidad de herederos o co-partícipes en el derecho de autor, no podrán usar de él en los casos prevenidos en el artículo 11, sino por acuerdo unánime de los interesados.

En caso de disidencia, resolverá el Juez.

cias que reconocen el derecho de impedir la atribución de obras artísticas, a personas que no las ejecutaron, y esto después de extinguido el derecho de autor.

Art. 13. — La naturaleza misma de los derechos de autor impide su ejercicio por partes. No se puede publicar ni autorizar reimpressiones, por ejemplo, por mitad o por tercios. El Juez resolverá en presencia de las observaciones de los opositores, aunque constituyan minoría, pues pueden fundarse en motivos respetables, declaraciones y opiniones del causante o de personas calificadas, publicaciones de la crítica, etc. Dernburg, § 45, somete esa situación a las reglas de la indivisión del Código Alemán (gesamte hand). Artículo 18, Ley italiana; artículos 653 y 654, Código Brasileño.

Aplicamos la regla general de nuestro proyecto sobre los derechos hereditarios en el estado de indivisión.



Art. 14. — El derecho de autor es indivisible. Sólo puede dividirse el emolumento que se obtenga por su ejercicio. Cada interesado puede usar por el todo las acciones que competan contra terceros.

Art. 15. — Las disposiciones de este capítulo comprenden, en cuanto les fuesen aplicables, los derechos del inventor, de las marcas de fábrica y comercio y del nombre industrial o comercial.

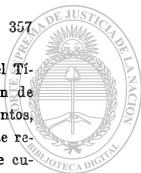
TITULO VI

De las sucesiones vacantes

Art. 1. — Se sustituyen los artículos 3539 y 3540, por el siguiente:

Art. 15. — Decimos en cuanto les fuesen aplicables porque, por ejemplo, la marca de comercio o de fábrica pasa con el establecimiento al heredero a quien éste fuese adjudicado, a menos que otra cosa dispusiera la partición hereditaria. Quedan, pues, a salvo las reglas peculiares de cada uno de los distintos tipos de derechos -- Sobre la sucesión, Plaisant et Jacq, Brevets d'invention, número 361.

Art. 1. — Se han establecido ya en títulos anteriores, las reglas de la vocación hereditaria, y la consecuencia de la presentación o ausencia de interesados, litigios sobre mejor derecho, renunciaciones, etc. También se ha proveído a las me-



Cuando después de citados según lo prevenido en el Título II, los que se consideren con derecho a la sucesión de una persona, o hubiesen renunciado los herederos presuntos, ningún pretendiente se hubiera presentado, la sucesión se reputará vacante. Si existiese albacea nombrado, será este curador de la sucesión, para ejecutar el testamento. En otro caso, el Juez, de oficio, nombrará curador, si no se hubiera ya nombrado en virtud de disposiciones anteriorees.

Art. 2. — En sustitución del artículo 3541, el siguiente:

didas de seguridad y representación de la herencia en los distintos supuestos, que comprenden el del artículo 3539. Por último, la herencia se reputa aceptada cuando se deja pasar en silencio el plazo para deliberar, lo que contradice uno de los casos de ese artículo.

En cuanto al nombramiento del curador, si hay albacea nombrado por el causante, a él corresponde la administración, para cumplir el testamento cuando haya legatarios o cargas y afectaciones: artículo 3854 y siguientes. Artículos 518 y 554, Código Suizo.

El curador puede, además, haber sido nombrado por pedido de acreedores o herederos, eventuales o litigantes, etc. No hay porqué nombrar otro, en esos casos, aunque se haga vacante la sucesión.

Art. 2. — El Código autoriza al heredero beneficiario a efectuar los pagos de créditos y legados a medida que se



Si no existiese inventario judicial se hará de acuerdo con las disposiciones legales. El curador queda sometido a las que rigen para el heredero bajo beneficio de inventario, sea albacea o no, pero no puede recibir pagos, ni efectuarlos, sin autorización judicial. Los dineros de la herencia se depositarán a la orden del Juez.

Se pondrá como segundo párrafo separado el artículo 3543.

Art. 3. — Se reproduce el artículo 3542, al cual se agregará al fin: “y de las resueltas por el Juez”.

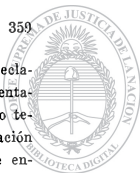
Art. 4. — Se modifica el artículo 3544, así:

No se enajenarán los bienes si no fuese necesario para el cumplimiento de las cargas, legados o deudas de la sucesión.

presenten los reclamantes y según el arbitrio del heredero. Hemos reformado esas disposiciones. Y aquí reproducimos la corrección sin referirnos a ella, porque la pena del heredero puede ser la pérdida del beneficio, mientras que en el caso del curador, la situación es otra. Ver Demolombe, 15, números 448 y siguientes.

Art. 4. — El artículo 3544 parece disponer que los bienes hayan de ser necesariamente liquidados y que no pasen al Fisco sino después de realizados.

No se ve porqué. Si conviene hacerlo, el Estado dueño lo efectuará. Si le conviene conservarlos, ningún motivo existe para obligarle a enajenarlos.



Cuando estuvieran satisfechos, el Juez, de oficio, declarará vacante la sucesión y los bienes pasarán bajo inventario al dominio de la Nación o de las provincias en cuyo territorio se hallasen radicados. Los que no tuviesen situación permanente pertenecerán al fisco del lugar en que se encontrasen. Los créditos se entienden radicados en el lugar en que deben ser cumplidos, y si fuesen al portador, en el de su situación.

Por otra parte, no es exacto que los bienes pasarán a la Nación o las provincias, según lo dispongan las leyes que se dicten. ¿Por quién?

Es eso inconstitucional. La organización federal distribuye los poderes de la soberanía, entre la Nación y las provincias, según reglas que las leyes no pueden modificar: son las de la Constitución.

Los bienes que no tienen dueño son del Estado en que se encuentran. Así, con el poder de imponer, y el poder de imponer se funda en la sujeción de los bienes a la soberanía territorial. Los que están en las provincias, son de las provincias. Los que están en la Nación, son de la Nación. La Constitución no permite modificaciones sobre estos puntos. Por eso dice que la Capital se halla sometida a la jurisdicción del Gobierno federal. En los Territorios, es provisoria. Fuera de la Capital no tiene jurisdicción local permanente. Artículos 104 y 67, inciso 27, 3º y 86, inciso 3, C. N.

Es consecuencia de la misma regla de soberanía, que los Estados extranjeros no ejercen jurisdicción en la República,



Art. 5. — Si posteriormente se presentase alguna persona reclamando la sucesión declarada vacante, se procederá como en caso de petición de herencia contra un heredero aparente de buena fe.

Art. 6. — El fisco no puede apoderarse de los bienes vacantes, de propia autoridad.

TITULO VII

De las sucesiones intestadas

Art. 1. — Se reproduce el artículo 3545, con las siguientes modificaciones:

sobre los bienes radicados en ella. Y porque no la ejercen, ni los imponen, ni los adquieren en caso de sucesión vacante. No es cuestión de tratados ni de reciprocidad: lo es de soberanía.

En cuanto a la jurisdicción sobre los bienes, artículos 10 y 11. Véase Demolombe, 14, número 178; Pothier, *Œuvres*, I, Introduction al título XVII, de la Coutume d'Orleans, número 131. Nota del artículo 3588.

Art. 5. — Artículo 135 del proyecto belga, y sobre él van Biervliet, página 621.

Art. 6. — Artículo 3589.

Art. 1. — El Código considera los parientes en dos grupos: por consanguinidad y por afinidad. Los afines, aunque son parientes, no son herederos: artículos 363 y 368.



1º Se agregará la palabra “consanguíneos” después de “parientes”;

2º Se suprimirá el último período.

Art. 2. — Se reproducen los artículos 3546 y 3548, que constituirá un párrafo separado del primero.

Se suprime el artículo 3547.

En cuanto a la supresión del último período, se ha dispuesto ya por el artículo 3539, que cuando se ha dado el caso de vacancia la herencia pasa al Fisco. No hay distinción que hacer entre la vacancia y la falta de herederos. El Estado no es heredero. Es Estado soberano y dueño de los bienes que no tienen señor. No conviene dar asidero a las distinciones que en el extranjero se hacen para pretender que el Estado es heredero.

Art. 2. — Se suprime el artículo 3547, porque si la sucesión es la transmisión de los derechos patrimoniales de una persona, es claro que comprende todos sus bienes, sea cualquiera su origen de adquisición. Basta que la ley no establezca excepción para que no pueda pretenderse diversa sucesión en ellos. El silencio solo trae la proscripción de la antigua fórmula: *paterna paternis, materna maternis*. El artículo 3547 es simplemente didáctico: nada preceptúa.



CAPITULO I

De la representación

Art. 3. — En sustitución del artículo 3549:

Los descendientes de un heredero muerto antes del causante, o excluido de la sucesión por indigno, entran en su lugar para recoger su parte en la herencia.

Puede representarse al renunciante.

Se suprime el artículo 3554.

Art. 4. — Se reproducen los artículos 3550, 3551 y 3553, en párrafos separados de un mismo artículo. El último será modificado así: en vez de “había sido excluido como” se pondrá “el descendiente fué excluido por indigno”. Lo demás que sigue se suprime.

Art. 5. — Se reproduce el artículo 3552, al cual se agregará en párrafo distinto el 3555, en que se sustituirá la palabra “hijos” por la de “descendientes”.

Art. 6. — Se modifica el artículo 3556, así:

No se puede representar sino a los que habrían tenido derechos hereditarios si hubieran sobrevivido o no hubieran sido excluidos de la sucesión.

Art. 7. — Se modifica el artículo 3557, así:

Art. 3. — Código de Chile, artículo 987; Uruguay, artículo 1024; Proyecto belga, artículo 21; artículo 728, Código Italiano; artículo 929, Código Español; § 2344, Código Alemán; artículo 541, Código Suizo; artículo 541, Código Austriaco reformado; artículo 1599, Código Brasileño. Todos ellos establecen la representación del indigno por sus descendientes.



La representación tiene lugar sin límite en la línea recta descendente, sea que los hijos del causante, aunque fueren de diferentes matrimonios, concurren con los descendientes de un hijo premuerto, sea que los descendientes llamados a la sucesión se encuentren entre ellos en grados iguales o desiguales.

La representación no existe en favor de los ascendientes.
Se suprime el artículo 3559.

Art. 8. — Se reproduce el artículo 3560, al cual se suprimirá todo lo que sigue a las palabras “o de un solo lado”. Terminará en éstas.

Se suprime el artículo 3561.

Art. 8. — “Para dividir la herencia del ascendiente con los demás herederos del grado más próximo”, dice el artículo 3560. Pero no se trata de dividir la herencia del ascendiente, sino la del colateral: la del hermano de unos o tío de otros.

Ya se sabe desde tiempo atrás, que la nota no corresponde al texto del artículo. Dice lo contrario de lo que éste expresa. El Código Francés dispone lo mismo que el nuestro, artículo 742: la representación se admite en favor de los hijos y descendientes de hermanos. Y eso no lleva a la representación sino adonde llega toda representación, que produce subdivisiones y ramas en línea recta o colateral: artículo 3563.

Se suprime el artículo 3561 porque contiene, por un lado, lo dispuesto por el 3560, y por el otro, lo prescripto por



Art. 9. — Se modifica el artículo 3558, así:

Puede representarse a varias personas en la misma sucesión subiendo todas los grados intermedios que separan del causante, siempre que no estuviesen ocupados por un heredero.

Art. 10. — Se reproduce el artículo 3562, modificado así:

La representación hace entrar en los derechos que el representante habría tenido en la sucesión, sea para concurrir con los otros herederos, sea para excluirlos.

Art. 11. — En todos los casos en que la representación es admitida, la partición se hace por estirpes, sean del mismo o de diferente grado los herederos. Si una estirpe produ-

el 3563: no es peculiar de la representación colateral lo dispuesto por el primero.

Arts. 9 y 10. — Las modificaciones tienden a comprender la representación del renunciante y la del indigno, aunque estén vivos. Es, además, inútil explicar que si el puesto está ocupado por un heredero, no hay representación, desde que se acaba de decir en el mismo artículo, que para que exista es menester la desocupación del grado a fin de ascender hasta el causante.

Art. 11. — Artículo 743, Código Francés, que el nuestro 3563, traduce, pero es obvia su deficiencia en las palabras finales. Hemos introducido en ese texto la declara-



ce varias ramas, la subdivisión se hace también por estirpes en cada rama, y los miembros de la misma rama se dividen entre ellos por cabeza.

Se suprime el artículo 3564.

ción de que en toda hipótesis de representación la división se hace por estirpes.

La supresión del artículo 3564, viene de ser la reproducción del artículo 3482, en que está más exactamente expresado su concepto.

No se colaciona, en efecto, lo dado por el causante a los padres del representado, sino al padre o madre que es descendiente del causante. Lo dado por el abuelo a su nuera no se colaciona por el nieto.



CAPITULO II

Del orden hereditario en las sucesiones intestadas

§ 1

Sucesión de los descendientes legítimos

Art. 12. — Se reproduce el artículo 3565.

Art. 13. — Se reproduce el artículo 3566.

§ 2

Sucesión de los ascendientes legítimos

Art. 14. — Se modifica el artículo 3567, así:

A falta de descendientes legítimos, heredan los ascen-

Art. 14. — Modificamos el título del párrafo y el del texto del artículo 3567. Decimos “ascendientes legítimos” y no ascendientes, como está en el Código. La palabra ascendientes comprende — artículos 345, 349, 351, 358 y 366 — a los legítimos y a los ilegítimos. Puede dar lugar a dificultades el hecho de emplearla en general, especialmente porque se ha cuidado, tanto en el epígrafe del Capítulo I (actual) como en el texto del artículo 3565, y en el del 3567, al hablar de hijos y descendientes, de expresar que se trata de los legítimos y omitirla sistemáticamente respecto de los



dientes legítimos, sin perjuicio de los derechos declarados en este título a los descendientes naturales y al cónyuge sobreviviente.

ascendientes. Y lo mismo ocurre en los artículos 3570 y siguientes.

Pero no hay duda alguna de que en aquellos artículos sólo se trata de los ascendientes legítimos, excluyendo a los naturales porque el 3584 y su epígrafe, se ocupan de la sucesión de los padres naturales, cuando el hijo natural no deja posteridad, esto es, en la misma hipótesis del artículo 3567. Esa sucesión es limitada a los padres.

Confirma esa distinción el artículo 3597. El 3594 declara la legítima de los "ascendientes" y la fija en los dos tercios que se dividen con el cónyuge y los hijos naturales.

Pero también ahí se trata de los ascendientes legítimos, porque el 3597 fijará la porción forzosa de los padres naturales, que no es ya de los dos tercios, ni se divide por partes iguales con el cónyuge. Tampoco comprende a los otros ascendientes.

Cuando, por consiguiente, en los artículos 3567, 3571 y otros, se habla de ascendientes, se entiende que es de los legítimos.

Por último, la ley recopilada que se cita en la nota del primero, que es la 6ª de Toro, así lo dispone expresamente.

— Suprimimos las palabras finales, porque ya está dicho que la herencia de los ascendientes es sin perjuicio de los derechos declarados a los hijos naturales y al cónyuge,



Art. 15. — Se reproduce el artículo 3568, al cual se suprimirán las palabras “salvo la modificación del artículo anterior”.

Art. 16. — Se reproduce el artículo 3569.

§ 3

Sucesión de los cónyuges

Art. 17. — Se reproduce el artículo 3570.

Art. 18. — Se sustituye el artículo 3571, por el siguiente:

Si han quedado padres legítimos y cónyuge, dividirán la herencia por cabeza.

Si sólo quedasen otros ascendientes legítimos y cónyuge, éste tomará la mitad de la herencia y los ascendientes se dividirán la otra por cabeza.

Art. 19. — Se reproduce el artículo 3572.

y, además, porque sería necesario, si se conservaran, repetirlas en el artículo 3569, donde han sido omitidas.

Art. 18. — El Código, por el artículo 3571, dispone la división por cabeza entre los ascendientes legítimos y el cónyuge.

De modo que si quedan los dos padres, el cónyuge hereda un tercio. Si uno solamente, la mitad.

Pero si ambos han muerto, los ascendientes más próximos heredan. Si, por consiguiente, quedan cuatro abue-



Art. 20. — Se reproduce el artículo 3573, pero agregando “conocidamente” entre las palabras “hallándose” y “enfermo”.

los, el cónyuge sólo hereda el quinto de los bienes propios. Es excluido de los gananciales. Será muy común el caso de que los abuelos se llevan toda la herencia.

No creemos conveniente ese sistema en que el cónyuge va perjudicándose a medida que el grado de los ascendientes va alejándose, contra la regla de que los más próximos son los favorecidos.

Mejor es establecer en el caso de los ascendientes que no son los padres, la cuota fija del cónyuge, calculada sobre lo que le correspondería al padre último fallecido.

No repetimos la reserva de los derechos del hijo natural, que expresa el artículo 3571, porque los hay que resuelven el caso.

Véase Segovia, nota a su artículo 3573.

Art. 20. — La modificación introducida tiene importancia.

No se trata de una muerte repentina que, es manifiesto, revela la existencia de una enfermedad no conocida. Ni tampoco de un estado de salud más o menos delicado que no constituye enfermedad declarada. La nota lo explica al referirse a matrimonios *in extremis*, es decir, de enfermedad caracterizada en el momento que se celebra.



Art 21. — Se reproduce el artículo 3574. Se le agregará en segundo párrafo separado, en sustitución del artículo 3575, el siguiente:

Tampoco hereda el cónyuge culpable en el caso de separación de hecho sin voluntad de unirse o de separación provisoria autorizada por el Juez. No se heredan si ambos son culpables o no se probara la culpabilidad de uno solo.

Art. 21. — Establecido como principio que el divorcio por sí sólo no causa pérdida del derecho hereditario, sino en relación del cónyuge culpable, la misma condición debe existir en los casos del artículo 3575. Autorizada por Juez la separación, si el divorcio no se ha seguido por muerte, o porque la separación autorizada ha sido considerada suficiente sin llegar hasta el fin, en obsequio de los hijos o por razones respetables de familia, no por eso ha dejado de existir causa para aquella resolución. Basta que no haya reconciliación. Y lo mismo debe decirse en la separación de hecho. La esposa abandonada que se ha resignado en silencio, por motivos religiosos, o en obsequio de sus hijos, o cediendo a influencias de familia, sigue siendo una víctima aunque sus reclamos no hayan llegado hasta un Juez. Es indigno de sucederle el marido que la abandonó. Y en el caso de ser la esposa la que huyó tampoco es digna de invocar su título de esposa para recoger una herencia.

Creemos que es esa la inteligencia del artículo 3575; creemos que las palabras “cesa también” ligan su alcance al expresado en el anterior, pues el “también” es inútil si



Art. 22. — En los casos de los artículos 17 y 18, el cónyuge que hereda en concurrencia, no tendrá parte en los bienes que correspondiesen al causante a título de gananciales de su matrimonio.

se refiere a impedir la sucesión, puesto que se dice literalmente que “cesa la sucesión de los cónyuges”, etc.

Conviene, sin embargo, expresar el concepto para evitar dudas que algunos han experimentado sobre el alcance del texto. El § 1933, Código Alemán, declara la pérdida del derecho de suceder en cuanto al esposo culpable, por el hecho de haberse deducido la acción de divorcio, aunque no haya sentencia.

Art. 22. — El texto vigente del artículo 3576 fué modificado. El de la redacción originaria decía: “En todos los casos en que el viudo o la viuda son llamados a la sucesión...” Bajo esa forma quedaba incluida la del artículo 3572. De ahí la corrección... “en concurrencia con descendientes o ascendientes...”

Pero los ascendientes en general sólo heredan cuando son legítimos. Y hasta en el artículo 3572 las palabras descendientes o ascendientes no incluyen al hijo natural, puesto que el mismo artículo salva los derechos de los hijos naturales, porque no los considera comprendidos entre los descendientes. Guarda así uniformidad con lo declarado en los artículos 3565, 3567, 3570, etc. Los hijos y padres naturales están siempre en una categoría especial y su sucesión es



De la sucesión de los hijos ilegítimos

Art. 23. — Se reproduce el artículo 3577, al que se suprimirá todo el período que empieza con las palabras “han nacido, etc.”.

Art. 24. — Se modifica el artículo 3578, así:

reglada en los capítulos IV y V de este título por el Código vigente. En virtud de ello, el artículo 3578 rige la sucesión en concurrencia de cónyuge e hijo natural, no de descendientes naturales que no heredan: artículo 3582.

Art. 24. — Es tan distinta la organización de la sucesión intestada en los diversos países, que se ha podido decir con exactitud, que esa dispersión demuestra la falta de principios fundamentales que la gobiernen. Y principalmente se advierte esa anarquía en la sucesión de los ascendientes, cónyuges e hijos ilegítimos.

Prevalece como regla la particular de cada país, según la costumbre legal que en él ha predominado. Van así creándose maneras de suceder por exclusión o por concurrencia, las cuales constituyen títulos o convicciones jurídicas que deben respetarse mientras no aparezcan graves razones para modificar las reglas consagradas.

Así, con el derecho sucesorio del cónyuge, y especialmente en concurrencia con el hijo natural.



Si sólo quedasen viudo o viuda, e hijos naturales, tomará la mitad de la herencia el cónyuge, comprendida en ésta la parte de gananciales del causante, y la otra mitad se dividirá entre los hijos naturales.

Hemos dejado, sin convicción alguna, pero considerándola equivocada, la regla de que el esposo en concurrencia con descendientes o ascendientes legítimos, no tiene parte en la herencia de los gananciales correspondientes al causante.

Para decir lo menos, no es evidente la exactitud del concepto. La muerte de un cónyuge es un desastre para el sobreviviente. Ha creado el marido por su persistente trabajo de su vida entera, una empresa, una manufactura, un establecimiento rural o comercial. Es su creación. La fortuna es hija de sus obras. Poco ha contribuido en ella, la esposa. Tal vez, lo ayudó: es la excepción. Mas probablemente, no poseía los conocimientos necesarios para ello, y su colaboración nada aportó. Ni siquiera con sus bienes; quizá todos son gananciales, o si hubo aporte fueron tardíos, por herencias abiertas cuando el establecimiento estaba creado y en plena prosperidad; — entre nosotros no es costumbre generalizada, la de la dote.

Muere la esposa. Es la destrucción de todo lo creado. La manufactura debe suspenderse, por falta de capital circulante o porque hay que dividirla, con ascendientes de la esposa, que ni contribuyeron en nada a la prosperidad del matrimonio, ni tienen interés en dejar al marido que continúe



la explotación. En realidad, los bienes van a sus herederos, que no lo son del esposo.

No se trata solamente de un daño injusto. Se trata, además, de un mal público. Nada se funda que subsista. No hay industria, comercio de exportación, empresa vigorosa, en esas condiciones. El estado padece con esa destrucción de fuerzas vivas.

Por eso decíamos que no teníamos una convicción suficiente para conservar el artículo 3576. Hubiéramos, quizá, debido modificarlo y transformar la disposición en la constitución de una administración sobre los gananciales a favor del cónyuge superviviente. En todo caso, en una testamentaria obligatoria para los herederos que luego proyectaremos.

Pero, si puede aceptarse en ciertos casos — en materia hereditaria los particulares tienen una gran influencia — lo dispuesto por el artículo 3576, nos parece excesivo extenderlo a los hijos naturales. No forman parte de la familia. No tienen contacto con el cónyuge de su padre o madre. Lo que se ha creado tal vez, por el esfuerzo y el ahorro común, pasa entero a ellos. Porque no es razón bastante para justificarlo decir que el cónyuge ya recibe su parte. Sí, de lo que es suyo. De la herencia, nada: toda va, si es de gananciales, a los hijos naturales.

¿Y por qué hacer al esposo heredero, si se ha de sustraer todo o parte de la herencia so pretexto de que ya tiene lo que le corresponde por otro título? Tanto valdría decir que existiendo gananciales el esposo no hereda en los



bienes propios del causante: ya tiene lo suficiente para vivir. En el fondo es la negación del derecho hereditario entre esposos, especialmente en nuestro país, en que todos son, más o menos, autores de la propia fortuna.

Ese hijo natural que no hereda parte alguna de los ascendientes, y sólo la cuarta parte de lo que corresponde a un hijo legítimo, y por consiguiente, de lo que en ese caso, toca al esposo, de repente salta a la mitad de la herencia, nada menos, cuando sólo concurre con el cónyuge. No parece que su posición lo justifica; de nada, o poco más que nada, llega a la mitad, y si todavía, se excluye a su partícipe de los gananciales, en la mayor cantidad de los casos, se lleva sólo toda la herencia.

Creemos que es excesivo.

Y así lo ha entendido el Código. Al determinar la legítima del cónyuge por el artículo 3595, declara que comprende los bienes gananciales "de la sucesión", cuando no hay descendientes ni ascendientes.

Entiende descendientes y ascendientes legítimos, como resulta del texto expreso de los artículos 3596, 3597, 3593, 3594 y del hecho de que los ascendientes naturales no heredan — artículo 3592, — con excepción del padre o madre, que son objeto de la disposición especial del artículo 3597.

La falta de armonía de los artículos 3578 y 3595, nos parece demostrada. Ajustamos el primero al principio fundamental y exacto del segundo.



Art. 25. — Se modifica el artículo 3579, así:

Si quedan descendientes legítimos, la parte del hijo natural será siempre la mitad de la del legítimo. Para fijarla se supondrá doble el número de los hijos legítimos y se le agregará el de los naturales. Cada uno de éstos tomará una parte y los legítimos dos.

Art. 26. — Se reproduce el artículo 3580.

Art. 25. — El Código es desigual en la asignación hereditaria de los hijos naturales. Basta comparar con los códigos vigentes la cuota que les concede en concurrencia de los hijos legítimos: sólo la cuarta parte. El Francés que antes le daba la tercera, ha sido reformado y actualmente les concede la mitad, como el Italiano, artículo 744; Español, artículo 840; Suizo, artículo 461, si se trata de la sucesión paterna; Brasileño, artículo 1605. Otros, como el Uruguayo, artículos 1025 y 887, y el proyecto Belga de reformas, artículo 37, conceden dos tercios. El Código Alemán y el Suizo equiparan los hijos naturales de la madre a los legítimos, y el primero también a los del padre que ha pedido y obtenido la declaración de legitimidad, no a los otros: no admite el reconocimiento de nuestro derecho.

Se ve que en los tiempos modernos, en las naciones de nuestro tipo social, se ha considerado deber asignar mayor cuota hereditaria al hijo natural, y eso constituye demostración perfecta de que la de nuestro derecho es insuficiente, pues los factores morales que influyen en ellas para concederlos, son exactamente los mismos que en nuestra legisla-



Art. 27. — Se modifica el artículo 3581, así:

Si quedasen padres legítimos y viudo o viuda, se dividirá la herencia por cabeza con el hijo natural. Si los hijos naturales fuesen varios se dividirán entre ellos la parte que habría tocado al hijo si sólo existiera uno.

Si no hubiese padres y existiesen otros ascendientes legítimos se dividirá entre ellos la parte que hubiera correspondido al último de los padres sobreviviente en concurrencia con el esposo y el hijo natural.

ción. Véase, informe de la Comisión belga, sobre el artículo 37. Laurent, Avant-projet, sobre el artículo 790, proponía la igualdad entre hijos legítimos y naturales, lo que, por cierto, no ha prevalecido, pues no ha sido aceptado por la Comisión de reformas.

Art. 27. — Modificamos profundamente el artículo 3581.

Dispone que si existen ascendientes legítimos y cónyuge, en concurrencia con el hijo natural, toman los primeros la mitad de los bienes, y el viudo y el hijo natural, la cuarta parte de cada uno.

Pero no es esa la regla de la sucesión tal como ha sido fijada por el artículo 3571. Los padres heredan por cabeza con el cónyuge. Hay, pues, igualdad entre ellos. Si los padres viven, el cónyuge tiene un tercio. Si sólo uno sobrevive, el esposo tiene la mitad.

Esa igualdad queda destruida por el artículo 3581. Basta la concurrencia de hijos naturales, para que los ascendientes mejoren su posición y el cónyuge quede perjudicado.



Art. 28. — Se reproduce el artículo 3582, pero en vez de “ni los hijos legítimos y parientes de su padre, etc.”, dirá: “ni los hijos y parientes legítimos” y lo demás como está.

Art. 29. — En sustitución del artículo 3583:

Los descendientes legítimos del hijo natural pueden representar en la sucesión de sus padres.

Llevan aquéllos siempre la mitad, aunque sólo exista un supérstite. El cónyuge, en tal caso, según el artículo 3571, debería tener parte igual. En cambio, la parte del hijo natural se saca de la suya por el artículo 3581, y los ascendientes, por lejanos que sean, heredan más de lo que hubieran debido heredar si sólo hubiera cónyuge. La presencia del hijo natural deja intacta su participación, o la mejora, según el caso.

