



EXPOSICIÓN Y COMENTARIO
DEL
CÓDIGO CIVIL
ARGENTINO

EXPOSICIÓN Y COMENTARIO
DEL
CÓDIGO CIVIL
ARGENTINO



CONTENIENDO:

LA EDICIÓN OFICIAL Y LAS NOTAS DEL DR. VELEZ-SARSFIELD;
LA APLICACIÓN DE LOS FALLOS DE LA SUPREMA CORTE NACIONAL, LOS DE LAS
CÁMARAS DE APELACIÓN DE LA CAPITAL
Y UN ESTUDIO SOBRE LA LEY DEL REGISTRO CIVIL.

POR EL

Dr. JOSÉ OLEGARIO MACHADO

TOMO IX

BIBLIOTECA DE LA CORTE SUPREMA	
Nº. DE ORDEN	29.458
UBICACIÓN	C.106B



BUENOS AIRES

FÉLIX LAJOUANE, EDITOR

1901



Buenos Aires

ADVERTENCIA

Al compaginar el último pliego, del tomo VIII, se han suprimido por inadvertencia las notas del Dr. Velez-Sarsfield, correspondientes á los arts. 3426, 3427, 3428, 3429, 3430, 3431 y 3432, y para salvar este error, las incluimos al principio de este tomo, á fin de que esos artículos sean completados por las notas respectivas.

EL EDITOR.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3426. — Del tenedor de buena fe de la herencia, dice la Ley Romana, *quia quasi rem suam neglexit nulli querela subjectus est*, L. 31, Tit. 3, Lib. 5, Dig. Lo mismo la L. 4, Tit. 14, Part. 6ª.—Pero el que toma una sucesión á la cual sabe que no tiene ningún derecho, se encuentra, por su solo hecho, sometido á la obligación de restituirla inmediatamente al legítimo heredero, y debe, por su mala fe, ser considerado como constituido en mora desde el primer momento de la ocupación de las cosas hereditarias.—Zachariae, § 383.—Toullier, tom. 3, n.º 303.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3427.—Zachariae, § 383.—Véase la L. 4, Tit. 14, Part. 6ª, que trae disposiciones especiales respecto de los frutos de la herencia según el tenedor sea de buena ó mala fe.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3428. — En cuanto á la primera parte, véanse LL. 9, 14 y 18, Tit. 29, Part. 3ª. Y en cuanto á la segunda, LL. 20, §§ 12 y 13, y 25, § 5, Tit. 3, Lib. 5, Dig.—Pothier, *Propriété*, n.ºs 395 á 397. — Aubry y Rau, § 616, letra F.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 3428. — Véase. — Jur. Civ., XIV, 328, Sér. 4°.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3429. — Aubry y Rau, § 616, n° 5. — Proudhon, l'usufruit, n° 1319.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3430. — Algunos escritores sostienen la nulidad de la enajenación hecha por el tenedor de la herencia; sin embargo, autores muy respetables están por la validez de ella cuando hay buena fe por parte del comprador de las cosas hereditarias. — Chabot, sobre el art. 756, n° 13 á 15. — Belost Jolimont, sobre Chabot, observ. 4 al art. 756. — Duvergier, *De la vente*, tom. 1, n° 225. — Demolombe, tom. 14, n° 242 á 250. — Aubry y Rau, nota 31, al § 616, satisfacen plenamente á todas las objeciones que se hacen contra la doctrina que forma el artículo. Cuando se dice que son de ningún valor las enajenaciones hechas por el heredero aparente, no importa más que establecer lo que puede dudarse, que por hallarse alguien en posesión de una herencia, no está autorizado para disponer de los bienes inmuebles que hay en ella; pero otra cosa es restringiendo el caso á la hipótesis indicada en el artículo.

La resolución del artículo, podemos decir, está expresamente sancionada por la L. 5, Tit. 14, Part. 6°, pues sea el tenedor de los bienes hereditarios de buena ó mala fe, dicha ley sostiene la enajenación y sólo á él impone la responsabilidad de indemnizar á los herederos. Por otra parte, el silencio de los herederos que hubiesen tenido conocimiento de la enajenación, supone el asentimiento de ellos, como antes de ahora lo hemos hecho notar (art. 919 y nota de este Código).

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 3430. — Los herederos reconocidos tienen derecho á percibir la parte del valor del bien hereditario proindiviso que pueda corresponderles y sólo puede ser retenida la parte que corresponda al heredero que no reuna esa condición. — Jur. Civ., I, 543, Sér. 1°.

La enajenación de los bienes inmuebles, á título oneroso, hecha por el poseedor de la herencia, es válida respecto á los herederos, si el poseedor reviste ese carácter. — Jur. Civ., I, 543, Sér. 1°.

Véase. — Jur. Civ., VI, 204, Sér. 2°.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3431. — L. 10, Tit. 6, Part. 6° y todos los Códigos modernos. Sobre la materia, Chabot, art. 873, n° 23. — Toullier, tom. 5, n° 566, y tom. 6, n° 307. — Troplong, *Donation*, n° 1843. — Zachariæ, § 384.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 3431. — Véase fallo al art. 3417. — Jur. Civ., XIII, 107, Sér. 4°.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3432. — Cód. Francés, art. 877. — Zachariæ, § 384.

EXPOSICION Y COMENTARIO

DEL

CÓDIGO CIVIL ARGENTINO .

TÍTULO V

DE LA SEPARACIÓN DE LOS PATRIMONIOS DEL DIFUNTO Y DEL HEREDERO

§ 946. — EN QUÉ CASOS TIENE LUGAR LA SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS

Dijimos en el comentario al art. 3361, que una vez aceptada la herencia con beneficio de inventario, la separación de los patrimonios tenía lugar de pleno derecho, porque así lo indica el art. 3371, en que expresamente se dice que los patrimonios no se confunden, y lo enseña el mismo Dr. Velez-Sarsfield en la nota al art. 3797; pero la dificultad proviene del art. 3409, en que la renuncia del heredero al beneficio de inventario, hace que se confundan los patrimonios, y priva á los herederos del difunto del derecho de ser pagados con preferencia con los bienes dejados por éste; pero no es la interpretación que debe darse, porque de ese modo el expresado artículo se encontraría en colisión con todo el presente título, donde se autoriza expresamente á los acreedores y legatarios del *de cujus*, para pedir la separación de los patrimonios.

Armonizando estas diversas disposiciones debemos decir: la

división de los patrimonios que se opera *ministerio legis*, por la aceptación de la herencia bajo beneficio de inventario, según el art. 3371, desaparece por la renuncia respecto de los acreedores personales del heredero, quienes no obstante tienen la acción pauliana en su caso, cuando por la renuncia al beneficio viniera á quedar insolvente; pero los acreedores hereditarios pueden demandar la separación de los patrimonios. Así, pues, cuando el **art. 3433**, 1ª parte, dice: *todo acreedor de la sucesión, sea privilegiado ó hipotecario, á término, ó bajo condición, ó por renta vitalicia, sea su título bajo firma privada, ó conste de instrumento público, puede demandar contra todo acreedor del heredero, por privilegiado que sea su crédito, la formación de inventario, y la separación de los bienes de la herencia de los del heredero, con el fin de hacerse pagar con los bienes de la sucesión, con preferencia á los acreedores del heredero*, no crea un privilegio en la verdadera extensión que legalmente se da á esta palabra, sino que en ciertos casos puede importar una preferencia, como en otros una desventaja evidente, por ejemplo, cuando la sucesión fuera insolvente y el heredero perfectamente solvente.

Pero se ha preguntado si el derecho de pedir la separación de los patrimonios sólo tiene lugar en los casos de aceptación bajo beneficio de inventario, y contestamos, que nuestro Código no pone limitación, y confiere el derecho de pedir la separación mientras los bienes estén en poder del heredero ó de su heredero.

Como el acreedor que pide la separación quiere garantizar su derecho contra una probable insolvencia del heredero aceptante, y á su pedido se hace la separación, de ahí es que ha dispuesto la ley, que *el inventario debe ser hecho á costa del acreedor que lo pide* (**art. 3433**, últ. parte); pero si se adhirieran á esa petición

(**Art. 3433.**) La primera cuestión que se presenta en esta materia completamente nueva en nuestra legislación, es la de averiguar cuál ha sido el objeto del legislador al autorizar á los acreedores del difunto para pedir la separación del patrimonio dejado por éste, para que no se confunda con el del heredero. ¿Ha querido impedir al heredero la libre disposición de sus bienes? ¿Lo ha considerado como insolvente? O, simplemente, ¿ha querido acordar á los acreedores una preferencia para ser

otros acreedores del *de cuius*, deberán pagar á prorrata los gastos de inventario, que la sucesión no abonará, aun cuando bene-
pagados con los bienes de su deudor, con prescindencia de los acreedores del heredero?

El artículo ine parece expresar claramente el pensamiento, cuando concede á cualquier acreedor de la sucesión el derecho de demandar la separación de los patrimonios contra *todo acreedor del heredero*, estableciendo una especie de privilegio en favor de los acreedores de la sucesión, para ser pagados primero con los bienes de ésta. Pero esta preferencia concedida á los acreedores del *de cuius*. ¿pone alguna limitación á las facultades del heredero, para que no pueda disponer de los bienes recibidos? Así lo creen algunos, y pretenden concursar, por decirlo así, al heredero por el solo hecho de que en la sucesión haya acreedores que piden la división de patrimonios. Semejante conclusión me parece inadmisibie, porque los acreedores de la sucesión pueden tomar todas las medidas conservatorias de sus derechos, sin perjudicar los del heredero. ¿Quién se atrevería á sostener que un acreedor, por mil pesos, que hubiere pedido la separación de los patrimonios, podría embargar bienes por cien mil, ó inhibir al heredero?

Cada acreedor de la sucesión podrá embargar ó ejecutar el pago de su crédito; pero sostener que lá petición de separación de patrimonios importa el embargo de los bienes pertenecientes á la sucesión, y que no pueden ser vendidos sin consentimiento del acreedor, me parece una enormidad, que nada puede justificar. En primer lugar, cada acreedor puede demandar su crédito contra la sucesión, ejecutarlo y hacerlo pagar, á menos de caso de concurso. ¿Para qué necesita de mayor suma de derechos?

La separación de patrimonios no importa declarar concursado al heredero, é inhibido para disponer de los bienes de la sucesión que ha recibido, sólo tiene por objeto acordar á los acreedores de ésta una preferencia sobre los del heredero, para ser pagados primero de los bienes dejados por el *de cuius*; la ley no ha querido asegurar á esos acreedores contra las enajenaciones del heredero, dejando á cada uno libre para ejercer sus derechos en la medida de sus necesidades. ¿Cómo podría autorizarlo para pedir la inhibición de los bienes inmuebles, y el depósito de los muebles, por el mero hecho de ser acreedor?

El derecho de separación no será ilusorio si el acreedor ha embargado bienes suficientes para el pago de su crédito. ¿Qué le importa de los demás acreedores?

Y, podemos agregar, que la petición de separación de los patrimonios

ficie de ellos indirectamente; pero, á mi juicio, debió contribuir; porque no debe enriquecerse á costa de otro.

puede ser un exceso y una ofensa en ciertos casos, que el heredero deberá impedir depositando la cantidad cobrada.

Se dice que los embargos é inhibiciones especiales no son bastantes para asegurar el pago del crédito, y que tampoco es este el espíritu de nuestra ley. Pero esto no es serio, porque el legislador jamás ha querido penar al heredero por tener la suerte de recibir una sucesión, inhabilitándole para disponer de esos bienes, por valiosos que sean, por el solo capricho de uno de los acreedores que ha pedido la división de patrimonios. No; la ley no inhabilita al heredero, ni lo entrega á los acreedores con una mancha de incapacidad, porque uno de ellos manifieste desconfianzas. El heredero, como dueño, puede enajenar, hipotecar, y hacer lo que mejor le pareciere con los bienes que son de su propiedad. Si hay acreedores, que tomen las medidas autorizadas por las leyes de procedimiento para hacerse pagar sus créditos.

Lo que pone de manifiesto lo injustificable de esta pretensión, es que el acreedor condicional, que no sabe si aún lo será, podría impedir al heredero de disponer de sus bienes pidiendo la separación de los patrimonios. Semejante teoría no tiene base, ni se apoya en ley ni principio de derecho. Entregar al heredero en la mano de los acreedores, inhabilitándolo para disponer de lo que es suyo, sería constituirse en guardián de intereses que, si deben respetarse, no merecen menos respetos los del propietario. Lo singular es que esos acreedores no han podido impedir á su deudor, cuando vivía, que dispusiera de sus bienes, y por el acto de la muerte se encontrarían investidos contra su heredero, que es su misma persona, de un derecho que no tenían antes. La separación de patrimonios, no es un privilegio contra el acreedor, ni un instrumento de incapacidad; ha sido creada en beneficio de los acreedores de la sucesión para defenderlos de los acreedores personales del heredero, cuando se temiera con justo motivo, que los bienes no alcanzarán para pagar á todos.

¿Quiénes pueden demandar la separación? El artículo responde: «todo acreedor de la sucesión», luego el legatario, como cualquier otro que tenga derecho á los bienes dejados por el *de cujus*, puede hacerlo. Todo acreedor indica, por su generalidad, cualquiera que tenga un derecho que reclamar de la sucesión, importando poco la forma del título, la causa ú origen de la acreencia, y las diferentes modalidades á que se encuentra sujeta, y algunos autores, como Demolombe y Duranton, opinan que aún puede pedir la separación de los patrimonios el acreedor que

§ 947. — ¿QUIÉNES PUEDEN DEMANDAR LA SEPARACIÓN DE
PATRIMONIOS Y QUIÉNES NO?

Como un principio general, que domina esta materia, se puede sostener que están autorizados para pedir la separación

no tuviese un instrumento donde constare la acreencia, lo que se podría admitir entre nosotros, tratándose de sumas que no pasen de doscientos pesos nacionales.

El acreedor con un título bajo firma privada, que no ha sido reconocido aún, ¿puede pedir la separación de patrimonios? El artículo lo concede, siguiendo á Demolombe y á la generalidad de los autores; pero es ir demasiado lejos, porque no es acreedor de la sucesión, mientras su crédito no haya sido reconocido, y puede no serlo; se dirá, en el mismo caso se encuentra el acreedor condicional, que no se sabe si lo será. Es cierto, puede no serlo, mas su derecho viene de la acreencia misma, que se reconoce de antemano, para el caso de cumplirse la condición, mientras el que gestiona el reconocimiento no se sabe quién es, si es falso ó verdadero el documento simple que exhibe; podría ejercer ese derecho abonando la firma del deudor, por medio de dos testigos, como lo manda la ley de procedimientos de la Capital, para acordar el embargo preventivo; pero el artículo lo autoriza expresamente, y cualquiera con un documento privado puede pedir la separación.

Nuestro artículo decide una controversia, suscitada en derecho francés, al conceder al acreedor privilegiado el derecho de pedir la separación de patrimonios, porque algunos autores sostenían que era inútil, pues no tenía interés desde que su crédito estaba suficientemente garantido.

Respecto de los créditos condicionales, bastará con depositar el importe en el Banco de la Nación Argentina que sirve de caja de consignaciones, hasta que la condición se cumpla, ó sea cierto que no se cumplirá, para desinteresar al acreedor.

En cuanto á los acreedores por rentas perpetuas ó vitalicias, podrán igualmente pedir la separación, ó que se les aseguren un capital suficiente que produzca las rentas.

¿Contra quién y con qué objeto se puede pedir el inventario y la separación de los patrimonios?

El artículo dice: «contra todo acreedor del heredero por privilegio que sea», mientras la nota del Dr. Velez-Sarsfield, apoyándose, según dice, en Demolombe, agrega: «cuando no hay acreedores se puede

de los patrimonios todos los que tuvieran algún derecho que reclamar ó hacer valer en la sucesión del fallecido; pero la ley

pedir la separación contra el mismo heredero»; pero dicho autor sostiene la doctrina contraria, que me parece la verdadera, y la que debemos seguir, según el texto literal del artículo. Dice Demolombe, XVII, 139: «¿se trata de ejercer el mismo derecho? Diremos que se ejerce contra los acreedores del heredero, y *no contra el heredero mismo*; y que los acreedores del difunto no tienen necesidad para esto de introducir una demanda, ni promover un juicio. Y, desde luego, que el derecho de separación de los patrimonios se ejerce contra los acreedores del heredero, es de toda evidencia; es, en efecto, un derecho de preferencia, un privilegio, y los privilegios se ejercen, bien entendido, de acreedor á acreedor». Y estas palabras las trae después de haber estudiado las tres hipótesis sobre la forma en que debe pedirse la separación de los patrimonios, con las que no está de acuerdo, porque cada una de ellas exige demanda ó juicio, mientras dicho autor sostiene que basta invocar u oponer la separación, sin necesidad de hacer juicio, y este sentido es el que le da el Dr. Velez-Sarsfield al transcribir en la nota las palabras de Demolombe.

La primera opinión, sostiene que la demanda de separación de los patrimonios debe ser formada contra los acreedores del heredero, y no contra el deudor, opinión sostenida por Durantón, Aubry y Rau y Duvergier, sobre Toullier, y la que creo se debe seguir según el texto del artículo, aunque en la nota se diga que cuando no hubiese acreedores se puede deducir contra el mismo heredero.

La segunda, al contrario, sostiene que la demanda de separación se puede deducir contra el mismo heredero, como representante necesario de sus acreedores, apoyada por Zachariae, Delvincourt, Belost-Jolimont, sobre Chabot y Poujol.

La tercera, en fin, hace esta distinción: «si el heredero tiene acreedores conocidos, la demanda se hace contra éstos; si no los tiene, se deduce contra el heredero mismo».

Nuestro Código, teniendo presentes estas tres opiniones, ha concedido la acción de división de los patrimonios á los acreedores de la sucesión, contra los *acreedores* del heredero, adoptando así la primera opinión sostenida por Aubry y Rau, § 619, texto en la nota 16, y por Demolombe, XVII, 116; pero el Dr. Velez-Sarsfield, urgido por la premura del tiempo con que elaboró el proyecto de Código, no tuvo ocasión de darse cuenta del disentiimiento de Demolombe, que admitiendo la teoría de que la acción de división de los patrimonios sólo se daba á los acreedo-

para disipar toda duda ha determinado expresamente quienes pueden usar de este derecho, y son los siguientes:

res de la sucesión contra los acreedores del heredero y no contra éste: sin necesidad de demanda ni pleito, toma en la nota las palabras de este autor, en el n° 139, sobre lo que importa el término de demandar, que es reclamar, invocar, oponer, y por una inadvertencia explicable en obras de tan largo aliento, copia la última parte del n° 136, sobre la tercera opinión, rechazada por Demolombe, de que «cuando no hay acreedores conocidos, la demanda de separación puede deducirse contra el heredero», opinión que contradice y rechaza el mismo autor, y que es abiertamente contraria al texto del artículo.

Por lo demás, como lo hacen notar Baudry-Lacantinerie y Wahl, n° 3122: «La separación de los patrimonios, siendo un remedio organizado contra los acreedores del heredero, no puede ser demandada sino cuando el heredero tiene acreedores», y más adelante, en el n° 3145, agregan: «la demanda de separación no puede ser formada *contra el heredero*; debe serlo contra los acreedores del heredero», citando en apoyo de esta teoría á la mayor parte de los autores franceses, así como las decisiones de las Cortes de esa nación; pero hacen notar que la doctrina que parece hacer camino en la jurisprudencia francesa, es la que permite demandar la separación de los patrimonios, sea contra los acreedores del heredero, sea contra el heredero mismo; teoría que por mi parte rechazo, porque nuestro artículo sólo acuerda este derecho á los acreedores de la sucesión contra los acreedores del heredero, y porque si éstos no existen, no se comprende cuál sería la utilidad, y lo que en derecho francés tendría su explicación para precaverse contra las deudas futuras del heredero, porque sólo se acuerda este derecho por el término de tres años en los muebles, no tendría razón de ser en el nuestro, donde no existe plazo, y puede demandarse en cualquier tiempo.

La demanda deducida contra cualquiera de los acreedores del heredero para que no sea pagado de los bienes de la sucesión, tiene por objeto hacer constar esa oposición, y obligar á la facción de inventario de los bienes dejados por el *de cujus*.

¿Quién debe pagar los gastos de inventario? El artículo lo dice claramente: «el acreedor que lo piliere», pero como esto se ha puesto en duda, afirmando que deben también pagarlo los que se aprovecharen de él, debo hacer notar que tal conclusión es arbitraria, y además contraria al texto del artículo.

Cuando el heredero ha cedido la herencia, ¿puede intentarse contra el cesionario la separación de patrimonios? Á primera vista, la cuestión

1° *Los acreedores de la sucesión pueden demandar la separación de los patrimonios, aunque sus créditos no sean actualmente exigibles, ó aunque sean eventuales ó sometidos á condiciones in-*

parece resuelta en favor de la afirmativa, porque el cedente no puede cambiar la naturaleza de su derecho por el traspaso realizado; pero como los acreedores de la sucesión tenían derecho á demandar la separación contra los acreedores personales del heredero, y éstos dejan de figurar en la sucesión, parece que ese derecho debería perderse; pero no lo creo, pues de admitir semejante conclusión, resultaría que el cedente podría perjudicarlos impunemente, sin que tuvieran medios de defensa, desde que los acreedores del cesionario caerían sobre los bienes hereditarios, absorbiéndolos en su casi totalidad. La equidad y la justicia exigen que conservemos á los acreedores del difunto el derecho de pedir la separación contra los acreedores personales del cesionario, como si la cesión no hubiera tenido lugar.

Es de notar, que los sostenedores de la prohibición al heredero beneficiario para enajenar los bienes de la sucesión, admiten que pueda ceder la herencia, cuando esta es una enajenación de todos los derechos que como á tal le corresponden.

La separación de los patrimonios puede ser alegada por vía de acción, ó como excepción incidentalmente á toda demanda de pago deducida por los acreedores del heredero.

La duración de la acción para pedir la separación de los patrimonios, no tiene un plazo determinado, como en derecho francés, donde se ejerce solamente respecto de los muebles, dentro de tres años; pero con relación á los inmuebles, se puede deducir mientras estén en poder del heredero; en esta parte ha sido seguido por nuestro Código en el art. 3443, lo que está de acuerdo con el objeto de la acción y con los principios de justicia. ¿Por qué imponerlo un plazo perentorio, cuando los acreedores de la sucesión no pueden jamás confundirse con los personales del heredero? Si conserva los bienes heredados, el derecho de los acreedores de la sucesión se ejercerá con preferencia á los demás sobre esos bienes que respondían á estos créditos. Por eso la doctrina francesa acuerda á los acreedores de la sucesión el derecho de pedir la separación de los patrimonios contra el heredero, cuando no existen acreedores personales de éste, ó de plazo vencido, porque pasado ese término no pueden deducirlo respecto de los muebles, mientras por nuestro derecho conservan esa facultad cuando el heredero posee los bienes del *de cuius*.—Comp. ATTRY y RAU, § 619, texto y nota 16. ZACHARIE, § 618, texto y nota 8. DURANTON, VII, 488. TOULLIER, IV, 539. DEMANTE, III, 219 *bis* 1.

ciertas (art. 3434, 1ª parte), porque pueden llegar á existir, y son derechos conservatorios que la ley les autoriza á ejercer. Y

DEMOLOMBE, XVII, 116 y 137. HUREAUX, Rev. pract. XXXVII, pág. 65 y 276. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, III, 3145.— Véanse arts. 1714, 3342, 3357, 3358, 3434, 3436, 3437 y 3475.

(Art. 3434.) En el artículo anterior se dijo que todo acreedor de la sucesión podría demandar la separación de los patrimonios, y como el acreedor á plazo ó bajo condición lo es hasta que este venga á cumplirse ó la condición se realice, de ahí la necesidad de acordarles un derecho preventivo á fin de conservar las acciones que podrían ejercer. Como la separación de los patrimonios es una especie de privilegio

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3433. — Cód. Francés, arts. 878 y 2111. — Holandés, 1153. — De Luisiana, 1397 y siguientes. — Demolombe, tom. 17, nos 105 y siguientes. — Zachariæ, § 385. — Chabot, sobre el art. 878. — Malpel. *Successiones*, n° 217. — Vazeille, sobre el art. 878. — En las Leyes Españolas no hay disposición alguna sobre la materia. La Ley Romana dice: *quoties heredis bona solvenda non sunt, non solum creditores testatoris sed etiam eos quibus legatum fuerit. impetrare bonorum separationem æquum est.* — L. 6, Tit. 6, Lib. 42, Dig. Sobre las razones y conveniencias de la separación de los patrimonios, Chabot, en el lugar citado: Belost-Jolimont, sobre Chabot, observación 1 á dichos artículos.

Domat, fundado en la L. 1, § 8, Tit. 6, Lib. 42, Dig., dice de una manera general, que si los bienes de una sucesión pasan del heredero á su heredero, y de éste á los que sucedan, de modo que la primera sucesión y las siguientes se encuentren confundidas entre las manos de los herederos á quienes ellas pasan, los acreedores de cada sucesión seguirán los bienes de un heredero al otro y podrán demandar la separación. — Véase Vazeille, sobre el art. 878, n° 4.

La palabra *demandar* no significa precisamente pedir al juez sino también *reclamar, invocar, oponer*. Basta, pues, que el privilegio, que el derecho de preferencia resultante de la separación de los patrimonios sea reclamado, invocado u opuesto delante del juez que conozca del pago de los créditos, es decir, que puede oponerse como excepción, ó en una demanda incidental.

Se comprende en la resolución del artículo, á los acreedores hipotecarios y privilegiados, entre otras causas, para que puedan evitar ciertos privilegios superiores al crédito de ellos.

Decimos que la demanda de separación de bienes debe intentarse contra los acreedores del heredero, y no contra el heredero, porque la separación de patrimonios es una causa de preferencia entre los acreedores de un mismo deudor y precisamente cuando se trata entre los acreedores de causa de preferencia, el deudor común no podría representar á los unos contra los otros. Pero el heredero puede y debe intervenir en el juicio respecto á la verdad y extensión de los créditos.

Suponemos en todo esto que haya acreedores del heredero; pero si no los hubiere, la separación de patrimonios puede pedirse contra el mismo heredero. — Demolombe, tom. 17, desde el n° 136.

como una excepción á esta regla, dice: *pero los acreedores personales de los herederos pueden ser pagados de los bienes hereditarios, dando fianza de volver lo recibido, si la condición se cumple á favor del acreedor de la sucesión* (**art. 3434**, últ. parte); porque sólo el que ha pedido la separación de patrimonios tiene derecho á que

que se concede á los acreedores de la sucesión contra los del heredero, aunque tengan derechos eventuales, es necesario conservárselos. ¿Pero los acreedores personales de los herederos permanecerán en la inacción sin poder cobrar lo que éstos les deban? La ley ha buscado un medio para asegurar á los acreedores eventuales de la sucesión, sin perjudicar á los herederos, autorizándolos para que puedan cobrar de sus deudores, dando fianza de devolver, no lo recibido, como dice el artículo, sino aquella cantidad que fuera suficiente para cubrir los créditos de los acreedores de la sucesión; porque si éstos fuesen inferiores á la cantidad recibida, deberá devolver lo necesario para satisfacerla; así, la expresión de *volver lo recibido*, sólo tendrá efecto, cuando la parte recibida por el acreedor del heredero fuese igual ó mayor que la debida al acreedor de la sucesión.

Se vuelve á incurrir en el error de creer que el heredero debe afianzar para recibir su parte, como si fuera una persona inhibida. El heredero es dueño de su parte y puede disponer de ella, si una orden del juez no la hubiere embargado. ¿Por qué daría fianza al acreedor de la sucesión, para disponer de lo que es suyo? Si éste tiene derechos eventuales contra la sucesión, los hará valer en la medida necesaria para asegurarlos, embargando los bienes suficientes ó haciéndole asegurar su pago, cuando llegare á tener efecto la eventualidad.

El presente artículo faculta á los acreedores de los herederos, para hacerse pago con la parte que les corresponda en la sucesión, dando fianza á los acreedores eventuales; pero no autoriza á éstos para exigir las del heredero que se apodera de las cosas que le pertenecen. ¿Con qué derecho vendría un acreedor á plazo, ó bajo condición á impedir al heredero que disponga de sus bienes? ¿Pudo hacerlo acaso con el difunto cuando vivía? ¡No! Pues el heredero es la misma persona, y los acreedores no tienen en qué fundar esa pretensión. Volvemos á repetir: la separación de los patrimonios, si bien no es un privilegio concedido á los acreedores de la sucesión, éstos tienen derecho de hacerse pagar con preferencia á los del heredero; pero no hay privilegio contra éste, porque no lo necesitan, y el hecho de heredar no lo inhabilita para disponer de lo que es suyo. Así, pues, el heredero no debe dar fianzas para disponer de lo suyo.

se le asegure el pago de sus créditos con los bienes de la sucesión.

2° *El acreedor que sólo es heredero del difunto, en una parte de la herencia, puede demandar la separación de los patrimonios (art. 3435);* porque si bien sólo les está obligada una parte y no el todo, tienen derecho para asegurar esa parte.

El presente artículo ha sido tomado de CHABOT, al art. 878, n° 4, como lo indica la nota. — Véanse arts. 546, 3156, 3433 y 3458.

(**Art. 3435.**) Este artículo y la nota han sido tomados de Chabot al art. 878, n° 5, como lo indica el mismo Dr. Velez-Sarsfield, y rige el caso en que siendo heredero con varios otros, fuera acreedor del difunto: como no confunde su acreencia sino por la porción viril que le corresponde, por lo restante, la sucesión le es deudora, y en el carácter de *acreedor* y no de heredero, puede pedir la separación de los patrimonios, como si fuera un extraño. Por ejemplo: A, es heredero con B, á la sucesión de C, que á su fallecimiento era deudor de A, por 5000 pesos; como en este caso la mitad de la deuda se confunde, la sucesión sólo lo deberá 2500 pesos, y por esa cantidad entrará como acreedor; así, dice Chabot: «el acreedor del difunto, aunque sea su heredero, pero sólo en parte, no confundiendo su acreencia sino por su porción viril, puede también demandar por lo restante la separación de los patrimonios. Pues se ha visto que el heredero, que es al mismo tiempo acreedor del difunto, tiene para el pago de su acreencia, haciendo deducción de su porción viril, los mismos derechos que cualquier otro acreedor»; porque el heredero no confunde ni extingue su acreencia por la aceptación de la sucesión, cuando hay otros herederos sino por su parte.

Téngase presente que la preferencia acordada á los acreedores de la sucesión, para ser pagados primero con los bienes de ésta, no se puede extender á los mismos coherederos entre sí, como algunos lo han creído. ¿Por qué ni con qué objeto podrían los coherederos entre sí pedir la separación de los patrimonios? El Dr. Velez-Sarsfield no autoriza semejante proposición al final de la nota 3433, que concede la acción á los acreedores contra el heredero, principio que hemos rechazado como erróneo y contrario á la teoría aceptada por el Código.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3434. — L. 4, Tit. 6, Lib. 42, Dig., y Chabot, sobre el art. 878, n° 4. — Belost-Jolimont, sobre Chabot, observac. 4, sobre dicho artículo. — Vazeille, art. 878, n° 1.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 3434. — Véase fallo al art. 3156. — Jur. Com., X, 12. Sér. 2°.

3° *Los legatarios tienen también derecho de demandar la separación de los patrimonios para ser pagados del patrimonio del difunto, antes que los acreedores personales de los herederos (art. 3436);*

Aunque este artículo no existiera, el heredero, que es acreedor por la parte no confundida de su acreencia, habría tenido derecho para pedir la separación de patrimonios como cualquier otro acreedor extraño.— Véanse arts. 864, 3355 y 3356.

(Art. 3436.) ¿Qué son los legatarios con relación á la herencia? Son, en realidad, acreedores de ésta, sea porque el difunto haya querido pagar beneficios recibidos, sea porque haya donado haciendo una liberalidad. Y como acreedores pueden pedir la separación de los patrimonios contra los acreedores de los herederos, porque es justo que sean pagados primero con los bienes de ésta: pero, ¿si no hubiese acreedores personales del heredero, podría pedirlo contra éste? No, seguramente; porque el privilegio se da de acreedor contra acreedor, no contra el deudor, para el que todos los acreedores son iguales, porque á todos debe pagar. No es, pues, cierto que pueda demandar la separación de los patrimonios contra el heredero. Y aquí sería más notable la injusta y poco razonable pretensión de la teoría, que pretende inhabilitar al heredero para disponer de lo suyo, porque el beneficiado por el testador pida la separación de los patrimonios. ¿Qué objeto tiene el legatario, para pedir contra el heredero la separación de los patrimonios? Si no existen acreedores personales del heredero, que puedan poner en peligro el pago de su legado, ¿contra quién y para qué ejercería su privilegio? Se dice, para que no enajene los bienes y deje de pagar el legado; pero entonces todos los acreedores podrían ejercer contra el deudor un derecho semejante, resultando que el contraer una deuda es inhabilitarse para enajenar sus bienes. Esto no es admisible.

Sobre todo, el texto del artículo es bien claro para torcer su sentido caprichosamente, desde que concede á los legatarios el derecho de pedir la separación de los patrimonios para ser pagados del patrimonio del difunto *antes que los acreedores personales del heredero*, si éstos no existen, no hay derecho para pedir la separación. — Comp. LAURENT, X, 11. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, III, 3118. — Véanse arts. 3433 y 3773.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3435. — Chabot, sobre el art. 878, n° 5.— Duranton, tom. 7, n° 472.—Vazeille, sobre el art. 878, n° 2.—El heredero que es al mismo tiempo acreedor del difunto tiene para el pago de su crédito, deduciendo su porción viril, los mismos derechos que cualquier otro acreedor.

porque son acreedores de la herencia, con un derecho que nace sólo del testamento, y que si no pueden colocarse á la par de los demás acreedores, tiene derecho á que no se les confunda con los acreedores del heredero.

4º *Los acreedores del heredero no pueden pedir la separación de los patrimonios contra los acreedores de la sucesión (art. 3437);*

(Art. 3437.) Aunque en la nota se da la razón de esta diferencia, como algunos la han atacado como injusta é inconveniente, abogando para que igual derecho se conceda á los acreedores del heredero, vamos á dar una razón que, á mi juicio, disipa todas las objeciones. El acreedor al prestar al difunto ha tenido en cuenta la moralidad, solvencia y honorabilidad de su deudor, que son los factores principales del crédito que se concede á una persona, y la muerte no puede arrancarle, por decirlo así, esas condiciones entregándolo en manos de una persona á quien no conoce; por eso le ha asegurado que en todo caso tendrá el recurso de hacerse pagar con preferencia de los bienes que ha dejado, y lo autoriza para pedir la separación de los patrimonios, cuando la muerte viene á hacerlo desaparecer. Mientras el acreedor que ha prestado al heredero, teniendo presente esas mismas condiciones, no las ha cambiado, pues que su deudor existe, y no tiene razón alguna para limitar el radio de su acción, ni impedirle que contraiga nuevas deudas, ó acepte nuevas y onerosas obligaciones. ¿Acaso tiene derecho para impedirle que continúe en sus negocios, tomando otras obligaciones? Su deudor permanece el mismo, y si ha cambiado repentinamente en su conducta prudente y moral, él debe soportar esas consecuencias, á las que se expuso voluntariamente; mientras no sucede lo mismo cuando llega á morir, y esas obligaciones pasan á las manos de su heredero. Si al acreedor del heredero se le concediera el derecho de pedir la separación de los patrimonios, equivaldría á autorizarlo para impedir á su deudor el contraer nuevas obligaciones, lo que sería absurdo.

No es cierto que haya una desigualdad en esta disposición, porque los acreedores del heredero se verán siempre expuestos á perder, y los del difunto á mejorar de condición. No se tiene presente que si el acreedor ha prestado á un hombre serio, moral y prudente, no tendrá tal peligro, pues defendiendo sus bienes á la menor duda sobre la solvencia de la herencia que se le deja, la aceptará bajo beneficio de inventario; si, por el contrario, era un imprudente, ligero y disipado, que de nada se

porque eso sería acordar un derecho de investigación y de examen en los actos del deudor, para obligarlo á no contraer nuevas

cuidaba, la aceptará sin precaución alguna. Pero, ¿acaso no tiene la culpa el acreedor por haber prestado á semejante deudor? ¿De qué puede quejarse? Así como ha aceptado una herencia ruinosa, habría hecho un negocio en idénticas condiciones. ¿Por qué la ley vendría en ayuda de este acreedor imprudente? Por el contrario, debe proteger al acreedor del difunto, porque las personas han cambiado, de uno moral, prudente y honorable, se ha convertido en otro, lijero, imprudente y descuidado. A esto se refiere Demolombe cuando dice: que los acreedores del heredero siempre tienen el mismo deudor, y su posición en nada ha cambiado, no porque el deudor no haya experimentado cambio en su fortuna, sino porque la persona *es la misma*, y de nada puede quejarse. El único autor antiguo que defiende la teoría contraria á la adoptada por nuestro Código, y seguida por todos los demás que tomaron por guía al Francés, es Domat que, en sus *Leyes Civiles*, lib. 3, tit. 2, sec. 1.^a, en el preámbulo, reconociendo que las leyes romanas la desechaban, acordándola sólo en los casos de fraude, agrega por toda razón: «nuestro *uso* les acuerda la separación indistintamente». El presidente Espiard confirma la práctica de aquellos tiempos, y Lebrun dice «que se vivía así en los tribunales», agregando que era por rutina y mala tradición. El único Código que concede este privilegio á los acreedores del heredero es el de Luisiana, art. 1432.

La razón dada por Ulpiano, de que cada uno puede empeorar la condición de su acreedor, es fundamental, y no echa por tierra la acción pauliana, que se funda en el fraude cometido por el deudor; éste siempre puede empeorar la condición de su acreedor, contrayendo nuevas obligaciones que nadie puede impedir. — Comp. los autores citados en la nota del DR. VELEZ-SARSFIELD.— Véanse arts. 3336 y 3340.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3437. — Cód. Francés, art. 881. — Hollandés, 1157. — Napolitano, 801. — L. 1, Tit. 6, Lib. 42, Dig. — Aubry y Rau, § 619, n.º 1. — ¿Con qué objeto lo harían? La separación de los patrimonios no tiene por fin afectar especialmente á cada uno de los dos patrimonios. á cada una de las dos clases de acreedores; el patrimonio del difunto á los acreedores del difunto, el patrimonio del heredero á los acreedores del heredero. Esta reciprocidad sería contra el derecho, pues que el heredero, aceptando la herencia simplemente, es deudor personal de los acreedores del difunto. Más adelante establecemos que si los acreedores del difunto no alcanzaran á ser pagos con los bienes hereditarios, pueden concurrir sobre los bienes del heredero con los acreedores personales de éste. Por consiguiente, no tendría objeto alguno la pretensión de los acreedores del heredero á pedir la separación de los patri-

obligaciones. El mero hecho de ser deudor de una persona, no puede ligarla á consultar con su acreedor lo que debe hacer; sería una facultad omnimoda. El heredero acepta la herencia, y si le vienen mayores obligaciones que las existentes, el acreedor debe soportarlas. En el único caso en que puede deducir la acción pauliana, es cuando hubiere confabulación ó fraude.

§ 948. —CONTRA QUÉ BIENES PUEDE DEMANDARSE LA SEPARACIÓN
DE LOS PATRIMONIOS

La separación de patrimonios puede ser demandada colectivamente contra todos los acreedores del heredero (art. 3438, 1ª parte), sin necesidad de designarlos; pero cuando se hubieren presentado, pues sin interés no hay acción; por eso dice que se puede pedir la separación individualmente contra alguno ó algunos de ellos, ó colectivamente contra toda la herencia, ó respecto de cada uno de los bienes de que ella se compone (art. 3438, últ. parte), en los casos en que fuesen ejecutados parcialmente.

(Art. 3438.) Cada acreedor de la sucesión obra con completa independencia, y puede oponerse al pago de un acreedor del heredero, y consentir en que otro sea pagado; tiene completa libertad para defender sus derechos. Por eso dice el artículo, que se puede pedir la separación de los patrimonios, sea contra todos los acreedores del heredero ó contra uno ó algunos. ¿De qué podrían quejarse los acreedores del heredero? pregunta con razón Demolombe. Si se ha permitido el pago á uno ó alguno de los acreedores del heredero, con los bienes de la sucesión, resultará un beneficio para ellos, porque se liberta de esas cargas el patrimonio del heredero, de donde deben cobrarse los que no han sido pagados.

Cuando hay varios herederos, no es dudoso que se pueda pedir la separación de los patrimonios contra alguno de ellos, sin pedirla contra los otros; porque si unos son insolventes y los otros no, los acreedores de la sucesión tendrán perfecto derecho para oponerse al pago de las acreencias de los insolventes y permitir las á los solventes.

monios. Si el derecho permite que la pidan los acreedores del difunto, es porque ellos deben ser pagados con los bienes de la sucesión con preferencia á los acreedores del heredero. —Véase Chabot, sobre el art. 881, y Vazeille, sobre el mismo artículo.

Pero el derecho de los acreedores y legatarios de la sucesión no se limita á los bienes dejados por el *de cuius*, así dice el **art. 3439**:

Téngase presente que la separación de los patrimonios concedida por la ley á los acreedores de la sucesión, es una especie de privilegio acordado á cada uno de los que tienen acreencias contra ella, para resguardarlos de las pretensiones de los acreedores del heredero que, aprovechándose de la confusión de los patrimonios, pretenden mejorar su condición. Depende, pues, de la solicitud de cada uno, y no aprovecha sino al que la ha pedido, y en la medida de su parte, una vez que ha sido desinteresado por el pago, depósito ó cualquier seguridad, se tendrá por no realizada la oposición. No es necesario que sea hecha contra todos los acreedores, pues le es permitido conformarse con que se pague á unos y oponerse á otros; del mismo modo puede oponerse á que se ejecute por el acreedor del heredero uno de los bienes, ó su oposición podrá extenderse á todos los bienes que componen la herencia.

La oposición al pago de los acreedores del heredero puede hacerse en conjunto, por todos los acreedores de la sucesión, contra todos los del heredero, ó de uno ó varios separadamente contra todos ó uno ó varios; en una palabra, depende de los acreedores y legatarios del difunto el ejercer los derechos que la ley les concede: así, dice Demolombe, un acreedor del difunto después de haber admitido el concurso, ó aún la preferencia de un acreedor del heredero sobre tal bien de la sucesión, puede rechazarlo con relación á otro bien, como puede admitirlo después de haberlo rechazado. El único medio de evitar la oposición es desinteresar al acreedor oponente.

El presente artículo fué reformado, agregando al final la partícula disyuntiva *ó*, en la expresión «respecto de cada uno de los bienes, etc.», como lo trae Demolombe, XVII, 124. —Comp. los autores citados en la nota y véanse los arts. 872 y 3439.

(**Art. 3439.**) Nuestro artículo ha decidido una de las controversias suscitadas en derecho francés, cuestión que sintetiza en parte la nota de Aubry y Rau, transcrita por el Dr. Velez-Sarsfield.

Se trataba de saber, si los frutos producidos por los bienes hereditarios, que pertenecen al heredero desde que la herencia le fué deferida,

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3439.—Duranton, tom. 7, n° 467. —Zacharie, § 385. —Demante, tom. 3, n° 219 bis. —Demolombe, tom. 17, nos 124, 134 y 135. —Aubry y Rau, § 619, n° 2.—Esta concesión de parte de los acreedores del difunto hacia algunos acreedores del heredero, lejos de ser perjudicial á los otros, no puede al contrario sino aprovecharles, disminuyendo las sumas de los créditos que debían ser pagados con los bienes del heredero.

la separación de patrimonios, se aplica á los frutos naturales y civiles que los bienes hereditarios hubiesen producido después de la

debían considerarse como formando parte de la sucesión, ó como un capital propio que se incorporaría al que tenía al recibirla. Se entiende que los frutos siempre corresponden al heredero, sobre eso nadie cuestiona; lo que se trata de averiguar es á que patrimonio pertenecen: al que recibe el heredero de la sucesión ó al que tenía al aceptarla; en ambos casos el efecto es el mismo para el heredero; pero no lo es así para los acreedores que piden la separación de los patrimonios; así no es una razón suficiente para explicar el por qué los frutos deben considerarse como pertenecientes á la sucesión, el que se trate de su separación y no de su propiedad. La razón dada por Aubry y Rau satisface plenamente la resolución adoptada por el artículo; todo se reduce á una cuestión de hecho, cuya apreciación debe ser la misma, sea que se trate de frutos percibidos antes ó después de la demanda, siempre que se pueda comprobar la identidad; y no se hayan confundido con el patrimonio del heredero.

La cuestión de derecho me parece resuelta aplicando la máxima: *fructus augent hereditatem*; porque sin los bienes recibidos no habrían existido, y porque los frutos son el resultado natural de la cosa que los produce, una función orgánica de ella. Si esos frutos se han consumido si se han confundido con los bienes propios del heredero, la separación de los patrimonios no les alcanzará, continuarán confundidos.

Téngase presente que la ley concede una preferencia á los acreedores de la sucesión, y no se puede llevarla hasta formar un semillero de disputas y pleitos.

Es una conciliación esencial para que los frutos se consideren formando parte de la sucesión, que se compruebe el origen é identidad, y en esta demostración el juez es el que deberá decidir, según su criterio.

Se trata, por ejemplo, de arrendamientos cobrados por un administrador, que ha comprado con ellos una casa; si ese administrador estaba encargado de los bienes particulares del heredero, que producen igualmente renta, es claro que los alquileres se habrán confundido y la adquisición en nombre de su mandante no se tomaría como frutos que correspondan á la sucesión, si, por el contrario, fuera administrador únicamente de los bienes de la sucesión y se probase que con las rentas ha adquirido la casa, en caso de separación de los patrimonios se consideraría á ésta como formando parte de la sucesión; pero esto es excepcional. Si se han comprado cosas muebles, que se han confundido con las del heredero, no habrá separación.

muerte del autor de su sucesión, con tal que su origen é identidad se encuentren debidamente comprobados; no así, cuando se hubieran confundido con los bienes propios del heredero. Las rentas debidas al fallecimiento del causante se consideran como capita-

Se puede establecer como una regla general que, una vez que el heredero ó su representante hayan reducido á dinero los frutos producidos por los bienes de la sucesión, se ha operado la confusión con sus propios bienes, y no se debe admitir la prueba de que ese dinero proviene de tal ó cual cosa, porque el dinero es considerado como las cosas que se consumen por el primer uso; el dinero recibido se reputa consumido. Por eso veremos, en el artículo siguiente, que sólo en muy especiales casos, se consideran como bienes de la sucesión los adquiridos con los frutos. Y si hemos aceptado la prueba en el caso de compra del administrador de un bien raíz para el heredero, habiendo recibido en dinero las rentas, es por la especialidad del caso, y porque la demostración no debe dejar la menor duda en el espíritu del juez. Pero, en general, se debe desechar toda petición que tenga por objeto demostrar que se han adquirido tales ó cuales cosas con los dineros provenientes de los frutos.—Comp. DEMOLOMBE, XV, 177, XVII, 132. AUBRY y RAU, § 619, texto y nota 22. — Véanse arts. 2523, 3440 y 3442.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3439. — Demolombe, tom. 17, n° 132. — Aubry y Rau, § 619. — Grenier, *Des Hypothèques*, enseña que los acreedores del difunto no deben aprovecharse de los frutos naturales y civiles producidos por los bienes de la sucesión, antes de la demanda de separación. Se funda en un doble motivo: 1°, en que los frutos, desde el instante en que han sido percibidos por el heredero, se han confundido con sus bienes personales; 2°, en que ellos jamás han pertenecido al difunto, pues que han sido percibidos después de abierta la sucesión. Si la primera consideración fuese justa, se aplicaría también á las frutos percibidos por el heredero después de la demanda de separación de bienes. El hecho de la percepción de los frutos no trae precisamente la confusión de esos frutos con los bienes personales del heredero. Esa confusión será posible sin duda, y aun muy frecuente, pero entonces no hay sino una cuestión de hecho, y la regla por consiguiente debe ser, al contrario, que los acreedores del difunto pueden demandar la separación de los patrimonios, respecto á los frutos percibidos por el heredero, siempre que el origen é identidad puedan ser bien comprobados.

En cuanto al segundo argumento, puede contestarse que la separación de los patrimonios tiene por fin y resultado bajo ciertas relaciones, resolver ficcivamente la transmisión de la herencia, y por consiguiente la propiedad del heredero sobre los bienes del difunto, y se retrotrae al día de la apertura de la sucesión, como si el heredero no hubiese tenido nunca esos bienes, y no ha podido por lo tanto adquirir los frutos de ellos. Este es el caso, al contrario, de aplicar la máxima del Derecho Romano *fructus augent hereditatem*.

les, y la división de patrimonios los comprenderá sin excepción.

Pero el derecho de demandar la separación de patrimonios que se concede á los acreedores y legatarios de la sucesión, tiene el límite natural de que las enajenaciones no se hubieran consumado; porque no puede ir á destruir lo ejecutado, por el heredero, con perfecto derecho; así dice el **art 3440**: *si el heredero hubiese ena-*

(**Art. 3440.**) Es de toda evidencia que este artículo, como los anteriores, habla de la separación de los patrimonios determinando los bienes que corresponden á la sucesión, y que responden á las deudas contraídas por el *de cujus*, y cuando el artículo habla de *demandarlos*, pareciendo referirse á los bienes vendidos, expresa, á mi juicio, imperfectamente el pensamiento, pues la intención del legislador es hablar de la demanda de separación, que no puede ser ejercida respecto de los bienes enajenados, cuyo precio estuviere pagado; por eso limita la hipótesis á las enajenaciones realizadas *antes* de la demanda de separación, pues en las hechas después de deducida la petición, siempre podrá hacerlo en los mismos casos, pues impedirá el pago embargando su precio.

El artículo no habla de los bienes que existen en el momento de la demanda de separación, porque está en la mano de los acreedores de la sucesión el impedir su venta ó permuta, embargando los que fueren necesarios para el pago de sus créditos; si nada hubieran hecho, las ventas serán perfectamente válidas, aún después de la demanda de separación, y el precio recibido habría entrado á formar parte del haber del heredero.

Debe tenerse presente que la demanda de separación de patrimonios en nada altera la facultad del heredero para enajenar los bienes que ha recibido por sucesión, á menos de un mandato judicial dictado expresamente, pues sólo se trata de que los patrimonios no se confundan; pero eso no los inviste de un derecho que los acreedores no podían ejercer contra su deudor, ni contra el heredero que lo representa.

La redacción de nuestro artículo, que se ha prestado á dudas, ha sido tomada de Zachariæ, § 385, texto en la nota 16, formando la primera parte, y la segunda de Demolombe, XVII, 134, y ha querido resolver la cuestión suscitada entre los intérpretes del derecho, sobre si debían ó no comprenderse en el patrimonio del heredero los bienes inmuebles de la sucesión, vendidos antes de la demanda de separación de los patrimonios, y ha dicho: «no se comprenden el precio cuando estuviere pagado; pero si se debiere, ó existieren las cosas porque se hubieren cam-

jenado los inmuebles ó muebles de la sucesión, antes de la demanda de separación de patrimonios, el derecho de demandarlos no puede ser ejercido respecto á los bienes enajenados, cuyo precio ha sido

biado, entonces se comprenderán»; por esa razón ha usado del adverbio *antes*: no porque el heredero no pueda vender los bienes de la sucesión, como algunos creen, sosteniendo que la petición de separación importa una prohibición general, lo que me parece absurdo, pues un acreedor por mil pesos podría impedir al heredero que dispusiera de una herencia de un millón.

Si la venta se ha hecho *después* de la demanda de separación, y tén-gase presente que no hay necesidad de demanda, basta la oposición de uno de los acreedores de la sucesión á la petición de pago de alguno de los del heredero, para que se le excluya de ese bien ejecutado, y que no podrá oponerse á la ejecución de cualquier otro, si con el embargado tiene para pagarse su crédito; si, pues, el heredero vendiera bienes de la sucesión después de la demanda de separación, y recibiera el precio, no podría ejercer la separación sobre esa cantidad, como en la primera hipótesis, sino cuando el precio no se hubiera pagado.

Se dice que esto no es interpretar la ley, sino aconsejar otra nueva ley; lo que no es exacto. Interpretando la ley, se dice, el caso se aplica á las enajenaciones hechas *antes* de la demanda de separación, cuando el precio no se hubiera pagado; porque ese es su mandato claro é inter-giversable. Pero, ¿y las enajenaciones hechas *después*? De éstas nada habla el artículo, y entonces entra el intérprete á deducir los principios que fluyen lógicamente de la disposición. La primera consecuencia que se deduce es, que si se comprende el precio no pagado de los bienes vendidos antes de la demanda de separación, se comprenderá igualmente el de los vendidos después, estando en el mismo caso; pero deducir que el heredero no puede venderlos, eso sí que es crear una prohibición odiosa, que necesita una disposición expresa. Aquí el intérprete se convierte en legislador; porque no se puede admitir la consecuencia de que si los bienes vendidos *antes* no se comprendían en la separación, ya no se puedan vender los demás; la consecuencia lógica sería que los vendidos *después* se comprendiesen en todos los casos; pero no es así, por las razones que dejamos expuestas, y porque no hay prohibición al heredero para enajenarlos. Por eso es justa la consecuencia de que la acción de separación puede ejercerse en todos los casos, sobre el precio de los inmuebles no pagados, y no lo es la de que puede deducirse respecto de los bienes vendidos, «aunque el precio haya sido pagado»; porque eso no expresa el artículo, ni en parte alguna del Código se dice que la

pagado. Pero la separación de patrimonios puede aplicarse al precio de los bienes vendidos por el heredero, cuando aun es debido por

petición de separación importe una inhibición, y las prohibiciones no se deducen; es necesario que sean expresas.

El artículo se debe entender, pues, de este modo: si los bienes inmuebles ó muebles de la sucesión han sido vendidos *antes* de la demanda de separación, se comprenderá el precio no pagado, ó las cosas por que se hubieren cambiado, si constase el origen y la identidad de ellos: con relación á los bienes vendidos *después* de la demanda de separación, no existiendo una disposición especial en el Código, se comprenderán con igual razón, cuando el precio no se hubiera pagado.

Con relación á la última parte del artículo, sobre los bienes adquiridos en reemplazo de los entregados, comprende, naturalmente, los permutados con los bienes de la sucesión, sea antes ó después de la demanda de separación, los cambiados por los frutos que las cosas de la sucesión hayan producido y los recibidos en pago de los créditos debidos; pero no los comprados con los dineros obtenidos de los bienes vendidos ó de los frutos, á menos que constare expresamente en los títulos que han sido pagados con esos dineros. Así se cortarán esos semilleros de pleitos, en que se trata de demostrar que el heredero no ha podido ni tenido otros medios de adquirir bienes que las rentas de la sucesión. Si no consta en el título mismo que el bien es adquirido con los dineros de la sucesión, no se admitirá prueba para demostrarlo.

El artículo habla en su primera parte, de los inmuebles ó muebles enajenados y cuyo precio no hubiese sido pagado, y no es justo ni lógico reducirlo á los inmuebles. ¿Por qué se exceptuarían los muebles? ¿Por qué si por un collar de brillantes pertoneciente á la sucesión se me hubiera dado una casa, no ostaría comprendida entre los bienes de ésta? La cuestión de hecho es demostrar el origen é identidad de la cosa adquirida. — Comp. MERLIN, *Rep. Vº Separación de patrim.*, § 3, nº 2. BELOST-JOLIMONT, sobre CHABOT, al art. 880, obs. 1. DURANTON, VII, 490. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, III, 3167.

Respecto al derecho del heredero para enajenar los bienes de la sucesión, BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, III, 3165 y 3190; LAURENT, X, 18 y 70; CHABOT, al art. 880, nº 5; AUBRY y RAU, § 619, nota 56; FÜZIER-HERMAN, al art. 878, nº 83, enseñan que puede hacerlo mientras no sea impedido por una inhibición, embargo ó inscripción. — Véanse nuestros arts. 1246, 1247, 3310, 3342, 3409 y 3439.

Se nota una imperfección de expresión en la redacción de la última parte del artículo, cuando dice: «y los bienes adquiridos en reemplazo

el comprador; y á los bienes adquiridos en reemplazo de (los de) la sucesión, cuando constase el origen é identidad: pero si esos bienes hubieran sido gravados ó tuvieran alguna carga, deberán tomarse tal como se encuentran, porque el heredero ha ejecutado, como dueño, actos válidos disponiendo de ellos. Si el precio de los bienes hubiera sido tomado por el heredero, sin adquirir otros bienes, no tiene obligación de comprenderlo en la separación, aunque pudiera demostrarse que ese precio hubiera sido depositado en el Banco de la Nación.

En cuanto á los bienes que no se comprenderán en la separación de los patrimonios, se debe atender á las reglas siguientes:

1ª *La separación de los patrimonios no puede aplicarse sino á los bienes que han pertenecido al difunto, y no á los bienes que hubiese dado en vida al heredero, aunque éste debiese colacionarlos en la partición con sus co-herederos; ni á los bienes que proviniesen de una acción para reducir una donación entre vivos (art. 3441);*

de la sucesión», pues es claro que ha querido hablar de los bienes y no de la sucesión, debiendo decir entonces; «y los bienes adquiridos en reemplazo de *los de la sucesión*».

(**Art. 3441.**) Las donaciones que el causante ha hecho durante su vida á terceros extraños, ó á sus herederos forzosos, han tenido por resultado inmediato el sacar de su poder y dominio los bienes donados, y desde que no le pertenecen, habría una impropiedad el considerarlos como formando parte del haber testamentario. Si el legislador, por consideraciones de un orden superior, ha querido que en ciertos casos se reputen como existentes para computar su valor, á fin de que los herederos forzosos conserven una perfecta igualdad, esas consideraciones excepcionales que obligan á recurrir á una ficción, no existen para los

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3440. — Zachariæ, § 365 y nota 16. — Chabot, sobre el art. 880, n.º 6 y 7. — Toullier, tom. 4, n.º 541. — Demante, tom. 7, n.º 490. — Demolombe, tom. 17, n.º 134. Cuando el precio no está cobrado, no hay confusión con los bienes del heredero.

Por el principio que ha creado á los acreedores de la sucesión el derecho á pedir la separación de los patrimonios, la separación se extiende á los fundos cambiados por el heredero con otros fundos recibidos por él, á la acción para rescatar el inmueble vendido por el difunto con el pacto de retroventa, y también al que el heredero hubiese vendido bajo esa condición. — Vazeille, *Successions*, n.º 5. — Toullier, tom. 4, n.º 542.

porque son derechos personales intransmisibles que corresponden exclusivamente á los herederos, y de que los acreedores no pueden aprovecharse.

2ª *La separación de patrimonios no se aplica á los muebles de la herencia que han sido confundidos con los muebles del heredero, sin que sea posible reconocer y distinguir los unos de los otros (art. 3442)*, como sucede con las cosas fungibles ó consumibles que una vez mezcladas no se las podría separar.

acreedores de la sucesión, pues ellos no tienen más bienes que responden á sus créditos, que los existentes á la muerte de su deudor.

Las acciones concedidas á los herederos entre sí, sea para exigirse la colación de los bienes recibidos en vida del *de cuius*, sea para reducir como inoficiosa una donación ó legado que disminuya sus legítimas, son exclusivamente personales á su calidad de herederos, y los acreedores de la sucesión nada tienen que hacer. Los bienes de la sucesión que responden á sus acreencias, son los dejados por el *de cuius*, así como las acciones y derechos que él habría podido ejercer y que se encuentran formando parte de su patrimonio.

¿Cómo podrían los acreedores atacar una donación por causa de ingratitud, para hacerla entrar en los bienes de la sucesión? Si el causante ha perdonado la ofensa, ni los herederos podrían hacerlo; si nada se hubiera dicho, sólo éstos, que representan al difunto y en su calidad de tales, podrían deducirlas, defendiendo así la memoria de su causante.

Para los acreedores del *de cuius*, sólo existen los bienes dejados entre los que se comprenden las acciones que no sean personales. — Compárense los autores citados en la nota, que confirman la doctrina. — Véanse arts. 3372, 3379, 3478 y 3479.

(**Art. 3442.**) La confusión puede ser parcial ó total. La parcial no impedirá la separación de aquellos muebles que no se hubiesen confun-

Nota de Dr. Velez-Sarsfield al art. 3441. — Demante, tom. 3, n° 219 bis. — Chabot, sobre el art. 878, n° 11. — Marcadé, sobre el mismo artículo. — Duranton, tom. 7, n° 493. — Demolombe, tom. 17, n° 125. — Merlin, *Rep. verb. separat. des patrim.*, § 4, n° 2. — Pothier, enseñando lo mismo, dice: «Las cosas dadas entre vivos por el difunto al heredero, aunque estén sujetas á ser colacionadas, no están comprendidas entre los bienes cuya separación tienen derecho á demandar los acreedores, porque tales cosas no son reputadas bienes de la sucesión, sino por una ficción respecto á los coherederos del donatario que debe colacionarlas. Los acreedores de la sucesión no pueden prevalerse de esta ficción que no es hecha para ellos». *Success.*, cap. 5, art. 4. — Chabot, n° 11. — Extensamente sobre la materia, Vazeille, art. 878, n° 6.

§ 949. --- CÓMO Y CUÁNDO PUEDE DEMANDARSE LA SEPARACIÓN
DE PATRIMONIOS

Cuando el Código dice, que se debe demandar la separación de patrimonios, no impone la obligación de hacer un juicio, le bastará al acreedor de la sucesión el oponerse á que el heredero pague sus deudas con los bienes de la sucesión para conservar su derecho de preferencia sobre los dejados por el *de cuius*. En este sentido se debe tomar la palabra demandar, que importa invocar, oponerse al pago de las deudas personales del heredero con los bienes de la sucesión; así se debe entender el **art. 3443**, 1ª parte, que dice: *la separación del patrimonio puede deman-*

dide, y que pudieran reconocerse en su individualidad. Será siempre una cuestión de hechos, que dependerá de la prueba. Tratándose de movientes, es más fácil impedir la confusión, porque todos los animales están marcados con señales especiales y es fácil distinguirlos; no así respecto de las crías, que se confundirán una vez mezcladas con las haciendas del heredero, sin que pueda saberse cuáles eran las de la sucesión, y no se debe admitir otra prueba que la señal.

Cuando se ha hecho inventario de los bienes de la sucesión, la confusión, no puede operarse; pero si el heredero los hubiere vendido, como pue le hacerlo, según lo dijimos en el art. 3440, no se traerá á la división el valor que hayan producido, á no ser que se debiera su precio ó se hubieren cambiado por otros objetos.

Así, pues, si la confusión de los muebles ha tenido lugar sólo en parte, no impedirá que se comprendan en la separación de los patrimonios, los objetos que no se hubieren confundido. Dufresne, n.º 60 á 63, aconseja ciertas medidas que los acreedores deben tomar para que no se confundan los muebles. — Comp. CHABOT, al art. 880, n.º 4. DURANTON, VII, 484. GRENIER, *Hipoteca*, II, 427 y 431. — Véanse arts. 2762, 3439, 3440 y 3896.

(**Art. 3443.**) Nuestro Código, á diferencia del francés, no ha puesto un término para el ejercicio de esta acción, y sólo ha determinado un acontecimiento que puede impedirla, y es que los bienes hayan salido

darse, mientras los bienes estén en poder del heredero, ó del heredero de éste; pero cuando hubiesen sido enajenados, sólo puede extenderse al precio aun no pagado, ó á los bienes adquiridos con ese dinero ó que se hubieran permutado. Los acreedores y legatarios pueden pedir todas las medidas conservatorias de sus derechos, antes de demandar la separación de los patrimonios (art. 3443, últ. parte), porque teniendo la preferencia para ser pagados con

de poder del heredero; lo que considero más jurídico, porque mientras los bienes permanezcan en su poder, el derecho para pedir la separación no debe perderse. ¿Por qué se perdería cuando las personas y las cosas permanecen las mismas, sin que haya habido motivo para ejercer la preferencia, por no haberse presentado acreedor alguno?

Demolombe, XVII, 152, expresa con claridad el pensamiento cuando dice: «en otros términos, si los bienes de la sucesión pasan de un primer heredero á un segundo, de un segundo á un tercero que le sucede á su turno, y así en seguida, los acreedores de cada sucesión tienen el derecho de seguir los bienes de un heredero al otro, y de pedir á cada entrega que se haga á un nuevo heredero, la separación de los patrimonios contra los acreedores de este nuevo heredero».

¿Es imprescriptible la acción mientras los bienes estén en poder del heredero? Así parece desprenderse del contexto del artículo, y lo confirma en parte el art. 4019, n° 5, que la declara tal con relación á *los muebles* que se encuentren en poder del heredero. ¿Y por qué no con relación á los inmuebles? Me parece que hay un error de doctrina que debe corregirse; porque si el presente artículo declara que la acción puede ejercerse mientras los bienes permanezcan en poder del heredero ó de su heredero, quiere decir que no se prescribe. Pero debemos agregar, que si la acción no se prescribe directamente, se prescriben las cosas, quedando extinguida la acción indirectamente.

¿Cuáles son las medidas conservatorias que pueden tomar los acreedores de la sucesión?

Es difícil responder, porque nuestro Código no contiene una disposición como la del art. 2111 del francés, en que autoriza á los acreedores de la sucesión el tomar inscripción sobre los inmuebles de ésta, é impide que los herederos ó representantes del difunto puedan hipotecar dichos bienes antes de los seis meses, en perjuicio de los acreedores ó legatarios de la sucesión. ¿El inventario para hacer constar los bienes, sería una medida conservatoria? No lo creo, porque si usando de la facultad que la ley confiere á todo propietario, hubiera vendido las cosas,

los bienes de la sucesión, deben estar autorizados para tomar las medidas necesarias á ese objeto.

La separación de los patrimonios puede ser demandada en todos los casos que convenga al derecho de los acreedores. Éstos pueden demandar la separación del patrimonio del deudor, del patrimonio del fiador, cuando el deudor ha heredado al fiador; y si el fiador ha heredado al deudor, los acreedores pueden demandar la separación del patrimonio del deudor del patrimonio del fiador (art. 3444); porque si en uno y otro caso la fianza ha desapare-

recibiendo el precio, éste se habría confundido con su propio patrimonio. En mi opinión, el único medio de conservar la preferencia, cuando no pudiera hacerlo efectivo porque su crédito no fuera exigible, sería pedir el embargo preventivo, si las leyes de procedimientos se lo acordaren, ó el embargo del precio de las cosas vendidas que no hubieran sido pagadas. Se puede pedir igualmente fianza por el crédito á cobrar ó una hipoteca sobre los bienes de la sucesión.

Nos encontramos en el mismo caso que en derecho francés respecto de los muebles, en que la ley guarda silencio. «El silencio mismo del legislador, dice Demolombe, nos parece que deja á la doctrina y á la jurisprudencia cierta latitud; y no se debe uno sorprender ni quejarse por esto. En efecto, todo lo que concierne á estas medidas llamadas conservatorias, está con frecuencia subordinado á los hechos particulares y á las circunstancias diversas de cada especie; y es tal vez por este motivo que el legislador se abstiene con frecuencia de reglamentarlas *a priori*, para el más grande interés de todos». Quiere decir, que cuando el legislador autoriza una medida sin determinar el radio de su acción, deja á la doctrina y á la jurisprudencia el fijar en cada caso especial el alcance de la facultad concedida. Queda, pues, al prudente arbitrio de los jueces el conceder las medidas necesarias para la conservación de los derechos que la ley ha querido salvaguardar. — Comp. DURANTON, VII, 484. DUFRESNE, n° 60. DUCARROY, BONNIER y ROUSTAIN, II, 761. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, III, 3148. -- Véanse arts. 3417 y 4019, n° 5.

(**Art. 3444.**) Los términos en que está concebido el artículo son absolutos, y deja en la mano de los acreedores la facultad de pedir la separación de los patrimonios cuando lo juzguen conveniente, como lo esta-

cido por la confusión, se impediría que se opere en perjuicio de los derechos de los acreedores pidiendo la separación.

blece el Cód. Francés, de donde fué tomado. Bastará la creencia de que beneficia á su derecho para que pida la separación; pero esta medida tan absoluta puede ser limitada por el heredero, desinteresándolo por el pago ó asegurándole con un privilegio el crédito que tenga contra la sucesión. Pero, téngase siempre entendido que, siendo la separación de los patrimonios una preferencia concedida á unos acreedores sobre otros, es necesario para ejercerla que haya acreedores del heredero, si no existen ó si éstos no pretenden ser pagados con los bienes de la sucesión, no pueden pedir la separación contra el heredero, porque á éste se le demandará el pago ó las medidas autorizadas por las leyes de procedimiento para asegurarlo, en los casos en que las concedan.

Cuando el heredero hubiese heredado al fiador, para impedir la confusión de los patrimonios, los acreedores del causante de la primera sucesión pueden pedir la separación de los patrimonios, tanto de los bienes propios del heredero, como los de la segunda sucesión; este derecho podrá igualmente ser ejercido por los acreedores del fiador contra los acreedores personales del heredero, y también contra los acreedores de la primera sucesión.

El principio general es el siguiente: los acreedores de una persona fallecida tienen derecho para ser pagados con preferencia sobre los bienes de su deudor, y los acreedores del heredero no pueden alegar esta prelación. Cuando el heredero recibiera otra ú otras sucesiones, los acreedores de cada una de ellas pueden pedir la separación de los patrimonios, contra los acreedores que podríamos llamar extraños á la sucesión. Por esa razón el artículo agrega que, cuando el fiador ha heredado al deudor, los acreedores de éste pueden también pedir la separación del patrimonio de su deudor.

«Supongamos, dice Demolombe, que Ticio haya heredado á la madre; que en seguida hereda al padre, y que haya así confundido en su persona lo que la madre tenía derecho de tomar en los bienes de su marido antes de la partición. ¿ Los acreedores maternos podrían demandar la separación del patrimonio de la madre, del patrimonio del padre contra los acreedores del hijo?... ¡ Eh! Y, ¿ por qué no? A causa de la confusión que se ha operado; pero hemos respondido que esta confusión no era definitiva ni irrevocable, y que la separación de patrimonios podía al contrario dejarla sin efecto ». Por mi parte, creo aún más, que los acreedores del padre, en el caso supuesto, podrían pedir también la separación del patrimonio de la madre para ser pagados con preferencia

El heredero, al aceptar la herencia, ha entendido confundir su propio patrimonio con el de su causante, y si esto no se ha operado con relación á los acreedores de la sucesión, por haberlo éstos solicitado, esa circunstancia no lo libera de las obligaciones contraídas como heredero, por esa razón dice el **art. 3446**: *los acree-*

con los bienes de su deudor.—Comp. DELVIN COURT, II, pág. 56. DALLOZ, *Rec. Alph. Vº Success.*, n° 1403.—Véanse arts. 862 y 863.

(**Art. 3446.**) Los acreedores y legatarios que tienen por garantía los bienes de la sucesión, en los que pueden ejercer un derecho de preferencia contra los acreedores del heredero, adquieren además, por la aceptación de la herencia, un nuevo deudor, contra cuyos bienes pueden ir cuando no consigan el íntegro pago de sus acreencias. Son acreedores del heredero como los personales que tenía al aceptar la herencia, sólo se diferencian en que habiendo prestado á otro tienen preferencia en los bienes de éste. Habría verdadera injusticia que, en este caso, se hubiera pagado á los acreedores personales del heredero con preferencia en los bienes de éste, porque los acreedores del *de cuius* hubieran pedido la separación de patrimonios, usando de un derecho legítimo, como es el de ser pagados con preferencia con los bienes de su deudor; porque el ejercicio de esa preferencia no les quita su calidad de acreedores personales del heredero.

El Dr. Velez Sarsfield en la nota, tomada de Demolombe, nos presenta el estado de la cuestión, que el artículo viene á resolver con arreglo á los principios de la ciencia, que es esta: los acreedores del *de cuius*, que por la aceptación de la herencia lo son del heredero, y pueden venir, en caso de *concurso*, con la parte de sus créditos no pagados ó con la totalidad de ellos, á exigir el pago de los bienes del heredero, sin perder los privilegios que hubieren tenido; porque siendo la misma persona del difunto, sus acreencias han pasado con las mismas garantías y privilegios que hubieran tenido.

El heredero por su aceptación pura y simple, dice Demolombe, viene á ser deudor personal de los acreedores del difunto, y debe en consecuencia permanecer su deudor, á menos que la ley misma no declare que deja de serlo; y como no hay texto alguno que señale tal efecto á la se-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3444.—Cód. Francés, art. 878. — L. 3, Tit. 6, Lib. 42, Dig.—Duranton, tom. 7, n° 474.—Chabot, art. 878, n° 6.—Demolombe nos 149 y 150.—Se dirá que la obligación del fiador ó del deudor se ha extinguido por confusión. La respuesta sería que precisamente la separación de los patrimonios es el remedio á ese mal, y que ella tiene por objeto impedirlo.

dores y legatarios que hubiesen demandado la separación de los patrimonios, conservan el derecho de entrar en concurso sobre los

paración de los patrimonios, y verdaderamente no podía existir, porque la separación se ha creado en el interés de los acreedores del difunto, y no debía ser, como lo dice Pothier, *rétorqué* contra ellos.

Pero téngase presente, que los privilegios que pudieran ejercer los acreedores de la sucesión, concurriendo con los del heredero, sólo pueden tener lugar en el caso de concurso; si no existe no hay lugar á preferencias.

Si los acreedores del heredero lo han ejecutado y se han hecho pagar de los bienes propios de éste, es claro que no pueden sor traídos á juicio por haber usado de un derecho perfecto. ni exigirlos devolución de lo recibido.

Demolombe, XVIII, 220, defiende con muy buenas razones la doctrina consagrada por el artículo.

En cuanto al derecho de los acreedores del heredero para cobrar sus créditos de los bienes de la sucesión es elemental, porque siendo de propiedad de su deudor, y no estando sujetos á privilegio alguno, es claro que pueden ejecutarlos desde que se han confundido con los bienes del heredero.—Cons. los autores citados en la nota del Dr. VELEZ SANSFIELD.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3446.— Sobre la disposición del artículo ha habido una cuestión que ha dividido á los jurisconsultos romanos y á los jurisconsultos modernos en tres opiniones diversas. La primera enseña que los acreedores del difunto no tienen acción contra los bienes del heredero, en razón de haber dejado de tener al heredero por deudor. Tal era la opinión de Ulpiano y Paulo, *recesserunt á persona heredis*. L. 1, § 17, y L. 5. Dig. *De separat*.

Por la segunda, los acreedores del difunto, después de haber demandado la separación de los patrimonios, pueden, en caso de insuficiencia de los bienes de la sucesión, hacerse pagar con los bienes personales del heredero, pero bajo la condición de que los acreedores personales del heredero fuesen primero pagados sobre estos bienes. Esta es la opinión de Papiniano. *Si proprii creditores heredis fuerint dimissi*. L. 3, Dig., *eod.*, y la siguen, Pothier. *Success.*, cap. 5, art. 4.—Domat, *Loi civile*, Lib. 3, Tit. 2, Secc. 1, n° 9.—Marcadé, sobre el art. 880, n° 6.—Maleville, sobre el art. 878.

La tercera opinión es la que hemos aceptado, y es la que forma el artículo. El heredero por su aceptación pura y simple, viene á ser deudor personal de los acreedores del difunto, como lo es de sus acreedores personales. Por lo tanto, unos y otros acreedores del difunto, legatarios ó acreedores particulares del heredero, pueden venir á concurso sobre los bienes del heredero obligado á unos y á otros. Se invoca la equidad, la reciprocidad; mas la reciprocidad, ¿qué otra cosa sería sino la pérdida para los acreedores del difunto del derecho

bienes personales del heredero con los acreedores particulares de éste, y aun con preferencia á ellos, en el caso en que la calidad de sus créditos los hiciere preferibles. Y los acreedores del heredero conservan sus derechos sobre lo que reste de los bienes de la sucesión, después de pagados los créditos del difunto; porque la separación de patrimonios tenía por único objeto el pago de esas acreencias; una vez extinguidas, todos esos bienes entran á formar parte del patrimonio del heredero.

La separación de los patrimonios crea á favor de los acreedores del difunto, un derecho de preferencia en los bienes hereditarios, sobre todo acreedor del heredero de cualquier clase que sea (art. 3445); preferencia que no es por cierto un privilegio, por-

(Art. 3445.) El presente artículo viene á confirmar la tesis sostenida por mí, de que sólo se acuerda el derecho de pedir la separación á los acreedores del *de cujus* contra los del heredero, y que no se puede deducirla contra el mismo heredero, como se insinúa al final de la nota 3433, del Dr. Volez-Sarsfield. En efecto, si el objeto de la separación de los patrimonios es acordar preferencia á los acreedores en los bienes hereditarios, contra los acreedores del heredero; si no los tiene, ó si teniéndolos éstos no pretenden que se les pague con los bienes de la sucesión, ¿qué objeto tendría la separación de los patrimonios? ¿Por las deudas que pudiera contraer en adelante? Pero siempre serían acreedores personales del heredero, y ese derecho podría ejercerse cuando pretendiesen pagarse con los bienes de la sucesión.

Este artículo viene igualmente á confirmar la teoría que he sostenido, de que la petición de separación de patrimonios no es ni una inhibición, ni importa un embargo al heredero, ni lo inhabilita para enajenar los bienes que ha recibido y que son de su propiedad. Porque si la separación de los patrimonios sólo importa conceder un derecho de *preferencia* entre diversos acreedores, ¿de dónde se saca la prohibición de enajenar? ¿Por qué se le incapacitaría para disponer de lo que es suyo, por el solo hecho de existir acreedores personales, y de que los tenga la suca-

que les da la aceptación pura y simple de la sucesión hecha por el heredero, y un privilegio á los acreedores particulares de éste sobre sus bienes? Demolombe, tom. 17, desde el n° 220, sostiene perfectamente la resolución que damos, y responde á todas las objeciones. Conforme con el artículo, Zachariae, § 385, n° 23.—Aubry y Rau, § 619, letra C.—Chabot, sobre el art. 878, n° 13.—Toullier, tom. 4, n° 548. — Merlin, *Repert. verb. separat.*, § 5, n° 6. — Duranton, tom. 7, nos 500 y 501. — Malpel, *Success.*, nos 2 y 18. — Vazeille, art. 878, n° 7.

que cuando los bienes de la sucesión no alcanzaren, concurrirá con los demás acreedores del heredero y en la clase que su acreencia lo colocara.

sión, si éstos piden la separación? La separación sería entonces contra el heredero para inhabilitarlo de disponer de sus bienes, y no una preferencia entre acreedores; se desnaturalizaría el objeto de la acción y se cambiarían las personas contra quienes la ley da esa preferencia.

Por nuestra legislación, los acreedores de la sucesión no tienen medio alguno especial, como en la francesa, para defenderse contra el heredero que puede enajenar los bienes de la sucesión; no pueden tomar una inscripción sobre los inmuebles de la sucesión para asegurar sus créditos, lo que me parece más conforme con la naturaleza de las estipulaciones contraídas por el *de cuius*. En efecto, ¿por qué, si los acreedores del difunto no podían impedirle la enajenación de sus bienes, ni que los gravase en seguridad de otros créditos, por su muerte vendrían á crearse un derecho contra su heredero que lo representa? Este derecho que se pretende ejercer contra el heredero, ¿está acaso sobreentendido en la estipulación hecha por el *de cuius*? No, seguramente, y los que sostienen la teoría contraria tienen que crearlo, por medio de razonamientos sin consistencia. Las incapacidades sólo vienen de la ley, como las prohibiciones, porque restringiendo la natural libertad del individuo son odiosas, y deben aplicarse sólo cuando la ley las haya creado. La máxima constitucional, de que nadie puede ser privado de lo que la ley no prohíbe, es de estricta aplicación en este caso. El acreedor, por el solo hecho de morir su deudor, no se ha creado un derecho más extenso del que gozaba.

Así, en mi opinión, los acreedores de la sucesión sólo tienen los medios ordinarios para hacerse pagar sus créditos contra el heredero, y pueden tomar contra él las medidas conservatorias de sus derechos, buscándolas en las leyes de procedimiento de cada provincia, ó en el prudente arbitrio de los jueces, como lo dijimos en el comentario al art. 3443.

Si el heredero ha vendido ó gravado los bienes de la sucesión, después de haber pedido la separación de patrimonios alguno de los acreedores, esos actos serán válidos, si no hay confabulación con el objeto de defraudar á los acreedores. Pero si la hipoteca fuera constituída en favor de uno ó alguno de los acreedores personales del heredero, perjudicando al que hubiese pedido la separación de los patrimonios, el acto no sería válido contra el que la pidió, aunque sí para los demás: porque el heredero no puede por su propia voluntad crear á su acreedor personal un privilegio sobre el acreedor de la sucesión que pidió la separación.

El derecho de los acreedores de la sucesión á demandar la separación de los patrimonios, no puede ser ejercido cuando ellos han aceptado al heredero por deudor, abandonando los títulos conferidos por el difunto (art. 3447); es decir, aceptando otros

Pero si bien es cierto que los acreedores de la sucesión tienen un derecho que no admite más limitación que su propio criterio, y pueden pedir la separación de los patrimonios, también lo es que para anular las hipotecas otorgadas por el heredero después de la demanda de separación, es necesario que demuestren el perjuicio que reciben, pues si se probase por el hipotecario que hay bienes suficientes para pagar el crédito, desaparecería la razón de la anulación.

No creo, como algunos, que nuestro Código se resienta en esta parte de falta de reglamentación, porque atendiendo á la naturaleza de los contratos celebrados por el *de cuius*, no ha sido la mente de los contratantes que, en caso de muerte, hayan de transformarse los derechos que ambos han adquirido; basta para los objetos que se han tenido en vista, el conceder á los acreedores el derecho de pedir medidas preventivas para asegurar el pago de sus créditos, aún antes de pedir la separación de los patrimonios, como lo hace el art. 3443.

La separación de los patrimonios sólo aprovecha al que la ha pedido; porque no se puede suponer mandato tácito entre personas que tal vez no se conocen, en que cada uno obra por su propio derecho con completa independencia. Ni aun se podría suponer la gestión de negocios, porque es una conciliación esencial para que exista, que el gerente se proponga hacer el negocio de otro y obligarlo virtualmente, art. 2289; mientras en el presente caso ha hecho su propio negocio sin consideración á otra persona; por consiguiente, el pedido de separación de patrimonios para gozar de la preferencia acordada por la ley de ser pagado con los bienes de la sucesión, aprovecha únicamente al que lo pidió; pero como dice Demolombe, nada se opone á que todos los acreedores y legatarios, ó á que muchos de entre ellos se reúnan y se convengan en pedirlo juntamente.—Comp. DEMANTE, III, 219 *bis*, I. DURANTON, VII, 469. GRENIER, *Hipotecas*, II, 432. MERLIN, *Rep. 1º Sep. de patr.*, § 2, nº 4. LAURENT, X, 55.

(**Art. 3447.**) Si alguna vez la nota puesta por el Dr. Velez-Sarsfield puede servir de un comentario, el más autorizado, es en el presente caso, en que indica el alcance que ha querido darle al artículo. Su objeto fué

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3445. — Demolombe, tom. 17, nº 208. L. I, § 16, Tit. 6, Lib. 42, Dig.

nuevos, como si hubieran admitido novaciones ó celebrado arre-glos particulares con el heredero; pero *no porque el acreedor re-*

corregir la deficiencia notada por los comentadores franceses al explicar el art. 879 del Cód. Civil Francés, que hace perder el derecho á los acreedores de la herencia, para pedir la separación de patrimonios, en caso de novación, entrando en seguida á estudiar lo que se entiende por novación en su acepción técnica, y cuando se entenderá que existe, de modo que prive al acreedor de pedir la separación; estudiando en seguida los casos en que se considera que el acreedor del difunto ha aceptado por deudor al heredero, como sería cuando hubiera seguido una ejecución sobre los bienes personales del deudor, ó si hubiere aceptado una prenda, fianza ó hipoteca y muchos otros casos. Pues bien, el Dr. Veíez-Sarsfield quiso salvar todas estas dificultades reduciendo á un solo caso, los diversos propuestos por los jurisconsultos, y dijo: «le hemos agregado al mismo artículo del Cód. Francés la condición «abandonando los títulos conferidos por el difunto»; de modo que cualquiera modificación que se hiciera, si no tenía por base el abandono de los primeros títulos, no era bastante para privar al acreedor del beneficio de la separación. Y para que no ofreciera duda alguna, cortando para siempre toda discusión, agregó: «la novación que impide la separación de los patrimonios *no puede resultar sino del abandono de los títulos conferidos por el difunto*», de modo que cualquier acto por claro que fuera en que renunciara al parecer á la facultad de pedir la separación no tendría valor, si el acreedor conservara el mismo título del difunto, y es en virtud de él que viniera á cobrar. ¿Y si renunciara expresamente al beneficio de la separación? Esa renuncia podría valer según los casos; pero no importaría una novación en el sentido del Código, si no abandonó el título anterior y puede cobrarlo, fundándose en él.

No hay, ni puede haber otra novación para que el acreedor pierda el derecho de pedir la separación, que el abandono ó cambio completo del primitivo crédito por otro nuevo. No se trata de que los magistrados aprecien, si el acto importa ó no una novación, porque la ley no ha dejado á su arbitrio el decidir el asunto, desde que ha puesto un límite á su facultad de apreciar, y el juez no puede decir que hay novación y pérdida del beneficio de la separación, cuando no existe abandono del crédito. Es tan limitativo el artículo al sólo caso de abandono, que la nota lo completa, por decirlo así.

Se dice, si no hubiera otra clase de aceptación del heredero por deudor que la indicada, no tendría objeto el art. 3448. No me parece un argumento serio; porque no es la primera vez que estas repeticiones ó acla-

ciba del heredero los intereses vencidos de su crédito, se juzga que por esto se ha aceptado al heredero por deudor (art. 3448), pues

raciones tienen lugar en nuestro Código, y una explicación para decidir cuestiones debatidas, puede estar de más, pero no autorizaría á dar una interpretación contraria al texto y á la nota explicativa. Pero son cuestiones de poca importancia, porque rarísima vez tendrán aplicación práctica.

Se entiende que el abandono no es la entrega material del título, porque éste puede destruirse, ó porque puede quedar en mano del mismo acreedor inutilizado por la novación que lo deje sin efecto. Se juzga abandonado cuando no puede usar de él para el cobro de la cantidad debida por haberlo substituído por otro.—Comp. DEMOLOMBE, XVII, 155 á 169.—Véanse arts. 801, 812 y 3448.

(**Art. 3448.**) El Dr. Velez-Sarsfield, sin apercibirse, tal vez, que por el artículo anterior, dejaba resuelta la cuestión sobre la novación, limitando al único caso en que tendría lugar, y es por el abandono de título del deudor, toma de Chabot el fallo de la Corte de París, donde se decidió que no importaba novación, cuando el acreedor recibía del heredero el pago de los intereses, confirmando así, como muy bien lo observa el Dr. Segovia, «que la única novación posible es la que resulta del cambio de obligación», con la diferencia que este autor sostiene que ese cambio puede hacerse de otro modo que por el abandono del título, creyendo que ese modo de hacer la novación se trae por vía de ejemplo, lo que en mi opinión volvería á suscitar las dudas que el artículo vino á resolver, como lo demuestro en la nota anterior. No hay otra novación que haga perder el beneficio de la separación, que la operada por el abandono del título. Chabot, agrega: «se puede concluir también, que el acreedor no ha tenido voluntad de hacer novación y de aceptar al heredero por deudor, cuando le ha acordado plazos para el pago»; pero todas estas cuestiones quedan resueltas por el artículo anterior, que sólo admite la novación que tiene por base el abandono del título. Así, no habrá tampoco novación por el recibo de pagos parciales, ni cuando acepta una garantía real ó personal teniendo como fundamento la misma acreencia, ni cuando pide se le dé una colocación actual en la distribución de los bienes del heredero, porque conserva siempre su crédito, que no lo ha cambiado ni abandonado.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3447.—Nuestro artículo es igual al art. 879 del Cód. Francés, pero le hemos agregado la condición, *abandonando los títulos conferidos por el difunto*. Hay inconsecuencia en el artículo del Cód. Francés,

debe resultar claramente la aceptación, que en muchos casos será una cuestión de hecho.

pues que por una parte hace al heredero deudor, y por la otra hace resultar la novación de la aceptación del heredero por deudor. Esa aceptación no es ni la substitución de una deuda nueva á una deuda antigua, ni substitución del acreedor, ni cambio de deudor, pues que el heredero es el representante del difunto, y por este título el derecho lo juzga deudor. La novación que impide la separación de los patrimonios, no puede resultar sino del abandono de los títulos conferidos por el difunto, es decir, abandonando el acreedor sus antiguos derechos para obtener del heredero una nueva obligación. Este era el caso de la novación por la L. 1, Dig. *De separat.* — Véase Vazeille, art. 579, n.º 1.—Malpel, *Success.*, n.º 217.—Toullier, tom. 7, n.º 283.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3448. — L. 7. Tit. 6, Lib. 12, Dig.—Chabot, sobre el art. 879, n.º 4.

TITULO VI

DE LA DIVISIÓN DE LA HERENCIA

CAPÍTULO PRIMERO

DEL ESTADO DE INDIVISIÓN

§ 950. -- DERECHOS DEL HEREDERO EN LA INDIVISIÓN

Los herederos que suceden al difunto en todos sus derechos, se encuentran, por una ficción necesaria, en una posición excepcional, cada uno de ellos representa á su causante, y todos conjuntamente, también tienen la representación, lo que parece á primera vista contradictorio; pero se explica por la naturaleza de las funciones, de que cada uno y todos juntos están investidos por la ley.

Hay una especie de condominio, que no es en realidad verdadero, como lo hicimos notar en los arts. 2679 y 2695, porque el condómino no es propietario del todo, como puede serlo el heredero, aun con relación á sus coherederos que han renunciado, ó que no se presentasen á ejercer sus derechos; de ahí ha nacido la necesidad de considerar á cada uno de los herederos como representante del difunto, porque no hay parte alguna de la herencia en la que el heredero pueda decir, con verdad, ésta me pertenece; todo queda sujeto á la partición; su derecho se extiende á la totalidad de la herencia mientras la división no se haya operado, por eso dice el **art. 3449**: *si hay varios herederos de una sucesión*,

(**Art. 3449.**) Es necesario tener presente, que el artículo habla de la posesión de la herencia obtenida por algunos herederos y que aprovecha

la posesión de la herencia por algunos de ellos, aprovecha á los otros; porque cada uno se considera como representante del difunto hasta

á los demás, por la naturaleza indivisible de ella. Así, cuando el causante de una sucesión ha comenzado á prescribir una cosa contra terceros, y á su fallecimiento sólo uno de los cuatro herederos, que ha dejado, pidió y fué puesto en posesión de la herencia, esa posesión aprovecha á los otros para la prescripción, aunque haya sido puesto como si fuera el único heredero; cuando los otros se presentaren y fueren reconocidos, no se les puede alegar que ellos no han prescripto, porque no tuvieron la posesión.

Nuestro Código, siguiendo las ideas de los otros Códigos europeos, y las de sus comentadores, ha dado tal fuerza á la ficción de que el heredero sucede inmediatamente al difunto, aunque ignorase la muerte de su autor, que la ha llevado hasta sus más remotas consecuencias. ¿Por qué no partir de la verdad, dejando el autojadizo camino de las ficciones, que se explicaban en el derecho romano, pero que no tienen razón de ser en nuestra actual civilización? Aspirando á la reforma de una legislación que se hace antigua, expliquemos el alcance del artículo.

Cuando se dice, la posesión de uno de los herederos aprovecha á los demás coherederos, se parte de esta presunción, que el heredero poseedor tiene la cosa á título propio en la parte que le corresponde, y en lo demás á título de precario para sus coherederos; pero si esto puede ser cierto para los terceros extraños á la sucesión, quienes no tienen derecho para negarla, no lo es seguramente para los mismos herederos; porque el poseedor á título único, puede prescribir los bienes de la sucesión por la posesión de treinta años que dura la acción para pedir la división de la herencia. En el comentario al art. 3416, del que el presente es un corolario, expusimos la doctrina que se aplica á este caso.

Se habla en el presente artículo de la posesión que *aprovecha* á los demás herederos, porque estando indivisa la herencia, no se puede decir que uno sólo posea su parte; esta posesión en nada influye para que los demás herederos no la pidan, ó no soliciten el reconocimiento de su carácter hereditario, de cuyas formalidades legales no están dispensados.

Pero si uno sólo de los herederos conserva activamente los derechos de su causante con relación á sus coherederos, ¿se puede decir igual cosa con relación á los terceros poseedores de algún bien hereditario y que pretenden adquirirlo por la prescripción? ¿Pueden proscribirlo contra unos y no contra los otros? Por ejemplo, el que ha comprado de buena fe un bien raíz de la sucesión, si el heredero que estuvo ausente de la provincia lo reivindica á los quince años, ¿podrá aprovechar esa

que la partición haya venido á determinar lo que le corresponde. Y la ficción ha debido continuar, porque una vez que se ha

reclamación al heredero que estuvo presente, para quien la acción estaba prescripta? No es sin duda la oportunidad de estudiar esta cuestión sobre la propiedad de la cosa, tratándose en este artículo de la posesión; pero como ésta conduce por la prescripción á la adquisición, conviene examinarla, aunque sea de paso.

La naturaleza de las acciones hereditarias, tales como las concede nuestro Código, no permiten hacer estas diferencias, en cuanto á la petición de herencia que tiene por objeto una universalidad jurídica, cuando la acción lleva el fin de excluir totalmente al poseedor; pero no así en los casos en que es coheredero y sólo pide su parte en la sucesión, ó cuando se reivindica algún bien particular, ó cuando se trata de acciones conservatorias en que sólo puede ejercerlas, hasta la concurrencia de su parte.

Examinemos. La acción de petición de herencia es indivisible, y deducida por uno de los herederos, aprovecha á los demás, cuando se trata de excluir al poseedor; pero la de reivindicación que se deduce contra un extraño para reclamar una cosa material determinada, debería únicamente tener por objeto hacer reconocer el derecho reclamado, no en su totalidad, sino hasta la concurrencia de su parte, porque ese es su interés, que limita el radio de su acción. ¿Por qué reclamaria lo que á otros pertenece? Sin embargo, el art. 3450 dice lo contrario, y con razón, porque ese bien puede pertenecer al reclamante en su totalidad. En la petición de herencia se comprende perfectamente, que ese derecho no reclamado por su coheredero ó por el heredero que lo excluye, coloque al reivindicante en aptitud de hacer suya toda la herencia, y el demandado no puede alegar que hay otros herederos que lo excluyen, ó que deben concurrir con él en la sucesión, pues por su inacción ó silencio el demandante está autorizado á ejercer esas acciones. En la reivindicación sucedería lo mismo, pues el reivindicante, en ausencia de los demás herederos ó por su inacción, reivindica la totalidad como si fuera único heredero, sin que el tercero pueda limitar su acción, aunque tiene derecho para exigir la concurrencia de los demás herederos, y hacer valer contra ellos separadamente las excepciones que tuvieron; de donde resulta que si los otros herederos lo han perdido por la prescripción, ó han enajenado su parte al mismo adquirente, el reivindicante no podrá pretender esa parte. Así, en la hipótesis que estudiamos, el ausente puede hacerse reconocer en sus derechos y triunfar en el juicio por la parte que le corresponde, y los presentes ser vencidos: la acción de unos y

operado la adjudicación, la ley lo hace suceder en la cosa, como si él únicamente la hubiera tenido directamente de su causante.

Cuando un bien de la sucesión fuera detentado por un tercero, dice el **art. 3450**, 1ª parte: *cada heredero, en el estado de indivisión, puede reivindicar contra terceros detentadores los inmuebles de la herencia*, porque puede pertenecerle en la división en su totalidad, y la ley lo ha investido de un derecho perfecto; mas el demandado puede hacer citar á los demás herederos, á fin de que la sentencia tenga contra ellos, el carácter de la cosa juzgada. Pero este derecho completo con la relación á la reivindicación, sólo puede *ejercerse hasta la concurrencia de su parte* (respecto de) *las acciones que tengan por fin conservar sus derechos en los bienes hereditarios, sujeto todo al resultado de la partición* (**art. 3450**, últ. parte); porque con respecto á las acciones que cada uno pu-

otros es independiente. Por eso hay inexactitud en sostener que «mientras dura la indivisión, los terceros, poseyendo una parte de la herencia, no pueden prescribir los objetos particulares respecto á tal ó cual heredero que no ha entrado en posesión; ó prescriben contra todos los herederos, ó no prescriben», como lo afirma el Dr. Llerena; porque si se trata de un bien raíz y la prescripción ha estado suspendida contra el menor, ese beneficio es personal y no alcanza al condómino mayor. La parte indivisa no se prescribe en realidad, porque está indeterminada; pero se prescribe la acción para reclamarla, lo que da el mismo resultado. ¿Por qué razón el heredero presente, que ha perdido su acción para reivindicar, la volvería á adquirir porque el ausente reivindicase la propiedad? ¿Y cómo podría hacerlo por el todo, cuando sólo tiene una parte? Otra cosa sería tratándose de la *posesión* á que el artículo se refiere.

Siendo la posesión un hecho indivisible, cualquiera de los herederos que posea la cosa, conserva el derecho de los demás y viceversa, la posesión de los terceros, de cosas hereditarias, perjudica á todos los herederos.— Véanse arts. 3411, 3416, 3424 y 3460.

(**Art. 3450.**) Este artículo ha dado lugar á controversias y críticas,

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3449. — Demolombe, tom. 15, n° 483.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3449.—La indivisión no importa posesión en comunidad de los bienes testamentarios, siempre que los albaceas ó representantes de la testamentaria reconozcan poseer y obren á nombre del adquirente ó cesionarios de los herederos.—Jur. Civ., IV, 342, Sér. 4ª.

diera deducir, se debe dejar á cada heredero el derecho de conservarlas buscando los medios legales necesarios.

porque en general, para reivindicar una cosa, se necesitan estas condiciones: 1º, que haya una cosa material y esté determinada; 2º, que el reivindicante haya estado en posesión de ella y la haya perdido; 3º, que no se reivindicán los derechos, sino las cosas.

¿Cómo es que cada heredero en el estado de indivisión puede reivindicar contra terceros los inmuebles de la sucesión? ¿Y cómo esta facultad puede sólo extenderse hasta la concurrencia de su parte en la herencia, tratándose de las acciones conservatorias de los derechos? ¿Qué es lo que se reivindicá, en realidad, sus derechos, ó una parte determinada de la cosa, ó ésta en su totalidad?

Para resolver estas cuestiones, necesitamos recordar los principios establecidos por el Código sobre esta materia, á fin de llegar á las consecuencias lógicas que de ellos fluyen.

El heredero, por el hecho de aceptar la herencia dejada por el *de cuius*, lo reemplaza sin intervalo de tiempo y aun ignorándolo, entrando en posesión de todos sus derechos activos y pasivos, si es descendiente ó ascendiente y está en la provincia donde ocurrió el fallecimiento. En este sentido, dice el art. 3416, que «cuando muchas personas son llamadas á la sucesión, cada una tiene los derechos del autor de una manera indivisible, en cuanto á la propiedad y en cuanto á la posesión»; pero este principio no se debe tomar de una manera absoluta, porque, como veremos más adelante, sólo puede tener lugar en determinados casos. El principio es de una aplicación estricta, cuando se trata de reclamar la herencia detentada por otros que se dicen herederos. Como la petición de herencia tiene por objeto la universalidad jurídica, y se da contra los herederos, de ahí es que el art. 3424 autoriza al heredero de grado más próximo á reclamarla por el todo, porque su pretensión es de excluirlo, y niega al poseedor el derecho de alegar la existencia de otros herederos de grado más próximo; pero la demanda queda reducida al reconocimiento de su derecho hereditario, cuando el poseedor es coheredero del demandante.

También cada uno de los herederos, como sucesor del difunto, tiene la posesión de los bienes hereditarios, y esa posesión aprovecha á los demás coherederos; en la misma calidad tiene una parte proporcional en todos y cada uno de los bienes de la sucesión, estando sujeto al resultado de la partición.

La parte de cada heredero en los bienes de la sucesión está idealmente determinada, y sólo viene á ser materialmente fijada después de

Cada uno de los herederos tiene una parte ideal en la herencia, sujeto al resultado de la división; y como no se puede sa-

la partición. De modo que este derecho, que la naturaleza de la sucesión le acuerda en cada cosa de la herencia, viene á desaparecer de cada una de ellas, para concentrarse en tales ó cuales cosas que le sean adjudicadas, llevando la ficción hasta suponer que el derecho lo tiene exclusiva é inmediatamente del difunto y no de sus coherederos, art. 3503; para falsearlo en seguida en el art. 3505, haciéndolos eviccionarse los objetos recibidos. Es que la ficción no puede llevarse hasta sus últimas consecuencias, sin perjudicar la causa de la justicia.

El heredero, en el estado de indivisión, dice el artículo, puede reivindicar contra terceros detentadores los inmuebles de la sucesión; pero si la reivindicación no tiene por objeto todo el inmueble ó una parte determinada, la acción no sería en realidad de reivindicación. En efecto, ¿qué es lo que se reivindica? No es la cosa en su totalidad, desde que hay otros herederos que también la pretenden; no es tampoco una parte materialmente determinada, desde que la tercera ó cuarta parte de la cosa no es una determinación. En verdad que la reivindicación en este caso quedaría reducida al reconocimiento del derecho que como heredero pretende tener; pero los derechos no se reivindican en el sentido técnico de esta expresión, se demandan ó se pide su reconocimiento. Así es que la palabra reivindicación empleada por el artículo, debe ser tomada en el sentido de reclamación total de la cosa; si otros concurrieran, sería de reconocimiento del derecho que como á heredero le corresponde. Y, cuando el art. 2761 dice: «son reivindicables las partes ideales de los muebles é inmuebles por cada uno de los condóminos, contra cada uno de los coposeedores», no tiene otro alcance que el reconocimiento de su derecho, pues á eso se reduce la reivindicación, mientras esta acción en el sentido estricto debe tener por objeto la devolución de una cosa material determinada que otro posee sin derecho. Sólo se reivindican las cosas materiales determinadas, no los derechos.

La expresión del artículo, al usar de la palabra reivindicación, está conforme con el primer párrafo de la nota, tomada de Aubry y Rau, § 620, nota 2ª, donde estos autores admiten la reivindicación de una parte ideal del inmueble, con tal «que tenga por fin el que se le reconozca su derecho indiviso de copropiedad contra el tercer detentador»; mientras en la segunda parte de la nota, tomada de Massé y Vergor, anotadores de Zachariae, se pone en duda el derecho de reivindicar por una acción individual antes de la partición, sosteniendo que el derecho del heredero no se convierte en real y efectivo sino por el resultado de

ber cual será esa parte, que se extiende en cada una de las cosas y derechos de que está formada la sucesión, resulta de ahí, como

la partición, pues mientras ésta no ha tenido lugar el heredero no puede decir «esta parte es mía»; lo que es cierto; pero esto no le impedirá deducir una acción de reconocimiento de ese derecho. Es una cuestión de palabras sin importancia, en que sin duda alguna no está tomada, en el caso que suponemos, en su sentido técnico la palabra *reivindicación*, sino la de reclamación, reconocimiento, acción de copropiedad, que significan el objeto que el demandante se propone. ¿Cómo, por otra parte, se podría llegar á la partición que fija y determina los bienes que á cada heredero les corresponde, si no damos á cada uno de éstos una acción para que se les reconozca sus derechos? En el caso propuesto por la nota, de tres sucesores, uno de los cuales posee el bien hereditario, si cada uno de los otros no tuviera una acción para hacer reconocer su derecho, ¿cómo llegarían á la partición y tomarían parte en ella? Así, en este caso, creo con Massé y Verger, que no tienen realmente una acción reivindicatoria, sino una que podríamos llamar de copropiedad ó reconocimiento de su derecho en la cosa, porque varios la reclaman y se puede desinteresar al uno reconociéndole su parte, y rechazar al otro alegando excepciones.

¿Qué sucedería cuando el heredero reclamase toda la cosa y el poseedor demostrase que el reclamante no es heredero, porque hay otro que lo excluye? Como se parte del principio de que el demandante ha sido puesto en posesión de la herencia, reconociéndole su carácter de tal, el demandado no podría defenderse, asumiendo una representación que nadie le ha confiado, ni que autoridad alguna ha reconocido; se le aplicaría entonces el art. 3424, que autoriza al heredero de grado más remoto á pedir la posesión de la herencia por inacción ó ausencia de los más próximos, á quienes se considera, con justa razón, como renunciantes.

Y, ¿qué decidiríamos cuando el demandado demostrase que el heredero reclamante tiene otros coherederos? ¿Se podría desinteresarlo reconociéndole su parte? Debemos distinguir: si los coherederos se han presentado y fueron reconocidos en ese carácter, la acción del reclamante se limitará al reconocimiento de su derecho de copropiedad en el inmueble; si autoridad alguna los ha reconocido, si no se han presentado aceptando la herencia, no pueden ser reconocidos, y el poseedor deberá entregar todo el inmueble. El artículo habla de los herederos reconocidos que permanecen en indivisión, y si bien es cierto que tienen iguales derechos los que no se presentaron, es necesario que primero obtengan el reconocimiento, aunque pueden hacerlo en el mismo juicio.

una consecuencia necesaria, que no se pueda atribuir á uno solo la administración, y que *ninguno de los herederos tenga el poder*

Si el mismo heredero demandante reconociere que tiene otros coherederos, á quienes reserva sus derechos para cuando se presentaren á ejercerlos, el demandado puede obligarlo á que manifieste quiénes son, y cuál sea su número, expresando si son ascendientes ó descendientes que no necesiten pedir la posesión de la herencia, y en caso de negativa, puede demostrar que lo son realmente y que han aceptado la herencia, entonces reducirá la acción de reivindicación al reconocimiento de la copropiedad, hasta la concurrencia de su parte en la herencia.

Pero en todas estas reclamaciones tan frecuentes en nuestros tribunales, debe tenerse presente que la posesión de la herencia, ó sea el justificativo ante la autoridad correspondiente de su calidad de heredero, precederá á cualquier reclamación ó acción reivindicatoria, porque ese será el título excluyente de su demanda. Si hubiere otros herederos de un grado más próximo, ó del mismo grado, que no se hubieren presentado reclamando la herencia, se aplicará el art. 3428, que autoriza á los parientes más lejanos para tomar posesión de ella por la inacción de los del mismo grado ó de los más próximos, y por consiguiente el tenedor de la cosa reivindicada no podrá alegar que hay parientes del mismo grado ó más próximos que lo excluyan, á menos de demostrar que éstos han sido reconocidos, ó que han aceptado la herencia. El hecho de existir otros parientes no es un obstáculo á la demanda de reivindicación, desde que el reclamante haya sido reconocido en su calidad de heredero único; esta declaración no puede destruirse sino por una reclamación de los excluidos indebidamente.

Cuando la acción de reivindicación, ó de reconocimiento, como la llamamos en ciertos casos, se ha deducido entre los herederos ó las personas que de ellos tengan su derecho, una vez que se haya decidido, y reconocida la copropiedad, quedará sujeta al resultado de la partición que la fijará definitivamente, diciendo cuáles son los bienes que el heredero ha recibido del difunto, en virtud de sus derechos reconocidos. La partición, como hecho posterior, tiene por base el reconocimiento de los derechos de heredero, y los confirma definitivamente.—Comp. LAURENT, X, 213 y 214. HUREAUX, III, 142 y sig. — Véanse arts. 2489, 2676, 2679, 2761, 3416, 3418, 3421, 3423, 3449 y 3489.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3450.—Zachariae, § 387.—Aubry y Rau, § 620.—Demolombe, tom. 15, n° 481.—Proudhon, *Usufructo*, tom. 2, pág. 678.—No puede oponerse al derecho de reivindicar las cosas hereditarias por uno solo de los herederos, el que la acción de reivindicación tiende principalmente

de administrar los intereses de la sucesión (art. 3451, 1ª parte), porque cada uno tiene un derecho semejante, que desaparecería si

(Art. 3451.) Se debe tener presente que la comunidad proveniente de la indivisión, es una comunidad forzada, establecida por la ley en vista del interés de todos los herederos, y por la misma naturaleza del derecho sucesorio, pues si todos representan al difunto y adquieren sus derechos y obligaciones, quiere decir que las cosas dejadas por éste les pertenecen necesariamente proindiviso, hasta el momento en que la partición venga á dar á cada uno lo que le corresponde.

Por ser necesaria la comunidad, se distingue en sus efectos de la

á la entrega de la cosa reivindicada, y que una parte ideal como la del heredero no puede ser entregada, pues aunque esa parte ideal fuese el objeto principal de la acción de reivindicación, basta para ser admitida la acción del heredero, que tenga por fin el que se le reconozca su derecho indiviso de propiedad contra el tercer detentador.

Cuando decimos *sujeito todo al resultado de la partición*, es para limitar el efecto de la reivindicación á la parte que la división de la herencia adjudique al heredero. Si quedan tres sucesores, por ejemplo, el heredero tal vez creeria que puede reivindicar la tercera parte de la finca, y ser tenido por comunero en la tercera parte del inmueble. Su derecho no se convierte en propiedad real y efectiva sino por la partición, la cual determina los bienes y la parte de ellos que corresponde á cada heredero. La partición debe ser precedida de una liquidación de lo que deban los mismos herederos, de lo que hubiesen ya recibido, etc. No hay parte alguna de la herencia de la cual el heredero pueda decir: esta es mía. ¿Cómo se admitiría antes de la partición una acción individual de propiedad respecto de terceros?

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 3450.—En el caso de una acción de condominio en que cada uno de los partícipes puede ejercitarla por el todo y ninguno de ellos puede reivindicar individualmente una parte, tiene necesariamente aplicación el art. 1º de la ley de 14 de Septiembre de 1863, que en caso de una acción ú obligación solidaria exige, para establecer la competencia nacional, que cada uno de los demandantes ó de los demandados tengan individualmente el derecho de demandar ó ser demandado ante los tribunales nacionales.—XIII, 407.

Fallos de la Cam. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3450.—Cualquiera de los herederos ó sus representantes, tiene derecho á ejercer la reivindicación contra terceros detentadores de la herencia sin obligación de justificar que es el único.—Jur. Civ., I, 523, Sér. 2º.

Si bien el comprador que no ha tenido la posesión, no puede ejercer derechos reivindicatorios, la acción es procedente, como cesionario de los derechos del vendedor.—Jur. Civ., IV, 275, Sér. 3º.

El heredero que acepta la herencia, carece de acción para reivindicar de los terceros á título de condómino, los bienes que su causante hubiese enajenado sin llenar los requisitos exigidos en caso de existir condominio entre el padre y sus hijos menores.—Jur. Civ., III, 200, Sér. 2º.

atribuyéramos á uno sólo esa administración; de ahí es que, *la decisión y los actos del mayor número, no obligan á los otros*

creada por la libre voluntad de los contratantes, en que, con razón, se ha debido suponer una especie de autorización que los unos se dan á los otros para obrar en bien de todos, sujetando sus decisiones á la mayoría de intereses. Por eso no estoy conforme con los que opinan que habría sido conveniente establecer una disposición análoga á la del art. 2700, facultando á la mayoría para decidir sobre el modo de administrar los bienes. ¿Por qué imponer, también, una administración forzada á individuos que no se han unido voluntariamente?

Cada heredero debe conservar y conserva una libertad compatible con la comunidad forzada, y las decisiones de la mayoría de estos asociados ocasionales, que no se han elegido, y que tal vez no se conocen, no deben obligarlos.

Las cuestiones que el juez debe decidir, son las que versaren sobre las diferencias ocurridas entre los condóminos relativas á la administración; como si se quisieran alquilar los inmuebles y los coherederos no estuvieran de acuerdo, queriendo unos á tal persona y eligiendo los otros á otra, ó si no estuvieran conformes en el modo de pagar los arriendos, queriendo unos en dinero y los otros en especie. Son estas cuestiones, y otras semejantes, las que el juez debe decidir; pero no tiene la facultad de nombrar administrador en caso de disconformidad, porque nadie puede obligar á los que se niegan á nombrarlo, para que hagan una delegación que reputan inconveniente, ni esa es una cuestión de administración que el juez pueda decidir. Demolombe, de donde fué tomado el artículo, dice: «á lo más, se podría distinguir entre los actos de administración necesarios para la conservación de la cosa, de aquellos que no tienen ese carácter, y admitir el predominio de la mayoría para los primeros, y atenerse para los segundos á la regla: *melior est causa prohibentis*». Es cierto que más adelante sostiene que el juez puede nombrar administrador provisorio de los bienes, cuando la cuestión versare sobre este punto; pero se separa de los principios de la regla dada, en el caso en que unos se opusieran al nombramiento de administrador, exigiéndolo otros, pues entonces prevalece la máxima de que se debe dar preferencia al que se opone. El único caso en que podría admitirse la decisión judicial, es cuando unos quisieran nombrar á tal persona y otros á una diferente, en que el nombramiento debe recaer en una de las dos que, á juicio del juez, ofreciera mayores garantías de competencia y responsabilidad.

Debemos observar que las leyes de procedimiento quo dictan las

co-herederos que no han prestado su consentimiento. En tales casos, el juez debe decidir las diferencias entre los herederos sobre la administración de la sucesión (art. 3451, últ. parte).

provincias, pueden conferir expresamente á los jueces estas facultades, porque cuando el Código calla, la ley de provincia y la jurisprudencia de los tribunales llenan estos vacíos, que existen necesariamente, porque no se puede descender á los detalles. En la Capital de la República y provincia de Buenos Aires se dice, que se nombrará administrador de la herencia al cónyuge sobreviviente ó al heredero que, en concepto del juez, sea el más apto, y sólo cuando hubiere motivos especiales se nombrará á un extraño.

Por mi parte, creo que se llenaría una verdadera necesidad, si las leyes de procedimiento ordenasen, que el administrador fuera el cónyuge sobreviviente, siendo el marido, que ha estado administrando los bienes y que debe continuar llenando ese deber, si no hubiere causas especiales que vinieran á impedirlo; que, por el contrario, cuando el sobreviviente fuera la mujer, como ésta por regla general no administra, pues no está acostumbrada á los negocios, ni tiene competencia para esta clase de asuntos, se debe preferir á los herederos varones que ofrezcan mayor suma de competencia y honorabilidad. Una cosa es el gobierno de los hijos que se confía á la mujer, y otra la administración de los bienes, y si es cierto que después de la división ella administrará los de sus hijos menores, esa disposición responde á la necesidad de unidad y solidaridad en la familia, de la que viene á ser el jefe por la muerte de su marido, mientras en la administración de la herencia se busca la capacidad para los negocios.

Para concluir, debemos decir que, las leyes de procedimiento de cada provincia determinarán las facultades de los jueces, y ellas pueden autorizarlos á hacer esos nombramientos en la forma que impongan.—Comp. LAURENT, X, 225. DEMOLOMBE, XV, 484 y 485. — Véanse arts. 1309, 1676, 2700, 2702, 2704, 3382 y 3429.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3451.—Demolombe, n° 464.—Troplong, Louage, n° 100. En las sociedades la ley juzga que los socios se han dado recíprocamente el poder de administrar los intereses sociales; mas esto no puede aplicarse á los comuneros, porque la comunión en las cosas es una situación accidental y pasajera que la ley en manera alguna fomenta, cuando lo contrario sucede en la sociedad. Esta se forma siempre por un contrato, por la voluntad de los asociados, y la comunidad que existe entre los coherederos, procede de una causa extraña á la voluntad de los partícipes. *Quoniam cum coherede non contrahimus*, dice la Ley Romana, *sed incidimus in eum*, L. 25, § 16, Tit. 2, Lib. 10. Dig., *Famil. arcisc.*—Mientras que la comunidad en una

§ 951. — QUIENES PUEDEN PEDIR LA PARTICIÓN

La partición se puede decir que mira al orden público, porque interesa á la prosperidad de la nación, que cada propietario pueda disponer libremente de lo que es suyo; que la propiedad se movi-lice por las transacciones que la transforman y adelantan, por eso la ley ha facultado á *los herederos, sus acreedores y (á) todos los que tengan en la sucesión algún derecho declarado por las leyes* (para que) *puedan pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia, no obstante cualquiera prohibición del testador, ó convenciones en contrario* (art. 3452), teniendo presente que el testa-

(Art. 3452.) El legislador ha impedido por todos los medios la inmovilización de la propiedad, invistiendo á los propietarios de un derecho que, aún renunciado por contrato, puede reclamarse, siempre que el tiempo de la indivisión convenida pasare de cinco años. La civilización moderna, impregnada, por decirlo así, de un espíritu de lucha, de movimiento y de cambio, no ha podido permitir que las trabas puestas á la propiedad pasaran de cierto tiempo, y por eso con razón ha facultado á los que eventualmente se encuentran en indivisión, necesitando del consentimiento de todos los condóminos para enajenar, el que puedan pedir la división en cualquier tiempo.

Los herederos en estado de indivisión pueden hacerla cesar, apesar de la voluntad del *de cuius*, que la hubiere impuesto, respetando el término de cinco años, porque puede limitar la indivisión, art. 2694; pero si los herederos hubieran convenido en mantener las cosas en común, cualquiera podrá hacer cesar la indivisión.

Los acreedores podrán pedir la división, dice el artículo. ¿Habla de los acreedores de los herederos ó los de la sucesión? La expresión misma de «los herederos, sus acreedores», de que usa el artículo, indica claramente que son los acreedores de los herederos, en los casos en que son

sucesión es un estado puramente pasivo en que los copropietarios de la herencia no están unidos sino por la cosa misma y no por su voluntad, y que la comunidad deja á cada uno, con toda su independencia de acción, el derecho de no procurar sino sus intereses particulares.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3451. — El juez que entiende en la testamentaria es el único que debe decidir las diferencias que se susciten entre los herederos, respecto á la administración de los bienes hereditarios.—Jur. Civ., I, 558, Sér. 1ª.

dor puede imponer la condición de no enajenar la propiedad legada, por un término que no pase de diez años, art. 3613, cuando

autorizados por las leyes para ejercer sus derechos en su nombre; como si fueren concursados, en que los síndicos podrán demandar la división de los bienes en que el deudor tenga parte. Los acreedores de la sucesión ¿podrán pedir la división? No, porque no tienen objeto ni interés; su derecho es cobrar su acreencia de los bienes de la sucesión, y están más seguros de este cobro, cuando los bienes permanecen en común, pues los pueden ejecutar.

El término general que usa el artículo al decir: «y todos los que tengan en la sucesión un derecho declarado por las leyes», comprende únicamente á los que son herederos, y considero una repetición que bien pudo suprimirse, pues nadie que no sea heredero tiene derecho para pedir la división de la herencia; porque si el cesionario de éste puede hacerlo, no es en su carácter de tal, sino como representante y en nombre de su cedente, cuyos derechos representa.

Si la herencia consistiera en la participación de una sociedad que el *de cuius* tenía, y hubiera sido reconocida en el carácter de persona jurídica, debe subsistir hasta que haya llenado el objeto que se propuso, ó concluido el término porque fué formada.

Debemos hacer notar, que nuestro artículo no establece, como el art. 815, Cód. Francés, una regla general para hacer cesar la indivisión, restringiendo expresamente á la herencia, así es que no se aplica á los demás casos de indivisión, que se regirán por las disposiciones especiales que el Código contiene sobre cada materia.

Quando los herederos hubieren hecho la partición de la herencia, y como sucede generalmente, se hubieran adjudicado cosas en común, porque no fueran de fácil división, esa comunidad se hará cesar, no por lo ordenado en este artículo, sino por las disposiciones generales del condominio. No obstante, si se hubiere convenido un tiempo determinado para mantenerse en condominio, éste no podrá pasar de cinco años, aunque será prorrogable, á voluntad, en cada período.

Si entre los herederos hubieran convenido un modo de goce; por ejemplo, si siendo cuatro, cada uno deberá gozar del inmueble un año, esto no impedirá el pedir la división de la propiedad, que pasará gravada al adquirente con el derecho constituido, hasta la conclusión del contrato, porque es una partición provisoria de goce y no de la propiedad; pero el contrato deberá cumplirse, pues como dice Chabot, «en este caso cada heredero puede tener interés en hacer determinar por una partición los bienes de que debe ser definitivamente propietario,

los herederos no sean forzosos, y que éstos pueden convenir en la indivisión por un plazo que no pase de cinco años, pudiendo re-

porque es libre desde entonces para hipotecarlos y disponer de ellos, con la carga del usufructo con que se encuentren gravados en provecho de un tercero».

Los herederos pueden convenir en mantener la indivisión hasta que tal acontecimiento tenga lugar; pero á pesar del contrato, cualquiera podrá pedir la división. Si se hubiere estipulado mantener los bienes en indivisión perpetuamente, la cláusula será nula, porque la condición es contraria á la ley; pero si se hubiera hecho la división, y se convinieran en mantener las cosas en común durante diez años, valdría sólo hasta cinco. Si se ha convenido que la indivisión continuaría durante un tiempo ilimitado, el contrato valdría, pero en cualquier tiempo se podría pedir la división.

¿Se admite la convención verbal de permanecer en la indivisión durante cinco años? Cuando los objetos sobre que versa la comunidad no pasaren del valor de doscientos pesos, creo se debe admitir la prueba testimonial; fuera de esos casos, sólo se permitirá la prueba escrita.

La convención de comunidad, para que produzca efecto, debe ser entre todos los herederos y después de hecha la división, pues si uno de ellos faltare, podría dejarla sin efecto pidiendo la partición antes del plazo, y no se les podría obligar á los contratantes á permanecer en comunidad entre ellos, porque ha cambiado el estado de cosas con la división pedida. Chabot admite, que el goce de las cosas debería quedar en común hasta el cumplimiento del término, opinión que no me parece aceptable, porque lo convenido no es mantener en común el goce, sino la propiedad, y desde que se practica la división, tienen derecho para aprovecharse de ella, determinando las cosas que á cada uno corresponden: no hay razón para ligarlos á una comunidad que ha sido alterada por la separación de uno ó varios de los que no la habían convenido.

Los acreedores del heredero, que usando de sus derechos lo substituyen, toman los bienes en el estado en que se encuentran; de modo que si el heredero ha convenido en permanecer en indivisión durante cinco años, ó si se ha dividido provisoriamente el goce de las cosas, tendrá que respetar esos contratos, á menos que pueda ejercer, respecto de ellos, la acción pauliana.

La petición de división y los principios expuestos, no rigen en los casos de indivisión forzosa, porque no se puede hacer cesar por la voluntad de las personas. La indivisión viene de la naturaleza del derecho

novarlo á su voluntad, art. 3693 todas las veces que quisieran, contándose el tiempo desde la convención.

que no puede ser fraccionado, y existe por la imposibilidad de usarlo de otro modo.

Se ha preguntado si el Ministerio de Menores podría demandar la división de la herencia que corresponde á los menores, cuando el tutor no lo hiciera. Consecuente con las doctrinas sostenidas en el art. 493, t. 2, pág. 140, no creo que el Asesor pueda asumir un papel activo, reemplazando al tutor cuando no cumpliera con su deber, y á no ser en aquellos casos de urgencia, por evitar un perjuicio al menor, es más propio de su misión de vigilancia, el instigarlo á que cumpla con su deber, y en caso contrario, pedir su remoción. Dije en el art. 436, t. 2, pág. 40, que no debía dejarse en la mano del tutor, el juzgar de la oportunidad de pedir la división, pues el objeto del legislador era poner en conocimiento del juez la comunidad existente, á fin de que con intervención del Ministerio de Menores y los antecedentes que se recogieran, se pudiera juzgar sobre la conveniencia ó desventaja que hubiera en hacer cesar la división. Esta opinión está de acuerdo con decisiones de la Cámara de Apelaciones de la Capital, que ha negado al Ministerio dicha facultad, porque es un deber que la ley impone al tutor, sin perjuicio de que no se acuerde la división por el juez, á consecuencia de no ser conveniente. El Ministerio de Menores no es el representante de los menores, como se cree; no es un pro-tutor legal, ni un substituto de los tutores ó curadores; es una especie de poder tutelar, que aconseja é ilustra al juez en las cuestiones en que los menores están interesados, y que en muchos casos no está de acuerdo con las peticiones de los tutores. No representa á persona alguna: su misión pública es de intervención y vigilancia, y si puede pedir el inventario en los casos del art. 296, es porque la ley ordena que se realice, bajo la pena de perder el padre sobreviviente el usufructo de los bienes de sus hijos, y en su calidad de poder tutelar puede hacerlo.

Lo que el legislador ha querido impedir, es que la comunidad que se ha visto obligado á reconocer, por la naturaleza de la sucesión, se prolongue indefinidamente por la voluntad de las partes, tomando siempre el tutelaje de las leyes antiguas, que no respetaban bastante la libertad. ¿Por qué la ley prohíbe que los herederos puedan permanecer en indivisión, ya que así lo quieren? No, dice el legislador; hágase la división; sépase lo que á cada uno corresponde, y recién podrán ejecutar su voluntad, permaneciendo en común. Eso es lo que importa la expresión: «no obstante cualquier prohibición ó convención en contrario».

Al heredero que pida la división de la herencia, no se le puede rechazar su acción, alegando que algunos bienes no son divisibles

Lo natural habría sido reconocer el derecho perfecto de los herederos para permanecer en indivisión por el término de cinco años, que habrían podido prorrogarse indefinidamente, como lo establece el mismo Cód. Francés, art. 815, de donde fué tomada la primera parte del nuestro. Es cierto que es más conveniente que cada uno sepa lo que le corresponde, para que pueda disponer; pero debía respetarse la voluntad libre y consciente de los herederos.

Pedir la división, no importa obligar á demandar la separación de los bienes: basta que se determine á cada heredero la parte que tiene en cada cosa, aunque quedare en común; esa comunidad puede prolongarse por cinco años, y renovarse, á voluntad. — Comp. FREITAS, 4364. Cód. DE CHILE, art. 1317. DURANTON, VII, 79. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, II, 2150 y sig. Cód. FRANCÉS, art. 815. — Véanse arts. 1324, n° 3, 2464, 2692 á 2694, 2715 y 3453.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3452.—Chabot, sobre el art. 815, n° 4.—Belost-Jolimont, observ. 1.—Vazeille, art. 815. — LL. 1 y 2, Tit. 15, Part. 6^a.—Cód. Francés, art. 815. — Este último Código permite convenir en suspender la partición por un tiempo que no pase de cinco años. Sobre el derecho de los acreedores de los herederos, véase Zachariæ, § 388, nota 2.

El artículo establece un principio de la razón natural cuya aplicación no es limitada en la división de las sucesiones. Es una regla general que se extiende á todas las cosas indivisas bajo las excepciones y modificaciones que la ley establece ó permite, ó que resultan necesariamente de la naturaleza y de las reglas particulares de ciertas posiciones como en las sociedades.

El artículo evidentemente no tiene aplicación en las cosas indivisibles como las servidumbres prediales; mas el principio puede aplicarse á las cosas que no pudiendo ser divididas, pueden sin embargo ser licitadas. Pablo, por ejemplo, tiene sobre el campo de su vecino un pasaje; á su muerte el fundo dominante se divide entre sus dos hijos, pero el pasaje es indivisible, y no puede ser licitado porque en su totalidad es el accesorio de cada porción del campo.

La división puede ser demandada durante el goce del usufructuario sin perjuicio de éste, aunque el usufructo sea sobre la totalidad de bienes indivisos. Cada coheredero puede tener interés en hacer determinar por una partición los bienes de los que él tenga la nuda propiedad, para velar por su conservación, ó para disponer de ellos con certidumbre y de una manera fija.—Véase Chabot, en el lugar citado.—Duranton, tom. 7, n° 79.—Vazeille, sobre el art. 815, nos 1 y siguientes.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 3452.*—El Ministerio Pupilar carece de personería para exigir la división de la herencia contra la voluntad de los herederos, aun cuando haya menores interesados.—Jur. Civ., IV, 383. Sér. 1^a.

en ese momento, para estos casos, dice el **art. 3453**: *aunque una parte de los bienes hereditarios no sea susceptible de división inmediata, se puede demandar la partición de aquellos que son actual-*

(**Art. 3453.**) Nuestro artículo ha venido á decidir la cuestión suscitada en derecho francés, sobre si cuando una sucesión está compuesta de bienes que no son susceptibles de una división inmediata, puede pedirse la partición de los que son actualmente divisibles, resolviéndola en el sentido de la mejor doctrina; porque habría sido una injusticia el perjudicar á todos los herederos, haciéndolos esperar hasta que todos los bienes de la sucesión puedan dividirse. ¿Por qué esperar á que todos los bienes sean divisibles? Se dice que los diversos elementos de una división deben ser coordinados en su conjunto; que no se puede saber cuando sea necesario reducir las donaciones, porque si los bienes litigados se perdieran, disminuyendo así el haber hereditario, habría lugar, tal vez, á la reducción de las donaciones, mientras en caso contrario no sucedería tal cosa; que habría un doble ó triple gasto, si se obligara á los herederos á ir practicando divisiones sucesivas; pero todas estas razones no contrabalancearían el perjuicio de los herederos, que se verían obligados á no poder disponer de lo que es suyo. Sobre todo, con que la división se hiciera dejando en común los bienes litigados, adjudicándoles á cada uno su parte, se salvaría la dificultad de una nueva división; y si hubiera donaciones que reducir, en caso perjudicaran las legítimas una vez perdidos los bienes, se procedería á reducirlas; pero no se podría hacerlo antes, desde que la sucesión sostuviera que los bienes le pertenecieran.

La división se haría, pues, considerando la totalidad de los bienes quedados á la muerte del causante, adjudicándose por partes iguales á los herederos, los que no pueden dividirse, para impedir así una nueva operación, cuando llegue el caso de dividirlos. Esto mismo se observará cuando las acreencias á cobrar no han sido realizadas, á menos que alguno de los herederos quisiera aceptarlas en su totalidad.

El principio que sienta este artículo, es que cualquier bien de la sucesión, que sea actualmente susceptible de partición, debe dividirse entre los herederos, quienes no están obligados á esperar la división de los otros bienes.

La testamentaria puede ser iniciada por el que se pretende hijo natural.—Jur. Civ., IV, 103, Sér. 1^a.

El acreedor tiene derecho para pedir la liquidación de una testamentaria y perseguir los bienes que corresponden á sus herederos.—Jur. Civ., IV, 242, Sér. 1^a.

mente partibles, pues no hay razón alguna para mantener la indivisión contra la voluntad del heredero demandante.

Cuando estuvieren en comunidad capaces é incapaces, el derecho de pedir la partición no sufre alteración alguna; por eso, dice el **art. 3454**: *los tutores y curadores, interesados* (por los

Nuestro Código no autoriza á los jueces para apreciar cuando puedan conceder ó negar la división, porque la disposición es absoluta, y coloca en la mano del heredero la facultad de pedir la división de aquello que sea partible.—Comp. DEMOLOMBE, XV, 294. AUBRY y RAU, § 622. CHABOT, al art. 815. — Véanse arts. 2692 y 3452.

(**Art. 3454.**) Los tutores y curadores por los menores ó incapaces que tienen bajo su guarda, tienen la obligación de pedir la partición, ó más bien dicho, de indicar al juez que sus pupilos ó curados poseen bienes en común con otros, á fin de que oyendo al Ministerio de Menores y al mismo tutor ó curador, decida de la conveniencia de hacer cesar la división, porque si es benéfica no debe autorizarse la cesación. Cuando los demás interesados mayores la pidieren, usando de sus derechos, no habrá medio de resistirla, y los representantes de los incapaces no tienen necesidad de la autorización del juez para consentirla; pero como debe hacerse judicialmente, por existir incapaces, se dará intervención necesariamente al Ministerio de Menores. El art. 436 obliga al tutor á provocar la venta de los bienes que el pupilo tuviera en comunidad con otro; pero el art. 435 faculta al juez para negar ó autorizar la división, así como el art. 439 hace innecesaria esa autorización, cuando la exigencia de la división viniera de los copropietarios.

Los padres, por sus hijos menores, no están obligados como los tutores ó curadores á pedir la división; pero cuando la demandaren, como debe ser judicial, el juez, oyendo al Ministerio de Menores, puede no autorizarla.

Cuando el marido pidiera la división en representación de su mujer,

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3453. -- Demolombe, n° 194.—Aubry y Rau, § 622.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3453.—Las deudas de la testamentaria, no obstan á que el caudal se divida previa deducción de su monto.—Jur. Civ., VIII, 568, Sér. 1°.

La partición de aquellos bienes de fácil realización, puede pedirla cualquiera de los herederos.—Jur. Civ., VIII, 568, Sér. 1°.

Debe suspenderse la formación de la cuenta particionaria, si falta la realización de los bienes, hasta tanto se haga la partición definitiva.—Jur. Civ., XV, 441. Sér. 4°.

incapaces) *en la sucesión, los padres por sus hijos, el marido por la mujer y la mujer misma con autorización de su marido, ó del juez, pueden pedir y admitir la partición pedida por otros*, porque

debe distinguirse: si ésta es mayor de edad puede hacerla particularmente; pero como excede de los actos de mera administración, hará intervenir á la mujer ó se hará dar poder; si fuera menor, el juez, oyendo al Ministerio de Menores, puede negar la autorización, si resultare perjuicio para la menor.

El Código no habla de los herederos *no presentes*, como el art. 838, Cód. Francés, sino de los ausentes con presunción de fallecimiento, que si bien están comprendidos en la expresión de no presentes, no abraza los casos de la ausencia momentánea ó accidental, sin que se sepa el lugar de su residencia; en estos casos se debe hacerlos representar en los términos que indique la ley de procedimientos.

En cuanto á la mujer mayor de edad, divorciada y separada de bienes, como por el divorcio ha recobrado su capacidad, no tiene necesidad ni de autorización judicial ni aún de la intervención de la justicia. Es cierto que para enajenar bienes raíces necesita autorización judicial, y que en la división puede existir una enajenación, sobre todo cuando se entrega al condómino todo el bien por un precio en dinero, ó cuando se permuta; pero como suponemos que su condómino ha pedido la división, no puede negarla. La cuestión sería en los casos en que ella la pidiera, y entonces opino que necesitaría la autorización judicial, con arreglo al art. 1285, porque importa una enajenación, pero no tendrá parte alguna el Ministerio de Menores, porque la mujer es capaz. Si fuera menor, como por el matrimonio queda emancipada, necesitará de un tutor especial para intervenir en el juicio y tendrá parte el Ministerio de Menores.

En los casos en que se tratare de una persona que, sin declararla incapaz, hubiera sido colocada por su familia en una casa de alienados, como nosotros no tenemos una disposición análoga á la del art. 36 de la ley francesa de 30 de Junio de 1838, no podría ser representada por un administrador provisorio, y habría necesidad de la declaración previa que la incapacitara, pues no se le podría considerar como ausente y nombrársele un defensor. — Comp. DEMOLOMBE, XV, 593 y sig. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, II, 2297 y sig. — Véanse arts. 274, 435 á 437 y 3452.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3454. — Demolombe, tom. 15, n° 558. — Véase Cód. Francés, art. 817, inc. 1, y 818.

es un derecho de que no se puede privar al individuo, y la sociedad está interesada en que se haga cesar la indivisión.

Si el tutor ó curador lo es de varios incapaces que tienen intereses opuestos en la partición, se les debe dar á cada uno de ellos un tutor ó curador que los represente en la partición (art. 3455); pero el

(Art. 3455.) El artículo, ¿se refiere á los intereses opuestos entre el tutor y curador y los incapaces que representa, ó entre éstos únicamente representados por uno solo? Creo que abraza únicamente los casos en que el tutor ó curador tienen bajo su guarda á varios incapaces cuyos intereses son opuestos; pero se debe comprender con mayor razón, la hipótesis en que el mismo tutor ó curador tuviera un interés opuesto al de sus representados.

Debemos hacer notar, especialmente, que el artículo habla de *tutores ó curadores*, y que sería algo arbitrario aplicarlo á los padres, como lo pretenden algunos autores, para exigirles el nombramiento de un tutor especial, por el solo hecho de tener un interés análogo, no opuesto, en el mismo asunto. Asimilar un tutor ó curador á un padre es tan arbitrario, como sería el suponer que un extraño tenga el mismo interés por un menor que un padre por su hijo. El tutor, en general, es una persona que no conoce á su pupilo, sobre todo si es dado por los jueces, desempeña una misión ocasional, asalariada ó por lo menos interesada; un padre, por el contrario, la naturaleza, el afecto, la protección constante que dispensa á su hijo, las consideraciones á que lo obliga moralmente la sociedad en que vive, todas estas fuerzas lo inclinan necesariamente, á favorecer á sus hijos. Es cierto que hay padres que olvidan estos deberes, pero las leyes se dictan tomando por base la naturaleza humana, partiendo de hechos generales, no se fundan en excepciones; entre cien padres, se encontrarán noventa buenos y diez malos, y por éstos, ¿hemos de privar á aquéllos de facultades que se pueden considerar como naturales? ¡No, seguramente! Y la ley y la jurisprudencia nos dan la razón: porque jamás se ha equiparado un padre á un tutor ó curador.

Pero la cuestión, á mi juicio, no es esa; porque donde habla de tutores ó curadores, no podemos hacer decir á la ley *padres*; para mí, se encuentra en lo que debe entenderse por *intereses opuestos*. En el tomo I, pág. 128, de esta obra, al estudiar el art. 61, he sostenido que sólo pueden existir intereses opuestos cuando hay controversia, ó sea necesario deducir acción el uno contra el otro, porque él mismo no puede ser demandante ó demandado. Así, no habrá intereses opuestos en una testamentaria que se liquida sin inconveniente alguno, donde no se dedujeren

interés debe ser excluyente, para que haya un nuevo curador, no bastará el hecho de que tengan parte en la misma sucesión, para que se consideren con intereses opuestos.

acciones que puedan perjudicar á los cointeresados. Los intereses análogos no son ni pueden ser opuestos, sino cuando se encuentran frente á frente, si nos es permitido expresarnos así, en que cada uno alega un interés diverso; por ejemplo, se trata de la adjudicación de un bien que produce mayor renta que otro, que se quiere dar por el mismo precio, en ese caso hay intereses encontrados, y el tutor ó curador que representa á los dos no puede continuar en esa doble representación, y debe dársele á otro para que defienda á uno de ellos; pero si nada de esto sucede, ¿por qué introducir una persona extraña? ¿Por la sospecha de que pueda beneficiarse al uno en perjuicio del otro? Pero no hay derecho para tenerla; sobre todo está el Ministerio de Menores y el juez para velar porque no se cometan estas injusticias. Con el sistema de los tutores especiales se corre siempre el peligro de un pleito dispendioso, en que los honorarios del tutor especial, superarán al perjuicio hipotético que se ha tratado de evitar. Y con nuestro sistema de los nombramientos de favor, el peligro aumentará. No, dejemos los tutores especiales para los casos de controversia, para la verdadera oposición de intereses, no para los que forja la imaginación. Y cuando se trata de los intereses de los padres y de los hijos, es necesario tener mucho respeto y cautela, antes de encontrar esos intereses opuestos, que crea el deseo de hacer favores á costa de otros.

No es exacto que «cuando los padres ó uno de ellos sea coheredero con sus hijos, sus intereses se hallan naturalmente en oposición»; porque tener intereses análogos, ó estar interesado en la misma cosa con otros no es ponerse en oposición. Porque, si todos los condóminos quieren enajenar la finca común, ¿tendrían intereses encontrados, si desean la misma cosa? Y, ¿por qué los tendrían los herederos en una testamentaria que se liquida, cuando todos están conformes? Los intereses encontrados se manifiestan por la disconformidad, la contradicción en las pretensiones, la oposición que los unos hacen á los deseos de los otros. Cuando nada de esto se produce, no hay razón para sostener que haya contradicción de intereses, y que se deba introducir una persona extraña con el nombre de tutor, que en lugar de defender al incapaz contra el padre que sólo desea beneficiar á sus hijos, tiene por objeto aumentar los gastos. Por eso dice con razón una de las sentencias de la Cámara de Apelaciones de la Capital: «que la oposición de los intereses de los padres con los de los hijos, no es presunción de derecho, sino cuando expresamen-

Á los menores emancipados se les nombrará un curador, sea para formar la demanda de partición, sea para responder á la que

te, por excepción, la ha previsto el Código (arts. 239, 272, 282, 285, 303 y 392), á los que se refiere el art. 397, siendo, por el contrario, presunción de derecho, no solamente la buena conducta, sino también la abnegación de los padres para con sus hijos, como lo demuestra el encargo que los arts. 412, 413 y 415 hacen á los tutores, de que guarden para con sus pupilos el mismo cuidado que sus padres tienen para con sus hijos».

Es necesario fijarse que el artículo dice condicionalmente: «si el tutor ó curador lo es de varios incapaces *que tienen intereses opuestos*, etcétera», de modo que si no hubiese tales intereses en oposición, no se les dará otro tutor ó curador; porque la condición no es que el tutor ó curador lo sea de varios incapaces, sino que éstos tengan intereses opuestos; por eso hay un error evidente en sostener que «cuando se trata de varios menores ó incapaces entre los cuales se va á dividir una herencia, la ley dice que hay intereses opuestos»; y no dice tal cosa, pues exige necesariamente que tengan intereses opuestos, y esa es la única razón fundamental para darles otra representación, porque entonces no podrían sostener el pro y el contra. La división de una herencia no implica que haya intereses en oposición, pues en general no existen; felizmente, la familia argentina está constituida sobre la base del afecto verdadero, del desinterés y de la ayuda mutua, y si bien es cierto que hay excepciones, también lo es que las leyes se dictan para la generalidad de los casos que reconocen el hecho, sin que puedan hacerse excepciones.

El art. 61, como el 397, n° 1, que autorizan á nombrar un nuevo tutor, expresan claramente que sólo se hará ó cuando los intereses de los incapaces estuvieren *en oposición* con los de sus representantes, ó cuando los intereses de ellos estén *en oposición* con los de sus padres, etc. ¿Dónde está la disposición que diga: hay oposición en una partición cuando hubiere varios menores? No existe artículo alguno en el Código, ni menos aún que enseñe, que el solo hecho de intervenir varios menores representados por un solo tutor, en un juicio sobre división de condominio ó de herencia, haga necesario el nombramiento de tantos tutores especiales como menores existan. Si se admitiera semejante teoría, la liquidación de las sucesiones se dificultaría, cargándolas con gastos inútiles; porque si suponemos un padre con seis ú ocho hijos, lo que es común entre nosotros, liquidando la testamentaria de su esposa, tendrían que nombrarse seis ú ocho tutores especiales para que representen á cada uno de los menores, pues si un tutor no puede re-

se entable contra ellos (art. 3456); porque si bien tienen la patria potestad sobre sus hijos y el poder marital con las mismas facultades que los mayores; si bien pueden ejecutar todos los ac-

presentar á varios menores, porque se supone que hay intereses opuestos entre ellos, en el caso supuesto tendría que tener cada uno un tutor, y he ahí que por este sistema, de una sola persona interviniendo y liquidando con sus hijos menores la fortuna dejada por su mujer, formaríamos siete ó nueve partes, con intereses diferentes. Afortunadamente, nuestros tribunales no admiten semejante procedimiento. Me he detenido en este punto, no sólo por la importancia que él encierra, sino por el peligro que trae consigo la teoría contraria defendida por los Dres. Segovia y Llerena.

Las testamentarias se liquidan representando los padres á sus hijos menores, sin que sea necesario nombrar tutores especiales, porque jamás hay intereses encontrados, pues los padres se apresuran á favorecer en todo á sus hijos. — Comp. DEMOLOMBE, XV, 554, y BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, II, 2232, 2297 y 2315. — Véanse arts. 61 y 397, n° 1, con mis comentarios.

(**Art. 3456.**) Los menores emancipados, están habilitados para ejercer todos los actos de la vida, art. 133; pero no pueden estar en juicio civil sino mediante autorización judicial, art. 136, y para ese caso es que se les nombra curador especial que los asista en la gestión, completando su persona y ayudándolos con su consejo.

La cuestión de saber, si el curador especial tiene facultades para intervenir en el juicio sin la asistencia del emancipado, ó si tiene necesariamente que acompañarlo asintiendo á sus deseos, es demasiado dudosa, porque nada hay en el Código que venga á decidirla. En efecto, los tutores de que nos habla, proceden por sí y sin intervención de los menores que se encuentran bajo su guarda, ejerciendo sobre ellos una autoridad muy semejante á la conferida por la patria potestad á los padres; pero en este caso se trata de personas capaces, á quienes la ley autoriza para ejecutar todos los actos de la vida civil; que son jefes de una familia con potestad sobre sus hijos, ejerciendo un poder marital que no reconoce más limitación que la creada por la ley, y en estas condiciones, ¿cómo se procedería con ellos, considerándolos como menores bajo la potestad de otro? Por estas razones, creo que los curadores que se les nombre para completar su persona y asistirlos en la partición,

tos de la vida civil, esa facultad es muy limitada; en el primer caso se les concede por una necesidad de orden social, y en el segundo

deben proceder en todo de acuerdo con los emancipados, y en caso se encontraren disconformes, el juez debe decidir cuál de ellos tiene razón, autorizando á deducir la acción ó á seguir el procedimiento; porque tampoco sería prudente dejar al menor emancipado que procediese contra la voluntad y la opinión de su curador, que vendría á desempeñar entonces un papel muy desairado.

Cuando se tratase de los bienes de la mujer menor de edad, el marido, como administrador, tiene la representación; y debe intervenir el Ministerio de Menores, porque no es la incapacidad que proviene del matrimonio; pero no tendrá tal intervención cuando fuere mayor, art. 60.

Si el marido es menor de edad y la mujer mayor, en la división de los bienes de ésta, le bastará la autorización del marido para proceder por sí, sin necesidad de un curador. Se trata de una persona mayor de edad, que se encuentra incapacitada momentáneamente, por razón del poder marital; si éste deja de existir por la disolución ó nulidad del matrimonio, la mujer recobra su capacidad; además de esto, la mujer mayor de edad sólo necesita de la autorización marital para presentarse en juicio, si el marido la da ó el juez en defecto de éste, puede proceder á ejecutar el acto. ¿Por qué no podría concurrir á la división con la autorización de su marido? Porque es menor de edad, se dice. ¿Pero dónde está la disposición que diga: sólo el marido mayor de edad puede dar la venia á su mujer mayor para realizar una enajenación? En ninguna parte, y si atendemos á la razón fundamental, y estudiamos el por qué se ha exigido esta autorización, veremos que responde exclusivamente á la autoridad marital, á intereses de un orden más elevado, como son los de reconocer en el marido al jefe de la familia, ejerciendo la patria potestad sobre sus hijos. No se ha buscado, en este caso, capacidad y consejo, pues se ha facultado á la mujer para que pida la autorización al juez. cuando el marido se opusiera y se negara á darla. Estas ideas las he sostenido en el comentario al art. 60, t. I, pág. 125, y creo que no hay razón alguna para impedir á la mujer mayor de edad, el comparecer en juicio con la autorización de su marido menor; porque la incapacidad proviene de la sujeción en que está bajo el poder marital, en nada toca á su capacidad en el desarrollo mental y físico, y si puede correr algún peligro, porque su mismo marido, sin la inteligencia suficiente, puede hacerla enajenar bienes que le pertenecen, ese peligro está conjurado con el desarrollo completo y capacidad intelectual que la ley reconoce á los mayores de edad.

sólo se les permite aquellos actos que se refieren á la administración de los bienes; pero estar en juicio civil es una facultad que únicamente corresponde á los mayores.

Cuando se tratare del menor emancipado que tiene necesidad de comparecer en juicio por sus hijos menores, el nombramiento de curador es una necesidad, porque si él mismo no puede presentarse para defender sus propios asuntos, con mayor razón la ley debía impedirle la defensa de los de sus hijos.

El artículo dice: «se les nombrará un curador». ¿Es atributivo de los jueces el nombrar á la persona, sin atender á la petición del emancipado? Si éste pidiera que su curador fuera su padre, ¿el juez podría nombrarle á un extraño? No lo creo, porque si bien es cierto que no se pueden aplicar los principios de la curatela de los incapaces, arts. 476, 477 y 478, sin embargo, por analogía se deben aceptar en cuanto sea posible. ¿Por qué privar al emancipado el elegir aquella persona que mejor pudiera asistirlo? Si el juez y el Ministerio de Menores no tuvieran observación que hacer sobre la honorabilidad y competencia de la persona, debe aceptarse.

Téngase presente, que los menores emancipados no son de esos incapaces en que los jueces pueden nombrarles curador á su arbitrio, cuando no existen los designados por la ley, y que el artículo dice: «se les nombrará curador», sin atribuir á los jueces la facultad de hacerlo á su arbitrio. La expresión de «se les nombrará», indica claramente que deben hacerlo los jueces; pero no priva á los menores emancipados de pedirlos, indicando las personas. Debe tenerse en consideración que se trata de personas capaces para todos los actos de la vida civil, y que por una circunstancia especial, vienen á pedir se les asista en un juicio.

El menor emancipado que es demandado para dividir una cosa común, ó para intervenir en un juicio, debe pedir un curador y puede indicarlo, á fin de que sea nombrado. Las leyes de procedimiento determinarán las facultades de los jueces, y la forma en que esos nombramientos deben hacerse. — Comp. DEMOLOMBE, XV, 557. LAURENT, X, 247. — Véanse arts. 60, 133, 134, 136.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3456. — Demolombe, tom. 2, n° 304. — Chabot, n° 3.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 3456. — Debe nombrarse á los menores emancipados por el matrimonio, un curador especial para que los represente en juicio. — Jur. Civ., II, 238, Sér. 4°.

Los parientes por afinidad, carecen de personería para ejercer la curatela sin nombramiento judicial. — Jur. Civ., XV, 82, Sér. 4°.

Si hay co-herederos ausentes con presunción de fallecimiento, la acción de partición corresponde á los parientes, á quienes se ha dado la posesión de los bienes del ausente. Si la ausencia fuese sólo presunta, no habiendo el ausente constituido un representante, el juez nombrará la persona que debe representarlo, si no fuese posible citarlo (art. 3457); porque en el primer caso, sea la posesión

(Art. 3457). El artículo supone abierta la sucesión, porque confiere derechos para dividirla. Dos hipótesis se presentan: 1ª, que el coheredero hubiere sido declarado ausente con presunción de fallecimiento; 2ª, que el heredero esté simplemente ausente, y que no sea posible citarlo en persona, ó por ignorarse su domicilio, ó porque, sabiéndolo, no fuera posible la citación, como, por ejemplo, si estuviere prisionero de guerra.

En el primer caso, una vez declarada la ausencia con presunción de fallecimiento, y entregados los bienes á los herederos, sea la posesión provisoria ó definitiva, ellos podrán demandar ó ser demandados por la partición, entrando al juicio como si fueran los verdaderos dueños, con esta diferencia: cuando han sido puestos en posesión provisoria, aunque el ausente ha sido declarado presunto fallecido, como los herederos á quienes se les dió la posesión, sólo tienen las facultades que corresponden al curador del incapaz, deberá intervenir el Ministerio de Menores, porque el ausente es considerado como incapaz; pero cuando se ha dado la posesión definitiva de los bienes, en que los presuntos herederos entran como dueños, disponiendo de los bienes, y la sociedad conyugal queda concluída, sólo debe tener intervención en la declaración de ausencia definitiva; no en la acción de división.

En la segunda hipótesis, de la ausencia sin previa declaración, es decir, en la que se traduce por la no presencia en el lugar del juicio, se procederá como lo dispongan las leyes de procedimiento, y es muy dudoso que si éstas no ordenasen la representación del ausente, y lo declarasen únicamente rebelde, continuando el juicio en rebeldía, hubiera motivos para declarar nulo dicho juicio, porque el Cód. Civil no puede invadir atribuciones que la Constitución ha conferido á las provincias; pero nos apresuramos á decir que no existirá colisión, porque afortunadamente las provincias buscan armonizar su legislación de forma á las disposiciones del Código, realizando así una aspiración nacional, de unidad en la legislación.

Si bien el término de *ausencia presunta*, que usa el artículo, no expresa con claridad la idea de la *no presencia* en el lugar del juicio, para

provisoria ó definitiva, los herederos pueden demandar la división como curadores ó como dueños; en el segundo, como se trata

que se le nombre defensor, cuando no pueda ser citado en persona, no es inútil, como algunos creen. Y este artículo está demostrando la verdad de la tesis sostenida al comentar el art. 110, t. I, pág. 198, donde se reconoce una ausencia que sólo tiene por objeto la representación, y otra que lleva el fin de apoderarse de los bienes del ausente.

De esta diferencia de ausencia nacen las diversas facultades del juez; en la que tiene por objeto la posesión de los bienes; el juez está obligado á dar la posesión provisoria á los herederos presuntivos, mientras en la no presencia en el lugar del juicio, el juez puede nombrar el defensor que lo represente, obedeciendo á las leyes de procedimiento.

¿Qué se decidirá, cuando el ausente ha sido citado en persona y no ha comparecido? La cuestión se resolverá por las leyes de procedimiento de cada provincia, pues el Código ha guardado silencio, con razón, porque es materia de la legislación de forma.

¿La partición deberá ser siempre judicial en caso de existir ausentes? Así parece decidirlo el art. 3465, n° 1, que comprende á los ausentes *cuya existencia sea incierta*, pareciendo limitar la disposición á la ausencia con presunción de fallecimiento. Esto es de importancia, porque de la resolución que se adopte dependerá si debe ó no intervenir el Ministerio de Menores, por existir incapaces. En mi opinión, el Ministerio de Menores no tiene intervención en el juicio de división, cuando conociéndose el domicilio del ausente se le ha citado en persona, y por su no comparecencia se le nombrare defensor; pero se estará á lo que dispongan las leyes de procedimiento.

No tendrá igualmente representación el Ministerio, cuando los herederos hubieran sido puestos en la posesión definitiva de todos los bienes del ausente. En este caso, puede hacerse la división privadamente desde que los herederos sean capaces, porque son los únicos dueños; no así en los demás, en que necesariamente debe ser judicial.

Cuando el ausente hubiera dejado un apoderado deberá representarlo, y con él se entenderán todas las diligencias, y si tuviera facultades para hacer la división privadamente, no necesitan de ocurrir á la justicia.

En derecho francés se reconocen tres períodos: 1°, cuando la ausencia no es aún presunta, que equivale á nuestra *no presencia* del lugar del juicio; 2°, después de la declaración de ausencia, en que se da á los herederos la posesión provisoria; 3°, cuando se da la posesión definitiva.

únicamente de la falta de presencia en el lugar, se procederá con arreglo á las leyes de procedimientos que dictaren cada Provincia.

Si antes de hacerse la partición, muere uno de los co-herederos, dejando varios herederos, bastará que uno de éstos pida la partición; pero si todos ellos lo hicieren, ó quisieren intervenir en la división de la herencia, deberán obrar bajo una sola representación (art. 3459); porque en realidad sólo tienen la parte de su causante que no pueden dividir.

La diferencia fundamental está en que nuestro Código no ha dado facultad alguna á los herederos ó jueces para intervenir en los casos de ausencia que no ha llegado á ser presuntiva, mientras en la legislación francesa se les da. — Comp. DEMOLOMBE, XV, 364 y sig. DURANTON, VII, n° 3. MALPEL, n° 244. LAURENT, X, 249. — Véanse arts. 110, 115, 118, 3203, 3463 y 3465.

(Art. 3459.) El artículo sólo habla del fallecimiento de uno de los coherederos que tenía derecho á pedir la división; pero como éste no es un privilegio sino un derecho transmisible á los herederos, con la misma razón la demandarían los herederos de todos aquellos que podían pedirla, y de que habló el art. 3452; así podrán hacerlo, los herederos del acreedor ó de los legatarios que tenían derecho para demandarla, pues han sucedido á sus causantes en todos sus derechos y acciones.

En cuanto á la representación conjunta, corresponderá á las leyes de procedimiento de cada provincia. El Código Civil no puede invadir una jurisdicción extraña. La misión de la ley de fondo es reconocer el derecho, y conferir las acciones para ponerlo en movimiento y defenderlo cuando fuere desconocido; pero en lo que respecta al modo cómo se deducirá la acción, y el camino que deberá seguirse hasta obtener el reconocimiento del derecho, es la ley de procedimiento que lo determinará. Así, cada provincia podrá resolver esta cuestión, según sus leyes especiales.

En principio general, se debe establecer, que cuando hubiere intereses comunes fundados en los mismos derechos, es conveniente y provechoso ordenar que procedan bajo la misma representación, y las leyes

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3457. — Demolombe, tom. 15, n° 564, trata de todos los casos en que haya un heredero ausente, y véase tom. 7, n° 3. — Duvergier, tom. 2, n° 408, nota B.—Chabot, art. 817, nos 4 á 8. — Demante, tom. 3, n° 145 bis.

Los herederos bajo condición, no pueden pedir la partición de la herencia hasta que la condición se cumpla; pero pueden pedirla los otros co-herederos, asegurando el derecho del heredero condicional. Hasta no saber si ha faltado ó no la condición, la partición se entenderá provisional (art. 3458); porque si la condición llegara á

de procedimiento deben ordenarla; pero no basta que se ejerza el mismo derecho, si no tiene el mismo origen, ó si pueden encontrarse en colisión durante el procedimiento; como por ejemplo, en un juicio sobre rendición de cuentas, en que los que las demandan pueden tener derechos opuestos, aprobándolas unos, observándolas los otros en partes diversas; conformándose los unos con lo que otros rechazan. El presente artículo habla de la petición de división, en la que todos tienen un interés común, proveniente del mismo origen: la herencia; eso sería para litigar sobre la división misma que se pone en discusión; pero una vez decidida la cuestión, el interés común desaparece para presentarse cada uno con una pretensión diversa. ¿Cómo obligarlos entonces á que tengan un representante común? Unos querrán que se les adjudique tal cosa, que su coheredero pretenderá para sí; en una palabra, habrá intereses encontrados, y no será posible una representación común. De modo que la disposición contenida en el artículo, se aplicará á la petición de partición, cuando hubiese cuestión sobre ella, ó cuando procedieran á la división para tomar en común la parte que correspondería á su causante, para después dividírsela particularmente. La representación común debe ser, pues, para tomar la totalidad de la parte que corresponde al heredero fallecido.

En nuestros tribunales es práctica corriente ordenar la representación única, cuando se demanda á una testamentaria indivisa, sea por reivindicación de un inmueble, sea por una deuda de la sucesión, porque todos tienen el mismo interés, sin perjuicio de que cualquiera de ellos pueda separarse del asunto, renunciando á sus derechos, en cuyo caso la renuncia se considerará como un desistimiento ó reconocimiento del derecho reclamado, y no acrecerá á la parte de sus coherederos. — Comp. GOYENA, art. 897. CÓD. DE PROCEDIMIENTOS DE LA CAPITAL FEDERAL, arts. 633, 722 y 741. — Véase art. 3416, y mi comentario á él.

(**Art. 3458.**) El artículo habla del heredero bajo condición. ¿Cómo debe entenderse? ¿Es bajo cualquier condición, ó se refiere únicamente á la suspensiva? Si el heredero ha sido instituido bajo condición resolu-

cumplirse, necesariamente tendría que rehacerse la división, desde que tomaría parte el heredero condicional.

toria, como adquiere inmediatamente un derecho que puede revocarse cuando la condición se cumpliera, es claro que lo ejercerá porque es dueño actual de él, y puede pedir la división de los bienes y tomar como suya la parte que le haya correspondido, disponiendo de ella como propietario con dominio revocable; puede enajenarlos bajo la misma condición, pero no destruirlos ni deteriorarlos hasta que su derecho no sea irrevocable.

Quando fuese nombrado heredero bajo condición suspensiva, el derecho no se habría adquirido, tiene una simple expectativa que puede ó no realizarse, y la ley sólo le concede derechos conservatorios. ¿Con qué derecho se presentaría solicitando la división de cosas que no sabe si le llegarán á pertenecer? Con razón la ley le niega la facultad de pedir la división; pero los que pueden ser sus coherederos tendrán derecho á hacerlo, porque son herederos del difunto, y no existe obstáculo para no permitirla, pues bastará asegurar los derechos en expectativa del heredero condicional, por medio de fianzas, hipotecas ú otras garantías. Será cuestión de hecho, que los jueces resolverán respecto de las garantías.

Los herederos pueden proceder á la división, de acuerdo con el heredero condicional, y será obligatoria para todos, aunque la condición no se cumpla. Si la condición se cumpliera, la división será definitiva; si no se cumpliera, será también definitiva respecto de los herederos que la pactaron, quedando en común para dividirse la parte reservada al heredero condicional. Será también definitiva para los herederos, cuando se hubieren dado garantías ó fianzas, y bajo esa base se practicar la división, si la condición no se cumpliera.

¿Qué sucederá cuando los herederos proceden á la división sin asegurar los derechos del condicional? Que podrá impedirle, y bastará su oposición para que no se realice.

Quando el artículo dice, la partición será provisional hasta no saber si ha faltado ó no la condición, no se debe entender que no puedan hacerla definitiva por convenio entre todos ellos; el artículo se pone en el caso de no existir pacto alguno, y entonces la declara condicional.

En los casos en que todos los herederos se hubieran convenido en una partición definitiva, haciendo entrar al condicional y con su conformidad, el acto quedará irrevocable; pero si la condición no se cumpliera, deberán hacer nueva partición de lo adjudicado al heredero condicional, que no ha llegado á ser heredero, sin alterar la división

§ 952. — PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

Como entre los herederos hay una especie de comunidad, pues cada uno posee para sí y para sus coherederos, desde que á todos aprovecha esa posesión, la ley ha supuesto con razón, que mientras uno de ellos no produzca actos, en que con conocimiento de los demás, los excluya de la herencia, continúa poseyendo en común, por eso ha dicho: *la acción de partición de herencia es imprescriptible, mientras que de hecho continúe la indivisión; pero es susceptible de prescripción, cuando la indivisión ha cesado de hecho, porque alguno de los herederos, obrando como único propietario, ha comenzado á poseerla de una manera exclusiva. En tal caso la prescripción tiene lugar á los treinta años de comenzada la posesión (art. 3460);* pero debe tenerse en cuenta que el poseedor por su

anterior. — Comp. GOYENA, art. 896. Cód. DE CHILE, art. 1319. Cód. DE CALIFORNIA, art. 4046. — Véanse arts. 2962, 3156, 3434, 3610 y 3771.

(**Art. 3460.**) ¿La acción de partición es imprescriptible de un modo absoluto? ;No, seguramente! El mismo artículo lo dice claramente, que sólo llega á serlo, cuando de hecho continúa la indivisión de la herencia. Así, no hay nada de original y raro que esta acción sea prescriptible en todos los casos ordinarios, y no lo sea cuando la cosa permanece en común; como no hay rareza en que yo continúe perpetuamente en posesión y propiedad de un campo que no ocupo, y que la pierda una vez que ha sido tomado y prescripto por otro.

Mientras mi coheredero posee las cosas hereditarias en común, reconociéndome mis derechos, posee para los dos, y no hay razón para que la prescripción se pueda alegar desde que poseo la cosa; pero la dificultad está en precisar el momento en que puede comenzar la prescripción. Para mí, no veo que exista duda alguna, ni me parece difícil determinar cuando el coheredero ha comenzado á ser desposeído de la posesión tenida en común. Se debe tener presente la máxima de que «nadie puede cambiar por su propia voluntad la causa de su posesión», y aunque he explicado en el comentario al art. 2353 el alcance de este principio, como se ha puesto en duda por algunos, debo volver sobre él.

Cuando mi coheredero ha comenzado á poseer la cosa en común con-

propia voluntad no puede cambiar la causa de su posesión, que necesita crearse un nuevo título, ó excluir á sus coherederos ne-

migo, reconociéndome en tal carácter, todos los actos que practicare sin mi conocimiento, atribuyéndose la propiedad exclusiva de las cosas, en nada me perjudicarían, porque por su propia voluntad no puede cambiar el origen de su posesión. Así, cuando arrendare los inmuebles de la sucesión como único dueño, este acto no me despojaría de mis derechos, como en el mismo caso no me lo quitaría mi locatario que, tomando el nombre de propietario, arrendase la cosa que tiene á título de locación. Para que el acto ejecutado por el coheredero importe una desposesión, y haga cesar la indivisión, es necesario que comience por negarme la copropiedad, ó que se cree un título especial proveniente de un tercero; por ejemplo, si comprara los derechos de otro heredero que se atribuyese la propiedad de la herencia, porque excluye á los de grado más remoto que están en posesión; desde ese momento comienza la prescripción con título, porque la indivisión ha cesado. No son, pues, los actos del coheredero que se atribuya la propiedad exclusiva, los que lo harán cambiar la causa de su posesión, que dará origen á la prescripción, á menos de que sean contra el coheredero ó su representante á quien les desconociera su derecho, ó que un tercero les traspasara derechos que tuviera sobre las cosas sujetas á división; por consiguiente, no le bastará, como algunos creen, los actos exteriores por los que manifieste su intención de no poseer más á título de coheredero de aquel contra quien prescribe; porque esos actos no tendrán valor alguno, sino han sido ejecutados con conocimiento del coheredero, á quien le hubiere desconocido sus derechos.

En cuanto á la prescriptibilidad de la acción, se ha dicho que se involucra la prescripción liberatoria con la usucapión; pero es fácil demostrar que cuando se ha perdido una acción es porque el derecho ha sido adquirido por el otro, y que en el presente caso no hay prescripción liberatoria sino usucapión ó prescripción adquisitiva. En efecto, el coheredero que ha poseído un inmueble de la sucesión, como suyo propio durante 30 años, negando á su coheredero su derecho, es evidente que lo ha adquirido por prescripción, no se ha libertado de una deuda, y como la ley declara adquirido definitivamente el bien, era necesario que declarase extinguida la acción que podía deducir el coheredero, porque ésta es el medio de dar vida al derecho, y como se encuentra extinguido, muerto, por decirlo así, no puede existir. Por eso dice, con razón, Maynz, § 363, nota 62: «se ha pretendido que las acciones de partición eran imprescriptibles. Es un error. El derecho de pedir la partición sub-

gándoles el derecho de coposeedores, y ejercer actos de dominio exclusivo con conocimiento de ellos ó de sus representantes.

siste, es cierto, siempre, cualquiera que sea el tiempo durante el que la comunidad haya existido. Pero la acción de partición, es decir, la reclamación de los derechos y obligaciones que resultan de la comunidad es prescriptible como cualquier otra acción. Solamente, como en las otras acciones, la prescripción no comienza á correr desde el momento en que la acción ha nacido»; como sucede en la posesión de una cosa por la fuerza ó la violencia que se podría decir es imprescriptible en el sentido de que no comienza á correr el término, mientras no hubiere cesado la fuerza ó la violencia. Decir que la acción es imprescriptible mientras dura la indivisión, equivale á expresar que la cosa es imprescriptible mientras el dueño la posea; la verdadera idea del artículo ha sido establecer el principio general de que, los bienes de la herencia indivisa se prescriben por treinta años, cuando uno de los herederos la ha poseído durante ese tiempo como propia, y la única excepción, que no la es en realidad, es cuando la herencia permanece indivisa, en que cada uno de los herederos está en posesión. ¿Cómo se puede prescribir entonces? Á la verdad que no había necesidad de decirlo.

¿Quién debe probar la prescripción? Naturalmente, el que la alega, y la demostración será de las más sencillas, porque se funda en hechos esenciales. En efecto, si suponemos que el coheredero comenzó á poseer en común por sí y por su coheredero, sólo podrá hacer cesar esa comunidad por estos dos hechos: negar, judicial ó extrajudicialmente, la copropiedad á su condómino ó á su representante, lo que será fácil demostrar, contando desde ese momento el tiempo para prescribir, ó exhibir un título traslativo de dominio del que se cree propietario ó heredero excluyente, por el que se le ha transmitido la totalidad de la cosa; pero si el demandante demostrase á su vez que, no obstante ese título, ha sido reconocido como coheredero, y se le ha dado participación en la cosa, el título no sería bastante para hacer comenzar la prescripción; ó podría probar aún que en un juicio cualquiera ha tomado su calidad de heredero para unir su posesión á la de su causante, en ese caso, como lo ha decidido la Suprema Corte, no puede negar esa calidad á sus coherederos, cuando le reclamasen la cosa á título de tales.

La demanda de división deducida por uno de los coherederos, interrumpe la prescripción que contra él corría; pero en nada beneficia á los demás coherederos, contra quienes continuaría, si no han hecho reclamación alguna.

La acción de partición puede extinguirse igualmente, cuando ha

Cuando la posesión de que habla el artículo anterior, ha sido sólo de una parte alicuota de la herencia, ó de objetos individuales, la acción de partición se prescribe por treinta años respecto á esa parte ó á esos objetos, y continúa existiendo respecto á las partes ú objetos que no han sido así poseídos (art. 3461); porque en-

existido una convención de partición, y como lo hacen notar, con razón, Baudry-Lacantinerie y Wahl, II, 2198, no es necesario un acto escrito destinado á probar un hecho jurídico, sino el mismo acto jurídico.