Véase Segovia, sobre su artículo 3583, nota 31.

Art. 28. — La defectuosa redacción actual ha dado margen a la duda de si los hermanos y colaterales naturales heredan al hijo natural. Son, en verdad, parientes naturales (artículo 366) y parecerían rechazados por la equívoca redacción “ni los hijos legítimos y parientes de sus padres”.

Art. 29. — Artículo 38 del proyecto belga de reformas e informe de la comisión sobre la modificación del antiguo artículo 759, Código Francés (hoy 761), que es literalmente nuestro 3583.



Art. 30. — Los hijos adulterinos o incestuosos voluntariamente reconocidos por sus padres en instrumento público o por su testamento, gozan de los mismos derechos hereditarios que los hijos naturales.

Si el hijo natural nunca hereda a los abuelos naturales, es claro que no lo puede por representación, que es una de las dos maneras de heredar ab-intestato. Por consiguiente, el hijo natural no podría representar al padre natural en la sucesión del abuelo.

Chabot, sobre el artículo 759; Demolombe, 14, número 38.

Art. 30. — Artículo 343, Código Civil, respecto a la admisión del reconocimiento; artículo 344, en contra, en cuanto a derecho hereditario.

En su anteproyecto del Código Civil para Bélgica, Laurent propuso por su artículo 791, conceder a los hijos adulterinos y a los incestuosos, el derecho hereditario de los hijos naturales, cuando su filiación constara legalmente. Excluía a los hijos que hubieran sido reconocidos por instrumentos de que resultara su filiación y de los cuales apareciera la existencia de relaciones adúlteras o incestuosas. En este supuesto tenían sólo derecho a exigir alimentos.

Laurent proyectaba, además, igualar a los legítimos y a los naturales en la cuota hereditaria: artículo 790.

La Comisión belga que ha proyectado la reforma del Código Napoleón no ha aceptado la idea, y pueden verse en



su informe de 26 de Junio de 1897, las razones que la determinaron en esa opinión.

Era fácil oponerse a Laurent, tanto por su manifiesto error de igualar los hijos legítimos y los ilegítimos, como por la distinción que establecía entre los hijos espúreos, que no resultaba de su filiación, sino de las declaraciones contenidas en la redacción de los instrumentos de que aparecía.

Toda su argumentación quedaba debilitada con esa distinción. Si el hijo adulterino no era el autor de los hechos inmorales que habían causado su generación, si no era culpable de haber nacido, como lo decía Laurent, ¿por qué resultaba ahora excluido de los derechos de su nacimiento, según que se ocultara o no se ocultara su origen?

Pero llama la atención la debilidad de los razonamientos que se oponen a la concesión de derechos hereditarios al hijo adulterino o incestuoso. Parece que no existe ninguna razón seria, porque se evita entrar en la cuestión. Se declara y no se demuestra. Se habla de inmoralidad, de mantenimiento de las buenas costumbres, como si fueran muy morales las relaciones de que resulta la filiación natural. Se afectaba refutar a Laurent en su pensamiento de equiparar a los hijos legítimos con los que no lo son, y se evitaba demostrar el porqué el hijo de la seducción pasajera y el del concubinato, tenían derechos de que no gozaba el de esa misma seducción, y concubinato, porque el seductor era casado. El hijo, en este caso, no es hijo. No. ¡Las buenas costumbres, no lo consienten!



Pero no es esa la cuestión. Está mal planteada.

Tratemos de fijarla, en el derecho europeo y en el nuestro.

En aquél, es constante la regla. Es prohibido el reconocimiento de la paternidad adulterina o incestuosa. El padre o madre de un hijo espúreo le debe alimentos. Y desde el triunfo de Demolombe en su brillante empeño, se admite hoy que los herederos del padre **están obligados** en su carácter de herederos a continuar la pensión alimenticia. ¡Y no es hijo! Nótese la inconsecuencia. La filiación debe ser establecida para que la pensión pueda ser exigida. Hay derecho para reclamarla, si es constante.

Si, por consiguiente, hay algún motivo para no igualar el hijo natural, con el espúreo, debe referirse a la cuestión de la justificación de la filiación, pero una vez constante en forma legal, la inmoralidad de que tanto se habla no es obstáculo para que la ley francesa, italiana, española, alemana, etc., obliguen al padre, porque lo es, a que cuide del hijo suyo, porque lo es.

“Ese derecho del hijo adulterino o incestuoso — dice el informe de la Comisión belga — **tiene su fundamento en la ley natural**, tan ciertamente como el derecho de sucesión establecido a favor de los hijos legítimos y de los hijos simplemente naturales”. “Si el hijo adulterino debe ser privado, por motivos de orden público, del derecho de heredar a sus padres, es, sin embargo, tan imperiosa la obligación de éstos de atender a las necesidades del hijo, que aun des-



pués de su muerte, esa obligación debe cumplirse por la sucesión”.

Si es así, si padres y sucesores están obligados a atender el hijo, y si la ley sanciona esa carga, es claro que los motivos de orden público no pueden referirse a la publicación del hecho, ni siquiera en relación con la familia del causante.

Los motivos de orden público no pueden referirse sino a la investigación de la paternidad. Constante por una sentencia de nulidad de matrimonio, una denegación de paternidad, etc., la ley misma manda cumplir con los deberes de la generación.

En nuestro derecho, está bien resuelta la cuestión de la investigación. Se protege a la madre, y mejor que a ella, a su esposo y deudos, contra las pretensiones del que se dice hijo. Se ampara el supuesto padre, y más que a él, a su familia, contra las pretensiones calumniosas. El orden público lo exige. Hay otros inocentes de las faltas cometidas: no es solamente el hijo. La sociedad no tiene interés en descubrir a todos los bastardos, decía Napoleón en el Consejo de Estado.

Pero cuando no hay nada que descubrir, cuando el padre o la madre reconocen a su hijo, cuando en vez de ocultarse se revelan, y esto no solamente no lo prohíbe, sino que lo autoriza el Código, artículo 343, ¿qué motivos hay para que el hijo no pueda pedir sino alimentos hasta los 18 años? Ahora es mentira eso que la naturaleza había desmentido ya:



“Los hijos adulterinos o incestuosos, no tienen por las leyes, padre ni madre”: artículo 342. Sí los tienen, porque existen. Y las leyes deben respetar esta existencia revelada por la vida misma y por la declaración espontánea de sus autores.

El hijo que puede pedir alimentos, hijo es. Ajeno a la falta inicial de sus genitores, víctima de culpas de otros, repudiado por su falsa situación, ¿debe serlo todavía por la ley? ¿Y por qué ha de serlo? ¿En qué el orden público está comprometido por la herencia, y no lo está por la obligación de alimentos, como carga paterna y como carga de la familia?

Nadie entra en semejantes explicaciones. Todos esquivan la justificación de la distinción. Y esto es elocuente: el silencio es una confesión de error.

No. Si la herencia es una obligación de los padres, que no pueden privar de ella a sus hijos legítimos o naturales, y esto porque son hijos, también es obligación para estos otros hijos, voluntariamente reconocidos, que pueden solicitar como hijos de la carne, esto es, hijos naturales, lo que la naturaleza exige desde los primeros instantes de la vida: protección, amparo, de parte de los que confiesan su paternidad y sus deberes.

No se concibe nuestro sistema. No se permita el reconocimiento, si se cree que la sociedad se hundirá por semejantes declaraciones. Pero si se autoriza, es inmoral la ley que impide las consecuencias que ella misma saca de la pa-



§ 5

De la sucesión de los padres naturales

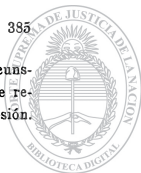
Art. 31. — Si el hijo natural muere sin posteridad legítima o natural le sucederá el padre o la madre que lo reconoció; si ambos lo reconocieron y viviesen, le heredarán por partes iguales.

Si, además, quedase cónyuge, heredará éste la mitad de los bienes, incluyendo los gananciales, y los padres naturales la otra mitad, que se dividirán entre ellos. Si sólo quedase padre o madre, heredará la tercera parte y el cónyuge las dos restantes.

Art. 32. — Para que los padres naturales puedan heredar es menester que durante la vida del causante le hayan tra-

ternidad natural. Adulterina, o simple, la filiación es siempre la misma: está en la sangre.

Arts. 31 y 32. — El artículo 3584 declara heredero al padre natural que reconoció al causante. Exigimos que le haya tenido constantemente, antes de la apertura de la sucesión, en la posesión de su estado de hijo natural. No basta, agregamos, el simple reconocimiento, por solemne que haya sido, si a pesar de él, no se ha ocupado, antes y después, de atender a su hijo y prestarle los cuidados propios de un padre. El simple reconocimiento reducido a una formalidad no puede bastar para fundar un derecho sucesorio, si es aislado:



tado constantemente como corresponde, según las circunstancias, a su estado de hijo natural. No basta el simple reconocimiento expreso anterior a la apertura de la sucesión.

se reconoce la paternidad, pero no se cumple con los deberes de ella. Hay indignidad. Y esto, aunque por el cuidado ajeno — de la madre, por ejemplo, — el hijo no carezca de los medios de subsistencia y educación necesarios. Al contrario, subraya más el abandono del padre.

Es menester, además, impedir los cálculos odiosos formados en presencia de la situación del hijo, cuya prosperidad se debe a su trabajo, que puede determinar un reconocimiento tardío, o si fué anterior, un acercamiento que no borra el abandono anterior. En el estado actual, el artículo 3584 queda satisfecho con un reconocimiento cualquiera, hecho, por ejemplo, a la época del nacimiento, y no seguido de la posesión de estado. Prueba, ciertamente, la filiación, pero prueba también la violación de los deberes asumidos. Conceder a ese padre que no cuidó de su hijo el derecho hereditario, es ciertamente injustificado, sin que constituya atenuación de su conducta la circunstancia de que la madre, también abandonada, atendía al hijo común.

El artículo 3584 sólo se ocupa del caso de existir padres naturales y les declara herederos por el hecho de no existir posteridad.

Pero eso es manifiestamente erróneo, porque si existe cónyuge éste también lo hereda en concurrencia. Así lo dispone el artículo 3597.



Es cierto que se trata en éste de la legítima y que el Código ha olvidado determinar la porción hereditaria respectiva, fuera de ese caso. Siempre es lo exacto que la legítima forzosa es un derecho hereditario que el testador puede reducir hasta cierta parte, y también que ni el cónyuge excluye al padre natural, ni puede ser excluido por éste.

¿Cuál es la cuota hereditaria normal? Si, según el artículo 3595, la legítima del cónyuge en defecto de ascendientes y descendientes (legítimos) es la mitad de la herencia, y, artículo 3597, la de los padres naturales, es también la mitad, la parte disponible es siempre la otra mitad.

Por consiguiente, en los dos casos, el testador tiene derecho a la mitad siempre. Si es así, la otra se divide entre esposos y padres, por partes iguales. Por eso concluye el artículo 3597 que, en caso de concurrencia, “la legítima del padre natural es de un cuarto de la sucesión”, lo que no quiere decir que si hay dos padres, cada uno tiene un cuarto, sino que esa cuota se divide entre los dos: artículo 3534. Igualar al cónyuge, sería limitar la parte disponible contra lo que dispone el texto mismo.

Si es así, tenemos ya encontrada la cuota hereditaria ab-intestato del cónyuge en concurrencia con el padre natural: hereda aquél la mitad de los bienes y la otra los padres naturales, que se dividen entre sí.

¿Es éste un buen sistema? La mayor parte de las legislaciones no conceden derecho alguno hereditario al padre na-



§ 6

Sucesión de los colaterales

Art. 33. — En sustitución del artículo 3585, el siguiente:

No habiendo descendientes, ni ascendientes, ni cónyuge, ni hijos ilegítimos, o padres naturales, heredarán los

tural. Subraya esa solución casi general, la falta de conciencia de una relación respetable que la ley deba admitir.

Sin llegar hasta ahí, deducimos de ello un nuevo argumento para exigir no el reconocimiento mecánico, sino el cuidado constante del padre para su hijo, para dar fundamento justo a la sucesión de éste.

También nos apoyamos en la misma idea para resolver que cuando sólo hay un padre vivo, o que dió estado de hijo al causante, recauda un tercio de la sucesión: las otras el cónyuge. Es la de éste una relación de índole más elevada, y dado el régimen de la sociedad conyugal de nuestro Código, más justa, porque en el hijo natural pocos bienes propios habrá — si todavía sobrevive un padre, — y todo lo que deja será ganado por el trabajo y la economía del cónyuge sobreviviente, si es el marido, y por el esfuerzo común durante largos años, en otro caso.

Art. 33. — El Código, artículo 3586, excluye de la sucesión a los hermanos consanguíneos y uterinos cuando existen hermanos carnales o descendientes de éstos. Ha conservado así el derecho vigente entonces, el de las Partidas, que



hermanos legítimos del causante, y en representación de éstos, sus descendientes.

Los hermanos que sólo lo son del mismo padre o de la misma madre, heredan la mitad de lo que corresponde a los hermanos carnales.

Para fijar esa parte se procederá como se ha determinado por el artículo 25.

Se suprimen los artículos 3586 y 3587.

excluían a los medio hermanos en el caso de existir alguno de doble vínculo.

Ese sistema ha sido abandonado no sólo por el Código Español, artículo 949 (Proyecto de Goyena, artículo 760), sino que ya lo había sido antes, por el Código de Chile, artículo 990. Les siguen, entre los americanos, Méjico, artículo 3620; Cuba, artículo 949; Colombia, artículo 1047; Panamá, artículo 680; Bajo Canadá, artículo 633; Uruguay, artículo 1027; Brasil, artículo 1614; Venezuela, artículo 816; Ecuador, artículo 980.

Era lo que el Código Francés había establecido: artículo 752, y bajo su influencia, el Holandés, artículo 904; Italiano, artículo 740; Austriaco, § 736; Suizo, artículo 458; Alemán, § § 1925 y 1927.

Una solución tan general entre naciones de tradiciones hereditarias muy distintas, demuestra que se ha interpretado equivocadamente en la nota al artículo 3586, la relación de los hermanos unilaterales con los carnales. Si se conciben preferencias por los de doble vínculo, no llegan, según se



Art. 34. — Si en el caso del artículo anterior no existiesen hermanos o descendientes legítimos de ellos, heredarán al causante sus colaterales legítimos más próximos en grado hasta el sexto inclusive. Los iguales en grado heredarán partes iguales.

Art. 35. — En defecto de otros herederos del hijo natural, le sucederán sus hermanos naturales, y en representación, sus descendientes legítimos.

Por falta de ellos la herencia corresponderá a los otros colaterales dentro del sexto grado.

Se aplicarán las disposiciones precedentes. Todo sin perjuicio de lo establecido por el artículo 3582.

—— Se suprimen los artículos 3588 a 3590.

acaba de demostrar, hasta la exclusión de los otros hermanos.

Art. 35. — Ha causado graves dudas la disposición del artículo 3585, respecto de su interpretación. Se ha sostenido que sólo comprende a los hermanos legítimos. Nuestro proyectado artículo despeja la dificultad, resolviendo que los colaterales naturales son herederos del hijo natural. Artículo 945, Código Español.

Supresión de los artículos 3588 y 3589

Constituyen esos artículos la repetición de los anteriores 3545 a 3548.

Por lo demás, el Fisco no es un sucesor en el sentido de heredero. Es el Estado que recoge todos los bienes sin



TITULO VIII

De la legítima de los herederos forzosos

Art. 1. — En sustitución del artículo 3591:

La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada parte de la herencia de que no puede disponer el causante. Puede hacerlo libremente de la restante.

Art. 2. — En sustitución del artículo 3592:

El derecho de los herederos forzosos tiene lugar en los casos y bajo las reglas de distribución determinados en el título precedente.

dueño. Lo explica la nota, y por consiguiente desautoriza el epígrafe del Capítulo VII de este título.

En cuanto a la sucesión de los bienes reservados, proyectamos suprimir esa limitación al derecho hereditario de los padres por económicamente perjudicial e inconciliable con un buen sistema hipotecario. Tratando el Código de la reserva en los artículos 237 y siguientes, expondremos en su oportunidad los fundamentos de nuestra opinión.

Art. 2. — Es manifiesta la inexactitud de la redacción del artículo 3592. Los hermanos no tienen legítima, y son, sin embargo, llamados a la sucesión intestada del causante.



Art. 3. — En sustitución de los artículos 3593, 3594 y 3595:

La legítima de los descendientes legítimos, es de dos tercios de los bienes.

Art. 3. — Nuestro Código es, de los modernos, el que concede menor parte disponible al testador. Un quinto solamente cuando hay hijos legítimos. En el derecho anterior era esa la cuota libre, pero se extendía al tercio cuando se empleaba en mejorar a otros hijos.

El Código Español, con la misma tradición legislativa, establece como disponible en todos los casos, el tercio y los dos tercios si se mejoran a los descendientes con uno de ellos. Artículo 808. En caso de ascendientes legítimos, es de la mitad: artículo 809.

El Código de Chile permite disponer de la mitad de los bienes, en caso de ascendientes, y de esa misma mitad, es decir, de un cuarto, en libre disposición, y de otro cuarto para mejorar a hijos o descendientes legítimos: artículo 1184.

El Código de Colombia reproduce esa disposición: artículo 1242.

En el Código Suizo, artículo 471, la parte disponible, en caso de descendientes, es la cuarta parte de la sucesión, y en el de padre o madre, de la mitad.

Es, en definitiva, lo que, con otro sistema, establece el Código Francés, artículos 913 y 914, el cual, si existe un hijo, permite disponer de la mitad, si dos, del tercio, y si tres o más, de la cuarta parte. Para los ascendientes es siempre



La de los ascendientes legítimos, la mitad.

La de los cónyuges, cuando no existen descendientes ni ascendientes legítimos, es la mitad, aunque los bienes sean gananciales.

de la mitad. Le siguen el del Uruguay, artículo 887, y el de Holanda, artículos 961 y 962.

El de Italia, artículo 805, fija la parte disponible en la mitad, si hay hijos, y en los dos tercios si hay ascendientes: artículo 807.

El Brasileño, artículo 1721, la regla en la mitad de los bienes, tanto para los descendientes como para los ascendientes. El Austriaco, en la mitad para los primeros, y en el tercio, en caso de ascendientes: § § 765 y 766.

Por último, el Alemán, § 2303, establece en la mitad la reserva, para todos los casos.

Como se ve, sólo nuestro Código, y los del Perú y Bolivia, que lo imitan, establecen porciones disponibles men- guadas, que no dejan, diremos así, latitud alguna al testador para ejercer en los supremos instantes de la muerte, su más elevada atribución de padre y de dueño, para recom- pensar servicios, igualar a sus hijos más destituidos de bie- nes o de aptitudes para adquirirlos, y sobre todo, para dejar a la madre o al padre supérstite con la atribución de la parte disponible, una reserva para el porvenir, a fin de am- parar al hijo traicionado por su salud o su fortuna en los negocios.



Conocemos disposiciones testamentarias leídas por un padre, autor de su fortuna, a sus hijos, en que decía dejar a la madre todá su parte disponible para que la empleara en beneficio de aquel de ellos que llegara a necesitarla en el porvenir. Y todos vieron en ello un acto de supremo afecto y protección.

La casi, y sin casi, unanimidad, de los Códigos actuales, han considerado deber ampliar la posibilidad de disponer libremente de los bienes por su dueño. La legítima tiene el propósito de asegurar los bienes hereditarios para ciertos sucesores. Pero no es un medio cierto de asegurar la posición de los hijos. El padre, que conoce sus condiciones, sus defectos, sus miserias, tiene en la porción disponible el medio de defenderle contra su prodigalidad o la de sus deudos inmediatos, y legarla, sea al cónyuge supérstite, o imponer cargos al heredero, limitativos de la facultad de disponer, o, en fin, emplearla de otras muchas maneras, en su protección. ¡Cuántas hijas han deplorado que nuestra ley no haya permitido a sus padres defenderlas contra los derroches o explotaciones de sus maridos!

El simple hecho de que los Códigos más recientes amplíen la parte disponible, es la demostración concluyente de que es un error el paralizar las facilidades del padre para amparar a sus hijos, y que si la legítima es una protección para éstos, también lo es la parte de que el causante puede disponer libremente en favor de ellos o de terceros que



Art. 4. — Se reproduce el artículo 3596, modificado así:

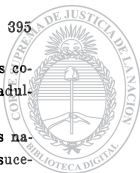
La legítima de los hijos naturales, de los adulterinos y de los incestuosos, cuando no existen descendientes o ascendientes legítimos ni cónyuge, es la mitad de lo que les corresponde en la sucesión ab-intestato.

los acompañaron fielmente en la administración de sus bienes y fueron sus compañeros de trabajo para adquirirlos.

Art. 4. — La cuota asignada a los hijos naturales es la misma que determina el artículo 3596, y sólo lo modificamos para incluir entre ellos a los otros hijos ilegítimos.

Modificamos el artículo 3597, por varios motivos. Es, ante todo, innecesario explicar que no tienen los padres naturales legítima cuando existen hijos legítimos o naturales del causante, puesto que sólo heredan en defecto de éstos. En cuanto a la legítima en falta de otros herederos concurrentes, la cuota es la misma del artículo 3597. Por último, en el supuesto de concurrir con el cónyuge, hay un doble motivo para modificar la actual redacción. Dice el texto de ésta: “La legítima del padre natural será un cuarto de la sucesión”. Antes el artículo hablaba en plural, ahora en singular.

Puede así ocurrir la duda de si el cuarto de la sucesión es para dividirse entre los dos padres, si existen, o si cada uno tiene la cuarta parte. Es lo exacto lo primero, porque la parte disponible es, tanto en el caso de los padres naturales, como del esposo, la mitad. Si concurren y



La de los padres naturales es la mitad de lo que les correspondería como herederos ab-intestato. Los padres adulterinos y los incestuosos, no tienen legítima.

La legítima del cónyuge en concurrencia con padres naturales, es la mitad de lo que le correspondería en la sucesión ab-intestato.

Se suprime el artículo 3597.

cada padre tuviese el “cuarto de la sucesión”, los dos llevarían la mitad, y cualquiera que fuese la cuota que tocara al cónyuge resultaría que la parte disponible no solamente quedaría disminuída, sino que lo sería a costa del cónyuge únicamente y no de los padres naturales, que sin causa resultarían privilegiados. ¿Y por qué habría de serlo a costa del cónyuge, si para la ley es éste quien concurre con todos los herederos que excluyen al padre natural, y tiene, por otra parte — artículo 3595, — una legítima igual a la de “los padres naturales”?

Y si no se redujese la parte del cónyuge, resultaría el absurdo, de que desaparecería toda porción disponible. Legítima, es presupuesto necesario de parte disponible.

Pero hemos, además, proyectado que el cónyuge hereda ab-intestato de manera distinta, según que existan los dos padres, o uno solo. La legítima no debe, pues, determinarse, como lo dice la última parte del artículo actual, sobre la sucesión, sino sobre la cuota que en ella corresponde ab-intestato a los padres naturales en concurrencia con el cónyuge.



Art. 5. — Se reproduce el artículo 3598. Se le agregará en párrafo separado:

Puede, sin embargo, disponer que el cónyuge sobreviviente tendrá la administración libre de los bienes que co-

Art. 5. — Todas las legislaciones han buscado, por una vía o por otra, evitar los graves inconvenientes de la libre administración de los bienes por las personas que sin ser precisamente incapaces por deficiencia de sus facultades, lo son por su prodigalidad, o mejor, por su incompetencia para administrar discretamente sus negocios.

No hemos creído conveniente alterar el concepto del Código respecto de los pródigos. Si no hay afección mental, al Estado no le corresponde intervenir en los asuntos privados.

Pero sí a los padres. Conocen las circunstancias, la condición de sus hijos, y principalmente de sus hijas solteras o mal casadas. Saben a qué peligros están expuestas. Mientras viven los cónyuges, no existen riesgos que, por lo demás, los padres con su consejo, y su ayuda, evitan. El día de las herencias, todo cambia. El padre o la madre, nada pueden. Los hijos son herederos forzosos. No autoriza la ley la restricción a su libre disposición. Pueden arruinarse si quieren. Y muchas veces los padres saben que se arruinarán ciertamente.

La ley se opone con tenacidad a toda protección. Garantiza la libertad sin restricciones: la libertad de arruinarse. Si fueran menores, el padre o madre, administraría.



rrespondan a los descendientes comunes de ambos esposos, con cargo de entregarles las rentas líquidas que produzcan, en caso de ser los herederos mayores de edad o emancipados.

La administración terminará con la vida del esposo superstite o por la celebración de nuevas nupcias. Se le apli-

Pero son mayores, sin experiencia, bajo influencias nocivas. Vengan pronto los poderes que permitirán a los maridos vender, hipotecar, hemos conocido casos hasta de donar. ¿A qué seguir? Todo el mundo sabe cuán frecuente es el hecho de los hijos e hijas arruinados no obstante haber heredado fortunas considerables. La ley no tiene derecho, si la expresión es permitida, de cruzarse delante de la voluntad del padre muerto, a quien no anima interés alguno personal, si no es el de la protección de sus hijos. ¿Qué interés público está comprometido en impedirlo? ¿Por qué no ha de administrar el padre responsable de sus actos, juzgado por su cónyuge moribundo, como digno de realizar su supremo encargo? ¿Y qué importa al Estado, que esa administración sea desempeñada por una persona, más bien que por otra?

Un eminente civilista, abogado de alta experiencia, nos recomendaba con insistencia, establecer en este proyecto de reformas al Código, la facultad en el testador, de encomendar la administración no solamente al padre sobreviviente, sino también a los albaceas que para ese fin instituyese. Consideraba urgente proveer a las necesidades reveladas por la frecuencia aterradora de las ruinas causadas por abuso



carán las disposiciones que rigen la administración paterna de los bienes de menores, si los interesados no acordasen cosa distinta o no la hubiese dispuesto el testador.

de la confianza de los herederos inexpertos. Así lo dispone el Código Alemán.

Y si bien se mira, la ley no es lógica. Permite al testador poner todas las condiciones y cargos que tenga por convenientes al heredero no forzoso. Permite establecer la de prohibir la enajenación de los bienes por un período de diez años. Prueba de que el orden público no tiene papel en esos casos. ¿Y lo tiene, cuando el heredero es forzoso?

Pero al lado de esas consideraciones, hay otra, de que hemos ya hablado. Nos referimos a la división necesaria de los bienes, que destruye la unidad económica fundada en la fábrica, en el comercio, resultado del esfuerzo constante de los esposos, tal vez del supérstite sólo. Y hay que dividirse por fuerza, porque la ley lo quiere. No hay cómoda división: véndase, líquídese, destrúyase la explotación floreciente; hay herederos ansiosos de gozar de su fortuna. ¡Tal vez, los hay sometidos a influencias que desean gozar de la fortuna de ellos!

Es agravada esta situación, por la disposición que excluye al cónyuge de heredar en los gananciales del muerto.

El Código Suizo va más lejos que lo que proyectamos. Por su artículo 473, autoriza a uno de los cónyuges a dejar por testamento, al sobreviviente, no ya la administración,



Los herederos, en tal caso, no pueden enajenar ni afectar los bienes sometidos a esa administración. Sus acreedores no pueden embargarlos, salvo en cuanto a las rentas líquidas.

sino el usufructo de todos los bienes que corresponden a sus descendientes comunes.

Este usufructo, agrega, reemplaza el derecho de sucesión del cónyuge en concurrencia con descendientes comunes, esto es, a su opción, el usufructo de la mitad o la propiedad de un cuarto de todos los bienes. Artículo 462.

Y a su vez, nuestro artículo 2613, permite a los testadores prohibir la enajenación de los bienes que dejasen, por un término que no exceda de diez años.

Verdad es que no se aplica, según el artículo 3598, a los herederos forzosos, pero siempre es exacto que ningún motivo de orden público económico, o de otro carácter, se opone a la inmovilización de los bienes en los casos ordinarios de disposición testamentaria.

Y si esa limitación grave es establecida por la ley, sin obstáculo, ¿por qué un padre no ha de poder salvar a sus hijos de las consecuencias de su libertad de disponer, cuando conoce su desgraciada situación de matrimonio o su incompetencia para administrar su fortuna? Al fin, son bienes heredados, no ganados por su esfuerzo, y tal como lo proyectamos, sus rentas les serán entregadas por el padre o la madre administradora.



El § 238, Código Alemán, también se ha preocupado de la situación del descendiente cargado de deudas o entregado a la prodigalidad, de modo que sus bienes futuros sean gravemente comprometidos. Autoriza al testador para reducir la legítima de ese descendiente ordenando que después de la muerte de éste sus herederos legítimos recogerán lo que se le dejó o la legítima que le pertenece como sustituidos fideicomisarios en la sucesión. Puede también el testador, por todo el tiempo de la vida del descendiente, entregar la administración a un albacea; el descendiente tiene, en este caso, derecho a la renta neta anual.

Quedan sin efecto esas medidas cuando en el momento de la devolución de la sucesión el descendiente ha cesado definitivamente en sus prodigalidades o cuando su situación de estrechez por sus deudas, ha dejado de existir.

Como se ve, nuestro texto es más limitado que el de los códigos Alemán y Suizo. Pero constituyen por su pensamiento director un fundamento perentorio para nuestra solución. Si no temiéramos encontrar resistencia en nuestras costumbres legales, la hubiéramos extendido, autorizando el nombramiento de albaceas, otros que el consorte padre común de los hijos, para asumir la administración de los bienes heredados. Es ésta, sin embargo, nuestra opinión personal.

La nota del artículo 3598, afirma que la sucesión forzosa es regida por la ley del lugar en que existen bienes. De ahí, una deducción que la misma hace: los bienes si-



tuados en la República se rigen por nuestras leyes; los situados en países extranjeros, por las de cada país. Hay, pues, concluye, tantas sucesiones cuantos sean los países en que hubiese bienes.

No es exacto. Y conviene hacerlo presente para que semejante opinión no perturbe la recta interpretación de nuestra ley.

Su regla general, es la de la unidad de sucesión. Los bienes no son regidos en cuanto al derecho hereditario y en cuanto a la jurisdicción sobre la herencia, considerada como un patrimonio, por la ley de la situación de los bienes. Es la ley del último domicilio del causante, y es la de sus jueces la jurisdicción.

La legítima es un derecho de sucesión y se rige por el principio general de los artículos 3283 y 3284. No hay pluralidad de sucesiones.

Pero existen dos excepciones. La primera se refiere a los inmuebles. En cuanto a ellos, es verdad lo que dice la nota. Forman el suelo nacional, y las soluciones de orden político y económico, que cada país ha creído deber adoptar, según su organización e interés, pueden no concordar con las de otro en que están radicados. El título hereditario es regido por las leyes de la República si en ella hay inmuebles heredados.

La segunda se refiere a los herederos argentinos o extranjeros domiciliados en la República, en el caso de una herencia abierta en el extranjero. Se rigen los bienes situa-



Art. 6. — Puede también disponer el testador que cualquiera de sus herederos forzosos no enajenará, ni afectará, los bienes heredados por un término que no excederá de diez años.

Los acreedores, en tal caso, no podrán embargarlos, salvo en las rentas netas que produzcan. En éste y en el del artículo anterior, se aplicará lo dispuesto en el segundo párrafo del inciso 6, artículo 4, título III, Parte General, de este proyecto.

Art. 7. — Se modifica el artículo 3601, así:

Las disposiciones testamentarias y las donaciones entre-

dos en nuestro país por estas leyes, pero solamente en el caso de que fueran privados de heredar en virtud de las leyes del lugar del domicilio del causante. En este caso es también exacto lo que dice la nota.

Pero si un súbdito inglés, no domiciliado en la República, fuese privado de herencia que según nuestras leyes le correspondía, y aunque fuera heredero forzoso, nada tiene que hacer nuestra ley, sino por excepción, en el caso de los inmuebles. No es el heredero argentino ni está domiciliado en el país. La nota eleva a principio general lo que es sólo excepción limitada a caso preciso. Hay unidad de sucesión, y por excepción, pluralidad.

Art. 6. — Código Civil, artículo 2613.

Art. 7. — La redacción del artículo propuesto se acerca más a la del 920, Código Francés, que se cita en la nota, y



vivos que mengüen la legítima se reducirán, a solicitud del heredero perjudicado, a la cuota disponible, una vez abierta la sucesión.

Se suprimen los artículos 3599 y 3600.

Art. 8. — Se modifica el artículo 3602, así:

Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que hayan quedado a la muerte del causante, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento.

Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el que tenían las donaciones del causante en el tiempo en que las hizo.

cuyo texto se reproduce por el 3601 del Código, pero con una supresión indebida: el Francés dice: “Toda disposición entrevivos o por causa de muerte que exceden la cuota disponible...” La acción de reducción no se limita a las disposiciones testamentarias: artículo 3602.

Se suprime el artículo 3599, porque es la repetición de los 1175, 1176, 3311, 1232, 1830, 1831 y 1832. La supresión del artículo 3600 es determinada por ser la repetición del artículo 3901.

Art. 8. — La legítima debe ser cubierta en toda hipótesis de sucesión testada o intestada, cuando, sea por donaciones, sea por disposiciones de última voluntad, se excede la porción disponible. El artículo 3602, repitiendo a Goyena, artículo 648, sólo habla de disposiciones del testador. La acción de reducción es reglada por el artículo 3601, y por



Art. 9. — Para determinar el valor de la masa no se computarán los derechos y obligaciones dudosos o perdidos, ni los litigiosos o los que dependan de una condición suspensiva. Los sometidos a condición resolutoria se considerarán puros y simples.

En cualquiera de los casos se compensarán en dinero las modificaciones ocurridas en favor o en daño de la masa.

Art. 10. — Para fijar la legítima, no se contará a los herederos renunciantes o indignos, sino en los siguientes casos:

consiguiente, debe incluir todos los casos de ella, esto es, las disposiciones testamentarias y las donaciones de que habla el artículo 3602, aunque no haya testamento.

Art. 9. — Sobre los derechos condicionales, litigiosos o perdidos, § 2313, Código Alemán; Demolombe, 19, números 276, 280, 286, 290 y 292; Laurent, 12, números 60 y 61.

Art. 10. — Nuestro artículo toma posición en una cuestión célebre que ha preocupado y dividido a la jurisprudencia y la doctrina francesa.

La mayor parte de los escritores sostienen que el heredero que no viene a la herencia, no cuenta para el cálculo de las legítimas. La Corte francesa de Casación, ha juzgado invariablemente lo contrario.

El Código Alemán, § 2310, ha resuelto como la Corte de Casación. El renunciante, el indigno, el desheredado, se



1º Cuando el renunciante se encontrase en el supuesto del artículo 3354;

2º Cuando existiesen descendientes con derecho de representación.

cuentan entre los herederos para calcular la legítima de los que quedan en la sucesión.

La razón que ha determinado esta disposición (Motive, V, página 403; Protokolle der zweite kommission, V, página 516), fué el de que la parte legítima no debía ser modificada, por el hecho de existir menos herederos de los que hubieran debido dividir la herencia. Esos hechos excepcionales, imprevistos, no deben alterar la situación y beneficiar a los legitimarios restantes. Ajenos a ellos, deben dejarlos donde estaban.

Ha observado Endemann, que de esa manera quien beneficia de la exclusión es la parte disponible que se acrece con toda la legítima del excluido.

En el Código Francés la situación es distinta. Lo que se modifica es tanto la parte disponible como las legítimas: más hijos o ascendientes hay, menor es la cuota de que puede disponer el testador.

Ahora bien. La separación de un heredero por renuncia o exclusión hace que no exista en la sucesión y la legítima es un derecho de sucesión. No tiene, pues, legítima, sino el heredero que renunciando declara atenerse a su legítima ya recibida o por recibir. Los demás no la tienen. ¿Cómo,



pues, ha de ser computado el heredero que no está en la sucesión?

El Código Alemán se decide por una razón de un alcance discutible, porque con decir que no hay motivo para acrecer la parte de los restantes en virtud de un hecho ajeno a ellos, poco se demuestra, desde que es ese el antecedente necesario en toda herencia. El heredero muerto antes de la apertura de la sucesión, no se toma en cuenta para el cálculo por confesión de todos. No es diferente la situación del renunciante o del indigno.

Y en cambio, acrece por ese hecho ajeno al disponente, su parte disponible, sin que se vea razón para ello.

Calcular como presente a quien no lo está, es violar el sistema de la legítima forzosa. ¿Existen herederos de tal clase? Hay una cuota disponible en el sistema alemán y en el nuestro. La otra parte se distribuye entre los herederos forzosos. Es decir, entre los que han de recibir herencia. ¿Cómo se ha de distribuir entre los que no la tienen?

Nótese, además, que en nuestro sistema, la solución alemana es imposible. Si había un hijo, y queda separado de la herencia, pasa a los ascendientes, solos o con el cónyuge. Si no hay ascendientes, al esposo solamente. Pero el hijo dejaba disponible un quinto. El ascendiente un tercio. El cónyuge la mitad. Si se cuenta el heredero que nada recibe, ¿cuál es la legítima de los demás? ¿Dos tercios? ¿La mitad? ¿Cuatro quintos?



En el Código Alemán la cuota forzosa y la disponible es invariable, y sólo por distribución de la primera se amengua o crece.

En Francia, como se ha visto, existe una profunda división entre la doctrina y la Corte de Casación.

Los escritores se apoyan en los textos. Sus razones son de orden deductivo. El renunciante es reputado no haber heredado. El indigno es considerado como que no puede quedar en la herencia. De ahí la solución: no es heredero, y mal se ha de contar entre ellos para calcular legítimas y partes disponibles.

Y sin embargo, la Corte de Casación no la ha admitido.

Porque en el Código Francés, la parte disponible y las legítimas disminuyen, una y otra, según el número de herederos, y aumentan cuando éste disminuye: artículos 913 y 914.

Por consiguiente — y aquí aparece la razón que determinó al Código Alemán, — la desaparición de un legítimo causa una perturbación fundamental en las liberalidades o mejoras hechas por el causante. Porque si acrecen las legítimas pueden, tal vez, atacarse las disposiciones que las perjudican, y que se hicieron en vista del estado de cosas anterior a la repudiación o exclusión del heredero.

Podrá esa situación ser la derivada de la aplicación de los textos literales que rigen los efectos de la renuncia, por ejemplo, pero no está todo dicho por ellos. Laurent mismo,



que sostiene la conclusión generalizada, contraria a la de la Corte de Casación, reconoce que hay buenas razones que aconsejarían otra solución, pero concluye que son contrarias a la ley actual.

Entre nosotros, no puede aceptarse ni la solución de la Corte francesa de Casación, ni la del Código Alemán.

Lo que es fijo entre nosotros, es siempre la parte disponible. La legítima varía según el número y clase de los herederos. El esposo, cuando concurre con ascendientes, tiene una parte igual a la de los padres, por ejemplo. Todos recogen menos de lo que les tocaría si estuvieran en menor número. La parte disponible es siempre la misma, cualquiera que sea el número de concurrentes, hijos, ascendientes, etc.

Si es así, todo modo de calcular que lleve a alterar la cuota disponible es inoperante, porque ésta es el punto de partida firme y porque, como lo hemos ya notado, las legítimas y partes de libre disposición, se modifican según la clase de parientes llamados. Sería incomprensible que los padres recibieran más que su legítima, porque se calculó la parte disponible sobre la base de la existencia de un hijo legítimo.

Dejamos la solución dentro de las bases mismas del sistema hereditario.

La legítima es la parte de herencia que corresponde a ciertos sucesores. Esa parte se divide entre los que tienen derecho a ella. Es artificial considerar para determinarla, a los que no tienen participación en los bienes quedados: no son herederos. Y así como no pueden los llamados reclamar



Art. 11. — Se reducirán a prorrata las disposiciones testamentarias que excedan la cuota disponible, y, si fuese necesario, se dejarán sin efecto.

No se llegará a las donaciones sino cuando no pudiera cubrirse la legítima con la reducción de las disposiciones testamentarias. En este caso se reducirán empezando por la última donación y así sucesivamente, remontando de las últimas a las más antiguas.

Art. 12. — Si el testador hubiera dispuesto que se pague cierto legado con preferencia a otros, no sufrirá reducción sino después de haberse aplicado éstos por entero a cubrir la legítima.

Art. 13. — Se modifica el artículo 3603, así:

sino lo que les corresponde dentro de la reserva, así sólo se cuentan los que tienen derecho a ella. Lo demás es contrario al sistema mismo, punto de partida.

Véase: Demolombe, 15, números 43 y siguientes, y 19, número 20, y desde el número 40, 96 y siguientes; Laurent, 12, número 21; Huc, 6, número 147; Planiol, III, número 3061. En contra, Aubry y Rau, 7, § 681.

Art. 12. — Artículo 927, Código Francés; artículo 825, Código Italiano; artículo 820, 2º, Código Español.

Véase Demolombe, 19, números 562 y siguientes.

Art. 13. — El texto actual del artículo 3603, es el del artículo 917 del Código Francés. Ha dado lugar a una intrincada discusión, su recta inteligencia.



Cuando la disposición testamentaria es de un usufructo o un derecho de uso o habitación, o de una renta vitalicia, los herederos forzosos tendrán opción a ejecutar la disposición o a entregar al beneficiado, en plena propiedad, la parte disponible.

Esta disposición no se aplica cuando la disposición es

Tiene por objeto evitar las dificultades que nacerían de fijar el valor del usufructo, o renta vitalicia, necesariamente aleatorio, pues depende de su duración limitada a la vida del beneficiado.

Pero el texto francés, y lo repite el nuestro, pone como condición que el usufructo o renta "exceda en valor la cantidad disponible", cláusula difícil de explicar, y que contradice el objeto final que se atribuye a la disposición misma. Si ha de exceder el valor a la cuota libre hay que estimar los dos términos de comparación, y no es, por consiguiente, comprensible el texto legal.

De ahí encarnizadas discusiones. Ha concluído por generalizarse como interpretación la de que el valor de que el artículo habla es el de la renta que la parte disponible produce y ha de ser comparada con el de la vitalicia: la del usufructo no debe exceder la de esta parte.

Es la interpretación de Demolombe, adoptada por el artículo 810, Código Italiano. Laurent ha podido decir con toda razón que no es fundada en el texto que se explica. Valor de una cosa, no es la renta de ella, y el Código no habla de réditos. Laurent, sin embargo, en su proyecto de



de la nuda propiedad. Tampoco se aplica a los casos en que haya que reducir las disposiciones testamentarias o las donaciones, entre los favorecidos por ellas.

reformas adopta el texto del Código Italiano, por su artículo 887.

Pero no solamente es arbitraria la solución ante el texto legal francés y nuestro: lo es además directamente como tal solución. Los bienes no son de igual rendimiento. Los hay que nada o poco producen. Comparar el usufructo establecido por testamento sobre un bien designado, con el de los bienes restantes, puede ser inexacto. La razón de ser de esa comparación, esto es averiguar si excede ese usufructo la parte disponible, no debe resultar de saber si se extiende fuera de ella, porque la nuda propiedad tiene también un valor considerable de que, por hipótesis, no se ha dispuesto, y, por consiguiente, se computa en las legítimas. Eso lleva a lo que se quiere evitar: estimar el usufructo y la nuda propiedad.

Lo único exacto — si no como interpretación del artículo 917 francés, como disposición legal, — es dar opción a los legitimarios para cumplir la disposición o para abandonar la propiedad de la parte disponible. Lo último resulta del hecho de ser tal parte disponible que el causante ha podido legar o donar. No va más allá su derecho. Y ciertamente los legitimarios sabrán lo que mejor les conviene. No la abandonarán si la renta vitalicia o el usufructo valen menos que la cuota que se considera.



Art. 14. — Se sustituye el artículo 3604, modificado así:

El valor en plena propiedad de los bienes enajenados por el causante, sea a fondo perdido o con cargo de renta

Esto lleva a la solución de Aubry y Rau y de Huc: los legitimarios tienen libertad plena de opción sin necesidad de fundarla en comparaciones de valores: con entregar el excedente de las legítimas, demuestran por el hecho que éstas llegan hasta allí.

Ver Demolombe, 19, desde el número 436; Laurent, 12, números 152 y siguientes; Avant-projet, artículo 887; Aubry-Rau, 6, § 684 bis; Huc, 6, número 151; sobre la segunda parte, en contra, Demolombe, número 471, en cuanto a la nuda propiedad. Los demás, y Baudry-Colin, Donations et testaments, 1, número 786, de acuerdo con el párrafo proyectado, y el mismo Demolombe respecto de legatarios y donatarios.

Art. 14. — El artículo 3604, es la traducción infiel del 918, Código Francés: contiene varias alteraciones literales.

No dice el artículo francés “si el testador ha entregado en plena propiedad... aunque con reserva de usufructo...”, porque es absurdo hablar de plena propiedad si hay usufructo: no es, entonces, plena.

Dice: “El valor en plena propiedad de los bienes enajenados...” Lo que se imputa es el valor, no de la propiedad nuda, sino plena: — la propiedad ha sido enajenada sea a



vitalicia, sea con reserva de usufructo, a uno de los herederos en línea recta, se imputará sobre la parte disponible y el excedente sobre la masa. No podrá ser demandada esa

fondo perdido, sea con cargo de renta vitalicia, sea con reserva de usufructo. Pero la ley entiende que hay donación encubierta. Por eso se imputa “el valor en plena propiedad”.

La disposición, al ser trasladada por nuestro texto, se ha convertido en una disposición general que comprende, no una excepción, sino que abarca toda enajenación de bienes, “aunque sea con reservas... etc.”.

El texto francés, dice “soit a charge de rente viagère,... ou avec reserve d'usufruit”. Nuestro traductor ha puesto “aunque”, con lo que ha invertido el sentido: ya no se limita a esos casos la disposición; ahora se extiende a todas. “Soit”, no es “aunque”.

El original francés dice: ...a l'un des successibles en ligne directe” dos veces. Nuestro traductor pone “herederos legítimos” también dos veces. Pero, como lo asegura el mismo artículo 3604, los “herederos legítimos” “que” no tienen declarada por la ley una porción legítima” no pueden reclamar.

Los herederos legítimos que tienen porción legítima no se llaman “herederos legítimos”: se llaman herederos forzosos o legitimarios: artículos 3280 y 3591. Los legítimos, que no son forzosos, no tienen “legítima”, ni hay “porción disponible” respecto de ellos, a que hacer imputaciones.



imputación por los otros herederos forzosos que hubieran consentido en esas enajenaciones.

No se admitirá prueba para acreditar excepciones contra esta imputación.

No obstante ser los cónyuges herederos forzosos, no modificamos la redacción para incluirlos, por la sencilla razón de que no están comprendidos en la disposición. No puede haber contratos entre esposos, ni con ni sin reserva de usufructo. Son nulos los que celebran.

Llamada la atención sobre las faltas de traducción del texto francés reproducido por el Código Italiano, artículo 811, sin alteración, y con redacción simplificada, pero siempre con el mismo alcance, por el Código Holandés, artículo 969, veamos si las alteraciones son deliberadas, como se ha creído por algunos.

Las enajenaciones hechas por ascendientes a favor de descendientes, o recíprocamente, pueden encubrir verdaderas donaciones. Pero no por eso puede prohibirse que celebren contratos entre sí. El de sociedad entre padres e hijos, el de partición privada de las herencias, del condominio, de la masa social, el de transacción, permuta y muchos otros, pueden prestarse a liberalidades disimuladas, pero no por eso pueden ser fulminados por la ley con una presunción juris et de jure, de simulación.

No basta que entre ascendientes y descendientes se celebren convenciones, para que se juzguen mentirosas. Es menester que en verdad lo sean.



Se vende un bien por el padre al hijo. Puede ser una venta aparente. Pero es posible la demostración de que es verdadera, por el movimiento de los fondos pagados. Se divide una sociedad: puede probarse por cien medios que hubo operaciones comunes, masa, utilidades. La adjudicación puede ser justificada.

Bastan, pues, las reglas generales de la prueba de la simulación para demostrar lo que en verdad haya ocurrido, tanto por el que impugna, como por el que defiende.

Resolver que todo contrato en que haya movimiento de bienes, aunque como el de partición, el de permuta, el de transacción, y cien otros, revelen los equivalentes o ventajas efectivas que se han obtenido por el enajenante, y hasta los derechos anteriores que se liquidan por ellos, sería no solamente injustificado, sino hasta incomprensible.

Porque se impide la asociación, la participación de los hijos en los negocios paternos, la liquidación de los comunes. Se les obliga por autoridad de la ley, a litigar, aunque no hay disidencias entre ellos. Los padres y los hijos no pueden obrar los actos que cualquiera puede celebrar libremente. Hay capitis diminutio.

Y nunca jamás ha habido legislación que disponga ni ha sostenido nadie, que cualquier contrato por el que se entrega, "en plena propiedad", bienes por un causante a su futuro heredero forzoso, es nulo, y sólo encubre una donación o liberalidad, sin permitir que justifique la realidad de los actos sospechados.



No. Jamás lo ha sostenido nadie porque es insostenible. El Código mismo los permite en los más graves: la partición extrajudicial de bienes, por ejemplo.

Hubiera sido, por consiguiente, del caso justificar la extraordinaria doctrina que se introducía. Ni palabra sobre ella. Al contrario, se invoca el artículo 918 del Código Francés. Se le sigue en la redacción con variantes que resultan errores. Se habla de plena propiedad “aunque” sea con cargo de renta vitalicia, o con reserva de usufructo, y de la propia contradicción in terminis de los conceptos, ya resulta que no es deliberada la expresión.

Decimos que no hay palabra que explique la alteración fundamental. Porque decir que hay padres “que fingen, para preferir un hijo, contratos que no son sino donaciones disfrazadas”, no es equivalente de que no hay contrato alguno entre padres e hijos, que no sea sino una donación: es decir solamente que hay contratos que son donaciones disfrazadas. Y éstos son los del artículo 918, Código Francés, que se cita: son éstos los que importan presunción juris et de jure. Los demás, que pueden ser simulados, deben guiarse por la prueba ordinaria de su inexistencia, como tales contratos onerosos.

Y confirma la inadvertencia padecida en la traducción del texto francés la introducción de las condiciones de éste: carga de renta vitalicia, reserva de usufructo.

¿A qué vienen esas menciones? ¿No es que son simulados, juris et de jure, los contratos celebrados entre padres e hi-



jos por los que se entreguen bienes en propiedad? Pues lo mismo es que se entreguen con cargas, o que se trasmitan sin restricciones. Con decir que se consideran “todos” donaciones, está plenamente expresado el principio. Es incomprensible lo que el texto agrega, si fué ese el concepto de la nueva doctrina.

En cambio. Si sólo se trata de ciertos contratos hechos con reserva de una renta vitalicia, o de un usufructo, la disposición se comprende.

Porque el artículo anterior nos ha dicho que si la disposición del causante es de un usufructo, o una renta vitalicia, es imposible estimarlos, y de ahí la opción que se concede al heredero.

Por consiguiente, es aplicación del mismo pensamiento, el artículo 918, Código Francés. En presencia de una enajenación que contiene aquellas reservas, la ley ha pensado que no se puede estimar exactamente si hay o no equivalente razonable recibido por el enajenante. ¿Cuánto vale la renta vitalicia, el usufructo? Depende del tiempo que dure, de la utilidad que proporcione la percepción de los frutos. Hay que renegar del principio del artículo 3603, y hacer lo que éste cree imposible por aleatorio.

De todos modos, la reserva del usufructo ya dice que la nuda propiedad es donación. Pero, ¿cuánto vale?

Por eso, porque la ley no admite estimaciones por demás aleatorias, es que dice, en el texto francés, “el valor en plena propiedad”. No es el valor de la liberalidad deducida



la carga, el usufructo, la renta vitalicia. Es el valor de la plena, libre propiedad, sin disminuir importe alguno.

Las frases alteradas en el texto de nuestro Código, no tienen justificación. La tienen, y bien explicada, jurídica, en el original francés.

Deseamos decir, que entre nosotros, se ha dado un resultado deplorable, de todas las confusiones de interpretación que ha padecido el artículo. Si, según la nota, los contratos onerosos entre padres e hijos, son simulados, sin admitir prueba en contrario, y si, según el texto, esos contratos son los que transmiten bienes en plena propiedad, "aunque" la propiedad no sea plena, la consecuencia era clara y los notarios la han sacado. El título de esas propiedades es inseguro, desde que según el artículo 3955, procede la acción de reivindicación contra terceros poseedores.

Entretanto, en Francia, donde la acción de reducción tiene efectos reales la doctrina unánime, fundada en el texto mismo del artículo 918, rechazaba aquella conclusión. No se resuelve la enajenación: se imputa sólo "el valor". Nada más. (Demolombe, 19, número 520).

Restablecida por nuestro proyecto la verdadera economía de la disposición, debemos explicar algunas variantes introducidas.

El cónyuge es heredero forzoso. Pero no puede darse con él el caso del contrato traslativo, sino por capitulaciones matrimoniales que siguen sus propias reglas. En cambio pue-



Art. 15. — Cuando haya que completar la legítima de los herederos, la acción de reducción puede ser intentada con-

de ser perjudicado por los contratos hechos por el consorte con sus descendientes o ascendientes.

La redacción contempla esa situación y autoriza su acción y su autorización del acto jurídico.

Dice el texto francés: que no puede ser impugnado el contrato por los colaterales. Era claro desde que el texto habla de sucesibles en línea recta.

Y el nuestro repitió: “y en ningún caso por los que no tengan por la ley una porción legítima”. Frase ociosa y que sólo sirve para subrayar el error del artículo al hablar por tres veces de herederos legítimos. Se trata de herederos forzosos y los colaterales no lo son aunque sean herederos legítimos.

Por último. Hemos introducido en nuestro texto la frase del Código Francés “a fondo perdido”.

Se ha observado que la renta vitalicia es un caso de “fondo perdido”. No estamos muy convencidos de ello. En todo caso la redundancia, si la hay, no perjudica. En cambio hay otros casos de fondo perdido, que no son de renta vitalicia: Demolombe, 19, número 498. Sobre el artículo, véase discusión en el Senado nacional, página 544, de la edición especial, y Segovia, notas sobre el mismo.

Art. 15. — § 2329, Código Alemán, que somete el reintegro, a las reglas del enriquecimiento sin causa.



tra los herederos o los donatarios, a fin de que integren el valor que hayan de restituir según las reglas prevenidas.

La acción es personal de reintegro.

En el sistema francés, de que es eco nuestro artículo 3955, la acción de reintegro es real, y, por consecuencia, reivindicatoria aun contra tercero. La acción es de resolución de las liberalidades, y debe por efecto de ella, restituirse la cosa misma recibida.

Entre nosotros lo que se reintegra es el valor que ha excedido la porción disponible, y ese valor no es el actual de las cosas, sino el que tenían las donadas en el momento de la donación. Los escritores franceses están de acuerdo en que cuando el valor es lo que se integra, no hay acción reipersecutoria. Demolombe, 19, número 498.

La acción de reivindicación que el artículo 3955 autoriza, es incompatible con un sistema razonable de publicidad y de crédito. La donación transmite la propiedad de las cosas desde el instante de su constitución. La acción de reducción sólo se abre a la muerte del causante. Es además determinada por el estado de fortuna del causante, estado que no se puede prever en el momento de la liberalidad. Lo es también, por la existencia de herederos, que puede ser posterior a las donaciones. Todo esto hace que es eventual y escape a las previsiones exigidas por el sistema de publicidad, que no permite la constitución de propiedad resoluble eventual. Tampoco podría concederse una prenotación, sin colocar el inmueble en un estado de inenajenabilidad que lo colocaría entre las cosas fuera del comercio, puesto que na-



Puede intentarse en la misma medida contra el poseedor actual del inmueble donado, si lo hubo a título gratuito del donatario. Podrá abandonar el bien.

Se suprime el artículo 3955.

Art. 16. — Se reproduce el artículo 3605.

die querría colocarse en situación de sufrir la reipersecución del heredero perjudicado.

Por eso el Código Alemán ha sometido la reducción a las reglas del enriquecimiento sin causa.

Pero es porque el valor de las donaciones se calcula referido a la época de la apertura de la sucesión. Puede, pues, repetirse la cosa misma donada, si está en poder del donatario o en el de un donatario a quien fué transferida por aquél.

La base de nuestro Código de que se reduce y reintegra el valor referido a la época de la donación, impide adoptar la regla alemana. Se trata siempre de una acción personal de reintegro. Los bienes mismos escapan a la restitución. Entre garantizar al heredero su legítima, y asegurar al adquirente tercero la estabilidad de los bienes que posee la ley, no puede vacilar: es dueño de ellos el que los adquirió en virtud de las constancias del Registro. Pero si los hubo a título gratuito, está sometido a la acción personal del heredero, hasta concurrencia del valor del bien. Puede abandonarlo y eximirse de toda obligación.

Nuestra solución es, pues, con muy corta diferencia, la del Código Alemán.



TITULO IX

De la sucesión testamentaria

Art. 1. — Se suprimen los artículos 3609 y 3610.