Con la disposición de este artículo, se puede corregir el error de copia del art. 4019, n° 3, que declara imprescriptible la acción de división mientras dura la *división*, como dice la edición oficial de 1883, mientras la edición declarada auténtica por el Congreso, dice: «mientras dura la *indivisión*».

El artículo contenía un error que notamos en *La Instituta*, n° 381, pues se decía á los *reinte años*, que fué corregida por el Congreso, por el de *treinta años*. — Comp. AUBRY y RAU, § 622, texto y notas 7 y 8. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, II, 2198 y sig. DEMOLOMBE, XV, 527 á 530. TROPLONG, *Prescripción*, II, 1066. DUVERGIER, IV, 407. DEMANTE, III, 140 bis, II. LAURENT, X, 262. GOYENA, art. 915.

(Art. 3461.) Este artículo, tomado de Aubry y Rau, § 622, texto á la nota 9, reformado en parte, apoya la teoría sostenida en el anterior sobre la prescripción adquisitiva. Si los bienes, individualmente considerados, podía adquirirlos el heredero por la posesión de treinta años, no hay necesidad de ocurrir á la prescripción extintiva, porque la acción, que es la consecuencia del derecho, desaparece por la extinción de éste. Se ha perdido el derecho y con él la acción que le daba vida y movimiento. La razón fundamental de Aubry y Rau es que la herencia, considerada como universalidad jurídica, no es susceptible de posesión propiamente dicha, ni de usucapión, y que no puede, por consiguiente, ser cuestión sino de prescripción extintiva, pierde su fuerza, ante la consideración que nó se trata de la herencia, sino de los bienes

Nota de Dr. Velez-Sarsfield al art. 3460.—Aubry y Rau. § 662. — Cód. de Luisiana, art. 1227.—Goyena, art. 915.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3460. — La acción de partición de herencia es imprescriptible mientras que de hecho continúe la indivisión.—Jur. Civ., II, 123, Sér. 2°.

Para que el derecho de petición de herencia sea imprescriptible, el poseedor debe carecer de título de adjudicación á nombre propio. — Jur. Civ., III, 111, Sér. 4°.

tonces se trata de cosas particulares, y cada una de ellas debe adquirirse individualmente, pues están separadas, por decirlo así, de la universalidad jurídica, que se llama herencia.

que están sometidos á la usucapión, pues deben poseerse á título propio, durante treinta años, con una posesión pública, pacífica y no interrumpida, condiciones que no pueden aplicarse á la prescripción extintiva.

Nuestro artículo admite la posesión de la herencia, continuando en la idea del anterior, al decir: «la acción de la partición de herencia se prescribe, cuando alguno de los herederos, obrando como único propietario, ha comenzado á poseerla de una manera exclusiva», y agrega en el presente: «cuando la posesión ha sido sólo de una parte alicuota de la herencia», etc., rechazando claramente la teoría de Aubry y Rau, que no admiten la posesión; pero estos principios interesan sólo á la ciencia del derecho, y aunque sus consecuencias pueden ser de mucha transcendencia; sin embargo, en lo que se relaciona con los bienes de la herencia, tiene poca importancia, el que la acción se extinga á los treinta años, ó que el derecho se adquiera por ese mismo tiempo.

Si consideramos la cuestión de la adquisición de los bienes, tendríamos que aplicarle las causas ordinarias de interrupción y de suspensión: «de ahí puede resultar, dice Demolombe, XV, 536 y sig., que esta prescripción haya corrido contra unos y hubiera estado suspendida contra otros, como si entre los coherederos unos fueran mayores y otros menores ó interdictos». Ahora bien; supongamos que uno de los coherederos contra el cual no ha corrido la prescripción, pidiera la partición: en ese caso, el autor citado opina, que el incapaz debe traer á la masa los bienes cuyo goce hubiera tenido separadamente, porque esta prescripción reposa principalmente sobre la presunción de una partición anterior; luego el heredero, al demandar la partición, confesaría él mismo que no ha tenido lugar y que su posesión ha sido precaria.

Este razonamiento, que puede hacerse cuando se trata de incapaces, en que los tutores ó curadores no están autorizados á tomar cosas de otros á nombre de sus representados, para prescribirlas, no puede ser aplicable á los mayores que las adquieren. El argumento de Demolombe es aceptable en esta parte, porque el incapaz no ha podido poseer sino á título de heredero.

Pero estudiando la cuestión bajo otra de sus fases, cuando un heredero mayor posee un bien hereditario como propio, durante el tiempo necesario para la prescripción, y uno menor contra quien esa prescripción ha estado en suspenso, pide la división de la herencia, ¿ese bien debe figurar en el acervo hereditario? Así lo creo; pero con el solo ob-

Téngase presente, que el artículo habla de la posesión á título de dominio exclusivo, en que el heredero adquiere la cosa ó

jeto de que el incapaz tome parte, porque para él no está perdido, desde que la prescripción no ha corrido; pero los demás no gozarán de este beneficio: para ellos la herencia se encuentra disminuída en los bienes adquiridos por prescripción. El mismo principio aplicaríamos al heredero que hubiera interrumpido la prescripción demandando su parte en el bien que su coheredero posee exclusivamente; esa interrupción ó el reconocimiento que hiciera el poseedor, sólo aprovecharía al que lo hubiera hecho.

Las hipótesis del artículo son: 1ª, que uno de los herederos haya poseído una parte alicuota de la herencia; 2ª, que haya poseído bienes individualmente determinados. En la primera, es difícil explicar cómo es que sin una división previa haya poseído parte de la herencia, y sólo puede aplicarse al caso en que, los herederos de grado más remoto se hayan apoderado y dividido la herencia por inacción ó ausencia de los más próximos; notaremos que esta es la parte agregada por el Dr. Velez-Sarsfield al texto de Aubry y Rau, que dicen: «si la posesión exclusiva de algunos de los herederos se hubiera tenido, *no sobre la herencia considerada en su conjunto*, sino sobre ciertos objetos hereditarios, individualmente considerados, la acción de partición se extingue solamente en lo que les concierne, y continuaría subsistiendo en cuanto á lo demás de la herencia. Los coherederos en cuyo provecho se habría cumplido la prescripción de treinta años, no tendrían que traer esos objetos á la masa para ser admitidos á provocar la partición». Como se ve, estos autores no admiten que la herencia pueda ser poseída en su conjunto y considerada como universalidad jurídica, principio que reputo cierto: pero nuestro artículo se separa de él, cuando admite en el anterior que la herencia puede ser poseída, y en el presente supone que pueda ser poseída una parte alicuota de ella.

Respecto de la segunda hipótesis no hay discusión posible, porque el heredero que posee un bien raíz durante treinta años á título de dominio, lo hace suyo; no porque esté libre de presentar título alguno, como generalmente se cree, porque eso se refiere á la posesión, y sólo se aplica á las acciones posesorias; en la reivindicación tiene obligación de presentar su título de propiedad, y la prescripción de treinta años es un título como cualquier otro, y aún mejor que el del reclamante; porque esa prescripción le ha transferido el dominio, dejando sin efecto los títulos anteriores. El heredero que prescribe no puede limitarse á decir: *«la cosa es mía* y no tengo por qué decir cómo lo es; fui al principio

parte de herencia poseída, por medio de la prescripción trentenaria, para la que no se requiere título.

simple comunero, y después adquiri la cosa común por un título cualquiera, que no estoy obligado á declarar»; porque si ha comenzado á poseer como simple comunero, bien puede tenerla cien años, no la habría prescripto, mientras no cambiase la causa de su posesión, y sólo puede hacerlo negando al comunero su derecho, ó adquiriéndola de otro que se creía dueño; ambas cosas debe demostrar.

Se confunde generalmente el derecho del poseedor á quien se le reclama la posesión, que no tiene obligación de dar cuenta de ella, pues *posee porque posee*, con las acciones se que relacionan con la propiedad, en que debe demostrar su dominio, pues si no presentare título alguno y el demandante lo exhibiera, le sería entregada la cosa.

La partición exigida por uno de los coherederos respecto de la parte no prescripta se haría, como si esos fueran los únicos bienes que dejó el difunto, y el heredero que prescribe tomaría su parte, como si nada hubiera recibido, lo que es verdad, porque lo adquirido por él le pertenece por título propio.

Si varios herederos, ó todos, se han apoderado de los bienes que dejó su causante, y los hubieren poseído durante treinta años, ninguno de ellos tendría derecho á pedir la división, desde que no existen bienes comunes que dividir; se consideran no como herederos que han recibido bienes de una sucesión y que tienen obligación de garantizarse recíprocamente sus partés, sino como adquirentes extraños que no tienen vínculo; si alguno llega á perder por cualquier causa el bien de que se había apoderado, no tiene acción alguna contra los otros que los han adquirido por la prescripción trentenaria. — Comp. DEMOLOMBE, XV, 537. MARCADE, al art. 816. CHABOT, al art. 813, n° 3. LAURENT, X, 267.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3461. — Duranton, tom. 7, n° 91. — Aubry y Rau, lugar citado.

CAPÍTULO II

DE LAS DIVERSAS MANERAS COMO PUEDE HACERSE LA PARTICION DE LA HERENCIA

§ 953. — DE LA PARTICIÓN ENTRE MAYORES DE EDAD

Los mayores de edad pueden elegir la forma en que se hará la partición, y si todos estuvieran conformes con el modo elegido, no habrá dificultad alguna, aunque se hubiera aceptado una forma que atribuyera mejores lotes á los favorecidos por la suerte; respetando esa voluntad que entre los contratantes debe ser como la ley misma, ha dicho el **art. 3462**: *si todos los herederos están*

(**Art. 3462**.) La expresión de «cuando los herederos están presentes», no importa exigir su comparecencia personal en el mismo lugar, sino que se encuentren debidamente representados por sus procuradores, con poder bastante para realizar la partición en la forma que convengan.

La mayoría de edad exigida por el artículo comprende la capacidad de la persona, y á ella únicamente se refiere; porque la mujer casada bien puede ser mayor de edad, no podría realizar el acto sin permiso expreso de su marido.

Cuando las personas son capaces, la ley al reconocerlas como dueñas y señoras de sus derechos, no ha podido limitar su libertad sino en aquello que pudiera dañar á la comunidad, y la regla general es que tienen completa libertad para celebrar sus convenciones; su único límite es la prohibición, y por eso dice el artículo, la partición puede ser hecha en la forma y por el acto que los interesados ó la mayoría juzguen conveniente, indicando con claridad que son libres de hacer toda clase de arreglos, conviniendo en las modalidades ó condiciones á que quieran sujetarse en la convención, siempre que no estén prohibidas.

presentes y son mayores de edad, la partición puede hacerse en la forma, y por el acto que los interesados ó la mayoría de ellos, contados por personas, juzguen conveniente, siempre que el acuerdo no

En cuanto á la *forma*, que nuestro Código define en el art. 973, como el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto; que el artículo autoriza á realizarlo en la que los interesados eligieran, importa decir: pueden hacer la partición por escritura pública, acto auténtico, instrumento privado, y aún verbalmente, si el valor no excediere de doscientos pesos. Cuando se realizare en instrumento privado, deberá reducirse á escritura pública, si el valor de la partición pasare de mil pesos ó si hubiere bienes inmuebles, porque el art. 1184, n° 2, exige esa forma so pena de nulidad. La forma no comprende el modo de dividir la herencia, sea por peritos ó por la suerte, como algunos lo han pensado, porque las modalidades á que pueden someterse los interesados corresponden al acto y son independientes de la forma en que debe constar. Así, cuando el artículo dice: «y por el acto que los interesados juzguen conveniente», se debe entender que teniendo por objeto poner fin á la división, han elegido voluntariamente, ó la venta de la totalidad de los bienes ó la partición, cesión, permuta, transacción, y también la donación misma puede ser un medio de partición, cualquiera de estos actos puede servir para llegar á la división.

La decisión debe tomarse por mayoría, no para hacer cesar la indivisión, que es un derecho de cada uno, y puede ejercerse en cualquier momento, sino respecto al modo cómo se hará la partición, si por licitación, venta, cesión, etc., y no hay inconveniente alguno, pues si no hay mayoría se hará en la forma ordinaria, ocurriendo á los tribunales para dividirse los bienes, en cuyo caso los jueces resolverán las controversias que se suscitaren entre los herederos.

No habría sido conveniente exigir la unanimidad de opiniones, porque el modo de dividirse no es una cuestión de tanta trascendencia, que pueda perjudicar á los demás coherederos que no acepten la manera de realizar la división, pues recibirán siempre la parte que les corresponda. ¿Por qué la mayoría debe ser por personas y no por el interés que tengan en la herencia, ó con relación á las partes que representan? Porque, en general, todos los herederos tienen una parte igual, y sólo por excepción hay diferencias entre lo que cada uno debe recibir.

Si uno ó varios herederos hubieran fallecido, sus herederos concurrirán á la deliberación de la partición de la herencia en que su causante tenía parte, como si fueran una sola persona; lo mismo sucedería si to-

sea contrario á la esencia misma de la partición; es decir, que para obligar á la minoría para aceptar la forma elegida por la mayo-

dos los herederos concurrieran *in stirpes*, por derecho de representación, cada rama tendría un voto.

La mayoría puede decidir sobre el modo cómo debe hacerse la partición, dice el artículo; pero como podrían comprometerse los derechos de los que no están conformes, de ahí es que se ha puesto un límite á la facultad concedida á la mayoría, y esa limitación es que el medio elegido para dividirse no contrarie á la esencia misma de la partición. ¿Cómo se debe entender, y qué alcance debe darse á esta limitación?

La partición puede contrariarse en su esencia misma, cuando se eligiera por la mayoría, el dividirse por la suerte, adjudicándose lotes de diferente valor, de modo que los favorecidos tuvieran mayor porción que los otros, ó si dejaran en común tales ó cuales bienes. Debe tenerse presente, que la mayoría sólo puede resolver en cuanto al modo de hacerse la partición, sea por licitación, venta, cesión, cambio, etc., y de ninguna manera alterar los derechos de cada uno, sin el consentimiento unánime. ¿Cómo podría obligarse á los herederos si no quisieran aceptar que la partición se hiciera por una transacción? Podría aceptarse el arbitraje, limitado á no alterar los derechos de cada uno; pero no así para las adjudicaciones en bienes de diverso valor, en que podrían ser perjudicados por la tasación que de ellos hicieran los árbitros.

La partición se contraría, pues, en su esencia, de dos modos: 1º, alterando los derechos de los herederos, ó haciendo que reciban partes desiguales, si debían ser iguales; 2º, conviniendo en actos que dejen subsistente la partición en cualquier forma que sea, de modo que los herederos tengan un derecho eventual sujeto á revocación, y no uno definitivo, ó no puedan disponer de las cosas adjudicadas.

Un ejemplo del primer medio sería, si entre la mayoría se hubiera acordado dividirse por la suerte bienes de diverso valor, de modo que unos fueran beneficiados en perjuicio de los otros, recibiendo menos de lo que les hubiera correspondido en una partición ordinaria. Así, cuando fueran tres herederos por iguales partes, en que dos se hubieran convenido en dividirse una casa, un campo y acciones de una compañía, por medio de la suerte, formando un lote para cada uno, el tercero, que es la minoría, puede oponerse porque el medio adoptado es contrario á la esencia de la partición. Lo mismo sería, si debieran recibir partes desiguales, y se conviniera la mayoría en una forma de división que pudiera alterar las partes de cada uno. Es entendido que todos pueden convenir en cualquier modo de dividirse, aunque altere las partes que cada

ría, la partición en su esencia no debe alterarse, ó lo que es lo mismo, cada heredero debe recibir la parte que le corresponda

uno tuviera, siempre que la partición sea definitiva y ponga á cada uno en aptitud de disponer de lo que les pertenece, sin estar sujetos á eventualidad alguna.

En cuanto al segundo modo, la partición sería contraria á su esencia, cuando se hubieran convenido en que, si alguno de los herederos fuera privado del todo ó parte de lo adjudicado, se volverían á traer los bienes á la masa para hacer una nueva partición; porque entonces el derecho de cada uno quedaría sujeto á la revocación, y no podrían disponer de las cosas como dueños. Pero viene una grave é interesante cuestión. ¿Esa cláusula ú otras semejantes anulan la partición, ó se tienen simplemente como nulas?

La Corte de Caen, en una sentencia, que ha adquirido gran repercusión, ha resuelto el caso siguiente: los coherederos en una sucesión se dividieron terrenos lindantes con la mar y establecieron la siguiente cláusula: «si sucediese, por efecto de la mar, la destrucción total ó parcial de los lotes adjudicados, se procedería entonces á una nueva partición de lotes iguales con los terrenos que quedasen». Y lo que se había previsto sucedió antes de los treinta años, y el heredero que había perdido su lote por la invasión de la mar, demandó una nueva partición con arreglo á la cláusula estipulada, y la Corte, por sentencia de Enero 15 de 1857, rechazó la demanda, porque la convención dejaba incierto y condicional, entre los que se dividían, la propiedad del lote que á cada uno se le había adjudicado; que en el caso previsto restablecía la indivisión ilimitada; que la convención de indivisión no es obligatoria sino durante cinco años; que la convención debe ser cumplida en todas sus partes, menos en la que autoriza á proceder á una nueva división, que ha cesado de ser obligatoria por haber pasado los cinco años.

Como se ve, la Corte no declara nula la cláusula, pues la admite como indivisión convenida por cinco años, mientras la Corte de Nancy, en una causa semejante, había declarado en la sentencia de Marzo 12 de 1846, que la cláusula que dejaba la indivisión indefinida ó ilimitada, era nula.

Demolombe combate vivamente estas dos sentencias, y pretende que la partición debe declararse nula, porque no es completa ni definitiva, pues no hace cesar definitivamente la indivisión.

No estoy conforme con el sabio comentador, porque si cada uno de los herederos ha convenido en hacer una partición definitiva, y por una cláusula cualquiera ha venido á quedar esa operación como eventual

según la ley. Así, podrán hacerse lotes de igual valor, y si no estuvieren conformes con las adjudicaciones, recurrir á la suerte

y sin un carácter definitivo, ¿por qué contrariar la voluntad de los interesados que han entendido dividirse, no provisoria, sino definitivamente? Si la cláusula es prohibida, si los deja, á pesar de su deseo de hacer una división completa y definitiva, en una nueva indivisión, se declara nula esa cláusula como contraria á la esencia de la partición, ó como prohibida por la ley, y la división queda inatacable.

Si hubieran querido hacer una división provisoria, y así lo hubiesen expresado en la convención, dándole ese carácter, se comprendería que cada uno de los herederos tuviera derecho para pedir una nueva división definitiva; pero cuando la han realizado, imponiéndose una cláusula prohibida, ésta es la que debe anularse.

Recuérdese que nuestro artículo sólo faculta á la mayoría para decidir con relación á la forma; es decir, si se hará en escritura pública, privada ó judicialmente; y por qué acto debe hacerse la partición; es decir, si tendrá lugar por licitación, venta, etc., y de ninguna manera autoriza á esa mayoría para imponer cláusulas, que puedan contrariar ó desnaturalizar la esencia de la partición; así es que la cuestión examinada supone la unanimidad de los herederos, en que han convenido la cláusula que viene á dejarlos en comunidad.

La Corte de Caen ha decidido posteriormente, en Enero 19 de 1865, que la cláusula por la que se estipulaba la resolución de la partición en razón de convenciones posteriores, era válida y obligatoria; pero no debe entenderse que esta resolución es contraria á la anterior, porque se había manifestado claramente la opinión de que fuera provisional la partición, y esto lo pueden hacer los coherederos; mientras en el otro caso se habían dividido definitivamente; por eso he sostenido que debía buscarse la voluntad de las partes; si entendieron y quisieron dividirse definitivamente, y una cláusula cualquiera hubiera venido á mantener los derechos como condicionales ó eventuales, esa cláusula no puede ni debe anular la convención, se la declara nula aquella, por ser contraria á la esencia de la partición, dando cumplimiento á la voluntad de los interesados; pero si expresamente convienen en dejar sus derechos sujetos á una cláusula de resolución, manteniéndose en una indivisión ilimitada ó indefinida, cualquiera de ellos podría pedir la partición definitiva.

Si se hubiera hecho la partición definitiva, dejando en indivisión cualquier bien de la sucesión, la división no sería provisional, porque cada uno podría disponer de los bienes entregados como verdaderos dueños; la única diferencia es que cada uno tendría derecho para hacer

para tomar cada uno esos lotes; porque entonces la partición no se altera en su esencia.

Si algunos los herederos estuvieron ausentes, se les citará por el

cesar el condominio en la cosa dejada en común: esta división sólo puede hacerse con la unanimidad de todos los herederos.

El Dr. Velez-Sarsfield, en la nota, trae el caso resuelto por la Corte de Nancy, y aceptando esa sentencia declara que la cláusula que los deja en comunidad y otras semejantes en una partición definitiva, se tendrán por no escritas, con cuya opinión estamos conformes, siempre que la voluntad de todos los herederos hubiera sido realizar una partición definitiva.

El Dr. Segovia defiende, con muy buenas razones, la validez de la división, contra la opinión de Demolombe; pero sostiene al mismo tiempo la validez de la cláusula que deja incierta la partición, con lo que no estoy conforme por las razones que he dado.

Las cláusulas que se pusieran en una partición definitiva, no podrían anularla, desde que la intención de las partes hubiera sido adjudicarse definitivamente los bienes, y quedarían sin efecto, según los casos, ó valdrían por el término de cinco años, si tuvieran por objeto mantener el condominio indefinido. En muchos casos serán cuestiones de hecho. —Comp. DEMOLOMBE, XV, 614. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, II, 2175 y sig. LAURENT, X, 301. VAZEILLE, al art. 819. — Véanse arts. 121, 974, 1184, n° 2, 2068, 2698, 3465 y 3511.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3462. — L. 80, Tit. 18, Part. 3ª. — L. 8, Tit. 4, Lib. 3. Fuero Real. — Véase Cód. Francés, art. 819. — Demolombe, tom. 15 nos 612 y siguientes. Supóngase el caso ya juzgado en los tribunales de Francia, que en el acto de una partición, convengan los herederos en que si apareciesen algunas minas en los terrenos que forman el lote de las partes, el uso de ellas sería común á todos los coherederos. La indivisión en tal caso, quedaría en pie y obligaría á una nueva división. Cláusulas semejantes á esas, respecto á pérdidas fortuitas que podrían sobrevenir á los lotes de los herederos, se tendrían por no escritas.

Fijamos la mayoría en el número de las personas, por los fundamentos que expone Demolombe en el n° 650.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 3462. — El convenio entre herederos mayores en el cual se adjudique bienes de la herencia, se conceptúa como partición, y presentado ante juez competente puede pedirse su cumplimiento, pero en ningún caso desistir de lo en él estipulado sin la conformidad de todos los interesados. — Jur. Civ., II, 803, Sér. 2ª.

La mayor ó menor parte de la herencia que los herederos todos mayores se adjudiquen en una partición extrajudicial, no repugna ni es contraria á lo que la ley dispone sobre porción de los herederos forzosos, pues las dife-

término que el juez señale, y si no compareciesen, se les nombrará un defensor que los represente (art. 3463); entendiéndose que en

(Art. 3463.) En el presente artículo se habla del procedimiento, aunque sin penetrar en la forma de cómo debe hacerse la citación y el nombramiento.

La ausencia de que habla el artículo, comprende la *no presencia* al juicio, sin haber dejado apoderado que lo represente, y no se refiere, naturalmente, á la ausencia con presunción de fallecimiento, porque si existe esa declaración, lo debe representar el heredero que ha sido puesto en posesión provisoria de los bienes, que tiene la facultad del curador. Cuando se hubiere dado la posesión definitiva, ya no hay representación, porque se le reputa fallecido hasta que apareciese.

El presente artículo nada tiene que ver con el art. 3457, que habla de la ausencia con presunción de fallecimiento, en que ya tiene su representante legal, que más que un representante es un presunto dueño, pues en esta calidad ha sido puesto en posesión de los bienes.

En cuanto á la forma en que debe ser citado el heredero ausente, así como el modo de nombrarle defensor, se debe estar á lo que dispongan las leyes de procedimientos de cada provincia, sea citándolos por edictos en los diarios de la localidad, sea por medio de cédulas fijadas en el juzgado donde no hubiera diarios. Respecto del término de los edictos ó de la citación, así como á la designación de quién debe defen-

rencias importan una renuncia permitida por la ley. — Jur. Civ., VII, 188, Sér. 3ª.

La indivisión reconocida y declarada por sentencias ejecutoriadas, la partición extrajudicial y consiguiente entrega de los bienes á los herederos, la parte dispositiva que ordena la formación de la cuenta particionaria colacionando los bienes entregados, equivale á una declaración expresa de haber cesado el estado de indivisión ó posesión en común de los bienes hereditarios. — Jur. Civ., VIII, 203, Sér. 4ª.

La partición hecha entre herederos por medio de una transacción, no importa una venta, aun cuando se transmitan derechos reales. — Jur. Civ., VII, 225, Sér. 1ª.

Verificada la división por sorteo entre los herederos mayores, corresponde se les dé posesión de los lotes respectivos. — Jur. Civ., VII, 3ª, Sér. 4ª.

Aprobada la cuenta particionaria, los herederos mayores tienen derecho á retirar su parte de herencia. — Jur. Civ., III, 41, Sér. 3ª.

La mayor ó menor parte de la herencia que los herederos todos mayores se adjudiquen en la partición extrajudicial, no repugna ni es contraria á lo que la ley dispone sobre porción de los herederos forzosos, pues las diferencias importan una renuncia permitida por la ley. — Jur. Civ., VII, 188, Sér. 3ª.

No puede tener lugar la partición extrajudicial entre herederos mayores, si afecta derechos de los legatarios. — Jur. Civ., V, 350, Sér. 4ª.

esta parte se seguirá lo que determinen las leyes de procedimientos. Así, por ejemplo, si ellas establecieran que el ausente deberá ser representado por un empleado público, como sucede en la Capital Federal, él será quien lo represente, sin que el Defensor de Menores sea parte en el juicio; porque esta ausencia no es la que hace considerar como incapaz al que no se encuentra en el lugar del juicio, sino la ausencia con presunción de fallecimiento.

La partición es definitiva, cuando cada heredero ha tomado su lote, y aun en el caso en que uno ó más coherederos hubieran convenido en tomar en común una cosa; porque entonces son comuneros y no les corresponde la acción de partición de herencia, sino la de hacer cesar el condominio; pero *la partición se reputará meramente provisional, cuando los herederos sólo hubiesen hecho una división de goce ó uso de las cosas hereditarias, dejando subsistir la indivisión en cuanto á la propiedad. Tal partición, bajo cualesquiera cláusulas que se haga, no obstará á la demanda de la partición definitiva que solicite alguno de los herederos (art. 3464);*

derlo ó representarlo, se observará lo que ellos dispongan. Lo esencial es que debe citársele y nombrársele defensor, si no compareciere.

Se nota una imperfección en la redacción del artículo, porque debía decir: si *alguno* ó algunos de los herederos estuvieren ausentes, etc., porque tal como está redactado, parece que el procedimiento debe seguirse sólo cuando hubiere algunos ausentes, y no cuando haya uno sólo, lo que no se puede admitir.

(**Art. 3464.**) El principio general es que cada uno de los herederos tiene derecho para pedir la partición en cualquier tiempo; es decir, que puede hacer determinar lo que cada uno tiene en la herencia, sin que eso importe romper el contrato por el que se obligó á permanecer en la indivisión por cinco años. El derecho de pedir la división, no ataca la estipulación de mantener la indivisión por un término no mayor de cinco años, por el contrario, la confirma.

El artículo, en su primera parte, crea una presunción en favor de la división provisional, presunción que no puede ser combatida, pues aunque los herederos hubieran manifestado expresamente que hacían una división definitiva, no se tendrá como tal, y cada uno podrá pedir la división, sin que importe faltar á la convención, que debe ser respetada. No se debe confundir esta situación, en que la indivisión

porque si bien el uso ó usufructo son los derechos más importantes anexos al derecho de propiedad, nada hay comparable como el

subsiste, á pesar del carácter que los herederos hubieran querido darle, porque no se han determinado las partes que cada uno tiene, con la comunidad ó condominio en que pueden permanecer, y que nada tiene que ver con la herencia, cuando ese condominio fuera el resultado de la división. En el primer caso, obran como herederos á quienes no se les ha determinado su parte, y que tienen derecho á pedir la división de la herencia; en el segundo, como condóminos que tienen una parte idealmente determinada en el inmueble ó inmuebles, y que pueden hacer cesar el condominio, sujetándose al contrato que no puede ligarlos por más de cinco años de una sola vez, aunque tienen el derecho de prolongarlo por tantos plazos de cinco años, cuantos quieran, siempre que la prórroga se haga expresamente.

Los herederos, al hacer la partición definitiva, pueden dejar en común los bienes que quieran: si no han fijado plazo para la indivisión, pueden dividirse cuando cualquiera lo pida; en caso contrario, respetarán el contrato sino pasa del término legal.

Téngase presente, que la presunción de indivisión, es para cuando los herederos sólo hubieren dividido el goce de las cosas; pero si se han dividido definitivamente, señalándose las partes que á cada uno corresponde, se tendrá por definitivamente terminada, y en nada influirá la división de uso y goce que se hubiere convenido, y cuyo contrato se cumplirá, sin perjuicio del derecho que tiene cada uno de hacer cesar el condómino, respetando el goce concedido. Así, cuando en la división uno se hubiera quedado con la nuda propiedad y el otro con el usufructo, el contrato se cumplirá.

Demolombe, XV, 633, estudiando la cuestión de jurisdicción para decidir á quien compete el conocimiento del asunto, dice: «si la partición que ha tenido lugar ha sido parcial, de tal suerte que los bienes que quedaren formen aún una sucesión indivisa en parte á dividir entre los coherederos, en ese caso es el tribunal del lugar de su apertura que es el competente. Si, por el contrario, la partición que ha tenido lugar ha sido total, en el sentido que ella ha liquidado completamente todos los derechos de los herederos sobre todos los bienes, aunque uno ó muchos de esos bienes hayan sido dejados en común, entonces ha habido, como se ha dicho, una especie de novación en la calidad de los copropietarios; de coherederos que eran han venido á ser condóminos, y la competencia especial no existe». Esta distinción, muy conforme á la verdad de los hechos y á los principios, ha sido presentada ante la Corte de

de disposición; mientras no se puede enajenar, le falta al propietario el derecho más esencial.

Casación por Merlin, que la fundaba sobre dos leyes romanas, extrañas en verdad á la competencia; pero en que puede encontrarse el germen, (l. 20, § 4, Dig. *Famil. ercisc.* y l. 1, Cód. *Famil. ercisc.*)»

Esta distinción ha sido seguida y ha quedado consagrada como una doctrina de la que no se puede separar el intérprete.

No es exacto, como algunos creen, que sea necesario estipular expresamente que la indivisión subsista, pues de otro modo la división será definitiva; porque eso no dice el artículo; por el contrario, en la división de uso y goce pueden ocurrir dos hipótesis, y en las dos la presunción de indivisión es evidente. En efecto, supongamos que entre dos herederos han convenido que cada uno de ellos gozará alternativamente cada año de la herencia, sin decir una palabra sobre la división; en ese caso la indivisión subsiste, pues sólo es el goce el dividido; pero si hubieran dicho expresamente: este arreglo se tendrá por división definitiva, ¿se considerará como tal? Evidentemente no! porque la división no ha existido, y las partes, aún cuando hubieren renunciado á pedirla, podrían demandarla en cualquier tiempo.

Cuando la división se ha hecho determinando las partes que cada uno tiene en la herencia, aunque quedaren bienes indivisos, la acción que se ejercería para hacer cesar la indivisión sería la del condómino que pide su parte, no la de partición de una herencia que no existe.

No se puede decidir cuando la partición ha sido total ó sólo parcial, pues será una cuestión de hecho y de interpretación. Así, cuando se han dividido todos los bienes designándose los que á cada uno corresponde y dejando otros en común, es indudable que la intención de los herederos ha sido de dar por terminada la partición, desde que no hay más que dividirse; si por propia voluntad han continuado en poseer todos algún bien ó bienes en común, eso corresponde al condominio. Si, por el contrario, sólo se han dividido de ciertos bienes, sin comprender los demás de la sucesión, la división ha sido parcial y conservan la misma acción para pedir la partición de los demás no comprendidos. — Comp. DEMOLOMBE, XV, 633. MERLIN, *Rep.* Vº. *Licitation*, § 2, nº 2. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, II, 2201 y sig.—Véanse arts. 121, 1310, 2692 y 3452.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3464.—Chabot, sobre el art. 815, nº 4.—Duranton, tom. 7, nos 76, 174 y 178.—Demante, tom. 3, nº 170 bis. — Duvergier, tom. 2, nº 413, nota A.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3464.—Recono-

§ 954. — DE LAS PARTICIONES JUDICIALES

Cuando se trata de determinar los bienes que los herederos han recibido del difunto, la ley ha impuesto que esa operación se haga judicialmente, sea porque hubiere derechos encontrados, como si los mayores estuvieran disconformes, y los jueces deben resolver esas diferencias, ó porque hubiere incapaces, en que el Ministerio de Menores debe intervenir; así dice el **art. 3465**: *las particiones deben ser judiciales*:

1º *Cuando haya menores, aunque estén emancipados, ó incapaces, interesados, ó ausentes cuya existencia sea incierta (art. 3465, n° 1)*; porque importando la división una especie de ena-

(**Art. 3465, n° 1º.**) Nuestro artículo viene á resolver una de las cuestiones que se suscitaban en derecho francés con ocasión del art. 838 del Cód. Napoleón, que sólo habla de menores, y nuestro Código ha agregado: «aunque sean emancipados», porque si éstos no tienen facultad para enajenar, como la partición importa una especie de enajenación, deben necesitar de la autorización judicial y la intervención del Ministerio de Menores.

Como los menores emancipados no pueden comparecer en juicio sin permiso del juez, según el art. 135, al fin, y cuando se tratase de pedir la partición debe nombrárseles un curador, art. 3456, se procederá al nombramiento del que designaren los emancipados, y obrarán en todo de acuerdo con ellos, si así lo exigiesen las leyes de procedimientos, á quienes corresponde designar la forma de proceder.

Si la mujer es menor de edad, el marido mayor la representará, interviniendo el Ministerio de Menores; si, por el contrario, es mayor y el marido menor, bastará con la autorización de éste para que pueda concurrir á la partición, sin intervención judicial, y cuando se hiciere judicialmente no tendrá intervención el Ministerio de Menores.

Los incapaces interesados son los que están en curaduría, pero se comprenderán igualmente los encerrados en un manicomio, ó los demen-

cida y declarada por sentencias ejecutoriadas la partición extrajudicial y consiguiente entrega de bienes á los herederos, la parte dispositiva que ordena la formación de la cuenta particionaria colacionando los bienes entregados, equivale á una declaración expresa de haber cesado el estado de indivisión ó posesión en común de los bienes hereditarios.—Jur. Civ., VIII. 203. Sér. 4º.

jenación, desde que cada heredero renuncia á la parte que tiene en cada uno de los bienes de la sucesión, no puede hacerlo parti-

tes notorios que no lo tuvieren; en ambos casos deben nombrárseles curador, después de haberse llenado las formalidades legales.

En lo que concierne «á los ausentes cuya existencia sea incierta», debemos hacer una distinción de importancia. La ausencia puede ocurrir por la *no presencia* del individuo en el lugar del juicio donde la partición se realiza, conociendo su residencia ó domicilio, en ese caso se le notificará para que comparezca. Puede estar ausente sin que se sepa el lugar de su residencia, y por consiguiente sin poder notificársele; finalmente, el ausente con presunción de fallecimiento. ¿Á cuál de estas ausencias se refiere el artículo, para que haga necesaria la partición judicial?

En el art. 3463, se dijo que en el caso de estar ausente alguno ó algunos de los herederos se les citaría en persona, cuando se conociera su domicilio, ó por edictos, si no era conocida su residencia; pero en cualquiera de las dos hipótesis, la partición no podía hacerse extrajudicial, aunque la mayoría ó todos los presentes la hubieran convenido así. El presente inciso sólo habla de los ausentes de existencia incierta; pero mi opinión es que la partición tendrá que hacerse judicialmente, aunque el ausente estuviere en lugar conocido y pudiera citársele. Bastará que no se presente ó no nombre apoderado para que no se pueda hacer privadamente la división. Los únicos casos que pueden exceptuarse, es cuando se ha declarado ausente con presunción de fallecimiento, y el heredero ha sido puesto definitivamente en posesión de todos los bienes; porque no existiendo el declarado ausente, el heredero puede convenir en la división privada, y cuando ha sido representado debidamente por un apoderado en las deliberaciones de los herederos.

Si el ausente estuviere representado por apoderado, éste podrá asistir á las reuniones de los herederos, y convenir en la forma de hacer la división, sometiéndose al resultado de la mayoría.

Si la partición se hubiera hecho extrajudicialmente por decisión de todos los presentes, sin la asistencia del ausente, el acto no sería nulo para los que lo han realizado, y quedaría válido para el ausente por la ratificación que éste hiciera. Es sabido que no pueden alegar la nulidad de un acto, los que lo realizaron conociendo ó debiendo conocer el vicio que lo invalidaba, art. 1047. ¿Qué derechos tendrían los herederos capaces para invalidar un acto que han realizado con completa libertad y conocimiento de lo que hacían? ¿Por qué sería nulo, si el único que puede reclamarlo guarda silencio ó si lo aprobase?

cularmente. Es entendido, que cuando haya menores ó incapaces, debe ser parte el Ministerio Pupilar, y cuando el menor emancipado estuviere obligado á concurrir al juicio tiene el derecho para nombrar el curador que debe completar su persona. El Ministerio no interviene en los casos de ausencia sin presunción de fallecimiento.

2º *Cuando terceros, fundándose en un interés jurídico, se opongan á que se haga partición privada (art. 3465, nº 2); pero los*

En conclusión, la partición será judicial, cuando alguno de los herederos estuviere ausente, y deberá ser representado por un defensor que el juez le nombrará. — Comp. DEMOLOMBE, XV, 597. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, II, 2297 y sigs. HUREAUX, III, 348. DUCARROY, BONNIER y ROUSTAIN, II, 657 y 677.

(Art. 3465, nº 2.) El inciso sólo acuerda á los terceros interesados, el derecho de oponerse á la partición privada, sin darles otra intervención, porque la ley de fondo no puede penetrar en un radio de acción que está reservado á las provincias. Las leyes de procedimientos que las provincias están facultadas para dictar por la Constitución nacional, determinarán el modo como deben intervenir los terceros, para conservar sus derechos y garantizarlos.

¿Quiénes son los terceros á quienes se concede este derecho? Los que tienen un interés jurídico, dice el inciso, tomado de Zachariæ, § 390, texto á la nota 7, cuyo autor agrega, *que lex ex proprio*, para indicar, tal vez, que no pueden obrar por un interés ajeno, sinó con poder especial al efecto. Los terceros que pueden oponerse á la partición privada, son los acreedores de la sucesión y los de los herederos que pueden ser perjudicados por la partición privada; pero su derecho no va más allá de esta oposición, es un derecho negativo, que no faculta para intervenir en el juicio, porque el Código no puede hacerlo, correspondiendo al procedimiento.

Como lo hacen notar Massé y Verger, sobre Zachariæ, § 390, nota 7, bajo la legislación del Código Francés, es un error dicho principio, pues aquel Código sólo autoriza á los acreedores del heredero para impedir se levanten los sellos sin hacer inventario, art. 882, y en parte alguna se les faculta para oponerse á la partición privada, sólo tienen derecho á tomar intervención y vigilar por sus intereses. Por nuestro derecho, la cuestión debe resolverse por la afirmativa, no sólo porque el mandato claro de la ley no admite discusión, sinó porque es natural que los acreedores tengan en su mano el poder de defenderse contra la confabulación

tribunales decidirán en caso de controversia, teniendo en cuenta que la ley, si bien ha querido garantizar en sus derechos á los que con un interés jurídico se opusieran, no ha sido la intención el privar al heredero mayor del uso de un derecho perfecto, que sólo puede ser restringido, cuando perjudique á esos terceros.

3º Cuando (todos) los herederos mayores y presentes no se acuerden en hacer la división privadamente (art. 3465, n° 3); debiendo

probable de los herederos para dejarlos burlados, adjudican lo á su deudor cosas sin valor, y es justo que si éste pueda oponerse á la división privada, ese mismo derecho podía ejercer su acreedor.

De esta facultad que se ha juzgado, como omnimoda, sin razón, á mi juicio, se quiere deducir la consecuencia, que el cesionario debe ser considerado en la misma categoría de un tercero, y que no está obligado á respetar la decisión de la mayoría en los casos del art. 3462; lo que es inadmisibles: 1º, porque la facultad concedida por este inciso nada tiene que ver con la concedida en el art. 3462, y debe restringirse á sus términos expresos; 2º, porque el cesionario representa al cedente, y sólo puede ejercer los derechos de éste, que está obligado á someterse á la decisión de la mayoría en cuanto á la forma y acto; 3º, porque el cesionario no es acreedor ni tercero, pues está en lugar del heredero cedente á quien representa.

En cuanto á la partición privada, no creo se pueda imponer por la mayoría, como lo demostré en el art. 3462, y lo haré en el inciso siguiente. Cualesquiera de los herederos puede oponerse, y por consiguiente podrá hacerlo el cesionario del heredero, ejerciendo los derechos de su cedente.

Téngase presente, que el art. 3462 sólo obliga á someterse á la decisión de la mayoría en cuanto á la forma; es decir, si debe hacerse por escritura pública ó privada; y respecto del acto, si se hará la división por licitación, venta, etc.; pero eso en nada perjudicará el derecho de los herederos con relación á las adjudicaciones que se les quisieran hacer.

(Art. 3465, n° 3.) ¿Puede la mayoría obligar á la minoría á que la partición se haga privadamente? ¿Bastará que uno de los herederos no esté conforme, para que la división se haga judicialmente?

Se dijo en el art. 3462, que la mayoría podía decidir sobre la forma, así como por qué acto debía realizarse la partición; pero ninguno de estos medios autoriza á imponer la división privada, que necesita de la unanimidad desde el principio hasta la conclusión del acto. Porque, como muy bien dicen Baudry Lacantinerie y Wahl, II, 2312, no existe me-

tener presente que la simple mayoría de los herederos no puede obligar á la minoría á que se haga privadamente, porque no habría medio de compeler á los que no quisieran concurrir; tendría que ocurrirse á la justicia y la partición sería judicial.

dio alguno de obligar á presentarse al heredero ante el notario para hacer la partición amigable; y por mi parte agregaré, que bastaría la simple ausencia del heredero que se resiste á dividirse privadamente, para que se vieran obligados los demás á ocurrir á la justicia, que los citaría y les nombraría defensor, haciéndose judicial la operación.

Por otra parte, si la partición es amigable, ¿cómo se realizaría si no quisiera concurrir uno de los herederos? ¿Si en cada adjudicación que se hiciera mostrara su disconformidad? Por eso dicen los autores citados, el tribunal dará curso á la demanda de partición, si uno de los demandados no consiente en una partición amigable. No hay posibilidad de hacer una partición privada, con la disconformidad de cualquiera de los herederos.

La división privada que sería obligatoria para todos los herederos presentes mayores, sería la que hubieren firmado haciéndose las adjudicaciones de los bienes, y de la que no podrían separarse ni por mayoría, y si únicamente por la voluntad unánime de todos, salvo, naturalmente, los derechos que los terceros hubieran adquirido sobre los bienes adjudicados. El Código no habla de proyecto de partición, de convenciones en que los herederos se hubieran obligado á hacer privadamente la partición, sino de una división hecha y concluida, de la que no pueden separarse.

Es evidente que si todos han convenido en que la partición sea privada, no pueden impedir que cualquiera de ellos se separe de este convenio, pagando los daños y perjuicios que causare, porque ese es el resultado de todo contrato, en donde sería necesario de una violencia personal para hacerlo cumplir; así dicen Baudry-Lacantinerie y Wahl, II, 2313: el que ha consentido que la partición se haga amigablemente, no puede retractar ese consentimiento sin pagar los daños y perjuicios.

No es este el caso de la mayoría de votos, porque la partición privada como proyecto no se puede imponer; ni en parte alguna se dice semejante cosa; bastaría la no concurrencia de uno de los herederos para que no pudiera realizarse. La expresión de «cuando los herederos mayores no se acuerden en la división privadamente», se debe entender así, basta que uno solo no quiera hacerla de ese modo para que no tenga lugar. ¿Y cómo la harían, si el disidente no quisiera concurrir, ni intervenir? ¿Tendrían que ocurrir á la justicia para que lo haga representar? ¿Pedirían

El Código penetrando, por decirlo así, en las leyes de procedimiento que las Provincias deben dictar, ha impuesto que, *la ta-*

al juez el cumplimiento de lo convenido? Por eso ha dicho la ley, en esos casos la partición será judicial; así concluirán todas las dificultades.

Sucede con frecuencia entre nosotros, que cuando los herederos son mayores de edad, para evitar gastos, siempre de importancia, se convienen y hacen las particiones privadas; pero son realizadas de común acuerdo, y parten del principio que todos están conformes en cuanto á la existencia de los bienes, sus valores y las adjudicaciones, y cualquier dificultad se arregla amigablemente; pero si hubiere cuestiones, cualquiera de ellos puede pedir la división judicial.

No es, pues, exacto que la mayoría pueda obligar á la minoría, para que la división se haga privadamente, y el inciso que estudiamos expresa claramente esta idea, al decir: cuando *los herederos* no estén conformes, etc., y no como hubiera dicho, cuando no hubiese mayoría de herederos.

El Dr. Llerena sostiene, como el Dr. Segovia, que la mayoría puede obligar á que se haga la partición privadamente, pero el primero apercibiéndose de la dificultad, en el caso que la división privada hecha por la mayoría perjudicara á la minoría, dice: «el juez decidirá, no precisamente sobre la forma de la partición, sino sobre la *equidad* de la división, sea porque falte igualdad ó proporción, en que según la ley debe cada uno heredar». ¿Y cómo se avocará el juez una partición donde no ha intervenido? ¿Cómo, sin saber cuántos herederos son y en qué calidad concurren, va á entender como juez de equidad? Lo natural sería que los perjudicados vinieran demandando los bienes de que han sido privados, y no ocurrir al juez á que los arregle en una testamentaria en que no hay inventario, tasación, ni intervención fiscal, como puede suceder, cuando son descendientes ó ascendientes y se han apoderado de la herencia. Si el inventario que la mayoría hiciera no obliga á la minoría, si la tasación tampoco les obliga, ni aun la división, como lo reconoce el mismo autor, ¿á qué queda reducida la división privada que la mayoría quiere imponer á la minoría? Todo esto está demostrando que la división privada necesita unanimidad, sin ella no puede existir; al menor choque irán al juez y éste los obligará á iniciar la testamentaria, si es que se quejan del inventario, tasación ó partición, dando al fiscal la intervención en su caso.

La división privada no puede imponerse por mayoría, como no puede imponerse la aprobación de inventario ni la de tasación, ni la compare-

sación de los bienes hereditarios en las particiones judiciales, se hará por peritos nombrados por las partes (art. 3466, 1ª parte),

cencia al acto. El error está, á mi juicio, en dar un alcance que no tiene al art. 3462, en que la mayoría puede imponer la *forma* de la partición, que no se refiere al modo ó procedimiento, sino á la manera de hacerla constar; tampoco *el acto* que puede imponer la mayoría importa establecer la facultad de decidir sobre el procedimiento, sólo pueden imponer que la división se haga por venta, adjudicación, licitación, transacción, etc.; pero no privadamente, porque eso toca al procedimiento. No hay disposición alguna que obligue á la división privada por mayoría.

Convenida entre todos la forma privada, cualquiera de ellos puede oponerse, pero si ella fué el resultado de un contrato anterior, sólo estaría obligado á pagar los perjuicios causados.

Es entendido que todos los interesados mayores que siguen judicialmente la división, pueden desistir de ella y hacerla privadamente; pero si uno solo de los interesados se opusiera, bastaría para que no pudiera llevarse á cabo.

Para convencerse de que la casi unanimidad de los herederos no puede obligar á la partición privada, basta observar que ella no podría llevarse á efecto, sin la comparecencia y conformidad de todos. Bastaría que uno se resistiese para que no pudiera realizarse. ¿Cómo se le obligaría á aceptar una división en la que no ha estado presente? Ningún juez podría conocer en semejante asunto.—Comp. TOULLIER, IV, 410. BAC-DRY-LACANTINERIE y WAHL, II, 2232, 2297, 2312 y 2315.

(Art. 3466.) La tasación y el modo de hacerla corresponde á las leyes de forma, que determinarán las condiciones que deben llenar los peritos para ser considerados en ese carácter; se estará, pues, á lo que ellas ordenaren. En la Capital Federal, las partes pueden nombrar de común acuerdo á la persona que indicaren, siempre que tenga un título expedido por los poderes públicos, que lo faculte para ser tasador de bienes. Los ingenieros están habilitados para serlo, así como los maestros mayores, y los que tienen título expedido por la Municipalidad con ese objeto.

Los herederos mayores pueden presentarse estimando de común acuerdo los bienes á dividirse, y el juez debe admitir dichas evaluaciones. Otras veces se convienen en aceptar las evaluaciones hechas por la

debiendo entenderse que las leyes de Provincia señalarán las condiciones que deben llenar esos peritos, y la forma en que se decidirá la divergencia, cuando la hubiera.

En general, una vez aprobada la tasación con audiencia de los interesados, no hay recurso alguno, y cada uno de los herederos ha aceptado esos valores, á menos que por la dilación de los trámites judiciales no se hubieran cambiado notablemente, es para ese caso, ó cuando todavía no estuviera aprobada que dice el **art. 3466**, últ. parte: *el juez puede ordenar una retasa particular ó general, cuando alguno de los herederos demuestre que la tasación no es conforme al valor que tienen los bienes*; porque debiendo servir de base ese valor para la adjudicación, no tendría derecho para rechazar el bien adjudicado, pretendiendo que vale menos desde que ha aceptado el que le dió la tasación.

Se puede sentar, como un principio general, que el dueño de una cosa que se vende en remate público, no puede comprarla, porque sería vendedor y comprador al mismo tiempo; pero cuando

oficina de Contribución de Rentas de la Nación, y se deben aprobar tales convenios.

Cuando las partes no están de acuerdo con el perito nombrado por uno de ellos, la ley autoriza al juez para nombrarlo, práctica viciosa, que da lugar á duras críticas, por el favoritismo que desgraciadamente se observa en nuestros tribunales.

En cuanto á la retasa, que el artículo faculta para hacerse, corresponde igualmente á la ley de procedimientos. El Cód. Civil no ha podido invadir atribuciones que corresponden á las provincias. Los arts. 661 y siguientes de la ley de Procedimientos de la Capital Federal determinan la forma de dirimir las controversias sobre las tasaciones.

Cuando hubiere menores interesados, es parte el Ministerio de Menores; pero como no representa los intereses de éstos, porque su misión es de vigilancia y de cuidado, no tendrá derecho para nombrar, á su vez, un perito tasador. Su derecho es hacer presente al juez los inconvenientes que presenta el nombrado, ó cuando no tiene las condiciones exigidas por la ley. El tutor de los menores es quien propone ó se conforma con el perito nombrado por los demás; el Asesor cuida que el nombramiento sea legalmente hecho.—Comp. Cód. Francés, art. 824. DEMOLOMBE, XV, 641 y sig. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, III, 2450 y sig.— Véanse arts. 3467 y 3468.

hay otros que tienen derechos sobre la misma, cada uno de ellos puede licitarla, es decir, pujarla y obtener se le adjudique en remate, porque entonces se entiende que compra la parte que corresponde á sus condóminos; y esto es lo que estatuye el **art. 3467**,

(**Art. 3467.**) El presente artículo ha sido objeto de críticas y de defensas; sin embargo, ordena una cosa sencilla y natural. Me extraña que se dé á la palabra *licitar* un sentido que no tiene, ni en el lenguaje común ni en el de la jurisprudencia, y una vez que estemos conformes con lo que se debe entender por licitar, desaparecerá cualquiera dificultad.

Licitar, dice la Academia de la lengua, «es poner en precio una cosa que se vende en almoneda ó pública subasta, ó pujar la cantidad ofrecida por otro».

Escrihe, dice: *«licitación*, la venta que se hace á pública subasta por los comuneros ó copropietarios de una cosa común que no puede dividirse cómodamente».

Según la Academia de la lengua, el sentido de la palabra licitar es pujar ó subir la cantidad ofrecida por otro; por eso se dice: no hubo licitadores, cuando no se han presentado interesados ó postores al remate.

Escrihe toma la palabra, como si fuera el acto de vender en remate público una cosa, porque no define el verbo licitar, sino el acto que tiene lugar; así se dice: «se sacó el bien á licitación», para expresar que fué puesto en venta pública buscando postores.

Si licitar es ofrecer precio por una cosa que se vende públicamente, ¿de dónde se saca que el Código dé otro significado á esta palabra? ¿Por qué la licitación debe ser una venta entre los herederos? Debemos observar que ni el Código es un diccionario de la lengua, ni de la jurisprudencia, para ir á buscar en él el sentido de una palabra, que bien pudiera alterarla si fuera definida; pero que nadie tiene derecho para darle otro significado que el atribuido por la lengua.

Se dice que el art. 2696 da un sentido restringido á esta palabra; pero basta leerlo, para convencerse de su inexactitud; habla del caso en que uno de los condóminos hubiera venido á ser propietario por la licitación, es decir, por habérsele adjudicado el bien como mejor postor en el remate público.

¿Qué es lo que acuerda el presente artículo? Que cualquiera de los herederos pueda licitar algunos de los bienes de la sucesión; es decir, lo faculta para pujar ú ofrecer más por el que se venda en remate público, y entonces le concede el derecho de que se le adjudique por el precio de la licitación, pues ha sido el que mejor precio ha ofrecido. Esto es natural, pero como es coheredero y no puede ser vendedor y compra-

cuando dice: *cada uno de los herederos tiene derecho de licitar algunos de los bienes hereditarios, ofreciendo tomarlos por mayor va-*

dor á la vez, le dice la ley: se reputa que usted ha sido propietario de ese bien desde un principio; que lo ha recibido de su causante directamente y ninguno de los otros coherederos ha tenido parte alguna; en una palabra, usted no es comprador, y el efecto respecto del dominio para usted es meramente declarativo y no translativo. Esa es la gran diferencia que existe entre el comprador extraño y el heredero á quien se le ha adjudicado la cosa por la licitación.

Veamos ahora cuándo y en qué casos puede ejercerse ese derecho. Supongamos que se han convenido en dividirse vendiendo todos los bienes, y se sacan á remate público; el heredero podrá pujar ú ofrecer mayor precio, y le será adjudicado si fuera el mejor postor. Otro caso: se ha tasado el bien y algunos no están conformes, entonces se resolverá con arreglo á las leyes de procedimientos de cada una de las provincias; las de la Capital Federal ordenan se reúnan en junta todos los herederos y peritos tasadores, el juez oye las explicaciones, recibe á prueba el incidente, si es necesario, y falla aceptando las tasaciones ó rechazándolas y ordenando se practiquen otras. Si á consecuencia de esta disconformidad los herederos convinieran en que el bien se venda en remate público, cada uno de ellos podrá licitarlo. Jamás los herederos más pobres podrán ser oprimidos por los más ricos, porque la venta debe ser pública.

Sostener lo contrario es dar á la palabra *licitación* un sentido que no le da el lenguaje ordinario, ni la jurisprudencia.

La licitación es indudablemente un medio de división, porque dando el verdadero valor á las cosas la prepara; pero no se la debe confundir con la división misma. En efecto, el acto de hacer vender en remate los bienes de la sucesión, jamás puede ser en sí una división, y si el heredero á quien se le ha adjudicado una cosa la obtiene en su calidad de tal, y es considerado como si el difunto se la hubiera dejado á él, es por una ficción de la ley; pero la licitación sólo es un medio de división.

El Código no ha dado en parte alguna un sentido más limitado á la palabra *licitación*, y, por consiguiente, no es exacto que se aplique puramente á la venta que se hace entre los coherederos y comuneros y no á cualquiera venta hecha en remate, porque si el Código se refiere á la licitación entre los herederos ó comuneros es porque en su respectivo título habla de éstos; pero no porque la puja ó la mejor postura deba ser hecha sólo por ellos.

El Código tampoco ha querido dar otra forma para hacer la divi-

lor que el de la tasación; y en tal caso se le adjudicarán por el mayor valor que resultare de la licitación. De este derecho no puede usarse, cuando los herederos, teniendo conocimiento de la tasación,

sión; porque no hay sino dos modos: ó la venta de todos ó parte de los bienes para tomar el dinero ó bienes, ó la adjudicación á cada uno de los bienes tasados. El error está en suponer que licitar no es pujar ú ofrecer más por lo que se vende en remate, y que *licitación* no es la acción ó el efecto de licitar.

Ahora, estudiemos la segunda parte del artículo.

El derecho de licitar, es decir, de pujar el bien ó bienes de la herencia, se pierde cuando se ha hecho la división, adjudicándose las cosas por el valor de la tasación aceptada por todos. No puede decir ninguno de ellos: yo ofrezco tanto más de la tasación por el bien adjudicado á mi coheredero. El Código ha querido cortar toda discusión sobre las adjudicaciones, alegando que tal cosa vale más de la tasación y tal otra menos, y ha dicho: nadie ha objetado las tasaciones, nadie tiene derecho á quejarse de las adjudicaciones; todo está concluido, no hay discusión posible.

Pero no se crea, por esto, que bastaría á los herederos no estar conformes con la tasación de algún bien para que tuvieran derecho á hacerlo vender públicamente y licitarlo; no, esas diferencias se solucionarán por el juez, según lo determinen las leyes de procedimientos.

Téngase presente que por el art. 3462, la mayoría puede acordar el modo de llevar á cabo la división, sea por venta de todos los bienes, por adjudicación, transacción, etc.

El Cód. de Chile, art. 1337, n.º 1 y 2, apoya la tesis que sostengo, porque admite á los extraños á licitar el bien testamentario, cuando se sacare á remate, y no puede ser de otro modo. ¿Por qué se les concedería una especie de privilegio á los herederos, para oponerse á que los extraños entren á licitar ó pujar el bien vendido públicamente, con perjuicio evidente de los demás coherederos?

Así es que reducido á sus términos naturales el artículo dice: «Cuando se vendiese públicamente alguno de los bienes de la sucesión, cualquiera de los herederos puede licitarlo ó pujarlo, y se le adjudicará si es el mejor postor; pero no podrá ejercer ese derecho, cuando la partición se ha hecho por el valor de la tasación aceptada por todos». Queda reducido de este modo á sus verdaderos límites, sin crear privilegios en favor de los herederos más ricos, que oprimirían á los más pobres, si la venta se hiciera entre ellos exclusivamente.—Comp. Tomo IV, pág. 11, al art. 1324, n.º 3, de mi obra.—Véanse arts. 1324, n.º 3, 3323 y 3466.

... han opuesto y la partición se ha hecho por el valor regulado de los bienes; en ese caso no tienen recurso contra las adjudicaciones porque han estado conformes con esos valores.

§ 955. — DEL MODO DE HACERSE LA PARTICIÓN

El Código ha sentido la necesidad de establecer puntos generales, que sirvan de arranque, para que las leyes de procedimientos pongan en movimiento esos derechos, por medio de las acciones; es que la ley de fondo llega, en ciertos momentos, á confundirse con la de forma destinada á dar vida y servir de defensa á la declaración; así, cuando el **art. 3468**, dice: *la partición de la he-*

(**Art. 3468.**) Las leyes de procedimientos de cada provincia determinarán las condiciones que deben llenar los peritos, así como la forma en que se hará el nombramiento.

Los peritos, en general, deben ser contadores recibidos; así lo determinan las leyes de algunas provincias y las de la Capital Federal; pero los tribunales consideran también como peritos á los abogados, y los autorizan para hacer la cuenta particionaria.

La partición hecha por los peritos es un proyecto que puede alterarse si no estuviere conforme con lo preceptuado por la ley, y perjudicase á los herederos; pero será inatacable con relación á las adjudicaciones hechas tomando por base las tasaciones aprobadas.

La forma en que deben nombrarse, la establecen las leyes de procedimientos. En la Capital Federal, si las partes no estuvieran conformes, el juez nombra el contador, siendo esta facultad motivo de severas críticas, porque se presta á manejos poco dignos. Lo natural habría sido aceptar el nombrado por la mayoría de interesados, y cuando no se reuniera mayoría, el juez debería decidir entre los nombrados.

No se pueden establecer reglas para hacer la división, como lo trae el Cód. de Chile, art. 1337, que va hasta autorizar para crear servidumbres entre los fundos á dividirse (regla 5ª), y á separar el usufructo de la nuda propiedad, y aun la habitación y el uso (regla 6ª), facultades que á nadie se puede conceder, á menos que se procediera de acuerdo entre todos

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3467.—Los herederos que han consentido las tasaciones, no pueden pedir la licitación, pero tienen derecho á concurrir á ella si se verifica á petición de otros interesados. —Jur. Civ., XII, 278, Sér. 4ª.

rencia se hará por peritos nombrados por las partes; establece en principio, que deben ser peritos, los que intervengan, dejando á las leyes de procedimientos el determinar las condiciones que deben llenar.

Igualmente establece las bases sobre que debe reposar la partición judicial, cuando se dice en el **art. 3469**: *el partidor debe for-*
los interesados, si fueran mayores de edad y capaces. Sería no obstante conveniente que los Códigos de procedimiento dieran reglas generales para la división en especie, resguardando así los derechos de los herederos y evitando discusiones.—Véase art. 346C.

(**Art. 3469.**) El presente artículo da una regla general para hacer la partición, y habria podido extenderla á los casos en que se hiciera por vía de adjudicaciones en las cosas de la sucesión.

Se formará pues, una masa total con el valor de todos los bienes, entre los que figurarán todas las acreencias de la sucesión, sea contra los extraños ó contra los mismos herederos, á quienes se les tomará en cuenta en su haber. Igual cosa se hará con lo que cada uno de los herederos hubiera recibido en vida y que estuviere obligado á colacionar, si fuera dinero, se considerará como existente, y si otros bienes, se tomará el valor que tenían cuando fueron dados. Con todos estos valores se formará un total. Si el difunto hubiere hecho mandas ó legados y existieren herederos forzosos, se sacará la porción disponible y serán pagados con ella, sin que puedan tocarse las legítimas; procediéndose como se establece en los legados, si éstos excediesen la porción disponible.

Formado el total de bienes, se procederá primero á dividirlo entre los herederos según su porción, designando la cantidad que á cada uno corresponda, y después se hacen las adjudicaciones de bienes con arreglo al haber de cada heredero, tomando en cuenta el valor que debieran colacionar.

Debe existir una hijuela de gastos comunes, para la que se adjudicarán á uno de los herederos bienes suficientes, á fin de pagarlos, con la calidad de que si sobraren, se dividirá entre los herederos en la proporción establecida. Cuando la porción disponible no alcanzare á cubrir los legados, se procederá como se dispone en el art. 3795: las cargas comunes se sacarán de la masa hereditaria y los gastos funerarios de la porción disponible, los legados se pagarán en el orden establecido en dicho artículo.

Es costumbre consultar á los herederos para evitar dificultades,

mar la masa de los bienes hereditarios, reuniendo las cosas existentes, los créditos, tanto de extraños como de los mismos herederos, á favor de la sucesión, y lo que cada uno de éstos deba colacionar á la herencia; de modo que la división practicada fuera de estas bases podría atacarse por ilegal, aunque cualquier ley de procedimientos dijera lo contrario.

Y como las leyes argentinas deben defender, no sólo á los nacionales, sino á los domiciliados en su territorio; aunque por principio se ha rechazado la pluralidad de sucesiones en la República, ha sido necesario proclamarla, cuando el fallecido estuviera domiciliado en el extranjero, donde se hubiese abierto la sucesión, y se tratase de la distribución de los bienes situados en la Argentina. respecto de personas domiciliadas en ella; así ha dicho el **art. 3470**: *en el caso de división de una misma sucesión*

cuando la división se hace por adjudicación de bienes con arreglo á las tasaciones; pero debe tonerse presente que ellos no pueden hacer cuestiones rechazando unos bienes y exigiendo otros. Cuando se trata de créditos es diferente; se deben dividir proporcionalmente, según la seguridad de pago y calidad de deudores, porque á unos no se les puede adjudicar los cobrables y á otros los que son de difícil cobro, ó se consideren perdidos.

Si hubiere pendiente alguna cuestión sobre cobro de bienes ó créditos, esa circunstancia no impedirá la división, porque se separarán los bienes litigados que quedarán en común, ó se dejarán bienes suficientes para pagar los créditos litigados. Cuando hubiere legados dejados por el testador, y herederos legítimos cuya porción forzosa es necesario integrar, no se tomarán en cuenta los bienes litigados ó las cantidades que se cobran á la testamentaria, procediéndose á la división de lo existente, y dejando en común para los legatarios que no hubieren sido pagados, por falta de porción disponible, de modo que una vez concluido el asunto é incorporados á la sucesión esos bienes se procederá á una segunda división como se hizo la primera.

El Código ha dejado toda esta parte á las leyes de procedimientos; pero habría sido conveniente fijar algunas reglas para que sirvan de guía al partidor.—Comp. DEMOLOMBE, XV, 663 y LAURENT, X, 329.—Véanse arts. 3353, 3417, 3476, 3494, y 3602.

(**Art. 3470.**) Las cuestiones á que puede dar origen la aplicación de este artículo, son en extremo difíciles é interesantes. Para estudiarlo

entre herederos extranjeros y argentinos, ó extranjeros domiciliados en el Estado, éstos últimos tomarán de los bienes situados en la República, una porción igual al valor de los bienes situados en país

con detención y resolverlas, sería necesario salir de los límites que permite un comentario abreviado como el que hacemos.

El artículo ha sido tomado de la ley francesa, 14 de Julio de 1819, art. 2, con un agregado que reputamos oportuno, dice dicho artículo: «en el caso de división de una misma sucesión, entre coherederos extranjeros y franceses (y el nuestro ha agregado: *ó extranjeros domiciliados en el Estado*), éstos tomarán sobre los bienes situados en Francia una porción igual al valor de los bienes situados en país extranjero, de los que fueran excluidos, por cualquier título que sea, en virtud de leyes ó costumbres locales».

Como se ve, el artículo es exactamente el mismo, con la diferencia que la ley Argentina, más liberal, extiende su protección á los extranjeros domiciliados en la República.

El presente artículo se liga fútimamente con el 10, 3283, 3286 y 3598, con los que se debe armonizar.

Comenzaremos por reconocer que nuestro Código admite la necesidad de la pluralidad de sucesiones, cuando hubiere argentinos ó extranjeros domiciliados en la República, y el Dr. Velez-Sarsfield lo reconoce expresamente en la nota al art. 3598; pero es sólo para los casos en que haya de proteger á los nacionales ó extranjeros domiciliados en la República, contra las desigualdades de las leyes extranjeras, que los excluyesen de la sucesión, ó les dieran una parte menor de lo acordado por las leyes argentinas.

Y la razón principal es que la propiedad de los bienes situados en una nación, debe ser regida exclusivamente por sus propias leyes, como el signo más evidente de su soberanía é independencia. Así, los bienes situados en nuestro territorio no pueden adquirirse sino con arreglo á nuestras propias leyes. Los que tienen derecho á la protección de la ley argentina para defenderse de las desigualdades establecidas por las leyes extranjeras son: los argentinos, aunque estén domiciliados en el extranjero, y con más razón si alguno de ellos está en la República; los argentinos contra los extranjeros que hubieran sido mejorados por las leyes extranjeras en la distribución de la herencia hecha en el extranjero; los extranjeros domiciliados en la República; los extranjeros domiciliados en la República contra los domiciliados en el extranjero que hubieran sido favorecidos. No tendrán derecho á quejarse de esas desigualdades, los extranjeros domiciliados en el extranjero contra argentinos ó

extranjero de que ellos fuesen excluidos por cualquier título que sea, en virtud de leyes ó costumbres locales; porque tratándose de la adquisición de los bienes situados en nuestro territorio, no

extranjeros domiciliados en la República; ni los extranjeros que no tuvieran su domicilio en nuestro país.

El objeto de la ley es proteger al argentino ó al extranjero domiciliado en la República, contra las desigualdades que las leyes extranjeras establezcan entre los mismos herederos, y, con más razón, de las exclusiones de que fueren objeto. Así, cuando las leyes extranjeras concedieran un mayor derecho al hijo primogénito, los domiciliados en la Argentina tomarán en los bienes de la República un valor igual al que hubieran sido privados. Si la ley extranjera no reconoce derechos hereditarios al cónyuge sobreviviente ó al hijo natural, éstos pueden tomar en los bienes de la Argentina un valor igual al que fueren privados. Para eso sería necesario demostrar el monto de los bienes divididos en el extranjero, y formarán una masa total con los bienes situados en la Argentina, tomando lo que corresponde según las leyes de la República en los bienes situados en nuestro territorio, y si según las leyes extranjeras hubieran sido excluidos de algún bien, tomarán un valor igual al del que fueron excluidos.

Pero si se forman dos ó tres testamentarias, según el domicilio y situación de los bienes, cada una de ellas será regida por las leyes de la situación de los bienes, pues ninguna puede pretender la prevalencia de sus leyes en territorio extranjero. Así dice el Dr. Velez-Sarsfield en la nota al art. 3598: «supóngase que una persona muere en Buenos Aires, dejando cien mil pesos aquí y cien mil en Francia. Los bienes que están en la República se regirán por nuestras leyes, y los que están en Francia por las de aquel país. Habrá, pues, tantas sucesiones cuantos sean los países en que hubiesen quedado los bienes del difunto». Nuestras leyes no pueden proteger al argentino, ni al extranjero domiciliado en la República, contra las leyes extranjeras, sino cuando se trate de exclusiones ó diferencias que esas leyes establezcan, privándoles de la igualdad que deben tener; pero si la ley extranjera permite á los padres disponer de la mitad de sus bienes, dividiendo la otra mitad entre sus hijos, los argentinos ó extranjeros domiciliados en la Argentina no pueden pretender que en la República se les permita tomar otro tanto igual de los bienes de que han sido privados en virtud de la ley extranjera. La ley argentina sólo los protege contra las exclusiones de que hayan sido objeto, como si no los hubieran reconocido herederos, ó contra las desigualdades entre los mismos, como si los primogénitos tuvieran el

debemos aplicar las leyes extranjeras contrarias á las nuestras.

doble de los otros hijos; pero pueden exigir que los bienes situados en la Argentina se dividan con arreglo á sus propias leyes.

Así, pues, los bienes situados en el extranjero serán divididos con arreglo á la ley de su situación; si por esas leyes los padres pueden disponer libremente de los bienes, y usando de ese derecho los hubieran dejado á extraños ó á uno de sus hijos, la ley argentina no puede protegerlos de esa exclusión, porque todos los herederos son tratados con una perfecta igualdad, y lo mismo sería cuando las leyes extranjeras señalaran una legítima menor á los hijos; pero con relación á los bienes situados en la Argentina no prevalecerían dichas disposiciones, cuando las reclamaren argentinos ó domiciliados en la República, y se dividirán con arreglo á las leyes de esta.

La ley argentina protege á los nacionales y también á los extranjeros domiciliados en el territorio de la República contra las exclusiones de las leyes extranjeras, tratándose de bienes situados en nuestro país; pero no á los extranjeros con domicilio en otra nación.

Estas leyes responden á consideraciones sociales, por una parte, garantizando á los nacionales ó domiciliados que los bienes situados en la República serán distribuidos con arreglo á sus leyes, y por otra asegura y confirma su propia soberanía, rechazando las leyes extranjeras que no deben alterar los derechos concedidos por las leyes de la República.

Si la ley extranjera favoreciera á los argentinos ó extranjeros domiciliados en la República, por ejemplo, acordando al hijo mayor, que es argentino ó extranjero domiciliado en la República, la mitad de los bienes, esa ley se aplicaría en el extranjero respecto á los bienes situados en el territorio de la nación donde falleció el testador; pero los hijos extranjeros ó domiciliados allí no tendrían derecho para venir á solicitar de nuestro país que los proteja contra esa desigualdad, permitiéndoles tomar sobre los bienes situados en la Argentina una parte igual á la que fueron privados, porque esa protección sólo se concede á los nacionales ó á los domiciliados en la República.

Si todos los herederos estuvieren domiciliados en el extranjero, y algunos, por hacer desaparecer esas desigualdades, vinieran á la República á promover la sucesión, liquidada con arreglo á las leyes del domicilio del fallecido, nuestras autoridades nada tienen que ver, á no ser en lo que se refiera á la transmisión de los bienes raíces, que debe hacerse con arreglo á las leyes nacionales.

Los herederos residentes en la República tienen derecho para abrir

En cuanto á las deudas en favor de la sucesión, pueden adjudicarse á cada uno de los herederos, entregándoles los títulos de los

el juicio testamentario, sin tener en cuenta el domicilio del difunto, y podrán existir tantos juicios sucesorios como bienes hubiere dejado el difunto en diferentes naciones. Nuestro Código acepta la pluralidad de sucesiones, y no podría ser de otro modo, pues ó se abandonarían nuestros bienes para ser regidos por leyes extranjeras si concediéramos supremacía á la ley del último domicilio del difunto, ó pretenderíamos que nuestras leyes rigieran en territorio extranjero.

La capacidad de recibir del heredero, ¿con arreglo á qué ley debe juzgarse? En lo que respecta á la sucesión abierta en el extranjero, es claro que se aplicarán las leyes de la situación de los bienes; pero cuando en la República se hubiera abierto la sucesión, por haber bienes en ella, será juzgada con arreglo á nuestras propias leyes. Por ejemplo, si en el extranjero hubiere sido excluido por hereje, concurriendo á la sucesión abierta en la Argentina, no podrá hacerse efectiva esa exclusión; pero no podrá tomar parte alguna de los bienes divididos, para hacer cesar esa injusticia, á menos de ser argentino ó estar domiciliado en la República.

En cuanto á la facultad de disponer del testador, no pueden ser aplicadas en la República, si fueran contrarias á sus leyes y fuesen reclamadas por nacionales ó extranjeros domiciliados en ella, respecto de los bienes situados en la Argentina. El padre que hubiere dispuesto libremente de sus bienes, en Inglaterra, donde tiene su domicilio, en favor de extraños, esa disposición testamentaria no tendría valor para los hijos argentinos ó los ingleses domiciliados en la República, sobre los bienes situados en ésta, si los reclamasen, é hicieran abrir la sucesión en la Argentina. El mismo principio regiría respecto al llamamiento á la sucesión, si los hijos excluyesen á sus padres, ó si no tuvieran parte los hijos naturales; cualquiera exclusión contraria á las leyes argentinas, no tendría valor para los domiciliados en nuestro territorio, sobre bienes situados en él.

Si la ley permite que se abra en la República un juicio sucesorio independiente, para dividir los bienes situados en la nación, entre los herederos nacionales ó domiciliados en la Argentina, quiere decir, entonces, que se aplicarán exclusivamente sus leyes; pero no podrán reclamar de las legítimas forzosas acordadas en la nación del domicilio del difunto, para tomar aquí la parte de que fueron privados; porque la ley sólo permite ese beneficio en caso de exclusión que no sea conforme con nuestras propias leyes. Así, la calidad de heredero forzoso, la can-

créditos (**art. 3471**), pudiendo en ese caso, oponer los deudores las excepciones que tuvieran contra la sucesión, y las que hubie-

riedad que se señale á la legítima, el derecho para desheredarlo, deberán ser juzgadas por las leyes de la nación donde se hubiere abierto la sucesión, con respecto á los bienes situados en dicha nación, y aun para los situados en la Argentina, si todos los herederos fueran extranjeros domiciliados fuera de ella. Pero cuando algunos fueran argentinos ó estuvieran domiciliados en la República, y promovieran el juicio testamentario, deberán aplicarse las leyes de ésta, y si hubiere exclusiones, tendrán derecho á tomar en los bienes situados en la República una parte igual al valor de que fueron excluidos, pero sólo en este caso. Sin embargo, como no es un caso de aplicación de leyes extranjeras, los herederos favorecidos por las de la nación donde se abrió la testamentaria, no podrían pretender se aplicaran esas leyes, sino las argentinas en cuanto á la porción forzosa, validez del testamento y capacidad para suceder. — Comp. DEMOLOMBE, XIII, 193 á 204. DURANTON, VI, 83. DUCAUROY, BONNIER y ROUSTAIN, II, 420. DEMANTE, III, 33 *bis*, II. DUVERGIER, II, 102, nota (a), BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, I, 196 á 212. CÓD. DE CHILE, art. 998. — Véanse arts. 3383, 3386, 3611 y 3612.

(**Art. 3471.**) Tratándose de la división, los créditos á favor ó en contra de la sucesión pueden dividirse entre los herederos, adjudicándoseles proporcionalmente á su haber la parte que les corresponda, ó á uno ó dos solamente, según le convenga. Esto dependerá de las circunstancias.

Si son créditos á favor de la sucesión, pueden clasificarse de diversos modos, según la calidad de los deudores: unos serán como dinero contante, cuando se trate de firmas de primera clase, y los otros de cobro dudoso, y habrá también que sean incobrables. En estos casos, se debe tener en cuenta las circunstancias indicadas para hacerse la división, pues no será posible adjudicar á unos la totalidad de los créditos buenos y á los otros los dudosos ó incobrables. Si no hay convenio previo, lo natural es adjudicar á cada uno una parte igual en cada crédito, notificando á los deudores, para que hagan el pago á cada uno según su porción.

Cuando la adjudicación se hiciera á uno solo de los herederos, no

Nota del Dr. Yelez-Sarsfield al art. 3470. — L. de Francia de 14 de Julio de 1819. — Sobre las razones y conceptos del artículo, véase Aubry y Rau, § 592.

sen adquirido contra el heredero, porque viene á operarse la confusión de los patrimonios.

habrá necesidad de notificación al deudor, desde que se le habrá entregado al heredero el título de crédito, y en la hijuela constará la adjudicación.

Tratándose de deudas de la sucesión, pueden suceder dos casos: 1º, que sean reconocidas por los herederos; 2º, que no las reconozcan. En el primer caso, se pueden adjudicar á uno ó algunos, pero como el deudor no tiene facultad para libertarse por su propia voluntad de la deuda, transfiriéndola á otro, á pesar de la adjudicación, los demás herederos no quedarán liberados, á menos de aceptación expresa del acreedor. En el segundo, como el litigio no puede impedir la división, se dejarán bienes suficientes para el pago, caso la sucesión fuera condenada, si es que hubiera obtenido un embargo preventivo, ó pudiera obtenerlo; en caso contrario, bastará que todos los herederos constituyan un solo apoderado para seguir el asunto, y respondan cada uno por su parte. No tienen más derecho, ni pueden pretender que la testamentaria les asegure el pago de la cantidad demandada, pues se encuentran en las condiciones ordinarias del que demanda una cantidad que niega el demandado le sea debida.

Cuando á alguno se hubiera adjudicado la deuda demandada, autorizándolo para seguir á su costa el pleito, esto no desnaturalizará el derecho del acreedor, que podrá ir contra cualquiera de los herederos por su parte en la deuda; porque la delegación para que surta efecto y liberte de toda responsabilidad al deudor, es necesario que sea aceptada expresamente por el acreedor. Es por esta razón que no se puede aplicar el art. 3505 á las deudas de la sucesión, con relación á los terceros acreedores; respecto de los demás herederos tiene el efecto atributivo y no translativo, y se juzga que han sucedido inmediatamente al difunto. Pero cuando se les hubiera adjudicado créditos por mayor porción del que les corresponde; en cuanto al exceso, ¿por qué leyes debe juzgarse? ¿Serán por las de la cesión? Se trata de un crédito de la sucesión, en cuyo valor han sucedido al difunto por la parte que á cada uno corresponde; ellos no lo han cedido, han reconocido que el adjudicatario lo ha tenido directamente del difunto; pero como es un bien de la sucesión, y todos se deben la garantía de los bienes divididos, resultará que si no se dajara, la sucesión no habria tenido esa cantidad, de ahí la obligación de responder por la solvencia impuesta por el art. 3509, por la que no está obligado el cedente.

El artículo habria sido mejor redactado si hubiera dicho: «los crédi-

Cuando en la división se hubiera hecho por adjudicación de los bienes, *los títulos de adquisición serán entregados al co-heredero adjudicatario de los objetos á que se refieren (art. 3472, 1ª parte)*, para que unidos á la hijuela de adquisición formen el título de transmisión, y cuando no existiere título, la hijuela debidamente registrada en el Registro de la propiedad, será bastante título; pero *cuando en un mismo título estén comprendidos objetos adjudicados á varios herederos, ó uno solo dividido entre varios herederos, el título hereditario quedará en poder del que tenga mayor interés en el objeto á que el título se refiere; pero se darán á los otros copias fehacientes á costa de los bienes de la herencia (art. 3472, 2ª parte)*; haciendo las anotaciones correspondientes en el título original.

tos á favor de la sucesión se adjudicarán á cada uno de los herederos según su porción hereditaria, si no hubiere convención expresa en contrario, entregándoles los títulos de créditos». — Comp. AUBRY y RAU, § 635 (n).— Véanse arts. 3472, 3485, 3497, 3503 y 3509.

(Art. 3472.) El presente artículo habla del modo de llevarse á cabo la partición. ¿Qué se hacen con los títulos? Porque es obvio, que se hayan de entregar al coheredero adjudicatario los títulos de las propiedades, desde que forman la base de la hijuela donde consta su derecho. Ha sido necesario que el legislador por una disposición especial, determine lo que debe hacerse con esos títulos, por eso el derecho romano y después el francés, á quienes ha seguido nuestro Código, ha dispuesto que cuando se trate de títulos de adquisición de un objeto particular, deben entregarse al coheredero adjudicatario, pues á él únicamente interesa su posesión.

Si el título es de un crédito que se le ha adjudicado para cobrarlo, debe igualmente entregársele.

Cuando se tratare de títulos de una propiedad que ha sido dividida en diversos lotes, ¿á quién deben darse los títulos? Al que tenga mayor interés, dice el artículo; pero cuando todos lo tienen igual, ¿quién debe llevarlo? El artículo no lo expresa, pero debe aplicarse por analogía el siguiente, entregándolo al heredero que los demás eligieran, ó en caso de disconformidad el que el juez designare; pero como cada uno debe tener su título que será la hijuela de adjudicación, la sucesión debe costearla, por eso es que los gastos de la partición son á cargo de la sucesión.

Los títulos ó cosas comunes á toda la herencia, deben quedar depositados en poder del heredero ó herederos que los interesados elijan. Si no convienen entre ellos, el juez designará al heredero ó herederos que deban guardarlos (art. 3473); en este caso no prevalecerá la opinión de la mayoría, bastará que cualquiera se oponga para que el juez resuelva la controversia; porque se trata de un depósito en que todos deben estar conformes sobre la persona del depositario de esas especies de reliquias de familia que á todos interesa conservar.

Lo que se establece respecto de los títulos de propiedad debe regir igualmente para los de crédito, que debe tenerlos el que posea mayor interés.—Comp. Cód. Francés, art. 842 y DEMOLOMBE, XV, 695. LAURENT, X, 339.—Véanse arts. 3471 y 3473.

Este artículo se corrigió poniendo en lugar de, «ó á uno solo», por «ó uno solo».

(Art. 3473.) Nuestro artículo ha salvado la dificultad que ocurría en el art. 842 del Cód. Francés, de donde fué tomado, agregando una palabra; así, donde aquel Código dice: «los títulos comunes á toda la herencia, etc.», el nuestro ha agregado, los títulos *y cosas comunes* á toda la herencia, etc., para comprender no sólo los títulos honoríficos, como diplomas, papeles de familia, correspondencia, etc., sino también las cosas comunes á la familia, como los retratos, medallas, armas de honor regaladas como premio al difunto y otras cosas semejantes que son el patrimonio de honor y de gloria de una familia, y que no tienen en realidad un valor venal, sino de afección, aunque algunas tengan verdaderamente un valor comercial, por las piedras preciosas que puedan contener.

Demolombe, XV, 695, dice á este respecto: «si todos los herederos están de acuerdo para confiar el depósito á uno de ellos, es el heredero elegido quien debe ser el depositario; se ve que no es una cuestión de mayoría solamente, y que la unanimidad es requerida». Nuestro artículo no es explícito como el original francés, porque no dice que serán entregados al heredero que sea elegido por *todos*, sino simplemente al que los herederos elijan; pero teniendo en cuenta que son cosas comunes, debe requerirse el consentimiento de todos.

Es entendido que la ley al decir, que todos estos títulos y cosas co-

El Código penetrando, por decirlo así, en el procedimiento ha establecido, que *en la partición, sea judicial ó extrajudicial, deben separarse los bienes suficientes para el pago de las deudas y cargas de la sucesión (art. 3474)*; porque no hay herencia sin el pago

munes deben depositarse en poder de uno de los herederos, ha querido expresar que no están sujetas á las reglas ordinarias de la partición; pero tampoco las ha sacado del comercio, ni ha ordenado que la comunidad deba permanecer por siempre. Si *todos* los herederos convienen en venderlos, nadie puede prohibirles tal cosa. Así, por ejemplo, los papeles y correspondencia de un personaje célebre, pueden tener un gran valor, y en vez de ser una profanación el enajenarlas á un editor para que las publique, sería tal vez un acto que contribuyera á aumentar la celebridad. Lo mismo se puede decir de las armas y condecoraciones; pero no se podrán enajenar sin el consentimiento unánime de los herederos.

Entre nosotros, los sepulcros son enajenados por la Municipalidad, con la condición de no enajenarlos, para que se transmitan entre los herederos, y este es uno de los bienes que debe permanecer en común y cuyo título será depositado en poder del heredero que todos elijan.

Autores como Dutruc, n° 466, sostienen que los retratos de familia, las armas y cosas semejantes, deben seguir la suerte de todos los demás muebles, lo que pudiera ser cuestión en derecho francés que sólo habla de títulos; pero no en el nuestro que habla de cosas comunes, que sólo pueden ser vendidas con el consentimiento unánime. Así se salvan los inconvenientes indicados por Demolombe, XV, 700.

El juez al decidir sobre cuál de los herederos debe ser nombrado depositario, debe tener en cuenta las tradiciones de la familia, las costumbres de la localidad; pero tiene completa libertad para la designación.—Véanse arts. 3471 y 3472.

(**Art. 3474.**) La disposición que manda separar bienes para el pago de las deudas es una prevención que debe tomar en cuenta el partidor, sin que su omisión perjudique á los acreedores de la herencia, que

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3473. — Llamamos títulos ó cosas comunes á la herencia, los títulos honoríficos del difunto, su correspondencia, los manuscritos que deje, retratos de familia, etc., etc.—Sobre la materia, Demolombe, tom. 15, desde el n° 695.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3473.—El retrato del causante debe quedar en poder de los hijos con preferencia á la viuda sin hijos del segundo matrimonio.—Jur. Civ., XII, 115, Sér. 4°.

de las deudas; en cuanto á las cargas, es necesario distinguir: las impuestas por el testador á los herederos forzosos sólo tendrán

pueden embargar los bienes suficientes y ejecutarlos. Es sabido que no hay herencia mientras no se hayan pagado las deudas de la sucesión. Si algunas estuvieren litigadas, y los acreedores no hubieren obtenido embargo preventivo, los herederos pueden dividirse todos los bienes, respondiendo cada uno por la porción que les corresponda; en caso contrario dejarán bienes suficientes para responder á las deudas, levantando así la inhibición que pesare sobre la testamentaria.

¿Qué se debe entender por cargas de la sucesión? Son cargas todos aquellos gastos necesarios que se hubieran hecho para liquidarla, así como las obligaciones nacidas después de la muerte del testador. En este sentido se pueden llamar cargas de la sucesión, los gastos de inventario, tasación y partición, la comisión que se deba pagar al albacea nombrado por el testador, así como toda gestión que cualquiera de los herederos hiciera y que beneficiara á todos los herederos; como la reivindicación de un bien de la sucesión, el cobro de un crédito á favor de la testamentaria y cosas semejantes.

Nuestros tribunales han resuelto uniformemente, que deben ser pagados por la testamentaria todos los gastos que uno de los herederos hiciera para liquidar la testamentaria, por inacción ó rebeldía de los demás. Si todos estuvieran representados, cada uno debe pagar los que hiciere, y ninguno de ellos puede pretender que se le abonen las costas causadas, porque hubiera pedido en la liquidación medidas de las que todos aprovecasen; porque cada uno de ellos se adelantaría á demandarlas sabiendo que serían á costa de la testamentaria, y tendríamos así una multitud de escritos sobre el mismo tema, que la sucesión debería abonar. Cuando todos están representados en la sucesión, cada uno debe abonar sus costas, á no ser en el caso raro en que los demás nada hicieran y dejaran á uno sólo la tarea de pedir lo concerniente á la liquidación. En esta parte la jurisprudencia de nuestros tribunales no está formada, porque hay fallos en pro y en contra respecto á las costas de los escritos presentados por uno de los interesados, interviniendo todos, pues han declarado algunas veces que son gastos comunes, porque beneficiaban á todos. Decisión que no prevalecerá en el porvenir, porque no es ese el caso de la carga común, sino por excepción. En la liquidación, las costas comunes son las de inventario, tasación y partición que son las necesarias, y sin las que no puede existir liquidación, así como las que cada uno hiciere en beneficio de la masa, reclamando bienes que correspondan á la sucesión, ó negando créditos que esta debiera pagar según

efecto, en cuanto á la porción disponible; con relación á las legítimas forzosas, no puede imponer carga alguna.

Finalmente, como una seguridad de que las deudas de la sucesión serán pagadas antes que los herederos se distribuyan los

los demandantes, y se decidiera en favor de la sucesión, libertándola. Los demás escritos no deben abonarse, porque no son en beneficio de todos, son cargas que deben pesar sobre cada heredero representado. Las decisiones dadas en este sentido prevalecerán probablemente en el porvenir, porque consultan la justicia, y están conformes con los principios del derecho.

Las cargas de la sucesión no son deudas privilegiadas, como algunos creen; porque no hay disposición alguna acordándoles privilegio, y éstos no existen sino por mandato de la ley; además, los privilegios se ejercen en caso de concurso, y si la hipoteca puede ser ejecutada con independencia de los demás créditos, es porque así lo establece la ley, y porque se puede considerar como una garantía extraña á la acreencia misma, pues la hipoteca es una especie de fianza.

Las deudas como las cargas de la sucesión deben ser pagadas antes que reciban su parte los herederos; pero esto no les acuerda privilegio alguno, por ser deudas de la sucesión, á menos de no estar comprendidas entre los créditos privilegiados. Así, por ejemplo, los gastos funerarios deben ser pagados primero que cualquier préstamo de dinero que se hubiera hecho en vida del difunto, y ese privilegio sólo podría hacerse valer en caso la sucesión fuera concursada. Es cierto que algunas cargas de la sucesión son privilegiadas, como sucede con las judiciales de inventario, tasación y partición; pero de ahí no se deduce que todas lo sean.—Comp. CÓD. DE CHILE, art. 1336.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3474.—Entendemos por cargas de la sucesión, las obligaciones que han nacido después de la muerte del autor de la herencia *quæ ab herede seperunt*, según la expresión de la Ley Romana (L. 40, Dig. De obligat. et act.), tales como los gastos funerarios y los relativos á la conservación, liquidación y división de los derechos respectivos, inventarios, tasación, etc., etc. Por esto llamaremos acreedores de la sucesión, tanto á los que lo sean por deudas propiamente dichas, como á los que resulten por cargas á la herencia.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3474.—Los herederos sólo pueden cobrar de la masa los honorarios de sus respectivos abogados y procuradores que correspondan á diligencias de interés general.—Jur. Civ., IX, 235, Sér. 1^a.

bienes, ha dicho el **art. 3475**: *los acreedores de la herencia, reconocidos como tales, pueden exigir que no se entreguen á los herederos*

(**Art. 3475.**) En el presente artículo se concede una especie de embargo preventivo sobre los bienes de la sucesión, autorizando á los acreedores *reconocidos* para oponerse á la entrega de los bienes, hasta no ser pagados de sus créditos, y con razón á mi juicio, porque aun dejando bienes para pagarlos, estarían sujetos á la contingencia de que no alcanzaren, y tendrían que ir contra cada heredero. Esto mismo acuerdan las leyes de procedimiento de la mayor parte de las provincias, que conceden embargo preventivo á los acreedores con créditos reconocidos, á fin de asegurarles su pago. Esta situación es completamente diferente de la que se obtiene por la separación de los patrimonios, art. 3433, que pueden pedirla todos los acreedores de la sucesión, aun los que sólo tuvieran documento privado que no hubiera sido reconocido, para asegurarse una preferencia contra los acreedores del heredero. En este artículo, el embargo es contra los herederos para que no se distribuyan los bienes antes de pagar á los acreedores de la sucesión, mientras en aquél era contra los acreedores de los herederos, á fin de que no fueran pagados con los bienes de la sucesión antes que los acreedores de la misma.

Al decir los acreedores, de la herencia, reconocidos como tales, no ha podido referirse únicamente á los posteriores á la muerte del testador; porque la ley no distingue, y sería una injusticia el hacerlo. ¿Por qué gozarían únicamente de este derecho los acreedores posteriores á la muerte? ¿Por qué son privilegiados? En primer lugar, no es cierto que todos lo sean, y aunque lo fueran, ese privilegio les da únicamente el derecho de ser pagados primero en caso de concurso; pero ellos tienen el mismo interés, que los acreedores del difunto, en que la herencia no se divida antes de haberse pagado todas las deudas. No hay, pues, razón para hacer estas distinciones odiosas, pues no se tendría en cuenta la memoria del difunto que debe ser respetada, dejando su nombre intachable, pagando todas las deudas contraídas por él.

El presente artículo viene á demostrar que el art. 3433, al acordar la separación de los patrimonios no concedía un embargo, como algunos lo pretendían, porque si eso hubiera importado, no habría necesidad de conceder á los acreedores *reconocidos* ese mismo embargo, desde que pueden impedir la partición.

El derecho que este artículo concede á los acreedores es complementario del que tienen para ser pagados con los bienes de la sucesión antes que los herederos se los dividan. Mientras no se hayan pagado las deudas

ros sus porciones hereditarias, ni á los legatarios sus legados, hasta no quedar ellos pagados de sus créditos; porque tienen un derecho

de la herencia, no pueden ni deben dividirse, porque esta se compone de los bienes que quedaren después de pagadas aquellas y cumplidas las cargas de la sucesión. Los acreedores deben estar investidos de facultades tales, que les aseguren el completo pago de todas sus acreencias; no se debe dejar en la mano de los herederos el separar bienes, ni ofrecer fianzas para asegurar el pago, porque unos y otras podrían ser ilusorias. Es un derecho perfecto el de hacerse pagar antes que los bienes se distribuyan, porque en caso contrario la acreencia se dividirá en tantas partes iguales cuantos herederos hubiera, y tendría que ir á demandar á cada uno su parte, art. 3490. Bastará, pues, la oposición de cualquier acreedor *reconocido*, aunque fuera condicional, para que no se entreguen las hijuelas, ni los bienes divididos.

Pero si las acreencias fuesen *litigiosas* y no hubiera obtenido el demandante un embargo preventivo contra la sucesión, la división se hará, y los acreedores sólo podrán exigir que todos los herederos sean representados por una sola persona.

Si el crédito reconocido fuera á plazo muy largo, eso no impediría al acreedor para oponerse á la entrega de los bienes, y para desinteresarlo sería necesario depositar su importe en el Banco de la Nación Argentina, que es la caja de consignaciones al presente.

No creo, que aun en el caso de ser la sucesión notoriamente solvente, pueda autorizarse la entrega de las hijuelas y legados; porque lo natural sería pagar primero las acreencias, si es solvente y tiene bienes bastantes; además el derecho concedido á los acreedores es absoluto; hasta no ser ellos pagados, pueden oponerse á que se entreguen los bienes á los herederos y legatarios.

El derecho concedido á los acreedores no es en realidad un embargo de bienes, como se ha creído; porque éste se hace registrándose en la oficina correspondiente y por mandato judicial; los herederos no están embargados, pueden pagar á los otros acreedores, vender bienes y ejercer sus derechos de dueños; lo único que no pueden hacer, si el acreedor se opone, es dividirse y tomar los bienes. Si el acreedor ó acreedores embargasen bienes suficientes para el pago de sus créditos, no habría razón para que se opusieran á la distribución de lo no embargado, sin embargo podrían impedirlo, usando así de un medio coercitivo para que sus créditos les sean abonados.

No se debe confundir el derecho acordado por este artículo á los acreedores *reconocidos*, con el del art. 3433 para pedir la separación de

preferente, desde que no hay herencia sin haber pagado todas las deudas; pero una vez que la sucesión se ha dividido, cada acreedor debe ocurrir contra cada uno de los herederos cobrando la parte proporcional que le corresponda en la deuda.

patrimonios; porque éste se da contra los acreedores del heredero para no ser pagado primero, y aquél contra los mismos herederos para no distribuirse la herencia hasta no ser pagados.

En cuanto á la venta de los bienes de la sucesión para el pago de las deudas, si los acreedores no hubieran embargado bienes determinados y los ejecutaren, los herederos por mayoría de votos contados por personas, art. 3462, como se dice en la nota del Dr. Velez-Sarsfield, podrán ordenar la venta de los que creyeran conveniente para hacer el pago.—Comp. DEMOLOMBE, XV, 650. DEMANTE, III, 150 *bis*. TAULIER, III, pág. 288 y MOURLON, *Rép.* II, pág. 138.— Véanse arts. 3400, 3401, 3433, 3474, 3490, 3491 y 3497.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3475.—Véase Goyena, art. 913 y la L. S., Tit. 33, Part. 7^a.—Como las deudas se dividen entre los herederos, si uno de ellos ofrece al acreedor su parte en la deuda reclamada, el embargo cesará en los bienes que se le hubiesen adjudicado. Para la venta de los bienes, á fin de pagar á los acreedores, el mayor número no se determina por las personas llamadas á la sucesión que sólo vengan á ella por derecho de representación. Los votos se cuentan por estirpes y no por cada individuo. En caso de igualdad de votos, queda decidida la venta, pues depende de los que no la quieren impedir por su cuenta, pagando su parte en las deudas.—Véase Vazeille, sobre el art. 826.

CAPÍTULO III

DE LA COLACION

§ 956. — DE LO QUE COMPRENDE LA COLACIÓN

La colación, en su acepción general, designa la reunión á la masa hereditaria de todos los objetos ó valores que el difunto ha dispuesto por actos entre vivos en provecho de sus herederos abintestato; pero como nuestro Código sólo obliga á la colación á los herederos forzosos, debemos limitarla á esas personas y en los términos del **art. 3476**, que dice: *toda donación en-*

(**Art. 3476.**) El presente artículo fué reformado en 1882; pero no se hicieron las correcciones como lo ordenaba la ley; comenzaremos, pues, por restablecer el texto verdadero. Las palabras que van en letra bastardilla, son las cambiadas y el artículo debe decir según la edición auténtica: «toda donación entre vivos hecha á *un* heredero forzoso que concurre á la sucesión legítima del donante, sólo importa un *anticipo de la* porción hereditaria». Comparada con la edición oficial, se encuentra en ésta suprimido el artículo indefinido *un*, y cambiadas las palabras *anticipación de su*. El primitivo texto decía: toda donación entre vivos hecha á *una persona* que concurre á la sucesión *legítima* del donante, sólo importa *una anticipación de la* porción hereditaria *de esa persona*.

Es inútil decir, que la ley de correcciones de 1882 debe prevalecer, sobre cualquier texto, y que esa ley se aplica á la edición auténtica de Nueva York, de 1870, hecha por la imprenta de Hallet y Breen, edición que por dos leyes sucesivas de 1870 y 1882 ha sido declarada auténtica, mientras la edición oficial no lo es sino en cuanto se encuentre conforme con aquella edición. El artículo tal como debe quedar según la

tre vivos hecha á (un) heredero forzoso que concurre á la sucesión legítima del donante, sólo importa una anticipación (anticipo) de

edición auténtica y corrección hecha por el Congreso, es el copiado en la primera parte.

Con la corrección hecha desapareció la duda, sobre si se comprendían en la colación todas las donaciones hechas durante la vida del difunto á sus sucesores legítimos, y si esta expresión sólo comprendía á los forzosos, ó á los de grado sucesible aunque no lo fueran.

Habiéndose expresado que era á los forzosos, no puede haber duda en adelante.

¿Qué importa la colación y cómo debe hacerse? La colación tal como se deduce de la doctrina enseñada por nuestro Código, es la obligación que tiene el donatario heredero forzoso del donante, para traer á la masa de los bienes dejados por éste, el valor de lo que hubiere recibido gratuitamente durante la vida de su causante. Pero esta colación sólo puede ser pedida por el heredero al coheredero y no entre los demás. Quiere decir, entonces, que toda donación hecha por el *de cujus* á cualquiera de sus herederos forzosos, debe considerarse como un adelanto hecho á su legítima, computándose el valor que las cosas tenían en el momento de la donación, á menos que en el mismo acto ó por disposición posterior testamentaria, no lo hubiera relevado de esta obligación.

La donación para ser colacionada debe llenar dos condiciones: 1ª, importar un verdadero traspaso de la propiedad del derecho donado, y no ser de los indicados en el art. 1791, que no son donaciones; 2ª, que la donación sea gratuita; porque si es remuneratoria, sólo podrá reducirse, si perjudicase las legítimas, en lo que excede de la remuneración.

La última condición es de gran importancia; porque si la donación es remuneratoria está libre de la colación, y los coherederos sólo tienen derecho á investigar si hubo exceso en el pago del servicio, cuando perjudicase á sus legítimas, para reducirla en lo que excediere. Se juzga que el *de cujus* ha realizado un acto á título oneroso, pagando el servicio que daba acción para demandarlo en juicio, y ninguno de sus herederos tiene derecho para investigar si pagó excesivamente el servicio á su coheredero, si sus legítimas quedan á salvo y no son perjudicados; porque si no pueden hacer esa averiguación con los extraños, sino con el objeto de reducirlas para defender la integridad de sus legítimas, menos lo harían con relación á sus coherederos. En cierto modo sería oponerse á la voluntad del *de cujus*, que si tuvo facultad para dispensar á su heredero de la colación, se reputa que lo exceptuó de ella pagándole un servicio, que pudo exigirle ante la justicia, con una generosidad que nadie tiene

su porción hereditaria, á menos que se haya establecido expresamente en el testamento, que no estará obligado á colacionar esas

derecho para reprochar, y menos aun tratándose de uno de sus herederos forzosos.

El artículo habla de colacionar las donaciones, y el Dr. Llerena con un celo que no me parece justificado, sostiene en esta parte, que «también se consideran anticipos á la legítima de los herederos forzosos, las transmisiones de bienes en plena propiedad por cualquier otra clase de contratos, aunque sean á título oneroso»; lo que no es aceptable en mi opinión.

Cuando estudiemos el art. 3604 demostraremos que hay error en querer incapacitar á los hijos mayores para que contraten con sus padres, y que una prohibición tan grave y de tantas consecuencias no se puede crear sin una disposición expresa. Por el momento diremos, que el lugar elegido para promover tan seria controversia, no es apropiado, porque el artículo habla de las donaciones que se deben colacionar, y esto mismo indica que si los hijos mayores no pudieran contratar con sus padres, ni adquirir de ellos por título oneroso, no había necesidad de un artículo como el presente. ¿Para qué hablar de *donaciones*, si toda enajenación entre padres é hijos importara una donación que deba colacionarse? Si un padre vende á su hijo una propiedad pagándola en dinero contante ante el escribano, y en ese mismo acto y con el mismo dinero adquiere el padre otra de más importancia; si ese acto decimos se reputa nulo y simulado, según la opinión contraria, y el hijo debe colacionar á la masa ese valor, no admitiendo prueba en contra ¿qué significaría el presente artículo, ni que importancia tendría? Si cualquier enajenación del padre al hijo debe colacionarse ¿para qué hablar de donaciones? Se dirá, es que aquí se habla de herederos forzosos, y no de las enajenaciones de los padres á los hijos únicamente; es cierto, pero si esta observación disminuye en parte la fuerza del argumento, deja en pie la observación. Si cuando el testador paga un servicio que daba acción para demandarlo en juicio, el donatario no está obligado á colacionar lo entregado ¿por qué lo estaría cuando comprase la misma cosa? Porque entiéndase bien, el pago se hace en diversas formas; se paga no sólo entregando la cantidad debida, sino dando otra cosa que tenga un valor semejante. Así, el donante ha podido muy bien dar una casa ó un terreno en pago del servicio que le pudo ser demandado, y ni esa casa ni ese valor deberá colacionarse. ¿Y por qué lo sería, cuando el heredero lo ha pagado con dinero ó con otra casa? No; rechazamos semejante teoría que traería una prohibición odiosa, sin razón de ser, porque cuando los pa-

donaciones, y no excediesen de la porción que el testador puede disponer libremente.

dres quieren favorecer á uno de sus hijos, por causas inconfesables, lo que hacen es asegurarse el usufructo ó una renta vitalicia, que están demostrando la simulación, jamás se desprenden de la plena propiedad, porque el hombre que es capaz de simular un acto para perjudicar á sus hijos, no tiene la bastante altura moral, para no sospechar de que el hijo á quien favorece puede hacer con él, lo que él mismo hace con sus propios hijos.

La colación tiene por objeto mantener en cuanto sea posible la igualdad entre los herederos forzosos, siempre que no se contrarie la voluntad del donante; en el silencio de esta voluntad, la ley supone que el *de cuius* ha querido que todos hereden por iguales partes. ¿Por qué se interpretaría entonces, que ha querido hacer una donación, cuando su intención clara y manifiesta es la de pagar un servicio que pudo demandársele en juicio? ¿Con qué derecho vendrían los demás herederos á investigar, si ese servicio fué pagado justamente en lo que valía ó si hubo exceso en el pago? Ese derecho sólo pueden tenerlo, cuando perjudicase á sus legítimas forzosas, y para eso es necesario que demuestren el perjuicio recibido.

El mismo Dr. Llerena, que admite como cierto, que cualquiera enajenación á título oneroso hecha por el *de cuius*, en favor de cualquiera de los herederos debe colacionarse, no puede menos de aceptar, que no comprende la donación remuneratoria, cuando se pagan servicios que daban acción para demandarse en juicio. Quiere decir entonces, que sería válida y no colacionable la donación en pago que hiciera el padre á un hijo, entregándole un inmueble por diez mil pesos en que estima la comisión de corretaje ó de remate de propiedades que le hubiera hecho, y sería colacionable la venta de esa misma propiedad por los diez mil pesos entregables en presencia del escribano ó la permuta por otra! Eso no es posible admitir, sin grave injusticia, y sin ir contra todos los principios del derecho.

Téngase presente, que la colación la debe el heredero al coheredero, y en el caso citado en la nota, de una donación hecha al nieto por el abuelo, esa donación no está sujeta á colación tratándose de la herencia de su padre, y tampoco lo sería, si se liquidara la de su abuelo, concurriendo su padre, porque el nieto no es heredero viviendo su padre; pero si su padre hubiere fallecido y concurriera en su representación, tampoco sería colacionable, porque esa donación no se le ha hecho á su padre heredero forzoso, sino al nieto que no lo era. Otra cosa sería, si habiendo

Se exceptúan de la disposición anterior, *las otras liberalidades enumeradas en el art. 1791, que el difunto hubiese hecho en vida á los que tengan una parte legítima en la sucesión* (que) *no estén sujetas á ser colacionadas* (art. 3479), porque no son verdaderas

fallecido su padre, la donación se le hubiera hecho después, porque entonces es heredero forzoso y debe colacionarla.

El valor que debe colacionarse por el heredero forzoso es el que tenían las cosas en el momento de la donación. — Comp. Cód. Francés, arts. 829 y 843. LAURENT, X, 593. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, III, 2695, 2703, 2735 y 2779. — Véanse arts. 1805, 3469, 3483, 3484, 3602 y 3604.

(Art. 3479.) Como lo expuse en el tomo V de esta obra, al examinar el art. 1791, hay actos de los comprendidos en ese artículo, que si no son verdaderas donaciones en el sentido estricto de la palabra, son liberalidades que deberían estar sometidas á sus disposiciones.

Nuestro Código, separándose del Francés, art. 843, que obliga á colacionar todo lo que el heredero hubiera recibido por donación entre vivos directa ó indirectamente, se ha decidido por la doctrina contraria, declarando que las donaciones indirectas no son colacionables. Pero estos principios van contra la verdad de los hechos, y se podría decir con Chabot: «que un padre done á su hijo una suma de tres mil francos que saca de su capital, ó que abandone una suma de tres mil francos que le ha sido legada, y que tiene el derecho de exigir, ¿no es evidente que en uno y otro caso hace una liberalidad? Que un padre recoja con su hijo una sucesión, á la que son llamados conjuntamente, y le dé la mitad que ha recogido, ó que le abandone la sucesión entera renunciando á ella, ¿no resulta lo mismo? En uno como en otro caso, ¿el hijo no gana la mitad de la sucesión, y los otros hijos no son privados de ella?»

Cuando el Código Civil sea revisado, se deben reformar algunos de los incisos del art. 1791; por ejemplo, el 1º y aclarar el 6º, ó por lo menos, extender el presente á todas las donaciones indirectas, donde el beneficio sea evidente.

En los casos citados por Chabot, no habría derecho á exigir la colación, con manifiesta injusticia; porque la renuncia de una herencia valiosa que se le hubiera dejado al padre conjuntamente con su hijo, debía importar una donación; pues si es tal cuando la cede á éste, art. 3322, pues importa una aceptación, ¿por qué no lo sería, cuando la renuncia con ánimo de beneficiar á su coheredero? Si produce el mismo resultado, pues lo enriquece: si el renunciante al dejar de adquirirla,

donaciones, aunque al comentar dicho artículo demostramos que algunas debían considerarse como tales.

§ 957. — ENTRE QUIENES SE DEBE LA COLACION

Como principio general se puede establecer, que sólo se deben la colación entre los herederos forzosos, porque el legislador supone que las donaciones hechas durante la vida importan un anticipo á lo que por la ley deben recibir de su causante, y además de este principio general el **art. 3478**, dice: *la colación es debida por el*

no se empobrece porque no pierde de su capital actual, deja no obstante, de enriquecerse desde que abandona un capital que aumentaría su patrimonio, y que va á enriquecer á otro; en todo esto hay una verdadera donación, y así debería considerarse. El Código exige una reforma en esta parte. No se puede ir largo tiempo contra la verdad de los hechos, sin ser vencido por ellos, y estas ideas, fundadas en la naturaleza de las cosas, concluirán por quedar vencedoras. Buscando simplificar la ley, se llega muchas veces á la injusticia.

En el caso del artículo se cortan los pleitos, es cierto, porque no hay que examinar si hubo donación indirecta; pero no está bien que el legislador desconozca situaciones que se imponen con la fuerza de la realidad.

(**Art. 3478.**) La colación sólo tiene lugar entre los herederos forzosos, ó más bien dicho entre los descendientes y ascendientes, no entre los cónyuges como lo demuestro en el art. 3477. Si el Dr. Velez-Sarsfield habla en la nota de los herederos *ab intestato* ó de los *legítimos*, es refiriéndose al art. 3476 que fué corregido, y donde la colación era debida por los herederos legítimos que estaban obligados á traer á la

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3479. — Véase Chabot, sobre el art. 843, n° 22. — Los escritores sobre el Código Francés, generalmente enseñan que se deben traer á colación todas las liberalidades que el difunto hubiese hecho en vida á sus sucesores legítimos. Dar esta extensión á la colación, es dejar incierto lo que ella debe comprender, y establecer un antecedente para cuestiones que el interés particular multiplicará á lo infinito. Nosotros en esta parte seguimos las disposiciones de las leyes que hasta ahora nos rigen, que sólo obligan á colacionar los bienes que han sido objeto de una verdadera donación entre vivos.

co-heredero á su co-heredero: no es debida ni á los legatarios, ni á los acreedores de la sucesión; porque ninguno de ellos tiene una

masa lo recibido del testador durante su vida, y cuyas donaciones se consideraban como un adelanto á la legítima.

La colación sólo es debida por el heredero á su coheredero, dice el artículo, y comprende únicamente al forzoso que la debe al coheredero forzoso, que tiene por la ley una porción determinada en la herencia, de la que no puede ser privado sin una justa causa de desheredación.

Por eso no se debe la colación á los herederos forzosos en los casos siguientes:

1º Al heredero que ha renunciado á la herencia; porque viene á ser un extraño á la sucesión.

2º Al que ha sido excluido de la herencia como indigno; porque no es considerado heredero; pero se la deberá á los que vengan á la herencia representándolo, y viceversa.

3º Al que sin ser renunciante ni indigno, se encuentre privado de su calidad de heredero por una justa causa de desheredación; pero como en el caso de indignidad, la colación se deberá á los herederos que entren á representarlo.

Téngase presente, que la colación ha sido instituida para mantener la igualdad que la ley ha creado entre los herederos forzosos, á fin de que cada uno reciba una parte igual en la sucesión, y que los representados se consideran como si ellos mismos concurrieran; así es que la colación se debe á sus representantes.

La colación tiene por objeto hacer traer á la sucesión todos los valores que el difunto ha dado en vida á sus herederos, á fin de que éstos reciban una parte igual en la división, y como este derecho, según Demolombe, forma parte del patrimonio de los herederos á quienes pertenece, y como no habría razón para pretender declararlo inherente á su persona, se sigue de ahí, que puede ser demandado por sus acreedores, en nombre de su deudor y ejerciendo sus derechos con autorización judicial, en caso de concurso. En este caso la colación no se debe á los acreedores de la sucesión, lo que sería contrario al artículo, sino á los acreedores del heredero cuyos derechos ejercen. Y como la colación es debida al heredero, sea que haya aceptado pura y simplemente la herencia, sea bajo beneficio de inventario, no habrá lugar á distinguir, como lo enseña Merlin y lo confirma el artículo anterior.

Cuando el artículo dice, la colación no es debida á los legatarios, no expresa solamente la idea, que ellos no tienen derecho á pedirla á los herederos, sino también que no pueden aprovechar de lo que los here-

porción forzosa en la herencia, son, se puede decir, acreedores de la sucesión, que los considera como extraños á ella, y por una

deros trajeran á la herencia, como recibido en vida del difunto. Así, cuando entre cinco hijos que hubieran recibido de su padre cien mil pesos durante su vida y al morir dejare cien mil, y legare el quinto á un extraño ó á uno de sus hijos; ese quinto de veinte mil pesos no podría aumentarse á cuarenta teniendo en cuenta los valores que los demás hijos han traído á la masa de la sucesión. Cuando el legatario es uno de los herederos no puede aprovechar de la colación pedida por él como heredero para aumentar su legado, porque la colación se ha instituido en favor de los herederos y no de los legatarios, y en su doble carácter de heredero y legatario no puede aprovecharse de ella, pues como legatario sólo tiene derecho al quinto de los bienes dejados por el testador, sin que pueda computar las donaciones que éste hiciera durante su vida. El heredero legatario es como un extraño, y no tiene mejor derecho que éste.

¿Pero qué sucederá, cuando el testador dejara cuatro hijos á quienes hubiera donado, sin dispensarlos de la colación, veinte mil pesos á cada uno y quedando sólo veinte mil, legase el quinto de sus bienes á un extraño? ¿El legatario deberá tomar los veinte mil pesos, que es el quinto de los bienes legados, ó sólo cuatro mil, que es el quinto de la cantidad dejada? Según la disposición del artículo, el legado se debe tomar de la cantidad quedada á su fallecimiento, sin atender á las donaciones.

Aunque esta cuestión tan grave corresponde tratarla cuando se hable de la porción *disponible* del testador, debemos observar que la jurisprudencia francesa ha sufrido un cambio por la célebre sentencia en el asunto Saint-Aroman, decidido por la Corte de Casación en 8 de Julio de 1826, en que se mandó computar los bienes dados en vida á los herederos, para determinar la cantidad disponible del testador, resolución que me parece más conforme que la antigua doctrina, adoptada por el Dr. Velez Sarsfield en la nota al artículo que dice lo contrario; porque si las donaciones hechas en vida deben traerse á colación para determinar la legítima de los herederos forzosos, y sufrir la reducción hasta salvar esas legítimas, la misma regla debía seguirse para fijar la cantidad disponible que es correlativa. Si el padre que deja dos hijos y un capital de cincuenta mil pesos, habiendo donado en vida cincuenta mil, se ha excedido, y debe reducirse la donación á veinte mil, que es su porción disponible, no hay razón para que se le prive de disponer de esa porción, cuando hubiere adelantado á sus hijos cualquier cantidad

razón perfectamente explicable, se establece que *los ascendientes y descendientes, sean unos y otros legítimos ó naturales, que*

á cuenta de su haber hereditario. Así, en la cuestión propuesta anteriormente de los cuatro hijos, ¿por qué se reduciría su porción disponible á cuatro mil pesos, cuando debe ser de veinte mil? Si la ley ha buscado la igualdad entre los herederos forzosos, para que no se perjudiquen, no por eso ha querido disminuir la porción de que puede disponer el testador, que no puede ser penado por un acto de liberalidad respecto de sus hijos, adelantándoles á cuenta de su haber. Esa porción debía ser inalterable con relación al capital que deja, y si bien la ley protege á los herederos forzosos para que su causante no les prive de sus legítimas, no ha debido abandonar á éste disminuyéndole su porción disponible, que debería ser tan sagrada como aquéllas.

Pero si admitimos la nota como el comentario más autorizado, cuando se trata de explicar el sentido de un artículo dudoso, no podemos menos de confesar, que el Código ha aceptado la segunda solución, sin tener en cuenta la porción disponible del testador, que está en correlación directa con la legítima de los herederos forzosos, y debía ser respetada. Me inclino á creer que no es para beneficiar á los legatarios que se debían computar las donaciones hechas en vida á los herederos, sino para no disminuir la porción disponible de que no debiera ser privado el testador en caso alguno.

La doctrina que nace del artículo, y que reputamos equivocada, exigiendo una reforma, cuando el Código sea corregido, excluye la colación en los casos en que hubiere un solo heredero. Y entonces la injusticia que se comete con el testador, es más manifiesta, porque se le priva de lo que podemos llamar su legítima (la porción disponible) que debe ser tan sagrada como la de su heredero.

¿Por qué no se concede á los acreedores de la sucesión, el derecho para demandar la colación á los herederos? Porque éstos representan y ejercen los derechos de su causante, y es por demás evidente que el *de cuius*, al donar los bienes entre vivos, se ha separado irrevocablemente de ellos y no puede recobrarlos por su propia voluntad. ¿Cómo podrían ejercer un derecho que su causante no tiene?

¿Hay algún caso en que los acreedores de la sucesión puedan pedir la colación á los herederos forzosos? Así lo han creído algunos, considerando el art. 3483 como una excepción á este principio, lo que no es exacto; porque él habla de los acreedores del heredero que ha aceptado pura y simplemente la herencia: en este caso los acreedores de la sucesión dejan de serlo y pasan á ser personales del heredero. Como se

hubiesen aceptado la herencia con beneficio de inventario ó sin él, deben reunir á la masa hereditaria los valores dados en vida por

comprende, es una cuestión de palabras, porque los mismos acreedores de la sucesión que no podían pedir la colación, están facultados para hacerlo en representación de su deudor, ejerciendo sus derechos autorizados por el juez.

Téngase presente, que cualquiera que fuese autorizado por la justicia para ejercer los derechos del heredero, sea acreedor personal de éste, sea de la sucesión que haya venido á serlo del heredero por la aceptación pura y simple, podrá demandar la colación de los demás herederos, no en su propio nombre, sino en el del heredero su deudor. Y como este es un derecho que forma parte de su patrimonio, y de que no pueden ser privados sus acreedores en caso de concurso, pueden ejercerlo aun después de una renuncia gratuita; pero si fuera á título oneroso, sería necesario demostrar el fraude.

Cuando uno de los herederos ha pedido la colación, ¿aprovechará á los demás? Soy de opinión que deben pedirla, aunque entre los herederos forzosos la colación es de ley, pues el art. 3477 dice expresamente: deben reunir á la masa hereditaria todos los valores dados en vida; sin embargo, sólo aprovechará al que la reclama, y será siempre necesario que haya denuncia ó prueba, en caso de negativa por parte del donatario, á menos de constar en la disposición testamentaria las donaciones hechas. En caso de prueba, se deben admitir las que permite el derecho para demostrar los hechos, porque no se trata, en este caso, de convención.

Hemos dicho que la colación, según nuestro Código, sólo es debida por los herederos forzosos entre sí; por consiguiente, no hay cuestión ni dificultad alguna cuando fueren herederos legítimos en grado sucesible sin ser forzosos. No debiéndose colación, ni habiendo porción disponible desde que puede legar todos sus bienes, desaparece la razón para traer á colación las donaciones. — Comp. DEMOLOMBE, XVI, 277 y sig. CHABOT, al art. 857. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, III, 2717, 2733, y 2990. LAURENT, X, 584 y sig.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3478.—L. 3, Tit. 15, Part. 6ª.—Cód. Francés, art. 857.—Chabot, sobre dicho artículo.—La colación no se ordena sino para establecer la igualdad entre los herederos. No es debida sino por el que fuese heredero *ab intestato*, á los herederos *ab intestato*. No se puede exigir ni contra los herederos instituidos, ni contra los legatarios, ni contra los donatarios que no son herederos legítimos, ni tampoco les es debida. Suponed un pa-

el difunto (art. 3477); porque se reputan que fueron dados como un anticipo á su legítima; y no se debe alterar la porción de cada

(Art. 3477.) En el presente artículo sólo están comprendidos los ascendientes y descendientes, sin hablar de los cónyuges; y con razón, á mi juicio, porque como la ley misma les prohíbe hacerse donaciones durante el matrimonio, art. 1807, n° 1, y no ha podido suponer que contra su mandato fueran hechas, porque serían nulas y de ningún valor, reputándose como si no hubieran tenido lugar. ¿Se aplicaría á las donaciones que el futuro esposo hiciera á la novia en los casos del art. 1217, n°s 3 y 4? Si la novia ha recibido la donación en el caso del art. 1217, n° 3, cuando no era heredera ¿por qué se la colocaría en la categoría de heredera forzosa, obligándola á colacionar lo recibido?

El Dr. Llerena, sin penetrarse á mi juicio de la dificultad, dice: «y también los esposos respecto á las donaciones hechas con arreglo á lo dispuesto en el art. 1217, pues éstos son también herederos forzosos, y como tal están comprendidos en el art. 3476, que no hace distinción». ¿Y por qué la haría, ni para qué los exceptuaría, si por el art. 1807, n° 1, no pueden hacerse donaciones entre los esposos? Si ha prohibido las donaciones entre ellos, quiere decir sencillamente, que en el caso del artículo no puede serles aplicado, porque lleva como condición precisa, que la donación haya podido hacerse entre vivos; si se hubiera hecho no sería colacionable, sería nula y de ningún valor.

El Dr. Segovia, en su Cód. Civil Anotado, se ha dado cuenta de la dificultad cuando dice: «á atenerse rigurosamente al texto de estos artículos, habría que concluir que la esposa no está obligada á colacionar la donación á que el art. 1217, n° 3, se refiere, porque al hacerse la donación, la novia no es una heredera forzosa de su novio; pero como esta solución podría aun menoscabar y aun suprimir la legítima de los demás herederos forzosos, prefiero la opinión contraria». Las legítimas

dre que tiene tres hijos, y que lega á un extraño el quinto de sus bienes, habiendo hecho en vida una donación á uno de sus hijos. Este hijo colacionará lo que hubiese recibido: pero esta colación no aprovecha sino á sus hermanos. El legatario del quinto tendrá lo que este importe sin agregarle la donación hecha al hijo en vida. Aunque el legado del quinto fuese hecho á uno de los herederos *ab intestato*, su legado no debe formar parte de los valores que son colacionados á la sucesión por sus coherederos donatarios, pues que sólo por su calidad de heredero puede tomar su porción viril en los valores colacionados; y tal heredero debe reducirse en su calidad de legatario á tomar el quinto de la sucesión, sin comprender los valores colacionados.

Fallo de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 3478. — Véase fallo al art. 3477. — Jur., IV, 218, Sér. 3°.

uno, á menos de haber manifestado expresamente en el testamento que no deben colacionarse los bienes donados.

de los herederos forzosos no pueden ser suprimidas ni aun menoscabadas, porque es sabido que las donaciones cuyo valor excedan de la parte que el donante podía disponer, son inoficiosas, art. 1830; por consiguiente, si el novio hubiere hecho en el contrato nupcial donación de todos sus bienes teniendo herederos forzosos, esa donación sería reducida en lo que excediera su porción disponible. El único peligro que pudiera existir desaparece pues, desvaneciéndose así la razón que este autor alega para decidirse por la opinión que acepta la colacion de los bienes recibidos por la novia antes de ser heredera del que ha venido á ser su marido después. El mismo autor admite en seguida, que en los casos del art. 1217, n° 4, de donaciones para después de su fallecimiento, se deben reducir como legados, pues lo son en realidad. ¿Y por qué no se reducirían en la misma forma, las donaciones efectivas hechas antes de matrimonio, cuando perjudicasen la legítima forzosa de los demás herederos?

Si aceptáramos la opinión sostenida por ambos autores, tendríamos forzosamente que admitir, que el novio no puede donar á su futura en el contrato nupcial bien alguno, y que si lo hiciere se debe considerar como un adelanto á su legítima forzosa. ¿De dónde vendría una prohibición tan formal? ¿Por qué limitar de ese modo la facultad del novio, cuando puede donar á los extraños dentro de su porción disponible? Sólo porque el art. 3476, dice que los herederos forzosos deben colacionar lo que recibieron en vida de aquél á quien heredan; pero es que el cónyuge no puede recibir de su cónyuge donación alguna, y por eso el presente artículo no los comprende en su enumeración, desde que nada pueden recibir.

La novia es una persona extraña cuando recibe la donación, si el matrimonio no se realiza, aquella se anula, y queda válida una vez que haya tenido lugar. Si el marido ha excedido de su porción disponible al hacerla, el art. 1232 preve el caso y manda que se observe lo dispuesto en los arts. 1830 y 1831, es decir, que se declare inoficiosa en lo que exceda. ¿Por qué someterla á otras reglas que ninguna ley autoriza? ¿Cómo colacionar una donación hecha á una persona extraña?

Sostengo, pues, que ni el art. 3476 comprende á los cónyuges, porque habla de las donaciones entre vivos que se pueden hacer á los herederos forzosos, y entre aquellos no puede tener lugar; además el presente al suprimirlos en la enumeración de los que están obligados á colacionar lo hace con razón, pues no pudiendo recibir donaciones entre vivos del uno al otro, no hay colación que hacer. Y la razón capital es que el ar-

El artículo habla de ascendientes y descendientes, sin comprender á los demás herederos, y por esa razón sostenemos en el

título sólo habla de los *ascendientes* y *descendientes*, y no es de buena interpretación el comprender á los que no lo fueren, cuando se trata de imponer una obligación.

Otra cuestión de grande interés es la de averiguar si el artículo al decir: «los ascendientes y descendientes, sean unos y otros legítimos ó naturales», comprende igualmente á los abuelos y nietos naturales.

El art. 3582, dice, que «el hijo natural *nunca* hereda á los abuelos naturales ni á los hijos y parientes legítimos del padre ó de la madre que lo reconoció». Pero el Dr. Velez Sarsfield, en la nota al art. 3579, nos dice: «nosotros creemos que los derechos del hijo natural en la sucesión de padre ó madre, es absolutamente, salvo la cantidad, de la misma naturaleza que el de los hijos legítimos». Si, pues, el derecho de los hijos naturales es de la misma naturaleza que el de los legítimos, es claro que tiene el derecho de representar á su padre en la sucesión de su abuelo, padre legítimo de su padre natural; es decir, cuando el hijo legítimo al fallecer, ha dejado un hijo legítimo y uno natural, ambos entrarán por representación en la sucesión de su abuelo; lo mismo sucedería cuando sólo hubieran quedado hijos naturales reconocidos, entrarían representando á su padre. Pero entonces ¿á que queda reducida la disposición del art. 3582? A su verdadero límite; es decir, que el nieto natural no hereda al abuelo natural; porque en el caso que examinamos no es el nieto natural que toma parte en la sucesión de su abuelo natural, es su hijo legítimo á quien representa que viene á recoger la herencia de su padre. Por el contrario, si el fallecido ha tenido un hijo natural que había muerto dejando á su vez un hijo natural, éste no podrá concurrir por representación en la sucesión de su abuelo; es en este caso que el nieto natural no hereda al abuelo natural, como dice el art. 3582.

Como los abuelos naturales no tienen derecho de representación respecto de sus hijos legítimos, no podrán concurrir á recibir la herencia dejada por un hijo natural de su hijo legítimo, y no vienen á estar comprendidos en la disposición del artículo, los ascendientes naturales.

Cuando las donaciones se hubiesen hecho antes del reconocimiento de hijos naturales, ¿quedarán obligados á colacionarlas después? Me decido por la afirmativa, porque si bien es cierto que esa calidad ha venido posteriormente como en el caso de la mujer, también lo es que la causa existía anteriormente, y el reconocimiento sólo ha hecho exteriorizarla y confirmar una calidad que antes se tenía. ¿Era ó no hijo natural cuando recibió la donación? Si, únicamente faltaba el reconocimiento

comentario, que no hay obligación de colacionar las donaciones que el esposo hiciera á la esposa en el contrato de matrimonio,

por un acto público, luego debe colacionar lo recibido, mientras la novia era una persona extraña sin derecho alguno, y el otro podía obtener el reconocimiento de su derecho.

¿Qué se debe colacionar? Los valores dados en vida, dice el artículo; por consiguiente, todo lo que no importe una donación no es colacionable, y menos lo serían aquellas enajenaciones donde constase de un modo evidente que ha existido verdad y sinceridad, como si se hubiese permutado un campo por una casa. ¿Quién podría sostener que sería justo hacer colacionar el valor del campo recibido, quedando la casa en poder de la sucesión?

Por principio general, la ley no debe retroaccionar, y sólo cuando expresamente se dijere que tiene efecto retroactivo se le debe dar; pero no se trata aquí de la retroacción de la ley, sino de un caso de aplicación de la ley nueva. Supongamos que la donación se hizo bajo una legislación que no obligaba á colacionar lo recibido á los herederos forzosos, y que el donante fallece bajo la vigencia del Código que manda colacionar en caso no hubiera sido dispensado. ¿Qué ley debe aplicarse? El art. 3612, dice, que la validez ó invalidez legal del testamento se juzga por la ley que regía al tiempo de la muerte del testador, y el Dr. Velez-Sarsfield, en la nota, agrega por vía de explicación, que cuando el testador hubiera gravado las legítimas disponiendo de sus bienes sin consideración á ellas, tal disposición sería nula, si no fuera conforme á la ley de su domicilio al tiempo de su muerte, *aunque la legítima hubiese sido diferente al hacer el testamento.*

Quiere decir entonces, que la ley nueva prevalece sobre la antigua, porque los derechos concedidos sobre sucesiones son meras expectativas que la ley puede cambiar. La ley nueva no puede alterar los derechos adquiridos irrevocablemente, á menos de una disposición expresa en casos extraordinarios; así la donación será válida y no puede alterarla; pero como se trata de una sucesión, la ley nueva puede ordenar que ella se colacione, aunque la antigua lo dispensara de esa obligación. La ley no retroacciona en este caso, como no produce este efecto cuando el testamento se hubiera otorgado con arreglo á las facultades que la ley antigua le concedía; porque reputa que la disposición se ha hecho en el momento de la muerte. Un testamento bajo la antigua ley que permitía la mejora en el tercio y quinto á uno de los hijos, si el *de cuius* falleciere bajo la legislación del Código, no tendría efecto respecto de la mejora, del tercio, sin que esto importara dar un efecto retroactivo á la

porque el legislador habla sólo de los ascendientes y descendientes y no de los herederos forzosos, y no se debe comprender sino lo expresamente exceptuado.

nueva ley. Lo mismo sucede en la colación; si en la antigua ley se dijera, los bienes donados á los herederos forzosos no se colacionan si el testador no lo ordenare, y éste falleciere bajo la nueva ley que ordena la colación, debería hacerse, porque las facultades concedidas por las leyes antiguas no son derechos adquiridos, y pueden revocarse por las leyes nuevas.

No creo, como Duvergier, que el donatario tuviera derecho para quejarse de la retroactividad dada á la ley, si el testador hubiera tenido facultad por las leyes que regían en la época de la donación para ser dispensado de la colación; porque la donación en sí misma no se altera y obedece en cuanto á donación á las leyes que regían en la época que se hizo; pero no así en la manera como haya de considerarse entre los herederos, á quienes puede imponerles la colación, ó cuando es hecha á extraños dentro de la porción disponible en el momento en que la donación se hace; cuando la ley nueva viene á restringirla, se atenderá á la ley en vigor en el momento del fallecimiento para integrar las legítimas.—Véase mi comentario al art. 1832, n° 1.

¿Cómo se deben reunir los valores dados en vida? Se formará una masa de todos los bienes, considerando que los donados no han salido de la sucesión. Se estimarán, pues, por el valor que tenían en el momento de la donación, y los demás por su valor actual; se sacará la legítima forzosa de cada uno de los herederos, y si no alcanzare á cubrirlas, se reducirá las donaciones hasta integrarlas, así es que sólo en este instante podrá saberse si la donación se encuentra dentro de la porción disponible.—(Véase mi comentario á los arts. 1830 y 1831).—Esto es cuando se tratare de un extraño, pero si fuera hecha á los herederos, se tomará en cuenta su valor, que se le adjudicará como recibido. Es sabido que el heredero puede renunciar á la herencia, y en ese caso dejando de ser heredero no tendrá obligación de colacionar la donación, y sólo podrá ser reducida cuando pasare la porción disponible, lo que sucederá si el testador tuviera muchos hijos; por ejemplo, ha donado á su hijo veinte mil pesos y muere dejando diez hijos y una fortuna de ochenta mil, que computada con los veinte mil donados forman cien mil; si aceptara la herencia llevaría á la masa esa cantidad y le corresponderían diez mil pesos; si la renuncia, como la donación está dentro de la porción disponible, conservaría los veinte mil y los nueve herederos restantes se dividirían los ochenta mil por partes iguales.

La colación no solo se extiende á los herederos que recibieron en vida esas donaciones, sinó también á los que representan sus

La colación se deberá por el heredero sea beneficiario, ó simple y puro, mientras ejerza derechos hereditarios, no así cuando por la renuncia venga á ser un extraño. Véanse los autores indicados en la nota del Dr. Velez-Sarsfield, haciendo la diferencia con la legislación francesa, pues la nuestra ordena se colacione el valor que tenían las cosas cuando se donaron, y la francesa de los mismos bienes donados, con más los frutos desde la apertura de la sucesión.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3477.—Véanse LL. 3 y siguientes, Tit. 15, Part. 6ª, y L. 5, Tit. 3, Lib. 10, Nov. Rec.—Estas leyes hablan sólo de los descendientes, lo mismo el Derecho Romano en el Tit. 6, Lib. 87, Dig.—Cód. de Prusia y el de Luisiana. — Por el contrario, la obligación de la colación, la extiende el Cód. Francés, art. 843, á todas las líneas, y es seguido por los Códigos de Nápoles. Holanda y Baviera. Nosotros comprendemos á los descendientes, porque en la línea recta todo debe ser recíproco, pero no comprendemos á los laterales.

Por el antiguo Derecho Romano, sólo los herederos legítimos estaban obligados á la colación, L. 35, Tit. 2, Lib. 10; pero la Novela 18, Cap. 6, sometió expresamente á la colación, tanto á los herederos legítimos, como á los herederos instituidos.

Por los arts. 829 y 843 del Cód. Francés, se ordena la colación, tanto de las donaciones entre vivos, cuanto de los legados y de las deudas de los herederos; lo que á juicio de Chabot es enteramente inútil. (Sobre el art. 843, n° 10).

Por el artículo se resuelve que la colación no se hace sino á la sucesión del donante; y así, el nieto que hubiese recibido una donación del abuelo no estaría obligado á la colación en la sucesión de su padre, pues que su padre no era el donante.—Chabot, sobre el art. 850, n° 1.

Designamos *los valores dados por el difunto*, y no las cosas mismas, como lo dispone el Cód. Francés. La donación fué un contrato que transfirió la propiedad de las cosas al donatario, y éste ha podido disponer de ellas como dueño. Ese dominio no se revoca por la muerte del donante, y los frutos de las cosas donadas deben pertenecer al donatario aun después de abierta la sucesión. Lo mismo decimos cuando se ha dado dinero: el donatario no debe intereses á la sucesión desde que ella se abra, porque ese dinero es suyo, y sólo está obligado á tomarlo en cuenta de la herencia que le corresponda. El Cód. Francés, por el contrario, dispone que la colación se ha de hacer de los bienes mismos donados, y de los frutos que hubieren producido desde la apertura de la sucesión. Si la donación consistía en dinero, hace también correr los intereses contra el donatario desde la muerte del donante. Goyena, art. 887, combate muy bien estas disposiciones del Cód. Francés, y Marcadé, sobre el art. 856.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 3477.*—La colación sólo es aplicable á los herederos ó legatarios: las deudas del padre no pueden afectar los derechos hereditarios de los hijos en la herencia materna.—Jur. Civ., IV, 218, Sér. 3ª.

derechos, por esa razón dice el **art. 3482**: *cuando los nietos sucedan al abuelo en representación del padre, concurriendo con sus*

(**Art. 3482.**) Según la teoría sostenida en el art. 3476, sólo se deben colacionar las donaciones hechas por el *de cuius* durante su vida á sus herederos forzosos, de modo que están dispensados de ella todos los que no tuvieran esa calidad cuando la recibieron, aunque posteriormente vinieran á tenerla por cualquier circunstancia, porque se supone que su voluntad ha sido dar esos bienes de su porción disponible, y no ha tenido la intención de hacerla colacionar, desde que en esa época no era heredero y no podía imponerle esa obligación.

Pero, se dice: cuando el nieto viene á la herencia por derecho propio, como en el caso de haber sido declarado indigno el padre, por lo mismo que se considera donatario del abuelo, está obligado á colacionar lo recibido de él; lo que no es exacto; porque si bien es cierto que se ha dicho en el art. 3301 que los hijos del indigno vienen á la sucesión por derecho propio y sin el auxilio de la representación, es en el sentido de que no son excluidos por la falta de sus padres; pero en realidad vienen á la herencia en lugar de sus padres, aunque Demolombe diga que sólo produce el efecto de derogar la regla sobre la proximidad de grados, el hecho real es que los hijos del indigno concurren en representación del padre, desde que forman todos ellos una sola persona para los efectos de la herencia. Si fuera cierto que vienen por derecho propio, como sus tíos, con quienes concurren, heredarían *in capite* y no *in stirpes*, cada uno tomaría una parte igual en la herencia de su abuelo, lo que no sucede; por esa razón los hijos del indigno y los del desheredado deben colacionar lo que recibió su padre, que no puede heredar por una circunstancia eventual, como es la desheredación ó la indignidad. De otro modo, los hijos del indigno vendrían á quedar mejorados. Supongamos que el padre le hubiera donado en vida veinte mil pesos, al morir deja cinco hijos, contando con el indigno ó desheredado, siendo su fortuna de noventa mil á su fallecimiento; si el padre no hubiera sido declarado indigno habría recibido veinte y dos mil pesos como quinta parte de los noventa mil dejados y de los veinte mil recibidos; si los hijos del indigno no tuvieran que colacionar lo recibido por su padre, recibirían diez y ocho mil pesos como quinta parte de lo dejado por su abuelo; pero si colacionan lo recibido por su padre sólo recibirán dos mil, formando así la suma de veinte y dos mil, quinta parte de la totalidad de la herencia, que son ciento diez mil. Si esta rama no colacionara lo dado en vida, habría recibido: veinte mil, que se le entregó al padre indigno, y diez y ocho á sus hijos, son treinta y ocho; mientras los herederos dignos, que no han

tíos y (ó) primos, deben traer á colación todo lo que debiera traer el padre si viviera, aunque no lo hubiesen heredado; pero no esta-

cometido falta alguna, recibirían sólo diez y ocho mil pesos. ¡Esto no puede autorizar la ley!

Y lo contrario sucede, cuando la donación se ha hecho al nieto viviendo el padre, como en ese caso aquél no es heredero forzoso, no ha podido suponerse que la intención del donante fuera que su hijo trajera á colación lo recibido por su propio hijo, porque entonces sería obligarlo á colacionar lo que no ha recibido; es, como dice Demolombe, considerarlo heredero por otro, y el artículo anterior expresamente lo ha libertado de esa colación.

Si el nieto recibió una donación de su abuelo, cuando era heredero forzoso por la muerte de su padre, como se encuentra en las condiciones del art. 3476 deberá colacionar la donación, á menos de haber sido dispensado de ella expresamente, porque se supone, con razón, que, siendo heredero forzoso, se lo ha hecho en calidad de adelanto á su legítima.

La expresión «aunque no lo hubiesen heredado» importa una confirmación de la teoría sostenida en el artículo anterior y el presente, que los nietos deben colacionar lo dado á su padre, aunque vengan á la herencia por su propio derecho y sin el auxilio de la representación, casos en que no lo heredan, porque está vivo, como si fuera declarado indigno ó desheredado. Puede también comprender el caso de haber renunciado el padre á la herencia, en que sus hijos entran en su representación á ocupar su lugar, para los efectos de heredar á su ascendiente. Sucederá igual cosa, cuando el hijo hubiera renunciado á la herencia de su padre, en que no sería heredero, y falleciera después de su abuelo; sus hijos vendrían á la sucesión de éste, en representación de su padre, y tendrían que colacionar lo recibido por éste. Nuestro artículo se ha separado expresamente del art. 848 del Código Francés, que dispensa de la colación al nieto por lo recibido por su padre durante su vida, cuando viene por derecho propio á la sucesión de su abuelo.

Ya hemos dicho que los nietos vienen por derecho propio, sólo en un sentido figurado, pero que en realidad ocupan el lugar del indigno y del desheredado, recogiendo la herencia que éste no puede tomar.

El artículo contiene un error tipográfico, cuando dice: «concurriendo con sus tíos y primos», debiendo expresar que es en los casos en que concurra con sus tíos ó primos, pues tiene lugar en cualquiera de las dos hipótesis.

Para concluir, debemos decir, que cuando el Dr. Velez-Sarsfield en la nota dice: «Chabot explica extensamente el artículo del Cód. Fran-

rán obligados á colacionar lo que ellos mismos recibieron del abuelo durante la vida de su padre, cuando no eran herederos forzosos.

Como la colación sólo es debida del heredero al heredero, de ahí resulta que, *todo heredero legítimo puede demandar la colación, del heredero que debiese hacerla* (art. 3483, 1ª parte), en los casos en que el testador no hubiese dispensado expresamente de verificarla. Aunque la colación sólo se debe entre los herederos, no se deroga este principio, cuando se autoriza á los acreedores y legatarios para demandarla en ciertos casos, porque entonces no ejercen el derecho en su calidad de acreedores, sinó en nombre del heredero, cuando son autorizados por el juez á ese efecto, es para estos casos que dice el art. 3483, últ. parte: *pueden también de-*

cés, que aceptamos», se refiere únicamente á su segunda parte, porque la primera ha sido excluida. Considerarlo de otro modo, sería borrar la disposición del art. 3301, donde se declara herederos á los hijos del indigno, que no son excluidos por la falta de su padre, aceptando la máxima inhumana y hasta inmoral de penar al inocente por faltas que no ha cometido. — Compárese sobre la última parte á DEMOLOMBE, XVI, 196. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, III, 2704, 2715 y 2988.

(Art. 3483.) Este artículo debió ser corregido como lo fué el art. 3476, que obligaba á la colación á los herederos *legítimos*, habiendo cambiado esta palabra por la de *forzosos*, como está al presente. Así es que este artículo debe decir: «todo heredero *foroso* puede demandar la colación», porque son ellos únicamente, ó los que representen sus derechos, los que están autorizados para pedirla y obligados á colacionar lo recibido en su caso. Esto viene á demostrar una vez más, las dificultades que presenta la corrección de un Código, pues es necesario tomarlo como obra de conjunto, dominándolo á su vez en los detalles.

El artículo autoriza á los acreedores hereditarios para pedir la colación, cuando el heredero ha confundido su patrimonio con el de su causante, porque entonces están interesados en que la herencia se aumente y corresponda mayor parte al heredero deudor; pero esto sólo puede tener lugar en caso de concurso, ó cuando el heredero no pudiera pagar

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3482. — Cód. Francés, art. 848 — Napolitano, 767 — De Luisiana, 1318. — Chabot explica extensamente el artículo del Cód. Francés que aceptamos.

mandarla los acreedores hereditarios y legatarios, cuando el heredero á quien la colación es debida, ha aceptado la sucesión pura y

la acreencia, en que será necesario hacerse autorizar por la justicia para ejercer los derechos del deudor.

Los acreedores personales del heredero, ¿pueden pedir la colación cuando éste hubiera aceptado la herencia bajo beneficio de inventario? Si han sido autorizados por la justicia para ejercer los derechos de su deudor, pueden pedirla en su nombre, pues la colación es debida al heredero deudor por sus coherederos, aunque hayan aceptado la herencia bajo beneficio de inventario. Estos acreedores personales no están en el caso de los acreedores de la sucesión, que sólo tienen derecho á los bienes dejados por el difunto, porque al hacer el préstamo únicamente tuvieron en cuenta los bienes de su deudor. La colación entre los herederos en nada debe aumentar la herencia, para los acreedores de la sucesión permanece reducida á los bienes que dejó el *de cuius*, y en vista de la que prestaron ó adquirieron derechos.

Cuando unos aceptaren la herencia pura y simplemente, y los otros bajo beneficio de inventario, es necesario distinguir: los acreedores del que la aceptó pura y simplemente, como los de la sucesión que han venido á serlo también por la aceptación, pueden pedir la colación de los demás herederos beneficiarios, haciéndose autorizar por la justicia. Si por el contrario, todos hubieran aceptado la herencia bajo beneficio de inventario, los acreedores de la sucesión no tendrían derecho alguno, porque no ha existido confusión de patrimonios y no pueden ejercer los derechos del heredero que continúa siendo un extraño para ellos; pero no sucede así con los acreedores personales del heredero, que ejerciendo sus derechos pueden pedir la colación que le sea debida á su deudor para aumentar su legítima y pagarse con ella. Estarían en el caso del art. 964, cuando el deudor renuncia á facultades con cuyo ejercicio mejoraría el estado de su fortuna. Supongamos que el *de cuius* deja dos hijos y una fortuna de cuarenta mil pesos: los dos aceptan la herencia bajo beneficio de inventario; pero A, ha recibido antes cuarenta mil y B, nada. Pagadas las deudas de la sucesión sólo quedan veinte mil pesos. Si B, ejerce sus derechos y pide la colación, la fortuna á dividirse será de sesenta mil pesos, correspondiendo treinta mil á cada uno, y A, deberá entregar á B, diez mil pesos más; si no ejerce sus derechos, sólo recibirá los diez mil pesos. ¿Por qué los acreedores personales de éste no podrían hacerse autorizar para ejercer sus derechos? Es el caso del art. 964. Se dice; «los acreedores personales del heredero beneficiario no podrán pedir la colación contra el heredero puro, porque esos acreedores perso-

simplemente; pero el hecho de aceptar la herencia de este modo, si bien produce la confusión de patrimonios, no sería bastante

nales del heredero no lo son de la sucesión»; pero qué importa eso, si no vienen á cobrar crédito alguno de la sucesión, que en verdad nada les debe; vienen como herederos ejerciendo las acciones de su deudor, que no puede renunciar á una facultad que lo enriquece; si se admite en seguida, que cuando todos son acreedores beneficiarios, los del heredero pueden pedir la colación, ¿por qué perderían este derecho cuando uno de ellos hubiera aceptado la herencia pura y simplemente? ¿Qué puede importarles la aceptación de los otros, cuando ellos ejercen los mismos derechos de su deudor? Lo que se debe averiguar es si el heredero tiene derecho para pedir la colación de su coheredero; si lo tiene, como no es un derecho inherente á la persona, como es una facultad que ejercida puede enriquecerlo, sus acreedores personales pueden hacerlo valer en su nombre. De este derecho no pueden gozar los acreedores de la sucesión, porque no lo son del heredero, ni pueden ejercer sus derechos. — Comp. CHABOT, al art. 857, n° 12.

Los legatarios pueden demandar la colación en el caso único de que el heredero haya aceptado pura y simplemente, porque entonces entran en la clase de acreedores del heredero, y pueden, en su nombre, ejercer sus derechos.

En el caso de abandono de la herencia, que se permite al heredero beneficiario, por el art. 3379, los acreedores de la sucesión no podrán demandar la colación, porque, como dice Pothier, esa suma no es verdaderamente de la sucesión, pues el difunto no la ha dejado, lo que basta para que los acreedores no puedan ejercer derecho alguno sobre ella.

El heredero sólo está obligado á colacionar lo donado en vida, porque la ley reputa que es un adelanto á su legítima, pero no el valor de los legados hechos en el testamento, que deben imputarse á la porción disponible del testador.

La colación sólo puede ser pedida por cada heredero y por su porción, de modo que si uno la ha demandado y los otros no, aprovechará únicamente á los que la pidieron. — Comp. DEMOLOMBE, XVI. 276 y sig. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, III, 2717, 2733 y 2990.— Véanse arts. 3477, 3551, 3552, 3557, 3560 y 3564.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3483. — Aubry y Rau, § 630. — Zachariæ, art. 397. — Toullier, tom. 4, n° 466. — Chabot, sobre el art. 857. — Belost-Jolimont, sobre Chabot, observación 3, sobre el art. 857. — Duranton, tom. 7, n° 267. — Marcadé, sobre el art. 857.

para autorizar á los acreedores para demandar la colación, si el aceptante no fuera concursado.

§ 958. — BIENES QUE NO SE DEBEN COLACIONAR, Y DE LA DISPENSA DE LA COLACIÓN

La ley se ha visto obligada á hacer excepciones para dispensar de la colación, unas veces teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes, otras las personas que han hecho la donación. Corresponden al primer caso los indicados en el **art. 3480**, que

(**Art. 3480.**) La primera duda que suscita este artículo es la de si la designación que hace de los casos en que no se debe colacionar lo recibido por los hijos es limitativa, ó se debe tomar como un mero ejemplo para aplicarlo en los análogos. Es limitativa para la especie de casos que se enumeran, y cada una de ellas se debe tomar como una clase de casos para comprender los de su especie. Así, por ejemplo, al decir, no se deben colacionar *los alimentos*, se comprenderá en éstos no sólo lo dado como pensión alimenticia, cuando la justicia la señalare en los casos de juicio, sino todo lo que importe alimento en el sentido de la comida, vestido y gastos de enfermedades de los herederos forzosos.

No se deberán colacionar los gastos hechos en la curación de los hijos, aunque sean mayores de edad y vivan separados de sus padres, porque es un deber ayudarlos en circunstancias tan difíciles; pero esto se debe entender que sólo comprende los gastos de médicos y botica. Así, cuando un padre diera á su hijo enfermo diez mil pesos para ir á Europa á hacerse curar, esa cantidad debería colacionarse.

Los gastos de educación, ¿comprenderán también á los hijos emancipados ó mayores? No lo creo, porque siendo capaces para todos los actos de la vida civil, han concluido los padres con el deber de educarlos; pero no sería lo mismo si tuvieran por objeto darles una profesión, pues creo que en esos casos, como se trata de deberes, tal vez olvidados ó no cumplidos por circunstancias especiales, deben ser á cargo de la familia, cuyo renombre ó gloria se considera como un patrimonio común.

Los regalos de costumbre se deben tomar en consideración ó colacionar, siempre que pasen de lo ordinario y fueran de importancia. En este caso la costumbre es la regla á que se deben someter estos regalos; sin embargo, creo deberían colacionarse, cuando la costumbre fuera de donar inmuebles á los que se casan, ó si fueran bienes muy valiosos, en los demás casos.

dice: no están sujetos á ser colacionados los gastos de alimentos, curación, por extraordinarios que sean, y educación; los que los padres hagan en dar estudio á sus hijos, ó para prepararlos á ejercer una profesión ó al ejercicio de algún arte, ni los regalos de costumbre, ni el pago de deuda de los ascendientes y descendientes, ni los objetos muebles que sean regalos de uso ó de amistad; aunque el pago

El pago de deudas es una verdadera donación, y esto ha quedado sin corregir, porque guardaba armonía con el art. 1791, n^{os} 1 y 3, que fueron suprimidos, pues la cesión gratuita de un crédito y la renuncia de una deuda son verdaderas donaciones, y el Congreso al quitarlas del Código las consideró en ese carácter. Suprimidas esas partes debió serlo igualmente la correlativa de este artículo, porque si era una donación la renuncia de una deuda, lo sería igualmente el pago de la deuda de otro. ¿Y cómo no sería una donación, si importa entregar al deudor la cantidad para que la pase á su acreedor? Pagar el mismo padre la deuda de su hijo, importa tanto como darle el dinero; pero la disposición es terminante y no podemos derogarla interpretándola. ¡Ha quedado allí como una muestra de cuán difícil es corregir un Código, y debe ser obedecida hasta que se reforme!

Hay cierta impropiedad en la expresión de: «los regalos de uso y de amistad», cuando se viene hablando de los bienes que no deben colacionarse, porque parece que no se refiere á los ascendientes y descendientes, sino á personas extrañas con quienes se tiene amistad, y es claro que no hay colación de lo dado á personas extrañas, sino reducción de la donación cuando perjudicare á las legítimas. En mi opinión, debe suprimirse esta expresión que, aplicada á los herederos, como debe serlo, está comprendida en los regalos de costumbre.

Los gastos de educación que fueron extraordinarios y desproporcionados á la fortuna de los padres, ¿deberán colacionarse? Nuestro artículo decide la cuestión, pues autoriza esos gastos en los casos de alimento y curación, comprendiendo también los de educación, dejando así á los padres cierta latitud para hacerlos, y teniendo en cuenta que los hijos no pueden ser responsables de estas solicitudes paternas. — Comp. CHABOT, al art. 852. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, III, 2798 y 2817. DEMO-LOMBE, XVI, 480 y 513. — Véanse arts. 267, 330 y 1791.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3480. — Cód. Francés, art. 852. — Zachariæ, § 398, nota 15. al fin. — Toullier, tom. 5, n^o 178. — Vazeille, art. 843, n^o 20. — En cuanto á los gastos de estudio, L. 5, Tit. 15, Part. 6^a; y en cuanto á las deudas, en contra. el Cód. Francés, art. 851.

de deudas de sus descendientes sea una verdadera donación que debía colacionarse, como se dice en el comentario, y ha quedado como un error, que el Congreso corrigió en el art. 1791, al suprimir el inciso donde se decía que no era donación, olvidándose de la correlativa de este artículo.

En cuanto á las donaciones que no deben colacionarse teniendo en cuenta la persona que las hizo y la calidad del que la recibió, se partirá de este principio, que no estarán sujetas á colación las hechas á personas que no eran herederas forzosas en el momento de hacerlas; así, *los padres no están obligados á colacionar en la herencia de sus ascendientes, lo donado á un hijo por aquellos; ni el esposo ó la esposa, lo donado á su consorte por el suegro ó suegra, aunque el donante disponga expresamente lo contrario (art. 3481);*

(**Art. 3481.**) La colación tiene por objeto proteger la igualdad entre los herederos forzosos, y el presente artículo tiene por fin obtener ese resultado. En efecto, el nieto ó biznieto no son herederos forzosos de su abuelo ó bisabuelo mientras exista su padre ó abuelo, por consiguiente se consideran como extraños, y lo donado á ellos aunque debiera venir á poder de sus padres, como en el caso de haber recibido el donatario las órdenes sagradas, el padre no debe colacionarlo.

Para que el heredero esté obligado á colacionar lo que se le ha donado, es necesario que él mismo, personalmente, lo haya recibido, siendo heredero forzoso del testador; así, en cualquiera de los casos en que se hubiese hecho la donación á una persona que no era heredera cuando la recibió, aunque después viniera á serlo por cualquier circunstancia, no estará obligado á colacionar. Pero la donación podrá ser reducida si excediera de la porción disponible por haber hecho antes otras donaciones.

Nuestro artículo ha salvado las dificultades que presenta el art. 847 del Código Francés, habiendo seguido en su redacción las indicaciones de Demolombe. Así, no hay presunción de dispensa de colación, como en aquel Código, y se ordena sencillamente que no se colacionen las donaciones, porque el donatario no era heredero forzoso del difunto al tiempo de hacerla. Pero no se puede aplicar según el nuestro la doctrina de Demolombe, que sostiene «que cuando el nieto donatario ó legatario de su abuelo fuera llamado á la sucesión, á consecuencia de la muerte, de la renuncia ó de la indignidad de su padre, estaría obligado á colacionar las donaciones ó legados que su abuelo le hubiere hecho», lo que sólo es cierto con relación á los legados que vienen á tener efecto á la muerte

porque en el primer caso, no habiendo recibido los padres la donación, sino sus hijos, ellos no pueden ser considerados como dona-

del abuelo, cuando es heredero; pero nó respecto á las donaciones que tuvieran lugar cuando su padre vivía, y el donatario era considerado como un extraño. ¿Por qué colacionaría lo que recibió cuando no era heredero? La circunstancia eventual de la muerte de su padre, no puede cambiar la naturaleza de la donación, porque si no estaba sujeta á colación cuando se hizo, no hay razón para cambiar, por decirlo así, la voluntad del donante convirtiendo la donación en un anticipo á la legítima, que no ha tenido intención de hacer, porque existiendo el hijo el nieto no era heredero.

Se puede preguntar si se admitiría la prueba de que el abuelo al hacer la donación á su nieto entendió hacerla á su hijo. Pero esta proposición, que sería dudosa en derecho francés, como lo prueban las opiniones de Delvincourt, Duranton y Demolombe, no ofrece dificultad en el nuestro, porque el artículo es terminante: el padre no está obligado á colacionar las donaciones hechas al hijo por el abuelo, porque sólo responde de lo recibido personalmente, y además porque no hay presunción que combatir por una prueba contraria. En derecho francés se presume que esa donación se ha hecho con dispensa de colación, en el nuestro la presunción se convierte en un mandato expreso de no colacionar.

Tampoco están obligados á colacionar el esposo ó la esposa lo donado á su consorte por alguno de los suegros, decidiendo así una de las dudas ocurridas en la jurisprudencia francesa. Al discutirse los arts. 162 y 163, que vinieron á formar el art. 847 del Código Francés, Tronchet hizo la observación siguiente: «la disposición podría dar lugar á fraudes, pues un padre que quisiera mejorar á su hijo en perjuicio de los otros, podría, si este hijo fuera casado bajo el régimen de la comunidad, donar al otro cónyuge». A lo que contestó Treilhar: «que el padre no tenía necesidad de encubrir la mejora al cónyuge sucesible, desde que puede abiertamente dispensarlo de la colación», y Tronchet replicó: «que entonces la comisión establecía la presunción de que había habido dispensa de colación, y valía más expresarlo claramente», y así se hizo redactando el art. 847. (Comp. Locré, X, págs. 127 y 128). Nuestro artículo no establece presunción y decide toda duda, diciendo: no está obligado á colacionar, «aunque el donante disponga expresamente lo contrario», porque no siendo heredero forzoso el cónyuge de ninguno de sus suegros, no puede obligársele á la colación que sólo rige para los forzosos.

Pero, ¿qué se decidiría cuando la donación se hubiera hecho á ambos

tarios, y en el segundo, el suegro ó la suegra no pueden imponer colación, desde que son extraños al donatario.

La dispensa de la colación sólo puede ser acordada por el testamento del donante, y en los límites de su porción disponible (art. 3484), ó en la misma donación, como en el caso del

cónyuges? Que correspondiendo la mitad al hijo, heredero forzoso del donante, deberá colacionar la mitad de su valor. Lo que sucedería en los casos de matrimonio, en que los padres hacen á sus hijos donaciones por esa causa.—Comp. DEMOLOMBE, XVI, 188 á 196. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, III, 2704 á 2712. LAURENT, X, 560.—Véanse arts. 1243, 3480 y 3482.

El artículo fué corregido, siguiendo á Goyena, art. 883, diciendo «ó la esposa» en lugar de «á la esposa», como lo hicimos notar en la *Justitula*.

(Art. 3484.) La dispensa sólo puede ser acordada en testamento, dice el artículo; pero debemos tener presente la excepción establecida á esta regla en el art. 1805, donde se permite al padre y á la madre el derecho de imputar la donación á su porción disponible, y en caso de silencio, deberá considerarse como un adelanto hecho á su legítima.

Ante la disposición general del presente artículo y la excepción del art. 1805, se pregunta: ¿puede el donante, que no fuera padre ó madre, hacer la dispensa de la colación en el acto mismo de la donación? Por ejemplo, un hijo casado, que no tiene descendientes y que hace una donación á uno de sus padres, y lo dispensa de la colación en el mismo acto. ¿Valdrá esa disposición una vez fallecido? O, ¿podrán su mujer y los demás ascendientes hacer traer á colación lo donado? Ateniéndose á los términos expresos de la regla y de la excepción, esa dispensa no debe tener valor, por más extraña que parezca esta opinión, que sometería al donante á una formalidad que parece inútil á primera vista, y que, sin embargo, se justifica en el fondo. Lo que el legislador ha querido al exigir que sólo en el testamento se pueda hacer la dispensa de la colación, es dejar en completa libertad al donante para hacer esta dispensa. Sobre todo, el art. 1805, que sirve de excepción al principio general del pre-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3481.—Goyena, art. 883.—Cód. Francés, arts. 647, inc. 2, y 849, inc. 1.—Holandés, 1135.—Napolitano, 766 y 768.—Vazeille, sobre los artículos citados del Cód. Francés.—Chabot, n° 37.—Toullier, tom. 4, nos 459 y siguientes.—En cuanto á la segunda parte, véase L. 6, Tit. 15, Part. 6°.

art. 1805, ó cuando se hiciere la mejora en la partición por donación, como sucede en el art. 3524. Puede verse lo que decide, sólo autoriza al padre ó la madre, ó á ambos, para dispensar de la colación en el acto de la donación.

No es exacto que el art. 1805 importe decir, que cuando no se haya dicho que la donación es á título oneroso, se considerará gratuita, y como tal, imputable á la porción disponible; porque el artículo dice bien claramente: «el padre y la madre, ó ambos juntos, pueden hacer donaciones á sus hijos, de cualquiera edad que éstos sean». ¿De dónde se puede deducir que sólo hable de donaciones á título oneroso, que no serían verdaderas donaciones? Y, ¿cómo se podría suponer tales actos, tratándose de hijos bajo su potestad?

Pero, en la segunda parte, viene la cuestión grave de la porción disponible del testador, que debe estar en armonía con la porción de los herederos forzosos. Si los herederos tienen derecho para investigar las cantidades donadas durante la vida del testador, y reducir las mandas y legados, cuando excedieren de la porción disponible, ¿por qué el testador no tendría ese mismo derecho para conservar esa porción íntegra? Así, cuando ha dejado veinte, habiendo donado ochenta á sus hijos durante su vida, ¿por qué se le privaría de disponer de los veinte, que sería su porción disponible? Los legatarios podrían sostener sus mandas si el mismo testador en defensa de su porción las instituyese, haciendo constar que la legítima de sus hijos la habían recibido en vida. Esta cuestión se encuentra con una disposición categórica, como la del art. 3478, donde se declara que la colación no es debida á los legatarios que no pueden pedirla de los herederos forzosos; pero, otra cosa sería, cuando el mismo testador defendiera y exigiera su porción disponible, en que ya no serían los legatarios sino el mismo testador haciendo valer sus derechos. Véase lo que decimos en el comentario á los arts. 3478 y 3593.

Es cierto que dispensadas de colación en el testamento, las donaciones hechas durante la vida, no se deben tomar en cuenta para alterar las legítimas forzosas, mientras no las disminuyera; pero no lo es que no deban tomarse en cuenta para nada, porque siempre se traerán sus valores á la masa, para saber si están dentro de la porción disponible del testador, pues es la única manera de averiguar sino perjudica las legítimas forzosas.

La cuestión grave es la que hemos planteado precedentemente, si los legatarios podrían ser beneficiados con la colación, cuando se hiciera, siempre que éstos se encontrasen dentro de la porción disponible.—

mos en el comentario en cada uno de dichos artículos, donde exponemos la doctrina.

Comp. DEMOLOMBE, VVI, 148, 178, 221, 225, 226 y 301 á 308. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, III, 2735 y sig.— Véanse arts. 1805, 1830, 3478, 3524, 3536 y 3537.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3484. — Chabot, sobre el art. 843, n° 6.
—Cód. Francés, art. 919.—Véase Vazeille, sobre el art. 843, n° 3.

CAPÍTULO IV

DE LA DIVISIÓN DE LOS CRÉDITOS ACTIVOS Y PASIVOS

§ 959. — DE LOS CRÉDITOS ACTIVOS

La sucesión cuenta entre sus bienes, todo lo que le es debido por cualquier causa lícita, por eso dice el **art. 3485**: *los*

(**Art. 3485.**) En el derecho francés que ha servido de guía al nuestro en este artículo, el heredero, al aceptar la herencia, hace propias las deudas de la sucesión, reemplazando por decirlo así al difunto, y para defenderse de esta responsabilidad tiene únicamente el beneficio de inventario; pero el Cód. Civil Alemán, siguiendo la tradición del derecho germánico, sólo hace responsable al heredero con la herencia recibida, estando este sistema dentro de la verdad que concluirá por triunfar; porque se debe presumir razonablemente, que el heredero al aceptar la herencia de su causante no ha querido obligarse sino con los bienes recibidos, salvo una manifestación contraria. ¿Porqué llevar á los extremos, cometiendo una injusticia, una ficción que en los tiempos modernos no tiene razón de ser? Obligar al heredero á pagar deudas que no ha contraído, sólo por seguir la ficción de que es la misma persona de su causante, es querer resucitar el derecho muerto, en que se consideraba un deshonor el no tener heredero!

Cuando el artículo habla de créditos, comprende todas las obligaciones que hubiere contraído el *de cujus*, y por eso dice, créditos divisibles, pues las deudas de dinero siempre lo serán, aunque la obligación sea solidaria, porque esa solidaridad no se puede imponer á los herederos. Se exceptúa la hipótesis en que el testador hubiera convenido con su acreedor, que en caso de muerte le sería pagada la suma total por tal heredero, y éste hubiera aceptado la herencia pura y simplemente.

créditos divisibles que hacen parte del activo hereditario, se dividen entre los herederos en proporción de la parte por la cual uno de ellos es llamado á la herencia; en lo que se diferencian de los demás bienes, que necesitan de la división judicial ó extrajudicial.

Como los créditos divisibles representan derechos, que los herederos deben reclamar cada uno por su parte, ejerciendo las acciones que crean corresponderles, de ahí es que la ley los ha dividido por su propia autoridad, sin necesidad de operación previa, y á fin de que puedan cobrarlos cuando y como quisieran, ha dicho: *desde la muerte del autor de la sucesión, cada heredero está autorizado para exigir, hasta la concurrencia de su parte hereditaria, el pago de los créditos á favor de la sucesión (art. 3486);* por

Se dice en la proporción de la parte, sea que esté determinada por la ley ó el testamento, porque sólo debe responder de las obligaciones por la porción que le corresponda. Cuando la obligación fuera indivisible por la naturaleza de la prestación, cualquiera de los herederos puede ser compelido á cumplirla, siempre que estuviere en posesión de la cosa. Así, la cosa dada en comodato al *de cuius*, puede ser reclamada por el dueño al heredero que la tuviere, y estará obligado á entregarla. Aubry y Rau, § 635, letra a, de donde fué tomado nuestro artículo, dicen: «los créditos divisibles que hacen parte del activo hereditario se dividen de pleno derecho entre los herederos», y así debemos entenderlo, porque basta el hecho de la muerte y la apertura de la sucesión, para que tenga lugar la división.—Comp. DEMOLOMBE, XV, 480. BAUDRY-LACANTINERIE, III, 3280 y sig.—Véanse arts. 674 á 676, 731 n° 4, 3471, 3486 á 3489.

(Art. 3486.) Así como las deudas se dividen de pleno derecho entre los herederos y quedan obligados sólo por su parte hereditaria, eso mismo sucede con las acreencias de la sucesión; porque los herederos no pueden estar sometidos á la buena ó mala voluntad de sus coherederos, y no deben pagar la negligencia ó descuido de éstos. Tienen una acreencia común en que cada uno posee una parte determinada. ¿Por qué esperarían á los demás para cobrar su parte? Si la división se ha operado de pleno derecho por la apertura de la sucesión, cada uno está habilitado para cobrar libremente su parte del deudor, no en su calidad de mandatarios de sus coherederos, como dicen Aubry y Rau, sino como propietarios, pues los herederos lo son, cada uno por derecho

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3485.—Véase Toullier, tom. 7, n° 752, en la nota, y tom. 12, n° 277.—Zachariae, § 403.—Aubry y Rau, § 635.

consiguiente, ninguno de ellos puede demandar la totalidad del crédito, siendo en este caso de estricta aplicación la segunda

propio y están autorizados para reclamar el pago. El cobro de su parte lo hacen para sí y no puede tener por fin traer lo cobrado á la masa hereditaria, privándole de la propiedad exclusiva. La partición posterior no altera este cobro, por el contrario, lo reconoce; pues de otro modo se dejarían sin efecto los artículos siguientes que le son correlativos, y sobre todo el art. 3488 que declara liberado al deudor que ha pagado al heredero la parte que tenía en la acreencia. Y el objeto de esta división y la facultad consiguiente, es hacer responsable á cada heredero de su negligencia ó descuido; pues si uno de ellos ha sido diligente para hacerse pagar su parte, no habría razón para que participen los demás que han olvidado de hacer el cobro.