Los artículos 3606 y 3607, se modifican así:

Toda persona natural puede disponer de sus bienes pa-

Art. 1. — Prescindiendo del carácter didáctico de los artículos 3606 y 3607, en varios de los elementos que contienen, modificamos también su precepto.

No puede disponer por testamento toda persona legalmente capaz de tener voluntad y manifestarla, sino las naturales. Las jurídicas e ideales, son personas que tienen legalmente voluntad y bienes de que pueden disponer. Y sus actos de disposición para después de su disolución, no tienen carácter, ni efectos, de disposiciones testamentarias, ni están sometidas a sus condiciones de forma.

Carece, además, de objeto, expresar que ha de tenerse voluntad y capacidad de expresarla; es ese requisito necesario de todo acto jurídico, y ya se ha preceptuado que no los hay sino son manifestaciones de voluntad. Va, además, sin decir que manifestarla es tenerla.

Tampoco es necesario decir que la disposición de bienes puede hacerse “bajo título de institución de herederos o de legado, o bajo cualquier otra denominación propia para expresar su voluntad”, tanto porque en títulos especiales se

ra después de su muerte, observando las solemnidades legales para el otorgamiento de los testamentos.

Se aplican las reglas establecidas para los actos jurídicos en cuanto no fuesen modificadas por este Código.



determinan todos esos medios, como porque si son disposiciones de bienes ya va dicho que deben serlo. Es la ley la que determina, y no la parte, que puede estar equivocada o ignorarlo, si hay disposición y de qué orden lo es. La errónea clasificación de los actores en los actos jurídicos no impide sus efectos legales.

Decimos, en cambio, que los testamentos están subsidiariamente sometidos a las condiciones de existencia de los actos jurídicos, como manifestaciones de voluntad. Si por error se dispuso que tales personas eran herederos, y hubo uno preterido; si se supuso vivo o muerto al que estaba muerto o vivo; si se creyó casado al viudo, etc., ese error será juzgado por las reglas generales, como lo será en caso de violencia, de insanía, de embriaguez, etc., o por la particular que establezca una decisión.

Conservamos la disposición del artículo 3608, porque la condición imposible o prohibida anula solamente la disposición a que ha sido impuesta y no el testamento mismo. Es, pues, una regla particular.

En cambio, los artículos 3609 y 3610 son inútiles en virtud de las reformas proyectadas en la parte general que comprenden en cuanto a las condiciones y cargos modales a toda clase de actos jurídicos, y los testamentos lo son.



Art. 2. — Se modifica el artículo 3612, así:

El contenido del testamento, su validez o invalidez legal se juzga según la ley del domicilio del testador en el tiempo de su muerte, salvo lo dispuesto por los artículos 10 y 3470 (modificado).

Art. 3. — Se modifica el artículo 3613, en su frase final,

Arts. 2 y 3. — La capacidad de hecho y la de derecho deben existir — artículo 3611 — en el tiempo de la facción del testamento: Demolombe, 18, número 710. No es necesario haber conservado la de hecho en el momento de la muerte, porque para eso son los testamentos, para disponer, no obstante las enfermedades, los accidentes, la decadencia de la vejez. Pero es menester tener la de derecho en el momento de la muerte, pues que deriva de la ley, cuyo imperio no depende de la voluntad del testador. Demolombe, 18, número 712.

Si una ley retirara a los menores la capacidad de testar, nadie podría pretender que si murieran en esa condición habrían dispuesto válidamente, porque el derecho derivado del testamento se abre en esa situación de incapacidad y nadie tiene derechos adquiridos contra una ley de orden público. Lo son todas las que organizan la capacidad o la privación de ella.

Hay error en la afirmación de la nota al artículo 3613, según la cual “abolida entre nosotros la confiscación de bienes y no perdiéndose el derecho de testar por sentencia de muerte ni por ninguna pena, debe atenderse sólo al tiempo



debiendo suprimirse “solo”, y decir: “la capacidad de hecho al tiempo de la muerte”. Se agregará: “La capacidad de derecho debe también tenerse en este momento”.

Art. 4. — Se modifica el artículo 3614, así:

en que se otorga el testamento para decidir sobre la capacidad del testador, como lo dispone el artículo”.

Es manifiesto que esa observación no tiene relación con el asunto que se considera. Es una regla de derecho internacional privado y no de retroactividad. Por lo mismo que esa incapacidad es local, territorial y no existe en la República, se sigue lo contrario de lo que se pretende: la capacidad, existente en nuestro país, en el momento de la muerte, hace válida la disposición, cualquiera que sea la ley del domicilio.

Lo que se está considerando no es el efecto territorial de las leyes privativas de la capacidad, sino de sus efectos en relación al tiempo. Si, pues, en la República se modificara la ley y se estableciera la incapacidad por efecto de la sentencia penal, incapacidad sería. Para eso es ley, la que la crea. Artículos 5 y 9, Código Civil. La sucesión no se abre en el momento de la confección del testamento, sino en el de la muerte del causante: artículo 3283. Conforme con nuestro artículo: Savigny, Droit romain, 8, § § 393 y 394, B. c. Demolombe, en los pasajes citados. Chabot, Questions. Vº Testaments, § IV.

Art. 4. — El artículo 3617 dice que no pueden testar los sordomudos que no saben leer ni escribir.



No pueden testar los que no hayan cumplido los diez y ocho años.

Tampoco lo pueden los sordomudos que no sepan darse a entender por escrito.

Se suprime el artículo 3617.

Art. 5. — Se sustituye el artículo 3615, por el siguiente:

Para testar es menester hallarse en el momento de hacerlo en la plenitud de las facultades del ánimo.

Quando en los artículos 153 y 155, el Código ha caracterizado la incapacidad de los sordomudos, ha empleado una fórmula esencialmente distinta. Una cosa es saber leer y escribir, y otra, particularmente en los sordomudos, es darse a entender por escrito.

Los tribunales franceses han tenido que juzgar la condición de un sordomudo, a quien se había hecho copiar un testamento. Sabía, pues, escribir, y también leer. Ante el tribunal se le obligó a escribirlo de nuevo sin modelo y no pudo poner una línea: no sabía lo que escribía, porque no tenía comprensión mental. Era como un niño pequeño que copia y no sabe lo que dice.

Conviene evitar la pluralidad de fórmulas para expresar un mismo principio legal.

Art. 5. — La modificación que introducimos en el texto del artículo 3615, obedece al orden de ideas que hemos expresado al tratar de la insania en la Parte general. La perturbación puede ser mental, de la razón y de la voluntad. El Código habla de “perfecta razón”. Pero puede estar



Los que se hallasen en estado habitual de insania, haya sido declarada en juicio o no, sólo podrán testar en los intervalos lúcidos suficientemente ciertos para asegurarse que la enfermedad ha cesado por el momento.

Art. 6. — Se modifica el artículo 3616, así:

La ley presume que toda persona está en la plenitud de sus facultades psíquicas. Corresponde al que impugnase el

intacta y ser patológica la volición: ciertas intoxicaciones producen la inercia o la debilitación de ésta, sin afectar en igual medida la inteligencia.

El estado de perturbación puede ser transitorio o permanente. Las enfermedades comunes traen estados de confusión mental que inhabilitan para testar, y que no son propiamente de las llamadas enfermedades mentales.

La embriaguez y las otras intoxicaciones, pueden ser accidentales o habituales.

Todas las perturbaciones deben ser encerradas en una misma fórmula, y ya sean de momento, de estado permanente o transitorio, todas inhabilitan para testar. Nuestra fórmula expresa más exactamente el concepto que las empleadas en los artículos 3615 y 3616: “perfecta razón”, “sano juicio”, “completa razón”. Dejan fuera de ellas las perturbaciones de la voluntad, que son tan graves como las de la inteligencia.

Art. 6. — El artículo 3616 emplea la palabra “notoriamente” para caracterizar el supuesto de la última parte. Si con ello quiere decirse que ha de tratarse de estado pa-



testamento probar que el testador no se hallaba en ese estado en el instante de hacer su testamento. Pero si el causante algún tiempo antes de testar se hallaba en estado de perturbación de sus facultades, el que sostiene la validez del testamento debe probar que se ha hecho en un intervalo lúcido.

Art. 7. — Se modifica el artículo 3618, así:

Un testamento no puede ser hecho conjuntamente por dos o más personas en un mismo instrumento, sin perjuicio de lo establecido en este proyecto sobre división de bienes hecha por los padres.

Art. 8. — Se reproduce el artículo 3619.

Se le agregará en segundo párrafo:

Las maniobras dolosas de captación, aun las hechas por tercero, anulan la disposición, o el testamento mismo, según el carácter de ellas.

Art. 9. — Se reproduce el artículo 3620.

Art. 10. — Se reproduce el artículo 3621.

tente, claro, de perturbación, es exacta la condición. Pero la palabra usada es equívoca porque también expresa la publicidad, y entonces habría error. Conocemos casos de insania y aislamiento ocultados por los interesados en obtener un testamento. Es muy frecuente con los ancianos. Es inútil decir si es o no evidente el estado, desde que no se presume y hay que probarlo.

Art. 8. — Aun cuando hemos ya proyectado que los testamentos están regidos por las disposiciones generales de



TITULO X

De las formas de los testamentos

Art. 1. — Se reproduce el artículo 3632, que será trasladado como primero de este título. Se le agregará en segundo párrafo, el 3622.

Art. 2. — Se suprime el artículo 3623.

Se reproduce el artículo 3624.

Art. 3. — Se reproduce el artículo 3625.

Art. 4. — Se reproduce el artículo 3626, al cual se agregará el 3627 modificado así:

La prueba de la observancia de las formalidades prescritas para la validez de un testamento debe resultar del

los hechos y actos jurídicos, la captación, que es maniobra por demás frecuente con los enfermos y los ancianos, exige una declaración para limitar o extender sus efectos, a la disposición particular o al testamento mismo. Véase Aubry-Rau, 7º, § 654, 2º.

Art. 2. — Se suprime el artículo 3623, porque es inútil: resulta de lo ya dispuesto por todos los artículos del título anterior, del artículo 3622 y del 3624.

Art. 4. — La modificación del 3627, restablece el texto de Aubry-Rau, § 664, 4º, mal traducido.



testamento mismo y no de otros escritos. No puede ser de mostrada por testigos.

Art. 5. — En sustitución del artículo 3630:

La inobservancia de una formalidad prescrita para la validez de un testamento causa la nulidad de éste en todo su contenido. También la causa la ejecución de la formalidad de una manera irregular o incompleta.

La nulidad de alguna de las disposiciones o de la institución de herederos, no invalida las otras.

Art. 6. — Se reproduce el artículo 3628.

Art. 7. — Se reproduce el artículo 3629. Se suprimirá en la parte final todo lo que sigue después de “por haber caducado”, terminando ahí.

Se agregará al fin, lo siguiente, en párrafo separado: Los herederos no pueden atacar el testamento nulo por defecto de forma, cuando lo han ejecutado con conocimiento de ella.

Art. 8. — Se reproduce el artículo 3631.

Art. 5. — El primer párrafo es de Aubry-Rau, 7, § 664, 7º.

Art. 7. — La parte suprimida limita arbitrariamente a uno de varios casos de igual significado la solución. La muerte del heredero puede causar la caducidad del testamento, y la muerte no es incapacidad. La disposición del nuevo testamento puede también causarla, y no impide referirse al antiguo testamento.

Decimos con Aubry-Rau, 7, § 664, 8º, que la ejecución de las disposiciones del testamento nulo, impide atacarlas,



Art. 9. — Se modifica el artículo 3633, así:

En los testamentos en que la ley exige la firma del testador debe ésta escribirse con el nombre y apellido, o como el testador acostumbra a firmar los instrumentos públicos o escritos privados. No se tendrá por firmado el testamento suscrito de otra manera, o con simples iniciales. Los errores

porque es ese un caso expreso por nuestro artículo 515, 3º. Agregamos, con aquéllos, “con conocimiento de ella”, porque puede bien haberse ignorado. Así, el que ha procedido en virtud de una copia autorizada de un testamento puede muy bien ignorar que no estaba firmado por el oficial público que lo otorgó en su protocolo.

Art. 9. — El texto actual del artículo 3633 es literalmente tomado de Aubry-Rau, 7, § 666, pero estos escritores cuidan de decir que “los errores de ortografía o la omisión de una o varias letras no vician necesariamente el testamento”. Y lo mismo Demolombe, 21, número 110, y Coin-Delisle, sobre el artículo 970, números 40 y 41. El Juez debe apreciar según las circunstancias de edad, instrucción, enfermedad, u otras, si es deliberada la omisión de letras.

Pero siempre debe ser la escritura normal.

Las alteraciones de la escritura son dependientes del estado cerebral. Y esto, no solamente en las enfermedades mentales, sino también en las comunes. En todos los estados confusionales, y en el período preagónico, demuestran la perturbación profunda del moribundo. Debe por el solo he-



de ortografía, o la omisión de letras, no vician necesariamente la firma, quedando su validez librada a la apreciación del Juez, según las circunstancias.

La alteración manifiesta de la firma anula el testamento.

Art. 10. — Se reproduce el artículo 3634. Se pondrá como segundo párrafo separado el 3638, modificado así:

El testamento hecho fuera de la República sólo tendrá efecto en ella, si es escrito y hecho u otorgado por el testador personalmente, de acuerdo con las leyes del lugar en que fué efectuado, o según las del país a que el testador pertenezca, o según las formas prescriptas por las leyes de la República.

Ese testamento será siempre válido, aunque el testador venga a ésta, y en cualquier época en que muera.

Se suprime el artículo 3635.

cho de la alteración manifiesta de la firma usual, declararse la nulidad, con arreglo al principio base de nuestro artículo. Véase Rogues de Furzae, *Les écrits dans les maladies nerveuses et mentales*, capítulos II, III, VII; Ballet, *Traité de Pathologie mentale*, página 151; Regis, *Psychiatrie*, páginas 145, 343 y siguientes, 971 a 979; De Sanctis e Ottolenghi, *Psicopatología forense*, I, página 180, y II, páginas 1208, 1211 y siguientes.

Art. 10. — La ley 4711, artículo 19, y la 4712, artículo 15, han hecho inútiles los artículos 3636 y 3637.



CAPITULO I

Del testamento ológrafo

Art. 11. — Se reproduce el artículo 3639.

Art. 12. — Se reproduce el artículo 3640.

Art. 13. — Se modifica el artículo 3641, así:

El testamento ológrafo debe ser escrito precisamente con caracteres alfabéticos propios del idioma en que sea

Los testamentos verbales, y los hechos por apoderados o comisarios, aunque fueran autorizados por las leyes extranjeras, no son testamentos en la República. No es cuestión de formas, lo es de existencia. Todo testamento es un escrito que comprueba por sí mismo su otorgamiento, y es un escrito que demuestra, además, que es la obra del autor. El testamento verbal no llena esas condiciones.

Es innecesario decir que el testamento otorgado en el extranjero es válido en la República, aunque el testador no se halle fuera de su país, porque es la regla general del artículo 12, título preliminar.

En cuanto al último período, artículo 3635. La regla es más general de lo que éste prevé. No se trata solamente del argentino que otorga testamento en el extranjero.

Art. 13. — Decimos “propios del idioma en que sea escrito”, porque puede ser escrito en hebreo, árabe, etc., co-



escrito. Las cantidades y fechas pueden ser escritas con cifras.

Art. 14. — Se modifica el artículo 3642, así:

No es indispensable que las indicaciones del día, mes

mo los escritores alemanes cuidan de decirlo, y por consiguiente, con los caracteres alfabéticos de esos idiomas. Staudinger, sobre el § 2231, 4.

Conservamos la disposición del artículo 3641 que exige la escritura con carácter alfabético, lo que excluye la taquigrafía, que, en algunos países, una parte de la doctrina acepta. Dernburg, Erbrecht, § 29, nota 9, se declaró en contra. Su anotador Engelmann dice que la opinión afirmativa es dominante y aceptada por las decisiones judiciales.

En cuanto al empleo de cifras, es unánime la doctrina francesa y la alemana.

Art. 14. — Hemos modificado la redacción del artículo 3642. Dice “día, mes y año en que el testamento se hace”. Decíamos, en cambio, “día, mes y año de la fecha”. Una de las más debatidas cuestiones de la doctrina francesa, que también divide a la alemana, es la de saber qué significado tiene la fecha. ¿Debe ser la de la redacción del testamento? ¿Debe ser la de la firma? ¿Debe ser la de su escritura misma por el testador? ¿Puede ser antedatada o postdatada?

La frase sustituida en el artículo a que nos hemos referido, es ambigua: “el día en que se hace el testamento”, dice. Sí. Pero, ¿cuándo se hace el testamento? ¿Cuándo se escribe el texto? ¿Cuándo se firma?



y año de la fecha, sean según el calendario; pueden ser reemplazadas por enunciaciones perfectamente equivalentes que fijen de una manera precisa la fecha del testamento.

La fecha puede ponerse antes o después de la firma.

No. Cuando se hace, esto es cuando se completa. La escritura es uno solo de tres requisitos fundamentales: "formalidades que por su falta anulan **todo** el contenido", dice el artículo 3639. No hay testamento por su redacción y escritura del contexto. Es un proyecto. Nada en el escrito demuestra que es la última voluntad de quien ni lo firma, ni lo fecha.

Y así lo dice claramente el artículo 3646: "Cuando muchas disposiciones **están firmadas** sin ser fechadas, y una última disposición tenga la firma y la fecha, esta fecha hace valer las anteriormente escritas, cualquiera que sea el tiempo (en que lo fueron)", concluye el artículo.

Y todavía el artículo 3647 cuida de expresar que se puede redactar (escribir) el testamento en varias épocas, y que la fecha y la firma pueden ponerse "el día en que termine el testamento".

Es, pues, evidente que el testamento no está hecho aunque esté escrito y firmado. Le falta una solemnidad todavía. Es, hasta ese momento, un proyecto. Se concluye el día en que ha sido completado con la fecha.

Si es así, y no existe duda de que lo es en nuestro Código, la fecha puede ser puesta cuando el testador haya definitivamente resuelto lo que entiende ser su expresión de



voluntad. Fecha cuando quiere. Firma cuando también lo quiere.

No es, pues, cierto lo que algunos escritores dicen. La fecha debe ser la del día de la firma, según ellos. El artículo 3646 resuelve positivamente lo contrario. Y lo confirma el 3647.

No es, según esto, la firma un elemento de mayor significado que los otros. Si el escrito no es de mano del testador, no hay testamento aunque se firme. Si lo es, y está firmado, no es testamento: falta la fecha. ¿De qué? ¿De la firma? No: del testamento: artículo 3646.

Con estos elementos podemos examinar la otra grave cuestión que divide la doctrina.

Es hoy admitido, podemos decir casi unánimemente, pues hay disidencias, que la fecha puede ser cubierta por la firma, sea en el contexto del testamento, sea destacada de él, y que también puede ser puesta después de suscrito. Esa admisión, predominante entre los escritores franceses, italianos y alemanes, confirma las deducciones que hemos sacado de los artículos 3639, 3646 y 3647.

No hay testamento sin fecha. Hay proyecto solamente hasta que se pone, por firmado que esté antes. La fecha ha hecho el testamento. Existe desde que se ha puesto.

Pero puede ser antedatada o postdatada intencionalmente. ¿Es válido el testamento?

Se dice: una fecha inexacta, mentirosa, equivale a una falta de fecha. Y esto que los escritores repiten, no impide



a varios de los más autorizados, reconocer que el testamento puede ser postdatado.

Dumoulin, consultado sobre la validez de un testamento fechado en Octubre de 1546, cuyo autor había muerto el 9 de Agosto del mismo, fué de opinión que la fecha expresaba la decisión del testador de aplazar hasta el día de ella la vigencia del testamento, “et sic, non intendebat ante testari, sed interim intestatu esse” (Sobre la coutume de París, título 7, párrafo 96, número 5). No era, pues, nula la fecha, ni el testamento. Era válida, al contrario, puesto que denotaba la voluntad de aplazar a cierto día la vigencia del instrumento.

Esa doctrina ha sido adoptada desde entonces en derecho francés por las más altas autoridades, y, vigente el Código Napoleón, por Merlin, Rep., Vº Testament, sección II, § 1, artículo VI, número XI; por Toullier, 5, número 363; por Coin-Delisle, sobre el artículo 970, número 39; por Demolombe, 21, número 87; Saleilles, va mucho más lejos, y piensa que ni la antedata, ni la postdata, causan efecto en la validez del testamento: Revue trimestrielle, 1904.

Sea de ello lo que fuere, y no obstante ciertas reticencias en muchos escritores que no se pronuncian, sino sobre la inutilidad de la fecha, como Huc, 6, números 672 y siguientes, la Corte de Casación de Francia ha desestimado la doctrina de la validez de la postdata. La de Bélgica, en cambio, admite hasta la de la antedata.



“Cuando se pone una fecha posterior al testamento, dice Toullier, y decía Dumoulin, no puede haber tenido el testador por objeto sino suspender el efecto hasta la llegada de la época, y, por consiguiente, si muere antes, el testamento se desvanece”.

Y Demolombe que, sin embargo, repite con la Corte de Casación que una fecha inexacta no es una fecha, declara terminantemente que el testamento postdatado es válido si el testador vive en la fecha expresada, y es nulo, caso contrario.

¿Cuál es, pues, la razón que lleva a esas conclusiones?

El testador puede establecer las disposiciones que le plazca. Términos, condiciones, cargos. Dispone si quiere y como lo quiere. Puede, pues, poner un término o una condición para que el testamento entre en vigencia.

Afirmar que una fecha inexacta no es una fecha, es cometer una petición de principio. Porque la fecha, precisa, firme, está ahí. Está diciendo que así como pudo ponerse para que el testamento quedase completo, y de inmediata vigencia, si la muerte es posterior, puede ponerse para completarlo y hacer depender su existencia del transcurso de la fecha puesta. Fecha cierta, expresa, en todos los casos. No es fecha falsa. Para ello es menester presuponer que la fecha ha de referirse a la época en que se pone. No lo dice la ley y no tiene motivo para decirlo.

Hay muchas razones para postdatar, y las hay para antedatar. Y no son fraudulentas. El que lega su fortuna a



un extraño, pero espera saber si un hijo que supone concebido nacerá o no en tiempo dado, o con vida, puede desear callar su motivo y dejar dispuesto su testamento para después de la época en que el nacimiento es esperado. O a la inversa, el que reconoce a un hijo concebido, puede aplazar su disposición hasta pasada la época del nacimiento supuesto, de que depende el reconocimiento de la filiación. Et sic, de cæteris.

Y lo mismo la antedata. Puede ser protectora de la libertad del testador, amenazado, circunvenido, en sus últimos momentos. ¿Por qué no ha de poder decir que desde tal fecha su testamento existe, con las consecuencias del caso, sea para dejar subsistente el testamento otorgado después, que no quiere revocar, sea para otros fines?

No es cierto que la fecha haya de ser precisamente la del día en que se pone. Antes del C. Napoleón, y hasta que la ordenanza real sobre testamentos exigió fecha en los ológrafos, durante siglos, éstos no la llevaban. No es, pues, un requisito trascendental, sino porque la ley lo requiere. Y, ¿cuándo ha dicho que la fecha es la del día en que se escribe?

Adviértase que contradicción grave resulta de los hechos.

El testamento ológrafo es secreto. Es hecho por el testador a solas con su conciencia. Nadie conoce el documento. La inmensa mayoría de las veces, será antedatado o postdatado, según la voluntad o los móviles que determinan al



testador. ¿Quién lo sabe? Nadie. Es, pues, válido. Hay testamento desde la fecha que contiene: *pro veritate habetur*.

La circunstancia accidental de un rastro, de una muerte prematura, de una filigrana en el papel, contradice la fecha en cuanto es la de escritura, pero deja intacta, la deliberada, querida, sin fraude, en virtud de la voluntad soberana del testador. Pudo hacer otra cosa y no hacer testamento. Pero lo hizo, y lo hizo como es. ¿Por qué es nulo? Bueno fuera salir de las argucias de los textos y expresar las razones que los justifican en la inteligencia que se les da. Y debiera recordarse, que se destruye el medio protector de los ancianos, los moribundos, los débiles, que la ley les da en el testamento ológrafo, para salvarse de las asechanzas de los circundantes.

La Corte de Casación de Bélgica, tiene razón. Hay que poner la fecha para saber desde cuándo quiere el testador que su testamento tenga existencia. Libre es de hacerlo en todo momento. Libre es, entonces, de decir de qué momento debe entenderse completo. La interpretación de la Corte Francesa de Casación, ni es la tradicional del *droit coutumier*, ni armoniza con la índole del testamento ológrafo, secreto, íntimo, reflejo directo de la voluntad del otorgante. La interpretación no previene dificultades, puesto que, lo repetimos, sólo en mínima parte, es conocido el caso de la falsa fecha, y, al contrario, conduce a pleitos sobre la exactitud de la expresada y a nulidades que perjudican a los que por inadvertencias o falta de instrucción, han incurrido en errores.



Art. 15. — Se modifica el artículo 3643, en su último período; se pondrá por separado, así:

Si hay incapacidades o captaciones, no es con esa causalística, que se impedirán. En toda hipótesis pueden ser demostradas.

Las dificultades experimentadas en Francia y Bélgica, se han reproducido en Alemania, con tanta mayor razón, cuanto que, adoptado el testamento ológrafo del Código Napoleón, se ha entendido incorporarlo con la inteligencia que le da la jurisprudencia francesa. La doctrina está profundamente dividida. Carece de objeto examinarla.

Hemos restablecido los textos del Código, sin prejuzgar sobre la cuestión tratada. La anarquía contemporánea de opiniones nos aconseja no adoptar una solución legal, que resultaría poco firme en la literatura. La doctrina se fundará poco a poco, sobre los textos restituidos a su exacta expresión.

Véase: Plank, V, sobre el § 2231, 4, f.; Strohal, Erbrecht, I, § 21, a, c); Cosack, Lehrbuch, II, 2, § 118, I, 1, a. En contra, Enneccerus-Kipp, Erbrecht, § 13, III; Dernburg, Erbrecht, § 30, II; Endemann, Erbrecht, § 37, V; Staudinger, § 2231, 5. Para el derecho italiano, Vitali, Successioni, III, páginas 384 y 389/96.

Art. 15. — El artículo 3643, es la traducción de un párrafo de Aubry-Rau, 7, § 663, 2º. Pero se ha alterado profundamente la parte final, al decir “el Juez puede apreciar las



Puede el Juez, para apreciar el valor y fijar el verdadero significado de las enunciaciones del testamento rectificativas de la fecha, recurrir a pruebas obtenidas fuera del testamento.

Art. 16. — Se reproduce el artículo 3644.

Art. 16 bis. — Se reproduce el artículo 3645. Se le agregará en párrafo separado el artículo 3646.

Art. 17. — Se reproduce el artículo 3647.

Art. 18. — Se sustituye el artículo 3648, por el siguiente:

El testamento ológrafo puede ser redactado bajo la forma de carta misiva o inserto en un libro doméstico. Las noticias o enunciaciones relativas a disposiciones testamentarias, hechas en una misiva, por detalladas que fuesen, no constituyen testamento, si de ella misma no resultase lo contrario.

enunciaciones que rectifiquen la fecha, y **admitir pruebas que se obtengan fuera del testamento''**, con lo que se derrumba todo el artículo. No: no puede admitir el Juez pruebas exteriores al testamento para rectificar la fecha. Al contrario, no puede tomarlas sino de él. Para interpretarlas solamente, puede admitir pruebas externas. Tomamos de Aubry-Rau el período corrector.

Art. 18. — Aubry-Rau, 7, § 668, texto y nota 14; Demolombe, 21, números 124 y 125; Laurent, 13, número 180. Toda la literatura alemana está conforme.



Art. 19. — Se suprime el artículo 3649.

Se sustituye el artículo 3650, por el siguiente:

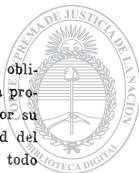
Toda persona a quien se opone un testamento ológrafo

Nadie sostiene ya que no puede hacerse testamento en registros, cartas, y hasta sobre tablas, muros y cristales. No existe motivo para impedirlo, y al contrario, está de acuerdo con las necesidades que el testamento ológrafo trata de proteger. En un accidente de ferrocarril puede extenderse un testamento a lápiz en las hojas de la cartera, por ejemplo, y sería incomprensible que la ley se opusiera a ello. Hasta puede hacerse en la cartera de otro, y las circunstancias explican suficientemente el hecho.

Art. 19. — Se suprime el artículo 3649, porque es la reproducción de lo dispuesto por el 3628.