Y la prueba más evidente de que cada heredero tiene perfecto derecho para exigir del deudor su parte en la acreencia, no sólo está en el art. 3488 que libera al acreedor por la parte pagada, siempre que no exceda de lo que corresponda al heredero, se encuentra en el art. 3490, que supone el caso en que las deudas de la sucesión no hayan sido pagadas, en que cada uno de los herederos sólo estará obligado por su parte; y como las deudas están equiparadas á las acreencias, quiere decir entonces, que cada uno de los herederos podrá cobrar para sí la suya.

Cuando uno de los herederos cobrase el crédito, no podrá demandar el todo, sino su parte, porque no es mandatario de sus coherederos; el art. 675 es terminante, y el presente lo confirma, al ordenar que sólo pueda hacerlo hasta la concurrencia de su parte.

Si uno de los herederos demandase al deudor exigiéndole su parte en el crédito, éste como en cualquier otro caso, puede oponerle la compensación con lo que el demandante le debiera personalmente; porque lo cobrado no es una acreencia de la sucesión, sino del heredero. Así como las deudas de la sucesión se dividen en tantas partes cuantos herederos hubiera, y cada uno responde proporcionalmente á su haber hereditario, eso mismo tiene lugar para las acreencias, y la división no viene á alterar esas proporciones, sino cuando así se hubiera convenido expresamente.

La división no tiene el poder de destruir los hechos que la ley autoriza á realizar separadamente, y si uno ó algunos de los herederos han cobrado su parte, se les tomará en cuenta lo recibido, adjudicándose á los otros en la acreencia las partes no cobradas por su negligencia. Apoyan nuestra observación, BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, III, 2983 y 3282. DEMOLOMBE, XV, 479. LAURENT, X, 219. FUZIER-HERMAN, al art. 883, n° 7.

parte del art. 3450, en que cada heredero sólo puede ejercer, hasta la concurrencia de su parte, todas las acciones que tengan por fin conservar sus derechos, mientras que ese mismo heredero se encuentra investido de un derecho pleno, cuando se tratase de reivindicar un inmueble de la sucesión poseído por un tercero.

Si los créditos divisibles, quedan divididos *ministerio legis* por la muerte del causante de la sucesión, quiere decir entonces que, *todo heredero puede ceder su parte en cada uno de los créditos de la herencia (art. 3487)*; porque es dueño, y no sólo puede cederlo, sino donarlo ó remitirlo, si tiene capacidad para ello.

Si el crédito estuviese garantido con hipoteca, fianza ó prenda, esa circunstancia en nada puede alterar el derecho del heredero acreedor para demandar su parte; porque si la hipoteca es indivisible, lo es en el sentido de que garante todas las partes del crédito, y que no se disminuye en la proporción de lo pagado; el bien responde por lo restante de la deuda. La indivisibilidad de la hipoteca no hace indivisible la acreencia.—Comp. AUBRY y RAU, § 635, letra a. DEMOLOMBE, XV, 480. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, III, 3280, 3282 y 3283.—Véanse arts. 675, 676, 731, n° 4, 3450, 3485 y 3488.

(**Art. 3487.**) Para darse cuenta del verdadero alcance de este artículo que ha sido objeto, entre nosotros, de interesantes controversias, es necesario remontarnos á los antecedentes que el Codificador ha tenido en vista y las discusiones que ha querido evitar.

En la jurisprudencia francesa, se habían dividido las opiniones respecto á la interpretación del art. 1220 que combinado con el art. 883, traían la duda, sobre si los herederos como acreedores de la herencia podían cobrar su parte en la acreencia, sin sujetarse al resultado de la partición, en cuanto á la eficacia del cobro realizado; en una palabra, si eran dueños de esa parte y podían disponer de ella con completa independencia.

La cuestión había dividido á los jurisconsultos en tres opiniones.

La primera sostenía, fundada en el art. 883, que es nuestro art. 3503

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3486.—No es solamente como mandatarios respectivos los unos de los otros, sino en calidad de propietarios, que los herederos pueden reclamar el pago de su parte hereditaria en los créditos pertenecientes á la herencia.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 3486. — Véase fallo al art. 3414.—Jur. Civ., I, 364, Sér. 5°.

Del principio de que cada heredero es dueño del crédito en la parte que tenga en la herencia, porque ésta se divide en tantas

reformado en parte, que ese artículo sólo se aplicaba á las cosas que eran objeto de la partición, y que son divididas sólo por el resultado de ésta, pues de otro modo, si el efecto de la partición comprendiera cosas que esta misma no puede comprender, se tendría un efecto sin causa. Que según los términos del art. 1220 las acreencias hereditarias divisibles, se dividen de pleno derecho desde la apertura de la sucesión, por el poder de la ley, independiente de toda partición entre los herederos que son propietarios de esa parte y pueden demandar el pago de ella desde ese instante; luego el efecto declarativo de la partición no puede alterar esta división hecha en virtud de la ley. Esta teoría es sostenida por DURANTON, VII, 163, 429 y 519; DUCARROUX, BONNIER y ROUSTAIN, II, 789; MOURLÓN, *l'op.*, II, págs. 202 y 203 y DEMANTE, III, 225 *bis*, VII.

La segunda teoría es completamente opuesta, y sostiene que el art. 883, impone en términos generales, que cada uno de los herederos ha sucedido sólo é inmediatamente al difunto en todos los efectos comprendidos en su lote, y que no ha tenido jamás copropiedad en los otros, de donde resulta que la división legal, tal como el art. 1220 la consagra, sólo es provisional y condicional; es decir, está subordinada al resultado de la partición. Esta opinión es sostenida por Aubry y Rau, § 635, nota 8, quienes al presente han reaccionado contra la sostenida en la 3ª edición que sirvió de guía al Dr. Velez-Sarsfield.

En fin, la tercera opinión sostenida por Demolombe, XVII, 294 y otros, que hacen la distinción entre si las causas de liberación han tenido lugar antes de la partición, ó si se han efectuado después; en el primer caso el deudor puede prevalerse contra el efecto declarativo de la partición, pero no en el segundo. De donde se deducen estas consecuencias de suma importancia y que indica el mismo autor:

1º Si uno de los deudores de la sucesión se encuentra, antes de la partición, acreedor de uno de los herederos, la compensación se opera de pleno derecho y hasta la debida concurrencia de la parte hereditaria de éste.

2º Si uno de los coherederos ha cedido á un tercero su parte en una acreencia hereditaria, y la cesión ha sido significada al deudor, ó aceptada por él antes de la partición, el art. 883, no se podrá oponer ni al cesionario, ni al deudor, porque el heredero que podía demandar y recibir su parte ha podido también cederla.

Ahora bien; en este estado de la discusión, el Dr. Velez-Sarsfield, teniendo presente estas opiniones, quiso sin duda cortar la discusión,

partes cuantos herederos hubiera; división que se opera *ministerio legis*, y que puede cederlo, novarlo, etc., resulta esta impor-

decidiéndose por la doctrina de Demolombe, que era la de Aubry y Rau en aquel entonces, y proyectó el presente artículo, autorizando expresamente á todo heredero para ceder su parte en cada uno de los créditos. Si el autor del proyecto hubiera querido expresar la idea de que esa cesión no era definitiva, y quedaba sujeta al resultado de la partición, lo habría expresado como lo hizo en los arts. 2678, 3123 y 3124 y lo repite en el 3504, diciendo claramente, la cesión no tendrá efecto, cuando por el resultado de la partición ese crédito viniera á ser adjudicado á otro.

Por el contrario, separándose expresamente de esta idea de contingencia y de condición, dijo claramente: cada heredero puede ceder su crédito, y para que no pudiera comprenderse que el art. 3503 alteraba este principio lo modificó en su redacción, separándose del francés al decir: se juzga que cada heredero ha sucedido sólo é inmediatamente *en los objetos* hereditarios que le han correspondido en la partición, etc., y como los créditos no pueden estar comprendidos en esta expresión, resulta que la facultad de cederlos es perfecta y no lleva condición alguna.

No es posible suponer que la ley autorice un engaño, pues no habría facultado para ceder la parte de la acreencia en favor de un tercero, anulándola en seguida. El argumento más poderoso que en nuestro caso se puede hacer es el siguiente: una autorización amplia para ejercer un derecho no puede ser limitada sino por una restricción expresa ¿Qué se opone contra la facultad expresa de ceder, concedida por este artículo? Los términos generales del art. 3503. Pero ese artículo no se opone á la facultad de ceder sus derechos en las acreencias de la sucesión; se limita únicamente á expresar el modo cómo pasan los bienes del causante al sucesor, que los tiene como si inmediatamente los hubiera adquirido del difunto, sin que los otros hayan tenido derecho alguno sobre ellos, lo que tampoco es exacto, porque si están obligados á garantizarse en los casos de evicción por una causa anterior á la partición, quiere decir, entonces, que han tenido derechos en esa cosa, pues la garanten devolviendo proporcionalmente su precio.

Lo que convence de que cada heredero es dueño exclusivo de su parte en la acreencia, es el art. 3488 que autoriza al deudor á pagar á uno de los herederos su parte en la acreencia, libertándolo por esa parte, reconociendo así que ha pagado á su verdadero acreedor. El Cód. Francés no contiene disposiciones expresas como el nuestro, y lo que es dudoso y discutible en derecho francés, no puede serlo en el Código Civil Argentino que ha resuelto y disipado esas dudas. La opinión de Aubry y Rau y la de

tante consecuencia, que el deudor de un crédito hereditario se libra en parte de su deuda personal, cuando paga á uno de los

Zachariæ no pueden tener valor alguno contra disposiciones expresas del Código.

Así pues, la cesión que uno de los herederos hace de la parte que le corresponde en un crédito de la sucesión, es válida y produce su efecto una vez notificada al deudor, y no está sujeta al resultado de la partición, porque la misma ley la divide entre los herederos por el hecho de la muerte de su causante, y no se puede volver á dividir lo que está dividido. El derecho del cesionario es inmovible, como lo sería el del mismo cedente, cuando hubiera cobrado la parte que le correspondiese en el crédito, no podría anularse por la partición posterior. Sostener lo contrario sería borrar la disposición del art. 3485 que divide entre los herederos los créditos activos de la sucesión; la del art. 3486 que autoriza á exigirlos á cada uno de los herederos, en proporción de su parte en la sucesión; la del art. 3488, que faculta al deudor para pagar á cada heredero la parte que le corresponda en la acreencia, libertándose por la pagada, y finalmente la del art. 3489, que autoriza á los acreedores personales del heredero para embargar la que les corresponda en esos créditos y obligar á los deudores, á que los paguen. Todo esto indica que la división hecha por el ministerio de la ley es efectiva y real, y no está sujeta á condición alguna. Pero cuando ninguno de los herederos hubiera usado de este derecho, el crédito pasará íntegro á la división, y sólo en ese caso podrá adjudicarse á uno solo ó á varios en proporciones diferentes de las señaladas en la división que podemos llamar legal.

Por mi parte creo que el artículo no puede atacarse ni aún por la doctrina que contiene, pues no ofrece los inconvenientes que se indican. En efecto; se dice, si un coheredero ha recibido ya anticipos iguales ó superiores á su parte hereditaria ¿cómo puede decirse que le pertenezca alguna parte en los créditos? Contesto; si ha recibido lo que le corresponde ó más, sus coherederos pueden embargar la parte que la ley le atribuye en los créditos; pero el descuido ó negligencia de los coherederos no puede privarle de un derecho expresamente concedido. Cada heredero debe saber que los créditos activos de la sucesión se encuentran divididos, que cada uno puede cobrar su parte, si á pesar de este conocimiento ha consentido en entregarle á cuenta de su haber más de lo que le corresponde, suya es la culpa, sino ha tomado las medidas conservatorias de sus derechos; pero eso no puede atacar el principio de la división de los créditos, como no ataca la partición misma, el hecho de haber recibido uno de los herederos más de lo que le corresponda.

herederos la parte que éste tiene en ese crédito (art. 3488); así es que si ha pagado más de lo que le correspondía, sólo tendrá de-

La partición no se entorpece por la solución dada por los arts. 3485, 3486 y 3488, ni obliga á rehacer la partición á cada paso; porque en realidad sólo hay una partición á realizar: la que comprende todos los bienes, menos los créditos activos que se encuentran divididos por el ministerio de la ley, sólo en caso de no haberlo verificado se tomarán en cuenta en la división. ¿Por qué dividirían lo que está dividido por mandato de la ley?

En cuanto á la cesión misma, si se la ataca por inconveniente, está fuera de lugar, porque se trata de una disposición expresa en que se autoriza al heredero para ceder su crédito sin sujetarse á condición alguna.

Vuelvo á repetir en este lugar, que nuestros artículos han venido á decidir las cuestiones suscitadas en derecho francés, y que el Código las ha resuelto favorablemente á la opinión de los que sostenían, que la división de los créditos activos se opera por la muerte del causante acreedor, definitivamente y sin condición alguna; que como dueños y señores de esos créditos, cada heredero puede ceder su parte en ellos. Comp. DEMOLOMBE XVII, 292 y 294. LAURENT XI, 50 á 54. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL III 3280 á 3284. Véanse arts. 2160, 3485, 3486, 3488 y 3489.

(**Art. 3488.**) Este artículo es una consecuencia de lo establecido en los tres anteriores; porque si los créditos divisibles que hacen parte del activo hereditario, se dividen entre los herederos en proporción de la parte de cada uno; si esta división se opera por mandato de la ley; si en su consecuencia cada uno puede cobrar su parte como dueño y propietario; si haciendo uso de sus derechos pueden ceder esa parte del crédito definitivamente adquirido, y oponerle la compensación con los créditos que tengan en su contra, resulta como una consecuencia forzosa, que el pago hecho por el deudor de la sucesión á uno de los herederos por la parte que á éste corresponde en la acreencia, extingue la deuda en esa parte. ¿Y cómo no la extinguiría, si ha pagado á su verdadero acreedor? ¿Y por qué no le podría oponer la compensación si es un crédito propio? Aubry Rau que, en la 4ª edición, han cambiado de opinión creyendo que la cesión no puede hacerse en derecho francés sino bajo una forma condicional, sujeta al resultado de la partición, sostienen en el texto la misma doctrina del artículo, agregando: que si uno de los herederos se encuentra él mismo deudor de una persona de quien ha venido á ser acreedor, en su calidad de heredero, su parte

recho para repetir del acreedor la parte, que ha pagado de más, sin que pueda oponerla á los demás herederos.

en la acreencia se compensa de pleno derecho hasta la concurrencia debida, con su deuda personal».

El heredero que reclama su parte en la acreencia ejerce un derecho propio, lo hace en su calidad de propietario; él no es mandatario de la sucesión ni de sus coherederos, ni lo cobrado va á la masa, porque la ley reputa que lo ha recibido directamente de su causante, como expresamente lo dice el art. 3485.

Si el crédito no ha sido pagado á los demás, se les adjudicará su parte en la hijuela á cada uno de los herederos que no la han cobrado, confirmando así la partición legal que se operó desde la muerte del autor de la sucesión; es lo que enseñan Aubry y Rau. Pero como los herederos se garanten entre sí, no sólo la existencia del crédito, sino la solvencia de los acreedores hasta la partición, art. 3509, esta garantía no tendrá lugar en este caso, sino cuando el crédito fuera adjudicado á uno ó varios de los herederos en su totalidad por no haberlo cobrado. Cuando la división se ha operado en virtud de la ley, y cada uno de los herederos en uso de su derecho ha cobrado su parte. ¿Por qué responderían al acreedor negligente de la insolvencia del deudor? Á sí propio debe culparse el haber dejado de cobrar.

Lo que decimos de la compensación se aplica igualmente á la confusión, y á cualquier otro de los medios de extinción de la obligación.

Téngase presente que los coherederos son dueños cada uno por su parte y no son comuneros; que el cobro hecho por su porción hereditaria en la acreencia dividida por la ley lo hace cada uno para sí, con independencia de los demás bienes.

El legislador ha querido poner en la mano de cada heredero un derecho propio, que pueden ejercer con independencia y sin limitación alguna; el crédito está dividido por la ley y sólo permanecerá en común si nadie lo ha cobrado; de este principio nace el derecho de cada heredero para oponerse á que se le adjudique el total de la acreencia en la partición, porque ésta solo debe confirmar la división hecha por el ministerio de la ley.

Cuando se sostiene por el Dr. Segovia que «la parte pagada debe traerse á la masa para ser repartida entre todos»; se crea una disposición contraria á los principios enseñados por nuestro Código en los arts. 3485, 3486 y 3487, convirtiendo al coheredero en mandatario de la sucesión, cuando el Código dice expresamente que obra por derecho propio. Las dificultades y cuestiones del derecho francés no se pueden

§ 960. — DE LOS CRÉDITOS PASIVOS

Así como la ley atribuye á cada uno de los herederos la parte que le corresponda en los créditos activos divisibles, para que pueda cobrarlos en la proporción de su parte en la sucesión, así también divide los créditos pasivos; es decir, las deudas de ésta, y autoriza á *los acreedores personales de uno de los herederos* (para que) *puedan embargar su parte en cada uno de los créditos hereditarios, y pedir que los deudores de esos créditos sean obligados á pagarlos hasta la concurrencia de esa parte* (**art. 3489**), sin esperar á la división, á menos de haber acep-

traer para debatirlas en el nuestro, que las ha resuelto de un modo perentorio con disposiciones terminantes, como las de los tres artículos que acabamos de examinar.

La división final de los bienes en nada alterará la producida por la ley respecto de los créditos, y si las partes no cobradas deben figurar en la hijuela de cada uno, del mismo modo se hará con las que lo fueron; á unos y á otros se les adjudicará la parte que les ha correspondido, sin tener en cuenta si recibieron ó no el pago. Comp. DEMOLOMBE XVII 294. AUBRY y RAU § 635 letra *a*. El DR. LLERENA entre nosotros, apoya esta opinión. Véanse arts. 675, 676, 731 n° 4. 3485 á 3487.

(**Art. 3489**.) Este artículo viene á demostrar de un modo concluyente la verdad de la interpretación dada á los anteriores, con relación á la propiedad que cada heredero tiene en su parte del crédito divisible, que por la muerte del causante se divide en tantas acreencias cuantos herederos existieran. Si el heredero no fuera dueño de esa parte; si continuara perteneciendo á la sucesión y formara parte de la masa hereditaria ¿Con qué objeto el legislador autorizaría á los acreedores personales del heredero para cobrar y embargar su parte en el crédito? ¿Qué misión tendrían estos acreedores si nada pueden recibir? El legislador al separar la parte de cada heredero, autorizando al acreedor para cobrarla y dar recibo por ella, libertando al deudor, ha atribuido al heredero, la propiedad de esa parte; lo mismo ha sucedido con las acreencias en que cada uno se encuentra libre de los demás, y puede obrar con la diligencia del que cuida sus negocios, separándolo del que los descuida; por eso obliga al deudor á pagar por partes esa deuda.

tado la sucesión bajo beneficio de inventario, en que deberán ser pagados con los bienes de la sucesión, sin comprometer el propio peculio del heredero.

No es posible persistir en el error de creer que la parte cobrada debe ir á la masa de la sucesión; porque el acreedor del heredero nada tiene que ver con ésta, y su derecho se limita á embargar la parte del crédito correspondiente á su deudor. No; la ley al dividir la acreencia entre los herederos les ha atribuido con razón una parte propia en ella, autorizándolos para cobrarla y disponer de ella, pudiendo ser embargada por los acreedores personales del heredero y hacerse pago con ella.

Nuestro Código, siguiendo en estos artículos las conclusiones propuestas por Demolombe, XVII, 294, llega en el presente á confirmar de una manera expresa la teoría de aquel autor, que dice: «si uno de los acreedores personales de uno de los herederos, ha obtenido contra su propio deudor, un embargo y seguido un juicio que ha ordenado al heredero, *antes de la partición*, el pago del monto de la deuda hasta la concurrencia de la parte hereditaria de su deudor, el efecto declarativo de la partición que tenga lugar en seguida, no le será opuesta, porque ha ejercido los derechos de su deudor, y desde que éste podía recibir su parte, él ha podido recibirla en su lugar»; pues no se comprende que la ley declare dividida la acreencia y lo autorice á cobrar su parte con el solo objeto de traerla á la sucesión, cuando ha liberado al deudor por esa parte dándole recibo, facultándolo para cederla como verdadero y único dueño. Pero volvemos á repetir, esto no puede ser cuestión en nuestro derecho con disposiciones claras y terminantes como las que acabamos de estudiar; lo será en derecho francés que no las contiene. El Dr. Velez-Sarsfield al aceptar la doctrina de Demolombe ha salvado todas estas dudas.

Zachariæ, § 403, nota 3, trata extensamente la cuestión decidiéndose por la doctrina expuesta en estos artículos, haciendo la diferencia entre los actos definitivamente consumados, que constituyen derechos adquiridos, y los que no lo han sido hasta el momento de la partición. Así, dice: «el pago que podía ser hecho y recibido, pues que el heredero era dueño, es definitivo y liberatorio, y la compensación operada antes de la partición extingue la acreencia en la proporción de la parte del heredero; pero no puede operarse después de la partición, respecto del heredero en cuyo lote no ha entrado la acreencia, porque el efecto retroactivo de la partición, hace que se repunte no haber sido jamás propietario»; doctrina conforme con la consagrada por los artículos anteriores. — Véanse arts. 1196, 1471, 3485 á 3488.

Los acreedores de la sucesión están garantidos con los bienes de ésta, y si temieran enajenaciones de los herederos, ó pagos hechos á sus acreedores personales, pueden pedir la separación de los patrimonios; sin embargo, como esta medida no los garantizaría contra las enajenaciones futuras, podrán embargar bienes suficientes para su pago, ejecutándolos; para los casos en que hubiesen descuidado estas medidas, dispone el **art. 3490**: que, *si*

(**Art. 3490.**) Sin el pago de las deudas no hay herencia, y todos los bienes de la sucesión responden á esas obligaciones. Los acreedores tienen derecho para ejecutar y hacerse pagar el todo, si nada han hecho, dejando que la sucesión se liquide y divida, la acción queda dividida.

Si los bienes de la sucesión no alcanzaren para pagar las deudas, cada uno de los herederos responderá proporcionalmente á su haber hereditario por lo que faltare, con excepción de los herederos beneficiarios que sólo están obligados con los bienes de la sucesión; en ese caso, las deudas se dividirán entre los que la aceptaron pura y simplemente, como si fueran los únicos herederos.

La divisibilidad de las deudas de la sucesión entre cada uno de los herederos en parte proporcional, responde igualmente á la misma idea de la división de las acreencias; pero como los acreedores de la sucesión tienen para responderles todos los bienes dejados por su deudor, su derecho se ejerce contra éstos por la totalidad; lo que no puede hacerse con las acreencias; resulta de ahí, que cuando la comunidad ha cesado, viene el derecho de perseguir á cada uno de sus herederos por su parte proporcional.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3489.—Sobre los cinco artículos anteriores, Demolombe, tom. 17, n° 46, y véase Zachariæ, §§ 403 y 404, y la nota 3.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3489.—Después de trabado embargo sobre la porción hereditaria, no procede el pago de honorarios no regulados.—Jur. Civ., X, 301, Sér. 6°.

El acreedor de un heredero, sólo puede embargar la parte indivisa que corresponde al deudor, pero no ejecutar un bien testamentario. — Jur. Civ., IV, 464, Sér. 2°.

El reconocimiento de un crédito contra la testamentaria, hecho por herederos mayores, no afecta el derecho de los menores, que sólo pueden ser condenados al pago de la parte proporcional en virtud de prueba plena.—Jur. Civ., IX, 303, Sér. 2°.

El acreedor de un heredero, puede extraer los fondos, en tanto no sobrepasen evidentemente á su parte disponible.—Jur. Civ., I, 100, Sér. 6°.

los acreedores no hubieren sido pagados, por cualquiera causa que sea, antes de la entrega á los herederos de sus partes hereditarias,

La responsabilidad de los herederos no sólo tiene lugar cuando la división se ha realizado, sino también cuando los bienes de la sucesión no alcanzaren á pagar todas las deudas.

La división de las deudas una vez entregadas las hijuelas, no prueba que las acreencias no se hayan dividido, ni que la partición posterior pueda influir para modificarlas; porque si la sucesión es la deudora, y el acreedor tiene derecho de ejecutar los bienes que le responden, y aún puede dejarlos y dirigir su acción contra cualquiera de los herederos, éstos tienen derecho para presentarles los bienes de la sucesión para que se haga pago.

La universalidad de la herencia responde á todas las deudas, hasta el momento de la partición, cuando aquella ha desaparecido en su conjunto, disgregándose, las deudas en que se divide, siguen á cada una de sus partes en la proporción de lo que cada heredero ha tomado, sin que le perjudique el hecho de que uno sólo ó varios hayan sido encargados de pagarla; porque los deudores por su propia autoridad no pueden cambiar su responsabilidad. Así, cuando la deuda hubiera sido adjudicada á un solo heredero, el acreedor tendría derecho para perseguir á cada uno de estos por su parte proporcional.

Los acreedores de la sucesión deben dirigirse contra los bienes de ésta; pero si tuvieran algún temor de que los acreedores personales del heredero absorbieran los bienes, pueden pedir la separación de patrimonios garantiéndose de este modo, una especie de privilegio para ser pagados con preferencia de los bienes de la sucesión. Los acreedores del heredero no pueden pedir la separación de patrimonios.

Cuando la partición se hace por cabeza; es decir, cuando todos son herederos que concurren por derecho propio, cada uno deberá una parte proporcional á su haber en la sucesión; si son cuatro herederos cada uno deberá la cuarta parte y podrá ser ejecutado personalmente; si unos concurren por cabeza y los otros en stirpe, la parte de éstos se subdividirá en tantas partes iguales cuantos sean los individuos que representan á su causante. Y si todos concurren en stirpe, la acreencia se dividirá tomando cada stirpe como si el individuo existiera, y subdividiendo esa parte entre los herederos que representan cada rama; así, cuando el *de cuius* ha dejado dos hijos, que han fallecido antes, dejando el uno dos hijos y el otro seis; la acreencia se dividirá en esta forma: la mitad la pagarán los dos hijos del primero por iguales partes, y la otra mitad cada uno de los seis restantes en la proporción de su haber, descompo-

las deudas del difunto se dividen y fraccionan en tantas deudas separadas cuantos herederos dejó, en la proporción de la parte de

niéndose así: la cuarta parte del total cada uno de los dos hijos, y las doce avas restantes cada uno de los seis herederos, formando así la mitad de la acreencia; si fuera de 12, pagarían los primeros 3 cada uno, y 1 cada uno de los otros seis.

La expresión, *antes de la entrega*, de que se sirve el artículo, tiene el alcance de que si la partición está hecha y aprobada, pero todavía no se han expedido las hijuelas y entregado los bienes, los acreedores pueden oponerse á la entrega, obteniendo así la integridad de su crédito que de otro modo sería dividido.

Cuando uno de los herederos hubiese aceptado la herencia bajo beneficio de inventario y el otro pura y simplemente, como el primero no se ha obligado personalmente, la deuda total no pagada recaerá sobre el segundo que la ha hecho suya por la aceptación.—Comp. DEMOLOMBE XVII, 20 y 46. HUREAUX III, 21 y sig. POTHIER, *Sucesión* cap. 5, art. 3. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL III, 3035 y sig.—Véanse arts. 675, 692, 1390, 3361, 3474, 3475, 3496 á 3499.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3490.—Cód. Francés, arts. 873 y 1220. —Aubry y Rau, § 636.—Chabot, sobre el artículo, n° 4.—Zachariæ, § 405. — El artículo citado del Cód. Francés dice así: «Los herederos están obligados por las deudas y cargas de la sucesión personalmente por su parte y porción viril.» Pero la porción viril es una fracción cuyo denominador es igual al número de herederos, pues que ella se determina por cabeza, *pro numero virorum*, y por consiguiente las partes viriles son necesariamente iguales. *Viriles, id est æquales portiones*, dice la Ley Romana.—Merlin, *Repert. veb. l'ortion virile*.

La porción hereditaria es determinada por la cantidad que cada uno de los herederos recibe de la sucesión, y si la parte viril y la parte hereditaria se confunden, cuando todos los herederos son llamados á suceder por iguales porciones, ellas son, al contrario, muy diferentes, cuando son llamados por porciones desiguales. No es extraño, pues, que ese artículo haya dado tanto que escribir á los comentadores del Cód. Francés.

Cuando la partición de una sucesión se hace por estirpes, todos los herederos en la misma estirpe no están obligados conjuntamente en las deudas y cargas en proporción de la parte que la estirpe entera tiene derecho á recibir; sino que cada uno de los herederos está obligado separadamente en la proporción de la parte, que es llamada á recibir, de la masa total de la herencia. Si, pues, una persona tiene por herederos dos hermanos, y cuatro sobrinos por representación de un tercer hermano, cada uno de los sobrinos no estará obligado sino por su cuarta parte en el tercio de la sucesión. La razón es, que los que suceden por representación no son herederos, sino por la porción que tienen en la parte de la herencia que correspondería á la persona que representan. Chabot, lugar citado.—Pothier, *Succes.*, Cap. 5, art. 3, § 2.—Zachariæ, nota 3 al § 405.

cada uno; háyase hecho la partición por cabeza ó por estirpe, y sea el heredero beneficiario ó sin beneficio de inventario; pero si alguno de los herederos hubiere fallecido, sus herederos dividirán la deuda que corresponde á su causante en la proporción en que lo heredasen, porque ninguno es solidario.

Así, como la ley ha dividido, *ipso jure*, las acreencias, facultando á cada heredero para cobrar su parte y otorgar recibo válidamente, del mismo modo los ha autorizado para que *cada uno de los herederos pueda librarse de toda obligación pagando su parte en la deuda (art. 3491)*; pero el acreedor de la sucesión podrá

(**Art. 3491.**) Así como las acreencias de la sucesión, que fueran divisibles, quedaban por el ministerio de la ley divididas y cada heredero podía demandar su parte del deudor, del mismo modo las deudas quedan divididas, con esta diferencia fundamental: el acreedor dirigirá su acción por el total contra los bienes de la sucesión; pero si quisiera ejecutar á cada uno de los herederos por su parte, podrá hacerlo, teniendo éstos derecho para ofrecer los bienes de la sucesión al embargo.

El heredero antes de la partición puede hacer el pago de su parte en la acreencia; pero el acreedor no está obligado á recibirla, porque

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 3490.—La demanda por cobro de pesos, iniciada contra el albacea de una sucesión, después de constituido el juicio testamentario por la partición de bienes, no está comprendida en la limitación del inciso 1º, art. 12 de la ley de 14 de Septiembre de 1893, sobre competencia de los Tribunales Federales.—XXXIII, 91.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3490.—La acción para el cobro de deudas del causante, debe dirigirse contra los herederos individualmente, si se deduce después de practicada la división y partición de la herencia.—Jur. Civ., IX, 437, Sér. 3ª.

El heredero con beneficio de inventario sólo es responsable por las deudas del causante, hasta la cantidad que heredó.—Jur. Civ., II, 598, Sér. 1ª.

Sólo es responsable por las obligaciones del causante, hasta la suma que hubiese recibido.—Jur. Civ., I, 504, Sér. 1ª.

El reconocimiento de deudas por los herederos mayores, hace procedente el pago en la parte que proporcionalmente les corresponda, sin que su confesión obligue á los menores, mientras no sea justificada por otros medios.—Jur. Civ., VII, 288, Sér. 2ª.

El acreedor que pretende ejecutar un crédito contra una testamentaria después de aprobada y hecha la división de la herencia, puede hacerlo ante cualquier juzgado.—Jur. Civ., I, 5, Sér. 1ª.

Las deudas de una testamentaria, deben repartirse para que cada heredero haga valer en la estación oportuna, las excepciones que convengan á su derecho.—Jur. Civ., V, 54, Sér. 1ª.

negarse á recibir por partes el pago ejecutando por el todo á la testamentaria.

Si muchos sucesores universales son condenados conjuntamente en esta calidad, cada uno de ellos será solamente considerado como condenado en proporción de su parte hereditaria ((art. 3492), á menos de convención en contrario aceptada por el acreedor.

conserva su derecho para exigir el todo; este derecho lo pierde por la división, ó cuando la herencia es declarada insolvente. Aunque la acreencia sea solidaria, al pasar á los herederos se hace mancomunada y divisible y sólo puede ejecutarse por la parte proporcional que á cada uno le haya correspondido en la sucesión.

¿Cómo conciliar el principio del artículo que faculta al heredero para pagar su parte en la deuda, con el art. 742, que autoriza al acreedor para rechazar pagos parciales? Diciendo, que el acreedor puede rechazar ese pago antes de la división, cuando ejecuta por el todo á la sucesión, y no puede ser obligado á recibir de cada heredero su parte, porque es la sucesión la deudora, y sólo cuando ésta es insolvente ó se han dividido los bienes puede ejercer ese derecho. No es, pues, exacto que se pueda pagar en esa forma en cualquier tiempo, pues mientras la sucesión está dividida, el acreedor puede ejecutarla por el todo. Consideramos al presente artículo como una aplicación del art. 675 cuando la sucesión se ha dividido, no antes.—Comp. DEMOLOMBE XVII, 46. ZACHARIE § 405.—Véanse arts. 642, 675, 691, 3485 y 3492.

(Art. 3492.) El artículo supone el caso en que los sucesores universales son demandados conjuntamente, obteniendo contra ellos una condenación por el todo de la deuda, lo cual sólo puede tener lugar cuando se ha demandado el total á la sucesión, pues si se ha dividido no se puede obtener una condenación en común, á menos de suponer que todos hayan consentido en ser demandados conjuntamente. Como la sentencia no crea derechos y sólo se limita á declararlos, de ahí es que la condenación en común á todos los herederos para pagar la totalidad de la deuda, se divida entre éstos en la proporción que cada uno tenga en la herencia.

Uno de los herederos no puede ser perseguido por el todo de la deuda; pero si lo fuera se exceptionaría alegando que sólo debe la parte proporcional de lo que le ha correspondido en la herencia.

Hemos dicho que el todo de la deuda sólo puede pedirse cuando la sucesión se encuentra indivisa, y que en ese caso puede negarse el acreedor á recibir de uno de los herederos su parte en la deuda, porque la

Del principio que establece la división de las acreencias y deudas de la sucesión, nacen las consecuencias siguientes:

1ª *La interpelación hecha por los acreedores de la sucesión á uno de los herederos por el pago de la deuda, no interrumpe la prescripción respecto á los otros (art. 3493)*, porque cada uno se re-

universalidad jurídica, que se llama sucesión, es la deudora, y si bien el acreedor puede demandar á cada heredero su parte, porque su derecho no está limitado, el demandado puede ofrecer al embargo bienes de la misma sucesión indivisa; pero una vez que la división ha tenido lugar, la deuda se ha fraccionado en tantas partes cuantos sean los herederos, y en proporción de lo que cada uno tuviera en la herencia.

Cuando la demanda fuera contra la sucesión, los herederos que tuvieran excepciones personales que oponer, como pago, compensación, prescripción, etc., pueden deducirlas para reducir la acreencia, libertando á la sucesión por esa parte; pero si después de la condenación en conjunto, llegase el caso de ejecución á cada uno de los herederos, cada uno puede oponer las excepciones que tuviere, pues se consideran deudores personales obrando en causa propia y con completa independencia unos de otros.

El presente artículo es una aplicación del art. 675, y conforme con lo dispuesto en él debemos decir, que si uno de los herederos hubiera pagado el todo de la deuda, podría reclamar de cada uno de sus codeudores la parte que le correspondiese en la deuda común; pero el demandado deduciría todas las excepciones que hubiera tenido contra el acreedor originario. Cuando el acreedor hubiera fallecido dejando varios herederos, cada uno de éstos sólo podría cobrar su parte, de modo que si uno de ellos hubiera recibido el todo de la deuda, no libertaría por eso de la obligación que tendrían los demás para cobrar su parte.—Comp. DEMOLOMBE, XVII, 46.—Véanse arts. 675, 691, 3491 y 3499.

(Art. 3493.) Se trata de la interpelación para interrumpir la prescripción. ¿Cómo debe hacerse? Unos dicen, judicialmente, porque la interpelación extrajudicial en derecho, no tiene valor alguno; otros sostienen que la interpelación puede ser extrajudicial, fundándose en el art. 509, que habla del modo de constituir en mora al deudor.

En mi opinión, cuando se trata de interrumpir la prescripción, nos debemos regir por el art. 3986 y los que le son relativos. Se trata entonces de la pérdida de un derecho y una reclamación extrajudicial no in-

puta deudor por su parte, sin relación alguna de derecho con sus coherederos.

2ª *La insolvencia de uno ó de muchos de los herederos no grava á los otros, y los solventes no pueden ser perseguidos por la insolvencia de sus co-herederos (art. 3495)*, por la misma razón expuesta en el número anterior.

terrumpe la prescripción, como lo dice el Dr. Velez-Sarsfield. Debe existir, pues, un acto auténtico, una demanda, aunque sea ante juez incompetente ó nula por su forma, como lo dice en la nota.

Cuando se trata de la mora en el cumplimiento de la obligación, es diferente; bastará la interpelación extrajudicial para constituir al deudor en moroso y hacerle pagar los daños y perjuicios; pero eso no interrumpirá la prescripción ni impedirá la pérdida del crédito. Por eso no es cierta la afirmación de que, en derecho, la interpelación extrajudicial no tenga valor alguno, pues produce efecto para la mora.

Se ha dicho que cuando la sucesión está indivisa, es esta como universalidad jurídica la deudora, y si cualquiera de los herederos es demandado por el todo, la prescripción se habrá interrumpido, porque la acreencia no se ha dividido aún; pero cuando cada uno de los herederos viene á ser deudor personal por la parte que le corresponde, en virtud de la división hecha, habiendo tantas acreencias como herederos, se comprende perfectamente que la demanda contra uno de ellos en nada puede perjudicar á los demás que son deudores extraños al demandado. Así, el artículo confirma la doctrina sostenida en el art. 3490, porque si la demanda hecha á uno de los herederos no interrumpe la prescripción respecto de la parte de los demás, es porque las deudas están divididas por el ministerio de la ley; han quedado separadas é independientes. Para conservar el derecho será necesario demandar á la sucesión.

Demolombe sostiene que la división de las deudas hereditarias tiene lugar desde la apertura de la sucesión.—Véanse arts. 678, 688, 3986, 3987, 3993, 3995.

(**Art. 3495.**) Se trata de las deudas de la sucesión; si suponemos que ésta es ejecutada por uno de los acreedores antes de la división, puede resultar que sea insolvente y no tenga cómo pagar; en ese caso, el acreedor dirigirá su acción contra los herederos. ¿En qué proporción? El art. 3485 nos da la norma, cuando nos dice, se dividen entre los herederos en proporción de la parte por la cual cada uno es llamado á la heren-

3ª *La deuda que uno de los herederos tuviere á favor de la sucesión, lo mismo que los créditos que tuviere contra ella, no se ex-*

cia. Es, pues, uno de los casos comprendidos en el artículo; cada heredero deberá entonces una parte proporcional á su haber en la herencia, y la deuda quedará dividida en tantas partes cuantos herederos hubiera; es para este caso, como el de división de la herencia antes del pago de las deudas, en que cada heredero viene á ser deudor personal del acreedor por su parte en la sucesión. Si suponemos una acreencia de dieciseis mil pesos, y cuatro herederos, en cualquiera de las dos hipótesis, cada heredero deberá cuatro mil pesos; si dos de ellos fueran insolventes, sólo cobrará ocho mil de los solventes, quienes no responderán por los otros que se consideraran extraños los unos á los otros, pues en realidad lo son á este efecto. Por eso dice Demolombe, XVII, 22: cada uno de los herederos no están obligados hacia los acreedores de la sucesión sino en la proporción de su parte hereditaria. Y la insolvencia de uno ó de varios de entre ellos, sea que fuera anterior á la apertura de la sucesión, sea que fuera posterior, no modificaría este principio». Y la razón es, porque la acreencia conserva su unidad para con la sucesión; pero se divide una vez que se ejecuta en los herederos.

Debemos concluir de estos principios, que en cualquier caso que los herederos sean ejecutados por una acreencia de la sucesión, sólo responderán por su parte proporcional en la herencia, sea que la sucesión se haya dividido ó cuando fuera insolvente.

No hay entre nosotros legatarios universales, que sólo corresponden á la legislación francesa, esos son los que nuestro Código llama herederos universales. Los legatarios de parte alicuota están obligados al pago de las deudas en proporción á lo que recibieren. El art. 3719 dice claramente, no constituye institución de heredero la disposición por la cual el testador hubiese legado la universalidad de sus bienes con asignación de partes.—Comp. DEMOLOMBE, XVII, 22, de donde fué tomado el artículo, y parte de la nota.—Véanse arts. 675, 677, 691 y 3490.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3495.—Toullier, tom. 4, n° 532 y tomo 6, n° 759.—Zachariae, § 405.—Pothier, *Obligat.*, n°s 310 y 319.—Duranton, tom. 7, n° 444.—Chabot, sobre el art. 873, n° 6. — Demolombe, tom. 17, n° 22. — Lafontaine ha escrito una interesante memoria en la Revista crítica de legislación y jurisprudencia, contra el principio de la división de las deudas entre los herederos y contra las consecuencias que de ello resultan. Sostiene que los acreedores hereditarios pueden perseguir á cada uno de los herederos por el todo sobre los bienes de la sucesión, sea antes, sea después de la partición, sin tener necesidad de demandar la separación de los patrimonios.

La Comisión que proyectó el Cód. Civil para España, resuelve y proyecta

tinguen por confusión, sino hasta la concurrencia de su parte hereditaria (art. 3494), porque sólo hasta esa parte es acreedor ó deudor según los casos.

(Art. 3494.) Cuando el heredero es uno sólo y ha aceptado la herencia pura y simplemente, la confusión se produce porque no se puede ser deudor de sí mismo; así, el artículo no comprende este caso ni menos aquél en que el heredero hubiera aceptado la herencia bajo beneficio de inventario, como lo digimos en la *Instituta*, y lo volvemos á repetir al pre-

asi: «Hecha la partición, los acreedores podrían exigir el pago de sus deudas por entero, de cualquiera de los coherederos que no hubiese admitido la herencia con beneficio de inventario, y hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con aquel beneficio; pero en uno y otro caso, el demandado tendrá derecho de hacer citar y emplazar á los otros.»

El Cód. de Vaud, art. 787, acepta la doctrina de la solidaridad de los herederos respecto á las deudas de la sucesión. Dispone así: «Los coherederos están obligados solidariamente á las deudas y cargas de la herencia.»

Goyena en la nota al art. 432, sostiene lo mismo, y principalmente contra el artículo nuestro, que salva al coheredero de los efectos de la insolvencia de uno de los herederos. Argumenta de esta manera: «El acreedor contrajo con el difunto, ¿por qué, pues, se le han de imponer las molestias y gastos consiguientes á tener que demandar uno tras otro á todos los coherederos, que tal vez sean de distintos fueros, y estén domiciliados en países muy lejanos y si uno de ellos resultase insolvente, tendrá que repetir la misma serie de demandas, con la engorrosa subdivisión de la parte insolvente en la proporción hereditaria? ¿No es más sencillo y justo que estas molestias y gastos recaigan en los mismos coherederos beneficiados por la herencia, que intervinieron en su partición y quedaron obligados á garantizarse recíprocamente? Al coheredero no se causa agravio, mientras no se le exija más de lo que percibió del difunto. Puede también suceder que, por la insolvencia de un coheredero, no cobrase el acreedor enteramente sus créditos, aunque con toda evidencia quedasen bienes hereditarios en poder del otro.

Esta es también la opinión de Voet, y dice que se observa en su país, Lib. 10, Tit. 2, n.º 27.

Pothier, en su tratado *De las obligaciones*, Parte 2ª, Cap. 4, art. 2, § 2. n.º 309, defiende la doctrina que forma nuestro artículo.

Demolombe, tom. 17, n.º 20, defiende también la doctrina del artículo. ¿De dónde, dice, se deriva contra los herederos la obligación de pagar las deudas del difunto?—únicamente de la causa de ser herederos. Y ¿de dónde se deriva esta causa misma?—de recibir ellos la universalidad de los derechos activos y pasivos del difunto. El que no recibe, pues, sino una porción de la universalidad hereditaria, no es heredero más que por esta porción.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3495.—El heredero que paga deudas de la sucesión reconocidas como auténticas por los demás coherederos, se subroga á los acreedores y tiene derecho á exigir su reembolso de los fondos testamentarios.—Jur. Civ., III, 117, Sér. 4ª.

4ª Si uno de los herederos muere, la porción de la deuda que le era personal en la división de la herencia, se divide y se fracciona

sente, á pesar de la dura crítica que el Dr. Llerena nos hace á consecuencia de un error de imprenta. Decíamos: «creemos que esta disposición tomada de Zachariæ, § 405, y conforme con Chabot sobre el art. 873 del Cód. Francés, debe referirse solamente (*igualmente* debía decir) al heredero beneficiario, porque la aceptación pura y simple, causa la confusión de patrimonios, etc.» Y esto hace decir á dicho autor que «sólo ignorando la existencia de los arts. 863 y 3373, se puede afirmar que el artículo que estudiamos se refiere al heredero que ha aceptado la herencia con beneficio de inventario». Lo que no se concibe es que teniendo á la vista ambos artículos, se les haya entendido de modo á hacerles decir lo contrario. En efecto, el presente artículo dice: la deuda de uno de los herederos en favor de la sucesión *no se extingue por confusión* sino hasta la concurrencia de su parte hereditaria; en otros términos, la deuda se extingue por confusión hasta la concurrencia de esa parte; pero no en las demás. Hay, pues, dos proposiciones: una que comprende los casos de confusión, la otra los casos en que no tiene lugar. ¿Y qué dice el art. 863? Que la confusión no sucede cuando se ha aceptado la herencia con beneficio de inventario; luego el presente artículo viene á comprender ese caso, desde que habla de la no confusión de la deuda, fuera de su parte hereditaria. Pero dejemos esta discusión que es más bien de palabras y estudiemos el artículo.

Se trata de varios herederos, supongamos tres; uno de ellos debe quince mil pesos, como él tiene una tercera parte en la acreencia, la confusión se opera en esa tercera parte, y sólo deberá las dos terceras partes restantes, no hay pues confusión en esas partes, como no la habría si hubiera aceptado la herencia bajo beneficio de inventario. Y los diez mil pesos que debe á la sucesión no se computarán en el haber total para dividirse, sino los quince mil, de los que resultará que él ha recibido cinco por la confusión, y cinco mil corresponderá á cada uno de los coherederos.

El artículo es claro y no puede ofrecer dudas; pero como habla de los casos en que la confusión tiene lugar, y de los en que no se opera, se han confundido los intérpretes, creyendo un error la afirmación de que el artículo comprende igualmente al heredero beneficiario. La confusión se opera: 1º si es uno sólo el heredero; 2º si son varios, la confusión sólo tiene lugar en la parte que el heredero tenga en la sucesión; 3º la confusión no se opera si el heredero es beneficiario; 4º no tiene lugar en la parte que corresponde á los demás herederos; 5º el heredero deudor

como todas las otras deudas personales entre sus herederos, en la porción que cada uno de ellos está llamado á la sucesión de este último (art. 3496); porque es una condición de la sucesión, aunque la deuda fuera solidaria.

se considera como un extraño con relación á sus coherederos por la parte que á éstos corresponda, y puede ser ejecutado separadamente por lo que deba, deduciendo su parte.

Demolombe, XVII, 46, n° 5, de donde fué tomado el artículo, dice: «las deudas, de las que uno de los herederos ó sucesores universales podía estar obligado hacia la sucesión, lo mismo que las acreencias que podía tener contra la sucesión, no se extinguen por confusión sino hasta la concurrencia de su parte hereditaria», y así debe entenderse por nuestro derecho.

Pero al aceptar esta teoría parece que no estuviera conforme con lo dispuesto en el art. 3490 que no considera dividida las deudas sino después de la partición de la herencia; sin embargo, si se tiene presente que se trata de las deudas de los herederos hacia la sucesión con las que confunden su parte, se verá que es una aplicación necesaria del principio dominante en esta materia: que los herederos tienen en las obligaciones activas ó pasivas de la sucesión una parte proporcional á su haber hereditario.—Comp. COD. DE CHILE, art. 1357.—Véanse arts. 863, 864, 865, 3342, 3343, 3373, 3469 y 3502.

(Art. 3496.) Se ha dicho que las deudas como las acreencias de la sucesión se dividen entre los herederos del *de cuius*, y que así como cada heredero puede exigir del deudor su parte en la acreencia, puede también ser demandado para el pago de su parte en la deuda. De este principio consagrado en los artículos anteriores, el presente es una consecuencia forzosa, pues como dice Demolombe: «el principio de la división de las deudas no se detiene en los herederos ú otros sucesores universales inmediatos del difunto mismo; su acción se extiende y prolonga indefinidamente hasta los herederos ó sucesores universales de esos herederos ó de esos sucesores. Luego pues, cuando uno de los herederos ú otros sucesores universales vienen á morir, los herederos ó sucesores universales de él, no están obligados solidariamente de su por-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3494.—Chabot, sobre el art. 873, n° 20.—Demolombe, tom. 17, n° 46.—Zachariæ, § 405.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3494.—Los créditos contra una testamentaria en que existen menores, deben ser justificados por el demandante.—Jur. Civ., V, 259, Sér. 3°.

5ª *Si uno de los herederos ha sido cargado con el deber de pagar la deuda por el título constitutivo de ella, ó por un título posterior, el acreedor autorizado á exigirle el pago, conserva su acción contra los otros herederos para ser pagado según sus porciones hereditarias (art. 3497);* porque si el título originario dijera, en

ción hereditaria en las deudas de la sucesión que le ha sido deferida», viniendo en seguida el artículo, que es una traducción del párrafo siguiente, con la diferencia, que el Dr. Velez-Sarsfield agregó las palabras *en la división de la herencia*, que vienen á restringir el principio, haciendo incompleto el pensamiento, pues que la división tiene lugar, aún cuando la herencia no se haya dividido, como lo expresa Demolombe. Se cambió igualmente la palabra *proporción* de este autor, por la de *porción* que no es tan propia.

El pensamiento del artículo es el consagrado por el mismo Código en diversos lugares, que la deuda aún solidaria que tenía el *de cujus*, se divide al pasar á sus herederos, y si éstos á su vez hubieran fallecido, se subdivide entre los herederos de éstos, por eso se dice en el art. 3490, sea la división por cabeza ó por estirpes.

Se habla de la deuda que era personal al heredero queriendo expresarse, no la que él tenga con la sucesión, sino la que ha contraído por la aceptación de ésta. Por el hecho de aceptar pura y simplemente la herencia se ha convertido en deudor personal en la proporción de lo que deba corresponderle; es decir, por su parte viril. Si son cuatro herederos, deberá una cuarta parte de la deuda.—Comp. CHABOT, al art. 873, nº 24.—Véanse arts. 673, 675, 691, 3490, 3498 y 3776.

(Art. 3497.) El artículo comprende dos hipótesis: 1º cuando por el título constitutivo, la deuda debiera pagarla en su totalidad uno de los herederos; 2º cuando por un título posterior fuera cargado del pago total. Si comparamos este artículo con el 676 veremos que se exceptúa de la disposición: 1º cuando uno de los coherederos tuviese á su cargo el pago de toda la deuda en virtud del título de la obligación; 2º cuando tuviese á su cargo el pago de toda la deuda por haberse así determinado en la partición; en ambos casos el deudor *podrá* ser demandado por el todo. La única diferencia entre estos dos artículos es la que se refiere á la carga impuesta por la *partición*, de que habla el art. 676 y la más general del *título posterior* que abraza el presente. De esta comparación

caso de fallecimiento del deudor pagará su hijo tal, y así hubiera aceptado el acreedor, no por eso habría perdido su derecho para ir contra los demás herederos por la parte que á cada uno correspondiera, sin perjuicio de los derechos de éstos para demostrar que esa deuda fué contraída para hacer un adelanto á la legítima del heredero que se constituyó deudor.

resulta que el uno puede ser sustituido por el otro, aunque preferimos el presente por ser más general.

Cuando por el título constitutivo se hubiera convenido en una delegación aceptada de antemano; como si por ejemplo, al constituirse la obligación se estipulase que para el caso de fallecimiento abonaría la deuda su hijo fulano que aceptaba la delegación; en este caso sería deudor personal por el todo; pero eso no privaría al acreedor para demandar la deuda de cada uno de los herederos en la proporción de su parte.

Debe tenerse presente que de cualquier modo que la deuda pase á los herederos, éstos se encuentran obligados por su porción hereditaria; la disposición del testador ó de la división no puede alterar el derecho del acreedor cambiando la responsabilidad de los herederos; aun en los casos en que la delegación hubiera sido aceptada por el acreedor, no habría perdido su derecho para ir contra los demás, porque no ha existido novación.

Según la disposición que examinamos, el acreedor puede dirigir su acción contra el obligado personalmente por la totalidad de la acreencia; pero eso no le privará del derecho que tiene y conserva para ir contra los demás herederos por su porción. Sin embargo, si las leyes de procedimiento de cada provincia determinaran que la acción debería deducirse en tal ó cual forma, para conservar sus derechos, se perdería si no se guardasen las formas exigidas por esas leyes.

La aplicación del principio sentado por el artículo es independiente del resultado de la partición, ó de lo ordenado en el testamento; porque cada heredero está colocado respecto á los acreedores de la sucesión, en la obligación de pagar la deuda en la proporción de su parte hereditaria, aunque en realidad no haya recogido del activo de la sucesión sino una parte mucho menor. — Comp. DELVINCOURT, II, pág. 165. ZACHARLE, § 406. CHABOT, al art. 873, n° 4.— Véanse arts. 676, n° 2, 813, 814, 3474, 3490 y 3778.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3497. — Aubry y Rau, § 686. — Zachariae, § 406.

6° *Cada heredero está obligado respecto de los acreedores de la herencia, por la deuda con que ella está gravada, en proporción de su parte hereditaria, aunque por la partición no hubiese en realidad recibido sino una fracción inferior á esta parte, salvo sus derechos contra sus co-herederos (art. 3498);* porque estando divi-

(Art. 3498.) Cuando el artículo habla de cada heredero, comprende sólo á los que han aceptado la herencia pura y simplemente, porque han tomado sobre sí sin restricción alguna los derechos y obligaciones de que ella se compone; así, los herederos beneficiarios sólo responden con los bienes recibidos, y estarán obligados por su porción en la medida de lo que hubieren heredado, sin obligarse personalmente.

Como se ha dicho en los artículos anteriores, que las acreencias así como las deudas de la sucesión se dividían entre los herederos según su porción hereditaria, el presente artículo viene á confirmar ese principio, por eso Aubry y Rau, § 636 texto, después de la nota 4 de donde fué tomado nuestro artículo, hablan *del pasivo* con que la sucesión estuviere gravada, haciendo responsable á los herederos respecto de los acreedores en la proporción de su parte hereditaria.

El artículo habla de *la deuda* con que la herencia estuviera gravada, y esta expresión debe tomarse como genérica, comprendiendo todas y cada una de las cargas de la sucesión. Se entiende que cuando la carga se refiriese á la entrega y devolución de un cuerpo cierto, la obligación pesaría únicamente contra el heredero poseedor, quien deberá devolverlo, reclamando de sus coherederos la parte que á cada uno correspondiese.

El derecho concedido á cada acreedor de la sucesión es para demandar la totalidad de la acreencia; pero cuando su acción se dirige contra los herederos queda virtualmente dividida, y sólo puede hacerla efectiva en la proporción de la parte de cada uno en la herencia. Así, cuando el testador ha instituido por herederos á tres personas, dejando á una la mitad y cada una de las otras la cuarta parte, en esa proporción deberán pagar las deudas. Es entendido que si por la adjudicación á unos se hubiera encargado el pago de la totalidad, eso en nada alterará el derecho de los acreedores para ir contra los demás herederos por su porción en la deuda. Quiere decir entonces, que los herederos se dividen la deuda y responden á cada acreedor por su porción, en la proporción que les hubiera correspondido en la herencia.

Se ha dicho que la proporción de que responde cada heredero por las deudas de la sucesión, es según la porción hereditaria que le haya correspondido; así, pues, sólo son responsables por esa porción. La porción viril,

dida la deuda por el ministerio de la ley, en proporción de la parte que cada uno tiene en la herencia, ellos no han podido alterar esa división en perjuicio del acreedor, y si á uno se le adjudicó la mayor parte dándoles bienes para pagarla y no lo hizo, el acreedor no debe sufrir por esa imposibilidad, é irá á reclamar de los demás herederos su parte proporcional en la deuda.

§ 961.—DERECHOS QUE PUEDEN EJERCER LOS HEREDEROS

Los herederos son responsables por las deudas de la sucesión no sólo con los bienes de ésta, sino con su propio peculio, cuando hubieren aceptado la herencia pura y simplemente.

según Chabot, por la que el heredero está obligado personalmente por las deudas y cargas de la sucesión, es la hereditaria; es decir, que cada heredero no está obligado personalmente sino en la proporción de la parte que es llamado á recoger en la sucesión, y agrega: «aunque en una partición que se ha hecho desigualmente, uno de los herederos no haya recibido la parte que debía recoger, no está menos obligado á las deudas y cargas en proporción de esa parte, como si lo hubiese recibido por completo». Esto es lo que importa la expresión de nuestro artículo tomada de Aubry y Rau, «aunque por la partición no hubiese recibido en realidad sino una fracción inferior á esa parte», porque eso corresponde á su derecho reclamar; los acreedores nada tienen que ver con lo recibido por el heredero, sino con la parte que le haya correspondido en la herencia. Si son cuatro hijos que aceptaron la herencia de su padre, cada uno de ellos deberá una cuarta parte, aunque unos hubieran recibido más y otros menos. Pero cuando la herencia le es deferida por partes desiguales, entonces se divide en la proporción de sus partes.

Mientras la partición no ha tenido lugar, los acreedores pueden ejecutar á la sucesión por el todo de la deuda, sin perjuicio de ejercer este derecho contra cualquiera de los herederos, siempre que sea en la proporción de su parte hereditaria.—Comp. DELVINCOURT, II, pág. 165. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, III, 3035 y sig.—Véanse arts. 674, 689, 3343, 3371, 3496, 3499 y 3796.

Nota del Dr. Féliz-Sarsfield al art. 3498.—Chabot, sobre el art. 873 n° 4.—Aubry y Rau, § citado.—Zachariæ, § 406.—L. 1, Tit. 2, Lib. 4. Cód. Rom.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3498.—El heredero que paga deudas de la sucesión, reconocidas como auténticas por los demás coherederos, se subroga á los acreedores y tiene derecho á exigir su reembolso, de los fondos testamentarios.—Jur. Civ., III, 117, Sér. 4°.

Cuando se tratare de legatarios de cierta categoría, en que están obligados al pago de la deuda, como en el caso del **art. 3499**,

(**Art. 3499.**) El legatario es de una parte determinada de la herencia, cuando se le hubiera legado la tercera ó quinta parte de la universalidad de los bienes, y entonces es considerado como heredero sólo á los efectos de responder en la proporción de lo que se le hubiera legado, á las deudas que gravan la sucesión. La ley no lo reputa un nuevo acreedor, como lo es en realidad en los casos ordinarios, porque el testador al dejarle una parte determinada de la herencia, ha tenido por objeto beneficiarlo, sin imprimirle la calidad de heredero.

¿La ley ha considerado al legatario de parte alicuota como heredero? No lo creo, porque esa no ha sido la intención del testador, ni sería lo justo, ni tampoco podría reputarse jurídico. ¿Por qué el legatario del quinto se consideraría como heredero, cuando hay hijos legítimos? ¿Por qué una disposición semejante importaría una institución de heredero que no existe en realidad, y se le impondría la obligación personal de soportar las cargas que disminuyen la sucesión?

El artículo decide una de las cuestiones más controvertidas en derecho francés, y en mi opinión acepta la más jurídica. En efecto; supon- gamos que el testador ha dejado dos hijos, y legado el 5º de sus bienes á un tercero; si la herencia estuviere representada por 20; y no hubiere deudas, se dividirían en esta forma: 8 para cada hijo legítimo y 4 para el legatario; si las deudas fueran de 5, la herencia quedaría reducida á 15 y corresponderían 3 al legatario del quinto, y 6 á cada heredero; cada uno habría contribuido con su parte proporcional al pago de la deuda, y eso es lo que manda el artículo.

Las cuestiones debatidas entre los intérpretes del derecho francés eran las siguientes: ¿Los acreedores de la sucesión pueden perseguir directamente á los legatarios á *título* universal; es decir, de parte alicuota, el pago de su parte en la deuda? En caso afirmativo ¿es sólo facultativo ó necesariamente deben hacerlo? Unos sostienen que los legatarios á título universal sólo podían ser compelidos al pago, cuando les hubieran entregado las cosas legadas, y únicamente por la parte que hubieran recogido efectivamente. En la segunda cuestión, unos se decidían por la necesidad de la división, sosteniendo que el acreedor tenía obligación, aún antes de la entrega del legado, de dividir su acción y reclamar separadamente contra el heredero y contra el legatario la parte de cada uno de ellos.

Nuestro artículo decide justamente la controversia, declarando, que los legatarios á *título* universal, ó de parte alicuota, están obligados á

1ª parte, que dice: *los legatarios de una parte determinada de la sucesión, están obligados al pago de las deudas en proporción á lo*

pagar las deudas de la sucesión en la proporción de lo que *recibieren*; es decir, de la parte que les fuese entregada. Y la segunda, dando facultad al acreedor para demandar al legatario de parte alícuota cuando éste hubiera recibido su parte, ó dirigir su acción contra los herederos, quienes en caso de haber entregado los bienes al legatario, podrán obligarlo á contribuir al pago en la proporción del legado.

¿Cómo se debe considerar la expresión *de una parte determinada de la sucesión*? Se reputa tal, el legado de todos los muebles ó el de tal porción de los inmuebles? Me decido por la negativa; porque el término de una *parte determinada de la sucesión*, no se refiere, ni puede comprender tales ó cuales bienes, sino una parte de ellos en una proporción que expresa los que el legatario tiene en la herencia. La sucesión es una universalidad jurídica, que sólo puede dividirse en partes alícuotas ó proporcionales con relación al todo; pero teniendo de característico, que si faltase uno de los herederos, esa parte acrecerá á los demás; entonces el legatario no se reputará heredero; otra división sería arbitraria y no podría estar comprendida en la parte determinada de que nos habla el artículo; ese legado sería de objetos particulares, según el art. 3501; el legatario de los bienes muebles de una sucesión, no es legatario de parte alícuota, como se ha creído, porque no está determinada la parte que tiene en ella. En el comentario al art. 2901 explicamos la diferencia, entre la universalidad jurídica y la universalidad de hecho.

En derecho francés, la proposición contraria á la que sostenemos, es la verdadera, porque el art. 1010, Cód. Francés, dice terminantemente: «el legado á *título* universal es aquel por el que el testador lega una parte alícuota de los bienes que la ley le permite disponer, tal como una mitad, un tercio, ó todos sus inmuebles, ó todo su moviliario, ó una cantidad fija de todos sus inmuebles ó de todos sus muebles»; pero por nuestro derecho no puede prevalecer tal doctrina; porque según el art. 3263, sucesor universal es aquel á quien pasa toda la herencia, y aunque agregá, ó una parte alícuota del patrimonio de otra persona, es con el objeto de explicar el pensamiento, en el caso en que sean varios herederos, idea que el art. 3281 repite diciendo: «la sucesión á *título* universal es la que tiene por objeto un *todo ideal*, sin consideración á su contenido especial, ni á los objetos de esos derechos». De modo que, según nuestro derecho, el legatario de parte determinada ó de parte alícuota no tiene por objeto un todo ideal, y no se reputa heredero; pero el legatario de los muebles ó de los inmuebles, que son objetos particulares sometidos á la disposi-

que recibieren, podrán exigir esa parte, y por esa razón faculta el **art. 3500**: á los herederos, para substraerse á las consecuen-

ción del art. 3501, no es legatario de parte alicuota, sino particular, y no responde por las deudas de la sucesión, lo único que sucederá es que su legado quedará sin efecto, si la sucesión es insolvente, ó se reducirá si perjudica la legítima de los herederos forzosos.

La proporción en que los legatarios de parte alicuota responden por las deudas, está en relación con lo recibido, y por la parte señalada; así, el legatario del quinto responderá por la quinta parte con los bienes recibidos, si no alcanzaran á pagar, no deberá de su propio peculio, porque no es heredero.

El legatario de parte alicuota no es considerado como heredero por la parte que le corresponde en la herencia, y si está obligado á pagar las deudas de la sucesión en la proporción señalada, es sólo con lo recibido, sea que se haya dividido y tomado su parte, sea que hubiera cesado la comunidad por cualquiera otra causa. Pero como la ley autoriza al acreedor para ir contra los herederos únicamente, dejando á éstos el cuidado de recobrar su parte de los legatarios, es claro por demás que una vez divididos los bienes, podrán los acreedores á su voluntad demandar á los legatarios por su parte ó dirigir su acción contra los herederos. Así, cuando el testador dejara la mitad de sus bienes propios á su mujer, porque no hubiese gananciales, y la otra mitad á uno ó dos legatarios, y años después de liquidada la testamentaria aparecieran acreedores que justifican sus créditos, la mujer podrá ser demandada por el todo, salvo su derecho para reclamar de los legatarios la parte proporcional, soportando la insolvencia de los que no tuvieran cómo pagar. En esto se diferencia de los verdaderos herederos, que son siempre personalmente responsables por su parte, soportando la insolvencia de algunos de ellos, el acreedor demandante. Cuando hay legatarios de parte alicuota, el heredero es quien soporta las consecuencias, y por eso la ley los autoriza para exigir el pago inmediato de aquello con que deban contribuir al pago de las deudas, librándose así de soportar la insolvencia. — Comp. AUBRY y RAU, § 636, texto y notas 8 y 9. DEMOLOMBE, XVII, 34 y 35. — Véanse arts. 2898, 2900, 2901, 3263, 3281, 3492, 3719, y 3796.

Este artículo fué corregido en la palabra *exigirles* por *exigirle*.

(**Art. 3500.**) Lo que ordinariamente se hace en todas las testamentarias que se liquidan, es llamar por edictos á los acreedores, y una vez

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3499.—Duranton, tom. 6, n° 291, y tomo 7, n° 435, y véase la nota 5, al § 636 de Aubry y Rau.

cias de la insolvencia de los legatarios (para que) *puedan exigir de ellos el pago inmediato de la parte con que deban contribuir á satisfacer las deudas de la sucesión*; porque si la ley los obliga á pagarlas con lo que reciban y en esa proporción, los herederos pueden descargarse de esa parte exigiéndoles su pago. Así, cuando á una persona se le ha legado la cuarta parte de la sucesión, debe

justificados los créditos, y reconocidos de legítimo abono, ó se mandan pagar, ó se adjudican bienes para que el Albacea ó el heredero lo haga, encargándolo de la hijuela de costas. Muy raro será el caso en que liquidada la testamentaria haya que pagar deudas ignoradas, porque generalmente los acreedores son muy solícitos en el cobro.

Y en esta parte se nota la poca justicia de la disposición que faculta al acreedor para ir contra los herederos únicamente, ó contra éstos y los legatarios, á su voluntad, porque si ha sido negligente en cobrar, debería soportar las consecuencias de su descuido, y así como su acreencia se divide y debe ir contra cada uno de los herederos por su parte en la herencia, del mismo modo debía suceder para con los legatarios, obligándolo á ir contra ellos por lo que les corresponde pagar.

El artículo autoriza á los herederos para exigir de los legatarios de parte alícuota el pago de la parte de créditos que les corresponda, lo que se hará deduciendo esos créditos del total y entregándole lo restante. Así, si suponemos una herencia de 20, á dividir entre dos herederos y un legatario del quinto, tendremos primero que deducir las deudas de la sucesión que, por ejemplo, son de 10, y dividir recién lo restante entre los herederos y el legatario, recibiendo éste 2 por el quinto y 4 cada uno de los herederos.

Quando se trate de una reforma del Código se debe obligar al acreedor á perseguir su acreencia de los herederos y legatarios en la proporción de su parte.

La expresión *del pago inmediato* de que se sirve el artículo, no implica que se haya de pagar la parte que corresponde al legatario de parte alícuota, sin que aún la haya cobrado el acreedor, sino que debe quedar en la herencia para responder con ella á los acreedores. En este sentido dicen Aubry y Rau, § 636, nota 9, al fin: haremos notar que los herederos tienen derecho á tomar las medidas necesarias para impedir que su recurso contra los legatarios á título universal no quede ilusorio á consecuencia de la insolvencia de éstos últimos... ellos, pueden en tanto que los otros causa-habientes de la sucesión, no hayan pagado su parte en las deudas, rehusar á proceder con ellos á la partición efectiva

abonar la cuarta parte de las deudas. Y *los acreedores pueden también exigirles lo que les corresponde en el crédito, ó dirigirse sólo contra los herederos (art. 3499, 2ª parte)*; pero si eligieran al legatario y no pudieran cobrar su parte por encontrarse insolvente, no por eso perderían sus derechos, á menos de haber hecho arreglos especiales con ellos de modo que pudiera deducirse que han renunciado á su derecho para ir contra los herederos.

Cuando los herederos fueran obligados á pagar, *éstos tendrán recurso contra los legatarios por la parte en razón de la cual están obligados á contribuir al pago de las deudas (art. 3499, últ. parte)*.

Si la sucesión tuviera varios herederos, la confusión de patrimonios sólo se opera en la parte que corresponde á cada uno, así es que si alguno de ellos es acreedor ó deudor, lo será deduciendo su parte, por eso dice el **art. 3502**: *el co-heredero acreedor del*

de los bienes hereditarios, ó al menos exigir de ellos seguridades para ese pago».—Comp. DEMOLOMBE, XVII, 35.—Véanse arts. 3475 y 3495.

Este artículo fué corregido en la preposición *con* que se puso en vez de *en* que tenía en la expresión « con que deban contribuir ».

(**Art. 3499.**) Véase pág. 171.

(**Art. 3502.**) El heredero acreedor del difunto que hubiere aceptado la herencia pura y simplemente, confunde su patrimonio con el de su causante, y sus deudas como sus acreencias desaparecen por confusión; pero la ley teniendo en consideración que hay otros herederos con quienes debe compartir las responsabilidades y cargas, ha dispuesto que sólo se extinga por confusión la parte de la acreencia que le correspondiese según su porción hereditaria, conservándola con relación á los demás herederos por la parte que á ellos les tocase. El presente artículo es una aplicación del art. 3494, y en esta parte no rige para el heredero beneficiario que no confunde su acreencia. ¿Por qué esta excepción á los principios reconocidos? Porque la ley ha supuesto, con razón, que la voluntad del heredero al aceptar la herencia pura y simplemente, no ha sido de confundir su propio patrimonio con relación á las cargas de la sucesión, sino por su porción hereditaria desde que hay otros herederos que concurren con él.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3500. — Aubry y Rau, lugar citado, y nota 5, al fin.

difunto puede reclamar de los otros el pago de su crédito, deducida su parte proporcional como tal heredero, y lo mismo sucederá si fuera deudor, lo será por la parte de los demás, descontando lo que á él le pertenezca.

En cuanto á los *legatarios de objetos particulares ó de sumas determinadas de dinero, sólo son responsables de las deudas de la herencia, cuando los bienes de ésta no alcanzasen; y lo serán entonces por todo el valor que recibieren, contribuyendo entre ellos en proporción de cada legado (art. 3501)*; pero este principio de

El coheredero puede dirigir su acción contra sus coherederos por la parte que les corresponda antes de la división de la herencia, desde que por el art. 3486 se les concede expresamente este derecho; pero los ejecutados pueden presentar bienes al embargo, que correspondan á la misma sucesión, y cuyo importe se cargará á la hijuela de cada uno, como valores recibidos por ellos. Nuestro artículo es exactamente el art. 1378, Cód. de Luisiana. — Véanse arts. 864, 3371 y 3494.

(**Art. 3501.**) Los legatarios de objetos particulares ó de sumas de dinero son considerados como acreedores de la sucesión, que sólo ceden á los del difunto, cuando se trata de concurso, ó cuando sus legados perjudican las legítimas de los herederos forzosos. Si suponemos una sucesión sin herederos forzosos en que se han legado diversos bienes y cantidades, dejando lo restante al heredero instituido, se procederá en esta forma: se pagarán las deudas de la sucesión, y si con lo restante de los bienes dejados no alcanzaren á cubrir los legados, se sacarán primero las cargas comunes, después se pagarán los gastos funerarios, en seguida los legados de cosa cierta, y si aún sobrasen bienes se pagarán los legados hechos en compensación de servicios, y el resto se distribuirá entre los legatarios de cantidad, art. 3795. Así es que no es cierta la proposición de que pagadas las deudas de la sucesión lo restante se dividirá á prorrata entre los demás legatarios, ni tampoco es exacto, que el presente artículo sea incongruente con el 3795, porque cada legatario deba contribuir en proporción del valor recibido, pues esta disposición general y enunciativa debe sujetarse á lo dispuesto expresamente en el citado artículo. Contribuirán proporcionalmente los legados de la misma especie, comenzando á hacerles soportar la reducción, por los legados de

contribución sólo se aplica cuando los legados son de la misma clase, pues en caso contrario se procederá como lo determinan los

cantidad, después por los de compensación de servicios y así sucesivamente; ambas disposiciones deben completarse.

El presente artículo sólo establece una regla general, sujeta a lo dispuesto en el art. 3795, y por eso únicamente habla de los legados de cosa determinada y de sumas de dinero. Así, el heredero que aceptó la herencia pura y simplemente hace suyas las deudas de la sucesión, y responde de ellas con su propio patrimonio, pero no de los legados, y tiene derecho para hacerlos contribuir al pago de esas deudas. El artículo sólo puede tener aplicación en caso de concurso.

Si el heredero hubiera entregado los legados antes de cubrir todas las deudas de la sucesión, y resultase que ésta se hallare insolvente, puede deducir su acción contra los legatarios para obligarlos a que las paguen con el valor recibido, comenzando por los de cantidad, siguiendo por los de compensación de servicios y finalmente los de cosas ciertas, y entre los de una misma clase, que lo hagan a prorrata de lo que importe lo recibido.

El legatario de cosas particulares ó de sumas determinadas es un acreedor condicional de la sucesión, para el caso en que esta tenga bienes suficientes, y no perjudique las legítimas de los herederos forzosos. Y la razón porque no responden los legatarios que no son de parte alícuota, á las deudas de la sucesión, es porque son acreedores como los demás, sin privilegio alguno, y sólo cobran sus legados, cuando hay bienes en la sucesión.

La obligación de los legatarios de contribuir al pago de las deudas es únicamente, para cuando la sucesión sea insolvente, y entonces se procederá como se establece en el art. 3795. El testador no puede hacer donaciones de lo que no tiene, en perjuicio de sus acreedores, ó de sus herederos.

Demolombe, XVII, 27, defendiendo el principio general de que el legatario de bienes particulares no debe estar obligado á contribuir al pago de las deudas de la sucesión, dice: los demás son una carga de la universalidad de los bienes, y sólo pueden ser obligados por ellas los que recogen la universalidad ó una fracción de la universalidad, y que son *totius juris successores*; y como el legatario particular no recoge sino objetos considerados aisladamente, y su título no fracciona en modo alguno la universalidad misma; luego pues, no debe estar obligado por las deudas. Y esta conclusión, científicamente muy jurídica, es también generalmente conforme con la intención del testador, que al hacer un le-

arts. 3795 y 3798, contribuyendo á prorrata los de la misma especie, ó guardando el orden establecido para los que son diferentes.

gado particular, sin sujetarlo expresamente á ninguna carga, debe presumirse que ha querido que el legatario obtuviese toda entera, la cosa ó valor que él le ha legado...» Puede, sin embargo suceder que las deudas alcancen al legatario particular. Es lo que ocurre cuando los bienes de la sucesión son insuficientes para pagar todos los legados; entonces es necesario reducirlos; porque los legados no pueden ser pagados sino sobre los bienes, y éstos no existen sino deducidas las deudas.—Comp. DE MANTE, III, 206 *bis* II.—Véanse arts. 3062, 3716, 3796 y 3797.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3501.—Pothier, *Success.*, Cap. 5, art. 2, § 3.—Demolombe, tom. 17, n° 27.

CAPÍTULO V

DE LOS EFECTOS DE LA PARTICIÓN

§ 962. — COMO SUCEDEN LOS HEREDEROS

El legislador ha tenido que ocurrir á una ficción, considerando al heredero como al mismo causante, y por eso ha dicho que, *se juzga que cada heredero ha sucedido sólo é inmediatamente en los objetos hereditarios que le han correspondido en la partición, y que no ha tenido nunca ningún derecho en los que han correspondido á sus co-herederos; como también que el derecho á los bienes que le han correspondido por la partición, lo tiene exclusiva é inmediatamente del difunto y no de sus co-herederos (art. 3503);*

(Art. 3503.) Las cuestiones que resuelve en parte nuestro artículo han agitado á los jurisconsultos de todas las épocas. Siempre se ha levantado por delante del espíritu de los hombres de ciencia y de los legisladores este problema que parece insoluble científicamente: ¿la partición hereditaria es sólo declarativa ó translativa de la propiedad? Los juriscopsultos romanos la consideraban como translativa, porque los copartícipes eran recíprocamente los causa-habientes los unos de los otros, como los copermutantes ó vendedores. Y la razón se justificaba, si atendemos á la naturaleza de la partición, en que cada uno de los herederos abandona su copropiedad indivisa en ciertos bienes para obtenerla exclusiva en los otros, en los que sus coherederos abandonan, á su vez la copropiedad que tienen en ellos; es en virtud de este abandono ó renuncia recíproca, que cada uno de los herederos viene á ser propietario exclusivo de la cosa adjudicada, y es por esta razón que deben eviccionarse los unos á los otros. Pero la doctrina contraria prevaleció en el derecho francés moderno, no obstante la opinión de Pothier, en cuya obra se ins-

lo que en la realidad de los hechos falla, porque cada uno se garante su parte, respondiendo de la evicción.

piraron los autores del Código Napoleón, el que reconocía que «la demanda de partición tiende á una especie de enajenación, ó al menos alguna cosa que se le asemeja». Nuestro Código ha adoptado la opinión contraria, decidiendo que el efecto es *declarativo* y no *atributivo* de la propiedad; pero contra esta teoría que ha sido consagrada por la ley, se levantan objeciones que no es posible dejar de consignar, aunque más no sea para indicar las dificultades que trae consigo, á fin de que se tengan en cuenta cuando se reforme el Código.

Aubry y Rau, § 625, nota 1^a, dicen: «los redactores del Código se limitaron, pues, á consagrar lo que la práctica de nuestros antiguos legistas había establecido. En realidad, la partición no es, á decir verdad, ni simplemente declarativa, como una sentencia, ni translativa como una venta ó permuta. No es simplemente declarativa, pues que transforma un derecho indiviso sobre la totalidad de la cosa común, en un derecho exclusivo sobre una parte materialmente determinada de esta cosa. No es verdaderamente translativo, pues que cada copartícipe se encontraba, desde antes de la partición, investido de un derecho indiviso en cada átomo de la porción material que le es atribuida. Parece, pues, tan poco exacto el decir que la partición es translativa, como decir que es declarativa; esta última fórmula queda más atrás de la realidad, y la primera va más allá». Declarando finalmente que la partición es más bien *desinvestitif* que *investitif*, en el sentido que implica menos de la parte de cada uno de los herederos, translación de la propiedad de los objetos materiales comprendidos en los lotes de los otros, que renuncia de la parte de los coherederos al derecho indiviso que les competía sobre los objetos que no le han sido adjudicados en su lote.

Demolombe, XVII, 264, dice: «se enseña generalmente que la partición es por su naturaleza, translativa, atributiva, desde que la regla francesa de la partición *declarativa* (aceptada por nuestro Código) sólo reposa sobre una ficción, como lo prueban los mismos términos del art. 883, que la consagra al decir: cada heredero se reputa, etc. Hemos dicho que esta tesis nos parece demasiado absoluta, y que la partición era, según nosotros, una operación *sui generis*, de un carácter mixto, que podía ser al mismo tiempo considerada, bajo ciertos aspectos como translativa y como declarativa. Que hay, en la partición, cierto carácter de enajenación, es incuestionable. ¿Cómo sería posible explicar de otro modo la garantía y el privilegio que resultan de ella?» Y más adelante, defendiendo la regla consagrada por el derecho francés y adoptada por el

La ficción de que cada heredero ha sucedido inmediatamente al difunto en el bien que le ha correspondido tiene una gran in-

nuestro, de que la partición debe tener efecto declarativo, condensa en tres fundamentos la base de esta doctrina: 1º que ella es el medio más lógico y el único de llegar al objeto esencial de la partición, á saber: hacer cesar la indivisión; 2º que el efecto declarativo es aún la condición indispensable de la igualdad que debe reinar entre los herederos; 3º que la regla de la partición declarativa se nos aparece como la bienhechora salvaguardia de la seguridad de los coherederos, y por esto mismo también, de la paz de las familias y de la buena armonía de la sociedad.

Habiendo indicado someramente las dificultades y fundamentos de la regla adoptada por nuestro artículo, entremos á estudiarlo.

Como lo digimos en el art. 2695, esta regla que tiene su explicación en la herencia, porque cada heredero se encuentra investido de un derecho indiviso sobre todos los bienes desde la muerte de su causante, no puede aplicarse lógicamente en el condominio, y debe ser reformada.

Se juzga que cada heredero sucedió sólo é inmediatamente en los objetos que le han correspondido en la partición; es decir, que la ley por su propia autoridad lo declara heredero en esa parte, y esta ficción no encuentra una satisfactoria explicación, cuando se trata de la responsabilidad de los demás herederos por la evicción. Demolombe, que la combate en el tomo 15, la explica en el 17, diciendo que se funda en la igualdad que debe existir entre los herederos; ¿pero qué igualdad debe guardarse, si cada uno se reputa sólo y exclusivo dueño; si cada uno se supone heredando á su causante como si no hubiera otros herederos? Es que la ficción cede entonces á la realidad! Si no ha tenido derecho alguno en los demás bienes ¿por qué debe responder cuando el coheredero ha sido privado de ellos? La verdad es que ha existido una transmisión, porque su derecho indiviso sobre todas y cada una de las partes de la sucesión se ha condensado en una cosa determinada, y los demás han renunciado ó lo han investido de esos derechos; de ahí viene la obligación de la evicción.

Si el efecto fuera exclusivamente declarativo como el de una sentencia, como el de una renuncia, no habría evicción como no la hay en la transacción cuando se reconoce un derecho que otro se atribuye. El efecto de la división, es el de investir al coheredero de un derecho que antes tenía en parte, y que no renuncian sus coherederos, sino que enajenan desde que responden en el caso que el coheredero fuera privado en parte

portancia, porque *si uno de los herederos ha constituido antes de la partición un derecho de hipoteca sobre un inmueble de la sucesión,*

de esos derechos. Si sólo hubieran renunciado, no estarían obligados á la evicción.

Pero ya lo hemos expresado, un precepto legal sólo debe explicarse en su alcance lógico, y el comentador mostrándolo en toda su fuerza, tiene derecho para indicar la falsedad de él, estudiándolo bajo su faz científica. ¿Por qué si el efecto fuera atributivo, las hipotecas y los demás derechos reales constituidos por uno de los condóminos deberían ser válidos, si por la partición resulta que los bienes hipotecados le han correspondido?

Cuando los bienes se han vendido adquiriéndolos un tercero, no hay caso; pero el juez al otorgar la escritura de enajenación á nombre de los herederos y obligarlos á la evicción, entiende que llegado ese caso cada uno responderá por la parte que tenía en la herencia.

La palabra *objetos* de que se sirve el artículo, indica que habla de los materiales y no de los *créditos* ó *deudas* que se dividen *ipso jure* por la muerte del causante; entrando cada uno en posesión y propiedad de la parte que les ha correspondido, con arreglo á los arts. 3485 y 3486, teniendo derecho para cobrarlos con independencia de los demás coherederos, porque están divididos legalmente. Sostener la teoría contraria sería poner en completa colisión el presente artículo con aquellos otros. Si las acreencias están divididas por la ley, no pueden volverse á dividir por una operación posterior.

La partición que es sólo declarativa como se ha dicho, y aún la considera nuestro Código, no produce en realidad efecto retroactivo, porque la ley supone al heredero entrando en posesión de las cosas, por la muerte del *de cuius*, inmediatamente y sin intervalo de tiempo, y si la herencia le ha correspondido en condominio con otros herederos, la partición sólo viene á condensar, por decirlo así, sus derechos esparcidos sobre todas las cosas de la sucesión, en los objetos que se le han adjudicado.

Y para concluir con esta interesante materia, transcribiremos la opinión de Baudry-Lacantinerie y Wahl que dicen: ¿á qué título cada heredero se encuentra en adelante propietario exclusivo de los bienes comprendidos en su lote? Racionalmente la partición contiene, en lo que concierne á cada copartícipe, una adquisición y una enajenación. Lo que cada heredero adquiere de sus coherederos es el contra valor de lo enajenado en su provecho, de suerte que la partición no es sino un cambio de partes indivisas. Es decir, que la partición es por parte, al

y ese inmueble es dado por la división de la herencia á otro de los co-herederos, el derecho de hipoteca se extingue (art. 3504); por-

menos, translativa ó atributiva de la propiedad. Y respondiendo al argumento de Aubry y Rau de que cada copartícipe se encontraba, desde antes de la partición, investido de un derecho indiviso en cada átomo de la porción material que le es atribuida; dicen con razón á mi juicio, que esta consideración no impide que la división sea translativa; porque si cada heredero es propietario de una fracción indivisa de su lote, no es menos cierto que este heredero *adquiere* la parte indivisa de sus herederos sobre el mismo lote, y *enajena* su parte indivisa sobre los otros lotes. Son de esta opinión LAURENT, X, 395. HUC, V, 438 y LE SELLIER, III, 1782.—Véanse arts. 2068, 2678, 2695, 2697, 3344 y 3504.

Este artículo fué corregido en la expresión «sólo ó inmediatamente; por la de «sólo é inmediatamente».

(Art. 3504.) Una de las consecuencias principales del principio sentado en el artículo anterior, es que los derechos reales constituidos por uno de los herederos sobre uno de los inmuebles de la sucesión quedan sin efecto, si el inmueble ha correspondido á otro de los herederos por la partición ó licitación; porque reputándose que ha sido único y exclusivo dueño desde la muerte del autor de la sucesión, su coheredero no ha podido gravarlo; de donde se deduce, que si lo ha adquirido un tercero en la licitación, el gravamen continúa, porque éste toma el bien en las condiciones en que se encuentra en el momento de la adquisición, y no hay motivo para que se declare extinguido. Podrá libentar la finca comprada depositando el importe del crédito.

El artículo sólo decide una de las hipótesis más generales, cuando uno de los coherederos hipoteca su parte indivisa en un inmueble ¿pero qué sucederá cuando hipoteca la parte que le corresponde en los tres únicos inmuebles de la sucesión? Si alguno de ellos viene á corresponder al heredero por la partición ó licitación, ese bien pasa al heredero con el gravamen que pesaba sobre los demás. Chabot al art. 883 n° 2 que propone esta cuestión la resuelve haciendo una distinción que nosotros no podemos aceptar, cuando las hipotecas son generales ó especiales, porque no hay hipoteca general por nuestro sistema hipotecario; pero agrega más

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3503.—Cód. Francés, art. 883.—Aubry y Rau, § 625.—Zachariæ, § 392.—*Pandectes françaises*, tom. 3, pág. 394.—Vazeille, sobre el art. 883.—Por las Leyes Romanas, la partición era asimilada á la venta. Nosotros sentamos el principio contrario, que resuelve mil dificultades.

que el bien debe pasar libre de todo gravamen, á menos que fuera impuesto por el mismo testador. Si el heredero hipotecante re-

adelante: «si la hipoteca convencional no había sido establecida limitativamente sino sobre algunos inmuebles de la sucesión especialmente designados, y si ninguno de esos inmuebles correspondiese por la partición al heredero deudor, la hipoteca así limitada no podría, según la regla establecida en el art. 2129, ser extendida de pleno derecho á los otros inmuebles», admitiendo implícitamente que cuando alguno de esos inmuebles le correspondiese, respondería por el todo del gravamen. En efecto, ha hipotecado condicionalmente su parte en esos inmuebles designados, y si algunos de ellos cae en su lote, la condición se ha cumplido, sin hacer distinción alguna entre si fué adquirido por licitación ó por la partición; pero como lo hipotecado es su parte indivisa, si por la licitación viniera á adquirir mayor porción en el inmueble, la hipoteca no se extendería á la nueva parte adquirida; por ejemplo, si hipotecada la tercera parte que le corresponde en la propiedad raíz, viniera á adquirir la totalidad por la licitación, la hipoteca quedaría reducida á la tercera parte gravada.

Así como se puede constituir hipoteca sobre cualquiera de los inmuebles de la sucesión, siempre que se sujete á la condición de que valdrá, si el bien le correspondiese en la partición ó licitación, puede hacerse igualmente con los demás derechos reales fraccionarios del derecho de propiedad, como el usufructo, el uso, la habitación y las servidumbres, que se considerarán constituidas, si el bien gravado viene á poder del heredero por la partición ó licitación. Pero si después de la división el heredero adquiriese el bien por cualquier título, la hipoteca no reviviría, porque se considera como que nunca existió. Por eso no juzgo exacta la expresión del artículo cuando dice: «el derecho de hipoteca se extingue», porque en realidad no ha existido, desde que la condición no ha llegado á cumplirse. Con la hipoteca condicional sucede lo que con las obligaciones de la misma especie, pues cuando la condición no se cumple, la obligación no se ha formado, y no se declara extinguida, sino se dice simplemente que no existe. ¿Cómo se extinguiría una hipoteca que no ha existido, mientras la condición no se hubiere cumplido? Apoya esta conclusión la misma nota del Dr. Velez-Sarsfield.

La disposición se presta admirablemente al fraude, y hace casi imposible la hipoteca en esas condiciones, privando á los herederos de ejercer un derecho que les prestaría un gran servicio, si estuviera reglamentado. El prestamista no tiene garantía alguna con esta clase de hipotecas, porque el deudor, de acuerdo con sus coherederos, puede hacerse adjudicar

sulta que jamás ha tenido derecho alguno, no ha podido gravar la propiedad.

otros bienes dejando sin efecto la garantía. Las leyes de procedimiento deberían reglamentar este derecho para hacerlo eficaz, disponiendo que cuando alguno de los herederos hubiese hipotecado su parte indivisa, la adjudicación debe hacerse necesariamente en los bienes gravados en cuanto lo permita la parte que tenga en la sucesión.

Es entendido que en los casos de confabulación ó fraude para perjudicar al acreedor hipotecario, éste puede demandar la anulación del acto, demostrando el fraude, lo que será casi imposible, por la clase de las personas que intervienen, y las vinculaciones de familia que los ligan generalmente.

¿Puede ser vendido el inmueble hipotecado, á solicitud del acreedor hipotecario, antes de la partición? La negativa me parece evidente. ¿Cómo podría venderse un bien que no se sabe si pertenecerá ó no al deudor? Lo que puede embargarse y venderse es la parte que corresponde al condómino deudor, art. 2677, y el comprador de esos derechos reemplazará al heredero. Se han confundido los derechos que corresponden al heredero, con la hipoteca que hubiere dado por su parte indivisa.

Si lo que parece improbable, el mismo deudor rematase su parte indivisa adjudicándosela en la partición, como la condición se ha cumplido, la hipoteca tendrá efecto en la parte que le ha correspondido en la herencia.

El efecto retroactivo que produce la división, haciendo que la cosa adjudicada en la partición, se considere adquirida desde el fallecimiento del causante, es una consecuencia del artículo anterior, que retrotrae la adquisición á ese momento.

El heredero no puede por su voluntad cambiar sus derechos, ni impedir que la división se opere en los términos convenidos por los interesados, por esa razón la hipoteca constituida por uno de los coherederos no sufre alteración alguna, aunque éste hubiera cedido sus derechos, pues el cesionario viene á ocupar el lugar del cedente y toma sus derechos en el estado en que estaban al tiempo de la cesión.

Nuestro Código ha decidido la cuestión suscitada en derecho francés, sobre lo que sucede cuando el inmueble gravado, por la parte indivisa del heredero, viene á ser adjudicado en su totalidad al heredero deudor; unos sostenían que todo el inmueble soportaba el gravamen, y los otros, que sólo se extendía á la parte indivisa de ese coheredero, por cuya doctrina se decidió en el art. 3124.

Cuando un heredero constituyera hipoteca sobre uno de los inmuebles de la sucesión, y por la división ó licitación le fuera adjudicado

§ 963. — DE LA GARANTÍA QUE SE DEBEN LOS HEREDEROS

La realidad se impone en presencia de la ficción, por eso es siempre peligroso crearla, cuando no hay una gran necesidad. Si había conveniencia en crear la ficción de que el heredero forma una misma persona con su causante, á quien sucede inmediatamente en sus derechos ¿por qué extenderla hasta decir, que esos bienes ó derechos los ha tenido exclusivamente de su causante, y que jamás han pertenecido á sus coherederos? La prueba de lo contrario está en que, *los co-herederos son garantes, los unos hacia los otros, de toda evicción de los objetos que les han correspondido por la partición, y de toda turbación de derecho en el goce pacífico de los objetos mismos, ó de las servidumbres activas, cuando la causa de la evicción ó turbación es de una época anterior á la partición (art. 3505)*, demostrando así, que la pretendida ficción de no haber tenido jamás derecho alguno los otros herederos, es

otro, la hipoteca quedaría extinguida según el artículo; no existiría según los principios generales, y esto sucederá con frecuencia haciendo precaria la existencia de este derecho, y perjudicando al mismo heredero que necesita de él para obtener dinero con esa garantía. Será necesario reformar la ley en esa parte. — Comp. DURANTON, VII, 521. MARCADÉ, al art. 883. LAURENT, X, 403 y sig. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, III, 3270 y 3394. — Véanse arts. 2677 á 2679, 2695, 3123, 3124, y 3503.

(**Art. 3505.**) La garantía que los herederos se prestan entre sí es la contra prueba de la inconsistencia de la teoría enseñada en el art. 3503, de que la partición es sólo declarativa y no translativa de la propiedad, y demostramos lo contrario en el comentario á dicho artículo. Demolombe para explicar esta especie de anomalía dice, que es para conservar la igualdad entre los herederos que se divide la sucesión; pero este razonamiento no tiene solidez, si consideramos que si fuera verdad el prin-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3504.—Zachariæ, § 392, y la larga nota 5. —Grenier, tom. 2, n° 546. —Marcadé, sobre el art. 883. —Pothier, *Success.*, Cap. 4, art. 5. —Vazeille, sobre el art. 883. —En contra, L. 6, § 8, *Dig. Comun Divid.*—La partición tiene un efecto retroactivo á la apertura de la sucesión; y se juzga por esto, que cada heredero no ha tenido nunca la propiedad de los otros bienes de la sucesión. La hipoteca, pues, de que trata el artículo, ha sido constituida por el que no tenía ningún derecho en el inmueble.

inexacta, porque si no hubiera enajenaciones de parte de sus derechos, de nada tendrían que garantizarse.

cipio de que cada heredero ha sucedido sólo é inmediatamente al difunto en el bien que le ha correspondido por la partición; que si tiene ese bien directamente del difunto; si no ha tenido jamás derecho alguno en los otros bienes, no hay posibilidad de igualdad entre personas que se consideran como extrañas las unas á las otras, desde que cada una tiene su derecho directamente de su causante, y no por cesión ó renuncia de sus coherederos. La verdad se abre paso y llega triunfante á imponerse con una fuerza irresistible! Todos los herederos en común tienen su derecho del *de cuius* á quienes representan, y como cada uno tiene un derecho indiviso en todas y cada una de las cosas y derechos de la sucesión, derechos que ha traspasado á sus coherederos, así como éstos lo han hecho respecto á uno de ellos, es por eso que están obligados á garantizarse la verdad de esos derechos transferidos.

La garantía que los coherederos se prestan entre sí, no es en verdad la de la *evicción*, como parece indicarlo el artículo, porque como lo hace notar Pothier, *Venta*, 633, y lo confirma expresamente el artículo siguiente, los herederos sólo se garanten el precio que la cosa tenía al tiempo de la evicción, y si no les conviene pagar ese precio, pueden pedir una nueva división por el valor actual de las cosas; mientras en la evicción de que responde el vendedor, no sólo se comprende el precio sino los daños y perjuicios que resulten al vencido por la privación de la cosa. ¿Puede uno de los coherederos citar de evicción á los demás coherederos cuando tiene la certeza de que lo recibido está sujeto á una acción de reivindicación, aunque no se haya entablado la demanda? El Dr. Ilerena, citando á Pothier, se decide por la afirmativa; pero Pothier, *Venta*, 637, dice: «la garantía que tiene lugar entre los que se dividen, tiene de común con la que tiene lugar en el contrato de venta, en que el *solo temor de una evicción no da lugar á ella*». Y Demolombe, XVII, 340, comentando esta proposición dice á su vez: «esta regla nos parece aún generalmente verdadera; y ella resulta en efecto de nuestro art. 884, que hace á los coherederos garantes de las turbaciones y evicciones»; aunque en seguida sostiene que podría presentarse «la hipótesis en que la acción de garantía, ó *al menos* una acción á fin de tomar medidas conservatorias, podría ser formada aún antes de ninguna turbación por uno de los coherederos contra sus coherederos»; proposición que no es admisible por nuestro derecho; porque no se deduce jamás la acción de evicción por el mero temor. El único caso en que el vendedor puede retener el precio, cuando no lo hubiere entregado,

Llegado el caso de evicción del objeto ú objetos que por la partición se han atribuido á los herederos, y de que vinieren á ser

art. 1425, no es, por cierto, de evicción, es un derecho especial que la ley le concede y de que podría usar el coheredero, cuando fuera deudor de un saldo ó del precio de la licitación, como lo admite el mismo Demolombe.

Nuestro art. 2091 es bien terminante: habrá evicción, dice, en virtud de sentencia y por causa anterior ó contemporánea á la adquisición, si el adquirente por título oneroso fué *privado* en todo, ó en parte del derecho que adquirió», de modo que no la hay por el temor de la reivindicación, ni por el convencimiento de que la cosa vendida ó entregada al coheredero no corresponda á la sucesión. Debe haber sentencia privándole de la cosa para que el saneamiento, que es una consecuencia de la evicción, pueda efectuarse. La obligación de salir á la defensa en la demanda no tiene lugar, sino cuando la cosa es reclamada en juicio. El heredero no puede entablar por sí mismo una demanda contra sus coherederos, aunque esté convencido de que la cosa adjudicada no pertenece á la sucesión.

En el caso supuesto por Demolombe, cuando uno de los herederos descubre, después de la evicción, que uno de los objetos comprendidos en su lote, pertenece á otro que lo había depositado en poder del difunto, su derecho se limitaría á denunciar el hecho al verdadero propietario para que lo reclame; pero no podría por propia voluntad despojarse del objeto para demandar su valor de los coherederos, ni demandarlos para que le entreguen su valor.

Otro de los caracteres de esta evicción, que podemos llamar *sui generis*, es que cuando el heredero es privado de la cosa tiene sólo derecho al valor de ella, descontando la parte que tuviere; así, cuando fueran dos herederos, y la cosa de que fué privado valiera diez, su coheredero sólo tendría que devolverle cinco, y los otros cinco quedarían perdidos.

Las turbaciones de derecho de que son responsables y que deben garantizarse los herederos entre sí, son las que tuvieron por objeto la propiedad, ó algún derecho real reclamado ante la justicia, siempre que la demanda tenga por fundamento una causa anterior ó contemporánea, como lo dice el art. 2091, pues de las posteriores, cada heredero debe responder. La garantía no se extiende á las turbaciones de hecho, porque cada uno está obligado á defenderse personalmente contra las violencias de los terceros, ú ocurrir á la justicia sosteniendo sus derechos.

En cuanto á la causa anterior ó contemporánea nos referimos á lo dicho en el tomo V, § 582 en los arts. 2091 y 2095.

privados por una sentencia, ó en los casos en que ésta no fuera necesaria, porque no hubiera derecho que alegar, *la garantía de los co-herederos es por el valor que tenía la cosa al tiempo de la evicción. Si á los co-herederos no les conviniese satisfacer este valor, pueden exigir que se hagan de nuevo las particiones por el valor actual de los bienes, aunque algunos de ellos estuviesen ya enajenados (art. 3506)*, sin que esta nueva división altere el dominio

La evicción no importa una excepción dilatoria, sino un incidente del juicio en lo principal. La citación de evicción no importa tampoco el imprescindible deber del citado para salir á la defensa, sino de responder por el saneamiento, caso de ser vencido el demandado: pero si el enajenante manifestase que no sale á la defensa, el juez puede fallar el asunto.—Comp. LAURENT, X, 436 y sig. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, III, 3395, 3415, 3433 y 3435.—Véanse arts. 2091, 2095, 2140 á 2144, 3284, 3506, 3507 y 3508.

Este artículo fué corregido en la expresión «que les *ha* correspondido»; por la de «que les *han* correspondido».

(Art. 3506.) El Dr. Velez-Sarsfield nos dice en la nota, que ha adoptado la tercera opinión enseñada por Demolombe, XVII, 363, y este autor para apoyarla nos trae el ejemplo siguiente: supone que la cosa de que ha sido privado, se le ha atribuido al heredero por valor de cien mil francos; que á la época de la evicción valía 150 mil ó sólo 50 mil, y dice: es sólo á esos 150 mil que se extenderá la indemnización y de 50 mil en el segundo; porque esa es la pérdida que le ha causado la evicción. Esto es lo que decide nuestro artículo y con justicia, porque el heredero vencido sólo tiene derecho al valor que tenía la cosa de que ha sido privado, ese es su único perjuicio inmediato. Pero debe tenerse en cuenta, que como la cosa de que fué privado ha disminuido el haber total de la sucesión, él debe tomar su parte proporcional en la pérdida. Así, suponiendo tres herederos y que la cosa valia doce, cada uno soportará una pérdida de cuatro, recibiendo de sus dos coherederos sólo ocho.

La segunda parte del artículo es la que presenta graves dificultades; porque el Dr. Velez-Sarsfield, adoptando la teoría de Demolombe en su primera parte, no acepta las conclusiones á que llega este autor al des-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3505.—L. 9, Tit. 15, Part. 6^a.—Cód. Francés, art. 884.—Holandés, 1125.—Napolitano, 804.—De Vaud, 796.—L. 14, Tit. 36, Lib. 3, Cód. Romano.—Chabot, sobre el art. del Cód. Francés.

que los herederos tienen sobre los bienes adjudicados, porque la partición que se hace es para conocer únicamente el valor con

echar el sistema de una nueva partición, reconociendo que tiene una base de justicia, porque busca la igualdad en los lotes de los herederos.

El sistema adoptado por el Código, tiene dos grandes inconvenientes: 1° que no consulta la justicia, desde que entrega al heredero á quien se ha privado de la cosa á la voluntad de sus coherederos, los que le pagarán el valor de la cosa si vale menos, y harán nueva partición si vale más y las cosas adjudicadas á ellos valen menos; 2° que no da una regla uniforme á la que deban someterse todos, una vez ocurrida la evicción; pues no dice cómo debe procederse cuando unos quisieran pagar la indemnización y otros sostuvieran la nueva división.

Supongamos tres herederos á quienes les correspondió doce en una herencia de 36, adjudicándose por ese valor una casa, un campo y acciones de ferrocarril. La casa ha sido reivindicada teniendo un valor de seis en el momento de la evicción, y como las demás cosas conservan su valor, es claro que conviene á los dos coherederos el pagar dos cada uno como indemnización, resultando así, que de una herencia que ha quedado reducida á 24 por la disminución de la casa, en que cada heredero debería recibir 8, el vencido sólo recibe cuatro y los otros dos diez; pero si suponemos que la casa valía 24, en el momento de la evicción, y el campo y las acciones hubieran disminuído en la mitad, valiendo seis cada uno, la herencia quedaría reducida á doce, y es claro que los coherederos pedirán una nueva partición, recibiendo 4 cada uno, perdiendo el vencido 20, mientras los otros sólo pierden ocho. La regla debió regir en todos los casos, ya que se busca la igualdad entre la porción de cada heredero; pero nuestro artículo decide lo contrario.

Aceptando el artículo el sistema de la nueva división que trae tantas perturbaciones, porque los herederos han podido hacer gastos para mejorar las cosas adjudicadas; sin lesionar los intereses de los terceros adquirentes, de los acreedores hipotecarios, etc., se autoriza una nueva partición, ficticia naturalmente, desde que la real está definitivamente concluída, pues la ley no la altera. ¿Cómo debe hacerse esa partición? Supongamos una herencia de 48, dividida entre cuatro herederos; uno de ellos pierde por reivindicación la cosa que valía en el momento de la evicción el doble, es decir, 24. Uno de los herederos cuyo bien ha aumentado de valor á 36, quiere pagar su parte de 6, y los otros cuyos objetos valen los 12 de la adjudicación quieren una nueva división que se formará de los 36, más los 12 de cada uno, formando un total de 60, correspondien-

que cada uno de ellos debe contribuir á pagar la cosa de que ha sido privado uno de los herederos.

do á cada uno 15 que vendría á pagarlos el heredero cuyo objeto vale 36, y más aún, aumentaría el haber de los otros coherederos que recibirían 15 en lugar de 12 que les correspondió. Los Dres. Segovia y Llerena se deciden por la unanimidad, por ser éste el único partido seguro en materia tan grave, dice el primero; pero no participo de su opinión, porque no se trata de una decisión unánime que jamás existiría en este caso, sino de un derecho que cada heredero tiene para encontrar la base de la indemnización que se debe al heredero vencido. La unanimidad es una base de criterio; pero sería imposible encontrarla. Cada uno puede obrar con independencia; así, en el caso propuesto, el heredero que quiere pagar su parte del valor de que fué privado el vencido, la pagará libertándose de toda obligación; el vencido perdió 24, le corresponderá 6; pero los demás quieren la división; en hora buena, se hará tomando por base, no los 36 que importa la cosa del que se opone, sino los 6, que ha recibido el vencido y los 24 de las partes, formando así un total de 30 que se dividirán entre los tres herederos que han quedado, correspondiéndoles 10 á cada uno; como el vencido ha recibido 6, sus coherederos le deberán dos cada uno; de este modo la oposición de uno de ellos á la nueva división no los habrá perjudicado.

La unanimidad no se puede exigir sin una disposición expresa, con tanta más razón cuanto que hiere el derecho de los que se oponen á la indemnización. Lo más jurídico habría sido ordenar la nueva partición, tomando los valores actuales, obligando á todos á realizarla.

La partición debe ser hecha ficticiamente, como lo indica el mismo artículo al decir: aunque los bienes se hubieren enajenado. ¿Cómo podría ser de otro modo, tratándose de bienes que pasan á terceros poseedores? Y en estos casos, se comprende las dificultades de una nueva división, por las mejoras, gastos, etc., que los dueños hubieran hecho en los bienes raíces, y por las transformaciones experimentadas.

La indemnización que los herederos deben pagar debe ser en dinero, porque el artículo dice: será el valor de la cosa, y el vencido no podrá ser obligado á recibir otros bienes hereditarios.

Aquí notaremos un error en el tomo V, pág. 553, línea 20, donde se dice: (*qui este, por y este*), referente á lo que acabamos de expresar.

No se debe agregar á eso valor los gastos útiles que el coheredero hubiera hecho en la cosa, porque tiene derecho á hacérselos abonar por el vencedor.—Comp. DEMOLOMBE, XVII, 362 á 364. LAURENT, X, 446.

Es aplicable á la garantía de los co-herederos por la evicción, lo dispuesto en los arts. 2140 á 2144, salvo las disposiciones espe-

BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, III, 3415 y sig.—Véanse arts. 2140, 2141, 2144, 3405.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3506.—La materia de este artículo presenta las más serias dificultades, y ha dividido la opinión de los jurisconsultos.

Unos enseñan que, para determinar la pérdida que la evicción ha causado al coheredero, es necesario considerar el valor que tenía al tiempo de la partición, el objeto que la evicción le quita, sin tener en cuenta el valor diferente, superior ó inferior, que ese objeto podría tener á la época de la evicción.

Otros creen que es necesario hacer una distinción. Si el valor relativo de los diferentes lotes no ha variado después de la partición, se debe calcular la pérdida que la evicción ha causado según el valor de la cosa á la época de la partición. Si al contrario, el valor respectivo de los lotes ha variado, la garantía debe ser por el valor actual de la cosa; y para saber si, en efecto, el valor respectivo de los diferentes lotes ha cambiado, se le debe reunir ficticiamente en una sola masa y proceder á una nueva estimación, á fin de atribuir al vencido, en la suma de esta estimación, una parte proporcional á su parte hereditaria.

La tercera opinión, que es la que aceptamos, enseña que la indemnización debe ser calculada según el valor que tenía la cosa de que el coheredero es vencido, no á la época de la partición, sino á la época de la evicción.—Toullier, tom. 4, n° 564.—Chabot, art. 884, n° 10. — Belost-Jolimont, sobre Chabot, observación 1.—Duranton, tom. 7, n° 546.—Aubry y Rau, § 625 y nota 38.—Demolombe, tom. 17, n° 363.—Zachariæ, § 392 y la nota 13. Si la indemnización tiene por objeto la pérdida que la evicción ha causado al coheredero, esta pérdida es la del valor actual de la cosa, aunque ese valor hubiese aumentado respecto al que se le dió al tiempo de la partición. Si ha disminuído, el coheredero no tiene de que quejarse, pues se le indemniza la pérdida real que ha sufrido. Se supone también que si la cosa vencida ha subido de valor, habrán subido también las cosas adjudicadas en los otros lotes.

Contra esta última observación hay una objeción verdaderamente muy grave. Es posible, y sucede todos los días, que el valor de una cosa sube, y que el de otras queda estacionado ó baja. Por ejemplo: á un heredero se le ha dado en su parte una finca, y á los otros, ganados. Las fincas pueden haber subido, y bajado el valor de los ganados, ó conservar solo el precio de la adjudicación. Si los coherederos hubiesen de indemnizar el valor actual de la finca, podrían perder toda ó mucha parte de su porción hereditaria, y ganar el coheredero vencido, á costa de sus coherederos. Este, en verdad, es un caso excepcional; pero á fin de evitar la desastrosa consecuencia de la acción de garantía, era necesario ponerle un límite, y es el que determinamos en el artículo: un nuevo cálculo de las partes hereditarias según los valores actuales de las cosas adjudicadas. La materia del artículo ha sido extensamente discutida por Demolombe, en el lugar citado de su obra, y por Vazeille, *Success.*, sobre el art. 885 desde el n° 3.

ciales de este Capítulo (art. 3507), equiparándolos á los vendedores. ¿A qué viene á reducirse el principio del art. 3503, de que cada heredero ha tenido única y exclusivamente su derecho del causante, y que ninguno de sus coherederos ha tenido derecho alguno? Con razón hemos criticado el expresado artículo.

¿Cómo deben responderse los coherederos á la evicción? El **art. 3508**, nos dice: *la obligación recíproca de los co-he-*

(**Art. 3507.**) Digimos que la evicción entre los coherederos se diferenciaba esencialmente de la que tiene lugar en la compra y venta; 1º en que los coherederos sólo pagan el valor de la cosa en el momento de la evicción; 2º que el coheredero vencido debe tomar la parte que le corresponde en la pérdida. Por eso agregamos que era una evicción *sui generis*, que tiene caracteres propios.

Este artículo fué corregido substituyendo las palabras «en el capítulo IV, título *De la evicción*», por las de «en los artículos 2140 y 2141».

(**Art. 3508.**) La obligación entre los herederos es recíproca, dice el artículo, pero esa reciprocidad no comprende una indemnización completa, porque el mismo perjudicado contribuye á formarla, en la proporción de su parte en la herencia. Si suponemos tres herederos entre quienes se haya dividido la herencia, correspondiendo á uno la sexta parte, á otro las dos sextas, y al tercero las tres restantes, en esa proporción contribuirán á evicionarse el objeto de que uno de ellos fué privado, concurriendo éste con su parte proporcional.

La insolvencia debe ser soportada por los solventes de modo que éstos contribuirán á la indemnización; así en el caso propuesto, si al que tenía la sexta parte se le ha reivindicado su parte en la sucesión que se componía de treinta y seis que le fueron adjudicadas, y el que tenía dos sextas partes se encuentra insolvente, la indemnización se hará en esta forma: el heredero que tiene la mitad debe concurrir con ella, el que tiene la sexta parte y que ha sido privado de la cosa, con la sexta parte, y ambos deben soportar la parte del insolvente en la proporción de lo que tienen en la herencia.—Véase el comentario al art. 2142 en el tomo V.

El presente artículo es especial para los herederos, mientras los arts. 2141 y 2142 son generales para todos los copartícipes, y aunque es cierto que establecen el mismo principio; sin embargo no es inútil como algunos creen.

El artículo fué corregido donde dice «*del* que ha sufrido» pues decía «*de* que ha sufrido».

rederos por la evicción, es en proporción de su haber hereditario, comprendida la parte del que ha sufrido evicción; pero si alguno de ellos resultare insolvente, la pérdida será igualmente repartida entre el garantizado y los otros co-herederos, de modo que el heredero vencido contribuirá con su parte á soportar la misma pérdida; así, cuando la pérdida fuera de 24 entre cuatro herederos, corresponderá á cada uno seis, y el garantizado sólo recibirá 18 por toda indemnización; si uno de estos coherederos fuera insolvente la pérdida la soportarán los tres restantes, y el heredero vencido sólo recibirá 16 contribuyendo con 8 á soportar su propia pérdida.

En general, cuando se trata de créditos cedidos, sólo se garante la existencia y legitimidad del crédito, art. 1476, á no ser que la insolvencia fuera anterior y pública; pero esta regla varía tratándose de *los co-herederos que están igualmente obligados á garantizarse, no sólo la existencia en el día de la partición, de los créditos hereditarios que les han correspondido, sino también la solvencia, á esa época de los deudores de esos créditos (art. 3509), y*

(Art. 3509.) El artículo supone que los créditos adjudicados lo han sido como si fueran dinero; pero si en la adjudicación se tuvo en cuenta el peligro, y se rebajó un tanto por ciento de su valor efectivo, los herederos sólo se garantizarán el valor reconocido.

La garantía de la solvencia del deudor es una excepcion al principio del art. 1476, y mi opinión personal es que el presente artículo debía ser la regla, porque la cesión es una venta y el enajenante debía responder de la solvencia, á menos de haberse cedido el crédito como dudoso, aunque se establece lo contrario en el Código.

Se dice que los herederos se prestan la garantía porque no hay una enajenación, sino simplemente una declaración, siguiendo así la idea del Código de que la partición sólo es atributiva; idea que he combatido en el art. 3503; pero que debemos adoptar, aunque el principio en que se funda sea erróneo. Me parece más conforme á los principios del derecho el sostener la garantía de la solvencia, aún cuando se considerase la cesión como una verdadera enajenación.

¿La solvencia se extiende también á las garantías? Me parece inú-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3508. — Goyena, art. 920.—Cód. Francés, 885.—Holandés, 1130.—De Luisiana, 1426.—Napolitano, 805. — Marcadé, sobre el art. 876.

este principio que impone á los herederos una evicción que no rige para el vendedor ó cedente del crédito, demuestra evidentemente que todos y cada uno de los herederos han sido coparticipes en la herencia, y que se garanten la igualdad y proporcionalidad de la división. Y siguiendo las consecuencias naturales de esta coparticipación, *los herederos se deben garantía de los defectos ocultos de los objetos que les han correspondido, siempre que por ellos disminuyan éstos una cuarta parte del precio de la tasación (art. 3510)*; á fin de conservar la igualdad en la división. Y

til la cuestión, desde que los herederos responden de la solvencia del deudor en el momento de la adjudicación. Lo que interesa averiguar es cuando termina la garantía para los créditos adquiridos. ¿Es hasta la adjudicación y aprobación de la partición, ó desde que está en aptitud de cobrar el crédito? Supongamos que el deudor era solvente á la aprobación de la cuenta particionaria, y cae en insolvencia al día siguiente, cuando aún no se le ha dado copia de la división, para poder demandarlo. ¿No responderá la sucesión? El artículo dice, que la sucesión responde de la solvencia en el día de la partición; pero no debe tomarse la expresión en su sentido absoluto; bastará demostrarse que el heredero no ha tenido lugar de ejercer el derecho adjudicado, para que la sucesión sea responsable de la insolvencia. El acto material de la adjudicación no será suficiente para responsabilizar al heredero que no ha podido ejercer su derecho por falta del título donde conste la adjudicación.

Quando es un crédito hipotecario el garantido, responderán por el registro de la hipoteca, ó por la falta de cualquiera de las condiciones porque se declarase nula, siempre que por esa causa el crédito no fuera pagado, resultando que el acreedor fuera insolvente en ese tiempo.—Comp. los autores citados en la nota del DR. VELEZ-SARFIELD.—Véanse arts. 2144 y 3471.

(**Art. 3510.**) Se dijo en el art. 2172 que sólo se concedía la acción redhibitoria entre los adquirentes que no son compradores y vendedo-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3509.—Chabot, sobre el art. 884, n° 6.—Duranton, tom. 7, n° 543.—Aubry y Rau, § 625. El Cód. de Vaud, art. 798, dispone así: «Los herederos están obligados recíprocamente á la garantía de la solvencia de los deudores de la herencia.» Por el Derecho Romano el vendedor de un crédito no es responsable de la solvencia del deudor, ni aun al tiempo de la venta, á menos de intervenir dolo ó pacto especial. Pero hemos dicho que aun cuando haya analogía en la venta con la partición, sus consecuencias no son siempre las mismas.

esta garantía es tanto más necesaria cuanto que los herederos no conocen los bienes, y deben responderse recíprocamente de su

res; pero el presente artículo viene á ser una excepción á aquel principio general; porque la acción redhibitoria tiene por fin dejar sin efecto el contrato, mientras la *quantum minoris* lo confirma, disminuyendo sólo el precio, por el defecto oculto.

El presente artículo es bien claro, los herederos se deben la garantía por el menor valor de la cosa adjudicada, siempre que alcanzase á una cuarta parte de la tasación; pero no pueden dejar sin efecto la partición, luego no tienen la acción redhibitoria.

La razón de este artículo la encontramos en la igualdad que se debe buscar para los herederos, y que sería destruída si no fuera garantido contra una depreciación tan importante por vicios ocultos; por eso dice Demolombe XVII, 343: «se trata de un objeto que no era realmente lo que parecía al tiempo de su estimación; pues hay allí un perjuicio contra el cual la estimación la más rigurosamente exacta no podía defender al coheredero». Así, pues, cuando el vicio no fuese oculto, no habría lugar á la garantía por el menor valor de la cosa. ¿Qué acción es la concedida por este artículo? ¿Es la de evicción, la redhibitoria ó la de *quantum minoris*? No es la de evicción, porque el heredero no ha sido privado de la propiedad de la cosa; tampoco lo es la de vicios redhibitorios, que tiene por objeto dejar sin efecto el contrato, mientras el heredero en este caso no puede anular la partición para hacer otra. Sólo queda la de *quantum minoris*, que confirmando la operación de la partición sólo tiene por objeto el pago del menor valor; pero tampoco es esta la acción en los términos que la concede los arts. 2172 y 2174, pues el mismo coheredero debe descontar la parte que le corresponde en la herencia, mientras el comprador tiene derecho á exigir íntegro el menor valor de la cosa. Así, cuando el coheredero ha recibido una cosa por valor de 40, y resulta que por los vicios ocultos sólo vale 20; si son cuatro herederos, cada uno pagará 5, de modo que el reclamante recibirá 15, contribuyendo con 5 á su pérdida.

Si reputamos que no existe la acción de evicción, es claro que no es aplicable el art. 3513 que señala el término de diez años para la prescripción, y sí el art. 4041 que la declara prescripta á los tres meses.—Comp. DEMANTE, III, 226 bis, III. LAURENT, X, 438.—Véanse arts. 2103, 2104 y 2172.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3510. — Demolombe, tom. 17, n° 343.—Demante. tom. 3. n° 223 bis.

valor; pero si en la tasación se hubieren comprendido esos vicios, no habrá reclamo.

La obligación de la garantía cesa sólo cuando ha sido expresamente renunciada en el acto de la partición, y respecto á un caso determinado de evicción. Una cláusula general por la cual los herederos se librasen recíprocamente de toda obligación de garantía, es de ningún valor (art. 3511), habiendo ido la ley más

(Art. 3511.) Como la evicción *sui generis* que tiene lugar en la partición, es con el objeto de conservar la igualdad que debe existir entre los herederos, á fin de que unos no reciban menos que los otros, y como según el sistema adoptado por nuestro Código, la partición sólo produce un efecto *declarativo* de la propiedad, de ahí se ha deducido la consecuencia, que no se puede renunciar á la evicción sino respecto de casos determinados; que la renuncia general no tiene valor. A mi juicio, esta conclusión se armoniza más bien con la teoría que reconoce en la partición un acto de transmisión de derechos.

Cuando en la partición se hubiese adjudicado una cosa por menos de su valor, expresando que el heredero la toma á sus riesgos y peligros, libertando á sus coherederos de responder por el precio, en caso de evicción, quedarán libertados de la obligación de garantía. En mi opinión, para que la evicción deje de prestarse, debe estipularse expresamente algunos de los casos del art. 2101. Sería de ningún valor la estipulación por la que los herederos renunciaran á prestarse la evicción entre sí, porque esa renuncia es la prohibida por la ley.

La cláusula por la que limitaran los herederos el tiempo de diez años designado en el art. 3513 para la prescripción de la acción de garantía, sería también de ningún valor, porque quien tiene facultad para limitar el tiempo, la tendría para suprimirlo; sobre todo la prescripción es una ley de orden público que los particulares no pueden alterar. Se ha temido, dice Demolombe, que semejante cláusula general, si fuese permitida, concluyese por ser una fórmula de estilo, que viniera á alterar profundamente esa condición de igualdad que es esencial en las particiones y que importa conservar.

Baudry Lacantinerie y Wahl, III, 3411 dicen, que la renuncia debe ser expresa y especial, que no basta que el heredero hubiera reconocido el peligro de la evicción de que estaba amenazada la cosa adjudicada en su lote, porque no se admite, ni presume una renuncia tácita; opinión consagrada en el art. 3512; rechazando con razón lo sostenido por Demolombe, XVII, 335 y 349, que no admite la acción de garantía tratán-

allá de la voluntad expresa de los herederos, sin respetar la libertad de las transacciones. Cada heredero tendrá, pues, que hacer una renuncia especial en el momento de la división.

Y la ley para conservar esa igualdad entre los herederos ha ido hasta garantizarlos, aun en los casos de peligro conocido, al decir en el **art. 3512**: *aunque el heredero hubiese conocido al*

dose de un derecho real existente, sobre un inmueble, en el momento de la partición, habiendo tenido conocimiento el heredero á quien se le adjudica la cosa; porque esta restricción sería la destrucción de la misma regla, pues se sabe que la garantía no se aplica precisamente sino á la evicción cuya causa es anterior á la partición.—Comp. arts. 2097 á 2102 y 2169.

(**Art. 3512.**) El principio consagrado por este artículo establece claramente, que la evicción no se renuncia tácitamente, decidiendo así la controversia suscitada en derecho francés, sosteniendo Demolombe y Duranton, que cuando la carga ó derecho era conocido del heredero no había lugar á la evicción; el Dr. Segovia que sigue esta opinión dice, no hay propiamente evicción ó peligro de evicción en virtud de cargas ó derechos ignorados ó por lo menos dudosos, sino derechos reales conocidos y reconocidos por todos ». Y Demolombe agrega: «cuando decimos que el copartícipe puede deducir la acción de garantía en razón de la declaración deducida por un tercero por un derecho real de usufructo ó de servidumbre... suponemos que la legítima existencia de estos derechos no ha sido conocida de él, al hacerse la partición. Y es evidente desde luego que no habría lugar á garantía, si su existencia hubiese sido *declarada en el acto*, y agregaremos que es siempre mejor y más seguro, en efecto, declararla ». Precisamente es esa la cuestión resuelta en sentido contrario por nuestro artículo; no basta el conocimiento, es necesario que se excluya la garantía por el derecho real conocido. Es claro que si la partición se ha hecho diciendo, que el bien adjudicado reconoce el derecho de usufructo y se le adjudica la nuda propiedad, no habría derecho para reclamar por ese derecho; pero no sucedería así, cuando se le adjudicó la propiedad con alguna carga ó derecho real conocida del que recibe la cosa, sin expresar que los demás coherederos no garanten esa carga; porque entonces no bastaría el conocimiento.

El principio es que no hay renuncia tácita á la evicción en este caso.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3511. — Demolombe, tom. 17, n.ºs 347 y siguientes. Esta es otra diferencia de la venta.

tiempo de la partición el peligro de la evicción del objeto recibido por él, tiene derecho a exigir la garantía de sus co-herederos, si la evicción sucediese; pero debe agregarse, que si expresamente la renunció al tiempo de la partición no se le deberá garantía, porque ha tomado esos derechos en un carácter aleatorio.

En cuanto á la duración de la acción de garantía se prescribe por el término de diez años, contados desde el día en que la evicción ha tenido lugar (art. 3513), sin que haya distinción entre pre-

Se dice que no hay evicción propiamente dicha; pero esto es exacto, sólo en un sentido limitado, porque la evicción no sólo se presta cuando el coheredero es privado de la cosa, sino también en los casos de turbaciones de derecho, art. 2091, como sería cuando un tercero reclamase un derecho real en ella.

Lo que es exacto es que no se concede la acción por el temor de una evicción, como dice Taulier, III, pág. 308, sino por una evicción consumada; es decir, cuando la acción ha sido deducida, como lo sostuvo en el art. 3505.—Comp. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, III, 3411.—Véanse arts. 2106, 2170 y 2171.

(Art. 3513.) Se trata en este artículo de la prescripción de la acción de garantía, y se ha preguntado, por qué el Código se ha separado en esta parte del art. 4023, donde se hace la diferencia entre presentes y ausentes para la acción personal. En mi opinión, la acción de garantía, si bien se funda en una obligación personal, es una creación pura de la ley, en que no ha intervenido la voluntad de las partes, y ha sido concedida sólo para conservar la igualdad entre los herederos, no porque en realidad los unos se hayan obligado respecto de los otros. El legislador no ha debido buscar su fundamento, en una obligación que los herederos han contraído voluntariamente, sino en las obligaciones accesorias de garantía, como la hipoteca por ejemplo, que afianzando la obligación principal sólo la acompañan hasta los diez años, sin distinguir si los acreedores han estado ausentes ó presentes.

De tenerse en cuenta la disposición del art. 3506, en que por razón de la evicción, el heredero vencido y privado de la cosa adjudicada, sólo tiene derecho al valor que esta tenía en el momento de la evicción, y que sólo los demás herederos podían solicitar una nueva división tomando en cuenta los valores actuales.

sentés y ausentes, porque no es el caso de la prescripción de una acción personal, que provenga de un crédito.

En cuanto á la acción de nulidad que se puede deducir, siendo la partición un acto jurídico, como generalmente se la reconoce, no hay razón para tratar especialmente de ella en esta parte, y nos referimos á lo dicho en el tomo III, pág. 302. Puede verse á Aubry y Rau, § 626, donde trata extensamente sobre la nulidad, rescisión y revocación.

El término de diez años debe contarse desde que la evicción tuvo lugar, dice el artículo; pero cuando fuera caso de turbación de derecho, que no diera lugar á una completa privación de la cosa, se contará la obligación de garantía, desde el momento en que tuvo lugar la privación del derecho reclamado. Es entendido, que en todos los casos de evicción deben ser citados los herederos para que concurran á la defensa de sus derechos, si quisieran hacerla, y que no tiene lugar la citación sólo en el caso del art. 2111, aunque conviene el hacerla en todo caso para evitar discusiones.—Comp. AUBRY y RAU, § 625 y DEMOLOMBE, XVII, 371.—Véase art. 3957.

CAPÍTULO VI

DE LA DIVISIÓN HECHA POR EL PADRE Ó MADRE Y DEMAS ASCENDIENTES ENTRE SUS DESCENDIENTES

§ 964. DE LA PARTICIÓN POR DONACIÓN

El legislador, teniendo presente que los padres pueden tener el deseo de distribuir, durante su vida, los bienes que poseen, dividiéndolos entre los hijos, para evitarles gastos, los ha autorizado para que los dividan de dos modos: ó por una donación efectiva, entregando á cada uno lo que le correspondiese, ó bien esa división puede hacerla en el testamento, salvo en ambos casos el derecho para alegar, en el tiempo oportuno, la rescisión ó reducción; así dice el **art. 3514**: *el padre y madre y los otros*

(**Art. 3514.**) Es una partición que no ha entrado aún en nuestras costumbres; pero á medida que se dificulten los arreglos testamentarios que consumen el haber hereditario, los padres se verán obligados á ocurrir á este medio para salvar á sus hijos los bienes que tantos sacrificios les ha costado conservar. Y el grave inconveniente que tiene uno de estos modos de división es la exigencia del art. 3516, que sólo autoriza esta partición por entrega absoluta de bienes, que es necesario desprenderse de éstos pasándolos en propiedad á los herederos; esta circunstancia hará que este medio de división sea precario y poco usado, porque raros serán los padres que en vida quieran desprenderse de todos ó la mayor parte de sus bienes distribuyéndolos entre sus hijos. El otro medio indicado en el artículo es más propio, y sobre todo más práctico, pues autoriza á los padres para hacer estas divisiones por testamento, salvando el derecho de los hijos para atacarlas, y reducir las á sus justos límites, cuando perjudicara sus legítimas forzosas. Creo con-

ascendientes, pueden hacer, por donación entre vivos ó por testamento, la partición anticipada de sus propios bienes entre sus hijos

veniente generalizar este medio, previniendo á los testadores que pueden dividir sus bienes, salvando así los graves inconvenientes que ocurren en nuestros tribunales, sustituyendo á su costosa autoridad, la de los padres que velan por la conservación de los bienes que dejan á sus hijos.

El artículo autoriza al padre, á la madre y demás ascendientes para elegir estos medios de división, pero cuando se tratare de dividir por donación no podrá tener efecto entre los cónyuges que no pueden celebrar contrato alguno. ¿Quién autorizaría una división por donación que el marido hiciera respecto de su mujer aunque fuera heredera? Sería completamente nula, porque va contra la prohibición del art. 1807. Por eso el artículo dice claramente; podrán hacer la partición por donación entre vivos, el padre, la madre y demás ascendientes, excluyendo con razón á los cónyuges el uno respecto del otro. Sólo podrá hacerse la partición por testamento.

La partición por donación no está sujeta á forma especial determinada, ni necesita aprobación de los jueces, ni intervención del Ministerio de Menores, porque es un acto privado del padre ó de la madre en que entrega bienes á sus hijos por donación, dividiendo entre ellos los que tiene al presente. Es claro que esta división puede atacarse cuando perjudique las legítimas forzosas de los herederos al sólo efecto de reducirla á sus justos límites. Siendo una partición autorizada por la ley, que sólo difiere de las ordinarias en el tiempo en que se hace, en nada altera las obligaciones que los unos tienen respecto de los otros por la evicción de las cosas donadas. ¿Por qué uno de los hijos á quien se le reivindicó el bien que le correspondió por la división por donación, se quedaría sin parte alguna? ¿Dónde está la disposición que liberte á los coherederos de responder por la evicción? Si el acto que realizan los padres es una división, como lo dice el membrete del capitulo, no hay razón alguna para libertarlos de la evicción que se deben recíprocamente entre los herederos. Esto no ofrece duda ante la disposición del art. 3535 que expresamente la concede. Pero cuando se trata de herederos que no son forzosos, entre quienes el testador haya distribuido sus bienes, como no hay en realidad división, sino donaciones, porque no tienen derechos reconocidos por la ley, son entonces verdaderos donatarios sin vínculo alguno, extraños los unos para con los otros, y si alguno es privado de la donación, nadie le responderá por la evicción.

El artículo autoriza á los padres para dividir á sus hijos los bienes

y descendientes, y también por actos especiales, de los bienes que los descendientes obtuviesen de otras sucesiones; en este último

que obtuviesen de otras sucesiones, lo que hace suponer necesariamente que esos hijos están bajo la patria potestad, pues, si son mayores ó emancipados, los habrán recibido por derecho propio, y nadie tiene derecho para intervenir en su división.

La división por testamento es la más interesante y en el porvenir está llamada á desempeñar un papel importante, cuando entre en nuestras costumbres, y todos debemos propender á vulgarizarla, á fin de dejar tiempo á los jueces para ocuparse de verdaderas controversias, pues no debían intervenir en estas divisiones de bienes sino en caso de pleito.

La ley faculta á los padres para hacer la división por testamento, de los bienes que dejan á sus hijos á su fallecimiento sean éstos mayores ó menores, estén ó no bajo su potestad. Ha querido substituir la autoridad paterna, cariñosa y previsor, justa y equitativa, á la de los jueces, destinada á presidir una división, impidiendo que unos ú otros reciban perjuicios, decidiendo las controversias que se susciten entre los herederos.

En la división por testamento debemos hacer esta distinción: cuando el testador no tuviese herederos forzosos, la división que hiciere en su testamento, no podrá ser atacada, y cada uno de los herederos podrá pedir la posesión de la herencia exhibiendo el instrumento, art. 3413. Si el testador dividiera sus bienes entre sus hijos y descendientes, la división podrá ser atacada por aquellos á quienes perjudicase en sus legítimas, pero al solo efecto de conservarlas en su integridad, entregando á los perjudicados, el valor que recibiesen de menos. Esta división, como la hecha por donación entre vivos, no está sujeta á la aprobación del juez, ni debe intervenir el Ministerio de Menores, porque la ley ha investido á los padres de una autoridad, de que sin duda usarán, con respecto á sus hijos, con la justicia y equidad que su cariño les inspire. Es más fácil que los jueces cometan una injusticia, equivocándose, y no los padres á quienes el afecto y los lazos de la sangre los hacen inclinarse á una perfecta igualdad, y cuando mejoran á alguno de sus hijos lo hacen inspirados por un espíritu de justicia. Si hay menores de edad, los tutores pueden reclamar de la partición, si sus pupilos resultasen perjudicados en su legítima.

Entre los esposos puede hacerse esta división cuando no hubiese manifiestamente gananciales y se dividieren los bienes propios del testador, en que el cónyuge es heredero necesario, si no está separado, art. 3527. Esta división, como la hecha por donación, no necesita de aprobación judicial, y en comprobación de esta tesis, se puede traer en

caso, sólo cuando los hijos ó descendientes sean menores ó incapaces, pues que siendo mayores son dueños absolutos de lo que heredasen.

apoyo el art. 3515, que al exigir la aprobación judicial, cuando los padres autorizan á los tutores para que hagan las particiones extrajudiciales, indica claramente que no la necesitan cuando la hicieren ellos mismos. —Comp. LAURENT, XV, 4 y sig. DEMOLOMBE, XX, 121, 218 á 224. AUBRY y RAU, § 728, nota 2. Cód. FRANCÉS, art. 1076. GONZÁLEZ, art. 899. —Véanse arts. 3523, 3525 á 3527.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3514. — L. 7, Tit. 1, Part. 6ª. — L. 9, Tit. 15, Part. 6ª.—Cód. Francés, art. 1075. — De Luisiana, 1225.—L. 10, Tit. 36, Cód. Romano. — Novela 107, Capítulos 1 y 3, y véase L. 10, Tit. 21, Lib. 10, Nov. Rec.—La Ley les confiere este poder á los ascendientes como medio de prevenir las diferencias á que podría dar lugar la partición, después de la muerte de ellos: *Ut fraterno certamine eos preservent*, dice la ley Romana. Esa facultad evita también los gastos de división que podría necesitar la minoridad de uno de los hijos. Los padres substituyen su voluntad ilustrada á la decisión de la suerte, puede decirse, para atribuir á cada uno de sus hijos el bien que conviene á su carácter, á su profesión, ó á su posición pecuniaria.

Este poder exclusivamente limitado á los padres y demás ascendientes, no debe confundirse con la facultad de disponer, á título gratuito, que la ley acuerda bajo ciertos límites á todas las personas capaces. No se trata de crear por la voluntad del hombre un derecho de sucesión, sino de regular el ejercicio del derecho de sucesión conferido por la ley. Esta prerrogativa de los padres es ciertamente independiente de la facultad de disponer, pues que ella se aplica aun á la porción de bienes no disponibles.

Sería inútil consagrar de nuevo el derecho que pertenece á todo propietario, de disponer de sus bienes y repartirlos entre sus legatarios; pero en el caso del artículo, los padres reglan la suerte de las legítimas de sus hijos que la ley substraer á su acción. Cuando el que no tiene hijos reparte por testamento sus bienes, hace solamente legados, sin que á estos legados sean inherentes las consecuencias de una partición, si él expresamente no la ha impuesto. Estas consecuencias son: las garantías de los lotes, ó las causas especiales de nulidad ó de rescisión fundadas, ya en la omisión de alguno de los herederos, ya en la desigualdad de las partes atribuidas á cada heredero legítimo, si no hay mejora. Como la división que hacen los padres abraza también la legítima de los hijos, tiene todas las consecuencias de una partición de los bienes, y no las que resultarían de una mera división de la propiedad del testador entre sus legatarios, los cuales no estarían obligados á sanearse entre sus respectivos lotes.

Decimos en el artículo, que también los padres pueden hacer entre sus hijos los inventarios, tasaciones y partición de los bienes que sus descendientes obtuviesen de otras sucesiones. Para esto militan las mismas razones que para la disposición de la primera parte del artículo. L. 10, Tit. 21, Lib. 10, Nov. Rec., ha dispuesto que los padres pueden autorizar á los tutores de sus

La ley ha facultado con el mismo objeto á *los ascendientes que nombren tutores á sus descendientes menores*, (á fin de que) *puedan autorizarlos para que se hagan los inventarios, tasaciones y particiones de sus bienes extrajudicialmente, presentándolas después á los jueces para su aprobación (art. 3515)*; sin que esto

(Art. 3515.) La autorización que los padres den á los tutores para hacer las particiones extrajudiciales presentándolas á la aprobación de los jueces, no se extienden á los demás incapaces, porque son facultades de derecho excepcional, que no pueden ejercerse sino por mandato expreso.

Es cierto que el tutor debe hacer inventario judicial al entrar á ejercer la tutela; y ese deber es una limitación á la facultad concedida por este artículo, y se entenderá que hecho el inventario judicial de los bienes, puede proceder á la tasación y división privada, presentándola al juez para su aprobación. La intervención del Ministerio de Menores es esencial en este procedimiento, y se limitará á observar la igualdad en la división, así como la equidad en las tasaciones de los bienes adjudicados. El tutor, en estos casos, desempeña las funciones de perito tasador y partidor nombrado por el testador, pericia que no puede discutirse aunque las leyes de procedimiento exigen generalmente un título de competencia para desempeñarlo; porque es una facultad que el legislador ha conferido á los padres.

Respecto del honorario que podría corresponder al tutor en tales circunstancias, se estará á lo que decidan las leyes de procedimientos; pero si nada ordenaren, soy de opinión que debe comprenderse en el honorario general del diez por ciento de la renta líquida que le señala el art. 451. Es una misión de suma confianza que los padres le han confiado, y se puede considerar como comprendida en el cuidado de la persona y administración de sus bienes.

En los casos del art. 479, en que los padres pueden nombrar curadores en testamento, no creo que estén autorizados para hacer las divisiones extrajudiciales, porque si bien es cierto que se encuentran en casos casi análogos, como es una autorización de derecho excepcional debe limitarse á los casos expresamente comprendidos en el artículo. — Comp. GOYENA, art. 900.—Véanse arts. 408, 417, 437, 451, 479 y 3465.

hijos para hacer particiones extrajudiciales de los bienes que les dejen; con mayor razón podrán ellos hacerlo de la herencia materna, por ejemplo, que les correspondiere enviudando el padre.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3515.—L. 10, Tít. 21, Lib. 10, Nov. Rec.

importe alterar el procedimiento que las provincias tienen derecho para dictar. Si los tutores no usasen de esta facultad, sea porque se sientan incapaces de hacerlo ó por cualquier motivo justificado, no será una causa para removerlos del cargo.

Cuando los tutores dieran cumplimiento á la voluntad del testador nombrando otras personas para desempeñar esas funciones, como es un acto privado, podrán reformar esas tasaciones ó divisiones, teniendo en cuenta la igualdad entre las porciones de los herederos. En ese caso se abonarán los trabajos á los que han intervenido.

§ 965.—MODO DE HACERSE LA PARTICIÓN POR DONACIÓN Ó TESTAMENTO

Se dijo en las donaciones que para ser efectivas según la legislación vigente, era necesario que el donante se desprendiese por completo de los derechos que tuviera sobre la cosa, traspasándola al donatario, y que sólo se admitía la donación por causa de muerte en los dos casos indicados en el art. 1803, y es respondiendo á esta necesidad que dice el **art. 3516: la partición por**

(**Art. 3516.**) La partición por donación no se funda en una ficción, como algunos creen, sino en la realidad de los hechos. En efecto, el testador divide sus bienes presentes entre sus herederos entregándoles los que posee ó una parte de ellos, esta es la verdad. Si después adquiere nuevos bienes que se deban dividir á su fallecimiento, esa circunstancia en nada altera la partición anterior que hubiere sido aceptada. Es una donación en su forma, pero una división en el fondo, porque si el medio por el que se hace la adquisición irrevocable es la donación, la causa eficiente es la división por la que el ascendiente ha repartido sus bienes á sus descendientes. Si fuera una donación verdadera, no habría razón para que el art. 3525 la limitara á los hijos y descendientes legítimos y naturales. ¿A qué título hace el ascendiente esta donación? A título de partición, porque ha entregado á sus herederos los bienes que debían recibir á su muerte. Pero, se dice, la partición no es un título, no causa enajenación alguna; esto es una ficción que no tiene fundamento, como lo demostré en el art. 3503, va contra la realidad de los hechos, y el presente artículo demuestra la verdad de la observación; porque viviendo el ascendiente no puede decirse que sus hijos lo representan y que todos tie-

donación sólo podrá hacerse por entrega absoluta de los bienes que se dividen, transmitiéndose irrevocablemente la propiedad de ellos.

nen derechos comunes en cada átomo de la herencia. La transmisión del dominio es aquí evidente, y si la forma elegida para dividirse, es la donación, ésta no es sino un título aparente, el verdadero es la división y transmisión.

El Dr. Segovia, que combate esta tesis sostenida por Laurent, dice, que «existe una imposibilidad moral de repartir una herencia, imposibilidad que ningún poder humano puede superar; porque no se puede repartir lo que no existe, y en nuestro caso existe una cantidad de bienes, pero no una herencia!» Reduce así la cuestión á meras palabras. En primer lugar, la ley no habla de dividir *herencias*, porque el art. 3514 se refiere claramente á la partición anticipada *de los bienes* del ascendiente, y no de su herencia que no existe, porque aún vive; no habla de la universalidad jurídica que se llama herencia, y que sólo se traspassa por la muerte. En segundo lugar, habla de división de bienes por donación ó testamento. Son *medios* para llegar á la división; así la donación ó el testamento no son títulos, sino el medio de hacer la partición entre los herederos. Y si la partición puede hacerse, dos, tres ó cuantas vecesquiera bienes el ascendiente y quiera hacerlas, eso no importa afirmar que se dividan en tantas herencias cuantas particiones hubiera, porque sólo se dividen bienes. La herencia como universalidad jurídica sólo existe á la muerte del *de cuius*.

Y la prueba de que es una partición y no una donación, es que se anula por el nacimiento del hijo póstumo, art. 3529; que cada uno puede demandar á los otros coherederos la garantía de las cosas comprendidas en sus porciones desde que ha tenido lugar la evicción, art. 3535. Si fuera únicamente donación, no habría evicción, cada uno sería extraño á los otros.

No creo necesario ocurrir á la ficción de suponer abierta la sucesión, porque esta no se abre sino con la muerte. Lo natural es mantenerse en la verdad; la ley faculta al ascendiente para entregar todos los bienes presentes ó parte de ellos á sus herederos, haciendo una división que debe tener los caracteres de las ordinarias; porque está obligado á colacionar todo lo dado á sus herederos forzosos, art. 3530; por esa razón y para hacerla irrevocable exige la aceptación de todos los interesados. La ley considera la donación como un medio de partición, y en este sentido exige la aceptación de todos; porque si fuera donación únicamente, bastaría la aceptación de cualquiera de ellos para que quedara irrevocable, mientras el artículo exige la de todos.

Esta partición necesita ser aceptada por los herederos, que sean mayores de edad y capaces, cuando haya menores intervendrá el Ministerio pupilar y será aprobada por el juez para que sea irrevocable. La aprobación dada por todos los herederos hace inatacable la partición.

Como la partición por medio de la donación se funda en la entrega efectiva y real de la propiedad de los bienes, de ahí nace la consecuencia forzosa de que *la partición por donación entre vivos no puede ser hecha bajo condiciones que dependan de la sola voluntad del disponente, ni con el cargo de pagar otras deudas que las que el ascendiente tenga al tiempo de hacerla, ni bajo la reserva de disponer más tarde de las cosas comprendidas en la partición (art. 3517);* porque en uno y otro caso podría dejarse sin efecto

Cuando entre los herederos hubiera menores ó incapacitados, deberá nombrárseles tutores ó curadores *ad hoc*: si los menores estuvieran bajo la patria potestad, ó hubiese curadores de incapaces, en ese caso intervendrá el Ministerio de Menores para dar su aceptación. Cuando el padre hiciera la división entre sus hijos menores, la madre no puede representarlos, porque está bajo el poder marital y es incapaz.

La mujer, viviendo el marido, no puede hacer división de sus bienes sin consentimiento de éste, y en caso de darlo el padre podrá representar á los hijos bajo su potestad, porque es su representante legal.

No creo que en la división por medio de la donación entre vivos, los donatarios deban ser considerados en este carácter con relación al ascendiente, y como coherederos en sus relaciones mutuas; porque este doble carácter no nace de la ley, y no podemos crearlo sin necesidad. Lo que la ley ha querido, no es autorizar donaciones, porque todos pueden hacerlas dentro de la porción disponible; su propósito claramente manifestado es dividir los bienes del ascendiente, haciendo irrevocable el acto, y le proporciona el medio de la entrega de los bienes en plena propiedad, debiendo el ascendiente hacer la división, trayendo á colación lo donado anteriormente á sus hijos, y dando á cada heredero una parte igual. Apoyan esta teoría LAURENT, XV, 20, y DEMOLOMBE, XXIII, 10.—Véanse arts. 1792, 1793, 1840, 1843, 3517, 3521 á 3523.

(Art. 3517.) Nuestro artículo, tomado del Código francés, ha tratado de salvar los inconvenientes que presentaba en su redacción algo elíptica, como la encontraba Demolombe.

la división contrayendo deudas por el importe de los bienes divididos.

El legislador ha querido que la división por medio de la donación fuera irrevocable, quitando al ascendiente la facultad de alterarla á su voluntad. Como es una partición definitiva de todos los bienes presentes; como necesariamente debe pasar la propiedad de las cosas donadas á sus herederos, no puede imponer condición alguna que importe una restricción á la trasmisión de la propiedad que se opera por la división, sirviéndole de medio la donación.

Nuestro Código ha cambiado las palabras del art. 945, Cód. Francés, dando mayor claridad al pensamiento al decir: ni con cargo de pagar otras deudas que las que el ascendiente tenga al tiempo de hacerla; en lugar de «las que serían expresadas en el acto de la donación, sea en el estado que deberá estar anexo»; fuera de las deudas que tenía el ascendiente en el momento de hacer la donación, no se puede imponer otras aunque sean determinadas, porque entonces no se consideran como tales deudas, debiendo separarse de los bienes, pues como dice Demolombe, XX, 441: «¿son las deudas determinadas y actualmente invariables? La donación es válida, haciéndose la deducción, al presente y á todo evento, de estas deudas y de esas cargas». ¿Puede tener lugar esta conclusión bajo el imperio de nuestro Código? Sería muy discutible, porque las palabras de nuestro artículo son bien claras, sólo deben pagarse las deudas existentes al hacer la división; pero nada impide que el ascendiente se reserve bienes, y puede hacerlo en esa forma, imponiendo á los herederos la obligación de pagar hasta tal cantidad, en cuyo caso se separará esa cantidad, porque no está comprendida en la donación.

Le es prohibido al ascendiente, como en derecho francés, el imponer la condición de pagar las deudas y cargas *futuras*; es decir, las que el donante pudiera contraer en adelante, porque estaría en su mano dejar sin efecto la división; pero si impusiera el pago de deudas futuras determinadas, se separarían bienes suficientes, no comprendiéndolos en la división, de modo que siempre debieran pagar los herederos únicamente las deudas que tenía al hacer la donación.—Véase lo que digo en el comentario á los arts. 3519 y 3522.

Así, en principio general, se debe sostener que, el ascendiente al hacer la partición no puede imponer la condición de que los herederos le paguen las deudas *futuras*, aunque hubiera determinado la cantidad y dejaren de ser inciertas, pues entonces se separará y no se comprenderá esa cantidad en la donación.—Comp. AUBRY y RAU, § 728, texto y

Otra de las condiciones esenciales de la *partición por donación* (es que) *no puede tener por objeto sino los bienes presentes. Los que el ascendiente adquiriera después, y los que no hubiesen entrado en la donación, se dividirán á su muerte, como está dispuesto para las particiones ordinarias (art. 3518)*, sin que esto altere en lo más mínimo la división hecha por medio de la donación.

nota 2. DEMOLOMBE, XX, 432 y sig. y XXIII, 122, 123, 133 y 134.—DEMANTE, IV, 87 bis. II.—Véanse arts. 1802, 1840, 3518 á 3520.

(**Art. 3518.**) Nuestro artículo dice, que la *partición por donación* sólo debe comprender los bienes presentes; pero se ha preguntado en presencia de esta disposición, que es tomada del art. 1076 Cód. Francés, si la división comprendiese los bienes futuros. ¿Sería nula en su totalidad, ó sólo en la parte que abrazase los bienes futuros? El Dr. Llerena siguiendo á Demolombe, XXIII, 67, sostiene la nulidad de toda la *partición*, mientras el Dr. Segovia adopta la opinión de Aubry y Rau, § 731, texto y nota 14, de que la contravención á esta regla no anularía siempre y necesariamente la *partición*. Por mi parte creo que nuestro artículo, no ofrece las dudas que ocurren en derecho francés, pues dice: «La *partición* no puede tener por objeto sino los bienes presentes», impidiendo así dividirse los futuros ó que no existen; es decir, será nula la de los bienes futuros. Si por ejemplo, se hubieren dividido todos los bienes presentes por iguales partes entre los herederos, y se agregase, se dividirán también por partes iguales los futuros, esta cláusula quedaría nula, pero la división sería válida; por el contrario, si al dividirse los bienes presentes el ascendiente hubiere dado á uno menos parte, adjudicándole los bienes que deberían corresponderle por la muerte de su padre; esa *partición* sería nula, no sólo porque rompería la igualdad entre los herederos, sino porque dispone de bienes futuros que no están en su patrimonio; así dicen Aubry y Rau: «en el fondo pueden encontrarse especies en las que sería posible suprimir de la distribución hecha por el ascendiente, los bienes futuros que se encuentren comprendidos, sin destruir la armonía que debe existir entre los diferentes lotes, y en este caso no habría razón alguna para anular la *partición* por el todo». Esta opinión está de acuerdo con la justicia, desde que suprimiendo los bienes futuros á nadie se perjudica. ¿Por qué declarar nula la *partición* y hacer entrar los bienes en la comunidad para volverlos á dividir? Esta

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3517. — Marcadé, lugar citado. — Toullier, tom. 5, n° 808.—Duranton, tom. 9, n° 623 y siguientes. — Aubry y Rau, § 733.

Como una consecuencia natural de la división por donación, pues el ascendiente se desprende de todos los bienes y no puede

conclusión está de acuerdo en el fondo con la de Demolombe que dice: «la partición forma un todo indivisible, y no se podría distraer los bienes futuros que el disponente ha comprendido en ella, sin destruir las porciones y romper por decirlo así el equilibrio»; pero si se encuentran casos en que pueda hacerse la supresión, sin alterar las partes de los herederos ni romper esa armonía, quiere decir que el autor admite en esos casos la validez de la partición. Además de eso no habría objeto en declarar nula una partición hecha y aceptada por todos los herederos, únicamente por que se hubiera dispuesto de bienes futuros, cuya supresión no alterase la partición.

En cuanto á la segunda parte del artículo debemos decir, que los bienes adquiridos posteriormente á la partición, pueden dividirse por el ascendiente una segunda vez por medio de la donación, y aún una tercera ó cuarta según los vaya adquiriendo, porque no hay ley que se lo prohíba, ni se dice en parte alguna que sólo una vez pueda ejercerse ese derecho, pues la expresión «y los que no hubiesen entrado en la donación se dividirán á su muerte» importa únicamente decir, los bienes existentes á su fallecimiento y que no se hubieran dividido, se partirán como se hace de ordinario en las sucesiones.

En la partición final no se tomarán en cuenta los bienes divididos por donación, y entregados de una manera irrevocable á los herederos; pero en cambio se colacionarán entre los herederos forzosos los bienes recibidos con posterioridad á la división, que no estuvieren comprendidos en ella.

Nuestro artículo decide la cuestión debatida en la jurisprudencia francesa, sobre si en la partición que se hace á la muerte del ascendiente se deben traer á la masa los divididos por donación. Era uniforme la negativa, como lo refiere Demolombe y es la doctrina adoptada por nuestro Código; pero los tribunales franceses se inclinan al presente en sentido contrario y han decidido por la afirmativa, que apoya también este autor, al decir: «es necesario aplicar á los bienes comprendidos en la partición del ascendiente hecha por donación entre vivos, la regla general del art. 922 al exigir que todos los bienes donados entre vivos sean reunidos ficticiamente á la masa, á la apertura de la sucesión del donante para hacer el cálculo de su cantidad disponible. Es lo que ha reconocido la jurisprudencia más reciente, y ha sido consecuente consigo misma; porque este cambio data de la época en que ha comenzado también á reconocerse, que la partición entre vivos no constituye, mientras el ascen-

perjudicar á sus acreedores, se deduce que, *cuando el ascendiente efectúa la partición por donación entre vivos, entregando á los descendientes todos los bienes presentes, los descendientes están obligados al pago de las deudas del ascendiente, cada uno por su parte y porción, sin perjuicio de los derechos de los acreedores para conservar su acción contra el ascendiente (art. 3519)*, deduciendo la

diente existe, sino una donación entre vivos, y que no daría nacimiento á acción alguna sino á la apertura de la sucesión».

Esta nueva teoría me parece más conforme con la verdad de las cosas, y se ajusta á los principios generales del derecho; pero nuestro Código se ha decidido por la antigua doctrina, y debemos considerar cada división por donación entre vivos como definitiva, desde que es aceptada por todos los herederos; pudiendo decir en su apoyo, que la aceptación forma un contrato entre los herederos del que no se pueden separar; que es una partición verdadera, habiendo sido la donación un medio, un modo de realizarla, sin que en realidad exista como tal, sino como división.—Comp. DEMOLOMBE, XXIII, 131.

(**Art. 3519.**) El artículo resuelve una sola hipótesis, cuando la división por donación ha sido de *todos* los bienes presentes del ascendiente; porque si se hubiera reservado otros bienes, los acreedores ejecutarían á su deudor en los bienes que tuviera. Este artículo hace inútil la acción pauliana de los acreedores, desde que sustituye á los herederos en las deudas de su causante obligándolos á pagarlas por su parte y porción.

Se ha preguntado, si los herederos responden por las deudas de su causante, personalmente y con sus bienes propios, como si fueran herederos que han aceptado la herencia pura y simplemente. Me parece que está mal planteada la cuestión; porque poco interesa al acreedor saber en qué carácter se le debe abonar su acreencia; lo que debe conocer es por qué porción le responde cada uno de los descendientes entre quienes se han dividido los bienes, y eso lo dice claramente el artículo; cada uno debe pagar las deudas en proporción de *su parte y porción*, respondiendo por consiguiente en esa proporción. ¿Paga las deudas á título de heredero? No, porque si bien el título por que recibe los bienes es el de heredero forzoso, las deudas las paga en virtud de una *delegación* hecha expresamente por la ley, que le impone la obligación de responder con los bienes recibidos á las deudas que tenía su ascendiente en el momento de dividir los bienes. En lugar de anular la división, ha preferido dividir las

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3518. — Cód. Francés, art. 1076. — Troplong, *Testament*, sobre dicho artículo.

Pauliana en su caso, porque eso importa conservarle sus derechos contra el deudor, que habiéndose despojado de sus bienes no tiene con que pagar las deudas; pero *la responsabilidad de los acreencias* obligando á los herederos á pagarlas con los bienes que reciben. La acción Pauliana puede ser deducida por los acreedores.

No tiene importancia la cuestión de averiguar si recibe esos bienes á título de heredero, porque esa circunstancia en nada altera el carácter de la obligación; sin embargo es á ese título que se han dividido los bienes con sus coherederos; mas se dice: «no se puede heredar á una persona viva»; es cierto; pero la ley faculta expresamente á los ascendientes para dividir sus bienes por donación entre sus herederos, y á ese título los reciben, así es que nadie puede negarles ese carácter. ¿Cómo podría sostenerse que no son herederos forzosos, cuando la ley sólo en ese caso les permite dividirles los bienes presentes? Si la ley por su propia autoridad sólo los hace responsables con los bienes que reciben, á semejanza de los herederos beneficiarios, esa circunstancia no les quita el carácter de herederos. La donación ha sido un medio para dividirse, el título es la herencia; pero la ley impone una delegación al obligarlos á pagar. Se confunde la división de los bienes con la herencia, que no se divide sino después de la muerte, porque no hay sucesión de persona viva. Nadie afirma que se divide la sucesión, sólo se reparten como herederos forzosos los bienes presentes, no la sucesión. Yo diría: el hijo ó el nieto en representación de su padre se dividen los bienes presentes como herederos forzosos, y responden con los bienes que reciben, como los beneficiarios, porque así lo dispone el Código no sólo en el presente artículo sino en diversos lugares, lo que no altera la calidad de las personas ni la distribución de las cosas.

Es cierto que el Dr. Velez-Sarsfield en la nota á este artículo dice, que «el acto de la partición no puede ser mirado como una sucesión verdadera, pues no hay herencia de persona viva»; pero esta conclusión en nada contraría la de que se reciban los bienes á título de heredero. ¿Pues á qué otro título puede tomarlos? Cuando el padre da á su hijo, á cuenta de su legítima, alguna cantidad, éste la recibe á título de *heredero*, aunque la sucesión no esté abierta. El error consiste en creer que la calidad de heredero sólo se adquiere á la muerte de sus ascendientes, cuando ella viene de la ley, que la impone al declarar á los descendientes, herederos forzosos de sus ascendientes.

Los descendientes sólo están obligados por las deudas que sus ascendientes tenían en el momento de la división; pero si se hubieran comprometido á pagar una cantidad determinada de deudas futuras, se en-

endientes por las deudas del ascendiente, no tiene lugar cuando los acreedores encuentran en poder del ascendiente, bienes suficientes para satisfacer sus créditos (art 3520), porque entonces no tie-

tendería reservada dicha suma, y su valor no se comprenderá en la división, considerándose como bienes reservados.

Si bien los descendientes reciben los bienes divididos á título de heredero, como la sucesión no se abre sino á la muerte de su causante, de ahí resulta esta consecuencia importante, que la posesión adquirida por los herederos al transmitirles los bienes divididos, no toma necesariamente los caracteres de la posesión de su causante, de modo que si ésta fuera viciosa, y el heredero tuviera buena fe, puede adquirir las cosas por prescripción; si tiene mala fe, aunque el causante tuviera buena fe, no podrá prescribirla con título. Se dirá, tal vez, que esto sucede porque el descendiente no es heredero; pero no es exacto. En la división por donación ésta es el medio, y como tal se hace la transmisión en el acto de la donación.

¿Qué alcance debe darse á la expresión por *su parte* y porción? Si por ejemplo son cuatro herederos y uno de ellos ha consentido en recibir menos de lo que le correspondía, conformándose con la división ¿deberá responder por la cuarta parte de las deudas, ó sólo en la proporción de lo recibido? Responderá por la cuarta parte, sin consideración en ese caso á lo recibido; porque los acreedores tienen derecho á exigir la parte señalada en la división. — Comp. DEMOLOMBE, XXIII, 136. LAURENT, XV, 74 á 77, y AUBRY y RAU, § 733, texto y nota 6. COLMET DE SAUTERRE, IV, 243 *bis*.—Véanse arts. 1800, 1840, 1852, 3474, 3475 y 3517.

(Art. 3520.) He sostenido que la división era el título y la donación sólo un medio para transferir la propiedad de los bienes entregados por el ascendiente; que existía una verdadera división con todos sus caracteres peculiares, como responsabilidad por la evicción, etc., y el presente artículo viene á confirmarla, salvando á los herederos de toda responsabilidad por las deudas del ascendiente, cuando tiene bienes suficientes para pagarlas.

Los acreedores actuales del ascendiente que divide sus bienes entre sus descendientes tienen tres acciones: 1ª contra su deudor, si éste tiene

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3519.—El acto de la partición no puede ser mirado como una sucesión verdadera, pues que no hay herencia de persona viva. Los hijos ó descendientes no continúan la persona que transmite los bienes, pues que esa persona existe. Sus deudas actuales no pueden ser debidas por los hijos, sino hasta la concurrencia del valor de los bienes.

nen interés alguno en ir contra los herederos, y sin interés no hay acción.

bienes suficientes; 2ª pueden atacar la división por medio de la acción pauliana, dejándola sin efecto en la parte que les perjudique; 3ª de mandar á los herederos subsidiariamente por la parte y porción de los bienes que se hayan dividido.

Cuando el deudor no hubiere conservado bienes al hacer la división, y los adquiriese después al vencimiento de los créditos, los acreedores irán contra esos bienes; no hay, pues, necesidad que *queden* bienes, basta que los tenga cuando las acreencias sean exigibles. La acción de los acreedores es contra el deudor, y sólo cuando éste no tuviera bienes irán contra los herederos. Así, cuando el ascendiente se hubiere reservado bienes y al vencimiento de las obligaciones no tuviere con qué pagar, sólo correspondería la acción pauliana en su caso.

Cuando la partición se efectúa, dice Troplong, *Succes.*, IV, 2310, por un abandono actual y en virtud de una donación entre vivos de todos los bienes presentes, los hijos que han tomado todo el activo del disponente, están obligados á pagar sus deudas, cada uno por su parte y porción. El padre ha apresurado por su voluntad una entrega que no habría tenido lugar sino por su muerte. Y todas las circunstancias indican que al desapoderarse de los bienes lo ha hecho también con las deudas; lo que habría tenido lugar si la muerte hubiera abierto la sucesión... Pero este pago de las deudas, resultante de la naturaleza del acto y de la intención presunta de las partes, no habría tenido lugar, si la partición hecha por el disponente no comprendiese todos los bienes presentes. En semejante caso no podría decirse que ha querido imitar la sucesión *ab intestato*, y se entraría bajo el imperio del principio según el cual el donatario particular no está obligado directa y personalmente por las deudas»; y así es como se explica la obligación de pagar las deudas actuales de sus ascendientes, cuando no se hubiera reservado bienes. Y la razón es obvia, si admitimos que han recibido los bienes á título de herederos y no como donatarios, es á ese título que cada uno las pagará según su parte y porción. ¿Qué importa el hecho de reservarse algunos bienes? ¿Esa circunstancia liberta á los herederos de pagar las deudas de su ascendiente? Así opinan algunos; pero me parece demasiado absoluta tal conclusión, y creo más prudente reducirla á una cuestión de hechos. Si los bienes reservados no alcanzaren á pagar las deudas que tenía en el momento de la división, éstas se dividirán entre los herederos, porque la intención del ascendiente al entregarles los bienes sin dejar los suficientes para pagar las deudas, ha sido de que los tomen

La acción pauliana que los acreedores pueden deducir, cuando el deudor ha quedado insolvente por el acto de la división, está completamente á cubierto por el **art. 3521**, que dice: *la parti-*

sobre sí; cuando por el contrario ha dividido algunos bienes dejando los suficientes para pagar sus deudas, los herederos no deben abonarlas, si al vencimiento de los créditos no tenía como pagarlas, porque ni la acción pauliana podrían deducir, desde que al hacer la división no ha quedado insolvente. En mi opinión, será una cuestión de hechos.

La obligación de los herederos es subsidiaria, y por consiguiente será necesario demandar al deudor, y sólo cuando éste no tenga bienes irán contra aquellos, quienes podrán excepcionarse demostrando que el ascendiente no les ha entregado sino parte de sus bienes, quedándose con los suficientes para pagar las deudas.

Se entiende que la obligación de pagar las deudas que contraen los descendientes por el hecho de dividirse los bienes, comprende únicamente las que tenía en el momento de la división; porque las contraídas posteriormente no les obligan, pues los acreedores han tratado con una persona que no tenía bienes y deben culparse á sí mismos, si no tienen con que pagar.

Si bien la partición es definitiva en cuanto á la trasmisión de los bienes, puede ser atacada por los mismos herederos cuando perjudica á las legítimas; pero este derecho sólo pueden ejercerlo después del fallecimiento del ascendiente, art. 3536.

No estoy conforme con la teoría de Demolombe, XXIII, 142, que considera á los herederos como donatarios con relación á los terceros, y como herederos en sus relaciones entre sí, porque el verdadero título es el de herederos, á quienes ha servido la donación como un medio para adquirir irrevocablemente los bienes; es una partición anticipada que se hace en virtud de la ley, división que no forma parte de la que posteriormente se opera á la apertura de la sucesión. Los acreedores posteriores á la división sólo pueden cobrar á los herederos personalmente su parte en las deudas cuando han aceptado la herencia pura y simplemente; en caso contrario, responden únicamente con los bienes recibidos á la apertura de la sucesión, sin que puedan traerse los divididos por donación. — Comp. LAURENT, XV, 72. DEMOLOMBE, XXIII, 128. — Véanse arts. 961, 962, 3519, 3521 y 3532.

(**Art. 3521.**) Cuando se ha hecho la partición por donación, los acreedores tienen dos acciones para el cobro de sus acreencias: 1ª la ac-

ción por donación entre vivos puede ser revocada por acción de los acreedores del ascendiente, con las solas condiciones requeridas para revocar los actos por título gratuito; porque el deudor no puede perjudicar á sus acreedores quedándose insolvente.

La partición por donación es un acto concluído, en que el testador entrega todos ó parte de sus bienes á sus herederos forzosos; sin embargo, hay casos en que puede revocarse; por eso dice el **art. 3522**: *la partición por donación es irrevoca-*

ción pauliana, demostrando que su deudor al hacer la donación ha quedado insolvente; 2ª reclamar de los herederos el pago de la deuda según la parte recibida en la división. La primera es más eficaz y tiende á no dividir la deuda para que se pague en su totalidad, ejecutando los bienes, y los herederos no pueden oponerse ofreciendo cada uno su parte, porque eso sería obligar al acreedor á seguir tantos juicios como herederos hubiera. Si quieren impedir la anulación deben pagar la deuda en su totalidad, ó afianzarla por el todo, si no estuviera vencida.

Cuando el acreedor hubiera dejado transcurrir el año de la acción pauliana, sólo le queda la acción subsidiaria contra los herederos, quienes pueden excepcionarse demostrando que cuando el ascendiente dividió los bienes no quedó insolvente, ó que no lo era cuando la acreencia fué exigible, habiendo descuidado el cobrarla entonces.

Téngase presente que la división de los bienes entre los herederos es un acto á título gratuito, y basta que cause perjuicio á sus acreedores para que pueda ser revocada llenando las condiciones determinadas en el art. 962.—Comp. DEMOLOMBE, XXIII, 130, LAURENT, XV, 72.

No estoy conforme con los que creen, que en todos los casos en que el ascendiente no haya dejado bienes con que pagar sus deudas actuales, los herederos deban pagarlas en la proporción en que se hayan dividido los bienes; porque si el ascendiente ha adquirido posteriormente bienes y es solvente en el momento de hacerse exigibles esas acreencias, no tendrían tal obligación, pues deben culpar á su negligencia el no haberlas exigido cuando existían bienes.

(**Art. 3522**) He sostenido la teoría de que la partición por donación entre vivos, es una verdadera división que la ley permite, por excepción, á los ascendientes, y el presente artículo no contraría esta opinión. Volvemos en este lugar á repetir lo dicho en los arts. 3516 y 3517, fundándonos en las razones siguientes: 1º si fuera donación, los donatarios,

ble por el ascendiente; pero puede revocarse por inejecución de las cargas y condiciones impuestas, ó por causa de ingratitud; con-

que en este caso son herederos forzosos, no estarían obligados entre sí á la evicción; 2º sino fuera una partición verdadera, los herederos no tendrían derecho para atacarla, cuando perjudicaran sus legítimas, como pueden hacerlo según el art. 3536; 3º si fuera una donación, la ley la habría sometido á todas las condiciones á que el donante puede imponerle, sin necesidad de disposiciones especiales como las que estudiamos; 4º si fuera una donación y no partición, no habría razón para limitar esta facultad sólo á los ascendientes como lo hace el art. 3514; 5º finalmente, que el legislador al autorizar la partición entre vivos, entregando los bienes á sus descendientes, ha debido elegir la *forma* del traspaso y transmisión de esos bienes, y como no podía hacerlo por medio de la venta, el único que quedaba era la donación, que es el modo ó forma de la transmisión, siendo la causa ó el título la división, como lo es el testamento.

Según esta opinión, conforme con las doctrinas del Código, el ascendiente divide sus bienes entre sus descendientes, y según la expresión de Troplong, por su propia voluntad hace la entrega de sus bienes, que no hubiera tenido lugar sino por la muerte, adelantando así un acontecimiento que sólo habría sucedido á su fallecimiento.

Hay, pues, una verdadera división de bienes valiéndose de la donación; si en realidad no dona sus bienes, sino que los divide, esta operación tiene que sujetarse á las disposiciones sobre la herencia, y está regida por el art. 3598, que no permite imponer gravamen á las legítimas de los herederos forzosos. Si esto sucede en la partición por testamento, lo que es de toda evidencia, ¿por qué se haría diferencia en la división por donación que está en la misma categoría?

Esta doctrina no importa una corrección á la ley, porque se ajusta á sus prescripciones, y coloca al ascendiente en su única posición, privándole de imponer á sus descendientes condición ó carga alguna respecto de sus legítimas; ¿pero de qué condiciones y cargas habla el artículo? Debemos referir esa expresión á las mejoras que el ascendiente hiciera dentro de su porción disponible, no á los que correspondan á las legítimas, que no pueden ser gravadas con cargas ni condiciones. La prohibición expresa se encuentra en el art. 3598, y se debe aplicar á la partición por donación, porque es una división anticipada que se le permite hacer al ascendiente; división que está en el mismo caso que la hecha por testamento. Cualquier condición ó carga impuesta á las legítimas será de ningún valor, y sólo subsistirá en lo que se relacione con las

siderándola en este último caso como una donación; porque no sería propio privar á los padres de esos derechos, ya que habiénd-

mejoras. Si los herederos hubieran aceptado las cargas impuestas á sus legítimas, pueden negarse á cumplirlas.

Cuando la revocación se hiciera por causa de ingratitud, dicen Aubry y Rau, § 733, «no priva en general á los descendientes contra los que se ha pronunciado, de su título eventual de heredero. Si vienen á la sucesión, sus coherederos están obligados á dejarles tomar los bienes que formaban sus lotes, cuando el ascendiente no ha dispuesto de ellos; en caso contrario, debe entregar de los bienes hereditarios un valor equivalente; á falta de esto, los herederos pueden provocar una nueva partición de bienes del ascendiente, partición á la que no podrán sustraerse sus coherederos sino renunciando á la sucesión para conservar los bienes que les ha entregado».

Me parece que esta teoría defendida con muy buenas razones por dichos autores, contra Requier y Demolombe que sostienen la anulación de la partición por el todo, no puede aplicarse entre nosotros.

La ingratitud reconoce por causa las que autorizan la desheredación, y si el ascendiente privó á su descendiente de la parte que le había dado y no lo desheredó al morir, quiere decir que usó de su derecho de perdonar, y le permitió entrar en su sucesión con sus coherederos; pero debe tomar la sucesión tal como se encuentra; es decir, disminuida por la división anterior. El ingrato, como una justa pena, fué privado de su parte en esa primera división que era irrevocable, y que únicamente podía ser atacada cuando perjudicase las legítimas forzosas, y sólo después de la muerte del ascendiente; si éste usando de un derecho perfecto castigó su ingratitud, ¿por qué se le volvería á reconocer esa parte de que fué privado con derecho? Porque no ha sido desheredado, se dirá; pero este perdón del ascendiente sólo puede extenderse á permitirle que tome su parte en la herencia que deja, no en la dividida y de que fué privado con justa causa. Sería dar un efecto retroactivo á su silencio. No se puede revocar un acto expreso del ascendiente, fundándose en el silencio posterior que le permite tomar parte en los bienes que quedaren á su fallecimiento. Según nuestro derecho, la partición por donación tiene todos los caracteres de una verdadera é irrevocable división de bienes, que no puede ser atacada sino después de muerto el ascendiente y para salvar la legítima de los herederos forzosos, art. 3536; porque se ha rechazado la teoría de computar los bienes entregados á los herederos para tomarlos en cuenta en la partición que se hace á la apertura de la sucesión; pero si el ascendiente hubiere dispuesto de algunos bienes

dose despojado de todos sus bienes, no pueden desheredar al que hubiese cometido actos indignos.

para mejoras, y se atacasen tales disposiciones, se atenderá únicamente á los dejados para saber la cantidad disponible, pues los demás bienes han salido de su poder, y si al dividirlos entre sus descendientes no usó de su derecho para mejorar, no puede hacerlo en los bienes que dejare á su fallecimiento sino dentro de esos mismos bienes, pues en realidad no tiene otros. Así, cuando el padre ha dividido por donación entre vivos 200 entre sus cuatro hijos, sin disponer del quinto, si á su fallecimiento deja 200, y hace legados por 80, se reducirán á 40 que es su porción disponible de los 200 que han quedado á su muerte.

Por nuestro derecho no se puede aceptar, ni la teoría de Requier y Demolombe que anulan la partición por donación entre vivos, en caso de revocación por causa de ingratitud, ni la de Aubry y Rau, que sostienen la validez, pero obligan á los herederos á entregar al que fué privado de sus bienes por esa causa, esos mismos bienes ó su valor, y en caso contrario á hacer una nueva partición. Estos últimos autores están en la verdad cuando sostienen, que «la revocación por una ú otra de las causas (sólo la admitimos por ingratitud) pronunciada contra uno ó alguno solamente de los descendientes comprendidos en la partición, no hace entrar en el patrimonio del ascendiente sino los bienes que componen sus lotes, y deja subsistir en cuanto á los otros coparticipes el efecto de la transmisión de la propiedad hecha en su favor». Pero no estamos conformes con lo que le sigue y que hemos transcripto anteriormente, y dichos autores no pueden substraerse á la verdad, cuando reconocen en la nota 3 que no tendría derecho á los bienes de que fué privado, cuando la razón porque pronunció la revocación constituyese una causa de indignidad. ¿Y por qué lo sería entonces, cuando fuese por desheredación?

¿Podrá el ascendiente imponer á uno de sus descendientes la carga de pagarle una renta vitalicia, en la división por donación entre vivos? Se debe distinguir: si la mejora que puede hacer dentro de su porción disponible ha sido afectada bajo esa carga, será válida, porque es dueño de imponerle las modalidades que crea conveniente; si por el contrario la renta vitalicia ó cualquier otra carga fué impuesta á las legítimas de los herederos forzosos, sería de ningún valor, porque no admiten condición alguna, y esta teoría es conforme con la que considera la división de los bienes, no como donación, sino como verdadera partición que el ascendiente hace de sus bienes en las mismas condiciones que podría hacerlo por testamento.—Comp. DEMOLOMBE, XXIII, 125. TROPLONG, IV, 2309 y sig. LAURENT, XV, 74.—Véanse arts. 1849, 1864 y 3516.

En cuanto á la *partición por donación debe hacerse en las formas prescriptas para las demás donaciones de esta clase (art. 3523)*, so pena de nulidad, porque en estos casos la forma

Este artículo fué reformado cambiando la palabra *causas* por la de *causa*.

(Art. 3523.) He sostenido que la donación era un medio, un modo de hacer la división autorizada por la ley; que era un privilegio acordado á los ascendientes para dividir á sus descendientes todos ó la mayor parte de los bienes; esta tesis está confirmada por el presente artículo, que considera el acto como una verdadera partición, y si bien exige que tenga la forma de las donaciones, es porque habiendo elegido ese medio de dividirse, deben observarse las formalidades prescriptas para esos actos. Y porque es una verdadera división debe sujetarse á la disposición del art. 1184, n° 2, que impone á las particiones extrajudiciales la forma de la escritura pública cuando pasen de mil pesos, ó cuando en lo dividido haya bienes inmuebles. No obsta el art. 1815 que autoriza la donación de bienes muebles ó de títulos al portador, sin un acto escrito; porque se aplica únicamente á las donaciones, y no á la división, pues en las cosas muebles la posesión vale por título, y aquel á quien se le ha entregado una cosa mueble es dueño de ella, á menos de demostrar que ha sido robada ó perdida. Para que la entrega de los bienes importe una partición es necesario no sólo un acto escrito, sino la escritura pública, pues de otro modo no se probará la división.

Debo agregar, que el art. 1184, n° 2, al hablar de las particiones *extrajudiciales*, no sólo abraza las que se hacen ordinariamente entre mayores de edad, que no necesitan de la intervención de la justicia, sino también las comprendidas en el presente artículo, en que los ascendientes dividen por donación todo ó parte de sus bienes; pues la palabra *extrajudicial* sólo tiene el sentido de toda partición en que no interviene la justicia, porque cuando lo hace las actuaciones judiciales son actos públicos y el único título es la hijuela de adjudicación.

La partición de cosas muebles ó de títulos al portador sólo podrá hacerse en instrumento privado, cuando el valor de los objetos á dividirse no pasare de mil pesos ó no hubiere inmuebles.—Comp. Cód. FRANCÉS, art. 1076. TROPLONG, al art. 1076, n°s 2308 y sig. — Véanse arts. 3514, 3515 y 3516.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3522.—Aubry y Rau, § 728, pág. 216 y 217, 3ª edic.

no es exigida *ad probationem*; y cualquier circunstancia debe constar del instrumento mismo.

Se entiende que el testador tiene el derecho de disponer en favor de sus hijos, así como de los extraños, de la porción que la ley le autoriza para mandas, así dice el **art. 3524**: *sea la par-*

(**Art. 3524.**) Este artículo ha sido mal interpretado por algunos, atribuyéndole un sentido que no tiene; se puede dividir en tres partes: 1^a, el ascendiente puede hacer mejoras de su parte disponible, en la partición por testamento; 2^a, las mejoras deben ser expresas; 3^a, en la partición por donación no puede haber cláusula de mejoras.

1^a La facultad concedida á los ascendientes para disponer de sus bienes haciendo la partición por donación, se encuentra explicada por Bigot-Préameneu al oponerse al art. 56 del proyecto del Cód. Francés, que declaraba nula la partición que los ascendientes hicieran á título de mejoras, en provecho de uno ó varios de sus ascendientes; «hubiera sido injusto, decía, y aún contrario al objeto que se proponía el legislador, el rehusar al padre, que al hacer la partición entre sus hijos, pudiese disponer libremente de una parte de sus bienes, ejerciendo esta facultad en la partición misma; es así que puede evitar las desmembraciones, conservando á uno de los hijos la habitación, que podrá continuar siendo el asilo común, reparar las desigualdades naturales ó accidentales; en una palabra, es en el acto de la partición que podrá combinar mejor y al mismo tiempo realizar, más equitativa y más propia la repartición para hacer feliz á cada uno de sus hijos».

Pero como lo hace notar Demolombe y lo apoyan todos los autores franceses, es necesario tener presente, que si bien la partición y las mejoras se encuentran reunidas en el mismo acto, siempre continúan siendo distintas y sujetas á reglas que les son propias; así la mejora no puede exceder de la parte disponible, y la nulidad de ella no invalida la partición.

Los ascendientes tienen, pues, facultad para hacer mejoras al dividir por testamento sus bienes entre sus descendientes; pero es necesario hacerlo expresamente, porque si sólo declaran que realizan una partición, se tomará como un acto de igualdad que han querido efectuar, y si unos reciben más que los otros, se presume que el ascendiente no ha querido mejorarlos.

2^a De los principios expuestos resulta, que no hay mejora en la partición por testamento, sino cuando expresamente se hubiera hecho, pues, como dice Demolombe, XXIII, 43, si la ley autoriza al ascendiente para

tación por donación entre vivos, ó por testamento, el ascendiente puede dar á uno ó á algunos de sus hijos, la parte de los bienes

disponer en provecho de uno de sus hijos, por mejora, de su porción disponible, al menos quiere que esta disposición haya sido hecha expresamente á título de mejora y fuera de su parte, y, por consiguiente, no puede admitir esas disposiciones de mejoras simplemente tácitas, que se quisiera inducir de la desigualdad de los diferentes lotes. . . Es necesario que el ascendiente tenga el valor de sus preferencias; eso es lo que el legislador ha querido con mucha sabiduría». Pero debemos decir, que por nuestro derecho, como por el francés, la división es inatacable cuando no perjudica la legítima de los herederos forzosos; así, por ejemplo, si el ascendiente tiene cuatro hijos y deja una fortuna de cien mil pesos, siendo su porción disponible de veinte mil, si á A, le ha adjudicado 15 mil, á B, 30 mil, 20 mil á C, y 35 mil á D, sin expresar que lo hace á título de mejora, la partición se anulará dando á cada uno 25 mil; si, por el contrario, expresó que mejoraba á B, y á D, en el quinto de sus bienes, la partición sería válida, reduciéndose la parte de D en cinco mil, para completar la legítima de A. Por eso se dice, que la disposición por la parte disponible debe ser expresa y no habrá hecho que la presuponga, ni tendrá valor el exceso sobre la parte disponible.

3ª Después de lo dicho ¿qué alcance tiene entonces, la última parte del artículo, cuando dice: en la partición por donación, no puede haber cláusula de mejora? Seguramente que la intención del legislador no ha sido impedir á los ascendientes el hacer mejoras en la partición por donación de su porción disponible; porque habría impuesto una especie de pena por un acto de generosidad y desprendimiento; lo que ha querido expresar es, como dice Demolombe, XXIII, 43, «que cualquiera que fuera la desigualdad que el ascendiente hubiera establecido entre los diferentes lotes, y aunque ella fuera tan flagrante que atestiguara evidentemente su voluntad de mejorar á uno de sus hijos en detrimento de los demás, no habría en ese acto, ni una donación entre vivos, ni un legado por mejora, si en efecto el ascendiente no hubiera declarado donar ó legar la diferencia. No habría sino una partición; y esta desigualdad, si constituyera una lesión de más de un cuarto (un quinto entre nosotros) en perjuicio de uno de los hijos, le daría una acción de rescisión. Se podría á primera vista admirarse tal vez. El ascendiente que hace una partición entre sus hijos, no tiene necesidad de dispensar de la colación á los que quiera mejorar: la colación no se hace sino á la masa; no es sino un incidente de la partición, pues precisamente no hay masa; no hay partición á hacer desde que el ascendiente la ha hecho; luego, pues, la necesidad

de que la ley le permite disponer; pero no se entenderá que les da por mejora la parte de que la ley le permite disponer con ese ob-

de una dispensa de colación ó de una cláusula de mejora, que se concibe en una donación ó legado ordinario, parece difícil de justificar en una partición de ascendientes». Por eso nuestro artículo, que se ha inspirado en las conclusiones de este autor, ha expresado perfectamente el pensamiento al decir: no puede haber cláusula de mejora en la partición por donación.

Contra mi costumbre, he hecho esta larga transcripción, para disipar las dudas suscitadas por algunos autores, entre nosotros, explicando lo que han creído una especie de contradicción entre la primera y la última parte de este artículo.

Así pues, se entenderá el artículo de este modo: 1º el ascendiente puede dar á cualquiera de sus descendientes una parte ó el todo de su porción disponible; 2º si la parte que diere, fuese por división entre vivos, se entenderá que es por partición y no por mejora, porque no hay cláusula de mejora en este modo de dividirse, ni el ascendiente necesita expresar por qué establece esa desigualdad; 3º que cuando la división se hace por testamento, no se entenderá que mejora á ninguno de sus hijos, si expresamente no lo manifestare; 4º que la desigualdad establecida en el testamento, adjudicando á unos mayor parte que á otros, no se mantendrá, si el testador no ha dicho que lo mejora en esa parte; porque el legislador ha querido que el ascendiente tenga el valor de sus preferencias, pues no hay mejoras tácitas; 5º que el exceso de su porción disponible, no sea tomado en cuenta, y la disposición debe reducirse á ésta, cuando hubiere mejorado á alguno de sus descendientes, por una parte mayor de la concedida por la ley; 6º que en la partición por testamento puede el ascendiente disponer de su porción disponible ya sea por mejora ó legado á sus descendientes, ó por legado á extraños.

Se ha preguntado si la ventaja indirecta que resulta de la manera como se ha hecho la partición, y de la desigualdad de los diversos lotes, puede ser objeto de una disposición hecha expresamente por mejora; por ejemplo, el testador ha declarado que si se encuentra alguno de los lotes de mayor valor que los otros, la diferencia la da como mejora. ¿Semejante cláusula se entiende una mejora, en el sentido de la ley? Demolombe la resuelve por la afirmativa, y acepto sus conclusiones, agregando, que nuestro artículo permite tal cláusula, desde que sólo exige se exprese que es por mejora lo que se da.—Comp. DEMOLOMBE, XXIII, 43 y 44. CHABOT, al art. 843. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, III, 2735, 2739, 2784, 2797, 2834 y 2835.—Véanse arts. 1805, 1831, 3484, 3536 y 3605.

jeto, si en el testamento no hubiere cláusula expresa de mejora. El exceso sobre la parte disponible será de ningún valor. En la partición por donación, no puede haber cláusula de mejora; porque como se explica en el comentario, no tiene necesidad de ocurrir á este medio, desde que hace efectiva la mejora.

El privilegio que la ley concede para dividir los bienes antes de su muerte, sólo puede ejercerse en casos muy limitados, así dice el **art. 3525**: *la partición, sea por donación entre vivos, sea*

(**Art. 3525.**) Este artículo viene á confirmar lo que dije en el art. 3514, de que la partición por donación no podía tener lugar entre los cónyuges; pero los Dres. Segovia y Llerena insisten en sostener que también debe comprenderse, sin dar razón alguna, para ir contra el mandato expreso de la ley. El primero dice: «la *omisión*, aquí como al tratar de la desheredación, se debe á que en la legislación francesa, seguida generalmente por nuestro Código, los cónyuges no son herederos forzosos», y el expositor se convertiría entonces en corrector de la ley, permitiéndose llenar lo que él entiende por omisiones, y que son negativas de ciertos derechos, que no se pueden establecer sin una disposición expresa. Se podría admitir sin grave dificultad, que el ascendiente hiciera la partición por testamento, comprendiendo á su cónyuge, porque se trata de un beneficio que éste recibe, libertándose de una costosa liquidación, y porque el art. 3527 la impone como necesaria, cuando no hubiera gananciales; pero no es posible admitir la partición por donación entre vivos. ¿Cómo el marido podría donar á su mujer bien alguno? Por eso el art. 3526 la prohíbe expresamente, cuando la sociedad conyugal continúa con el cónyuge vivo. No sólo no hay *omisión*, como lo cree el autor citado, sino imposibilidad legal de comprender al cónyuge en la partición por donación entre vivos. Es sabido que mientras viven marido y mujer forman una misma persona, y que aún cuando estén separados de hecho ó divorciados no pueden celebrar contrato alguno.—Véase lo que dije en el art. 3514.

El derecho de representación se extiende al hijo natural del hijo *legítimo*, porque éste es heredero forzoso de su padre; pero no entrará á representarlo el hijo natural del hijo natural, que no es heredero del abuelo, y únicamente puede concurrir á la sucesión de éste cuando su padre hubiera existido en el momento de fallecer el abuelo; porque en ese caso encuentra en la sucesión de su padre los derechos que á éste han correspondido en la de su propio padre, y que ha adquirido por el hecho de existir al tiempo de su fallecimiento.

por testamento, sólo puede tener lugar entre los hijos y descendientes legítimos y naturales, observándose el derecho de representación, para concurrir en el mismo lugar y grado que el fallecido, el indigno ó el desheredado, en cuyo lugar vienen á tomar parte en la herencia.

En cuanto al modo como los padres deben hacer la partición el **art. 3530**, dice: *para hacer la partición, sea por donación ó*

El presente artículo ha podido condensarse en el art. 3514 agregándole la expresión de «naturales y el derecho de representación», habiendo ganado en claridad aquel artículo.—Comp. LAURENT, XV, 7, y AUBRY y RAU, § 730.—Véanse arts. 3514, 3527 y 3549.

(**Art. 3530.**) El principio general es que todo lo donado por el padre á sus hijos deben colacionarlo á la masa de los bienes, y sólo cuando han sido dispensados de esta obligación, y lo donado entrare en la porción disponible del testador, no deberán la colación.

En la división por testamento, el ascendiente formará un todo con los bienes presentes y con los donados á sus descendientes, dividiéndolos entre sus herederos forzosos, y puede mejorarlos en la parte recibida, dispensándolos de la colación, si entraren dentro de su porción disponible.

¿Es de absoluta necesidad que se haga la colación, de modo que será nula si no hubiere tenido lugar? Supongamos que un padre ha donado en vida á uno de sus cuatro hijos, la suma de veinte, y en la división de sus bienes que hace en el testamento no comprende esa cantidad, y divide los 80 de su fortuna, dejando á cada uno 20 y dispensando de colacionar lo recibido por el donatario. ¿Sería nula esta partición? No lo creo; porque el objeto que se ha propuesto el legislador al obligar al ascendiente á colacionar los bienes donados, es no alterar la igualdad que debe existir entre los herederos; pero no de impedirle que haga mejoras dentro de su porción disponible. Si lo donado excediera á la parte de que puede disponer libremente, la división no se anularía, sería el caso de reducirla para que no perjudique la legítima de los herederos forzosos. Pero si al hacer la división no hubiera dispensado de colacionar lo que dió á uno de los herederos, no se entenderá que es mejora, porque para que ésta exista es necesario que sea expresa, art. 3524.

En la partición por donación no hay necesidad de cláusula de mejora, pues el ascendiente puede distribuir sus bienes en partes desiguales, sin necesidad de expresar que mejora á los que reciben mayor porción; porque los herederos sólo pueden atacar dicho acto, cuando no salvara sus legítimas.

por testamento, el ascendiente debe colacionar á la masa de sus bienes, las donaciones que hubiese hecho á sus descendientes, observándose respecto á la colación lo dispuesto en el capítulo III de este título.

§ 966. — CASOS EN QUE LA PARTICIÓN SE ANULA, RESCINDE
Ó REDUCE

Para que la partición que los padres están facultados á hacer, sea válida y produzca su efecto, es necesario que el testador sea dueño exclusivo de los bienes de que dispone, por esa razón dice

Troplong, IV, 2313, propone la cuestión en esta forma: «las donaciones como avance del haber, ¿son tales que los bienes se deban considerar como enajenados? O al contrario, ¿se deben contar entre los bienes presentes sujetos á la partición? Para responder á esta cuestión es necesario distinguir entre las donaciones hechas por mejoras y las donaciones sin cláusula de mejora. Respecto de las primeras, el padre, al hacer la partición de sus bienes debe considerar como definitivamente adquiridas las ventajas por mejoras que hizo á uno de sus hijos. No puede por su propia voluntad, privar al hijo lo que le ha dado irrevocablemente antes de toda partición. Lo mismo que la mejora está fuera de la partición de la sucesión abierta por la muerte, del mismo modo está fuera de la mano del padre que hiciera una partición anticipada. Sería otra cosa, si el hijo mejorado consintiera en la igualdad, aceptando conscientemente y con conocimiento de causa, la nueva posición que le hace su padre: su condición sería reglada por su propio hecho. En cuanto á las donaciones que no tienen el carácter de mejoras, el padre que quiere operar una partición completa debe colacionarlas á la masa y hacer la partición comprendiendo esas donaciones». Creo que por nuestro derecho podemos dar idénticas soluciones, porque como se habrá visto, nuestro artículo ha sido tomado de esta última parte. Sin embargo, me creo obligado á hacer esta distinción: si las donaciones fueron hechas antes de la partición, con cláusula de mejora, deberá dispensar al heredero de la colación; si el testador ha guardado silencio, la colación tendrá lugar y la partición no se anulará; pero se reducirá la porción asignada. — Comp. VAZEILLE, III, al art. 1079, n° 4. CHABOT, al art. 843. TROPLONG, IV, 2313. GENTY, *Part. de ascendientes*, n° 14, pág. 134. — Véanse arts. 3469 y 3476.

el **art. 3526**: *la partición por el ascendiente entre sus descendientes, no puede tener lugar cuando existe ó continúa de hecho la*

(**Art. 3526.**) Dijimos que la partición por donación entre vivos no podía tener lugar entre los cónyuges, porque no pueden hacerse donaciones, ni existe posibilidad de contrato alguno; ahora agregaremos, que ambos cónyuges pueden reunirse para hacer entre sus descendientes una partición por donación, siendo capaces de enajenar sus bienes por título gratuito; por consiguiente no lo podrán hacer el menor emancipado, ni la mujer menor de edad.

La partición por testamento no podrá tener lugar, porque ambos cónyuges no pueden hacer testamento en el mismo acto, art. 3618; resultando un impedimento de forma.

Se pregunta, si los esposos pueden dividir los bienes de la comunidad entre los hijos que hayan tenido uno ú otro, ó los dos de los matrimonios precedentes. Y no vemos inconveniente alguno, siempre que se proceda como dice Genty, dividiéndolos en dos líneas. Así, los hijos comunes deberán recibir con los otros la parte que le correspondería como en el caso de fallecimiento de los padres, y los de cada uno, los bienes propios que hubieren heredado, y en los que no tendrán parte sus otros hermanos.

Supongamos que uno de los esposos no quiere hacer la división por donación entre vivos, ¿podrá hacerlo el otro? Demolombe, XXIII, 86, contesta acertadamente diciendo: «ciertamente que no! según nosotros, ni el marido ni la mujer, en este sentido, que ni uno ni otro pueden por donación entre vivos, ni por testamento, disponer de su mitad de los bienes de la comunidad indivisa, aun subsistente», y yo agregaré, que ni pueden disponer de los bienes propios para dividirlos entre los descendientes, privando á la sociedad conyugal del usufructo que tiene sobre dichos bienes; sin embargo, me inclinaría á pensar, que no puede negarse al marido, administrador de los bienes del matrimonio, la facultad de disponer de los propios en favor de sus hijos, pero no haciendo división, sino como adelanto á sus legítimas; porque la mujer no puede ser comprendida en la partición por donación.

Si uno de los cónyuges quiere hacer la división por donación y el otro por testamento, tampoco podrá tener lugar; porque ambos deben concurrir para hacerla por donación, y no hay posibilidad de realizarla por testamento.

Nuestro artículo comprende un solo caso: cuando existe la sociedad conyugal, ó cuando hubiere fallecido uno de los esposos y continuara con sus herederos; este último caso sólo puede tener lugar cuando el

sociedad conyugal con el conyuge vivo ó sus herederos; porque no puede dividir sus bienes sin saber cuales le corresponderá en la

cónyuge sobreviviente no hubiere hecho inventario y continuara en una sociedad de hecho; decidiendo así una de las controversias suscitadas en derecho francés.

¿Cuáles son los casos en que la sociedad conyugal puede continuar de hecho? 1º, cuando los cónyuges estuvieren separados por su propia voluntad, y el marido continuase con la administración de los bienes; porque si el divorcio se hubiere pronunciado quedando el marido como administrador, la sociedad continuaría legalmente; 2º, si muerto uno de los cónyuges, el sobreviviente continuara con la administración sin hacer división. En el primer caso el marido no es dueño de los bienes que corresponden á la sociedad conyugal, y no puede disponer de ellos, sin la concurrencia del otro cónyuge. En el segundo los bienes están confundidos é indivisos, y no puede disponer como propios de lo que pertenece á los herederos del fallecido.

Nuestro artículo se ha decidido por la doctrina aceptada por varias Cortes francesas y combatida por Demolombe, de que la partición entre los descendientes puede hacerse cuando haya cesado la sociedad conyugal por la separación de los bienes del matrimonio. ¿Qué inconveniente existiría para que el esposo, sobre todo, distribuyera sus bienes entre sus hijos? Pero como la mujer separada de bienes no puede enajenar los inmuebles sin permiso del juez, art. 1302, ¿necesitará autorización de éste para dividir sus bienes por donación entre sus hijos? Si buscamos el espíritu que ha presidido la prohibición de enajenar impuesta á la mujer separada de bienes, que no está sujeta á la potestad marital, y que hemos criticado al examinar el art. 1302; si comparamos esa restricción con la facultad acordada por el art. 3514 para dividir sus bienes entre sus descendientes, veremos que la prohibición de no enajenar se refiere á las ventas ó donaciones hechas á los extraños, y que no debería extenderse á la entrega anticipada hecha á sus hijos que deben tomar esos mismos bienes á su fallecimiento. ¿Por qué impedir á la madre separada de bienes que haga la distribución de sus bienes entre sus hijos? Por mi parte creo que la división por donación entre vivos hecha por la madre sería válida, y que no necesita autorización judicial.

Demolombe, XXIII, 88, propone la cuestión siguiente: si uno de los esposos que no podía hacer la partición sin el concurso del otro, la realizara sobre la mitad de los bienes que le correspondían, una vez fallecido, ¿podría el sobreviviente validarla por la confirmación? Y la resuelve por la negativa, siguiendo los principios expuestos, y que son contrarios

liquidación; por eso dice el **art. 3527**: que *no habiendo manifestamente gananciales en el matrimonio, la partición por testa-*

á los que he sostenido en este comentario. Si he admitido que los cónyuges pueden dividir sus bienes por donación entre vivos, una vez separados de bienes, pues cada uno es dueño exclusivo de ellos, salvo los casos en que el inocente hereda al culpable, ¿por qué se negaría al sobreviviente el derecho de conformarse con la división hecha por el fallecido? Según la doctrina sostenida en los arts. 1047 y 1048 no hay por el Código nulidad absoluta ni relativa, sino actos nulos y anulables; y los arts. 1060 y 1061 nos muestran que todos los actos nulos pueden confirmarse una vez que haya desaparecido la causa que los anulaba.

Disuelta la comunidad por la muerte de uno de los cónyuges, ¿puede el sobreviviente dividir todos los bienes entre sus descendientes por donación entre vivos? Nuestro artículo se decide por la negativa, y se explica perfectamente tal resolución, porque el padre ó la madre sobreviviente no pueden disponer de bienes que no les pertenecen; mientras no hagan cesar la sociedad no pueden saber cuales son los propios y los que son de sus hijos; sin embargo, opino que no se debe tomar en absoluto esta prohibición; porque si suponemos que todos los hijos son mayores, y el cónyuge sobreviviente les entrega por donación entre vivos, tanto los bienes que les corresponden por herencia del premuerto, como los propios, y fuera aceptado por los hijos, ¿qué inconveniente habría para que se aceptara? No habría razón para anular la partición fundándose en los términos literales del artículo; porque además de la partición en sí, hay un contrato entre los herederos mayores que están obligados á respetar. Y varias Cortes francesas se han decidido por la validez de la partición; pero como dice Demolombe, son decisiones en casos especiales, que no se podrían ofrecer como precedentes dignos de seguirse. — Comp. AUBRY y RAU, § 731, notas 1 y 2. DEMOLOMBE, XXIII, 80 y sig. — Véanse arts. 1291, 1807, n° 2, 3527 y 3528.

(**Art. 3527.**) Este artículo viene á demostrar la verdad de la teoría sostenida en el art. 3514, de que uno de los cónyuges no está facultado para hacer división por donación entre vivos sin el consentimiento y concurrencia del otro, porque no pueden contratar, ni hacerse donaciones; más aún, para hacer la división por testamento uno de los cónyuges, es necesario que no haya gananciales, porque de otro modo dispondría de lo que evidentemente no le pertenece.

¿Será nula la partición por testamento, cuando se hubiere omitido á alguno de los descendientes? Así lo dice expresamente el artículo siguiente.

mento debe comprender no sólo á los hijos legítimos y naturales, y á sus descendientes si aquéllos no existen, sino también al cónyuge sobreviviente, que entrando en este caso como heredero forzoso no tiene parte alguna como socio, desde que no existen gananciales; así es que la división por testamento es permitida existiendo cónyuge, cuando el que divide los bienes es el único propietario de los que existen.

La partición se anulará en los casos siguientes:

1º Si la partición no es hecha entre todos los hijos legítimos y naturales, que existan al tiempo de la muerte del ascendiente, y los descendientes de los que hubiesen fallecido y el cónyuge sobreviviente en el caso del artículo anterior, será de ningún efecto

El artículo autoriza á hacer la división por testamento cuando no hubiere *manifiestamente* gananciales; lo que reduce la facultad concedida á una cuestión de hecho y de apreciación del cónyuge. ¿Sería nula la división, cuando habiendo creído que no había gananciales, resultare que existían? No lo creo; será cuestión de hecho, y se mantendrá la división, si resultare que el testador ha tenido razones fundadas para creer que no existían gananciales al tiempo de hacer el testamento; pero en ese caso deben separarse los bienes que resulten ser propios del cónyuge sobreviviente, y que por error se hubieran tomado como propios.

La obligación de comprender en la división á todos los que sean herederos forzosos, no se extiende naturalmente al que hubiera sido desheredado en el testamento, porque lleva la causa expresa de su exclusión. Pero ¿qué se resolverá con relación al que hubiera sido olvidado, y resultase indigno? Se debe tener presente, que la indignidad es una desheredación que viene de la ley, interpretando la probable voluntad del testador, y que este puede perdonar cuando conoce las causas. Si la indignidad es desconocida del testador, ó si fuere posterior al testamento ó al fallecimiento, como en el caso del art. 3292, separado por inadvertencia el excluido por indigno, la partición no se alteraría; por consiguiente no se debe comprender al indigno en la disposición del artículo.

Cuando después de la partición por testamento hecha por el cónyuge comprendiendo al otro, no hubiere gananciales, y después se adquiriesen, se mantendría la división con relación á los bienes divididos, y respecto de los gananciales se procederá como si no hubiera testamento, dividiéndose la mitad para el cónyuge supérstite, y la otra para los herederos.—Véanse arts. 3514, 3525, 3565, 3570, 3575, 3578, 3579 y 3592.

(**art. 3528**); porque debe comprender á todos los herederos forzosos, pues sólo á ese propósito es que la ley confiere á los padres esa facultad.

(**Art. 3528.**) Nuestro artículo habla de la división que uno de los cónyuges hiciere por testamento, y no es de absoluta necesidad que todos los descendientes y el cónyuge supérstite deban estar comprendidos, como parece deducirse de la redacción; porque no se anularía si no lo estuviera el desheredado, el indigno, el cónyuge culpable separado por divorcio, ó si al fallecimiento del que hace la partición, el excluido hubiera dejado de existir sin dejar descendientes.

Para que la división por testamento, pueda ser atacada, es necesario remontarse al momento en que la sucesión se abre; si entonces el cónyuge excluido estuviera separado por su culpa, ó si el heredero forzoso hubiese sido excluido aún sin causa, pero falleciese sin dejar descendientes, ó fuera posteriormente excluido como indigno, la partición sería inatacable.

La partición por testamento, como la realizada por donación entre vivos, no pueden ser atacadas por exclusión de los que debieran heredar, si al tiempo de abrirse la sucesión éstos se encontrasen excluidos. En cuanto á la división por donación entre vivos parece indudable, que á pesar del consentimiento que todos los herederos deben prestar, por su aceptación expresa, según el art. 3516, ella puede reclamarse después del fallecimiento del ascendiente, cuando atacase la legítima de los herederos forzosos. Pero se puede preguntar, ¿cuál debe ser el valor de los bienes para hacerse la computación, y averiguar la cantidad en que han sido atacadas las legítimas? ¿El que tenían en el momento de la partición ó en el del fallecimiento? Por ejemplo, en el momento de hacer la partición por donación á los dos únicos hijos legítimos, á uno se le adjudicó un bien raíz cuyo valor era de 30 y al otro le dió uno que valía 70; pero al fallecimiento del padre tenían igual valor por aumento del uno y depreciación del otro. ¿Podría reclamar de la partición, como que atacaba á su legítima, el que recibió el bien que sólo valía 30? Así lo creo; porque el valor de la cosa debe ser el que tenía en el momento de transmitírsele la propiedad, pues equivale á haberle entregado en dinero lo que el bien importaba, y en ese caso no habría duda que la legítima del reclamante no se habría salvado. Sucedería lo contrario, en la división por testamento, porque la transmisión se opera recién al fallecimiento del testador, y es con relación á ese valor que la división puede ser atacada; así, en el ejemplo propuesto, si la cosa adjudicada á uno valía 70, y 30 la otra en el momento de hacer el testamento, y se encuentra que

2º El hijo nacido de otro matrimonio del ascendiente, posterior á la partición, y el hijo póstumo, anulan la partición. La exclu-

al abrirse la sucesión tenían un valor igual, la partición no podía ser atacada.

La partición por donación se puede atacar, apesar de la aceptación de los herederos una vez ocurrida la muerte del ascendiente, si se probare que la división no salvaba la legítima de los herederos forzosos; teniéndose presente lo dicho en el art. 3524, que da al ascendiente la facultad para distribuir su porción disponible como le pareciere, sin que esa donación se pueda considerar como mejora que deba colacionarse. El derecho del heredero en esta partición es de salvar íntegra su legítima; así, en el caso propuesto, siendo el haber de cien, habiendo dado al uno por valor de 30 y al otro por el de 70, siendo su legítima forzosa de 40, sólo tendría derecho para reclamar los diez que le faltan. Por el contrario, en la partición por testamento, cualquiera desigualdad que se notare entre las partes atribuidas á cada uno de los herederos, no se deben considerar hechas á título de mejoras, sino cuando expresamente se hubiera dicho, art. 3524, de modo que se rescindiría la partición para dar á cada heredero una parte igual; el testador no ha querido mejorar á ninguno de los herederos desde que no lo ha dicho, y por nuestro derecho no hay mejoras tácitas; el legislador ha exigido al testador, el valor de sus preferencias, según la frase de Demolombe.

Se puede sentar como una regla general fundada en el artículo, que la época de la muerte del ascendiente, es la que fija el tiempo preciso para apreciar si la división por testamento es válida é inatacable, ó si se anulará; eso es lo que importa la frase, *que existan á la muerte del ascendiente*; de modo que si los excluidos no existieran legalmente, por ser indignos ó desheredados, ó hubieran fallecido sin dejar quienes concurren en su representación, la partición sería inatacable; pero si el indigno ó el desheredado tuvieran descendientes que no hubiesen sido comprendidos, la partición sería nula.

¿Qué se resolvería cuando el excluido renunciase á la herencia? La partición sería válida, si no tuviese quien lo representase, ó si éste á su vez renunciase á la herencia, pero sería nula en caso contrario; porque se puede representar al renunciante de la herencia.

Para que la partición sea nula, es necesario que el hijo haya sido excluido como indigno ó desheredado, y también lo hayan sido sus descendientes; pero sería válida si fueron éstos comprendidos; esta idea la expresa Demolombe, diciendo: es necesario que la rama toda entera se encuentre excluida.

sión de un hijo existente al tiempo de la partición, pero muerto sin sucesión antes de la apertura de la sucesión, no invalida el acto. La parte del muerto se divide entre los otros herederos (art. 3529); porque en este caso no se altera el resultado de la partición.

Cuando el ascendiente hubiera comprendido en el testamento a todos los hijos y descendientes, pero no hubiese observado en la distribución de los bienes la proporción que á cada uno corresponde, la división podría rescindirse si atacase la legítima de los herederos forzosos. La partición hecha con alguno de los defectos señalados, *será de ningún valor*, dice el artículo; es decir, será nula, y cualquiera de los herederos podrá reclamarla.—Comp. DEMOLOMBE, XXIII, 160 á 167. LAURENT, XV, 93 y sig. VAZEILLE, al art. 1078.—Véanse arts. 3514, 3527, 3529 y 3715.

El presente artículo fué corregido en la expresión *«del cónyuge sobreviviente»*, por la de *«el cónyuge sobreviviente»*.

(**Art. 3529.**) El Código viene hablando de la división por testamento, y por esa razón el artículo debe aplicarse á esta clase de partición. Y como la validez del acto, en cuanto á su esencia, se juzga con arreglo á la existencia de los herederos forzosos, al tiempo de abrirse la sucesión, resultará, que será nula siempre que hubiese herederos que no fueron comprendidos en la partición, porque no ha sido la voluntad del testador el excluirllos, ni la ley permite tales exclusiones sin una causa suficiente de indignidad ó de desheredación. ¿Y por qué el artículo se refiere únicamente al hijo nacido de otro matrimonio y al nacimiento del hijo póstumo? Importa declarar válida la partición, cuando hubiese nacido posteriormente un hijo natural reconocido? No lo creo; debe tomarse el artículo como meramente enunciativo, y en el caso supuesto, el hijo natural es un heredero forzoso que ha sido excluido, y por consiguiente, la partición se anulará. Pero eso no importa decir, que *«cualquier hijo que nazca antes de la muerte del ascendiente anule la partición»*, como algunos lo sostienen; porque el nacimiento del hijo adulterino no la anularía, desde que no es heredero.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3528.—Cód. Francés, art. 1078, y véase Marcadé, sobre dicho artículo.—Troplong, *Testaments*, n.º 2324, y Duranton, tom. 9, n.º 635, enseñan que la omisión de un hijo natural en la partición, es una causa de nulidad que él debe respetar, y reclamar la parte de herencia que le corresponde. Toda la razón que dan es que el hijo natural es un mero acreedor de la sucesión y no un heredero. Cuando tratemos de las sucesiones intestadas, sostendremos que el hijo natural, salvo la cantidad que en la herencia le corresponde, es tan heredero de su padre como el hijo legítimo.

3º La partición por donación ó testamento, puede ser rescindida cuando no salva la legítima de alguno de los herederos. La

La regla precedente, ¿se aplicará también á la partición por donación entre vivos, cuando el ascendiente se hubiera reservado bienes suficientes para formar la legítima del heredero excluido? Me decido por la afirmativa, porque no hay objeto en anularla, desde que á la muerte del ascendiente quedaren bienes para llenar la legítima forzosa, y sin interés no hay acción; pero deberá anularse, cuando no existieran, pues la legítima sería atacada, estando en el caso del art. 3536, en que puede pedirse la rescisión.

Cuando una persona viuda ó soltera hubiera hecho testamento distribuyendo sus bienes entre sus descendientes y después se casare, ¿se anulará esa partición? Debemos distinguir, si su cónyuge hubiera fallecido en el momento de abrirse la sucesión sin dejar descendiente de su matrimonio, la partición será inatacable; pero no cuando existiera, porque habría sido excluido un heredero forzoso.

La exclusión de un heredero forzoso al tiempo de abrirse la sucesión, invalida la partición por testamento; este es el principio general; pero se exceptúa cuando éstos hubieran fallecido á la apertura de la sucesión, porque en ese caso se puede decir, que la muerte sin descendientes ha venido á confirmar la exclusión.

¿En qué casos la parte del muerto se divide entre los demás herederos? El principal y más común será, cuando el heredero forzoso á quien el ascendiente ha excluido de la sucesión y que tenía derecho para anularla, ha fallecido sin dejar descendientes, porque entonces su parte viene á quedar dividida entre los demás herederos, y así se justifica la expresión de que la parte del muerto se divide entre los demás. ¿Puede comprender también el caso en que habiendo sido nombrado heredero uno de los hijos en la partición por testamento, se encontrase que había fallecido á la apertura de la sucesión? En ese caso la parte del muerto, si bien se divide entre sus hermanos, sería necesario hacer la testamentaria judicial y declaratoria de herederos, y en realidad no es la parte del muerto que se dividirían, porque éste no ha tenido parte alguna, pues ha dejado de existir antes que su ascendiente, y sería impropio decir que se dividen de una parte que no existe.

Mi opinión es que en uno y otro caso la expresión de la parte del muerto debería suprimirse, porque es impropia y así lo hicimos notar en la *Instituta*.

En la partición por donación entre vivos no puede haber caso, porque la parte del muerto no la heredarán sus hermanos, sino los herederos á

acción de rescisión sólo puede intentarse después de la muerte del ascendiente (art. 3536); porque antes no es posible conocer si perjudica ó no las legítimas.

quienes hubiere nombrado, porque los bienes entregados los adquirió en propiedad y puede disponer de ellos. En el caso supuesto, como el padre existe, será heredero forzoso, y dividirá la herencia con el hijo natural si lo tuviera, excluyendo así á los hermanos del fallecido.—Comp. DEMOLOMBE, XXIII, 160 y sig. MARCADÉ, al art. 1078.—Véanse arts. 3528 y 3715.

(**Art. 3536.**) En esta parte nuestro Código no ha adelantado en claridad al francés, cuyo art. 1079 ha levantado tantas dudas. Se trata de saber cuáles son las causas por las que puede ser atacada una partición por donación entre vivos ó por testamento, y que diferencia existe entre la acción de *rescisión* y la de *reducción*.

El Código no se ha separado expresamente del francés, porque no ha sido ese el pensamiento del Dr. Velez-Sarsfield, ni ha salvado las dificultades apuntadas por sus comentadores. Estudiemos esas opiniones.

Según Demolombe, XXIII, 158, son tres las causas de nulidad ó rescisión:

1ª La nulidad resultante de que la partición no se ha hecho entre todos los existentes á la época de la muerte del ascendiente;

2ª Rescisión por causa de lesión de más de un cuarto;

3ª Rescisión por causa de ataque á la legítima.

Aubry y Rau, § 734, n° 2, establecen que, independiente de la acción ordinaria, la ley confiere á los herederos una acción especial para demandar el complemento de su legítima, cuando de la composición de los lotes, unido á las liberalidades hechas por mejoras á uno de los herederos, resulta que éste último ha recibido una ventaja excedente á la porción disponible; porque se parte de la presunción que el ascendiente ha tenido la intención de gratificarlo por este medio, y sólo se concede, cuando independientemente de la ventaja indirecta que presenta la composición de los lotes, existen disposiciones por mejoras hechas en favor del coheredero. Consideran que esta acción no es ni la ordinaria de reducción, ni una acción de rescisión, como lo explican en las notas 42 y 43, § 734.

Por nuestro Código se conceden tres acciones:

1ª Acción de nulidad de la partición, cuando no se hubiera hecho

4º Los herederos pueden pedir la reducción de la porción asignada á uno de los partícipes, cuando resulte que éste hubiese reci-

entre todos los descendientes y el cónyuge sobreviviente, ó hubiera nacido un hijo del ascendiente después de la partición.

2ª La acción de rescisión concedida al heredero á quien se le hubiera atacado en su legítima.

3ª La acción de reducción, cuando resulte que uno de los herederos ha recibido del testador un excedente de la cantidad que la ley le permite disponer.

La acción de nulidad no ofrece dificultad alguna, porque tiene por objeto dejar sin efecto la partición, por la existencia de un vicio esencial, y está regido especialmente por los arts. 3528 y 3529.

La acción de rescisión presenta sus dificultades, porque parece no ser congruente con la del art. 3601 que concede al heredero la acción de reducción, cuando en las disposiciones testamentarias se mengüen las legítimas de los herederos forzosos. Pero si nos fijamos en que el presente artículo habla expresamente de la partición por donación ó testamento, de una operación, que se puede decir con cierta razón, es extraña al testamento mismo, pues el testador es más bien un partidor, reemplazando al juez; y que por el contrario, la acción concedida por el art. 3601 es para el caso de los testamentos ordinarios, y sólo con el objeto de defender las legítimas forzosas; nos encontraremos que no hay necesidad de conciliar disposiciones diversas.

La acción de rescisión tiene por objeto dejar sin efecto una partición hecha por el testador, mientras la concedida por el art. 3601 no puede atacar la disposición testamentaria, y sólo reduce las disposiciones para que no perjudiquen las legítimas forzosas de los herederos.

Se ha confundido la acción de rescisión con la de reducción, citando la autoridad de Aubry y Rau, § 734, texto, en las notas 42 y 44, que hablan de la acción especial al decir: la acción concedida por la disposición final del art. 1079, no es ni la acción ordinaria de reducción, ni una acción de rescisión. Bien que de naturaleza compleja, su carácter predominante es el de una acción especial de reducción, porque está fundada sobre un perjuicio á la legítima del demandante, el que sin atacar la partición como viciada en sí, y como habiendo lesionado sus derechos de copartícipe, se queja solamente de que la cantidad disponible ha sido excedida en su perjuicio, «por el resultado combinado de las liberalidades hechas por mejoras á uno ó varios coherederos y del valor comparativamente más elevado de los lotes atribuidos á éstos». Esta acción es la que nuestro art. 3537 llama de reducción, porque sólo va di-

bido un excedente de la cantidad de que la ley permite disponer al testador. Esta acción sólo debe dirigirse contra el descendiente favorecido (art. 3537); porque tiene únicamente por objeto resta-

rigida contra el descendiente ó descendientes favorecidos, y nada tiene que ver con la división, tiene por fin reducir al límite de la porción disponible las disposiciones contenidas en ella. Mientras la acción de rescisión se da cuando la división no ha salvado las legítimas para dejar sin efecto la partición.

La acción de reducción se concede sólo contra el descendiente favorecido, cuando el testador ha dispuesto de mayor cantidad de su porción libre.

El Dr. Llerena nota con mucha razón, que la acción de reducción de que hablan los arts. 3600 y 3601, sólo comprenden el caso en que el testador, sin hacer partición dispone en favor de un heredero; pero no estoy conforme con dicho autor, cuando dice, que «ahí es donde principalmente está la diferencia entre la rescisión y la de reducción»; porque la de rescisión tiene por fin dejar sin efecto la partición, y la de reducción sólo reformarla en lo que excede de la porción disponible.

¿Por qué tiempo se prescriben estas acciones? Aún en esto se diferencian fundamentalmente. La de reducción concedida por el art. 3537 y la de los arts. 3600 y 3601 se prescriben por cuatro años según el art. 4028. La de rescisión no tiene prescripción determinada, y está sujeta á las reglas ordinarias para la prescripción de las acciones personales, debiendo perderse por diez y veinte años.—Comp. DEMOLOMBE, XXIII, 157, 159, 172 y 188. AUBRY y RAU, § 734. LAURENT, XV, 106 y sig.—Véanse arts. 3522, 3528, 3529, 3600 y 3601.

(**Art. 3537.**) Cuando han tenido lugar varias particiones por donación, para saber cual es la porción legítima de cada heredero descendiente y cual la parte de que puede disponer el testador libremente, es necesario tomar en conjunto ficticiamente todas esas operaciones, formando una masa común de todos los valores, y sacando la quinta parte, que es la porción disponible, lo demás se dividirá por partes iguales entre los herederos. Así, para conocerse la legítima de los hijos legítimos y su complemento que es la porción disponible, que podemos decir es la legítima del testador, es necesario que éste haya fallecido, porque recién puede conocerse el monto, de los bienes que ha dejado.

Cuando el artículo concede á los herederos el derecho de pedir la reducción, no se debe confundir esta acción *sui generis*, ni con la de rescisión de que habla el art. 3536, ni con la de reducción de los arts. 3600

blecer la igualdad entre los herederos, sin alterar la partición; pero debe tenerse presente que, *la confirmación expresa ó tácita*

y 3601, porque aquella tiene por fin dejar sin efecto la división, y la otra guardar la integridad de las legítimas cuando sean atacadas, sea por las mejoras hechas, sea por los legados; mientras la presente acción se da únicamente contra el heredero favorecido, por haber recibido un excedente de la cantidad disponible.

De estos principios se deduce lógicamente que, ni la acción de rescisión, ni la de reducción contra el heredero, ni la de reducción contra cualquiera de los legatarios se puede entablar antes de la muerte del ascendiente; y es un error sostener, como lo hacen algunos, que cuando el art. 3535 dice, que el heredero puede ejercer todos los derechos que el acto les confiera, aun antes de la muerte del ascendiente, comprende también el derecho de pedir la reducción, porque ¿cómo se puede reducir, cuando no se sabe cuál es la legítima y cuánta es la porción disponible del testador? Así, pues, la acción de reducción no se puede deducir en la partición por donación durante la vida del ascendiente, porque es necesario esperar á la muerte del testador para determinar cuál es la porción disponible. Si ésta ha sido la razón fundamental para conceder la facultad de pedir la rescisión, únicamente después de la muerte del ascendiente, ¿cómo podría adelantarse á esa época necesaria, si no se conoce cuál es la porción disponible?

Es necesario separar y distinguir estas cuatro acciones:

1º La de nulidad de la partición por testamento en los casos de los arts. 3526 á 3529;

2º La de rescisión acordada en los casos del art. 3536, comprendiendo la división por testamento ó donación;

3º La de reducción en los casos del art. 3537 que se da contra el heredero, cuando hubiere recibido un excedente de la cantidad disponible, en la partición por donación ó testamento;

4º La de reducción en los casos de los arts. 3600 y 3601 que se da al heredero, cuando el testador le dejase menos de la legítima, para pedir su complemento.

Todas estas acciones no pueden deducirse sino después de la muerte del ascendiente, porque sólo en esa época se puede saber si la partición es nula, rescindible, ó si se puede reducir.

Nuestro artículo ha resuelto las dudas suscitadas por el art. 1079, Código Francés, á causa de su redacción ambigua, concediendo al heredero la facultad de atacar la partición por causa de lesión de más de un cuarto, y también cuando resultare de la partición y de las disposiciones

de la partición por el descendiente, al cual no se le hubiese llenado su legítima, no importa una renuncia de la acción que se le da por el artículo anterior (art. 3538); así es que siempre puede dedu-

por mejoras, que uno de los copartícipes tuviera una ventaja más grande de la permitida por la ley al ascendiente para disponer de sus bienes.

Aubry y Rau, § 734, nota 43, dicen al explicar el art. 1079: «en vano se diría, que habiendo reunido el legislador en un solo artículo las dos acciones de que se trata, sirviéndose para una como para otra de la fórmula *la partición podrá ser atacada*, se debe concluir que en su pensamiento estas dos acciones debían revestir el mismo carácter... Esta conclusión sacada de una simple forma de redacción, es por lo menos forzada...» y siguiendo la jurisprudencia establecida por las Cortes Imperiales francesas y la de Casación se deciden por considerarlas diferentes como lo ha consagrado nuestro artículo, separándolas por una línea divisoria clara y precisa.—Comp. DEMOLOMBE, XXIII, 189 y las decisiones de las Cortes francesas que apoyan el artículo. LAURENT, XV, 141 y sig.—Véanse arts. 1831, 3524, 3535, 3598, 3600, 3601 y 4028.

(Art. 3538.) Algunos han creído que la confirmación de que habla el artículo no tiene efecto, porque la acción no ha nacido aún, y no es lícito renunciar de antemano derechos relativos á una herencia futura; otros lo encuentran sin sentido, y opinan que debe haber un error de copia. Me parece que ambas opiniones son erróneas. Lo es la primera, porque el artículo no habla de una confirmación *in futurum* que no puede tener lugar en este caso. En efecto; la confirmación, dice el art. 1059, es el acto jurídico por el cual una persona hace desaparecer los vicios de otro acto que se halla sujeto á una acción de nulidad, y como una condición esencial para confirmar un acto nulo ó anulable, es que haya cesado la incapacidad ó vicio que lo anulaba, pues la confirmación debe contener so pena de nulidad: la sustancia del acto; el vicio de que adolecía y la manifestación de la intención de repararlo, art. 1061; resulta que la confirmación á que se refiere el artículo comprende necesariamente la circunstancia de la apertura de la sucesión. Se confirma la renuncia á una herencia futura, cuando esa herencia ha entrado en nuestro patrimonio y no antes. ¿Cómo podía confirmarse un acto cuyo vicio no ha desaparecido por no haber ocurrido la muerte del ascendiente?

La confirmación debe hacerse después que el derecho haya nacido, porque confirmar un derecho que aún no existe es agregar un vicio nuevo al existente.

cirla en el tiempo y forma acordada por las leyes de procedimientos que dictaren las provincias.

No hay error de copia como lo creen otros, porque lo expresado claramente es que, la confirmación expresa hecha por el ascendiente, al que no se le hubiere llenado su legítima, no importa la renuncia de la acción de reducción. ¿Y qué hay de particular? El heredero al confirmar la partición en que no se salvó su legítima, renunció expresamente á la acción de rescisión, con la que pudo dejarla sin efecto; pero el conformarse con la voluntad del ascendiente, no importa haber renunciado á su derecho para pedir la reducción de la porción asignada á uno de los partícipes, cuando hubiese recibido un excedente de la cantidad de que puede disponer el testador; más aun, no ha renunciado á pedir se le complemente su legítima, porque la confirmación de la partición sólo importa renunciar al derecho concedido por el art. 3536.

El error está en aplicar lo que dice el artículo á una acción *de nulidad* de que no habla el anterior, cuando el texto es claro, pues dice: «cualquier vicio de que adoleciera la partición puede hacerse desaparecer por la confirmación posterior; pero esa confirmación no importa una renuncia de la acción de reducción».

La partición por donación se puede confirmar expresamente, con relación á los vicios de que adoleciera, y pudieran ser subsanados; pero no así respecto de la legítima, ni de la porción disponible, hasta que no haya ocurrido la muerte del ascendiente, en que recién se podrán conocer si han sido ó no perjudicadas.

El heredero una vez que la sucesión se ha abierto por el fallecimiento del causante, puede confirmar la partición haciendo desaparecer todos los vicios que la anulaban ó rescindían; nadie puede impedir que disponga de sus cosas como mejor le pareciere; pero como la confirmación debe hacerse indicando el vicio de que adolecía, y que desaparece por el acto, no hay duda alguna que surtiría todo su efecto y quedaría irrevocable si dijese el heredero: habiendo renunciado á atacar la partición porque perjudicaba mi legítima forzosa, vengo á confirmar dicho acto, una vez que ha fallecido mi ascendiente; pero como la acción de reducción no tiene por objeto anular la partición, si no fué comprendida en la confirmación, no se encontrará renunciada dicha acción.

Si la confirmación fuera tácita, como por ejemplo, en una partición por testamento, en que se conformase recibiendo los bienes, se entendería que sólo ha confirmado la división, renunciando al derecho de atacarla; pero ese acto no importaría renunciar al derecho de pedir la in-

§ 967. — EFECTOS DE LA PARTICIÓN POR TESTAMENTO

La partición por testamento está sujeta á los actos de última voluntad, que sólo son irrevocables cuando el individuo que los

tegración de su legítima, ni al de demandar la reducción concedida por el artículo anterior.

El artículo no debe entenderse, en mi opinión, como lo propone el Dr. Llerena «de que las acciones concedidas por los dos artículos anteriores no se pierden ni por confirmación ni por renuncia expresa ó tácita»; porque eso sería crear una disposición tan excepcional y rara que no tendría su explicación sino considerando el acto como inmoral. ¿Cómo crear una prohibición que la ley no ha impuesto? No se trata de la renuncia futura á que se refiere el art. 3599, sino de un derecho adquirido irrevocablemente, que se puede abandonar.

El artículo debe entenderse, tal como sus palabras lo dicen; la confirmación expresa ó tácita de la partición hace desaparecer cualquier vicio de que adoleciera, sea que se faltase á las condiciones de los arts. 3526, 3527, 3528 y 3529, sea que se encontrare en el caso del art. 3536; pero esa confirmación no importa una renuncia de la acción de reducción, que deberá ser también expresa para que tenga efecto.

He sostenido en el art. 1060 que todo acto nulo ó anulable puede confirmarse, una vez que ha cesado la causa que lo anulaba; así por ejemplo, la renuncia ó pacto sobre la legítima futura, art. 3599, puede confirmarse una vez que la sucesión se abre, y el derecho se adquiere irrevocablemente, de ese modo se pueden confirmar igualmente todos los actos nulos.

Aubry y Rau, § 734, texto á la nota 47, hablando de la acción especial de reducción dicen: «resulta por una parte, que esta acción debe ser exclusivamente dirigida contra el hijo mejorado más allá de la porción disponible, sin que haya lugar á que tomen intervención los otros copartícipes, y por otra parte, que la confirmación expresa ó tácita de la partición por el hijo á quien no se le hubiese llenado su legítima, no lleva necesariamente la renuncia de esta acción».

Como se notará, las palabras en letra cursiva son las que nuestro artículo ha tomado, y se refieren á la acción de reducción que no se entiende renunciada por la confirmación que haga el heredero de la partición.—Comp. LAURENT, XV, 159. AUBRY y RAU, § 734. DEMOLOMBE, XXIII, 189 y sig.—Véanse arts. 3428 y 3599.

otorgó ha fallecido; mientras existe tiene plena facultad para revocarlo, así dice el **art. 3531**: *la partición hecha por testamento*

(**Art. 3531.**) La división por testamento, participa de dos caracteres: del testamento, en cuanto á la forma, porque debe llenar todas las condiciones esenciales que se necesitan para su validez; de la partición, en cuanto distribuye los bienes entre sus descendientes; pero como testamento es revocable á voluntad del testador, que puede cambiarlo cuantas veces quiera.

La revocación ¿debe ser expresa por otro testamento, ó puede ser tácita, disponiendo de los bienes que ha dividido? En principio general, la revocación debe ser expresa, porque es la forma típica de dejarlo sin efecto; pero nadie puede negar que la partición quedaría sin valor, cuando el testador hubiera dispuesto de todos ó de la mayor parte de los bienes divididos entre sus descendientes.

El Código mantiene la validez de la partición en cuanto es posible, porque la intención del legislador es la de que gocen los herederos de las ventajas que proporciona, y por eso dispone, que la división será válida mientras queden salvas las legítimas; de modo que cuando las enajenaciones atacaren la partición no podrán mantenerse. El artículo, al consagrar esta doctrina, ha decidido una de las controversias suscitadas en derecho francés. Aubry y Rau, Colmet de Santerre y Demolombe, sostienen que los herederos pueden demandar á su voluntad; ó la nulidad de la partición, ó su rescisión por causa de lesión, y aún exigir á título de garantía la bonificación del valor de los objetos enajenados, cuando el testador ha dispuesto de los que componían sus lotes, doctrina consagrada por el Código en el art. 3534, mientras Bonnet y Réquier niegan el derecho de garantía, y con razón, á mi juicio, porque ésta sólo se concede al heredero que ha sido privado de uno de los bienes adjudicados, por reclamación de un tercero; pero ¿qué garantía puede concederse al que no ha poseído bien alguno porque el testador lo había enajenado? Nuestro artículo concede la anulación cuando las enajenaciones atacasen las legítimas; y el 3534 autoriza á pedir la garantía. Así, cuando el testador ha dividido sus bienes por testamento entre sus cuatro hijos, si su fortuna era de cien y á uno ha adjudicado 40 mejorándolo en el quinto, y se encuentra que al abrirse la sucesión el lote que le correspondía ha quedado reducido á 20, porque el testador hubiera enajenado los otros bienes, la partición quedaría firme y valedera; pero si quedara reducido á diez, tendrá derecho para anularla, ó puede hacerse eviccionar, exigiendo un valor igual al que fué privado.

El presente artículo se aplicará con mayor razón á la partición

está subordinada á la muerte del ascendiente, el cual durante su vida puede revocarla. La enajenación que él hiciera en vida, de alguno de los objetos comprendidos en la partición, no la anula si quedan salvas las legítimas de los herederos á quienes esas cosas estaban adjudicadas; porque el testador no tiene otro límite que la legítima forzosa; pero también debe tenerse presente que la porción disponible, es una especie de legítima que la ley acuerda al testador para disponer de ella á su voluntad.

El principal efecto que produce *la partición por testamento es hacer cargar á los herederos con todas las obligaciones del testador (art. 3532)*, cuando hubieren aceptado la herencia pura y sim-

por donación, porque en ésta los herederos adquieren irrevocablemente la propiedad de los bienes, y si fuesen privados de alguno de ellos por reivindicación, pueden demandar la garantía de sus coherederos, aun antes de la muerte del ascendiente.—Comp. DEMOLOMBE, XXIII, 56 y sig. GENTY, pág. 89. COLMET DE SANTERRE, IV, 243 *bis*, VII. Apoyan el artículo BONNET, II, 418 y RÉQUIER, n° 57, pág. 81.—Véanse arts. 122, 952, 3534, y 3824.

(**Art. 3532.**) El artículo ha decidido la cuestión á saber, en qué carácter vienen los hijos y descendientes del testador, en la partición testamentaria. ¿Vienen como herederos legítimos ó como testamentarios? ¿Cuál será el título que pueden invocar? Son siempre herederos ó simplemente legatarios? La respuesta es categórica: si los herederos cargan con todas las obligaciones del testador, es porque la partición por testamento no ha alterado su calidad de heredero; pues la voluntad del ascendiente ha sido de dividir ó distribuir sus bienes, no de disponer de ellos; así es, que predomina en el acto el elemento de la partición; el testamento es únicamente la forma ó el instrumento de ella, por eso se debe considerar la disposición de los bienes como un elemento secundario que no tiene influencia en la división.

Demolombe, XXIII, 97, apoyando esta tesis, dice: «¿Cuál es, en efecto, la voluntad del ascendiente que hace, por testamento, la partición de sus bienes entre sus hijos? ¿Cuál es su objeto? ¿Es de distribuir, ó solamente modificar su vocación legal? Al contrario, toma por base esta misma vocación; su único designio es de hacer él mismo, ni más ni menos, la partición, que sería hecha después de su muerte, entre sus hijos, sea amigablemente, sea judicialmente, y como la partición hecha después de su fallecimiento implicaría necesariamente la vocación legítima de sus hijos y de su calidad de herederos, luego debe ser lo mismo en la partición

plemente, no así cuando la aceptaron bajo beneficio de inventario; pero en uno y otro caso, la aceptación no les hace renunciar al derecho que tienen para pedir la reducción, cuando alguno de los herederos recibiera mayor cantidad que los demás.

Como desde la muerte del testador, los herederos han estado en la indivisión hasta el momento en que se aprueba la partición, se deben los herederos la garantía por las cosas recibidas, porque

testamentaria por la cual el ascendiente se limita á llenar de antemano el oficio del Juez». Por esa razón, cuando entre los descendientes hay menores ó incapaces, no se debe preguntar en qué forma debe aceptarse, porque no es la partición la aceptada, sino la sucesión, y se deben llenar las formalidades exigidas por derecho para aceptarla y únicamente podrán hacerlo con beneficio de inventario y autorización judicial, como se dijo en el art. 443, n° 4 y art. 3333.

¿Y cuando el heredero ignorase en el momento de la aceptación ó repudiación, la existencia de la partición? Como lo que ha aceptado ó repudiado es la misma sucesión, resultaría que esa ignorancia en nada le perjudicaría, desde que la partición no puede alterar su derecho hereditario, pues su legítima permanece inalterable. Si, pues, la aceptación ó repudiación no tiene por objeto sino la sucesión, resultará que el heredero no podría repudiarla como tal y aceptar lo que se le deja en la partición como si fuera un legatario extraño; pero podría hacerlo, si en la partición además de su parte hereditaria se le dejara algún bien como legado.

¿El heredero podrá aceptar la sucesión y rechazar la partición testamentaria? Este derecho está reconocido por los arts. 3536 y 3537, que conceden la facultad de atacar la partición, cuando no salva sus legítimas hereditarias, ó de pedir la reducción de la porción asignada á uno de los partícipes.

Es necesario, pues, que los herederos acepten la sucesión sea bajo beneficio de inventario, sea pura y simplemente, y por esta última aceptación, en cuya hipótesis se coloca el artículo, los herederos cargan con todas las obligaciones de su ascendiente.

De los principios expuestos resulta, que la capacidad que deben tener los descendientes es la de los herederos que recogen la herencia y no la de los legatarios.—Comp. DEMOLOMBE, l. c. TOULLIER, V, 816. TROPLONG, IV, 2302. GRENIER, I, 395. GENTY, pág. 192. BONNET, II, 423.—Véanse arts. 3417, 3431, 3432, 3490, 3497, 3498 y 3517.

todos y cada uno tienen una parte ideal en la universalidad jurídica que se llama herencia, por eso dice el **art. 3533**: *la parti-*

(**Art. 3533.**) El artículo declara que la división por testamento produce los mismos efectos que las particiones ordinarias, indicando así, que se deben la garantía entre los coherederos por los lotes que les fueron asignados, y que han sucedido al difunto sin intervalo de tiempo, considerándose como la misma persona de su causante, cuya posesión de buena fe les aprovecha para la prescripción á pesar de la mala fe del heredero, y con respecto á la garantía tienen el privilegio acordado por el art. 3928.

En esta parte el Código sólo habla de la partición por testamento; sin embargo puede decirse con Aubry y Rau, § 733, n° 2, que bajo el punto de vista de la repartición de los bienes y de las reclamaciones de los coparticipes entre sí, los efectos de la partición testamentaria son los mismos que los de la partición hecha por actos entre vivos, con esta sola diferencia, que no se producen sino á partir de la muerte del ascendiente.

Como se sabe, la partición por donación sólo ha adelantado el término en que los descendientes deberían recibir los bienes, el ascendiente al entregarlos antes de su fallecimiento, ha querido ponerlos en posesión de lo que más tarde deberían recibir.

La partición por donación se diferencia de la por testamento: 1° en que en aquella se puede decir, que los herederos siempre la aceptan bajo beneficio de inventario, pues sólo responden según su porción; mientras en la división por testamento se puede aceptar pura y simplemente; 2° que en la partición por donación el heredero sólo está obligado á las deudas que tenía el difunto en el momento de la donación, y por la parte que le haya correspondido; mientras en la partición por testamento responde por todas las deudas en proporción de su parte, y con sus bienes propios, si aceptaron la herencia pura y simplemente.

No es exacto que la partición por donación y la por testamento produzcan el mismo efecto en todo aquello en que la ley no haya dispuesto expresamente lo contrario, como algunos lo sostienen; porque no hay disposición alguna que así lo establezca, y sería crearla en una forma tan absoluta, que rara vez el legislador adopta, eligiendo en tal caso la prohibitiva. Tienen, es cierto, muchos puntos de contacto; pero decir, que sin un mandato expreso no se puede establecer diferencia entre estas dos clases de particiones, es tomar la misión del legislador. Nada hay que justifique tal proposición; más aún, es errónea como se ha demostrado anteriormente, indicando las diferencias.

ción por testamento tiene los mismos efectos que las particiones ordinarias. Los herederos están sometidos, los unos hacia los otros, á las garantías de las porciones recibidas por ellos, porque de otro modo se alteraría la igualdad que es la base de la división. Si después de la muerte del testador alguno de los objetos divididos fuese reivindicado, el heredero que ha sido privado de él puede reclamar de sus coherederos su valor, contribuyendo con su parte en la pérdida de ese objeto; así es que esta regla no se reputa alterada por el **art. 3534**, que dice: *la extensión de esta*

Los herederos se deben la garantía de los lotes que les han correspondido, lo que es una prueba que la partición no es sólo declarativa como el Código la establece, sino también traslativa del dominio; porque si la ficción de que cada heredero ha sucedido sólo é inmediatamente al difunto, en el bien que le ha correspondido, se llevase á su consecuencia natural, cada uno debía correr los riesgos y peligros de la reclamación, como si fuera único heredero. La garantía que se presta es por el valor que tenía la cosa reclamada al tiempo de la partición, deduciendo la parte que al mismo heredero le correspondería en la misma.

La garantía se presta tanto en la partición por testamento como en la por donación, con la diferencia que en ésta se puede reclamar aun durante la vida del ascendiente, mientras en la otra sólo después del fallecimiento, porque recién vienen á ser dueños de las cosas divididas. En uno y otro caso los coherederos gozan del privilegio concedido por los arts. 3928 y 3929, sobre los bienes antes divididos, y también sobre el precio de la licitación del inmueble adjudicado á alguno de ellos. Este privilegio debe extenderse igualmente á los saldos que se debieran á los herederos por la parte adjudicada; porque son de la misma naturaleza y los unos á los otros se los deben garantizar; pero no sucederá lo mismo en la partición ordinaria, cuando el heredero á quien se le hubiere adjudicado una cosa y para completar su hijuela se hubiere encargado á otro de pagar lo que lleva de más, si éste hubiera aceptado la delegación con expreso consentimiento del acreedor.—Comp. DEMOLOMBE, XXIII, 112 á 114. LAURENT, XV, 81 á 85. — Véanse arts. 3503, 3505 á 3510.

(**Art. 3534.**) El artículo habla de la partición hecha por testamento, y por consiguiente la evicción se debe prestar remontándose al valor que tenían las cosas á la época de la muerte del testador, porque desde

garantía debe referirse á la época de la muerte del ascendiente. Si éste, después de la partición por testamento, hubiese enajenado ob-

ese momento ha adquirido en propiedad las cosas adjudicadas, á diferencia de la garantía que se debe en la partición por donación, donde se atiende al tiempo de la adjudicación y entrega de las cosas divididas; mientras la garantía debida en los demás contratos se rige con arreglo á los arts. 2118 á 2122, sobre todo en la compraventa.

Debe tenerse presente, que tanto en la partición por testamento como en la por donación, los herederos sólo tienen derecho para atacar la partición cuando no salva sus legítimas forzosas; entonces la garantía á que se refiere el artículo ¿es únicamente para el caso en que las legítimas quedaran salvadas? Así lo creo; pues como lo manifesté en el comentario al art. 3531, no se puede seguir en esta parte la doctrina de Aubry y Rau que dejan á la voluntad del heredero el anular la partición ó rescindirla, ó finalmente exigir á sus coherederos á título de garantía la bonificación del valor de la cosa. Nuestro Código, separándose de estos autores, ha consagrado la teoría más justa y equitativa de que los herederos sólo pueden atacar la partición cuando ésta no salva las legítimas.

¿Por qué autoriza á garantizar objetos que no han existido al tiempo de la partición? Si jamás han pertenecido al heredero, si no los adquirió, ¿por qué sería bonificado con su valor? Como lo expresamos en el comentario al art. 3531, esta disposición no está exenta de crítica; porque se debía suponer que el ascendiente al enajenar algunos de los bienes adjudicados en la partición, ha revocado tácitamente la voluntad manifestada por escrito. ¿Por qué mantenerla?

Me parece que Aubry y Rau tienen razón cuando dicen: «en cuanto á la cuestión de saber, si la enajenación de un número, más ó menos considerable, de los objetos comprendidos en la partición, lleva ó no consigo la revocación de este acto, es ante todo una cuestión de hecho y de intención, que debe ser resuelta según las circunstancias particulares de cada especie», y habría sido preferible consagrar esta doctrina.

Si el Código fuera reformado alguna vez debería suprimirse la última parte del artículo, ó ponerla en armonía con la disposición del art. 3531 en su última parte.

El presente artículo fué corregido en las palabras *ascendientes les*, por la de *descendientes le*, como está en el modelo.—Comp. GENTY, pág. 89. COLMET DE SANTERRE, VII, 243, *bis* IV. DEMOLOMBE, XXIII, 56.—Véanse arts. 952, 3531 y 3602.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3534.—Aubry y Rau, § 733.—En vano se objetará, dicen estos jurisconsultos en la nota 11, que cuando la partición

jetos que hacían parte de la porción de uno de los descendientes, le es debida la garantía de los objetos enajenados, concurriendo con su porción á soportar la pérdida del valor; de modo que si son cuatro herederos, sólo recibirá de cada uno la cuarta parte; es decir, tres cuartos del valor.

Cuando la partición se hubiera hecho por donación, en que cada heredero recibe en propiedad la parte que le corresponde, no hay necesidad de esperar al fallecimiento del ascendiente, porque cada uno se garante el valor recibido en la división, así dice con razón el **art. 3535**: *los hijos y descendientes entre los cuales*

(**Art. 3535.**) Se dijo que la partición por donación entre vivos sólo puede tener lugar entre los descendientes, estando excluido naturalmente el cónyuge, con quien forma una misma persona y entre quienes no puede existir contrato alguno; así es que el artículo sólo comprende á los hijos y descendientes como expresamente lo dice.

¿Qué acciones se pueden ejercer en la partición por donación? Todas las que les corresponden en la partición ordinaria, con excepción de la de rescisión, que sólo puede ser intentada después de la muerte del testador, porque teniendo por base el ataque á las legítimas de los herederos, no se puede saber si han quedado á salvo, mientras no se conozca el haber del ascendiente.

Cuando alguno de los herederos hubiere sido privado de uno ó varios de los objetos comprendidos en su lote, puede deducir contra sus coherederos la acción de garantía, que se reduce á hacerse bonificar con el valor que tenían los objetos en el momento de la partición, tomando él la parte que le corresponde; por ejemplo, si el objeto valía cien, y son cuatro los herederos, cada uno contribuirá con veinticinco, recibiendo sólo setenta y cinco. Si después de fallecido el ascendiente, se encontrase que el valor del objeto de que ha sido privado uno de los herederos ataca á su legítima forzosa podría deducir dos acciones: la de rescisión para dejar sin efecto la partición, ó la de reducción cuando uno de sus

tiene lugar por testamento, está facultado para revocarla en todo ó en parte, sea de una manera expresa, sea de una manera tácita: que la enajenación de ciertos objetos comprendidos en el lote de uno de los descendientes constituye una revocación tácita y no hay lugar á una garantía de la cosa enajenada. El vicio de esta doctrina consiste en el falso punto de vista, considerando la partición del ascendiente como un acto de liberalidad, cuando debe mirarse como un acto de igualdad, toda vez que se trate de apreciar las relaciones respectivas de los descendientes que son llamados á tomar parte en ella.

se ha hecho una partición por donación entre vivos, y sus herederos ó sucesores, están autorizados para ejercer, aun antes de la muerte del ascendiente, todos los derechos que el acto les confiera á los unos respecto de los otros, y pueden demandar la garantía de las cosas comprendidas en sus porciones desde la evicción de ellas; porque no están sujetas á adquisición, desde que el ascendiente les ha entregado su porción hereditaria. La evicción, en este caso, hace desaparecer la igualdad que debe existir entre los herederos, y la garantía viene á restablecerla contribuyendo todos proporcionalmente á las pérdidas.

coherederos hubiera recibido un excedente de lo que la ley permite disponer al testador.

La acción para demandar la garantía de los coherederos cuando hubieran sido privados de una ó de varias cosas comprendidas en su lote, por la reivindicación, dura diez años á contar desde que la evicción tuvo lugar, y sólo comprende el valor que tenían los objetos en el momento de la partición.

Aubry y Rau, § 733, texto, entre las notas 10 y 11, de donde fué tomado el artículo, dicen: «los descendientes entre los cuales se ha hecho una partición por acto entre vivos, están autorizados, aun viviendo el ascendiente, para ejercer, los unos respecto de los otros, los derechos que les confiere la partición, sea según las estipulaciones del acto que la contiene, sea según los principios que rigen las particiones ordinarias», y en la nota agregan, que la proposición es generalmente aceptada en lo que concierne á las obligaciones ó cargas que el ascendiente habría impuesto á uno ó varios de sus descendientes en provecho de otro; y debe ser igualmente admitida respecto á las obligaciones recíprocas que toda partición impone á aquellos que han concurrido.—Comp. CHABOT, al art. 884 n.º 9. TOULLIER, V, 807. GRENIER, I, 394. COLMET DE SANTÉRE, IV, 243 *bis*. y DEMOLOMBE, XXIII, 115 y sig.—Véanse arts. 952, 3513, 3533 y 3537.

La acción de reducción, de que habla el art. 3537, no puede deducirse durante la vida del testador, como algunos lo sostienen, porque sólo á la muerte de éste se podrá saber cuál es la porción disponible, y á cuánto alcanza la legítima de los herederos forzosos, como clara y expresamente lo dice el art. 3602. ¿Fundado en qué antecedente se podría demandar la reducción, cuando se ignora el monto de la legítima de cada uno, así como la porción disponible?

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3535. — Aubry y Rau, § 733, al fin.

TITULO VII

DE LAS SUCESIONES VACANTES

§ 968. — NOCIÓN SOBRE LA HERENCIA VACANTE

La transmisión de la propiedad por el hecho de la muerte, viene exclusivamente de la ley, que interpretando la voluntad del difunto, la atribuye á los parientes más cercanos, señalando un límite, que varía según la legislación de las diversas naciones; pues algunas lo han llevado hasta el grado doce.

Nuestro Código ha sido poco generoso en esta parte, teniendo tal vez presente, que nuestro país necesita de capitales, para mejorar las condiciones materiales y morales, impulsando sus nacientes progresos. Sólo ha concedido la sucesión *ab intestato* hasta el sexto grado.

Cuando no existe testamento, ni parientes dentro del sexto grado, la herencia viene al fisco nacional ó provincial, según los casos; pero no me parece que debamos considerarlos como herederos, aunque el Cap. VII, del Título IX, del orden de las sucesiones lleve el acápite de *Sucesión del fisco*, y en repetidos lugares lo considere como heredero. En varias partes de esta obra he sostenido que el fisco debe tomar los bienes, no en su calidad de heredero, sino como señor y dueño de todo lo que no pertenece á persona alguna. En este sentido se debe tomar la disposición del **art. 3539**, que dice: *cuando, después de citados por edictos du-*

(**Art. 3539.**) El presente artículo se ha separado de su modelo, el art. 811 Cód. Francés, sin comprenderse bien la razón; por eso, sin duda, algunos lo han creído obscuro y equívoco.

rante treinta días á los que se crean con derecho á la sucesión, ó después de pasado el término para hacer inventario y deliberar, ó

El Cód. Francés conformándose con los plazos concedidos al heredero para hacer inventario y deliberar, dice, «si después de espirar esos términos, no se presentare persona alguna á reclamar la sucesión, ó si no hay heredero conocido, ó los herederos conocidos la han renunciado, esa sucesión se reputa vacante», y nuestro artículo comienza por establecer un término de treinta días para venir á estatuir en seguida lo que dice el artículo del Cód. Francés, sin comprender expresamente el caso en que no se presentare persona alguna reclamando la herencia, y no hubiera herederos conocidos, y hablando del caso en que se haya repudiado la herencia y no se presentase pretendiente á la sucesión.

Nuestro artículo debe comprender como el francés los casos en que se debe reputar vacante la herencia: 1ª cuando pasado el término para hacer inventario y deliberar, el heredero no aceptare la herencia; 2ª cuando en el mismo caso dejare vencer el término y guardase silencio; 3ª cuando el heredero puro y simple repudiare la herencia y nadie se presentare reclamándola; 4ª cuando no hubiere heredero conocido ni se presentare persona alguna después de la publicación de los edictos por treinta días consecutivos.

En el primer caso, hay herederos conocidos que han solicitado los tres meses para hacer inventario y los treinta días para deliberar, art. 3366, y no hay para qué citar por edictos á los herederos, ni esperar á que corra el plazo de treinta días acordados por el artículo, pasado esos términos si no aceptan la herencia, entrará el segundo caso.

En el segundo, como no ha aceptado ni repudiado la herencia, es necesario exigirle que haga la manifestación, y si la repudia, quedará comprendido en el primer caso.

En el tercero, repudiada la herencia por el heredero conocido, ¿corresponde citar por los treinta días para que se presenten los que se crean con derecho á la herencia, ó se reputará vacante si no se ha presentado pretendiente alguno reclamándola? Mi opinión es que se tendrá como vacante, según lo demuestro en el artículo siguiente, y se desprende del texto mismo de dicho artículo.

En el cuarto, no habiendo persona alguna que reclamase la sucesión, es el caso de la primera parte del artículo, se citará por treinta días, y si nadie comparece, la herencia se reputará vacante y se nombrará curador.

Cuando el heredero ha usado de su derecho, pidiendo los tres meses para hacer inventario y los treinta días para deliberar, no hay necesidad

cuando habiendo repudiado la herencia el heredero, ningún pretendiente se hubiese presentado, la sucesión se reputará vacante; es

de los treinta días concedidos por el artículo, ni se deben contar, se esperará á la expiración de los términos acordados; si vencido, renunciase á la sucesión, y no se presentara pretendiente, entonces se reputará vacante, pues el artículo lo dice así claramente. Pero es un error sostener, que cuando el heredero hubiere pedido el término para hacer inventario y deliberar, cumplidos los 30 días y antes de vencerse los plazos, se debe nombrar un curador á los bienes. ¿Y cómo se quitaría la administración al heredero, que es dueño de los bienes hasta que no haya renunciado la herencia? ¿Con qué derecho se le privaría de una administración que le corresponde? No hay, pues, curador provisorio que nombrar, porque no se necesita; el heredero, mientras no ha renunciado á la sucesión, es dueño de las cosas y sólo él debe administrarlas.

Algunos han creído encontrar un doble plazo, y han supuesto que se debe esperar el vencimiento del acordado para hacer inventario y deliberar, y después citar por treinta días, si no se presentó heredero alguno reclamando la herencia. Hemos explicado que eso no manda el artículo; porque cuando existen herederos que han pedido término para hacer inventario y deliberar, no corre para ellos sino los plazos acordados con ese objeto; pero si renunciase á la herencia, entonces sería el caso de nombrar un curador provisorio. En esa hipótesis no hay un doble plazo, porque el acordado para hacer inventario y deliberar es un derecho del heredero, mientras el de treinta días porque se cita cuando nadie se ha presentado, es para los herederos desconocidos, y con el objeto de declararla vacante si nadie se presenta.

Si el heredero renuncia á la herencia, y nadie se presenta, es el caso de reputarla vacante y nombrar curador.

El Dr. Segovia se pregunta, «¿por qué no se ha fijado un término dado de meses, y no el término vago para hacer inventario y deliberar?» En primer lugar, el término para hacer inventario y deliberar no es vago, pues está fijado de antemano; en segundo, ese término es para el caso en que haya herederos que se presentaren solicitándolo, y finalmente, el plazo de 30 días señalado en la primera parte del artículo es para cuando el heredero renunciare á la herencia y no se presentase pretendiente alguno, ó no hubiera heredero conocido. — Comp. DEMOLMBE, XV, 412. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, II, 1925 á 1940. — Véanse arts. 486, 487, 3314, 3342, n° 3, 3366 y 3540.

decir, sin herederos, entrando á recogerla el fisco. Este artículo se encuentra incorporado en las leyes de procedimiento de la Capital y de la Provincia de Buenos Aires.

§ 969. — PROCEDIMIENTO EN LAS SUCESIONES VACANTES

Las leyes de fondo tienen puntos de contacto con las de forma, y llega un momento en que se confunden, por decirlo así, abrazando un mismo radio de acción, como sucede con las sucesiones vacantes.

Las leyes de procedimiento autorizan á los acreedores para demandar la apertura de la sucesión, porque la ley debe poner en su mano un medio eficaz á fin de poder cobrar sus créditos, sin estar sujetos á la voluntad de los herederos, y tratándose de sucesiones en que nadie se presenta á reclamarlas, el **art. 3540**,

(**Art. 3540.**) Mientras la herencia no tenga un representante, nadie podrá iniciar gestión alguna en contra de ella, y por esa razón, pueden solicitar su apertura y pedir se nombre curador, los acreedores, legatarios, locatarios, asociados del difunto y demás interesados en demandar á la sucesión, ó que tengan derechos que alegar. Si hay herederos conocidos, no se pedirá el nombramiento de curador, se les notificará para que declaren si aceptan ó repudian la herencia. Esta parte corresponde á las leyes de procedimiento que cada provincia tiene facultad exclusiva para dictar. Cuando no se conozcan herederos se pedirá la citación por edictos durante treinta días, para que comparezcan los que se crean con derecho á recibir la sucesión; si se presentaren y renunciaren la herencia, ésta se reputará vacante al efecto de nombrarle curador, si no se presentare pretendiente alguno reclamándola. ¿Y si hubiere herederos conocidos en grado sucesible que no se han presentado, porque el renunciante los excluía, se reputará vacante la herencia? Esta es la cuestión debatida en derecho francés que nuestro artículo no ha decidido. Demolombe, XV, 408, la plantea en estos términos: «¿basta para que la

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 3539. — La falta de heredero ó acreedores, hace innecesaria la formación de la cuenta particionaria, debiendo declararse vacante la herencia. — Jur. Civ., XII, 2ºº, Sér. 4ª.

La inacción de los herederos designados por testamento ó la falta de justificación de que invisten ese carácter, hace procedente se declare vacante la herencia. — Jur. Civ., V, 104, Sér. 3ª.

dice: todos los que tengan reclamos que hacer contra la sucesión, pueden solicitar se nombre un curador de la herencia. El juez puede

sucesión sea reputada vacante que los herederos del primer grado en el orden en que eran llamados hayan renunciado, aunque existieran en el mismo orden ó en un orden diferente, otros parientes que serían herederos por la renuncia de los primeros?»

Aubry y Rau, Ducarroy, Bonnier y Roustain sostienen la negativa que es apoyada por Demolombe con muy fuertes razones, contra la opinión de Merlin, Chabot, Toullier, Duranton, y decisiones de varias Cortes francesas.

Nuestro artículo no habla, como el francés, de *herederos conocidos*, y la cuestión no se puede plantear en esa forma. El artículo comprendo, como lo dijimos, cuatro casos: 1º, cuando hay herederos que han pedido los términos para hacer inventario y deliberar y repudiasen la sucesión; 2º, cuando en el mismo caso guardasen silencio; 3º, cuando sin haber pedido término la renunciaren; 4º, finalmente, cuando no hubiera herederos conocidos, en que debe hacerse la citación por treinta días.

Según nuestro artículo, en el primer y tercer caso no hay necesidad de citar por edictos, porque sólo exige que hayan dejado vencer los términos para hacer inventario y deliberar, ó que hayan repudiado la herencia; pero si guardaron silencio, es necesario hacerles la intimación para que manifiesten si la aceptan ó la repudian. En el primer y tercer caso, el artículo dice claramente, que la sucesión se reputará vacante, sin necesidad de nueva citación; pero si se tratase de reformar el Código, creo que se debía corregir en el sentido de la mejor doctrina; porque como dice muy bien Demolombe, «sería necesario sostener que la posesión legal de la herencia no se opera sino una sola vez, y que después de la renuncia, el heredero del grado subsiguiente no entra en la posesión de la herencia. Entonces sería claro que la sucesión se reputaría vacante por la renuncia del heredero del primer grado, pues que el heredero del segundo grado no se considera heredero y los terceros no podrán dirigirse contra él...» Pero como hemos aceptado, que el carácter de heredero lo adquiere por efecto de la renuncia, no podemos admitir esa teoría.

Por nuestro derecho, «se juzga al renunciante de la herencia como no habiendo sido nunca heredero; y la sucesión se defiende como si el renunciante no hubiese existido», art. 3353, luego, pues, el de grado subsiguiente debía ser llamado, como si no hubiera existido el que lo excluía. Mi opinión es que la doctrina adoptada por el Código no está conforme con los principios; pero mientras no se reforme el artículo, la suce-

también nombrarlo de oficio á solicitud del fiscal; porque éste como representante de la Nación ó Provincia en su caso, se encuentra

sión se reputará vacante sin citación, cuando los herederos han pedido término para hacer inventario y deliberar, renunciándola al vencimiento del concedido, ó cuando el heredero la ha repudiado. Afortunadamente nuestras leyes de procedimiento y las de las provincias exigen en todos los casos, la publicación de los edictos por 30 días, llamando á los que se crean con derecho, para que comparezcan á deducirlos en el juicio testamentario; esta exigencia satisface y resuelve las dificultades, salvando el inconveniente de reputar vacante la sucesión sólo por la renuncia del llamado en primer grado, olvidando á los del segundo que vienen á colocarse en el lugar que el otro ocupaba.

Por las leyes especiales que rigen en la Capital Federal, las herencias vacantes corresponden al Consejo de educación; una ley idéntica rige en la provincia de Buenos Aires, y se debe estar á lo que ellas determinen; porque son cesiones que el Congreso ó las Legislaturas han hecho de los derechos que corresponden á la nación ó á las provincias, en favor de la educación común; si por esas leyes se les da intervención judicial en representación del fisco; si el Consejo de educación se considera como una institución pública con el carácter de persona jurídica, él deberá intervenir en el juicio desde la denuncia de vacancia, hasta la adjudicación definitiva de los bienes; si por el contrario, sólo se le conceden los bienes, sin intervención judicial, es el fiscal, representante de los intereses de la nación ó de la provincia, quien deberá intervenir. Esta obra estudia el Código Civil en la aplicación de sus disposiciones, por eso están fuera de su propósito cuestiones de esta especie, que se relacionan íntimamente con el procedimiento.

El nombramiento de curador debe hacerse en el mismo acto en que se declare vacante la herencia. ¿Y quién administra los bienes durante los treinta días de la publicación de los edictos? Es un defecto de la ley; pero el Código Civil no autoriza el nombramiento de curador, por la sola denuncia, y sin duda habrá tenido en vista, que esta únicamente no es suficiente para apoderarse de bienes ajenos. De otro modo se correría el peligro de tomar los bienes dejados por un ascendiente, que tiene herederos forzosos que no han pedido la posesión de la herencia, porque la tenían legalmente.

Cuando el artículo dice, el juez puede nombrar de oficio al curador, á solicitud del fiscal, se comete una incorrección, porque la expresión de oficio indica que el juez por su propia autoridad puede hacerlo, sin que nadie lo solicite, y ese no ha sido el pensamiento del legislador;

interesado en que los bienes dejados por el muerto, no sean tomados por extraños.

Establecido el curador de la sucesión, los que después vengan á reclamarla, están obligados á tomar las cosas en el estado en que se encuentren por efecto de las operaciones regulares del curador (art. 3542); sin perjuicio de reclamar y anular las que hubie-

pues obra á solicitud del fiscal, y necesita instancia de parte.—Comp. DEMOLOMBE, XV, 408, MERLIN, *Rep. 1.º Curador*, § 3, n.º 1. TOULLIER-DUVERGIER, II, 397. DELVINCOURT, II, pág. 35, nota 1. POUJOL, al art. 811, n.º 1. DURANTON, VII, 61 y 62. TAULIER, III, pág. 269 á 270.—Véanse arts. 115, 488, 489, 3539 y 3977.

(Art. 3542.) Establecido el curador de la sucesión, dice el artículo, y naturalmente se pregunta: ¿Si ha sido ilegalmente nombrado, valdría lo ejecutado en virtud de un mandato que no pudo serle conferido? En principio se debe decidir que los actos ejecutados son nulos, y se considerarán como no sucedidos. Y aunque la equidad aconseja admitir la validez de ellos, cuando el tercero de buena fe no haya podido conocer la ilegalidad del nombramiento, como lo sostienen muchos comentadores franceses, no creo que la lógica de los principios nos autoricen á hacer distinción alguna. ¿Cómo se podría admitir la validez de los actos ejecutados por un curador nombrado, sin la citación de los edictos, cuando hubiere herederos conocidos? Pero se dirá, todo el que contrata con un curador sólo está obligado á saber si ha sido nombrado, sin entrar á investigar si está bien ó mal hecho el nombramiento; la buena fe debe proteger al tercero; pero si queremos protegerlo, no tenemos derecho para abandonar al heredero que tampoco ha cometido falta alguna. La justicia y la inflexibilidad de los principios no nos permiten admitir semejante conclusión.

¿Qué se decidiría si el juez diera al curador facultades que no puede conceder según la ley? Y aquí falla la lógica de Demolombe, que admite

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3540.—L. 12, Tit. 2, Part. 3.º.—Cód. Francés, art. 812.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — *Aplicación del art. 3540.*—El juez puede de oficio, ó á petición del Ministerio Pupilar, nombrar un tutor especial que gestione los derechos del hijo natural, si la madre hubiese desistido de probarlos.—Jur. Civ., I, 395, Sér. 1.ª.

No puede declararse vacante la herencia, si existen hermanos naturales uterinos, que gestionen la declaratoria á su favor.—Jur. Civ., XII, 167, Sér. 4.ª.

Véase fallo al art. 3539.—Jur. Civ., XII, 209, Sér. 4.ª.

ren sido practicadas sin las formalidades legales, ó excediendo las que le corresponden como administrador.

§ 970.—DEL CURADOR DE LA HERENCIA VACANTE

Cuando cualquier interesado en la sucesión pidiere el nombramiento de curador, y el juez accediendo á la demanda lo nombrare, en ese caso, dice el **art. 3541**, 1ª parte: *el curador debe hacer inventario de la herencia ante escribano público y dos testigos*, esa es la primera obligación que debe llenar. En cuanto á sus facultades, *ejerce activa y pasivamente los derechos hereditarios, y sus facultades y deberes son los del heredero que ha aceptado la herencia con beneficio de inventario. Pero no puede recibir pago, ni el precio de las cosas que se vendiesen. Cualquier dinero correspondiente á la herencia debe ponerse en depósito á la orden del juez de la sucesión* (**art. 3541**, 2ª parte), y no podrá dispo-

en el n° 417 la validez de los actos ejecutados por el curador nombrado ilegalmente, cuando el tercero fuera de buena fe y la rechaza en este caso cuando dice: «los poderes del curador son, en efecto, determinados por la ley misma, en el interés de los terceros y de los causa-habientes que podrían más tarde presentarse, y no creemos que pertenezca al tribunal, á quien la ley encarga solamente de nombrarlo, de extender ni modificar su mandato legal, tal como se encuentra escrito de antemano en los textos»; y esas mismas razones se pueden aplicar al curador nombrado ilegalmente, porque el juez no ha podido investirlo de autoridad faltando á las leyes que establecen la forma en que debe hacerse.

Es entendido que los actos del curador ilegalmente nombrado, así como los ejecutados extralimitando sus facultades, pueden ser confirmados por el heredero, y quedarían válidos, sin perjuicio de los derechos de los terceros. — Comp. DEMOLOBE, XV, 417 y 453. AUBRY y RAU, § 642, nota 24.—Véanse arts. 124, 3348 y 3429.

(**Art. 3541.**) La forma en que debe hacerse el inventario correspon-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3542.—Vazeille, sobre el art. 812, n° 4.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 3542.*—La posesión de una herencia que se supone vacante, sólo puede acordarse al que pretende tener derechos, después de haber justificado su carácter de heredero.—Jur. Civ., X, 415, Sér. 2ª.

nerse de él sin intervención fiscal; porque mientras nadie haya justificado su título á la herencia, el fisco es el dueño presunto de esos bienes.

de á la ley de procedimientos. Las provincias armonizan generalmente las disposiciones de sus Cód. de Proc. con el Código Civil, así es que no será posible colisión alguna; pero en caso de existir se debe dar preferencia á la ley provincial.

El ejercicio activo y pasivo de los derechos hereditarios, debe extenderse á las facultades concedidas por el art. 3383, con esta diferencia capital: que el heredero beneficiario es dueño de los bienes que administra, le pertenecen en plena propiedad, mientras el curador de la herencia vacante es un mandatario con poderes limitados. Puede contestar las demandas contra la sucesión, y deducirlas para cobrar lo que á esta se le adeude, interrumpir las prescripciones, y tomar todas las medidas necesarias para la conservación de las cosas confiadas á su cuidado.

El defecto que se puede notar en la redacción de nuestro artículo es que crea una analogía completa entre el curador de la herencia vacante y el heredero beneficiario, cuando sólo existen algunas, y como lo hace notar con razón Demolombe, esta asimilación está lejos de ser completa: se relaciona únicamente con las formas del inventario, el modo de administrar los bienes y el de rendir cuentas, y aún en este limite hay diferencias notables entre una y otra administración.

Y así es en efecto, porque el heredero beneficiario es un propietario que administra sus propias cosas, y en cualquier momento puede renunciar al beneficio y disponer como señor y dueño de los bienes; mientras el curador es un simple mandatario, que debe ser retribuido, no así el heredero. El deber del heredero beneficiario es el de administrar la herencia tomando lo que quedare de ella, sin percibir emolumento alguno; el curador lo percibe, y no tiene derecho á parte alguna de los bienes.

¿Cómo se entiende la prohibición de recibir pagos? El art. 3383, autoriza al heredero beneficiario para recibir las sumas debidas á la sucesión. ¿Se considera la prohibición como una excepción á aquella facultad? Así lo creo; pero si no puede recibir personalmente los dineros que se debieran á la sucesión, y está autorizado para cobrarlos y hacerlos pagar, quiere decir que pedirá se depositen en el Banco que sirva de caja de depósitos y consignaciones. Por eso el mismo artículo prohíbe al curador recibir el precio de las cosas pertenecientes á la sucesión, que hubiera vendido, y ésta es una de las diferencias notables entre el heredero beneficiario y el curador.

Como el curador de la herencia no puede recibir pagos, resultará que, *los pagos que hicieren los deudores hereditarios al curador de la herencia, no los eximen de sus obligaciones, á no ser que la suma pagada por ellos se hubiese convertido en beneficio de la sucesión* (**art. 3543**), lo que será necesario demostrar, sea cuando

El curador de la herencia vacante no debe percibir más dinero que el de los arrendamientos y demás frutos que produjeren los bienes de la sucesión, dando cuenta al juez ó depositándolo en la Caja de depósito. Todo esto corresponde á las leyes de procedimiento, que determinarán la forma en que deba hacerse. — Comp. DEMOLOMBE, XV, 430 á 434. AUBRY y RAU, § 642. MARCADÉ, al art. 814. — Véanse arts. 488, 489, 3370 y 3543.

(**Art. 3543.**) Por el art. 3541, el curador no podía recibir pagos, ni el precio de las cosas de la sucesión, vendidas á terceros; está obligado á hacerlas depositar en el Banco que sirva de Caja de Consignación; el presente artículo confirma ese principio, haciendo una excepción, como sucedería cuando la suma pagada y recibida se hubiera convertido en provecho de la sucesión; de modo que si el deudor demostrase que el curador á quien pagó, había empleado la mitad ó el total de la suma recibida en el pago de las contribuciones de los inmuebles, le sería tomada en cuenta esa parte. Se puede considerar como una excepción comprendida en el artículo, cuando la suma pagada por el deudor de la sucesión, hubiera sido depositada por el curador á la orden del Juez, no así, cuando lo hubiera hecho á su nombre; porque la sucesión no tiene que cobrar del curador, esa obligación y el riesgo, corresponde al deudor.

Cuando los adquirentes de inmuebles enajenados por la sucesión en vez de depositar el precio, pagasen á los acreedores privilegiados ó á los hipotecarios para libertar el inmueble de los gravámenes que reconociera, se tomará en cuenta esas cantidades.

Es evidente que el curador podrá ser autorizado por el juez para recibir el pago de los deudores ó invertir esas sumas en la conservación de los bienes ó en los gastos de administración, ó sacar de los depósitos las cantidades necesarias á ese objeto. — Comp. DURANTON, VII, 70. Tou-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3541.—Cód. Francés, art. 814, Chabot, sobre dicho artículo.—Vazeille, sobre el mismo artículo.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 3541.*—El curador de la herencia, puede intervenir por medio de procurador ó apoderado.—Jur. Civ., XI, 268, Sér. 6ª.

les fuere reclamado lo debido, ó cuando quisieran asegurar la prueba de que el pago está bien hecho, en que pueden demandar á la sucesión les dé la cancelación.

Hemos dicho en el art. 3539 que cuando nadie se presentara á reclamar la herencia, se reputará vacante; pero esta presunción no se convierte en realidad, sino en el caso del **art. 3544**, que

LLIER-DUVERGIER, II, 402 y 404. CHABOT, al art. 1813, n° 4. AUBRY y RAU, § 642.—Véanse arts. 733, 734, 3541 y 3589.

(**Art. 3544.**) La declaración de vacancia, de que habla el artículo, es la única que hace el juez, y es al mismo tiempo, adjudicación de los bienes que no tienen dueño. ¿Es una nueva declaración, como algunos creen? ¿No está entónces vacante la herencia? Algunos dicen, que la vacancia de que habla el art. 3539, es provisoria y que esta segunda es la definitiva, queriendo asimilarla á la ausencia con presunción de fallecimiento, que se declara en dos períodos; pero no es aceptable tal teoría, porque no existen dos declaraciones. En efecto, el art. 3539 no dice que la herencia *se declarará* vacante en los casos determinados en él, expresa únicamente que la sucesión *se reputará* vacante á los efectos de nombrar el curador que la represente, y contra el que dirigirán sus acciones los legatarios, acreedores y demás interesados. Así, pues, la ley reputa vacante la herencia y el juez no tiene obligación de declararla, porque la presunción legal existe, y el nombramiento de curador viene en virtud de esa presunción. Ninguno de los artículos contenidos en este título, fuera del presente, autorizan al juez para declarar vacante la herencia, porque el art. 3539, establece los casos en que se reputará vacante, el 3540 faculta para pedir en esos casos el nombramiento de curador, y el presente lo autoriza únicamente para declararla vacante y entregar al fisco nacional ó provincial, ó al Consejo de educación, según las leyes, la suma que resultase después de pagadas las costas. Así, en mi opinión sólo hay una sola declaración de vacancia, la autorizada por este artículo, y no podía ser de otro modo; porque si la herencia se hubiera declarado vacante, no habría razón para volver á repetir inútilmente esa declaración. ¿Con qué objeto? Supongamos, como lo hacen algunos autores argentinos, que el juez ha declarado vacante la herencia y nombrado curador; si no se han presentado herederos y se vendieren los bienes ¿qué objeto habría en volverla á declarar vacante? Es que el artículo supone, con razón, que no ha existido declaración alguna, que el juez sólo ha nombrado curador á la herencia, porque nadie se ha presen-

dice: cuando no hubiere acreedores á la herencia, y se hubiesen vendido los bienes hereditarios, el juez de la sucesión, de oficio ó á solicitud fiscal, debe declarar vacante la herencia y satisfechas todas las costas y el honorario del curador, pasar la suma de dinero de-

tado reclamándola, en ese caso se *reputa* vacante á ese efecto; pero el juez no la declara, porque no hay disposición que así lo exija.

La redacción del artículo se presta á la crítica; porque sólo comprende un caso muy limitado, y para interpretarlo rectamente es necesario tomar esa hipótesis como un mero ejemplo, y lo mismo se hará en los casos siguientes: 1º cuando hubiese acreedores de la herencia á quienes se les hubiesen pagado, y lo restante se entregará al fisco nacional ó provincial; 2º cuando los bienes no se hubieran vendido, el juez debe mandarlos entregar al fisco nacional ó provincial bajo inventario y tasación; porque sólo responde por la suma que importan los bienes, art. 3589; 3º cuando no hubiese acreedores y los bienes se vendieran, en que se deben entregar las sumas; 4º cuando no hubiera acreedores y algunos bienes se hubiesen vendido, se entregarán al fisco los que existieren, así como las sumas de dinero depositadas que sobren. Todos estos casos están comprendidos en el artículo.

No es exacto que el curador deba procurar la venta de los bienes de que se compone la herencia, como algunos lo afirman, porque su misión es de mera administración; si los bienes son de aquellos que se deterioran fácilmente, pedirá autorización para hacerlos vender; pero no es de su obligación procurar la venta en todos los casos; por el contrario no hay razón para que la pida, cuando son inmuebles, pues es más propio hacerlos entregar como se encuentran.

El fisco nacional ó provincial, sea como señor y dueño de las cosas que no lo tienen, sea como heredero, toma los bienes de la sucesión que nadie reclama, y siempre está expuesto á la reivindicación, cuando aparecen herederos que justifiquen su derecho á la herencia, y se encuentra en el mismo caso de los demás herederos, que entregan los bienes en el estado en que se hallaren.

En cuanto á la adjudicación de los bienes, se debe atender á las leyes especiales de cada provincia, pues unas dedican esos fondos á la instrucción y otras á instituciones de beneficencia.—Comp. DEMOLOMBE, XIII, 166 *ter*.

Los honorarios del curador y las costas necesarias en beneficio de la herencia, tienen privilegio sobre las demás acreencias, art. 3879, nº 1.—Véanse arts. 50, 2342, nº 3, 3386, 3588 y 3589.

positada, al Gobierno Nacional ó al Gobierno Provincial, según fueren las leyes que rigieren sobre las sucesiones correspondientes al fisco; de modo que éste sólo responderá del dinero recibido si más tarde aparecen los verdaderos herederos.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3544. — Véase Demolombe, tom. 13, n° 166, ter.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3544.—El Consejo General de Educación sólo puede intervenir como parte en los juicios testamentarios, después que haya cesado la intervención del Agente Fiscal.—Jur. Civ., II, 525, Sér. 2ª.

TITULO VIII

DE LAS SUCESIONES INTESTADAS

§ 971. — GENERALIDADES

La ley al atribuir á los parientes del difunto, que no ha manifestado su voluntad, un derecho sobre los bienes, no ha puesto límite en la línea recta descendente ni ascendente, teniendo cuenta no sólo el afecto que supone debe persistir en los que llevan el mismo nombre, sino también la duración de la vida humana, que es muy difícil se prolongue más allá de la quinta ó sexta generación; pero no sucede lo mismo con los colaterales, á quienes concede únicamente parentesco legal, con efecto para suceder, hasta el sexto grado; es decir, á los hijos de primos hermanos; así dice el **art. 3545**: *las sucesiones intestadas corresponden*

(**Art. 3545.**) En las sucesiones intestadas, el legislador ha tratado de interpretar la voluntad del difunto, siguiendo las costumbres y las leyes sociales. Las leyes de Partida decían, que el amor de los padres descende, y cuando no tiene como descender, asciende, y si no puede descender ni ascender, se esparce hacia los lados; pero eso no es cierto, el hombre al unirse con vínculos indisolubles con la mujer de su elección para formar un hogar, y crear una familia ha contraído deberes que la ley debe suponer, con fundados motivos, tiene el deseo de llenar, y cuando ha procreado hijos le ha impuesto obligaciones ineludibles. Pero como no debe sustraerse voluntariamente, á esos deberes, en los casos en que cediendo al impulso de sus pasiones procrease hijos fuera de matrimonio, ha extendido la sucesión intestada á los descendientes naturales, deteniéndose no obstante ante los hijos; sin perjuicio del

á los descendientes legítimos y naturales del difunto, á sus ascendientes legítimos y naturales, al cónyuge sobreviviente, y á los parientes dentro del sexto grado inclusive, en el orden y según las reglas establecidas en este Código. No habiendo sucesores legítimos, los bienes corresponden al Estado general ó provincial, lo que nos ha hecho decir, que el Estado no entra como un verdadero sucesor á recoger los bienes dejados por el difunto, sino que es dueño de todos aquellos bienes que no lo tienen.

En cuanto al derecho de sucesión y trasmisión de los bienes dejados por el fallecido, se atenderán á las siguientes reglas:

1^a *El pariente más cercano en grado, excluye al más remoto,*

derecho de representación, lo mismo se debe decir de los ascendientes, pero sólo comprende á los padres.

En nuestro sistema de sucesión, el cónyuge entra como heredero forzoso, sea á la par de los hijos ó de los padres, y por consiguiente la ley les confiere una sucesión en cualquier circunstancia. Pero cuando se trata de los colaterales, la presunción se funda en los lazos de la sangre que los une y sirve de base al afecto mútuo; mas el legislador sólo ha ido hasta el sexto grado, declarando vacante la herencia, para entregarla al dueño del dominio eminente.

¿En qué calidad recoge el fisco la herencia? ¿Es como heredero, ó como dueño de todas las cosas que no lo tienen?

Los autores hacen diferencia entre la vacancia de una sucesión, que como decía la Corte de Colmar, tiene lugar cuando esta ha sido abandonada por los herederos conocidos, de la desherencia que ocurre cuando el difunto no deja ni parientes en grado sucesible, en que el Estado entra por su propio derecho, como heredero. Por mi parte, en diversos lugares de esta obra he sostenido que el fisco no recibe los bienes en su calidad de heredero, porque sólo pueden serlo los parientes del difunto.

El fisco nacional ó provincial recibe los bienes á título de señor y dueño del dominio directo; no es heredero porque no tiene las obligaciones de éstos; una vez pagadas las deudas, gastos y honorarios, se entrega al fisco el sobrante, y si devuelve el valor de los bienes recibidos, cuando aparecen herederos, no lo hace como tal, sino como depositario. —Comp. Cód. DE CHILE, art. 983. Cód. DE CALIFORNIA, art. 3844. — Véanse arts. 3280, 3564, 3566, 3576, 3582 á 3585 y 3588.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3545. — El derecho á heredar concluye en el sexto grado, los del séptimo no pueden ocurrir ni aún por representación— Jur. Civ., V, 605, Sér. 1^a.

salvo el derecho de representación (art. 3546); que sólo tiene lugar entre los descendientes, poniéndose en el lugar y grado de su representado; mientras entre los ascendientes el padre excluye al abuelo y así sucesivamente. En la línea colateral, también se aplica la regla, salvo el caso en que se tratase de recoger la herencia de un hermano, en que se admite la representación en favor de los descendientes del hermano muerto.

2ª *En las sucesiones no se atiende al origen de los bienes que componen la herencia (art. 3547)*, salvo el caso del art. 3590 en

(Art. 3546.) El principio sentado por el artículo sólo comprende á los parientes de la misma línea; porque en las sucesiones se hereda por líneas; así, los de la línea descendente excluyen á los de la ascendente, aunque estén más próximos en grado; por ejemplo, el nieto que está en el segundo grado respecto de su abuelo, excluye á su bisabuelo que está en el primero; el biznieto que está en el tercer grado excluye á su tío bisabuelo que está en el segundo, cuando concurre por derecho propio.

En la línea descendente la regla no puede aplicarse, porque siempre tiene lugar la representación, de modo que los de grado más remoto vienen á colocarse en el mismo grado que los más próximos.

Si los que están en grado más próximo fueran indignos de suceder, los que le siguen pueden demandar la herencia, siguiendo el juicio de indignidad.—Comp. GOYENA, art. 751. Cód. DE CALIFORNIA, arts. 3846 y 3847.—Véanse arts. 3301, 3423, 3549 y 3749.

(Art. 3547.) El presente artículo tomado del Cód. Francés, art. 732, no tiene razón de ser entre nosotros, porque en la legislación española que nos regía á la vigencia del Código, no se encontraba una regla como esta: *paterna paternis, materna maternis* que había regido en Francia,

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3546.—L. 1, Tit. 6, Lib. 3, Fuero Real.—LL. 3 y 6, Tit. 13, Part. 6ª.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3546.—Véase fallo al art. 3545.—Jur. Civ., V, 605, Sér. 1ª.

Los nietos del causante, carecen de derecho para heredar en concurrencia con los sebrinos hijos de hermanos.—Jur. Civ., VII, 413, Sér. 1ª.

En las sucesiones intestadas heredan al difunto sus parientes colaterales más próximos en grado, excluyendo á los más lejanos—Jur. Civ., VII, 413, Sér. 1ª.

Los parientes más cercanos en grado, excluyen á los más remotos—Jur. Civ., V, 77, Sér. 2ª.

que los padres que contrajesen segundo matrimonio deben reservar los que heredasen de sus hijos.

3ª *Los llamados á la sucesión intestada no sólo suceden por derecho propio, sino también por derecho de representación (art. 3548)*, colocándose en el mismo lugar que ocupaba su re-

hasta que vino la ley de 27 de nivóse que dispuso lo contrario. Así es que el art. 732 vino á confirmar la abrogación anterior

Entre nosotros jamás se ha buscado el origen de los bienes para regular las sucesiones, y si el artículo no hubiera existido, nadie habría tenido derecho para ir á averiguar el origen de los bienes, á fin de dividirlos según pertenecieran á la línea materna ó á la paterna.

En derecho francés, á pesar de la abrogación de la regla de que los bienes paternos debían repartirse entre los parientes de los padres, y los maternos entre los de la madre, cediendo á la influencia de la antigua legislación ha determinado, que toda sucesión intestada que reciban los ascendientes ó colaterales, la dividan en dos partes iguales; una para los parientes de la línea paterna y otra para los de la materna, art. 733. Por nuestra legislación no se hacen esas divisiones, y el único caso en que se atiende al origen de los bienes es cuando se trata de los reservados, que los padres deben conservar, los recibidos por hereucia de sus hijos, cuando pasan á segundas ó terceras nupcias, en ese caso sólo conservan el usufructo.—Comp. COD. FRANCÉS, art. 732. GOYENA, art. 744. DEMOLOMBE, XIII, 367.—Véanse art. 3303 y mi nota, art. 3590.

(Art. 3548.) Aubry y Rau, § 597, de donde fué tomado el artículo, dicen: «los herederos pueden suceder, sea por su propio derecho, sea por representación», y eso es lo que expresa el texto, porque la forma negativa ha sido empleada para dar mayor fuerza á la expresión, y la usa con frecuencia nuestro Código; así, él no sólo sucede por derecho propio, sino también por derecho de representación, expresa pues, que suceden por derecho propio ó por representación en su caso. Como se verá más adelante, el derecho de representación sólo tiene lugar en la línea descendente y únicamente ellos pueden concurrir por derecho propio ó por representación; los ascendientes vienen siempre á la sucesión por derecho propio, y los colaterales sólo en el caso de los arts. 3560 y

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3547.—Cód. de Baviera, Lib. 3, cap. 12, n° 5.—Cód. Francés, art. 732. — Napolitano 655.—Holandés. 896. — De Luisiana, 881.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3547. — Véase fallo al art. 3546.—Jur. Civ., V, 77, Sér. 2ª.

presentado, considerándolo como si viviera ó concurriera á la sucesión; de ese modo se suprimen los grados, pues el representante es reputado como si fuera el mismo representado.

3561 heredan por representación, en los demás casos recogen la sucesión por derecho propio como los ascendientes, excluyendo los de grado más próximo á los más remotos.

El artículo sólo es enunciativo de principios establecidos por el mismo Código, y ha podido suprimirse sin perjudicar la economía del mismo.—
Comp. AUBRY y RAU, l. c. Cód. DE CHILE, art. 984.

CAPÍTULO PRIMERO

DEL DERECHO DE REPRESENTACION

§ 972. — LO QUE IMPORTA LA REPRESENTACIÓN

La representación es una ficción creada por la ley, para hacer desaparecer la desigualdad que existiría entre los descendientes directos de un padre común, á fin de que los más próximos en grado no excluyan á los más remotos; por eso la define el Código diciendo: *la representación es el derecho por el cual los hijos de un grado ulterior son colocados en el grado que ocupaba su padre ó madre en la familia del difunto, á fin de suceder juntos en su lugar á la misma parte de la herencia á la cual el padre ó la madre habrían sucedido* (**art. 3549**), sino hubiera fallecido ó sido des-

(**Art. 3549.**) Freitas, siguiendo á Toullier y otros autores, se proponía rechazar el derecho de representación, como una ficción inútil, según lo expresa en la nota al art. 153, porque dice, que las ficciones son indignas de la majestad de la ley; que el legislador no tiene necesidad de fingir, que él ordena, manda; por lo demás, no hay una ficción, se hace subir al representante en uno ó varios grados y se le llama á la sucesión.

Esas razones nos parecen muy poderosas; pero sería coartar la facultad del legislador, privándole que cree ficciones ó presunciones necesarias á la economía de una legislación bien ordenada.

Según la definición, para que el derecho de representación tenga lugar son necesarias las condiciones siguientes:

- 1º Que los representantes sean hijos ó descendientes del representado;
- 2º Que sea el mismo representante heredero de aquel á cuya sucesión viene por representación;

heredado; porque la representación se extiende á los hijos y descendientes del indigno y del desheredado, que estando vivos no pueden concurrir á recibir la herencia de su ascendiente, aunque el Código dice en el art. 3301 que vienen por derecho propio.

Como la representación es una creación del legislador, de ahí

3º Que el representante tenga sus derechos de la ley y no del representado.

En cuanto á la primera condición nuestro artículo sólo habla de los hijos, pero quedan comprendidos en esa expresión genérica todos los descendientes. Los hijos naturales reconocidos tienen derecho á representar á sus padres, cuando éstos son hijos legítimos de aquel á quien suceden, como los hijos legítimos del hijo natural del difunto, tienen derecho á representar á sus padres, pues se consideran como su misma persona. Si el representado hubiera sobrevivido al *de cuius* aunque fuera un instante, la transmisión se habría operado naturalmente, y para llenar este vacío que queda por una muerte prematura viene la representación.

La segunda regla se demuestra por sí misma; porque si el representante no fuera heredero él mismo, es claro que no podría venir á la sucesión por su representado, desde que éste ha fallecido antes de la apertura de la sucesión. Así pues, es el mismo representante que viene á la sucesión personalmente, y por esta razón se dice, es necesario que tenga habilidad personal de suceder á aquel de cuya sucesión se trata; es decir, que esté concebido; que haya nacido vivo aunque sea por instantes, y que no sea declarado indigno.

En cuanto á la tercera regla la explicaremos en el artículo siguiente.

El representante recibe la misma parte que el representado, dice el artículo; pero cuando varios concurren por representación, la división se hace por estirpes, y cada rama se subdivide en tantas partes cuantos herederos hubiere dejado el representado.

Nuestro artículo ha sido tomado de Pothier en la introducción al Tít. XVII, *De las costumbres de Orleans*, nº 17. — Comp. AUBRY y RAU, § 597, y VAZELLE al mismo artículo. — Véanse arts. 3547, 3558 y 3559.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3549. — Molina, comentarios á la L. 8 de Toro. — Demolombe, tom. 13, nº 889. — Chabot, sobre el art. 739, nos 1 y siguientes. Para que tenga lugar la representación, es preciso, pues, que los representantes sean hijos ó descendientes del representado. La representación ha sido imaginada á fin de reparar en el interés de los hijos, el mal que les ha causado la muerte prematura de sus padres.

se deduce, que *el representante tiene su llamamiento á la sucesión, exclusivamente de la ley y no del representado (art. 3550)*; porque éste se considera como no existente para los efectos de la sucesión.

La representación está sujeta á las siguientes reglas:

1ª *Para que la representación tenga lugar es preciso que el representante mismo sea hábil para suceder á aquel de cuya sucesión se trata (art. 3551)*; porque si él mismo fuera indigno ó desheredado, no podría entrar en la sucesión.

(Art. 3550.) Este principio es una consecuencia de la definición, porque ¿de quién podría tener su derecho? No del representado, porque habiendo fallecido antes de la apertura de la sucesión, no ha podido adquirir el derecho para transmitirlo.

En la antigua legislación francesa, la representación podía emanar también de la voluntad del testador, y por eso se explica esta regla, que en realidad no era necesaria consignarla en el Código que no debía contener sino disposiciones que mandan ó prohíben.—Comp. DEMOLOMBE, XIII, 394 y 395. POTHIER, *Sucesiones*, Cap. II, Sec. III, art. 1, § 3.—Véanse arts. 3301, 3551 y 3553.

(Art. 3551.) Esta regla fijada con claridad por nuestro artículo importa establecer, que el incapaz de recibir la sucesión del padre por haber sido declarado indigno de sucederle, no debe recibir la del abuelo en representación de su padre; porque no se representa á aquel de cuya sucesión ha sido privado.

Sin embargo, Chabot, sobre el art. 740, nº 10, dice: «pero no es necesario para que el representante sea admitido á suceder, que sea nacido ó concebido antes de la muerte del representado. Se ha dicho ya, que no es del representado que tiene su derecho, sino de la ley, y que él puede usarlo aunque no sea heredero del representado. Por la misma razón,

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3550.—Demolombe, tom. 13, nº 3º4. —Chabot, sobre el art. 739, nº 5. Si no se hubiese admitido el derecho de representación, no podría tener lugar por la simple voluntad del difunto á que se quisiera representar. Cuando un hombre muere antes de la apertura de la sucesión á la cual tendría derecho si hubiese sobrevivido, no puede transmitir este derecho á otras personas. No estándole deferida la sucesión, ni perteneciéndole, no puede en manera alguna disponer de ella. No puede tampoco dar á nadie el derecho de representarlo en esta sucesión, cuando ella se abra. Esto sería disponer de un derecho que nunca le habría pertenecido. Es, pues, sólo de la ley, y no del representado que se puede tener el derecho de representar.

En el comentario exponemos las razones de nuestro disentimiento con la doctrina de este artículo.

aunque él *fuera declarado indigno de suceder al representado*, no vendría menos en su lugar por derecho de representación, en una sucesión que habría pertenecido al representado sobreviviente» opinión que rechaza el artículo.

Así como se dijo en el art. 3301, que los hijos del indigno no son excluidos por la falta de su padre, porque sería castigar al inocente, del mismo modo debería ser con la falta cometida respecto del padre, que no se extendería al abuelo ó bisabuelo, imposibilitándolo para heredarlo. Si el hijo fué declarado indigno de suceder á su padre, porque no hubiere denunciado á los jueces la muerte violenta de su causante, art. 3292, ó en otros casos semejantes, ¿por qué lo sería de suceder al abuelo á quien ha venerado y cuidado, cuando falleciere después de la muerte de su padre?

Es una injusticia y falta de equidad, extender una pena impuesta á otros casos. Se explicaría cuando la sucesión del abuelo se encontrase en la del padre, por haber aquél fallecido antes, entonces el hijo declarado indigno, perdería también los bienes heredados del abuelo, porque se encuentran confundidas ambas sucesiones.

El artículo sólo exige la condición de que el representante sea hábil para suceder á aquel de cuya sucesión se trata. Cuando el abuelo ha muerto después de su hijo ¿qué inhabilidad tiene el nieto para sucederle? Si fué declarado indigno de recojer la herencia de su padre ¿por qué lo sería con relación al abuelo respecto del que no ha cometido falta alguna que lo haga indigno? Pero el art. 3553 decide la cuestión en favor de la incapacidad, porque la declara respecto de aquel de cuya sucesión había sido excluido como indigno; luego el hijo excluido de la herencia de su padre, tiene que serlo de la sucesión de su abuelo, porque no puede representar á su padre; y el Dr. Velez-Sarsfield, al decidirse en la nota por la doctrina que lo inhabilita, aduce una razón que sólo puede aplicarse á un caso particular, al declarado indigno por homicidio en que se autorizaría la representación de la víctima por el victimario; pero esa razón no puede aplicarse á los casos de los arts. 3292, 3293, 3295 y 3296, donde se trata más bien de faltas, y no de delitos. Así, el que abandonó á su padre estando demente, ó el que le estorbó por fuerza hacer testamento, ó lo denunció de haber cometido un delito que merezca prisión por más de cinco años, en ninguno de esos casos hay inmoralidad en que suceda á su abuelo contra quien no ha cometido falta alguna.

La interpretación que damos á este artículo, por más injusta que nos parezca la disposición, es impuesta por el art. 3553, que como lo dire-

2ª *Se puede representar á aquel cuya sucesión se ha renunciado (art. 3552)*; tratándose de otra sucesión completamente diferente de la renunciada.

mos en ese lugar, debería reformarse en el sentido que lo indicaremos, siguiendo la común opinión de los autores.

Cuando el padre ó el abuelo son declarados indignos, sus descendientes pueden representarlos para concurrir á la sucesión que les hubiera sido deferida, porque su falta no alcanza á éstos, como se dijo en el art. 3301.

Nuestro artículo es tomado de Guiné, *Representación*, pág. 152, que dice: «es necesario que el representante tenga la habilidad personal de suceder á aquel de cuya sucesión se trata»; pero esa regla la aplica á los casos siguientes: que el representante sea concebido en el momento de la apertura de la sucesión; que haya nacido con vida; que no sea declarado indigno; pero no apoya las conclusiones que nacen del art. 3553 que hemos combatido.—Véanse arts. 3289 y 3290.

(**Art. 3552.**) El presente artículo es una consecuencia lógica del art. 3550, de que el representante tiene su llamamiento exclusivamente de la ley, no del representado. Esta regla tomada á la letra del art. 774 Cód. Francés, parece á primera vista contrariar los fundamentos de la representación, inspirada en la necesidad de hacer desaparecer el perjuicio, que los hijos sufrirían por la muerte prematura de sus padres, no pudiendo recoger la sucesión del abuelo; pero el legislador se ha encontrado con que siguiendo la regla en su inflexibilidad, quitaría al heredero la libertad que debe tener para aceptar ó repudiar la herencia á que la ley misma los llama. En efecto, se trata de dos sucesiones distintas, que no se han confundido. ¿Por qué se obligaría á aceptar la sucesión insolvente de su padre, bajo pena de no tomar la solvente de su abuelo? Otra cosa sería si la sucesión del abuelo se encontrase en la de su hijo, no se podrían dividir, y rechazando ésta quedaría renunciada la otra.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3551.—Pothier, *Success.*, cap. 2, secc. 1, art. 1, § 1.—Chabot, sobre el art. 739.—Demolombe, tom. 13, n° 313.—En su persona deben encontrarse las diferentes cualidades para suceder, por ejemplo, que no haya sido declarado indigno de suceder. Pero no es necesario que el representante sea admitido á suceder porque haya nacido antes de la muerte del representado, porque no es del representado de quien tiene su derecho, sino de la ley, y para usar de él no es preciso que sea heredero del representado, pues puede renunciar á su sucesión.

No hablamos del hijo *concebido*, porque esta expresión no puede aplicarse á la representación en primer grado.

3ª *No se puede representar á aquel de cuya sucesión había sido excluido como indigno ó que ha sido desheredado (art. 3553);*

La regla es esta: la renuncia á la sucesión del padre no excluye el derecho de representarlo en la del abuelo ó en la del hermano.

Los nietos no son herederos forzosos del abuelo, sino cuando el padre ha fallecido, y en ese caso concurren por derecho de representación, sea para tomar la herencia de su ascendiente, sea para recibir la dejada por el hermano de su padre.—Comp. Cód. Francés, art. 774. DEMANTE, III, 51 bis, I. POTHIER, *Sucesiones*, Cap. II, Sec. III, art. 1, § 3.—Véanse arts. 3301 y 3749.

(Art. 3553.) Me parece injusta la disposición absoluta de este artículo, porque inflige una pena por simples faltas que no merecen castigarse con tanto rigor. El Dr. Velez-Sarsfield teniendo presente uno de los casos más graves, ha sentado una regla general que no debería aplicarse cuando no hay delitos. La doctrina francesa es más humana, si así podemos expresarnos, porque está impregnada de caridad y misericordia. La ley debía fomentar estos sentimientos que ennoblecen y dignifican la raza humana. ¿Qué más conforme con las doctrinas del cristianismo que el perdón y el olvido de las injurias? Pero no vamos tan lejos, la regla podía regir en los casos de indignidad á consecuencia de delitos cometidos contra su ascendiente; pero no cuando hubiese omisión ó simples faltas, como en los casos de no haber denunciado á los jueces la muerte violenta de su causante, ó haberle impedido hacer testamento, ó cuando lo abandonó estando demente; estas causas de indignidad no debían impedirle heredar al ascendiente respecto del cual no ha cometido falta alguna. ¿Por qué, si fué declarado indigno á consecuencia de haber dejado vencer el término de un mes para denunciar la muerte violenta de su padre, art. 3292, perdería la herencia de su abuelo? ¿Qué peligro puede haber en estos casos; ni qué inmoralidad resulta de estas omisiones?

La dureza de esta regla es evidente, y sólo podrá justificarse en los casos de delitos, que cometidos respecto de sus padres se deban extender para privarlos de la representación.

La regla no se aplica ni alcanza á los hijos y descendientes del in-

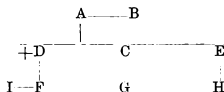
Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3552.—Cód. Francés, art. 744.—Holandés, 895.—De Luisiana, 886.—Véase Voet, Lib. 38, Tit. 17, n° 4. — El derecho de representación no es un derecho dependiente de la herencia del representado. El nieto que repudia la herencia de su padre por serle perjudicial, puede representarle para heredar al abuelo. — Véase Goyena, art. 757. — Demolombe, tom. 13, n° 400, sostiene con buenas razones la resolución al artículo.

porque si no puede tomar los bienes que ha dejado, menos debería recibir los que otros dejaron á su causante; así el hijo que fué

digno, que pueden representarlo, pues no son responsables de las faltas de su ascendiente.

Cuando el abuelo falleciere después de su hijo, y éste hubiere desheredado al suyo por alguna de las causas indicadas en el art. 3747, la regla del presente artículo dice, que el nieto no puede tomar la herencia de su abuelo en representación de su padre; pero se debe hacer la diferencia de los casos de este artículo con el del art. 3749.

Para explicar bien el principio sobre el excluido como indigno, pongamos el siguiente cuadro:



Primera hipótesis: supongamos que D ha fallecido dejando por hijos á I y F, que éste último ha sido declarado indigno de suceder; fallece su abuelo A, que deja por hijos á D, C y E, estos dos fallecidos igualmente dejando á sus hijos G y H. Concurren á la sucesión en representación de sus padres los nietos I, G y H, siendo excluido F, que no puede representar á su padre porque fué declarado indigno.

Segunda hipótesis: F, único hijo, ha sido declarado indigno de suceder á su padre D; fallece su abuelo A, recojen entonces la herencia G y H en representación de sus padres, quedando excluido el indigno que no puede concurrir, porque no se representa á aquel de cuya sucesión había sido excluido.

Tercera hipótesis: D, ha fallecido dejando por único hijo á F, que ha sido declarado indigno de suceder á su padre; muere su abuelo A, que no tenía más hijo que D; pero vive el hermano de su abuelo; es decir, B, tío abuelo del indigno F, en ese caso toma la herencia de su hermano, por derecho propio, porque el indigno no puede representar á su padre por haber sido declarado indigno de sucederle.

Cuarta hipótesis: D, ha sido declarado indigno de suceder á su padre A; pero sus hijos I y F concurren en representación con sus tíos C y E, porque no les alcanzan las faltas de su padre.

En cuanto al desheredado á quien no se le puede representar en la

declarado indigno de suceder á su padre, no podría representarlo para suceder á su abuelo en concurrencia con sus tíos; pero podría hacerlo por derecho propio.

4^a *No se puede representar sino á las personas muertas, con excepción del renunciante de la herencia, á quien, aún vivo, pueden representarlo sus hijos (art. 3554);* porque si ha repudiado la su-

cesión de que ha sido privado, el Dr. Velez-Sarsfield no ha tenido presente los arts. 3291 á 3296, cuando ha dicho que hay casi identidad entre el indigno y el desheredado, pues, como lo hicimos notar en el comentario á dichos artículos, existen grandes diferencias. Me parece que en esta parte debería corregirse el artículo, cuando se reforme el Código. ¿Cómo se concilia la disposición de este artículo con la del art. 3749 que algunos han encontrado incongruente? Me parece que ambas disposiciones se refieren á casos diversos. En efecto, la del presente se aplica á la representación que quisiera atribuirse el indigno ó desheredado para entrar en la sucesión deferida á su padre; por ejemplo, F, hijo de D, ha sido desheredado por éste y no puede pretender representarlo para recoger la herencia de su abuelo A, este es el caso del artículo; mientras el del art. 3749, es cuando el abuelo A ha desheredado á su hijo D, su nieto F lo heredará en representación de su padre concurriendo con sus tíos hijos de su abuelo, porque la falta de su padre no puede alcanzarle, ni debe responder por ella. Por eso dice el artículo, no se puede *representar á aquel* de cuya sucesión ha sido excluido por indigno, ó que ha sido desheredado.—Comp. CÓD. DE CALIFORNIA, art. 3857. DEMOLOMBE, XIII, 294 y 398.—Véanse arts. 3301, 3303, 3550 y 3749.

(Art. 3554.) La regla de este artículo tomada del 744, Cód. Francés, tiene una excepción que no se admite en aquel Código, y que está justificada perfectamente. ¿Por qué el renunciante á la herencia no podría ser representado, desde que se considera como si no existiera? Muerto, indigno, desheredado ó renunciante, por cualquiera de esas causas se encuentra separado de la sucesión. ¿Por qué en los tres primeros casos podría ser representado y no en el cuarto? Así dice Demo-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3553.—Enseñan lo contrario, Demante, tom. 3, n° 51 bis. — Marcadé, sobre el art. 730. — Demolombe, tom. 13, n° 398; pero la única razón que dan es que esta causa de exclusión de la representación no está expresa en el Cód. Francés. La doctrina que estos autores enseñan, á más de su inmoralidad, presenta un serio peligro, pues que autoriza la representación de la víctima por el homicida y puede inspirarle la idea del crimen por el llamamiento que el crimen mismo produciría en su favor. Por lo demás, hay casi identidad entre el indigno y el desheredado.

cesión, sus descendientes ocuparán su lugar. Esta excepción se extiende igualmente á los hijos del desheredado que pueden representar á su padre.

lombe, «la sucesión en su totalidad sería recogida por el tío, hijo del difunto, con exclusión de los sobrinos, nietos del difunto, porque su padre es renunciante. No se siente, en presencia de este resultado, esa emoción que excita siempre en nosotros el espectáculo de una gran dureza, si no es el de una injusticia!» Nuestro Código ha salvado la injusticia convirtiendo en ley lo que era una aspiración de jurisconsultos como Merlin, Basnage, Ricord y Demolombe.

Pero no estoy conforme con el Dr. Llerena cuando sostiene que en caso de venir los hijos en lugar del indigno y del desheredado, no están obligados á colacionar lo recibido por sus padres. Me parece una teoría muy singular, pues si bien es cierto que los hijos vienen por derecho propio á la sucesión de su abuelo, también lo es que ocupan el lugar del padre indigno ó desheredado, pues de otro modo serían excluidos por sus tíos que están más próximos, y sólo por la ficción se encuentran en el mismo grado. En segundo lugar, sería conceder un privilegio á los hijos del indigno ó del desheredado, permitiéndoles tomar íntegramente sus legítimas, sin colacionar lo recibido por sus padres, como deben hacerlo los hijos de aquellos que no han cometido falta alguna; sería una especie de prima pagada por la falta ó delito de sus padres. En tercer lugar, sería inútil que la mala conducta de los padres beneficiara á los hijos acordándoles un privilegio, sobre los hijos de padres que no han cometido falta alguna contra su ascendiente. Finalmente, el art. 3749 hace concurrir á los hijos del desheredado en el mismo lugar que su padre, concediéndoles derecho á tomar la legítima que su *ascendiente* tendría si no hubiese sido desheredado; luego no pueden tener más derechos que los de su padre si hubiese heredado.—Comp. Cód. FRANCÉS, art. 744. DEMOLOMBE, XIII, 402.—Véanse arts. 3301, 3482, 3555, 3564 y 3749.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3554. — En cuanto á la primera parte, Cód. Francés, art. 744.—Pothier, *Success.*, cap. 2, sec. 1, art. 1, § 2.—En cuanto á la excepción, Demolombe, tom. 13, n° 402. — Teniendo la representación por efecto poner al representante en el lugar del representado, es claro que este lugar debe estar libre y vacante. Pero la persona viva ocupa ese mismo lugar é impide la representación. Esta doctrina es racional y conforme al principio de la representación, pero es demasiado absoluta. El derecho de representación es sin duda muy equitativo, y no parece justo restringirlo á solo el caso de aquel á quien se quiere representar. Si el padre que está vivo no quiere prevalerse de su derecho, no debe ser un obstáculo para sus hijos. Por otra parte,

5ª *No se puede representar sino á las personas que habrían sido llamadas á la sucesión del difunto (art. 3556);* porque la repre-

(Art. 3556.) Esta regla que no se encuentra en el Cód. Francés, es una consecuencia lógica de los principios sentados en las anteriores; porque si bien no se puede representar á una persona viva, con excepción del renunciante á la herencia, no por eso quiere decir, que toda persona puede ser representada después de su muerte; es necesario tener en cuenta que la representación hace entrar al representante en el grado que ocupaba el padre ó la madre, á fin de recoger la misma parte de herencia que habría correspondido al representado; de modo que si éste no hubiera sucedido aún estando vivo, su representante tampoco podría suceder; por eso dice Demolombe, XIII, 410: «cuando se quiere saber si una persona fallecida puede ser representada, es necesario, ante todo, suponer que está viva en el momento en que la sucesión se abre, y preguntarse en esta hipótesis, lo que habría sucedido. Si la persona muerta, suponiéndola viva, no habría sido llamada á la sucesión, si no habría tenido en ella ni lugar ni grado, no podría ser representado, es el caso del vicio absoluto»: como sucedía en la legislación francesa antes de la ley del 14 de julio de 1819, porque los extranjeros no podían suceder en esta calidad, desde que no eran llamados á la sucesión; pero en nuestra legislación no hay caso, á menos de dictarse alguna ley especial. El vicio absoluto no existe por nuestro Código.

Cuando el representado hubiera de ser llamado á la sucesión, y no lo fuera por un vicio que lo excluyese personalmente, entonces puede ser representado, desde que el hijo del indigno y del desheredado vienen en su lugar á recibir la parte que su padre habría recogido en la sucesión; y deben colacionar lo que el representado hubiese recibido durante su vida; porque el art. 3553 impide sólo representar á *aquel de cuya sucesión* había sido excluido como indigno; es decir, que el hijo declarado indigno de suceder á su padre no puede representarlo para recoger la sucesión de su abuelo.

Si el representado ha sido excluido de la sucesión, como es una falta personal, no puede alcanzarle á los hijos y demás descendientes, y por esa razón, como si lo supusiéramos vivo y sin la falta personal habría sido llamado á la sucesión, de ahí es que pueda ser representado; estos vicios ó incapacidades no alcanzan al representante; porque no le habrían

la persona que ha renunciado á la sucesión no existe verdaderamente para ella, y su lugar se puede considerar como vacante desde que voluntariamente lo abandona.

sentación tiene por objeto hacer ocupar al representante el mismo lugar del representado.

6ª Pueden también los hijos del ausente con presunción de fallecimiento, representarlo, no probándose que existía al tiempo de abrirse la sucesión (art. 3555); porque si se demostrase lo con-

alcanzado al representado, desde que ha fallecido antes de la apertura de la sucesión, y aun suponiendo lo contrario, será necesario reconocer que después de su muerte, este vicio no podría ser opuesto razonablemente al representante, que es inocente.

No se debe olvidar igualmente, que cualquier vicio que hubiera podido oponerse al representado, no impediría que fuera llamado a la sucesión, que no puede recoger por una circunstancia accidental; pero no borra el lugar y grado que ocupaba, y en el que vienen sus hijos ó descendientes: idea que ha expresado Guinet en esta fórmula, *personam afficit et inficit, sed non inficit gradum*. No es el caso de averiguar si el representado pudo ser separado de la sucesión si hubiera concurrido personalmente; porque no es él quien sucede sino sus hijos que lo representan.

La condición esencial en este caso es la existencia del derecho de suceder, y que el lugar y el grado hayan existido en potencia, por decirlo así; porque si ese derecho no existía, la representación no ha podido tener lugar; esto es lo que el artículo expresa. — Comp. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, I, 330 á 334.— Véanse arts. 3301, 3551, 3554 y 3749.

(Art. 3555.) Se sabe que la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento tiene dos períodos: el 1º sólo da la posesión provisoria á los presuntos herederos; el 2º les da la definitiva, produciendo la apertura de la sucesión, como si realmente el ausente hubiese fallecido; pues bien, en cualquiera de estos dos estados, si los hijos del ausente con presunción de fallecimiento estuvieren en posesión provisoria, y falleciere su abuelo, tendrían derecho para representar á su padre, y en esta calidad concurrirían á recoger con sus tíos, hermanos de su padre, la herencia de su abuelo; pero deberán conservarla en el mismo carácter que tienen los demás bienes, á título de administración, sin que puedan disponer de ellos sino cuando hubieran sido puestos en posesión definitiva.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3556. — Novela 118, Capítulos 1 y 3.— Demolombe, n° 407.— La representación, haciendo entrar al representante en los derechos del representado, presume virtualmente que no se puede representar sino á una persona que habría tenido derechos sucesorios si hubiese sobrevivido.

trario, caería bajo la regla de que no se puede representar á la persona viva.

Algunos creen que si se probare la existencia del ausente, los hijos entrarían á recoger la herencia del abuelo por derecho propio, lo que no se explica, porque eso sería desheredar al padre excluyéndolo. La expresión, «no probándose que existía al tiempo de abrirse la sucesión», fué corregida por el Congreso agregándole el *no*, que no tenía, é indica que la representación del ausente puede tener lugar siempre que no se probare la existencia de éste, pues si vive, nadie puede representarlo, porque no se representan á las personas vivas, sino en el caso de renuncia ó desheredación.

El error en la edición de Nueva York era evidente, como lo observamos en la nota 388 de *La Instituta*, pues suprimida la partícula negativa, el artículo quedaba sin sentido.

Si suponemos que A, tiene por hijos á B, y C; muerto A, y ausente su hijo C, que tiene hijos, ¿quiénes concurren á recoger la sucesión? Indudablemente que sus hijos B y C; pero como éste se encuentra ausente y no han corrido los plazos para que sus hijos sean puestos en posesión provisoria de los bienes, se le nombrará un defensor, que convalidaría fuera alguno de los hijos mayores de edad, y con él se seguirá el juicio; pero los hijos del ausente no podrán apoderarse de los bienes, ese es un defecto de nuestras leyes, como lo hicimos notar, vacío que será necesario llenar en el porvenir. Cumplido el plazo para solicitar la declaratoria de ausencia y la posesión provisoria, se presentarán los presuntos herederos pidiéndola, y en ese caso no están obligados á probar la *muerte efectiva*, como algunos creen; porque no hay ley alguna que así lo ordene, y sería alterar el procedimiento determinado por los arts. 111, 112 y siguientes; así pues, cuando el día presuntivo del fallecimiento del ausente fuera de fecha posterior á la apertura de la sucesión, nada tendría que probar para entrar en la posesión provisoria ó definitiva de los bienes; pero el que quiere oponerse á que sean puestos en posesión debe probar la existencia del ausente; pues como dice Demolombe, XIII, 405, esta doctrina es conforme con el art. 744, que en su disposición principal declara como una excepción, al principio de que no se representa á las personas vivas; sea con el art. 136 y toda la teoría en materia de ausencia; sea en fin á las reglas más manifiestas de la razón y de la equidad.—Comp. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, *Sucesiones*, I, 330 y 334. DUCARROY, BONNIER y ROUSTAIN, II, 470. Cód. de California, 3859.

7ª *En una misma sucesión, puede representarse á varias personas, subiendo todos los grados intermedios, siempre que hubiesen muerto todas las personas que separan al representante del difunto. Si uno de ellos vive, la representación no puede tener lugar (art. 3558);* porque faltaría entonces la razón de ésta, á menos de que esa persona fuera renunciante ó desheredado, en cuyo caso pueden ser representados aunque vivieran.

(Art. 3558.) Si tomamos el cuadro del art. 3557 para explicar el sentido del presente; y suponemos fallecido al ascendiente A, dejando vivos á sus hijos B, C y E, y muerto D, los descendientes de éste pueden representarlo, pero en estas condiciones: es necesario que los nietos S, K y R, puedan representar á sus padres I y P, porque si han sido desheredados ó declarados indignos, no pueden saltar, por decirlo así, para ir á representar á su abuelo. Así, si el nieto R, fué declarado indigno de suceder á su padre, sólo podrán concurrir á recoger la herencia los nietos S y K; pero si su padre I, hubiera sido declarado indigno de suceder á D, entrarán por derecho propio á recoger la sucesión, como dice el art. 3301, aunque ocupando el lugar y grado de su padre, y colacionando lo que hubiese recibido, lo que importa el derecho de representación.

El artículo dice, que si uno de ellos vive, la representación no puede tener lugar, olvidando que se puede representar al renunciante de la herencia, art. 3554, y que si no se representa, según los términos de la ley, al indigno y al desheredado, sus descendientes ocupan su grado y lugar, recibiendo la parte que á su ascendiente correspondería. Así, en el ejemplo propuesto, los nietos S y K, recibirían la sucesión de su bisabuelo, aunque su padre viviera, si hubiera renunciado á la herencia, ó si hubiese sido declarado indigno ó desheredado. La expresión de la última parte se debe tomar, pues, en el sentido y con las restricciones que dejamos indicado.—Comp. DURANTON, VI, 175. LEBRUN, I, cap. III, n° 12 y DEMOLOMBE, XIII, 406.

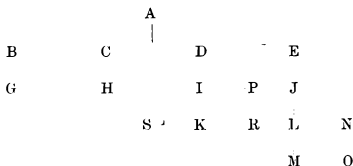
Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3555. — Demante, tom. 3, n° 50 bis.—Demolombe, tom. 13, n° 405.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3558. — Demante, tom. 3, n° 48.—Chabot, sobre el art. 739, n° 4.—Demolombe, tom. 13, n° 403. — La representación debe ser inmediata y no tiene lugar *per saltum, omisso medio*, y debe remontar sucesivamente de grado en grado sin interrupción alguna de persona viva; pero no es necesario que el representante haya sido concebido viviendo los que él representa. Así, si se tratase de la representación en la sucesión del bisabuelo, no sería necesario que hubiese sido concebido viviendo su abuelo.

§ 973. — TÉRMINO DE LA REPRESENTACIÓN

Como la representación es el derecho por el cual los hijos ó descendientes se colocan en lugar y grado de aquel á quien representan, resulta necesariamente que no tiene límite, cuando la ley la concede, por eso dice el **art. 3557**: *la representación es*

(**Art. 3557**.) Esta disposición tiene su razón de ser, y su explicación en las costumbres sociales. A medida que el ser racional se aleja de su punto de partida en la vida, acercándose al desastre final, y se ve renacer en esos pequeños seres, que son como los retoños de ese tronco trabajado por las vicisitudes de la existencia, el hombre se apega más y más á los que de él descienden, y su afecto crece bajo una nueva forma, deseando extenderlo hasta las más remotas generaciones; ya no es el afecto tierno y cariñoso que vigila sobre el niño, es el vivo deseo de perpetuar su nombre en el tiempo, y ser el fundador ó continuador de una familia honesta y respetada que prolongue su acción benéfica en la sociedad; es respondiendo á esta necesidad social, á esta aspiración del presente, que el legislador ha declarado que la representación en la línea recta descendente no tiene término, y siempre que existan hijos, nietos ó biznietos, concurrirán unos por derecho propio, y los demás por representación, ocupando el lugar de sus padres y abuelos, para recoger la herencia con sus tíos. Si todos los hijos hubieran fallecido, concurrirán á recoger la herencia por estirpes, jamás por cabeza, aunque estuvieren en el mismo grado. Para hacer más comprensible este principio examinemos el presente cuadro:



Primera hipótesis: A, padre común, fallece dejando por hijos á B, C, D y E; habiendo fallecido B, su hijo G, entra en representación de su padre y hereda á su abuelo á la par de sus tíos.

admitida sin término en la línea recta descendente, sea que los hijos del difunto, aunque de diferentes matrimonios, concurren con los

Segunda hipótesis: Á la muerte de A, habían fallecido sus hijos y sólo existen los nietos G, H, I, P y J, aunque todos se encuentran en el mismo grado no vienen á la sucesión por derecho propio, sino por representación, pues de otro modo los hijos de D, que son I y P, recibirían una parte doble de la que por derecho le correspondería á su padre.

Tercera hipótesis: Á la muerte de A, sólo viven su hijo B, H, hijo de C, los nietos de D, que son S, K y R, y un nieto de E, que es N, y los biznietos M y O, en ese caso el hijo B, recibirá la cuarta parte por derecho propio, el nieto H, también la cuarta parte por derecho de representación de su padre; los biznietos S, K y R, dividirán la cuarta parte que correspondía á su abuelo en esta forma, una mitad para los nietos S y K, que representan á su padre I, y la otra mitad corresponde á R, en representación de su padre P; los biznietos de E, que son M y O, tomarán la mitad de la cuarta parte y la otra mitad la recogerá N, nieto de E. En esta hipótesis unos vienen por derecho propio y los demás por representación, dividiendo la herencia por estirpes.

Cuarta hipótesis: Á la muerte de A, existen los hijos B, C, D y E; pero D, ha sido desheredado por su padre, y E, declarado indigno de suceder; D, sólo tiene vivos á sus nietos S, K y R, mientras E, sólo tiene á sus biznietos M y O; en ese caso se dice, que vienen por derecho propio á la sucesión de A, lo que no es exacto en teoría, ni en la realidad de los hechos, porque los nietos S, K y R, heredan en lugar de su abuelo desheredado, con arreglo al art. 3749, y los biznietos del indigno vienen en lugar de su bisabuelo en virtud del art. 3301, aunque allí se diga que vienen por derecho propio y sin el auxilio de la representación; porque si esto fuera cierto, no tendrían obligación de colacionar lo recibido por su ascendiente, y además, serían excluidos por sus tíos más cercanos en grado; únicamente porque ocupan el mismo lugar que su ascendiente, recogen la sucesión en concurrencia con los demás herederos.

Los hijos de otro matrimonio concurren igualmente en la sucesión de sus propios ascendientes, en igualdad de condiciones, con sus medios hermanos ó tíos. — Comp. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, I, 329 y sig. DEMOLOMBE, XIII, 417 y sig. DEMANTE, II, 48 bis. II. DURANTON, VI, 175. CHABOT al art. 740. MERLIN, *Rep. 1.º Representación*. Sec. IV, § 5. — Véanse arts. 558, 3558 á 3560, 3577 y 3582.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3557.—L. 3, Tit. 6, Lib. 3, Fuero Real. —L. 3, Tit. 13, Part. 6.º.—Novela 118, Capítulos 1 y 3. —Cód. Francés, art. 740.

descendientes de un hijo premuerto, sea que todos los hijos del difunto, habiendo muerto antes que éste, se encuentren en grados desiguales ó iguales. Se nota una inexactitud, cuando dice que la representación no tiene límite en la línea recta descendente; porque en cualquier línea que la ley la concediera no podría razonablemente fijarlo, desde que ella misma establece que no hay grado entre el representante que ocupa el mismo lugar que el representado. Es siguiendo esta doctrina admitida por todos los códigos que conceden el derecho de representación, que ha dicho nuestro **art. 3560**: *en la línea colateral, la representa-*

(**Art. 3560.**) Este artículo ha dado lugar á discusiones interesantes, á consecuencia de la nota del Dr. Velez-Sarsfield, con la que se ha querido armonizar el principio consagrado, que es contrario al texto expreso de la ley; como si las opiniones personales del autor del proyecto de Código, pudieran oponerse á la misma ley.

Ya hemos dicho, que se cometió el error, á nuestro juicio, de sancionar el Código sin precederlo de una exposición de motivos que aclarase ciertas materias y explicase algunas disposiciones; pero aprobado sin antecedente alguno, la nota del Dr. Velez-Sarsfield viene á servirnos como una explicación de grande importancia, cuando tuviera ese objeto

—Molina, comentarios á la L. de Toro, nos 5 y siguientes.—En línea recta, se sucede en virtud de la representación con los de grado más próximo, como cuando concurre el nieto con sus tíos á la herencia del abuelo; ó con los de grado más remoto, como se verifica cuando los nietos, descendientes de un hijo, suceden con los biznietos descendientes de otro hijo del abuelo común, y también con los de un grado igual, cuando los nietos, hijos de diversos padres suceden entre sí, ó concurren á la herencia del abuelo. En este último caso, los descendientes del difunto siendo iguales en grado, la representación no podría tener por fin hacer subir á los unos y á los otros á un grado más próximo. Su objeto en tal caso sólo es introducir la división de la herencia por estirpes, á fin de mantener la igualdad entre las diferentes ramas de la descendencia, y que los nietos no tengan entre todos los de una estirpe, mayor porción en la herencia que la que habría tenido su autor. *Tantum ex hereditate portionem*, dice la Ley Romana, *quantum eorum parens futurus esset accipere si superstes fuisset*. Novela 118, cap. 3.—Instit., § 6. *De heredit. quæ ab intest. defer.*

En cuanto á la razón de la disposición, podemos decir que la afección del hombre se extiende á todos los descendientes: todos le son igualmente queridos, porque todos igualmente representan los hijos que ha perdido. Su ternura le sigue en los diversos grados y siempre los que sobreviven reemplazan en su corazón á los que han muerto: todos son sus hijos y su posteridad.

ción sólo tiene lugar á favor de los hijos y descendientes de los hermanos, bien sean de padre y madre ó de un sólo lado, para dividir

y lo llenare debidamente; mas no la tiene, si contraría abiertamente la disposición de la ley, como sucede en el presente caso.

Bastaría sólo demostrar que la nota copiada de Demolombe, XIII, 425 se refiere á la ley 17 de Nivóse del año II, para hacer comprender que aquel autor criticaba, no el sistema del Código Francés, art. 742, que el nuestro adoptó en todas sus partes, sino aquella ley que venía á quedar derogada por dicho artículo. A esto podemos agregar, que el mismo autor en seguida justifica el sistema del Código, que el nuestro ha aceptado por completo. Como la cuestión es interesante, y nuestros Tribunales se han pronunciado incidentalmente, siguiendo la opinión del doctor Cortés, necesitamos fundar lo que entendemos por la verdadera teoría.

Dice Demolombe, en el n° 424: «los autores del Cód. Napoleón han adoptado así, un término medio entre el sistema de la Novela 118 y de muchas de nuestras antiguas costumbres, que habían restringido en límites demasiado estrechos la representación en la línea colateral, y el sistema de algunas otras costumbres y de la ley 17 de Nivóse del año II, que al contrario la habían extendido desmesuradamente».

El Cód. Francés, art. 742, al colocarse en el término medio entre estos dos sistemas, desechaba en parte las costumbres de Pontáieu, Boulonnois, Artois y Hainaut, que sólo admitían la representación en la línea recta; rechazaba igualmente en parte los arts. 76 y 77 de la ley de Nivóse, que admitía la representación de los colaterales al infinito, y entre la negativa absoluta de aquel sistema y la completa libertad para representar á los colaterales, adoptó un temperamento intermedio, que permite á éstos la representación sólo en favor de los hijos y descendientes de los hermanos. Esta distinción la ha notado también el mismo Dr. Cortés, cuya autoridad se cita incidentalmente.

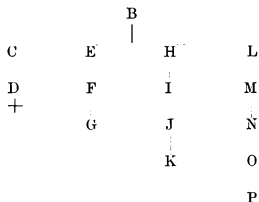
Y continúa Demolombe, en el n° 425: «Y desde luego, nuestro Código no admite la representación *al infinito*: es decir, en todos los grados de parentesco de la línea colateral, como lo había hecho la ley de 17 de Nivóse, art. 77». Y hablando de ella, y estudiando sus inconvenientes, dice: «agreguemos en fin, los inconvenientes y los peligros ya señalados de este sistema de representación al infinito en la línea colateral, que dividiendo la sucesión en ramas múltiples viene á ser una fuente inagotable de dificultades y pleitos (supra n° 358)», donde examina y critica la ley 17 de Nivóse del año II, que quedaba derogada por la disposición que comenta. Y continúa en seguida: «pero por otra parte, nuestro Código no limita, como lo había hecho la Novela 118 y varias de nuestras cos-

la herencia del ascendiente con los demás co-herederos de grado más próximo; porque si se colocan en el mismo lugar que el re-

tumbres francesas, la representación á los sobrinos y sobrinas del *de cujus*; es decir, á los hijos é hijas de los hermanos ó hermanas del muerto; *la extiende, al contrario, á todos los hijos y descendientes de los hermanos y hermanas* del difunto, no solamente, pues, á sus sobrinos y sobrinas, sino aún á sus sobrinos nietos y sobrinas nietas, y así en seguida. Y muy justamente sin duda! ¿No es eso, decía M. Berlier, en relación á un hombre sin hijos, la imagen de la primitiva familia, y el cuadro vivo que llama á todos sus hermanos?»

Demostrado así, que la nota del Dr. Velez-Sarsfield tomada de De-molombe se refiere á la crítica que aquel autor hacía del art. 77 de la ley de Nivóse del año II. separado, por consiguiente, el contenido de la nota, estudiemos á la luz de los principios establecidos por el Código, la doctrina que nace del artículo y que ha sido confirmada en parte por la Cámara de Apelaciones de la Capital, siguiendo la opinión del Dr. Cortés en el tom. I, pág. 310, limitando la sucesión en los parientes colaterales hasta el 6º grado.

Se trataba de una herencia que no era de hermanos, en que el colateral que concurría á recogerla estaba en el 6º grado, y el que la representaba en el 7º; pero representando á su padre venía á quedar en el 6º grado. Por ejemplo, en el cuadro siguiente:



La herencia era dejada por D, y había sido recogida por K, pariente dentro del 6º grado; pero se presentaba P, que estaba en el 7º, y quería concurrir en representación de su padre O, poniéndose así en el 6º grado; ese derecho le era negado, porque no se trataba de recoger la herencia de un hermano de su ascendiente, y fuera de este caso de excepción, los colaterales de grado más próximo excluyen á los de grado más re-

presentado, y ocupase su lugar, no tiene importancia el grado en que éste se encuentre. Pero téngase entendido que esta repre-

moto. Si se hubiera tratado de la herencia de C, los descendientes G, K y P habrían concurrido por representación, tomando una parte igual.

Estudiemos detenidamente este artículo.

Según el sistema de nuestro Código, que es el del francés, el parentesco colateral se divide en dos clases: el que proviene de los hermanos, que se considera *privilegiado*, según las palabras del Dr. Cortés, á quienes se les concede el derecho de representación, y el que proviene de los demás parientes colocados fuera de la línea recta y que no descienden de hermanos. Y el distinguido profesor y respetado maestro, dice: «cuando el Cód. Francés, art. 755, limita al duodécimo grado el derecho de heredar, se refiere exclusivamente á los parientes colaterales de la clase no privilegiada, de que viene ocupándose el art. 735; y de consiguiente esta disposición no importa en manera alguna, limitación al derecho de representación y de herencia, indefinidos (ilimitados) respecto á los hijos ó descendientes de hermanos». ¿Y por qué importaría lo contrario en el sistema de nuestro Código, cuando el artículo que comentamos dice exactamente lo que el Cód. Francés? ¿En qué parte se encontrará una limitación tan arbitraria al derecho de representación? ¿Ni cómo limitarla sin destruirla por su base?

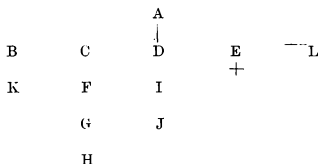
El artículo dice, «en la línea colateral, la representación sólo tiene lugar á favor de los hijos y descendientes de los hermanos... para dividir la herencia del ascendiente (del difunto) con los demás coherederos de grado más próximo»; luego los descendientes de los hermanos, concurren por derecho de representación en el lugar de su ascendiente, sin que se pueda limitar este derecho, porque la representación en la línea recta se extiende al infinito; es decir, no tiene límites.

Basta comparar el art. 742, Cód. francés, con el nuestro, para convencerse de su identidad, dice: «en la línea colateral, la representación es admitida en favor de los hijos y descendientes de los hermanos ó hermanas del difunto, sea que vengan á su sucesión concurriendo con sus tíos ó tías, sea que todos los hermanos ó hermanas del difunto se encontrasen muertos, la sucesión se encuentra deferida á sus descendientes en grados iguales ó desiguales». ¿No es esto acaso lo que dice nuestro artículo?

Y para demostrar que la representación una vez concedida por la ley, no puede tener límite, basta recordar lo que ella importa. El art. 3549 nos dice: «la representación es el derecho por el cual los hijos de un grado ulterior son colocados en el grado que ocupa su padre en

sentación para recoger la herencia del hermano de su ascendiente, es un privilegio único, que no se acuerda ni aún á los ascendien-

la familia del difunto, á fin de sucederle en la misma parte de herencia en la que el padre ó la madre habrían sucedido»; de modo que la representación suprime los grados, colocando al representante en el mismo lugar que el representado. Así, cuando se trata de recoger la herencia de un hermano, concurren con el hermano vivo los descendientes de los hermanos muertos en cualquier grado que se encuentren; porque la representación no puede limitarse sin un mandato expreso de la ley, y no puede existir tal disposición sin una contradicción flagrante. Pongamos el siguiente cuadro, para demostrar con mayor claridad el error en que se incurre al querer limitar la representación al 6º grado.



Se trata de recoger la herencia de E, fallecido sin descendientes ni ascendientes, sólo existe su hermano I, y descendientes de sus hermanos B, C y D. Si aplicamos la disposición del artículo que extiende la representación á favor de los hijos y descendientes de los hermanos para dividir la herencia del difunto, tendremos que K, que está en el tercer grado, recibe una parte igual á J, que está en el 4º, y á H, que se encuentra en el 5º grado, sin que los pueda excluir I, que está en el 2º. Si H hubiera dejado nietos, estarían en el 7º, y no serían excluidos por los de grado más próximo, porque el derecho de representación los pone en el mismo grado que su ascendiente á quien representan; si los consideramos como colaterales sin excepción alguna, no podrían heredar, por encontrarse en el 7º grado.

La doctrina del Código francés, que es la nuestra, admite la representación, sin limitación alguna entre los colaterales para heredar á los *hermanos*, como lo dice claramente el artículo y lo confirma el art. 3585, en que no existiendo descendientes ni ascendientes, ni viudo ni viuda, ni hijos naturales, dispone que heredarán al difunto sus parientes colaterales más próximos hasta el sexto grado; agregando enseguida: *«salvo*

tes, ni menos á los descendientes de los demás colaterales á quienes no se les permite el derecho de representación. Así,

el derecho de representación para concurrir los sobrinos con sus tíos». Si este artículo salva expresamente el derecho de representación, cuando habla del 6º grado de los colaterales, quiere decir entonces que para concurrir á recoger la herencia de los hermanos, ese 6º grado no existe desde que la representación lo coloca en el 2º en que necesariamente debe estar el representado.

Se dice que Aubry y Rau, así como Zachariæ, sostienen que para suceder por representación, es necesario que el representante mismo hubiera sido llamado á recoger la herencia por ausencia de otros herederos más próximos; pero como demostraré en seguida, hablan de la capacidad personal del heredero. En efecto, Aubry y Rau, § 597, dicen: «por lo demás, las personas en cuyo provecho la ley admite la representación, tienen derecho, cuando son llamados á la herencia, como si fueran, en su clase, *los más próximos parientes del difunto*, á recogerla por su propio derecho, aunque no pudieran por razón de circunstancias particulares (*in hypothesis*) usar del derecho de representación que existe en su favor (*in thesi*). Cuando todos los herederos son llamados á la herencia ó á una cierta parte, suceden por su propio derecho, y ésta última se divide por cabezas. Al contrario, se divide por estirpe, cuando todos los herederos, ó cualquiera de entre ellos, suceden por derecho de representación.»

«La representación es una ficción legal, por la que un heredero más lejano entra en el lugar, en el grado y en los derechos de un heredero más próximo, muerto antes que el difunto. Es necesario *no confundir la representación* con la trasmisión de la herencia á los herederos de aquel en cuyo favor se ha abierto. El heredero que sobrevive, aunque sea un instante, al difunto, trasmite con su patrimonio sus derechos á la herencia de éste último, á sus propios herederos. Pero éste no se consideraría, á pesar de esto, como sucediendo por representación de su autor, á la persona de la que ha recogido la herencia. No están autorizados á reclamar esta última, sino como formando parte integrante del patrimonio de su autor, y en su calidad de herederos de éste último. Resulta, además, que no pueden tener pretensión alguna sobre esta herencia, cuando han renunciado á la de su autor, ó cuando han sido excluidos de ella por causa de indignidad, mientras sucedería lo contrario, si hubieran sido llamados á la herencia por representación de este último». Toda esta parte, como ha podido verse, tiene por objeto dar una idea clara y precisa de lo que se entiende por representación, y de la diferencia que existe entre ésta y la trasmisión de la herencia á los herederos del difunto. Y en se-

cuando se tratare de la herencia de un sobrino, hijo de un hermano, que hubiera fallecido sin descendientes ni ascendientes,

guida agregan: «la representación es admitida en las dos primeras clases de herederos; es decir, en favor de los descendientes del difunto y en favor de los descendientes de sus hermanos y hermanas. En las dos clases en que la representación es admitida, ella tiene lugar al infinito...» Es de notar, que dichos autores, explicando lo que es suceder por derecho propio y por representación, comienzan con los párrafos que se han colocado en seguida de la definición de la representación, con que dichos autores concluyen la explicación y de donde deducen la regla, que condensa la materia. Esta nueva colocación introduce cierta confusión. Pero en el último párrafo son más claros y explícitos al decir: «no se puede suceder por representación, sino en tanto que, en ausencia de otros herederos más próximos, hubiera sido llamado á recoger, por su propio derecho, la herencia que se pretende. *Así, por ejemplo, aquel que ha sido declarado indigno de suceder al difunto, no puede tampoco recoger su herencia por representación, como no lo podía por derecho propio*». Esta última parte explica cómo debe entenderse la regla, refiriéndose al derecho que el mismo representante podría haber ejercido.

Demolombe, XIII, 393, explica con mayor claridad la capacidad que se necesita para representar, al decir, son condiciones necesarias: el que la persona esté concebida en el instante de la apertura de la sucesión; que haya nacido viable; que no sea declarado indigno.

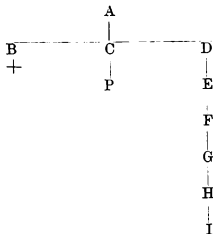
Después de esto se puede preguntar, ¿los descendientes del hermano, si se encuentran en el 7º grado, son herederos para concurrir á la sucesión del hermano de su ascendiente? El texto del artículo dice sí, y lo confirman igualmente los arts. 3561 y 3585. En efecto, el primero dice claramente, «quedando hijos ó descendientes de dos ó más hermanos del difunto heredarán á éste por *representación*, ya estén sólo y en igualdad de grados, ó ya concurren con sus tíos»; ¿qué ley pone límite á esta representación, y cómo podría hacerlo sin borrar la misma representación? Si por la representación el representante ocupa el lugar y grado del representado ¿cómo podría tener límite esa ficción?