El artículo 3649 consigna un principio equivocado. El testamento ológrafo es un instrumento privado (1). No interviene en él funcionario alguno en ejercicio de su cargo. Nadie certifica la identidad de la escritura o de la firma. No hay necesidad de impugnar el escrito. Basta desconocerlo. El que lo invoca deberá acreditar la existencia de las condiciones legales para que el escrito sea testamento. Lo contrario sería invertir la prueba amparando así la falsificación de testamentos, que es el peligro que Demolombe calificaba de formidable en esta clase de documentos.

(1) Y así se reconoce en la nota del artículo 3622.



puede limitarse a desconocerlo, y el que lo presenta está obligado a acreditar su escritura y firma, aunque estuviera protocolizado por orden judicial. Puede ser impugnado por su fecha, firma o escritura, o por la capacidad y libertad del testador, en cuyo caso el impugnante puede servirse de todo género de pruebas.

Esta situación no se altera por el hecho de que haya protocolización judicial. Se trata de un acto de jurisdicción voluntaria, dictado fuera de juicio con el perjudicado a quien no se da intervención, y por declaración de testigos complacientes presentados por el que exhibe el documento que ni siquiera está obligado a justificar cómo lo tiene. Tampoco queda modificada la posición de las partes por el hecho de que haya tomado posesión el heredero testamentario. Cier-to es que procederá la petición de herencia en ese caso y que el actor debe probar su derecho. Pero el heredero legítimo o testamentario lo prueba acreditando su parentesco o su llamado presentando testamento por acto público, por ejem-plo. El poseedor debe acreditar el título alegado, y por con-siguiente, la situación es siempre la inicial. Demolombe lo ha demostrado de manera concluyente: 21, número 148, y como él, Merlin, Vº Testament, sección II, § 14, artículo VI, números 5 y 6; Aubry-Rau, § 666, texto y nota 7; Boncenne, Procédure civile, III, página 453; Laurent, 13, número 231 y siguientes.

Decimos en el texto que el heredero representante del tes-tamento debe probar la escritura y la firma, de acuerdo con



CAPITULO II

Del testamento por instrumento público

Art. 20. — Se reproduce el artículo 3654, sustituyéndo-

la doctrina corriente. No hablamos de la fecha, no obstante su importancia. Si el testamento la lleva, queda cubierta por la prueba de la autenticidad del escrito. Nadie lo discute ya.

Pero en nuestro segundo párrafo nos colocamos en otro caso: el de la impugnación. Sea porque no haya objeción sobre la escritura y la firma, sea porque se circunscriba la impugnación a otros extremos, sea para hacer la contraprueba al heredero, pueden plantearse cuestiones relativas a la fecha, a la incapacidad, a la captación, la violencia, el error, etc.

En tales casos, decimos con el artículo 3650, el impugnante puede usar de todos los medios de prueba: no está obligado a atacar por falsedad el documento. Pero si es la regla general debe guardarse la especial del artículo 3643, con la reforma que hemos proyectado. Demolombe, 21, números 157 y 158.

Todos los elementos de nuestro artículo, incluyendo la refutación de la opinión de Troplong, que adopta sobre el carácter público del testamento ológrafo, son extraídos de Demolombe y de Aubry-Rau, a quienes remite la nota, a cuyas opiniones adhiere Laurent, en los pasajes citados.

Art. 20. — El testamento es en tal caso una escritura pública sometida a todas sus exigencias legales. No se ve,



se la palabra “acto” por “instrumento”. Se le agregará en segundo párrafo el artículo 3653, poniéndose “cuarto” en vez de “tercer”, y después de “incluirse” se intercalará “o cuyo cónyuge se halle en el mismo”.

Art. 21. — Se reproduce el artículo 3655, modificado así:

Si no hubiese escribano en el distrito rural municipal, en que se otorgase el testamento, — y lo demás como está.

entonces, porqué, si la regla general es la de que el funcionario que autoriza un acto no puede actuar cuando se trata de parientes dentro del cuarto grado — artículos 985, 990, 3664, 3707, etc., — haya de limitarse al tercero colateral, la prohibición referente al testamento. Y lo mismo debe prescribirse cuando el cónyuge del escribano se encuentre en idéntica situación.

Art. 21. — Es, desgraciadamente, tal la imprevisión y estado de abandono de los distritos rurales lejanos, que ni el Registro Civil se lleva en libros adecuados. Hay provincias en que los matrimonios, nacimientos y defunciones se hacen constar en hojas sueltas que se destruyen por incendio deliberado a falta de archivos, según consta de documentos públicos nacionales. De ahí las previsiones del artículo proyectado.

Los jueces de paz que tradicionalmente eran autorizados para hacer de notarios — artículo 979, 1º — no llevaban registros, por regla general, de modo que las escrituras eran volantes. No ha contribuído eso en poco al desesperante es-



Se agregará al fin: El testamento será extendido en el Libro de protocolos del Juez de Paz, y si no fuese otorgado ante él, será protocolizado inmediatamente en el Registro que para tales casos hubiera designado el tribunal que ejerce la superintendencia judicial en el distrito.

Art. 22. — En los casos de los dos artículos precedentes, quedan sometidos los funcionarios que intervienen en los testamentos, y estos instrumentos, a las prescripciones del Código sobre instrumentos y escrituras públicos, en cuanto no fueran modificadas en este título.

Art. 23. — Se reproduce el artículo 3652. Se le agregará el 3651 en párrafo separado, modificado así:

tado de la propiedad en las zonas más valiosas de la República, esto es, en las de colonización más antigua. Los títulos que aparecen citados en las mensuras se han perdido en infinidad de casos.

No puede prolongarse el silencio del artículo 3655, sobre lo que debe hacerse para impedir la voluntaria o accidental pérdida de los testamentos.

Art. 22. — La práctica notarial ha salvado la omisión del Código en someter a las reglas generales el otorgamiento de los testamentos. No puede dejarse abandonada a la voluntad individual.

Art. 23. — El artículo 3651 dispone precisamente lo contrario de lo que proyectamos. No existe razón alguna para prohibir a los sordos o mudos, disponer su última voluntad por testamento público.



El sordo, el mudo y el sordo-mudo, que no saben darse a entender por escrito, no pueden testar por instrumento público. Si lo supieran, sólo pueden otorgar testamento bajo las condiciones preceptuadas en el segundo período del artículo siguiente.

Y es contradictorio con el sistema del Código.

En el derecho francés, que Demolombe y Duranton exponen, no puede salvarse la imposibilidad de aquéllos para dictar al notario sus disposiciones. El Código Napoleón no admite otra manera de hacerlo. Sepan, pues, escribir y leer, o no, la imposibilidad es insalvable.

Pero en nuestro Código puede, según el artículo 3656, hacerse de otra manera el testamento: pueden darse al notario por escrito las disposiciones.

Si es así, ¿por qué crear una prohibición especial para los mudos o sordos? Justamente se les impide hacer lo que a todos se permite, y esto, cuando los exceptuados carecen de otro modo de expresión de su voluntad por testamento público.

No armoniza, además, esa incapacidad, con lo dispuesto por los artículos 3668 y 3669. Porque también el testamento cerrado deriva su fuerza de la declaración que el testador hace al notario y en presencia de los testigos de que el pliego contenido en el sobre, es su testamento. Si puede declarar por escrito cosa tan esencial, ¿por qué no puede disponer por escrito que entregue al notario?



Art. 24. — En sustitución del artículo 3656, el siguiente:
El testamento por instrumento público se efectúa, de una de las dos maneras siguientes:

Es una inadvertencia la del artículo 3651, tanto más deplorable cuanto que priva en muchos casos, en que la redacción de un testamento ológrafo es difícil, la de otorgarlo ante oficial público, con las seguridades que por este medio se obtienen. § 2243, Código Alemán.

Art. 24. — Se advierten, al punto, las diferencias que introducimos en el sistema del artículo 3456.

Tienen por objeto incorporar las garantías que todos los códigos modernos han adoptado, para impedir las graves alteraciones que entre nosotros se han ido introduciendo de degeneración en degeneración, en la confección de los instrumentos públicos testamentarios. Nacen de la falta de precaución en el Código para asegurar la libre voluntad del testador.

Digamos, ante todo, lo que sucede en la práctica. Después expondremos la doctrina fundamental de la materia.

El testamento que según el Código, artículo 3656, puede ser dictado por el testador al notario, no necesita serlo ante los testigos del acto, según la nota al 3656.

De ahí, la corruptela siguiente. Cualquier persona llama al notario, y éste recibe instrucciones, no dictadas ni redactadas en el momento del dictado, sino verbales de cualquier individuo, pariente o custodio, en presencia, o fuera de ella,



1º Dictándolo el testador al notario o funcionario en presencia de los testigos del acto;

2º Entregando el testador al notario un escrito de su puño y letra, o si fuese de letra ajena, firmado por él y de-

del enfermo. Es éste, generalmente, un moribundo, porque no se piensa en el testamento, sino cuando el médico anuncia la muerte próxima.

El notario se retira, y como no está obligado a escribir por sí, bajo dictado, el testamento, lo encomienda a una amanuense que lo redacta según un formulario, siempre el mismo.

Listo, embarca el notario a los testigos, que lleva consigo, y que certifican a veces en el año varios centenares de escrituras y testamentos del mismo notario — testigos profesionales; — se firma o no se firma, los testigos certifican que el enfermo no podía firmar porque el pulso le temblaba, y queda listo el testamento.

Por supuesto que del formulario resulta que el testador dictó el contenido, en presencia de los testigos “que luego se nombrarán”, que el notario escribió bajo el dictado arreglando la redacción, y que firmó en presencia de los testigos, previa lectura, etc.

Se da el caso, con frecuencia, de que el moribundo no puede firmar. No por eso la redacción cambia: se agrega que no lo pudo hacer y que tal testigo firmó a ruego. ¡No pudo firmar el moribundo, y pudo dictar!

clarando verbalmente o si no hablase, bajo su firma, en presencia de los testigos del acto, que ese escrito contiene sus últimas voluntades.



Y en cuanto a la segunda forma del artículo 3656, las cosas pasan del modo siguiente:

El notario dice que se le dieron por escrito las instrucciones. La ley no manda, se pretende, que sea en presencia de testigos, ni que el escrito se conserve en el protocolo. El notario que lo ha recibido de un pariente, o de un tercero cualquiera, y sin certificar que le consta ser el escrito, de letra, o firmado por el testador, redacta el testamento, lo lleva a la firma, y ya se conoce lo demás — firma el testador bajo la inminencia de la agonía, o un testigo por él.

El escrito-base no se conserva. El testamento está listo, según las exigencias del Código, se pretende.

Afirmamos que salvo muy respetadas excepciones de notarios escrupulosos, ese es el estado actual de las cosas.

Y, ahora, analicemos.

Dictado. — El dictado efectivo, no apoyado por un escrito del testador, es una garantía fundamental. Es el testamento mismo. Revela por su redacción que debe recoger el notario con tanta fidelidad como sea compatible con la exactitud, el estado mental efectivo del moribundo. ¿Hay confusión mental? El dictado la revela. La redacción en casa del notario, por el amanuense del formulario, oculta todas las pérdidas de memoria, las dificultades, el balbuceo de lenguaje del agonizante. Tal testador que recibió la extrema



unción, y no contestó las preguntas del ritual, aparece dictando un testamento, en que se citan las dimensiones de los bienes dejados, y hasta las escrituras que acreditan el dominio.

Escritura. — No dice el Código, se pretende, que el notario debe guardarse de alterar la fisonomía, el ritmo, del dictado, tanto más literalmente trasladado cuanto más vacilante es. El notario falsifica la verdad, y la oculta, tal vez, y sin tal vez, de buena fe, cuando sustituye su redacción correcta, pulida, a la del enfermo. Sólo se puede admitir la simplificación en caso de personas sanas y cultas, evitando circunlocuciones y detalles inútiles. El deber de fidelidad del notario es tanto más estricto cuanto mayor sea el desorden mental del testador. Violarlo, es falsificar el testamento.

Testigos. — Nadie fiscaliza los protocolos. Se vería, entonces, que los mismos testigos suscriben por centenares las escrituras. ¿Qué garantía ofrecen de exactitud?

Escritos. — No se conservan. No se entregan en el acto de hacer el testamento, ante los testigos de él. Cuando más honorables e independientes son éstos, más garantía de verdad de lo ocurrido ofrecen. Prescindir de ellos como se cree que lo permite el Código, es abandonar una garantía fundamental.

Ninguna legislación ha prescindido de una fiscalización mucho más estricta. Todo en la nuestra descansa en el no-



tario solo. Y si debe reconocerse lealmente que en su inmensa mayoría son dignos de la confianza pública, hay que defenderlos de su buena fe más o menos cándida, cuando reciben instrucciones de parientes interesados que dicen ser las del testador. Fiscalizarlas es manifestar desconfianza ofensiva para el cónyuge, el yerno, el sobrino que las entrega, y que están en acecho de la fortuna, y muchos notarios retroceden. Se contentan con el vago asentimiento del moribundo.

Ningún Código permite lo que el nuestro reformado autoriza según cierta interpretación. No es el Código Francés, que no consiente sino el dictado y la escritura bajo ese dictado, inmediata y tan fiel como las circunstancias lo permiten, ante los testigos del acto, en mayor número que en el nuestro, o en presencia de dos notarios y testigos. No es el Código Italiano, artículos 777 y 778, que reproduce las mismas precauciones. No, el Holandés, que, artículo 985, exige la recepción del testamento por el notario ante los testigos.

Y agrega: “El notario debe escribir o hacer escribir en términos claros la voluntad del testador, tal como éste la ha declarado en sustancia. Si la declaración se hizo fuera de la presencia de los testigos y el escrito se hizo por el notario, el testador **antes de que se dé lectura** declarará de nuevo su voluntad en sustancia, en presencia de los testigos”; artículo 986.

No es el Código Español: artículos 694 y 695; ni el Austriaco, que, hasta cuando el testamento es judicial, exige la



presencia de dos jueces, o de uno, y dos testigos. § § 588 y 589.

Idénticas exigencias contiene el artículo 499, Código Suizo. El Código Brasileño es mucho más severo que el nuestro: requiere cinco testigos y el notario, que deben asistir al dictado y a todo el acto: artículo 1632. Y lo mismo que aquéllos, el Código de Chile, artículo 1015, y del Uruguay, artículos 793 y 794.

Antes de cerrar esta reseña con lo dispuesto por el Código Alemán, conviene decir que en el derecho español vigente en el momento de dictarse el Código, el testamento, según la Ley 1ª, Título XIX del Ordenamiento de Alcalá, debía hacerse “en cualquier manera con escribano público deben y ser presentes a lo ver otorgar tres testigos a lo menos, etc.”.

¿De dónde salía esta extraordinaria manera de testar en que no se manifestaban las voluntades del testador al escribano, en presencia de testigos que “deben y ser presentes a lo ver otorgar”? : artículo 3654.

No era el derecho secular español. No era el derecho moderno de Código alguno.

¿De dónde venía?

Merlin nos lo va a revelar. (Vº Testament, Sección II, § II, artículo VII, número III).

“Aunque la ciudad de Strasbourg sea regida, como toda la Alsacia, por el derecho escrito, hubo, sin embargo, un tiempo en que no era necesario que los testamentos fuesen hechos en un solo contexto.



“Habiendo sido mantenida esa ciudad por su capitulación en sus antiguos usos y estatutos, continuó observando para la forma de los actos de última voluntad la constitución del emperador Maximiliano I, decretada en la dieta de Colonia en 1612. **Un testador**, según esta constitución, **podía anunciar sus intenciones a un notario** que, después de haber tomado nota, la hacía redactar en su estudio, y convocaba en seguida a los testigos para leer, en su presencia, al testador, el cual declaraba si contenía su voluntad y la firmaba con el notario y los testigos”.

La ordenanza de 1715 derogó semejante constitución y estableció el sistema seguido por el Código Napoleón.

La ordenanza de Maximiliano I, que nunca se reprodujo en España, que no estaba en nuestra tradición, fué introducida por la nota de nuestro Código. No se dicta, dice, el testamento en presencia de testigos. Y a pesar de que dictar (artículo 3656) es “decir algo con las pausas necesarias para que otro lo vaya escribiendo” (Academia), el notario se va a su casa y escribe lo que nadie le dicta, ni siquiera expresa el enfermo, sino el custodio de sus últimos instantes.

Pues bien: Alemania ha repudiado semejante sistema, que estaba en su tradición histórica. Ha creído que no ofrecía garantías para asegurar la libertad del testador.

Autoriza el Código Alemán, dos formas de testar, como el nuestro: § 2231. O en forma verbal ante Juez o notario, o por declaración escrita que se entrega al notario.



Hecho ante Juez, debe éste ser asistido por un secretario o dos testigos. Hecho ante notario, debe éste ser acompañado de otro notario o de dos testigos.

“Las personas que concurren a la confección del testamento deben estar presentes durante todo el tiempo de la operación”. § 2239. Y esto, sea dictado, sea entregado por escrito.

Si la declaración se hace por entrega de un escrito, debe manifestarse verbalmente al entregarlo que ese escrito contiene sus últimas voluntades. Puede ser la escritura del testador o de tercero, § 2238.

En tal caso, el escrito se archiva firmado por el Juez o notario “en presencia de las otras personas que concurren al acto y del testador”, junto con el acta del testamento: § 2246.

Como se ve, nuestro Código se encuentra en un deplorable aislamiento. Nadie sigue la ordenanza de Maximiliano I. Todos la han repudiado. ¡Se vuelve a la Ordenanza de Alcalá!

Esa unanimidad significativa demuestra que no ofrece garantía ninguna el testamento entregado a la intervención exclusiva del notario y sus testigos profesionales y subordinados. Hasta cuando se hace ante un Juez, debe intervenir otro funcionario o testigos.

¿Por qué? Los testigos son la garantía no de la honestidad del notario, que felizmente, en la mayoría de los casos no merece sospecha. Lo es de la libertad del testador. Lo



protegen contra las asechanzas de los que lo rodean y lo aislan. Protegen al notario que no puede saber en su pasajera intervención hasta qué punto es espontánea la manifestación de voluntad del testador debilitado por la enfermedad o la edad.

Decíamos hace un momento que a pesar de que el texto del artículo 3656 ordena que el escribano vaya escribiendo en el mismo momento lo que se le dice pausadamente para que pueda trasladarlo, el escribano va a su casa y redacta según sus fórmulas lo que nadie le dicta.

Pero ahora debemos agregar que es esa una alteración fundamental de lo que la ley manda. ¿Cómo ha de ser eso un dictado?

A ello da ocasión la circunstancia de que según la nota del artículo, no es necesario que el dictado se haga en presencia de los testigos. Basta que se dé lectura de lo escrito y se firme ante ellos.

No hemos aceptado en este proyecto que las notas signifiquen la interpretación auténtica de la ley. Ni siquiera podemos conceder que expresen la opinión del autor del Código.

Y precisamente en este caso lo demuestra la del artículo 3656. Porque también sería opinión del mismo autor la del 3622, que dice exactamente lo opuesto: "Un testamento por acto público puede ser hecho en varios días si en cada sección para formarla han asistido los testigos necesarios; pero no habría testamento si la escritura no fuese simultánea



al dictado del testador, o si los testigos no estuviesen presentes al dictado, a la escritura, a la lectura y a la firma del testamento''.

Si las notas constituyen la interpretación auténtica de la ley, y si contienen la opinión del redactor del Código, nos parece que las citadas demuestran lo contrario. Hay una que apoya la validez y otra que justifica la nulidad.

Veamos la ley, que es lo único que debemos considerar, digan lo que digan las notas.

No es cierto:

1º Que el dictado puede hacerse fuera de la presencia de los testigos;

2º Que la escritura del testamento puede hacerse ausentes los testigos;

3º Que la entrega del escrito que contiene la declaración y la redacción consecuente, pueden efectuarse fuera de la presencia de los testigos;

4º Que no estaba preceptuada la nulidad en caso de violación de esas reglas, como se ha dicho en el Senado y en documentos judiciales por funcionarios calificados.

Y la prueba concluyente de todas esas afirmaciones está en textos legales expresos y directos.

El artículo 3654 lo dice: El testamento por acto público **debe** ser hecho ante escribano público y **tres testigos** residentes en el lugar''.

Para poder sostener la tesis de la nota al artículo 3656, sería menester probar que un testamento puede ser hecho sin



declaración de voluntad del testador. El artículo 3656 dice que ésta puede hacerse verbalmente por **dictado al escribano**, o dárselo ya escrito por el testador, o sólo darle las **disposiciones** para que las redacte en la forma ordinaria.

Y, ¿qué es dictar? Es “**decir** algo con las pausas necesarias para que **otro** (el escribano) lo vaya escribiendo”.

Esto, que es la expresión de las últimas voluntades que han de ser dichas pausadamente para que el escribano “las vaya escribiendo”, ¿puede hacerse fuera de la presencia de los testigos? Conteste el artículo 3654. Ese “dictar” es “**hacer**” el testamento. No puede, pues, sostenerse lo que dice la nota, a menos que se pretenda que el testamento se hace sin que hable el testador. Si habla es por dictado. Así se **hace** lo que es la última voluntad del autor.

Pero lo entrega ya hecho. Hay que protocolizarlo y nada más. ¿No es que esa entrega es lo fundamental? Y si lo es, ¿puede efectuarse fuera de la presencia de los testigos? Contesta otra vez el artículo 3654: “deben y ser presentes **a lo ver otorgar**”, como decía la vieja ley de nuestro país.

Por último, en vez de dictar o entregarlo ya escrito, “sólo da por escrito las **disposiciones** que debe contener”.

¿No son las **disposiciones que debe** contener el testamento? Y entregar esas disposiciones, ¿no es **hacer el** testamento? Según el artículo 3654, eso ha de efectuarse en presencia de los testigos: entrega y escritura, porque sin ellas no **hay testamento**. Parecería, pues, que el caso está regido por el artículo 3654.



Esto por un lado.

Por el otro, se ha argumentado con que la pena de nulidad no se establecía por el artículo 3657, sino para ciertas omisiones, y que sólo por inadvertencia el siguiente olvidaba consignar que también “bajo pena de nulidad”, el testamento debía ser leído y firmado en presencia de los testigos.

Es, a lo menos, lo que se dijo en la discusión de las correcciones en el Senado. Por eso se agregó al artículo “Bajo pena de nulidad”. ¡Y claro! La nota decía que no era necesario que el dictado se hiciera en presencia de testigos. No era, pues, nulo el testamento en que no se hubiera observado esa formalidad. ¡Lo que la nota afirmaba, era lo que el artículo 3654 desautorizaba!

Y esto es también lo que muchos otros artículos contradecían.

Así: el artículo 973 define lo que se entiende por forma en los actos jurídicos, ¿o no es acto jurídico el testamento? Dice que es el conjunto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la **formación** del acto jurídico; tales son: la **escritura** del acto, la **presencia de testigos**, que el acto sea **hecho** por escribano público, o por un oficial público, o con el concurso del Juez del lugar.

“Formación del acto”, “escritura”, “testigos”, “notario”, “oficial público”, para que el “acto sea hecho”.

Pues los artículos 3654 y 3655 dicen que todo eso debe concurrir para “ser hecho” el testamento.



Y ¿es todavía necesario que un artículo repita expresamente que la omisión de “las solemnidades” exigidas para la formación del acto, lo deja sin “formar”? El artículo 986 ha decidido de una vez por todas que esa omisión causa la nulidad.

No eran, pues, deficientes las disposiciones en que se consideraba necesario decir que habían de observarse las formas preceptuadas. ¿Cómo había de dudarse que si el testamento no estaba firmado, no era testamento? El artículo 988 lo había ya explicado.

La nota no era, por consiguiente, sino la contradicción viva de todos los textos más claros del Código. El testamento debe hacerse **ante**, en presencia del notario y de tres testigos: ante ellos se “dicta” y se “escribe”; si se llenan esas formalidades, es válido. Y si no, no!

Es lo que resuelven todos los Códigos del mundo, y entre ellos el nuestro.

Restablecemos, pues, la recta inteligencia de nuestros textos vigentes, y concluimos que la nota ya recordada es inoperante en presencia de ellos. Agregamos, además, que los testamentos están sometidos a todas las reglas de las escrituras públicas, en cuanto no se modifiquen en el presente título. Y aunque no diga el Código que son nulos los que no se otorguen en el protocolo del escribano, y en el orden de fechas que en él le corresponda, o que si el notario no conociese al testador debe acreditar su identidad, o si no sabe el idioma, ha de procederse de cierta manera, etc., siem-



Art. 25. — En todos los casos debe el testamento ser escrito de puño y letra del notario que lo autorice, conservando en la redacción las expresiones del dictado o del escrito, si éste contuviese las disposiciones ya redactadas. El escribano puede redactarlas en el acto de la entrega si el escrito entregado sólo contuviera las disposiciones sin una redacción definitiva. El escrito se anexará original al protocolo.

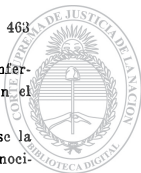
La escritura será simultánea con el dictado o en el acto de entregarse el escrito por el testador con la declaración expresada.

pre será verdad, que el testamento se encuentra sometido a las reglas generales y a las consecuencias de su inobservancia. Y esto, aunque nada diga el artículo 3658, corregido.

Establecemos, además, para los testamentos en que se han entregado escritas las disposiciones, las formalidades elementales en esos casos: la protocolización de ellos como parte constitutiva del testamento.

Art. 25. — Artículo 972, Código Francés: sobre él, Demolombe, 21, desde el número 241.

La escritura por el mismo escribano es la tradición antigua constante de nuestro país, observada por los notarios de mayor respetabilidad. Constituye una de las principales garantías de que el testamento ha sido hecho en el momento del dictado, o de la entrega de las disposiciones por escrito. Se evita así la corruptela actual de que el testamento se labra fuera de la presencia del testador y testigos.



Art. 26. — Si el testador estuviese gravemente enfermo, o in articulo mortis, lo declarará así el notario en el encabezamiento de la escritura.

En ese caso podrá otorgarla aunque no le constase la identidad del testador, ni la atestasen testigos de conocimiento, haciendo constar estas circunstancias en el testamento.

Las personas que lo invoquen deberán acreditar plenamente la identidad, sin lo cual el testamento no producirá efecto alguno.

Las expresiones deben ser necesariamente conservadas desde que en el dictado es el testador quien redacta, y si entrega hecho el testamento, con mayor razón puesto que es éste la protocolización del escrito recibido.

La redacción, decimos, debe ser conservada, con sus giros de lenguaje y la fisonomía exacta del pensamiento del testador. Puede salvarse alguna notoria falta de corrección, si el testador es sano y en su recto juicio.

Será conservada sin alteración, ni correcciones, cuando el testador esté enfermo o in articulo mortis.

Art. 26. — Es regla general que el notario debe abstenerse de actuar cuando no puede certificar de la identidad del otorgante, sea por conocimiento directo, sea por la declaración de testigos conocidos de él, que la afirmen.

Pero en caso de gravedad, en un accidente de ferrocarril, por ejemplo, u otros de urgencia, no puede privarse al testador de la posibilidad de testar por falta de testigos de



Art. 27. — Se reproduce el artículo 3657, modificado así:

El notario debe decir en el testamento el lugar y la fecha en que lo hace; el nombre, residencia y edad de los testigos, si el testador lo ha hecho en la oficina, o en su residencia, si estaba enfermo o no, si el notario ha hecho el testamento, o si sólo ha recibido por escrito las disposiciones. Expresará, además, si certifica la identidad del testador por conocimiento personal de él o por declaración de testigos de su conocimiento.

Art. 28. — El testamento debe ser leído al testador y testigos, que pueden, además, leerlo directamente, y firmado por el testador, los testigos y el notario. Uno de los testigos, a lo menos, debe saber firmar por los otros dos, y el notario expresará esta circunstancia.

conocimiento. En tal caso, quien invoque el testamento deberá acreditar plenamente la identidad del otorgante. Se encuentra en el mismo caso en que se halla el que invoca un testamento ológrafo.

Por lo demás, lo dispuesto en el primer párrafo del artículo se aplica a todos los casos, aun a los de identidad establecida por la forma ordinaria. Conviene que se diga en qué condiciones se encontraba el testador, para juzgar las disposiciones, el lenguaje, las alteraciones sufridas en su firma, etc.

Arts. 27 y 28. — Modificamos en algunos puntos, como el de expresar dónde se ha hecho el testamento, si en la ofi-



Art. 29. — Se reproduce el artículo 3659.

Se le agregará en segundo párrafo, el artículo 3660.

Art. 30. — Se reproduce el artículo 3661; se le agregará en segundo párrafo el 3662.

Art. 31. — Se sustituye el artículo 3663, por el siguiente:

Si el testador no pudiera expresarse en castellano, y el notario y testigos supieran el idioma de aquél, el testamento se redactará en ese idioma. Se le agregará en el protocolo una traducción castellana firmada por el notario y testigos.