Por otra parte, el sexto grado á que se extiende la sucesión de los colaterales es para los que podemos llamar no privilegiados, pues el art. 3585 dice claramente: «heredarán al difunto sus parientes colaterales más próximos en grado hasta el sexto inclusive, *salvo el derecho de representación para concurrir los sobrinos con sus tíos*; luego el artículo exceptúa expresamente del sexto grado la sucesión de los hermanos para recibir la herencia del hermano de su ascendiente. Además de esto, los

sus tíos, hermanos del padre del fallecido entrarían á sucederle; pero si uno de esos tíos hubiera fallecido dejando un hijo, éste

descendientes del hermano del fallecido, concurren en representación de su ascendiente, y la regla del art. 3557 se aplica á ellos en toda su fuerza: en la línea recta descendente la representación no tiene límite, y por consiguiente el 4º nieto puede representar á su ascendiente que está en el 2º grado con el difunto. Por eso concluye con razón el doctor Cortés en su vista recordada, t. I, pág. 310: así debe entenderse, pues, también la disposición del art. 3560 de nuestro Código, al conceder la representación en la línea colateral, *sólo en favor de los hijos y descendientes de hermanos*, conformándolo con los principios y la doctrina que siguen inconcusamente la materia», citando á Gómez en la ley VIII, de Toro, nº 10. Llamas y Molina comentario á la misma ley 8, y Marcadé, III, 109.

Por lo demás, el derecho concedido á los descendientes de los hermanos para que recojan la herencia del difunto, está bien calculado, pues sólo por una gran casualidad puede pasarse del sexto grado ejerciendo el derecho de representación, y el objeto del legislador ha sido que todos los sobrinos concurren por estirpe y no por cabeza. En efecto, para que un descendiente del hermano se encuentre fuera de sexto grado sería necesario que hubiera cinco generaciones; es decir, próximamente cien años, como puede verse por el cuadro siguiente :



Así, fallecido B, los hijos de sus hermanos C y D, lo heredarán por representación, y el 4º nieto I, estará en el 2º grado como su ascendiente, recogiendo la herencia que éste habría recibido, y no será excluido por P, que se encuentra más próximo. Pero ; cuán difícil y raro

no entraría por derecho de representación en lugar de su padre, sería excluido por su tío más próximo en grado; en cuanto á los

será que exista un cuarto nieto! Cinco generaciones representan por lo menos noventa años, suponiendo que todos se hayan casado á los 17 años y tenido hijos á los 18!

En cuanto á los demás parientes colaterales, la ley no les acuerda representación, y por consiguiente heredan por cabeza, y no por stirpe, excluyendo los más próximos á los más remotos, como se deduce del cuadro siguiente:

		A		
B	C		D	E
	F		H	J
			I	K
				L

Si se tratase de la sucesión de B, y existiesen únicamente los descendientes F, I, L, cada uno de ellos heredará por representación y tomará la parte que habría correspondido á cada uno de sus ascendientes; es el caso del artículo. Si se tratase de la sucesión de I, heredará sólo B, que se encuentra en el 4º grado, excluyendo á los demás; pero por renuncia ó muerte de B, sin herederos, recogerá la herencia F, que está en el 5º grado; si únicamente existiera L, el fisco la recogerá, porque se encuentra en el 7º grado. No podrían alegar el derecho de representación para colocarse en lugar de su ascendiente, porque no se trata de recoger la herencia de un hermano, que es el único caso de excepción.

Cuando se trata de la representación, es necesario tener presente la disposición del art. 3586, en que el hermano entero ó de padre y madre excluye al medio hermano ó que sólo es de padre ó de madre; así, cuando se hubiere de heredar á un hermano, los descendientes del hermano de padre y madre viniendo á la herencia en representación de su ascendiente, excluirán á los descendientes del medio hermano.

La representación tiene el poder de colocar al representante en el mismo lugar y grado que tenía el representado, y por consiguiente la expresión de «con los demás de grado más próximo» sirve únicamente para dar mayor fuerza, demostrando que si en realidad los representantes estaban en diversos grados, en virtud de la ley vienen á colocarse en

ascendientes, dice el **art. 3559**: *la representación no tiene lugar en favor de los ascendientes. El más próximo excluye siem-*

el mismo grado que tenían sus representados. — Comp. DEMOLOMBE, XIII, 424 á 428. CHABOT, al art. 739, n° 9. AUBRY y RAU, § 597, entre las notas 1, 5 y 13. ZACHARÆ, § 361, texto y nota 1. TOULLIER-DUVERGIER, IV, 189. POUJOL, al art. 739. DURANTON, IV, 273 y BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, I, 341 y sig. GOYENA, art. 754. — Véanse arts. 3556, 3571, 3585 y 3586.

Debemos recomendar á los estudiosos, el importante folleto publicado por el Dr. José V. Fernández sobre esta cuestión en que hace un estudio detenido del artículo, revelando dotes de un comentador ilustrado y erudito.

(**Art. 3559.**) Me parece que las razones de Duranton, VI, 178, nota 1, dan lugar á meditar sobre la justicia de este principio, que niega la representación á los ascendientes haciéndolos heredar por iguales partes á los más próximos en grado. Los fundamentos dados por Mr. Simón, miembro informante del Tribunal ante el Cuerpo Legislativo francés, con ocasión del art. 741, no son sólidos, porque las mismas razones en

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3560.—L. 2, Tit. 20, Lib. 10, Nov. Rec. y su comentario por Molina á la L. 8 de Toro.—L. 1, Tit. 13, Part. 6ª.—Novela 118, cap. 3. Cód. de Baviera, Cap. 12, Lib. 3. Los Códos. Francés, de Nápoles, de Vaud y de Luisiana extienden la representación en la línea transversal á los hijos de los hermanos y á sus *descendientes*. Tal sistema, llevando la representación á lo infinito en la línea colateral, tiene grandes inconvenientes y peligros, porque dividiendo la sucesión en ramas múltiples, viene á ser una fuente de dificultades y pleitos.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 3560.* — El derecho para heredar por representación en la línea colateral, no pasa del tercer grado de los hijos de los hermanos (1).—Jur. Civ., V. 605, Sér. 1ª.

La disposición que limita por representación al tercer grado en la línea colateral, no es aplicable cuando los herederos colaterales, aunque de grado más lejano, son los únicos sucesores del causante.—Jur. Civ., VI. 54. Sér. 1ª.

Véase fallo al art. 3546.—Jur. Civ., VII, 413, Sér. 1ª.

En las sucesiones intestadas los sobrinos nietos del causante, carecen de derecho para heredar en concurrencia con los sobrinos hijos de hermanos (2).—Jur. Civ., III, 64, Sér. 2ª.

(1) Esta resolución no se funda en ley alguna, y contraria los principios de la representación, que no puede tener un limite, desde que el representante ocupa el lugar del representado.—(N. DEL A.)

(2) El sumario no condice con la sentencia de la Cámara: lo que ésta decidió es que el pariente colateral del 7º grado no podía concurrir por representación con el del 6º grado. No se trataba de la herencia de un hermano.—(N. DEL A.)

pre al más remoto, como sucede con los demás colaterales, con excepción de los casos en que se recoge la herencia del hermano.

Y la representación concedida por la ley en favor de los descendientes de los hermanos tiene lugar en todos los casos, como lo expresa el **art. 3561**, que dice: *quedando hijos ó descendientes*

que se funda la representación para ocupar el lugar y grado de sus ascendientes existe para el caso contrario. ¿Por qué sería justo que habiendo fallecido el nieto dejando por herederos á los dos abuelos paternos y uno materno, lo heredasen por iguales partes como lo establece el art. 3561? Lo equitativo sería que cada ascendiente viniera á recoger la sucesión representando cada uno á su descendiente, y entonces cada uno recibiría la parte que le correspondiese según su línea. Duranton dice á este respecto: «creo que la mejor razón es que se ha querido así: *sit pro ratione voluntas*. Porque en muchas naciones modernas se ha admitido que los ascendientes, aún otros que el padre y la madre, sean preferidos á los sobrinos ó sobrinas, y concurren con los hermanos y hermanas, y toman así el lugar del padre y madre muerta». Me parece que cuando se trate de una reforma del Código, merece estudiarse seriamente esta cuestión.

(**Art. 3561.**) Este artículo y la nota del Dr. Velez-Sarsfield confirman claramente la teoría de que en la línea colateral, vienen á recoger la herencia del hermano muerto, los hijos y descendientes de los demás hermanos, sin limitación alguna, y que lo dicho en la nota por el mismo Dr. Velez-Sarsfield es una crítica al principio que concedía la representación á los colaterales sin distinción alguna. En efecto, si los hijos del difunto concurren con los descendientes de un hijo premuerto, por derecho de representación, «sea que todos los hijos del difunto, habiendo muerto antes que éste, se encuentren en grados iguales ó desiguales, debíamos disponer lo mismo en la línea transversal, como lo hacen los cóligos citados en esta nota», dice el codificador, esos códigos son el francés y los que lo han seguido; pues, concediendo la representación á los

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3559.—L. 1, Tit. 6, Lib. 3, Fuero Real.—L. 4, Tit. 13, Part. 6ª.—Cód. Francés, art. 741.—Novela 118.—La representación no tiene lugar en favor de los ascendientes, porque no está en el orden de la naturaleza que los ascendientes representen á los descendientes. El derecho de los descendientes á suceder, decía un orador francés, es tan natural como legítimo; mas el de los ascendientes, es contra la marcha ordinaria de los sucesos: se cree ver subir un río hasta su origen: el orden de la naturaleza está invertido: no debe, pues, haber representación para este caso extraordinario.

de dos ó más hermanos del difunto, heredarán á éste por representación, ya estén solos y en igualdad de grados, ó ya concurren con sus tíos, de modo que siempre concurrirán como en el caso de los descendientes.

descendientes de los hijos, para que no se perjudiquen con la muerte prematura de sus padres, esa razón debe existir para los hermanos, ligados por los vínculos de la sangre y del cariño. ¿Por qué un hermano ó su descendiente más próximo en grado, excluiría á los demás hijos ó descendientes del hermano? Si se les concede la representación para concurrir á la sucesión de su abuelo, era lógico el no negarla para recoger la herencia del tío, con quien tenía derecho á concurrir para tomar a sucesión de sus ascendientes.

Debemos concluir, que la representación concedida en la línea colateral á los hijos de los hermanos para recoger la herencia del hermano de su ascendiente, no tiene límite alguno, y que es una excepción á este principio general; en la línea colateral, los parientes de grado más próximo, excluyen á los más remotos, y no tienen derecho de representación.

Se deduce igualmente que, cuando la representación es permitida, no puede tener un límite, porque dejaría de ser representación; que el límite de ésta se encuentra en la naturaleza misma, que sólo por una casualidad puede llegarse á representar á una persona que esté en el 7º grado; así, pues, se encuentra limitada por los hechos mismos.

El artículo viene á servir de aclaración del anterior, pues de sus términos podría suscitarse la duda sobre si los hermanos del muerto excluirían á sus sobrinos, y el presente explica, que aún existiendo hermanos, sus sobrinos de cualquier grado heredarán por representación, colocándose en el mismo lugar que el hermano premuerto; por consiguiente cuando concurren con sus tíos, hermanos del difunto, siempre heredan *in stirpes*, y lo mismo cuando sólo existieran sobrinos del mismo grado, no dividirán la herencia *in capita*, sino *in stirpes*.—Véanse arts. 3562, 3563 y 3566.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3561.—Cód. Francés. art. 743.—De Luisiana, 895.—Holandés, 898.—De Vaud, 528. — Pero el Cód. de Nápoles, art. 634. dispone que los hijos de los hermanos, encontrándose en grados iguales, sucedan *in capita* sin representación de sus padres. Lo mismo disponen las Leyes de España, L. 13, Tit. 6, Lib. 3, Fuero Real, y L. 5, Tit. 13, Part. 6ª.—Habiendo nosotros dispuesto en este Título que los hijos del difunto, concurren con los descendientes de un hijo premuerto, sea que todos los hijos del difunto, habiendo muerto antes que éste, se encuentren en grados iguales ó desiguales, debíamos disponer lo mismo en la línea transversal, como lo hacen los Códigos citados en esta nota.

CAPÍTULO II

§ 974. — EFECTOS DE LA REPRESENTACIÓN

Hemos dicho que la representación era el derecho por el cual los hijos de un grado ulterior eran colocados en el mismo lugar que su representado, y por consiguiente, el principal efecto, según el **art. 3562** es que *la representación hace entrar á los represen-*

(**Art. 3562.**) La representación produce dos efectos: 1º, hacer entrar al representante en el mismo grado que el representado; 2º, atribuirle los derechos que hubiera tenido el representado.

El primer efecto es una excepción al principio general de que el pariente más próximo excluye al más remoto; así, viene á la herencia el representante en el mismo lugar que el representado. Una misma persona puede representar á varias, como por ejemplo, el biznieto representará á su padre y á su abuelo; pero es necesario que la representación sea inmediata como decía Lebrun, y no *per saltum, omisso medio*, indicando que se debe remontar por grados, ó escalón por escalón; de modo que si el biznieto no pudiera representar á su padre, por haber sido declarado indigno, no podrá saltar para representar á su abuelo.

El segundo efecto es de hacerle entrar en los derechos que *habría tenido* el representado, no en los que ha tenido, porque la representación se extiende únicamente á los derechos que habría podido recoger; así es que, el representante del desheredado, recibe lo que su padre no habría podido recibir. Por eso los representantes no pueden tener más derechos que sus representados; de donde nace la obligación de colacionar todo lo que éstos hubieren recibido del *de cuius*; y esta otra consecuencia de grande importancia, consignada en el artículo siguiente: de que cuando la re-

tantes en los derechos que el representado hubiese tenido en la sucesión si viviera (ó concurriera á ella), sea para concurrir con los otros parientes, sea para excluirlos; de modo que si el representado, renunciante de la herencia ó desheredado hubiera recibido algunos bienes á cuenta de su haber hereditario, el representante estaría obligado á colacionarlos como lo estaría en el mismo caso la persona á quien representa; por eso dice el art. 3564: cuando

presentación tiene lugar, la partición se hace por stirpe. — Comp. DEMOLOMBE, XIII, 429.—Véanse arts. 3548, 3549 y 3561.

(Art. 3564.) Se dijo que el heredero, concurriendo por representación á recibir la herencia, tenía los mismos derechos que su ascendiente habría podido ejercer, sin consideración alguna á la indignidad ó desheredación por la que hubiera sido privado de la sucesión, y este artículo es una confirmación de este principio, siendo una consecuencia forzosa del art. 3482. Así, cuando el padre viviera y hubiera sido declarado indigno de suceder, ó fuera desheredado, ó hubiere renunciado á la herencia, sus hijos al entrar á representarlo para recoger la sucesión de su abuelo, tendrían que colacionar lo recibido en vida por su ascendiente, si éste debiera traer á la masa hereditaria esos bienes; pero si hubiera sido dispensado de la colación, también lo serían sus representantes, que ejercen sus mismos derechos.

Cuando los nietos hubieran recibido donaciones de su ascendiente y vienen en representación, por renuncia, indignidad ó desheredación de su padre, no están obligados á colacionar lo recibido, porque no son herederos forzosos de su abuelo, desde que su padre existía; pero si hubiere fallecido cuando esas donaciones le fueron hechas, y concurre por derecho propio á la sucesión de su abuelo; es decir, si era heredero forzoso cuando se las hicieron, debería colacionarlas si no hubiese sido dispensado expresamente; esto es lo que claramente dice el art. 848, Cód. Francés, de donde fué tomado el nuestro: «si el hijo viene por su propio derecho á la sucesión del donante, no está obligado á colacionar la donación hecha á su padre, aún cuando hubiera aceptado la sucesión de éste; pero si el hijo no viene sino por representación, debe colacionar lo que se le había dado á su padre, aún cuando hubiera repudiado la herencia».

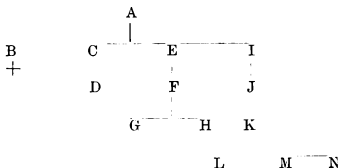
La primera parte de este artículo ha sido mal interpretada, y por eso han creído algunos autores argentinos, que cuando los hi-

los hijos vengan á la sucesión por representación, deben colacionar á la herencia lo que el difunto ha dado en vida á sus padres, aunque éstos hubiesen repudiado la sucesión, ó sido desheredados.

Otra de las consecuencias naturales de la representación, es que como los herederos no recogen la herencia por su propio derecho, sino en representación de su ascendiente, resulta de ahí la consecuencia del **art. 3563**, que dice: *en todos los casos en que*

jos del indigno concurren con sus tíos, hermanos de su padre á la sucesión de su abuelo, no deben colacionar lo recibido por el indigno, lo que sería una monstruosidad, porque se acordaría una prima á los hijos del indigno.—Comp. DEMOLOMBE, XIII, 437, BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, III, 2704 y sig.—Véase el art. 2482 y mi comentario.

(**Art. 3563.**) La división por estirpes es una consecuencia lógica de la representación, por eso decía Lebrun: «representación y partición por estirpe son cosas absolutamente recíprocas». El artículo dice, «en todos los casos», para expresar, que aunque los representantes se encuentren en grados iguales ó desiguales, siempre concurrirán por representación. En cuanto á la segunda parte, se explicará mejor en el siguiente cuadro.



Se trata de recoger la sucesión de B, si existen sus hermanos C, E, é I, cada uno la recogerá por cabeza, no habrá lugar á la representación. Si todos han fallecido, la representación tiene lugar, y D, concurre con sus primos ó sobrinos para recibir la tercera parte que le corresponde á cada rama; pero si E, ha dejado los nietos G y H, é I á sus biznietos L, M y N, cada uno de estos concurren en representación de su respectivo ascendiente, sin que la división por terceras partes se altere, cada rama recibirá su tercera parte, y la dividirá entre sus her-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3564.—Cód. Francés, art. 848. — Demolombe, tom. 13. n° 437. — Chabot, sobre el art. 739, n° 7.

la representación es admitida, la división de la herencia se hace por estirpe. Si ésta ha producido muchas ramas, la subdivisión se hace también por estirpe en cada rama, y los miembros de la misma rama, heredarán por iguales partes; así, cuando los hijos entran en representación de su padre con uno de sus tíos, y el representado ha dejado hijos y nietos, éstos entrarán en lugar de su padre formando una rama y los tíos formarán otra; pero todos juntos formarán una sola, dividiendo la herencia en dos partes iguales; la mitad la recogerá el hijo, y la otra la dividirán por partes iguales entre los hijos del fallecido á quien representan y los nietos en representación de su padre.

manos por iguales partes, de modo que D, recibirá la tercera, G y H, dividirán á su vez su tercera parte tomando cada uno la sexta, y los herederos de I, dividirán su porción en tres partes, recibiendo cada uno una novena. Si únicamente hubieran quedado G, H, nietos de E, y K, nieto de I, aunque están en igual grado no heredarán por partes iguales, cada uno tomará la mitad de lo que habría correspondido á su representado; por eso se debe entender la expresión del artículo: «y los miembros de la misma rama» agregándole: *heredarán por partes iguales*, porque tal como se encuentra, no tiene sentido.

Pothier proponía y resolvía la célebre tesis de que, si el representante no podía tener *más* derechos de los que el representado hubiera tenido, podría tener *menos*, refiriéndose á las diversas costumbres francesas; pero entre nosotros, como en Francia al presente, no puede ser cuestión, porque no hay ni mayorazgos, ni privilegios entre los herederos.—Comp. DEMOLOMBE, XIII, 434 y 435.—Véanse arts. 3560, 3561 y 3566.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3563.—Cód. Francés, art. 743. — Demolombe, n.º 434 y 435.—Decimos *en todos los casos*, es decir, sea que los representantes se encuentren entre ellos en grados desiguales, ó sea que se encuentren en grados iguales.

TITULO IX

DEL ORDEN DE LAS SUCESIONES INTESTADAS

CAPÍTULO PRIMERO

SUCESIÓN DE LOS DESCENDIENTES LEGÍTIMOS

§ 975. — PRINCIPIOS GENERALES

La ley supone que si el difunto hubiera tenido tiempo para disponer de sus bienes, los habría dejado por iguales partes á sus hijos, y esa suposición es tanto más justa, cuanto que el mismo legislador ha limitado en esos casos la facultad de disponer, de modo que no puede sino en casos determinados privarles de esa porción que se llama forzosa; por eso dice el **art. 3565**: *los hijos*

(**Art. 3565.**) La civilización actual ha debido elegir otra base para fundar las sucesiones del presente. El cariño y el afecto supuesto por las antiguas leyes, no es sino una ficción más ó menos aproximada de lo que sucede en la vida. La transmisión de los bienes por sucesión debe fundarse en la utilidad social, y en los deberes que el hombre contrae como miembro de una sociedad civilizada, para aquellos á quienes da el ser ó de quienes lo recibe. El hijo tiene tan fuertes deberes para con sus padres, como los tiene para con sus propios hijos, y sería por demás injusto, y perturbaría el orden social, ver al nieto rico, por la herencia de su padre, y á su abuelo pobre y miserable arrastrando los últimos años de su vida, tendiendo sus enflaquecidas manos para recibir los alimentos que su nieto le da forzado por la ley. La sucesión debe fundarse en los deberes sociales, impuestos por la civilización, porque la naturaleza animal sólo imprime en todos los seres vivientes el instinto de la conservación de la especie, aún sacrificando á los que ha dado el ser, una

legítimos del autor de la sucesión, sean de un sólo ó de varios matrimonios, lo heredan por derecho propio y en partes iguales, salvo

vez que pueden subsistir por sí. No hay sino arrojar una mirada por toda la naturaleza, para convencerse que desde la planta hasta el animal más elevado, exceptuando al hombre, todos desconocen á su prole, una vez que ésta ha dejado de tener necesidad de su ayuda para subsistir; sólo el hombre por su inteligencia ha podido conservar ese reconocimiento hacia sus ascendientes, que viene de los cuidados y sacrificios hechos por sus padres, y aunque no ame á sus hijos, la función social que desempeña, lo pone en el caso de armarlos para las luchas de la vida, á fin de que puedan subsistir dignamente, continuando la obra de su padre ó mejorándola según las circunstancias. Pero también tiene el deber de asegurar, no sólo la subsistencia de sus padres, sino su bienestar, á la par de la de sus hijos, y esta función es tan importante como aquella. Creo como el Dr. Llerena que en todos los casos los ascendientes debían concurrir con sus descendientes, no porque no sea natural, como dicho autor lo supone, que los padres tengan más cariño por sus hijos que por sus padres, ó que sea natural que los buenos hijos tengan para con sus padres el mismo cariño que para con sus hijos; porque eso no es lo natural. El cariño de los padres para con sus hijos es sin duda más fuerte y absorbente que el de éstos para con los padres, no porque la naturaleza lo haya impreso en el hombre como en el animal, sino porque tiene el sólido fundamento de los goces que ellos proporcionan, y se transforma en legítimo orgullo, cuando se les ve aparecer en la vida envueltos en una aureola de inteligencia ó de hermosura y fuerza. La naturaleza no ha gravado en el hombre esos instintos, como en los animales, porque al dotarlo de una inteligencia superior á la de éstos, le ha dado los medios para conservar su prole: por eso es que tiene el triste privilegio de abandonar á sus hijos al nacer y aún de matarlos, que no se ve en los animales, que proceden en fuerza del instinto que los empuja, por decirlo así, hacia la conservación. Si el Código se revisara, debería introducirse esta reforma tan importante, haciendo concurrir á los ascendientes con los descendientes. El legislador argentino no ha sido justo, cuando ha rodeado al cónyuge de tanta solicitud, olvidando al ascendiente. ¿Por qué el cónyuge entraría á heredar con sus hijos legítimos y escluiría al ascendiente del difunto? El cónyuge, según nuestra legislación, es hijo legítimo, cuando estos existen; en caso contrario, se equipara á los ascendientes y concurre con ellos, y cuando sólo existen hijos naturales, es considerado como un hijo natural.

El artículo no es correcto en su redacción, porque á la par de los hijos legítimos, están los legitimados que heredan por derecho propio, y

los derechos que en este título se dan á los hijos naturales, y al viudo ó viuda sobreviviente, que tienen los primeros una cuarta parte de lo que heredan los hijos legítimos, y los segundos según con quien concurren, porque no tienen una porción invariable en la herencia.

Se ha dicho que sólo los hijos entran á la sucesión por derecho propio, y que los demás lo hacen en representación, aunque en el caso de sucesión de los hermanos, se les admite para concurrir con sus tíos, y aún sin la existencia de éstos deben dividir la herencia en estirpe, es por esta razón que dice el **art. 3566**: *los*

por iguales partes. — Comp. GOYENA, art. 762. Cód. DE CALIFORNIA, art. 3860. Cód. DE CHILE, art. 988.

El art. 745, Cód. Francés, dice: los hijos suceden por iguales partes y por cabeza, cuando están todos en el primer grado y son llamados por derecho propio; suceden por estirpe, cuando vienen todos ó en parte por representación.

(**Art. 3566**.) Este artículo parece que no armoniza con el art. 3301, que dice: los hijos del indigno vienen á la sucesión *por derecho propio y sin el auxilio de la representación*; pero como lo hemos demostrado en diversos lugares, si ocupan el mismo lugar y se colocan en el mismo grado para recibir la sucesión que su padre habría recogido, eso importa la representación; y lo que el legislador ha querido expresar es que el indigno, el desheredado y el renunciante á la herencia son considerados como si hubieran fallecido, pero no como si jamás hubieran existido, porque en ese caso sus hijos no tomarían parte en la sucesión, pues serían excluidos por los parientes más próximos, y lo que viene á salvarlos, es la representación colocándolos en el mismo grado de aquellos.

La expresión, de que los nietos y descendientes heredan por representación, carece de exactitud, porque vienen por derecho propio y

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3565.—L. 1, Tit. 20, Lib. 10, Nov. Rec.—L. 3, Tit. 13, Part. 6^a.—La Ley Romana decía: «La razón natural como una ley tácita afecta á los hijos la herencia de sus padres, y los llama á una sucesión que les es debida.» *Ratio naturalis lex quædam tacita, liberis parentum hereditatem addicit, velut ad debitam successionem eos vocando.* L. 7, Tit. 20, Lib. 48, Dig.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3565.—La declaratoria de herederos á favor de los que han justificado sus derechos, no causa gravamen á otros pretendientes, si no los declara únicos.—Jur Civ., XIII, 120, Sér. 4^a.

nietos y demás descendientes heredan á los ascendientes por derecho de representación con arreglo á lo dispuesto en el Título DE LAS SUCESIONES INTESTADAS, Capítulo primero; porque aún en el caso de no existir herederos de un grado más próximo, siempre dividen la herencia por stirpe.

como más próximos parientes de la línea recta descendente, cuando no existen otras ramas; así los hijos de A, único hijo de B, heredan á éste (su abuelo) por derecho propio y sin el auxilio de la representación; pero si éste ha dejado varios hijos que han fallecido con descendientes, entonces recién tienen necesidad de la representación. Los hijos naturales de los hijos legítimos concurren igualmente en representación de su padre que es heredero necesario.

Cuando concurren por representación, la sucesión no se divide jamás por cabeza, aunque todos se encuentren en el mismo grado, porque representación y división por stirpes es una expresión equivalente.—Comp. GOYENA, art. 763. CÓD. FRANCÉS, art. 745.—Véanse arts. 3301, 3548, 3549, 3560, 3562, 3564 y 3749.

CAPÍTULO II

SUCESIÓN DE LOS ASCENDIENTES

§ 976. — ORDEN DE ESTAS SUCESIONES

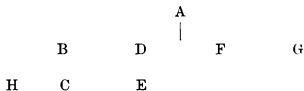
Nuestro Código, siguiendo las antiguas ideas sobre sucesiones ha dado preferencia á los hijos, excluyendo por completo á los padres, cuando la civilización actual con otras necesidades, exige que los ascendientes no sean abandonados, y tengan sólo derecho á pedir alimentos. ¿Por qué deben ser olvidados ó relegados al segundo rango, los padres que tantos sacrificios han hecho por sus hijos, que tantas privaciones y disgustos han soportado para formar hombres dignos? En una legislación bien ordenada que responda á las exigencias del presente, los padres deben heredar con los nietos, teniendo una porción cualquiera, en que el legislador reconozca los servicios que han prestado á la sociedad. Así es que no considero bien inspirada la disposición del **art. 3567**, que

(**Art. 3567.**) Ya hemos dicho que esta exclusión de los padres ó ascendientes por los hijos nos parece injusta, y no responde á la civilización actual, en que todos los individuos desempeñan una función social. Cuando el artículo dice: «á falta de hijos y descendientes legítimos», expresa la idea clara, que el *de cuius* ha fallecido sin descendientes legítimos, porque si tuviera uno que hubiere fallecido dejando un hijo natural reconocido, éste excluiría á los ascendientes desde que viene á la sucesión en representación de su padre, lo que hace más patente la injusticia que hemos notado. ¿Por qué la ley se ha cuidado del cónyuge, haciéndolo concurrir con todos los herederos forzosos, y ha abandonado, por decirlo así, á los ascendientes? ¿Por qué el hijo natural

dice: *á falta de hijos y descendientes legítimos, heredan los ascendientes, sin perjuicio de los derechos declarados en este Título á los*

de uno legítimo, excluirá al ascendiente y no lo hará ese mismo hijo natural de su padre?

La regla del art. 3582 de que el hijo natural jamás hereda al abuelo natural, se debe entender sólo en los casos en que la representación no puede tener lugar; porque de otro modo no se explicaría el art. 3583 que la conceda á los herederos del hijo natural. Así, el hijo natural puede ser representado por su hijo legítimo para concurrir á la sucesión de su abuelo, y esto quedará más claro en el cuadro siguiente:



Primera hipótesis: Se trata de recoger la herencia de A, que ha dejado cuatro hijos legítimos B, D, F y G, de los que han fallecido B, dejando un hijo legítimo, H, y uno natural, C; D, deja uno legítimo, E; la herencia se divide en cuatro, tomando una cuarta parte cada uno, H y C, en representación de su padre B, heredan una parte, que dividen así: cuatro partes para el legítimo y una para el natural; el heredero E, recibirá su cuarta parte en representación de su padre.

Segunda hipótesis: B, es hijo natural y deja por hijos legítimos á H y C, éstos concurren por derecho de representación en lugar de su padre y toman de las trece partes en que se ha dividido la herencia, no la cuarta parte, sino la trece avas partes, porque los tres hijos legítimos han recibido las doce avas restantes.

Tercera hipótesis: B, hijo natural, deja á su vez á H, y C, hijos naturales; como no tienen el derecho de representación, no pueden tomar parte alguna de la herencia de su abuelo natural.

De este modo se explica la expresión de los hijos y *descendientes naturales* que ha sido criticada sin razón.

Se sobreentiende que si B, ha sobrevivido á su padre natural A, ha recogido su parte de herencia aunque no le haya sido entregada, y por consiguiente la trasmite á su hijo natural, quien no heredará á su abuelo natural sino á su padre, del que recoge la herencia. — Comp. Cód. DE CHILE, art. 989.—Véanse arts. 3545, 3571, 3580, 3581, 3584 y 3594.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3567.—L. 1, Tit. 20. Lib. 10, Nov. Rec.—L. 1, Tit. 6, Lib. 3, Fuero Real. — Por la Novela 118. Cap. 2, y por la L. 4,

hijos y descendientes naturales y al cónyuge sobreviviente, cometiéndose la injusticia de hacer concurrir siempre al cónyuge y á los hijos naturales con los hijos legítimos, olvidando á los padres que tienen un lugar preferente en el cariño del fallecido.

Y esta irregularidad es mayor, cuando comparamos el orden que el Código establece para los cónyuges, á quienes considera con los mismos derechos de los hijos legítimos, cuando concurre con ellos en la sucesión del premuerto, para colocarlos en seguida á la par de los padres si no existen hijos, ó por igual con los hijos naturales cuando no existen padres, y finalmente haciéndolos concurrir con los ascendientes.

Si existen el padre y la madre del difunto, lo heredarán por iguales partes. Existiendo sólo uno de ellos, lo hereda en el todo, salvo la modificación del artículo anterior (art. 3568), cuando

(**Art. 3568.**) En el sistema adoptado por nuestro Código, y que hemos criticado, los parientes de la línea descendente, excluyen siempre á los de la línea ascendente, así como éstos excluyen á su vez á los colaterales, salvo el derecho de representación cuando se trate de la herencia de los hermanos. Así, cuando el artículo dice: «si existen el padre y la madre del difunto, los heredarán por iguales partes», no hace distinción alguna entre los legítimos y los naturales, porque en uno y otro caso se aplicará la regla, cuando la representación puede tener lugar, respecto del hijo fallecido.

No existiendo descendientes legítimos, entran á heredar los ascendientes; pero cuando sólo hubiera hijos naturales del fallecido, entrarán á dividir la herencia en la proporción del art. 3580. Si hubiere existido un hijo legítimo del difunto, que dejara un hijo natural, éste excluirá á los ascendientes, porque viene á la sucesión en representación de su padre, que se considera como si existiera; lo que es una injusticia.

El derecho concedido por este artículo á los ascendientes, es sin perjuicio del que tienen el viudo ó viuda y los hijos naturales, cuando con-

Tit. 13, Part. 6ª, los hermanos del difunto lo heredan en unión con los ascendientes. Este derecho ha sido seguido por el Cód. Francés, art. 748 y siguientes, por el de Nápoles, 671, por el de Baviera, L. 3, Cap. 12.—Por el Cód. de Prusia, el padre ó madre del difunto, á falta de descendientes, lo heredan con exclusión de los colaterales; pero los hermanos carnales y sus descendientes excluyen á los abuelos.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3567.—Véase fallo al art. 3284.—Jur. Civ., IV, 280, Sér. 3ª.

concurriesen los cónyuges ó hijos naturales, en que tomarán la parte señalada en los arts. 3578, 3580 y 3581.

En la sucesión de los ascendientes sucede como en los colaterales, los más próximos excluyen á los más remotos, por eso dice el **art. 3569**: *á falta de padre y madre del difunto, lo*

curren en la sucesión, y es por esa razón, que la última parte salva esos derechos, haciendo la excepción.

Los hijos naturales del *de cuius* no excluyen á los ascendientes; pero cuando ha tenido hijos legítimos, que pueden ser representados por sus hijos naturales, quedarán excluidos por éstos.

El artículo, en su primera parte, se coloca en la hipótesis de que no existan descendientes, y por eso los declara exclusivos herederos á los padres, sean naturales ó legítimos; pero no se debe aplicar á los demás ascendientes cuando lo fueren naturales, porque el abuelo natural no hereda á su nieto natural; es necesario que haya de por medio un vínculo legítimo.—Comp. GOYENA, art. 765. CÓD. DE CHILE, art. 989.—Véanse arts. 3580 á 3584.

(**Art. 3569.**) Cuando el artículo habla del padre ó madre del difunto, comprende el caso en que sean legítimos ó naturales, no sólo porque la ley no hace distinción, sino porque no existiendo descendientes del *de cuius*, sus padres excluyen á los demás ascendientes. Si el padre ó la madre que reconoció al hijo natural fuera declarado indigno de suceder, entraría el otro en toda la herencia; si uno sólo lo hubiera reconocido y fuera excluido como indigno, su padre legítimo no sería llamado á la herencia de su nieto natural, porque la ley no le concede la representación, lo que es una injusticia, pues en el mismo caso, el hijo natural del hijo legítimo recoge la herencia de su abuelo en representación de su padre. Estas desigualdades deben corregirse en el porvenir, porque sólo responden á preocupaciones de otras épocas, que no tienen razón de ser al presente.

Nuestro Código ha interpretado bien las aspiraciones del presente, haciendo concurrir á los ascendientes por cabeza, para recibir la herencia de su descendiente, pero no lo ha hecho, en cuanto ha excluido á los hermanos que debían figurar también en la sucesión, como lo hacen otros Códigos, á la par de los ascendientes. La base de la sucesión al presente, no debe ser la afección que la ley suponía; el cariño que se

heredarán los ascendientes más próximos en grado, por iguales partes, aunque sean de distintas líneas, cometiendo en cierto modo

fundra en el vínculo de la sangre, no existe en muchos casos; se debe atender á otro fin más elevado, al deber moral que impone la civilización de asistirse y ayudarse mutuamente los que llevan en sus venas una misma sangre. La sociedad tiene derecho para exigir el cumplimiento de deberes, cuyo conjunto forman un modo de ser peculiar á una nación ó pueblo. ¿Por qué los padres serían preferidos á los hermanos? No se trata de pagar, ni de premiar los sacrificios y desvelos de los buenos padres que han cumplido con un deber que la sociedad y la naturaleza les exige; el objeto del legislador debe ser impedir la acumulación de la riqueza en pocas manos, distribuyendo el bienestar en toda la familia, para que la sociedad mejore y adelante. Más justo y equitativo sería hacer concurrir en la sucesión á los hijos, padres y hermanos, asignándoles á los primeros una porción triple á la que debiera corresponder á los ascendientes, y á los hermanos una tercera parte de lo que corresponda á éstos. Así se ha hecho con los hijos naturales. Una herencia de cuatro y medio millones por ejemplo, en vez de pasar íntegra á un hijo legítimo del *de cuius*, poniendo en su mano una enorme riqueza, se podría dividir así: tres millones para el hijo, un millón para los padres, y medio para los hermanos. La sociedad está interesada en que la riqueza se distribuya equitativamente, ya que la actividad humana crea estas diferencias tan grandes; cuando el hombre desaparece, el legislador debe intervenir para distribuirla entre la misma familia, haciéndoles participes de un bienestar á que tienen derecho. El Código chileno, art. 989, aunque adopta el mismo sistema de exclusión, divide no obstante la herencia en partes desiguales, así por ejemplo, «la herencia se dividirá en cinco partes, tres para los ascendientes legítimos, una para el cónyuge y otra para los hijos naturales; cuando no hay cónyuge ó no habiendo hijos naturales, se dividirá la herencia en cuatro partes, tres para los ascendientes y otra para los hijos naturales ó para el cónyuge».—Comp. Cód. ITALIANO, art. 740. Cód. DE CALIFORNIA, art. 3871. GOYENA, art. 766.—Véanse arts. 3567 y 3568.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3569.—Cód. de Nápoles, art. 689.—La L. 4, Tit. 13, Part. 6ª, y la Novela 118, Cap. 2, dispone que, faltando el padre y la madre y existiendo dos abuelos de una línea y uno sólo de la otra, se divida la herencia en dos mitades, y cada línea lleve la suya. Estas leyes faltan á un principio en la sucesión. ¿No están los tres en igual grado? Habiendo igual-

una injusticia, porque todos debían concurrir á dividir la sucesión, tomando una parte proporcional al grado en que se encontraren.

lad en el grado debe suponerse que la haya en el amor del difunto á sus ascendientes.

CAPÍTULO III

SUCESIÓN DE LOS CÓNYUGES

§ 977. — ORDEN DE ESTA SUCESIÓN

Como lo observamos en el comentario, el legislador se ha encontrado entre estas dos tendencias: no dejar sin herencia al cónyuge sobreviviente, garantiéndole su participación en cualquier caso; é impedir al mismo tiempo, que su concurrencia sea excluyente cuando no haya hijos legítimos, dejando sin parte á los ascendientes. Por eso vemos figurar al cónyuge supérstite á la par de los hijos legítimos en el **art. 3570**, que dice: *si han que-*

(**Art. 3570.**) Hemos criticado el sistema del Código, en cuanto excluye á los ascendientes y hermanos del difunto, cuando ha debido hacerlos concurrir señalándoles una parte en la herencia, con arreglo á los deberes que la ley les impone por necesidades de orden social.

El cónyuge ha sido investido de un doble carácter, de socio y de heredero. Como socio tiene la mitad de los gananciales adquiridos durante el matrimonio; como heredero toma una parte igual á los hijos legítimos, cuando concurre con ellos, para dividir los bienes que hubiese aportado al matrimonio el fallecido; y si hubiere hijos naturales además de los legítimos, esta circunstancia no alterará los derechos acordados, procediéndose en esta forma: se separarán los bienes que el cónyuge premuerto hubiera llevado al matrimonio, ó adquirido después por donación ó herencia y lo que quedare, serán gananciales, dividiéndolos por mitad entre los hijos legítimos y naturales, por una parte y el cónyuge sobreviviente por la otra. Los otros bienes que pertenecían en propiedad al premuerto, se dividirán entre los hijos legítimos y naturales y el cónyuge sobreviviente, que tomará una parte igual á la de los hijos legítimos. Supongamos que á la muerte del cónyuge han quedado sesenta y

dado viudo ó viuda é hijos legítimos, el cónyuge sobreviviente tendrá en la sucesión, la misma parte que cada uno de los hijos, en los bienes que el premuerto hubiere introducido al matrimonio, ó recibido por donación ó herencia, porque los gananciales ó bienes adquiridos por cualquier otro título durante el matrimonio se dividirán por iguales partes.

Si han quedado ascendientes y viudo ó viuda, estos últimos con-

siete mil pesos habiendo introducido, el premuerto, al matrimonio veinticinco mil pesos; los cuarenta y dos mil de gananciales se dividirán en esta forma: veintiuno corresponden al cónyuge por su mitad de gananciales, y de los 21 mil restantes se dividirán entre los cinco hijos legítimos y el natural, haciendo 21 partes iguales de las que cada hijo legítimo tomará cuatro y el hijo natural una; los bienes introducidos al matrimonio que son veinticinco mil pesos, como hay cinco hijos legítimos y el cónyuge que se considera como tal, se formarán veinticinco partes, tomando cuatro cada uno de los legítimos y el cónyuge, y una el natural, de modo que de los sesenta y siete mil pesos tomará el cónyuge supérstite 21 por sus gananciales y 4 como hijo legítimo; cada uno de los legítimos tomará 8 mil que les corresponde, 4 de los gananciales y cuatro de lo introducido por su padre, y dos el hijo natural.

Como fácilmente se comprenderá, hay una gran desigualdad en esta división, y habría sido conveniente y justo reducir á límites más estrechos la parte del cónyuge sobreviviente, dejándole la elección para concurrir ó como socio ó como heredero; pero no en las dos formas. ¿Por qué el cónyuge excluiría á los ascendientes, cuando concurre con los hijos, y heredaría á la par de éstos si no existen descendientes?

Cuando el cónyuge concurre con los nietos, éstos ocupan el lugar de sus padres por derecho de representación, y cada rama se computa como un hijo legítimo ó natural, cuando éstos tengan derecho de representación. Pero es necesario distinguir cuidadosamente el derecho de representación con el de heredero; así un hijo natural es heredero forzoso de su padre, y si sobrevivió á la muerte de éste, trasmite á sus hijos naturales su derecho adquirido á la herencia, mientras si por el contrario hubiere fallecido, no pueden concurrir á recibir la herencia del abuelo, porque el hijo natural jamás hereda al abuelo natural; lo que tampoco es justo ni equitativo, porque hace depender la sucesión de una circunstancia accidental, que el legislador no debe tener en cuenta.—Comp. CÓD. DE CALIFORNIA, art. 3884. CÓD. DEL URUGUAY, art. 987.—Véanse arts. 3565 y 3595.

currirán con los ascendientes á dividir la sucesión por cabeza, salvo los derechos del hijo natural (art. 3571), equiparándose

(**Art. 3571.**) El sistema adoptado por el legislador para la sucesión del cónyuge ha sido justamente criticado por nosotros en la *Instituta*, y apoyado por los Dres. Segovia y Llerena, y nada tendríamos que decir sobre este punto, que el Congreso de 1882 no se atrevió á reformar; porque se consideraba entonces al Cód. Civil, como una obra acabada que no se debía tocar; pero sin negar el gran mérito que tiene el proyecto del Dr. Velez Sarsfield convertido en ley, sin una exposición de motivos de su comisión de legislación, la crítica seria y los estudios posteriores han venido á demostrar los lunares que afean la obra, y de que será necesario depurarla en el porvenir, haciendo con ese motivo una exposición legislativa de las doctrinas que fueron convertidas en ley.

Así, es necesario hacer desaparecer la antinomia que existe entre este artículo y el art. 3581. Para darnos cuenta de la dificultad, tomemos la primera parte de cada uno de ellos y compáremosla. Dice el presente: «si han quedado ascendientes y viudo ó viuda, éstos últimos (el viudo ó viuda), concurrirán *con los ascendientes á dividir la sucesión por cabeza*», mientras dice el art. 3581: «si quedasen ascendientes *legítimos*, y viuda ó viudo, *los ascendientes* tomarán la mitad de la herencia para dividirla entre ellos *por personas*». Resultan estas diferencias: 1ª, el artículo comentado habla sólo de *ascendientes*, mientras el art. 3581 limita el caso á los *ascendientes legítimos*; 2ª, el presente artículo dice que el viudo ó viuda concurrirán con los ascendientes á dividir la sucesión por cabeza; mientras el art. 3581, dice que los ascendientes tomarán la mitad de la herencia para dividirla entre ellos por personas; 3ª, que el artículo 3581, agrega: «y la otra mitad se dividirá entre el viudo ó viuda y los hijos naturales»; mientras el presente sólo dice: salvo el derecho de los hijos naturales.

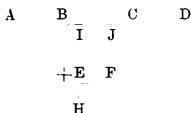
Dos sistemas se pueden proponer para armonizar ambas disposiciones: 1º, aplicar el presente artículo al caso en que quedaren únicamente padres naturales, dejando el art. 3581, para cuando hubiere legítimos; 2º, aplicarlo en el caso que no existieran hijos naturales, en que el viudo ó viuda entraría como un ascendiente.

No es posible aceptar el primero, porque, cuando quedan padres naturales y viudo ó viuda, la legítima del padre natural es de una cuarta parte, art. 3597, y no entra en la sucesión si el difunto dejase hijos legítimos ó naturales.

La segunda hipótesis es más aceptable, á pesar de la diferencia que se nota en la distribución del haber, porque cuando los ascendientes con-

entonces á un ascendiente; porque habría sido injusto el que los excluyera, olvidando el legislador los vínculos de sangre que ligan al fallecido, y los deberes que la sociedad impone.

curren solos con el viudo ó la viuda, dividen la herencia por iguales partes; pero si existen hijos naturales, entónces ésta se divide por mitad, tomando el ascendiente ó ascendientes una mitad y la otra el viudo ó viuda y el hijo ó hijos naturales. Esta diferencia encuentra su explicación lógica en el sistema del Código, porque habiendo equiparado el cónyuge á un hijo legítimo, cuando éstos existen, ó á los ascendientes á falta de descendientes legítimos, ó á los hijos naturales cuando no existen descendientes ó ascendientes, el legislador ha debido elegir el lugar en que debía colocar al cónyuge, cuando existen sólo ascendientes ó hijos naturales. ¿Sería considerado como un ascendiente ó como un hijo natural? Más justo habría sido colocarlos en la misma línea haciéndolos concurrir por cabezas; pero ha preferido el considerarlos en la misma línea que al hijo natural, estableciendo una desigualdad que puede ser favorable ó desfavorable, como se verá en el siguiente cuadro.



Primera hipótesis: Se trata de E, fallecido, dejando á su cónyuge F, y á sus abuelos legítimos A, B, C y D; entre todos se dividirán la herencia, si no hubiere gananciales, por partes iguales tomando cada uno una quinta parte. Aquí el cónyuge es equiparado á uno de los ascendientes.

Segunda hipótesis: El fallecido ha dejado á su cónyuge F, y á sus abuelos A y B; cada uno recibirá una tercera parte.

Tercera hipótesis: Han quedado los cuatro abuelos, el cónyuge F, y el hijo natural H; entonces la división cambia por su base, cuando no ha debido alterarse; se divide la herencia en dos partes iguales, la mitad para los abuelos legítimos que recibirán cada uno una octava, y la viuda, una cuarta parte y la otra cuarta parte el hijo natural; en esta hipótesis los ascendientes salen perjudicados, porque reciben menos que el viudo ó viuda y el hijo natural, cuando han sido equiparados y debían tomar una parte igual. Si en la misma hipótesis, sólo hubiera un ascendiente,

Si no han quedado descendientes ni ascendientes, los cónyuges se heredan recíprocamente, excluyendo á todos los parientes colaterales, salvo los derechos de los hijos naturales (art. 3572), que

este recibiría por el contrario el doble, porque tomaría la mitad, dejando para el cónyuge y el hijo natural la otra mitad; cuando según el artículo que estudiamos, si no hubiera hijo natural habrían dividido la herencia por mitad. Estas desigualdades é inconsecuencias son el resultado del sistema adoptado por nuestro Código, que debe corregirse en el porvenir. La herencia debería dividirse siempre entre los descendientes, ascendientes, cónyuge y hermanos del fallecido, señalándoles una parte inalterable. ¿Por qué cambiar la del cónyuge sobreviviente, haciéndolo figurar como hijo legítimo, cuando estos existen, para en seguida obligarlo á concurrir por partes iguales con los ascendientes, y luego hacerlo descender al igual del hijo natural, cuando existiera? Esta es una de las reformas que se impone con mayor premura. Mientras tanto el modo de conciliar esta disposición y la del art. 3581, es la de dividir la herencia por cabezas cuando existen ascendientes y cónyuges, y dividirla por mitad entre éstos, el cónyuge supérstite y el hijo natural, tomando aquel ó aquellos una mitad que dividirán por cabezas, y una cuarta parte el viudo ó viuda, y el hijo natural la otra cuarta parte.—Comp. Cód. de Chile, art. 989 y Cód. del Uruguay, art. 988.—Véanse arts. 337, 3567, 3581, 3595 y 3597.

(Art. 3572.) El sistema adoptado por nuestro Código se separa de las legislaciones antiguas y modernas, para favorecer al cónyuge supérstite de un modo inconveniente. Ha seguido en esta parte á una ley antigua dictada en la Provincia de Buenos Aires que reconocía este derecho, excluyendo á los hermanos del fallecido. Me parece que el legislador no ha interpretado bien la voluntad del difunto, y sobre todo, aunque esa voluntad pudiera suponerse existente en esa forma, ha debido de resolver problemas económicos y sociales de gran transcendencia para la nación, como son los que se refieren á la distribución de la riqueza, aspirando á hacer desaparecer la gran desigualdad que va en aumento constante, amenazándonos llevarnos al estado en que se encuentra la Europa. Por otra parte, un sistema de sucesión en que se diera una parte á los hermanos del difunto, salvaría de los graves inconvenientes que trae el modo de sucesión implantado por el Código. Así, un hombre de gran fortuna que sólo tiene hermanos, si llegara á fallecer, éstos recogerían la herencia; pero si se casara y muriese á los dos ó tres meses, esa fortuna pasaría á la mujer, heredándola sus parientes que son com-

teniendo un derecho de la misma naturaleza que el de los legítimos (salvo cantidad), deben concurrir siempre con cualquier heredero por privilegiado que sea.

pletamente extraños á su marido. ¿No hay en esto una palpitante injusticia? La transmisión de los bienes por sucesión no debe estar sujeta á estos azares; en un sistema bien organizado cada heredero debe tener su parte en la herencia, que tomará en su totalidad ó dividirá con los que estén en el mismo grado.

El legislador debe combinar estos dos principios: satisfacción de los afectos é inclinaciones del fallecido, con las necesidades sociales ó de un orden superior, para que ambas se armonicen y se apoyen, sin perjudicarse.

Cuando el artículo dice: «si no han quedado descendientes ni ascendientes», se entiende que comprende tanto á los legítimos como á los naturales, siempre que se encuentren en el caso de heredar; porque el padre natural del cónyuge fallecido entra con el viudo cuando no existen hijos naturales, pero no en caso contrario; demostrando así que el sistema del Código no es conveniente, dejando siempre los derechos al azar, sin una regla fija. ¿Por qué el padre natural que heredaba con el cónyuge, sería excluido por la existencia de un hijo natural?

En una equitativa distribución, todos debían tener una parte determinada en la herencia del fallecido, ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos. La nota misma del Dr. Velez-Sarsfield, justifica estas observaciones críticas.—Véanse arts. 337, 3578, 3585, 3594 y 3595.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3572.—Sobre los tres artículos anteriores, la L. 7, Tit. 13. Part. 6ª, dispone así: *La viuda pobre é indotada sucede al marido, maguer aya fijos, en la plena propiedad, fasta la quarta parte de los bienes, sin que esta pueda exceder el valor de 100 libras de oro.* La observación de esta ley ha sido siempre muy dudosa.

La Novela 117, Cap. 5, disponía que la viuda pobre é indotada, cuando le quedaban tres ó menos hijos, tuviese el usufructo en la cuarta parte de los bienes del marido. Si los hijos fuesen cuatro ó más, el usufructo se reducía á una parte igual á la de cada uno de los hijos. Faltando hijos y descendientes, la viuda sucedía en la propiedad de la cuarta parte, aunque quedasen ascendientes y hermanos. El viudo pobre no gozaba de este beneficio; pero por la Constitución 22 del Emperador León, el viudo ó viuda con hijos, que no vuelve á casarse, hereda con los hijos al cónyuge difunto en una parte viril y en propiedad.

Por los Códigos modernos, no habiendo parientes en grado sucesible, los cónyuges heredan recíprocamente. Pero cuando hay parientes, los Códigos de Francia y de Holanda no les declaran ningún derecho. El de Nápoles da al cónyuge pobre, una porción que no exceda la cuarta parte de las rentas de la

§ 978. — CUANDO CESA LA SUCESIÓN DE LOS CÓNYUGES

Como la sucesión del cónyuge se funda en la armonía que el legislador supone en el matrimonio, en la comunidad de ideas y sentimientos en que se vive en esta sociedad, donde las voluntades se unifican y confunden, resulta necesariamente que *la sucesión deferida al viudo ó viuda en los tres artículos anteriores, no tendrá lugar cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio, muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes (art. 3573)*; porque la ley supone que

(**Art. 3573.**) Este artículo fué corregido por el Congreso de 1882, pues decía: «la sucesión deferida al viudo ó viuda en los tres artículos anteriores, no tendrá lugar cuando *el matrimonio se hubiese celebrado, hallándose enfermo uno de los cónyuges, y si muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes*». La parte en letra cursiva es la que se cambió por esta otra: «cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio, muriese de esa enfermedad, etc.»; como se comprende es un cambio de redacción para aclarar y mejorar el pensamiento del legislador, que como lo dice el Dr. Velez-Sarsfield, en la nota, ha tenido por fin impedir esos matrimonios escandalosos, celebrados con el objeto de heredar inmediatamente al enfermo, excluyendo á los colaterales. Pero ocurre preguntar, ¿es una cuestión únicamente de hecho que queda á la apreciación de los jueces, ó es de derecho que fija una regla inmutable que debemos aplicar en todos los casos?

Para mí es una cuestión sumamente delicada, que sólo debe resolverse después de un estudio detenido. Para interpretar una disposición, es necesario agotar en la investigación todos los elementos á que el juriconsulto y el magistrado deben recurrir para llegar al conocimiento de la verdad; el elemento literal que estudia las palabras de que se

herencia, cuando falten hijos ó éstos sean menores de tres. Si los hay y son más de cuatro, la porción se reduce á una parte viril. Por el Código de Vaud, á falta de hijos, de padre y madre, ó descendientes de éstos, hereda el cónyuge la mitad; pero si hay alguno de los mencionados, hereda la cuarta parte. El Cód. de Luisiana dispone así: «Si la mujer no ha aportado sino una corta dote, ó el esposo que muere es rico y el sobreviviente necesitado, podrá tomar en la herencia un cuarto en propiedad y otro cuarto en usufructo, cuando no queden sino tres hijos. Quedando más de tres hijos, sólo tendrá derecho á una parte en usufructo igual á la de un hijo, y se le imputará en ella lo que haya sido legado por el difunto.»

matrimonios en esas condiciones responden más bien á un sórdido interés, sin tener en cuenta que la generalidad de los casos son

sirve el legislador; el lógico, que las une y encadena; el sistemático que elevándose por encima de la institución busca oslabonar todas las que le son análogas, á fin de formar una vasta unidad, y el histórico que nos enseña el punto de partida de la nueva disposición, para compararla con las existentes en el momento de la reforma; cuando todos estos elementos se hubieren agotado, recién es permitido buscar el motivo, el fin que se propuso el legislador, porque es el elemento más incierto, y si se admitiese fácilmente, todas las leyes podían ser cambiadas. Toma un papel muy importante y principal, cuando el mismo legislador ha expresado el objeto que se propone, porque entonces nos indica el límite y fin de la disposición; pero en este caso ¿podemos tomar las notas del doctor Velez-Sarsfield, como aceptadas por el Congreso, admitiendo que ellas expresan la intención del legislador? Entre los antecedentes que precedieron á la sanción del Cód. Civil, que fué aprobado sin discusión, ni exposición de motivos, nada hay que se refiera á las notas, y el gobierno al ordenar las ediciones oficiales, tampoco mandó que fueran acompañadas de las notas del Dr. Velez-Sarsfield; así es que éstas se encuentran en las ediciones oficiales, no por mandato del legislador, ni del Poder Ejecutivo, sino porque los encargados de atender á la publicación, creyeron que ellas debían figurar como un elemento de aclaración ó explicación. Las notas, pues, no tienen un carácter oficial; pero llevan en sí la importancia que les da la autoridad del Dr. Velez-Sarsfield, por su ciencia y espectabilidad, y cuando no contrarían la ley, se las debe tomar como el comentario más autorizado, por la posición del autor del proyecto.

Hacemos estas observaciones, para desvanecer el erróneo concepto que generalmente se tiene sobre la importancia de las notas, tomándolas como si fueran del legislador.

Ahora vengamos al examen del artículo.

Algunos piensan, que el artículo sólo es aplicable á los matrimonios celebrados *in extremis*, porque el Dr. Velez-Sarsfield dice en la nota, que no hay razón para dar á los cónyuges derechos sucesorios, cuando el matrimonio es *in extremis*; pero eso no dice la ley, que por otra parte es clara en su expresión; hay una enorme diferencia entre esa proposición y la del artículo, que dice: «cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio, muriese de esa enfermedad», en ese único caso no tendrá derechos sucesorios. ¿Con qué autoridad se corregiría el texto de la ley? ¿Por qué se exigiría un matrimonio *in extremis*, es decir, cuando uno de los cónyuges estuviera por morir? La ley sólo

la consagración de vínculos existentes, que no se han confesado públicamente, y por impedir un matrimonio realizado por interés,

exige estas condiciones: 1º, que el matrimonio sea contraído estando enfermo uno de los cónyuges; 2º, que muera dentro de los treinta días; 3º, que fallezca de la misma enfermedad.

La primera condición es tan esencial, que, si cuando contrajo matrimonio el cónyuge estaba sano y bueno, aunque falleciera pocas horas después, habría heredado al premuerto; pero aquí nacen las dificultades, que amenazan convertir la regla de derecho en una cuestión de hechos, sujetos a la apreciación de los magistrados. *Estar enfermo* en el sentido genérico de la expresión, es padecer enfermedad, tener alteración *más ó menos grave* en la salud del cuerpo animal, como dice la Academia de la lengua castellana; y ese es el sentido jurídico de la expresión; la gravedad de la enfermedad es condición necesaria, porque no basta una alteración cualquiera de la salud, para que esa enfermedad sea causa de privación de los derechos hereditarios del cónyuge.

En principio, la enfermedad debe ser grave, y aunque se supone en estos casos que el enfermo guarde cama, no es de absoluta necesidad; porque hay enfermedades graves que permiten estar en pie; como por ejemplo, las del corazón. Lo esencial, á mi juicio, es que el cónyuge sano sepa que el contrayente está enfermo de gravedad, y para esto es necesario que los hombres de ciencia lo hayan así declarado; si lo ignorase, si médico alguno hubiese declarado la gravedad de la dolencia, la disposición de la ley no podría serle aplicada, y el sobreviviente lo heredaría; pero en caso contrario, aunque fuera evidente que el móvil del matrimonio ha sido desinteresado, no podría heredarlo, si se han llenado las otras dos condiciones.

La segunda condición es que el contrayente fallezca dentro de los treinta de la celebración del matrimonio, y la ley ha señalado tan breve término, para indicar que la enfermedad debe ser de tal gravedad, que haya un inminente peligro de muerte. Este término debe contarse desde las doce de la noche del día del matrimonio, hasta las doce de la noche del día del fallecimiento.

Si la persona no estuviera en cama, si tuviera alguna de esas dolencias que sólo molestan al individuo, permitiéndole vacar en sus quehaceres ú ocuparse de sus negocios, sin exigir la asistencia de los médicos, en ese caso el matrimonio se habría celebrado en las condiciones ordinarias, y en cualquier tiempo que muriese el contrayente, su cónyuge lo heredaría.

Respecto de la tercera condición se presentan muy serias dificultades

que muy raras veces se haría, se condena á todos los que han vivido en concubinato y quieren consagrar esas relaciones, haciendo

des, para interpretar rectamente la expresión de *si muriese de esa enfermedad*. ¿Quiere expresar acaso, que debe morir de la *misma enfermedad* de que se encontraba atacado, ó únicamente que el fallecimiento debe tener lugar á consecuencia de la enfermedad, aunque se transformase en otra? Por ejemplo, si atacado de una pulmonía grave, cuando contrajo matrimonio, falleciera del corazón ó de una meningitis con la que se complicó la primera enfermedad, ¿sería el caso de la ley?

La ley ha creado una presunción que no se puede destruir por prueba alguna, cuando el matrimonio se ha contraído por una persona enferma, y esa presunción no sólo recae sobre el cónyuge sano, sino sobre el enfermo mismo, á quien se le supone la idea de hacer heredar á otra persona, así como al otro, la de lucrar con ese matrimonio en condiciones tan desgraciadas. Así es que, la expresión de *«la misma enfermedad»*, debe tomarse, no como la clasificación del mal ó dolencia que aquejaba al contrayente en el momento de celebrar el matrimonio, sino en el sentido de que falleciere sin haber recobrado la salud, aunque sea de otra enfermedad que fuera una consecuencia de la anterior; puede, pues, estar enfermo de *cirrosis*, y terminar por la ruptura de un vaso del corazón. Lo esencial es que no se haya restablecido; porque si ha curado de la enfermedad, y sano ya se contagia de alguna otra, ó se le declara una nueva, no es el caso de la ley.

De lo expuesto resulta, que la regla de derecho fijada por el artículo, se convierte en cuestión de hecho, cuando se trata de su aplicación.

Y para mí, la regla debe aplicarse en todo su rigor, cualquiera que sea la intención del contrayente enfermo, aunque el sano no haya tenido la intención de lucrar; por ejemplo, dos personas viven muchos años en concubinato, y uno de ellos enfermo de gravedad quiere legitimar los hijos que procrearon, por el subsiguiente matrimonio y se casa, muriendo dentro de los treinta días. Si atendiésemos al motivo de la ley, acordaríamos derechos sucesorios al cónyuge supérstite, porque no se ha casado por una explotación, su objeto ha sido legitimar su prole, no es un matrimonio escandaloso, es por el contrario una consecuencia lógica de la vida marital que ambos han hecho; pero no es menos cierto, que el cónyuge supérstite sería privado de la sucesión, porque se encuentra dentro de la regla fijada por el artículo; y esto prueba una vez más, cuán frágil es la interpretación fundada en el motivo que se supone tuvo el legislador. Y esta observación tomaría mayor fuerza, si considerásemos la nota del Dr. Velez-Sarsfield como el motivo de la ley, porque entonces redu-

perder á la mujer que ha hecho vida común con el que acaba de morir, sus sacrificios y trabajos, dejándola desamparada.

diríamos la regla del artículo, no sólo á los matrimonios *in extremis*, como lo sostiene el Dr. Llerena, sino que aún podría defenderse la opinión de que únicamente debe aplicarse á estos matrimonios, cuando fueran escandalosos, sólo con el objeto de heredar al enfermo; pero una y otra doctrina son completamente erróneas, porque la ley priva de la sucesión al cónyuge sano, cuando el enfermo ha fallecido dentro de los treinta días, sin haber curado antes.

Para concluir, agregaremos: que la enfermedad debe ser grave, declarada por facultativos, porque si no lo fuera y después del matrimonio se agravase, aunque sea á consecuencia de él, no caería bajo la regla del artículo; porque se entiende por enfermedad, una alteración más ó menos grave del organismo.

No creo, como algunos, que para resolver las dificultades, se deba tener presente el propósito de la ley, que se supone tiene por objeto quitar el estímulo á la avaricia y á la mala fe; porque no debemos ocurrir á tales medios para dejarla sin aplicación, lo que sucedería si buscáramos los móviles de las acciones. La ley priva de la sucesión al cónyuge supérstite que se casa en tales condiciones, y cuando ella es clara y precisa no se deben buscar medios tan inciertos y aleatorios para explicarla.

No estoy conforme con el Dr. Llerena cuando dice: «supóngase que un individuo tiene una enfermedad antigua, que no lo tiene precisamente postrado en cama, pero que de un momento para otro puede quitarle la vida; que padece de accidentes, por ejemplo, valiéndonos de esta expresión vulgar que se usa en sentido genérico, y que este individuo se casa sin que por el momento haya una manifestación exterior de la enfermedad, y muere á causa de uno de estos ataques que padecía, dentro del primer mes del casamiento, ¿se aplicará, en este caso, el artículo que estudiamos? Tenemos por indudable que no. Una persona que no se encuentra en cama postrada por una enfermedad que puede ser mortal, aunque tenga una enfermedad crónica que le permita atender á sus negocios y quehaceres, no se puede decir que celebra un matrimonio *in extremis*; incurriendo así en el error evidente de suponer que el artículo habla de tales matrimonios, cuando nada autoriza semejante suposición. El artículo no habla de los matrimonios *in extremis*, aunque naturalmente vengán á estar comprendidos, se extiende á toda dolencia más ó menos grave de que se encuentre atacado, y no hay razón para una limitación tan importante. En el caso supuesto, si la enfermedad es muy grave, declarada así por los facultativos, y conocida del otro cónyuge, aunque el paciente no

Más justa es la disposición del **art. 3574**, que dice: *estando divorciados por sentencia de juez competente, el que hubiese dado*

guardase cama y atendiese á sus negocios, se encontraría comprendido en los términos de la ley, pues está enfermo al celebrar el matrimonio, y si falleciere de esa misma enfermedad dentro de los treinta días, el cónyuge supérstite no lo heredaría; pero si por el contrario, se hubiera casado teniendo una enfermedad mortal al corazón, y se enfermas después de pneumonía y falleciera dentro de los treinta días, no estaría comprendido en la prohibición.

Lo que induce en error al interpretar el artículo, es la nota del Dr. Velez-Sarsfield, porque parece limitar la disposición á los matrimonios *in extremis*; pero ya dijimos cómo se debe tomar esa nota y la importancia que tiene en este caso.—Véase lo dicho en el comentario al art. 2078.

(**Art. 3574.**) El divorcio entre nosotros sólo autoriza la separación corporal de los esposos, sin romper el vínculo creado por el matrimonio, de ahí la continuación de la sociedad conyugal, que la ley impone como una pena al que ha dado causa al divorcio, porque no puede pedir la separación de bienes; pero no creo justa semejante disposición, como lo dije en el comentario al art. 1306, pues no se debe mantener ligados por intereses á los que no pueden hacer vida común, la sociedad conyugal debe darse por concluida. No es como una pena que se la debe mantener, pues, en general, la ley reconoce los hechos consumados, y parte de ellos para extender sus consecuencias lógicas. ¿Por qué obligar al marido culpable á que continúe la administración, si la mujer inocente no pide la separación de bienes? Y menos aún no se debía acordarle á ésta derechos hereditarios respecto de su esposo culpable. Ya que el divorcio no puede romper el vínculo, autorizándolos para volverse á casar, es más conveniente y humano, hacer cesar toda comunidad de intereses entre personas que han perdido toda estimación y cariño. La pérdida de la sucesión no debe imponerse jamás como pena, porque tiene por principal

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3573.—No hay razón alguna para dar á los cónyuges derechos sucesorios, cuando el matrimonio es *in extremis*. En alguna Provincia de la República se ha dado derecho sucesorio á los cónyuges sobre los parientes colaterales, y se han visto matrimonios *in extremis* verdaderamente escandalosos con sólo el objeto de heredar inmediatamente al enfermo.

Fallos de la Cdm. de Apel. de la Cap.—*Aplicación del art. 3573.*—El cónyuge supérstite carece de derechos á la herencia, si el causante ha fallecido dentro del término que fija la ley.—Jur. Civ., XV, 733, Sér. 4º.

causa al divorcio no tendrá ninguno de los derechos declarados en los artículos anteriores, porque falta la causa generadora de la sucesión. Y por igual motivo, cesa también la sucesión de los cónyuges entre sí, si viviesen de hecho separados sin voluntad de unirse, ó estando provisoriamente separados por juez competente (art. 3575); porque en uno y otro caso ha cesado la vida común que es el fundamento de la sucesión de los cónyuges.

fundamento el amor, el afecto, y la necesidad de cumplir con los deberes sociales, hacia aquellos con los que estamos ligados por la sangre ó por el cariño.

En la legislación francesa la doctrina contraria á la del artículo, se impone como una consecuencia del divorcio que autoriza para casarse á ambos cónyuges, porque una vez divorciados son completamente extraños el uno para el otro; la sociedad ha cesado, y no puede existir sucesión.

Si la sentencia de divorcio declarase culpable á ambos cónyuges, no habrá derechos sucesorios entre sí; porque la ley ha querido favorecer únicamente al inocente.

Si la sentencia fuera dada por juez incompetente, no tendría valor, si así lo declarasen los tribunales superiores, y en su caso se aplicaría el art. 3575 privándoles de la sucesión, cuando estuvieren separados de hecho sin voluntad de unirse.

¿Podrían los herederos del cónyuge fallecido, deducir la incompetencia del juez que lo declaró culpable, para privar de la sucesión al supérstite? Es una cuestión muy grave y dudosa.

Se trata de un juicio concluido, en que el condenado ha aceptado la jurisdicción del tribunal, y los herederos no pueden tener más derechos que el vencido á quien suceden, ni pueden contrariar su voluntad expresamente manifestada, por eso creo que deberán respetar los hechos consumados; pero si el condenado hubiera deducido el recurso, ó si estuviera pendiente de la apelación, podrían seguirlo en el primer caso, ó deducirlo en el segundo, si las leyes de procedimiento se lo permitieran.— Véanse arts. 212, 1306, 3573 y 3575.

(**Art. 3575.**) El presente artículo ha sido objeto de interpretaciones diversas, y de una discusión interesante entre autores y jueces argen-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3574.—Chabot, sobre el art. 767, n° 8, y Durantón, tom. 6, n° 343, enseñan que existiendo el divorcio, ya no hay sucesión entre los cónyuges, ni por parte del que no ha dado causa al divorcio, y toda la razón que dan es que *Lex non distinguit*, es decir, la Ley Francesa, pero sin duda que ella debió distinguir.

Como el cónyuge concurre á la sucesión del premuerto en calidad de heredero y de asociado, que divide por partes iguales

nos. Dos casos comprende: 1º, que haya separación de *hecho*, sin voluntad de unirse; 2º, que haya separación provisoria.

La separación de hecho ¿comprende sólo los casos de ausencia, ó también cuando los cónyuges vivieran separados en el mismo lugar? ¿Qué importancia tiene la expresión: *sin voluntad de unirse*?

El hecho ordinario que el artículo legisla es el de la separación que se produce por la no presencia de uno de los esposos, generalmente la del marido, que se ausenta por sus negocios, por viajes científicos ó de recreo, y que permanece fuera del hogar durante mucho tiempo. ¿Esta ausencia y separación de hecho es bastante para hacer cesar la sucesión entre los cónyuges? No, seguramente, porque noy hay *intención* de abandonar al otro, y por el contrario, todos los hechos demuestran la voluntad de permanecer en la comunidad, como por ejemplo, si mantiene correspondencia con la mujer; si ha encargado á ésta de la administración de sus bienes ú ordenado á su apoderado que le entregue lo necesario para su subsistencia. La voluntad de continuar la sociedad conyugal está entonces manifiesta. Distingamos, pues, cuidadosamente esta separación de hecho en que no hay la más leve intención de abandono. Así, cuando un hombre en estas condiciones, ha dejado su familia para ir á tentar fortuna en otras naciones, ó por sus negocios, y no se tiene noticias de él durante seis años, en los casos del art. 111, la mujer puede pedir la posesión provisoria de los bienes y cuando llegue el caso del art. 122, solicitar se le entreguen definitivamente; este no es, pues, el caso del artículo, uno y otro cónyuge conservan sus derechos hereditarios, porque la sola separación de hecho no es bastante, se necesita la *intención*, la falta de voluntad de unirse.

Pero cuando estuvieran separados de hecho, y se ausentare en esas condiciones, la *intención* de no volver á unirse está manifiesta, y entonces se pregunta: ¿se debe distinguir entre el que abandona y el abandonado? Así lo sostuvimos en la nota 392 de la *Instituta*, debiendo admitir la prueba que el abandonado debe dar, opinión que ha aceptado posteriormente el Dr. Llerena. En efecto, la ley exige para hacer cesar la sucesión entre los cónyuges, la separación de hecho, seguida de la intención ó voluntad de abandonar, ó de continuar en esa separación. Cuando se trata del abandono, si esa intención existe en el cónyuge que se ausenta ó que no hace vida marital, es claro que la pérdida del derecho hereditario para él se impone como una consecuencia lógica; pero el abandonado, no culpable, se encuentra en el mismo caso que el divor-

los gananciales del matrimonio, estas dos calidades no las puede ejercer, sino cuando el fallecido ha introducido bienes al matrimonio inocente; conserva su derecho; le bastará demostrar que ha hecho gestiones para unirse, aunque no se haya presentado judicialmente; que ha sido el sacrificado; en una palabra, que él no ha tenido la intención de mantenerse separado; ¿por qué la ley lo impondría una pena, ya que equivocadamente, en mi opinión, se ha tomado como base para privar, al culpable, de la sucesión?

Se dice que la ley no distingue; pero es que no tenía necesidad de distinguir, cuando en el artículo anterior ya lo hacía, y que el presente se debe considerar como una consecuencia lógica, pues lo está probando la redacción misma, al decir: *esa también, la sucesión*, debiéndose considerar como unida á la parte anterior. ¿Por qué exigir al cónyuge abandonado que vaya al Tribunal á descubrir su vergüenza, pidiendo el divorcio y la condenación del culpable? Un marido á quien su mujer ha abandonado para seguir á su amante, ¿por qué iría al Tribunal á exponer públicamente su deshonor y el de sus hijos? Le bastaría demostrar con pruebas evidentes ese abandono, y que él ha permanecido fiel, para no ser privado de la sucesión; pero no sucedería así, cuando él á su vez viviera en concubinato formando una nueva familia; porque entonces la voluntad de no volverse á unir estaría manifiesta.

Téngase presente que la ley priva de la sucesión al cónyuge culpable, como quien aplica una pena, y que no puede castigarse al inocente, pues sería una injusticia y una inhumanidad poner en una misma condición á la víctima y al victimario. Se dice que la ley guarda silencio, sobre si la cesación de la sucesión se limita al cónyuge culpable ó se extiende á los dos, lo que no es exacto; porque viene hablando del culpable y del inocente, y si en caso de divorcio impone una pena al culpable salvando al inocente, no veo porque esta regla se cambiaría sólo por la circunstancia de que no hubiera una sentencia, como si ésta tuviera el poder de borrar la culpa y hacer desaparecer los hechos sucedidos. Si el abandono malicioso y culpable existe, ¿dónde se encuentra la disposición que exija la sentencia, para que el cónyuge culpable sea privado de la sucesión?

La expresión, *sin voluntad de unirse*, de que se sirve el artículo, debe comprender necesariamente á los dos, no sólo porque así lo exige la lógica de los hechos, sino porque el sentido gramatical de la frase quedaría incompleto, si se aplicase á uno sólo. En efecto; habla de los cónyuges, y de su separación de hecho, y de los casos en que pierden sus derechos sucesorios; es, pues, á los dos, y no á uno sólo á los que se re-

monio, ó los ha recibido por donación ó herencia, y existen bienes gananciales, en que toma como hijo legítimo una parte en

fiere; luego la expresión, *sin voluntad de unirse*, comprende á ambos, pues si hubiera querido decir lo contrario habría dicho: «sin que alguno de ellos tuviera voluntad de unirse», dando así una facultad omnimoda al culpable, quien por su propia voluntad rompería el vínculo que lo liga al inocente, privándole de la sucesión. ¡Cómo! El culpable se convertiría en juez, y condenaría al inocente á perder la sucesión que la ley le ha concedido! ¡Sería una monstruosidad!

La voluntad de no volverse á unir debe existir en ambos; porque si hay uno culpable que ha hecho víctima al otro, es el único que debe perder los derechos sucesorios.

Y los que niegan que se debe distinguir en este caso como en el de divorcio, se ven obligados á admitir la distinción, en el segundo caso del artículo, cuando «estuvieren provisoriamente separados por juez competente», lo que es una inconsecuencia palpable.

En efecto; es necesario darse cuenta que cuando el Código se sancionó, él mismo entregaba á la jurisdicción eclesiástica las causas de divorcio, y por consiguiente debemos ir á investigar el modo y forma de proceder que tenían esos Tribunales que no existen al presente, porque fueron suprimidos por la ley de matrimonio civil. El cónyuge que se creía con derecho para quejarse, se presentaba á la Curia eclesiástica, la que citaba al demandado para el juicio llamado de conciliación, y si el juez no podía con sus consejos y amonestaciones restablecer la unión, decretaba la separación provisoria, sin prejuzgar sobre la culpabilidad ó inocencia de los litigantes, esperando que con el tiempo acordado, se aquietarían las pasiones y se volvería á la unión. La separación provisoria no prejuzgaba sobre la inocencia ó culpabilidad, como al presente, era una situación de expectativa, un *modus vivendi* creado entre los esposos, no es como se ha creído «un divorcio temporal y limitado á que debe aplicarse la misma regla que al divorcio definitivo», porque en la separación provisoria nada se ha juzgado, no hay culpable ni inocente, prueba simplemente este hecho: hay causas que no hacen posible la continuación del matrimonio; causas que pueden desaparecer según las circunstancias, ó llevar á los cónyuges á una definitiva separación. Basta que uno de los cónyuges se presente pidiendo el divorcio, para que el juez decreta la separación provisoria, impidiendo así un escándalo; como lo indicaba en art. 205 que no rige al presente. Luego la petición de divorcio y la separación provisoria no son verdaderamente un divorcio temporal, equivalen á un procedimiento destinado á impedir el escán-

los bienes propios del premuerto y la mitad de los gananciales, no teniendo parte en los mismos bienes que acaba de dividir, así

dalo, con el objeto de restablecer la calma en el hogar; y si se admite que en estos casos se distinga al culpable del inocente, conservando á éste sus derechos hereditarios y privando de ellos al culpable, no hay razón para alterar la regla, cuando uno de ellos hubiere abandonado al otro, si este demostrase de alguna manera su voluntad de unirse. Y aún sería justo extender la regla al marido inocente que abandonado por su esposa se conserva separado, sin hacer diligencias para unirse; porque está en diversas condiciones que cuando él abandona á la mujer; pero no obstante debe aplicarse el principio en todo su rigor, y será privado de la sucesión si no ha manifestado su voluntad de unirse.

Se deben distinguir tres casos: 1º, el divorcio decretado por el juez competente, en que se declara inocente á uno de los cónyuges; 2º, el hecho de la separación admitiendo la prueba de quien dió causa ó tuvo la culpa; 3º, la intención ó voluntad de no volverse á unir, y su prueba.

Respecto del primer caso no puede existir duda, el art. 3574, es bien claro, condena al culpable á perder la sucesión de su cónyuge, y mantiene al inocente en sus derechos.

Con relación á la segunda hipótesis, una vez fallecido el cónyuge no sería permitido al otro, ni á sus herederos el venir ante el tribunal á alegar la culpabilidad del fallecido, para tener derecho á heredarlo, ni los herederos del *de cujus* podrían alegar la culpabilidad del supérstite para privarle de la sucesión; pero si demostrasen que jamás han tenido la *intención* de unirse, puesto que ha vivido ó vive en adulterio en la época de la apertura de la sucesión, ¿cómo se atrevería á reclamar derechos hereditarios el cónyuge que abandonó al premuerto y vive en adulterio? ¿Por qué los herederos no podrían alegar el adulterio en que vive, para demostrar que nunca tuvo voluntad de unirse? Otra cosa sería, si la mujer ó el hombre se hubieran separado por causa de adulterio, y arrepentidos después, quisieran volverse á unir, poniendo en juego sus relaciones, á fin de obtener este resultado, resistiéndolo el inocente; si éste no ha usado de su derecho para obtener el divorcio haciendo declarar culpable al otro, los parientes del premuerto no podrían alegar aquellas causas para privarle de la sucesión; porque una cosa es tener la culpa de la separación de hecho, y otra el no tener la voluntad de unirse. Lo que la ley pena, no es la separación de hecho culpable, si no la falta de voluntad para unirse.

Respecto del tercer caso, es el único que puede demostrarse por todo género de prueba, porque al propósito de no volverse á unir es al que

lo consagra el **art. 3576**, al decir: *en todos los casos en que el viudo ó la viuda es llamado á la sucesión en concurrencia con des-*

la ley atribuye toda la fuerza, de modo que cualquier separación de hecho, sin esa intención, no puede privarles de la sucesión.

No es permitido á los herederos el demostrar la culpa de uno de los cónyuges, en la separación de hecho, para privarle de la sucesión, porque sea culpable ó inocente, si ha tenido la intención de unirse, si no ha manifestado una intención contraria, puede y debe heredar á su cónyuge; así, por ejemplo, el marido que abandona á la mujer, haciendo vida marital con otra, y muerta ésta, quiere volverse á unir con la abandonada, poniendo en juego sus relaciones y parientes, resistiéndolo la mujer, ¿por qué perdería su derecho á la sucesión de su esposa, cuando tiene voluntad de unirse? Y muerto el marido en esas condiciones, ¿por qué perdería el cónyuge inocente la sucesión de su marido? ¿No sería una injusticia dejar al culpable triunfante y condenar al inocente? Así parece á primera vista; pero no es exacto; el culpable, si no ha dejado de serlo por el arrepentimiento, se ha puesto en las condiciones de la ley, que debe facilitar y fomentar las uniones, desea continuar la vida conyugal, si la mujer ó el marido quieren privarle de la sucesión y romper toda relación nacida del matrimonio, deben ocurrir á la justicia para que declare quien es el culpable; sólo así pueden obtener el castigo que la ley impone.

El cónyuge inocente no debe probar, por punto general, su voluntad de unirse y continuar la vida conyugal; pero sí el culpable, que para levantar la falta cometida necesita demostrar que tuvo la intención de unirse.

Recuérdese que los cónyuges concurren á la sucesión del premuerto en el doble carácter de socio y de heredero, y que la separación sólo puede privarles de esta calidad, y jamás de la de socio. — Véanse arts. 200, 205 y 3574.

(**Art. 3576.**) En la extensa nota 393 de la *Instituta*, observamos la incorrecta redacción de este artículo, y la fe de erratas de 1882 lo corrigió

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3575.—Reconocida la separación de hecho de los esposos, los jueces deben declarar que el supérstite carece de derecho hereditario sobre los bienes del fallecido, sin que puedan entrar á averiguar cuál de ellos motivó la separación. — Jur. Civ., V, 564. Sér. 1ª.

Justificada la separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse, la esposa carece de derecho á los bienes quedados por fallecimiento del marido.—Jur. Civ., VI, 366, Sér. 3ª.

cedientes ó ascendientes, no tendrá parte alguna en la división de los bienes que correspondiesen al cónyuge premuerto, á título

quedando en la forma que se encuentra. Así es que los encargados de corregir la edición oficial no han alterado el texto de la ley, como algunos lo aseguran, porque habría sido algo insólito é inexplicable. El texto antiguo decía: «en todos los casos en que el viudo ó la viuda *son llamados á la sucesión, no tendrán parte alguna en la división de los bienes que le corresponden al muerto por gananciales del matrimonio, que se hubiesen dividido con el cónyuge sobreviviente*».

En la nota de la *Instituta*, á que me he referido, estudiamos detenidamente la cuestión, demostrando que la redacción del artículo debía cambiarse aclarándola; porque la mente del legislador había sido separar la calidad de socio del cónyuge supérstite, de la de heredero, no pudiendo concurrir en ambas calidades para tomar parte en los bienes divididos. Y la reforma nos dió la razón, adoptando la redacción que proponíamos, aunque sirviéndose de diversas palabras.

Cuando sólo hubiere bienes gananciales y el cónyuge supérstite concurre á la sucesión con descendientes ó ascendientes, dividirá como socio todos esos bienes, tomando la mitad; pero en la otra mitad no tendría parte alguna como heredero, lo que es justo y equitativo; pero si el premuerto tuviera bienes propios, entonces concurrirá como heredero en esos bienes; si han quedado hijos legítimos, tomará una parte igual á la de cada uno; si han quedado ascendientes legítimos con los que concurre á la herencia, tomará la mitad de los bienes propios del premuerto, y la otra mitad los ascendientes; si concurre á la herencia con ascendientes é hijos naturales, el cónyuge tomará una cuarta parte de los bienes propios del muerto y la mitad de los gananciales.

Estudiemos las diversas hipótesis que pueden ocurrir.

Primera hipótesis: el cónyuge supérstite concurre con 4 hijos legítimos. Si suponemos una herencia de cien mil pesos, de los que el premuerto ha introducido cuarenta mil, se dividirá en esta forma: para el cónyuge sobreviviente 30 mil por sus gananciales, y ocho mil como hijo legítimo. La parte de los hijos legítimos, será: 7.500 pesos, cuarta parte de los 30 mil que quedaron de gananciales, y 8.000 pesos por la quinta parte de los cuarenta mil introducidos al matrimonio. De modo que corresponderá 38 mil pesos al cónyuge y 62 mil á los cuatro hijos.

Segunda hipótesis: el cónyuge sobreviviente concurre con dos ascendientes en la misma herencia; en ese caso, recibirá sus 30 mil pesos de gananciales y los cuarenta mil restantes se dividirán por iguales partes entre los tres herederos de modo que cada ascendiente recibirá 15 mil

de gananciales del matrimonio con el referido viudo ó viuda; porque de esos gananciales no puede volver á tomar como here-

por la mitad de los gananciales y 13.333 por la tercera parte del capital introducido.

Tercera hipótesis: si quedan ascendientes é hijos naturales que concurren con el cónyuge, éste tomará la mitad de los gananciales y una cuarta parte de lo que el premuerto introdujo al matrimonio; la otra cuarta parte la tomará el hijo natural; en cuanto á la mitad de gananciales, sólo concurren los ascendientes é hijos naturales para dividirla por mitad, cualquiera que sea el número de ascendientes ó de hijos naturales, según el art. 3580; así es, que el cónyuge sobreviviente tomará sus 30 mil de gananciales y 10 mil como cuarta parte de los bienes propios del premuerto; los hijos naturales recibirán 10 mil por la cuarta parte de los bienes propios del fallecido y 15 mil por la mitad de los gananciales.

Cuarta hipótesis: si el premuerto ha dejado hijos de dos lechos, la herencia se dividirá en la misma forma, tomará el cónyuge supérstite la mitad de sus gananciales, y entrará con los demás hijos á dividir por partes iguales los bienes propios del premuerto.

Quinta hipótesis: si el premuerto dejare hijos legítimos y naturales, la división se hará en la misma forma, tomando los hijos naturales una cuarta parte de lo que corresponda á los legítimos; así, el viudo tomará los 30 mil pesos de gananciales, y para dividir los 40 mil introducidos al matrimonio se harán 26 partes iguales de las que tomará cuatro partes, y cada uno de los legítimos una parte igual, y el hijo natural una parte de las 26 avas. Entre los hijos legítimos y el natural se dividirán los 30 mil que quedaron de los gananciales divididos, formando 17 partes iguales, de las que tomará cada uno cuatro partes, y una el hijo natural.

El sistema de las sucesiones establecido, ofrece grandes vacíos y es necesario cambiarlo, cuando se reforme el Código; será más científico y responderá mejor á la necesidad de la sociabilidad actual, el tomar por base de las sucesiones el más próximo parentesco, concediendo el derecho de representación y no fundarlo en el afecto y cariño como se hace al presente. El Código Civil Alemán adopta un sistema verdaderamente científico dividiendo las sucesiones: 1º, en las *ab intestato*; 2º, en testamentarias; 3º, en contractuales ó provenientes de contrato.

En las sucesiones *ab intestato* divide á los herederos en diversos órdenes; corresponde al primero, los descendientes del difunto, y si alguno de ellos hubiere fallecido dejando descendientes, éstos vienen por derecho de representación en lugar del fallecido, art. 1º24. Son herederos de segundo orden, el padre y la madre y sus descendientes; si el

dero parte alguna, desde que recibió la mitad en su carácter de socio.

padre ó la madre hubieren fallecido á la apertura de la sucesión, son representados por sus descendientes según las disposiciones relativas al primer orden. Si no hay descendientes, el padre ó la madre sobreviviente heredan sólo, art. 1925. De modo que los hermanos del difunto, vienen á heredarla en su representación, y no son excluidos por el padre sobreviviente, como sucede en el sistema de nuestro Código.

Son herederos del tercer orden, los abuelos del difunto y sus descendientes. Si á la época de la apertura de la sucesión viven todos los abuelos, lo heredan sólo por iguales partes. Si los abuelos paternos ó maternos, hubieran fallecido en esa época, el abuelo ó la abuela, será reemplazado por sus descendientes. En defecto de descendientes la parte del premuerto pasa al otro abuelo de la misma línea, y en su defecto á los descendientes de éste, art. 1926. Son herederos del cuarto orden los bisabuelos del difunto y sus descendientes. Son herederos legítimos del quinto orden los parientes más lejanos y sus descendientes. El cónyuge sobreviviente es llamado á la sucesión como heredero legítimo por un *cuarto*, en presencia de los herederos del primer orden; por la mitad en presencia de los de segundo orden ó de los abuelos. Si existen al mismo tiempo que los abuelos, descendientes de éstos, el cónyuge puede tomar sobre la otra mitad, la parte que les habría correspondido á esos descendientes. Cuando no hay parientes del primer y segundo orden, el cónyuge supérstite recoge toda la sucesión. Cuando hubiere además del cónyuge sobreviviente parientes de segundo orden ó de abuelos, recoge además de su parte, los objetos del menaje, si no son de la dependencia de un fundo, á título de mejoras. Y finalmente, hace cesar el derecho sucesorio del cónyuge sobreviviente, cuando á la época de su fallecimiento *tenía el derecho de demandar el divorcio por una falta de su cónyuge y había intentado esta acción* ó la de separación de bienes, arts. 1927 á 1933.

La necesidad de revisar nuestro sistema de sucesiones se impone, para hacer desaparecer las injusticias que trae consigo, dejando, en la distribución de las herencias, sin parte alguna á los parientes que debían tomar algo de lo que es el fruto de la labor del fallecido. El cónyuge que por las leyes antiguas españolas era olvidado, ha tomado un rango tan importante, que viene á primar sobre los mismos hijos en su doble carácter de socio y de heredero.—Véanse arts. 1300, 3527, 3578 y 3595.

CAPÍTULO IV

DE LA SUCESIÓN DE LOS HIJOS NATURALES

§ 979. — ORDEN DE LA SUCESIÓN DE LOS HIJOS NATURALES

El derecho de los hijos naturales, no difiere en cuanto á su naturaleza, del que tienen los legítimos, la diferencia consiste únicamente en la cantidad, así es que concurren con ellos excluyendo á los ascendientes; pero el legislador apercibiéndose de la injusticia que se cometería, si excluyeran á los ascendientes, los hace concurrir con ellos para dividir la herencia; pero *si el difunto no dejare descendientes ni ascendientes legítimos, ni viudo ó viuda, le heredarán sus hijos naturales legalmente reconocidos, hayan nacido de la misma madre y del mismo padre, ó de la misma madre y de padres diferentes, ó del mismo padre y madres diferentes (art. 3577)*; porque en el primer caso, siendo hijos de la misma

(Art. 3577.) Tratándose de la sucesión *ab intestato* el Código ha seguido la base antigua que busca en la afección la fuente de la transmisión de los bienes. Hemos criticado este sistema.

Los hijos naturales concurren con los legítimos en la sucesión de sus padres, y sólo se diferencian en la parte que reciben. Pero cuando el artículo habla de los hijos naturales, no sólo comprende los casos en que concurren á recoger la herencia por derecho propio, sino también cuando la reciben por derecho de representación. Así, el hijo legítimo que deja por único heredero á su hijo natural reconocido, y que viene á la sucesión con los demás hijos legítimos, tomará una parte igual á éstos, porque representa los derechos de su padre, y sucede lo mismo, si es un hijo natural que viene á ser representado por un hijo legítimo, tomará la cuarta parte de lo que reciba el legítimo, porque representa á su pa-

madre que los reconoció y tratando de heredarla, no tiene importancia que lo sean de diferentes padres, porque entre los herma-

dre y no puede tener más derechos que éste. No es pues, exacto que la posteridad natural de un hijo legítimo, concorra con los ascendientes á la sucesión; porque viene en representación de su padre, excluyendo á los ascendientes, y esto es de toda evidencia, si suponemos que el fallecido ha dejado hijos legítimos y naturales, en cuyo caso recogen la herencia del abuelo excluyendo á los ascendientes. Lo contrario sucede cuando el hijo natural es el fallecido y concurren sus hijos legítimos á recoger la herencia de su abuelo por representación de su padre; en ese caso como sólo han quedado ascendientes é hijos naturales dividirán la herencia por iguales partes con arreglo al art. 3580. Para confirmar la exactitud de esta tesis basta decir, que el art. 3583 hace transmitir los derechos hereditarios del hijo natural á sus descendientes por el derecho de representación, y que por ésta se coloca el representante en el mismo grado y lugar que su representado, siendo su misma persona por decirlo así, reviviendo en su representado. Y si el hijo natural puede hacerse representar por su posteridad legítima, con mayor razón podrá hacerlo el hijo legítimo, con sus hijos naturales. Y la contrapueba de esta proposición es que si ha dejado hijos legítimos y naturales, todos concurren en representación de su padre, excluyendo á los ascendientes.

Los hijos naturales de que hablamos, son los legalmente reconocidos, sea voluntariamente ó por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Téngase presente lo que dijimos en el art. 325 sobre el reconocimiento de los hijos naturales, que no puede probarse después de muerto el padre, sino por la posesión de estado; pero durante la vida de éste se admite toda clase de prueba.

Cuando se demandase el reconocimiento después de muerto el padre, y la sucesión siguiera el juicio, el hijo natural no puede impedir la división de la herencia, ni exigir que los legítimos le den fianza, porque eso importaría crearle un derecho por la sola presentación de la demanda, pero si hubiere obtenido una sentencia favorable puede pedir el embargo, según la ley de procedimientos de la capital federal. Esto corresponde á la ley de proceso y á ella debemos atenernos.

Es indiferente á los ojos de la ley que los hijos naturales reconocidos hayan nacido del mismo padre y de la misma madre, basta que puedan demostrar que son hijos de aquel á quien pretende suceder.

Dada la naturaleza de nuestras costumbres sociales, raras veces podrán los hijos naturales demostrar su filiación por la posesión de estado después de la muerte de los padres, quedando en el abandono y desam-

nos naturales no hay exclusión de bilaterales sobre los unilaterales; lo mismo sucede cuando son de diversas madres.

pero; así pues, el legislador por cerrar la puerta á explotaciones indignas, ha caído en la injusticia, privando á seres inocentes del apoyo que más necesitan en su orfandad. Raros son los hombres que tengan bastante valor moral, entre nosotros, para reconocer á sus hijos naturales; los más decentes cumplen con los deberes que la naturaleza les impone, atendiendo á su educación y alimento; pero dejando para el último momento el hacer el reconocimiento tardío, en un testamento que se asemeja á una confesión postrera. Raras veces tienen tiempo de hacerlo, y los hijos quedan abandonados á la merced de los acontecimientos. Una legislación más previsora, que impusiera graves penas al delito de usurpación de estado en estos casos, así como á los que sirven de auxiliares, pondría coto á esta explotación, y no se dejaría en el abandono á seres inocentes.

Y aquí volvemos á insistir sobre el mal sistema de sucesión establecido por nuestro Código. ¿Por qué la voluntad del padre debe prevalecer sobre los vínculos seguros del parentesco? El reconocimiento del padre, su sola convicción ha bastado para privar á sus hermanos legítimos de tomar parte en la herencia dejada por su hermano. Es cierto que no siendo los hermanos herederos forzosos ha podido dejar sus bienes á quien quisiera; pero esta no es la cuestión, sino la de decidir como se debe interpretar esa voluntad, cuando no hay manifestación expresa. En mi opinión, la ley debe buscarla en el parentesco, sin hacer exclusiones odiosas, que perjudican á la sociedad; más aún, debe tratar de que los bienes se distribuyan en diversas manos, para extender el bienestar á muchas familias, haciendo desaparecer esa acumulación de fortunas que tanto daño causan en los pueblos europeos.

La expresión de *legalmente reconocidos*, tomada del art. 756, Cód. Francés, no puede ofrecer dudas, pues comprende tanto á los que fueron reconocidos voluntariamente, como á los que tuvieron el reconocimiento por sentencia anterior ó posterior al fallecimiento. Así, dice Demolombe, XIV, 13 *bis*: el art. 756 dispone, que es necesario que los hijos naturales hayan sido reconocidos legalmente; es decir, que su filiación haya sido probada según las condiciones y formas exigidas por la ley á este efecto; y como la filiación natural puede ser probada no sólo por el reconocimiento voluntario del padre ó de la madre, sino aun por una decisión judicial declarativa sea de la maternidad, sea aun en ciertos casos de la paternidad; luego, pues, «los hijos naturales cuya filiación ha sido establecida, sea por un reconocimiento voluntario, sea por una sentencia

Si sólo quedase viudo ó viuda, los hijos naturales dividirán la herencia por partes iguales, tomando la mitad de ella el viudo ó viuda, si los bienes no fuesen gananciales del matrimonio, y la otra mitad el hijo ó hijos naturales (art. 3578), teniéndose presente

judicial, son admitidos igualmente á ejercer en la sucesión de su padre ó madre, los derechos que el Código Napoleón les concede», á lo que nosotros hemos agregado, que esa sentencia puede ser anterior á la muerte del autor de la sucesión, ó posterior á ella. — Comp. Cód. DE CALIFORNIA, art. 3865. — Véanse arts. 3565, 3567, 3571, 3580, 3583 y 3596.

(Art. 3578.) En este artículo, como en otros, hemos hecho notar las incongruencias en que cae el Código al adoptar un sistema híbrido, que conduce al cónyuge á ser hijo legítimo, cuando concurre con éstos; á ser ascendiente cuando éstos vienen á la herencia; á ser considerado como hijo natural cuando sólo existen éstos, y á cambiar como el Proteo de la fábula, cuando concurre con los descendientes é hijos naturales en que toma una cuarta parte de la herencia.

Según este artículo, si concurre con los hijos naturales, el cónyuge sobreviviente sólo toma la mitad, si los bienes no fuesen gananciales. ¿Y si lo fueran en su totalidad?

El Dr. Llerena persistiendo en la idea de que el art. 3576 ha sido alterado por los correctores del Código, cree que debe prevalecer la primera redacción; pero este es un error evidente; no hay sino ocurrir á la ley de fe de erratas de 1882 para convencerse que el Congreso mismo ai-

Nota del Dr. Velez-Srsfield al art. 3577. — La L. 7, Tit. 22, Lib. 4, Fuero Real, da la herencia á los hijos naturales reconocidos, aunque queden ascendientes.

La filiación natural puede ser probada por el reconocimiento voluntario del padre ó de la madre, ó por una sentencia judicial que declare la maternidad ó paternidad. ¿Pero á qué época será preciso que el hijo natural haya sido reconocido voluntariamente ó por decisión judicial, para que pueda obtener los derechos que le dan las leyes? Podría decirse que era necesario que la filiación fuese probada antes de abrirse la sucesión. Sería una consecuencia de esto, que la indagación de la maternidad ó paternidad no podría hacerse después de la muerte del padre ó de la madre con el objeto de reclamar derechos en la sucesión. Esta doctrina no puede admitirse. La sentencia judicial que establece la filiación no hace sino reconocerla y declararla. Es al hecho de la filiación natural que la ley da derechos sucesorios; por lo tanto, estos derechos deben pertenecer al hijo en la sucesión de su autor, cualquiera que sea la época en que la filiación hubiese sido probada, sea antes ó después de la apertura de la sucesión. Decimos más, el reconocimiento y la sentencia pueden tener lugar aún después de la muerte del hijo natural, cuando éste deja posteridad. — Véase Demolombe, tom. 5, n° 416, y tom. 14, nos 13 bis y 14.

lo dispuesto en el art. 3581, cuando concurren con los ascendientes y el cónyuge supérstite, justificando así la conveniencia que

teró la redacción del artículo, que tenía el mismo sentido, pero que se prestaba á discusiones y dudas, como lo hicimos notar en la *Intitula*.

Cuando fueran gananciales todos los bienes, el cónyuge pierde su carácter de heredero, con justísima razón, tomando la mitad de todos los bienes. ¿Por qué vendría á dividir con los demás herederos los mismos bienes que acaba de dividir? Sería ir contra la expresa disposición del art. 3576, que le prohíbe volver á tomar parte en esos bienes. Y la justicia de la disposición se impone, con sólo recordar, que ese doble carácter de socio y de heredero sólo le es acordado para los casos en que el cónyuge premuerto hubiera introducido bienes al matrimonio. Si ha tomado la mitad de la herencia, ¿por qué vendría á tomar en la otra mitad una parte igual al descendiente ó ascendiente? ¿No es bastante con la mitad? La subsistencia y el decoro del cónyuge supérstite quedan asegurados; darle más, sería despojar á los otros de sus derechos.

Así, en el caso supuesto, si el esposo muerto deja mil pesos, todos gananciales, el cónyuge supérstite tomará quinientos y quinientos el hijo natural; si han quedado ascendientes, 250 serán para éstos y 250 para los naturales, sin que el cónyuge pueda tomar parte en la nueva división. Si ha dejado un hijo legítimo y uno natural y el cónyuge, éste tomará los 500 de los gananciales y los otros 500 se dividirán entre el hijo legítimo y natural, tomando 400 el legítimo y 100 el natural.

Cuando el cónyuge premuerto hubiere adquirido bienes por donación ó herencia, en el caso supuesto, que importasen mil pesos, se dividirán los mil de gananciales, y también los adquiridos ó introducidos al matrimonio, de modo que una mitad tomará el cónyuge supérstite y la otra el hijo natural; pero esta proporción se alterará, cuando el cónyuge concurre con cuatro ascendientes, porque los mil pesos propios del difunto se dividirán en cinco partes iguales, de modo que el cónyuge tomará 500 de gananciales y 200 de los otros bienes y cada uno de los ascendientes 200 por los bienes propios del premuerto y 125 por la cuarta parte de gananciales de los 500, de modo que el cónyuge sobreviviente recibirá 700 y 1300 los ascendientes por iguales partes. Esta proporción vendrá igualmente á alterarse, si el cónyuge concurre con hijos legítimos y naturales, porque entonces vendrá á recibir 500 por sus gananciales, y para dividir los bienes propios del premuerto, si ha dejado cuatro hijos legítimos y uno natural, se formarán 25 partes iguales, de las que tomarán cuatro cada uno de los legítimos y el cónyuge y una el

habría en hacer venir en todos los casos, en concurrencia con los hijos legítimos, á los ascendientes de grado más próximo tomando una parte mínima de la herencia.

natural, así vendría á recibir éste 40, y cada uno de los otros 160, tomando el cónyuge 660. Finalmente, la proporción del cónyuge se volverá á alterar, si concurre con un ascendiente é hijo natural, porque entonces no dividirá los bienes propios del premuerto por cabeza, como en el caso del artículo 3571, sino por mitad, tomando los ascendientes una mitad y la otra el viudo ó viuda y el hijo natural, según el art. 3581, de modo que recibirá el cónyuge sus 500 por gananciales y 250 por la cuarta parte de los bienes propios del premuerto, mientras los cuatro ascendientes sólo recibirán la mitad de los 500 que quedaron de gananciales, y mitad de los bienes propios; así, el cónyuge sobreviviente recibiría 750, el hijo natural 500 y cada uno de los ascendientes 187.50, producto de la división de los 750. Aquí resulta manifiesta la injusticia, pues vienen á quedar mejorados el cónyuge y el hijo natural, mientras si suponemos un solo ascendiente, éste recibirá una parte superior al hijo natural. Este es uno de los graves defectos de nuestro sistema de sucesión, que será necesario corregir en el porvenir.

Se debe tener presente que el legislador ha tomado al cónyuge sobreviviente bajo su especial protección, no queriendo que en caso alguno sea excluido de la sucesión, para no dejarlo desamparado y sin medios de subsistencia, por eso lo hace concurrir con los hijos legítimos cuando éstos existen, ó con sus descendientes, tomando una parte igual; pero cuando no existen, ha modificado la ley de la Provincia de Buenos Aires que excluía á los ascendientes y tomaba toda la herencia, y entonces los hace concurrir para dividir los bienes por iguales partes art. 3571; proporción que ha debido conservar aun cuando existieran hijos naturales, y no como lo hace el art. 3581, en que desconociendo la regla, adjudica al cónyuge una cuarta parte, otra igual al hijo natural y la otra mitad á los ascendientes, cuando habría sido más lógico dividir la herencia por cabeza; por eso no estoy conforme con la crítica del Dr. Llerena que considera razonable y oquitativo conservar invariablemente el carácter del cónyuge, como si fuera un hijo legítimo, cuando concurre con los hijos naturales; pero si eso tuviera lugar, quedarían excluidos los ascendientes, lo que sería una grande injusticia. En ese caso, si cada heredero conservase su carácter excluyente, el cónyuge excluiría á los ascendientes; el hijo natural también los excluiría, desde que concurre con el hijo legítimo que impide á los ascendientes el entrar á la sucesión.

La parte débil del sistema no está en eso, sino en la forma de la dis-

Si quedan descendientes legítimos, la parte del hijo natural será siempre la cuarta parte de la del hijo legítimo. Para obtener

tribución. El cónyuge debía tener siempre una parte fija en la sucesión del premuerto, sea que concorra con descendientes legítimos y naturales, sea con ascendientes únicamente ó con hijos naturales, no debía ser de mejor condición que éstos, y debería dividir la herencia por cabeza con cualquiera de los herederos forzosos, ó que tienen una legítima fijada por la ley. Así, cuando concurre con los hijos, dividiría por cabeza la herencia con ellos; si con los ascendientes, tomaría una parte igual á á éstos; lo mismo que con los hijos naturales del premuerto; si hay ascendientes é hijos naturales dividirían la herencia por cabeza, sin dar preferencia á unos sobre los otros. En cuanto á los gananciales, debía establecerse la opción, si prefiere tomarlos y ser considerado como socio, perderá su carácter de heredero, porque no hay razón para que concorra en ambos caracteres, pues en la mayor parte de los casos la mujer sobreviviente, no los ha adquirido con su trabajo é industria, aunque haya ayudado á economizarlos, y si es el marido quien verdaderamente los ha adquirido, no necesita de los bienes propios del premuerto, porque no se ha unido teniendo en vista los que podría recibir, y si desgraciadamente hubiera tenido ese fin, la dificultad queda salvada; concurrirá como heredero, si así lo prefiere, renunciado á los gananciales.

El legislador debe tener en cuenta los grandes beneficios que la sociedad recibe con la distribución equitativa de la riqueza, impidiendo su acumulación en pocas manos. La abolición de los mayorazgos y vinculaciones tenía ese objeto, y era un paso dado hacia la igualdad; pero eso no es bastante, día llegará en que siguiendo las costumbres francesas vendrá el *hijo único*, en forma de un mayorazgo disfrazado, para pasar á ese ser privilegiado la inmensa fortuna de los padres. Es necesario no esperar esa época, y desde ahora debemos distribuir equitativamente la riqueza para que ella se extienda por todo el territorio de la nación, como los canales fecundantes que llevan la vida y el bienestar al terreno que ellos riegan. La igualdad ante la ley será una forma incompleta, si no tratamos por todos los medios posibles, de que la riqueza pública se distribuya en la masa, haciendo desaparecer esa desigualdad. Las leyes sobre la herencia deben ser destinadas á este noble y grande objeto. Responde mejor á estos ideales el Código Chileno, art. 990, cuando dice: si el difunto no hubiere dejado descendientes ni ascendientes legítimos, le sucederán los hermanos legítimos, su cónyuge y sus hijos naturales; la herencia se dividirá en tres partes, una para los hermanos legítimos, otra para el cónyuge, y otra para los hijos naturales; y el art. 991, de

esta parte se supondrá cuádruplo el número de los hijos legítimos, y se agregará el número de los hijos naturales, haciendo luego tantas partes iguales cuanto sea el número de los hijos ficticios: cada hijo natural tomará una parte, y cada legítimo cuatro partes (art. 3579); de modo que si hubiere un hijo legítimo y cuatro

donde fué tomado el nuestro, dice: si el difunto no ha dejado descendientes, ascendientes, *ni hermanos legítimos*, llevará la mitad de los bienes el cónyuge sobreviviente y la otra mitad los hijos naturales; habiendo suprimido nuestro artículo lo que va en letra cursiva. Pero el sistema de la igualdad entre el cónyuge y los herederos forzosos que quedasen es el que consulta mejor el interés social; así como aquel que hace entrar en la sucesión á los hermanos, aunque sea por derecho de representación, como sucede en el Código Civil Alemán.

(Art. 3579.) Dijimos que cuando el cónyuge concurría á la sucesión del premuerto con los hijos legítimos, tomaba una parte igual á éstos, y esa parte viene á quedar inalterable aunque concurren hijos naturales, porque el legislador ha querido que el sobreviviente no tenga una parte menor á la de los demás herederos forzosos. Si cuando quedan sólo cuatro hijos legítimos concurre con ellos tomando un quinto del total de la herencia, cuando no hubiere gananciales, ¿por qué cambiaría ese carácter por la existencia de hijos naturales? En ese caso se multiplicaría por cuatro el número de los herederos legítimos incluso el cónyuge, y se agregaría tantas unidades cuantos fueron los hijos naturales. En el caso propuesto de cuatro hijos legítimos, el cónyuge y seis hijos naturales para dividir una herencia de sesenta mil pesos, se procedería en esta forma:

Cinco hijos legítimos.....	20
El cónyuge.....	4
Hijos naturales.....	6
Hijos.....	30

Partiendo el caudal de 60.000 pesos por 30, recibiría cada hijo 2.000 pesos.

Cada hijo legítimo tendría cuatro de estas partes, así como el cónyuge.

Si sólo quedase un hijo natural, se formarían 25 partes en que se dividirá la herencia, tomando cuatro partes cada uno de los hijos legítimos y el cónyuge, y una el hijo natural.

Si se tratase de dividir la herencia en que hubiere gananciales y

naturales la herencia se dividirá en ocho partes, siendo cuatro para el hijo legítimo y una para cada natural. ¿Si el cónyuge

bienes propios del premuerto, se procedería como se dice en el artículo 3576, dividiendo los gananciales por mitad, y la otra mitad para los hijos legítimos y los naturales, los bienes propios se dividirán según la regla indicada, formando tantos hijos legítimos y cónyuge multiplicados por cuatro, y agregando los hijos naturales como unidades.—Comp. Cód. DE CALIFORNIA, art. 3464.—Véanse arts. 3565 y 3570.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3579.—Un ejemplo pondrá en claro la resolución del artículo:

Supongamos que la herencia importa 98,000 pesos.

Que los hijos legítimos sean tres, y los naturales dos.

Cuadruplicando el número de los hijos legítimos, serán.....	12
Los naturales.....	2
Hijos.....	14

Partiendo el caudal 98,000 pesos por 14, tocará á cada hijo 7,000 pesos.

Cada legítimo tendrá cuatro de estas partes, ó sea.....	28,000 pesos.
	28,000 .
	28,000 .
Y cada natural.....	7,000 .
	7,000 .

Igual al caudal.... 98,000 pesos.

El Cód. Francés, art. 757, dispone: «que, si el padre ó la madre hubiesen dejado descendientes legítimos, la porción hereditaria del hijo natural será un tercio de lo que hubiera tenido, si fuese hijo legítimo». Pero, habiendo la ley hablado del caso en que sólo hubiese un hijo natural, ha nacido una gravísima cuestión entre los jurisconsultos franceses sobre el modo de deducir la parte de los hijos naturales, cuando son varios, y varios también los hijos legítimos. Aubry y Rau, en las notas al § 605, adoptan un sistema que siguen otros muchos escritores. Parecía concluida la cuestión, cuando Gros publicó una ilustrada disertación sobre la materia, que se halla en la Revista de Legislación de Fœlix, año de 1844, págs. 507 y 594, manifestando los errores que tenían los cálculos de todos los que habían escrito sobre la materia. Demolombe, tom. 14, desde el n° 57, se ocupa de la disposición del Cód. Francés y reconoce las dificultades que presentará siempre ella en los cálculos, y las complicaciones consiguientes, cuando haya muchos hijos naturales. Mejor sería, dice, un sistema que tomase por base una invariable relación entre la parte del hijo natural y la parte del hijo legítimo. Este sistema es el del Código de Haití, art. 608, que hemos copiado en nuestro artículo con la sola diferencia de que damos la cuarta parte á los hijos naturales, en lugar de la tercera, que les da dicho Código.

Pero ¿cuál es la naturaleza del derecho que las leyes declaran al hijo natural habiendo hijos legítimos? Troplong, *Testament*, al fin del n° 779, y muchos otros jurisconsultos enseñan que sólo es un crédito: que los herederos

existiera? Tomaría una parte igual á la del hijo legítimo, dividiéndose la herencia en doce partes, cuatro para el legítimo, cuatro para el cónyuge, y una para cada natural, salvo los derechos del cónyuge sobre los gananciales.

Si quedasen ascendientes legítimos, los hijos naturales dividirán con ellos la herencia, tomando la mitad, cualquiera que sea el número de los ascendientes ó de los hijos naturales (art. 3580),

(Art. 3580.) El Dr. Segovia hace la crítica, á este artículo, confirmando las opiniones manifestadas en *La Instituta*, sobre la falta de lógica en estas disposiciones, pues «si cuando el cónyuge ó los ascendientes concurren separadamente con los hijos naturales, dividen la herencia por mitad; esa relación debiera mantenerse cuando el cónyuge hereda con los ascendientes»; por la misma razón se debería aceptar la crítica del Dr. Llerena que dice: «si por el art. 3578, el viudo ó viuda son iguales al hijo natural, y si cuando ellos concurren con los ascendientes se divide la sucesión por cabeza, según el art. 3571, no vemos la razón porque en el caso del que estudiamos se divida la sucesión por ramas y no por cabezas». Una y otra crítica son justas; pero en caso de un cambio de

legítimos pueden hacer liquidar la sucesión como que ellos son los únicos herederos, y dar en dinero al hijo natural, lo que en la herencia le corresponda. Del principio que establecen, que el hijo natural no es heredero, deducen que la colación por parte de los herederos legítimos no le corresponde; y que si uno de los herederos legítimos renuncia á la sucesión, no le aprovecha al hijo natural; porque, como no es heredero, no tiene el derecho de acrecer; y otras muchas consecuencias de este género.

Nosotros creemos que el derecho del hijo natural en la sucesión de padre ó madre, es absolutamente, salvo la cantidad, de la misma naturaleza que el de los hijos legítimos. Si sólo fuese un crédito contra la sucesión, su derecho no se disminuiría, siendo uno ó varios los hijos legítimos. Podrían ellos concurrir como meros acreedores con los otros acreedores de la herencia, aunque nada quedase para los herederos legítimos. Entre tanto, el mismo Troplong reconoce que deben concurrir á prorrata al pago de las deudas del difunto. Decimos, pues, que el derecho de los hijos naturales, es un derecho hereditario en la masa indivisa de la sucesión; sean sus efectos á favor del hijo natural ó en contra: sea respecto de los herederos legítimos, sea respecto de tercero. Las consecuencias de la naturaleza de ese derecho son infinitas: el hijo natural goza del derecho de acrecer: la colación es debida al hijo natural por los herederos legítimos: los hijos naturales tienen los mismos derechos que todo heredero respecto de terceros adquirentes, á los cuales hubiesen sido transferidos los inmuebles de la sucesión por un heredero legítimo, etc.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3579.— Véase fallo al art. 3565.—Jur. Civ., XIII, 120. Sér. 4°.

como en el caso en que los hijos naturales concurren con el viudo ó viuda en que dividen la herencia por mitad.

Ahora, cuando concurrieran los ascendientes, el viudo ó viuda é hijos naturales, todos debían formar en la misma línea, por decirlo así, desde que no existe el elemento excluyente, que son los descendientes legítimos, y ese, tal vez, ha sido el pensamiento del legislador, pero lo ha expresado en una forma contraria al decir en el **art. 3581**: *si quedasen ascendientes legítimos y viudo ó viuda, los*

sistema, preferiríamos la igualdad, y que la herencia se distribuyera por cabeza, porque no hay razón para dividirla por ramas. Ya he manifestado mi opinión con respecto al modo de distribuirse la herencia; sería más justo y equitativo, y de gran conveniencia social, el hacer concurrir por partes á los hijos legítimos y naturales, al cónyuge, los ascendientes y hermanos, sin que se excluyeran, lo contrario del actual sistema.

La disposición del artículo no se justifica, porque si los hijos naturales están en la misma línea que los ascendientes, debían siempre heredar por iguales partes para que la proporción no se alterase; pues si dividen la herencia por mitad cuando sólo hay un ascendiente y un hijo natural, debieran dividirla por terceras partes cuando quedaren dos ascendientes y un hijo natural; como deberían dividirla por quintas partes, si hubiera tres hijos naturales y dos ascendientes; así se evitarían las desigualdades que ocurrirían cuando existieran menos ascendientes que hijos naturales, ó por el contrario, más ascendientes que hijos naturales. Si el artículo se reformara, debieran concurrir por cabeza, como en los casos del art. 3571, cuando quedan ascendientes y viudo ó viuda; esa proporción no debía alterarse aun cuando concurrieran hijos naturales, pero el art. 3581 dispone lo contrario, haciéndoles concurrir por ramas.—Comp. Cód. DE CALIFORNIA, arts. 3471 y 3474. — Véanse arts. 3567, 3571, 3577 y 3581.

(**Art. 3581.**) Este artículo no es congruente con el art. 3571, como lo hicimos notar en aquel lugar; pues cuando quedan ascendientes legítimos y cónyuge, dividen la herencia por cabezas y por iguales partes; pero bastará que intervenga un hijo natural para que esa proporción se rompa y concurren por ramas, formando una los ascendientes que tomarán la mitad para dividirla entre ellos por cabeza, la cuarta parte los hijos naturales que dividirán por partes iguales entre ellos, y la otra cuarta parte, el cónyuge sobreviviente. He aquí las desigualdades é injusticias á que se presta tal división, desechando la natural y lógica por cabezas: si hay un ascendiente, toma la mitad de la herencia, mientras

ascendientes tomarán la mitad de la herencia para dividirla entre ellos por personas, y la otra mitad se dividirá entre el viudo ó viuda y los hijos naturales; de modo que el viudo ó viuda tendrá la cuarta parte de la sucesión, y la otra cuarta parte el hijo ó hijos naturales, cuando más justo habría sido que en esos casos heredasen por partes iguales, mientras que tal como está concebida la disposición, la herencia se divide por ramas para los descendientes é hijos naturales.

Se ha dicho que el derecho de los hijos naturales es de la misma naturaleza que el de los legítimos, diferenciándose sólo en cantidad; pero no debemos perder de vista que los hijos naturales no tienen más parientes que sus padres, en cuanto se refiere á la sucesión; por eso dice el **art. 3582**: *el hijo natural nunca hereda á*

el cónyuge, que concurre en partes iguales cuando no hay hijos naturales, toma la cuarta parte; si hay dos hijos naturales, éstos toman una cuarta parte, mientras dividíau la herencia por mitad, cuando sólo concurrían con el ascendiente, y la intervención del cónyuge ha alterado esa proporción. Si, por el contrario, hubiese cuatro ascendientes, cada uno de ellos tomaría una octava parte de la herencia, y el cónyuge una cuarta y otra el hijo natural, resultando de mejor condición. Lo más equitativo es hacerlos concurrir por cabezas.

El artículo habla de ascendientes legítimos, porque el padre *natural* no entra á la sucesión, cuando hubiere hijos naturales, pues son excluidos por éstos, art. 3597; lo que tampoco me parece justo en una distribución que tome por base el parentesco y los grados en que está cada heredero.

El Código de Chile, art. 989, se acerca más hacia el verdadero ideal de la sucesión, porque cuando no han quedado hijos legítimos, divide la sucesión en cinco partes; tres para los ascendientes, una para el cónyuge y la otra para el hijo natural. No habiendo cónyuge, ó no habiendo hijos naturales, se dividirá la herencia en cuatro partes; tres para los ascendientes y una para los hijos naturales ó el cónyuge. Así no se altera la parte de los ascendientes ni del cónyuge.—Comp. Cód. de California, arts. 3471 y 3474.—Véanse arts. 3567, 3569 á 3571, 3578 3580.

(**Art. 3582.**) Abuelo natural es el padre natural del que tiene un hijo natural; porque si fuera padre legítimo del que tiene un hijo natural, como su hijo es legítimo, no se encuentra en el caso del art. 366, sino respecto de su propio hijo que ha nacido fuera de matrimonio; lo mismo sucede con relación al hijo natural, que tiene un hijo legítimo, si bien el

los abuelos naturales ni á los hijos y parientes legítimos del padre ó la madre que lo reconoció; ni los abuelos naturales, ni los hijos

abuelo de éste es padre natural de su padre, no es su *abuelo natural*, porque él ha nacido dentro del matrimonio, el vínculo de pariente ilegítimo ha quedado en su padre y no le alcanza, por decirlo así, sino cuando viene en representación de él. Así, cuando el Código dice, el hijo natural nunca hereda á los abuelos naturales, se refiere á los que están unidos por generaciones fuera de matrimonio, porque esos no tienen más parientes que el padre ó la madre que los reconoció. Pero esa expresión no debe tomarse en sentido absoluto, porque si bien es cierto que no tienen derecho de representación, ni pueden concurrir á la sucesión de su abuelo natural, también lo es que cuando su padre natural ha venido á la sucesión con sus hermanos legítimos, si falleciere, sus hijos naturales le suceden en su lugar, no ya en representación de su padre, sino como herederos de éste y por derecho propio; pero eso no altera el principio, porque el hijo natural ha sucedido á su padre natural, y sus hijos naturales no toman la herencia de su abuelo natural, sino la de su padre; si aquella herencia se encuentra en la de su padre, eso en nada altera la naturaleza de la sucesión. Lo mismo podríamos decir respecto de la sucesión del nieto natural, por el abuelo natural; si el nieto natural ha fallecido, y entra á la sucesión su padre natural, que fallece á su vez, dejando á su padre natural, éste viene en realidad á recoger la herencia de su nieto, pero en el orden de los hechos sólo recoge la sucesión de su hijo natural sin averiguar la procedencia de los bienes que se encuentran en dicha sucesión. Es sólo de esta manera como por circunstancias casuales pueden venir á heredar los parientes ilegítimos del padre ó de la madre que lo reconoció. Admitiendo el supuesto de que el padre natural ha recibido la herencia de su hijo natural, y fallece sin haber tomado posesión de la herencia, heredándolo su padre natural, y á su vez éste muere dejándola á sus hijos legítimos, hermanos de su padre, que si no hubieran ocurrido estas circunstancias, jamás habrían podido heredar á su sobrino natural. Por eso se debe aplicar el artículo á la representación, tratándose de los nietos naturales que no concurren á la sucesión de su abuelo, porque el vínculo de ilegítimo no continúa más allá del padre que lo reconoció, y se rompe, por decirlo así, con los demás parientes.—Comp. GOYENA, art. 779.—Véanse arts. 365, 366, 3545 y 3583.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3582. — Por la L. 12. Tit. 13. Part. 6ª. los hijos naturales no heredan á los parientes por parte de padre, ni éstos á ellos; pero sí á los parientes maternos y viceversa, sin que en este caso pro-

legítimos y parientes de su padre ó madre, tampoco heredan al hijo natural, salvo el derecho de representación, en que el nieto natural puede entrar en la sucesión de su abuelo, padre legítimo del fallecido, en cuyo caso no hereda á su abuelo natural, porque no viene por derecho propio, sino en representación del hijo legítimo que ha dejado descendientes autorizados por la ley para representarlo.

La representación, cuando es concedida por la ley, no puede tener límites sin desconocerle su verdadero carácter, porque el representado revive, por decirlo así, en el representante que es considerado como la misma persona del representado, ocupando el mismo lugar y grado que éste tenía, y como se ha dicho que los derechos hereditarios del hijo natural son de la misma naturaleza que los de los hijos legítimos, la representación debe serles acordada como á aquéllos, por eso dice el **art. 3583**: *los derechos*

(**Art. 3583.**) La representación tiene lugar en favor de los hijos legítimos, para venir á recibir en el lugar y grado de su padre la sucesión de su abuelo, padre natural del representado; tiene igualmente lugar en favor de los hijos naturales que pueden representar á su padre en la sucesión de su abuelo, padre legítimo del padre de ellos; pero no, cuando es padre natural del padre natural.

La regla de que los derechos hereditarios del hijo natural se transmiten por su muerte á sus descendientes por derecho de representación, está limitada por la del artículo anterior que dice: «el hijo natural *nunca* hereda á los abuelos naturales», ni los abuelos naturales tampoco heredan á los nietos naturales, porque el parentesco ilegítimo que viene de las uniones fuera de matrimonio concluyen entre padres é hijos; así los hijos naturales no son parientes de su abuelo natural, ni de los hermanos legítimos de su padre; pero si son hijos legítimos del padre que es hijo natural tienen derecho de representación y concurren en el lugar y grado de su padre.

Es cierto que el Dr. Velez-Sarsfield, en la nota, dice que el derecho del hijo natural en la sucesión del padre ó madre que lo reconoció, es

duzca efecto alguno la legitimidad. El natural más cercano en grado excluye al pariente legítimo más remoto.—Véase Cód. Francés, art. 756.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3582.—Los hijos naturales carecen del derecho de representación para intervenir en la sucesión de los abuelos.—Jur. Civ., III, 110, Sér. 3ª.

hereditarios del hijo natural se transmiten por su muerte á sus descendientes por el derecho de representación.

absolutamente, salvo la cantidad, de la misma naturaleza que el de los hijos legítimos; pero esto únicamente es verdad cuando se trata de recibir y dividir la herencia de su padre con los hijos legítimos; pero como su parentesco concluye con su padre, y no puede extenderlo sino por sus descendientes legítimos, resulta de ahí que el nieto natural no puede heredar al padre natural de su padre; es decir, á su abuelo.

El legislador no ha tenido necesidad de expresar que se refiere á los descendientes *legítimos* del hijo natural; porque de la regla de que el nieto natural, jamás hereda á su abuelo natural, se desprende forzosamente que debe ser descendiente legítimo para representarlo.

No comprende el caso del hijo legítimo, que transmite á su hijo natural el derecho de representarlo; porque el presente artículo habla del hijo natural.—Comp. CÓD. FRANCÉS, arts. 756 y 759. CHABOT, al art. 759. DEMOLOMBE, XIV, 88.

Baudry-Lacantinerie y Wahl, I, 389, estudiando el art. 761, que ha reemplazado al 759 antiguo, por la ley de 25 de Marzo de 1898, dicen: «así, de dos hijos naturales reconocidos que tenía el difunto, uno ha fallecido dejando dos hijos legítimos; estos últimos vendrán por representación de su padre á tomar la parte que le habría pertenecido á éste en concurrencia con el hijo natural sobreviviente». Reformado el art. 759, ya no ofrece dudas en derecho francés de que la representación se extiende á los hijos legítimos del hijo natural.—Véanse nuestros arts. 3550, 3551, 3557, 3566 y 3577.

CAPÍTULO V

DE LA SUCESION DE LOS PADRES NATURALES

§ 980. — ORDEN DE ESTA SUCESIÓN

Los hijos naturales no tienen más familia que el padre ó la madre que los reconoció, en cuanto á los derechos sucesorios; sin embargo, el Código autoriza para demandar alimentos al abuelo natural, y recíprocamente los nietos naturales están obligados á darlos á sus abuelos naturales. No serán nietos naturales los hijos naturales de un hijo legítimo, ni los hijos legítimos de un hijo natural; porque en uno y otro caso están ligados á su abuelo por un vínculo reconocido y consagrado por la ley.

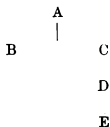
Como los hijos naturales no tienen más parientes que sus padres, *si el hijo natural muere sin dejar posteridad legítima ó natural, le sucederá el padre ó la madre que lo reconoció; y si ambos lo reconocieron y vivieren, lo heredarán por partes iguales (art. 3584)*, sin consideración al tiempo en que cada uno hu-

(Art. 3584.) La posteridad del hijo natural á que se refiere el artículo, y que se extiende al infinito, es la legítima que excluye á los ascendientes; pero la natural termina en el hijo natural, porque el nieto natural no hereda al abuelo natural; pero debe hacerse esta distinción importante: la posteridad legítima del hijo natural no excluye á los ascendientes legítimos, porque los hijos vienen á la sucesión por derecho de representación en lugar de su padre, que debía concurrir con los ascendientes legítimos; mientras los hijos naturales del hijo legítimo excluyen á sus ascendientes, porque vienen á la sucesión en lugar de su padre, que como hijo legítimo excluía á sus ascendientes.

Cuando el artículo habla de *posteridad*, se refiere á los descendientes

biere hecho el reconocimiento, y sin que ninguno pueda alegar prioridad por haberlo reconocido primero.

legítimos del hijo natural, sin limitación alguna; pero sólo comprende al hijo natural, y se rompe, por decirlo así, con él. Apliquemos estos principios al siguiente cuadro:



Primera hipótesis: Supongamos que A, padre natural de B y C, ha fallecido, sus hijos lo heredan por iguales partes; pero C, ha muerto antes que su padre, dejando á su vez un hijo natural, D; éste no entra á tomar la herencia por derecho de representación, porque el nieto natural no hereda al abuelo natural.

Segunda hipótesis: C, hijo natural de A, fallece dejando á su vez á D, su hijo natural, quien excluye al padre natural A; pero si cuando C falleció no quedase sino el nieto natural E, el padre natural del fallecido lo excluiría y A, recogería toda la herencia.

Tercera hipótesis: Si al fallecimiento de C, hijo natural de A, quedaba su posteridad legítima, su nieto E, excluiría al padre natural de su abuelo y entraría á recoger toda la herencia.

Cuarta hipótesis: Si á la muerte de C, hubiera quedado su hijo legítimo D, es claro que excluiría á su abuelo, aunque fuera legítimo, y con más razón al natural; pero es el caso que D, había fallecido dejando á su hijo natural E, y se pregunta si éste excluye al padre natural de C. Respondemos que E, entra en lugar de D, por derecho de representación, y como D, si existiera, hubiese excluido al padre natural, del mismo modo lo excluye cuando viene por representación.

Así, pues, cuando el artículo dice, si el hijo natural muere sin dejar posteridad legítima ó natural, se debe entender que sólo comprende al hijo ó hijos naturales del fallecido y no á los demás descendientes; lo mismo sucede respecto al padre ó madre que lo reconocieron, porque son ellos los únicos parientes, y no entran á heredarle los demás.

Así es que no es exacto lo que algunos sostienen «de que la posteridad del hijo natural excluye por completo á los ascendientes», porque sólo se puede aplicar á los hijos naturales, no así á los nietos y demás

Los padres naturales que reconocieron al hijo tienen una legítima forzosa, cuando el hijo no deja descendientes, aun cuando

descendientes naturales que no son parientes del muerto. Considero también un error el sostener «que la posteridad natural de un hijo legítimo concurre con los ascendientes»; porque el art. 3580 habla de los ascendientes legítimos cuando concurren con los hijos naturales del premuerto, y en la hipótesis el hijo natural de un hijo legítimo concurre por representación á recoger la herencia de su abuelo, padre legítimo de su padre. Otra cosa sería si se hablase de la sucesión legítima y de un hijo natural; por ejemplo, se trata de recoger la herencia; C, que ha dejado un hijo natural, D, como por el art. 3580 los ascendientes legítimos concurren á dividir la herencia por mitad con los hijos naturales, los descendientes legítimos de éste que vienen por derecho de representación á ocupar el lugar de su ascendiente, no pueden tener más derechos que su representado, resultando de ahí que dividirán la herencia con los ascendientes legítimos; por consiguiente se podría decir, que la posteridad legítima del hijo natural es la que concurre con los ascendientes legítimos; del mismo modo que el hijo natural, si bien excluye á sus ascendientes naturales, entra á dividir la herencia con los ascendientes legítimos de su padre natural.—Comp. GOYENA, art. 780. COD. DE CHILE, art. 993. COD. DE CALIFORNIA, art. 3749, y nuestra nota 390 de la *Instituta*.

El artículo concede derechos sucesorios á los padres que reconocieron al hijo, y se pregunta si este reconocimiento debe ser anterior, ó puede hacerse posteriormente. Es una cuestión sumamente delicada; porque el legislador se encuentra entre estas dos tendencias opuestas: impedir que por codicia y mala fe se hagan esos reconocimientos tardíos, ó cometer la injusticia de prohibir á los padres que lo hagan, cumpliendo con sus deberes.

La cuestión no debe resolverse en absoluto, y la considero mal planteada; se debe preguntar: ¿Pueden los padres naturales reconocer á los hijos naturales muertos, al objeto de heredarlos? Me decido por la negativa; pero como lo dije en el tomo 1º de esta obra, pág. 614, si el hijo natural ha dejado hijos legítimos, el reconocimiento les aprovecha, ya venga á quedar legitimado su padre por el subsiguiente matrimonio, ya sea que esto no se realice, pues tienen derecho para representar á sus padres en la sucesión del abuelo; pero todo esto desaparece cuando no deja hijos; entonces el reconocimiento tiene por fin un objeto de lucro, y no se le debe permitir, sino cuando éste haya sido anterior al fallecimiento, como sería la escritura pública, el acto auténtico ó la posesión de estado, que son actos anteriores. Las demás pruebas, por evidentes

dejare viuda, legítima de la que no puede ser privado sin justa causa de desheredación.

que fueran deben rechazarse, cuando sólo existe el deseo de heredarlo; pruebas que deben admitirse cuando el hijo natural ha dejado sucesión legítima, á quien aprovecha el reconocimiento. Es entendido que los herederos del reconocido deben intervenir en el juicio, y tienen derecho para rechazar ó aceptar el reconocimiento.

Los derechos de los padres naturales con relación á sus hijos naturales mueren con ellos, y no pasan á sus demás ascendientes que no son parientes á los objetos de la sucesión, aunque lo sean para el matrimonio, pues no pueden casarse los hermanos naturales. — Véanse arts. 3567, 3576, 3582 y 3597.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3584.—La L. 11, Tit. 13, Part. 6ª, da la herencia al hijo natural por la vulgaridad que la madre es siempre cierta, y el padre no. Pero esa certeza la tendrá sólo ella; y pues que el hijo natural hereda á su padre, no hay razón para privar á éste de la sucesión del hijo.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3584.—Las constancias de la partida de defunción, concordantes con la prueba testimonial, bastan para justificar la paternidad y derecho sucesorio á objeto de exigir la indemnización que la muerte del hijo haya ocasionado al que según esas constancias resulta ser el padre.—Jur. Civ., IV, 242, Sér. 5ª.

CAPÍTULO VI

SUCESION DE LOS PARIENTES COLATERALES

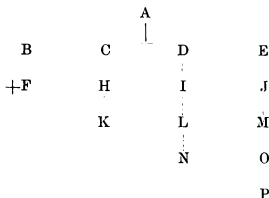
§ 981. — ORDEN DE ESTAS SUCESIONES

Entre los parientes colaterales no se permite el derecho de representación, sino cuando se trata de heredar á los hermanos; fuera de esa excepción que en cierto modo puede justificarse, los demás parientes heredan por cabeza, excluyendo los de grado más próximo á los de grado más remoto; por eso dice el **art. 3585**:

(**Art. 3585.**) La representación es un privilegio creado por la ley en favor de ciertos y determinados herederos para ocupar el lugar y grado de sus ascendientes, concurriendo á recibir la herencia que éste habría tomado si viviera. Sólo lo concede en casos especiales, cuando se trata de recoger la herencia de los ascendientes legítimos en la línea recta ó en el caso en que se tratare de heredar á un hermano del ascendiente, art. 3560; en los colaterales no hay derecho de representación, y se cuentan los grados, por las generaciones, de modo que haya tantas personas menos una, hasta llegar á la que [se quiera heredar; si están fuera del 6º grado, no hay herencia.

Se ha dicho y se viene repitiendo que una de las Cámaras de Apelaciones de la capital, siguiendo la opinión de su fiscal el Dr. Cortés, ha decidido, que la representación en la línea colateral no se extiende más allá del 6º grado, queriéndose aplicar este principio al caso en que se tratase de recibir la herencia de un hermano de su ascendiente. Se ha padecido un error, queriendo aplicar una teoría general establecida para los colaterales, á los casos especialmente exceptuados del art. 3560. Ni el Dr. Cortés en su recordada vista, ni la Cámara, ha resuelto el caso, como voy á demostrarlo. Fijemos el siguiente cuadro.

no habiendo descendientes ni ascendientes, ni viudo ó viuda, ni hijos naturales, (ni padres naturales) heredarán al difunto sus pa-



El caso resuelto por la Cámara de apelaciones, y que estudia detenidamente el Dr. Cortés, es el siguiente: se trataba de recoger la herencia de F, fallecido sin ascendientes ni descendientes, y sólo existían N, descendiente de D y P, descendiente de E. Recogía la herencia N, por estar en el 6º grado y se presenta P, en representación de su padre O, que está en el mismo grado, pretendiendo tomar una parte igual, y el doctor Cortés en vez de negar pura y simplemente el derecho de representación en este caso, porque no se trataba de recoger la herencia de un ascendiente legítimo, ni de un hermano del ascendiente, estudia la cuestión para resolver que la representación en este caso no se extiende fuera del 6º grado. Esta decisión en principio no es exata; porque altera por su base todo el sistema de la representación establecida por el Código; y para demostrar esta verdad basta suponer el mismo caso, existiendo los herederos K, N y O, para comprender que K, estando en el 5º grado excluye á los otros que están en el 6º, y si estos tuvieran el derecho de representación por estar dentro del 6º grado, tendrían derecho á concurrir con K, pues N, entraría en representación de su padre L, y O vendría en representación de su padre M, dejando así burlada la disposición del artículo que concede á los colaterales *más próximos en grado*, el derecho de heredar al difunto, excluyendo á los más remotos. Si admitimos la representación en estos casos, quedaría también sin sentido la frase que viene á dar el verdadero alcance á la disposición, fijando de un modo inequívoco, que en la línea colateral sólo se admite la representación para concurrir á la herencia de los hermanos, pues eso importa la expresión de: *salvo el derecho de representación para concurrir los sobrinos con los tíos*. Pero esto no quiere decir, que la representación se extenderá al tercer grado, ni que es necesario la existencia de uno de los herma-

rientes colaterales más próximos en grado hasta el sexto inclusive, salvo el derecho de representación para concurrir los sobrinos con

nos; porque el art. 3561 es bien terminante, cuando dice: «quedando hijos y descendientes de dos ó más *hermanos del difunto*, heredarán á éste por representación, *ya estén solos* y en igualdad de grados, ó *ya concurren con sus tíos*»; de modo que siempre heredarán por representación para recoger la herencia del hermano de su ascendiente.

En el cuadro que tenemos á la vista, si se tratase de recoger la herencia de B, fallecido sin ascendientes ni descendientes, la herencia se dividiría en tres partes iguales tomando una parte K, que está en el 4º grado; N, que está en el 5º, y finalmente P, que está en el 6º; y si hubiera un hijo de P á la muerte de B, recogería la herencia á la par de los otros, aunque estaría en el 7º grado para otros casos; porque la representación no tiene grados, ni puede tener otro límite que el impuesto por la naturaleza, para la duración de la vida humana.

Y aquí volvemos á repetir lo dicho en el art. 3560, la representación, cuando se trata de recoger una herencia del hermano de su ascendiente, no tiene ni puede tener límites. Este derecho sólo se concede en la línea descendente y por excepción en la colateral de los hermanos; porque no hay representación en las demás líneas en que los parientes más próximos excluyen á los más remotos.

Si como lo ha sostenido el Dr. Cortés se admitiera la representación hasta el 6º grado en las demás líneas colaterales, la disposición del presente artículo quedaría sin efecto; porque el más remoto vendría á colocarse por derecho de representación en el mismo grado que el pariente más próximo. Así, cuando se tratara de suceder á F, el heredero K, que se encuentra en el 5º, no podría excluir á N y O, que están en el 6º, pues estos alegarían el derecho de representación.

Y para fijar mejor estas ideas, y no dar lugar á dudas, agrega al final el artículo: «los iguales en grado heredarán por iguales partes»; cuando es sabido que si tiene lugar el derecho de representación los iguales en grado heredan *in stirpe* y jamás por cabeza, como lo dice el artículo 3561.

Volveremos á repetir en este lugar lo que dijimos en la nota 390 de de la *Instituta*, que por un olvido se ha suprimido á los padres naturales, que son herederos cuando no hay descendientes ni ascendientes legítimos, ni viudo ó viuda ni hijos naturales, no pudiendo estar comprendidos entre los ascendientes á que se refiere, porque habla de los legítimos, desde que en la enumeración de descendientes, los separa de los hijos naturales.

sus tíos. Los iguales en grado heredarán por partes iguales. Cuando el artículo habla del derecho de representación entre los colaterales, sólo comprende á los hijos de los hermanos á quienes por excepción se acuerda el derecho de representación, y siempre deben suceder en stirpe, aunque no existiera hermano vivo del fallecido, según el art. 3561.

En la sucesión de los colaterales, el legislador ha establecido preferencia al doble vínculo, y declara, que *el hermano de padre y madre excluye en la sucesión del hermano difunto, al medio hermano ó que lo es de padre ó de madre (art. 3586)*, suponiendo

No es exacto, que nuestro Código haya extendido la representación hasta el 6º grado, como lo afirma el Dr. Llerena: 1º, porque la representación no puede tener límite; 2º, porque la representación sólo es concedida á los descendientes; 3º, porque la excepción para concurrir por representación á recoger la herencia de un hermano del ascendiente, es la contraprueba de que la representación no es admitida en la línea colateral; 4º, porque de admitir la representación en cualquier línea colateral, resultaría que los más próximos en grado no excluirían á los más remotos, quedando sin efecto la disposición que comentamos.—Véase nuestro comentario á los arts. 3560 y 3561.—Comp. Goyena, arts. 767 y 768. Cód. de California, arts. 3875, 3878, 3879 y 3883. — Véanse arts. 316, 3545 á 3548, 3559 á 3562, 3584, 3595 y 3597.

(Art. 3586.) El Dr. Velez-Sarsfield, como lo indica en la nota á este artículo, ha seguido la doctrina de la antigua legislación española, donde los hermanos enteros excluían á los medios hermanos; doctrina que no consulta la justicia y equidad, porque parte de una base que no es científica, y se funda en el mayor cariño que se supone deben tenerse los hermanos enteros, sobre sus medios hermanos, cuando lo más justo habría sido fundarlo en el parentesco dando al doble vínculo el valor que debe tener, sin por eso excluir al medio hermano. Y la injusticia se muestra claramente, cuando la misma ley hace concurrir por iguales partes á los hijos del padre común, reconociendo el mismo parentesco, mientras lo desconoce cuando se trata de la sucesión del medio hermano. Habría

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 3585. — El derecho á heredar concluye en el sexto grado, los del séptimo no pueden ocurrir ni aún por representación. — Jur. Civ., V, 605, Sér. 1ª.

Véase fallo al art. 3570.—Jur. Civ., VI, 54, Sér. 1ª.

Véase fallo al art. 3546.—Jur. Civ., VII, 413, Sér. 1ª.

con razón que esa preferencia la habría acordado el fallecido, si hubiera manifestado su voluntad.

sido preferible seguir la doctrina francesa, indicada en la nota del doctor Velez-Sarsfield.

Y aquí se presenta una cuestión de suma importancia. ¿Los hermanos naturales se heredan entre sí? El Dr. Segovia dice á este respecto: «los parientes colaterales legítimos se heredan entre sí, y *creemos* que lo mismo sucederá entre parientes ilegítimos (véanse arts. 365 y 366)»; pero el Dr. Llerena es más categórico, ya no expresa una creencia, enuncia una proposición como cierta y evidente al decir: «así como los hermanos legítimos se heredan entre sí, también los *hermanos naturales ó medios hermanos* se heredan recíprocamente», citando en su apoyo al Dr. Cortés, tom. 3, pág. 163 de sus Vistas.

En primer lugar, los hermanos naturales y los medios hermanos no son expresiones equivalentes, como parece creerlo, y es tan evidente que debemos atribuirlo á un error de imprenta, habrá querido decir, que los hermanos naturales y medios hermanos se heredan recíprocamente. Restablecido así el sentido, viene la cuestión de si, así como se heredan los medios hermanos entre sí, ¿los hermanos naturales también se heredarán? Me parece tan caprichosa la afirmativa, que de admitirla destruiríamos por su base todo el sistema del Código, en materia de parentesco y de sucesión. En efecto; los hijos naturales no tienen más parientes que sus padres, á quienes únicamente pueden suceder, y no pueden heredar ni aún á sus abuelos; los hijos legítimos del padre ó madre que lo reconoció no pueden suceder al hermano natural, ni éste á aquellos; en una palabra, la sucesión de los hijos naturales se acaba con sus padres. ¿Cómo puede pretenderse entonces que los hermanos naturales se hereden entre sí? Sería crear un privilegio en favor de éstos excluyendo á los legítimos que con mejores razones deberían concurrir á la herencia de su hermano natural. ¿Acaso el hijo legítimo del que reconoció al hijo natural, no es hermano de éste? ¿Por qué la ley le habría privado de la sucesión de su hermano, para atribuírsela á un hermano que su padre reconoció? Aquí existe el vínculo de la sangre cierto y evidente, allí sólo queda la voluntad del padre que lo reconoce. El argumento de que «lo único prohibido por el art. 3582 es que los parientes legítimos y los naturales se hereden mutuamente», no tiene fuerza alguna; porque no se trata de prohibición; lo que debe probarse es que la ley acuerde sucesión á los hermanos naturales entre sí. Y en parte alguna del Código se encontrará una disposición semejante. Si los ascendientes no pueden heredar al nieto natural; si éste no puede suceder al

Como el parentesco no deja de existir, aun en el caso de no existir hermanos enteros, el Código se ha visto obligado á conce-

abuelo natural, ¿cómo se concibe que el legislador rompa, por decirlo así, el parentesco en la línea recta ascendente y descendente, negando la sucesión más allá del primer grado, y la permita á los colaterales? Y si se permitiera á los hermanos, les sería acordado á los hijos de los hermanos que podrían concurrir por derecho de representación; lo que sería inconcebible. No; el art. 3545, al decir que las sucesiones intestadas corresponden «á los descendientes legítimos y naturales del difunto», ha expresado claramente que en los primeros no tiene límite, mientras en los naturales no se extiende más allá de los hijos; del mismo modo, cuando la extiende «á los ascendientes legítimos y naturales», comprende á los primeros hasta el infinito, valiéndonos de un término común; mientras en los segundos sólo la extiende á los padres naturales, no pasando de ellos; finalmente, cuando declara herederos «á los parientes dentro del sexto grado inclusive», sólo comprende á los legítimos, porque los otros no lo son para el efecto de heredarse.

Por nuestro Código no hay más sucesión natural que entre padres é hijos, porque para el efecto de heredarse no existen más parientes.—Comp. Cód. DE CALIFORNIA, art. 3877. Cód. DE CHILE, art. 990.—Véanse arts. 365, 366, 390, 3545, 3546, 3560 y 3587.

Para confirmar la exactitud de nuestra crítica al sistema de exclusión creado por nuestro artículo, diremos que la legislación española que nos regía, l. 6, tít. 13. Part. 6, l. 12, tít. 6, lib. 3. Fuero Real, establecían como el mismo Dr. Velez-Sarsfield lo reconoce en la nota al art. 3587, que se debía suceder por líneas, tomando los consanguíneos los bienes que vinieran del difunto por su padre, y los uterinos los que vinieran por su madre. ¿Y cómo dice entonces al final de la nota «no vemos razón alguna de consideración para apartarnos de la legislación que hasta ahora nos ha regido», cuando en realidad crea un nuevo sistema?

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3586. — LL. 5 y 6, Tít. 13, Part. 6^a.—L. 12, Tít. 6, Lib. 3, Fuero Real.—Los Códigos de Nápoles, de Luisiana y de Vaud no reconocen preferencia en la sucesión por el doble vínculo. El de Baviera admite el doble vínculo en las mismas personas, y con los mismos efectos que tiene por la Ley de Partida y por la Novela citada. El de Prusia lo reconoce en los hermanos y sus descendientes para excluir á los medios hermanos. El Cód. Francés no da preferencia al doble vínculo; pero en el caso de heredar los ascendientes ó colaterales, dispone que la herencia se divida en dos partes, una para la línea materna y otra para la paterna. Resulta entonces necesariamente, que el hermano entero toma por lo menos, doble porción que

der los mismos derechos á los medios hermanos y á sus *hijos*, pareciendo limitar el derecho de representación á éstos únicamente; pero no es probable esta opinión, porque la regla del art. 3560 no se presta á ésta limitación, y porque la palabra hijos, la toma el Código en varios lugares, como equivalente de descendiente, así pues, cuando el **art. 3587** dice: *cuando el difunto no deja*

(**Art. 3587.**) Se repite en este caso lo dicho en el art. 3561 respecto á la sucesión de los hermanos, en que se admite el derecho de representación, no hasta el 6º grado como equivocadamente lo creen algunos, porque la sentencia de la Cámara de Apelaciones, ni la vista fiscal del Dr. Cortés sostienen semejante tesis; allí se acepta este principio por demás evidente que en la línea colateral, exceptuando el caso de sucesión de los hermanos, la representación no puede tener lugar fuera del 6º grado, y habría sido más jurídico establecer que no hay representación en esta línea, en que el pariente más próximo excluye al más remoto. Cuando el difunto deja hermanos enteros ó hijos de éstos; *descendientes* dice el art. 3561, se admite el derecho de representación y heredan *in stirpe*, no por cabezas, aunque estén en el mismo grado; en caso contrario, cuando sólo quedasen medios hermanos sucederán éstos y sus descendientes como si fueran hermanos de ambos lados, concediéndoles el derecho de representación para concurrir los tíos con sus sobrinos, sin que tenga límites esa representación, porque si lo tuviera dejaría de serlo, como lo demostramos en el art. 3560.

Cuando hubiere quedado un hermano de ambos lados ó su descendiente legítimo, excluiría á los hermanos unilaterales, porque sus descendientes vendrían por derecho de representación en el mismo lugar y grado que su representado. Y si quedase un hijo natural, ¿podría en representación del hermano legítimo bilateral excluir á los medios hermanos de su padre? Si hemos admitido que pueda representar á su padre, y entrar en concurrencia con los hermanos legítimos de éste, recogiendo la parte de herencia que á su padre correspondería, ¿por qué se le privaría de la representación en este caso? En mi opinión, tanto el hijo legítimo como el natural del hermano bilateral, excluirían á los medios

el medio hermano, porque la toma en ambas líneas. Goyena, en el apéndice décimo, ataca la preferencia que se da al doble vínculo porque dice: «que hay el mismo amor entre los hermanos enteros y los medios hermanos, y propone que estos últimos tomen de la sucesión la mitad de lo que toman los hermanos de ambos lados». Nosotros no vemos razón alguna de consideración para apartarnos de la legislación que hasta ahora nos ha regido.

hermanos enteros ni hijo de éstos (porque si existieran excluirían por representación á sus tíos medios hermanos de su padre), *y sólo medios hermanos, sucederán éstos de la misma manera que los hermanos de ambos lados, y sus hijos sucederán al hermano muerto*, y cuando sean varios que vienen á recoger la herencia en representación de sus padres, lo harán por estirpe, aunque no exista hermano vivo del difunto.

hermanos de su padre.—Comp. GOYENA, art. 770. Cód. DE CALIFORNIA, art. 3881.—Véanse arts. 3546, 3585 y 3586.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3587.—La L. 6, Tit. 13, Parts. 6ª y 12, Tit. 6, Lib. 3, Fuero Real, ordena que se suceda por líneas, tomando los consanguíneos los bienes que vinieren del difunto por su padre, y los uterinos los que les vinieren por su madre. En esta materia las Leyes Españolas se separan de la Ley Romana, pues la Novela 118, había quitado la diferencia entre agnados y cognados.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3587.—Los hermanos unilaterales excluyen de la herencia á los tíos.—Jur. Civ., I, 78, Sér. 3ª.

CAPÍTULO VII

SUCESIÓN DEL FISCO

§ 982. -- CÓMO TIENE LUGAR ESTA SUCESIÓN

Hemos sostenido en diversos lugares de esta obra, que el fisco no es un heredero sino señor de las cosas que no tienen dueño, y nos da la razón la misma redacción del **art. 3588** al decir: *á falta*

(**Art. 3588.**) He sostenido en diversos lugares de esta obra, que el fisco no era heredero en el sentido técnico de la palabra, porque sólo lo son los que se encuentran ligados por el vínculo del parentesco, con excepción de los cónyuges, cuya sucesión se explica perfectamente. Si el fisco no hereda, si toma los bienes que se encuentran dentro del territorio nacional, cuando no tienen dueño, lo hace á título de señor del dominio eminente que tiene sobre todas las cosas. Por esa razón es dueño de la tierra, sobre la que nadie puede alegar un título de propiedad, ó de posesión á nombre propio por treinta años; no es como sucesor, porque esa tierra no tiene dueño, sino como señor de todas las cosas que no lo tienen. Así, cuando la ley ha declarado que no hay parentesco fuera del 6º grado colateral, toda persona que fallece en esas condiciones no tiene herederos, esos bienes no tienen dueño, y el fisco los recoge á título de señor del dominio eminente. En nuestra forma de gobierno, se reconoce un fisco Nacional y otro Provincial. ¿A cuál de ellos pertenecerán los bienes? Dos sistemas se pueden sostener; uno que admitiendo tantas sucesiones como bienes hubiere dejado el difunto en las diversas provincias, permitiera abrir el juicio en cada una de ellas. para que se apoderase de los bienes vacantes; el otro que dando preferencia al derecho local del domicilio del difunto, sólo permitiese abrir la sucesión en el lugar del último domicilio, haciendo valer los derechos

de los que tengan derecho á heredar, conforme á lo dispuesto anteriormente, los bienes del difunto, sean raíces ó muebles, que se encuen-

acordados al fisco Nacional ó Provincial del último domicilio según la declaratoria de herederos.

El primer sistema no es admisible por nuestra legislación; porque el art. 3284, dice terminantemente, que la jurisdicción corresponde á los jueces del lugar del último domicilio; y como una excepción á este principio, para resguardar intereses de los domiciliados en nuestro país, permite por el art. 3470, abrir nuevamente la sucesión, al solo efecto de que los domiciliados en nuestro territorio, tomen de los bienes situados en él, una porción igual al valor de los situados en país extranjero de que ellos fueron excluidos por cualquier título. Si en nuestro país sólo puede existir un juicio testamentario de los que estando domiciliados en él, fallecieron en la República ¿cómo es que podrían apoderarse las Provincias de los bienes vacantes situados en su territorio, y que hubieran sido declarados del Fisco en la Provincia donde se abrió la sucesión? No tiene otro medio para apoderarse de ellos, que el de hacer declarar vacante la herencia, abriendo la sucesión del fallecido, y tendríamos tantas sucesiones como provincias hubiere donde el difunto poseyera bienes. ¿Alegando qué título podría retener esos bienes? Si una Provincia se presenta reclamándolos por haber sido declarada heredera, según la sentencia que exhibe, no puede resistirse á entregarlos alegando la vacancia, porque necesita de una sentencia que así lo declare.

El artículo dice, que «corresponderán al Fisco, Provincial ó Nacional, según fueren las leyes que rigen á este respecto», y de ahí no se deduce que haya dejado á cada Provincia el derecho de adquirir los bienes sin dueño que se encuentran dentro de su respectivo territorio, cuando han sido declarados de aquella donde está radicado el juicio; lo que ha querido expresar es que el Fisco Nacional ó Provincial pueden disponer de esos bienes según leyes especiales, entregándolos á tales ó cuales corporaciones. Así, por ejemplo, la ley de educación común de la Capital Federal y de la Provincia de Buenos Aires, entregan esos bienes para el fomento de las escuelas, y una vez que se ha producido la vacancia, ó para hacerla declarar, toma parte el Consejo General de educación.

Y si bien es cierto que una nación extranjera no puede venir á reclamar los bienes situados en nuestro territorio á título de vacancia, es porque nuestra soberanía sería desconocida, y no podemos admitir que las leyes extranjeras dejen sin efecto las nacionales; pero eso no se puede aplicar á las Provincias.

tren en el territorio de la República, ya sea extranjero ó ciudadano argentino, corresponden al Fisco, Provincial ó Nacional, según fue-

El error de los que sostienen que cada Provincia puede apropiarse de los bienes situados en su territorio, cuando han sido declarados vacantes por el juez de la sucesión, y declarados del Fisco Provincial del domicilio del fallecido, parte del principio sentado en la nota del Dr. Velez-Sarsfield, de que «el Estado *no es un heredero, ni un sucesor, en el sentido técnico de la palabra*»; pero si no lo es en realidad, como lo hemos reconocido, la ley lo equipara á los herederos y por eso los derechos y obligaciones que lo impone son los mismos que los de éstos, como lo dice el art. 3589.

Si una persona domiciliada en la Capital Federal, donde ha fallecido, tenía bienes en Santa Fe, Córdoba y Tucumán cuando la testamentaria se abre, se procede á citar á los herederos, y se manda asegurar los bienes haciendo el inventario de ellos; si no comparecen, se declara vacante la herencia, notificándose al Consejo General de Educación, quien en representación del Fisco Nacional, pide al juez que se libren los exhortos correspondientes para que se le ponga en posesión de los bienes del fallecido, recibiéndolos bajo inventario y tasación judicial, ó haciéndolos vender en remate público y tomando su valor, por el cual responde, si aparecen herederos. Con este procedimiento, que lo tienen todas las Provincias, no hay posibilidad de que aquellas donde se encuentren situados los bienes puedan alegar derechos para retenerlos como vacantes. Si algún juez intentase promover la testamentaria, vendría una contienda de competencia, que decidiría la Corte Suprema, y el juez á quien correspondiese el conocimiento de la sucesión le correspondería hacer la declaratoria de herederos, que no podría ser observada por las Provincias que se creyeran lesionadas. El Fisco Nacional, y en su lugar el Consejo de Educación recogería la herencia. Esta es la solución más razonable; porque de admitir la contraria, tendríamos que permitir en la República la pluralidad de sucesiones que sólo por excepción y con un fin superior, se admite en los casos de haber fallecido en el extranjero, donde estaba domiciliado, el que poseía bienes raíces en la nación. Así, por ejemplo, cuando el Gobierno del Paraguay se presentase á nuestros tribunales pidiendo la posesión de los bienes de un individuo domiciliado en aquella nación, que hubiera fallecido sin herederos, siendo declarado tal el Fisco de esa Nación; el Fiscal Argentino se opondría con razón á que se diera esa posesión, abriéndose el juicio sucesorio en nuestro país, y la provincia donde estuvieran situados los bienes, los declararía vacantes, adjudicándolos al Fisco de esa provincia; eso se

ren las leyes que rigieren á este respecto; lo que prueba de un modo evidente que esos bienes no le vienen como heredero, sino como dueño de todo objeto que no lo tenga conocido.

Nada importa para los objetos de determinar el título en virtud del que reciben esos bienes, las obligaciones que la ley les imponga, que por similitud será la que tienen los herederos, porque esos deberes no los convertirá en herederos, así pues, cuando el **art. 3589**, 1ª parte dice: *los derechos y las obligaciones del Estado en general ó de los Estados particulares, en el caso del artículo anterior, serán los mismos que los de los herederos*, equiparándolos á éstos, no ha sido indudablemente su intención el declarar heredero al fisco. Y la prueba de que no toma los bienes á título de heredero, la tenemos en el **art. 3589**, 2ª parte, que dice:

haría en defensa de nuestra propia soberanía, que de otro modo sería desconocida. — Comp. Cód. FRANCÉS, art. 768. GOYENA, art. 783. Cód. DE CHILE, art. 995. Cód. DE CALIFORNIA, art. 3891.—Véanse arts. 2342 n° 2, 3541, 3544, 3545 y 3589.

(**Art. 3589**.) Se ha dicho en el artículo anterior, que el Fisco no es un heredero en el sentido técnico; pero la ley lo equipara á éste en cuanto le impone los mismos derechos y obligaciones. Ejerce los mismos derechos, pidiendo la posesión de la herencia, reivindicando los bienes de la sucesión que estuviesen poseídos por terceros, y alegando todas las excepciones que los herederos habrían podido oponer, como la de prescripción, pago, compensación, etc. En este sentido ejerce los derechos

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3588. — L. 3. Tit. 20, Lib. 10, Nov. Rec. — L. 1, Tit. 22, Lib. 10, idem. — L. 6, Tit. 13, Part. 6ª. — El Estado, en realidad no es un heredero ni un sucesor en el sentido técnico de la palabra; porque él adquiere los bienes de un muerto, precisamente en virtud de un título que supone que no haya herederos. Merlin, *Verb. Deshérence*. — Es en virtud de su derecho de soberanía que el Estado adquiere los bienes sin dueño, que se encuentran en su territorio, sean muebles ó inmuebles, pues no se puede permitir que un Estado extranjero ejerza en el territorio un acto de soberanía, apropiándose bienes sin dueño conocido. Algunos han querido objetar respecto á los bienes muebles la máxima: *Mobilia sequuntur personam*; pero precisamente en tal caso no hay persona: todo vínculo entre la persona y la cosa ha desaparecido, porque el propietario muerto no ha dejado representante.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap. — *Aplicación del art. 3588.* — La propiedad que la ley orgánica atribuye á la Municipalidad sobre los terrenos públicos de la Capital sólo se refiere á aquéllos que no hayan salido del dominio público. — Jur. Civ., VI, 109, Sér. 3ª.

para que el Estado pueda apoderarse de los bienes de una sucesión vacante, el juez debe entregarlos bajo inventario y tasación judicial. El Fisco sólo responde por la suma que importan los bienes.

del difunto y es un verdadero sucesor. Así dicen Baudry-Lacantinerie y Wahl, I, 659: «pero aunque el Estado no es un heredero, su situación es la de un sucesor universal, pues recoge todo el patrimonio. De ahí la obligación que le incumbe de soportar las deudas del difunto que son una carga de la universalidad que constituye su patrimonio. Se puede unir á este principio el derecho del Estado para no reclamar la sucesión si es onerosa; pero este derecho que se le ha negado sin razón, se justifica de todos modos: la adquisición de toda propiedad está subordinada á la voluntad del que la hace. En todo caso, el carácter del derecho del Estado produce, en la opinión que obliga á los sucesores aun irregulares, á pagar las deudas hereditarias *ultra vires*, una consecuencia importante, es que el Estado, no siendo un sucesor *ab intestato*, no está, según la misma opinión, obligado por las deudas *ultra vires*». Esto importa establecer que el Estado General ó particular al recoger la herencia goza del beneficio de inventario, como si fuera un incapaz, no puede ser obligado como el heredero puro y simple.

Se dice que declarada vacante la sucesión, el Estado la recoge. Si en la sucesión se encuentra un privilegio de invención ¿lo adquirirá también? Así se ha decidido por la Corte de Casación en sentencia de 25 de Enero de 1856 y lo sostienen autores como Renouar, Ruben de Couder y Pouillet. ¿Y acaso un privilegio de invención no representa algunas veces una fortuna? ¿Por qué entraría á ser de todo el mundo, cuando el Estado lo puede enajenar ó hacer explotar?

Si el Estado sucede en todos los derechos del difunto, lo haría igualmente en el beneficio de un seguro contra accidentes, ó de un seguro de vida contraído en provecho de sus herederos; porque el Estado, en este caso, los representa.

El artículo ordena que se entreguen los bienes bajo inventario y tasación judicial; pero ordinariamente se venden por la mano de la justicia y el Fisco recibe su importe del que responde cuando apareciesen parientes dentro del 6º grado, ó herederos instituidos en un testamento desconocido.—Comp. GOYENA, arts. 784 y 785. Cód. DE CALIFORNIA, art. 3892.—Véanse arts. 3410 á 3515, 3543, 3544 y 3588.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3589.—Véase fallo al art. 3588.—Jur. Civ., VI, 10ª, Sér. 3ª.

CAPÍTULO VIII

§ 983. — SUCESIÓN DE BIENES RESERVADOS

La reserva es una institución que no tiene su razón de ser entre nosotros, ni responde á las necesidades de la actual civilización, que tiende á hacer desaparecer las incertidumbres y trabas impuestas á la libre circulación de la propiedad. La reserva consiste en conservar el padre ó la madre que contrajere segundas nupcias, los bienes que herede de uno de sus hijos, para los hermanos ó descendientes de éstos, á fin de que excluyan á los medios hermanos, lo que no podría suceder, si se confundieran con los demás bienes, así que tratándose de esos bienes reservados, dice el **art. 3590**: *si á la muerte del padre ó de la madre*

(**Art. 3590.**) Dijimos en el tomo I, pág. 455 de esta obra, comentando el art. 115 de la ley de matrimonio civil, que prima sobre esta materia, porque es posterior á la vigencia del presente artículo, que la institución de la reserva era anticuada y debía suprimirse, por ser contraria á los principios económicos que rigen la circulación y distribución de la riqueza. El Código español, inspirándose en la legislación de Partidas y de las leyes Recopiladas, extiende la obligación de la reserva al viudo ó viuda que pase á segundo matrimonio, que debe reservar á los hijos del primer lecho todo lo que hubiere recibido del difunto por testamento, *ab intestato*, donación ó cualquier otro título, haciendo más odiosa la desigualdad entre los hijos del segundo lecho con los del primero. Afortunadamente nuestro Código la ha restringido á lo que los padres recibieran de los hijos del primer lecho por testamento ó *ab intestato*: excluyendo

que contrajo segundo matrimonio, no existen hijos ni descendientes legítimos del primer matrimonio, aunque existan herederos,

de este modo todo lo recibido por cualquier otro título, que no debe reservarse.

Para resolver las cuestiones que se originan de esta disposición, es necesario tener presente que la institución de la reserva, siendo de derecho excepcional, debe limitarse á lo estrictamente comprendido en los términos de la disposición que la impone.

¿Es válida la enajenación que el sobreviviente hiciere de los bienes recibidos de uno de sus hijos? Si; porque la reserva sólo le es impuesta, cuando pasare á ulteriores nupcias; antes de ese hecho los bienes heredados eran suyos y pudo disponer libremente.

¿Qué bienes comprende la reserva? ¿Los recibidos antes de casarse, ó los heredados después, ó unos y otros? La ley no hace distinción, ni habría razón para hacerla; y si bien habla de un tiempo pasado cuando dice: «está obligado á reservar á los hijos del primer matrimonio, ó á sus descendientes legítimos, la propiedad de los bienes que por testamento ó ab intestato *hubiese heredado* de alguno de ellos»; es porque ese tiempo comprende no sólo los que recibió antes de casarse, sino también los que haya heredado después. En efecto; el padre ó la madre que ha heredado un bien de uno de sus hijos, ó lo heredase después de casado; en uno y otro caso se refiere al tiempo pasado no del momento en que recibe la herencia, sino aquel en que la reserva comienza. Todo lo heredado de los hijos del primer lecho, en cualquier tiempo que sea, debe reservarse para sus hermanos enteros, como lo heredado de los hijos del segundo ó tercer lecho, debe reservarse igualmente para los hermanos bilaterales.

Para sostener esta interpretación, podemos ir á la fuente de la disposición, que indudablemente es la ley 7, tit. 4, lib. 10, Nov. Rec., citada por el Dr. Velez-Sarsfield en la nota al art. 237, confirmado por el art. 115 de la ley de Matrimonio Civil, así como la ley 26, tit. 13, Part. 5^a, que comprenden todos los bienes recibidos, sin hacer distinción alguna. Goyena, art. 801, dice: de los bienes que adquirió, y el Cód. Civ. Español, art. 969, de los bienes que *haya adquirido*. expresión más conforme con la verdad de los hechos. La expresión de: los bienes que *adquirió, hubiese adquirido, ó haya adquirido*, no se refieren al tiempo de la adquisición con relación al matrimonio, sino al hecho mismo de la adquisición y á la obligación de reservarlos que comienza desde el segundo ó tercer matrimonio, y se toman como equivalentes.