Si el notario no supiese el idioma del testador, se llamará para la confección del testamento a dos intérpretes que lo traducirán al castellano y a los cuales se aplicarán las disposiciones sobre los testigos. El testamento se escribirá en ese caso, y se leerá, en ambos idiomas. Los testigos deben entender a una y otra lengua.

cina, o en la residencia del testador, si conoce el notario a éste, si estaba enfermo o no, porque esos puntos tienen valor para juzgar de ciertas circunstancias esenciales del estado del testador, su libertad, las maniobras de captación de que puede ser objeto, etc.

En cuanto a la lectura directa del testador y testigos, § 2242, Código Alemán. No sustituye a la lectura hecha por el notario.

Art. 31. — § § 2244 y 2245, Código Alemán. Si el notario y testigos comprenden el idioma del testador es innecesario llamar intérpretes, pues el notario puede escribir el tes-



Todas esas circunstancias serán mencionadas en el testamento. Los intérpretes lo firmarán con los demás presentes al acto.

Art. 32. — Todas las exigencias expresadas por los artículos precedentes deberán ser referidas en el cuerpo mismo del testamento, y los hechos del dictado, escritura, entrega del escrito a que se refiere el artículo 24, lectura y firma del testamento se ejecutarán ante o por el notario en presencia de los testigos del acto, que deben ver al testador en todo su transcurso, lo que se hará constar.

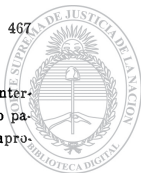
Será nulo el testamento en que no se hubiese observado lo prescrito por este artículo.

Art. 33. — Lo dispuesto en relación del notario, se aplicará a los demás oficiales públicos que intervinieran en un testamento.

Lo prescrito sobre instrumentos públicos y escrituras se aplica a los testamentos por acto público.

tamento y leerlo en la lengua del dictado o escrito. En otro caso el notario procede según la traducción y lectura que en su presencia hacen los intérpretes.

Arts. 32 y 33. — Artículos 973, 980, 986, 998, 999, 1000 y siguientes, 1044, 3627, 3657 y 3658, nota al artículo 3622. Véase § § 2239, 2241 y siguientes, Código Alemán. Sobre todos esos puntos, Demolombe, 21, desde el número 239.



Art. 34. — Se modifica el artículo 3664, así:

El notario o el oficial público y los testigos que intervienen en el testamento, los intérpretes y los cónyuges, o parientes y afines de ellos dentro del cuarto grado, no aprovecharán de lo que en él se dispusiera a su favor.

CAPITULO III

Del testamento cerrado

Art. 35. — Se reproduce el artículo 3665. Se le agregará el 3666 en segundo párrafo, suprimiendo la primer frase completa. Se agregará al fin: “dará fe de conocer al testador, o hará constar su identidad por testigos de su conocimiento.

Art. 36. — Se reproduce el artículo 3667.

Art. 37. — Se reproduce el artículo 3668.

Se le agregará por separado el 3669.

Art. 38. — Se reproduce el artículo 3670.

Art. 39. — El notario está obligado a custodiar fielmente el testamento entregado, y esa custodia pasa a su sucesor en la notaría.

Se agregará en segundo párrafo el artículo 3671.

Art. 35. — La nota del artículo 3665 constituye un nuevo caso de notas contrarias al texto expreso de la ley. Si no es necesario saber escribir, ¿cómo puede decir el artículo siguiente que el testamento cerrado **debe ser firmado** por su autor? De ahí la supresión proyectada. El Código Francés



CAPITULO IV

De los testamentos especiales

Art. 40. — Se modifica el artículo 3672, así:

Los militares que se hallen en una expedición militar o en plaza sitiada, o en un cuartel, o guarnición, o en destacamento en punto en que no haya notario, o situado fuera de la República, y las personas empleadas o agregadas a esas fuerzas, los prisioneros, vivanderos o servidores, podrán testar ante un oficial de grado no inferior al de capitán, o un asimilado, de igual jerarquía. Si se tratase de un puesto o destacamento, podrá testarse ante el jefe de él, aunque fuese de grado inferior. El testamento se hará, además, en presencia de dos testigos. Deberá expresar el lugar, fecha en que se hace y todas las indicaciones necesarias para identificar al testador. Consignará, además, el estado del testador, si estuviese enfermo o herido.

Podrán asimismo testar ante el médico si se hallasen en asistencia, o ante el capellán del hospital o destacamento.

no incurre en semejante inadvertencia: artículo 977. Ver Demolombe, 21, números 332 y 333: no está en la escritura del testamento la garantía de esta forma, dice. Está en la lectura que el testador hace por sí mismo y en la declaración por la que lo atesta y se lo apropia ante el notario y testigos.

Tampoco exige el artículo 3666, la certificación.

Art. 40. — No es necesario para el testamento militar que se haga en tiempo de guerra. Hay puestos militares en territorios lejanos, y en fronteras interiores o expuestas a ataques, que deben autorizar esa clase de disposiciones.



Se suprime el artículo 3673.

Art. 41. — Se reproduce el artículo 3674, en el que se intercalará después de “El testamento” “se hará por escrito y”.

Se agregará por separado el artículo 3675.

Art. 42. — Se reproduce el artículo 3676.

Art. 43. — Se reproduce el artículo 3677.

Art. 44. — Se reproduce el artículo 3678.

Art. 45. — Se reproduce el artículo 3679, al cual se agregará “o su segundo” después de “comandante”. Se agregará, además, a ese artículo, después de las palabras “sepan firmar”, “El testamento será escrito por el oficial autorizante y firmado por él, el testador y los testigos”. Lo demás como está.

Se agregará el artículo 3680.

Art. 46. — Se reproduce el artículo 3681.

Tampoco es necesario que para testar ante oficial o asimilado de grado inferior, jefe de destacamento, haya de estar enfermo o herido. En el desierto el peligro siempre puede presentarse, y en su inminencia, es conveniente autorizar el testamento ante el jefe del puesto, cualquiera que sea su categoría. Los franceses, que tienen la experiencia de sus guerras africanas, así lo han autorizado por la reforma del artículo 981, Código Napoleón.

Art. 45. — El artículo 3683 autoriza el testamento hecho en buque mercante ante el capitán, su segundo o el piloto; con mayor razón debe autorizarse en un buque de guerra.



Art. 47. — Se reproduce el artículo 3682

Art. 48. — Se reproduce el artículo 3683, al que se suprimirá “o el piloto”.

Art. 49. — Se reproduce el artículo 3684, al cual se agregará después de “El testamento” “hecho en buque de guerra o mercante” y lo demás como está.

Art. 50. — Se reproduce el artículo 3685, al que se agregará en párrafo separado el artículo 3686.

Se suprime el artículo 3687.

Art. 51. — Se reproduce el artículo 3888.

Art. 52. — Se reproduce el artículo 3889.

CAPITULO V

De la apertura y protocolización de algunos testamentos *

* El epígrafe actual de este capítulo agrega “publicación”.

En todo él no se trata, sin embargo, de otra cosa que de apertura, o de protocolización. No se considera caso de publicación alguna.

Agréguese que, o la publicación no tiene sentido, o ella no debe resultar sino de la inscripción en el Registro público. Esta, por el sistema fundamental de este proyecto no puede consistir sino en la inscripción de la declaratoria de herederos, que no es consecuencia, ciertamente, de la protocolización, sino de la acción de partes a fin de quedar investido con



Art. 53. — Se reproduce el artículo 3690.

Art. 54. — Se reproduce el artículo 3691, al cual se agregará: “explicando de qué manera se encuentra en poder del que lo exhibe”.

Se agregará en segundo párrafo, el artículo 3693, modificado así:

Todo el que tenga un interés justificado en el testamento ológrafo, o en el cerrado, puede pedir al Juez su presentación y apertura.

Art. 55. — Se modifica el artículo 3692 así:

El testamento ológrafo será presentado al Juez, en el

los derechos de heredero. Demolombe, 21, números 498 y 515. La palabra “publicación” era usada en el viejo derecho francés, con lo que se entendía “según la acepción técnica de esa palabra en esa época que el testamento podía ser considerado después (de la apertura del cerrado), como público y consultado por toda persona interesada”, decía Furgole, y lo recuerda Demolombe, número 495. Público es, pues, abierto y protocolizado: no corresponde al sentido moderno de la publicidad, ni expresa concepto distinto del de protocolización.

Art. 54. — Sobre nuestro agregado, véase el artículo 3833 y siguiente.

Art. 55. — Si el testamento ológrafo no tiene fecha, no es testamento. Si está roto, cancelado o inutilizado en sus



estado en que se encuentre, y si estuviese cerrado será abierto por él. Se procederá al examen de testigos que reconozcan la letra y firma del testador. Si afirmasen la identidad, el Juez hará constar el estado del testamento, y si contuviese la fecha y no estuviese rasgado, o testado o cancelado en su cuerpo, fecha o firma, rubricará el principio y fin de cada una de sus páginas, y mandará protocolizarlo por escribano público. Se darán copias a quienes corresponda.

En otro caso, negará la protocolización, sin perjuicio del derecho de los interesados, para deducir las acciones que les correspondan.

Art. 56. — Se reproduce el artículo 3694. Se agregará al segundo párrafo de él, el primer período del artículo 3695.

Art. 57. — Se reproduce el segundo período del artículo 3695, modificando las palabras “Cumplido esto”, por las siguientes: “Si efectuadas esas diligencias resultase intacto el testamento, el Juez lo abrirá y rubricará”, etc.; lo demás como está.

partes vitales, texto, fecha o firma, no es testamento: artículo 3833, y el que lo invoque debe acreditar en juicio que esas mutilaciones o alteraciones no han invalidado el instrumento. Prima facie el testamento, en apariencia, está destruido.

Demolombe, 21, números 502, 505, 506 y 22, número 254; Laurent, 14, número 24; Baudry-Colin, 2º, Donations et testaments, números 1986 y 2785/6; Aubry-Rau, 7, § 669, y nota 7.



Art. 58. — La protocolización del testamento ológrafo, o la del cerrado, no constituye prueba de su autenticidad, si ésta fuese negada.

No constituye tampoco declaratoria de herederos.

CAPITULO VI

De los testigos en los testamentos

Art. 59. — Se modifican los artículos 3696, 3705 y 3709, así:

Pueden ser testigos en los testamentos los mayores de edad que gocen de la integridad de sus facultades en el momento de hacerse el testamento. Los insanos no pueden serlo ni aun en los intervalos lúcidos.

Se agregará por separado el artículo 3708.

Art. 60. — Se reproduce el artículo 3898.

Se le agregará en período continuo, el artículo 3697,

Art. 58. — Artículos 1007 y 1008, Código Francés, y los escritores citados en la nota anterior. Hay que pedir después de la protocolización, lo que corresponda, sea para ser declarados herederos los favorecidos, sea para obtener la cancelación de la declaratoria ya inscrita, sea para la restitución de la herencia o de los bienes particulares. La protocolización no causa estado.

Art. 60. — El agregado responde a la teoría general que desarrolla la nota al artículo 3697. El hecho de que el notario conoce, o debe conocer, la incapacidad, no impide la nu-



seguido de las palabras siguientes: “y el escribano no conociese la incapacidad”.

Art. 61. — Se reproduce el artículo 3699.

Se agregará al fin en período continuo, lo siguiente:

Lo hará constar así en el testamento, y firmarán con los demás testigos del acto, bajo pena de nulidad del testamento.

Art. 62. — Se reproduce el artículo 3700. Se agregará en párrafo seguido el artículo 3701, al cual se suprimirán las palabras “Los testigos”, y empezará con “Deben”. Se agregará después de “residencia en” lo siguiente: “el pueblo o distrito rural” y lo demás como está.

Art. 63. — Se reproduce el artículo 3702, al que se agregará después de “testador”, lo siguiente: “ni su cónyuge aunque estuviese divorciado de él, o separado de hecho”.

Se agregará al fin: “o de su cónyuge o descendientes”.

Art. 64. — Se reproduce el artículo 3704. Se le agregará en párrafo separado el 3703.

Art. 64 bis. — Se reproduce el artículo 3706.

Art. 65. — Se modifica el artículo 3707, así:

Tampoco pueden ser testigos en los testamentos, los parientes del notario por consaguinidad o afinidad dentro del

lidad, fundado en el error de otros: no es, entonces, error común. Demolombe, 21, números 220, 220 bis y 222.

Art. 65. — El artículo 3707 omite los dependientes de otras notaría, que el artículo 990 equipara al de la propia.

Se ha convertido en una irregularidad tan extendida la de tener testigos acostumbrados en las escrituras, que hay



cuarto grado, ni su cónyuge, ni los empleados de su oficina, ni sus servidores y domésticos, ni los que acostumbran atestiguar las escrituras de su notaría, ni los dependientes o testigos acostumbrados de otros notarios.

Art. 66. — El testamento en que haya intervenido algún testigo incapaz es nulo, si excluido no quedaran testigos en número bastante para hacer el testamento.

Art. 67. — El notario que haya intervenido en el otorgamiento de un testamento o en cuyo poder se encuentre uno de cualquier naturaleza, está obligado a comunicarlo, a las personas interesadas una vez acaecida la muerte del testador.

que impedirla enérgicamente en los testamentos. Son dependientes o servidores más o menos disimulados. Los protocolos revelan el desembarazo de ciertos notarios. Tanto valdría levantar la prohibición de testificar a los dependientes ostensibles de la oficina. Propiamente en tales casos, no hay más testigo que el escribano que actúa.

Art. 66. — Demolombe, 21, número 221.

Art. 67. — Código Holandés, artículo 990, reproducido en el Proyecto de Laurent, artículo 904. Es necesaria esta disposición, para imponer al notario la obligación de comunicar la existencia del testamento, y, además, relevarle del secreto profesional que está en el deber de guardar hasta la muerte del testador.



TÍTULO XI

De la institución y sustitución de herederos

Art. 1. — Se reproduce el artículo 3710, en el que se trasladará la palabra “solo”, de modo que diga “La institución de heredero sólo”, etc.

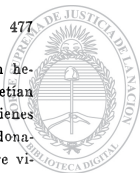
Art. 2. — Se reproduce el artículo 3711, al cual se agregará en párrafo separado, el 3712.

Art. 3. — Se reproduce el artículo 3713, modificado así:

Los herederos instituídos gozan, respecto de terceros, y entre sí, de los mismos derechos que los legítimos.

Art. 1. — Al reproducir el artículo 3710, queremos llamar la atención sobre el hecho de que con ello entendemos impedir las instituciones contractuales, como al tratar del régimen matrimonial lo justificaremos. En el estado actual del Código, aquel artículo es inexacto: artículos 1217, 4º, 1233 y siguientes.

Art. 3. — Suprimimos la limitación del artículo 3713, en cuanto a no conceder a los herederos testamentarios los derechos hereditarios comunes en lo referente a la posesión, porque hemos establecido en títulos anteriores que la posesión hereditaria es conexa con el derecho de sucesión, y porque, además, la investidura hereditaria a que se refiere en el Código la posesión sucesoria, esto es de la herencia misma,



Pueden ejercer las acciones que podría ejercer un heredero ab-intestato y entablar las acciones que competían al causante aun antes de tomar la posesión de los bienes hereditarios; pero no están obligados a colacionar las donaciones que les hubiera hecho el testador, por actos entre vivos, si no fuesen descendientes de él, o lo dispusiere el testamento.

Art. 4. — Se suprime el artículo 3714.

Se modifica el artículo 3715, así:

La preterición de alguno de los herederos forzosos que viven o están concebidos en el momento de la apertura de

se tiene por la muerte del causante, y por razón de la declaratoria de herederos que constituye la demostración de ese derecho, y el antecedente necesario para la inscripción en el Registro.

También hay error en la parte final del artículo en lo que se refiere a la colación. Bien está que se apliquen las reglas generales de ésta. Pero también puede el testamento, y hasta debe — artículo 3715, — comprender a otros herederos obligados a la colación. No quedan dispensados de ella por el hecho de estar comprendidos en la institución hereditaria.

Por último, el testador puede dispensar de la colación, o al contrario, disponerla.

Art. 4. — Se suprime el artículo 3714, porque es la reproducción del 3591.

El 3715 habla de la preterición de los herederos en línea recta, por consiguiente, de los descendientes y ascendientes.



la sucesión anula la institución del heredero, pero valdrán las otras disposiciones del testamento, salvo lo dispuesto sobre la porción legítima. Si la preterición fuese de un heredero renunciante, o excluido por indigno, será válida la institución testamentaria.

Art. 5. — Se reproduce el artículo 3716, modificado así:

El heredero instituido en cosas ciertas o inciertas determinadas por su género o por su cantidad, es tenido solamente por legatario.

Se le agregará en segundo párrafo el artículo 3717.

No hay motivo para excluir al cónyuge, por identidad de razón.

También salva la validez del testamento en cuanto a las mandas y mejoras. Pero el nombramiento de albaceas, el de tutores, el reconocimiento de hijos y otras disposiciones semejantes, deben subsistir.

Por último, es el momento de la apertura de la sucesión, el determinante de la preterición, pues el concebido debe estarlo en ese instante. Importa poco el que existieran en el de la confección del testamento. La renuncia o exclusión por indignidad hacen que el heredero preterido nunca tuvo derecho de sucesor.

Art. 5. — Código Civil, artículos 3756, 3760, 3765 y 3780.

Carece de objeto decir que los legatarios no tienen más derechos o cargas que las que el testador les impone, y que

Art. 6. — Se reproduce el artículo 3721, modificado así:

La institución de heredero puede hacerse a favor de varias personas conjuntamente, o con designación de fracciones. En el primer caso, heredan por partes iguales.



responden en subsidio en ciertos casos, desde que eso está dispuesto directamente en los legares oportunos.

Art. 6. — Artículo 1001, Código Holandés; Avant-projet de Laurent, sobre el artículo 815, números 4 y 5; § 2087, Código Alemán; artículo 483, Códizo Suizo.

El Código, por sus artículos 3718, 3719 y 3721, ha adoptado el sistema del Código Napoleón y una parte de su fraseología. Distingue entre institución de heredero, y legado a título universal: artículos 3718, 3719 y 3721. Ya antes, por su artículo 3716, ha definido lo que entiende por legado particular.

Hay, pues, una diferencia entre la institución de heredero — que el Código Francés llama *legs universel*, — y el legado de los artículos 3718 y 3719, que denomina el Código, legado, aunque tenga por objeto una fracción de la universalidad. Para facilitar la exposición, le llamaremos legado a título universal, por el momento, para seguir en nuestra refutación la fraseología del Código Francés.

Puede haber, pues, disposición testamentaria que comprenda la universalidad de los bienes, sin referirse a cada objeto de los que la componen. Puede ser institución de heredero y puede ser legado.



¿En qué está la diferencia? No está en la naturaleza de la disposición. No se refiere a bienes individualmente considerados, como en el legado particular. Siempre es referido al patrimonio considerado como masa: bienes y deudas.

No está, pronto lo veremos, en sus efectos, impuestos por el hecho mismo de la universalidad.

Si hemos de juzgar por los artículos 3718 y 3719, la única diferencia está en el derecho de acrecer. Si las fracciones están limitadas, aisladas, hay legado. Si se intercomunican, si hay conjunción, que permita el acrecimiento, hay institución de heredero.

No encontramos en parte alguna del Código, la delimitación de los derechos envueltos en el legado de universalidad no determinante del acrecimiento.

Sólo se ocupa de los legados a título singular. En el artículo 3413 se dice que los herederos instituídos deben pedir la posesión judicial de la herencia. Pero es muy claro que también los legatarios a título universal, deben solicitarla como aquéllos. No hay, pues, por este lado, diferencia.

¿La buscaremos en el artículo 3713? Tampoco la encontraríamos. Porque es evidente que desde que es válida la transmisión de una fracción de la universalidad de los bienes, los derechos del causante pueden ser ejercidos en esa medida. Y también las deudas y cargas de ese patrimonio: non sunt bona, nisi ære alieno deducto.

Y eso no lo discute nadie. Bajo el punto de vista de los derechos y las cargas, los herederos por ministerio de la ley,



los legatarios universales y los legatarios a título universal, no ofrecen diferencia entre sí. Son sucesores de la misma naturaleza. Deben lo mismo y heredan lo mismo. Demolombe, 21, números 569/75 y 589, 597, 598 y 599. El artículo 1012, Código Francés, no permite otra conclusión.

Y como, según se ha dicho, tampoco hay diferencia respecto de la posesión hereditaria, en nuestro Código, resulta que no existe ninguna entre la institución de heredero, y el legado de universalidad fraccionada, sino en cuanto al derecho de acrecer.

Pero si es así, resulta que la tan laboriosa distinción que nuestros artículos hacen entre los casos, es la de una interpretación del testamento, y nada más. Porque, ¿qué dijo el testador? Lo que dijo se cumple. ¿Entendió aislar las fracciones? ¿Quiso limitar a cada una la disposición o entendió dejar sus bienes solamente en proporciones mayores o menores? Todo eso es cuestión de inteligencia del texto punto de partida.

Así. La herencia puede ser en parte testada y en parte intestada. Deja el testador la mitad de sus bienes a una persona. La fracción es limitada. Heredan los sucesores legítimos la mitad restante. Pero renuncian a la herencia. ¿Qué quiso el testador? ¿Que la herencia sea vacante por esa mitad?

Si lo que se trata de interpretar es esa voluntad, todo el sistema del Código se derrumba. Porque los efectos de la distinción son, en cuanto a la posición de los llamados, los



mismos. Suceden en la parte que les toque, de una misma manera. Se responsabilizan por los legados y por las deudas del mismo modo.

Más todavía. Si un heredero testamentario está frente a herederos forzosos, se responsabiliza de los legados que exceden de la cuota disponible, lo que no ocurre con los herederos forzosos. Y eso, sea limitado su llamado o ilimitado. Hay fracción, y siempre es el mismo el resultado, con derecho y sin derecho de acrecer: Demolombe, 21, números 571/3 y 602/3.

No hay, pues, distinción fundamental, hereditaria, entre heredero instituido y legatario de fracción, que sea orgánica. Si el instituido en la parte disponible se encontrase frente a herederos forzosos renunciantes o indignos, tomaría toda la herencia, aunque no se extendía más allá su derecho: nadie puede en el caso reclamar la legítima: Demolombe, 21, número 540.

Es todo cuestión de interpretación de la voluntad del testador.

Se comprende ahora, porqué todos los Códigos modernos han proscrito distinciones verbales que nada significan. Porque con decir que en la institución de herederos hay derecho de acrecer y no lo hay en el legado, nada se ha dicho, puesto que es eso una consecuencia de la disposición que hay que interpretar, y no un punto de partida, para la interpretación.



Art. 7. — Cuando el testador ha instituído uno o varios herederos, limitando la institución a una fracción de la herencia o a varias separadas que unidas no absorben toda la sucesión, la parte restante corresponde a los sucesores legítimos.

Art. 8. — Si los herederos instituídos deben ser, según la voluntad del testador, los únicos herederos, y cada uno de ellos es instituído por una fracción, sin que éstas reuni-

Por eso el Código Holandés, que tan de cerca sigue al Francés, artículo 1001, dice que hay institución de heredero en la disposición a favor de una o varias personas, sea de la universalidad de los bienes, sea de una fracción de ellos. Y lo mismo repiten los códigos Alemán y Suizo. Laurent, que en su proyecto conserva la fraseología del Francés, dice que solamente lo hace porque no ve motivo para alterarla, puesto que no trae inconveniente usarla, ya que no hay diferencias de efectos en el concepto.

No debemos dejar en el estado actual del Código las palabras que no cubren realidades jurídicas, y que son tanto más peligrosas, cuanto son indeterminados los conceptos, por falta de legislar sobre los legados generales. Sirven para engendrar litigios inútiles.

Art. 7. — § 2088, Código Alemán, y argumento de los artículos 3710 y 3719.

Art. 8. — § § 2089 y 2090, Código Alemán y argumento del artículo 3718.



das absorban toda la herencia, se las aumenta proporcionalmente.

Si, en el mismo caso, las fracciones de cada uno, unidas, exceden el total de la herencia, se las reduce proporcionalmente.

Art. 9. — Cuando se han instituído varios herederos por fracciones, y otros sin indicación de ellas, estos últimos recogen la parte que ha quedado disponible.

Si las fracciones determinadas absorben la herencia, se reducen proporcionalmente, de modo que cada uno de los herederos instituídos sin indicación de fracción, reciba tanto como el heredero de la fracción menor.

Art. 10. — Cuando algunos de los herederos son instituídos por una única fracción se aplican analógicamente a esta fracción las disposiciones precedentes.

Art. 11. — Si varios herederos son instituídos de manera que excluyan la sucesión legítima, y uno de ellos no recoge su parte por cualquier causa, ésta acrece a los otros herederos proporcionalmente. Si algunos de los herederos son instituídos conjuntamente, el acrecimiento se opera en primer término entre ellos.

Si en la institución de herederos no se ha dispuesto sino de una parte de la herencia, y si la sucesión legítima se ha

Art. 9. — § 2092, Código Alemán.

Art. 10. — § 2093, Código Alemán.

Art. 11. — § 2094, Código Alemán.



abierto sobre la restante, no procede el acrecimiento entre los herederos instituídos, sino en cuanto lo han sido conjuntamente.

El testador puede impedir el acrecimiento.

Art. 12. — El heredero o herederos instituídos en una fracción, recogen el todo de la herencia cuando no existiesen sucesores legítimos que recojan la sucesión y ésta hubiera de ser considerada vacante.

Art. 12. — En la hipótesis de una herencia en parte testada y en parte intestada, hay necesariamente fracción determinada. La intención del testador es evidente: desea reservar los derechos de sus herederos legítimos, de un hermano, por ejemplo.

Si éste no recoge la sucesión, por su muerte sin descendientes, por renuncia, etc., quedaría vacante la herencia en esa parte.

Pero esto es notoriamente contrario a la voluntad del testador, que llamaba a un heredero a una fracción para reservar la restante a un heredero legítimo, y sólo por eso la limitaba. Mal podría entenderse que la institución fraccionaria sea compatible con la vacancia de la sucesión. Es un caso del principio general del artículo 8, que conviene hacer objeto de disposición expresa. Demolombe, 21, número 540, así lo resuelve para el legado de la parte disponible, que es un legado de fracción.



Art. 13. — En sustitución del artículo 3722:

Las disposiciones testamentarias a favor de personas inciertas o colectivamente designadas, o de entidades no investidas con la personalidad jurídica, son nulas.

Las hechas a favor de los pobres se entienden a favor de un fondo de beneficencia pública, que la Nación y cada provincia organizarán, a fin de ser invertido en el sosteni-

Art. 13. — Es la consecuencia necesaria de la idea de sucesión, la de que no puede haberla a favor de personas indeterminadas o de entidades que no revisten la personalidad jurídica.

Las disposiciones a favor de agrupaciones desprovistas de ella, ofrecen, además, el peligro de que, en verdad, serán beneficiadas solamente las personas que el encargado de ejecutarlas quiera considerar incluidas en la designación verbal. Y por último, hay falta de contralor en la aplicación de los bienes dejados. El que instituye por heredero a los pobres nada ha dispuesto en rigor, sino lo que plazca a su albacea o al Juez. ¿Quiénes son pobres, quiénes no lo son? Ciertamente en esa institución no hay heredero desde que los pobres son una expresión y no una entidad de derecho. Y esto, tanto cuando se instituye en general como cuando se instituye a los de un distrito localizado por el testador o por la ley: artículo 3722.

En Francia, de cuyo país se viene tomando el principio de esa decisión, existe una organización que salva la imposibilidad legal de realizarla lealmente y sin abuso de los eje-



miento o erección de hospitales, hospicios y asilos, en el Municipio del domicilio del testador.

Las disposiciones de bienes a favor del alma del testador, o de los designados por él, se invertirán en capitales productores de rentas con intervención del obispo diocesano del domicilio del testador, el cual aplicará las rentas a sufragios y limosnas, según lo dispuesto en el testamento. Los capi-

cutores. Constituye una garantía y trae por consecuencia el fomento de las disposiciones de caridad.

Existe en todo municipio, una Comisión de beneficencia, en la cual se centralizan todas las donaciones, los legados, los beneficios de caridad, en una palabra, todos los fondos pequeños y grandes que los particulares afectan a fines filantrópicos. Es prohibida la solicitud de socorros que no han de ser intervenidos por esas comisiones, y así se previenen los abusos notorios de la estafa disfrazada bajo la falsa alegación de necesidades que explotan la caridad privada.

Esas comisiones son oficiales, presididas por funcionarios, sometidas al contralor de las Cortes de cuentas, cuyos balances de entradas, por pequeñas que sean, y de inversión, son publicados trimestralmente. Todo el mundo sabe cómo se ha invertido el dinero que ha dado.