La obligación de la reserva sólo principia con el segundo matrimonio, de modo que antes ha podido enajenarlos; pero si falleciese

éstos no tienen ningún derecho á suceder en los bienes reservados, que entran á confundirse con los bienes propios del padre ó de la madre que contrajo segundas nupcias.

el cónyuge del segundo matrimonio sin dejar hijos ¿continuaría la reserva, ó podría disponer nuevamente de esos bienes? Como han desaparecido las causas que impuso la reserva, para impedir que los hijos del segundo matrimonio ó del cónyuge heredasen esos bienes, que corresponden á los hijos del primer lecho, mi opinión es que puede enajenarlos, y que se debe reputar como si jamás se hubiera casado; lo mismo sucedería cuando se declarase nulo el matrimonio. Es cierto que el art. 115, dice: en caso de segundo matrimonio, conservará durante su vida, sólo el usufructo de dichos bienes; pero como la reserva se ha instituido con el objeto de impedir que los hijos del segundo matrimonio y el cónyuge puedan aprovecharse de ellos, por las enajenaciones que el padre hiciera entrándolos en la masa común; eso temor desaparece desde que vuelve al estado que antes del matrimonio tenía. Por otra parte, impedirle que disponga de dichos bienes, sería en perjuicio de los mismos hijos, porque le privarían de adelantarlos, y aumentar la fortuna que debe dejarles. ¿Por qué conservar una prohibición sin objeto?

Si el padre que ha contraído segundas nupcias, enajenare los bienes recibidos por herencia de uno de los hijos del primer lecho, ¿quiénes podrían demandar la nulidad de enajenación, y desde qué tiempo correría la prescripción? Á la primera debemos responder, que los hijos y descendientes legítimos de éstos pueden ejercer dos acciones: 1ª, la de reivindicación contra los poseedores actuales de esos bienes, si fuera posible tal acción; 2ª, la de pedir en la sucesión de su padre, se les acuerde el valor de los bienes enajenados.

La segunda es más difícil resolver. El que ha comprado de buena fe uno de esos bienes sin saber que eran reservados y pertenecían á los hijos del enajenante, ha podido prescribirlos contra mayores, por diez años entre presentes y veinte entre ausentes, pues se encuentra en el caso del que compra una propiedad ajena, sin saberlo, que la prescribe por el mismo tiempo. Otra cosa se decidiría si en la escritura misma constase la circunstancia de ser el bien adquirido por herencia de uno de los hijos del primer lecho, siendo casado el enajenante; entonces no podría adquirirla sino por treinta años, para lo que no necesita título; pero podría comenzar á prescribirla con su título desde que falleció el enajenante, si los hijos del primer lecho eran mayores de edad. No hay razón para sentar como principio general, que la prescripción sólo comienza para los herederos desde la muerte del ascendiente, á menos

La reserva tiene también otro objeto, como se demuestra en la nota del Dr. Velez-Sarsfield; el que los bienes heredados de su

de limitarla á la acción que éstos deben ejercer contra sus coherederos por la parte que les corresponde, en cuyo caso la regla se aplicaría.

Supongamos que el cónyuge al contraer su segundo matrimonio tiene tres hijos del primer lecho, y al morir uno de ellos, sin descendientes, le deja cien mil pesos; pero cuando ha recibido la herencia se encontraba viudo con dos hijos del segundo lecho. ¿Debe reservarlos para los hijos del primer lecho? La afirmativa no ofrece dudas; pero si después hubiera fallecido otro hijo del primer lecho; se pregunta, si el padre hereda la parte que á éste correspondía en los bienes reservados; es decir, los 50 mil pesos de los cien que dejó su primer hermano fallecido y que debían dividirse entre los dos hermanos sobrevivientes, ó sus herederos á la muerte de su padre, excluyendo á sus medios hermanos. Mi opinión es negativa; porque el padre sólo tiene el usufructo de esos bienes que deben volver á los hermanos del fallecido ó á sus descendientes legítimos. No puede incorporarlos á la masa de bienes, para distribuirlos entre todos sus hijos; porque el objeto de la reserva es impedir que los medios hermanos hereden á la par de los hermanos bilaterales tratándose de bienes dejados por un hermano.

No es exacto, como algunos sostienen, que desde el momento del casamiento, los hijos adquieran la propiedad de los bienes sujetos á reserva, pues como lo hemos sostenido en este mismo artículo, si vuelve á enviudar sin hijos del segundo matrimonio, ó si éste es anulado, el padre puede disponer nuevamente de esos bienes. Pero hay más, la reserva tiene un objeto bien marcado, conservar esos bienes para los hermanos enteros, y mientras éstos ó sus descendientes existan, los padres no pueden entrar á la masa común lo que recibieren de esos hermanos, para que reciban una parte igual los del segundo lecho. Cada hermano del primer lecho que fallece dejando bienes que su padre recibe, se incluyen en la reserva que recogerá el último sobreviviente de sus hermanos, ó los descendientes legítimos, y esas partes no la reciben por el derecho de acrecer, porque en este caso no hay acrecimiento; hay una disposición expresa que manda reservar todas esas partes; así es, que los 50 mil que corresponderían al hijo fallecido, se reservan igualmente para el hermano sobreviviente.

La reserva no es sólo creada para los hijos del primer matrimonio como lo cree el Dr. Llerena; porque es una regla general aplicable á un tercero ó cuarto matrimonio. La reserva tiene por único objeto defender este principio de la sucesión: el hermano de padre y madre ex-

hijo no pasen á otras manos que á los descendientes legítimos de sus hermanos, porque si no existiera esa limitación vendrían á

cluye en la sucesión del hermano difunto, al medio hermano, art. 3586; porque si los padres heredasen esos bienes sin obligación de reservarlos, entrarían en la masa común, y los dividirían por iguales partes todos los hijos, tanto los del primer lecho, como los del segundo. Así, cuando el padre casado por tercera vez, teniendo hijos del primero y segundo lecho, recibe una herencia de los del segundo, tiene obligación de reservarla para los hermanos enteros de éste; y lo mismo sucedería si contrajese un cuarto matrimonio. Creo pues, un error cuando dice dicho autor: «supóngase que á la muerte del cónyuge casado en segunda ó tercera nupcias, de tres hijos que eran del primer matrimonio sólo ha quedado uno. ¿Recibirá éste todo lo heredado de éstos por el padre ó madre, ó sólo recibirá la tercera parte del primer hermano muerto y toda la del segundo? Pensamos que sí, pues que la ley no ha establecido un derecho de acrecer entre los hermanos». Pero no hay necesidad del derecho de acrecer; bastará recordar que la ley exige é impone á los padres la obligación de reservar á los hijos del primer lecho, lo recibido por herencia de alguno de ellos, para convencerse, que muerto el primero de los tres hermanos, lo dejado por éste debe reservarse para los dos que le sobreviven, y lo mismo debe hacerse con lo que deje el segundo; el sobreviviente recibirá todo lo que haya heredado su padre de sus dos hermanos fallecidos, no por el derecho de acrecer, sino por la reserva impuesta al padre que ha recibido esos bienes en usufructo. La nota del Dr. Velez-Sarfield aclara este punto.

La reserva se ha creado en favor de los hijos y sus descendientes legítimos para recibir la herencia que su hermano entero haya dejado al padre ó madre sobreviviente que ha contraído segundas nupcias; fuera de este caso no hay reserva; así, cuando el padre que contrajo segundo matrimonio recibe la herencia de su nieto, no está obligado á reservarla, porque no es el caso del artículo que exige la existencia de descendientes legítimos del fallecido, recogiendo la herencia directamente su padre; tampoco está obligado á reservar lo que el cónyuge haya recibido de sus propios hijos, cuando no hay hermanos enteros ó descendientes de éstos, sino medios hermanos del segundo ó tercer matrimonio.

Los bienes adquiridos de los hijos del segundo matrimonio, se reservarán para los hermanos del segundo lecho, si el cónyuge sobreviviente se casare por tercera vez; porque sólo en ese caso está obligado á la reserva; del mismo modo, lo que recibieren de los hijos del primer

pertenecer á extraños á esos hermanos, como en el caso propuesto en la nota.

lecho, debe reservarlos mientras haya hermanos enteros ó descendientes legítimos de ellos; y con más razón si contrajera terceras nupcias, estaría obligado á reservar lo que recibiera de sus hijos del primero y segundo lecho, para los hermanos bilaterales ó sus descendientes legítimos.

¿Pueden los hijos renunciar á la reserva? Si son mayores de edad y es hecha con las formalidades de la ley, no veo inconveniente; pero es necesario que la herencia haya sido deferida, porque no se puede renunciar á una herencia futura.—Comp. nuestro comentario al art. 115, ley de Matr. Civil, y la nota 394 de la *Instituta*.—Véanse los arts. 237 y 238 que han sido sustituidos por los arts. 115 y 116, ley de Matr. Civil.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3590.—Véase Goyena, art. 804, Novela 2, cap. 2, y Novela 22, cap. 26.—L. 3, Tit. 9, Lib. 5, Cód. Romano.—Suponed que una madre viuda herede el haber paterno de un hijo muerto; que ha contraído segundo matrimonio, teniendo una hija del primero. Para ésta sería sin duda la reserva de la herencia paterna del hermano muerto. Esta hija se casa, tiene un hijo, y muere: los bienes para ella reservados, pasan á su hijo. Pero este hijo muere también, y lo hereda su padre legítimo. El artículo dispone que, sin embargo de ser el padre heredero de su hijo, á quien correspondían los bienes reservados, no heredará en ellos, y que la reserva queda concluida, volviendo los bienes reservados á ser propiedad de la viuda que contrajo segundo matrimonio. La razón, dice Goyena, es porque el objeto de la reserva es favorecer á los hijos y descendientes legítimos del primer matrimonio, y no á sus herederos, respecto á los cuales no obran las consideraciones porque fué introducida.

TITULO X

DE LA PORCIÓN LEGÍTIMA DE LOS HEREDEROS FORZOSOS

§ 984. — GENERALIDADES

El codificador argentino, siguiendo la legislación de los pueblos latinos, trabajados por la idea del colectivismo, en que el individuo desaparece, por decirlo así, para confundirse con ese gran todo que se llama asociación ó nación, ha encadenado la actividad humana poniendo un límite á los actos gratuitos que puede ejecutar el individuo durante su vida, cuando tiene ascendientes ó descendientes, y como una consecuencia ha extendido esa limitación á las disposiciones testamentarias, creando por su propia autoridad herederos forzosos, que están destinados á recoger los bienes que dejare el fallecido, sin que la voluntad del individuo pueda sobreponerse al mandato de la ley; por eso dice, que *la capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna á sus herederos* (**art. 3591**, 2^a parte), privándole de disponer de lo que es el fruto de su tra-

(**Art. 3591.**) La legítima forzosa de los herederos, responde á uno de los dos sistemas en que se han dividido las naciones de raza latina, la sajona y anglosajona. No es de este lugar examinar en sus bases fundamentales ambos sistemas; pero esbozaremos las conveniencias que uno y otro ofrecen en los tiempos modernos, y el provecho que la sociedad recibe de uno y otro.

Sería hacer una ofensa á las naciones que han rechazado la legítima forzosa, el decir que este sistema tiene por base la moral, la jus-

bajo. No se ha tenido la suficiente confianza en la solidez de los vínculos que ligan á la familia argentina, cometiendo la injusticia de creer, que por cualquier causa, los padres y los hijos olvidarían esos deberes sagrados. Las sociedades latinas trabajadas constantemente por el ideal religioso, que han creído llenar en forma de dádivas á las iglesias ó corporaciones religiosas, se han visto paralizadas en su desenvolvimiento progresivo, por esa especie de enfermedad del espíritu, que olvidando su misión en este mundo, han aspirado á la posesión del soñado paraíso. Esta fué una de las causas de esas limitaciones impuestas por los legisladores. Pero en los tiempos presentes, la herencia forzosa es un elemento de atraso, de falta de aspiraciones y de actividad en los individuos, que daña el progreso de las sociedades modernas. Se esteriliza el esfuerzo de los padres que han adquirido una fortuna; porque los hijos en vez de trabajar, de esforzarse por conquistar una posición propia, esperan tranquilos esa fortuna que tantos desvelos ha costado á sus padres, para gozar de los placeres que ella proporciona. Y de ahí, que de un hombre, que con su esfuerzo individual se habría conquistado una fortuna contribuyendo á la riqueza nacional, lo hemos convertido en una especie de parásito, que no hace esfuerzo alguno, porque tiene un nombre estimado y respetado, una posición distinguida, comodidades de toda especie, dinero para sus placeres, y en un porvenir cercano una fortuna que recogerá necesariamente. ¿Qué habría sido ese hombre, si tuviera la incertidumbre, que la muerte de sus padres, lo puede arrojar en una medianía, ya que no en la miseria? Habría trabajado, sin tener en cuenta la eventualidad de la herencia, y concluiría por mirarla como algo extraño que no debe modificar su presente de labor y de trabajo. . .

¿Pero qué es la legítima? El **art. 3591**, la define diciendo:

ticia y la estabilidad social; porque nada tiene que ver la moral, ni la estabilidad social se debilita con la completa libertad para testar. Por el contrario, si alguno de los sistemas puede tocar á la moral, pervirtiendo al hombre y creándole deseos inconfesables, es este sistema, que comen-
zando por herir la libertad de disponer, desconociendo el derecho del hombre para hacer imperar su voluntad aun más allá de la tumba, crea en favor de ciertos individuos derechos de que no pueden ser privados

la legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado á determinada porción de la herencia, de la que no puede ser privado sino por una justa causa de desheredación, ó por las causas que la ley ha juzgado bastante graves para declararlo indigno; en que la ley substituyéndose al testador pena al heredero, suponiendo que aquél en su caso así lo habría hecho.

sino por causas graves, asegurándoles la propiedad de bienes en los que nada han hecho para adquirirlos; matando así el esfuerzo individual del descendiente, que en ciertos momentos siente, tal vez, que su padre ó su abuelo prolonguen tanto una vida de labor, privándole de una fortuna que ya toca con la mano febril del deseo no satisfecho. ¿Qué beneficios puede recibir la sociedad con entregar una fortuna, que representa la labor de toda una vida honesta, á individuos que rechazan el trabajo, y sólo toman los goces efímeros que proporciona la riqueza? Habría sido preferible que esa fuerza inmensa que representa el capital, y que bien dirigido está destinado á engrandecer y hacer prosperar á la nación, pasara á manos expertas y hábiles, y no fuera á formar el patrimonio de esos rezagados é inútiles, criados en medio de las comodidades, que saben como se disipa y se gasta, é ignoran cómo se adquiere. La herencia forzosa, agosta y mata en germen, por decirlo así, una actividad que habría dado ópimos frutos, si el individuo no tuviera más derechos que los que sus ascendientes quieran concederles. ¿Por qué la ley se ha de interponer entre la voluntad justa, ilustrada y consciente del ascendiente, para imponerle forzosamente el modo de distribuir sus bienes? Es muy justo que ella intervenga, cuando el padre no ha manifestado su voluntad, y entonces suponga el hecho ordinario que se funda, no en el cariño variable, sino en el vínculo de la sangre, que es más seguro y que permanece, para hacer suceder al más próximo, concediendo el derecho de representación en la línea recta.

¿Dónde está la justicia que permite al hombre durante su vida el disponer libremente por título oneroso de lo que es suyo, y le priva de esa facultad, cuando dispone para después de su muerte á título gratuito?

Se dice que la libre disposición de los bienes perturba la estabilidad social, porque ataca á la familia, base y fundamento de toda sociedad organizada; pero esto no es exacto; por el contrario, une y estrecha más íntimamente á todos los que viven bajo un mismo techo, ó que se encuentran ligados por los vínculos de la sangre; vigoriza la autoridad de los padres, haciendo más sumisos y obedientes á los hijos, no por el temor de que sus padres no les dejen herencia, sino por el cariño y res-

Y el Código, olvidando que la misión del legislador es de mandar, sea prohibiendo ó concediendo un derecho, y que fuera de

peto con que siempre deben ser mirados. Por otra parte, sabiendo que no tienen derecho alguno á los bienes que su padre ha adquirido, ellos trabajarán á su vez, para crearse una posición social como la adquirida por aquél, confiarán en su propio esfuerzo, y de esta actividad bien dirigida, la sociedad recibirá el provecho evidente de los progresos que realizan los pueblos de la raza sajona y anglosajona.

¿Qué padre, por otra parte, dejará sin herencia á sus hijos, sino por causas muy graves? Y suponiendo que haya casos en que haciendo preferencias indebidas, con aquellos que han halagado las debilidades de su vejez, dejándoles toda su fortuna, es más justo que carguen en esos casos raros con toda la responsabilidad de su injusticia, que interponerse entre ellos para impedirles que distribuyan el fruto de su esfuerzo entre aquellos que crean más dignos de continuar la obra comenzada.

Más justo y razonable sería fundar este sistema de las legítimas forzosas, en nuestras peculiaridades de raza y de costumbres, que en la moral y la justicia. La familia, en las naciones que llamamos de raza latina, difiere en su formación, en su proceso, y en las tendencias que la dirigen, de la familia en la raza sajona. Entre nosotros, toda la aspiración de los padres es ahorrar á los hijos aquellos sinsabores y privaciones á que hemos estado expuestos, en facilitarles el camino de la vida, y dejarles un patrimonio que los ponga en las mismas condiciones en que hemos vivido; más aún, en algunas naciones, como en Francia, por ejemplo, se persigue el ideal del hijo único que reciba toda la herencia, para que el nombre y la posición social no decaiga, conservándose en el mismo pie de igualdad. Los de raza sajona, arman al hombre para las luchas de la vida, dándoles la aspiración de formarse por sí mismos, y conquistar por su propio esfuerzo una posición que sólo deberán á su valer individual; poniendo el gérmen de la grandeza futura de la familia y de la nación; por eso marchan hacia la dominación universal. Nosotros afebinamos la raza, rodeando de cuidados á nuestros hijos, privándoles de todo esfuerzo; ellos la vigorizan lanzándolos á la conquista del mundo. Pero nos hemos salido de los límites de un comentario; creemos que en un porvenir no muy lejano, cambiaremos este sistema dejando á los padres mayores libertades para disponer de lo que adquirieron con su esfuerzo.

La legítima de los herederos forzosos está limitada, por decirlo así, por la porción disponible, que es correlativa de aquella. Así, cuando el difunto deja hijos legítimos, éstos tienen las cuatro quintas partes de la

este radio de acción se encuentra el individuo libre de ejecutar personalmente un acto cualquiera, menos en lo que se refiere á las acciones en justicia, que deben ser concedidas expresamente, se nos presenta con meras enunciaciones que no están en la categoría de una ley, como la del **art. 3592**, que dice: *tienen una porción legítima, todos los llamados á la sucesión intestada en el orden y modo determinado en los cinco primeros capítulos del Ti-*

herencia, y el testador puede disponer libremente de la quinta restante; si deja únicamente ascendientes, la legítima de éstos son las dos terceras partes y por consiguiente, la tercera es la porción de que el testador puede disponer.

No creo que haya obscuridad en el artículo; porque si la legítima es el derecho á una porción de la herencia, quiere decir que esa parte no puede tocarse, á menos de existir justas causas para privar al heredero; todo lo que quedare de la herencia es parte disponible.—Comp. GOYENA, art. 640. CÓD. DE CALIFORNIA, arts. 3460 y 3461. CÓD. DEL URUGUAY, art. 846. CÓD. DE CHILE, art. 1167.—Véanse arts. 3354, 3484, 3598, 3605, 3714, 3759 y 3798.

(**Art. 3592.**) Este artículo es de mera referencia. Tienen legítima forzosa en primer lugar los descendientes legítimos, el cónyuge sobreviviente, y el hijo natural cuando todos concurren á la sucesión, y en ese caso la porción disponible del testador es una quinta parte de todos los bienes; en segundo lugar, vienen los ascendientes, viudo ó viuda é hijos naturales, y entonces la porción disponible es de la tercera parte de la herencia.

Cuando sólo quedare viudo ó viuda, la porción disponible será de la mitad de los bienes propios del testador, separando los gananciales que corresponden al cónyuge como socio.

Si sólo hubiere hijos naturales, la parte disponible será la mitad; lo mismo será cuando quedaren hijos naturales y viudo ó viuda, porque la porción disponible no se debe disminuir por esta circunstancia.

Cuando sólo quedaren padres naturales, la legítima de éstos es la mitad de los bienes, y la porción disponible la otra mitad, sea que fuese uno ó los dos los que lo reconocieren.

Los colaterales no tienen legítima forzosa.

Este artículo fué corregido, y en lugar de «en el orden y modo determinado en el Título anterior» se dice «en el orden y modo determinado en los cinco primeros capítulos del Título anterior».

tulo anterior; es decir, los ascendientes, cónyuges, descendientes legítimos y naturales, y padres naturales.

§ 985. — DE LA LEGÍTIMA DE LOS HIJOS LEGÍTIMOS

El legislador argentino, no ha interpretado, en mi opinión, las necesidades de la sociedad moderna agitada por esa actividad, que creando el bienestar individual, forma la riqueza y prosperidad de una nación, y ha seguido los antiguos ideales de quietismo, cristalizando, por decirlo así, energías que estaba obligado á desarrollar en beneficio de la sociedad, contrariando estas dos tendencias legítimas: dar libertad á cada uno para disponer gratuitamente, no sólo en vida, de lo que ha sido el fruto de su trabajo, sino aún para después de su muerte; y estimular la actividad de los jóvenes, empujándolos á crearse un bienestar por medio del trabajo incesante, manteniendo vivas todas las energías humanas. Así, nuestro Código no responde en esta parte al ideal de los tiempos modernos; quita á los padres la facultad de disponer libremente de sus bienes para después de su fallecimiento, y asegura á los hijos el fruto de una actividad que ellos no han desplegado, contentándose con esperar pacientemente la fortuna que un día ú otro debe llegar. Por eso no considero bien inspirada la disposición del **art. 3593**, que

(**Art. 3593**.) Cuando se trata de la legítima de los herederos forzosos es necesario tener en cuenta la porción disponible del testador, que en cierto modo se debe considerar como su legítima, que permaneco siempre inalterable, cualquiera que fueren las personas que concurren. Así, cuando sólo hay hijos legítimos, la legítima de éstos es de cuatro quintos de la herencia, y la porción disponible de un quinto; si además de hijos hubiera cónyuge vivo, entrará á heredar en los cuatro quintos, y si quedaran hijos naturales reconocidos, heredarán igualmente de los cuatro quintos disminuyendo la parte de los hermanos legítimos, quedando la porción disponible inalterable. Este principio debe aplicarse en todos los demás casos, porque la parte de que puede disponer el testador no variará ni por el número, ni por la calidad de los herederos que concurren.

Cuando el artículo habla de la porción legítima de los hijos, com-

dice: la porción legítima de los hijos legítimos es cuatro quintos de todos los bienes existentes á la muerte del testador y de los que de-

prende igualmente á los nietos ó biznietos que concurrieran en representación de sus ascendientes. Así, cuando el difunto sólo ha dejado nietos y biznietos, éstos concurren á la herencia en representación de su padre y de su abuelo, y reciben la legítima que á éste correspondía, y de la que no pueden ser privados. Si sus ascendientes hubieren sido excluidos de la herencia como indignos, su falta no les perjudicará, y entrarán en su lugar por derecho propio, dice el art. 3301, aunque en realidad vengan por derecho de representación desde que ocupan su lugar y grado.

¿Cómo deben computarse los bienes para establecer la legítima, y detracer la porción disponible del testador? Se tomarán todos los bienes existentes al tiempo del fallecimiento, y el valor de los que hubiere donado á los herederos, que se traerán á colación, si no hubiere dispensado expresamente de colacionarlos, imputándose igualmente el valor de las donaciones que hubiere hecho durante su vida á los extraños, estos valores se cargarán á la porción disponible, así como las dispensas de colación.

Supongamos que el testador ha dejado una herencia de cien mil pesos y cuatro hijos legítimos; que ha donado durante su vida á esos hijos otros cien mil pesos. Se formará el haber total de doscientos mil, de los que le quedará como porción disponible la quinta parte, ó sean cuarenta mil pesos. Si hubiera dispensado de la colación á alguno de sus hijos por el valor de veinte mil pesos donados, disminuirá su porción disponible, que sólo será de veinte mil, pues ha dispuesto de la mitad.

Las donaciones hechas á los extraños se computarán por el valor que tenían las cosas en el momento de hacerlas, y esos valores se traerán á la masa para formar el haber testamentario; si el difunto hiciera legados ó dispusiera de su quinto, no se tocarán las donaciones hechas en vida mientras quedasen á salvo las legítimas, reduciéndose los legados. En caso hubiere necesidad de reducir las donaciones, se comenzará por las más antiguas como lo sostenemos en el t. V, pág. 91 al art. 1831, de esta obra.

El principio inalterable que domina la materia es que la colación comprende todo lo donado por el testador, á sus herederos, durante su vida, aun cuando hubiere dispensado expresamente de colacionarlo, lo que importaría solamente la imputación á su porción disponible. Así, en el ejemplo propuesto, si la donación á uno de sus hijos importase cincuenta mil pesos dispensándolo de la colación, ese valor deberá traerse para

ben colacionarse á la masa de la herencia; observándose en su distribución lo dispuesto en los artículos 3570 y 3579; pero no me

formar el haber total, y como resulta que la porción disponible es sólo de cuarenta mil pesos, los diez mil pesos sobrantes se computarán en su legítima. — Comp. Cód. DE CALIFORNIA, art. 3463. DEMOLOMBE, XIX, 76. Cód. DE CHILE, art. 1182, nº 1, y la *Instituta*, nota 395. — Véanse arts. 1830, 1831, 3280, 3476, 3477, 3565 y 3579.

La cuestión importante de que tratamos en los arts. 3478 y 3484, sobre si la porción disponible del testador sufre alteración cuando ha hecho legados en el testamento, que excedieren de la porción disponible considerada la fortuna que dejare; pero que estuvieren dentro de ella, trayendo á colación lo donado á sus hijos, corresponde tratarse en este lugar. Si la legítima forzosa de los hijos es de cuatro quintos de todos los bienes existentes á la muerte del testador y de los que deben colacionarse, quiere decir que la porción disponible del testador es de una quinta parte de todos esos bienes. ¿Por qué se disminuiría cuando hubiere entregado bienes á sus hijos por adelanto á su legítima? Si dejó cuatro hijos y una fortuna de cien, habiéndoles dado cien á cuenta de su haber, la legítima de cada uno será de cuarenta, y la porción disponible de cuarenta, de modo que el testador podrá disponer de esta suma; pero nos encontramos con el art. 3478, que dice: la colación no es debida á los legatarios, ni á los acreedores de la sucesión, de modo que los legatarios sólo tendrán derecho á los veinte que como quinta parte de lo existente corresponde al difunto. Si ellos no pueden exigir la colación, quiere decir que la fortuna del difunto para ellos sólo representa cien; si nada hubiera quedado á su muerte, no pueden pretender se impute á los veinte que le correspondían en los cien entregados en vida á sus hijos. Planteadas la cuestión en este terreno, no ofrece la menor duda; pero no sostenemos que los legatarios y demás acreedores puedan exigir la colación, sinó el derecho que tendría el testador, para ordenar en su testamento, que haciéndose la colación de todos los bienes, se computase su porción disponible, que debe ser tan sagrada como la legítima de los herederos forzosos. Y para demostrar la verdad de esta proposición, que está apoyada por la letra del presente artículo, supongamos que el testador ha donado en vida cuarenta mil pesos, y entregado á sus cuatro hijos cien mil á cuenta de su haber, dejando á su fallecimiento sólo sesenta mil. ¿Se reduciría la donación como inoficiosa? No; porque no ataca la legítima de los herederos forzosos que debe formarse, según el art. 3602, atendiendo al valor líquido de los bienes quedados por muerte del testador y agregando el que tenían las

parece que expresa claramente la idea, y necesita una explicación. Para detraer la legítima de los hijos legítimos, no sólo se deben computar los bienes que deja el testador y los que deben colacionarse, sino también las donaciones hechas á extraños, ó las que por voluntad del testador no debieran traerse á colación por haberla dispensado; así es que el pensamiento no está bien expresado. Supongamos que el testador tiene cinco hijos legítimos y deja una fortuna de 80 habiendo donado á uno de los hijos 20, con la dispensa de colacionar esa suma. La legítima de cada uno sería de 16, que representan la quinta parte de 80, y no 20, porque el testador ha dispuesto en favor de uno de ellos de su porción disponible.

Cuando han quedado hijos legítimos y cónyuge sobreviviente, éste se considera como un hijo legítimo, y no se altera la porción disponible del testador; pero debe tenerse en cuenta para fijarla, las donaciones que haya hecho durante su vida, siempre que no deban colacionarse; porque las colacionables se consideran como un adelanto á la legítima.

donaciones al tiempo en que las hizo, y como haciendo esta operación resulta que el haber total era de doscientos mil, resultará que no podrán atacarse por inoficiosas. Y si quedan válidas y subsistentes esas donaciones, ¿por qué no lo serían aquellas en que el testador mismo impulsara á sus herederos el deber de respetar las hechas en el testamento, por estar dentro de su porción disponible, colacionando lo donado á ellos? Si bien los legatarios no tienen derecho para demandar la colación, ¿por qué se privaría al testador de defender su porción disponible? Mi opinión es que el testador puede obligar á sus herederos que respeten los legados si no atacan su legítima forzosa, ordenándoles expresamente que traigan á la masa el valor de los bienes donados en vida para sacar esa porción, que tiene derecho para defender; en este caso los legatarios no vendrían á exigir la colación, pues sería el mismo testador quien la ordena, y su voluntad debe ser respetada.—Véase el comentario á los arts. 3478 y 3484.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3593.—Es nula la entrega hecha á un hijo por un padre, de bienes cuyo valor sobrepase la porción que la ley señala como disponible al testador, aun cuando hubiese sido á título oneroso.—Jur. Civ., I, 474, Sér. 1ª.

§ 986.—DE LA LEGÍTIMA DE LOS ASCENDIENTES Y DE LOS CÓNYUGES

En el sistema del Código los descendientes legítimos excluyen á los ascendientes, y aunque lo hemos criticado en el comentario, volvemos á hacerlo, porque no sólo desconoce los sacrificios hechos por los padres en favor de sus hijos, y la veneración y respeto que éstos deben tenerles, sino que es contrario á la distribución de la riqueza, acumulando en una sola mano, muchas veces, una enorme fortuna, contribuyendo á este desequilibrio que trabaja y perturba á las viejas sociedades. Ya que se limita tan estrechamente la facultad de disponer, el legislador debió extender los beneficios á todos los que están vinculados no sólo por la sangre, sino por los afectos. ¿Por qué razón el hijo legítimo no excluye al hijo natural, y comparte con él la herencia, y no lo haría igualmente con el padre, hermano y cónyuge?

Así es que, cuando no existen hijos legítimos, *la legítima de los ascendientes* (legítimos) *es de dos tercios de los bienes de la sucesión, observándose en su distribución los arts. 3571 y 3580 (art. 3594)*, y esa legítima no se altera aunque haya cónyuges é

(**Art. 3594.**) La legítima de los descendientes, ni la de los ascendientes no debe variar, por el número, ni la condición de las personas que concurran á recoger la herencia, como tampoco debe alterarse la porción disponible del testador que es correlativa, y se puede decir que es también su legítima. Así, cuando concurren descendientes, la legítima de éstos es de cuatro quintos, y la porción disponible de un quinto, y esta proporción no se altera por la circunstancia de existir hijos naturales, viudo ó viuda, pues todos entran en la proporción designada por la ley á dividirse las cuatro quintas partes de la herencia.

En el caso del artículo, la porción disponible del testador es de un tercio de la herencia, y los dos tercios restantes se dividen entre los ascendientes y los que concurran con ellos á recoger la herencia. Si vienen con los ascendientes, el viudo ó viuda sobreviviente, se dividirán la herencia por cabeza, tomando una parte igual; si concurrieran con los hijos naturales esa proporción se altera, y dividen por mitad la herencia, tomando los ascendientes una mitad y la otra los hijos naturales; si concurren con los ascendientes, el viudo ó viuda y los hijos naturales, los dos tercios de la herencia lo dividen en otra forma; la mitad la to-

hijos naturales, con quienes dividirán las dos terceras partes que la ley acuerda á los ascendientes.

En cuanto á los cónyuges, el legislador argentino se ha visto obligado, por la naturaleza del sistema adoptado, á colocarlos en las diversas situaciones en que se encontrarían según fueran los herederos con los que concurrieran; pero cuando vienen solos á recoger la herencia del premuerto ha dicho el **art. 3595**: *la le-*

marán los ascendientes para dividirla por personas, y la otra mitad la dividirán á su vez el viudo ó viuda y los hijos naturales en dos porciones iguales, tomando una éstos y la otra el viudo ó viuda. Esta fluctuación la hemos criticado en los arts. 3571, 3580 y 3581, pues no responde á un verdadero sistema de distribución; pero en todos los casos, la porción disponible del testador queda inalterable, y para sacarla, así como las legítimas forzosas, se procederá como lo indica el art. 3602.

Estoy conforme con el Dr. Llerena, que dice á este respecto; «cuando concurre (concurren) con el viudo ó viuda, esas dos terceras partes se dividen por cabeza entre los ascendientes de primer grado, padre ó madre y el viudo ó viuda, art. 3578, excluyendo á los otros *descendientes* (ascendientes debe decir) de segundo grado, que sólo heredan en falta de aquellos»; porque en la línea ascendente no hay derecho de representación y los más próximos en grado excluyen á los más remotos. Cuando existiera un sólo descendiente legítimo que hubiere sido desheredado ó declarado indigno, y no tuviere descendientes ¿cuál será la porción disponible del testador, si sólo hubiere ascendientes y viudo ó viuda? La de un tercio, porque lo heredan los ascendientes y obsérvese este hecho curioso: el viudo ó la viuda que entraba á la sucesión para recoger las cuatro quintas partes, viene á cambiar de situación y divide las dos terceras partes por cabeza con los ascendientes, perjudicándose y pagando las culpas de su hijo; mientras, por el contrario, el hijo natural que sólo tomaba una cuarta parte de lo que le correspondía al cónyuge supérstite, toma una parte igual á éste, beneficiando con la falta de su hermano. ¿Y qué sucedería en caso de renuncia de la sucesión? Si no tuviera descendientes que entrasen en su representación, la herencia se dividiría como si no existieran.

El artículo habla de la legítima de los ascendientes *legítimos*, porque los naturales no tienen legítima á no ser los padres que los reconocieron. —Comp. Cód. de California, art. 3471. DEMOLMBE, XIX, 116. — Véanse arts. 3567, 3569 y 3581.

(**Art. 3595.**) Hemos dicho que la ley, al determinar la legítima de los

gítima de los cónyuges cuando no existen descendientes ni ascendientes del difunto, será la mitad de los bienes de la sucesión del

herederos forzosos, fijaba al mismo tiempo la porción disponible del testador, que es correlativa, y se puede decir figuradamente, que es también su legítima de la que jamás puede ser privado. Partiendo de este principio, se debe sostener que la porción disponible del testador, es de la mitad de sus bienes, desde que la legítima forzosa del cónyuge supérstite es de la mitad. ¿Se transformaría acaso como lo sostiene el Dr. Llerena, cuando concurriera con hijos naturales? No lo creo; porque la mitad de la herencia del testador es la que se debe dividir entre los herederos que concurren á recogerla, dejando la otra como porción de que el testador puede disponer libremente.

No se debe extrañar los cambios de situación y de legítima que experimenta el viudo ó viuda, al concurrir con diversos herederos, esa especie de anomalía que hemos señalado ocurre por el sistema defectuoso de nuestro Código. Así, por ejemplo, cuando el cónyuge supérstite concurre con sus hijos, excluye á los ascendientes, y aventaja á los hijos naturales, tomando de la herencia cuatro tantos más que éstos, mientras que cuando concurre con éstos la divide por mitad; pero hay más, si el fallecido ha dejado sólo ascendientes, el cónyuge sobreviviente que los excluía, concurre con ellos á dividir la herencia por cabeza; si además de los ascendientes quedasen hijos naturales vuelve á alterarse su porción, pues divide los dos tercios de la fortuna del fallecido en cuatro partes, dos para los ascendientes y una para el hijo natural con quien queda equiparado.

¿Por qué parece entonces chocante á dicho autor, el que la porción disponible del testador sea de la mitad cuando sólo queda viuda é hijos naturales? Si el sistema del Código se presta á una justa crítica, como lo hemos hecho notar, no podemos alterarlo y debemos seguirlo en sus desenvolvimientos lógicos. Pero se arguye con el artículo siguiente, que habla de la legítima del hijo natural cuando no quedan descendientes ni ascendientes legítimos, ni viudo ó viuda; para sacar la consecuencia de que cuando quedase viudo ó viuda la mitad del hijo natural será después de haber extraído la mitad de la herencia para el viudo ó viuda, y una cuarta parte para el hijo natural, quedando como porción disponible al testador sólo una cuarta parte. ¿Pero dónde está la disposición que diga semejante cosa? Con razón dice el Dr. Segovia al ocuparse de este punto: «Esto no es interpretar sino hacer leyes!»

Pero hagamos estas reflexiones: si cuando el cónyuge sobreviviente concurre con los ascendientes y los hijos naturales, la porción disponible

cónyuge muerto, aunque los bienes de la sucesión sean gananciales, porque conserva su doble carácter de socio y de heredero, mien-

del testador es de un tercio de su fortuna ¿cómo esa porción se disminuiría á una cuarta parte por el solo hecho de que no concurren ascendientes? Defendemos la porción disponible del testador, que no puede ser amenguada por el número de personas que concurren á tomar parte en su sucesión, y que sirve además de norma para determinar la legítima de los herederos forzosos. Así, cuando quedan descendientes legítimos la porción disponible es el quinto de sus bienes, y los cuatro quintos restantes se dividirán entre los que concurren á recogerlos, si hay cónyuge vivo tomará una parte igual á sus hijos, si con el cónyuge concurren hijos naturales, tomarán siempre de esas cuatro quintas partes, la que por ley le corresponda; esto mismo se observa cuando sólo hay ascendientes; el art. 3594, como el que comentamos, y el 3596, sólo hablan de la legítima de los descendientes legítimos; después de los ascendientes, para venir á determinar en seguida la legítima del cónyuge y después la del hijo natural, y en cada uno de esos casos, la porción disponible del testador queda inalterable, cualquiera que sea el número y la clase de herederos. Así, por ejemplo, cuando el art. 3593 dice, que la legítima de los descendientes legítimos es de cuatro quintos de la herencia, no menciona al viudo ó viuda ni á los hijos naturales que concurren con ellos á recoger la sucesión, si existen, entran á dividirse los cuatro quintos, sin tocar la porción disponible; lo mismo dice el art. 3594, la legítima de los ascendientes es de dos tercios de la sucesión; pero si quedasen viudo ó viuda é hijos naturales, esos dos tercios son inalterables, no aumentan ni disminuyen, y entran á dividirlos según se ha dicho en los arts. 3571 y 3580. Cuando quedare viudo ó viuda, la porción disponible del testador, es la mitad de los bienes, y no se altera porque existieran hijos naturales que vendrían á dividir la herencia con el cónyuge sobreviviente. Viene en seguida el art. 3596, colocándose en el supuesto de que sólo quedaran hijos naturales, y les señala por legítima la mitad de los bienes; pero si existe viudo ó viuda, esa mitad entrarán á dividirla con el sobreviviente. Y para apoyar esta conclusión que reputo irreproachable, supongamos que ha muerto sin testar; que todos los bienes son del fallecido; que sólo ha dejado viuda é hijos naturales. ¿Cómo deben dividir la herencia? El art. 3578 es terminante, la viuda hereda una mitad y la otra los hijos naturales. En sostener lo contrario hay un error evidente, sin duda, causado por el sistema tan incompleto seguido por el Código; por eso se pregunta el mencionado autor: «¿Qué razón habría para que la legítima del cónyuge fuera mayor cuando concurre con los descendientes ó ascendientes legíti-

tras no haya descendientes ó ascendientes; pero cuando existen, rige la disposición del art. 3576, en que no toma parte alguna en los gananciales divididos, lo que es justo, pues de otro modo absorbería la mayor parte de la herencia.

§ 987. — DE LA LEGÍTIMA DE LOS PADRES É HIJOS NATURALES

La legítima forzosa de los herederos siempre será inalterable cuando se tratare de los descendientes ó ascendientes legítimos,

mos, y fuera menor cuando concurre con los hijos naturales, que en ningún caso son superiores á aquellos? Ninguna, absolutamente; debemos entonces dar á la ley una interpretación que, estando ajustada á sus términos, no importe un contrasentido, como sería si al viudo ó viuda sólo se le dejase la cuarta parte de la sucesión cuando existe un hijo natural y la mitad de las cuatro quintas cuando concurren con un hijo legítimo». No hay, en verdad, *contrasentido*, sino imperfección en el sistema adoptado por el Código; así, el viudo ó viuda que excluye á los ascendientes cuando concurren con los descendientes, toma una parte igual, si éstos no existen y concurre con los ascendientes del fallecido. ¿Habría contrasentido en tal disposición? Si quedan sólo ascendientes é hijo natural, el viudo ó viuda, que excluía con éste á aquéllos, cuando concurrían con los descendientes legítimos, dividen la herencia por iguales partes, tomando la mitad los ascendientes, la cuarta parte el hijo natural y la otra cuarta parte el viudo ó viuda. ¿Hay también contrasentido en esta disposición? Cuando los hijos naturales concurren solos con los ascendientes, toman la mitad de la herencia, mientras sólo tomaban la cuarta parte si existían viudo ó viuda. ¿Habría contrasentido también? Finalmente, el viudo ó viuda toma cuatro tantos más del hijo natural cuando concurren con los descendientes legítimos, mientras toma una parte igual cuando viene á recoger la herencia con el cónyuge sobreviviente. Todas estas diferencias no son contrasentidos, sino anomalías á que se presta un sistema que hemos criticado con razón.

Podría suscitarse la cuestión en que se negara al cónyuge sobreviviente, parte en los gananciales divididos, aplicando estrictamente el art. 3576, que dice, *aen todos los casos* en que el viudo ó la viuda son llamados á la sucesión en concurrencia con sus descendientes ó ascendientes, no tendrán parte alguna en la división de los bienes que correspondiesen al cónyuge premuerto, á título de gananciales del matrimonio», negándole, por consiguiente, legítima forzosa; en ese caso no resiste á un

sea cualquiera la clase de herederos que con ellos concurren; pero no sucede lo mismo cuando se tratare de los hijos ó padres naturales, ó el cónyuge, cuya porción forzosa varía, según sea la clase de herederos que concurre con ellos; así, por ejemplo, la porción forzosa del cónyuge es de la mitad de los bienes cuando viene

examen serio, porque si es exacto que los descendientes ó ascendientes pueden impedir que venga á dividir con ellos los gananciales, también lo es que no existiendo esos parientes, el fallecido no puede recobrar la propiedad de toda esa mitad para disponer de ella; sobre todo, los términos claros de la ley no ofrecen duda: la legítima del cónyuge será la mitad de los bienes de la sucesión del cónyuge muerto, *aunque los bienes sean gananciales*. ¿Cuál es la mitad de la sucesión del cónyuge muerto? Indudablemente que la mitad de los gananciales, porque la otra mitad corresponde á su socio.

Y para concluir, hagamos una aplicación práctica de esta materia. Supongamos una herencia de 15 mil pesos, quedando sólo dos descendientes legítimos; 3.000 será la porción disponible y los 12 mil restantes se dividirán entre los dos hijos legítimos, tomando 6.000 cada uno; si quedó también viudo, tomarán cada uno 4.000 pesos; pero si existían al mismo tiempo dos hijos naturales, se harán catorce partes iguales, y cada hijo natural tomará 857,14 y cuatro veces más, es decir, 3.228,56 cada hijo legítimo, así como el cónyuge. Si sólo quedaren dos ascendientes, la porción disponible será de 5.000 y los 10 mil restantes se dividirán por iguales partes; pero si además de los dos ascendientes quedare cónyuge, dividirán los 10 mil entre los tres por iguales partes, tomando cada uno 3.333,33; si además del cónyuge, quedare un hijo natural, los ascendientes tomarán 5.000, el cónyuge 2.500 y el hijo natural otros 2.500. Si sólo quedase cónyuge y todos los bienes fueran propios del fallecido, la mitad será la porción disponible, es decir, 7.500, y la otra mitad pertenecen al cónyuge como legítima forzosa. Si todos los bienes fuesen gananciales, la mitad, es decir 7.500, corresponderían al cónyuge como socio, y de los 7.500 restantes la mitad sería la porción disponible, pues eso importa la expresión del artículo, *aunque los bienes de la sucesión sean gananciales*, pues se parte del supuesto de que fueran propios del muerto, en que la legítima será de la mitad. ¿Y si fueran todos gananciales? se pregunta. Aunque lo fueran, responde el artículo, siempre sería la mitad de lo que corresponde al fallecido. Hay razón para que tome la mitad de los gananciales porque concurre en este caso en su carácter de heredero y de socio.— Véanse arts. 3527, 3570, 3571, 3574 á 3576, 3580, 3581 y 3585.

sólo á la herencia, mientras es de las cuatro quintas partes cuando concurre con los hijos legítimos; de dos tercios cuando viene con los ascendientes, y de un cuarto si concurriese con hijos ó padres naturales del fallecido. Lo mismo sucede con el hijo natural, en que según el **art. 3596**: *no teniendo el testador descendientes ni ascen-*

(**Art. 3596.**) El presente artículo fué corregido poniendo en lugar de *descendientes ó ascendientes*, *descendientes y ascendientes*.

En este artículo se repite la forma empleada en los anteriores, porque en cada uno de ellos se trata de determinar la porción legítima de cada heredero forzoso, cuando concurre solo á recoger la herencia dejada por testamento, así como la porción disponible del testador; por eso se dice: la porción legítima de los descendientes legítimos es de cuatro quintos, y si concurren con ellos el viudo ó viuda é hijos naturales, tomarán de esos cuatro quintos lo que le corresponda; y si continúa con los ascendientes á quienes señala como legítima forzosa los dos tercios de la herencia, de esa parte se dividen cuando concurren con el cónyuge supérstite y los hijos naturales en la forma determinada en los arts. 3571 y 3580. Viene en seguida la legítima forzosa del cónyuge, y en este caso la ley ha debido suponer que no existen descendientes ni ascendientes, porque cuando concurre con los primeros, su legítima es de cuatro quintos de la herencia, que se divide por partes iguales; si viene con los segundos, divide por partes iguales y por cabeza las dos terceras partes; si concurren también los hijos naturales, los ascendientes tomarán la mitad y una cuarta parte el hijo ó hijos naturales y la otra cuarta parte el cónyuge sobreviviente: así es, que el cónyuge tiene la legítima forzosa de la mitad de los bienes cuando no concurre con descendientes ni ascendientes; viene en seguida el presente artículo á determinar la legítima de los hijos naturales, designando la mitad de todos los bienes como en el caso del cónyuge supérstite, y se pregunta: cuando concurre con el viudo ó viuda ¿cuál debe ser su legítima forzosa? El Dr. Llerena dice: la tercera parte de los tres cuartos. ¿Y de dónde saca esta proporción? Si la legítima forzosa del cónyuge sobreviviente es de la mitad cuando concurre solo; si esa misma mitad corresponde á los hijos naturales cuando recogen solos la herencia ¿por qué se les hace descender dándoles un cuarto y la mitad al otro, cuando heredan la misma parte si concurren á recibir la herencia con el viudo ó viuda, art. 3578, y entran en la misma proporción cuando vienen á recoger la herencia con los ascendientes y el viudo ó viuda? Y sobre todo ¿con qué derecho se mutila, por decirlo así, la porción disponible del testador, reduciéndola á la cuarta parte? Si cuando

dientes legítimos, ni quedando viudo ó viuda, la legítima de los hijos naturales será la mitad de los bienes que á su muerte queden, mientras que, cuando concurre con los hijos legítimos su porción forzosa es la cuarta parte de lo que corresponda á un hijo legítimo, de las cuatro quintas partes de la herencia que deben recoger éstos.

La ley también reconoce una porción forzosa á los padres naturales, con esta diferencia: que esa porción sólo es acordada cuando el fallecido no dejare descendientes legítimos ni hijos naturales; mientras que cuando existen ascendientes legítimos éstos son excluidos por los descendientes legítimos, concu-

sólo quedan hijos naturales su porción libre es la mitad; si de esa misma mitad puede disponer cuando sólo deja viuda ¿por qué cuando concurren ambos quedaría reducida á una cuarta parte? Para ser lógicos con la teoría que combato, el testador no debería tener porción disponible, desde que ambos herederos tienen como legítima la mitad. Sobre todo ¿por qué primaría el cónyuge sobreviviente sobre los hijos naturales? Están en la misma línea, y heredan siempre iguales, con excepción del único caso en que concurren con los descendientes legítimos, tomando entonces una cuarta parte de aquellos.

No sólo se trata de la porción legítima, sino de la parte disponible del testador, que no puede ni debe ser disminuída sino por una disposición expresa. La porción disponible, como lo dijimos, debe ser inalterable, cualquiera que sea el número y la calidad de los herederos que concurren á recoger la herencia. Si queda sólo viudo ó viuda, es la mitad; la misma porción disponible es cuando quedan hijos naturales, y no hay razón alguna para que se altere cuando concurren viudo ó viuda é hijos naturales, ni menos aún para dar preferencia al cónyuge supérstite sobre los hijos naturales, con quienes habrían dividido la herencia caso de no existir testamento.

Recuérdese que en todos estos casos el testador tiene una porción disponible que no puede ser amenguada; que los herederos forzosos sólo pueden dividirse la parte que la ley les ha señalado como forzosa, y de ella deben dividirse los que concurren á la sucesión. En parte alguna del Código se dice que cuando concurren el cónyuge sobreviviente y los hijos naturales, la porción disponible del testador sea de un cuarto de la herencia; ni menos aún que el cónyuge deba heredar forzosamente una mitad y los hijos naturales un cuarto. ¡Esto sí que sería crear una disposición! — Véanse arts. 3577, 3578, 3580 y 3581.

riendo con los hijos naturales, que excluyen al padre natural; pero el cónyuge sobreviviente no excluye al padre natural; así dice el **art. 3597**: *la legítima de los padres naturales que hu-*

(**Art. 3597**.) El presente artículo viene á confirmar lo dicho en los dos precedentes sobre la porción disponible del testador, y apoya la tesis sostenida sobre la diversa situación del cónyuge sobreviviente, cuya porción legítima se modela por la de los herederos que quedaren al testador. Así, cuando quedan hijos legítimos, concurre con ellos por iguales partes; si quedan ascendientes, divide con ellos la herencia; si sólo quedan hijos naturales, divide también por mitad la herencia; finalmente, si quedan únicamente padres naturales entra con ellos por iguales partes. De esta situación, que parece anómala y rara porque el cónyuge supérstite, semejante al Proteo de la fábula, se transforma y toma, por decirlo así, el molde de los herederos forzosos que quedaren al testador para concurrir con ellos, sin que nadie lo excluya, ni tampoco pueda excluirlos, resulta lo que hemos dicho, que la porción disponible del testador no se altera ni disminuye en caso alguno.

Así, no hay *contrasentido* en que el cónyuge sobreviviente que entra por iguales partes, en la sucesión de su esposo, con los hijos y descendientes legítimos, descienda para transformarse y tomar una parte igual al padre natural.

Si la legítima forzosa del padre natural es de la mitad de los bienes que deja el hijo cuando no tiene herederos, si deja de tener parte cuando quedasen hijos legítimos ó naturales, y si expresamente dice el artículo que esa mitad se convierte en una cuarta parte cuando existiere viudo ó viuda, ¿cuánto herederá éste? El doctor Llerena, consecuente con la tesis sostenida en los artículos anteriores, y cuyo error he demostrado, dice por todo comentario á este artículo: «en este caso, corresponderá también al viudo ó viuda la mitad de la herencia y el otro cuarto será la porción disponible». Quiere decir, entonces, que el testador es la víctima, porque si cuando deja padres legítimos y viuda su porción disponible es de un tercio, y aquéllos se dividen de los dos tercios restantes, cuando tiene padre natural y viuda su porción se reduce á un cuarto, y éstos heredan los tres cuartos restantes. ¡Esto sí que sería una consecuencia poco lógica! ¡Dar preferencia á los padres naturales sobre los legítimos! No; cuando queda cónyuge é hijo natural, la porción disponible es de la mitad; es la misma parte cuando sólo queda padre natural y cónyuge. No se han dado cuenta del papel que el legislador ha querido hacer representar al cónyuge para libertarlo de las contingencias á que puede llegar. Ha dicho: ningún heredero lo podrá excluir, y entrará con

hieren reconocido al hijo natural, cuando éste no dejare descendientes legítimos ni cónyuge sobreviviente ni hijos naturales, será la mitad de los bienes dejados por el hijo natural. Si quedasen hijos legítimos ó hijos naturales legalmente reconocidos, el padre natural no tiene legítima alguna. Si sólo quedare viudo ó viuda, la legítima será un cuarto de la sucesión, y la porción disponible del testador será la mitad, porque el otro cuarto lo tomará el cónyuge sobreviviente.

§ 988. — CARACTERES DE LAS LEGÍTIMAS FORZOSAS

Siendo las legítimas forzosas una creación exclusiva de la ley que las ha impuesto con su autoridad, coartando la libre disposi-

el más privilegiado á dividir la herencia por iguales partes; pero seguro ya de que no quedará en la miseria, ha dicho igualmente: pero tampoco excluirá á ninguno de los herederos forzosos del cónyuge premuerto, concurriendo á la par con ellos; por eso viene con los descendientes legítimos y si entonces excluye á los ascendientes no es porque él tenga ese poder de exclusión, son los hijos legítimos que excluyen á los ascendientes, y como el cónyuge supérstite no puede ser excluido, los acompaña; por eso se le ve reaparecer en seguida en la misma línea que los ascendientes cuando éstos vienen á recoger la herencia por falta de descendientes legítimos, entrando por iguales partes, y siguiendo este mismo sistema de no excluir y no ser excluido, entra á dividir la herencia con el hijo natural del fallecido, y finalmente, cuando ha quedado sólo padre natural entra á la sucesión por iguales partes con éste; pero debe observarse que siempre entra por iguales partes con los herederos con quienes concurre, y sólo por excepción, en el art. 3581, toma una cuarta parte; jamás toma una parte mayor, sólo cuando concurre con herederos privilegiados, como en el caso de los descendientes legítimos, en que heredando con los hijos naturales toma cuatro tantos más que éstos; pero no es por su propio derecho, sino porque no debiendo ser inferior á ningún heredero, toma lo que los privilegiados heredan.

Si ambos padres naturales lo hubieran reconocido, la proporción no se alteraría; la porción disponible sería la mitad de los bienes y de la otra mitad se dividirían entre el cónyuge sobreviviente que tomaría una cuarta parte y la otra los padres naturales para dividirla entre sí; art. 3584.—Comp. DR. SEGOVIA, Cód. CIV. ANOT. nota 2642.

ción del testador, es claro que ha debido substraerlas á cualquier imposición ó gravamen que éste quisiera imponerles, pues desde que tal parte de los bienes deben pasar á los herederos, aún contra la voluntad del testador, si no tiene causa legal para privarles de ella, quiere decir entonces que debemos tomar como una consecuencia natural de este principio, que *el testador no puede imponer gravamen ni condición alguna á las porciones legítimas declaradas en este Título. Si lo hiciere, se tendrán por no escritas (art. 3598)*, porque la voluntad del testador no puede dejar sin efecto el mandato del legislador.

(Art. 3598.) Si la ley declara forzosa la porción de un heredero, no puede permitir que se imponga condición alguna para obtenerla; pero eso puede tener lugar en la República, no así con relación á los bienes situados en otra nación. Si en la nación donde están ubicados los bienes del domiciliado en la Argentina se señalare una legítima diferente, nosotros no tendríamos como protegerlo, á menos de que el fallecido poseyera bienes en ésta; en ese caso le sería permitido tomar de estos bienes el valor de lo que se le hubiera privado en la otra. La pluralidad de sucesiones que el Dr. Velez-Sarsfield admite en la nota ha debido permitir la sin restricción alguna, cuando fuera solicitada por cualquiera de los herederos argentinos ó domiciliados en la República; porque no debiendo transmitirse los bienes situados en nuestro territorio sino con arreglo á las leyes argentinas, nuestros tribunales deberían intervenir en su transmisión. Cada nación es soberana y debe determinar sobre los bienes é individuos que se domicilian en ella; por ejemplo, un inglés después de haber adquirido una gran fortuna en el país, se domicilia en Inglaterra, teniendo sus bienes aquí; fallece allí, y los herederos se reparten la fortuna con arreglo á las leyes inglesas, y nuestros Tribunales deben acatar esa distribución; sólo en el caso de que hubiera herederos argentinos ó domiciliados en la República, y fueran privados de los derechos que nuestro país les acuerda, podrían reclamar promoviendo el juicio testamentario. ¿Por qué haber sentado la regla de que la jurisdicción sobre la sucesión corresponde al juez del último domicilio del difunto? Esta regla sólo debía regir para los fallecidos en la República, no así en los demás casos; porque tratándose de sucesiones, nuestro país no debía permitir que una jurisdicción extranjera viniera á predominar decidiendo el modo y forma del traspaso. Si, en derecho puro, el principio que rige es la ley del domicilio del fallecido, cuando la soberanía nacional está interesada, deberíamos ser infle-

Así como se ha prohibido la renuncia ó enajenación de la herencia futura, el legislador ha debido anular cualquier contrato

xibles; sólo por tratados podríamos conceder esos derechos. Así, la ley argentina prevalecería para la trasmisión por sucesión de los bienes situados en la nación, dando derecho á todos para que vinieran á abrir la sucesión y dividirse los bienes con arreglo á nuestras leyes.

El Dr. Velez-Sarsfield tomando estos principios de Savigny, no se fijó tal vez, que aquel sabio jurisconsulto los sostenía en el terreno científico, pero aconsejaba, que cuando se tratase de la capacidad de las personas ó de la trasmisión de los bienes situados en un país, la ley extranjera no debía prevalecer sino mediante tratados con otras naciones en que se reconociesen los mismos principios.

Cuando se tratase de una partición hecha por donación, si el padre hubiera impuesto una condición á cualquiera de sus herederos forzosos y éste la aceptare, no estaría obligado á cumplirla. Si la partición fué hecha por testamento, la condición sólo podrá tener efecto en la parte que comprenda la porción disponible del testador; así que no lo tendrá respecto de la legítima.

Debe notarse que esta prohibición es de aquellas que no anulan el acto, mientras que en general, lo ejecutado contra la prohibición de las leyes lo deja sin efecto.

El Cód. de Chile, art. 1192, dice con más claridad: «la legítima rigurosa no es susceptible de condición, *plazo, modo* ó gravamen alguno. Sobre lo demás que se haya dejado ó se deje á los legitimarios, excepto bajo la forma de donaciones entre vivos, puede imponer el testador los gravámenes que quiera»; y así debe entenderse por nuestro derecho; porque si bien el plazo y el modo no importan una condición, el testador no debe imponerlo. — Comp. DEMOLOMBE, XIII, 199. Cód. DE CALIFORNIA, art. 3462. GOYENA, art. 643.—Véanse arts. 1236, 1800, 1831, 2613. 3517, 3537 y 3600.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3598.—L. 17, Tit. 1, Part. 6ª, dice: *Libre é quita* (la legítima) *é sin agravamiento é sin ninguna condicion; é si la pone no enpesen al fijo heredero maguer no se cumplan.* Lo mismo la L. 11. Tit. 4, Part. 6ª. — Véase Troplong, *Testament*, sobre el art. 916. Cuando en los cinco artículos anteriores hablamos de las porciones legítimas, nos referimos á los bienes que existen en la República. Supóngase que una persona muere en Buenos Aires, dejando cien mil pesos aquí y cien mil pesos en Francia. Los bienes que estén en la República se regirán por nuestras leyes, y los que estén en Francia por las de aquel país. Habrá, pues, tantas sucesiones cuantos sean los países en que hubiesen quedado bienes del difunto. Así, la máxima común

entre los herederos ó con extraños con el objeto de alterar las legítimas forzosas, y por eso dice el **art. 3599**: *toda renuncia ó*

(**Art. 3599**.) Este artículo ha sido tomado del 791, Cód. Francés, como lo indica la nota del Dr. Velez-Sarsfield, si bien la forma en que está redactado fué tomada de Goyena, art. 646. En el antiguo derecho francés, para excluir á las hijas de la sucesión, á fin de asegurar á los hijos una posición distinguida, tenían la costumbre de hacerlas renunciar á la sucesión antes de su apertura; pero como esta renuncia era nula, se la afirmaba con un juramento al que el derecho canónico daba el efecto de hacerla válida; este uso restringido al principio á los países de derecho consuetudinario, se aceptó después en los de derecho escrito, yendo hasta subentenderlo en los contratos de matrimonio. Esa es la legislación que el art. 791, Cód. Francés, vino á abrogar expresamente, declarando, que ni aún en el contrato de matrimonio se podía renunciar á la sucesión de una persona viva, ni enajenar los derechos eventuales que se pueda tener á esa sucesión. Conocido pues, el origen y objeto de la disposición abrogataria, expliquemos nuestro artículo.

El Código supone que la renuncia se ha obtenido, ó voluntariamente ó mediante un pacto entre el causante de la herencia y sus sucesores, recibiendo un equivalente en valores por esa renuncia; es decir, aceptando donaciones entre vivos con ese objeto. El primer caso no ofrece dificultad alguna, la renuncia se considera nula, y se procede á la partición como si nada hubiera sucedido; no así en el segundo. Al declararse nulo el acto hay que determinar lo que se hace respecto de los bienes recibidos como pago de esa renuncia.

El artículo dice: «los herederos pueden reclamar su respectiva legítima; pero deberán traer á la colación *lo que hubiesen recibido* por el contrato ó renuncia»; y aquí se dividen las opiniones, unos creen que se debe colacionar *el valor* que tenían las cosas en el momento de entregarlas, como se hace con todos los bienes recibidos y obligados á colacionar; otros sostienen que se deben devolver los mismos objetos, ó en caso de no poderlo hacer, se pagará el valor que tuvieran al tiempo de traerlos á colación.

es: *quot sunt bona diversis territoriis obnoxia, totidem patrimonia intelliguntur*. — Véase Demolombe, tom. 1, n° 93.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 3598. — La esposa es parte en la testamentaria del marido, no obstante las declaraciones del testamento, en tanto no se resuelva en juicio contradictorio, su desheredación. — Jur. Civ., X, 95, Sér. 3ª.

pacto sobre la legítima futura entre aquellos que la declaran y los co-herederos forzosos, es de ningún valor. Los herederos pueden re-

La cuestión está en saber bajo que aspecto se debe considerar el pago hecho por la renuncia. ¿Es una donación que se debe colacionar? ¿Es un contrato nulo en que el renunciante deba devolver la cosa recibida con sus frutos, como poseedor de mala fe? Si el texto mismo del artículo no dijese, que el heredero debe *colacionar* lo recibido, la conclusión más jurídica sería, la devolución de la cosa con sus frutos, desde que se trata de un acto insanablemente nulo; pero si el heredero está obligado á colacionar ese valor no puede obligársele á devolver lo recibido, porque la colación excluye expresamente toda idea de devolución, y parte de la validez del acto, imponiendo al heredero sólo la obligación de traer á la masa hereditaria el valor de lo recibido durante la vida del *de cuius*. Y es porque el legislador ha considerado que lo entregado por el causante á uno de sus herederos para que renuncie á la sucesión, es una donación que se debe tomar como un adelanto á su legítima y la manda colacionar, de otro modo habría dicho: pero deberá *devolver* lo recibido por el contrato. Por esa razón reputo jurídica la conclusión, porque si sabía que el contrato le estaba prohibido, quiere decir entonces que el causante entendía donar á su heredero ese valor á cuenta de su legítima. El Dr. Segovia apoya esta opinión, aunque no estoy conforme con su crítica. El Dr. Llerena al sostener lo contrario, no trae al debate argumentos que puedan influir sobre la verdad de la tesis que defiende. Así, cuando dice: «¿se trata acaso de una donación para que el heredero que ha recibido los bienes esté obligado á devolver el valor, regulado á la época en que se hizo la donación, como lo disponen los arts. 3477 y 3603? Indudablemente que no; el pacto á que se refiere el artículo no es una donación sino un acto radicalmente nulo. El heredero obligado á *devolver lo recibido* no es propietario como lo es el donatario». Y se ve obligado para sostener tales conclusiones á cambiar las palabras del artículo, que no dice que el heredero esté obligado á *devolver*, sino á *traer á colación lo recibido*; y es sabido que quien colaciona lo recibido no lo *devuelve*, hace que se le compute su valor, porque es dueño absoluto de lo que ha recibido. El otro argumento gramatical, no es más fuerte que el anterior, pues también se confunde lo que el artículo declara sin valor alguno; porque esta frase se aplica á la renuncia ó pacto sobre la legítima futura que declara de *ningún valor*: estatuyendo en su primera parte la nulidad del contrato ó de la renuncia, viene en seguida á determinar qué se debe hacer con lo recibido por el heredero ¿Debe devolverlo, como procedente de un acto nulo? ¡No! El legislador considera

clamar su respectiva legítima; pero deberán traer á colación lo que hubiesen recibido por el contrato ó renuncia. La colación tendría

esos valores como una donación, é impone al heredero la obligación de *colacionar*, no de devolver lo recibido; es decir, de que se tome en cuenta el valor que tenía la cosa cuando fué entregada; porque jamás se colaciona computando el valor de las cosas al abrirse la sucesión. Pero dicho autor insiste en la expresión de *todo lo que hubiese recibido*, diciendo que jamás pueden tomarse como equivalentes del *valor de lo que hubiesen recibido*, olvidando sin duda que la palabra colación como la ha explicado el Dr. Velez-Sarsfield en la nota 3477, importa únicamente el traer los valores dados por el difunto, y no las cosas mismas; exponiendo las razones porque se ha separado del Cód. Francés al disponer que la colación se haga de los bienes mismos; y el art. 3602 confirma en esta misma idea, cuando dice, se agregarán al valor líquido de los bienes hereditarios, el que tenían las donaciones al tiempo en que el testador las hizo; si el legislador hubiera dicho: el heredero *devolverá lo recibido*, como lo pretende hacer decir el expresado autor, la tesis contraria se habría impuesto, aunque sin razón á mi juicio; porque todo lo recibido por los herederos forzosos por cualquier título, no debe *devolverse sino colacionarse*, considerándose como un adelanto á su legítima.

Téngase presente que el artículo tal como debe interpretarse en la segunda parte, sólo se aplica al caso de pacto entre el heredero y el causante de la sucesión, habiendo recibido éste valores ó cosas por la renuncia; pero ¿si fuera entre los herederos? Un heredero presuntivo, por ejemplo, entrega una cantidad á su coheredero para que renuncie á la futura sucesión; esa renuncia será nula, ó de ningún valor como dice la primera parte del artículo; pero entonces no tiene aplicación la segunda, porque lo recibido por el heredero renunciante no debe traerse á colación, sino devolverse, como el resultado de un contrato nulo, y aquí tienen su aplicación los principios generales sobre los contratos nulos, en que deberá entregar lo recibido con sus frutos, como poseedor de mala fe.

Ahora estudiemos los diversos actos que deben considerarse como nulos, y que son una consecuencia del artículo.

Será nula y de ningún valor la cesión de los derechos sucesorios que un heredero haga en favor de otro ó de un tercero, cuando la sucesión no se hubiere abierto; es decir, viviendo aquél de cuya sucesión se trata. Lo será también, la renuncia al beneficio de inventario antes de la muerte del autor de la sucesión.

¿Qué se diría del contrato entre los acreedores y el presunto here-

lugar cuando el testador hubiera dado al heredero forzoso alguna cantidad porque renunciase ó disminuyese su legítima, pues esos bienes deben venir á la masa hereditaria, considerándose como un adelanto; pero si hubiera sido uno de los coherederos ó un tercero extraño, lo recibido no podría aprovechar á los demás coherederos que no tienen interés en ese contrato.

El carácter principal de las legítimas forzosas es que no pueden ser amenguadas ó disminuídas por la voluntad del testador,

dero, renunciando aquéllos á cobrar su acreencia, hasta el fallecimiento de aquel á quien se debe suceder, mediante el abandono del heredero de su parte en la sucesión? Es una venta ó cesión disfrazada de la herencia futura y sería indudablemente nula; pero sería el contrato válido, si únicamente se limitara á imponer como plazo la muerte de la persona á quien se debe heredar, para ejercer sus derechos.

El pacto por el cual el presunto heredero renunciara á atacar una donación, aún cuando disminuyera su legítima, sería considerado nulo, porque se trata de la legítima futura. Será también nulo el contrato por el que una persona cede todo su patrimonio á su coheredero presuntivo, por un precio no pagado, y que se tomará de la sucesión que le será deferida.

Se puede establecer como principio general, que será nula toda convención relativa á un objeto determinado de la sucesión, considerándolo como formando parte de ella, y los tribunales franceses han reputado nula la convención por la que el sucesible se obligaba á dividir el objeto donado con sus coherederos, después de la muerte del donante.

Por el contrario, no son pactos de sucesión futura y por consiguiente válidos los siguientes: 1º, la condición de renunciar á la sucesión del donante, impuesta en el acto de la liberalidad, si tiene por objeto obligar al donatario á optar entre la liberalidad y la donación, cuando se ha impuesto como condición suspensiva; 2º, la condición impuesta al donatario de colacionar una suma determinada en cambio de un inmueble donado; 3º, la renuncia á un usufructo actual mediante una renta vitalicia.—Comp. DEMOLOMBE XVI, 511, XVIII, 277, XXIV, 325. LAURENT, XVI, 100. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, II, 1003 y sig. GUYENNE, art. 646, Cód. DE CALIFORNIA art. 3496. Véanse arts. 1175, 1176, 3283, 3470, 3536, á 3538, 3600 y 3602.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3599. — L. 35, Tit. 28, Lib. 3, Cód. Romano.—Cód. Francés, art. 791.—De Nápoles, 836, y las disposiciones establecidas respecto á los contratos de herencia de personas vivas.

por consiguiente, *el heredero forzoso, á quien el testador dejase por cualquier título, menos de la legítima, sólo podrá pedir su complemento (art. 3600)*; porque ese es su único interés, no puede atacar la disposición testamentaria por esa causa. Y como una consecuencia de este principio, se ha establecido, que *las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos, se reducirán, á solicitud de éstos, á los términos debidos (art. 3601)*; porque el interés de los herederos está en conservarlas íntegras.

(**Art. 3600.**) Se trata en el presente artículo de una disposición testamentaria y no de una división, como en el caso del art. 3536, en que puede pedirse la rescisión de la partición realizada por el testador; son dos casos completamente diversos, y no hay incongruencia como se ha querido encontrar entre este artículo y aquél. Cuando existe una división que perjudica la legítima del heredero forzoso, para obtener su integración es necesario atacar la partición; mientras que si por las mandas dejadas en el testamento, ó por las donaciones hechas durante la vida se menguara la legítima de los herederos forzosos, no habría necesidad de atacar el testamento, bastaría dejar sin efecto las mandas y legados hasta completar la legítima, y si aún no alcanzase se dejarían sin efecto las donaciones, comenzando por las últimas que hizo.

El derecho del heredero es que se le integre su legítima, y la ley le da los medios para obtenerlo, sin necesidad de atacar el testamento, que quedará firme.

Como no se puede conocer cuál sea la legítima y la porción disponible, será necesario esperar á la tasación de los bienes dejados, á cuya cantidad se agregará el valor que tenían las donaciones al tiempo en que fueron hechas, y de ese total se sacará la porción disponible; si las mandas y donaciones excedieran de esa porción, se reducirán hasta dejar á salvo las legítimas. Cualquiera que sea la persona que posea los bienes donados, deberá sufrir la acción; si es heredero, se le tomará en cuenta de su haber lo recibido de más, adjudicándosele ese valor en su legítima; si es un extraño se le obligará á devolver el valor que tenían las cosas donadas, pero sólo hasta la concurrencia de la porción disponible.—Comp. GORENA, art. 645.—Véanse arts. 1831, 3470, 3531, 3536 á 3538, 3599, 3601 á 3604, 3714, 3715 y 3745.

(**Art. 3601.**) El presente artículo es un complemento del anterior

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3600. — Véase L. 5, Tit. 8, Part. 6^a.— Inst., Lib. 2, Tit. 18, § 3.

§ 989. — MODO DE FIJAR LA LEGÍTIMA FORZOSA

La legítima forzosa que limita la voluntad del testador, impidiéndole de disponer á su voluntad de lo que ha sido el fruto

que se ocupa de la legítima del heredero forzoso para reintegrarla, cuando por cualquier título hubiera sido disminuida, mientras el que estudiamos habla de las disposiciones testamentarias que menguaron las legítimas; ó lo que es lo mismo, de la porción disponible del testador, que, excediendo, viniera á perjudicar á los herederos. En aquel artículo sólo el heredero perjudicado, por haberle dado menos de la legítima, tiene acción para hacérsela reintegrar, mientras en el presente, tratándose del exceso de la porción disponible que perjudicará á todos, cualquiera de ellos tendrá derecho para demandar su reducción.

¿En qué época debe colocarse para juzgar del valor de las cosas dejadas por el testador? ¿Es en el que tenían los bienes en el momento de la partición, ó en el de abrirse la sucesión por su fallecimiento? La porción disponible no puede estar sujeta á acontecimientos más ó menos eventuales, y queda fijada invariablemente desde el momento del fallecimiento; por consiguiente, es necesario remontarse á ese tiempo en que nace, por decirlo así, el derecho. Este criterio es el que ha presidido para averiguar la disminución de la legítima del heredero forzoso, y para anular la partición hecha en el testamento cuando perjudicase la legítima.

El artículo dice, que las disposiciones testamentarias se *reducirán* hasta salvar las legítimas, teniéndose en cuenta la preferencia con que deben pagarse los legados y mandas. Así, cuando sólo hubiere legados de cantidad se prorratarán en proporción de las sumas legadas, si no alcanzaran para cubrir las legítimas se dejarán sin efecto, y se entrarán á los de compensación de servicios; si aun excedieran de la porción disponible, se reducirán en la misma proporción los de cosa cierta, teniendo en cuenta que los gastos funerarios se cargan á la porción disponible, art. 3795. La acción de los herederos para pedir la reducción, ¿es puramente personal ó es también real? Es real, porque se pueden reivindicar de cualquier poseedor los inmuebles donados; también es personal cuando se tratare de cantidades de dinero ó de cosas consumibles que hubieron desaparecido por el uso, porque puede reclamarse del donatario el valor de esas cosas ó las cantidades donadas.

Dijimos en el tomo V, pág. 90 y sig., de esta obra, que la acción se

de su trabajo y de su esfuerzo, obligándolo á que deje á sus descendientes ó ascendientes la mayor parte de sus bienes, tiene

podía deducir contra el donatario, en cuyo caso era personal, y contra el adquirente ó poseedor del inmueble, la acción real de reivindicación, como lo indica el art. 3955, y así debemos aplicarlo á este caso.

¿Quiénes pueden demandar la reducción de las disposiciones testamentarias? El artículo sólo acuerda ese derecho á los herederos forzosos; pero debemos extenderlo á los acreedores en los casos en que tiene lugar la acción pauliana, y vienen á ejercer las acciones de su deudor, por la autoridad de la justicia, que los coloca en el mismo lugar, como si fueran representantes necesarios. Si bien cada uno tiene derecho para no ejercer las acciones que pudieran enriquecerlo, esa facultad se encuentra restringida cuando tiene deudas que no puede pagar; entonces sus acreedores se harán autorizar para representarlo, á menos de ser derechos inherentes á la persona.

Cuando se trata de la reducción de los legados y donaciones, es cierto que los legatarios y donatarios pueden ser perjudicados, si resultase que el testador ha dispuesto de mayor cantidad que la permitida por la ley; pero eso no los autoriza para intervenir en el juicio de tasación como algunos creen; porque sería por demás original citar á un extraño á tomar intervención sólo por el hecho de haber recibido una donación del causante mucho antes de su muerte. Los donatarios son extraños al juicio testamentario y nada de lo hecho en él puede perjudicarlos: cuando los herederos vengan á demandarle la reducción de su donación, lo harán en juicio ordinario, y á ellos corresponde la prueba en juicio contradictorio de que sus legítimas han sido disminuídas por las donaciones. Al que afirma un hecho le corresponde demostrarlo. No pueden hacer valer las tasaciones que se hubiesen hecho, porque no ha tenido intervención; deben nombrarse peritos por ambas partes; pero si los bienes se hubieran vendido en remate público y reducida la herencia en dinero efectivo, el resultado de esas ventas le podría ser opuesto al donatario como suficiente prueba del valor de las cosas. Los donatarios podrán demostrar que se han dejado bienes sin incluir en el haber hereditario, ó que no se han computado los bienes donados á los herederos y que debieran colacionarse.

Cuando los herederos han aceptado las tasaciones, no pueden demandar que se les cambien los bienes adjudicados, á menos de alegar razones especiales que no se funden en la estimación; si no alcanzan á cubrir sus legítimas, su derecho se reduce á pedir el complemento ó lo que faltare para integrarlas.

una regla segura para determinarla en el **art. 3602**, que dice:
para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes quedados

El heredero capaz de enajenar puede renunciar á pedir el complemento de su legítima, así como á demandar la reducción de las disposiciones testamentarias; pero como la renuncia no se presume, es necesario que la haga expresamente; todo esto sin perjuicio de la acción pauliana de los herederos en los casos en que pudiera deducirse.

Si el heredero hubiera aceptado un legado dejado en testamento, esa aceptación no importará una renuncia á pedir la reducción á que pudiera tener derecho, y en caso de hacerlo entrará como los demás legatarios á sufrir la disminución proporcional, ó á que no tenga efecto, si estuviera fuera de la porción disponible.

La acción para pedir la reducción no puede ejercerse sino después de la muerte del testador, y por consiguiente la prescripción sólo principia á correr desde que el derecho ha podido alegarse. En cuanto al derecho de reducción se prescribe por cuatro años á contar desde la muerte del testador, cuando se trata de la división hecha en testamento, y no creo como el Dr. Llerena, que por analogía se pueda aplicar el mismo término á las demás particiones; porque eso sería crear una disposición de derecho excepcional, cuando existe una general para todas las acciones personales, que se prescriben por diez años.

¿Desde cuando comienza esta prescripción? La de reclamar la partición por testamento comenzaba naturalmente desde la muerte del testador, porque desde entonces se conocía el perjuicio recibido. ¿Pero cómo se conocerá, si las disposiciones testamentarias menguan la legítima? Sólo después de saber el valor de los bienes, que se establece por las tasaciones aprobadas; pero eso mismo está sujeta á discusión como se ha dicho. De todos modos la acción no puede nacer sino desde que se conozca el importe de los bienes, y se sepa que la legítima de los herederos forzosos se disminuye.—Comp. DEMOLOMBE XIX, 190 y 237. Cód. FRANCÉS, art. 920. GOYENA, art. 647. Cód. DE CALIFORNIA, arts. 3482 y 3483. HUREAUX, IV, 33.—Véanse arts. 3536, 3537, 3602, 3603 y 3795.

(**Art. 3602.**) El valor de los bienes quedados á la muerte del testador los dará la tasación judicial practicada por peritos, que una vez aprobada por los interesados no podrá ser alterada sino de común acuerdo; pero esas tasaciones no pueden ser obligatorias para los que no han intervenido en el juicio. Las leyes de procedimiento de cada provincia,

por muerte del testador. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el que tenían las donaciones del mismo testador al

pueden autorizar á los herederos para exigir de los donatarios y legatarios que intervengan en ellas, á fin de impedir un nuevo juicio; pero mientras no se les conceda tales derechos, no pueden obligarlos á intervenir en un juicio en que no son partes, pues nada se les reclama. Tasados los bienes, y pagadas las deudas de la sucesión, entre las que no deberán comprenderse los legados, ni los gastos funerarios, se tendrá el valor líquido, al que deberá agregarse el valor de las donaciones hechas en vida por el testador; así se tendrá la suma total de la herencia de la que se sacará la porción disponible del testador, y la legítima de los herederos forzosos. De la porción disponible se pagarán: 1º, los gastos funerarios; 2º, las donaciones hechas; 3º, los legados de cosa cierta; 4º, los hechos en compensación de servicios; 5º, los de cantidad. Así, pues, si los gastos funerarios insumiesen la porción disponible, se ocurrirá á las donaciones tomando el valor que tenían las cosas en el momento de hacerlas, y comenzando por las últimas, prorratéandose entre las de la misma fecha; si todas las donaciones entrasen en la porción disponible, y sobrase algo, se pagarán los legados en el orden que establecemos, y que es el indicado por el art. 3795.

¿Las costas judiciales son gastos comunes de la sucesión? Para los herederos lo son, los gastos de inventario, tasación y partición; pero no para la porción disponible del testador que queda inalterable por la operación de la tasación. Los gastos para la posesión, división y entrega de los bienes corresponden á los herederos, y si éstos disminuyen su porción hereditaria, no pueden tener recurso alguno, contra la porción disponible del testador, á cuyo cargo sólo están los gastos funerarios. Si la ley en caso alguno disminuye la porción disponible, una vez que se ha obtenido el valor líquido de los bienes, ¿por qué se haría responsable á toda la masa, de los gastos que los herederos se ven obligados á hacer para obtener los bienes? El que necesita formarse un título para reclamar bienes que le pertenecen, debe soportar los gastos necesarios para obtenerlo.

¿Cómo se hace la liquidación? De dos modos: 1º, cuando se trata de conocer la porción disponible del testador, se procede á tasar judicialmente los bienes dejados y á deducir las deudas que tenía la sucesión, obtenida esa suma se agrega el valor de las donaciones hechas durante la vida; 2º, separada la porción disponible y las legítimas se procede á la toma de posesión de los bienes quedados, pagando las cargas de la sucesión que no deben confundirse con las deudas; porque éstas son las

tiempo en que las hizo. No se llegará á las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima reduciendo á prorrata ó dejando sin

que disminuían el haber del causante; mientras las otras han provenido después de su muerte y tienen por objeto apoderarse de los bienes. De estas cargas sólo se exceptúan los gastos funerarios que deben pagarse de la porción disponible, porque precisamente así lo establece el art. 3795, no porque sea justo y equitativo; porque esos gastos debían estar á cargo de los herederos; pero el legislador, teniendo en vista, sin duda, que podían ser muy pequeños ó miserables, ha querido cargarlos á la porción del testador.

En la reducción de las mandas y legados, dice el artículo, no se llegará á las donaciones sino cuando no se puedan integrar de otro modo las legítimas forzosas, no sólo porque ha pasado la propiedad al donatario, sino también porque si el testador ha agotado, por decirlo así, su porción disponible, no tiene derecho para legar lo que no tiene; por esa razón sostuvimos en el t. V, pág. 91 y sig., que la reducción de las donaciones no se hacía á prorrata, sino por orden de fechas; las más modernas deben reducirse ó dejarse sin efecto. Y así como el testador no puede revocar por su propia voluntad y sin causa alguna las donaciones que hubiera hecho en vida, haciendo nuevas fuera de su porción disponible, tampoco puede alterar la forma y orden en que debe hacerse la reducción. Son disposiciones de orden público que no están en la mano de los particulares el cambiarlas.

¿Qué sucedería cuando las donaciones hubieran absorbido la porción disponible del testador, y nada quedara para los gastos funerarios? El art. 3795, dice expresamente: los gastos funerarios se sacan de la porción disponible; el presente ordena: que no se llegará á las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo á prorrata ó dejando sin efecto las disposiciones testamentarias; pero como los gastos funerarios no se comprenden en esas disposiciones, quiere decir entonces que no entran en la reducción, y deben ser pagados por los últimos donatarios, según la fecha de la donación.

El art. 1185, Cód. de Chile, dice á este respecto: «para computar las cuartas de que habla el artículo precedente (la de la porción disponible y mejora), se acumularán imaginariamente al acervo líquido de todas las donaciones... según el valor que hayan tenido las cosas donadas al tiempo de la entrega, etc.», agregando en el art. 1187: «si fuere tal el exceso que no sólo absorba la parte de bienes que el difunto podía disponer á su arbitrio. . tendrán derecho los legitimarios para la restitución de lo excesivamente donado, procediendo contra los donatarios,

efecto, si fuese necesario, las disposiciones testamentarias; pero cuando las donaciones fueran hechas á los mismos herederos, se colacionará su valor, y no se considerarán que han sido hechas de la porción disponible, á menos que expresamente las hubiera dispensado de la colación.

En los casos en que el testador hubiera dejado el usufructo de un bien raíz, como no se podría determinar el valor de él, ni se puede saber si está ó no dentro de la porción disponible, dice el **art. 3603**: *si la disposición testamentaria es de un usufructo ó de*

en un orden inverso al de las fechas de las donaciones, esto es, principiando por la más reciente»; doctrina que hemos sostenido en el comentario al art. 1831.

El art. 922, Cód. Francés, que probablemente ha inspirado la disposición que estudio, dice lo mismo, y agrega: «se calcula sobre todos los bienes (los dejados y las donaciones) después de haber *deducido las deudas*, cuál es la cantidad disponible, teniendo en cuenta la calidad de herederos que hubiere dejado»; lo que prueba la verdad de la tesis sostenida en este comentario, de que sólo se deben considerar las deudas, y no las cargas de la sucesión.—Comp. MARCADÉ, al art. 922. DEMOLOMBE, XIX. Cód. DE CALIFORNIA, arts. 3487 á 3489.—Véanse arts. 1831, 3282, 3469, 3476, 3501, 3530, 3601 y 3795.

(**Art. 3603.**) La disposición de este artículo parece clara, pero en su aplicación ofrece dificultades. Puede aplicarse á los dos casos siguientes: 1º, cuando el testador, disponiendo de su porción, ha legado á un tercero extraño el usufructo de algún bien ó de varios, ó ha constituido una renta vitalicia; 2º, cuando ese usufructo ó renta vitalicia se ha legado á uno de los herederos forzosos. En el primer caso, el derecho de opción corresponde á los herederos que han aceptado la herencia, porque antes no pueden ejercer derecho alguno. Cuando ha quedado un solo heredero no hay dificultad, porque su derecho para elegir entre ejecutar el legado ó entregar al legatario la porción disponible, no puede ponerse en duda; pero si han quedado dos ó más herederos y unos quieren ejecutar el legado y los otros entregar la porción disponible, ¿qué opinión deberá prevalecer? ¿Es necesario un pleito para demostrar los unos que tienen razón en entregar la porción disponible? No lo creo. Si es legado de usufructo, los herederos que optaren por la ejecución del legado

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3602. — Véase Goyena, arts. 648 y 649, y las notas á estos artículos, como también la nota al art. 954.

una renta vitalicia, cuyo valor exceda la cantidad disponible por el testador, los herederos legítimos tendrán opción, á ejecutar la

no tienen derecho alguno para oponerse á que sus coherederos entreguen la porción disponible, y tomen el usufructo ó la renta vitalicia á su cargo sujetos ambos á la vida del legatario; pero ese derecho de opción debe ser indivisible para el legatario, porque no se le puede entregar una parte en dinero y la otra en la renta ó el usufructo. En este sentido se dice que toda opción es indivisible, como lo es toda alternativa, ó se elige una cosa ó la otra, no se puede tomar una mitad de una y otra mitad de otra. Se le ha legado, por ejemplo, una renta vitalicia, si los herederos creen que perjudica á la legítima forzosa ó que no les conviene, pueden entregar la porción disponible, ese es su derecho; pero no convertir el legado en renta vitalicia y en parte de la porción disponible. En esta parte los derechos que ejercen los herederos les viene de la ley, y no del difunto, es cierto; pero sólo pueden cambiar el legado, entregando el valor de la porción disponible del testador; á eso se limita su derecho de opción.

El Dr. Segovia cree, «que si los herederos discrepan, los que quieren optar por la entrega de la porción disponible deben ofrecer la demostración probable de que la disposición excede esa porción para fundar su demanda y poder compeler á sus coherederos á optar por la anulación de la disposición y entrega consiguiente de la porción disponible», mientras el Dr. Llerena sostiene que «el derecho de opción acordado por el artículo debe considerarse como divisible, en el sentido de que si son varios los herederos, uno puede atenerse á su legítima abandonando la cantidad disponible del testador y otros ejecutar el legado»; no participo de ninguna de estas opiniones. El derecho de opción es indivisible, porque dice el artículo: los herederos tendrán opción; no concede ese derecho á cada heredero individualmente sino á todos conjuntamente; y como el derecho de los herederos crea el correlativo del legatario, éste tiene á su vez derecho al legado en su totalidad ó á que le entreguen la porción disponible del testador. Los herederos son los que tienen el derecho de opción; pero deben elegir entre una ú otra cosa; son los únicos jueces y no tienen necesidad de probar que perjudica sus legítimas forzosas; el legislador ha querido impedir todo pleito; por eso creo que no debemos permitirlo entre los mismos herederos para compeler los unos á los otros á que acepten su opción. Los que optan por ejecutar el legado, conformándose con la voluntad del testador no deben ser molestados, aceptan lo que su causante ha dispuesto; y los que optasen por entregar la porción disponible contrariando la voluntad del testador, deberán sustituir al legatario en las mismas condiciones.

disposición testamentaria, ó á entregar al beneficiado la cantidad disponible; pero cuando se reputase que la donación no alcan-

¿Por qué envolverlos en un pleito que el legislador ha querido impedir?
 ¿Cómo demostrar por otra parte que una renta vitalicia está fuera de la porción disponible? Para eso se necesitaría saber el término de la vida del beneficiado, lo que es imposible. Entre el heredero que se conforma con la disposición testamentaria de su causante, y el que la ataca como perjudicial á sus intereses, no se debe trepidar; que acepte el legado en las mismas condiciones y así quedan salvadas todas las dificultades.

En cuanto al derecho de aceptar unos la ejecución y rechazarla otros, se encuentra con el derecho indestructible del legatario, que puede exigir la renta vitalicia ó el usufructo legado, ó si los herederos no quieren aceptarlo que le entreguen la porción disponible del testador. ¿Con qué derecho podrían transformarle este legado, dándole una parte de la renta ó del usufructo y otra en dinero por la porción disponible? ¿Cómo convertirlo en condómino de los herederos que opten por la entrega de la porción disponible? No hay disposición alguna que apoye tal conclusión; que además de ser arbitraria ataca los derechos del legatario.

Respecto del segundo caso, no creo, como el Dr. Segovia, que dice: «la disposición de nuestro artículo, tal como la comprendemos, no es más que la aplicación de la facultad acordada por el art. 3356 (3354), y que el heredero forzoso puede así renunciar siempre á la porción disponible y atenerse á su legítima...»; porque el presente no trata de la facultad de renunciar, que siempre tiene el heredero, sino, por el contrario, de la mejora que el causante le ha hecho de su porción disponible. El heredero forzoso que ha sido instituido legatario del usufructo ó de una renta vitalicia, no tiene más derechos que el extraño, puede ser sometido como legatario á la voluntad de sus coherederos, quienes pueden darle á su elección ó la porción disponible ó ejecutar la disposición testamentaria. La aceptación pura y simple de la herencia jamás le puede impedir que renuncie al título de legatario que no se confunde con el del heredero necesario. El derecho concedido por el art. 3354 no comprende este caso, pues supone una colisión entre su legítima de heredero forzoso y el legado; como si, por ejemplo, le legase el testador su porción disponible y dejase á los demás herederos lo restante de sus bienes; entonces puede reclamar su legítima de heredero forzoso; caso muy diferente del que trae el presente artículo, donde se le ha dejado una renta vitalicia ó el usufructo, y los herederos creen que excede la porción disponible del testador; entonces la ley les autoriza para cambiar el legado entregando aquella porción; no supone que la legítima del legatario haya

zare, se cumplirán los demás legados hasta agotar la porción disponible.

sido disminuída, pues en ese caso *cada heredero* tiene derecho para repudiar, no la herencia como dice el art. 3354, sino el testamento, ateniéndose á su legítima forzosa. En el caso del presente artículo la opción corresponde á todos y no á cada uno, como lo he demostrado más arriba.

Es inútil averiguar si el legatario de la porción disponible, está obligado á pagar las deudas de la sucesión en proporción de lo que recibiere, según el art. 3499, ó si sólo son responsables de las deudas cuando los bienes no alcanzasen, art. 3501; porque la porción disponible sólo puede deducirse después de pagadas todas las deudas de la sucesión; así es que si la herencia no alcanzare á cubrir las deudas no hay legado, y por consiguiente, el legatario á nada estará obligado, porque no recibe bienes. — Comp. PROUDHON, I, 338. GRENIER, IV, 638. TOULLIER, V, 142. DURANTON, VIII, 345. TROPLONG, 840 y 847. LAURENT, XII, 154 y sig. AUBRY y RAU, § 684, nota 16, y DEMOLOMBE, XIX, 436 á 454.

En cuanto á la cuestión de saber si el legado de usufructo ó de una renta vitalicia sometidas á una condición resolutoria, fuesen cambiados en virtud del derecho de opción, por la entrega de la porción disponible, si este abandono estaria sujeto á la misma condición, en ese caso las opiniones se dividen. La jurisprudencia francesa ha aceptado en su generalidad el principio de que la condición impuesta al legado de usufructo continúa rigiendo á la entrega de la cantidad disponible, pues como dicen Aubry y Rau, § 684 bis, nota 17: «el abandono de la cantidad disponible no tiene por efecto sustituir un título nuevo, cambiando el primero, y no es bastante para purgar la condición resolutoria á la que estaba sometido. Es un error el creer que el abandono no tendría lugar en plena propiedad, si debiera quedar sometido á esta condición: una condición resolutoria unida á la cesión de una cosa, no impide que la cosa sea transmitida en plena propiedad»; á lo que se puede agregar: que la entrega de la porción disponible, es sólo un medio de liberación, un pago, que toca á la ejecución del legado, sin cambiar la naturaleza de la disposición, que permanece inalterable en su base fundamental; que la intención de las partes al entregar la porción disponible no ha sido, en el legatario, de recibir un nuevo legado, ni en los herederos de cambiarlo, sino de ejecutar la disposición testamentaria valiéndose de un medio que la ley les concede. No me satisfacen las razones de Demolombe, XIX, 461, que se funda en la palabra *ejecutar* la disposición testamentaria, ó entregar la cantidad disponible, porque la entrega de

En la legislación francesa que ha servido de base en esta parte á nuestro Código, se establecía la presunción de que el contrato de la nuda propiedad, reservándose el testador el usufructo, importaba una donación hecha al heredero forzoso, que no debía colacionarse, sino en la parte que excediera de la porción disponible, y al traducir la disposición del art. 918 del Cód. Francés, se agregó el adverbio *aunque*, que vino á oscurecer la disposición, habiendo defendido la redacción actual notables juriscón-

esa porción es en *ejecución* del artículo, y si no lo fuera, ¿á qué título se le abandonaría la porción disponible? ¿Acaso la ley ha alterado ese legado por haber dado á los herederos otro medio de ejecución? Reconoce que el abandono de la porción disponible no es *in obligatione* sino *in facultate solutionis*. Y, ¿cómo es posible sostener que el heredero rehúsa ejecutar la disposición, que es una disposición nueva y subsidiaria que reemplaza á la primera? Es también exacto que el legislador ha querido evitar avaluaciones aleatorias y le ha dado un medio para que los derechos del heredero y del legatario se conciliaran, y le ha dicho: ¡sed vos el juez: elegid! Pero, es inexacto que cualquiera de estos dos medios no sea una ejecución; en esto está el error á mi juicio. En efecto, cuando se trata de cumplir una obligación facultativa en que tiene la elección el deudor, éste la cumple igualmente eligiendo la que está en su facultad. El heredero ejecuta el legado sea entregando la cantidad disponible, sea dando la renta ó el usufructo sujeto á condición; ambos son medios de ejecución que no alteran la naturaleza del legado. Sería poco jurídico que el legatario bajo condición resolutoria de una renta vitalicia conservase la propiedad de la porción disponible, cuando su derecho estuviera resuelto por el cumplimiento de la condición. ¿Esa ha sido acaso la intención de las partes? ¿Han querido cambiar la naturaleza del legado ó sólo lo han ejecutado? Entre nosotros, el Dr. Segovia sigue á Demolombe.—Pueden verse en DALLOZ las sentencias de los diversos tribunales franceses apoyando la doctrina de Aubry y Rau; Corte de Angers, Febrero 18 de 1847; de Douai, 19 de Junio de 1861; Corte de Casación, Enero 8 de 1849 y varias otras.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3603.—Cód. Francés, art. 917, y sobre él Troplong.—La disposición testamentaria creando un usufructo y una renta vitalicia no es reducible; pero si el heredero legítimo cree que le es onerosa, tiene derecho para obligar al legatario á recibir en su lugar la cantidad de que el testador podía disponer. El legatario no puede quejarse, pues que se le entrega todo lo que el difunto podía dejarle.

sultos; pero al presente la doctrina contraria avanza, y en un porvenir no lejano quedará establecido que la presunción de la donación al heredero legítimo quedará para aquellos contratos en que se enajene la cosa con la reserva del usufructo; en ese sentido debemos tomar la disposición del **art. 3604**, 1ª parte, que

(**Art. 3604.**) El presente artículo ha sido objeto de vivas controversias en el Congreso, al tratarse de la fe de erratas, y posteriormente en nuestros tribunales, sosteniendo unos que él prohíbe todo contrato de enajenación entre padres é hijos, y los otros que el artículo se debe aplicar únicamente á las enajenaciones hechas con cargo de renta vitalicia ó de usufructo, porque se presumen simuladas, inportando una cláusula de mejora, y deben reducirse á la porción disponible.

Para interpretar una disposición nueva, uno de los elementos principales es el histórico, que nos hace conocer el estado de la legislación que regía en el momento de la ley nueva; así como la historia de la que viene á reemplazarla. Pues bien, uno de los jurisconsultos que ha sostenido la prohibición de enajenar, el Dr. Cortés, decía en el Congreso defendiendo la redacción del artículo: «por las leyes españolas no era prohibido á los padres, como no lo es todavía por el Código Francés, contratar con sus hijos, siendo mayores de edad ó emancipados; podían, por consiguiente, enajenar por contrato oneroso alguna ó varias fincas; y esto ciertamente daba lugar á frecuentes fraudes que no siempre era fácil justificar». Ese era el estado de la legislación antes de la vigencia del Código; no se prohibía á los padres contratar con sus hijos mayores, enajenándoles bienes ó adquiriendo de ellos. Estudiemos ahora el artículo tomando por guía la disposición que la ha inspirado. El Dr. Velez-Sarsfield nos dice en la nota que ha tomado la disposición del art. 918, Cód. Francés, y si en efecto lo comparamos nos convenceremos que esa es la verdadera fuente. Ahora bien. ¿Cuál es el origen del art. 918? Todos los jurisconsultos franceses reconocen que es el art. 26 de la ley 17 de *Nivóse* del año II, que dice: «todas las donaciones con carga de una renta vitalicia ó á fondo perdido, en línea directa ó colateral, á uno de los herederos presuntivos ó á sus descendientes, son prohibidas, á menos que los parientes del grado del adquirente ó de los grados más próximos intervengan y consientan en ella. Todas las hechas sin este concurso, después y comprendido el 14 de Julio de 1789, á las personas de la calidad designada, son anuladas, salvo el derecho del adquirente para hacerse entregar por su donante ó vendedor ó por sus herederos, todo lo que justificare haber pagado, más de la justa renta de la cosa enajenada».

dice: *si el testador ha entregado por contrato en plena propiedad, algunos bienes á uno de los herederos legítimos, aunque sea con cargo de una renta vitalicia ó con reserva de usufructo, el valor de*

Esta ley ha sido el fundamento del art. 918 que abraza tres puntos principales: 1º, ¿en qué casos la presunción legal es aplicable?; 2º, ¿cuál será el efecto de esa presunción?; 3º, ¿por qué medios las partes pueden dejarlo sin efecto?

Estudiando el primer punto, dos causas principales se presentan como bases de la presunción legal: 1º, el carácter de la enajenación misma; 2º, la calidad de las partes entre las que tiene lugar. El concurso de estas dos circunstancias hace indudablemente sospechosa toda enajenación bajo las condiciones expresadas; es decir, cuando ha sido por una renta vitalicia ó con la reserva del usufructo; pero como esta presunción llevaría muchas veces una injusticia, pues podía existir un contrato real, el legislador ha adoptado un término medio, declarando que tales enajenaciones serán consideradas como donaciones imputables á la cantidad disponible. Así dice el art. 918: «el valor en plena propiedad de los bienes enajenados, sea con carga de renta vitalicia, sea á fondo perdido ó con reserva de usufructo á uno de los sucesibles en la línea recta, será imputado sobre la porción disponible, y el excedente, si lo hubiera, será llevado á la masa». Demolombe, XIX, 46, comentándolo, dice: «la disposición del artículo es excepcional, y se ha podido decir, bajo ciertos respectos, exorbitante. Es un motivo para no extenderla más allá de sus términos, con tanta más razón cuanto que ella constituye una presunción legal, y es de regla que la presunción legal, unida como está por una ley especial á ciertos actos ó á ciertos hechos, no deberá extenderse á otros actos ó á otros hechos sino á los expresamente determinados y previstos». Y agrega más adelante: «resulta que la presunción legal del art. 918 es aplicable en todos los casos en que se encuentren simultáneamente las dos circunstancias sobre las que se funda; pero al contrario no podrá nacer ni de la una ni de la otra de estas circunstancias tomadas aisladamente; ni del carácter de la enajenación, si falta la calidad de las partes; ni de la calidad de las partes, si falta el carácter de la enajenación. En lo que concierne al carácter de la enajenación, el art. 918 se aplica á los bienes enajenados, sea con carácter de una renta viagera, sea á fondo perdido ó con reserva de usufructo». Continúa examinando la segunda circunstancia en el n° 509; es decir, la calidad de las partes, y las aplica á las palabras «á uno de los herederos presuntivos ó á sus descendientes» que nuestro artículo llama «á alguno de los herederos legítimos», de donde deduce que no sería aplicable el artículo cuando la persona á quien

los bienes será imputado sobre la porción disponible del testador, y el excedente será traído á la masa de la sucesión; reputándose como

se ha hecho la enajenación no fuera en el acto de hacerla heredero presuntivo.

De la exposición que acabamos de hacer se deduce que, en la jurisprudencia francesa es de toda evidencia que sólo se comprenden las enajenaciones hechas con carga de una renta vitalicia ó con reserva de usufructo. En la nuestra se ha puesto en duda, y aun se ha decidido lo contrario por algunos jueces, fundándose en la conjunción adversativa *aunque*, que por equivocación contiene el artículo, porque de otro modo no estaría redactado lógicamente. En efecto, si *toda enajenación* ó entrega por contrato debiera ser imputada sobre la porción disponible del testador, ¿qué objeto tendría el decir en seguida: *aunque* sea con cargo de una renta vitalicia, etc.? No es posible sostener, como dice el Dr. Cortés, que «esa frase es *ampliativa* de la disposición: que esas palabras son una generalización». ¡Cómo! Después de una disposición á la que le hace decir: «todo contrato en que se entregue la plena propiedad, será imputado á la porción disponible del testador», ¿se generaliza acaso esa disposición con agregarle, «aunque sea con la reserva de usufructo»? O no comprendemos lo que es una generalización, ó el eminente profesor ha lanzado la palabra por no tener otra más á propósito. Generalizar, es abstraer lo que es común y esencial á muchas cosas, para formar un concepto general que las comprenda á todas. Nada de esto se encuentra en aquella expresión que más bien es una especialización de una clase de actos; porque hablar de todas las enajenaciones para especializarse con dos clases de ellas, como son las que se hacen con carga de renta vitalicia ó de usufructo, es cometer un pleonismo evidente. Y lo que demuestra que el artículo ha sido mal vertido es la expresión de «si el testador ha entregado por contrato, *en plena propiedad*, algunos bienes... *aunque* sea con reserva de usufructo, etc.» ¿Cómo puede entregarse la plena propiedad, cuando se reserva el usufructo? Lo que se ha querido indudablemente expresar es lo que dice el art. 918, Cód. Francés, que «el valor en plena propiedad de los bienes enajenados con reserva de usufructo, será imputado á la porción disponible del testador». Hay, pues, dos errores evidentes en la versión del artículo; el de entregar en plena propiedad una cosa sobre la que se reserva el usufructo, y el *aunque*, que no tiene colocación lógica.

Pero tomemos el artículo tal como está redactado, ya que la misión del intérprete no es de corregirlo, y tratemos de buscar su explicación tomando el elemento lógico y combinándolo con el sistemático.

una donación por mejora que el testador ha querido hacer á su heredero forzoso; pero *esta imputación y esta colación no podrán*

El primer elemento nos dice, que un bien no puede entregarse en plena propiedad, cuando el enajenante se reserva el usufructo, y lo que se debe imputar á la porción disponible del testador es el valor de la *propiedad plena*, pues en realidad es lo que recibe á la muerte del testador, porque habría duda sobre el valor de la donación que ha sido únicamente de la *nuda* propiedad. Si á esta deducción lógica unimos el elemento sistemático que busca y combina las diversas disposiciones del mismo Código, podremos decir con el Dr. Benjamín Paz, Presidente actual de la Suprema Corte Nacional, que defendió la verdadera teoría, que «no se encontrará en el Código una sola disposición que prohíba á los padres enajenar bienes á sus hijos mayores de edad ó emancipados». En vano se buscará en la compra y venta, en la cesión, permuta, donación, etc., una disposición que contenga esa prohibición tan singular. En la compra y venta, que es el contrato tipo de las enajenaciones, se buscará inútilmente en el art. 1361 donde se encuentran las prohibiciones, una en que niegue á los padres el derecho de vender sus bienes, á sus hijos mayores de edad. Si pues, en parte alguna del Código se encuentra una prohibición semejante, ¿cómo vendríamos á hallarla en este artículo por implicancia? Una prohibición que priva de un derecho tan importante, debe ser expresa y encontrarse en el lugar que corresponde al contrato que se prohíbe. ¿Y no repugna venir á buscarla en el título de «la porción legítima de los herederos forzosos», y velada, en una disposición que tiene por objeto conservar la legítima de estos herederos?

¿No es admisible semejante suposición!

Pero donde el sistema que sostiene la prohibición, de enajenar de los padres á los hijos es inexplicable, sería en los casos siguientes: supóngase que el padre permuta una de sus propiedades con uno de sus hijos por otra que éste le da á su vez. ¿Es nulo el contrato? ¿Deberá imputarse el valor del bien entregado en permuta á la porción disponible del testador, adquiriendo la sucesión el bien entregado por el hijo? Basta plantear la cuestión para resolverla por la negativa, sin necesidad de razonamiento alguno para apoyarla. Supóngase además, que el testador vende una de sus propiedades á uno de sus hijos por el precio de cien mil pesos que deberá pagarlos á la muerte de aquél; es decir, entregarlos á la sucesión. Según la teoría que combató, ese precio deberá entrar en la sucesión, y el valor del bien enajenado será imputado á la porción disponible del testador; pero esto sería sencillamente una iniquidad! Y si

ser demandadas por los herederos legítimos que hubiesen consentido en la enajenación, y en ningún caso por los que no tengan de-

aún agregamos que la cosa vale ochenta mil á la muerte del testador, tendríamos que la iniquidad sería mayor. Pero aún pongámonos en el caso del artículo; si la venta se hizo con reserva de usufructo para pagar el precio á la muerte del enajenante, ¿se podría sostener con la letra del artículo que la sucesión tendría derecho para cobrar el precio é imputar el valor del bien enajenado á la porción disponible? Y si nos colocamos en la hipótesis de una permuta, en que el heredero legítimo ha entregado una propiedad suya, para adquirir otra de su padre que le será entregada á su fallecimiento, pues éste se ha reservado el usufructo, encontrándose en la sucesión la propiedad adquirida por el padre. ¿Pretendería la sucesión adquirir esa propiedad, y computar el valor de la enajenada por el padre, á su porción disponible? Y así se podrían multiplicar los casos de venta, de permuta, cesión, etc., al infinito, para demostrar no sólo que tal prohibición de enajenar no existe por nuestro derecho, sino que el caso de presunción de simulación del artículo, no e pueden llevar contra la evidencia misma, que demuestre la verdad del contrato. Lo que el legislador se ha propuesto es impedir que por medio de estas enajenaciones, que son actos disfrazados (para mejorar á unos con perjuicio de los otros), se mantengan como válidas, y ha dicho: son donaciones, y el excedente de la porción disponible se debe llevar á la masa de la sucesión; esto lo dice el mismo Dr. Velez-Sarsfield en la nota, dando la razón de la ley.

Puede suceder que los bienes se entreguen al adquirente en plena propiedad con el cargo de pagar una renta vitalicia al enajenante, y en ese caso se aplicará la disposición del artículo, sin que el adquirente tenga derecho á cobrar la renta que hubiera pagado, porque ella se compensa por los frutos de la cosa.

De lo expuesto se deduce que, el legislador no ha prohibido al testador enajenar sus bienes á cualquiera de sus herederos forzosos; que la presunción de donación disfrazada sólo se extiende á esas enajenaciones cuando se reserva el usufructo ó se proporciona una renta; porque si fueran verdaderas se habría desprendido de esos bienes y recibido su precio.

Pero se pregunta: si la renta no se pagara al mismo testador sino á un tercero, ¿se comprendería también este caso en la hipótesis del artículo? Aubry y Rau, § 684, ter. nota 17, sostienen que aún en este caso la enajenación sería sospechosa y que debería aplicarse el artículo en todo su rigor; por mi parte creo que nuestro artículo no lleva la presunción

signada por la ley una porción legítima (art. 3604, 2ª parte); porque sólo es con el objeto de salvar la porción forzosa señalada

más allá del testador; es éste quien debe recibir la renta ó reservarse á su favor el usufructo, pues de otro modo no existe la presunción.

Apresurémonos á decir, que en los contratos en que el enajenante ha recibido por permuta otro bien, para entregar á su fallecimiento el permutado, por haberse reservado el testador el usufructo ó cuando reservándose, el adquirente debe pagar el precio de la cosa, al fallecimiento del testador, en ambos casos debe aplicarse el artículo; pero devolviendo la sucesión en el primer caso el bien recibido, porque no lo podría mantener como suyo, desde que *no hay causa*. Así lo ha juzgado la Corte de Rouan, Julio 31 del 1843. En cuanto el precio á pagar no tendría obligación alguna, desde que la ley considera el contrato como una donación disfrazada. Así es como desaparecería la iniquidad que hacíamos notar; tratándose de enajenaciones con cargo de una renta vitalicia ó con reserva de usufructo.

No es exacto lo que decía el Dr. Cortés de que «todo contrato por el cual el padre ó ascendiente entrega alguna de sus fincas á uno de sus descendientes, *se presume simulado aunque parezca oneroso y equitativo*»; porque eso no dice el artículo, ni puede decir, sin crear una prohibición que no existe en el Código. ¿Cómo podría suponerse tal cosa, cuando en la permuta existe el bien cambiado, más aún, si tiene un valor superior al bien entregado? ¿Y cómo se podría suponer esa simulación, cuando recibiendo la plena propiedad, se obliga á pagarla á la sucesión? No! La ley supone que son donaciones disfrazadas las enajenaciones hechas con carga de una renta vitalicia ó con reserva de usufructo, aunque en este último caso se hubiera estipulado un precio, que no deberá pagarlo, porque no hay venta sino donación.

Para concluir, debemos decir, que si los herederos perjudicados no reclaman, no podrá hacerlo el adquirente. Y tampoco es exacto lo afirmado por el Dr. Llerena, de que haya jurisprudencia, porque un juez y una Cámara de Apelaciones hayan decidido el punto en el sentido contrario á la tesis que sostengo. Ni una, ni dos, ni cuatro decisiones forman jurisprudencia; son meros antecedentes que se pueden traer, como se traen la opinión de los autores. La jurisprudencia la forman muchos y variados fallos de tribunales que han cambiado en su personal, y que constantemente han dado la misma interpretación; porque si son los mismos jueces es de suponer que persistirán en su primitiva opinión. Así es como ha sucedido con la debatida cuestión de si la prensa puede ser sometida á la jurisdicción federal, en que dos decisiones dicen que no, y

por la ley, para impedir al testador que altere á su voluntad, simulando contratos, la parte que á cada heredero forzoso le corresponde.

tres afirman que sí. La jurisprudencia no la forman decisiones aisladas, muchas veces sin importancia ni estudio; se da ese nombre á la serie uniforme de sentencias en diversos casos y con cambio de las personas que forman el tribunal.

¿Qué valor es el que debe imputarse? Es el que tenía la cosa en el momento de la enajenación; porque desde que se le considera como una donación disfrazada, y como tal se imputa á la porción disponible del testador, no hay razón para cambiar la base sobre que reposa la donación.

Si el heredero renunciase á hacer valer el contrato, creo como el Dr. Llerena que tendría derecho para traer á la masa de bienes el que recibió; pero no podrá hacerlo, si quiere tomar la porción disponible del testador; porque entonces sólo tiene derecho á tomar el bien enajenado con cláusula de renta vitalicia ó con reserva de usufructo, é ingresar á la masa el excedente; el artículo es bien terminante, para que se ponga en duda esta proposición.

¿Cómo debe ser dado el consentimiento, para perder el derecho de reclamar el contrato? El legislador, no ha impuesto, como en el caso de de la renuncia de la herencia, ni la forma de la escritura pública, ni que sea expreso, y por consiguiente se debe aceptar el consentimiento tácito, desde que es uno de los modos de expresión de la voluntad. Son de esta opinión Coin Delisle, al art. 918, n.º 6. Saintespés-Lescot, II, 401, y Demolombe XIX, 532. Aubry y Rau, § 684 *ter.*, dicen: «el consentimiento que hace desaparecer la presunción de gratuito y de simulación, con que hiere la ley á las enajenaciones previstas por el art. 918, puede ser dado expresa ó tácitamente, en el mismo acto de la enajenación, ó en un acto separado, sea anterior ó posterior; y es indiferente para su eficacia que haya sido gratuito, ó que los otros sucesibles hayan obtenido en cambio una suma de dinero ú otro valor»; porque la ley sólo busca el consentimiento libre de los herederos presuntivos, á fin de que no sean perjudicados. De modo que si la mitad de los herederos han consentido en la enajenación sólo ellos serían privados del derecho de reclamarla, pudiendo hacerlo los otros por su parte, que sería salvada, sin que participaran los que renunciaron.

Si todos los herederos presuntivos hubieran consentido en la enajenación y después de hecha naciera un nuevo hijo, ¿podría serle opuesto á éste el consentimiento de los demás? Creo como Demolombe, Grenier y

Hemos dicho que la ley ha limitado al testador la facultad de disponer; pero que *de la porción disponible el testador puede hacer los legados que estime conveniente, ó mejorar con ella á sus herederos legítimos. Ninguna otra porción de la herencia puede ser traída para mejorar á los herederos legítimos (art. 3605);* que-

Aubry y Rau, que éste conservaría su derecho para reclamar de la enajenación, pues que no ha podido consentir. Lo mismo se diría respecto del hijo natural reconocido después de la enajenación.

Se trata, es cierto, de una donación disfrazada, y hemos sostenido en el art. 1832 que sólo pueden reclamarla los que eran herederos al tiempo de la donación; pero es necesario considerar que esta donación no se reclama; que por el contrario se confirma; que es hecha á un heredero forzoso; que cuando aquel artículo habla de los descendientes ó ascendientes que existían al tiempo de la donación, y son los únicos que pueden demandar su reducción, indicaba claramente que la donación se hace á extraños; por consiguiente pensamos con todos los comentadores franceses, que tienen derecho para reclamarla los hijos del testador que nacieran después.—Véase sobre este punto á DELVINCOURT, II, pág. 438. VAZEILLE, al art. 918 n° 3. TROPLONG, II, 853. DEMOLOMBE, XIX, 527 y AUBRY Y RAU, § 684 *ter.*, texto á la nota 28.—Véanse arts. 872, 954, 1827, 1831, 1832, 3476.

Cuando el artículo habla de herederos *legítimos*, se comprende que son los forzosos, por contraposición á los demás herederos legítimos, que no tienen derecho para obligar á colacionar los bienes donados desde que la ley no les acuerda porción disponible.

El artículo fué corregido en la palabra *desiguales* por la de *desiguado*.

(**Art. 3605.**) En la antigua legislación que nos regía cuando el Código se puso en vigencia, los ascendientes tenían dos porciones de que disponían; la del quinto que podían dejarla á los herederos ó á los extraños, teniendo la más absoluta libertad, y la del tercio con la que

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3604.—Cód. Francés, art. 918.—Muchos padres con el fin de eludir las leyes fingen para preferir un hijo, contratos onerosos que no son sino donaciones disfrazadas. La ley debe suponer que estos contratos son simulados. Esta presunción es *juris et de jure* contra la cual no se admite prueba.

Faltos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3604.—El excedente de la porción que la ley señala como disponible al testador, debe ser incorporado á la masa de la sucesión.—Jur. Civ., I, 474, Sér. 1°.

dando así suprimida la mejora del tercio que las antiguas leyes permitían al testador que hiciera entre los herederos forzosos.

podían mejorar á sus hijos ó descendientes, herederos forzosos. Esto era lo que se entendía por mejora, que nuestro Código ha venido á suprimir, y cuya disposición se puede traer como una aplicación de las leyes nuevas, que sólo privan de expectativas y no de derechos adquiridos. Es cierto que según la teoría sostenida en el tomo I de esta obra, habiendo usado de la facultad conferida, el acto quedaría irrevocable; pero eso sólo sucede con los contratos en que las partes han creado relaciones de derecho que no pueden alterarse; el testamento como acto unilateral no produce derechos y obligaciones sino cuando se hace irrevocable por la muerte del testador, y es en ese instante que se juzga de la facultad concedida por la ley; por eso el contenido del testamento se rige por la ley en vigor en el momento de la muerte, mientras la capacidad para testar es regida por la ley en vigor en el momento de hacerlo; una cosa es la capacidad y otra la facultad de disponer. Así, el que fué capaz de hacer el testamento según la ley en vigor al tiempo de otorgarlo, la nueva ley no puede incapacitarlo; pero si usó de una facultad conferida entonces por la ley para mejorar á sus hijos y se la quitase la que rige en el momento de su muerte, la disposición de mejora quedaría anulada.

Al presente no hay mejora, y el testador puede disponer libremente de su porción disponible, entendiéndose que si es heredero el que la recibe, no se considerará mejorado, sino cuando se lo haya dispensado expresamente de la colación, ó cuando se le hubiere enajenado bienes con cargo de una renta vitalicia ó con reserva de usufructo, caso del art. 3604.

La porción disponible del testador se debe tomar teniendo en cuenta el valor de las donaciones hechas en vida á extraños ó á los herederos forzosos, si los hubiere dispensado de la colación; porque todo eso disminuye su porción disponible, aplicándose lo dicho en el art. 3602.—Comp. Cód. FRANCÉS, art. 919. GOYENA, art. 652. DEMOLOMBE, XIX. 416, 486 y 500.—Véanse arts. 1831, 3355, 3524, 3792 y 3795.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3605.—Los legados que en calidad determinada ó igual, haga el testador á cada uno de sus herederos legítimos, se conceptúan aumento de la herencia y no donación.—Jur. Civ. VIII, 583, Sér. 2ª.

TITULO XI

DE LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA

§ 990. — CAPACIDAD PARA DISPONER POR TESTAMENTO

Se llama sucesión testada, á aquella que tiene por base un acto escrito con las formalidades de la ley, disponiendo de los bienes para después de su fallecimiento. La manifestación de la voluntad en una de las formas autorizadas por la ley, se llama testamento. El hombre por medio de este instrumento prolonga su voluntad, por decirlo así, en el tiempo y distribuye sus bienes para después de su muerte. Es pues esencial que haya una persona física, para que el testamento exista, por eso dice el **art. 3606**:

(**Art. 3606.**) El art. 967, Cód. Francés, de donde fué tomado el nuestro, dice: «toda persona podrá disponer por testamento», porque en realidad ese es el principio general que sólo encuentra su limitación en la prohibición expresa de la ley. Basta ser persona para tener derecho á disponer de sus bienes, con arreglo á las leyes que reglamentan su ejercicio. La incapacidad sólo viene de la ley; por eso el art. 3616 dice, la ley presume que toda persona está en su sano juicio mientras no se pruebe lo contrario; y lo mismo podría decirse: toda persona se reputa capaz, mientras no se pruebe la incapacidad. Se suprimieron las palabras *moral y físicamente*, sustituyéndolas por la de *legalmente*, cuando habría podido decirse con más exactitud: «toda persona capaz de tener voluntad y de manifestarla, etc.»

La aplicación de este artículo ha sido objeto de vivas controversias entre nosotros, y nuestros más altos tribunales han sido llamados á decidir esta cuestión: si las provincias tenían derecho para crear impuestos sobre las herencias, y si esos impuestos eran contrarios á la Constitu-

toda persona (de existencia visible) legalmente capaz de tener una voluntad y de manifestarla, tiene la facultad de disponer de sus

ción, y alteraban el orden de las sucesiones establecido por el Código Civil.

El caso era el siguiente: la provincia de Buenos Aires había creado un impuesto del 10 % sobre las herencias transversales. Uno de esos herederos se presentó atacando ese impuesto como inconstitucional, porque limitaba la facultad de testar, el juez rechazó la demanda, y el asunto fué en apelación ante la Cámara, la que confirmó la sentencia con la disidencia de uno de los tres miembros que la componían. La parte ocurrió á la Suprema Corte, quien dió vista al Procurador General; este funcionario, que era uno de los más renombrados jurisconsultos, opinó que las provincias podían crear impuestos sobre las herencias transversales; pero la Corte que había sido integrada con el Dr. Tejedor, decidió por mayoría de un voto, que el impuesto era inconstitucional; así es que esa decisión nació desprestigiada y sin la sanción moral que da la competencia y la unanimidad. De los diez jurisconsultos que habían intervenido y opinado, seis estaban por la negativa de inconstitucionalidad, y sólo cuatro por la afirmativa; siendo de notar que entre los primeros se encontraban dos de más renombre, los Dres. Tejedor y Costa.

Posteriormente, una de las Cámaras de Apelaciones de la Capital siguió esta decisión aconsejada por su fiscal Dr. Cortés, quien saliendo de aquella moderación que le era característica, y sintiéndose débil en defensa de la tesis, decía, que después de la sentencia de la Corte, sólo quedaban *carilosidades, argucias y sofismas*; y cualquiera al leer semejantes palabras aplicadas á hombres como Tejedor, Costa, Domínguez, Basavilvaso y otros, creería que esa sentencia tan luminosa no dejaba dudas ni sombras en el espíritu. ¡Pues bien! Esas cavilidades y sofismas se han abierto paso, y convirtiéndose en verdades del presente; ahora nadie se atrevería á sostener la inconstitucionalidad de tal impuesto, y todos lo pagan sin hacer reclamación. La Cám. de Apel. de la Capital en diversas decisiones ha consagrado la verdadera doctrina, como puede verse en el t. VIII, pág. 186. Série 3.^a Esta es una lección para los que creen que una ó dos decisiones forman jurisprudencia!

Pero examinemos, aunque sea ligeramente, esa sentencia que por un voto consagró el error.

El 1.^{er} considerando, es que la Constitución garante á todo habitante el derecho de usar y disponer de su propiedad, conforme á las leyes que reglamenten su ejercicio; cualquiera creería que se negara ese derecho; precisamente es todo lo contrario, porque la ley atacada lo reconoce, y

bienes por testamento, con arreglo á las disposiciones de este Código, sea bajo el título de institución de herederos, ó bajo el título de

tampoco pone un límite á esa facultad que el disponente puede usar á su arbitrio. Este considerando era necesario traerlo, para explicar la intervención de la Corte en una aplicación del Código Civil, cuando por la ley le está prohibida tal intervención, pues la falsa aplicación del Código Civil, como la de los demás que dicta el Congreso, no pueden dar recurso para venir á la Corte, por ser leyes nacionales; de otro modo no habría asunto que escapase á su conocimiento.

El 2º, dice: «que teniendo la propiedad como garantía constitucional, su grande y extensa organización, en el derecho civil, la Constitución por el art. 67, inciso 11, ha autorizado solamente al Congreso para dictar dicho Código, prohibiendo todavía expresamente á las Provincias el hacerlo después que aquél lo hubiese verificado». Cualquiera creería que se trataba de facultades que las Provincias se atribuyesen para dictar Códigos; pero esto no es exacto, se discutía la facultad que tienen para imponer, en que son concurrentes con la Nación. Cada impuesto es una restricción á la libertad, ó más bien dicho, es una garantía para que el individuo use de ella, ya se trate de transmitir la propiedad, ya de comerciar, ó de manifestar su pensamiento.

El 3º, dice: «que el Congreso, ejerciendo esa atribución, sancionó el Código Civil desde 1871, por el cual estableció, de acuerdo con la garantía antes citada, que toda persona moral y físicamente capaz de tener una voluntad y de manifestarla, puede disponer de sus bienes por testamento, etc.», transcribiendo todo el artículo. Pero es el caso de preguntar: ¿quién ha puesto en duda semejante cosa? Nadie negaba que el Congreso hubiera dictado el Código Civil, ni menos que toda persona capaz pudiera disponer por testamento. Esa no era la cuestión, sino esta otra: ¿pueden las Provincias crear impuestos sobre la trasmisión de la propiedad? Estas consideraciones no examinan ni estudian la cuestión; son jalones que trazan el camino que la Corte recorre, para separarse en seguida del verdadero.

El 4º, dice: «que las leyes que en consecuencia de la Constitución dicta el Congreso, son supremas para toda la nación, y las autoridades de cada Provincia están obligadas á conformarse con ellas, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes ó Constituciones provinciales», lo que también es una verdad que nadie ha puesto en duda; pero aquí la Corte pasa sin examinar esta otra cuestión, que podríamos llamar previa, respecto á su jurisdicción y competencia: el art. 15 de la ley 14 de Septiembre de 1863, dice: no habrá recurso para

legados, ó bajo cualquier otra denominación propia para expresar su voluntad; importando esto decir, que no hay palabras, ni tér-

la Corte por la violación ó falsa aplicación de los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería que hagan los Tribunales de Provincia, no obstante ser leyes nacionales». Así, pues, examinando el caso de jurisdicción, el Código Civil, si bien es ley nacional, porque lo dictó el Congreso, como lo ha hecho en virtud de una delegación expresa con el objeto de uniformar la legislación, no se considera como tal para los efectos jurisdiccionales. Los tribunales de Provincia pueden violarlo ó aplicarlo mal al decidir las controversias entre partes, no habrá recurso contra esas sentencias. La Corte no está en la verdad, cuando engloba en el art. 31 de la Constitución, el Código Civil, considerándolo como ley nacional para los efectos jurisdiccionales.

El 5º: «que dados estos antecedentes, cuando la ley de la provincia de Buenos Aires de 26 de Septiembre de 1875, dispone por el art. 62, inciso 3º, que la décima parte de toda herencia ó legado, por el hecho de ser dejado á extraños, sea destinada al fondo de escuelas comunes, crea por el hecho y bajo pretexto de una contribución ó impuesto muy mal á propósito en favor del fisco provincial un verdadero derecho sucesorio, una legítima forzosa que el Código Civil no había establecido, y que por lo tanto, modifica y amplía sus disposiciones». Aquí está la verdadera cuestión, y la Corte en vez de tratarla á fondo, de ilustrarla, de demostrar que un impuesto no es tal impuesto, sino una legítima forzosa, se contenta con una afirmación categórica, como quien desata un nudo cortándolo. La autoridad, como la fuerza, bastan para esto; pero los tribunales no cortan, resuelven, convenciendo, dando la razón de su decisión. Se puede decir que un impuesto importa una legítima forzosa; pero eso no se demuestra. ¡También será una legítima el sello que debe pagar el heredero para que le den el título de tal! No, la transmisión de la propiedad hecha entre vivos ó por causa de herencia está sujeta á imposiciones que no modifican ni alteran la facultad de hacer la transmisión, son formas que la nación y las provincias tienen para crearse recursos por medio del impuesto, y de que necesitan para mantener el orden público. ¿Cómo sería posible una administración sin impuestos?

La Constitución garante el derecho de comerciar libremente, y sin embargo el que quiere abrir una casa de comercio debe avisar á la oficina correspondiente y pagar una patente; el que quiere publicar sus ideas por la prensa y funda un diario, debe pagar tales ó cuales impuestos y llenar ciertas formalidades. Estos son derechos que se pueden ejercer libremente, sujetándose á las leyes que reglamenten su ejercicio, y

minos esenciales para expresarla, de cualquier modo que lo haga, será válido, si llena las formas externas de que debe estar rodeado el instrumento.

que jamás pueden destruirlos. Si el que vende una propiedad á otro debe pagar al registro de la propiedad, al de hipoteca é inhibiciones, etc., si además debe pagar al fisco nacional ó provincial una cantidad proporcionada á su importe, en sellos, estampillas, etc., se podría decir con la misma razón, que el fisco toma parte del valor de la propiedad y se constituye condómino del verdadero dueño; y me atrevo á afirmar que no habría facultad alguna de las garantidas al habitante de la República que no pudiera ser objeto de una observación semejante. No! El impuesto no importa un despojo, ni una confiscación, ni aun el tomar una parte de la propiedad, ni privar de la facultad concedida al individuo; es una sana restricción puesta á la libertad de disponer y de usar de las facultades concedidas, sin perjuicio de que algunas veces pueda ser excesivo, lo que no hace á la cuestión.

Y el impuesto á las herencias transversales, en vez de ser un ataque á la libre disposición de sus bienes, es bien meditado y le quita todo el carácter odioso que tienen otras restricciones. Se trata de hacer pagar la décima parte á aquel que sin tener un derecho forzoso para apropiarse de una herencia, viene por la suerte á ser favorecido con una pequeña ó gran fortuna que no esperaba. Propende á la equitativa distribución de la riqueza, que es uno de los grandes problemas que debe tratar de resolver una nación.

Un impuesto no es un derecho sucesorio, como el derecho de sello que se exige para la hijuela aún del heredero forzoso, no es el precio de la transmisión autorizada. ¿Qué habría dicho la Corte, si la ley de Provincia ordenase, que el sello de la declaratoria de herederos ó de la hijuela que se otorgase al heredero transversal fuera del diez por ciento del valor de los bienes? Sería un derecho impuesto á la transmisión que cada provincia puede crear á la par de la nación.

6º «Que esta modificación resulta más evidente todavía en el presente caso, porque tratándose de una sucesión testamentaria deferida únicamente por la voluntad de la testadora, esta voluntad es de hecho coartada por la ley provincial, al señalar á una décima parte de la herencia otro destino del que tuvo en vista la autora de la sucesión». Este fundamento peca por su extensión; no admite que la voluntad de la testadora sea coartada en manera alguna; lo que importa poner en su mano la facultad de sobreponerse á todas las leyes de orden público; porque como el testador sabe que mucha parte de sus bienes se van á invertir en costas judi-

Nuestro Código exige como esencial la forma escrita, habiendo derogado los testamentos nuncupativos de la legislación anterior

ciales, sellos, tramitaciones, etc., y tiene derecho á ordenar que sus bienes pasen íntegros á aquellos á quien nombra por sucesores, podría mandar, según la Corte, que se los entregaran al heredero sin *más trámite*, como se dice en lenguaje curial, para dar á entender que se debe cumplir la orden sin más formalidad. Cómo! La Corte encuentra coartada la voluntad del testador que ha otorgado libremente su testamento! Es ir demasiado lejos! En efecto, el testador no ha sufrido limitación alguna. ¿Y cómo se puede suponer que se coarta ó limita una facultad tratándose de hechos que se operan después de la muerte del que ejecuta un acto con completa libertad? Se podría decir que se contraria la voluntad presunta del testador, cuando se ejecuta un acto que limita esa voluntad, pero eso no es contrariar, ni limitar la facultad ejercida libremente. La Corte ha ido más allá al declarar, que un acto ejecutado con completa libertad, ha sido coartado, por la ley que viene á aplicarse posteriormente á la muerte del ejecutor.

7º «Y finalmente, que *carece de oportunidad el examen sobre la extensión del poder de contribución de las provincias...* porque no es del caso averiguar si el mencionado impuesto con ese ú otro destino sea ó no conveniente, sino que él no ha podido ser estatuido por una ley de provincia, modificando ó alterando considerablemente las disposiciones sobre la sucesión testamentaria del Código Civil». ¡Cómo! La única cuestión que debía resolver era esta; si las provincias tienen el poder de imponer contribución al traspaso de la propiedad, y la Corte declara que no es oportuno resolverla; para decidir á renglón seguido que la provincia no ha tenido esa facultad! La verdad es que no se han encontrado razones de peso para negarle esa facultad, que por otra parte les está acordada por la Constitución. ¿Y cómo podrían subsistir los estados sin el poder de contribución? La cuestión no ha sido resuelta en verdad, porque no es exacto que la ley de provincia alterase ni modificase la sucesión testamentaria establecida por el Código. ¿Acaso los colaterales tienen alguna legítima que deba protegerse? ¿En qué puede ser menoscabada la facultad de testar, porque el heredero deba pagar un impuesto? ¿No lo pagan acaso los herederos forzosos en el sello que debe llevar su hijuela de adjudicación? Los fundamentos alegados por el Dr. Basavilvaso en la sentencia revocada, así como los del Procurador General de la Corte, Dr. Costa, y la sentencia de la minoría firmada por los Dres. Tejedor y Domínguez, están demostrando que el fallo de la Corte vino sin la suficiente autoridad científica para ser acatado. Y

que se hacían de palabras ante siete testigos; pero ha debido permitir, como en los contratos, que el testador hiciera legados en esta forma, siempre que no pasaren de 200 pesos, exigiendo el testimonio de tres testigos que hubieran oído expresar esta voluntad.

Según la forma establecida por nuestro Código, *el testamento es un acto escrito, celebrado con las solemnidades de la ley, por el*

así ha sucedido, y si bien es cierto que una de las Cámaras de Apelaciones, se inclinó ante ese fallo diciendo, que después de la declaración de la Corte, la ley de 1875 era inconstitucional (t. IX, pág. 76. Serie 1^a), cuando pudo reaccionar contra dicho fallo, teniendo en vista que tres de los jurisconsultos más reputados sostenían la teoría contraria; sobre todo los fallos de la Corte, si bien deben mirarse con respeto, no deben imponerse en el ánimo de los demás jueces, sino en cuanto lleven la convicción á su espíritu; porque de otro modo sería paralizar el desenvolvimiento del derecho, y tener por verdad el error. Los tribunales por altos que sean, están sujetos al error, y no se llegará á la verdad sino reconocemos en los demás jueces el derecho de analizar y de fundar opiniones contrarias.

En este caso ha sucedido lo que ocurre en cuestiones en que las opiniones se dividen; la Cámara de Apelaciones, cambiando de personal, ha decidido que ese impuesto era constitucional, t. VIII, pág. 186. Serie 3^a.

En derecho, como en las demás ciencias, se puede decir, aunque con mayores limitaciones; el error de hoy se convierte en la verdad de mañana. La humanidad en su marcha progresiva no se apodera de la verdad sino después de una lenta y laboriosa gestación. ¡Cuán vanas son las alabanzas desmedidas tributadas á trabajos donde la duda palpita en todas partes! Así no se ha podido decir con visos de verdad que las dos vistas fiscales del Dr. Cortés «son un tratado completo, y que con ellas se habrán cerrado para siempre las vacilaciones al respecto». La doctrina contraria se ha abierto camino, venciendo al error.—Comp. AUBRY y RAU, § 648. DEMOLOMBE, XVIII. DEMANTE, IV, 17 *bis*. COIN-DELISLE, al art. 967. TROPLONG, II, 427. — Véanse arts. 3280, 3614 á 3617, 3710, 3719 á 3722.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3606. — Véase Cód. Francés, art. 967. — No reconocemos los codicilos propiamente dichos. Calificamos con el nombre de testamento todos los actos de última voluntad, revestidos de las formalidades necesarias para su validez, que en este Código se establecen.

cual una persona dispone del todo ó parte de sus bienes para después de su muerte (art. 3607), valiéndose de cualquier modo de

(Art. 3607.) Este es uno de los casos en que el legislador impone una forma esencial, para que el acto pueda tener validez, y aunque el artículo no lo dice expresamente, será nula toda disposición testamentaria que no sea hecha por *escrito*: pero como se dirá en los artículos correspondientes á los testamentos, no basta la forma escrita, es necesario que llene ciertas condiciones, cuando se adoptare la forma ológrafa ó fuere por acto público ó cerrado.

Nuestro Código ha suprimido la forma nuncupativa de la antigua legislación, por los inconvenientes que trae consigo la prueba de un acto semejante; sin tener en cuenta que se trata de un acto unilateral, no de un contrato, que se hace generalmente entre las partes, en buen estado de salud, y á quienes se les puede exigir, con razón, que lo hagan por escrito. Por mi parte creo, que si bien debió prohibirse la anulación de un testamento escrito, ni su modificación en su parte sustancial, por medio de una orden verbal, no debió cerrarse completamente la puerta á esas mandas y legados que el testador desea hacer en los últimos momentos de su vida, para recompensar á aquellos que lo han cuidado ó servido. Y así como se fijó la suma de 200 pesos para que los contratos pudieran probarse por testigos, debió permitirse demostrar los legados que no pasasen de esa cantidad.

¿Se admitirá en las disposiciones de última voluntad la prueba del error para anular el testamento ó la cláusula del legado? Furgole (cap. V, Sec. IV, n° 1) sostenía que las leyes no han admitido esta consecuencia». Y hay mucho que meditar antes de admitirla, porque es tan difícil penetrar en la intención oculta del testador, que guardará muchas veces un secreto impenetrable, que para los demás podrá parecerles una equivocación, cuando la razón de la disposición la ha guardado en su interior, así es, que sólo debe admitirse la prueba, cuando en el testamento mismo se expresara la causa que motiva la institución de heredero ó de legatario. Sería lanzarse en dificultades y pleitos, por eso es necesario que el error sea substancial, sea sobre la persona del legatario, ó sobre las calidades de ella, cuando fueran expresadas en el testamento mismo, ó sobre la cosa donada.

Aubry y Rau, § 654, texto á la nota 5, sostienen que es indiferente que el error sea de hecho ó de derecho, apoyándose en la opinión de Furgole y de Toullier, y así debe decidirse por nuestro derecho; porque si el error de derecho consiste en ordenar una cosa que está prohibida, la disposición no tendrá efecto; si se ha dispuesto de una cosa que no

expresar esa voluntad, y aunque por él no se nombre heredero; á diferencia de la antigua legislación en que sólo se consideraba testamento, al instrumento en que se designaba el heredero ó herederos que debían sucederle.

§ 991. — DE LAS CONDICIONES PUESTAS EN EL TESTAMENTO

El testador puede en sus disposiciones imponer condiciones ó cargas para recibir los bienes, cuando los herederos no sean

estaba en el comercio, tampoco podría ejecutarse; si se ha legado una cosa á una persona que no podía ser legataria, como si dejase algo á uno de los parientes dentro del 4º del escribano que otorgó el testamento, el legado sería nulo. Este es el error de derecho que anula la disposición.

Cuando tratemos en el art. 3615 sobre el estado de la persona del testador, hablaremos de los vicios del consentimiento.—Comp. TOULLIER, V, 654 y 703. TROPLONG, I, 379 á 385. AUBRY y RAU, § 654.—Véanse arts. 947, 974, 3619, 3622, 3627, 3632, 3710, 3836 y 3837.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3607.—LL. 1 y 2, Tit. 1, Part. 6ª.—L. 1, Tit. 1. Lib. 28. Dig.—Cód. Francés, art. 855.—Napolitano, 815.—Holandés, 922.—De Luisiana, 1564.—La escritura es un elemento constitutivo del testamento mismo. Los intérpretes, siguiendo el Derecho Romano, llamaban testamento nuncupativo el testamento hecho de viva voz: *Licet ergo testanti, vel nuncupare heredes, vel scribere*. L. 21, Dig.—*Qui testament. facere*. Instit., *De testament. ordin*. Aunque esta forma pueda ofrecer ciertas ventajas, no la admitimos, porque juzgamos imprudente autorizar á los moribundos á confiar sus últimas disposiciones, comúnmente muy importantes, á la incertidumbre ó la fragilidad de la memoria de los testigos, cuando sean muchas las disposiciones del testador, y á todos los peligros de la prueba testimonial.

El artículo no exige términos precisos para manifestar la última voluntad. Un testador que dijese, quiero que Fulano recoja mi sucesión, doy todos mis bienes á Fulano, habría hecho un testamento regular. Los términos empleados por el testador, por incorrectos é irregulares que sean, desde que el acto indique lo que él había querido que se hiciese después de su muerte del todo ó parte de sus bienes, sería un testamento válido. Vazeille, art. 967.—Tampoco altera la validez del acto la denominación que le dé el testador. Sería válido aunque lo llamase donación á causa de muerte, ó codicilo, aunque no haya donación á causa de muerte, ni la palabra codicilo signifique otra cosa que un testamento suplementario.—Véase Coin de Lisle, sobre el art. 967, nos 3 y siguientes.—Duranton, tom. 9, nº 6. — Marcadé, sobre el art. 967, y L. 6, Tit. 3, Part. 6ª.

forzosos, porque éstos teniendo por la ley una porción determinada, no pueden ser privados de ella, sino por una justa causa de desheredación ó de indignidad, así es que su legítima no está sujeta á carga ni condición; pero cuando no fueren de esta clase, el testador tiene su limitación; así dice el **art. 3608**: *en*

(**Art. 3608.**) Es necesario tener presente el modo como se elaboró nuestro Código, por un sólo hombre y en un breve tiempo, que no daba lugar á un estudio detenido de las doctrinas que adoptaba, ni fué sometido á examen; esta circunstancia autoriza la crítica de muchas de sus disposiciones, que deben ser obedecidas, porque han sido convertidas en ley, doctrinas que no están de acuerdo con los principios de la ciencia del derecho.

Esto sucede con el presente artículo, en que nuestro Código, siguiendo la crítica de Marcadé, no siempre bien meditada, ha anulado la disposición, en vez de tenerla por no escrita, como lo estatúan las leyes romanas y lo confirmó el Cód. Francés. Los comentadores franceses citados por el Dr. Velez-Sarsfield en la nota, han criticado la disposición, no por contraria á los principios, sino porque se incorporaba á las donaciones, que son contratos, pues no se armonizaba con el art. 1172 del Código Francés que delaraba nula *la convenion*; pero la misma disposición aplicada á los testamentos, en que se interpreta la voluntad de beneficiar manifestada por el testador, no tenía razón para anularse; porque si éste impuso una condición contraria á la ley, debió suponerse que lo hacía por ignorancia ó error, y no con la intención de dejar sin efecto el beneficio que quería hacer.

El testamento es un acto serio, meditado, en que el testador consciente y deliberadamente dispone de sus bienes para después de su muerte, ó que en presencia de ella, por decirlo así, ordena sus disposiciones. ¿Cómo se puede suponer que haya querido burlarse de aquellos á quienes deseaba beneficiar? ¿Por qué anular una disposición contrariando la voluntad del testador? Es que no se ha hecho la diferencia entre las condiciones puestas en los contratos, donde las partes tienen obligaciones mutuas, y las disposiciones de última voluntad, en que una sola de ellas dispone de sus bienes sin obligarse personalmente. Se comprende perfectamente la nulidad del contrato, cuando una de las partes ha impuesto condiciones contrarias á la ley, en cambio de obligaciones que él debe ejecutar; porque si aquellas no pueden cumplirse, su obligación no tendría causa; pero no se comprende esta extriez, cuando un testador para asegurar el beneficio que hace, impone una condición que resulta

las disposiciones testamentarias, toda condición ó carga legal, ó físicamente imposible, ó contraria á las buenas costumbres, anula

ser prohibida por derecho. Lo más natural sería disponer, que esa condición se tuviera por no puesta, pues si el testador hubiera sabido que no podía imponerla, no habría dejado de hacer el beneficio. ¿No se interpretaría así mejor la voluntad de beneficiar manifestada expresamente? De otro modo sería necesario suponer que el testador ha querido burlarse del beneficiado. ¿Y en virtud de qué principio; fundado en qué derecho lesionado se anula la disposición? ; En ninguno, seguramente! Cuando el Código se revise, no tengo duda alguna que se volverá al principio consignado en el art. 900, Cód. Francés, separando las donaciones, que no deben figurar al lado de los actos de última voluntad. Esto en cuanto á la parte crítica, ahora estudiemos la disposición tal como la trae el Código, que buena ó mala debemos obedecerla.

La condición difiere del cargo, en que aquella es incierta por su esencia y se ignora si se cumplirá ó no, mientras el cargo es una obligación que se impone al legatario para que la cumpla en provecho de un tercero ó de la misma persona que hace el legado.

Condición ó cargo legalmente imposible, comprende los que son prohibidos por la ley, pues la imposibilidad de su ejecución viene únicamente de ésta, que impide se lleve á efecto, mientras las condiciones ó cargas físicamente imposibles vienen de la naturaleza misma, que no hace posible la ejecución. Entre estas condiciones ó cargos es necesario hacer esta distinción: si era imposible en el momento de otorgarse el testamento. ¿Anularía la disposición, si fuera posible á la muerte del testador? Por ejemplo, la ley ha prohibido la condición de mudar ó no de religión, art. 531, n° 3; esa condición se ha impuesto al legado; pero á la muerte del testador, esa disposición ha sido derogada, y se permite imponerla; mi opinión es que el legado sería válido, porque la imposibilidad debe existir no tanto al tiempo de formarse el acto, sino cuando principia á existir; pero si por el contrario la condición no era prohibida cuando se hizo la disposición, y viene á serlo posteriormente, como el testador ha usado de una facultad que era prohibida por la misma ley, se debe anular el legado. Se puede decir, para sostener lo contrario, como es que la carga posible impuesta no anula el contrato, aunque venga á ser imposible posteriormente sin culpa del obligado, art. 565; que lo mismo debíamos decir de la condición; porque interpretando la voluntad del testador se debería suponer que no la habría impuesto, si hubiera sido imposible al tiempo de hacer el legado; pero todas estas razones desaparecen ante la consideración de que, las disposiciones de última

la disposición á que se halle impuesta; doctrina contraria á los principios, y que combatimos en el texto. El codificador la ha

voluntad se gobiernan por el derecho que rige en el domicilio del testador al tiempo de su fallecimiento; que recién en ese momento tiene efecto toda disposición testamentaria, porque entonces se opera la transmisión de los bienes, y se debe buscar la capacidad de realizar el acto en el instante de la muerte.

En cuanto á la condición ó carga contraria á las buenas costumbres, que también anula la disposición, se deben hacer las observaciones que acabamos de exponer, teniendo presente que éstas varían con la civilización de un pueblo. — Véase lo dicho en el comentario al art. 530, II, pág. 210.

En cuanto á la imposibilidad de la condición en sí misma, podemos dividirla en esta forma: 1ª, imposibilidad de la naturaleza; 2ª, imposibilidad de hecho, por el tiempo, modo, etc.; 3ª, imposibilidad absoluta y relativa; 4ª, imposibilidad perpetua y temporal.

En cuanto á la primera, proviene de las leyes mismas de la naturaleza, que no se pueden contrariar y que pesan sobre todos.

Respecto de la segunda, no creo que por nuestro derecho anule la disposición, sino que el juez debe dar el tiempo suficiente para que el cargo se cumpla. Así, por ejemplo, si el testador lega á Alberto su casa con el cargo de que le haga un monumento en el cementerio dentro de tantos días de su fallecimiento, la imposibilidad de hacerlo en el tiempo ordenado no deja sin efecto la disposición, como lo decidían los autores antiguos, y creo, con Demolombe, Coin-Delisle y Duranton, que si el término era notoriamente insuficiente, se podría pedir al juez lo prolongase hasta hacer posible la ejecución del cargo, en vez de dejarlo sin efecto.

Respecto al tercer caso, si la imposibilidad es absoluta, es decir, cuando pesa sobre todos, no puede existir duda, la disposición se anularía; pero si es relativa solamente á la persona del legatario, no anularía el legado, y podría cumplirse, otorgándole el tiempo necesario; por ejemplo, se lega á B diez mil pesos, con el cargo de hacer un cuadro de la batalla de Pavón. El legatario no es pintor y está en la imposibilidad de ejecutarlo; pero como esta imposibilidad puede desaparecer, pues si suponemos que el testador ha tenido la intención de que el legatario estudie este arte, según Coin-Delisle, el legado no se anularía, y podría adquirirse, así que hubiera ejecutado el cuadro; pero los herederos tendrían derecho para hacer fijar por el juez un plazo prudencial á fin de que ejecute el cargo.

aceptado como buena, fundándose en una crítica de Marcadé, que sometida al crisol de una rigurosa lógica se demuestra su false-

Cuando la imposibilidad de ejecutar el cargo fuera perpetua, dejaría sin efecto el legado, porque es evidente que no podría realizarse; no así cuando fuera temporaria, desde que puede llegarse á ejecutar, como en el caso anterior del legado dejado al que no es pintor para que haga un cuadro.

La dificultad sería que se presenta, es cuando el legado fuera dejado con el cargo de ejecutar una condición imposible y otra posible copulativamente; porque si fuera impuesta alternativamente, se tendría por única condición la posible.

En derecho francés, la decisión del caso no presenta la dificultad que en el nuestro; porque la condición imposible se tiene por no puesta, y se ejecuta la posible; pero, según la teoría de nuestro Código, la condición imposible anularía el legado, y la posible lo haría válido. Es necesario, pues, elegir entre estas dos soluciones: ó la condición imposible lo anula por completo, ó se declara válido, ejecutando la posible. Si se tratase de un contrato, mi opinión sería por la nulidad, desde que la otra parte ha contraído obligaciones para asegurar el cumplimiento de ambas condiciones, y el contrato vendría á alterarse; pero en las disposiciones de última voluntad, en que predomina la intención de beneficiar, no es posible que el testador haya querido dejar sin efecto la disposición, porque no se cumpliera una de las condiciones. Ha dicho, por ejemplo, lego mi casa-habitación á Julio, con las condiciones de casarse con mi sobrina Carlota y de hacerme un monumento en la Recoleta; como la primera sería legalmente imposible, Julio recogería el legado con sólo hacerle el monumento; porque si el testador hubiera sabido que no podía imponerle la primera condición, por ser prohibida, seguramente lo la habría impuesto. Esta solución está conforme con el principio de que en caso de duda sobre la validez ó nulidad de una disposición testamentaria, debe estarse por la validez.

Se entiende que sólo se anula la disposición á la que se le ha impuesto la carga ó la condición imposible; pero el testamento queda válido. Si se hubiera impuesto á la institución de herederos, ésta se anularía; pero las mandas y legados serían válidos. — Comp. COIN-DELISLE, al art. 900 n^{os} 8, 9 y 10. DURANTON, VIII, 112, 113 y 114. TOULLIER, VI, 482 y 483. TROPLONG, I, 126. — Véanse arts. 530, 531, 2613, 3598, 3609, 3730, 3732 y 3781.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3608. — En contra, L. 3, Tit. 4, Part. 6^a. — El Cód. Francés, art. 900, también dispone lo contrario. Ordena que se tenga

dad. En efecto; que en un contrato una cláusula prohibida lo deje sin efecto, se comprende, porque hay obligaciones por una y otra parte, y cuando una de ellas ha consentido en obligarse bajo tal condición que garantía sus derechos ó llenaba sus deseos, no sería justo que su obligación continuase cuando esa condición hubiera sido prohibida por la ley; pero en las disposiciones á título gratuito, que tienen por principal objeto beneficiar, nada importa que la condición impuesta no pueda llenarse, porque sea imposible, pues se debe suponer, con razón, que el deseo de hacer el bien continúa existiendo, desde que la condición no ha sido el motivo determinante del legado.

En cuanto á las condiciones que el testador puede imponer, el **art. 3609** dice: *son especialmente prohibidas las condiciones de-*

(**Art. 3609.**) En el comentario al art. 351, t. I, pág. 214, he dado mi opinión respecto á la condición de casarse con determinada persona. Allí dije, que no se debe tomar en absoluto la prohibición; porque si la intención del testador ha sido, no de contrariar la voluntad del beneficiado, sino de favorecerla, haciendo posible la pronta realización del acto, sería injusto que se anulara. Los jueces deben declarar si la condición es contraria á la libertad del beneficiado para declararla nula; pero interpretarán al mismo tiempo la voluntad del testador y la completa

por no escrita toda condición ó carga cuyo cumplimiento sea física ó legalmente imposible, y que la disposición testamentaria produzca su efecto, como si la condición ó carga no existiera. En los contratos onerosos toda condición, toda cláusula imposible en su cumplimiento, contraria á las buenas costumbres, ó prohibida por las leyes, deja sin efecto la obligación. Así lo dispone el mismo Cód. Francés, en el art. 1172, y nosotros hemos establecido lo mismo en el art. 590 de este Código. ¿Por qué, pues, disponer lo contrario en los testamentos? Porque así lo ordenaba la Ley Romana. Pero en Roma era un deshonor morir intestado, y esta idea hacia decidir que las condiciones imposibles ó ilícitas, fuesen como no escritas en los testamentos á fin de que pudiese existir la disposición testamentaria. Se reconocía ciertamente, dice Marcadé, sobre el art. 900, que en principio y buena lógica, la condición física ó legalmente imposible, hacia imposible el cumplimiento de la disposición testamentaria. Así, si habéis ordenado que Sempronio sea vuestro heredero si toca el cielo con sus manos, como vos sabéis que jamás puede tocar el cielo, decís por esto mismo que no queréis que sea vuestro heredero.

La disposición del Cód. Francés, contraria á todo principio, ha sido criticada por Marcadé en el lugar citado.— Por Toullier, tom. 5, n° 247. — Duranton, tom. 8, nos 108 y siguientes.—Coin de Lisle, sobre el art. 900, n° 4; pero es defendida por los anotadores de Zachariæ, § 464, nota 4. — Demante, tom. 4, desde el n° 16 bis, trata extensamente la materia.

signadas en el art. 531 de este Código. Corresponde á los jueces decidir si toda otra condición ó carga entra en una de las clases de

libertad del beneficiado, levantándose por sobre la materialidad de los términos de que se sirve el art. 531.

Con relación á los legados condicionales debe tenerse presente el art. 3802, que declara la caducidad del legado, cuando falte la condición suspensiva á que estaba subordinado; porque una cosa es la imposibilidad de cumplir una condición, y otra que se falte al cumplimiento de ella, en que viene la caducidad, sin tener en cuenta la imposibilidad. En estos casos el juez decidirá si el legatario ha tenido culpa en no cumplirla.

Téngase presente lo dispuesto en los arts. 3771 á 3773, sobre los legados, cuando son dejados bajo condición suspensiva ó plazo incierto, que sólo se adquieren una vez cumplida la condición, ó llegado el plazo incierto; pero cuando la condición ó el plazo incierto, es sólo puesta á la ejecución y no al legado mismo, éste se adquiere como si fuera puro y simple, al efecto de transmitir el derecho á los herederos del legatario en las mismas condiciones en que lo tenía. Si la condición es resolutoria, el legado se adquirirá inmediatamente, sujeto á la condición que puede resolver el derecho; mientras en la condición suspensiva sólo se adquiere al cumplirse la condición, aunque tenga derechos conservatorios que puede ejercer, pero es necesario hacer esta diferencia; en la condición suspensiva ó plazo incierto puesto al legado mismo y no á su ejecución, estando subordinada su existencia al acontecimiento ó al cumplimiento del término, si el legatario muere antes de esa época, el legado caduca y no puede revivir en provecho de sus herederos, si la condición se cumple después de la muerte del legatario, y la razón de esta diferencia la dan Aubry y Rau, § 717, nota 4, cuando dicen: «es de la naturaleza de los legados el suponer que son siempre hechos en favor solamente de los legatarios y no de sus herederos; pero sufriría excepción, si pareciese que el término ha sido puesto en favor del mismo legatario».

En cuanto al legado hecho á término cierto, se adquiere inmediatamente.—Comp. POTHIER, *Donaciones y testamentos*, Cap. V, Sec. II, § I. RICARD, *Donaciones condicionales*, II, Cap. II, n.º 31 y sig.

Nuestro artículo ha investido á los jueces de una facultad discrecional para decidir, cuando la condición entra en las del artículo anterior, y el Dr. Velez-Sarsfield en la nota da la razón de esta facultad al decir, que es imposible establecer una ley para cada condición. Pero debe tenerse presente, que Troplong al art. 900 ha sido quien ha inspirado esta disposición.—Véanse los arts. 21, 97, 2694, 3362, 3452 y 3608.

las condiciones del artículo anterior; porque sólo ellos pueden clasificar las condiciones y aplicarlas según cada caso.

Respecto al modo, forma y alcance de las condiciones prohibidas, se debe tener presente el **art. 3610**, que dice: *á las dispo-*

(**Art. 3610.**) Debemos recordar que la primer condición para que el legado produzca efecto, es que el legatario sobreviva al testador; no hay legado en caso contrario, y de tal modo la ley ha circunscrito la manda á la persona del mismo legatario, que si se ha dejado bajo una condición suspensiva ó término incierto, y el legatario fallece antes que la condición ó término se hubiere cumplido, el legado caduca, y los bienes pasan á los herederos del testador. Así es que la disposición del presente artículo debe limitarse á los casos en que sin derogar los principios establecidos en las disposiciones de última voluntad, pudiera aplicarse lo dispuesto en las obligaciones condicionales; por ejemplo, los derechos y obligaciones del acreedor y del deudor pasan á sus herederos, mientras en los legados no pueden pasar, sino cuando el derecho ha sido adquirido definitivamente; antes de eso, es una expectativa que la muerte del legatario hace desaparecer.

En cuanto á las condiciones, y cuando se entienden cumplidas, se aplicarán las reglas establecidas para las obligaciones condicionales; por consiguiente se tendrán por cumplidas, cuando se hubieren hecho imposibles sin culpa del legatario. Pero si no ofrece duda respecto á los legalitarios condicionales, no sucede lo mismo con relación á los herederos. En efecto; es un principio consagrado por el Código, y sobre el que reposan las más importantes consecuencias, el de que, «el heredero sucede al difunto inmediatamente y sin intervalo de tiempo». ¿Cómo suponer, entonces, que la institución está en supenso; más aún, que el heredero dueño de la herencia deja de serlo por el cumplimiento de la condición resolutoria? ¿Y si suponemos un heredero á plazo cierto?

La presente disposición es general, y no puede dársele la fuerza derogatoria de otras especiales, como las establecidas en los arts. 3724 á

Nota del Dr. Velez-Sarsfiel al art. 3609.—Véase Vazeille, sobre el art. 900. —Regularmente los escritores de Derecho se extienden en discutir las condiciones que pueden encontrarse en los testamentos. Troplong ocupa largas páginas en su comentario al art. 900; pero es imposible establecer una ley para cada condición. Seguimos, pues, el consejo de Marcadé y Zachariae, dejando á la apreciación de los jueces resolver si una condición impuesta en un testamento á más de las ya declaradas nulas, es ó no física ó legalmente imposible, contraria á las leyes ó á las buenas costumbres.

siciones testamentarias, hechas bajo condición, es aplicable lo establecido respecto á las obligaciones condicionales; entendiéndose que

3732 donde se establecen los principios que deben regir en la institución de herederos.

Es cierto que el art. 3458 habla incidentalmente de los herederos bajo *condición*; pero eso no es lo bastante para sujetarlos á lo dispuesto en las obligaciones condicionales; por el contrario, tendremos que ir á buscar la norma y la ley á que deben obedecer en el título de la institución de herederos. Así, cuando el art. 3724 dice, el testador puede subrogar alguno al heredero nombrado en el testamento, para cuando *éste heredero no quiera ó no pueda aceptar la herencia*, agregando en seguida, la regla invariable á que deben sujetarse estas instituciones, de que: «sólo esta clase de sustituciones es permitida en los testamentos», expresa claramente, que el testador no puede imponer condiciones á la institución de heredero, que sean derogatorias de esta regla.

Partiendo de este principio, estudiemos la institución de heredero bajo condición *suspensiva* ó de plazo *incierto*, que el Dr. Velez-Sarsfield, siguiendo á los comentadores franceses, equipara á esta condición en la nota al art. 3771. Por ejemplo; instituyo por mi heredero á B, pero si tal acontecimiento se realiza, dejará de serlo, y C, recogerá la herencia. En este caso hay un heredero nombrado B, que puede ser sustituido por C, si la condición se realiza; para B, la condición es resolutoria, porque si tiene lugar, su derecho queda sin efecto y la sucesión debe pasar á C; para éste es suspensiva, porque su derecho se encuentra en suspenso, y sólo puede tomar las medidas conservatorias necesarias; pero no creo que esta condición pueda aceptarse, no sólo por ser contraria á la regla del derecho romano, *semel heres, semper heres*; es decir, que aquel que ha adquirido en un momento cualquiera la calidad de heredero, no cesa jamás de estar revestido de esa calidad; por eso dice Maynz, § 471, texto en las notas 24 y 25: «hablando del término, parece inútil decir que en las instituciones de herederos, se debe considerar como no escrita la modalidad que se acostumbra llamar condición resolutoria; es decir, que cuando el testador, después de haber instituido á una persona, ordena que esa persona cesará de ser heredero en caso se realice tal acontecimiento, esta disposición revocatoria no produce el efecto, porque la calidad de heredero es indeleble»; sino porque contraría expresamente el principio consignado en el art. 3724, de que no se admite otra sustitución que la vulgar: es decir, la subrogación del heredero nombrado por otro, cuando aquel no quiera ó no pueda aceptar la herencia. El que ha sido nombrado heredero y ha aceptado la herencia, no puede dejar de

esa aplicación no se refiere al efecto retroactivo que en general se da á las obligaciones condicionales; porque las disposiciones

serlo, pues ha sucedido al difunto inmediatamente, y ninguna condición puede privarle de su derecho.

La disposición del presente artículo no puede aplicarse á la institución de herederos, sino con la limitación del art. 3724; pero si á los legados. En parte alguna del Código se encontrará una disposición expresa en que se faculte al testador para nombrar herederos condicionalmente, ni á plazo, y si por incidencia el art. 3458 se refiere á un heredero condicional, debemos aplicarlo á la sustitución permitida por el art. 3724, y sólo podrá nombrar heredero condicional para sustituir al nombrado, cuando éste no quiera ó no pueda aceptar la herencia, ó bajo condición suspensiva, en que no hay sustitución.

En derecho romano, como lo indica Maynz, § 471, se permitía la condición suspensiva para el nombramiento de heredero, y el Pretor concedía al heredero condicional la posesión de los bienes del difunto, mediante la caución de restituir los bienes con los frutos, si la condición no llegare á cumplirse. Esta forma puede admitirse por nuestro derecho, porque en realidad no hay sustitución, pues el heredero bajo condición suspensiva no es tal heredero, y se considera que jamás lo ha sido si la condición no se cumple. ¿Quién deberá recoger la herencia y administrarla hasta que haya heredero? Los herederos presuntivos que tienen derecho para tomarla, si el instituido no llega á serlo, serían los indicados; pero en nuestro derecho son los jueces quienes nombran curador á la herencia, y aunque sería preferible acordarles esa facultad, como no hay disposición alguna, debemos sujetarnos al arbitrio judicial.

¿Puede nombrarse heredero á plazo? Por ejemplo, nombro por heredero á B, para que reciba la herencia cuando llegue á la mayor edad; en este caso la institución no estaría sujeta á plazo, sino la ejecución, y sería válida; pero si se dijera, nombro por mi heredero á B, que no podrá aceptar la herencia sino después de dos años de la apertura de la sucesión, ese plazo no le impediría aceptarla, y se consideraría como impuesto á la posesión de la herencia.

En conclusión, creo que la institución de heredero no puede hacerse ni bajo condición resolutoria, ni á plazo, y que en ambos casos la condición se tendría por no puesta á la institución, y que únicamente se puede admitir por excepción, la suspensiva.

El Cód. Civ. Chileno, art. 1078, sólo admite la condición suspensiva, y si el heredero fallece antes que se cumpla, no trasmite á sus herederos derecho alguno, y cumplida no le da derecho á los frutos percibidos en el

testamentarias sólo son tales desde la muerte del testador, en que adquieren la irrevocabilidad, y la condición cumplida no hace retrotraer la manda ó legado á ese momento para percibir los frutos producidos, ni para la capacidad del legatario.

§ 992. — DE LA CAPACIDAD PARA TESTAR

El legislador ha debido facilitar al argentino domiciliado en el extranjero, para que pueda disponer de sus bienes en la nación donde se encontrare, con arreglo á las leyes que rigen la forma del acto; y esa necesidad se comprende, desde que se encuentra privado de los funcionarios públicos, cuya intervención exige la ley argentina para la validez del acto; permitiendo no obstante que manifieste su voluntad en alguna de las formas que el Código establece, aunque no tuviera valor en esa nación; pero debe tenerlo en la Argentina para la distribución de los bienes situados en ella, y eso mismo ha debido exigir respecto de la capacidad para testar, que no debe alterarse respecto del que tiene bienes en la República; por eso no considero bien inspirada la disposición del **art. 3611**, que dice: *la ley del actual domicilio del testador, al*

tiempo intermedio, si el testador no se los hubiera concedido expresamente.—Comp. GOYENA, art. 723.—Véanse arts. 530 á 532, 537 á 539, 3458, 3517, 3771 á 3774.

(**Art. 3611.**) La sucesión se rige por la voluntad del difunto expresada con las formalidades exigidas por las leyes; pero como esa voluntad es variable, de ahí la necesidad de asegurarse que ella ha existido en el momento de la muerte; esa es la razón de las formas exigidas para demostrar la persistencia de la voluntad. El testador debe considerarse obrando en dos épocas diferentes; en el momento de hacer el testamento, y en el de su fallecimiento; aquélla comprende sólo su actividad de hecho; es decir, su capacidad para ejecutar el acto, y abraza algunas veces la forma del testamento, cuando el domicilio es el mismo lugar donde se hace; entonces se regirá por la ley vigente en el momento de hacerlo; la segunda comprende lo que podemos llamar su actividad de derecho, ó la facultad de disponer de sus bienes en la extensión que la ley le permita, y debe regirse por la ley vigente en el momento de disponer de sus bienes; es decir, en el de su fallecimiento.

tiempo de hacer su testamento, es la que decide de su capacidad ó incapacidad para testar; porque abandonamos á las leyes extran-

Así, pues, el testamento en cuanto expresión de la voluntad manifestada en una forma determinada, y respecto á la capacidad para expresar esa voluntad, debe regirse por la ley en vigor en el momento de ejecutar el acto.

Nuestro artículo va más allá de lo reconocido por las demás naciones, que en defensa de su propia soberanía, rechazan las leyes extranjeras, cuando vienen á alterar ó modificar sus propias leyes. El Código, con una liberalidad, no exenta de crítica, admite que las leyes extranjeras determinen la capacidad de hecho del que ejecuta un acto que deba tener su efecto en la Argentina, siempre que esté domiciliado en otra nación, y los arts. 6 y 7 nos dan la norma para juzgar de la capacidad de hecho del agente. ¿Por qué desprenderse de una facultad tan primordial, obedeciendo á las leyes extranjeras? Nuestro Código prohíbe testar á los menores de 18 años cumplidos; pero si el individuo se encuentra domiciliado en una nación, donde se permite ejecutar el acto á los mayores de 16 años, el testamento hecho por ese menor será válido en nuestro país, para transmitir los bienes situados en nuestro territorio. ¿Puede concebirse un abandono semejante?

Se dice: el testamento será válido en la República, si es hecho con arreglo á las leyes del domicilio del testador, aunque no sea conforme con las leyes de la República, lo que sólo sería exacto tratándose de la capacidad, que se rige por la ley del domicilio del testador, en el momento de ejecutarlo; y á esto podemos agregar, que cuando se tratase de ejecutarlo en la República, sería válido, aunque no se conformara á las leyes de su domicilio, si fuera hecho en alguna de las formas admitidas por nuestras leyes. ¿Cómo podríamos rechazar nuestras propias leyes, alegando la forma exigida por la extranjera? Sería una abdicación completa de nuestra soberanía, que no debemos admitir. Si la ley argentina nos obliga aplicar la extranjera para juzgar de la capacidad de hecho, y admitir la forma permitida por las leyes del lugar en que se hace el testamento, no se puede concebir que prohíba la aplicación de nuestras leyes, cuando el testador haya elegido una de las formas permitidas en nuestro país.

El Código ha seguido en esta parte á Savigny, § 393, que dice: «Capacidad personal del testador relativamente á sus cualidades físicas. Esta segunda capacidad es de una naturaleza distinta de la primera y se refiere exclusivamente al hecho del testamento. Tampoco es necesaria más que en la época de su redacción. Todo cambio posterior carece

jetas, ya no la forma, sino la capacidad de hecho del agente; así el menor de 18 años que se encontrase domiciliado con su padre en

absolutamente de influencia: no da validez al testamento cuando no había capacidad para hacerlo en aquella época, ni lo anula cuando existía aquella capacidad». Así, un menor de 18 años hace testamento y fallece á la mayor edad; ese testamento que era nulo al tiempo de hacerlo, permanece tal, y ni la mayor edad, ni una ley nueva que autorice á hacerlo pueden validarlo; por el contrario, si el individuo tenía los 18 años cumplidos, aunque hubiera sido declarado incapaz posteriormente, ó una nueva ley viniera á privarle de esa capacidad, el testamento permanecería válido.