Por eso los juriconsultos dicen que los legados, y ya sabemos qué comprende esa palabra en derecho francés, a los pobres, “o a obras de caridad sin designación precisa”, se entienden hechos a la Comisión de beneficencia del municipio a que pertenece el testador, o “que debe ser conside-



tales se depositarán en los establecimientos encargados de recibir los fondos judiciales.

En ambos casos, el testador podrá disponer lo que estime más conveniente sobre el empleo de los bienes, pero no sobre la fiscalización de él, que siempre corresponderá a las autoridades indicadas.

rado como legatario''. Demolombe, 18, números 612 a 614. Y esto, aunque el disponente haya encomendado a una persona de su confianza la ejecución de su liberalidad. Siempre es el oficio de beneficencia, el legatario.

Esas comisiones locales no dependen de los municipios. Son nacionales, vigiladas por el Estado.

Entre nosotros se han cometido tan graves defraudaciones en la ejecución de hospicios, hospitales y establecimientos semejantes de beneficencia pública o de educación, que, por lo general, quedan ignorados, que no vacilamos en provocar la organización por la Nación y por las provincias de institutos de ejecución y vigilancia de las disposiciones de última voluntad, que tengan aquellos fines.

Y es el Código el que debe organizarlas. No hay disposición válida a favor de personas colectivamente designadas. No valen, sino cuando se centralizan en un instituto general vigilado por el Estado.

En cuanto a los legados piadosos, sean a favor del alma del testador, sean en memoria de sus deudos, o consistan en limosnas, tampoco pueden dejarse sin ejecutor respetable y vigilante de la recta inversión de los bienes a las afectaciones



Art. 14. — Se reproduce el artículo 3723.

Se le agregará el artículo 3724 en segundo párrafo, con la supresión del último período.

Art. 15. — Se reproduce el artículo 3725.

Art. 16. — Se reproducen los artículos 3726, 2727 y 3728, que constituirán tres párrafos separados de un mismo artículo.

Art. 17. — Se reproduce el artículo 3729.

dispuestas. Creemos que es el obispo de la diócesis, la autoridad necesaria y respetable que ofrece las seguridades de exacto cumplimiento, y esto aunque se trate de la inversión limitada a la parroquia del disponente.

Art. 14. — El artículo 3724 nos dice lo que él entiende por sustitución, y también lo que entiende por sustitución prohibida. Es sustitución la subrogación de un heredero a otro hecha por el testador. Esa subrogación es siempre prohibida, salvo el único caso de que lo sea en defecto de aceptación del instituido en primer término.

Así definida la sustitución, consistente siempre en un doble llamado, no vacilamos en decir que es contradicha por el mismo Código. Responde — no por cierto la definición — sino la palabra, al concepto del Código Francés, que entiende la sustitución, únicamente, como sinónimo de sustitución fideicomisaria. Y ésa es la que tiene en vista, por imitación del Código Francés, al prohibir el artículo 3725, toda sustitución que no sea la vulgar.



Art. 18: — Puede disponerse un fideicomiso simple. Puede transferirse un derecho por término designado o sujeto a condición resolutoria no dependientes uno y otra de la muerte del beneficiado. En todos los casos el derecho se

Despejemos, ante todo, la cuestión. Las otras clases de sustitución de que los prácticos españoles hablaban, no son sustituciones en nuestro derecho.

Así, las llamadas pupilar y ejemplar. El padre no puede testar por cuenta del hijo. La regla es que se puede disponer por testamento de los propios bienes: no de los ajenos — artículo 3606. No puede, pues, concebirse el caso de aquellas dos especies de sustitución. No hay posibilidad de una **doble institución**, o si la hay, es fideicomisaria.

Así todavía, la llamada compendiosa. Porque se descompone en una vulgar, o una fideicomisaria. No constituye sino una palabra común para dos tipos de sustitución, permitida la vulgar, prohibida la fideicomisaria.

Decíamos, pues, que la sustitución única comprendida en la prohibición del artículo 3724, es la fideicomisaria. Y decimos, también, que la definición de sustitución que da, es inexacta dentro del Código.

Los artículos 2507, 2661, 2662 y 2841, disponen expresamente que hay dominio fiduciario y que hay dominio revocable y temporario: artículos 2663 y siguientes.

Según esto, hay dos cosas que contradicen la tesis del artículo 3724:

- 1º Es válida la transmisión por “fideicomiso singular”;



guiará por las reglas del usufructo, y no subsistirá por mayor tiempo que el de la vida del beneficiado.

Si dentro de ella, no se realizase la condición, quedará como definitivo el derecho constituido.

2º Es válida la transmisión sometida a término extintivo y a condición resolutoria.

Hemos explicado en nuestro tomo 3º, lo que se entiende por fideicomiso simple. Es una sustitución. Hay un primer instituido, sometido a término, condición o modo. Hay un segundo instituido para el caso del vencimiento del término o resolución de la condición. Se la llama sustitución modal. Aubry-Rau, 7, § 693; Demolombe, 18, número 85.

Como se habrá advertido, en el fideicomiso simple hay transmisión limitada a tiempo o subordinada a condición. Y por consiguiente bastaría la admisión de que existe un dominio temporario y un dominio resoluble, para comprender que hay un primer llamado por tiempo dado, o pendiente de condición, y un segundo llamado para el caso de extinción o resolución. Si se hacen por testamento, o por donación, hay sustitución si hemos de creer la definición del artículo 3724.

Bastaría la propiedad temporaria y la condicional, aunque no se mencionara a la fiduciaria, para comprender que hay sustituciones válidas, aunque no sean del carácter de la que el citado artículo 3724 declara ser la única posible.

Y el fideicomiso es válido, porque sólo constituye una institución temporaria o sujeta a condición. Es un caso co-



rriente de modalidades que todo testador puede imponer. Demolombe, número 85, citado.

¿Cuáles son, pues, las sustituciones prohibidas? Son las sustituciones fideicomisarias.

Se entienden por tales las que violan la regla del artículo 3723. Son las que dan heredero al heredero.

Cuando establecían las disposiciones afectación de los bienes a un orden especial de sucesión, de una manera indefinida, o en derecho español, extendida a más de seis generaciones, se llamaban vinculaciones, que podían ser mayrazgos. Fueron abolidas por la Asamblea de 1813.

Las limitadas a seis o menos generaciones, se llamaban sustituciones fideicomisarias. Han sido abolidas por el Código y no por aquella Asamblea, como inexactamente se ha repetido.

Caracteriza a esta sustitución, el hecho capital de dar heredero al heredero. Pretende imponerle orden de sucesión. Al hijo mayor, por ejemplo. Al favorito del testador, etc.

Eso es lo que por motivos más bien políticos que económicos, ha sido prohibido. Y decimos así, porque el usufructo vitalicio, limitado a una generación, prueba que no es de orden económico el principal fundamento de la prohibición.

No existe motivo alguno para prohibir el fideicomiso simple. Las exigencias del crédito y del sistema de Registro de publicidad, no consienten la inscripción de un dominio resoluble o temporario; pero la prenotación permite salvar todas las dificultades. Así se dejará latitud al testador para



que pueda hacer disposiciones modales, que son el ejercicio de su perfecto derecho para legar lo que le pareciera conveniente, sin perjuicios para los intereses generales. Importa eso reconocer la eficacia de la disposición, sin que ello implique que hay dominio temporario, fiduciario o resoluble: hay derecho modal que limitamos en su duración.

Pero si puede admitirse el fideicomiso simple, sin que por la fuerza de las cosas sea un dominio el derecho que engendra, conviene definir cuál es su naturaleza.

No permite otra cosa que un uso o goce más extenso, limitado por la necesidad de entregar los bienes al instituido en segundo término, si lo hay, o al heredero en caso contrario, legítimo o testamentario. Si es restringido, con mayor razón.

Hay, pues, un derecho de duración precaria, si el término o la condición se cumplen. Y hay un derecho de tercero, más extenso en ese supuesto.

La relación jurídica es, pues, la de un usufructo o de un uso limitado. Y el usufructo puede, sin inconveniente, ser constituido por disposiciones de última voluntad: artículos 2812 y 2815.

En el caso de que la condición resolutoria no se cumpla, la disposición modal no es ya un fideicomiso, y la propiedad plena se consolida por defecto del cumplimiento de la condición.

No consideramos conveniente admitir mayor término que el de la vida del beneficiado, para la extinción o la con-



Art. 19. — La disposición por la cual se instituye a una persona en la plena propiedad de bienes, que a su muerte pasaran en todo, o en parte, a otra designada por el testador, es nula.

Se agregará en segundo párrafo, el artículo 3730.

Se suprime el artículo 3732.

Art. 20. — Se reproduce el artículo 3731, al cual se agregará al fin: “particulares”.

dición, so pena de caer en una verdadera sustitución fideicomisaria.

En cuanto a la condición suspensiva, artículo 2829 (modificado por este proyecto), ver artículo 899, Código Francés — Aubry-Rau, 7, § 694.

Art. 19. — Es la sustitución fideicomisaria que constituye un orden de sucesión por causa de muerte, a favor de otra designada por el testador, esté concebida o no en el instante de la vocación hereditaria.

Exige dos disposiciones contemporáneas en plena propiedad, dependientes de la supervivencia del sustituto o de los sucesores designados por el testador. Artículos 896 y 899, Código Francés; Aubry-Rau, 7, § 694, y Demolombe, 18, números 89, 95, 96 y 98. Artículo 926, Código Holandés. Argumento del artículo 3732, suprimido.

Este dispone, además, que son nulas las disposiciones... “y por las cuales declare inenajenable el todo o parte de la herencia”. Pero esto es contradictorio de lo que preceptúa el artículo 2613.



TITULO XII

De la capacidad para recibir por testamento

Art. 1. — Se suprimen los artículos 3733, 3734 y 3735.

Se reproduce el artículo 3736 y el 3737, modificados así:

Los tutores y los curadores no pueden recibir cosa alguna por el testamento de los incapaces que mueren bajo su potestad. Aun después que ésta haya cesado, no podrán recibir por testamento, si no están aprobadas las cuentas de su administración. Se exceptúan de esta disposición a los he-

La primera parte del suprimido se refiere a la sustitución fideicomisaria del remanente de los bienes y quizá a la prohibición de enajenar concurrente para asegurar la transmisión íntegra. En todo caso la disposición está redactada de manera que se refiere a dos hipótesis distintas.

Es claro que la prohibición de enajenar por sí sola no constituye sustitución prohibida, pues no hay doble institución.

Por fin, el primer caso del artículo suprimido está incluido en nuestro proyectado texto, que reproduce del Código Holandés, artículo 926, la expresión “en todo o en parte”.

Art. 1. — El artículo 3733 es la reproducción menos comprensiva que las de los artículos 3288 y 3290, general para toda clase de sucesiones: artículo 3280.



rederos forzosos que son o han sido tutores o curadores del testador.

Art. 2. — Se reproduce el artículo 3738, al cual se suprimirán las palabras “indebidamente la tutela”, sustituyéndolas por las de “patria potestad o la curatela”.

Art. 3. — Se reproduce el artículo 3739, al cual se agregará después de “los confesores del testador”, lo siguiente, “o ministros de cualquier religión que le asistieron” y lo demás como está.

Se suprime el artículo 3740.

Art. 4. — Se reproduce el artículo 3741, en el cual se sustituirán las palabras “el padre y la madre, los hijos”, por

Los artículos 3734 y 3735 se refieren a una materia tratada con más detención en nuestro proyecto, título de las personas jurídicas y asociaciones que no invisten ese carácter.

Comprendemos en el artículo 3736, a los curadores, que se encuentran en el mismo caso que los tutores. Y en el 3737, a todos los herederos forzosos, esto es a los descendientes y al cónyuge que no menciona el texto actual, porque existe la misma razón de decidir: artículo 753, Código Español.

La nulidad de la institución testamentaria no impide el derecho de sucesión legítima de los tutores, si por efecto de aquélla procediese la herencia ab-intestato.

Art. 4. — No es solamente la devolución de los frutos lo que se ha de restituir por el poseedor interpuesto, que por lo mismo que lo es, ya sabe que no le corresponde la



las siguientes: “los ascendientes y los descendientes”: lo demás como está.

Se agregará en sustitución del artículo 3742, el siguiente, en segundo párrafo:

Serán considerados poseedores de mala fe.

Art. 5. — Se reproduce el artículo 3743; se le agregará: salvo el derecho de representación.

sucesión. Todas las consecuencias de la posesión indebida son igualmente aplicables.

Art. 5. — La representación ocurre en las sucesiones intestadas. Pero no es exclusiva de ella la testamentaria, especialmente cuando hay herederos forzosos, llamados por el testador o mejorados, etc. Y lo mismo con otros parientes, hermanos, por ejemplo.

No hay motivo para interpretar contra los herederos que podrían venir por representación de ellos, si la sucesión fuese legítima, la intención del causante. Ha mejorado a un hijo, a un hermano, por ejemplo, y salva su manifestación expresa, debe admitirse que extiende su disposición a sus descendientes.

Es entendido, que para que proceda la representación, se aplican sus reglas, entre ellas la de que el representante podría ser heredero legítimo del testador. No comprende, pues, a los descendientes de extraños.

Se suprime el título de la desheredación.

Tratada en el Código la exclusión del heredero o legatario por indignidad, de manera que comprende a toda hi-



pótesis de sucesión, carece de objeto decir cuándo puede el heredero forzoso ser separado de la sucesión por declaración del testador.

Las causas de exclusión, aunque en nuestro Código no son comunes en la desheredación y la indignidad, sólo subrayan la dispersión de ideas porque no hay motivo para impedir que el testador separe al heredero, en casos en que la ley por sí misma permitirá esa separación a los herederos.

Agréguese que la única ventaja que podría verse en el perdón paterno, y por consiguiente, en el silencio de la desheredación, ya ha sido establecida para todo caso de indignidad. Hay ventaja en dejar el supuesto dentro de las reglas generales de ésta.

Depende la separación por indignidad de la acción de los herederos concurrentes o posteriores.

La desheredación, que es una maldición suprema, se hace inútil por nuestra supresión. Y en cambio, el heredero indigno puede ser objeto de otro perdón: el del heredero que podría excluirlo. El hijo que está en caso de indignidad, excluido por el testador, queda infamado. Excluido por el cónyuge, por la madre, por la abuela, por los hermanos, puede merecer su compasión y su magnanimidad. Mejor es la rehabilitación que ello envuelve. No tiene interés la sociedad en descubrir todas las miserias de la familia. Mejor es ignorarlas, si el interesado en manifestarlas, perdona.

El Código Alemán, § 2345, aplica al heredero forzoso las disposiciones generales de la indignidad. No es necesario



TITULO XIII

De los legados

Art. 1. — Se reproduce el artículo 3751.

Se agregará en segundo párrafo separado, lo siguiente:

Pueden, además, legarse los sepulcros, la correspondencia y los objetos que constituyen recuerdos personales o de familia.

Art. 2. — Se reproduce el artículo 3751, corregido así:

El legado de cosa cierta y determinada es nulo si no pertenece al testador en el momento de la apertura de la sucesión, sepa o no que la cosa sea ajena.

decirlo, desde que la herencia forzosa es una herencia de que no se puede prescindir por el causante: es una sucesión como todas.

Art. 2. — Demolombe, 21, número 681, bis, demuestra el error contenido en la última parte del artículo 3751. Si la venta de la cosa ajena queda cubierta por la adquisición posterior del vendedor, no se comprende porqué ha de ser nulo el legado de lo que en el momento de la transmisión hereditaria, es cosa de propiedad del testador. Ver Aubry-Rau, 7, § 675, 3º, y nota 15; § 2169, Código Alemán; Laurent, 14, número 129.



Art. 3. — Se sustituye el artículo 3753, por el siguiente:

El legado de cosa que se tiene en comunidad con otro, vale sólo como transmisión de los derechos del testador.

Si la cosa legada estuviese comprendida en una masa

Art. 3. — Es profunda la alteración que introducimos en la disposición vigente. Veamos, ante todo, qué dispone:

Vale sólo el legado de una cosa común, por la parte de que es propietario el testador. Con eso entienden algunos que se quiere decir que, aunque se adjudique después de la apertura de la sucesión, por el todo la cosa en una división, el legatario sólo tiene derecho a la parte que originariamente pertenecía en ella al condómino. Troplong, *Donations et testaments*, III, número 1959, y *Contrat de mariage*, II, número 912; Laurent, 14, número 138.

Otros piensan que el legado de cosa que se tiene en condominio, transmite el derecho de tal a la parte indivisa, y que ésta se resolverá por la partición, sea en la propiedad total, sea en una adjudicación exclusiva a otro copartícipe. Demolombe, 21, número 694; Aubry-Rau, 7º, § 675, 3º; Baudry-Colin, *Donations et testaments*, II, número 2527; Duranton, 9, número 248.

Pero si la cosa legada forma parte de una universalidad de bienes, estos escritores se dividen. Aubry-Rau, 7º, § 675, creen que el legatario, después de la división, no tiene derecho al bien adjudicado, sino hasta concurrencia de la parte del testador, aun cuando legara expresamente la totalidad del objeto; y en el caso de adjudicación a otro comunero,



patrimonial común a varios, valdrá como legado de cantidad por el valor de la parte que pertenecía al testador, a menos que éste resolviera otra cosa.

el legatario tiene derecho a reclamar de los herederos el valor de la parte del testador.

Demolombe, número 695, piensa que el legatario es propietario por el todo del bien legado, si ha sido adjudicado a los herederos del testador, y a su valor, en todo o en parte, en el caso contrario.

Baudry-Colin admiten la primera parte de esa solución. Niegan todo derecho en la segunda hipótesis: número 2528. Era la opinión de Laurent, 14, número 138.

Como se ve, la dispersión de ideas, sin entrar a examinar otras opiniones, aun más anarquizadas, no puede ser mayor. Eso prueba que la solución no tiene bases jurídicas.

El artículo 3753 comprende tanto el caso de condominio de una cosa cierta como el de una comprendida en una universalidad. Esto resulta de lo que califica de excepción: bien ganancial perteneciente a la sociedad conyugal.

Y la regla que da es la de que el legado sólo vale por la cuota indivisa, sea cual fuere el resultado de la división posterior. Por eso es excepción el legado del bien ganancial **hecho por el marido.**

No vacilamos en decir que toda la solución, regla y excepción, es antijurídica.

Es una interpretación excesiva la de que el legado de cosa común es válido sólo en la parte y nulo en la restante.



¿Por qué, si la hipótesis es la de que el testador legó toda la cosa? Porque es ajena en el resto, dicen algunos, los menos, lo que la mayoría niega.

Pero vale, se dice, en lo que era propio del testador. Si es así, vale en su parte indivisa, tal como era, antes de la división. No es parte de la cosa. Es parte en la cosa, lo que es muy distinto. El condominio no es una suma de partes materiales. Es la suma de personas que, juntas, tienen el dominio, un dominio, de una cosa. Si, pues, aunque haya dicho el causante expresamente, como lo querían Aubry-Rau, que legaba el total, se prescinde de su voluntad que no es equívoca, porque sólo le pertenece una cuota indivisa, no hay consecuencia en decir que lo legado no es una cuota indivisa y es una parte del total, ajeno en cuanto la excede, de esa cosa.

Si el legado es válido, en lo que es del testador, debe transferirlo como era en poder de éste. Es legado de cuota.

El legatario reemplaza al condómino. Interviene en la división. Recibe o no recibe el todo o parte material del bien. Recibe un valor en caso de adjudicación a otros. O no recibe nada, si la cuota del testador estaba absorbida por hipotecas y contribuciones a los gastos comunes de conservación y mejoras.

Es ésta la solución recta, y es la única jurídica.

Decir como Laurent, y otros lo dicen, que por efecto retroactivo de la división se juzga que el condómino no adjudicatario, nunca fué condómino, y que el adjudicatario fué



siempre dueño exclusivo, ni es resolver la cuestión, ni es otra cosa más que una petición de principio.

Es petición de principio porque lo que habría que probar es que no se divide con el legatario, sino con los herederos del causante. ¿Por qué no con el legatario? Eso nos vuelve a la cuestión misma.

Y no la resuelve, además, porque si la adjudicación causó la propiedad exclusiva de otro, es porque algún contravalor se ha entregado. ¿Por qué lo reciben los herederos y no el legatario? ¿Se legó el bien, o la parte indivisa, de que el contravalor proviene, a los herederos?

Esto es cuanto al legado de una cosa determinada común.

Pero puede legarse una cosa comprendida en una masa patrimonial: social, conyugal, hereditaria, accidental.

Creemos que es esa una situación profundamente diversa de la ya examinada.

No se trata ya de una cosa precisa, desligada de otras. Hay que empezar por liquidar la masa. Lo que quedará neto es conjetural. Y luego el derecho no se tiene sobre una cosa: se tiene sobre valores de conjunto. La cosa que se legó no pertenece a un copropietario de cosas singulares. Será objeto de adjudicaciones por la división, y precisamente por eso, se cubren las partes con valores que se adjudican a los copartícipes.

Si hemos resuelto que el comunero de cosas singulares es sucedido por el legatario, que divide a título propio como



sucesor, no podemos aceptar que haya igualdad de situación con el legatario de un bien perteneciente a la sociedad conyugal, a la sucesión, a la sociedad particular, porque no es de la familia, ni le liga el afecto social. Es un extraño. ¿Cómo va a dividir? ¿Cómo va a compensar la parte adjudicada? ¿Cómo va a tomar sobre sí deudas comunes para simplificar la liquidación? Es un peligro consentirle intervención en negocios ajenos.

Acceptamos la solución de Aubry-Rau. Hay legado de valor y no legado de parte indivisa. El causante no puede haber querido que su esposa, sus hijos, tengan que discutir todas sus relaciones jurídicas con este extraño.

Y si quiere otra cosa, que lo disponga directamente, estableciendo que recibirá la cosa total adjudicada, con cargas de indemnizaciones o sin ellas, o cual valor en caso de adjudicación a terceros.

Esto en general. ¿Deberemos conservar la excepción de que habla el artículo 3753? El artículo 1423, Código Francés, que la nota invoca, había establecido una regla peculiar de las donaciones o legados de bienes gananciales hechos por el marido.

Pero estaba muy lejos de la disposición de nuestro Código.

En éste se fija un principio firme: es válido el legado de la cosa común, hecho por el marido. La parte de la mujer será salvada en la cuenta de división de la sociedad. Para interpretar discretamente esa disposición habrá que enten-



derla así: siempre que haya bienes suficientes para cubrir la parte.

Pero el Código Francés es mucho más consecuente que el nuestro. No dice que vale la donación testamentaria, o el legado, y que luego se cubrirá.

Dice que no puede reclamarse la cosa sino cuando por efecto de la partición de los bienes matrimoniales ha caído en el lote de los herederos del marido. No es, pues, una adjudicación forzada como en el nuestro: es una adjudicación ya hecha, es una partición efectuada. Si no cae la cosa en el lote de los herederos, el legado se transforma en legado de valor.

Dejando de lado este aspecto del caso, preguntamos, ¿por qué ha de establecerse un privilegio para el marido?

Se comprende en el derecho francés porque había costumbres locales que reconocían ese derecho al marido. Se decía que durante el matrimonio se conduce como dueño, y disuelto, como socio.

Pero ni éstas son tradiciones de nuestro país, ni tienen base jurídica. El marido dispone libremente de los bienes comunes, pero solamente por actos a título oneroso. No es dueño, sino socio común, para las disposiciones a título gratuito: artículo 1807, por lo menos en cuanto a inmuebles. No nos parece que esté dentro de la índole de la sociedad conyugal, este derecho excepcional del marido, especialmente desde que hemos modificado el principio general, de manera que cualquiera de los esposos pueda disponer legados



Art. 4. — Se reproduce el artículo 3754.

Se modificará el segundo párrafo de él sustituyendo las palabras “del testamento” por “de la apertura de la sucesión”.

Art. 5. — Se reproduce el artículo 3755, en el que se sustituirá la palabra “perpetua” por “real”.

Art. 6. — Se reproduce el artículo 3756, al cual se suprime “con” la segunda vez empleada y se agregará el artículo 3757 en segundo párrafo, sustituyendo “Siempre que” por “Si”, y “deje”, por “dejase”.

Art. 7. — Se sustituye el artículo 3758, por el siguiente:

Si el legado fuese de cosas a tomar dentro de las de cierta especie que se encontrasen en la sucesión, o fuese un legado alternativo, se aplicarán las disposiciones sobre obligaciones alternativas.

estableciendo que se cumplirán entregando la cosa si se adjudicara, o su valor en otro caso, pero por declaración expresa del testador.

Y esto, porque el legado de cosa común en este supuesto, no es nulo. Se trata sólo de una interpretación legal de la voluntad presunta del testador, que no se supone por el solo hecho de legar una cosa indivisa.

Art. 7. — En el artículo 3756 se trata de un *genus illimitatum*. En el presente, de un *genus limitatum*, esto es, de una liberalidad encerrada dentro de cosas determinadas. Demolombe, 21, número 733.



Art. 8. — Se reproduce el artículo 3758. Se sustituirá en él “o” en vez de “y” y se le agregará en período seguidito: Se aplicarán en tal caso las disposiciones sobre obligaciones naturales.

Art. 8. — La indeterminación del legado le quita el carácter de una obligación civil. Es evidente cuando no se determina la cantidad, pues que es esencial para toda obligación la existencia de una prestación establecida dentro de una cantidad o género.

En cuanto a la disposición del testador, que deja al juicio del heredero la oportunidad de entregar el importe del legado, el derecho romano (L. II, § 6, 1º, 32, D), que la ley 30, título 9, Partida 6ª, imitaba, resolvía que durante toda su vida podía el heredero aplazar el cumplimiento, y que por su muerte pasaba la obligación a su sucesor, que debía realizarlo inmediatamente.

Pero hay en ello una solución demasiado casuística. Se reconoce, en principio, que no está obligado el heredero sino cuando lo quisiese: *quum voluerit*, y por consiguiente, mientras viva se llena la condición de cuando quiera. Muerto, ya no puede querer.

Es regla general la de que en las obligaciones en que el deudor está autorizado para satisfacerlas cuando pudiese o o tuviese medios para hacerlo, el Juez puede fijar el tiempo en que debe hacerlo: artículos 620 y 752.

Pero en ese supuesto hay obligación firme y perfecta.



En el legado “quum voluerit”, es profundamente distinta la situación. La obligación nace, en los legados, de la voluntad del testador: fuera de ella no hay derecho. Y esa voluntad es que el heredero lo cumpla en la oportunidad que a su juicio queda librada. Se le hace Juez de ello, como lo dice Acevedo en su artículo 963, del cual se ha tomado el nuestro.

Y el testador no puede librarla al arbitrio de tercero. Sólo al del heredero porque el testador no quiere forzarle a sacrificios que, o por el estado de los negocios, o por la dependencia de un litigio, o por muchas otras razones, influyen en la liquidación del haber sucesorio, y le han determinado a no resolver el legado firme, sino quum voluerit.

No es, pues, un Juez, ni un albacea, ni otro tercero, quien puede sustituirse al heredero, porque es eso hacer lo que el artículo prohíbe, librar al arbitrio de un tercero el legado. El testador lo ha dicho: sólo quiere el arbitrio del heredero, único que conoce las circunstancias, los imponderables que le han aconsejado confiarse a él, para pesar las posibilidades de realización de su voluntad condicionada.

Ya el derecho romano lo admitía con ese aplazamiento indefinido que dejaba, en definitiva, no a cargo del heredero, sino del heredero del heredero, el pago del legado.

Semejante solución desaloja la intervención judicial. Y no nos queda, como solución jurídica sino o la del derecho romano y de las Partidas, o la que proponemos. Consideramos el legado como desarmado de una acción para forzar a



Art. 9. — Se reproduce el artículo 3760.

Art. 10. — Se reproduce el artículo 3761.

Art. 11. — Se reproduce el artículo 3762.

Art. 12. — Si se legase parte de un fundo, o uno contiguo a otro del testador, se entienden legadas las servidumbres de tránsito y acueducto necesarias para su goce o cultivo.

su cumplimiento. Interpretamos más fielmente la situación abierta por el encargo del testador. Ha librado al porvenir al estado de la herencia pendiente de una liquidación aventurada, eventual, de difícil pronóstico, y al juicio del heredero, a su probidad, en presencia de sus deberes más estrictos respecto de sus deudos inmediatos, y, lo repetimos, a factores imponderables, la suerte del legado. Quum voluerit, se dice, no es si voluerit. Esas son palabras; quum voluerit, según el testador, significa entregar su disposición al "juicio" del heredero, y eso es, si voluerit.

Hay obligación natural. Si se cumple, hay pago: no es donación.

En contra: § 2180, Código Alemán, que hace obligatorio el legado a la muerte del heredero.