Es necesario hacer la distinción que indica Toullier, en el t. V, 86 y 87 al decir: «Se deben considerar dos épocas: la del testamento y la del fallecimiento. En todos los casos es indispensable que el testador tenga la capacidad de disponer en el momento en que hace su testamento. Si era incapaz en esta primera época, el testamento sería nulo, cualquiera que fuera la naturaleza de la incapacidad, aunque hubiera cesado antes de su muerte. En cuanto á la capacidad del testador en el momento de su muerte, es necesario distinguir la incapacidad que viene de la pérdida de los derechos civiles, de la que proviene de otra causa. Si el testador perdiera los derechos civiles, sea por haber venido á ser extranjero, sea por la muerte civil, el testamento que hubiera hecho antes, quedaría sin efecto, porque el acto se refiere á la época de la muerte, y no puede tener una fuerza que no habría tenido, si el testador lo hubiera hecho un instante antes de su fallecimiento. Pero si el testador hubiera perdido la capacidad de testar en el momento de su muerte de otro modo, que por la privación de los derechos civiles, si estuviera interdicto, el testamento sería válido». Esta distinción se encuentra confirmada en parte por el artículo siguiente, que se refiere á las facultades del testador, ó á la actividad que llamamos de derecho, porque no puede ejercer otras que las acordadas por la ley en vigor al tiempo de su muerte.—Comp. DEMOLOMBE, XVIII, 709 y sig. DURANTON, VIII, 173. SAVIGNY, l. c.—Véanse arts. 6, 7, 948, 3612, 3613 y 4046.

Pero un elemento extraño, por decirlo así, á la economía del Código, viene á alterar estos principios. El Congreso internacional Sud-Americano reunido en Montevideo en 1888, donde estaban representadas la República Argentina, Bolivia, Paraguay, Brasil, Perú y Uruguay, estableció, en el art. 44, que «la ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate, *rige la forma del testamento*. Esto no obstante, el testamento otor-

una nación extranjera donde fuera permitido testar á los 16 años, y lo hiciera, tendríamos que admitir ese testamento como verdadera manifestación de la voluntad, dejando sin efecto la ley argentina; lo que me parece inconveniente, porque abandonamos nues-

gado por acto público en cualquiera de los Estados contratantes será admitido en todos los demás». Hay, pues, una alteración fundamental en los principios universalmente reconocidos, sometiendo la forma del testamento á las leyes del lugar de la situación de los bienes, de modo que el testador debe trasladarse á la nación donde estén situados para disponer de ellos, pero se agrega en el art. 45 «que la misma ley de de la situación de los bienes rige: 1º, la capacidad de la persona para testar; 2º, la del heredero ó legatario para suceder; 3º, la validez y efectos del testamento; 4º, los títulos y derechos hereditarios de los parientes y del cónyuge supérstite; 5º, la existencia y proporción de la legítima; 6º, la existencia y monto de los bienes reservables; 7º, todo lo relativo á la sucesión legítima ó testamentaria». Los principios consagrados en estos artículos son derogatorios de los arts. 12, 950, 3283, 3284, 3286, 3287, 3611, 3612 y 3613 de nuestro Código; porque tratándose de las formas del testamento rige la ley del lugar en que fué otorgado, y no la de la situación de los bienes; y para juzgarse de la capacidad de testar, se atiende á la ley del domicilio del testador al tiempo de hacerlo; para decidir sobre la facultad de disponer, rige la ley del domicilio al tiempo de la muerte; y la capacidad del heredero se debe regir por la ley de su domicilio en el momento en que la sucesión se defiende. El Dr. Segovia en su *Derecho internacional privado*, pág. 138 y sig., critica con razón estas disposiciones, sobre las que no podemos hacer un estudio fundamental, pues saldríamos de los estrechos límites que nos hemos trazado, y aunque no estamos conformes con algunas de las teorías defendidas por dicho autor, indicamos su estudio como digno de tomarse en cuenta.

En conclusión, debemos decir, que sólo han ratificado dicho tratado, con algunas salvedades, el Uruguay, Paraguay, Bolivia y la República Argentina.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3611. — Recuerdese los arts. 6 y 7 de este Código, y véase Story, *Conflict of laws*, cap. 11, § 445.—Savigny, *Derecho Romano*, tom. 8, §§ 377 y 393. Las personas ilegítimas, por ejemplo, en Escocia, no podían testar, y un testamento hecho en Inglaterra por una persona ilegítima domiciliada en Inglaterra, era nulo en Escocia. Pero hoy la ley es la misma. La ley del domicilio en uno y otro país decide de la capacidad para testar.

tra soberanía, que hemos debido defender de la ley extranjera, en cuanto á la transmisión de los bienes.

Se ha dicho que el testamento es válido ó nulo en cuanto á la forma, según fuese otorgado conforme á la ley en vigor que rige en el lugar donde se otorga; pero tratándose *del contenido del testamento, su validez ó invalidez legal, se juzga según la ley en vigor en el domicilio del testador al tiempo de su muerte (art. 3612);*

(Art. 3612.) Dijimos que las disposiciones testamentarias obedecían á dos reglas diversas; en cuanto á su forma, se regía por la ley del lugar en que fué otorgado; con relación á la capacidad de hecho por la ley del domicilio del testador. Pero si suponemos un testamento hecho en Inglaterra, con arreglo á la ley inglesa, por un individuo domiciliado en Francia, si la forma fuera contraria á la de su domicilio, por no admitirse la elegida, tratándose de bienes situados en la Argentina, ¿por qué ley se juzgaría de su validez? ¿Sería la ley francesa la que debía aplicarse? Mi opinión es que debe regir la ley más favorable á la validez del acto, porque el art. 3638 autoriza á hacer el testamento con arreglo á la ley del lugar, ó de la nación á que pertenezca, ó según las leyes nuestras, facilitando de este modo el ejercicio de una facultad que su propia ley no le niega; pero otra cosa sería con respecto á su capacidad de obrar, que debe ser regida por la ley de su domicilio, que estuviera en vigor en el momento de realizar el acto, de modo que si esta ley le negase la capacidad, el testamento sería nulo, y no podría adquirir validez por haber fallecido después cuando fuera capaz.

Este artículo no habla de la capacidad de hecho, es decir, de saber si podía ó no realizar el acto; se parte del principio que reconoce la capacidad, para venir á averiguar cuáles son las facultades que puede ejercer, y por qué ley se debe juzgar de la extensión de esa facultad. Como el testamento es por su naturaleza revocable, no adquiere su verdadera consagración de voluntad final, sino por la muerte del testador; de ahí se debe suponer con razón que el testamento ha sido hecho en el último instante, aplicándose la ley en vigor en el momento de su fallecimiento; ella es la que reglará sus facultades, porque se reputa otorgado en ese momento. Así, un testamento hecho bajo la antigua legislación, que permitía la mejora del tercio de los bienes, si el testador hubiera mejorado á uno de sus hijos, y viniera á morir bajo la vigencia del Código, esa cláusula se tendría por no escrita, pues si hubiera hecho el testamento al tiempo de su muerte, no habría podido establecerla; por el contrario, si teniendo hijos legítimos ha dispuesto en su testamento de la mitad

porque es en ese momento que adquiere su irrevocabilidad, suponiéndose con razón que es el último acto que ha practicado; por

de sus bienes, cuando la ley actual sólo le permite disponer del quinto, y falleciere cuando la nueva le permitía testar libremente, por haber suprimido las legítimas de los herederos forzosos, las disposiciones serían válidas é inatacables.

¿Y por qué aplicar la ley del domicilio, cuando fuere contraria á la nuestra? En esta parte, el abandono que hemos hecho de nuestra soberanía para someter á los argentinos domiciliados en el extranjero á una ley que no es la nuestra, tiene su correctivo en el art. 3470, que los autoriza á tomar sobre los bienes situados en nuestro territorio, la parte que nuestras leyes les acordasen. Tratándose de extranjeros domiciliados, sea en su propia nación ó en otra cualquiera, el principio está justificado, pues ellos no pueden pretender la aplicación de nuestras leyes, porque les sea más favorable; están sometidos á la ley de su país y nosotros juzgamos de la facultad del testador por esas leyes.

La regla de nuestro artículo no puede aplicarse en toda su fuerza, tratándose de argentinos ó extranjeros domiciliados en nuestro territorio, sobre bienes situados en la República. Así, por ejemplo, un inglés domiciliado en Londres, fallece disponiendo libremente de sus bienes, dejando la mayor parte á extraños, y una pequeña á sus hijos domiciliados en nuestro territorio. Si aplicáramos la ley del domicilio en este caso, los hijos serían privados de su legítima forzosa; por eso se rige por otra institución que todas las naciones reconocen y admiten, tratándose de los bienes situados en otra nación donde sus leyes no pueden alcanzar, la *lex rei site*, y nuestro art. 10, les es aplicable en toda su fuerza. Los hijos del testador, domiciliados en la República, podrían tomar de los bienes situados en ésta, la parte de que fueron privados por las leyes extranjeras. Savigny, § 377, de donde ha sido tomada esta regla, y cuyas consecuencias explica, dice: «el contenido del testamento, y principalmente su validez ó invalidez legal, se juzga según la ley vigente en el último domicilio del testador. Este principio se aplica particularmente á las reglas sobre la deshoredación, la preterición y la legítima...» y agrega más adelante: «leyes rigurosamente obligatorias pueden motivar excepciones á esta regla. Así, cuando un testamento grava con sustitución una cosa situada en país extranjero, cuya ley no reconozca las sustituciones, el juez debe atenerse á esta ley y declarar nula la cláusula del testamento». Y sería por demás extraño que nuestra ley no protegiese á los domiciliados en su territorio, dejando que las leyes extranjeras vinieran á despojarlos de los derechos que las leyes argentinas les confieren. No;

eso las facultades que las leyes le concedían para disponer de sus bienes en el momento de otorgar el testamento, quedan en sus-

el principio general sentado por el artículo, tiene su excepción, cuando se trata de bienes situados en la República, que son exclusivamente regidos por sus propias leyes, en cuanto á la capacidad de adquirirlos y al modo de transferirlos, art. 10.

No se debe confundir el contenido del testamento que comprende las facultades que el testador ha podido tener en el momento de su muerte, con la forma en que la voluntad debe manifestarse, ó la capacidad de hecho del que lo ejecuta. ¿En cuál de estos modos debemos colocar todo lo que se refiera á los vicios del consentimiento? ¿Por qué ley debe regirse? Si el testamento se supone hecho en el momento de su fallecimiento, aplicaríamos la ley en vigor en el domicilio del testador al tiempo de su muerte; pero eso sería llevar demasiado lejos la presunción, porque entonces le aplicaríamos también esa ley á la capacidad de obrar, lo que no puede suceder, porque desconoceríamos el hecho real, que es la capacidad ó incapacidad en el momento de ejecutar el acto, que debe estar sometida á la ley que rige en ese instante. El vicio del consentimiento, se toca tan íntimamente con la manifestación de la voluntad, que no sería posible separarlo, y debemos clasificarlo, no entre las facultades que tocan al contenido del testamento, sino entre las que se refieren á la capacidad de obrar; porque abraza en sí la capacidad de manifestar una voluntad, disponiendo de sus bienes, para después de su muerte. Si la ley en vigor del domicilio del testador, en el momento de hacer el testamento, considerase que la voluntad está viciada, sea por la fuerza, la violencia, ó el dolo, ese vicio debe acompañar al acto, sin consideración á la ley nueva que rija al tiempo de su muerte. La voluntad no se ha manifestado en el momento de ejecutar el acto, ó por el contrario la ley en vigor la considera manifestada, y no debe tener influencia la que rige en el momento de su muerte. No se trata del contenido del testamento, sino de la manifestación de la voluntad. Véase lo dicho en la última parte del artículo anterior. — Comp. SAVIGNY, § 377, 3. DEMOLOMBE, XVIII, 192.—Véanse arts. 12, 950, 3283, 3286, 3611 y 3625.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3612. — Savigny, *Derecho Romano*, tom. 8, §§ 377 y 383. Supóngase que un testador dispusiera gravando la legítima de los hijos, ó disponiendo de sus bienes sin consideración á las legítimas que debe reservar; tal disposición sería nula si no fuese conforme á la ley de su domicilio al tiempo de su muerte, aunque la legítima hubiese sido diferente al hacer el testamento. Véase Vazeille, art. 902, n° 8.—Marcadé, sobre el art. 886, dice: «que la ley del día del otorgamiento del testamento no debe

penso hasta el fallecimiento del otorgante, y si las que regían en ese instante le facultasen para disponer de mayor cantidad, ó le privasen de los derechos concedidos, esas se aplicarán; porque son meras expectativas que la ley puede alterar; no sucede lo mismo con relación á la capacidad para otorgar el testamento, porque es un derecho adquirido por el que ha ejecutado el acto, por eso dice el **art. 3613**: *para calificar la capacidad de*

(**Art. 3613.**) Hemos dicho que el testamento es regido en cuanto á su forma por la ley vigente en el lugar donde se hace, sin que una ley posterior que cambiase esa forma pueda invalidarlo, porque no tiene efecto sobre el pasado; pero que cuando se trataba de las facultades que el testador ejerce, disponiendo de sus bienes, se debía aplicar la ley en vigor en el domicilio del testador en el momento de su fallecimiento; ahora tratamos de la capacidad personal del testador relativa á sus cualidades físicas; es decir, de la edad, de la enajenación mental, ó de la de sordomudez, que lo imposibilitan para manifestar su voluntad, y como la ley debe buscar la manifestación del consentimiento, ó la existencia de éste, expresado con libertad y conscientemente en el momento de ejecutarlo materialmente, de ahí la necesidad de crear la regla que consigna el artículo: «la capacidad para testar se rige por la ley en vigor en el domicilio del testador al ejecutar el acto»; de modo que si la ley declara capaz al que ha cumplido 18 años, y éste hace su testamento, aunque una ley posterior lo declarase incapaz, el testamento sería válido; por el contrario, si lo declaraba incapaz en el momento de hacerlo, sería nulo aunque una ley posterior viniera á declararlo capaz.

El artículo debe considerarse como formando parte con el 3611, que rige la capacidad de testar, donde se habla de la ley del domicilio del testador. Y aquí se nota el inconveniente de fijar en un Código, principios científicos que no siempre responden á los grandes intereses sociales del momento, y cuya aplicación viene á ser perjudicial. En efecto, el menor de 18 años, que por nuestro Código es incapaz de testar, puede hacer su testamento, si la ley de su domicilio lo autoriza, y nosotros estamos obligados á aceptarlo, con mengua de nuestra soberanía y de nuestras propias conveniencias, aplicándolo á la trasmisión de los bienes situados en nuestro territorio.

La capacidad de hecho es la base de la disposición testamentaria, sin ella no hay testamento; pero cuando ésta existe, se debe atender á la

ser examinada sino respecto á la capacidad general *de hacer un testamento y respecto á las formas del acto* ».

testar, se atiende sólo al tiempo en que se otorga el testamento, aunque se tenga ó falte la capacidad al tiempo de la muerte; de modo

capacidad de derecho en el momento de la muerte del testador para saber, si ha podido ó no disponer de sus bienes, y la extensión que deben tener sus disposiciones.

Nuestro artículo ha venido á decidir una de las cuestiones controvertidas, exigiendo unos que el testador debía ser capaz al otorgar el testamento y al tiempo de su muerte, exceptuando el caso en que se hubiera enloquecido; pero aplicando la regla á la incapacidad que viniera de la ley, cuando se le privase de transmitir sus bienes, por un cambio de estado, como si hubiera sido condenado á una pena perpetua. Nuestro Código no hace estas diferencias, y el que ha sido capaz en el momento de testar, ha producido un acto válido que ninguna ley posterior puede anular, decidiendo la cuestión en favor de la capacidad del testador. El doctor Velez-Sarsfield, en la nota, explica en parte el fundamento de esta decisión. Los comentadores franceses, que exigen la capacidad de hecho y la de derecho en el momento de hacer el testamento, no dan la razón de esta opinión; mientras Savigny funda la separación, como lo hicimos notar en los artículos anteriores.—Véase al final de la nota al art. 3611. —Comp. AUBRY y RAT, § 650, texto á la nota 7. DEMOLOMBE, XVIII, 710 á 713.—Véanse arts. 948, 949, 2833, 3611, 3624, 3698 y 3826.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3613. — Goyena, art. 605. — Toullier, tom. 5, n° 86.—Duranton, tom. 8, nos 162 á 164.—Domat, *Leyes civiles*, 2ª parte, Lib. 3, Tit. 1, Secc. 2, n° 16.—Muchos autores están acordes en que para que el testamento sea válido, es necesario que el testador sea capaz en dos épocas, en la del otorgamiento del testamento y en la de su muerte, pues que en esta última es cuando debe tener las calidades requeridas para transmitir sus bienes. El tiempo intermedio no perjudica *media tempora non nocent*. L. 6, Dig., *De hered.*, Instit. — Se hace, sin embargo, la excepción siguiente: Si el testador hubiese perdido al tiempo de su muerte algunas cualidades indispensables para manifestar una voluntad libre; si, por ejemplo, se hubiese enloquecido, el testamento que hubiese hecho antes de sobrevenirle ese mal, sería válido, porque tal incapacidad no es relativa sino á la voluntad: no puede tener un efecto retroactivo sobre una voluntad regularmente manifestada antes, y que daba una completa certidumbre de las disposiciones contenidas en el testamento. Pero si el testador al tiempo de su muerte hubiese sufrido un cambio en su estado que le privase de la facultad de transmitir sus bienes por testamento, como si hubiese sido condenado á una pena perpetua, su testamento anterior no podía producir efecto alguno. Estas eran las disposiciones de las Leyes de Partida y de las Leyes Romanas.—LL. 8 y 1ª, Dig., *Qui testam. facere poss.*

La razón que dan es que la voluntad del testador no está solemnemente comprometida; que puede cambiar y que no se fija sino á su muerte; que no hay por qué presumir que el testador hubiese perseverado hasta su último

que si fué capaz en el momento de otorgarlo, y por cualquier causa dejara de serlo, el testamento sería válido.

Para poder testar es preciso que la persona esté en su perfecta razón (art. 3615, 1ª parte); es decir, que no haya sido declarada

(Art. 3615.) Esta disposición ha suscitado serias dudas en derecho francés, y las opiniones se han dividido con ocasión del art. 901 del Cód. Napoleón. Pueden proponerse cuatro hipótesis:

1ª Aquella en que el disponente no hubiera sido declarado interdicto, ni colocado en un establecimiento de alienados.

2ª Aquella en que hubiera sido declarado demente.

3ª Cuando sin declaración previa de la demencia, esta fuera pública y notoria.

4ª Cuando sin previa declaración hubiera sido colocado en un establecimiento público ó privado de alienados.

Antes de examinar estas diversas hipótesis, tratemos de establecer la filiación del artículo, para estudiarlo en sus fuentes.

Es el art. 901, Cód. Francés, que dice: «para hacer una donación entre vivos ó un testamento, es necesario estar sano de espíritu»; esta expresión la ha traducido nuestro Código por la de «estar en su perfecta ra-

momento en la voluntad que hubiese emitido en su testamento. Pero el acto testamentario, como instrumento, cuando tiene las formas prescritas por la ley, no es un simple proyecto hasta el último momento de la vida, sino un acto perfecto, susceptible solamente de ser anulado por un cambio de voluntad. Este cambio, posible mientras vive el autor del acto en su sana razón, no es ya posible cuando una enfermedad viene á quitarle el uso de sus facultades mentales, si la muerte viene á aniquilar el ser físico, la voluntad que él había manifestado estando sano, ha sido perseverante hasta que ha perdido el uso de su razón, ó ha dejado de existir. Esto es bastante para hacer valer el acto. Así, dice Coin de Lisle, las enfermedades que vienen al testador después de su testamento, y que lo hacen incapaz de hacer otro nuevo, fijan su voluntad al estado en que se encuentre en el último momento en que ha podido hacer uso de ella (sobre el art. 902, n° 6).

Los escritores franceses regularmente hablan suponiendo la muerte civil que privaba la capacidad de testar. Pero entre nosotros, abolida la confiscación de bienes y no perdiéndose el derecho de testar por sentencia de muerte ni por ninguna pena (L. 3, Tit. 18, Lib. 10, Nov. Rec.), debe atenderse sólo al tiempo en que se otorga el testamento para decidir sobre la capacidad del testador, como lo dispone el artículo.

En cuanto á la segunda parte del artículo, el testamento de un menor de quince años, por ejemplo, sería nulo aunque muriese después de haber cumplido la edad de dieciocho, que en este Código se señala para poder testar.— Véase Aubry y Rau, § 650, n° 2. — Vazeille, sobre el art. 902, trata extensamente la materia del artículo.—Chabot, *Op. verb. testam.*, § 4.

demente por sentencia firme de juez, ó que no sea tenido públicamente por tal, pues el principio consagrado por el Código es

zón». ¿En qué consiste esta perfecta razón? Parece fácil á primera vista el determinarla; pero no es así; porque no es probable fijar con precisión en todos los instantes de la vida ese perfecto equilibrio. Sin embargo, dos condiciones se destacan por decirlo así, como absolutamente necesarias: la sanidad de la inteligencia y de la voluntad; es decir, el comprender y el querer. El primero se refiere á la inteligencia del acto que se realiza y sus consecuencias; el segundo, comprende la determinación de manifestar la voluntad consciente, y de ejecutar el acto.

Sentados estos principios, vengamos á la primera hipótesis. Suponemos una persona en el pleno goce de sus derechos civiles, porque no pesa sobre ella interdicción alguna.

La cuestión á resolverse es si esa persona tiene inteligencia y voluntad suficiente para disponer de sus bienes por testamento, quedando reducida á una cuestión de hecho. El que afirma que no estaba en su sano juicio, debe demostrar ese estado, y el que sostiene la validez del testamento puede probar á su vez, que el acto fué ejecutado en uno de esos intervalos bastante prolongados, cuando se tratare de la locura en que había cesado la enfermedad, de que nos ocupamos más adelante.

Y aquí debemos corregir uno de esos errores que son frecuentes en obras tan extensas como la presente, que se imprimen y corrigen con demasiada precipitación. Al tratar del art. 474, tomo II, pág. 126, líneas 11 y 12 dice: «sólo pueden impugnarse los actos entre vivos, pero no los testamentos, ni las donaciones por causa de muerte», cuando debió decir lo contrario: «no pueden impugnarse los actos entre vivos, pero sí los testamentos y las donaciones por causa de muerte», según se había dicho en el tomo I, art. 141.

Cuando se ataca un testamento hecho por un individuo no declarado demente, alegando que no estaba en su perfecta razón, es necesario demostrar, ya sea con el acto mismo realizado, ya con su estado habitual de demencia ó su perturbación momentánea, que el individuo no estaba en su sano juicio. El que sostiene la validez no está obligado á demostrar la perfecta razón; pues la ley lo supone en tal estado, mientras no se pruebe lo contrario.

Es cierto que el legislador ha dado más amplitud para atacar los testamentos, que los actos entre vivos; porque estos sólo pueden ser anulados cuando la incapacidad resulte de los mismos actos; mientras los testamentos serían declarados nulos, aunque nada contengan que puedan demostrar la inteligencia perturbada; pero ni del art. 141, ni

que la ley presume que toda persona está en su sano juicio, mientras no se pruebe lo contrario. Sin embargo, por una excepción

del 474, ni del presente, se puede deducir que el legislador haya exigido algo más de lo que pide en materia de contratos; bastará la inteligencia no perturbada. Se ha confundido á mi juicio, la extensión de la prueba que por este artículo se concede, con el estado de sanidad del espíritu. Es sabido que los contratos pueden anularse por cualquier vicio del consentimiento, y esto se extiende á todos los actos jurídicos en que se necesita de una manifestación libre y consciente del que los ejecuta. Lo que el art. 474 ha prohibido únicamente, es que puedan atacarse los actos entre vivos, alegando la incapacidad de una de las partes, cuando ésta hubiera fallecido; comprendiendo por incapacidad la que se refiere á la demencia.

Ahora bien, cuando el artículo habla en su primera parte, del estado de *perfecta razón* en que el testador debe hallarse ¿qué es lo que ha querido expresar? ¿Se ha referido únicamente al que se encuentra demente, ó al que por alguna circunstancia no estuviera en su perfecta razón al realizar el acto? El mismo Dr. Velez-Sarsfield nos da la clave para responder: «la primera parte del artículo, dice, comprende la embriaguez y todo accidente que prive de la completa razón»; luego no se refiere á la locura de que habla en la segunda; de modo que si el que pretende la nulidad del testamento demostrase que el testador ha estado ebrio ó en estado de delirio, con motivo de una enfermedad momentánea, ese testamento sería nulo, aunque el individuo hubiera estado en su sana razón antes, y volviese á ese estado desapareciendo la enfermedad. Así, dice Demolombe, XVIII, 343: «el desarreglo de las facultades intelectuales, que fuera el resultado momentáneo de una enfermedad, el delirio febril, por ejemplo, podría, pues, producir la falta de sanidad de espíritu que obstaculiza la facultad de disponer». Y agrega en seguida: «es necesario decir otro tanto de la embriaguez, que no es otra cosa sino una demencia pasajera. Esto sería verdad, sobre todo, si fuera el beneficiado por la disposición que hubiese provocado la embriaguez del disponente, pues que al vicio de la falta de sanidad, se uniría entonces el vicio del dolo ó de las maniobras fraudulentas».

Y generalmente los autores franceses admiten, que ciertas pasiones que perturban el espíritu, pueden dar lugar á la nulidad del testamento, así dice Coin-Delisle, al art. 901, n° 4: «cuando una pasión es llevada á tal exceso de violencia que produzca el delirio ó la pérdida de la inteligencia, manifestada por signos exteriores, puede declararse en juicio que el testador no estaba en su sano juicio en el momento de hacer el

que se explica perfectamente, se autoriza para testar á los dementes no declarados tales; pero cuya demencia fuera pública; á éstos

testamento. Pero que se tenga cuidado, una razón sana, no es siempre una razón recta, y la pasión sola, aunque domine la razón y extravíe nuestros sentimientos, no destruye la voluntad que ella dirige, y no puede ser en sí, una causa de incapacidad. Aun cuando la misma pasión condujese al suicidio de aquel que la sufre, esta circunstancia sola no anularía un testamento hecho algunos instantes antes». Estas pasiones que perturban el espíritu deben tomarse con extremada cautela, por eso desechamos la teoría de Bigot-Préameneu en la exposición de motivos, que admite la nulidad del testamento por odio; pues esta pasión, como la cólera, no priva de la sanidad de la razón.

Demolombe, XVIII, 348, con esa prudencia que lo caracteriza, dice á este respecto: «es necesario tener cuidado para no pasar los límites verdaderos en la aplicación de nuestro art. 901. Seríamos pronto llevados más allá, si se pretendiese considerar como que no son sanos de espíritu á todos los que se dejan conducir por las pasiones y no por la razón; todos aquellos cuyo carácter es simple hasta la inocencia, ó bien originales y fantásticos; los que son de carácter sombrío, inquieto, sospechoso; los que, sobre todo, son de espíritu ligero y frívolo, no ofrecen las garantías de un juicio recto!»

No se debe confundir, pues, la sanidad de espíritu con la del cuerpo, siempre que las enfermedades no alteren la inteligencia.

2ª hipótesis: cuando el testador ha sido declarado demente ¿puede hacer testamento en lúcidos intervalos? Nuestro artículo ha tenido presente las dificultades suscitadas con ocasión de esta cuestión y no las ha decidido, dejándolas á la jurisprudencia y á la doctrina.

Tres sistemas se han presentado.

El primero, sostiene que el declarado demente es incapaz de disponer por testamento y por donación entre vivos, aún durante los lúcidos intervalos, apoyándolo, Troplong, Grenier, Toullier, Demante, Saint-Espès-Lescot y otros.

El segundo admite que puede disponer durante los intervalos lúcidos bastante prolongados, no sólo por testamento, sino por donación, sistema sostenido por Merlin, Dalloz y Valette.

El tercero sostiene que el declarado demente no puede disponer por donación entre vivos, pero sí por testamento, en lúcidos intervalos, defendiéndolo Demolombe.

Tratamos de averiguar cuál de estos sistemas ha entendido aceptar nuestro artículo, al decir: los dementes sólo podrán hacer testamento en

se refiere el **art. 3615**, 2ª parte, cuando dice: *los dementes sólo podrán hacerlo en los intervalos lúcidos que sean suficientemente*

los intervalos lúcidos. Y ocurrimos á la nota del Dr. Velez-Sarsfield que en su primera parte nos sienta el principio general, de que no se puede atacar los actos de los *dementes no declarados* en juicio, cuando éstos han fallecido, diciéndonos que el artículo hace una excepción al principio, decidiendo de una manera absoluta que *los dementes no pueden testar*, y que el testamento podría ser atacado, aun cuando el testador hubiera fallecido sin estar juzgado como demente. Quiere decir entonces, que podemos deducir de la nota estos principios: 1º, que los dementes declarados en juicio son incapaces de testar; 2º, que los dementes no declarados pueden hacer testamento en lúcidos intervalos; 3º, que no se pueden atacar los actos entre vivos realizados por los no declarados dementes, pero sí los testamentos, porque el ejercicio de las facultades intelectuales debe exigirse con más rigor en las disposiciones gratuitas, como lo indica el Dr. Velez-Sarsfield en la nota.

Además de esto, el art. 141 de nuestro Código fué tomado al pie de la letra del art. 79 del proyecto de Freitas, donde este célebre juriscónsulto combate el sistema de aplicar este artículo á los dementes declarados en juicio, diciendo: «este sistema es rechazado por el Proyecto como incoherente y peligroso. Incoherente, porque la declaración previa de enajenación mental sería inútil, una vez que de ella no resulta una incapacidad absoluta, que en todos los casos excluya la pureza de los actos jurídicos, y que haciéndose pública sirva de advertencia á los terceros que contratan de buena fe. Peligrosa, porque es un problema, hasta hoy no resuelto por los alienistas y psicólogos, el de determinar la línea divisoria entre el estado de enajenación mental y los periodos de intermitencia de ella. Se admira que un escritor tan sensato como Demolombe desconociese la utilidad pública de la incapacidad absoluta de los enajenados declarados como tales en juicio, pensando que no obstante esa incapacidad absoluta, ellos puedan practicar aquellos actos jurídicos, en que la representación no es admisible. Las demostraciones de este escritor para probar tal absurdo, apartándose de la doctrina adoptada por casi todos los escritores franceses, no se pueden sustentar y se contradicen mutuamente... Para este Proyecto resulta una incapacidad absoluta siempre que los enajenados fueran declarados tales en juicio». Hemos transcrito esta larga nota para demostrar que teniéndola presente el Dr. Velez-Sarsfield al tomar el art. 141, no ha podido incurrir en la contradicción de desechar la inteligencia que le daba el autor brasileño.

Aubry y Rau, § 648, dicen: «existe una doble diferencia entre la hi-

ciertos y prolongados para asegurarse que la enfermedad ha cesado por entonces; en cuyo caso deberá demostrarse por el que

pótesis, cuando el acto de disposición emane de una persona que se encontraba en estado de interdicción y la hipótesis contraria. En la primera, el acto de disposición es nulo de derecho; es decir, sin que el demandante de la nulidad tenga otra cosa que probar sino la interdicción, y sin que el demandado sea admitido á demostrar que ese acto ha sido ejecutado en un intervalo lúcido. En el segundo, al contrario, el que demanda la nulidad está obligado á probar, si no la falta de la sanidad de espíritu en el momento preciso de hacer la donación ó el testamento, por lo menos á justificar que el donante ó testador se encontraba antes ó después de esta época en un estado habitual de falta de sanidad de espíritu. Y en la nota 6, combaten victoriosamente la doctrina de Demolombe, que es en parte la de Merlin, con una diferencia fundamental.

De esta exposición resulta, que de las mismas palabras con que se aclara el artículo en la nota del Código, no puede dársele el sentido de comprender á los dementes declarados en juicio, que son absolutamente incapaces.

Por lo demás, Demolombe no funda sólidamente su teoría, que introduciría una seria perturbación; puede verse el XVIII, 371 y 372 y el XXIII, 23 y 24.

Cuando nuestro artículo habla de los dementes que pueden testar en lúcidos intervalos no comprende, pues, á los declarados en juicio, como se verá en la hipótesis siguiente.

3ª hipótesis: cuando la demencia ha sido pública, pero no declarada en juicio, ¿puede hacer testamento en los intervalos lúcidos? La afirmativa es sostenida por nuestro Código; porque se encuentra en presencia de un individuo que no ha sido declarado demente, que tiene la presunción de sano juicio en su favor, y aunque se demuestre lo contrario por ser de notoriedad pública; en este caso el que sostiene la validez debe ser admitido á probar que el testamento se hizo en uno de esos intervalos lúcidos bastante prolongados, que aseguran que la enfermedad ha cesado. Y confirma esta teoría la nota del Dr. Velez Sarsfield, en que rechazando como absoluta la indivisibilidad de la razón humana, confía á los jueces el poder de apreciar la capacidad, concluyendo por aceptar que el monomaniaco no debe ser considerado siempre como loco.

Pero, ¿qué se debe entender por intervalo lúcido? Es un punto de hecho sobre el que no se puede dar una regla absoluta; se juzgará cada caso según las peculiaridades y circunstancias de que esté rodeado. Así, por ejemplo, el individuo que estando loco deja de serlo, se le puede

alegue la validez del testamento, que éste fué hecho en uno de esos momentos; pero los dementes declarados no podrán hacerlo

considerar en uno de esos intervalos lúcidos, cuando recuerda su enfermedad y la aprecia con exactitud, recordando los cuidados que se le han prodigado.

Volvemos á repetir: los intervalos lúcidos quedan reducidos á cuestiones de hecho, que los jueces deben apreciar.

Y lo que se dice respecto á la facultad de hacer testamento del loco no declarado, pero que se encuentra en uno de esos intervalos lúcidos, se debe aplicar igualmente á la revocación de un testamento hecho antes de producirse la locura, con esta diferencia fundamental: que siendo hecho el testamento cuando el individuo se encontraba en su sana razón, el acto posterior, revocándolo, al se encontrarse demente, no tiene valor, á menos de probarse que la revocación se hizo en uno de esos momentos lúcidos.

Algunos han confundido la extensión que por este artículo se concede á la prueba, tratándose de los testamentos, con la referente á los actos entre vivos; por eso se podrá demostrar que el acto entre vivos es nulo, cuando se ejecutare durante la interdicción, pero si no hubiere declaración de demencia no se admite la prueba, mientras sucede lo contrario en los testamentos donde puede demostrarse que fué hecho en lúcidos intervalos, cuando la demencia fuese notoria, pero no declarada.

Cuando hay declaración, ¿por qué motivo se admitiría probar la capacidad momentánea? Nuestro Código no reconoce esas alternativas de razón y de locura, cuando ha declarado incapaz por demencia á una persona; por el contrario, si no hay declaración, aunque la demencia sea notoria, se admite que haya podido ejecutarlo en un intervalo lúcido.

4ª Hipótesis. Si una persona sin ser declarada demente, fuera colocada en un establecimiento de alienados, ¿sería válido el testamento que hiciera? ¿A quién corresponde la prueba? Se trata de un caso en que la demencia no es pública y notoria, en que, tal vez, la familia lo ha colocado para impedir los progresos de un desarreglo mental en principio, así es que creo, con Demolombe, que el demandante debe probar que el testador no estaba en su perfecta razón, y se podría decir que la presunción no está netamente ni de uno ni de otro lado, y que los magistrados tienen un poder discrecional para apreciar el hecho.

El artículo sólo comprende el estado de perfecta razón para hacer el testamento, y hace una excepción para los casos de demencia notoria no declarada, y se pregunta: ¿los vicios que alteran la voluntad, como la

sin el levantamiento de la interdicción, aunque ofrecieran probar que fué hecho en uno de esos intervalos.

violencia, el dolo y el error, pueden ser causas de nulidad? La afirmativa es evidente, porque siendo el testamento un acto jurídico, se encuentra sujeto á las leyes que los gobiernan, y le son aplicables los arts. 1041 á 1046.

Finalmente, en parte alguna del Código se autoriza para hacer testamento á los dementes declarados en juicio, ni á los púberes menores de 18 años; por esa razón no ha reglamentado la forma en que pudieran hacerlo en los intervalos lúcidos. Si el demente estuviera en su sano juicio, según el informe de los médicos legistas, lo que correspondería es levantarle la interdicción. ¿Acaso pueden determinar con certidumbre si volverá la enfermedad? No habría razón para mantener la interdicción y presidir á la confección del testamento.—Comp. VAZEILLE, al art. 901. DEMOLOMBE, XVIII, 335, 371, 373 y 377. COIN-DELISLE, al art. 901.—Véanse art. 54, n° 3, arts. 141, 143, 474, 3606, 3614, 3616, 3709 y 3827.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3615. — L. 13, Tit. 1, Part. 6ª. — L. 7, Tit. 11, Lib. 1, y L. 6, Tit. 5, Lib. 3, Fuero Real. Se dirá que es inútil este artículo, porque para los actos jurídicos la persona debe estar en su perfecta razón; pero por una doctrina general los actos ejecutados por una persona que no está en su completa razón, no pueden ser anulados después de su muerte, cuando la incapacidad de esa persona no ha sido declarada en juicio. El artículo, pues, hace una excepción al principio, decidiendo de una manera absoluta que los dementes no pueden testar; así, aunque el testador hubiese muerto sin estar juzgado como demente, sus disposiciones testamentarias podrían ser atacadas como hechas por un demente: porque el ejercicio de las facultades intelectuales debe exigirse con más rigor en las disposiciones gratuitas que en los actos á título oneroso.

Nombrámos sólo en el artículo á los dementes, porque la demencia es la expresión genérica que designa todas las variedades de la locura; es la privación de la razón con sus accidentes y sus fenómenos diversos. Todas las especies de demencia tienen por principio una enfermedad esencial de la razón, y por consiguiente falta de deliberación y voluntad. La demencia es el género y comprende la locura continua ó intermitente, la locura total ó parcial, la locura tranquila ó delirante, el furor, la monomanía, el idiotismo, etc. La primera parte del artículo comprende la embriaguez y todo accidente que prive de la completa razón.

En cuanto á la monomanía, los médicos han sostenido que ella no hace al hombre incapaz sino en lo que se relaciona á la parte atacada de su inteligencia; pero que fuera de ella sus actos, siendo razonables, deben ser juzgados como los de un hombre en completo juicio. Troplong, en el comentario al art. 901, les ha contestado que todas las monomanías son locuras, que aunque parciales y circunscriptas en apariencia, son sin embargo indicios ciertos de

Están imposibilitados, de un modo absoluto, para hacer testamento, las siguientes personas:

una perturbación radical. La razón del hombre, dice, es una y no es susceptible de división. Cuando la locura se apodera de ella, aunque aparece estar en una sola parte, la vicia por entero. No todos los médicos participan del error cardinal de la divisibilidad de la razón: los más sensatos y experimentados son de la opinión adoptada siempre por los tribunales, á saber, que el loco cuya demencia no tiene sino apariencias parciales, es tan loco como el de la demencia absoluta. Mas, es preciso, continúa Troplong, decir que la mayor parte de los médicos están inclinados á darse sobre esta materia una competencia exclusiva, considerando que poseen la solución de los problemas del entendimiento humano; pero su juicio no podría ser siempre el juicio de los magistrados: las puntos de vista de unos y otros son muy diferentes para conducirlos al mismo fin. Con su rectitud ordinaria, el Derecho Civil exige en el hombre que quiere erigir en ley doméstica su última voluntad, que esta voluntad nazca de un espíritu sano, sin entrar en la distinción de la demencia parcial y de la demencia absoluta. Aunque esta voluntad apareciera con los caracteres exteriores del buen juicio, la ley desconfía de ella, porque nada le asegura que sus móviles no sean uno de esos errores que obran en secreto en el espíritu del monomaniaco.

Troplong continúa demostrando que el monomaniaco debe ser siempre tenido por demente; sus actos de buen juicio no son verdaderamente intervalos lúcidos: que se le toque el lado débil de su inteligencia y se le verá al momento perderse en las más singulares aberraciones: está, por lo tanto, en estado de demencia.

Nosotros creemos que el juicio de Troplong es demasiado absoluto, y no debemos tener por una verdad incontestable la indivisibilidad de la razón humana. Los jueces deben tener el poder de apreciación para decidir de la capacidad de disponer en que puede haberse hallado el monomaniaco. La locura parcial puede no ser sino una locura con intervalos más considerables que lo que ciertas intermitencias pueden permitir á la locura total. ¿No sería más prudente y más jurídico resolver la cuestión como cuestión de hecho según las circunstancias, el carácter, la extensión y la intensidad más ó menos grande de la monomanía del testador, como también la rectitud y buen sentido en sus disposiciones? Juzgamos, pues, que el monomaniaco no debe ser considerado siempre por loco. Tal es también la opinión de jurisconsultos respetables como Demolombe, tom. 18, n.º 339. — Toullier, tom. 2, n.º 1312. — Zacharie, tom. 3, pág. 25.

En cuanto á la última parte del artículo, el Derecho Romano al hablar de los intervalos lúcidos, nos advierte que éstos no deben confundirse con la sombra del reposo *inumbata quies*, que alguna vez sobreviene al demente. (L. 18, Dig., *De acquir. posses.*) Los intervalos lúcidos de que hablan las leyes no es una tranquilidad superficial, una remisión accidental y pasajera del mal. Es preciso que el intervalo lúcido sea una vuelta completa de la razón, que disipe las ilusiones y los errores de que estaba poseído el demente. Este estado es el que Justiniano llama *perfectissima intervalla* (L. 6, Cód., *De Curat. furiosi*), y en el que las Leyes Romanas han procurado indagar el valor de los actos ejecutados por un demente en esos intervalos dados á la razón, y han

1ª *No pueden testar los menores de diez y ocho años de uno ú otro sexo (art. 3614)*, teniéndose por nulo y de ningún valor el que otorgaren.

(Art. 3614.) El legislador argentino ha estudiado los diversos Códigos para decidirse por la edad de diez y ocho años, determinando así la capacidad de *hecho* del agente para verificar el acto. Es necesario no confundir la capacidad de hecho con la de derecho, como lo hacen algunos; así, en este caso, cuando la ley dice: el menor de diez y ocho años no puede testar, equivale á decir, el menor de esa edad es incapaz de realizar el acto; es, pues, á la acción, al hecho que se impone la incapacidad, mientras que la capacidad de *derecho* se refiere á la facultad que nace del hecho autorizado para realizarlo, como, por ejemplo, el que puede hacer testamento sólo está autorizado para disponer de tal cantidad de sus bienes, según sea la clase de herederos que dejare.

Se debe hacer aún otra distinción: en los contratos, la incapacidad puede ser relativa ó absoluta, porque depende en el primer caso de la ausencia de ciertas formalidades que deben llenarse para su validez; pero reconociendo que existe el consentimiento, mientras en las absolutas falta ese consentimiento, que es la base del contrato, sin el que no puede existir. En los testamentos no puede haber incapacidad *relativa*, todas son *absolutas*, porque se va contra la prohibición de la ley; por eso un contrato hecho por un menor púber, sin la intervención de su tutor, puede confirmarse, mientras el testamento de un menor de 18 años es nulo absolutamente, aunque el testador fallezca en la mayor edad.

Cuando la ley prohíbe al menor de 18 años el hacer testamento, no crea una incapacidad de derecho, porque no limita una facultad concedida anteriormente, determina la capacidad de hecho ó de obrar, que está en su mano el fijar; y así como ha dicho: el menor de 10 años no puede consentir, así dice: el menor de 18 años no puede trasmitir sus bienes por testamento, es incapaz de hacerlo.

Por el contrario, llegado á la edad de 18 años cumplidos, su libertad

decidido que estos actos deben valer, cuando emanan de una voluntad capaz de bien y de mal. *Furiosum in suis Indusiis ultimum condere elogium possunt.* L. 9, Cód., *Qui test. facere possunt.*

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3615.—Los denunciantes de propiedades municipales, carecen de personería para ejercer acciones contra el poseedor, mientras la Municipalidad no acepte la denuncia y les confiera poder en forma.—Jur. Civ., VI, 546, Sér. 2ª.

Justificada la incapacidad física y moral del otorgante de un testamento por acto público, debe declararse la nulidad.—Jur. Civ., X, 312, Sér. 2ª.

2ª *No pueden testar los sordo-mudos que no sepan leer y escribir (art. 3617)*, de modo que el testamento sería nulo aunque el sordo-mudo supiera leer, si no sabe escribir.

para disponer es absoluta, sujetándose á las leyes que determinan la capacidad de derecho, y que rijan en el momento de su fallecimiento.— Véanse arts. 54, 3606 y 3675.

(Art. 3617.) Las escuelas de sordo-mudos se han propagado de tal modo, llegando á maravillosos resultados, que se puede decir con verdad, que los sordo-mudos que no sepan leer ni escribir han desaparecido casi por completo. Se les enseña aún á hablar. Actualmente se ha inventado una máquina que es al sonido, lo que el microscopio á la vista. Los sordo-mudos oyen y pueden tener una idea completa del sonido, concluirán, por consiguiente, por hablar naturalmente, aunque para entender será necesario que tomen la palabra de los labios, por el movimiento de éstos. He presenciado exámenes en las escuelas de sordo-mudos en París, y quedado asombrado de la facilidad adquirida para tomar la palabra por el movimiento de los labios; parecía que oían lo que se les preguntaba.

Ahora bien; en estas condiciones, un sordo-mudo que hablase y comprendiese lo que se le dice, que siguiera una conversación cualquiera, como lo he presenciado, y que no supiera leer ni escribir, ¿porqué sería inhabilitado para hacer testamento por acto público? Porque no oye, se dirá; pero no es exacto, pues en este caso el oído está sustituido con la vista del movimiento de los labios; ha dejado de ser mudo desde que habla, y no es sordo si comprende lo que le dicen. No obstante, será necesario una reforma, levantando esta incapacidad que ha desaparecido en la mayor parte de los casos.

Téngase presente que en la educación dada á estos desgraciados, se

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3614. — Se ha querido en muchos Códigos uniformar la capacidad de testar con la de contraer matrimonio cuando las causas para permitir el matrimonio á una edad determinada son absolutamente inaplicables á la facultad de testar. No debe olvidarse que para la sucesión intestada la ley ha presumido el mayor efecto de la persona que muere sin testamento. Considerando que es tan fácil engañar ó seducir á un niño de catorce años, señalamos la edad de dieciocho años para poder testar, que designan varios Códigos. Las Leyes de Partida, á los doce y catorce años. —L. 13, Tit. 1, Part. 6ª. El Cód. Francés permite testar de sólo la mitad de los bienes á los que tengan dieciseis años, art. 904. Lo mismo el de Nápoles, art. 820, y el de Luisiana, 1464, pero sin limitación á la mitad.—El de Vaud, á los diecisiete años, sin limitación, art. 562.—El Holandés, sin limitación á los dieciocho años, art. 944.—Lo mismo el Prusiano, sin limitación, Parte 1, Tit. 12, arts. desde el 17 al 19.—Lo mismo el de Austria, sin limitación, art. 569.

Para juzgar de la capacidad de la persona que hace el testamento, con relación á su estado mental, se debe partir del principio establecido por el **art. 3616**, que dice: *la ley presume que*

comienza enseñándoles á entender y hablar, después á leer, y finalmente á escribir. En esas condiciones el sordo-mudo que habla y lee puede hacer testamento, aunque no sepa escribir. La palabra es el signo más evidente para manifestar su voluntad, y si la expresa claramente ante el escribano y testigos, puede hacer testamento por acto público. Cuando el Código se puso en vigencia, no se conocían tal vez los resultados de esas escuelas, y por eso se inhabilitó á los que no sabían darse á entender por escrito; ya hemos dicho, el que ha conseguido hablar deja de ser mudo, y no está comprendido en la disposición del artículo. Viene ahora esta otra dificultad; si el sordo-mudo entiende y sólo sabe leer; pero no habla, ¿podrá hacer testamento? Está en las mismas condiciones que el mudo que sabe leer, pero no escribir; sin embargo la ley es terminante, debe saber leer y escribir, aunque no hable; pero desde que haya aprendido á hablar, aunque no sepa leer ni escribir, puede hacer testamento.

Demolombe, XVIII, 351 y 352, expresa perfectamente lo que se ha debido decir, pues ese ha sido el pensamiento del legislador argentino: «no hay duda (dice dicho autor) que los ciegos, los sordos y los mudos pueden testar. Es necesario decir lo mismo de los sordo-mudos de *nacimiento*, cuando se ha probado que comprenden el acto que quieren ejecutar, y que *están en estado de manifestar su voluntad*»; porque en realidad lo que ha debido exigirse es la manifestación inequívoca de la voluntad.

El Cód. de Chile, art. 1005, n° 5, expresa mejor el pensamiento cuando dice: «todo el que de palabra ó por escrito no pudiere expresar su voluntad claramente», aunque pudiera hacérsele la misma objeción. Si entiende sin oír, y sabe leer, ¿por qué no podría hacer testamento, desde que manifieste claramente su voluntad? Cuando se corrija el Código, será conveniente legislar esta hipótesis que puede llegar á ser común.—Comp. GOYENA, art. 557, y LAURENT, XI, 125.—Véanse arts. 54, n° 4, 153, 469, 3624, 3651, 3665 y 3669.

(**Art. 3616.**) La regla general del art. 140, de que ninguna persona será tenida por demente, mientras no sea declarada en juicio, viene á confirmarse en parte con la del presente artículo, más general y extensa; porque si la ley presume que toda persona está en su sano juicio, esa

toda persona está en su sano juicio mientras no se pruebe lo contrario. Al que pidiese la nulidad del testamento, le incumbe probar

presunción comprende no sólo el estado mental de la persona con relación á la locura, sino también con respecto á la perturbación momentánea de la razón que no provenga de la demencia. Así, todo demente no está en su sana razón; pero no todo el que está fuera de su perfecta razón es demente, porque puede estar perturbado por la embriaguez ó por un delirio momentáneo que le incapacite para hacer el testamento.

El que ataca el testamento no sólo puede demostrar que el testador fué declarado judicialmente demente, sino que su demencia era pública y notoria, ó que no estaba en su perfecta razón cuando ejecutó el acto, por cualquier circunstancia momentánea.

Si los actos entre vivos no pueden atacarse después de muerta la persona, alegando la perturbación de la razón, esa prueba puede darse en los testamentos; esta es la excepción que hace el artículo á aquel principio como lo observa en la nota el Dr. Velez-Sarsfield.

El principio universalmente reconocido en materia de prueba, es que corresponde darla al que alega un hecho, y más aún cuando va en contra una presunción, como la presente, de que todo individuo se supone en su sano juicio. Esa prueba, cuando se trata de un hecho, se debe dar por todos los medios que autoriza el derecho; en general será testimonial, aunque puede resultar del mismo testamento, si sus cláusulas mismas son disparatadas. Pero cuando el individuo hubiera estado demente, conociéndose públicamente ese estado, la presunción de nulidad del testamento hace que la carga de la prueba corresponda al que sostiene la validez del acto. Si por el contrario, hubiera una declaración judicial de demencia, el testamento sería nulo, sin admitir la prueba de haberse hecho en intervalos lúcidos, como se dijo en el artículo anterior.

Para que la prueba corresponda al que sostiene la validez del testamento, es necesario que la demencia, no declarada en juicio, sea notoria y habitual, y anterior al acto del testamento; de modo que sólo debe probarse la demencia notoria; y el que sostiene la validez demostrará á su vez que fué hecho en un intervalo lúcido, ó que desde el momento del testamento en adelante, ha estado en su sano juicio. Si se atacara el testamento, por haber sido hecho no estando en su sana razón, deberá demostrar el que alega la nulidad, que el testador estaba ebrio cuando lo hizo, ó estaba atacado de una enfermedad que le privaba en ese instante de su sana razón, como si tuviera delirio ocasionado por la enfermedad. El ebrio consuetudinario no se encuentra en estado habitual de demencia, como algunos lo afirman, aunque este vicio suele producir

que el testador no se hallaba en su completa razón al tiempo de hacer sus disposiciones; pero si el testador algún tiempo antes de

el *delirium tremens*, y ocasionar alguna de las formas de la demencia. Así, pues, no bastará demostrar que el testador es un ebrio consuetudinario para que el testamento sea nulo; deberá probarse que estuvo en ese estado cuando lo hizo. La ebriedad es una alteración pasajera, y hasta ahora á nadie se le ha ocurrido clasificarla entre las formas de la locura. Tampoco el ebrio pierde ordinariamente el buen sentido, y es necesario demostrar que su estado era tal, que lo incapacitaba para el acto. Otra cosa sería si se demostrase que á consecuencia de este vicio, le viniera cualquiera de las formas de la locura.

Dijimos en el artículo anterior, que las pasiones violentas llegan á perturbar la serenidad del juicio; pero ni los celos, ni la venganza, ni el odio ú otras semejantes, pueden autorizar para anular el testamento. Sería abrir una anchísima puerta á la mala fe, y no habría testamento que no pudiera ser atacado.

La extrema vejez, puede ser causa de nulidad de un testamento; pero como por sí sola no altera la razón, será necesario demostrar que no gozaba de ella cuando lo hizo, á menos de ser público y notorio que se encontraba bajo una de esas formas de la demencia. Un testamento hecho por una persona de cien años, por ejemplo, no podría ser atacado como nulo por sólo ese hecho, y obligar al que sostiene la validez á demostrar el estado de perfecta razón del testador; pues ese estado se presume, á menos de prueba en contrario. El que sostiene la nulidad debe, pues, probar que el testador no fué capaz de realizar el acto.

El que ataca la validez del testamento, ¿debe demostrar que el testador en el acto mismo de hacerlo no estaba en su sana razón? Para decidir este punto debemos distinguir: si el testador se encontraba en estado habitual de demencia, bastará probar ese estado, antes y después del testamento; si, por el contrario, la falta de razón provenía de algún accidente, como la embriaguez ó el delirio ocasionado por alguna enfermedad, se debe probar que no existía sana razón al hacerlo.

Cuando el demandante demostrase el estado habitual de demencia, el que sostiene la validez del testamento, puede probar á su vez que éste se hizo en un intervalo lúcido; en una y otra prueba se deben admitir todas las perinitidas para demostrar los hechos.

Pero si pesa sobre el testador una interdicción por haber sido declarado demonte, no se debe admitir prueba alguna. ¿De qué serviría la interdicción entónces? Con el mismo derecho podría alegarse la validez

testar se hubiese hallado notoriamente en estado habitual de demencia, el que sostiene la validez del testamento debe probar que el testador lo ha ordenado en un intervalo lúcido; porque se parte de un estado de perturbación mental, que se considera como ordinario, y hace necesario probar que ha cesado.

§ 993. — CONDICIONES QUE DEBE LLENAR EL TESTAMENTO

En la legislación anterior al Código se permitía dar poder para testar, de modo que el apoderado podía otorgar el testamento á nombre de su representado; por nuestro derecho se prohíbe semejante autorización, y á eso responde el **art. 3619**,

de un contrato celebrado por el declarado demente, ofreciendo probar que cuando lo realizó se encontraba en su sana razón. No, la interdicción inhabilita al individuo para ejecutar cualquier acto jurídico, y no es permitido ir contra ella sino para levantarla y rehabilitar al individuo, poniéndolo en el goce de todos sus derechos. — Véanse arts. 140, 141, 473, 474 y 3615.

(**Art. 3619**.) En este artículo se habla expresamente de la facultad de testar concedida por poder, que la antigua legislación española autori-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3616. — L. 2, Tit. 14, Part. 3ª. — Demolombe, tom. 18, nos 361 y 362. — Aubry y Rau, § 648. — Marcadé, sobre el art. 901, nos 487 y 488. — Troplong, sobre el art. 901, desde el n° 464. El estado de demencia como un hecho puede probarse por testigos, aunque el escribano haya expresado en el testamento que el testador se hallaba en su perfecta razón, pues que los escribanos no tienen misión para comprobar auténticamente el estado mental de aquellos cuyas voluntades redactan. Sus enunciaciones valederas son únicamente las relativas á la substancia misma del acto y á las solemnidades prescriptas.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 3616. — Véase fallo al art. 3615. — Jur. Civ., VI, 546, Sér. 2ª.

La falta de ortografía y aún la omisión de palabras que no alteren el sentido general de un testamento ológrafo, no bastan para justificar la insania del autor ni por consiguiente para declarar su nulidad. — Jur. Civ., VII, 28, Sér. 2ª.

Al que alega la nulidad del testamento, corresponde la prueba del hecho en que la funda. El que sostiene su validez está amparado por la presunción de que el testador se encontraba en pleno goce de sus facultades mentales, pues la ley supone este estado mientras no se justifica lo contrario. — Jur. Civ., VIII, 102, Sér. 2ª.

Las causas de nulidad de un testamento, deben ser probadas por el que deduce la acción. — Jur. Civ., V, 29, Sér. 4ª.

que dice: *las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador. Este no puede delegarlas ni dar poder á otro para testar, ni dejar ninguna de sus disposicio-*

zaba, y que queda abolida. Nada tiene que ver la influencia, seducción ó fuerza empleada contra el testador para que haga en tal ó cual sentido su testamento, porque ese sería un vicio que podría anularlo; pero al que no se le aplicaría el artículo.

Por expresión directa de su voluntad, se entiende la manifestación propia, personal de esa voluntad, que no puede hacerse por otro, ni encargársele hacerla; por ejemplo, no podría facultar á otro para que nombre heredero, ó si teniéndolos forzosos, para que ordene sobre la porción disponible, legándola á los que le hubiere encargado, ó que él eligiera.

Aubry y Rau, § 655, n° 1°, sacan las consecuencias siguientes, que nacen inmediatamente de este principio:

1° Que el testador no puede hacer depender la existencia misma del legado, del puro arbitrio del heredero ó de un tercero; por eso nuestro Código, en el art. 3759, ha consignado el mismo principio, pero autorizándolo para dejar á juicio del heredero el importe del legado y la oportunidad de entregarlo; facultad que en nada altera el principio.

2° Que el testador no puede hacer depender el efecto de un legado en lo que concierne la designación del legatario, de la elección del heredero ó de un tercero; en otros términos, no puede conferir á quien quiera que sea la facultad de elegir; sea indefinidamente, ó entre muchos individuos indicados en el testamento.

Téngase presente que, la prohibición de la ley sólo abraza la facultad de dejar incierto el heredero ó una disposición testamentaria, que por consiguiente no alcanza al caso en que el legado fuera dejado á una persona bajo la carga de aplicar la renta en favor de personas determinadas por un tercero; porque las personas llamadas á aprovechar están comprendidas en la carga y no en la vocación. El legado ha sido hecho y queda inalterable; se llena el objeto de la ley.

Demolombe, XVIII, 620, ocupándose de este punto dice en apoyo de la opinión que dejamos expuesta: «No se debe confundir la facultad de elegir, propiamente dicha, tal como la creemos prohibida, con un legado hecho á una persona cierta y determinada, bajo la carga de hacer aprovechar á personas inciertas é indeterminadas, cuya designación debería ser hecha por un tercero; tal disposición sería por el contrario válida».

Debemos, pues, limitarnos á sostener, que la prohibición del artículo es para que las disposiciones del testamento no queden inciertas é indeterminadas. — Véanse arts. 1890, 3296, 3607, 3656, 3711 y 3759.

nes al arbitrio de un tercero, siendo completamente nulo cuanto se hiciere en este sentido, pero si se encontrare un testamento hecho por poder, otorgado bajo la antigua legislación, debería ser considerado válido, porque no se trata de la disposición de los bienes sino de la capacidad para ejecutar el acto.

Otra de las condiciones que debe llenar el testamento para ser válido es que *no puede ser hecho en el mismo acto, por dos ó más personas, sea en favor de un tercero, sea á título de disposición recíproca ó mutua (art. 3618)*; pero como el artículo sólo pro-

(**Art. 3618.**) Este artículo, tomado del art. 968, Cód. Francés, tenía su explicación en aquella legislación, pues venía á decidir una de las cuestiones controvertidas; pero no tiene su razón de ser entre nosotros, que no hemos tenido la costumbre de hacer testamentos recíprocos ó mutuos, y bastaba con haberles acordado á los que lo otorgaban la libertad de revocar esas disposiciones, para que hubieran subsistido como manifestaciones de voluntad, mientras no fueran revocadas. Son instituciones que tienen su explicación y su razón de ser en un país de costumbres, donde imperaba la irrevocabilidad de estos testamentos. Coin-Delisle, al art. 968, explicando este artículo, dice: «por ser mutuos, los testamentos no perdían su carácter y permanecían revocables; pero al mismo tiempo existía un vínculo de mutualidad que el pudor y la buena fe impedían de romper en tiempo inoportuno. De estos dos principios contrarios nacían muchas dificultades que se decidían de un modo diverso, según que los tribunales estuvieran, más ó menos imbuidos de los principios de la equidad natural, compañera de nuestras costumbres nacionales. El Parlamento de Grenoble admitía que uno de los testadores tuviera el poder de revocarlo, sin dar al otro el menor aviso; el Parlamento de París rechazaba la revocación, cuando no estaba precedida ó acompañada de una notificación auténtica, hecha antes de la última enfermedad».

Esta disposición, en derecho francés, se encontraba en esta alternativa: si permitía revocar á voluntad el testamento mutuo, se violaba la fe de la reciprocidad; si se le declaraba irrevocable, se alteraba la naturaleza del testamento, privándole de su verdadero carácter de acto de última voluntad, y por eso se privó de una forma que era incompatible con la buena fe, y la naturaleza del testamento. Pero entre nosotros no

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3619. — L. 20, Tit. 9, Part. 6^a. — L. 70, Tit. 5, Lib. 28, Dig. — Revocamos por este artículo todas las Leyes Recopiladas que disponen sobre el poder para testar, y el modo de ejercerlo por el comisario.

hibe el acto, cuando sea el resultado de obligaciones ó de pactos anteriores para conservar la espontaneidad y libertad que debe

ha debido trepidarse en aceptarla, respetando la voluntad del testador, y dándole completa libertad para revocar su disposición. ¿Por qué privarle de manifestar su voluntad en esa forma, desde que pudiera revocarlo en cualquier momento? Por eso nos decidiríamos por la validez del testamento mutuo hecho en país extranjero, donde fuera permitida esa forma; porque la disposición del artículo no es una ley de capacidad, sino una ley reglamentaria que mira exclusivamente á la forma, á la que deben sujetarse todos los actos celebrados fuera de nuestro país, y nuestro art. 950 confirma esta opinión.

Según los principios que acabamos de exponer, se debe restringir lo menos posible la voluntad del testador, y admitir por consiguiente cualquier testamento que no contraría abiertamente la disposición del artículo. En primer lugar, debemos sostener que el testamento de dos ó más personas, no queda absolutamente prohibido, sino cuando tiene alguno de estos objetos: 1º, que sea hecho por ambos en favor de un tercero ó terceros, porque importa una especie de contrato no permitido en los testamentos; 2º, que sea á título de disposición recíproca ó mutua, en que la voluntad de los testadores se ha decidido en mira de un interés determinado, como si fuera una estipulación de la que ambos pueden sacar provecho. Pero cuando estos vínculos no existen, no habría razón para declarar nulo el testamento de dos individuos, hecho en un mismo acto, disponiendo con entera libertad, sin reciprocidad, y sin un heredero ó herederos comunes. La forma prohibida por nuestro artículo es la que contiene obligaciones ó vínculos que el individuo no puede romper, por su propia voluntad, sin herir los derechos de otros. Así, un testamento recíproco, en que la voluntad de ambos ha sido influenciada por el interés de heredarse; ó el que se hiciera por ambos en interés de una misma persona, serían nulos; pero no habría razón para decir lo mismo del testamento hecho en un mismo acto, en que cada uno nombrase por herederos á sus propios parientes, dividiendo los bienes entre ellos.

Si bien el Dr. Velez-Sarsfield, en la nota, dice: «que la prohibición comprende únicamente el testamento hecho por varias personas en el mismo acto», debemos tener presente el fin y objeto de ese acto, que es impedir el testamento recíproco; por eso dice en seguida, que la reciprocidad puede hacerse por actos separados, en cuyo caso no hay inconveniente alguno. La ley no prohíbe que dos ó más personas hagan testamento en el mismo acto, sino cuando tienen por objeto heredarse mutuamente ó hacer heredar á un tercero, en que parece ligarlos un contrato pre-

tener el testador, para revocarlo á su antojo, resultaría que (en mi opinión), no se invalidaría, cuando el testamento se hubiera

existente. La prohibición no mira á la forma misma, sino al contenido que liga á las personas, y viene á hacer irrevocable un acto que por su naturaleza debe ser variable.

No creo, pues, como algunos, que el testamento hecho en el mismo acto con otro sea nulo, aunque las disposiciones que contenga sean independientes unas de otras; porque eso no es lo que la ley prohíbe, sino los testamentos recíprocos, ó los hechos en favor de un tercero. Y cuando el Dr. Llerena dice: «nos parece que sólo debió prohibirse el testamento hecho conjuntamente, en que las disposiciones de uno de los testadores fueren el resultado de las disposiciones del otro, porque sólo entonces habría impedimento para que el testamento fuera esencialmente revocable», está en la verdad, porque eso es lo único que la ley ha prohibido, y lo que dicho autor supone que debió únicamente prohibirse, es lo que ella ha anulado.

No es la forma conjunta la que se prohíbe, sino el objeto que se proponen al ejecutar el acto, y tampoco el acto mismo es prohibido, desde que el testamento recíproco puede hacerse por actos separados; así, lo que la ley anula es la forma con el objeto de heredarse mutuamente ó de heredar á un tercero. Por eso el acto sería válido cuando fuera hecho conjuntamente sin ese objeto; y también lo sería, si con el objeto indicado se hiciera en diferentes actos. Es necesario, pues, reunir las dos condiciones para anular el testamento. — Comp. DEMOLOMBE, XXI, 12 á 18. COIN-DELISLE, al art. 968. MERLIN, *Rep. l.^{re} Test. conj.*, n.^o 1 bis, 1.^o. GRENIER, II, 224. POUJOL, al art. 968. SAINT-ESPÈS-LESCOT, IV, 979.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3618. — Cód. Francés, art. 968. — De Luisiana, 1566. — Napolitano, 988. — Holandés, 977. — En contra L. 9. Tit. 6, Lib. 3, Fuero Real. — Véase Coin Delisle, sobre el artículo del Cód. Francés. El testamento esencialmente libre, esencialmente dependiente de la voluntad ambulatoria de su autor, no puede ser hecho en el mismo acto por muchas personas. Un acto formado por el concurso de muchas voluntades no puede en general ser cambiado ó modificado sino por el concurso de todas sus voluntades; y por otra parte, la disposición testamentaria libre é independiente en su principio, debe permanecer esencialmente revocable á voluntad de su autor. De aquí han nacido numerosas dificultades y la divergencia de la jurisprudencia sobre la aplicación que se debía hacer del principio de revocabilidad, durante la vida de los testadores, ó después de la muerte de uno de ellos.

La prohibición comprende únicamente el testamento hecho por varias personas en el mismo acto. Ningún impedimento hay para que dos ó más personas convengan en disponer, cada una por su parte, á favor de un tercero ó á

hecho en el mismo acto por dos personas que disponen libremente en favor de otras diversas sin reciprocidad.

Se ha dicho que en el mismo testamento deben encontrarse todos los elementos de prueba respecto á lo que en él se dispone, y que no es permitido ir á buscarlos fuera de él, y á eso responde el **art. 3620**, cuando dice: *toda disposición que, sobre institución*

(**Art. 3620.**) Es un principio general, en materia de testamentos y legados, que toda disposición testamentaria debe contener en sí la prueba de la manifestación de la voluntad del testador; y que no será válida si fuera necesario ir á buscar fuera del acto mismo la institución de heredero ó la designación del legatario, y lo mismo sería si no contuviera la indicación de la cosa legada; pero estas condiciones debemos encontrarlas en la substancia del acto, sin necesidad de interpretar esa voluntad.

Expliquemos nuestro pensamiento:

Cuando decimos que la disposición debe encontrarse en la substancia del acto, queremos expresar, que no se trata de una cuestión de interpretación, ni de intención; exigimos que en la disposición misma se encuentre la designación del heredero ó legatario. No se debe admitir prueba extraña al testamento mismo; para demostrar la voluntad del testador. Por ejemplo; un testador ha dejado por olvido en blanco el nombre del heredero ó legatario, ó bien ha escrito ese nombre de manera que no se pueda entender; esa disposición se tendría por nula, pues sería necesario ir á buscar fuera del testamento la prueba de la institución, á interpretarla de modo que vendría á resultar la creación de un heredero ó legatario; pero si hubiera dicho: lego tal cosa á... con la condición de que la administrará su madre, doña Fulana, que vive en tal parte; la omisión del nombre del legatario no anularía la disposición,

favor del uno y del otro; pero cada uno queda entonces legalmente dueño de revocar su testamento cuando le parezca conveniente.

Se ha objetado á favor de los testamentos recíprocos las disposiciones sobre las donaciones mutuas. Pero puede decirse que el legislador debe exigir una voluntad más plena y más libre de parte del testador, que la que exige el donante. El temor de una sorpresa es menos grande cuando se trata de despojarse actual ó irrevocablemente de una parte de los bienes, que cuando se dispone de ellos para un tiempo en que la vida haya acabado.

El testador es más accesible á las seducciones que no tienen un efecto actual, que el donante que siempre será contenido de desprenderse de lo suyo sin poderse arrepentir. El primero es más fácil en sus liberalidades, porque no debe ver sus consecuencias; el segundo es más reservado por el sentimiento que inspira la desapropiación de los bienes. Véase Demante, tom. 4, n° 113 bis. --Marcadé, Troplong y Coin Delisle, sobre el art. 968.

de heredero ó legados haga el testador, refiriéndose á cédulas ó papeles privados que después de su muerte aparezcan entre los suyos

desde que en el testamento mismo se encuentran los elementos para hallar al legatario, cuyo nombre se suprimió por olvido.

Se puede aun llevar más adelante esta investigación, diciendo: si el testador ha dicho: nombro por mi heredero á quien vendí en tal fecha mi casa tal, por ante tal escribano, la institución sería válida, porque la substancia de la disposición se encuentra en el testamento mismo, y la circunstancia de no hallarse el nombre no lo invalida, porque en el hecho está determinado por la relación inmediata que existe entre el dicho del testador y la escritura á que se refiere. Por eso me parece insostenible la hipótesis de Troplong, III, 1456: «instituyo por heredero á aquel de mis hermanos cuyo nombre será escrito en una hoja de papel que se encontrará en el segundo cajón de mi escritorio»; porque sería dejar el nombramiento de heredero al capricho de cualquier extraño que pudiera sustituirla; la institución de heredero no se encontraría entonces en el testamento mismo, quedaría pendiente de su voluntad. Sería necesario que la institución tuviera los caracteres exigidos para la forma ológrafa. No creo que por nuestro derecho se pudiera sostener semejante teoría, porque el art. 3711, dice que el testador debe nombrar por sí mismo al heredero, y agrega el 3712: «el heredero debe ser designado con palabras claras que no dejen duda alguna sobre la persona instituida», mientras en la hipótesis no existe tal designación, se ha dejado á la voluntad del testador el nombrarlo por un acto extraño al testamento mismo, y sólo pudiera valer si la designación llenara las formas del testamento ológrafo.

Nuestro Código contiene una disposición terminante, que viene á decidir las controversias suscitadas en derecho francés, porque no permite institución de heredero ó de legados fuera del testamento mismo; disposición que no se encuentra en el Código Francés, y por esa razón no nos puede servir de guía en esta materia. Y si hemos admitido las hipótesis anteriores es porque el nombramiento de heredero se encontraba en el testamento mismo, con relación á un hecho pasado, ó con una designación que no dejaba la menor duda. Según el artículo, la disposición testamentaria á que se refiera tendrá todos los caracteres del testamento ológrafo; pero no se debe limitar á esta forma, porque el testador puede hacer revivir un testamento por acto público que hubiera revocado por otro posterior; así, por ejemplo, puede decir: el testamento hecho por ante tal escribano, y que fué revocado por el posterior de tal fecha, queda en su fuerza y valor; y ese testamento sería válido.

ó en poder de otro, será de ningún valor, si en las cédulas ó papeles no concurren los requisitos exigidos para el testamento ológrafo;

Examinemos la segunda condición, que se refiere á la designación de la cosa legada. En esta parte, debemos tener presente los arts. 3759 y 3760 para armonizarlos con el presente.

Las hipótesis que pueden ocurrir son las siguientes: lego á Pedro la suma de... que le será entregada por mi heredero; en este caso falta la cantidad ó la designación de la cosa legada, y la disposición no tendrá efecto; pero cuando se dice: lego á Julio todos los inmuebles que me sean adjudicados en la división de la sucesión de mi hermano, el legado será válido porque las cosas están determinadas, aunque sujetas á una condición que puede ó no realizarse. También sería válido, cuando el testador dijere: lego á Julio las cosas muebles que determinará mi heredero Alberto, porque el art. 3759 permite dejar la fijación del importe del legado al arbitrio del heredero, quien será obligado á determinarla ó lo hará el juez en caso de negativa, pero no se puede dejar el legado mismo al arbitrio de un tercero ó del heredero, porque entonces el testador dejaría á otros una facultad que es esencialmente personal é intransferible, y ese otro manifestaría su voluntad en lugar del testador. Se exceptúa de la regla del art. 3760, que anula el legado cuando la cantidad no se hubiera determinado de algún modo, pero cuando el legado tuviera en mira un objeto de beneficencia, entonces se determinará conforme á la naturaleza del objeto que se ha tenido en vista al hacerlo, y la importancia de los bienes del testador.

Será también válido el legado, si se dijera: lego á Alberto la suma que me debe Julio en el documento que ha suscripto el 29 de Abril de 1901; porque está determinada de antemano la suma legada; pero ¿qué resolveríamos si el testador dijese: lego á Alberto la cantidad que indicaré en un papel que se encontrará en tal parte? En mi opinión, se deberá hacer una distinción que nuestro artículo exige. Si el papel donde se indica la cantidad está escrito de puño y letra del testador, y firmado y fechado por él mismo, el legado será válido porque llena las condiciones del testamento ológrafo; pero si estuviera escrito por una mano extraña, sería nulo, pues sería dejar al capricho de una persona indeterminada la designación del legado mismo. Se dice, para apoyar la teoría contraria, que si el art. 3760 declara válido el legado de cosa fungible, cuando no se designa cantidad, pero que se indica el lugar en que se encuentra, con doble razón debe suponerse válido el legado de una cantidad determinada en un escrito designado. Pero hay una diferencia notable, entre dejar una cantidad que se encontrará en un lugar determinado, que puede

es decir, que el artículo exige una especie de testamento supletorio para completar el hecho anteriormente; de modo que, si la

ser más ó menos ó reducirse á cero, según la voluntad del testador, é indicar la suma en un papel que puede ser puesto por cualquiera, y aún por el mismo legatario que vendría fijar él mismo el legado. ¿Qué extraño iría á poner una suma de dinero en ese lugar para que la tomase el legatario? Mientras que deseando beneficiarlo con lo ajeno, bien podría depositar un papel en ese lugar, indicando una suma más ó menos elevada, creando, por decir así, el legado mismo. ¿Qué seguridad habría de que la indicación de la cantidad, habría sido hecha por el mismo testador? Sobre todo, el art. 3760 es una excepción de la regla general, y se debe tomar en su sentido estricto.

Entre nosotros no puede existir dudas con una disposición tan expresa como la contenida en el artículo que estudiamos. Toda disposición sobre institución de herederos ó legados, que se refiera á cédulas ó papeles, no tendrá valor, si no tuvieran esos papeles los requisitos de los testamentos ológrafos. ¿Se quiere algo más claro? Un papel en que se designe al heredero fuera del testamento, ó en que se indique la cantidad del legado, debe tener los requisitos exigidos para los testamentos ológrafos; se exceptúan los casos de los arts. 3759 y 3760. Demolombe, XXI, 42, defiende con muy buenas razones esta opinión, que nuestro artículo ha consagrado.

Cuando el testador hubiera dicho: nombro por mi heredero á la persona que se encuentre designada entre mis papeles, esa designación no será nula, como algunos creen; porque si se encuentran que los documentos á que se refiere tienen las condiciones exigidas para la forma ológrafa, será válida; por ejemplo, si se encontrase un papel escrito de puño y letra del testador y firmado por él mismo, diciendo: el heredero á que me refiero en mi testamento es fulano de tal, quien recibirá mis bienes, y estuviere fechado y firmado, ese sería el heredero; lo mismo sucedería si el testador dijera: quiero se ejecute lo que está escrito en papeles que se encuentran en tal parto ó en poder de tal persona», sería válido, si se encontrase que esos papeles llenaban la forma de los testamentos ológrafos.

La cuestión que ha decidido el artículo es la debatida en derecho francés, sobre si se podía testar con relación á un acto no revestido de las formas testamentarias, habiéndola resuelto por la negativa, siguiendo la mejor doctrina; porque si el testamento se refiere á la institución de heredero, ó á los legados y demás disposiciones que no se encuentran en el testamento mismo, sino en otros documentos, éstos deben es-

designación de la persona no apareciese escrita de su puño y letra, fechada y firmada, no tendría valor alguno. Del mismo modo se juzgaría *toda disposición á favor de persona incierta, y será nula, á menos que por algún evento pudiese resultar cierta (art. 3621)*; porque si no hubiera manera de determinarla no

tar revestidos de algunas de las formas testamentarias; porque en realidad el testamento que dijera: «quiero que las disposiciones que se encontrarán entre mis papeles, sean válidas en virtud de este testamento», no habría en verdad tal testamento, si se encontrasen que esas disposiciones no tenían las formas exigidas por la ley, pues la voluntad del testador no puede cambiarlas, ni hacer válidas disposiciones sin valor. El verdadero testamento debe encontrarse entre los papeles, si no existe en alguna de las formas determinadas por la ley, no hay disposición de última voluntad.—Comp. MERLIN, Rep. 1^o, *Testamento*, sec. II, § 1, art. 4, n^o 1.—COIN-DELISLE, al art. 967, n^o 9. VAZEILLE, al art. 967, n^o 4. DURANTON, IX, 12. SAINT-ESPÈS-LESCOT, I, 47 y IV, 973.

¿Qué diríamos del legado en que se dijese, dejo tal casa para el que reciba tal premio de tal Academia? Demolombe, l. c., que estudia la hipótesis, dice: «en este caso el testamento mismo encierra la substancia de la disposición; se ve allí distintamente la designación del legatario, y esta designación es desde luego cierta según el testamento; es el que obtendrá el premio de la Academia; no habrá sino verificar un hecho extrínseco para conocer su individualidad; del mismo modo que se verifican los hechos extrínsecos para saber si una condición testamentaria se ha cumplido». Y así debemos considerarlo por nuestro derecho, pues no se trata de una designación que debe buscarse entre los papeles ó cédulas del testador.

Esta forma de dejar los legados es muy común en Europa, donde se fundan premios para los que escriban las mejores obras, premios que disciernen las corporaciones científicas. — Comp. COIN-DELISLE, al art. 967, n^o 11, y DURANTON, IX, 12. GOYENA, art. 560. — Véanse arts. 3629, 3632, 3639, 3648 y 3710.

(Art. 3621.) Una de las condiciones esenciales en toda disposición testamentaria, es que la persona en favor de la que se hace sea cierta y determinada en su individualidad; pero, ¿qué se entiende por persona cierta? ¿Es necesario nombrarla, designándola de antemano? En general así sucede; pero puede ser cierta según el testamento mismo, que

habría en realidad ni heredero ni legatario. La persona incierta es aquella que no está determinada, ni se da medios para de-

dando no obstante dependiente su determinación de un acontecimiento, y entonces la incertidumbre no está en el testamento, sino en el hecho exterior que viene á fijarla, con independencia de la voluntad del testador. En ese caso, el pensamiento y la voluntad del testador ha sido que sea heredero el que llene tales condiciones determinadas de antemano; por ejemplo, lego diez mil pesos al menor de los hijos de mi hermano que exista á mi fallecimiento; ó los lego al que fuera premiado por tal Academia; en ambos casos la persona está determinada en el testamento mismo, es cierta, pero viene á individualizarse por un acontecimiento previsto; en ciertos casos, sin embargo, no bastará que el acontecimiento la determine; porque se pondría en duda la validez del legado que dijera: lego diez mil pesos á la primera persona que pase por la plaza Victoria el día de mi fallecimiento, y podría anularse demostrándose que el testador no estaba en su sano juicio.

¿Qué se entiende entonces por personas inciertas de las que habla nuestro artículo, y como debemos aplicar esta palabra?

Creo que se debe definir así: persona incierta es aquella que en el acto de la disposición testamentaria no está determinada en su individualidad, ni se ha indicado medio alguno para que pueda determinarse más tarde, ó que quede determinada por un acontecimiento previsto en el mismo testamento. Partiendo de esta base podemos resolver todos los casos. Será cierta la persona, aunque el testador no la conozca, cuando se ha determinado un acontecimiento que venga á individualizarla, como en el ejemplo de Pothier, del legado hecho á la persona que se casare con tal pariente del testador, que sería válido; lo mismo lo sería el legado al hijo póstumo, siempre que existiera á la muerte del testador.

Resulta, pues, que la persona se considerará cierta, cuando en el testamento mismo se la hubiera individualizado, ó dado los medios para hacerlo, ó determinado un acontecimiento en que realizado venga á quedar determinada; pero todos estos elementos deben encontrarse en el testamento; así es que sería nulo el legado, y se consideraría como persona incierta á los ojos de la ley, á las que el testador hubiera indicado verbalmente ó por escrito en una disposición que no tuviera las formalidades testamentarias, como se dijo en el artículo anterior; pero sería válida, si refiriéndose el testamento á disposiciones que se encontraran entre sus papeles, éstos llenaran algunas de las formas testamentarias.

Se ha debatido la cuestión, sobre si sería válida la disposición testamentaria por la que, se hubiera dejado un legado á persona determinada,

terminarla; pero aún lo será, cuando se ha designado un acontecimiento en que hay incertidumbre.

para que le diera el empleo que el testador le ha indicado confidencialmente; casi todos los autores franceses declaran nulo semejante legado, porque dicen, con razón á mi juicio, que la persona designada en el testamento no es el que debe aprovecharse del legado, y que el verdadero legatario no está designado en el instrumento; á lo que se podía agregar, que no sería la voluntad del testador la que predominaría en la designación del legatario, sino la de un tercero extraño.

Cuando el nombre del legatario ha sido omitido, pero en el testamento mismo se dan los medios suficientes para determinarlo en su individualidad, la disposición será válida; como si se dijera: lego diez mil pesos á la señorita... cuya madre fulana de tal, vive en tal parte; el legado sería válido si fuera la única hija soltera de la señora nombrada; pero sería nulo si tuviera varias, porque entonces quedaría incierta la persona, y el testamento mismo no da los elementos para determinarla.—Comp. AUBRY y RAU, § 655, texto y nota 4 y 5. DEMOLOMBE, XVIII, 609. TOULLIER, V, 351 y 606. DURANTON, IX, 408 y VAZEILLE, al art. 967, n° 8.—Véanse arts. 3620, 3711, 3712, 3722, 3725 y 3791.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3621. — LL. 6, 10 y 13, Tit. 3, Part. 6ª, y L. 9, Tit. 9, Part. 6ª.

TITULO XII

DE LAS FORMAS DE LOS TESTAMENTOS

§ 994. — PRINCIPIOS GENERALES

Las leyes de todas las naciones han rodeado de formalidades la manifestación de las últimas voluntades, para asegurarse no sólo de la libertad con que han sido hechas, sino para garantizar la verdad de ellas, y nuestro Código, siguiendo estos principios, ha dicho en el **art. 3622**: *las formas ordinarias de testar son: el*

(**Art. 3622.**) Nuestro Código, siguiendo al Francés, art. 969, ha determinado tres formas para manifestar la voluntad y disponer de los bienes para después de su muerte; cualquiera de esas formas debe ser escrita; queda suprimida para siempre la verbal de la antigua legislación, por los peligros que encerraba.

En los testamentos, la forma es tan esencial, que cualquier variación que el testador quisiera introducir aún conscientemente, vendría á anularlos, si fuera de aquellas impuestas por la ley, so pena de nulidad. Esas formas son en este caso leyes de orden público establecidas con el objeto de garantizar la expresión de la última voluntad de la persona; pero es sólo para los que habitan nuestro país; porque el testamento hecho en el extranjero con arreglo á las leyes del lugar, será considerado válido en el nuestro.

La ley ha amurallado de tal modo la expresión de la última voluntad, que aún faltando á la equidad natural, ha prohibido toda clase de prueba que no provenga del testamento mismo; así, el legatario no podría ni aún deferir el juramento al heredero para interrogarle sobre la existencia de la liberalidad, ni aún tratar de probar con los testigos más autorizados, que la promesa del heredero de ejecutar el legado ha impedido al testador de consignar en la forma prescripta su última voluntad. Por

testamento ológrafo, el testamento por acto público y el testamento cerrado, rechazando cualquier otro modo de manifestar la última

eso dice con razón Coin-Delisle: «ciertamente, si fuéramos á consultar el fuero interno, la promesa hecha por el heredero de llenar tal voluntad que le haya impuesto su pariente, debe ser lealmente ejecutada, ¿pero la existencia probada de esta promesa será una prueba irrefutable, que ella únicamente ha impedido la redacción del testamento? ¿El defecto del acto testamentario, no prueba al contrario, que el difunto se ha referido á la fe del heredero y no ha querido darle un título contra él?... En fin, la promesa verbal del heredero no puede tener más fuerza, que si ella hubiera sido hecha por escrito, pues semejante promesa escrita sería ciertamente nula, sea como renuncia á los efectos dependientes de una sucesión futura, sea como medio indirecto de hacer producir efecto á disposiciones verbales, y de introducir de ese modo una especie particular de testamento, fuera de las formas prescriptas por la ley». Hemos hecho esta transcripción por la importancia de la materia, y para demostrar que cualquier promesa, aún escrita, del heredero, en nada alteraría el testamento, ni podría ser obligado el heredero á cumplir lo prometido.

Hemos dicho que el testamento debe ser escrito, aunque en parte alguna del Código se establezca; porque esta regla nace del examen de las formas á que el legislador ha sometido los actos de última voluntad. En efecto; en el testamento ológrafo, el testador debe escribirlo él mismo de su puño y letra y firmarlo; en él por acto público, el escribano debe hacer constar la voluntad del testador en la escritura que queda en el protocolo, y finalmente en el testamento cerrado, el pliego que se presenta debe contener por escrito la voluntad del testador, aunque otro lo haya hecho, siempre que se encuentre firmado por el testador; por lo menos debe saber leer y firmar para testar en esta forma.

Pero, ¿qué se resolvería si el legatario pretendiera demostrar, que el testador no ha hecho el testamento porque se lo ha impedido el heredero? Por ejemplo, el testador manifiesta ante testigos que quiere dejar á Julio diez mil pesos y manda buscar al escribano para hacer su testamento; llegado el funcionario y los testigos, son despedidos por el heredero, que se ha encerrado con el testador, muriendo sin hacer el testamento.

Aunque el legatario demostrase todos estos hechos, sólo lo ha sido de palabras, y no puede convertirse en verdadero legatario, porque no hay disposición escrita; pero como un acto semejante no debe quedar impune, el heredero que de tal modo procedió, puede ser declarado indigno á petición de los parientes en grado sucesible ó del Fisco en su caso, y ser

voluntad; pero en circunstancias angustiosas y difíciles, en que no se pudiera hacer en la forma ordinaria, ha autorizado el tes-

privado de la herencia, art. 3296; pero el legatario ¿no tendrá derecho alguno? A la herencia dejada por el testador, evidentemente no; porque no existe legado; pero como todo el que por un hecho suyo ocasiona á otro un perjuicio debe resarcirlo, art. 1109, tendrá acción contra el heredero indigno para hacerse pagar los daños y perjuicios; sin embargo, debe tenerse sumo cuidado en esta prueba; así, no bastaría que hubiera despedido al escribano y testigos en un momento dado, si se prueba que en todos los días siguientes, hasta su fallecimiento, el testador ha tenido completa libertad para hacerlo, ó si se prueba que pudo hacer testamento ológrafo. Debe, pues, demostrarse que el impedimento fué absoluto; que el individuo estaba gravemente enfermo y falleció sin tener los medios de hacer testamento.

La acción, en el caso supuesto, debe ser personal contra el que impidió hacer el testamento, pues si existieran otros herederos que hubieran permanecido extraños al hecho, no tienen responsabilidad alguna. En definitiva, el legatario no puede tomar el legado que no existe á los ojos de la ley, porque no ha sido expresada la voluntad del testador en la forma exigida.—Comp. MERLIN, *Rep. 1º Testamento*, sec. IV, § 1. COINDELISLE, l. c. AUBRY y RAU, § 662.—Véanse arts. 3623 á 3626, 3632, 3634, 3636, 3639, 3651, 3665, 3672 y 3690.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3622.—Desde que en las tres formas ordinarias de testar se exige la escritura, no hay testamento verbal ó nuncupativo. Las disposiciones verbales no pueden ser probadas por testigos, aunque se trate de sumas menores, respecto de las cuales esa prueba es admitida en los contratos, porque las formalidades testamentarias no son prescriptas como pruebas, sino como una forma esencial, y la falta de una sola forma anula el testamento.

La ley exige unidad de tiempo y de acción en la presentación y suscripción del testamento cerrado, á fin de que el testador y los testigos no pierdan de vista el paquete cerrado antes de haber todos comprobado su identidad por sus firmas, y que la substitución de otro paquete fuese absolutamente imposible.

Pero la unidad de tiempo no es necesaria, ni en el testamento ológrafo, ni en el cuerpo del testamento cerrado. Son dos escritos privados que el testador puede preparar en diversos tiempos.

Aún la unidad de tiempo no es absolutamente necesaria en el testamento por acto público, pues después de una interrupción sobreviniente puede continuarse.

No se debe confundir dos cosas distintas, la unidad de tiempo y la simultaneidad de las formas impuestas por la ley. Un testamento por acto público puede ser hecho en diversos días, si en cada sección, para formarla, han asistido los testigos necesarios; pero no habría testamento, si la escritura por el

tamento especial, de que hablaremos más adelante, y que tiene un tiempo determinado de duración, cuando el testador ha sobrevivido al acontecimiento que lo autorizó.

Los diversos testamentos enumerados en el artículo anterior están sometidos á las mismas reglas, en lo que concierne á la naturaleza y extensión de las disposiciones que contengan, y gozan de la misma eficacia jurídica (art. 3623), y cualquier individuo que hubiese elegido una de esas formas, está perfectamente garantido de que su voluntad será cumplida, siempre que no contrariase las leyes de orden público. Cualquiera de las formas indicadas garante con la misma eficacia la manifestación de la voluntad, y por eso dice el art. 3624: toda persona capaz de disponer por

(Art. 3623.) La disposición de este artículo es de grande importancia, pues en lo que concierne á la naturaleza y extensión de las disposiciones de un testamento, los somete á las mismas reglas, cualquiera que sea su forma; porque si tal disposición no existiera, sería necesario legislar para cada forma, y en caso contrario surgiría siempre la duda, cuando se tratase de juzgar sobre las facultades del testador, según la forma que hubiera elegido para consignar su última voluntad. Lo mismo sucedería cuando se tratase de investigar la eficacia jurídica de una disposición, según la forma elegida; no hay necesidad de una ley especial, bastará con la general que comprende todas las formas de expresar la última voluntad.—Comp. AUBRY y RAU, § 662.

(Art. 3624.) La capacidad para hacer testamento difiere de la necesaria para celebrar los demás contratos; encontrándose así ciertas anomalías difíciles de explicar; por ejemplo, el menor de 18 años que se ha casado con consentimiento de sus padres, tiene la libre administración de sus bienes, aunque con ciertas limitaciones para enajenar bienes raíces y contraer deudas, pero no puede hacer testamento disponiendo de sus bienes ni aun con consentimiento de un tutor especial ó del juez; porque el testamento es un acto esencialmente personal, como si el matrimonio que se le ha permitido contraer, no fuera tan personal como aquel y de mayor trascendencia. Ha podido disponer de su fortuna en vida, con el consentimiento del juez, y no puede hacerlo con esa autorización para después de su muerte. Esta es una anomalía.

escribano no fuese simultánea al dictado del testador, ó si los testigos no estuviesen presentes al dictado, á la escritura, á la lectura y á la firma del testamento. Véase Coin Delisle, sobre el art. 969.

testamento puede testar á su elección, en una ú otra de las formas ordinarias de los testamentos; pero es necesario que posea las

El mayor de 18 años y menor de 22 es incapaz para celebrar contrato alguno, su padre ó tutor obran por él; no ha podido disponer de sus bienes; pero se le permite que distribuya su fortuna para después de su muerte, enajenando y transmitiendo sus bienes raíces; lo que no pudo hacer en vida, en que no se le permitía ni la administración de sus bienes, puede realizarlo para después de su muerte. Esta es otra anomalía. ¿Por qué no haberlo incapacitado, ó por qué no autorizar al menor emancipado para testar, desde que se le ha reconocido capacidad para contraer matrimonio, ser el jefe de una familia y tener patria potestad sobre sus hijos?

¿Qué se entiende por poseer las cualidades físicas é intelectuales, á que se refiere el artículo? Que además de tener la capacidad de hecho que necesitan para ejecutar el acto, es decir, edad requerida y la sana razón, tengan la que especialmente exige la forma elegida para testar. Así, por ejemplo, si quiere hacer testamento ológrafo, debe saber leer y escribir, porque es escrito de puño y letra del testador; por eso dice con razón el Dr. Velez-Sarsfield en la nota tomada de Aubry y Rau, § 663, texto á las notas 2 y 3, que pueden testar en esta forma, el sordo, el mudo y el sordo-mudo que sepan leer y escribir, y tengan la edad requerida para ejecutar el acto.

Cuando se ha elegido la forma del testamento por acto público, en que se necesita expresar de viva voz su voluntad, aunque puede dar escritas sus disposiciones, y oír leer el testamento, es necesario que hable y oiga el individuo, aunque bien pudo hacerse una excepción para el mudo que sabe leer y escribir, autorizándolo para expresar por escrito su voluntad; pero el legislador ha pensado, que siendo capaz de hacer un testamento ológrafo, en esta forma manifestaría su voluntad, y habría mayor seguridad en limitarlo á ella, sin exponerlo á una mistificación.

En cuanto al testamento cerrado es necesario que la persona sepa leer y firmar, no se exige saber escribir; pero del art. 3666 parece colegirse que debe saber hablar, pues ordena entregar el pliego en presencia del escribano y testigos, *expresando* que el contenido de aquel pliego es su testamento; sin embargo, el art. 3668 dice claramente, que el mudo puede hacer testamento, con tal que sepa escribir, permitiéndole hacer por escrito la manifestación de que aquel pliego cerrado contiene su testamento. De esto se deduce, con evidencia, que el mudo si sólo sabe leer y firmar sin saber escribir, no podrá testar en esta forma; pues aunque manifestara por un escrito que otro le hiciera y fuera firmado por el tes-

cualidades físicas é intelectuales requeridas para aquella forma en la que quiera hacer sus disposiciones; es decir, que si elige la forma ológrafa, que sepa leer y escribir; si quiere hacer testamento cerrado, sepa al menos leer y firmar; en una palabra, que sea capaz de llenar las formalidades exigidas para la clase de testamento que ha elegido.

En lo que se relaciona con *la validez del testamento dependerá de la observancia de la ley que rija al tiempo de hacerse. Una ley posterior no trae cambio alguno, ni á favor ni en perjuicio del testamento, aunque sea dada viviendo el testador (art. 3625)*, por-

tador, diciendo que ese pliego era su testamento, no debería admitírsele; pues la ley exige para esto que sepa escribir. El ciego tampoco podría hacer testamento cerrado, porque no puede saber si el pliego que presenta es el mismo que él hizo, ó si no se lo han cambiado. Cuando estudie- mos cada una de estas formas, expondremos las dificultades que ocurren y las solucionaremos de acuerdo con los principios del derecho.

Digamos, finalmente, que la elección de la forma no puede ser objeto de restricción alguna proveniente de contrato; pero que la ley puede ampliarlas ó restringirlas, teniéndose presente que si el testamento ha sido hecho en una forma que no estaba autorizada en el momento de hacerlo, ese testamento no sería válido aunque una ley posterior viniera á autorizarla, mientras que en lo referente á las facultades ó al contenido del testamento rige, la ley en vigor en el momento de la muerte.—Véanse arts. 3613, 3617, 3622, 3639, 3651 y 3665.

(**Art. 3625.**) Para determinar la validez del testamento hay que atender á las siguientes condiciones: 1º, capacidad ó incapacidad del agente para otorgarlo; 2º, forma en que debe hacerlo; 3º, facultades del testador para disponer de sus bienes.

Respecto de la primera, el testamento será válido, si ha sido otorgado con arreglo á las leyes del domicilio del testador, que regían en el momento de hacerlo, y que reglasen su capacidad de hecho; de modo que si al otorgarlo era capaz según esas leyes, aunque no lo fuera después,

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3624.—Así, por ejemplo, un sordo-mudo ó un ciego, pueden hacer su testamento ológrafo si saben escribir. Pero un mudo no puede testar por actos públicos, pues que se encuentra en la imposibilidad de dictar sus disposiciones. Lo mismo el sordo, que no puede oír la lectura del testamento. El testamento cerrado no puede ser hecho sino por las personas que saben leer y escribir.

que se trata de un acto realizado en que se han llenado las condiciones exigidas por la ley, y no del ejercicio de facultades que porque hubiera sido declarado demente, ó porque una ley posterior hubiese determinado otra edad, ese testamento será válido.

En cuanto á la forma del testamento, se reputará válido si fué otorgado según las leyes del lugar donde se hizo, sin consideración al domicilio del testador, de modo que si hubiera testado en una forma permitida por las leyes de esa nación, para nosotros sería válido, si fuera capaz por las leyes de su domicilio. Una ley posterior que alterase ó suprimiese esa forma, no lo invalidaría.

En cuanto á las facultades del testador, se deben regir por la ley en vigor del domicilio del testador en el momento de hacer el testamento; porque se reputa que la distribución de los bienes la hace en el momento antes de fallecer; de modo que esas facultades vienen á ser alteradas, cambiadas ó suprimidas por las leyes posteriores al otorgamiento del testamento; pero una vez que ha fallecido, la ley nueva no puede cambiarlas. Así, el que testó bajo el régimen que le permitía disponer libremente de sus bienes, y fallece cuando esa facultad había sido restringida, las disposiciones de su última voluntad quedarían reducidas á los términos señalados en la nueva ley.

¿De qué validez habla, pues, nuestro artículo? ¿Se debe aplicar la disposición á la capacidad de hecho ó á la forma, ó á ambas? Si atendemos á la colocación de nuestro artículo, estando en el título que habla de las formas de los testamentos, debemos decir, que se refiere á la validez de ésta, y se regirá por la ley del lugar donde se otorgó, y que si fué en el domicilio del testador, esa misma ley regirá la capacidad de hecho. Así, un testamento hecho en la Argentina, tiene que ser en conformidad con las leyes que regían en el momento de hacerlo, y las leyes nuevas no podrían alterarlo. Si, por ejemplo, se otorgara al presente un testamento ológrafo, y al fallecimiento del testador resultase que esa forma se hubiese suprimido, el testamento será válido, no sólo respecto de su forma, sino de la capacidad de hecho.

Téngase presente que el argentino, ó el domiciliado en la República, puede testar en la nación donde se encuentre con arreglo á las leyes de esa nación; pero si lo hiciera conforme á nuestras propias leyes, ese testamento sería válido en la República. — Comp. AUBRY y RAU, § 664, texto á la nota 3. LAURENT, I, 298. — Véanse arts. 12, 950, 973, 3613, 3627, 3631 y 3825.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3625. — Novela 66, Cap. 1. — Chabot, tom. 2, págs. 394 y 399. — Savigny, tom. 8, pág. 451. — Así, un testamento oló-

ésta confiere al individuo, y que puede quitar hasta el momento en que ellas no se hagan irrevocables por la ejecución del acto.

§ 995. — DE LAS FORMALIDADES EN GENERAL

Cuando la ley ha establecido una forma para la manifestación de la voluntad en los testamentos, buscando una garantía de seriedad y autenticidad, la ha impuesto como una condición de que ella se llenará cumplidamente, y por eso ha dicho en el **art. 3626**; *la forma de una especie de testamento no puede ex-*

(**Art. 3626.**) Esta disposición, como la del art. 3623, está destinada á resolver de antemano las dificultades que pudieran surgir en la práctica, queriendo suplir lo que faltase á una forma con lo exigido por otra. Cada forma debe bastarse á sí misma, sin que importe ni desvirtúe la fuerza que la ley atribuye á cada una, las formalidades que pudieran agregársele, correspondiente á las de otra. Por eso dice, con razón, Demolombe, XXI, 54: «cada una de las formas es independiente de las otras y se basta á sí misma, sin que sea permitido de mezclarlas ni confundirlas bajo el pretexto de completarlas las unas por las otras». Así, por ejemplo, en el testamento ológrafo, que debe ser escrito y firmado por el testador, no tendría valor si fuera escrito de su puño y letra y no lo firmara diciendo que está impedido de hacerlo, firmándolo otro á su ruego ante tres testigos, queriendo sustituir la firma con la forma del testamento por acto público. Del mismo modo, si un testamento por acto público fuera hecho en presencia de dos testigos, y queriendo subsanar este error lo hiciera cerrado ante cuatro, expresando que ese pliego contiene su testamento, no valdría porque ninguna de las dos formas ha sido llenada. Por el contrario, si habiéndolo hecho por su mano, fechado y firmado, adoptase la forma del cerrado, al que sólo concurriesen tres testigos, el testamento no valdría, como cerrado, porque le faltan dos testigos, pero sería válido y eficaz como ológrafo. Aubry y Rau, § 664, de donde fué el artículo dicen: «no se puede aplicar á los actos de subscripción de testamentos místicos (cerrados), ni menos á los testamentos privilegiados, las disposiciones concernientes á los testamentos por acto público». — Comp. DURANTON, IX, 150. GRENIER, I, 278. — Véanse arts. 3622 á 3624 y 3670.

grafo hecho antes de la sanción de este Código, sería de ningún valor en la República, aunque después de sancionado quedase legalizada la forma ológrafa.

tenderse á los testamentos de otra especie; porque eso sería querer suplir con la forma de los unos la deficiencia de los otros, y en estos casos la forma establecida es una ley de orden público que no se puede alterar; y por una razón análoga, *la prueba de la observancia de las formalidades prescriptas para la validez de un testamento, debe resultar del testamento mismo, y no de los otros actos probados por testigos (art. 3627)*; porque cada forma debe

(Art. 3627.) Dijimos que cada forma de testamento debe bastarse á sí misma, dando validez al acto para que está indicada; de donde resulta esta consecuencia importante; la prueba de haberse llenado las condiciones exigidas por la forma elegida, deben encontrarse en el testamento mismo, y lo único que será permitido rectificar ó completar, es la fecha errada ó incompleta que contuviera el testamento, art. 3643, y eso tendrá lugar cuando en el testamento mismo hubiera enunciaciones ó elementos materiales que fijen la fecha cierta.

Algunos han confundido la ejecución de las formalidades que debe tener el testamento, con la expresión del escribano de haberse llenado todas esas formalidades, y exigen, so pena de nulidad, «que haga mención expresa de haberlas llenado», cuando en parte alguna del Código se habla de tal condición. Al escribano le basta llenar todas las formalidades establecidas en la ley, aunque no exprese haberlas llenado, para que el testamento sea válido. En los testamentos no hay presunción en favor ni en contra, tratándose de las formas exigidas por la ley; ó se han llenado, y el acto es válido, ó falta alguna y entonces lo anula. Cuando Zachariæ, § 433, texto á la nota 9, dice: «si la ley ordena que se haga mención expresa en el testamento de haber observado cierta formalidad, no es necesario concluir de esta disposición, que se deba emplear, so pena de nulidad, literalmente en el testamento, los términos mismos de que se sirve la ley para prescribir la formalidad», así no es necesario que el escribano anuncie haber llenado todas las formas exigidas, sino que cada una de ellas necesita una manifestación propia de haberse llenado. Así, por ejemplo, en el testamento por acto público, la ley exige, so pena de nulidad, que el testamento deba ser leído al testador, y en el instrumento mismo se debe expresar, valiéndose de cualquier término, que la lectura tuvo lugar, y así para cada una de las

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3626. — Así, por ejemplo, no se podrá aplicar á las firmas de los testamentos cerrados ó de los testamentos ológrafos, lo que se dispone respecto á las firmas de los testamentos por acto público que pueden ser á ruego por otra persona.

llevar en sí misma la constancia de haberse observado, y habría grandísimo peligro en permitir la prueba testimonial, ó cualquier otra para demostrar lo que no constare del testamento mismo.

formalidades exigidas, y es en este sentido que se dice: toda formalidad que no esté expresada en el testamento mismo, es porque no se ha llenado, aunque se ofrezca probar que se llenó, y por olvido no se dijo haberla cumplido; de modo que si en el testamento, nada se dice sobre si fué leído al testador y testigos, el testamento se anulará, porque falta una condición esencial.

En caso de duda sobre la observancia de las formalidades prescriptas, duda que proviniese de las expresiones ambiguas del testamento, ¿se deberá declarar válido ó nulo el instrumento? Si se tratase de una obligación que liga á una persona hacia otra, se debería interpretar en favor de la libertad, que es el estado natural; si fuera una convención que produjera obligaciones para una sola de las partes, se la debe interpretar en favor de la validez de la convención, porque se supone un acto serio, y esta regla debe aplicarse á los testamentos en que se favorece el cumplimiento de la última voluntad del testador. Demolombe, XXI, 490 *bis*, siguiendo á Merlin, sostiene la opinión contraria, sin agregar una sola palabra. Transcribiremos sus palabras para demostrar la poca solidez de los fundamentos de su opinión. Dice Merlin: «en efecto, ¿cuándo los testamentos son favorables? Es cuando son perfectamente regulares en sus formas, y no se trata de saber sino lo que ha querido el testador; pero no es lo mismo cuando la duda recae sobre la regularidad del testamento; como el testamento toma su fuerza de la solemnidad, y toda la solemnidad consiste en la observancia exacta de las formas prescriptas por la ley, es en favor del *heredero legítimo que la duda debe resolverse*, porque del solo hecho que hay dudas sobre si las formas han sido bien observadas, nace la consecuencia que ella es incierta si el testamento existe, y que, en esta incertidumbre, la sucesión no puede pertenecer sino al *heredero legítimo*». El sabio autor reduce la cuestión á una hipótesis demasiado estrecha, pues supone que el testamento es hecho en favor de un extraño, en perjuicio de los herederos legítimos, y por eso la resuelve en favor de éstos; pero supongamos que no existen herederos legítimos y entonces la argumentación falla, como sucedería igualmente si se tratase de una distribución desigual entre los herederos del mismo grado, ó si fuera igual la distribución y sólo hubiera que cumplir los legados y mandas; más aun, se podría suponer que hubiera herederos forzosos y se tratase de dar cumplimiento á la distribución de la porción disponible del testador. En todos estos casos, la razón que da Merlin,

Pero cuando la forma se ha llenado en todas sus partes, no debe perjudicarle cualquier formalidad que se hubiera agregado con el objeto de asegurar la autenticidad del acto; así, por ejemplo, si el testamento ológrafo estuviere escrito de puño y letra

que se debe decidir en favor del heredero legítimo, anulando el testamento, falla por su base. No es más sólida la argumentación de que el testamento saca su fuerza de la solemnidad, y que toda solemnidad consiste en la observancia de las formas prescriptas; porque esa es precisamente la cuestión, la de saber si se observaron ó no las formas prescriptas, pues hay tan buenas razones para creer que fueron cumplidas, como para sostener que no lo fueron; en ese caso, ¿qué se debe resolver? Yo digo, con Zachariæ y Toullier: «la duda sobre la observancia de las formalidades prescriptas debe resolverse en favor del testamento, y por consiguiente en el sentido de su validez»; porque no hay duda que el testador ha querido realizar un acto serio, y se debe favorecer su designio, y más aun cuando ha dispuesto de su porción disponible en los casos de herederos forzosos. ¿Por qué se le privaría de un derecho conferido por la ley, anulando su voluntad?

En general, debemos decir que las formalidades exigidas, so pena de nulidad, deben expresarse en el testamento mismo que se han cumplido por el escribano, cuando se trata de estos funcionarios, y que la falta de expresión anulará el testamento, pues se tendrá como cierto que no se han llenado.

No hay en los testamentos palabras sacramentales, y bajo cualquier forma que se anuncie haberse cumplido la formalidad, el testamento será válido, y como dice Zachariæ, «basta emplear términos equivalentes, *verba aequipollentia*, es decir, expresiones que por sí solas ó por su unión con el sentido general del discurso, expresen natural y completamente la formalidad que la ley exige» para que el testamento se declare válido. — Comp. TOULLIER, V, 415 y 428. MERLIN, *Rep. 1.º Testamento*. AUBRY y RAU, § 664, texto á la nota 6.—Véanse arts. 3607, 3624, 3626, 3643 y 3644.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3627.—Troplong, *Testament*, n.º 1462.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3627. — El cumplimiento de las formalidades que la ley exige para la validez del testamento, debe resultar del cuerpo mismo, sin que sea procedente la prueba testimonial para justificar que ellas fueron cumplidas.—Jur. Civ., IV, 577, Sér. 2.º.

La lectura del testamento, al otorgarse, es un requisito esencial para su validez: su omisión es causa absoluta de nulidad.—Jur. Civ., IV, 577, Sér. 2.º.

del testador, fechado y firmado, no perdería de su valor, si un testigo lo hubiera firmado; esto es lo que expresa el **art. 3628**, al decir: *el empleo de formalidades inútiles y sobreabundantes no*

(**Art. 3628.**) Lo supérfluo no daña, porque no puede quitar valor alguno á las formalidades cumplidas. La regla del derecho romano era, *superflua non nocent. Utile per inutile non vitiatur*. En efecto, ¿cómo puede dañar una formalidad de más? Si ley exige la presencia de tres testigos en el testamento, se comprende que si se hace ante cinco, en vez de perjudicarlo, tiende á asegurar más la voluntad del testador, que por otra parte está perfectamente manifestada ante los tres. Resulta de ahí, esta otra consecuencia importante: que si con las formalidades sobreabundantes se pudiera completar una de las formas exigidas por la ley, el testamento sería válido; pero no en caso contrario; por ejemplo, un testamento ológrafo que llena todas las formalidades de la ley, no se alteraría porque estuviera firmado por tres testigos; si ese mismo testamento fuera presentado ante el escribano y cinco testigos expresando que era su testamento, y resultase que uno de los testigos era incapaz, sería nulo como testamento cerrado, pero valdría como ológrafo.

Si las formalidades sobreabundantes no dañan al testamento, cuando una de las formas exigidas se han llenado por completo, debemos decir que no bastará para hacerlo válido las diversas tomadas de las tres formas exigidas, si con todas ellas no se llena una; por ejemplo, si el testamento es escrito y firmado por el testador, sin tener la fecha y lugar en que se hizo, y ese mismo testamento es presentado cerrado ante un escribano y cuatro testigos manifestando que ese es su testamento, se tendrá que declarar nulo, porque no vale como testamento cerrado por faltarle un testigo, art. 3666; no vale como testamento ológrafo, porque le falta la fecha que es condición esencial en esa forma, y no puede completarse con la del testamento cerrado.

Para que el testamento no sea viciado por nuevas formalidades es necesario que haya sido hecho en una forma regular.

Si el testador al escribir, fechar y firmar su testamento ológrafo, manifestara que es su voluntad, que no se le tenga por válido, sino está firmado por tres testigos, se pregunta ¿si ese testamento valdrá? El testador no puede alterar por su voluntad las formas creadas en vista de un interés superior, y que forman parte de las leyes de orden público; no puede hacer que un acto válido deje de serlo, sino revocando esa voluntad por un acto posterior que llene todas esas formalidades para dejarlo sin efecto; así como su voluntad es impotente para dar valor á un acto que la ley declara nulo. Cualquier cláusula ó condición impuesta

vicia un testamento, por otra parte regular, aunque esas formalidades en el caso de haberlas supuesto necesarias, no pudiesen ser consideradas como cumplidas válidamente. Así, un número mayor de testigos del que exige la ley, no vicia el testamento, que queda válido á pesar de la incapacidad de alguno de ellos, cuando suprimiendo el número de testigos incapaces queda un número suficiente de testigos capaces; porque es evidente que la autenticidad del acto, así como la observancia de las formas exigidas se ha llenado.

Para que un acto escrito se considere como testamento, es necesario que el testador disponga de sus bienes para después de su fallecimiento, y por eso dice el **art. 3632**: *las últimas volunta-*

á la validez del testamento, con el objeto de alterar la forma, no tendrá valor alguno.

Téngase presente que tratándose de los testamentos hay una cuestión de forma, y que ésta es un acto indivisible, ó se llena la forma exigida en su totalidad, ó en caso contrario se anula completamente el acto.—Comp. AUBRY y RAU, § 664, n° 6. DEMANTE, IV, 120, bis, V. DEMOLOMBE, XXI, 221.

(**Art. 3632.**) La primera parte de este artículo ordena de un modo absoluto, que no se considerará como disposición de última voluntad, cualquier manifestación del testador disponiendo de sus bienes para después de su fallecimiento, si no está revestida de alguna de las formas testamentarias. Cualquier disposición, por auténtica que sea, en que se enajenen bienes para después de la muerte, no tendrá valor, si no llena alguna de las formas de los testamentos; pero se exceptúan, naturalmente, los contratos que debieran tener efecto después del fallecimiento, que serían perfectamente válidos aunque no tuvieran la forma testamentaria. Esta es una de las pocas veces en que el Código exige la forma de expresión de la voluntad de un modo absoluto, considerando que ella no existe, cuando no ha sido expresada en la forma testamentaria.

La segunda parte viene á decidir una de las controversias que se hizo célebre en otros tiempos, sobre si se podía testar con relación á un acto no revestido de las formas testamentarias, resolviéndola por la negativa, de acuerdo con la mayoría de los autores franceses. Supóngase una disposición en estos términos: «el testamento que he hecho en tal fecha, escrito por mi hermano y firmado por mí, es mi última voluntad, y mando que se ejecute en todas sus partes, como si esas disposicio-

des no pueden ser legalmente expresadas sino por un acto revestido de las formas testamentarias. Un escrito, aunque estuviese firmado

nes estuvieran encerradas en éste»; semejante testamento no encierra en sí mismo ningún elemento constitutivo de la voluntad, porque es necesario ir á buscar en otra parte la disposición de los bienes que no se encuentra en él. No es, en realidad, un testamento, desde que no dispone de sus bienes; el verdadero testamento, ó la manifestación formal de su voluntad, se encuentra en el otro documento á que hace referencia, y al que se remite para que conozcamos sus disposiciones. Luego, pues, si ese documento no está en la forma testamentaria, ó no llena las condiciones exigidas por alguna de éstas, no existe manifestación de voluntad, no hay testamento, en una palabra. Aceptar la teoría contraria, sería permitir al testador el libertarse de la observancia de las formas, y poner su voluntad por sobre una ley de orden público.

Y aquí vuelve á presentarse la cuestión estudiada en los arts. 3620 y 3621, sobre si el documento de relación debe tener las formas testamentarias. En aquellos artículos se trataba sólo de los herederos ó legatarios que quedaban inciertos, mientras el presente comprende las disposiciones mismas, y ofrece mayor gravedad. Lo que se dijo allí respecto á los herederos nombrados en papeles extraños al testamento mismo, se debe aplicar con mayor razón á las disposiciones testamentarias que quedan completamente inciertas, porque en realidad no hay testamento en la última disposición, desde que el art. 3607 define el testamento diciendo: «es un acto escrito, celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona *dispone del todo ó parte de sus bienes* para después de su muerte»; mientras en el acto supuesto por el presente artículo no enuncia sus disposiciones, y sólo se refiere á otro acto donde constan, quedando así el primero como único testamento, y por consiguiente no valdrá, si no tiene la forma exigida. En el ejemplo citado, no hay testamento ológrafo, y esa disposición quedará sin valor.

El presente artículo, en su segunda parte, debió ser encabezado por el art. 3620, que habla de la institución de herederos y legatarios, porque refiriéndose á las disposiciones comprende un radio de acción más extenso. Podemos deducir estas conclusiones: 1º, que no es testamento la expresión de la voluntad, que sólo se limita á indicar el documento donde se dispone de los bienes; 2º, que no siendo testamento, queda como único el documento indicado, y para que tenga valor debe estar hecho en alguna de las formas testamentarias; 3º, que cuando se trata de la institución de herederos ó legatarios, es permitido ir á buscar la determinación de la persona en un hecho ó acto extraño, previsto en el

por el testador, en el cual no anunciase (enunciase) sus disposiciones sino por la simple referencia á un acto destituido de las formalidades requeridas para los testamentos, será de ningún valor, porque ese acto no puede servir de complemento al testamento mismo; es necesario que él llene las formalidades exigidas.

§ 996. — DE LA NULIDAD DE LOS TESTAMENTOS

Cuando un testamento ha sido hecho sin las formalidades exigidas por la ley para la forma elegida, será de ningún valor; pero se puede confirmar, llenando las condiciones requeridas para validarlo; así dice el **art. 3629**: *el testador no puede confirmar por*

testamento mismo; 4º, que si la disposición testamentaria se refiriese á papeles que se encontrarán en tal ó cual parte para conocer al heredero ó legatario nombrado, esos papeles deben llenar los requisitos exigidos para los testamentos; 5º, que cuando el testador quisiera confirmar una disposición nula por sus formas, es necesario que la transcriba en el testamento; 6º, que si se refiere á un testamento válido y quiere cambiar alguna de sus disposiciones, debe declarar que las demás quedan válidas é inalterables, pues en su silencio se entiende que se consideran revocadas por el último testamento; 7º, que el testador puede referirse á un testamento válido que ha quedado sin efecto por haber caducado la institución de heredero ó legatario, completándolo por la designación de otros; 8º, que si ha revocado un testamento válido, puede volver á darle la fuerza que antes tenía, declarándolo así en un documento en forma testamentaria, sin necesidad de repetir sus disposiciones. — Comp. DURANTON, IX, 12. VAZEILLE, art. 969, nº 4. DEMOLOMBE, XXI, 41 á 43. — Véanse arts. 3606, 3607, 3620, 3621, 3629, 3648 y 3829.

(**Art. 3629.**) Se dijo que la confirmación se diferenciaba esencialmente de la ratificación, en que aquella tenía por objeto dar validez á un acto nulo ó anulable por falta de formas ó de expresión de la voluntad ejecutado por la misma persona, mientras la ratificación, si bien te-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3632. — Duranton, tom. 9, nº 12. — Merlin, *Repert. verb. testament.*, secc. 2, § 1, art. 4. — Aubry y Rau, § 615. — Troplong, *Testaments*, nºs 1454 y siguientes. No reconocemos en virtud de este artículo los codicilos que sólo se fundaban en las costumbres romanas y en leyes especiales, ni los comunicatos secretos y verbales de que tanto se ha usado y abusado en el país.

un acto posterior las disposiciones contenidas en un testamento nulo por sus formas, sin reproducirlas, aunque dicho acto esté revestido

nía por objeto dar también validez á un acto que era nulo, se refería al ejecutado por un tercero en nuestro nombre, excediendo los límites del poder ó sin facultad alguna.

La confirmación que tiene por objeto dar validez al acto nulo ó anulable, debe hacerse cuando haya desaparecido el obstáculo que lo anulaba, reproduciendo el mismo acto, expresando cual era el vicio ó vicios de que adolecía el acto, y la voluntad manifiesta de repararlo, art. 1061 y su comentario.

No hay confirmación sin la reproducción del mismo acto que se quiere validar; así, sería nula la disposición siguiente: por la presente confirmo y declaro válido el testamento ológrafo de tal fecha, aunque todo él no está escrito de mi puño y letra. Esta confirmación no produciría efecto, porque el testamento á que se refiere es nulo; es decir, no existe á los ojos de la ley y habría sido necesario reproducir su contenido.

Y la razón de semejante disposición es no sólo porque se falta á los principios del derecho respecto á la confirmación, sino porque no se puede testar con relación á un acto que no está revestido de las formas testamentarias, y porque, como dice Demolombe, «la pretendida confirmación que se encuentra en un acto posterior, revestida de las formas testamentarias, es impotente para reparar los vicios inherentes á ese primer acto, que continúan siempre subsistiendo», y yo agregaría, que ese primer acto no existe, desde que la ley lo anula y no se le puede dar vida legal sino reproduciéndolo en la nueva disposición. Del mismo modo, si el testador hubiera hecho un testamento cerrado con todas sus formas exteriores, habiéndose olvidado de firmarlo, y dijera en un testamento ológrafo posterior que lo confirmaba en todas sus partes, esa declaración no tendría bastante fuerza para hacer válido aquel acto nulo, debería repetir todas las disposiciones contenidas en él.

Se pregunta si los herederos pueden confirmar un testamento nulo. Aquí no cabría la confirmación, porque se trata de un acto realizado por otro, que si bien es el causante á quien suceden, no es la misma persona la que lo ha ejecutado. Falta, pues, el primer elemento de la confirmación; tampoco pueden ratificarlo, porque no ha sido ejecutado en nombre de ellos; pero, en cambio, pueden ejecutarlo, llevando á cabo y cumpliendo lo que en él se dispone; sólo recién nace el derecho de los coherederos ó legatarios para retener lo recibido, en virtud del art. 513, n° 3, que declara obligación natural el pago de un legado dejado en virtud de

de todas las formalidades requeridas para la validez de los testamentos. Pero el testador puede referirse en su testamento á otro

un testamento nulo; pero ni la confirmación expresa de los herederos, ni la ratificación del acto, puede crearles un derecho exigible en justicia, porque la obligación natural tiene eso de característica, que no se convierte en obligación civilmente eficaz, porque si ha comenzado á serlo y se ha extinguido por la prescripción, declarándose por sentencia, la nueva obligación, no tendría base alguna, desde que no existe causa de deber; pero ejecutada, daría derecho para retener lo recibido.

El testador puede cambiar las disposiciones de un testamento válido por sus formas, dejando las demás subsistentes, siempre que el cambio sea hecho en una forma sin vicio alguno. Por ejemplo, en un testamento ológrafo posterior, hecho con todas las formalidades, se puede decir: el legado que dejé á Julio, importante de tanto, en mi testamento, por acto público de tal fecha y por ante tal escribano, lo revoco y lo dejo á Emilio, confirmando en todas sus partes dicho testamento, se tendría por revocado en esa parte.

El caso de la última parte del artículo es para cuando hubiese caducado el nombramiento de herederos ó legatarios, y entonces basta que así se diga en el testamento posterior, al cambiarse la institución, para que se tenga por reformada, aunque no indique en el posterior que queda confirmado el anterior.

Troplong, 1460, trae un caso muy raro, que tiene su aplicación en la primera parte del artículo que comentamos, y que voy á examinar por su singularidad. Un testador había hecho un testamento ológrafo del tenor siguiente: Habiendo fallecido mi sobrino fulano de tal, es mi voluntad que las disposiciones testamentarias que había hecho á su favor, se apliquen por completo á sus hijos E y F, á quienes aprovecharán, renovándolas por el presente acto. Buscando la disposición á que semejante testamento se refería, se encontró en su escritorio un testamento escrito por la mano del testador en que instituía por heredero á su sobrino nombrado; pero no estaba firmada ni fechada dicha disposición. Si aplicamos la disposición de nuestro artículo, tendríamos que declarar nula la institución, como lo hizo la Corte de Bourges y lo confirmó la de Casación. La disposición testamentaria se refería á otra que era nula, ó que en realidad no existía, y habría sido necesario que el testador hubiera reproducido la disposición que deseaba hacer valer.—Comp. MERLIN, *Rep. V.º Testamento*, Sec. II, § 1, art. 4. DURANTON, IX, 12. VAZEILLE, art. 969, n.º 4. COLMET DE SANTERRE, IV, 140 bis. I. — Véanse arts. 1003, 3620, 3630, 3632 y 3829.

testamento válido en sus formas, que ha quedado sin efecto por haber caducado por incapacidad de los legatarios ó de los herederos instituidos; porque en este caso no se trata de un vicio de forma que lo anule, sino de un acto válido que no necesita reproducirse.

Es necesario tener presente, que una disposición puede ser nula, por imposible ó contraria á las buenas costumbres, sin que por esto toque al testamento mismo; pero por el contrario, *la nulidad de un testamento por vicio en sus formas, causa la nulidad de todas las disposiciones que contiene; pero si se han llenado las formas, la nulidad de la institución de herederos por cualquier causa que fuere, no anula sus otras disposiciones (art. 3630), á*

(Art. 3630.) La razón de lo dispuesto por este artículo, se encuentra en el principio sentado anteriormente, de que la ley no considera como una manifestación de última voluntad, sino aquella que es hecha bajo alguna de las tres formas establecidas. La forma en este caso es de tal modo esencial, que sin ella no hay testamento. Son leyes de orden público que los particulares no pueden alterar. Cualquier omisión de formalidad esencial, como si faltara la firma del testador en el testamento cerrado, ó si una parte del ológrafo no fuera escrita por el testador, la disposición no tendría valor alguno. Pero otra cosa sucede cuando se han cumplido las formas exigidas, y la institución de heredero ó cualquiera de las disposiciones no pudiera tener efecto por cualquier causa, entonces se anularían aquellas disposiciones contrarias á la ley y quedarían válidas las demás. Por ejemplo, la institución de herederos se ha hecho en persona incapaz de recibir por testamento, como si se hubiera instituido heredero al padre ó hermano del escribano que hizo el testamento, la institución sería nula y las demás mandas y legados se ejecutarían.

El testamento, en cuanto á su forma, es uno é indivisible, ó se han cumplido las establecidas por la ley so pena de nulidad, y entonces es válido, ó falta alguna de ellas, y la voluntad se considera como no manifestada: en una palabra, no hay testamento. Podemos decir, pues, que el testamento es indivisible en cuanto á su forma externa, y divisible cuando se le considera con relación á su contenido. No ataca la validez del acto, el que una de sus disposiciones no pueda cumplirse.

Las disposiciones testamentarias pueden estar unidas ó separadas; en

diferencia de la legislación romana en que no había testamento sin institución de heredero. En este sentido se debe entender la disposición del art. 3608, en que se anula la disposición sin afectar la validez del testamento.

§ 997. — DURACIÓN DEL TESTAMENTO

Una vez que el testador ha dispuesto de sus bienes en alguna de las formas establecidas por la ley, esa manifestación permanece inalterable hasta que él mismo no la hubiere revocado por un acto expreso en alguna de esas formas; porque el legislador ha supuesto con razón, que esa voluntad persiste mientras no haya una manifestación contraria, y por eso dice el **art. 3631**:

el primer caso, si alguna de ellas se anulare, y los legatarios ó herederos han sido llamados conjuntamente sin designación de partes, habrá el derecho de acrecer y recogerá toda la herencia ó legado la persona capaz; pero cuando están separadas, la nulidad de la una no perjudicará á la otra.—Comp. AUBRY y RAU, § 664, n° 7. DEMOLOMBE, XXI, 488.

¿Qué se debería decidir cuando pareciese dudoso si la formalidad establecida por la ley se hubiera observado? Me he decidido por la opinión contraria de Merlin (véase mi comentario al art. 3627), porque en la duda se debe resolver en favor del testador, que ha tenido la intención de producir un acto serio, y su voluntad debería cumplirse.—Véanse arts. 1037, 1044, 3627, 3629, 3710 y 3715.

(**Art. 3631.**) Cuando la última voluntad del testador ha sido expresada en una de las tres formas señaladas por la ley, ¿qué duración debe tener esa manifestación? Lo natural y lógico no es suponer que persiste, sino creer formalmente que no puede ser de otro modo, mientras no se manifieste una voluntad contraria. Decir que mientras no se manifieste una voluntad contraria *se presume* que el testador persevera en la misma voluntad, es lanzarnos en la duda, y para desvanecerla crear una nueva disposición como la del art. 3827 diciendo, que el testamento no puede ser revocado sino por otro testamento posterior, y por consiguiente estamos autorizados para afirmar que esta presunción no admite prueba en contra. Habría estado en la verdad el legislador con esta última disposición, sin entrar á crear presunciones. Cuando el testador manifiesta su voluntad en la forma prescripta, esa voluntad permanece incólume, sin necesidad de presunción; la demostración de que la ha cambiado sólo

el testamento hecho con las formalidades de la ley vale durante la vida del testador, cualquiera que sea el tiempo que pase desde su formación. Mientras no está revocado, se presume que el testador persevera en la misma voluntad; pero debe entenderse que una revocación verbal, por formal que sea, y por numerosas que sean las personas en presencia de las que fuere hecha, no tendría valor, ni aunque fuera escrita, si no lleva alguna de las formas de

puede encontrarse en una disposición posterior contraria revestida de las formas legales. Así, pues, aunque el testador dijera repetidas veces ante diversas personas, que anulaba el testamento hecho ante tal escribano, en tal fecha; más aún, si esta manifestación la hiciera en un juicio ante el juez y el escribano, de manera que no dejara duda de su voluntad de anular el testamento, todas esas declaraciones no tendrían valor alguno; porque la ley ha determinado la forma única en que puede dejarla sin efecto: otro testamento posterior; así, pues, no se considera consumada la revocación; ni existe, ni ha tenido voluntad de hacerla, sino cuando ha otorgado un nuevo testamento. Esta regla tiene su excepción natural en los testamentos privilegiados ó especiales, que caducan como expresión de la voluntad á los noventa días después que hayan cesado las causas que lo autorizaron á testar. Del mismo modo se tiene por revocado el testamento hecho por una persona viuda ó soltera, por el hecho de casarse, art. 3826, son los dos únicos casos en que la ley declara revocado ó caduco el testamento, sin una manifestación expresa del testador.

¿Podría el testador darles validez, expresando su voluntad en alguna de las tres formas exigidas? Se trata de disposiciones hechas con todas las formalidades de la ley, autorizadas por ella, y sólo por conveniencias públicas, para dejar en completa libertad al testador, las declara revocadas ó caducas, y creo aplicable la última parte del art. 3629 en que el testador puede referirse en su testamento á otro testamento que ha quedado sin efecto; pero haría esta diferencia: cuando se trata del testamento privilegiado ó especial, se puede mantener sus disposiciones antes que haya caducado; porque después, ese testamento no existe á los ojos de la ley, no es manifestación de voluntad alguna; á diferencia de los casos de revocación, en que se puede dar valor al testamento revocado, y el que se casa puede expresar en forma testamentaria que da toda su fuerza y valor al testamento que ha quedado revocado por su matrimonio.—Véanse arts. 3613, 3625, 3635, 3826 y 3827.

Nota del Dr. Felez-Sarsfield al art. 3631. — L. 27, Tit. 23, Lib. 6, Cód. Romano. — Grenier, n° 225. — Coin Delisle, sobre el art. 969, n° 9.

los testamentos; así es que no se puede revocar un testamento sino por otro.

§ 998. — DE LA FIRMA EN LOS TESTAMENTOS

La firma es de la esencia en los testamentos ológrafos, que son escritos por el mismo testador, así como en los cerrados que pueden ser escritos por otra persona, pero que deben estar firmados por el otorgante.

¿Pero qué condiciones debe llenar la firma? El **art. 3633**, 1ª parte, dice á este respecto: *en los testamentos en que la ley exige la firma del mismo testador, debe ésta escribirse con todas las letras alfabéticas que componen el nombre y apellido*; pero como el testamento puede otorgarse en el idioma del testador, si éste fuera el chino ú otro idioma ideográfico, se tendrá por firma los signos que en ese idioma representarían el nombre y apellido del testador; sin embargo, *el testamento no se tendrá por firmado cuando se ha suscrito el apellido, ó con letras iniciales, nombres y apellidos, ni cuando en lugar de suscribir el apellido propio se ha puesto el de otra familia á la cual no pertenece el testador* (**art. 3633**, 2ª parte); porque en el primer caso las iniciales no son bastantes para determinar la personalidad del testador, que podría confundirse con la de cualquier otro que llevara las mismas. *Sin embargo, una firma irregular é incompleta se considerará suficiente cuando la persona estuviere acostumbrada á firmar de esa manera los actos públicos y privados* (**art. 3633**, últ. parte); de modo que

(**Art. 3633.**) La ley exige la firma del testador en todos los actos de disposición; pero no es una condición esencial en ciertas formas, como, por ejemplo, en el testamento por acto público, que puede hacerse por el que no sabe firmar; pero en el ológrafo, la firma es esencial; así, hay cierta impropiedad en la expresión del artículo, pues debió decir: en los testamentos en que la ley exige la firma del mismo testador, *como esencial*, debe ésta escribirse, etc., pues que en todas las formas exige la firma, pero sólo en el ológrafo y en el cerrado es esencial.

¿Qué se entiende por la firma? Regularmente comprende tres elementos: 1º, el nombre con que ha sido bautizado ó inscripto en el registro civil; 2º, el apellido ó nombre de la familia á que pertenece; 3º,

si faltase una letra al nombre ó al apellido, ó se le hubiera agregado por equivocación una letra, no sería suficiente para anular

la rúbrica ó señal que acompaña ordinariamente á esos nombres, y que sirve para distinguirlo más especialmente. Los dos primeros son esenciales, y si bien la tercera puede faltar, sin que por eso se altere la firma, viene á ser tan esencial como las otras condiciones, cuando el testador acostumbra á poner la rúbrica en todos sus actos públicos y privados.

Estudiemos la primer condición. El artículo dice, que el nombre debe escribirse con todas las letras del alfabeto; pero como en la vida ordinaria esa circunstancia no es esencial, pues las personas usan de las iniciales de su nombre sin inconveniente alguno, el testamento no se anularía por contener la firma sólo la letra inicial del nombre, si se demostrase que así ha firmado en diferentes actos públicos ó privados, aunque no se firmase habitualmente en esa forma, desde que nada indicase en el apellido y en la rúbrica, que pudiera inspirar sospechas de una alteración deliberada para anular el acto. Lo que la ley ha querido es tener una seguridad completa de que el testamento emana de la voluntad libre y consciente del que lo hace, y que el acto no es proyecto que ha dejado sin efecto, sino que ha concluido definitivamente. Así pues, la letra inicial del nombre no alterará la firma, si el apellido y la rúbrica están completas. Pero si suponemos que el testador está acostumbrado á firmar con su nombre y apellido, y sólo ha firmado con la inicial del nombre, ¿será una causa de nulidad? En el testamento por acto público ante el escribano y los tres testigos, que ofrece todas las seguridades de que esa es la última voluntad del testador, nada puede importar esa alteración; pero la duda sobrevendría en el testamento ológrafo. ¿Ha querido anularlo por sólo firmar con la inicial de su nombre, cuando estaba acostumbrado á hacerlo con todas las letras del alfabeto? La negativa es evidente, cuando el testamento se encontrase entre los papeles del testador, porque si hubiera querido anularlo, si no fuera un acto serio y deliberado, en su mano estaba y pudo destruirlo. La prueba de que era su última voluntad manifestada libremente, es la existencia de él.

En cuanto al apellido ó nombre de familia, que lo distingue al individuo de los demás, es una condición esencial que sea escrito con todas las letras del alfabeto; sin embargo el mismo artículo hace una excepción al final, para los casos de una firma incompleta. Toullier, Grenier y otros, consideran tan esencial el apellido completo, que sostienen la nulidad del testamento en que no se encontrase escrito en esa forma. Nuestro artículo no decide la cuestión, porque define lo que se debe en-

el acto; tampoco lo sería, cuando el testador hubiera agregado á su firma un nombre de pila con el que no estuviera acostumbrado á firmar; porque el legislador exige la certidumbre de que la firma puesta al pie del documento es la del mismo testador.

§ 999.—DE LOS TESTAMENTOS OTORGADOS EN LA REPÚBLICA Y FUERA
DE ELLA

Hemos dicho que la manifestación de la voluntad, disponiendo de los bienes para después de la muerte del que la hace,

tender por la firma del testador, dejando para cada caso especial el resolver, si esa firma es esencial ó no; es decir, si lo anula.

La regla general es, que la firma del testador debe escribirse con todas las letras alfabéticas que comprenden el nombre y el apellido; la excepción es que se considera como firma, aunque fuera incompleta en alguna de sus partes, si la persona estuviera acostumbrada á firmar de esa manera, decidiendo la cuestión debatida en la jurisprudencia francesa, siguiendo la mejor doctrina, sostenida por la mayoría de los autores de esa nación. La costumbre de una firma incompleta, primará sobre la regla general, de que debe ser escrito el nombre y apellido con todas las letras alfabéticas que lo componen.

El Dr. Llerena se pregunta: «¿será válido el testamento firmado por una persona de un modo distinto al que acostumbra firmar? La negativa nos parece indudable», se contesta, y en este sentido va hasta sostener, que «si una persona acostumbra á firmar con la inicial de su nombre y su apellido entero, y pone el nombre y su apellido enteros», el testamento sería nulo, convirtiendo la excepción en una regla absoluta. Me parece insostenible semejante opinión; porque quien obedece á la ley, desechando una costumbre á la que puede acogerse, en caso de firma incompleta, no puede ser sospechado de no haber querido autorizar el acto. La regla es que la firma debe escribirse con todas las letras que componen el nombre y apellido; la excepción es que vale una firma incompleta si así se acostumbraba á firmar en todos sus actos. ¿Cómo puede concebirse entonces, que escribiendo todo su nombre cuando acostumbraba á poner la inicial, no se repute como firma completa? El error es evidente; la firma completa es válida, aunque sea contraria á la costumbre de firmar sólo con la inicial del nombre.

La dificultad podía venir en el caso contrario: si teniendo la costumbre de firmar con todas las letras de su nombre, lo hiciera sólo con la

sólo puede tener lugar por testamento; pero debemos estudiar el caso según el lugar que el individuo ocupe en el momento de realizar el acto. Vamos á estudiar estas hipótesis.

inicial; y estaría conforme con su conclusión, si se probare que ese era el único acto en que se había firmado de ese modo; pero únicamente en el caso de testamento ológrafo, porque en el testamento por acto público, la firma con la inicial del nombre no viciaría el acto, lo mismo que en el cerrado; porque hay elementos suficientes de autenticidad de que ha existido una voluntad libre y consciente. Pero si el que defiende la validez del testamento, demostrase que ha firmado de ese modo en algún acto público, aunque no fuera su forma habitual de hacerlo, el acto se consideraría válido, porque en parte alguna del Código se ordena que la firma deba escribirse con el nombre entero *so pena de nulidad*.

Los errores ortográficos en la firma, no serían causa de nulidad, y menos aún, si apercibido de ellos los corrijiere al firmar el testamento. Así, por ejemplo, en el apellido Zeballos que acostumbrase á escribir con Z y b, y apercibido del error los cambiase por C y v, firmando Cevallos y continuando así en firmarse; el testamento firmado en la primera forma sería válido. Debe tenerse presente que el objeto de la ley es garantizar la autenticidad de la firma, y desde que no haya sospecha alguna, se debe estar en favor de la validez del acto. Por esa razón en el testamento por acto público, si por motivo de la enfermedad el pulso no fuera firme, como sucede de ordinario, y hubiera variación en la letra ó escribiera de un modo ilegible, se consideraría válida, aunque el escribano no consignase esa circunstancia, como algunos lo exigen; porque nadie lo obliga á hacer esa manifestación, y porque al escribano no le consta si esa es la forma habitual de la escritura ó si hay alteración. Lo que el escribano y testigos afirman es que el individuo firmó el testamento, dejando á los perjudicados el derecho de atacar esa firma, que en general debe respetarse, si reúne las condiciones exigidas por la ley, ó en caso contrario, demostrando que así lo acostumbraba á hacer.

Lo ilegible de una firma atacaría la validez del testamento ológrafo, cuando se demostrase que así no acostumbraba firmar el testador; pero la prueba debe darse presentando firmas anteriores y posteriores al testamento.

En el testamento por acto público, será muy delicado el admitir la prueba de que la firma puesta no es la que acostumbraba el testador, y los jueces al permitirla deben buscar la convicción de que el testador no ha querido firmar el testamento, y sólo lo ha hecho obedeciendo á una amenaza.

1ª De los testamentos hechos en la República.

2ª De los testamentos hechos en el extranjero.

La costumbre general es poner la firma separada de lo escrito; pero no atacaría la validez del testamento el que la pusiera en el mismo renglón, sin separación alguna; porque la ley nada ha exigido á este respecto. Si á continuación de la firma, sin estar separada, se dispusiera algo, eso no valdría, si no está firmado. La firma anterior no valida lo posterior, aunque sea de la misma letra y tinta de lo otro; por eso Pothier dice: «un *post scriptum* después de la firma es nulo, si no está firmado también»; pero en nada ataca lo anterior.

Cuando en el testamento por acto público, el testador al ir á firmar experimentase grave dificultad y después de poner su nombre no pudiera escribir todo su apellido, en ese caso el testamento sería nulo, si el escribano no hubiera relatado esa circunstancia é hiciera firmar por otro el testamento.

El Código no se ocupa de la rúbrica, de un uso tan universal; porque el hombre quiere asegurarse por todos los medios posibles contra la posible falsificación ó parecido de la letra, y agrega al final del apellido un signo especial con que desea individualizar mejor su personalidad, y lo que en la vida ordinaria sería un grave defecto, el legislador argentino no le ha dado importancia en los testamentos; así es que sería válido el testamento ológrafo aunque no tuviera la rúbrica acostumbrada.

¿Cómo se juzgaría de un testamento ológrafo, firmado con los nombres de la partida del Registro civil, cuando el testador hubiera acostumbrado siempre á suprimirlo? Por ejemplo, si acostumbraba firmar en todos sus actos, D. López, y al hacer el testamento firmara Diego Alberto López, tal como está en el Registro, ese cambio fundamental ¿anularía el testamento? Según la teoría que he combatido, sería nulo; pero no según los términos expresos de la ley. El hábito ó costumbre de suprimirse uno ó más nombres, ó de no escribirlos sino con la inicial, crea un derecho, por decirlo así, para que se le considere como su firma; pero no le impide que cumpla con la ley cuando se le ocurra; más aún, para que corrija el error en el porvenir. El autor de esta obra acostumbra á firmarse en todos sus actos con las iniciales de sus dos nombres, J. O.; pero si firmara en un testamento José Olegario, en nada se alteraría, aunque volviera á continuar en su costumbre de escribir su firma con las iniciales de sus dos nombres. Lo mismo debemos decir, cuando por costumbre hubiera suprimido uno de sus nombres y después lo agregara al firmarse.

Cuando el testador que sabe firmar y usare en sus actos de un sello

En el primer caso, sin hacer distinción entre el argentino y el extranjero, entre el domiciliado en la Argentina ú en otra na-

que llevara su firma escrita imitando su letra, ¿se tendría por válida esa firma? En el testamento ológrafo es evidente que no valdría, porque la ley exige que debe ser escrito, fechado y firmado por *la mano misma* del testador. En el testamento por acto público sólo exige que sea firmado; pero el presente artículo dice expresamente, que la firma *debe escribirse* con todos los caracteres alfabéticos; luego, la firma de un sello, no es tal á los ojos de la ley.

¿Qué se debe entender por firma irregular é incompleta en el sentido del artículo? Una firma con defectos ortográficos, ó cuyo nombre fuera abreviado, ó cuando por notoria impericia cambiara una letra de su apellido ó de su nombre. Así, en los ejemplos que cita Merlin de uno que por firmar su apellido *Constantino*, puso *Constintino*, y de otro que por firmar *Delon*, firmó *Delo:*, cuyos testamentos se declararon válidos. Me parece que la cuestión es de hecho, y los jueces deben declarar válido el testamento, si la firma incorrecta ó incompleta, se podía reconocer como tal firma, demostrándose que el testador ha querido realizar un acto serio; lo que no ofrecería dudas en un testamento por acto público ó cerrado; así decía la Corte de Burdeos (Daloz, 1828, II, 155): «la falta de algunas letras en la firma del testador no puede hacer pronunciar la nulidad del testamento, cuando está probado, como en el caso, que es el testador quien ha trazado su firma».

En cuanto al defecto de ser ilegible la firma, conocemos entre nosotros personas que ordinariamente hacen garabatos indescifrables, á quienes se les podría aplicar las palabras del consejero Duplan, cuando decía: «á dónde se llegaría si se mostrase exigente sobre la corrección de las firmas, cuando vemos á la mayor parte de nuestros altos funcionarios, de nuestros oficiales públicos y de ciudadanos, el firmar con caracteres en que no se puede distinguir ninguna de las letras de la lengua francesa». Daloz, 1841, Casación, mayo 4, causa Boisgirard.

¿Qué se diría de una firma que no tuviera los caracteres de nuestro alfabeto? Que se consideraría válida si así acostumbraba á firmarse, y si estuviera conforme con las de la lengua del testador.—Comp. COIN-DE-LISLE, art. 970, n.º 40 y 41. TROPLONG, III, 1497. MERLIN, 1.º *Firma*, § 3, arts. 4 y 5. DURANTON, IX, 35. DEMANTE, IV, 115 *bis*, IV. SAINTES-PES-LESCOT, IV, 1008. DEMOLOMBE, XXI, 102 y sig.—Véanse arts. 1012, 3624, 3639, 3658, 3659, 3666 y 3668.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3633.—Merlin, *Repert. verb. Signature*, arts. 4 y 5.—Toullier, tom. 5, n.ºs 853 y siguientes. — Aubry y Rau, § 666.—La

ción, el **art. 3634**, dice: *los testamentos hechos en el territorio de la República, deben serlo en alguna de las formas establecidas en*

(**Art. 3634.**) Los testamentos se deben considerar bajo tres fases, porque están sujetos á leyes diversas; 1ª, en cuanto á su forma se rigen por las leyes del lugar en que se otorgan; 2ª, en cuanto á la capacidad de testar, se rigen por las leyes del domicilio de la persona; 3ª, en cuanto al contenido del testamento, ó á la facultad de disponer, se rigen por las leyes del domicilio del testador, que estuvieran en vigor en el momento de su fallecimiento.

El presente artículo habla únicamente de la forma de los testamentos otorgados en la República, y siguiendo el principio consagrado para los testamentos hechos en el extranjero, se rige por la ley del lugar en que fuera otorgado, con una excepción muy importante, de que cuando una persona se hallase fuera de su país podrá testar en cualquiera de estas tres formas: 1º, en las que estableciere la ley del lugar donde residiere; 2º, las de la nación á que pertenece, siendo esta la primera vez que el Código hace una excepción á la nacionalidad; 3º, las indicadas por nuestras propias leyes cuando el individuo se encontrare en la República, art. 3638. ¿Cómo conciliar esta facultad acordada al transeunte con lo dispuesto en el artículo que estudiamos? Diciendo, que el presente artículo sólo comprende á los nacionales y extranjeros domiciliados en la República; porque si fuera un transeunte podría testar con arreglo á las leyes de su país, ó á las del lugar de su domicilio, ó á las de la Argentina. Así, un francés domiciliado en la Argentina no podría testar en ésta, sino con arreglo á las leyes de nuestro país, y si lo hiciera en la forma autorizada por la ley francesa, el testamento no tendría valor alguno; pero un francés de paso por la Argentina, podría hacer el testamento con arreglo á la ley francesa. Si suponemos que el francés está domiciliado en el Brasil, puede hacer su testamento con arreglo á la ley de su domicilio ó la de su nacionalidad; pero no puede exigírsele que lo otorgue con arreglo á la ley argentina, como algunos lo sostienen erróneamente. La excepción acordada por el art. 3638 es á los transeuntes, á los viajeros, que pueden hacer su testamento con arreglo á la ley del lugar en que se encontraren, á la de la nacionalidad á que pertenecen, ó á la ley de su domicilio; pero es evidente que no pueden ser obligados á testar con arreglo á las leyes de la Argentina, si no fueran ciudadanos

Ley Romana dice: *« Nomina enim significatorum hominum reperta sunt; qui si quolibet alio modo intelligantur nihil interest. »* Instit., *De legatis*, § 2º.—Coin-Delisle, art. 970, n° 41.

en este Código, bien sean los testadores argentinos ó extranjeros; porque la ley argentina obliga á todos los que pisan su territo-

ó domiciliados en ella. Así, el francés domiciliado en el Brasil, que se encuentre de paso en la Argentina, puede testar con arreglo á la ley francesa, á la brasileña ó á la argentina; pero si hiciera su testamento en el Brasil, no tendría valor en nuestro país, sino está conforme con las leyes del lugar de su residencia, pues se ha dicho en los arts. 12 y 950, que las formas y solemnidades de los actos jurídicos será juzgada por las leyes del lugar en que los actos se realizaren. Lo que el legislador argentino ha querido es facilitar la disposición de los bienes, aceptando como válidas las formas recibidas por las leyes de la nacionalidad ó del domicilio del testador; pero de ninguna manera autorizarlo, cuando estuviere domiciliado en otra nación, para que disponga de los bienes existentes en la República, sin observar las formas exigidas por las leyes de su domicilio. Téngase presente lo dicho en el comentario al art. 3611, sobre lo convenido en el Congreso latino americano de Montevideo.

No es, pues, exacto lo sostenido por el Dr. Llerena de que los transeúntes extranjeros se encuentran comprendidos en el presente artículo, y que su testamento deberá hacerse necesariamente en alguna de las formas establecidas en nuestro país; porque el art. 3638 los exceptúa expresamente; como tampoco creo cierto «que el testamento de un francés hecho en la República, sólo será válido, si es hecho con arreglo á las leyes de nuestro Código; pero si ese mismo francés está, por ejemplo, domiciliado en Chile y testa allí, no con arreglo á las leyes de Chile, sino con arreglo á las de Francia, *ó según las leyes argentinas*, el testamento será válido en la República», porque la excepción concedida por el art. 3638, si bien es para los que se encuentren fuera de su país, no puede comprender á los que viven en otras naciones, porque no legisla-mos para ellos, ni nuestras leyes pueden alcanzarlos. Eso sería no sólo legislar para los extranjeros domiciliados en otras naciones, sino incitarlos en cierto modo á desobedecer las leyes del país en que viven. ¡No! El que se domicilia en una nación se sujeta voluntariamente á sus leyes, y no tiene por qué buscar la protección de otras leyes; mientras el transeúnte que penetra en una nación extranjera, no se somete voluntariamente á las leyes que rigen en ella, se ve obligado á obedecerlas, y es por esto que el legislador lo ha facultado, cuando quiera hacer testamento, para elegir entre las formas prescriptas por la ley de su nacionalidad ó las de su residencia ó domicilio, ó, en fin, las de la República; en cualquiera de ellas tendrá valor el testamento cuando vi-

rio; pero como sería conveniente facilitar por todos los medios posibles la disposición de los bienes, el legislador ha autorizado para hacerlo en alguna de las formas que paso á exponer; sin embargo, esa facultad sólo se concede al extranjero que se encuentre fuera de su país por cualquier circunstancia; así dice el **art. 3638**: *el testamento del que se hallare fuera de su país, sólo*

niera á ejecutarse en nuestro país. Pretender que nuestro art. 3638 legisla ó rige á todos los que se encuentran *fuera de su país*, aunque estén domiciliados en el extranjero, es destruir los principios sobre las formas de los actos, en que impera la regla, *locus regit actum*. ¿Qué importa á la República si el francés reside en Inglaterra ó Alemania? ¿Acaso es su súbdito? La ley de su domicilio rige la capacidad de hecho ó de obrar, y la del lugar donde celebra el acto jurídico rige las formas. Si el testamento es nulo con arreglo á las leyes de su domicilio, ¿por qué lo validaríamos, autorizándolo para elegir las formas exigidas por la ley argentina?

Con arreglo á estos principios tiene razón el mismo autor, cuando sostiene que un francés domiciliado en la Argentina, si, estando de paso en Chile, se le ocurriese testar, podría hacerlo con arreglo á la ley francesa, á la chilena ó á la argentina; porque entonces es súbdito de la República, y ésta debe protegerlo, facilitándole el modo de disponer de sus bienes; pero no está autorizado á testar en la Argentina con arreglo á la ley francesa, y esto mismo confirma la verdad de lo expuesto, de que la República sólo protege á sus nacionales, ó á los extranjeros que se encuentran de paso en la nación. No basta, pues, que el alemán se domicilie en Italia, y esté *fuera de su país*, para que pueda testar con arreglo á la ley alemana, italiana ó argentina.—Comp. FÉLIX, *Derecho Internacional Privado*, I, 73 y 83. — Véanse arts. 12, 950, 3612, 3622, 3625, 3631, 3635, 3638 y 3825.

(**Art. 3638**). El que se hallare fuera de su país, sea argentino ó extranjero, pues la ley no hace distinción, puede testar, con esta diferencia: que el extranjero, para gozar del privilegio acordado, es necesario que esté domiciliado en la República, porque las leyes de la Argentina son dictadas para proteger á sus nacionales ó á los domiciliados en su territorio. El francés que se encuentra en España, debe hacer su testamento con arreglo á las leyes del lugar donde se encuentra, rigiendo entonces lo dispuesto por los arts. 12 y 950, en cuanto á las formas del acto; pero como las leyes francesas lo autorizan para hacer su testamento con arreglo á las leyes de su nación, el que se hiciere en esa for-

tendrá efecto en la República, si fuese hecho en las formas prescriptas por la ley del lugar en que reside, ó según las formas que

ma será válido en la Argentina; pero no podrá otorgarlo en alguna de las formas establecidas por nuestras leyes, porque no legislamos para los que no habitan nuestro territorio. Sin embargo, debemos hacer notar que el Congreso Sud-Americano de Montevideo, en sus arts. 44 y 45, exige para la validez del testamento la forma de la ley del lugar en que están situados los bienes, agregando este nuevo elemento á los indicados por el artículo; lo que considero un error. Así, el francés domiciliado en la Argentina que tuviera sus bienes en el Brasil, y se encontrara en Inglaterra, podría hacer su testamento en estas formas: 1º, con arreglo á la ley inglesa; 2º, con arreglo á la francesa, que es la de su nacionalidad; 3º, con arreglo á la argentina, que es la de su domicilio; 4º, con arreglo á la ley brasileña, que es la situación de los bienes. En todos estos casos, como nuestras leyes no pueden prevalecer en una nación extraña, se entiende que ese testamento será válido en la República, en lo referente á los bienes que tuviere el fallecido en nuestro país, donde se abre la sucesión; pero con relación á los que poseyera en el Brasil, será la ley de este país la que se aplicaría, para juzgar de la validez del testamento, que podría declararse nulo, siendo no obstante válido en nuestro país.

El artículo se aplica, pues, al extranjero domiciliado en nuestro país, que se encuentra de paso en cualquier nación extraña, facilitándole la libre disposición de sus bienes; así, puede testar: 1º, con arreglo á la ley del lugar donde se encuentra; 2º, con arreglo á las leyes de su nación; 3º, con arreglo á las leyes de su domicilio, que es la Argentina. Por el contrario, el argentino que se hallare en el extranjero, sólo puede testar con arreglo á la ley del lugar donde residiere, ó según las leyes argentinas.—Véase el comentario al art. 3634.

Nuestro artículo ha venido á decidir una de las cuestiones controvertidas, á saber: si un extranjero podría en Francia testar bajo la forma ológrafa, cuando la ley de su nacionalidad no la admitiera; resolviéndola por la afirmativa.

Ha decidido igualmente, esta otra cuestión: si la ley de la nacionalidad del testador admite el testamento ológrafo escrito por otro, con tal que sea firmado por el otorgante, ¿valdrá tal testamento en la Argentina? Y ha respondido con razón nuestro Código por la afirmativa, de acuerdo con la mayoría de los autores franceses; pero como dice Demolombe, XXI, 485, «lo que es cierto, en nuestra opinión, es que no se consideraría como válido, en Francia, un testamento hecho por un ex-

se observan en la nación á que pertenezca, ó según las que este Código designa como formas legales, de modo que el extranjero domiciliado en la República puede testar donde se encontrare, sea con arreglo á alguna de las formas designadas en la Argentina, ó según la ley del lugar donde se hallare en el momento de hacerlo, ó según alguna de las formas aceptadas en la nación á que perteneciera, y ese testamento que dispusiera de los bienes situados en nuestro territorio, tendría valor como si hubiera sido hecho en él. Pero *cuando un argentino se encuentre en país extranjero, está autorizado á testar en alguna de las formas establecidas por la ley del país en que se halle. Ese testamento será siempre válido, aunque el testador vuelva á la República, y en cualquier época que muera (art. 3635)*; porque no es un testamento especial que

tranjero, fuera de Francia, según una forma que no sea ni la de la ley nacional de ese extranjero, ni la del lugar en que el testamento se hubiera hecho», y eso es lo que importa la regla consagrada por el artículo. En este mismo sentido dicen Aubry y Rau, § 661, texto á la nota 6: «el extranjero que reside en país extranjero, no puede testar allí, sino en alguna de las formas recibidas, sea por su ley nacional, sea según la del país en que reside. No podría, aunque se tratase de inmuebles situados en Francia, testar según la forma ológrafa, tal como está reglada por el art. 970, si esa forma no era admitida ni por la una, ni por la otra de esas legislaciones»; rechazando así el principio de los que sostienen que basta encontrarse fuera de su país, para poder testar con arreglo á la ley de su domicilio, ó conforme á la de su nacionalidad, ó con arreglo á la del lugar en que hace el testamento; cuando nuestro artículo sólo hace esta excepción para los extranjeros domiciliados en la República.—Comp. DURANTON, VIII, 218, IX, 15. MERLIN, *Rep. I^o, Testament*, Sec. II, § 4, art. 2. COIN DELISLE, art. 999, n^o 6. COLMET DE SANTERRE, IV, 128, bis, IV.—Véanse arts. 12, 82, 950, 1211, 3634, 3635 y 3825.

(**Art. 3635.**) Cuando un argentino se encuentra en una nación extranjera, no puede ser de peor condición que el extranjero domiciliado en la República, y era necesario concederle el derecho de testar con arreglo á las leyes de su país; por eso el artículo siguiente lo autoriza á hacerlo ante un Ministro ó Cónsul argentino, con arreglo á las de la Re-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3638. — Véase Troplong, *Testament*, n^o 1736.—Félix, *Derecho internacional*, n^o 55.—Merlin, *Verb. Testament*, secc. 2, § 4, art. 1, n^o 3.

sólo tenga valor mientras permanezca en el extranjero. Así, pues, el extranjero domiciliado en la Argentina tiene mayores facilidades que el mismo argentino.

pública; pero, se pregunta, si en el país donde se encuentra no se autoriza á testar bajo la forma ológrafa, por ejemplo, ¿valdría ese testamento en la República donde esa forma está autorizada? Y respondemos que sí, porque ese derecho lo hemos concedido al extranjero domiciliado en nuestro país, y porque vendría á estar comprendido en la disposición del art. 3638 que habla del que se hallare *fuera de su país*.

El art. 999, Cód. Francés, que ha inspirado nuestro artículo, como lo dice la nota, prescribe «que un francés que se encontrara en país extranjero, podrá hacer sus disposiciones testamentarias por acto bajo firma privada, como se prescribe en el art. 970, ó *por acto auténtico*, con las formas usadas en el lugar en que ese acto se realice», admitiendo de una manera restringida la regla *locus regit actum*, porque limita el testamento sólo á las formas auténticas que fueran de uso en el lugar donde se otorga. Las palabras por *acto auténtico* de que se sirve el Código Francés han traído serias cuestiones, que nuestro artículo ha resuelto suprimiéndolas. Unos opinaban que el francés no podía testar sino ante un oficial público extranjero; otros, admitiendo que sólo podía testar en acto auténtico, se refieren á las leyes del lugar para juzgar de la autenticidad, y por fin, una tercera opinión, sostenida por Demolombe y consagrada por nuestro Código, lo autoriza á testar con arreglo á las formas usadas en el país donde el acto tiene lugar.

Este artículo hubiera podido suprimirse, no por estar legislado en el art. 3638, que habla de los que se encuentran *fuera de su país*, pues se refiere á los transeuntes ó viajeros y no á los domiciliados en el extranjero, que están sometidos á las leyes del país en que habitan, sino porque los arts. 12 y 960, imponen esa forma, como imperativa. La ley del lugar rige la forma del acto.

El testamento otorgado en las condiciones expresadas en el artículo, no se considera entre los privilegiados que caducan una vez que ha cesado la causa, es un testamento ordinario como los demás, y eso es lo que indica la última parte.

Se entiende que una vez otorgado el testamento en una de las formas permitidas por la ley del lugar en que se hace, ó por la de nuestro país, aunque después fueran suprimidas esas formas, en nada tocarían la validez del acto, que no sería alterado.

Si el testamento se hace por acto auténtico, según la ley del lugar en que se otorga, aunque dicho acto no lo fuera por las leyes de nuestro

Tanto el argentino como el extranjero domiciliado en la República pueden testar por acto público ante los representantes de

país, se consideraría como tal; pero deberá ser legalizado en la forma que lo exijan nuestras leyes, y presentarse á nuestros jueces, que lo mandarán protocolar.

El artículo habla únicamente del argentino. ¿Podrá hacerlo igualmente el extranjero domiciliado en la República? Así lo creo, y lo mismo el que no estuviese domiciliado, porque respecto de la forma rige la regla: *locus regit actum*.

Presenta mayores dificultades el caso en que la ley argentina fuera contraria á la forma permitida por la nación donde otorga el testamento, y el argentino se hubiera trasladado á esa nación con el objeto de violar la ley: por ejemplo, el testamento mutuo es prohibido por nuestro Código, art. 3618, si fuera permitido por la nación donde se otorga, ¿sería válido en la República? Demolombe, XIX, 20, sostiene la afirmativa, dando por razón, que la disposición del art. 968, está en la sección primera, que habla de las reglas generales sobre la forma de los testamentos; y además porque esta condición no trata ni de la capacidad personal de los testadores, ni de la validez en cuanto al fondo de las disposiciones que el testamento puede contener; adopto la opinión del sabio comentador, por las razones siguientes: si bien nuestro Código no ha colocado como el francés esa disposición en las formas de los testamentos, art. 3618, y al hablar de las formas, ha dicho expresamente en el art. 3622, que las formas ordinarias de testar son: el testamento ológrafo; el por acto público y el cerrado; en el testamento mutuo no ha incapacitado á las personas, desde que, como hemos dicho, pueden hacerlo por acto separado en favor de un tercero, ó á título de disposición recíproca. Además de esto, se puede decir con verdad, que la forma abraza únicamente la manera de manifestar la voluntad, sin atender á la capacidad de la persona; y que la concurrencia de varias personas para realizar un acto, no comprende la forma del acto mismo. Finalmente que la ley, al prohibir á las personas el hacer un testamento recíproco, en el mismo acto, no ha querido incapacitarlas de una manera absoluta, para extender su acción más allá de su territorio, como sucede con la capacidad de hecho. — Comp. MARCADE, al art. 999. — Véanse arts. 12, 3625, 3631 y 3634.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3635.—Cód. Francés, art. 999, y sobre él Coin Delisle.

la Argentina en el extranjero, así dice el **art. 3636**: *es válido el testamento escrito hecho en país extranjero por un argentino, ó por*

(**Art. 3636.**) Cuando la ley argentina autoriza á sus nacionales que se encuentren en el extranjero, para otorgar testamento ante los Cónsules ó Ministros acreditados por la República, se entiende que las únicas formas en que pueden hacerlo serán las autorizadas por nuestras leyes; porque si quieren testar en la forma establecida por la ley del lugar, deben ocurrir á los funcionarios autorizados para ello, pues de otro modo resultaría que el testamento no se ha hecho con arreglo á la ley argentina, ni se ha observado la del lugar; porque no suponemos que las leyes de un país autoricen á funcionarios extranjeros á realizar ciertos actos que corresponden á sus funcionarios públicos. Así, por ejemplo, si la ley del lugar autorizase el testamento cerrado ante escribano público y tres testigos, sería válido, si así se hubiera otorgado por los funcionarios designados; pero sería nulo si se otorgare ante un Cónsul ó Ministro argentino, porque nuestras leyes exigen cinco testigos y no tres. El testamento hecho con arreglo á las formas de la nación donde se otorga, debe llenar las condiciones exigidas por sus leyes; si éstas no exigen que los testigos y el funcionario conozcan al testador, nosotros no podemos declarar nulo el acto; pero si el testamento se hiciera ante el Cónsul ó Ministro argentino, se llenarán todas las formalidades que la ley argentina haya impuesto, so pena de nulidad.

Quando hubiere Ministro y Cónsul argentino en el mismo lugar, ¿ante cuál de ellos debe otorgarse el testamento? El artículo no impone que sea precisamente ante el Ministro, ni hace sustituir á éste con el Cónsul, basta otorgarlo ante cualquiera de ellos, y autoriza esta opinión el artículo siguiente.

Se habrá observado que el artículo sólo exige que sea otorgado ante el Ministro ó Cónsul y dos testigos argentinos ó extranjeros domiciliados en el lugar donde se hace el testamento, y no de tres como lo manda el art. 3654. Y se pregunta, si esos testamentos deben llenar las demás formas pedidas para los testamentos por acto público; es decir, si rigen las disposiciones de los arts. 3657 y 3658 exigidas so pena de nulidad. Mi opinión es que el testamento debe llenar todas esas condiciones, desde que se otorga ante un funcionario argentino, cumpliendo leyes argentinas. Y confirma esta opinión el Cód. de Chile, art. 1028, de donde fué tomado el nuestro, que en su n° 4 dice: «se observarán en lo demás las reglas del testamento solemne otorgado en Chile»; pues no es posible suponer que un funcionario argentino, usando de una facultad conferida por la ley, otorgue un acto público destinado á tener efecto en la Repú-

un extranjero domiciliado en el Estado, ante un Ministro Plenipotenciario del Gobierno de la República, un Encargado de negocios ó un Cónsul y dos testigos argentinos ó extranjeros, domiciliados en el lugar donde se otorgue el testamento, teniendo el instrumento el sello de la Legación ó Consulado; pero como lo hacemos notar en el comentario, hay un error en la puntuación que altera por completo el sentido de la frase «y dos testigos argentinos ó extranjeros, domiciliados en el lugar» porque los testigos basta que sean argentinos, mientras que los extranjeros son los que deben estar domiciliados en el lugar.

El legislador argentino ha facilitado el otorgamiento del testamento, para que los argentinos ó extranjeros domiciliados en la República puedan hacerlo en el extranjero, ese objeto tiene el **art. 3637**, cuando dice: *el testamento otorgado en la forma*

blica, sin estar sometido á formalidad alguna. — Comp. AUBRY y RAU, § 661, nota 2. DEMOLOMBE, XXI, 477. DEMANTE, IV, 138 *bis*, II. — Véanse arts. 3622 y 3635.

¿Los testigos argentinos deben ser domiciliados en el lugar donde se otorga el testamento? No lo creo; porque si esa hubiera sido la mente del legislador, habría dicho: ante dos testigos domiciliados en el lugar. ¿Para qué hacer esa diferencia entre argentinos y extranjeros? Como el artículo fué tomado del Chileno, uniendo en un sólo párrafo los cinco números de que se compone aquél, al hacer esta unión se ha cambiado la coma, así dice el Cód. Chileno: «los testigos serán chilenos, ó extranjeros domiciliados en la ciudad, etc.», y mi opinión es que así debemos entenderlo por nuestro derecho, dando mayor amplitud en favor de la validez del testamento.

(**Art. 3637.**) El presente artículo indica que no es necesario otorgar el testamento ante el Jefe de la Legación; pues será válido si fuere hecho ante el Cónsul, debiendo rubricarlo el Jefe de la Legación. ¿Será nulo si no tuviera el visto bueno? No lo creo; bastará que el Cónsul rubrique el testamento abierto al principio y fin de cada página, pues así está facultado, en caso de no haber legación.

Nuestro artículo ha sido tomado, como el anterior, al pie de la letra, del Cód. Chileno, art. 1029, intercalando al final de la primera parte el período que comienza: «no existiendo un Cónsul ni una Legación de la República», y uno se pregunta, ¿cuál será la misión del Ministro ó Cón-

prescripta en el artículo precedente, y que no lo haya sido ante un Jefe de Legación, llevará el visto bueno de éste, si existiese un Jefe

sul de una nación amiga? ¿Rubricar ó poner el visto bueno al testamento? Pero si no hay Legación ni Consulado argentino, sólo ha podido hacerse en forma ológrafa. ¿Se autoriza para hacerlo ante los Ministros ó Cónsules de una nación amiga? Esta hipótesis es inadmisibile; porque el artículo se refiere claramente en su primera parte al testamento otorgado *en la forma prescripta* en el artículo precedente; supone, pues, un testamento hecho que debe autorizar un Ministro ó Cónsul de la República; además, el período que estudiamos dice, que *estas diligencias* serán llenadas por un Ministro ó Cónsul de una nación amiga; luego debemos suponer el testamento hecho en forma ológrafa ó el otorgado ante un Cónsul ó Ministro argentino, que han dejado de existir después de haber presidido al otorgamiento; por ejemplo, un argentino hace su testamento ológrafa en Francia, ó por acto público ante el Cónsul, y se envía para que lo vise la Legación, en el segundo caso resulta que el Ministro ha renunciado ó no existe, vuelve para que lo vise el Cónsul y éste ha fallecido ó ha sido retirado por el gobierno; en ese caso lo visará el Ministro de una nación amiga. Esa es una de las hipótesis á que puede aplicarse el agregado que el Dr. Velez-Sarsfield hizo al artículo.