Art. 12. — Código de Chile, artículo 1120, que sólo habla de un predio legado en parte. Declara que se entiende hecho con "las servidumbres que para su goce o cultivo le sean necesarias".

El artículo 3073, Código Civil, considera concedida una servidumbre de tránsito cuando queda aislada del camino



Art. 13. — Se reproduce el artículo 3774, al que se modificará “la disposición”, poniendo “las disposiciones”.

Art. 14. — Se modifica el artículo 3776, así:

público, una parte de un inmueble adjudicada en una división de cosa común o adquirida a título oneroso.

Demolombe, 12, números 602 a 604, precisamente en los pasajes citados en la nota a aquel artículo, y 21, número 703, había establecido que se trata de una decisión general no limitada a adquisiciones onerosas, o a división de cosas comunes, que comprende las donaciones y legados. Y no limitada tampoco a la parte de un predio mayor. Basta el enlace, como resulta del texto de Ulpiano (L. 2, § 2, 8, 5 D.) y de Pothier, en que se apoya aquel escritor. (Pothier, *Œuvres*, I, página 405).

El mismo motivo de decidir aconseja admitir la servidumbre de acueducto, sea para la introducción, sea para la expulsión de las aguas. Pero no creemos deber extender, como el Código de Chile, a todas las servidumbres necesarias para el goce de la cosa, el principio, lo que conduciría muy lejos, a la servidumbre de vista, a la *non altius tollendi*, etc., y ciertamente provocarían cuestiones sobre su procedencia en muchos casos. Se aplican las reglas generales sobre servidumbres.

Art. 13. — Corrección notada por Segovia.

Art. 14. — El cumplimiento del legado es regido por las reglas generales de las obligaciones. Los artículos 3777 y



Los herederos están obligados personalmente al pago de los legados en proporción de su parte hereditaria. Si la cosa legada no admite división, se aplicarán las disposiciones sobre las obligaciones indivisibles.

Se suprime el artículo 3777.

Se suprime el artículo 3778.

Se suprime el artículo 3779.

Art. 15. — Se reproduce el artículo 3780, en el que se sustituirán las palabras “cosa indeterminada en su especie”, por “cosas solo determinadas por su género”; y se sustituirá además: “dos” por “varias” y “la segunda de las cosas”, por “las otras”, etc.

Art. 16. — Se suprime el artículo 3781.

Se suprime el artículo 3782.

3778 son casos comunes de aplicación de ellas. Y lo mismo el 3779, transcrito de Aubry-Rau, 7º, § 722, que invocan las disposiciones comunes de las obligaciones.

Art. 15. — Es manifiesto que no puede haber legado de cosa indeterminada en su especie, sino de cosa sólo determinada por ella, y que el de cosas legadas en alternativa, pueden ser más de dos.

Art. 16. — El artículo 3781 resuelve que la cláusula de no enajenar la cosa legada se tendrá por no escrita. Exceptúa el supuesto de comprometer el derecho de terceros.

Esta disposición es directamente contraria a la del artículo 2613, que autoriza la prohibición por un término de diez años, sin establecer la condición del 3780.



No hay motivo que aconseje aquella decisión. Antes, al contrario, los hay para justificar la última.

El plazo de diez años no trae inconveniente de orden público: el crédito, y la libre circulación de los bienes no quedan perjudicados por la no enajenación durante el plazo tan moderado. En cambio, hay grave daño en no respetar la voluntad del testador en sus términos expresos constitutivos. Al fin podía no legar, y, si lega con limitación, sus motivos tendrá, familiares, conocidos de él, íntimos. Protege al derrochador, lo defiende contra sus prodigalidades. Espera que pase el período de juventud, de pasión, que lo domina. Y el Estado no puede encontrar inconveniente en esta protección de ultra-tumba. Si se prohíbe, el testador no legará, porque no entiende legar a los fulleros o aventureras a quienes pasará, seguramente, el bien legado o su valor.

El artículo 3782 es, en su primera parte, la repetición del principio general de la remisión: artículos 870 y 877.

También lo es la segunda parte. En cuanto a su primer supuesto, ¿cómo ha de entregarse el instrumento de deuda, si no existe? Es claro que tanto en ese caso como en el último, hay petición de principio. Se trata de interpretar la disposición del testador. Si quiso remitir la deuda, lo mismo da que mande entregar el título de ella, como que lo olvide: no son los testadores peritos en derecho para conocer esas sutilezas, y menos en sus últimos instantes. Agréguese que si resulta de la interpretación que quiso remitir, será la con-



Art. 17. — Se reproduce el artículo 3783.

Se suprime el artículo 3784.

Se suprime el artículo 3785.

Art. 18. — Se suprime el artículo 3792.

Se modifica el artículo 3793, así:

Legada una cantidad anual o para períodos dados, el legatario podrá exigir la del primero así que muera el testa-

secuencia la restitución del instrumento hecha por el heredero, pues que es quien debe ejecutar la disposición.

Basta, por consiguiente, dejar el caso dentro de las reglas generales, puesto que no hay formas especiales para la remisión, artículo 885, y nuestro proyectado artículo 5, de aquel título, resuelve lo que corresponde cuando conste que sólo se entiende remitir la prenda.

Art. 17. — Se suprime el artículo 3784, porque el caso está regido por los artículos 707, 881 y 15, título de las obligaciones solidarias de este proyecto.

En el mismo caso está el artículo 3785: artículos 865, 880, 1194 y 2049.

Art. 18. — El artículo 3792, que proyectamos suprimir, constituye una grave desviación de un principio fundamental. Las disposiciones testamentarias deben ser la expresión positiva de la voluntad del testador y no del arbitrio ajeno: artículo 3759.

Es tomado del artículo 1066, Código de Chile, el cual expresamente reconoce que hay desviación de la regla capital.



dor; y la de los siguientes en el principio de cada uno de ellos, sin que haya lugar a la devolución, aunque el legatario muera antes de concluir el período por el que se anticipó el pago.

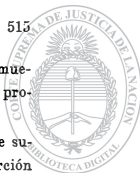
Se agregará en segundo párrafo el artículo 3794.

Pero el artículo 3792 no constituye especie distinta de la del 3759. El testador no dice — es la hipótesis — qué es lo que quiere. En nuestro texto basta en general la vaga indicación, “un objeto de beneficencia” que en el texto chileno ha de ser “expresado en el testamento”. Pero “sin determinar la cuota, cantidad o especies que hayan de invertirse en él”.

Es claro que no hay legado, porque no se fija la cantidad, mayor o menor, suficiente o mezquina.

El artículo, sin embargo de que el testador no la ha encomendado al “juicio del heredero”, como lo quiere el 3759, no obstante ser caso de excepción, distinta de la única en éste admitida, convierte en obligatoria la asignación que “se determinará conforme a la naturaleza del objeto y a la parte de los bienes disponibles por el testador”.

¿Quién la determinará? Es evidente que no es el heredero, pues el artículo sería inútil en ese caso. El texto chileno lo explica. Será el Juez. Habrá un pleito, y por último lo decidirá una sentencia. Pero no es eso lo que dice el artículo 3759. No es esa la función de los jueces. No hacen los contratos, no determinan sus elementos esenciales omitidos por las partes. No dicen qué cosa debe ser la vendita en



Art. 19. — Los legados de derechos reales sobre inmuebles, deben ser inscritos en el Registro respectivo, para producir sus efectos reales.

Art. 20. — Se modifica el artículo 379⁵, en el que se suprimirán las palabras: “y los gastos funerarios de la porción disponible”.

vista del precio, ni qué precio ha de ser el que se pague por ella. Son las partes las que hacen los negocios y sus contratos. Y tampoco hacen los jueces los testamentos y dicen lo que debe efectuarse para completar un legado esbozado, pero no determinado por el único que ha de precisarlo. El Juez sustituye su voluntad a la del testador, y esto es prohibido por el artículo 3759, por razones que, todas, se aplican a los legados de beneficencia, como a los demás.

El caso debe dejarse dentro del precepto citado, que no puede ser contradicho en una de sus aplicaciones más evidentes.

—— El texto actual del artículo 3793 ha seguido la redacción menos precisa del artículo 996 del proyecto de Acevedo. Creemos más clara la de Goyena, artículo 696, que seguimos.

Art. 20. — Hemos establecido en títulos anteriores, que los gastos funerarios y los de sepultura, son cargas comunes de la sucesión.



§ 1

Caducidad de los legados

Art. 21. — Se sustituye en el texto actual del artículo 3799, la palabra “ejecución” por la de “adquisición”. Se agregará al fin del artículo, y a continuación: “a menos que del testamento apareciera que el legado era extensivo a sus herederos”.

Se suprime el artículo 3800.

Se suprime el artículo 3802.

Art. 21 bis. — Se agregará al artículo 3304, lo siguiente:

El heredero puede exigir que el legatario opte dentro del plazo de 30 días. Se considera aceptante el legatario que no manifestase su opción.

Art. 21. — Segovia llama la atención sobre la palabra ejecución, que es la empleada por Aubry-Rau, de quienes se toma el artículo, ciertamente por inadvertencia, pues en su nota remiten a las distinciones de su § 717, texto y notas 4 a 6. Estas constituyen los artículos 3771 y 3772.

De acuerdo con estos escritores, § 726, aclaramos en el final agregado, la redacción del artículo 3800, en el sentido de que no necesita ser expresa la disposición de comprender a los herederos del legatario en la liberalidad. Puede resultar con claridad del conjunto de disposiciones del testamento.



§ 2

Del acrecimiento en los legados

(Se sustituyen todos los artículos del Título XVIII de la Sección I, de este Libro, por los siguientes):

Art. 22. — El legado hecho a varias personas, de manera que una o más deban beneficiar exclusivamente de él, queda librado a la elección de la persona por el heredero.

Puede el testador gratificar a varias personas con un legado, de manera que el heredero determinará la parte que corresponderá a cada legatario.

Si no hiciese el heredero la elección, o no se acordasen en ella si fueran varios, dentro del término que fijará el Juez, se entenderá que todos los llamados son legatarios por partes iguales.

En cuanto a la supresión del artículo 3802, es manifestado que se trata del caso general sobre efecto de las condiciones.

Art. 22. — § § 2151 y 2152, Código Alemán. No hay inconveniente en dejar al heredero la elección, pues está encerrada en los límites determinados por el testador. Si no se hace, tienen todos derechos equivalentes.



Art. 23. — Legado un mismo objeto a varias personas, se aplica por analogía lo dispuesto por los artículos 6, 8, 9 y 10 del título de la institución y sustitución de herederos.

Art. 24. — Cuando legado un mismo objeto a varios, uno de ellos no pudiese recoger su parte, por causa anterior o posterior a la devolución, esa parte acrece a los demás en proporción de las suyas, aunque el testador hubiese fijado las partes. Si algunos de los legatarios son llamados conjuntamente a la misma parte, el acrecimiento se efectúa primeramente entre ellos.

Art. 25. — Se modifica el artículo 3818, así:

El legado de usufructo hecho a varias personas y aceptado por ellas, se extingue por la muerte de alguna en la parte que le corresponda, la cual consolida la propiedad.

Art. 26. — En sustitución del artículo 3819, el siguiente:

Las disposiciones del testador prevalecen sobre las del presente párrafo.

Art. 27. — Se reproduce el artículo 3821, al cual se agregará por separado el 3822.

Art. 28. — Se reproduce el artículo 3823.

§ 3

De la revocación de los legados

Art. 29. — Se reproduce el artículo 3838.

Arts. 23 y 24. — § § 2157 y 2158, Código Alemán, Windscheid, Pandekten, § § 625 y 644, nota 6.

Art. 29. — El agregado es de Aubry-Rau, § 725.



Se agregará en párrafo separado:

La enajenación parcial no causa revocación sino por la parte alienada.

Art. 30. — Se reproduce el artículo 3839, modificado así:

La afectación de la cosa legada por derechos reales, no causa la revocación de la liberalidad, pero pasa al legatario con el gravamen impuesto.

Art. 31. — Se reproduce el artículo 3840.

Art. 32. — Se reproduce el artículo 3841.

Se le agregará en párrafo separado, el artículo 3842.

NOTA. — Todos los artículos del Título de los legados que no han sido modificados o suprimidos, se mantienen sin alteración en el mismo orden actual.

TITULO XIV

De la revocación de los testamentos

Art. 1. — Se reproduce el artículo 3824.

Art. 2. — Se modifica el artículo 3825, así:

La revocación de un testamento hecha por persona que tenga, o no, su domicilio en la República, es válida cuando se ha realizado bajo las formas de la ley del lugar en que se ha hecho, o en que tiene su domicilio, o de acuerdo con las disposiciones de este Código.

Art. 2. — Hay error de traducción del artículo 554 del proyecto de Código Civil de New-York — que nunca llegó



Art. 3. — Se modifica el artículo 3826, así:

Todo testamento queda revocado desde el momento de la celebración de un matrimonio posterior.

a entrar en vigencia. — que se cita en la nota. No dice que la revocación de un testamento hecha por persona que no tiene domicilio en el Estado, es válida según que se ejecutó de acuerdo con la ley del lugar en que el testamento fué hecho. Es lo contrario: “según la ley del lugar en que la misma — la revocación — se hizo, o en que el testador tenía su domicilio (valdrá) como si fuera hecha en este Estado y de acuerdo con las disposiciones de este Capítulo”, dice.

Y el siguiente, § 555, agrega que “ningún testamento o revocación valdrá, a menos que se ejecute de acuerdo con este capítulo o la ley del lugar en que se hizo o en que el testador tenía su domicilio”.

La regla es, por consiguiente, común a las personas que tengan o no tengan su domicilio en la República, y está, además, de acuerdo con el principio general del artículo 12 y de los artículos 3635 y 3638, lo que no ocurre con el artículo 3625.

Art. 3. — No se trata precisa y únicamente del hecho de no estar una persona actualmente casada, pues puede estarlo con una persona y haber contraído posteriores nupcias.

La cita del § 568, del proyecto ya indicado, no se refiere, precisamente, a la disposición del artículo 3826. Sólo considera el matrimonio de mujer soltera, y, por consiguiente,



Art. 4. — Se reproduce el artículo 3827. Se le agregará en párrafo separado, el 3828.

Art. 5. — Se reproducen los artículos 3829 a 3832.

Art. 6. — Se modifican los artículos 3893 y 3894, así:

La cancelación, laceración o el tachado de un testamento ológrafo, o sólo de su fecha o firma, importa su revocación cuando no existe sino un testamento original, a menos que hayan sido hechos por accidente o por un tercero sin orden escrita, fechada y firmada por el testador.

Si fuesen varios los ejemplares no queda revocado el testamento, mientras no se inutilizaran todos los ejemplares. La revocación subsistirá si hubiera quedado algún ejemplar sin inutilización, por engaño o fraude padecido por el testador.

Art. 7. — Se sustituye el artículo 3835, por el siguiente:

El que invoca la subsistencia del testamento ológrafo inutilizado debe probar que las alteraciones y testaduras se hicieron contra la voluntad del testador.

te, el del marido, está exceptuado de la revocación prescrita.

No es necesario en nuestro Código que el cónyuge sobreviva al testador. Basta el matrimonio.

Arts. 6 y 7. — La sola circunstancia de que el testamento ológrafo no existe sino por la concurrencia de tres elementos esenciales: escritura, fecha y firma, ya justifica una de las correcciones que introducimos en el texto. Tou-



llier, 5, número 662; Aubry-Rau, 7, § 725, d); Demolombe, 22, número 251; Laurent, 13, número 185.

Y del mismo punto de partida resulta que el testamento cancelado, testado, lacerado, destruido, en cualquiera de sus elementos esenciales, no es un testamento, porque no se hacen para destruirlo cuando se quieren dejar en su eficacia. Si, por consiguiente, alguien presenta un testamento inutilizado en alguno de sus elementos vitales, debe explicar por qué lo presenta así inutilizado. Desde que se apoya en él, afirma su integridad, y no aparece ésta del documento. Es, entretanto, fundamental que el testamento debe acreditar por sí mismo la observancia de todas las solemnidades constitutivas.

Verdad es que puede haber sido criminalmente inutilizado por hecho de tercero, no autorizado por el testador. Pero eso no aparece del documento. Hay que probarlo, por consiguiente.

Y mientras esto no se prueba de manera cabal, siempre permanece el hecho de que quien invoca el documento lo presenta, o lo invoca, si presentado por otro, inutilizado. ¿Cómo lo tiene? ¿Por qué lo tiene en ese estado? Bien claras deben ser sus pruebas para romper el círculo en que se ha encerrado por sí mismo.

Tal como resulta de estos aspectos de la cuestión, que derivan de consideraciones fundamentales, no debe decirse que el testamento queda revocado si la inutilización proviene del testador o de su orden, en el sentido de que no hay



revocación, si no se prueba la condición constitutiva de esa revocación, entendida como un hecho de demostración concurrente. Sólo es cierto que hay testamento destruido. Y quien pretende que a pesar de ello subsiste, debe acreditar porqué lo asegura. Si puede demostrar qué circunstancias explican la subsistencia, no obstante el estado, eso no puede resultar sino de los hechos de la inutilización contra la voluntad del testador.

En otros términos, no hay dos reglas iguales en los artículos 3833 y 3834, equilibradas; hay una regla y una excepción por la fuerza de las cosas, porque hay un **no testamento** por la inutilización, y no es testamento el escrito testado, con la fecha destruida y la firma arrancada, tachada, inutilizada.

La regla del artículo 3535, que no es exacta, no protege suficientemente la situación prevista por el texto actual del artículo 3833. Nadie ignora los peligros del testamento ológrafo. Apenas entra en agonía el testador, los interesados se apresuran a investigar sus papeles. Y con pasar una raya por sobre la firma del testamento ológrafo, lo inutilizan, y con dejarlo en el lugar en que lo encontraron, ya queda el delito cubierto y protegido por el artículo 3835.

Y a la inversa: si lo encuentran inutilizado, con robarlo de la caja o mueble en que estaba, ¿podrán invocarlo sin prueba que justifique la subsistencia, no obstante el estado de destrucción en que se halla?



Art. 8. — Se modifica el artículo 3837, en el que se agregará “aunque fuese”, después de “enteramente destruido”, y se suprimirá “enteramente”.

Art. 9. — Se reproduce el artículo 3836.

Art. 10. — Las disposiciones testamentarias quedan revocadas a pedido de parte, por la indignidad del favorecido o por haber éste hecho una grave injuria a su memoria.

Nadie discute ya estas conclusiones: Demolombe, 22, números 253/4; Laurent, 13, números 186/7; Baudry-Colin, *Donations et testaments*, II, número 2786; Huc, 6, números 384 y 279/80; Dalloz, Rep. Vº *Dispositions*, número 2643; Colin et Capitant, III, página 916.

En cuanto a la orden escrita de inutilización, es aplicación de la regla general: *contra scriptum testimonium, non scriptum testimonium non fertur*. Es un complemento, o mejor, un testamento revocatorio que debe llenar sus exigencias. Huc, 6, número 279; Laurent, 13, número 111.

Art. 8. — El artículo 3837 limita indebidamente a la destrucción del testamento causada por hecho fortuito, la limitación de prueba que establece. Pero, aunque la destrucción sea imputable a tercero, el testamento está destruido, y sólo de él debe resultar lo dispuesto por el testador: no hay disposiciones de última voluntad sin testamento. No debe olvidarse que se trata de un caso de destrucción que, por consiguiente, no permite conocer el contenido del testamento.



TITULO XV

De los albaceas

Art. 1. — Se suprime el artículo 3847.

Suprimimos la palabra “enteramente” no porque hay diferencia de doctrina, sino porque la destrucción de la firma, o fecha, constituye destrucción total, ya que no hay testamento ológrafo sin fecha y firma y la palabra “enteramente” podría conducir a una interpretación errónea. Basta “destruido”.

No hemos proyectado artículo expreso disponiendo que la textadura de algunas palabras, o párrafos del cuerpo de la escritura, constituye inutilización de ellas solamente, porque no es necesario.

En cambio, causa destrucción total del testamento, toda inutilización que no permita leer la parte destruida, porque precisamente por ello, no puede conocerse si establecía condiciones, reservas o cargos modificativos de las disposiciones conservadas, o nombramientos contrarios a los quedados. Es más que sospechosa la destrucción en tales condiciones. Excusado es repetir que la textadura de la firma o la fecha, constituye cancelación total.

Véase: Demolombe, 22, números 251 y 252; Laurent, 14, número 245; § 2255, Código Alemán; artículo 510, Código Suizo.

Art. 1. — Se declara que los menores emancipados no pueden ser albaceas, porque éstos son responsables de su



Se agregará al fin del 3846, en período seguido, lo siguiente:

No pueden ser albaceas los menores emancipados.

Art. 2. — Se modificará el artículo 3850, encabezándolo con las siguientes palabras:

“Salvo lo dispuesto en el artículo anterior, es válido”, etc.

Art. 3. — Se sustituye el artículo 3852, por el siguiente:

El testador puede disponer que el albacea tome posesión de los bienes de la masa y los liquide en la medida ne-

gestión, artículo 3869, lo que no acaecería con la prohibición del artículo 135 para contraer deudas mayores de quinientos pesos.

En cuanto a la supresión del artículo 3847, ley número 11.357, artículo 3, número 2, h).

Art. 2. — Sobre el agregado, Demolombe, 22, números 15 y 16.

Art. 3. — No existe motivo alguno para impedir que el testador tome las precauciones necesarias para la recta liquidación de su patrimonio y el cumplimiento de sus voluntades, sean o no, forzosos sus herederos. No porque el albacea posea los bienes quedan desarmados éstos para asegurar sus legítimas.

Todos los Códigos vigentes autorizan al testador para disponer lo que crea más prudente, encargando al albacea



cesaria para la ejecución del testamento y el pago de las deudas y cargas hereditarias.

En defecto de disposición, la posesión de los bienes corresponde a los herederos, pero quedará en poder de los albaceas tanta parte de ellos cuanta sea necesaria para cumplir el testamento y pagar cargas, legados y deudas.

de tomar la posesión de sus bienes y realizarlos con las precauciones que luego proyectaremos.

El Código Francés lo permite, respecto de los muebles solamente y por término de un año y un día, y sus intérpretes explican que en cuanto a los inmuebles no es necesaria esa precaución, pues sólo hay peligro respecto de los muebles. Le sigue el Italiano, artículo 906. El Holandés, artículo 1054, es mucho más amplio: autoriza al testador para dar al albacea la posesión de todos sus bienes, por el plazo de un año. El Español, artículo 901, confiere libertad plena de disponer al testador. Y lo mismo el Suizo, artículo 518, y el de Chile, artículo 1296.

El Alemán es todavía más extenso. No es solamente porque autoriza al testador a disponer con toda libertad sobre las facultades del albacea, sino que, en defecto de declaración, § 2205, atribuye a éste la administración de la masa, la posesión de los bienes y el derecho de realizarlos. Es, más o menos, lo dispuesto por el artículo 518, Código Suizo.

Imitando a los Códigos Alemán y Suizo, no fijamos límite legal de tiempo en la posesión, porque muchas razones pueden impedir que dentro de él, se termine la gestión del



Art. 4. — Los acreedores personales de los herederos no pueden hacer efectivos sus derechos en los bienes de la sucesión, mientras no estén cumplidas todas las disposiciones testamentarias y efectuados los pagos expresados en el artículo anterior (3).

Art. 5. — Se modifica el artículo 3857, así:

El albacea debe tomar las medidas necesarias para seguridad de los bienes, y lo demás como está.

Art. 6. — Se modifica el artículo 3862, en el que se intercalará, después de “u otros terceros”, lo siguiente: “si no comprometen dicha ejecución” y lo demás como sigue.

Art. 7. — Se modifica el artículo 3859, así:

El albacea debe pagar las mandas, cargas y deudas de la sucesión con conocimiento de los herederos; si éstos se opusieran debe suspenderlo hasta la resolución judicial de la cuestión.

Art. 8. — Cualquiera que sea la disposición del testador

albacea, por ejemplo, litigios, reclamos de herederos forzosos, etc. Basta la regla del artículo 3864.

Art. 4. — § 2214, Código Alemán.

Art. 5. — Tal como está redactado el artículo 3857, parece referirse a la obligación de tomar un seguro sobre los bienes, lo que no es su verdadero concepto.

Art. 6. — Demolombe, 22, números 79 y 80.

Art. 8. — § 2217, Código Alemán.



sobre los poderes del albacea, debe éste abandonar al heredero que lo solicite, para disponer libremente de ellos, los bienes de la masa, que no sean evidentemente necesarios para el cumplimiento de sus funciones. El abandono pone fin a su derecho de administración respecto de esos bienes.

Art. 9. — Los herederos no pueden disponer de los bienes de la masa antes de cubiertos los legados y créditos, que han de ser satisfechos por el albacea.

Art. 10. — La gestión de los derechos de la masa cuya administración tiene el albacea, le corresponde exclusivamente, sin perjuicio de los derechos de los herederos, para intervenir en caso de litigio.

Art. 11. — Se modifica el artículo 3864, así:

Los herederos pueden pedir la destitución del albacea por su incapacidad para el cumplimiento del testamento, o por su negligencia, o mala conducta en el desempeño de sus funciones, o por haber sido declarado en concurso.

Art. 12. — Se modifica el artículo 3872, así:

La remuneración del albacea será la que haya señalado el testador. A falta de ella el Juez la regulará tomando en consideración el trabajo realizado y el caudal de la sucesión.

Art. 9. — § 2211, Código Alemán.

Art. 10. — § 2212, Código Alemán.

Art. 12. — Código de Chile, artículo 1302. Es lo que presupone nuestro artículo 3849.



Art. 13. — Si el testador no hubiera fijado tiempo para la duración del albaceazgo, éste deberá realizarse dentro del año contado desde el día en que el albacea entró en ejercicio de su cargo.

El Juez podrá prorrogar el plazo testamentario o el legal, si ocurrieron al albacea dificultades graves para evacuar su cargo dentro de él.

NOTA. — Todos los artículos no modificados de este Título quedan como están, si no han sido suprimidos.

Art. 13. — Código de Chile, artículos 1304 y 1305. Código Español, artículos 904 y 905.

INDICE



LIBRO IV

Título preliminar	5
--------------------------------	----------

SECCION 1ª

DE LA TRASMISION POR MUERTE DE LAS PERSONAS

TITULO I

De las sucesiones	17
§ 1 De la indignidad	34

TITULO II

De los efectos de la devolución hereditaria. — De la aceptación y repudiación de la herencia	53
Capítulo I De las medidas de seguridad	66
„ II De la aceptación y la repudiación de la herencia	71
„ „ § 1	71
„ „ § 2 De la aceptación pura y simple ..	133
„ „ § 3 De la aceptación a beneficio de in- ventario	143
„ III De la separación de patrimonios	159



TITULO III

Del ejercicio de los derechos hereditarios	178
Capítulo I De la declaratoria de herederos	193
„ II De la petición de herencia	207

TITULO IV

De la pluralidad de herederos	227
Capítulo I Del estado de indivisión	238
„ II De la partición	249
„ III De la colación	279
„ IV De la división hecha por los ascen- dientes	308
„ V De los efectos de la partición	335

TITULO V

§ 1 De la transmisión hereditaria de derechos que no son patrimoniales	343
§ 2 De la sucesión hereditaria en los derechos de autor	345

TITULO VI

De las sucesiones vacantes	356
---	------------

TITULO VII

De las sucesiones intestadas	360
Capítulo I De la representación	362
„ II Del orden hereditario en las sucesiones intestadas	366



„ „ § 1	Sucesión de los descendientes legítimos	366
„ „ § 2	Sucesión de los ascendientes legítimos	366
„ „ § 3	Sucesión de los cónyuges	368
„ „ § 4	De la sucesión de los hijos ilegítimos	372
„ „ § 5	De la sucesión de los padres naturales	384
„ „ § 6	Sucesión de los colaterales	387

TITULO VIII

De la legítima de los herederos forzosos	390
--	-----

TITULO IX

De la sucesión testamentaria	422
------------------------------------	-----

TITULO X

De las formas de los testamentos	439
Capítulo I Del testamento ológrafo	433
„ II Del testamento por instrumento público	445
„ III Del testamento cerrado	467
„ IV De los testamentos especiales	468
„ V De la apertura y protocolización de algunos testamentos	470
„ VI De los testigos en los testamentos	473

TITULO XI

De la institución y sustitución de herederos	476
--	-----



TITULO XII

De la capacidad para recibir por testamento	495
--	------------

TITULO XIII

De los legados	499
§ 1 Caducidad de los legados	516
§ 2 Del acrecimiento en los legados	517
§ 3 De la revocación de los legados	518

TITULO XIV

De la revocación de los testamentos	519
--	------------

TITULO XV

De los albaceas	525
------------------------------	------------