Pero viene otra dificultad: ¿el visto bueno debe ponerse, so pena de nulidad? El artículo no lo dice, ni en parte alguna se menciona esta condición como esencial, y debemos observar que cuando la ley exige una condición so pena de nulidad, lo dice expresamente y el juez ó el comentador no pueden crear nulidades por implicancia. Creo, pues, que el testamento será válido aún sin el visto bueno, que no aumenta la autenticidad del acto. Bastará la legalización de las firmas.

El artículo manda que se remita *copia* del testamento abierto ó de la *carátula del cerrado*. Se comprende que la copia del testamento abierto se mande protocolizar en los registros, para que sirva como original, conservando éste en la Legación ó Consulado, como se hace con las escrituras públicas. ¿Con qué objeto se protocolizaría la copia de la carátula del testamento cerrado? Sólo para indicar que en la legación ó consulado existe un testamento, que se reclamará cuando hubiere fallecido el testador. En caso de muerte se remitirá el original.

Las formalidades indicadas sólo tienen lugar con relación á los testamentos abiertos ó cerrados que se otorgaren ante el Ministro ó Cónsul; pero si se hubiere hecho un testamento ológrafa, y se depositare en la Legación ó Consulado, deberá remitirlo al Ministro de Relaciones Exteriores, para que éste lo pase al juez del último domicilio,

de Legación, en el testamento abierto al pie de él, y en el cerrado sobre la carátula. El testamento abierto será siempre rubricado por el mismo Jefe al principio y al fin de cada página, ó por el Cónsul si no hubiese Legación. Si no existiese un Consulado ni una Legación de la República, estas diligencias serán llenadas por un Ministro ó Cónsul de una nación amiga.

El Jefe de Legación; y á falta de éste, el Cónsul, remitirá una copia del testamento abierto ó de la carátula del cerrado, al Ministro de Relaciones Exteriores de la República, y éste, abonando la firma del Jefe de la Legación ó del Cónsul en su caso, lo remitirá al juez del último domicilio del difunto en la República, para que lo haga incorporar en los protocolos de un escribano del mismo domicilio.

No conociéndose el domicilio del testador en la República, el testamento será remitido por el Ministerio de Relaciones Exteriores á un juez de primera instancia de la Capital (Federal) para su incorporación en los protocolos de la escribanía que el mismo juez designe.

y se proceda á su protocolización; esto debe hacerse en caso de fallecimiento, porque si vive debe conservarlo en depósito. — Véanse arts. 3284, 3677, 3681, 3692, 3694 y 3695.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3637. — Cód. de Chile, art. 1021.

CAPÍTULO PRIMERO

DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO

§ 1000. — DE LA ESCRITURA DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO

El legislador ha querido poner en la mano del testador el que pueda disponer de sus bienes sin intervención de persona extraña, teniendo presente que la sociedad ganaría con la autorización de esta forma, y que habría un peligro remoto en la suposición de un testamento, y para asegurar la expresión de la voluntad ha exigido las condiciones siguientes respecto de la escritura:

1ª *El testamento ológrafo para ser válido en cuanto á sus formas, debe ser escrito todo entero, fechado y firmado por la mano misma del testador. La falta de alguna de estas formalidades lo anula en todo su contenido (art. 3639), de modo que la fecha*

(**Art. 3639.**) Tres condiciones son esenciales en esta forma, y cualquiera de ellas que faltare, anularía el testamento: 1º, debe ser escrito todo entero por el testador; 2º, debe ser fechado; 3º, debe ser firmado por el testador.

En cuanto á la primera condición, importa exigir al testador, que él mismo haga de su mano el testamento, sin tratar de averiguar si lo hizo con sus propias expresiones, ó si se sirvió de un borrador hecho por otro, ni aún si fué dictado por un tercero. La ley no averigua como se hizo, exige únicamente, como esencial, la escritura del testador; pero se pregunta: si el testador por su enfermedad ó por su extrema vejez tuviera el pulso alterado y no pudiera llevar la pluma, y un tercero le dirigiera la mano, ¿sería válido ese testamento? La negativa me parece evidente; porque en ese caso el testador no lo habría escrito de su letra; sería la letra de la persona que le ha llevado la mano.

puesta en parte por una mano extraña, ó una palabra á continuación de las otras formando la misma oración, anularía el testamento.

¿Cómo se deben entender las palabras *escrito todo entero*? ¿Se reputaría que no lo era, si el testador hubiera autorizado á un tercero para que lo puntuase y corrigiese las faltas de ortografía, expresándose esto mismo en el testamento? Será una cuestión de hecho, porque si bien en general, los puntos, comas, etc., no alteran las disposiciones de un testamento, hay casos especiales en que puede suceder lo contrario; una prueba de esto la tenemos en el art. 3636, en que la coma varía por completo el sentido, cuando dice: «dos testigos argentinos ó extranjeros, domiciliados en el lugar»; mientras el Código Chileno: «dos testigos chilenos, ó extranjeros domiciliados en el lugar»; cambiando la colocación de la coma el sentido de la oración. Así, pues, si resultase que de la puntuación pudiera alterarse el contenido del testamento, éste no valdría; lo mismo deberemos decir, si de las correcciones ortográficas resultara un cambio de sentido, como si se corrigiese una conjunción copulativa por una disyuntiva que alterase la disposición.

Los jueces deben ser severos y exigentes, cuando consta en el testamento mismo, que una persona extraña ha intervenido en la disposición testamentaria, y á la menor duda de alteración, deben declararla nula. Demolombe, XXI, 66, se decide por la nulidad del testamento, reconociendo que es bien riguroso al sostener esa opinión. Pero ese rigorismo desaparece aceptando la teoría que sostengo, porque será nulo ó válido el testamento según sean las alteraciones que contenga por la puntuación ó corrección.

En cuanto á la cuestión de saber, si lo escrito por una mano extraña ha sido puesto con consentimiento del testador, la trataremos en el artículo siguiente.

La segunda condición es que el testamento debe ser fechado. «La fecha, dice Ricard, sirve de luz y de brújula para descubrir lo que hay de vicioso en un testamento», y agregaríamos nosotros, que la fecha es de absoluta necesidad, para juzgar de la capacidad ó incapacidad de hecho del agente en el momento de otorgarlo, y también para determinar cuál es el último, en caso de existir varios testamentos ológrafos.

Pero, ¿cuáles son los elementos que debe tener la fecha? La jurisprudencia uniforme ha establecido que comprende el día, mes y año en que se otorga, considerando insuficiente la sola enunciación del mes y el año; así como en el caso de haberse suprimido el año, consignándose el día y mes. Las tres condiciones deben llenarse; y sería nulo el testa-

El rigorismo de esta regla no va hasta poner en la mano de los demás el derecho de anular un testamento, por el hecho de

mento en que faltare una de ellas; pero debe tenerse presente que no hay necesidad de consignarlas en la forma del calendario, pues bastarían enumeraciones perfectamente equivalentes; así, se llenaría esta forma-
 lidad si se dijera: hecho en el día de la Natividad del año 1901, pues se fija de una manera precisa el día y mes en que se otorgó. Nuestro art. 3642 decide las cuestiones suscitadas en derecho francés, porque establece de una manera que no deja dudas, que la fecha debe ser indicando el día, mes y año, al permitir reemplazarlos con otros equivalentes, pudiendo referirse á una época cierta; por ejemplo: fecho en el día y año en que el Presidente tal tomó el mando; como esa fecha es del 12 de Octubre, el año está determinado fijamente por el de la toma de posesión del mando. En cuanto al error de la fecha ó una insuficiente, véase lo que decimos en el art. 3643.

Respecto á la tercera condición se debe tener presente lo que dijimos en el art. 3633 con relación á una firma irregular é incompleta.

La nota del Dr. Velez-Sarsfield nos dice claramente, que si bien la firma regularmente lleva el apellido de la familia, eso no es de rigor; pues lo que la ley busca es el hábito constante de firmarse de la manera en que aparece suscribiendo el testamento. Así, aunque haya tomado otro nombre que el suyo propio, como sucede á aquellos que al salir de su país con un apellido más ó menos ilustre, que no quieren manchar por los oficios bajos que pueden desempeñar, cambian de nombre y apellido; en ese caso basta demostrar que en su correspondencia, en sus actos públicos y privados han usado del nombre con que han firmado su testamento, para que sea válido. Así, puede verse en Dalloz dos casos típicos, en que una persona cuyo apellido era *Guillot*, se había firmado *Bussières* y otro cuya familia era *Michallet* y se había firmado *Saint-Auge*, y cuyos testamentos se declararon válidos. Demolombe, XXI, 108, va hasta decir, que se debe adoptar la misma solución, cuando el testador hubiera solamente firmado con su apodo, si esa fuera la manera habitual de firmarse, y así creo que debemos considerarlo por nuestro derecho. Pero el hábito de usar de un nombre y apellido que no sea el suyo, no puede privarle del derecho de usar del verdadero, y el testamento se declarará válido, si se demuestra que ese era el nombre del testador.

La jurisprudencia ha dado tal valor al hábito de usar una forma ó nombre especial para firmar, que Troplong cita un caso en que la Corte de Córcega declaró válido un testamento otorgado por un Pascual Permetti, que había sido firmado sólo con el nombre, dando por razón que

encontrarse algo escrito por una mano extraña; pues como se verá en el número siguiente, es necesario que del testamento mismo, conste que ha sido autorizado por el testador para escribirlo.

ese era el hábito de los paisanos de la Córcega. Se puede citar otro caso más raro aún, porque se trataba de una firma con sólo las iniciales, en que había suscripto J. J. L. † *Obispo de Bayona*, en que fué declarado válido, por haberse demostrado que así se firmaba habitualmente en sus actos civiles y en los de su ministerio.

¿Qué diríamos cuando faltare alguna letra al nombre ó apellido, ó fuera ilegible? Sería una cuestión de hecho más que de derecho, así decía la Corte de Burdeos juzgando de la validez del testamento otorgado por la Sra. *Laquerrie Ducheylard*, que había firmado con el nombre de *Laquerrie Ducheyla* «que la ausencia de algunas letras en la firma del testador no puede hacer pronunciar la nulidad del testamento cuando está probado en este caso que es el testador quien ha trazado su firma»; así es que los jueces deben decidir según la prueba. Dalloz, 1828, II, 155.

En cuanto á las firmas indescifrables, véase lo dicho en el comentario al art. 3633; es cuestión de hecho igualmente, pues el testamento será válido, si se demuestra que así firmaba habitualmente el testador.—Comp. MERLIN, *Rep.* 1^o *Signature*, § 3, arts. 4, 5 y 6. COIN-DELISLE, art. 970, n^o 41. TROPLONG, III, 1497. AUBRY y RAU, § 666, texto á la nota 6, y DEMOLOMBE, XXI, 103 á 107.—Véanse arts. 3640, 3643, 3644, 3647 y 3670.

La indicación del lugar en que se hace el testamento, ¿es una condición esencial que puede anularlo? No, seguramente, porque el art. 3644 dice expresamente que puede dispensarse de indicar el lugar.

En cuanto al orden y colocación de la fecha nada se ha dispuesto, así es que puede ir al principio, al medio ó al fin del testamento, así como puede ir primero el año, mes y día ó al revés. Lo que se quiere es que el testamento mismo contenga todos los elementos necesarios para poder fijar la fecha en que fué hecho.

Respecto de la firma es necesario que vaya al final de las disposiciones, protegiéndolas, por decirlo así, con la manifestación de que lo ordenado anteriormente es su voluntad. Lo que se escribiere después de la firma y la fecha debe ser firmado y fechado nuevamente. ¿Habrá necesidad de volver á fechar la nueva disposición, ó bastará la anterior? El art. 3645 dice que deben ser fechadas y firmadas, porque se considera cada disposición como un testamento separado; equivocando, á mi juicio, la verdadera doctrina, porque Coin-Delisle, al art. 970, n^o 35, de donde indica el Dr. Velez-Sarsfield que fué tomado el artículo, si bien exige que esas

2ª *Si hay algo escrito por una mano extraña, y si la escritura hace parte del testamento mismo, el testamento será nulo, si lo es-*

disposiciones sean fechadas y firmadas, en seguida reconoce que corresponde á los jueces examinar, si según los términos de la adición, y aun del estado material del escrito, la disposición no forma sino un sólo todo con el escrito principal; como si dijese, por ejemplo: después de firmado este testamento, recuerdo que he olvidado un legado y mando que se entregue á A, dos mil pesos, y lo firmase. ¿Por qué se declararía nula tal disposición? Porque se considera como otro testamento.

El testamento ológrafo puede escribirse en cualquier idioma, pues la ley no determina que deba serlo en castellano. Lo mismo se debe decir de un testamento ológrafo escrito sobre cualquier otra materia que no sea papel, pues la ley no exige, ni impone en lo que debe escribirse; así, puede escribirse sobre cartón, madera, ropa, piedra, bronce, etc. Lo mismo se debe decir respecto del líquido con que se escribe, será válido con cualquiera que sea, siempre que pueda leerse y llene las demás condiciones.

¿Puede hacerse el testamento sobre fojas volantes? No hay disposición alguna que lo prohíba, y nadie tendría derecho para anularlo. Será una cuestión de hecho que los jueces resolverán, la de decidir si entre las fojas volantes hay una liazón completa que las haga considerar como formando parte del todo; fuera de esta prueba que se refiere á la unidad y armonía de las disposiciones, sería muy aventurado admitir que se fijara por medio de la química ó la caligrafía para conocer el tiempo en que cada una ha sido escrita; porque de ahí nada se deduciría, desde que el testador puede escribir sus disposiciones en tiempos diversos, pues nadie lo obliga á hacerlo en un sólo acto, como expresamente lo dice el art. 3646. La química podría decir, que una foja es más antigua que la otra; pero eso en nada tocaría la validez del testamento, porque la ley no impone al testador que escriba todas sus disposiciones en una misma clase de papel, ni le exige que las haga al mismo tiempo. Menos podría decir la caligrafía, que sólo probaría que las diversas disposiciones fueron hechas en tiempos diversos, lo que puede hacer el testador sin peligro de que su testamento se anule.

Para concluir, es necesario tener bien presente lo que dice el Dr. Velez-Sarsfield en la nota, que no todo acto escrito, datado y firmado es un *testamento*, sino que todo testamento debe ser escrito, datado y firmado por el testador. Debe existir un propósito de disponer de sus bienes para después de la muerte; sin ese propósito no hay testamento. — Comp. GRENIER, II, 228. DEMANTE, IV, 115 *bis*, V. TROPLONG, III,

crito ha sido por orden ó consentimiento del testador (art. 3640); lo que constará del mismo instrumento; pero si hubiere algo en-

1472. COIN-DELISLE, art. 970, n° 23. MERLIN, *Rep.* 1.º *Testamento*, Sec. II, § 4, art. 3, n.ºs 6 y 7. DURANTON, IX, 33. DEMOLOMBE, XXI, 120 á 130.— Véanse arts. 3640, 3643, 3644, 3647 y 3670.

(Art. 3640.) Al estudiar este artículo y la nota ilustrativa con que lo acompaña el Dr. Velez-Sarsfield, se reconocen las fluctuaciones de su espíritu para decidirse por una de los dos teorías, que los jurisconsultos franceses patrocinan, porque ha formado dicha nota con las palabras de Demolombe, en que rechaza la teoría de Demante, y concluye la misma nota con las palabras de este autor, que defiende la opinión contraria. En efecto, Demante, IV, 115 *bis*, propone la regla que trae la nota, y que hace exclamar, con razón, al Dr. Segovia: ¿Dónde está esa regla? No se encuentra efectivamente en el Código, ni se podría deducir de las palabras del artículo; esa regla consiste «en considerar pura y simplemente como no formando parte del testamento, todo lo que no está escrito por la mano del testador», de modo que si el testamento reducido á lo

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3639.— Aceptamos el testamento ológrafo, reconocido en casi todas las legislaciones de Europa, por la facilidad que esta forma proporciona para testar. El que hace un testamento ológrafo puede meditarlo todos los días, leerlo, estudiarlo fácilmente y rehacerlo cuando quiera, y sin que nadie sepa si ha testado ó no. Es su obra personal y exclusiva. Los escritores franceses nos dicen que la experiencia ha demostrado que es del todo remoto el peligro de la suposición de un testamento ológrafo.

El artículo no dice que todo acto escrito, datado y firmado por su autor será un testamento válido, sino que todo *testamento* escrito, datado y firmado por su autor será válido. Es preciso, pues, que haya un testamento, un propósito manifiesto de testar y una disposición de todo ó parte de los bienes que dejará después de sus días.—Véase Marcadé, sobre el art. 970, y Coin Delisle, sobre el mismo artículo, n° 6.

La firma no es la simple escritura que una persona hace de su nombre ó apellido; es el nombre escrito de una manera particular, según el modo habitual seguido por la persona en diversos actos sometidos á esta formalidad. Regularmente la firma lleva el apellido de la familia: pero esto no es de rigor si el hábito constante de la persona no era firmar de esta manera. Los escritores franceses citan el testamento de un obispo, que se declaró válido, aunque la firma consistía únicamente en una cruz seguida de sus iniciales, y de la enunciaci6n de su dignidad. Véase Demante, tom. 4, n° 115 *bis*, § 3.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicaci6n del art. 3639.—No puede invocarse para la filiación natural las afirmaciones de un testamento ológrafo no escrito por el testador.—Jur. Civ., VI, 5, Sér. 1º.

El hecho de expresarse en él, la fecha y las cantidades en guarismos, no es causa de nulidad.—Jur. Civ., IV, 307, Sér. 2º.

tre renglones, escrito por una mano extraña, y el testamento no hiciera referencia á esa parte, no lo anulará; porque no está en

escrito por la mano del testador presentare un sentido completo, se tendría por válido, sin dar importancia á lo escrito por una mano extraña; en caso contrario, se anulará; regla que, con razón, rechaza Demolombe, diciendo: «desde que se ha reconocido que la escritura extraña se liga al testamento, importa poco que sea útil ó inútil para el cumplimiento ó esclarecimiento de las otras disposiciones escritas por la mano misma del testador», y agrega: «es cuestión de *forma*, y en cuanto á la forma, el acto no puede ser sino válido en el todo ó nulo totalmente».

Ahora bien, ¿cuál de estas teorías ha adoptado nuestro artículo? Me parece que la de Demolombe, que, por otra parte, es la más jurídica. En efecto, nuestro artículo dice: «si hay algo escrito por una mano extraña, y si la escritura hace parte del testamento mismo, el testamento será nulo»; esa es la regla á que debemos sujetarnos, sin tratar de averiguar si lo escrito por mano extraña es útil ó inútil para el esclarecimiento de las disposiciones. Dos condiciones son, pues, necesarias para declarar nulo el testamento: 1ª, que haya algo escrito por una mano extraña; 2ª, que lo escrito forme parte del testamento. En cuanto á lo primero, es cuestión de una prueba caligráfica, para saber si todo lo escrito es letra del testador. Respecto de lo segundo, debe formar parte del testamento mismo, es decir, *estar ligado* íntimamente al cuerpo del testamento, como si el testador, fatigado de escribir, dictase á una persona extraña y volviese á continuar sus disposiciones; aunque lo dictado contuviera sólo consejos, sin tocar en lo más mínimo la distribución de sus bienes, el testamento sería nulo; por eso hemos dicho que, según la redacción de nuestro artículo, no se puede sostener la opinión de Demante con que parece apoyarlo en la nota el Dr. Velez-Sarsfield, pues aunque lo escrito por mano extraña pudiera suprimirse sin perjuicio alguno, por no tocar las disposiciones, éste sería nulo, si la escritura hace parte del testamento mismo. La ley ha impuesto una forma para manifestar la voluntad, y si esa forma no se cumpliera, pena el acto con la nulidad, y los jueces ni los intérpretes del derecho, ni la voluntad del testador pueden alterarla. No se trata en este caso de defecto de libertad en el testador, de dolo ó fraude por parte de la persona extraña; es una cuestión pura y exclusivamente de forma: el testamento no ha sido escrito todo por la mano del testador, y por consiguiente es nulo. Esto mismo resolveríamos cuando el testador dijera: las adiciones hechas entre líneas de letra de mi hermano tal, forman parte del testamento por haber sido autorizadas por mí; ese testamento sería nulo, aunque las

la mano de los extraños el anularlo de tan singular manera, escribiendo cualquier cosa. Ni se permitirá probar por testigos que

adiciones no alterasen las disposiciones, porque se ha violado la forma ordenada por la ley.

Pero como un testamento escrito de puño y letra del testador, fechado y firmado, no puede ser anulado por la voluntad de un tercero, ha sido necesario crear una excepción, y el artículo dice que el testamento sólo será nulo «cuando lo escrito ha sido por orden ó con consentimiento del testador», introduciendo la duda sobre lo absoluto del principio contenido en la regla, que lo declaraba nulo, cuando lo escrito por una mano extraña formaba parte del testamento mismo. Así, por ejemplo, ¿se admitiría la prueba de que el párrafo escrito por la mano extraña, lo ha sido contra la voluntad del testador? ¿O que las palabras ó líneas que aparecen en el mismo texto, en la línea correspondiente, han sido escritas contra la voluntad del testador? No lo creo; porque la presunción que resulta de encontrarse el testamento sin interlíneas, raspaduras ni enmiendas, y escrito por dos ó tres letras diversas, es de que ha sido con consentimiento del testador, no admite prueba en contra; porque no se podría suponer que hubiera fuerza, miedo ó dolo, desde que el testador ha conservado lo escrito para que valiera como disposición de última voluntad, cuando pudo anularlo ó hacerlo desaparecer. Así, dice Demolombe, XXI, 65: «Se demostrará casi siempre á primera vista que la escritura extraña ha sido puesta con consentimiento del testador, si ella se encuentra en el cuerpo mismo del testamento, de manera que forme parte integrante de su testamento». Creo que cuando no hay interlíneas, ni palabras corregidas, ni nada que indique que una mano extraña ha podido escribirlas sin consentimiento del testador, no debe admitirse la prueba. Por el contrario, la duda sobreviene al espíritu, desde que hubiere palabras interlineadas ó corregidas y sustituidas por otras de una mano extraña, en ese caso vendrá la prueba de si han sido puestas por orden ó con consentimiento del testador; pero la regla general es que lo escrito en esa forma se juzga extraño al testamento mismo, y se debe reputar como puesto sin consentimiento del testador, y sin influencia alguna para quitarle la validez; quien alegase que el testamento es nulo, porque fueron escritas por orden del testador, deberá demostrar su afirmación.

Tratamos aquí de lo *escrito* por una mano extraña, y de saber si las palabras agregadas lo han sido con consentimiento del testador, cuestión de hecho sobre la que no se puede establecer reglas; por eso dice Demolombe: «se examinará en que consisten (las palabras agregadas);

esas palabras entre renglones han sido escritas por orden y consentimiento del testador; pero si resultare de documentos ó cartas del

si se ligan á las disposiciones del testamento; si ellas lo completan, modifican ó revocan; si parece según el color más ó menos diferente de la tinta y otras circunstancias de hecho, que han sido escritas al mismo tiempo que el testamento ó después. Del mismo modo, si el testamento se encontraba en manos de un tercero, ó lo tenía el mismo testador, porque en el primer caso hay una sospecha vehemente de que las palabras agregadas no lo han sido con consentimiento del testador. Bourgon (Derecho Común de la Francia) supone el caso en que después de las interlíneas, el testador hubiera cerrado y sellado el testamento ológrafo, porque entonces es evidente que se han puesto con su consentimiento ó que las ha aprobado.

Los interlineados ó palabras agregadas al testamento deben ser de mano extraña; porque en parte alguna del Código se dice que esas interlíneas ó palabras agregadas ó corregidas por el testador, puedan invalidar el testamento. Pero volvemos á repetir en este lugar, que una palabra escrita por una mano extraña, por orden del testador, aunque sea sin importancia alguna, anularía el testamento; porque la regla es absoluta, y se trata del cumplimiento de una forma exigida so pena de nulidad. No es permitido lanzarse en cuestiones de interpretación; cuando la ley dice: se anula el testamento ológrafo en que haya algo escrito por una mano extraña, por orden del testador, no se puede venir á argumentar con que lo escrito no tiene importancia; porque sea ó no importante lo agregado, el testamento es nulo. No se diga que sería un rigor excesivo, ni que se atribuye una importancia exagerada á la materialidad de la forma; porque cuando se trata de formalidades exigidas so pena de nulidad, no se discute sobre su inutilidad ó utilidad; así, por ejemplo, en el testamento por acto público, debe constar el nombre de los testigos, su *domicilio y edad*; pues bien, aunque se trate de personajes conocidos que sirvan de testigos y se conozca su domicilio, si se ha suprimido, el testamento se anulará. Del mismo modo, se declarará nulo el testamento ológrafo, si el testador dijera: la palabra en entrelíneas escrita por fulano, lo ha sido por mi orden; esa palabra, cualquiera que sea su importancia, anulará el testamento; por eso dice con razón Demolombe: «que se ha enseñado siempre que *una sola palabra* escrita por una mano extraña, anularía el testamento, aunque esta palabra fuera supérflua en el testamento mismo», siendo de esta opinión Merlin, Pothier, Bourgon y otros.

El artículo habla de lo *escrito*, sin referirse á las enmiendas, raspa-

misimo testador, que autorizó á tal persona para hacer las anotaciones encontradas, ¿se admitiría esa prueba para anular el testa-

duras ó testaciones contenidas en el testamento ológrafo. En el caso de testaduras hay que colocarse en dos hipótesis: ó en el testamento aparecen las palabras testadas, sin estar salvadas al final, ó se dice tales ó cuales palabras han sido testadas por fulano de tal, con mi consentimiento, y se deben considerar como no escritas.

En la primera hipótesis, se debe distinguir: si el testamento ológrafo se entregó abierto á una tercera persona como depositario, y las palabras testadas cambian las disposiciones; en este caso, si las testaciones son hechas con una tinta diferente, no se tomarán en cuenta; pero esta será una cuestión de hecho. Si por el contrario, el testamento se entregó cerrado y sellado, las correcciones hechas por la mano del testador se tendrán por bien válidas y las testaciones de palabras se reputarán hechas por el mismo testador, y en nada perjudicarán su validez.

En la segunda hipótesis, cuando el testador mismo dice, tales palabras han sido testadas por fulano, con mi consentimiento, entonces el testamento no puede anularse, porque no hay nada *escrito* por una mano extraña, y sería corregir la ley, pues si ésta hubiera querido comprender este caso habría dicho: si hay algo escrito ó *borrado* por una mano extraña, etc. Se trata de una condición esencial que anula el testamento, y nadie puede crearla por correlación; nada dice de lo testado por mano extraña por orden del testador.

En cuanto á los blancos, raspados, enmendaduras y testaciones, el artículo nada dice; pero podemos hacer las siguientes hipótesis: 1ª, que las testaciones y demás agregados hicieran ilegible el testamento; 2ª, que á pesar de las palabras testadas, las que quedasen presentaran un sentido completo y fueran susceptibles de ser comprendidas.

En el primer caso, el testamento sería nulo desde que no pueden entenderse las disposiciones. ¿Cómo podría ejecutarse un testamento ilegible? Por el contrario, en el segundo caso se ejecutaría en la parte que no ofreciera dificultad.

¿Qué se decidiría, si el testamento ológrafo hubiera sido depositado en poder de una tercera persona y se encontrara tachada la firma? Será una cuestión de hecho; porque si el depositario declara que la firma se encontraba sin testadura, y si además se reconoce que la tinta de la testación no es la misma que la del cuerpo del testamento, se reconocería que es una mano extraña que ha intervenido y se declarará válido; por el contrario, cuando fué entregado cerrado y sellado, todas las presunciones estarán en favor de la nulidad del testamento, aunque el depósito

mento? Aunque en general sólo debe admitirse la prueba que resulta del testamento, creo que en este caso no se debería rechazar la prueba.

en poder de una tercera persona haga suponer que la testación se ha hecho por una persona extraña. Pero vuelvo á repetir, será una cuestión de hecho.

Las testaduras que aparecen en el testamento ¿pueden dar lugar á prueba para demostrar que han sido hechas por una mano extraña? Así lo creo, cuando el testamento estaba en poder de un tercero, y demostrado evidentemente que no fué el testador quien las hizo, valdrá la parte testada. ¿Puede admitirse esa prueba cuando las testaciones son de la firma, estando el testamento entre los papeles del testador? No lo creo, ni aún se debe admitir en el mismo caso, para demostrar que las palabras testadas no lo fueron por la mano del testador. ¿Por qué admitir una prueba que jamás dará la certidumbre? Se debe suponer, sin admitir prueba en contra, que el mismo testador ha querido destruirlo.

¿Y qué diremos de las adiciones ó notas marginales hechas por el mismo testador? Supongamos, por ejemplo, que después de concluir el testamento, y en una de sus cláusulas hace una llamada, y consigna abajo una advertencia, ó una disposición cualquiera. Debemos distinguir; si la llamada sólo contiene una explicación de una cláusula y tiene por objeto completar el sentido algo obscuro, no habrá inconveniente en considerarla como formando parte del testamento mismo, desde que la explica; pero la dificultad es grave, cuando la adición viene á formar una disposición completamente independiente, y esa dificultad se aumenta, si la parte agregada reforma ó revoca una disposición contenida en el mismo testamento. Yo creo con Demolombe, XXI, 133, que esa disposición constituye un nuevo testamento; la circunstancia de que es escrita sobre la misma hoja de papel, no destruye la verdad de ese hecho; y desde que ella constituye un nuevo testamento ológrafo, es necesario que sea hecho con todas las formalidades exigidas para éstos. Y nuestro Código, para decidir esta cuestión tan grave, suscitada entre los jurisconsultos franceses, ha dicho en el art. 3645, «que las disposiciones del testador, escritas *después de su firma*, deben ser fechadas y firmadas para que puedan valer», aceptando así la teoría del Procurador general Loiseau, quien sostenía «que una vez acabado el testamento, no pertenece más al testador, quien no puede modificarlo sino en las formas legales... si se decidía que una sola fecha cubre todas las cláusulas posteriores al acto, un testador podría modificar indefinidamente, durante toda su vida, sus primeras disposiciones, y hacer, con la ayuda de llamadas marginales,

3ª *El testamento ológrafo debe ser escrito precisamente con caracteres alfabéticos y puede escribirse en cualquier idioma*

una serie de disposiciones sin fecha». Por nuestro derecho no puede haber duda ante la disposición citada.

Lo que decimos de las notas puestas bajo la firma é introducidas por llamadas al cuerpo del testamento, debemos aplicarlo á las notas marginales, que deben ser firmadas y fechadas cada una de ellas; porque se consideran como otros tantos testamentos.

En cuanto á las disposiciones contenidas entre las líneas y que forman parte del testamento mismo, como en el testamento ológrafo la ley nada prohíbe, ni manda á este respecto, es claro que el testador ha podido hacerlo, sin que perjudique la validez del testamento; pero, se pregunta: ¿si esas disposiciones interlineadas fueran de una fecha posterior, y se probase evidentemente el hecho? Serían nulas, si vinieran á modificar ó revocar las disposiciones anteriores, ó si contuviesen nuevas distribuciones, alterando el testamento, porque entonces les faltaría la fecha.—Comp. VAZEILLE, art. 970, n° 17. POUJOL, art. 970, n° 4. COINDELISLE, art. 970, n° 34. MERLIN, *Rep. 1.º Testamento*, Sec. II, § 1, art. 6, n° 7. MARCADÉ, art. 970, n° 5. TOULLIER, III, n° 359. DURANTON, IX, 30.—Véanse arts. 3647 y 3834.

En este artículo se suprimió por el Congreso el *no* en la expresión «no ha sido», como lo indicamos en *La Instituta*.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3640. — Demolombe, tom. 21, nos 63 y 64. Como si el testador no pudiendo acabar el testamento, lo hubiese dictado á un tercero. Lo escrito contra la voluntad del testador en vida de él ó después de su muerte, no podría traer la nulidad del acto, porque no se puede dar á un tercero la facultad de anular por ese medio un testamento regular. La única dificultad que se presenta es saber si la escritura extraña que se encuentra en el testamento ha sido ó no hecha contra la voluntad del testador; mas esta es una cuestión de hecho, que se debe abandonar á la apreciación de los jueces, apreciación que no es tan difícil como parece. La regla general es, que no hace parte del testamento todo lo que no está escrito de mano del testador. Por este medio, si el testamento reducido á lo que está escrito de su mano, presenta un sentido completo y suficientemente claro, se ejecutará sin tener consideración á las adiciones emanadas de una mano extraña. En el caso contrario, el testamento no valdrá, porque no se podría buscar en las adiciones de otra mano, el complemento á la explicación del pensamiento que no siendo suficientemente claro, debia quedar sin ejecución. Véase Coin Delisle, sobre el art. 970.—Demante, tom. 4, n° 115 bis.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 3640. — Véase fallo al art. 3639.—Jur. Civ., IV, 307, Sér. 2ª.

(art. 3641); pero si ese idioma fuera el chino, el testamento valdría aunque no tenga la escritura los caracteres alfabéticos.

(Art. 3641.) El presente artículo contiene dos expresiones que parecen contradictorias, pero que se explican teniendo presente lo que ha querido impedir el legislador. Así, cuando ha dicho que el testamento debe escribirse en caracteres alfabéticos, ha querido impedir que se haga por la estenografía, criptografía, en geroglífico ó de cualquier otro modo en que no haya caracteres alfabéticos; pero de ninguna manera ha impedido que si el idioma del testador no usara de esos caracteres el testamento sería nulo, y por eso ha agregado en seguida: puede escribirse en cualquier idioma; luego el testamento escrito en lengua china sería válido aunque no está escrito en caracteres alfabéticos, sino en caracteres ideográficos. Así, dice Barest, citado por Larousse: «la escritura de los chinos es *ideográfica*», y agrega: «nuestros números son verdaderos signos ideográficos, pues que son independientes de los sonidos por los que se les expresa en las diversas lenguas».

Nuestro artículo no admite el testamento escrito en caracteres ideográficos, sino cuando esos caracteres forman el modo de expresarse en la lengua del testador.

Demolombe, XXI, 70, de donde fué tomado el artículo, dice: «la escritura que el art. 970 ha tenido en vista, es la que es formada de caracteres alfabéticos». Y, explicando su pensamiento, agrega: «en este punto, nos parece dudoso que otra especie de escritura, como la estenografía ó la criptografía, pueda satisfacer esta condición. Además, el legislador ha pensado verosíblemente que esas escrituras por signos abreviados ó por cifras no ofrecen las mismas garantías de certidumbre que la escritura usual de los caracteres alfabéticos». Y aunque este autor admite más adelante que en ciertos casos pueda declararse válido el testamento, semejante teoría no es admisible por nuestro derecho, pues el artículo no deja lugar á dudas, debe ser escrito con caracteres alfabéticos, excluyendo los otros, á menos de que así se escriba el idioma del testador.

¿Qué se diría de un testamento escrito en diversos idiomas? Por ejemplo, un párrafo en francés, otro en inglés y otro en castellano, ó intercalando palabras de diversos idiomas. Sería válido, porque la ley no ha obligado al testador para hacerlo en uno sólo; ha dejado á su arbitrio el elegir el idioma y la forma; lo único que le ha exigido es que lo escriba todo entero en caracteres alfabéticos, lo feche y lo firme. Y como lo dije en el artículo anterior, puede ser escrito sobre papel, género, piedra, bronce, etc., y no solamente con tinta de cualquiera clase, sino

§ 1001. — DE LA FECHA Y LUGAR DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO

Se dijo que el testamento ológrafo debía ser fechado por el testador con su propia mano; pero en cuanto al modo de fechar el instrumento debe sujetarse á las reglas siguientes:

con lápiz y aún con sangre, y también con cualquier instrumento, estileto, cortaplumas, etc., siempre que llene las condiciones indicadas.

Por mi parte, concluiré diciendo que, por extraño que parezca el proceder del testador, se debe respetar su voluntad manifestada en la forma elegida; así, por ejemplo, si se encontrase en su cartera el testamento hecho con lápiz, ó si entre sus papeles se hallare un sobre de cartas con su testamento, en ambos casos se debe considerar válido, si es un testamento; es decir, si dispone de sus bienes para después de su muerte.

¿Puede hacerse testamento en una carta dirigida á tal ó cual persona? Ricard (I, pág. 405) decía: «las cartas que no son sino la imagen de la conversación, no están destinadas á ligar á los hombres, son la conversación que ellas imitan, y las expresiones de liberalidad, son en ellas, no el efecto de una voluntad absoluta y deliberada, sino el testimonio de una benevolencia que queda, sin embargo, en proyecto»; lo que es cierto para las cartas que prometen, que indican proyectos y deseos para el porvenir, en una palabra, para las cartas que ofrecen; pero no hablamos de ellas, ni la hipótesis las comprende. Decimos que una carta puede contener el testamento de una persona, porque no hay forma especial para otorgarlo; lo único que se debe buscar es la voluntad de disponer de sus bienes, claramente manifestada. Si la carta dijera en uno de sus párrafos: es mi voluntad y mando, que una vez ocurrido mi fallecimiento, mis bienes se entreguen por iguales partes á fulano y á zutano; si esa carta hubiera sido escrita, fechada y firmada por el testador, debería ser considerado como un testamento; sin embargo, el art. 3648 dice lo contrario, pues declara que las cartas por expresas que sean respecto á las disposiciones de los bienes, no pueden formar un testamento ológrafo; disposición que no creo acertada, porque le pudieron exigir todas las condiciones necesarias y no anularlas absolutamente; pero no obstante debemos obedecerla. — Comp. MERLIN, *Rep. 1.^o Testamento*, Sec. II, § 1, art. 5. DURANTON, IX, 26. VAZEILLE, art. 970, n.^o 6. COINDELISLE, art. 970, n.^o 24. MARCADE, art. 970, n.^o 5. TROPLONG, III, 1476 y 1477.—Véanse arts. 999, 1020 y 3663.

1ª La fecha comprende ordinariamente la designación del día, mes y año en que el testamento se otorga; pero puede indicarse de otra manera, como se verá en las reglas que siguen.

2ª *Las indicaciones del día, mes y año en que se hace el testamento, no es indispensable que sean según el calendario: pueden ser reemplazadas por enunciaciones perfectamente equivalentes, que fijen de una manera precisa la fecha del testamento (art. 3642),*

(Art. 3642.) Se dijo en el art. 3639, que ordinariamente la fecha se escribía indicando el día, mes y año en que se hace el testamento; pero como el objeto es tener la certidumbre que en tal día, mes y año se ha hecho el testamento, bastará para su validez, el que se encuentren en el instrumento mismo los elementos necesarios, para que se pueda determinar. Así, se podrán indicar fechas ó acontecimientos públicos conocidos, ó aún de familia, siempre que consten en documentos públicos, como por ejemplo, el día de la muerte de mi padre, ó el del nacimiento de mi hijo tal; porque esas fechas son ciertas y se encuentran consignadas en el registro civil. No es pues, exacto, como algunos lo sostienen, que por fecha debe entenderse la indicación del día, mes y año, pues en el testamento ológrafo, el testador está autorizado para sustituirla con otra cierta; lo que no sería permitido en las escrituras públicas.

¿Qué sucedería si el testador al enmendar la fecha quedase ésta ilegible? Si las dos fechas fueran ilegibles, el testamento sería nulo, porque no la tendría, faltando una de las condiciones esenciales; si por el contrario, no se entendiera la corrección y quedase perfectamente legible la anterior, sería válido, porque llena las condiciones de la ley. Si el testador hubiera borrado la fecha para sustituirla al final, y se olvidase de fecharla, el testamento sería nulo; es como si hubiera tachado su firma, y se debe aplicar lo dicho á este respecto en el art. 3640, sobre los medios de prueba que podrían admitirse.

Quando las palabras equivalentes, destinadas á sustituir la fecha cierta, no la diesen de un modo completo, por no encontrarse probados los hechos en documentos de carácter auténtico, será permitido al que sostiene la validez del testamento, el demostrar la fecha en que ocurrieron, valiéndose de las pruebas autorizadas para probar los hechos.

La indicación del mes no es de absoluta necesidad en ciertos casos, en que queda sobreentendido, como por ejemplo, si se dijera: hecho el 1º del año en 1901, pues el mes está indicado de un modo cierto, aunque

ya sea refiriéndose á acontecimientos conocidos, ó de cualquier modo que viniera á determinarse el momento preciso en que se otorgó.

3ª *Una fecha errada ó incompleta puede ser considerada suficiente, cuando el vicio que presenta es el resultado de una simple inadvertencia de parte del testador, y existen en el testamento mismo, enunciaciones ó elementos materiales que fijan la fecha de una manera cierta. El juez puede apreciar las enunciaciones que rectifiquen la fecha, y admitir pruebas que se obtengan fuera del testamento (art. 3643);* lo que importa una especie de excepción á los prin-

sólo implícitamente.—Comp. DELISLE, art. 970, n° 27. POUJOL, art. 970, n° 8. MERLIN, *Rep. 1.º Testamento*, Sec. II, § 1, art. 6, n° 4.—Véanse arts. 23 y 2643.

¿Se podrá escribir la fecha toda en números como se acostumbra en el comercio? Por ejemplo, 25, 5, 1901, el primero indica el día, el segundo el número del mes y el tercero el año. No creo que esta forma de escribir la fecha sea causa de nulidad, desde que no hay duda alguna sobre su certidumbre, y es de uso general el hacerlo para abreviar.

(Art. 3643.) En este artículo se trata de corregir un error que aparece en la fecha del testamento mismo, ó cuando es incompleta por faltarle una de las enunciaciones; no se habla de una fecha completa, argüida de falsa, que es una cuestión diversa y que examinaremos en seguida.

La fecha errada ó incompleta se supone cometida involuntariamente por el testador, y se autoriza para corregirla, en el primer caso, valiéndose de los elementos que ofreciere el testamento mismo, ó de los exteriores que tuvieran por objeto el darle la certidumbre que le falta.

La fecha incompleta puede tener lugar cuando en el testamento se ha omitido alguno de los elementos necesarios; por ejemplo, se ha puesto: *fechado en Buenos Aires á 15 de Mayo de mil nueve uno*, y el testador ha fallecido en 1902; falta la palabra *ciento* que puede ser suplida por la época de la muerte que viene á fijarla; así, dice Demolombe, son manifestas inadvertencias y errores materiales, que se rectifican, por decirlo

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3642.—Aubry y Rau, § 638.—Troplong, *Testament*, n° 1482.—Toullier, tom. 3, n° 365.—Duranton, tom. 9, n° 30.—Como si un testador escribiese: «firmado el *Viernes Santo de 1899*». En todo lo relativo á la fecha, véase Coin Delisle, sobre el art. 970, desde el n° 25.

Fallos de la Cam. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 3642. — Véase fallo al art. 3639.—Jur. Civ., IV, 307, Sér. 2ª.

cipios generales, en esta materia, pues todo debe constar del testamento mismo; pero como la rectificación de la fecha no tiene

así, por sí mismos; y también los ejemplos numerosos que nos ofrece la jurisprudencia están para atestiguar, que casi siempre se ha permitido la rectificación para validar el testamento.

Un ejemplo de inexactitud en la fecha por inadvertencia sería, por ejemplo, en un testamento ológrafo hecho en papel sellado de 1901, que fuera fechado como otorgado en 1900; la rectificación puede hacerse en este caso sin salir de los elementos que el testamento proporciona; y esa rectificación no es conjetural ni de simples presunciones, sino cierta, porque hay un acto público que confirma el error involuntario; el año del sello en que fué escrito, y los que lo atacasen como falso podrían alegar que no ha podido escribirse en 1900 en un sello que se ha puesto en circulación en 1901; pero esa no sería una causa de falsedad, desde que se reconoce por todos que ha sido escrito por el testador, de su puño y letra. Oigamos á Demolombe, que sostiene la tesis sobre la validez: «se trata de un testamento fechado el 1º de Mayo de 1827, sobre un papel sellado que atestigua que ha sido emitido el 1º de Enero de 1828. El heredero dice: la fecha es falsa. ¡Es cierto! Pero veamos lo que hay de erróneo en esa fecha. ¿Es la indicación del día y del mes? El testador afirma que ha escrito su testamento el primer día del mes de Mayo; nada puede decirse en contrario de la exactitud de estos dos primeros elementos. Se objeta que la fecha forma un todo indivisible, y que el error demostrado de la indicación del milésimo opera sobre la indicación del día y del mes. Pero, ¿por qué? ¿Qué lazo une necesariamente estos dos primeros elementos al tercero? No habrá para esto ningún motivo, y pues que nada altera la indicación del mes y del día, ella permanece en toda su fuerza para establecer que el testamento ha sido hecho el 1º de Mayo. ¡Luego, si es eso así, el testamento está salvado! En efecto, si no es el 1º de Mayo de 1827 que ha podido ser escrito, pues el papel donde se hizo no estaba en circulación; ni el 1º de Mayo de 1829, porque el testador no existía; luego él ha sido otorgado el 1º de Mayo de 1828; y ved ahí la fecha encontrada», citando en apoyo de esta conclusión muchísimos fallos de Cortes francesas. Me parece que por nuestro derecho se debe llegar á las mismas conclusiones, siempre que se demuestre que el testador era capaz de otorgar el testamento en la fecha encontrada.

Pero vengamos á otra cuestión de mayor importancia; ya no se trata de una fecha errónea ó incompleta, puesta por inadvertencia y que es permitido reconstruir, ya con el testamento mismo ó con una prueba extraña, sino de una fecha falsa puesta conscientemente por el mismo tes-

gran importancia, se permite ir á buscar la prueba fuera del instrumento mismo.

tador; por ejemplo, el testador ha otorgado su testamento el 16 de Mayo de 1890, y lo ha fechado el 18 de Mayo de 1896, ó por el contrario, lo ha hecho en 1896 y puesto la fecha de 1890. ¿Sería nulo ese testamento? Demolombe sostiene la nulidad, desde que se pudiera demostrar que el testador ha querido disimular la verdadera fecha, y seguiríamos su doctrina en casos muy especiales; como por ejemplo, si se demostrase que el testamento fué hecho siendo incapaz, y si con la fecha falsa se quiso cubrir la incapacidad, como si un menor de 14 años lo hiciera poniéndole una fecha de cinco años después, de modo que apareciera hecho cuando tuviera 19 años. Si todo eso se probare, ó si se demostrare que estaba declarado incapaz en el momento de hacer el testamento, éste sería nulo; pero no porque la fecha fuera simulada, sino por la incapacidad del testador en el momento de otorgarlo. ¿Acaso la simulación que á nadie perjudica está prohibida por la ley? El art. 957 consagra esta doctrina. Y tiene perfecta razón Thomine-Desmasures, cuando contestando á una consulta sobre este punto, decía: «la simulación no está prohibida cuando es honesta, pues ella se justifica por consideraciones morales, con frecuencia de mucha fuerza, y que no se puede alegar sino cuando ha tenido por objeto defraudar algún derecho, algún interés, alguna ley. Circumscripita á estos límites, la simulación es el derecho común de los ciudadanos... Se puede poner una fecha que no es cierta á una obligación, porque la ley no lo ha prohibido. ¿Por qué sería de otro modo tratándose de los testamentos?»

Conforme con estas ideas, creo que el testamento ológrafo no se puede atacar pretendiendo demostrar que la fecha no es la del día, mes y año en que el testamento se otorgó; pues bien pudo comenzarle en 1890 y concluirlo en 1898, desde que el art. 3646 lo autoriza expresamente.

Merlin mismo, que es el mantenedor de la teoría sostenida por Demolombe, y que declara nulo el testamento ológrafo, con una fecha falsa, agrega: «esto no es decir, que se pueda admitir la acción de los herederos *ab intestato*, que para anular un testamento ológrafo, intentasen probar, por medios extrínsecos á este acto, que la fecha es falsa. El testamento ológrafo, cuando la escritura está reconocida, se encuentra revestido por la ley de una especie de autenticidad que basta para probar la fecha; y desde ese momento no hay duda alguna, que si la falsedad de la fecha de un testamento ológrafo no se encuentra establecida por el testamento mismo, la alegación no sería admisible»; pero restringiendo

4ª *El testador puede dispensarse de indicar el lugar donde ha hecho el testamento, y el error que cometa en la indicación de ese lugar, no influye en la validez del testamento (art. 3644);* porque

así mi proposición, es que me coloco por encima de toda crítica; porque, ¿qué resulta de que un testamento ológrafo establezca él mismo la falsedad de su fecha? Necesariamente que él deja ignorar la época precisa de su confección, ó en otros términos, que marca él mismo con el sello de la incertidumbre la fecha que lleva; «pues una fecha incierta no es una fecha». Así, pues, el mismo autor de la teoría la reduce á una fecha incierta.

¿Qué razón habría para declarar nulo el testamento, aunque se probase que fué hecho diez años después de la fecha que indica? Si se demostrase que era capaz cuando lo hizo, en nada perjudicaría su validez. Así es que concluimos que una fecha falsa, ó simulada, no puede perjudicar á la validez del testamento, siempre que no se demostrare que en esa época era incapaz de otorgarlo. — Comp. DEMOLOMBE, XXI, 91. MERLIN, *Rep.* 1.º *Testamento*, Sec. II, § 1, art. 6, n.º 10. DEMANTE, IV, 115 bis, II.—Véanse arts. 1191, 3627 y 3642.

Quando se trata de rectificar la fecha del testamento, la última parte del artículo autoriza á los jueces para apreciar las enunciaciones que rectifiquen esa fecha, y también para admitir pruebas fuera del mismo; pero esa prueba debe ser con el objeto de determinar el verdadero sentido de las enunciaciones que rectificaran la fecha; así, dice Demolombe, XXI, 98: «bien, pues; nada se opondría á que los magistrados recurriesen á pruebas tomadas fuera del testamento, á fin de determinar el verdadero sentido de las enunciaciones que tuvieran por fin rectificar la fecha. Esta rectificación, en efecto, no resultaría menos de las enunciaciones intrínsecas del testamento, desde que los hechos extrínsecos no hubieran sido apreciados sino con el objeto de aclarar estas mismas enunciaciones»; así es que no se admitirán pruebas externas sino para fijar el verdadero sentido de las enunciaciones que rectificasen la fecha. — Comp. AUBRY y RAU, § 668, texto á la nota 12.

(Art. 3644.) La indicación del lugar, si bien puede tener alguna

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3643. — Duranton, tom. 9, n.º 36. — Grenier, tom. 1, n.º 228 bis. — Aubry y Rau, § 638. — Troplong, nos 1484 y 1489. — Toullier, tom. 5, n.º 361. — Merlin cita dos testamentos de fechas incompletas tenidos por válidos en los Tribunales de Francia. Uno tenía la fecha *mil sept trente neuf*. El otro, *mil sept soixante quatre*, olvidada en ambos la palabra *cent*. Verb. *Testament*, secc. 2, § 1, art. 6, n.º 1.

en cualquiera parte que lo hubiera otorgado, siendo argentino ó extranjero domiciliado en la República, está autorizado para testar en cualquiera de las formas establecidas por el Código; así es que tiene poca importancia el saber donde lo otorgó.

importancia para juzgar de la forma del testamento, que debe ser conforme con la ley del lugar en que se ha otorgado, nuestro Código, siguiendo la opinión general de los autores franceses, no le ha dado importancia capital, y autoriza al testador para suprimirlo, suponiendo, con razón, que lo ha hecho en su domicilio, sin admitir prueba en contra. En efecto, si suponemos que el testador es súbdito de una nación donde está prohibido el testamento ológrafo, y que se encuentra domiciliado en la República, habiendo fallecido bajo testamento ológrafo, que no indica el lugar donde fué hecho, ¿por qué permitiríamos la prueba de que fué otorgado en la nación de donde es originario, y que prohíbe esa forma? Si la ley argentina le permite suprimir el lugar de su otorgamiento, ¿por qué iríamos á investigar dónde lo hizo? Y sobre todo, ahí está el art. 3638, que autoriza al domiciliado en la República para testar con arreglo á nuestras leyes, cuando se encontrare fuera. Se habla de los domiciliados en la República Argentina, con bienes en ella, á quienes nuestro país debe protección. Tratándose de extranjeros sin domicilio en la Argentina, si en la nación á que pertenecen se les prohibiera la forma ológrafa, ó si por sus leyes se declarara nulo el testamento sin la expresión del lugar en que se hizo, el testamento será nulo, porque se rige por la ley del lugar en que se otorgó, y si no estuviere indicado debe suponerse que fué hecho en la nación á que pertenece, y donde se encuentra domiciliado.

Para los domiciliados en la República, en nada influirá el error en la designación del lugar; porque aun cuando apareciese otorgado en una nación donde la forma ológrafa fuera prohibida, se encontraría protegido por la ley argentina, que autoriza esa forma. Así es que, en caso alguno, el testamento que no contuviera el lugar de su otorgamiento sería nulo para los argentinos ó extranjeros domiciliados en la República. — Comp. MERLIN, *Rep. 1.º Testamento*, Sec. II, § 1, art. 6, n.º 12. COINDELISLE, art. 970, n.º 28 y 29. DURANTON, IX, 23, y DEMOLOMBE, XXI, 78.— Véase art. 3657.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3644. — Grenier, tom. 1, n.º 227.—Toullier, tom. 5, n.º 308.—Aubry y Rau, § 608.—Troplong, *Testament*, n.º 1480.—Demante, tom. 4, n.º 115 bis, § 2.

§ 1002. — CUANDO HUBIERE DIVERSAS DISPOSICIONES SUCESIVAS

Como el testamento ológrafo puede escribirse en la forma que el testador eligiera, si escribe sucesivamente las disposiciones firmando unas y fechando otras, deben someterse para su validez á las reglas siguientes:

1ª *Las disposiciones del testador escritas después de su firma deben ser fechadas y firmadas para que puedan valer como disposiciones testamentarias (art. 3645);* porque cada una de ellas se

(Art. 3645.) Debemos recordar aquí, que se trata de la *forma* para dar eficacia y validez á una disposición testamentaria, y que en las cuestiones de forma, que miran al orden público, no se puede faltar á las condiciones exigidas por la ley, so pena de nulidad. En derecho francés, se suscitaba esta duda, puesta por Merlin, en los siguientes términos: «cuando un testamento ológrafo contiene varias disposiciones, de las que las primeras están firmadas y fechadas, y las segundas solamente firmadas por el testador, ¿son éstas nulas, por defecto de fecha? Se contestaba sí, cuando, según la manera cómo están concebidas y colocadas, ellas no pueden considerarse como escritas inmediatamente después de las primeras y el mismo día que éstas». Nuestro artículo, resolviendo esta cuestión, ha dicho lo contrario, y exige que cada una sea firmada y fechada para que pueda valer como disposición testamentaria. Así, aún en el caso supuesto por Coin-Delisle, art. 970, n° 35, de que el testador dijese en el *post-scriptum*, sin fecha: queriendo agregar á mi presente testamento una nueva cláusula, vengo á hacerlo, etc., y firmase, esa nueva disposición no tendría valor, por más duro que esto parezca, pues no teniendo fecha, nuestro artículo la declara nula.

Y aquí debemos enunciar una cuestión que trataremos en el art. 3647, sobre si cada una de estas disposiciones separadas forman un testamento completo, cuando están fechadas y firmadas, ó si deben considerarse como uno sólo. Creo que no es un solo testamento y deben llenarse respecto de cada una de ellas las formalidades á que están sometidos los testamentos. Reputaríamos sin valor alguno la última disposición que no estuviera firmada y fechada, y con mayor razón si se tratase de la institución de heredero, que es la más importante; así, cuando se hubiera olvidado en el cuerpo del testamento, y después de la fecha y firma dijese: habiéndome olvidado de instituir heredero, ó de indicar el nombre del que instituyo, vengo á declarar que es heredero fulano de

reputa como un testamento en el que se deben llenar las formalidades exigidas; con excepción de la regla siguiente.

tal; aunque esta disposición estuviera firmada, no tendría valor por no tener la fecha. Para contradecir esta tesis, no se puede traer en apoyo la jurisprudencia francesa, ni la opinión de los comentadores de esa nación; porque el Código Napoleón, no contiene una disposición como la del artículo que estudiamos, y que ha sido puesta para disipar toda especie de duda á este respecto. Pero como lo decimos en el art. 3639, el Código no ha determinado el lugar donde debe colocarse la fecha, así puede ir al principio, en el medio, ó al fin de la disposición; por consiguiente sería válida la primera cláusula de un testamento hecho en esta forma: una disposición nombrando el heredero y distribuyendo los bienes, enseguida la fecha, y después diversos mandas y legados y la firma del testador, sin la fecha, porque la colocada al pié de la primera salva toda la disposición, pues resulta fechada y firmada, aunque la fecha se encuentre en el cuerpo de la disposición, desde que no hay necesidad que esté al principio ó al fin; pero si la primera disposición estuviera firmada y fechada, la segunda no valdría por falta de fecha; pues la primera se reputa concluida, y no puede servir para la posterior ó posteriores.

Merlin trae dos casos muy curiosos. El testador había dispuesto de toda su fortuna, y perdonado á su cuñado la suma de doscientas libras que le debía; recibió el pago durante su vida é hizo mención de su recibo en estos términos: «hoy 27 de Febrero de 1781, reconozco que mi cuñado me ha pagado las 200 libras que me debía», después de esto, hizo cinco ó seis legados y firmó las disposiciones. El Parlamento declaró válidos los legados, porque la fecha del recibo los protegía, determinando el día en que fueron hechos. El otro es más singular: la viuda de Voilain había hecho su testamento sobre la primera página de una hoja de papel de cartas, sin ponerle fecha. Había dejado en blanco la segunda y tercera página de esa hoja; pero sobre la cuarta había escrito, como se escribe ordinariamente la dirección de una carta: «esta contiene mis últimas voluntades, dirigidas á M. Battu, á quien ruego hacerlas ejecutar. Hecho en Gieu el 25 de Marzo 1761. Firmado, de la Croisette, Viuda Voilain», y del mismo lado estaba escrito: soy yo quien lo ha sellado con cera roja y en cifras, firmada, de la Croisette, viuda de Voilain. Este testamento fué atacado como nulo por falta de la fecha en la página que le correspondía, pero el tribunal lo declaró válido. Por nuestra legislación sería muy discutible; porque si bien nuestro Código no indica el lugar donde debe fecharse, es indudable que siguiendo la

2ª *Cuando muchas disposiciones están firmadas sin ser fechadas, y una última disposición tenga la firma y la fecha, esta fecha hace valer las disposiciones anteriormente escritas, cualquiera que sea el tiempo* (**art. 3646**); porque se considera que todas forman una sola disposición.

costumbre, lo será al principio ó al fin de la disposición; y que una fecha colocada en otra parte, aunque fuera en el mismo pliego, dejaría incompleta la disposición; por mi parte, en el caso citado por Merlin, me decidiría por la nulidad del testamento que no tiene fecha en la parte sustancial, encontrándose sólo en la cubierta, que sirve de dirección para el que debía ejecutarlo.

Cada una de las disposiciones debe llenar las condiciones exigidas para los testamentos ológrafos; no sólo porque se considera á cada una como un testamento separado é independiente, sino porque así lo exige la ley para darles validez; sin perjuicio de que la última disposición subsane la falta de firma de las anteriores, si está fechada y firmada; en este caso todas las disposiciones forman un testamento único. Los arts. 3646, 3647 y 3828 son decisivos sobre este punto.

(**Art. 3646.**) Es necesario llamar la atención sobre la diferencia que existe entre una disposición testamentaria que sólo se encuentra firmada, y la que únicamente está fechada. La primera es una disposición incompleta, que se anularía por la falta de fecha, mientras la segunda no es disposición, es un borrador ó proyecto sin valor alguno. De esta diferencia capital nacen consecuencias muy importantes. Así, una disposición que sólo está fechada, si ha sido seguida por otras escritas por el mismo testador, que fueron firmadas al final, formarán un testamento completo; porque la fecha puesta á la disposición anterior sirve para ésta y para las posteriores, dándoles valor, sin perjuicio de que puedan declararse nulas por falta de capacidad en el testador; pero respecto de la forma son completas. Por ejemplo, A, hace su testamento en esta forma: deseando disponer de mis bienes para después de mi muerte, ordeno por este mi testamento, que una vez ocurrido mi fallecimiento se entreguen mis bienes á B y C, por iguales partes, á quienes nombro por mis herederos. Hecho el 18 de Mayo de 1890, sin firma. En seguida escribe: lego tal cosa á mi amigo D, y pone la fecha 15 Julio de 1896, sin firmarla, á continuación hace otro legado á E, y lo fecha en 18 de Mayo de 1901, y lo firma. Ese testamento sería válido en cuanto á su *forma*; por-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3645.—Merlin, *Testament*, secc. 2, § 1, art. 6, n.º 7.—Coin Delisle, sobre el art. 970, n.º 35.

3ª *El testador no está obligado á redactar su testamento de una sola vez, ni bajo la misma fecha. Si escribe sus disposiciones*

que la última disposición hace válidas á las otras; pero si resulta que en 1890 era menor de 18 años, esa disposición será nula por incapacidad, y también lo será la de 1896, si en esa época hubiera sido declarado incapaz, quedando solamente la de 1901, en que era capaz. Si en todas esas épocas era capaz, el testamento se ejecutaría como válido.

Si suponemos que cada una de esas disposiciones no estaban fechadas, sino firmadas, no bastaría la última para dar validez á las primeras que no están completas. Por el contrario, si únicamente estuviera firmada y fechada la primera, las otras dos quedarían sin valor; y si sólo fuera firmada y fechada la segunda, quedarían sin valor las demás.

Coin-Delisle, dice sin embargo, en el art. 970, n° 36, de donde fué tomado nuestro artículo: «en efecto; es cierto por un lado, que las disposiciones en la forma ológrafa no adquieren fuerza testamentaria sino por la fecha y la firma, y por consiguiente que las disposiciones firmadas que no se relacionen con ninguna fecha expresada en el testamento no tienen aun la fuerza de última voluntad; no es menos cierto que el testador habría podido escribir en muchos años esa serie de disposiciones, é imprimirlas más tarde el carácter de testamento, fechándolas y firmándolas el día en que su voluntad se hubiera definitivamente decidido á darles valor. Las firmas que hubiera puesto á cada una de estas disposiciones son, pues, solamente superfluas y no pueden viciar las disposiciones que acompañan: *utile per inutile non vitiatur*»; pero el art. 3645 dice lo contrario. Cuando las disposiciones sucesivas fueran escritas en diversas carillas de un mismo papel, será una cuestión de hecho la de averiguar si se entrelazan y siguen las últimas disposiciones con las primeras, á fin de que la última les dé el valor que les falta. El caso citado por Merlin, y á que nos referimos en el artículo anterior, no se puede traer como ejemplo; pero sí el especial citado por Troplong, III, 1473, porque tiene la particularidad de contener la primera foja del papel toda la parte dispositiva del testamento con la fecha, y la segunda separada por completo y sólo unida por obleas, las palabras: tales son mis disposiciones testamentarias, que serán, empero, respetadas. Anulo todo testamento que puedo haber hecho antes de esta fecha. Fecha y firma del testador. Estas dos fojas volantes no estaban unidas por signo alguno, y bien podía haber una tercera ó cuarta foja, ó también pertenecer á otra disposición testamentaria. Pero se probó que el acto había sido escrito en el mismo momento, con la misma pluma y tinta, así como la misma posición de la mano, según resultaba de los caracteres de la letra. Por eso hemos dicho que en

en épocas diferentes, puede datar y firmar cada una de ellas separadamente ó poner á todas la fecha y la firma, el día en que termine su testamento (art. 3647); considerándolas como hechas en un

estos casos raros, los jueces deben decidir estudiando todas las circunstancias que sean capaces de dar una certidumbre; y cuando hubiere dudas, declarar que no corresponde á la misma disposición.

El testador tiene derecho para escribir sus disposiciones en cualquier tiempo, y en nada alterará la validez del acto, aunque se demuestre plenamente que fué hecho en diferentes épocas y en diversas lenguas cada una de sus disposiciones, desde que la última esté fechada y firmada; pero téngase presente que esta unión, por íntima que sea, y aunque se pudiera demostrar que todas fueran hechas en el mismo momento, la última disposición, que sólo fuera firmada, cuando las otras estaban fechadas y firmadas, quedaría sin valor por falta de la fecha; lo que no habría sucedido si sólo hubieran sido fechadas y faltase la firma. — Véanse arts. 3645 y 3647.

(Art. 3647.) El testador tiene completa libertad para hacer su testamento ológrafo: puede escribirlo en diversos tiempos y lugares; tiene derecho para fechar y firmar cada una de sus disposiciones, ó fecharlas sin firmarlas, ó dejarlas sin fecha ni firma, con tal que al final las firme y las feche, quedando así válidas todas las demás disposiciones anteriores.

Si suponemos que cada una de las disposiciones ha sido solamente fechada, y la última fechada y firmada, el testamento será válido y se considerará como uno á pesar de las diversas fechas. Si, por el contrario, sólo ha sido firmado en la última disposición, estando fechadas cada una de las otras, Aubry y Rau, § 668, nota 26, son de opinión que, á menos de circunstancias especiales, deben ser consideradas como válidas, y así debemos reputarlo por nuestro derecho; porque la fecha de las disposiciones anteriores se une á la última para formar un solo testamento.

En todas estas hipótesis nos encontramos con un solo testamento, porque la firma y la fecha de la última disposición vienen á dar valor á las disposiciones que no la tenían; pero la cuestión se hace más difícil cuando se tratare de disposiciones fechadas y firmadas separadamente, por las consecuencias importantes que se desprenden, pues cada una se considera como un testamento completo.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3646.—Coin Delisle, sobre el art. 970, n° 86.

sólo acto, aunque las anteriores disposiciones se encontraran firmadas.

En la primera hipótesis, si el testador hubiera sido incapaz cuando fechó, sin firmar, la disposición, no se anularía, porque no se anula lo que no tiene valor, y el testamento se reputa hecho y concluido en la última fecha, porque recién le ha puesto el sello definitivo de su voluntad, dando valor á lo que hasta entonces había sido un proyecto. Si cada disposición estuviera fechada y firmada, la que hubiera sido hecha durante la menor edad ó interdicción, no tendría valor, á menos que la confirmase expresamente en la última, cuando fuera capaz. Por las proyecciones que puede tener una cuestión de tanta importancia, hemos dicho, en el art. 3645, que no se debe considerar como un solo testamento, cuando cada una de las disposiciones estuvieran firmadas y fechadas; aunque guarden unidad y armonía entre sí; porque son manifestaciones completas aunque sucesivas de la misma voluntad.

Son dos casos diversos:

Demolombe, XXI, 129, sostiene que «si el testador ha tenido cuidado de fechar y firmar, día por día, cada una de sus disposiciones, á medida que las hacía, habría entonces tantos testamentos como fechas y firmas; testamentos, decimos, *diferentes y distintos*, de los que uno podría ser nulo, mientras el otro sería válido»; citando á Pothier, XXII, § II, pág. 95, en apoyo de esta opinión; y este príncipe de los juriscónsultos, que no envejece, porque la razón y la equidad son siempre jóvenes, dice á este respecto: «si el testamento contuviera muchas disposiciones que fueran cada una fechada y firmada, y que una de ellas no fuera escrita enteramente de la mano del testador, las otras no dejarían de ser válidas, porque son *como* otros tantos testamentos en que la nulidad del uno no debe llevar la nulidad de los otros». Son como testamentos separados, porque cada uno vale por sí mismo, sin necesidad del otro. Lo único que los distingue de los demás testamentos, es que la nulidad de una de las cláusulas por falta de formalidades no perjudica á las demás.

Puede presentarse el caso singular en que el testador haya fechado sus disposiciones y en la última dijese, que no entendía fechar y firmar sino la última disposición, entonces quedarían sin efecto las anteriores.

Así como en el testamento se pueden fechar cada una de las disposiciones separadamente, nada se opone á que el testador consigne en la última la fecha en que las ha hecho; así podrá expresar: escrito por mí el 10, 11 y 12 de Mayo de 1901; y aunque se podría decir que el testamento lleva varias fechas, esto no se opone, porque la ley lo ha autorizado expresamente.

4º *El testamento ológrafo debe ser un acto separado de otros escritos y libros en que el testador acostumbra á escribir sus negocios. Las cartas por expresas que sean respecto á la disposición de los bienes, no pueden formar un testamento ológrafo (art. 3648);*

Si el testador ha firmado sus primeras disposiciones sin fecharlas, y las que ha otorgado después están datadas sin firma alguna, el testamento sería nulo, porque las primeras no valen, por faltarles la fecha, y las posteriores menos, porque no tienen la firma; por el contrario, si las primeras sólo fueran fechadas y la última está firmada, el testamento sería válido, porque llenaría las condiciones de la ley, teniendo la fecha y la firma. — Comp. AUBRY Y RAU, § 668, texto en las notas 24 á 26. DEMOLOMBE, XXI, 129. LAURENT, XIII, 212.— Véanse arts. 3645, 3646, 3667 y 3828.

Este artículo fué corregido con arreglo á la observación que hicimos en la nota 401 de *La Instituta*; se cambió la palabra *dictar*, por la de *datar* que lleva al presente.

(Art. 3648.) El presente artículo ha venido á resolver las dudas suscitadas en derecho francés, sobre la forma del testamento ológrafo, pues hasta el presente, el testador podía otorgarlo en cualquier idioma, así como en papel, tela, madera, etc.; pero se suscitaba esta cuestión, ¿puede hacerse el testamento en un libro de gastos del testador? La Corte de Nîmes declaró válido un testamento de esta clase; y Demolombe, Merlin y otros aceptan esta decisión, pero Demante (IV, 115, bis, V,) la rechaza con estas palabras: «la naturaleza y el destino ordinario del papel empleado, deberían también ser tomados en consideración para juzgar de esta intención. No es, pues, indistintamente, así como se ha juzgado (refiriendo á la Corte de Nîmes, 20 Enero 1810), que se encontraría un testamento en el escrito sobre un registro destinado á otro uso... Todo esto, se entiende, que debe dejarse á la apreciación de los jueces». Pues bien, nuestro Código, que guardó silencio sobre la clase de materia en que debería escribirse el testamento, ahora impone la obligación de hacerlo separado de otros escritos y libros en que el testador acostumbra á escribir sus negocios. ¿Se decide por la opinión de Demante? Así parece; pero de los términos del artículo, nacen estas dos cuestiones: 1ª, ¿se debe limitar únicamente á que el testamento esté separado de los otros escritos y libros en que el testador escribe sus negocios, ó se admitirá cuando esos escritos ó libros no fueran relativos á negocios?

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3647.—Aubry y Rau, § 668.—Merlin, *Repert. verb. Testament*, secc. 2, § 4, art. 3, n.ºs 6 y 7.—Duranton, tom. 9, n.º 33.

porque son dirigidas á terceros y no revelan sino simples proyectos ó deseos del que las escribe, y como no están en su mano,

2ª, ¿se impone esta cláusula, so pena de nulidad, equiparándola á la de las cartas misivas?

Respecto de la primera, debemos decir, que tratándose de una prohibición, estamos obligados á interpretarla restrictivamente, de modo que un testamento escrito en un libro de memorias, si se puede separar de lo demás, por principiar y concluir en la misma foja, sin estar ligado, sería válido; creo aún más, que como lo decía la Corte de Nîmes, si el testamento de que se trata presenta todos los caracteres de un verdadero testamento, y que la circunstancia de su inserción en el libro del testador, lejos de debilitar estos caracteres, es un testimonio más de la certidumbre de su voluntad», debería declararse válido, pero ¿se iría contra el mandato expreso de la ley? No lo creo; como lo demostraré enseguida al examinar la segunda cuestión.

¿El artículo ha impuesto esa condición bajo pena de nulidad? No, porque no lo ha expresado así, y por los antecedentes que han precedido. En efecto; Demante, cuya opinión ha seguido el Dr. Velez-Sarsfield, no dice que el testamento hecho en esa forma sea nulo, sino que debe dejarse á la apreciación de los jueces, que determinarán según las circunstancias. No me parece propio establecer para los testamentos las disposiciones relativas á las cartas misivas; porque eso no sería aplicar por analogía una disposición á otra, pues no existe semejanza entre lo expresado en una carta y lo escrito especialmente en un libro, diciendo que es su testamento. Además, no es de buena interpretación el extender una nulidad declarada para un acto, á otro completamente diferente. Por mi parte creo que sin violar la ley, los jueces pueden declarar válido el testamento, cuando se encuentre que el testador ha tenido la voluntad de disponer de sus bienes.

Respecto de las cartas misivas, los comentadores franceses sostenían que, en general, no podían servir de testamento; pero admitían su validez, cuando de la misma carta resultare que el autor hubiera querido darle el carácter de testamento, como en el caso citado por el Dr. Llerena, del suicida que escribe una carta encargando al amigo á quien se dirige de ejecutar el testamento contenido en la misma carta. El Código ha resuelto la dificultad declarando, que *las cartas no pueden* formar un testamento ológrafo; lo que á mi juicio constituye un error de doctrina; pero está ordenado que en *esa forma* no puede existir testamento, y por más raro é injusto que esto parezca, nos debemos atener á la ley. Es raro, que habiendo dado al testador una completa libertad

cualquiera puede destruirlas; de ahí la necesidad de privar al disponente de dejar sus bienes en esa forma.

5° *El testador puede, si lo juzgare más conveniente, hacer autorizar el testamento con testigos, ponerle su sello, ó depositarlo en poder de un escribano, ó usar de cualquier otra medida que dé más seguridad de que es su última voluntad (art. 3649);* porque todas esas formalidades aumentan, si es posible, la seguridad de la validez del testamento, y jamás pueden perjudicarlo.

6° *El testamento ológrafo vale como acto público y solemne;*

para hacer su testamento, le prohíba la forma de carta, y digo así, porque según el artículo no valdría el testamento hecho en una carta, aunque no se dirigiera á la persona y quedara en poder del testador; «las cartas, por expresas que sean, no pueden formar testamento»; esto es bien categórico para que pretendamos contradecirlo, por más que lo rechacemos como doctrina. Nuestro artículo ha restablecido el art. 2 de la Ordenanza francesa de 1735, que proscribía la forma de carta. No hay autor francés que apoye la doctrina de nuestro Código. — Véanse arts. 3620, 3629 y 3632

(Art. 3649.) El testamento ológrafo no puede perjudicarse en su validez por la intervención de personas extrañas que testificaran su verdad, desde que no han intervenido en su parte sustancial. El testamento ológrafo puede convertirse en cerrado, si el testador lo ha presentado al escribano y cinco testigos expresando que contiene su última voluntad; pero no por esa circunstancia pierde su carácter de tal, pues si no pudiera valer como cerrado, tendría su valor como ológrafo; pero de ningún modo podría completarse una forma con otra. Así, por ejemplo, el testamento ológrafo que no fuera escrito todo entero por el testador, aunque estuviere firmado por cinco testigos, si se hubiera convertido en cerrado y se presentare al escribano y cinco testigos, si uno de éstos fuera incapaz y no pudiera valer como cerrado, tampoco podría subsistir como ológrafo, aunque los testigos del primero fueran capaces.

Lo que el artículo ordena es que cualquier formalidad agregada por el testador al testamento ológrafo, no puede dañarlo, según la máxima de derecho: *utile per inutile non citiatur*; pero no le da mayor eficacia, ni puede subsanar cualquier defecto respecto de la forma.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3648.—El testamento debe ser un acto escrito, hecho precisamente para probar las últimas voluntades. — Demante, tom. 4, n° 115 bis, § 6. En contra, Merlin, *Verb. Testament*, secc. 2, § 1, art. 5.—Coin Delisle, sobre el art. 970, n° 24.

pero puede ser atacado, por su fecha, firma ó escritura, ó por la capacidad del testador, por todos aquellos á quienes se oponga, pudiendo éstos servirse de todo género de pruebas (art. 3650); consi-

(Art. 3650.) El Dr. Velez Sarsfield nos dice, en la nota, que ha tenido presente la cuestión debatida en derecho francés por falta de una disposición expresa, pues nos cita á Troplong y Demolombe que la tratan extensamente. Ahora bien, la cuestión la presenta con toda claridad Demolombe, XXI, 142, al decir: «la solución de esta cuestión está subordinada á la de saber cuál es el carácter del testamento ológrafo; si es solamente un acto privado, ó si es un acto auténtico». Decidiéndose por considerarlo como privado, según el art. 999; mientras Troplong, III, 1501, dice que se diferencia de todos los otros actos y debe ser colocado en una clase aparte. Teniendo presente estas dificultades, creo que el artículo viene á resolverlas fundamentalmente cuando dice: «el testamento ológrafo *vale como acto público y solemne*»; después de una declaración tan expresa y categórica no es permitido sostener, como lo hacen algunos, que es un acto privado, haciendo renacer la cuestión del derecho francés, que no puede suscitarse entre nosotros.

Es cierto que en la nota dice el Dr. Velez-Sarsfield, siguiendo á Demolombe, que opina lo contrario de lo que el artículo resuelve, que el heredero puede limitarse á desconocer la escritura y la firma; pero como le sucede muchas veces, debido á la precipitación con que fué hecho el proyecto de Código, se citan en la nota palabras que apoyan la opinión contraria; pero que no deben tener valor cuando están en contradicción con la ley. ¡Cómo! ¿El testamento ológrafo vale como un acto público y solemne, y bastará que uno de los herederos ponga en duda la escritura y la firma para que deje de serlo? ¿Es posible concebir semejante contradicción? Si vale como un acto público, sólo puede atacarse arguyendo de falso, como se hace con los demás autos auténticos. Si bien es cierto que el art. 3692, exige para el testamento ológrafo *cerrado*, que se proceda á abrirlo por el juez y se examine á los testigos que reconozcan la letra y la firma del testador, también lo es que no manda protocolizarlo, sino que se entregue al escribano actuario para que dé las copias correspondientes de todo lo actuado. El Código nada dice del testamento ológrafo abierto, al que no le impone formalidad alguna para considerarlo como un acto público y solemne.

La ley de Procedimientos de la Capital de la República, y la de la Provincia de Buenos Aires, mandan, es cierto, que tanto el testamento ológrafo abierto, como el cerrado, sean sometidos al reconocimiento de la escritura y de la firma; pero es con el objeto de ordenar su protocoli-

deramos esta disposición de capital importancia, porque reputa al testamento ológrafo, como si fuera otorgado ante escribano público,

zación, en lo que están en su perfecto derecho, desde que se trata del procedimiento; pero en nada disminuyen la fuerza de instrumento público que tiene el testamento ológrafo, según el artículo, y tampoco podrían hacerlo. También se mandan protocolizar las escrituras públicas hechas en el extranjero, sin quitarles su carácter.

Lo que en derecho francés es cuestionable, no puede serlo en el nuestro; el que se presentare al juez del último domicilio del difunto, con un testamento ológrafo en el que se le declara heredero, pidiendo la posesión de la herencia, debería dársela, acordando la fuerza que tiene el testamento; sin embargo, como nuestro Código nada establece, los jueces se atenderán á las leyes de procedimiento. El art. 1008, Cód. Francés, faculta al Presidente del Tribunal para dar la posesión, mediante la solicitud del heredero y la exhibición del testamento. Y Troplong, respondiendo á la objeción sobre los peligros que tal procedimiento pudiera traer, dice con razón: «hay más testamentos verdaderos que falsos; hay más desconocimientos de escritura dictadas por la chicana, que por la convicción de que se ha cometido una falsedad. Preferimos la jurisprudencia que viene en ayuda de la buena fe, á la que se pone de lado de las celadas del procedimiento, y de los cálculos del mal humor».

Entre nosotros, el Dr. Segovia, ha atacado la interpretación que nace de las palabras claras del artículo, sosteniendo que el testamento ológrafo es un instrumento privado, y aunque podíamos oponer á su afirmación el texto de la ley, que dice lo contrario, vamos á seguirlo en su argumentación. Se pregunta: ¿importa esto decir que es un instrumento público? No, pues en tal supuesto no podía ser atacado, sino por medio de la inscripción de falsedad». Yo sostengo que tiene la fuerza de un instrumento público, y que sólo puede ser atacado como éstos. ¿Dónde está la disposición legal que diga lo contrario? No se me pueden oponer sino las palabras de la nota, tomadas de Demante y Demolombe, en que sosteniendo que el testamento ológrafo es un *instrumento privado*, deducen la consecuencia natural, que los interesados sin necesidad de inscribirse de falsedad del instrumento, pueden limitarse á desconocer la escritura ó la firma; pero en parte alguna se desvirtúa esta proposición clara y precisa: el testamento ológrafo *vale como acto público y solemne*; luego para atacarlo por la firma ó escritura, es necesario alegar la falsedad, como lo dice el mismo artículo; la duda manifestada, no basta para que se haga investigación alguna. No se trata de un instrumento privado firmado por el testador, en que los herederos pueden

desde que le concede la misma validez; por más que en la generalidad de los autores argentinos, lo consideren unos como un ins-

limitarse á decir, que no saben si la firma es ó no de su autor, art. 1032, y en que el acreedor debe demostrar con testigos que esa es la firma. Es un instrumento que vale como un acto público solemne.

Dice que la frase «acto público y solemne» significa que, hecha la verificación y reconocimiento requerido por el art. 3692, la ley presume la verdad y sinceridad del acto; pues antes no podría acordársele razonablemente ninguna fe, y su existencia sería acaso dudosa; pero, ¿en qué parte del Código se puede encontrar que un acto público y solemne no haga fe? El legislador habría engañado al testador al decirlo: si usted escribe de su puño y letra el testamento, lo fecha y lo firma, tiene la misma fuerza y valor que si lo hubiera hecho ante un escribano público; para venir en seguida á establecer que es un instrumento privado sujeto á reconocimiento, bastando la duda manifestada por los herederos para que el juicio de investigación tenga lugar.

¡No! El testamento ológrafo vale como un acto público, y nadie puede poner en duda su verdad, á menos de atacarlo como falso. El testamento es un título que la ley supone válido, y el que lo ataque debe demostrar su falsedad; el heredero que lo presenta no tiene obligación de probar que esa es la firma y la letra del testador, como nada prueba cuando presenta la copia de una escritura pública; ambos pueden ser falsos; pero esa falsedad lleva consigo una pena impuesta por la ley, y esa es la valla que defiende la autenticidad. ¿Quién dice al juez, que la copia de la escritura que se le presenta no está falsificada? Y, sin embargo, él la admite como válida, hasta que se demuestre el delito; pues lo mismo sucede con el testamento ológrafo; si es falso, se probará, mientras tanto se le tiene por un acto público. Pero, se dirá: cualquiera podría hacer un testamento falso y sorprender á un juez; respondemos, el mismo peligro existe para la copia de la escritura pública, que puede ser falsificada por cualquiera.

La verificación requerida por el art. 3692, se comprende; porque se trata de un documento cerrado, del que nadie puede hacerse responsable de la verdad de su contenido, pues no se conoce. Se dice, en el sobre, que es el testamento de fulano, y el que lo presentare, sea extraño ó resultare heredero, no puede saber si realmente es ó no un testamento, ni tiene responsabilidad alguna. ¿Cómo sabría el juez si es verdaderamente un testamento ológrafo otorgado por el que aparece firmado? Haciendo examinar la firma y la letra por las personas que conozcan al testador; pero, en el testamento abierto es diferente, responde de su autenticidad

trumento privado; otros como algo entre público y privado; nosotros nos decidimos por las palabras claras del texto, lo reputa-

el que lo presenta ó el heredero nombrado, y si hay falsedad, ellos serán responsables por haberla cometido ó querido valerse de ella. Por eso dice el art. 3413, el que fuere instituido heredero en un testamento sin vicio alguno, debe pedir á los jueces la posesión hereditaria, *exhibiendo* el testamento, y agrega que toda contradicción á su derecho debe ser juzgada sumariamente, porque se trata de la posesión de la herencia, dejando para un juicio contradictorio la verdad ó nulidad del testamento.

Otro de los errores, en que se incurre, es en creer que no basta la exhibición del testamento para que se le acuerde la posesión, sino después de la verificación de la firma y de la escritura, y que esa prueba debe darla el que presenta el testamento; pero afirmar esto, y decir que el testamento no vale como un acto público solemne, es una misma cosa. ¿Y en virtud de qué ley se impondría la obligación de hacer verificar un instrumento que vale como si fuera público? A los que pretenden cambiar el *onus probandi*, se les podría contestar con Troplong, III, 1500, que examinando la doctrina de la Corte de Casación Francesa, dice: «el testamento ológrafo está investido por la ley de un carácter y de una fuerza de ejecución que le son particulares, pues que da la posesión de pleno derecho al legatario universal instituido en esta forma, cuando no hay heredero de reserva. A esta posesión de derecho se une la posesión de hecho en provecho del legatario universal, que ha llenado las condiciones exigidas por los arts. 1007 y 1008. Luego, estando reunidas la posesión de derecho y la de hecho, los que quieren atacarla, destruyendo el título, deben probar el vicio, según la máxima: *onus probandi incumbit ei qui dicit*».

El heredero que exhibe un testamento ológrafo abierto y pide la posesión de la herencia, como se presenta con un documento que merece fe, debe serle acordada, si resultare que el testamento exhibido no tiene aparentemente vicio alguno, sin necesidad de prueba ni verificación, porque el documento presentado vale como un acto público solemne; si aquellos á quienes perjudica quieren atacarlo como falso ó nulo, deben hacerlo en juicio ordinario, sea alegando que no ha sido escrito por el testador, ya demostrando que á pesar de ser hecho de su puño y letra, le falta alguna de las condiciones exigidas por la ley para su validez.

El Dr. Ilerena, que defiende con muy buenas razones la tesis que se desprende de las palabras del artículo, reconociendo que el testamento ológrafo es un acto público solemne, que merece fe, reconoce también que el *onus probandi* corresponde al que ataca el testamento, pero admite

mos como un instrumento público, que no puede ser atacado sino invocando cualquiera de las cuatro causales que el artículo

que esa obligación sólo le corresponde «una vez que en el testamento se han llenado los requisitos de que habla el art. 3692», cuando no hay ley alguna que someta á esta formalidad á un instrumento que tiene toda la fuerza de uno público y solemne. Sostener semejante proposición es como si se quisieran borrar las palabras del artículo. ¿Pero de dónde viene este error en que generalmente se incurre? A mi juicio, es que no se han explicado el alcance del art. 3692; si este artículo no existiera, nadie habría exigido la verificación de la letra y de la firma. Cuando lo estudiemos trataré de demostrar con mayor amplitud, que el legislador ha querido tomar precauciones en presencia de un testamento ológrafo cerrado para darle la fuerza de un instrumento público, porque nadie responde de su autenticidad; pero una diligencia previa, que tampoco se exige como necesaria para su validez, no puede imponerse á un instrumento que tiene la fuerza de un documento público. Allí no se dice, que si los testigos llamados no reconociesen la firma y la letra, ese testamento no tenga valor. Si no hay personas que tengan motivos para conocer la letra y la firma, y aunque los llamados dijeran que no es esa la letra del testador, el juez no puede declarar nulo el testamento, si hay herederos que sostienen lo contrario; vendrá el juicio contradictorio, como sucedería en el caso de cualquier documento público.

Si admitiéramos que el testamento ológrafo fuera un instrumento privado, como se pretende, veamos las consecuencias gravísimas que se deducirían de semejante afirmación.

1º Además de tener que autenticar, por decirlo así, la firma y la letra por medio de testigos, sin que hubiera dudas, ni desconocimiento categórico por los herederos excluidos, rebajaríamos el testamento, no á la categoría de un instrumento privado, que se reputa válido mientras los herederos ó interesados no lo rechazaren ó dijeran que no saben si la firma y la escritura son de su autor; porque en el testamento ológrafo el juez, sin consultarlos, ni averiguar si se oponen ó no, ordena una investigación previa para saber si es ó no de su autor el que se le presenta, pues según esa teoría no tiene valor mientras la verificación no se hubiera hecho.

2º Que la fecha del testamento ológrafo no sería la de su otorgamiento, sino la del fallecimiento del testador, art. 1035, nº 4, resultando que quedaría revocado el testamento por acto público otorgado con posterioridad al ológrafo, porque éste tomaría la fecha cierta del fallecimiento.

indica. En el comentario sostenemos esta opinión, dando las razones que la apoyan y justifican.

3º Que habiendo varios testamentos ológrafos, revocatorios los unos de los otros, todos vendrían á tomar la misma fecha y se considerarían otorgados en el momento de la muerte.

4º Que nuestro artículo ha venido á decidir la debatida cuestión suscitada entre los comentadores franceses, que en el silencio de la ley, unos opinaban que debía considerarse con la fuerza de un instrumento público, y los otros, más numerosos y respetables, que era un instrumento privado; el Dr. Velez-Sarsfield ha seguido la doctrina de Troplong, III, 492, que sosteniendo la consagrada por el artículo, dice: «el testamento ológrafo hace fe en cuanto á su fecha; él es, en efecto, tan solemne como el testamento auténtico, en el sentido que lleva consigo la prueba de lo que él contiene. Es una verdadera ley dictada para el porvenir. El testador está colocado, en cierto modo, en la misma posición que un oficial público que imprime la certidumbre al acto del cual es el ministro... Y esta es la razón porque en el caso de concurrencia de un testamento auténtico y de uno ológrafo posterior que lo revoca, se estará á este último testamento que hace fe de su contenido». Y lo dicho por Troplong respecto de la fecha, nuestro Código lo ha extendido á *todo* el testamento.

Cuando el artículo dice, que el testamento ológrafo puede ser atacado por su fecha, su firma, escritura ó incapacidad, limita á esas cuatro causas las que pueden alegar los que lo atacaren. Las tres primeras responden á la forma del testamento mismo, y no tocan á su esencia; mientras la cuarta es completamente independiente de la forma, pues comprende la capacidad del agente. En cuanto á lo que se puede llamar la sustancia misma del testamento ó su contenido, no anula, en realidad, el testamento, quedan sin efecto las disposiciones que fueran opuestas á la ley que regía en el momento del fallecimiento del testador. — Véanse arts. 984, 3413, 3623 y 3692.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3650.—Troplong, desde el n° 1498.—Marcadé, sobre el art. 970, n° 18.—Demolombe trata esta materia extensamente en el tom. 21, desde el n° 142. Lo mismo Aubry y Rau, § 669. No es preciso entablar una acusación de falsedad: basta limitarse á negar ó desconocer la escritura, y entonces se procederá á los medios de verificarla. Demante, tom. 4, n° 115 bis, § 8.

Todas las cuestiones á que pueda dar lugar un testamento ológrafo por su escritura, fecha ó firma del testador, se encuentran tratadas en Demolombe, tom. 21, desde el n° 59; y en Troplong, en el comentario al art. 970 del Código Francés.

CAPÍTULO II

DEL TESTAMENTO POR ACTO PÚBLICO

§ 1003. — CAPACIDAD PARA TESTAR POR ACTO PÚBLICO

El testamento por acto público es el más común, y el que ofrece mayor suma de garantías; pero como es una escritura pública, aunque con mayores solemnidades, la ley ha exigido que el testador sepa hablar y pueda oír, para que exprese de viva voz sus disposiciones y escuche la lectura que el escribano debe hacer ante los testigos, por eso dice el **art. 3651**: *el sordo, el mudo y*

(**Art. 3651.**) El presente artículo ha sido objeto de críticas entre nosotros; pero me parece que se justifica perfectamente, porque se trata de actos muy trascendentales, en que el legislador debe buscar todas las garantías de seriedad y de autenticidad. Es cierto que el sordo puede leer el testamento; pero el art. 3658, dice expresamente, que bajo pena de nulidad, el testamento *debe ser leído* al testador; y como el sordo no puede oírlo, sería nulo, ó debería cambiarse la redacción del artículo, y me parece más propio exigir que todos lo oigan. Sobre todo es una formalidad exigida por la ley: el testamento debe ser leído *al testador* en presencia de los testigos; luego no basta que el mismo testador lo lea. En caso de una reforma, ¿sería conveniente suprimir esta incapacidad, agregando al art. 3658 en las palabras «debe ser leído al testador» «ó leído por éste en alta voz en presencia de testigos, etc.»? Me inclinaría á apoyar esa reforma que facilita al sordo el hacer testamento por acto público.

En cuanto á la prohibición impuesta al mudo para otorgar testamento por acto público, me parece manifiesta la incongruencia, porque si por el art. 3656, el testador puede á su arbitrio dictar su testamento al

el sordo-mudo, no pueden testar por acto público; y el que hicieren en esas condiciones será nulo y de ningún valor.

Pero como el testador no necesita ver al escribano ni á los testigos, ni el testamento mismo que debe ser escrito por el funcionario, de ahí es que el **art. 3652**, dice: *el ciego puede testar por*

escribano, ó dárselo ya escrito, ó sólo darle las disposiciones que debe contener, quiere decir entonces que el mudo que sabe leer y escribir, debía estar autorizado para testar por acto público; y esa incongruencia es más clara, si nos fijamos que el art. 3668 faculta al mudo para otorgar testamento cerrado, en que el testador debe manifestar su voluntad por escrito ante el escribano y testigos. En caso de una reforma, sería conveniente quitar la prohibición al mudo.

En cuanto al sordo-mudo, que sabe leer y escribir, debía también permitírsele testar por acto público, porque puede manifestar su voluntad de modo que el escribano y testigos tengan una completa certidumbre; pero mientras no venga la reforma, no podrán testar por acto público, el sordo, el ciego y el sordo-mudo. — Véanse arts. 3617, 3624, 3668 y 3669.

(**Art. 3652.**) La nota del presente artículo viene á confirmar lo dicho con respecto al valor que debemos dar á esas explicaciones, cuando no son conformes con la parte dispositiva de la ley. En efecto, dice el Dr. Velez-Sarsfield, en la nota, Troplong juzga que el ciego puede testar en la forma ológrafa; nosotros creemos que sería fácil cambiarle su testamento ó alterárselo», y sin embargo, en parte alguna del Código se impide testar en forma ológrafa al ciego.

Al permitir testar por acto público al ciego, el Código es consecuente, porque en parte alguna exige que el testador deba ver el testamento ni á los testigos; por el contrario, los testigos deben ver al testador, y por consiguiente no podrán serlo los ciegos.

Massé y Verger, anotadores de Zachariæ, § 417, nota 11, dicen: «en cuanto al ciego, es cierto que puede hacer donación y testamento por acto público, pues que puede *dictarlo*». Pero se ocurre preguntar, ¿sólo puede hacer su testamento dictándolo? No hay razón para reducirlo á ese único medio, desde que pueda escribir, podrá entregar sus disposiciones escritas al escribano. — Véanse arts. 3617 y 3624.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3651. — Demolombe, tom. 21, n.º 168 y siguientes. — Duranton, tom. 9, n.º 83.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3652. — Troplong, *Testament*, n.º 540, juzga que ningún inconveniente hay para que el ciego, si sabe escribir, pueda testar

acto público, pues hay la garantía suficiente en el escribano y los tres testigos que concurren al otorgamiento.

§ 1004.—DEL ESCRIBANO ANTE QUIEN SE OTORGA EL TESTAMENTO

La ley ha rodeado el testamento por acto público de todas las garantías de seriedad y de autenticidad, de tal manera, que ha prohibido el otorgarlo ante las personas ligadas por vínculos de parentesco, á fin de que puedan tener toda la imparcialidad necesaria en un acto de tanta importancia, y por eso ha dicho el **art. 3653**: *el escribano pariente del testador en línea recta en*

(**Art. 3653.**) El presente artículo fué corregido por el Congreso, cambiando la expresión «hasta el grado de tío y sobrino inclusive, y en los mismos grados de afinidad» por la de «*hasta el tercer grado de consanguinidad ó afinidad inclusive*»; pero al hacer la edición oficial se ha suprimido la última parte, que va agregada á la expresión: «á la redacción del testamento», debiendo concluir con las de «de ninguna de esas personas», como se encuentra en la edición oficial de Nueva York, declarada auténtica por dos leyes sucesivas, pues de otro modo queda incompleta; así, debe leerse: «no puede concurrir á la redacción del testamento *de ninguna de esas personas*».

La prohibición al escribano para concurrir al otorgamiento del testamento de su pariente dentro del tercer grado de consanguinidad ó afinidad, haría nulo el testamento, pues lo ejecutado contra el mandato de la ley es de ningún valor, si la ley no ha señalado otro efecto, art. 18; y no le sería aplicable el art. 985, porque allí se anula el instrumento público hecho por el escribano en que él ó sus parientes, dentro del cuarto, grado fueran interesados.

Pero se ha pretendido que este artículo carecía de razón de ser ante la disposición del 3664, agregando que la nota del Dr. Velez-Sarsfield á dicho artículo era la mejor prueba del desacuerdo del presente; en lo que encuentro un error, como voy á demostrarlo. En efecto, lo que el artículo prohíbe y anula es el testamento hecho por escribano pariente del testador, dentro *del tercer grado*: mientras el art. 3664, deja sin efecto lo que el testador dejase al escribano, su esposa y parientes dentro *del cuarto grado*, sin tocar, por decirlo así, el testamento mismo, que per-

en la forma ológrafa. Nosotros creemos que sería fácil cambiarle su testamento ó alterárselo para que no sirviera.

cualquier grado que sea, y en la línea colateral hasta el tercer grado de consanguinidad ó afinidad inclusive, no puede concurrir á la

maneja válido; lo que importa decir que no habla, ni se pone en el caso del testamento hecho por el escribano pariente del testador, que ya quedaba legislado. Una disposición no tiene correlación con la otra, pues en la primera el testamento se anula por ser hecho ante un escribano pariente del testador; en la otra, es válido, porque el escribano no es pariente; pero le prohíbe aprovecharse á él, á los testigos, sus esposas y parientes dentro del cuarto grado, de lo que disponga en su favor, á fin de impedir la confabulación, el fraude ó el engaño. Son, pues, disposiciones diversas.

Si el escribano fuera pariente del testador dentro del tercer grado, el testamento sería nulo; pero si es un extraño á quien le deja una manda, ó á su esposa, ó á un pariente del cuarto grado, el testamento es válido, anulándose la manda ó disposición hereditaria que aprovecha á él, ó á sus parientes.

Para convencerse de esta verdad, bastará hacer notar que este artículo y el 3664 han sido tomados de Aubry y Rau, § 670, texto á las notas 2 y 3, y que estos autores traen, en párrafo seguido, las dos prohibiciones, con la diferencia fundamental de que ellos declaran nulo el testamento en el segundo caso, fundándose en el art. 975, combinado con el art. 1001, mientras nuestro Código ha rechazado, con razón, esa doctrina.

Puede suceder, es cierto, que al escribano pariente dentro del tercer grado, que hace el testamento, se le deje algún legado, ó á sus parientes dentro del cuarto grado; pero, en ese caso, el testamento sería nulo, porque el presente artículo lo prohíbe, y no tendría lugar de aplicarse el art. 3664.

El escribano, llamado á concurrir al otorgamiento, debe tener las condiciones requeridas para el ejercicio de su ministerio; de modo que el testamento sería nulo, si hubiera estado suspendido ó destituido, habiéndosele comunicado, art. 983; pero, no lo sería si, ejerciendo legalmente sus funciones, hubiera sido nombrado sin tener las condiciones exigidas para desempeñarlo, art. 982; porque los particulares no pueden ser perjudicados por estos nombramientos ilegales. — Comp. DEMANTE, IV, 116 bis, II. LAURENT, XIII, 252. — Véanse arts. 981 á 984 y 3664.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3653.—Aubry y Rau, § 670.—Duranton, tom. 9, n° 52. — Troplong, sobre el art. 972, desde el n° 1514. — Demolombe, tom. 21, n° 173. — Marcadé, sobre el art. 975, n° 35 y siguientes. Sobre la capacidad del escribano, véase lo dispuesto en los arts. 979 á 986 de este Código.

redacción del testamento, en su carácter de oficial público, siendo de notar, que habría sido más conveniente extender la prohibición hasta el cuarto grado de consanguinidad, suprimiendo el de afinidad en la línea colateral, dejándola subsistente en la recta.

§ 1005. — FORMALIDADES DEL TESTAMENTO POR ACTO PÚBLICO

El testamento por acto público es una escritura pública que en general debe llenar las formas de éstas; pero sobre todo las especiales de este capítulo; así dice el **art. 3654**: *el testamento*

(**Art. 3654.**) Se vuelve á suscitar la cuestión tratada en el art. 998, sobre si el testamento debe ser hecho por el escribano mismo, so pena de nulidad. Nada justifica semejante pretensión, no sólo porque no se repiten aquellas palabras, sino porque al comentar aquel artículo expresamos que esa circunstancia no se exigía como esencial al acto mismo. En efecto, después de decir que el escribano mismo debe hacer la escritura en el protocolo, agrega en seguida el artículo: «las escrituras que no estén en el protocolo no tienen valor alguno», lo que indica claramente que si fué hecha por otro, y se encuentra en el protocolo, será válida. Si el legislador hubiera exigido esa condición como esencial para la existencia de la escritura, la habría penado con nulidad, colocando su falta al lado de las escrituras que no se encontraren en el protocolo.

Pero ante el artículo que estudiamos, no hay motivo alguno para traer de nuevo una cuestión resuelta uniformemente por nuestros tribunales, de que no es una condición esencial el que la escritura sea hecha por el mismo escribano, porque dice claramente: debe ser hecho *ante* escribano, y no escrito por él. Participaría de la opinión contraria, si el texto de la ley dijera que debía ser *escrito* por el escribano, porque creo que, en materia de testamentos, cuando se exige una forma determinada, será nulo el acto «si no tuviese la forma exclusivamente ordenada por la ley», como lo dice el art. 1044, sin que esta disposición pueda ser aplicada á las escrituras públicas que tienen su legislación especial, donde se indica las únicas condiciones que deben llenar, so pena de nulidad, por el art. 1004, expresando que las demás no anulan la escritura y sólo hacen pasible de una pena al escribano que las hubiere suprimido.

Por esta razón, creo que no se debe aplicar á los testamentos la doctrina del art. 1037, pues las formalidades exigidas para el otorgamiento de los testamentos, son, como lo dice el Dr. Velez-Sarsfield, en la nota

por acto público debe ser hecho ante escribano público y tres testigos residentes en el lugar.

3622, prescriptas no como prueba, «sino como una forma esencial, y la falta de una sola forma anula el testamento»; y no obstante, para salvar cualquier dificultad, declara expresamente que serán nulos los testamentos que no llenaron las condiciones exigidas por los arts. 3657, 3658, 3659 y 3660; pero eso no impedirá que se declarase la nulidad, cuando no se cumplieren otras de las condiciones impuestas; por ejemplo, si no fuera hecho ante escribano, ó si sólo hubiera dos testigos que lo presenciaren, apesar de que las condiciones exigidas por este artículo no son impuestas so pena de nulidad; porque la presencia del escribano y de los tres testigos, es lo que constituye el testamento por acto público; lo mismo sucedería en el caso del art. 3661, si el testador no supiera firmar y no lo hiciera á su ruego alguno de los testigos, entonces no aparecería firmado el testamento y sería nulo; ó si en este caso sólo supiera firmar uno de los testigos, cuando la ley exige que por lo menos, que sean dos: ó si el testador sabe firmar y lo hiciera uno de los testigos á su ruego, sin expresar el escribano la causa porque no pudo firmar el testador, art. 3662; en cuyo caso el testamento sería nulo; ó finalmente si el testador no pudiera testar, sino en un idioma extranjero, y sólo hubiera un intérprete para traducirlo al castellano, cuando la ley exige dos, ó si el testamento no se escribiera en los dos idiomas, ó los testigos sólo entendieran un solo idioma, art. 3663; en cualquiera de estos casos que no están expresamente penados con nulidad; el testamento sería nulo, porque «la falta de una sola forma anula el testamento».

No se puede traer en apoyo de la opinión contraria la jurisprudencia francesa, ni lo enseñado por sus comentadores, porque el art. 972 del Cód. Napoleón, es terminante al exigir que uno de los notarios debe escribirlo, tal como ha sido dictado; mientras nuestro artículo sólo manda otorgarlo *ante* el escribano, sin ordenar que sea escrito por él mismo. Tampoco se puede traer como fundamento para *crear* una formalidad no exigida por el legislador, la nota 3622 del Dr. Velez-Sarsfield, que dice hablando de la unidad de tiempo y de la simultaneidad de las formas impuestas por la ley: «no habría testamento, si la escritura por el escribano, no fuese *simultánea* al dictado del testador»; porque no ha tenido por objeto expresar que sea escrito por el mismo escribano, sino que debe llenarse la circunstancia de la simultaneidad entre lo dictado y lo escrito; tanto habría valido decir: «si la escritura no fuese simultánea al dictado del testador», porque esa es la idea expresada.

Si el artículo dijere, el testamento por acto público, debe ser hecho

Debemos fijarnos que el artículo dice, ante escribano público, lo que en cierto modo excluye la obligación de ser hecha por el

por el escribano, y no por ante escribano, ó si expresase como el art. 998, debe ser escrito por el mismo escribano, suscribiría á la opinion contraria, no por los argumentos aducidos en aquel artículo, pues allí se dice claramente que es una formalidad impuesta al escribano, que no anula la escritura, sino porque importaría exigir una forma para el testamento, que lo anularía sino se observase, en virtud del art. 1044.

La Cámara de Apelaciones de la Capital, de acuerdo con la opinion del Dr. Cortés, ha declarado válido el testamento no escrito por el escribano, apoyando esta opinion el Dr. Segovia, en su Cód. Civ. Anotado. Y el mismo Dr. Llerena, al combatir la resolución, lo hace creyendo que el artículo dice, que el testamento debe *ser escrito por el mismo escribano*, y por eso sostiene con razón, que «en materia de testamento, todo es esencial, no hay nada dispuesto por mera fórmula», y aplicando este razonamiento diríamos; como el artículo sólo exige que sea hecho ante el escribano, esa forma se ha cumplido desde el momento que se ha otorgado ante él. ¿De dónde se puede venir á exigir que el testamento sea escrito por el mismo escribano? ¿Porqué es una escritura pública? No; porque los testamentos se gobiernan por una legislación especial, y aún admitiendo que así fuera, tampoco sería nula, porque esa condición no es impuesta en las escrituras bajo pena de nulidad. Se padece en este caso una especie de alucinación, porque no sólo se lee la expresión *ante escribano*, que contiene el artículo, como si dijera *escrito por el escribano*, sino que al leer el art. 706 de Freitas, que sirvió de fundamento á nuestro art. 998, se afirma que aquel autor exige, que sea escrito por el escribano y no por sus amanuenses, lo que es cierto; pero se agrega: so pena de nulidad, cláusula que dicho autor no contiene.

¿Se aplicará á los testamentos las disposiciones de los títulos sobre *instrumentos y escrituras públicas*? Mi opinion es que si bien el testamento por acto público es una escritura pública en el sentido del art. 998, y que también es un instrumento público, según el art. 979, n° 1, es una escritura *sui generis*, que se gobierna única y exclusivamente por las disposiciones de este título; pero en cuanto á las condiciones del funcionario que lo otorga, que no atañen á la forma del testamento mismo, debe estar sujeto á lo dispuesto en los arts. 980 á 983, y también lo estará al art. 992 en cuanto á contradecir el contenido del testamento. Tampoco corresponde á la forma intrínseca de los testamentos en general, el que esté ó no en el protocolo del escribano, art. 998, pero si fuera por acto público, si no se hallare en la página donde corresponde, será nulo; por-

nismo escribano; además, respecto de los tres testigos que deben concurrir al acto, no dice si deben ser conocidos del escribano;

que el testamento es una escritura pública regida, en esta parte, por lo dispuesto respecto á la manera de llevar el protocolo. Así, cuando el artículo dice únicamente, ante escribano público y testigos, expresa que debe ser en el protocolo donde se hacen las escrituras y con las formalidades exigidas para llevarlos, sin tocar para nada la escritura misma ó el testamento.

En cuanto á los testigos, examinamos la cuestión en el art. 3696.

¿Podrá hacer el escribano válidamente un testamento en una foja volante? No, porque entonces no sería escritura pública ni tendría valor alguno. El escribano sólo puede hacer escrituras públicas en su protocolo.

Los testigos deben ser residentes en el *lugar*, dice el artículo, y en la nota agrega el Dr. Velez-Sarsfield, que no exige la vecindad sino la residencia en el lugar, porque ella es bastante para que los testigos *conozcan* al testador, y para que el escribano los conozca. Este es uno de los casos como el de las notas 3622 y 3650, en que la nota no debe tomarse en cuenta; porque en parte alguna del Código se exige como condición esencial, que los testigos deban conocer al otorgante, aunque ordinariamente así suceda. Pero vengamos á la residencia en el lugar. Creo que no es necesario que los testigos residan en el mismo lugar donde se hace el testamento, la formalidad se habrá llenado con que residan en el Municipio, Distrito ó Departamento donde se hace. ¿Podrán servir de testigos los transeúntes, que tienen su domicilio en otra Provincia? No; pero si morasen ó estuvieran, aunque temporalmente, en el lugar, se considerarán como residentes y podrán ser testigos. El Cód. de Luisiana, art. 1571, de donde fué tomado el artículo, dice: «en presencia de tres testigos residentes en el lugar donde se hace el testamento, ó de cinco no residentes en el mismo lugar», quedando así fijado el sentido de la frase residente; pero la nota de nuestro artículo le da otro alcance, pues no pide domicilio, basta morar en el lugar donde se otorga, ó habitar en él. — Comp. Dr. CORTÉS, I, pág. 325, *Fallos de la Cám. de Apel. de la Capital*, VIII, pág. 114.— Véanse arts. 3655, 3666, 3699, 3700, 3701, 3706 y 3707.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3654.—L. 1, Tít. 18, Lib. 10, Nov. Rec. Esta ley exige que los testigos sean vecinos del lugar. Para evitar cuestiones, preferimos la residencia, porque ella es bastante para que los testigos conozcan al testador y para que el escribano pueda conocerlos á ellos. Por el Derecho Romano no interviene escribano en el testamento escrito: lo mismo por la L. 1, Tít. 1, Part. 6ª. Pero en esta ley debe haber alguna omisión en la co-

todas estas cuestiones las examinamos extensamente en el comentario, porque son de grande y capital importancia.

En los casos en que no hubiera escribano público, dice el **art. 3655**: *en los pueblos de campaña y en la campaña no ha-*

(**Art. 3655.**) Se trata de suplir la falta de escribano en la campaña, ó para los casos en que, habiéndolos, estuvieran impedidos legal ó físicamente; y se debe partir de este principio: si hay escribano en el lugar y no está impedido, el testamento otorgado ante el Juez de Paz sería nulo, porque esa facultad es supletoria; así es que conviene expresar, en ese caso, la clase de impedimento para justificar el otorgamiento ante el Juez de Paz; pero será siempre válido, aunque nada se dijera, si se probare que el escribano no había podido otorgarlo; sin embargo, el artículo sólo comprende el caso en que no hubiere escribano.

¿Qué se resolvería si se demostrare, que el escribano del lugar no estaba impedido, y no obstante el juez de Paz hubiese otorgado el testamento? Me decido por la nulidad, porque de otro modo correríamos el peligro de anular la presencia del escribano, y porque la autorización de la ley es para los casos en que no lo haya.

Téngase presente que en este artículo, como en todos los demás que se refieren á la facción del testamento, se trata del funcionario habilitado para otorgarlo y de la forma en que debe hacerse, sin poner límite al testador, que puede trasladarse de un lugar á otro para hacerlo; porque la ley no le ha exigido domicilio, ni residencia en el lugar donde lo otorga, ni tampoco habría existido una razón atendible para una limitación semejante. El individuo puede trasladarse de un lugar á otro, y elegir el momento que le parezca mejor para testar; así es que me pareció original la teoría del Dr. Llerena, quien dice: «si el testador sale de su distrito, donde hay escribano, para ir á testar donde no lo hay, y lo hace ante el Juez de Paz ó un miembro de la Municipalidad, tenemos por indudable que el testamento será nulo», creando así una nulidad, que

pia, porque ya antes la L. 103, Tit. 18, Part. 3ª, declarando la forma del testamento escrito, dice: «*E de si debe escribir el Escribano todas las cosas que el testador ficiere.*» (Dijere).

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 3654. — El testamento debe ser hecho por el escribano, pero su validez no depende de que éste lo haya escrito de su puño y letra, pudiendo serlo por amanuenses como los demás instrumentos públicos.—Jur. Civ., VIII, 102, Sér. 2ª.

Al que alega su nulidad, corresponde la prueba del hecho en que la funda. El que sostiene su validez está amparado por la presunción de que el testador se encontraba en pleno goce de sus facultades mentales, pues la ley supone este estado mientras no se justifica lo contrario.—Jur. Civ., VIII, 102, Sér. 2ª.

biendo escribano en el distrito de la Municipalidad donde se otorgare el testamento, debe éste ser hecho ante el Juez de Paz del lugar

en parte alguna del Código se encuentra. En mi opinión, se ha confundido al otorgante con el funcionario que preside al otorgamiento, porque éste no puede salir del distrito que le está determinado por la ley; pero el testador puede ir á donde quiera, sea en la República ó fuera de ella, y testar con arreglo á la ley del lugar donde se encuentra, ó según la ley argentina, si es argentino ó domiciliado en la República.

Para determinar la expresión de *distrito de la Municipalidad* á que limita el artículo, la no existencia del escribano, debemos tener en cuenta que en cada provincia existe una forma diversa en la división política y judicial, y nos debemos sujetar á lo que en cada una de ellas se disponga. Así, en unas se divide en Departamentos, del que forma cabeza una ciudad ó villa, que tiene Municipalidad, que extiende su jurisdicción sólo á la ciudad; en otras hay, dentro del Departamento mismo, otras ciudades ó villas que también tienen sus Municipalidades; en este caso se debe atender al radio de la jurisdicción de cada una de ellas, y bastará que no exista escribano para que el Juez de Paz lo sustituya, aunque lo hubiere en otro lugar del mismo Departamento. La ley ha tenido por objeto facilitar, en la medida de lo posible, la facción del testamento, sin perder de vista las seguridades que un acto semejante debe tener. Si por el contrario, la jurisdicción Municipal se extendiera á todo el Departamento, la existencia de escribano en cualquiera villa del mismo no haría posible la facultad del Juez de Paz para concurrir al otorgamiento.

Sucede con frecuencia en las campañas demasiado extensas de nuestro país, que se autoriza á los escribanos para otorgar escrituras fuera del Municipio en que tiene su asiento la oficina; en ese caso el testamento que otorgase de cualquiera que estuviera dentro de la jurisdicción señalada, sería indudablemente válido; pero los vecinos de otro Municipio comprendido en la jurisdicción, no estarían obligados á ir á buscar al escribano, y podrían con perfecto derecho otorgar su testamento ante el Juez de Paz de su distrito.

En los pueblos donde no existiera Municipalidad ni escribano, se podría otorgar el testamento ante el Juez de Paz suplente, si éste se encontrara en el ejercicio de sus funciones, ó cuando el titular estuviera legalmente impedido, como si fuera pariente dentro del tercer grado de consanguinidad ó afinidad del testador.

En cuanto á la forma en que el testamento debe otorgarse, será la determinada para los escribanos, so pena de nulidad.

Si bien el artículo autoriza á cualquiera de los municipales para

y tres testigos residentes en el Municipio. Si el Juez de Paz no pudiese concurrir, el testamento debe hacerse ante alguno de los miembros de la Municipalidad con tres testigos, facilitando de este modo el que en la campaña se pueda disponer de los bienes, pero teniéndose presente que esta autorización sólo tiene efecto cuando no hubiere escribano, ó éste se encontrare imposibilitado de concurrir al otorgamiento.

En cuanto á la manifestación de la voluntad que el testador hace ante el escribano y testigos, puede tener lugar en una de estas tres formas: *el testador puede dictar el testamento al escribano (art. 3656, 1ª parte), quien lo escribirá bajo el dictado ó podrá hacerlo un dependiente, porque no es de absoluta necesidad que él lo haga personalmente, ó dárselo ya escrito (art. 3656, 2ª parte), para que el escribano lo copie en su registro, conservando la redacción propia del testador, ó sólo darle por escrito las disposiciones que debe contener para que las redacte en la forma ordinaria (art. 3656, últ. parte), en cuyo caso el escribano da la forma, siguiendo en lo fundamental las disposiciones escritas.*

otorgar el testamento, cuando el juez de Paz no pudiera concurrir, se debe tener presente que no podrán hacerlo, si por la ley tuviera un sustituto que estuviese en el ejercicio de sus funciones. Para que el testamento hecho ante cualquiera de los miembros de la Municipalidad sea válido, es necesario hacer constar, ó demostrar posteriormente, que no pudo hacerse ante el Juez de Paz ó el suplente, porque sólo á esa condición se ejerce la facultad concedida por la ley. — Véanse arts. 3672 y 3689.

(Art. 3656.) El testamento puede ser hecho bajo estas tres formas: 1ª, el testador puede dictarlo al escribano; 2ª, dárselo escrito; 3ª, darle por escrito las disposiciones que debe contener, dejando la redacción al escribano.

Sobre la primera se nota un vacío en el Código, que la jurisprudencia debe llenar. Lo primero que se ocurre preguntar es quien debe escribir el testamento. ¿Es esencial que el escribano mismo lo escriba, ó puede hacerlo un amanuense? ¿Debe escribirlo simultáneamente, so pena

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3655. — Pothier, en su *Tratado de las Donaciones y Testamentos*, Cap. 1, art. 3, § 2, nos dice que en las poblaciones de Francia donde no había escribano, se podía testar ante los oficiales municipales, ó ante los curas ó vicescuras.

En cualquiera de estas formas que el testador haya manifestado la voluntad de disponer de sus bienes para después de su

de nulidad? ¿Deben estar presentes los testigos al dictado, ó basta que lo estén á la lectura? Respecto de la primera cuestión hemos dicho en el art. 3654, que nuestro Código, á diferencia del Cód. Napoleón, art. 972, no exige, so pena de nulidad, que sea escrito por el escribano, y que no es permitido al magistrado ni al jurista crear una formalidad no exigida por la ley, y menos aun imponerla so pena de nulidad. Es cierto que el artículo dice, el testador puede dictar el testamento *al escribano*, dando á entender que éste debe estar presente al dictado, y aún que lo debe escribir; pero también lo es que el art. 3654 sólo exige que sea hecho ante escribano, y que los arts. 3657, 3658 y 3660 que determinan las formalidades que debe llenar el testamento, so pena de nulidad, no expresan que el escribano mismo deba escribirlo.

¿Debe existir simultaneidad entre el dictado y la escritura, so pena de nulidad? El Dr. Velez-Sarsfield, en la nota al art. 3622, la exige, bajo esa pena; pero por más grande autoridad que diéramos á la nota, que ya hemos dicho en repetidos lugares de esta obra, que se la debe considerar como el comentario más autorizado, sin embargo, nos resistimos, y la rechazaremos siempre que ella no esté conforme con la parte dispositiva del artículo que explica, ó cuando cree nulidades que la ley no imponga. Así, en la cuestión que examinamos, por más que en los casos ordinarios se deba escribir simultáneamente al dictado, si no se hiciera así, el testamento no se anularía, porque la garantía de la exactitud de que esa es la última voluntad del testador, no se encuentra sólo en la escritura al dictado, sino en la lectura final, pues si no está conforme, el testador alterará, corregirá ó anulará las disposiciones.

Los testigos están, por lo general, presentes al dictado del testamento, y cuando éste se hiciera en diversas sesiones, deberán estar en cada una de ellas; pero, ¿será causa de nulidad si no hubieran concurrido? Mi opinión es que en materia de testamentos, toda formalidad exigida por la ley, aunque no lo sea bajo pena de nulidad, debe invalidar el acto, porque la forma en estos casos es esencial, y si el Código dijese: «los testigos deben estar presentes en cualquier acto del testamento», esa falta anularía el acto, aunque no la exigiera bajo pena de nulidad; pero como en parte alguna del Código se dice que deban estar presentes. deducimos que el testamento dictado por el testador al escribano, sin la presencia de los testigos, sería válido si fuera leído en su presencia, como lo exige el art. 3658. ¿Qué mal podría resultar que los testigos no presenciaran el dictado, cuando esa presencia es innecesaria

fallecimiento, *el escribano debe, bajo pena de nulidad del testamento, designar el lugar en que se otorga, su fecha, el nombre de los testigos, su residencia y edad, si ha hecho el testamento, ó si sólo ha recibido por escrito sus disposiciones (art. 3657)*; debiendo

en los casos en que se lo entregara escrito? La verdadera garantía se encuentra en la lectura que el escribano debe hacer.

Cuando el testador ha entregado su testamento escrito al escribano, que es la segunda forma, los testigos no tienen papel que desempeñar hasta que el testamento no sea copiado en el protocolo, ni tienen derecho para comparar el original con la copia, su misión se limita á estar presentes á la lectura del testamento, ver al testador y firmarlo, como lo establece el art. 3658; por eso hemos dicho que la presencia de esos testigos al dictado, ni la simultaneidad entre el dictado y la copia eran necesarios, ni menos que fuera escrito por el mismo escribano. ¿Y por qué lo escribiría el escribano, si puede hacerlo un amanuense en su presencia? Porque el art. 998 dice que las escrituras públicas deben ser hechas por el *mismo* escribano; pero hemos sostenido que esa condición no está impuesta so pena de nulidad, y que si bien el testamento es un instrumento público, no se rige, en cuanto á su forma, por el título relativo á éstos, sino que tiene su legislación especial. Nos referimos á lo dicho en el comentario al art. 998.

En cuanto á la tercera, cuando el testador ha dado por escrito sus disposiciones para que las redacte en la forma ordinaria, el testador no se limitará á copiarlas como en el caso anterior; sino que tomando la sustancia de lo dispuesto en ellas, las redactará y ordenará á su modo, imprimiéndoles su sello especial de redacción. El testamento deberá expresar, so pena de nulidad, si el testador ha hecho el testamento ó si sólo ha dado escritas sus disposiciones. Sobre la primera de estas condiciones, en el artículo siguiente, haremos notar lo ambiguo de la expresión. — Comp. DEMOLOMBE, XXI, 241 y 299. — Véanse arts. 998 á 1000, 3619 y 3657.

(**Art. 3657.**) El testamento por acto público debe consignar las circunstancias siguientes, so pena de nulidad; 1ª, el lugar en que se otorga;

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3656.—El Cód. Francés, art. 972, exige que precisamente el testador ha de dictar el testamento al escribano en presencia de los testigos. Nosotros no encontramos indispensable esta forma, y en el artículo seguimos los usos del país, de los cuales no ha resultado mal alguno. Creemos también que basta que los testigos se hallen presentes al tiempo de la lectura del testamento, sin necesidad de que lo estén cuando se escribe.

tenerse presente, que cualquiera de estas circunstancias que faltare anularía el testamento. Como lo observamos en el comen-

2^a, la fecha en que se hace; 3^a, el nombre de los testigos, su residencia y edad; 4^a, si ha hecho el testamento ó sólo ha dado las disposiciones; habiéndose olvidado poner el caso en que hubiere dictado el testamento, de que se habló en el artículo anterior. Estudiaremos cada una de estas condiciones.

Por el lugar, debe entenderse, la ciudad, villa, pueblo, departamento ó distrito en que se otorgara, y esto se debe consignar, so pena de anularse el testamento; pero bastará la indicación del lugar, sin necesidad de expresar la calle y número de la casa, aunque sería conveniente hacerlo; así como si se otorgó en la oficina; pero la falta de estas indicaciones no atacará la validez del testamento, pues *el lugar* de que habla la ley, sólo comprende la ciudad ó pueblo donde se otorga, porque cuando se exige una condición como esencial para la validez de un acto, debemos limitarnos en su interpretación á tomarla en su sentido estricto, sin extenderla á otros análogos, porque sería crear nuevas causas de nulidad.

La fecha tiene una importancia capital, porque según ella se juzga de la capacidad del testador, así como de la forma que regía en el lugar donde se otorgó. Por fecha se entiende generalmente la designación del día, mes y año en que se otorga el testamento; pero se pregunta, si valdría el testamento por acto público, cuando la fecha no se expresare según el calendario, y si puede ser reemplazada por enunciaciones equivalentes, como en el testamento ológrafo, art. 3642; mi opinión es que valdría, porque la palabra *fecha*, en su sentido técnico, sólo indica el tiempo en que una cosa se hace. Pero la cuestión no tiene importancia, pues el escribano jamás dejará de poner el día, mes y año en que se hace el testamento. Más importante es la de averiguar si una fecha equivocada anularía el testamento. Creo con Demolombe, XXI, 230, que «los principios establecidos en lo concerniente á la data del testamento ológrafo, son en su mayor parte, comunes á la data del testamento por acto público; es así que la sola intención de datar no bastaría, sin duda, si no hubiera efectivamente una data; y las irregularidades que podrían encontrarse, pueden ser corregidas con la ayuda de las enunciaciones contenidas en el testamento»; porque lo interesante es saber el tiempo en que fué otorgado, y desde que en el testamento mismo existan los elementos necesarios para determinarlo, debe decidirse en favor de la validez; por el contrario, sería nulo, si fuera necesario ocurrir á hechos extraños al testamento mismo.

El nombre de los testigos que presenciaron el acto es esencial; pero

tario, el legislador argentino ha olvidado consignar, como condición esencial para la validez del testamento, el que éste con-

una designación incompleta ó el cambio de alguna letra en el apellido y nombre, no anularía el testamento; sin embargo, será una cuestión de hecho, que los jueces resolverán. Si el testamento dijese, que ha sido otorgado en presencia de tales y cuales testigos, cuya edad y residencia consigna, y apareciese firmando otro de nombre diferente, me parece evidente su nulidad, porque hay una palpitante contradicción entre lo afirmado por el escribano y lo que resulta de la escritura; se habría violado una de las formas esenciales. Hay que distinguir, pues, de cuando hubiere una equivocación en la designación del nombre y apellido, por supresión de algunas letras, de cuando es equivocada, poniendo un nombre por otro, en que se anularía el testamento. Lo que se dijo en el art. 3633, respecto á la firma incompleta del testador, debe aplicarse á los testigos, si así estuvieran acostumbrados á firmar.

La *residencia*, es una expresión general que indica el lugar donde uno vive actualmente, sin examinar si tiene ó no el ánimo de permanecer en dicho lugar; por consiguiente no se la debe confundir con el *domicilio*, aunque el Código, en diversos lugares, la pone como equivalente; pero en el presente caso debemos tomarla, como el lugar donde está el individuo, sea temporal ó habitualmente, sin hacer distinción; así, cuando el testigo está domiciliado en Córdoba, y se encuentra temporalmente en el Rosario, bastará que el escribano exprese que reside actualmente en este último punto.

La edad, en la acepción de la Academia de la lengua, es el tiempo que una persona ha vivido á contar desde que nació; pero el escribano pondrá la que declare el testigo, sin responsabilidad alguna, con respecto á la verdad, ni el testamento se anulará porque no sea cierta la edad del testigo. Si el escribano se limitase á decir, y fueron testigos fulano de tal, nacido en 1842, zutano en 1850, y el tercero, en 1854, ¿habría cumplido con el mandato de la ley que le manda expresar la edad? Así lo creo, porque la edad no está en la materialidad de decir los años del testigo, basta indicar el año en que nació, para que comparando esa fecha con la del testamento, se deduzca la edad que tiene. Al exigir el legislador que se consigne la edad del testigo, ha querido no sólo acumular todos aquellos datos que lo harían distinguir en su propia individualidad, sino también para juzgar de su capacidad para ser testigo. No hay, pues, una fórmula sacramental para designar la edad, y si bien es común el decir los años que tiene el testigo, no es de necesidad valerse de esas palabras, desde que se exprese la edad.

tenga la expresión de que fué dado por escrito, comprendida en la hipótesis del art. 3656. En las mismas condiciones se en-

Cuando publicamos la *Instituta*, en que recién entraba en vigencia el Código Civil, se habían producido dos casos, y los jueces de primera instancia decidieron que bastaba expresar en el testamento que el testigo era *mayor de edad*; combatimos en la nota 405 esas decisiones, y nuestra doctrina ha prevalecido, porque al presente la jurisprudencia es uniforme, exige se exprese la edad del testigo, como lo hace notar el Dr. Cortés, III, pág. 146.

Respecto á la cuarta condición, debemos tener presente que por el artículo anterior se autoriza para testar bajo tres formas, ó escribiendo todo el testamento, ó dictándolo, ó sólo escribiendo sus disposiciones; mientras el presente sólo exige, so pena de nulidad, que el escribano exprese si el testamento ha sido hecho por el testador, ó si ha recibido sus disposiciones. La expresión es ambigua, porque si el escribano dice: el testador ha hecho el testamento, sin explicarse si se lo dictó ó se lo dió escrito, habría cumplido con la disposición que le ordena indicar cómo tuvo lugar el otorgamiento. Es una cuestión muy grave la de anular un testamento, porque no se haya dicho que el testador lo dictó, cuando se expresa en el mismo instrumento que fué su obra, pues tan suyo es cuando lo entrega escrito, como cuando lo dicta, y desde que la ley sólo pide se diga si el testamento es obra del testador, bastará con llenarse esa forma. Así, pues, cuando el escribano expresara que el testador hizo el testamento, sin indicar la forma, si por haberlo dictado ó entregado escrito, ese testamento sería válido, porque se ha llenado la condición impuesta por la ley.

¿Qué sucedería cuando en el testamento se dijera, que el testador ha dictado el testamento, y se probara que lo ha dado por escrito? ¿Se anularía el testamento? Sería muy duro anular un testamento que aparece escrito por el mismo testador, sólo por la falsedad de la enunciación, que en nada ataca la verdad del testamento mismo; por eso me inclino á apoyar su validez, desde que se ha llenado la forma externa exigida. En efecto; lo que debe hacerse constar es que el testador hizo el testamento, si el escribano se equivocó en la enunciación, cumplió no obstante con la forma exigida al manifestar que fué hecho de tal manera por el testador. ¿Por qué se anularía entonces? Si dijo que lo había dictado cuando se presenta el testamento escrito, eso en nada probaría que no lo dictó el mismo testador, teniendo presente lo escrito; y si, por el contrario, ha expresado que se lo dió por escrito, habiéndolo dictado, no habría medio de justificarlo, y aunque así fuera, en nada alteraría la ver-

presencia de testigos, que deben verlo; y firmado por el testador, los testigos y el escribano. Uno de los testigos á lo menos debe saber fir-

quando el escribano expresare que «el testamento ha sido leído al testador y á los testigos», ó bien que «ha sido leído al testador, así como á los testigos, ó á los testigos, así como al testador»; que tales menciones deben declararse equívocas é insuficientes, porque no expresan la simultaneidad del acto, y el testamento se declararía nulo, á menos que de las demás enunciaciones en él contenidas se dedujese que todos han estado presentes, cuando se hizo la lectura del testamento.

Cuando el Congreso corrigió este artículo, habría sido de desear que hubiera sustituido las palabras *en presencia de testigos*, que son equívocas, por las de *en presencia de los testigos del instrumento*, porque es á ellos á quienes se refiere, y no á testigos extraños. Tratándose de formalidades que se ponen bajo pena de nulidad, es necesario que el legislador sea claro y preciso, no dando lugar á vacilaciones y dudas.

En cuanto á que el testamento debe expresar, que los testigos vieron al testador cuando se hacía la lectura, es tan esencial, que si faltase se anularía; porque el objeto que se ha tenido en vista es que no se pueda hacer testar á una persona que no podía hacerlo por su estado de imposibilidad física, ó para que no sea sustituida con otra. Así es que el testamento mismo debe expresar que los testigos vieron al testador; pero la misma razón habría existido para exigir que los testigos vieron también el testamento, pues si hay motivo para dudar del escribano, ó para no dejar que el acto dependa de su sola afirmación, también lo habría para sospechar de una sustitución del testamento, leyendo en alta voz disposiciones que no están consignadas. Sin embargo, creo que la mayor parte de estas formalidades no debieran ser exigidas so pena de nulidad, porque ellas no impedirán á un mal funcionario el hacer un testamento falso.

Para llenar la formalidad de que los testigos vean al testador, cuando se da lectura del testamento, es necesario que éstos no sólo se encuentren en la misma pieza y lo vean durante la lectura, porque el testamento se anularía si el testador hubiera estado tras de un biombo ó cualquier otra cosa que lo ocultara.

¿El escribano debe conocer al testador y testigos? El art. 1001, de las escrituras públicas, exige que el escribano dé fe del conocimiento de los otorgantes; pero esta condición no es esencial y su falta no anula la escritura, porque no se encuentra enunciada en el art. 1004 bajo pena de nulidad; y sin embargo en el testamento es donde debía exigirse bajo pena de nulidad, porque el escribano puede ser engañado haciendo el

mar por los otros dos: el escribano debe expresar esta circunstancia, y cualquiera omisión del oficial público en la enumeración de las

testamento de otra persona para concurrir á la división de los bienes.

Hemos dicho que el testamento es una escritura pública especial, que no se gobierna por el título de las escrituras públicas sino por las de este título, y por consiguiente debemos buscar en él todas las condiciones que debe llenar en cuanto á su forma intrínseca, y pues no se pide que el escribano de fe del conocimiento del otorgante, la omisión de esta circunstancia no anulará el testamento. Pero respecto de los testigos, el art. 3699 exige que sean conocidos del escribano. Si no los conociera, ¿se anularía el testamento? Así lo creo, aunque no se exige esta circunstancia en la forma de los testamentos; pero en aquel artículo se ordena que sean conocidos.

Otra duda ocurre á consecuencia de la ambigüedad en la redacción de este artículo. ¿Es necesario que los testigos *vean* firmar al testador y que se haga mención de esa formalidad? Ociosa sería tal pregunta, cuando el testador no supiera hacerlo; pero esto podría dar la medida de la importancia de esta formalidad, si no estuviera el art. 3660 que anula el testamento, cuando el testador sabiendo firmar declara que no sabe hacerlo, y la del art. 3659, que también lo anula si no ha sido firmado. Tal como está redactado el artículo parece que esta circunstancia no es esencial, porque dice: «debe ser leído al testador en presencia de testigos, que deben verlo»; pareciendo que concluye en esa parte la oración, porque está separada por punto y coma de la siguiente, y entonces uno se pregunta, la frase «y firmado por el testador, los testigos y el escribano» que le sigue; ¿por qué verbo está regida? ¿Por el *debe ser*, ó por el *deben verlo*? Aunque la oración queda más completa suponiéndola regida por la primera, pues su construcción sería: «debe ser firmado por el testador, los testigos y el escribano» y no quedaría bien construida si dijera: «que deben verlo, firmado por el testador, los testigos y el escribano», porque las personas que deben verlo, son los testigos con relación á la persona del testador.

Si ocurrimos á la l. 1, tit. 23, lib. 10, Nov. Rec., que el Dr. Velez-Sarsfield cita como concordante del artículo, sólo dice: «que los dichos escribanos sean avisados de no dar escritura alguna signada con su signo, sin que primeramente al tiempo del otorgar la nota hayan sido presentes las dichas partes y testigos, y firmada como dicho es», sin que hable de que los testigos deban ver firmar al testador.

El codificador probablemente tuvo á la vista los arts. 1017 y 1018 del Cód. Chileno, pues están sintetizados en el que comentamos, y tam-

referencias indicadas, anularía el testamento. El artículo dice que el testamento debe ser leído. ¿Por quién? El escribano es quien

poco encontramos esta condición como esencial, aunque parece deducirse, cuando dice el art. 1017: «mientras el testamento se lee, estará el testador á la vista, y las personas cuya presencia es necesaria oirán todo el tenor de sus disposiciones», y agrega en el art. 1018: «termina el acto por las firmas del testador y testigos, y por la del escribano, si lo hubiere», deduciéndose de estas palabras que todos han estado presentes al acto de firmarse. Pero no es esa la cuestión, sino esta otra: ¿debe expresar el testamento, so pena de nulidad, que los testigos vieron firmar al testador? Me parece tan necesaria esta formalidad, que me inclinaría á apoyar la opinión de los que la exigen, si no fuera por el silencio que guarda el artículo. Además, en parte alguna se expresa que deba hacerse so pena de nulidad, relación en el testamento, de que los testigos han visto firmar al testador, y los jueces no pueden declarar nulo un testamento que no tuviera esa enunciación, porque se sustituirían al legislador, creando una nueva condición.

En derecho francés, la cuestión es muy controvertida; porque se trata de averiguar, si el art. 14 de la ley de 25 de Ventoso del año XI, se debe aplicar á los testamentos, negándolo TOULLIER, V, 434, COIN-DE-LISLE, art. 973, n° 4, y en la nota al art. 974, n° 3, MARCADE, art. 973, n° 1, DEMANTE, IV, 116 *bis*, II, 118 *bis*, I y 119 *bis*, II, AUBRY y RAU, § cit., texto y nota 38, que apoyan la opinión que sostengo.

Merlin, *Rep. V.º Signature*, § III, art. 3, n° 1, dice en defensa de la opinión contraria: «el objeto de la ley de Ventoso es probar auténticamente, que las firmas que figuran al fin de un acto notariado, son verdaderamente las de las partes y testigos. Se entiende, en efecto, que si el notario no demuestra por una mención expresa que esas firmas no son efectivamente las de las partes y testigos, no habría certidumbre legal que no son de otras personas, que las han puesto furtivamente en el acto». Pero entre nosotros no se encuentra una disposición como la del art. 14 de la ley de Ventoso, que dice: «los actos serán firmados por las partes, los testigos y los notarios, que deben hacer mención de ello *al fin del acto*» y por consiguiente no podemos imponer la falta de mención como una causa de nulidad. Si en derecho francés, con una disposición expresa como la citada, los autores se han dividido, sosteniendo unos que no es necesaria la mención de que el testador ha firmado *en presencia de los testigos*, ¿con cuánta más razón no sería sostenible entre nosotros, cuando el Código carece de disposición alguna que lo exija?

Para confirmar la opinión que sostengo, se pueden traer las palabras

hace la lectura ordinariamente; pero ¿puede leerlo uno de los dependientes ó el mismo testador? Son cuestiones que estudiamos en el comentario.

del mismo artículo, que en seguida exige al escribano expresar la circunstancia de que uno de los testigos ha firmado por los otros dos. ¿Por qué no habría dicho lo mismo respecto de la firma del testador en presencia de los testigos? Ha guardado silencio, porque no ha creído necesaria esa mención, que tampoco la pide en las demás escrituras públicas, como puede verse en el art. 1004. Y si en las escrituras no es necesario que las partes firmen ante los testigos, ¿por qué se anularía el testamento sólo por la falta de mención, de que el testador firmó en presencia de los testigos?

Entre nosotros, el Dr. Segovia, dice: «que es esencial que los testigos vean firmar al testador, cuando lo haga, pues debiendo atestiguar la verdad de los hechos pasados en el otorgamiento (aunque no sea indispensable consignarlos en el testamento) como es que el testador firmó, es de necesidad que lo vean firmar, so pena de nulidad del testamento», confundiendo, á mi juicio, la mención que debe hacerse en el testamento, con el hecho mismo de firmarlo ante los testigos. Y si la mención no es necesaria, ¿cómo se demostraría que los testigos han visto firmar al testador? ¿Y dónde se registra esa causal de nulidad que no podría demostrarse, desde que no consta en el testamento mismo?

El Dr. Llerena, sin decidirse por ninguna de las dos opiniones, dice únicamente, que es indispensable que los testigos vean firmar al testador, y que el escribano debe hacer mención expresa de que el testador firmó en su presencia y la de los testigos; pero nada dice, si esas condiciones deben ser llenadas so pena de nulidad.

La cuestión que he estudiado es bajo el punto de vista de la mención que debe contener el testamento; porque se trata de averiguar la forma esencial, sin examinar la verdad de los hechos, y estamos conformes respecto á que la falta de mención de haber firmado el testador ante los testigos y el escribano, no anula el testamento.

Respecto á los testigos que aparezcan en el testamento original ó en la matriz, deben ser tres, so pena de nulidad, porque uno de los testigos firmará por cada uno de los otros dos que no supieran hacerlo. Es también una circunstancia esencial, que anularía el testamento, la falta de mención de que los testigos no saben firmar, y por eso lo hace uno de ellos á ruego de los otros. Lo mismo sucedería si uno ó los dos testigos supieran firmar, y no pudieran hacerlo por imposibilidad física momentánea, el escribano hará mención de esta circunstancia, también so pena de nulidad.

La firma del testador, cuando supiera hacerla, es tan esencial, que la disposición no tendrá efecto si no estuviera firmado el tes-

Cuando el testador no supiera ó no pudiera firmar y tuviese que hacerlo uno de los testigos, en ese caso deben ser dos los que por lo menos sepan firmar.

El escribano debe asistir y estar presente al otorgamiento del testamento, así como á su lectura al testador, en presencia de los testigos, aunque él no la haga, y la mención de que ha estado presente al acto, debe ser bajo pena de nulidad, porque como dice el art. 3654, el testamento por acto público, debe ser hecho *ante* escribano, de modo que sería nulo si no hubiere estado presente. Demolombe, XXI, 239, *his*, dice á este respecto: «la presencia de los notarios y de los testigos, es por otra parte, exigida sin discontinuidad, durante el otorgamiento del testamento, y en toda la serie de operaciones de las que se compone; de modo que el testamento sería nulo, si uno de los testigos se hubiera ausentado durante su formación, aunque fuera un instante», y más adelante, explicando esta circunstancia, agrega: «nuestro Código no exige en el otorgamiento del testamento la unidad de contesto, ni exige en efecto, la unidad de tiempo y de acción. Es decir, que el testamento puede ser hecho en varias sesiones, y por consiguiente, en varios días... Cuando se emplea varias sesiones en formarlo, se debe tener gran cuidado, después de haberlo interrumpido, de no volverlo á comenzar sino en presencia de todos los testigos, y de dar, en la última sesión, lectura entera al testador en presencia de los testigos», y así debemos considerarlo por nuestro derecho, porque el Código en parte alguna exige, so pena de nulidad, que el testamento se haga de una sola vez y sin interrupción; por el contrario, el Dr. Velez Sarsfield, en la nota 3622, dice, que «un testamento por acto público puede ser hecho en diversos días, si en cada sesión para formarlo, han asistido los testigos necesarios», siempre que al finalizarlo se dé lectura de todo su contenido al testador, ante los testigos.

Al finalizar el testamento será firmado por el testador, testigos y el escribano que debe autorizarlo; si el testador al tiempo de dar lectura al testamento se encontrase sordo, á consecuencia de la enfermedad, ó si hubiere perdido la palabra por la misma causa, el testamento se anularía, porque el sordo y el mudo no pueden testar por acto público, art. 3651, aunque la sordera y la mudéz fueran momentáneas, habría necesidad de esperar á que recobrarse el oído ó la palabra, según el caso. Lo mismo sucedería, si perdiera la razón en ese momento.

Se nota igualmente otra incorrección en la redacción del artículo,

tamento, y cuando el escribano lo hiciera bajo el dictado, *si el testador muere antes de firmar el testamento, será éste de ningún valor aunque lo hubiere principiado á firmar (art. 3659)*; pero si

cuando dice: «uno de los testigos, á lo menos, debe saber firmar por los otros dos», sin expresar imperativamente que debe hacerlo, como lo dice el Cód. de Chile, art. 1018: «si se hallare alguno de los testigos en el mismo caso (no saber firmar), otro de ellos *firmará* por él á ruego suyo, expresándolo así». La falta de mandato imperativo, es lo que ha hecho pensar á algunos que es facultativo hacerlo ó no. Mi opinión es que la expresión, *deben saber firmar por los otros dos*, importa decir, que el testigo firmará por los otros, pues no tiene sentido si se le quiere dar otra inteligencia. En efecto, la frase con que encabeza el artículo: «bajo pena de nulidad», se extiende á todo lo que en él se ordena, y no es admisible que el legislador hubiera dejado á voluntad del testigo el que pueda hacerlo. — Compárese sobre las diversas cuestiones tratadas en este comentario, además de los autores citados anteriormente, á SAINTESPÉS-LESCOT, IV, 1072, GRENIER, II, 243 y POUJOL, art. 973, n° 25. LAURENT, XII, 350 y sig.

El Cód. Civil Alemán, art. 2242, tiene una redacción más clara, cuando dice, condensando las demás formalidades: «el acto debe ser leído, aprobado por el testador y firmado por él mismo con su mano. Debe anunciar el cumplimiento de estas formalidades (las de los artículos anteriores). Debe ser entregado al testador, á su pedido, para que pueda verlo él mismo». Esta última indicación es de una gran prudencia, y nosotros deberíamos incorporarla, en caso de una reforma. — Véanse arts. 1001, 1004, 3633, 3657, 3659 y 3661.

(**Art. 3659.**) La firma del testador es tan esencial, que sin ella no hay testamento, cuando sabe firmar; la firma viene á poner el sello á la voluntad de disponer de sus bienes, si en el momento de hacerlo hubiera ocurrido un síncope, y al volver de él no pudiera, el escribano podría expresar esa circunstancia, y agregar en el testamento la causa porque no pudo hacerlo, pero para eso es necesario que el testador haya expresado el deseo y la intención de concluir el acto, pidiendo á uno de los testigos que firme por él; pero si hubiera perdido la facultad de hablar, ¿podría pedir por señas que se continuara el acto? Sería desvirtuar

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3658.—L. 1, Tit. 23, Lib. 10, Nov. Rec. *Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.*—*Aplicación del art. 3658.*—Véase fallo al art. 3°27.—Jur. Civ., IV, 577, Sér. 2°.

El Ministerio Fiscal tiene personería para pedir la nulidad del testamento, aún cuando existan herederos forzosos.—Jur. Civ., XIV, 72, Sér. 4°.

sólo faltare la última letra de su apellido ó únicamente la rúbrica, debía estarse por la validez del testamento. *Si el testador sabiendo*

la seriedad de un acto tan solemne, en que la voluntad del testador debe manifestarse claramente en todos los momentos. Ese testamento sería nulo, aunque el escribano hubiera agregado, que no lo firmó por haberle ocurrido tal impedimento, y que pidió por señas á uno de los testigos para que lo hiciera en su nombre.

Si el testador hubiera puesto su nombre y la mitad de su apellido, y le ocurriese la muerte, el testamento no valdría, porque no se había concluido de firmar. A este caso no puede aplicarse el art. 3633, de una firma irregular é incompleta, porque eso tiene lugar cuando tuviera la costumbre de firmarse de una manera irregular. Pero si el testador se sintiera incapaz de continuar escribiendo, puede pedir á cualquiera de los testigos que lo haga en su nombre, y el escribano hará constar esta circunstancia, siendo válido el acto.

El artículo habla únicamente de la muerte del testador sin haber concluido de firmar; ¿y si falleciera uno de los testigos ó el escribano antes de firmar? Aunque el testamento estuviera suscrito por el testador el acto sería nulo; porque si la firma del testador es esencial, lo es igualmente la de los testigos en cuya presencia se hizo la lectura, y más aún la firma del escribano, pues sin ella no existe escritura. El art. 3658 exige como una condición esencial, que el testamento sea firmado por el testador, los testigos y el escribano, porque cualquiera de éstos que falte no hay testamento.

Y lo que decimos de la muerte del testador, se aplica igualmente á su incapacidad sobreviniente, ó á la de los testigos ó escribano, de modo que el acto no pudiera concluirse; porque en cualquiera de estos casos el testamento no existiría.

En cuanto á la manera de escribir, la clase de letra y demás circunstancias que ocurrieran desfigurando la escritura, será una cuestión de hecho que se resolverá según las circunstancias de cada caso. Debemos, sin embargo, hacer notar que una sentencia de la Corte de Paris, 14 de Julio de 1852, ha decidido «que es, sobre todo cuando se trata de un testamento *in extremis*, que conviene conformarse escrupulosamente á las prescripciones dictadas por la sabiduría de los legisladores, con el objeto de prevenir los errores y sorpresas»; pero los jueces deberán tener en cuenta el estado físico del testador á consecuencia de la enfermedad, el agotamiento de sus fuerzas, la posición en que se encuentra para firmar, y demás circunstancias. Por lo demás, sería conveniente que el escribano haga constar en el instrumento, que si la firma aparece

firmar, dijere que no firmaba el testamento por no saber firmar, el testamento será de ningún valor, aunque esté firmado á su ruego por alguno de los testigos ó por alguna otra persona (art. 3660); porque el legislador ha supuesto que la negativa

ilegible ó irregular, le preguntó al testador si no podía hacerla mejor, y la respuesta que le dió ante los testigos.

Si el testador hubiera sólo puesto su nombre y apellido sin la rúbrica con que acostumbra firmar, y falleciere habiendo firmado los testigos y el escribano, el testamento sería válido, porque la rúbrica no es esencial en los testamentos, como se dijo en el art. 3633.

En el art. 3658 dijimos que el escribano debía estar presente á la lectura y firma del testamento, y aquí agregamos que esa circunstancia debe constar en el acto mismo, haciendo mención de ella, pues sería nulo en caso contrario. Como dice Demolombe, XXI, 306, en todos los casos el notario debe hacer mención de la firma del testador.—Comp. DURANTON, IX, 98. GRENIER, II, 244 *bis*. nota (a). TROPLONG, III, 1590 y MERLIN, 1.^o *Signature*.—Véanse arts. 3633 y 3658.

(Art. 3660.) Nuestro artículo se ha separado, en parte, del 973 del Cód. Napoleón, suprimiendo la segunda hipótesis; en efecto, dicho artículo dice: si el testador declara que no sabe ó *no puede* firmar; mientras el nuestro sólo comprende la declaración de *no saber firmar*. Por no haber hecho esta diferencia tan fundamental, es que se ha incurrido en el error de sostener, que es nulo el testamento cuando pudiere firmar, y manifestare que no puede hacerlo. Esta cuestión la trataremos en el art. 3662; pero desde luego indicamos, que no es una causa de nulidad, ni que haya necesidad de proceder á hacer pruebas de ninguna especie. Ha sido muy común, en otros tiempos, cuando la instrucción era muy limitada, el declarar que no se podía firmar, por la vergüenza que llevaba aparejada la confesión de no saber hacerlo.

La declaración del testador de no saber firmar, dicen Aubry y Rau, § 670, texto á las notas 77 á 79, hacen conocer suficientemente la causa de la falta de firma. No es lo mismo la declaración de *no saber escribir*. Esta última declaración no llena el voto de la ley, sino en tanto que ella se encuentra apoyada por otras enunciaciones, ó de hechos materiales resultantes del testamento mismo, que prueban que el término escribir ha sido empleado como sinónimo de firmar, ó que el testador no sabía firmar, agregando en la nota: «así, cuando el testamento demuestra que el testador interpelado para *firmar*, ha declarado que no sabe escribir,

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3659. — Véase Marcadé, sobre el art. 973.

á suscribir el testamento, responde á un secreto temor, á una coacción moral ejercida sobre el otorgante, y que ha buscado un medio indirecto para sustraerse al acto. ¿Y qué razón habría te-

esta declaración satisface el voto de la ley» porque es dada en el sentido de que no sabe firmar, y el testamento sería válido; pero al contrario, si se demostrase que el testador no sabe escribir sino firmar, y que su declaración de no saber escribir la ha hecho en el sentido verdadero de esta palabra, el testamento sería nulo. Es, pues, una cuestión de hecho.

La declaración de no saber firmar debe ser hecha por el mismo testador ante los testigos y el escribano; de todos modos el testamento será nulo si se demuestra que sabía firmar y ha continuado haciéndolo con los demás documentos. Otra cosa se decidiría si se probase que el testador sólo sabía poner su nombre, y que á consecuencia de no haberlo escrito durante mucho tiempo no pudiera hacerlo, y más aun, si en sus actos posteriores siguiera diciendo que no sabe firmar.

Téngase presente que la mención de que no sabe firmar, á que se refiere el testamento, debe provenir del mismo testador, no del escribano solamente, porque el artículo dice, y *el testador dijere que no sabe firmar*; así es que el testamento se anularía si dijera «y no firmó el testador por no saber hacerlo», porque sería el escribano quien hace la manifestación; por eso se ha suscitado en derecho francés la cuestión, cuando el testamento dice: *el testador no ha sabido ó no ha podido firmar, de lo que ha sido requerido ó interpelado*; en que unos sostienen que es válido, porque ha existido interpelación, y otros, que es nulo, porque no se encuentra la manifestación personal del testador que la ley ordena. El art. 973, Cód. Francés, exige se haga mención expresa de la declaración del testador, y el nuestro es más claro al expresar: *si el testador dijere*; luego es él y no el escribano quien debe hablar.

Cuando el testador requerido para firmar, dice que no sabe hacerlo, y ruega á uno de los testigos para verificarlo, si realmente sabía firmar, dice Demolombe, XXI, 307, «tal declaración no se consideraría, en efecto, sino como una negativa á firmar, una negativa premeditada, á fin de no dar ese testimonio de su voluntad, á disposiciones que él no hacía sino contra su voluntad, á consecuencia de obsesiones que le fueron hechas. Este mismo motivo prueba suficientemente, que no es necesario aplicar nuestra solución sino á la hipótesis en que el testador ha hecho intencionalmente una falsa declaración de este género»; no estando conforme con la conclusión, porque la ley no hace distinción alguna, ni es necesario buscar el motivo para aplicarla en sus términos expresos. Aunque el testador hubiera estado libre de toda obsesión ó solicitud; aunque se

nido para negarse á firmar, alegando no saber hacerlo, cuando era incierto? Si el testador supiese firmar, pero tuviera grandes dificultades para hacerlo, como en los casos en que sabiendo apenas escribir, se hubieran pasado muchos años sin hacerlo, y experimentase mucha dificultad, y se redujese á decir que sabe firmar, pero que no lo hace á consecuencia de esta circunstancia y ruega á fulano el hacerlo por él á su nombre; en ese caso el testamento valdría.

Si el testador no supiese firmar, puede hacerlo por él, otra persona ó alguno de los testigos. En este último caso dos de los testigos por lo menos deben saber firmar (art. 3661); pero es necesario,

demostrase que ha tenido una completa libertad, el testamento sería nulo por la falta de su firma.

El Dr. Llerena dice con razón, á mi juicio: «que la declaración de no saber firmar debe constar en el testamento mismo», y yo agregaría para completar y precisar el pensamiento: la *declaración del testador* de no saber firmar, etc., porque él es quien debe hacer la manifestación, repitiendo en este lugar lo que dice el Dr. Velez Sarsfield, en la nota 3622: «las formalidades testamentarias no son prescriptas como pruebas, sino como una forma esencial, y la falta de una sola anula el testamento», y porque es el instrumento mismo donde debe encontrarse que se han llenado todas las exigidas por la ley. Así, cuando el artículo dice: si el testador dijere que no sabe firmar, indica que ese dicho debe constar en el instrumento mismo. ¿Y de qué otro modo podría saberse lo que expresó? — Comp. DURANTON, IX, 96, 97 y 99. TOULLIER, V, 437 á 439. COIN-DELISLE, art. 973, n^{os} 3 y 9. TROPLONG, III, 1585 á 1588. VAZEILLE, art. 973, n^o 7. SAINTESPÉS-LESCOT, IV, 1078 y 1079. AUBRY y RAU, § 670, letra (e). LAURENT, XIII, 360. GRENIER, II, 242, y DEMOLOMBE, XXI, 319.— Véanse arts. 1044, 1045, 3661 y 3662.

(Art. 3661.) En este artículo se presenta de nuevo la cuestión, á saber: ¿quién debe hacer la manifestación de no saber firmar, el escribano ó el testador? ¿Debe constar en el testamento esa manifestación?

El artículo dice: «si el testador no supiese firmar», sin expresar, como en el artículo anterior, si el testador *dijere* que no sabe firmar. A

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3660.— La firma del testador es una de las formalidades indispensables toda vez que sea posible. Cuando él se niega á firmar el testamento, se hace dudosa la libertad de sus disposiciones. Hay lugar de presumir una sugestión á la cual ha querido substraerse no firmando el testamento. — Véase Marcadé, lugar citado.

no sólo que el escribano diga que tal testigo ha firmado á ruego del testador, sino que aparezca firmado el testamento en esa forma.

pesar de esta diferencia, me inclino á creer que la manifestación hecha por el escribano, sin referirse al dicho del testador, anularía el testamento, porque está en el mismo caso del artículo anterior. Es el testador quien debe hacer la manifestación de que no sabe firmar. Véase lo dicho á este respecto en el artículo anterior.

Algunos han creído que la declaración de no saber firmar no debe constar en el testamento mismo, diciendo que tal opinión importa imponer condiciones que la ley no exige; pero, ¿dónde constaría entonces la manifestación de que el testador no sabe firmar? ¿Bastaría que no firmase la escritura sin expresar por qué no lo hace? Esto me parece insostenible. La manifestación de no saber firmar equivale á la firma que falta; pero es necesario que se haga en el testamento, pues, como dice Demolombe, XXI, 308: «lo que quiere, en efecto, la ley es que la ausencia de la firma sea explicada por el testador mismo, personalmente, á fin de que sea cierto que el defecto de firma es independiente de su voluntad, y que, al contrario, habría firmado si hubiera sabido ó podido hacerlo. Cuando el notario habla él mismo, decía Lemaitre, declarando la causa de la falta de firma del testador, sin haberle preguntado, él puede engañarse: ó al menos, no juzga sino por las apariencias».

Se nota cierta imperfección en el lenguaje, cuando el artículo dice: «si el testador no supiese firmar, *puede* hacerlo por él otra persona ó alguno de los testigos», dando á entender con el verbo *puede* que es facultativo el hacerlo, cuando es de absoluta necesidad que otra persona ó uno de los testigos firme á ruego del testador; ha debido, pues, decirse «*debe* hacerlo por él otra persona ó alguno de los testigos», y así se entenderá que es obligatoria la firma.

Cuando firma por el testador una tercera persona, bastará que uno de los testigos sepa firmar; pero si lo hace uno de ellos deberán saber firmar dos por lo menos, siendo nulo el testamento en caso se faltare á alguna de estas condiciones. El testamento mismo debe contener la manifestación hecha por los testigos de no saber firmar, porque ella reemplaza, por decirlo así, la firma que falta. Lo que dijimos en el art. 3658, respecto de la firma de uno de los testigos á ruego de los otros dos, debe aplicarse en este caso, de modo que se encuentren tres firmas de testigos y la del testador. Cuando un testigo firma á ruego del testador, el otro debe firmar á ruego del que falta, pero siempre se encontrarán las tres firmas de los testigos.

La ley 1, tit. 23, lib. 10, *Nor. Rec.*, citada por el Dr. Vélez-Sarsfield

Si el testador sabe firmar y no lo pudiere hacer, puede firmar por él otra persona, ó uno de los testigos. En este caso, dos de los

como fundamento del artículo, dice: «y si no supieren firmar (las partes) firmen por ellos cualquiera de los testigos, ó otro que sepa escribir; el qual dicho Escribano haga mención como el testigo firmó por la parte que no sabía escribir»; y así debemos exigirlo en el testamento.—Comp. AUBRY y RAU, § 670, letra (c). TROPLONG, III, 1591. — Véanse arts. 1001, 3657, 3658 y 3660.

¿Qué alcance debe darse á la expresión en este último caso? Algunos sostienen que no significa precisamente que exista más de un caso, ni que importa establecer diferencia entre que sea un testigo ó un extraño quien firme por el testador, y que el alcance de esas palabras es el que tienen estas otras del artículo siguiente: *En este caso*.

La cuestión es de suma gravedad, porque el testamento no se anularía, si un tercero firmase por el testador y de los tres testigos sólo supiera firmar uno sólo, que lo hiciera por los otros dos.

Para interpretar una disposición, es necesario atenerse á las palabras de la ley; cuando son claras, no es permitido violentar el sentido, y eso es lo que debemos hacer al presente. El artículo presenta dos hipótesis para el caso en que el testador no sepa firmar: 1º, que lo haga una tercera persona que no sea de los testigos del testamento; 2º, que firme uno de los testigos; después de colocarse en estas dos hipótesis, dice: *en este último caso*; es decir, cuando firme uno de los testigos, dos de éstos deben saber firmar, por lo menos, excluyendo expresamente la primera hipótesis, porque siendo un tercero el que firma á ruego del testador, queda en el caso del art. 3658, en que basta que uno de los testigos sepa firmar y lo haga por los otros dos. Si bien es cierto que en el artículo siguiente, cuando el testador sabe firmar y no puede hacerlo, autoriza á que lo verifique un tercero ó uno de los testigos, y se sirve de la expresión *en este caso*, comprendiendo los dos en uno sólo, eso en nada desvirtúa esta disposición, ni hay derecho para someterla á lo expresado en aquélla, corrigiendo la una por la otra. Con el mismo razonamiento, y aún con mayores visos de verdad, se podría decir que la expresión de: *en este caso*, de ese artículo, debía entenderse por la de: *en este último caso*, porque hablando de dos casos diferentes, la expresión, en este caso, se debe aplicar al último, pues existe el antecedente del presente artículo. Al estudiar el artículo siguiente fundaremos esta opinión.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3661. — La L. 1, Tit. 23, Lib. 10. Nov. Rec., dispuso que cuando el que otorgue una escritura pública no sepa firmar, debe hacerlo por él otra persona ó uno de los testigos.

testigos por lo menos deben saber firmar. El escribano debe expresar la causa porque no puede firmar el testador (art. 3662); que-

(Art. 3662.) El presente artículo, comparado con el anterior, presenta uno de esos raros casos en que el magistrado y el jurista deben ceñirse en su interpretación á las palabras de la ley, por más que por analogía podrían ser regidos por una misma disposición.

En el artículo anterior se habló de cuando el testador no *sabia* firmar, y se proponían dos hipótesis: ó que fuera firmado por un tercero á ruego del testador, ó que lo hiciera uno de los testigos del instrumento, y en esta hipótesis se exigía que por lo menos dos de los testigos debían saber firmar. En el presente se propone el caso de cuando el testador sabe firmar; pero no puede hacerlo, autorizando también á un extraño, ó á uno de los testigos, para que firmen á ruego del testador; á diferencia del anterior, comprende los dos casos en uno, y dice: *en este caso* dos de los testigos deben saber firmar.

En primer lugar, son casos distintos, aunque análogos, y están legislados separadamente. ¿Por qué pretender someter el uno al otro? ¿No es más justo suponer, que el legislador, al separarlos, les ha atribuido diverso alcance, exigiendo para el uno mayores garantías que para el otro?

La verdad es que en la declaración del testador, de no saber firmar, se encuentra á la vez la causa y el efecto; es un hecho de facilísima demostración, desde que se pueden presentar todos los actos públicos anteriores y posteriores que llevan esa manifestación; mientras que cuando declara que sabe firmar, el impedimento alegado es sólo un efecto, por consiguiente es necesario conocer la causa que lo produce; por eso, con razón, el artículo ha dado tanta importancia á la manifestación de esa causa. ¿Qué extraño pues, que cuando esto ocurra, el legislador exija que por lo menos dos de los testigos instrumentales deban saber firmar? Pero el hecho real es que el Código habla de dos casos en el art. 3661 y en el presente sólo de uno; en aquel se refiere al *último caso*, dividiéndolos; en el presente habla de *este caso* comprendiendo los dos como si fuera uno, no hay pues, razón para sostener, que cuando habla del *último caso* quiere decir *este caso*, sin hacer distinción; como tampoco la habría para entender que cuando expresa *en este caso* ha querido hablar del último. Mi opinión es que, cuando el testador dice no sé firmar, y lo hace un tercero á su ruego, basta que uno sólo de los testigos sepa firmar y lo haga por los otros dos; pero si lo hace uno de los testigos, deben saber firmar dos por lo menos. Y por el contrario, cuando sabe firmar y alega un impedimento para no hacerlo, puede firmar un tercero

dando á la voluntad del otorgante el decidir sobre la posibilidad de firmarlo, de modo que el testamento será válido, cuando otro

á su ruego ó uno de los testigos, pero entonces dos de los testigos deben saber firmar. Si se tratase de corregir el artículo, sería de opinión que se adoptara la expresión del art. 3661 diciendo en *este último caso*.

Algunos autores, como Vazeille, al art. 973, nº 3, han atribuido tal importancia á la verdad de la causa alegada, que llega hasta sostener: «que la causa debe ser declarada y expresada lealmente, y que si el testador hubiera declarado que ha perdido la costumbre de escribir, y que ya no sabe firmar, ó que si hubiese dicho que la parálisis de su mano le impide firmar, bien que haya conservado la costumbre de escribir, esta mentira de su parte indicaría que no ha cedido sino á la obsesión, y que no ha querido firmar para conservar á sus herederos legítimos el medio de hacer anular el testamento»; opinión demasiado extrema y peligrosa, que ha seguido, entre nosotros el Dr. Llerena, y con la que no estoy conforme; porque la ley no autoriza investigación alguna, y sólo exige la manifestación de no poderlo hacer por tal ó cual causa que se expresará. No se debe equiparar esta manifestación á la de no saber firmar del art. 3660, porque sólo á su falsedad la ley atribuye que el testador no lo quiso hacer, y por consiguiente anula el testamento. ¿Con qué derecho se anularía el testamento, ni de donde se sacaría la facultad para ir á averiguar si es cierta ó no la causal alegada? ¿Por qué el testador se vería obligado á hacer pruebas y demostraría aparentemente que no puede firmar? Admitir semejante causante de nulidad sería abrir la puerta para un semillero de pleitos. ¿Cómo se podría justificar de una manera eficiente y que traiga al espíritu la evidencia, de que el testador no ha podido firmar? Se dice, que el escribano debe pedir al testador haga la prueba; que si no hace esa prueba el testamento será nulo. ¿De dónde nacen esas nulidades, y esa necesidad de pruebas que la ley no exige? ¿Ni de qué serviría esa prueba, si el escribano que no es médico, ni aún este mismo puede afirmar con evidencia que no puede firmar? Lo más seguro es atenernos al texto de la ley, que dice: «si el testador sabe firmar y no lo pudiera hacer, el escribano debe manifestar la causa porque no puede firmar»; la manifestación entonces reemplaza la firma, como en el caso en que no sabe hacerlo.

No se puede traer en apoyo de la teoría que combato, la jurisprudencia francesa, porque el art. 973, del Cód. Napoleón, es diferente del nuestro, pues equipara el caso de no saber firmar al de no poder hacerlo, cuando dice: si el testador expresa que *no sabe ó no puede firmar*; mientras el nuestro separa los casos, anulando el testamento cuando sabien-

lo firmara á su ruego por la sola manifestación de no poder hacerlo, aunque no alegase causa alguna, pero sería conveniente y útil el consignar la causal alegada para evitar pleitos.

do firmar dice que no sabe hacerlo, art. 3660, y únicamente lo declara nulo, cuando el escribano no ha expresado la causa alegada por el testador que dijo no podía firmar. Por eso dice Demolombe XXI, 307: «que no sabe ó *no puede* firmar decimos con el texto mismo del art. 974. De donde resulta, que el testamento sería nulo, si el testador, sabiendo ó *pudiendo* firmar, había declarado falsamente que no sabía, ó que *no lo podía hacer*». Nuestro Código no contiene tal disposición, y decimos con el artículo: que cuando el testador sabe firmar y no lo puede hacer, el escribano debe expresar la causa so pena de nulidad. Si la causa alegada es falsa ó verdadera, nadie está autorizado para averiguarla, lo que por otra parte sería inútil, porque aún en el supuesto de ser falsa, el testamento no se anularía.

Estas dificultades nacen á cada momento, á consecuencia de que se sigue á los comentadores franceses, sin notar cuando nuestro Código se separa del francés.

Dijimos en el art. 3661, que cuando el testador no sabe firmar, es necesario que su manifestación de no saberlo hacer, no la del escribano, debe constar en el testamento mismo, so pena de nulidad, porque ella importa la firma, y en esta parte estoy de perfecto acuerdo con el Dr. Llerena, que combate con sólidas razones la opinión contraria.

No estoy conforme con dicho autor en las proposiciones siguientes: 1ª, que cuando la causa alegada por el testador para no firmar, sabiéndolo hacer, fuera falsa, el testamento se anularía; 2ª, que si el testador no sabe firmar, y alega que no puede hacerlo por su enfermedad, el testamento sería nulo; 3ª, que cuando la causal alegada para no firmar no fuera un impedimento suficiente, el testamento se anularía; 4ª, que si el testador no hace la prueba de firmar, sería una causa de nulidad; 5ª, que las partes interesadas puedan demostrar la falsedad de la causa alegada y anular el testamento.

Respecto de la 1ª, la hemos estudiado, demostrando el error. La 2ª no se comprende porque se anularía el testamento, desde que por una parte existe la imposibilidad real de no poder firmarlo, y la manifestación del testador de que si no fuera por su enfermedad, lo haría, habiendo encubierto la imposibilidad verdadera, tal vez, por vergüenza de declararse analfabeto en una época en que casi todos saben leer y escribir. ¿Por qué, si verdaderamente no sabe firmar, se anularía el testamento, por ocultar bajo una causal cualquiera esa imposibilidad que lo

Si el testador no puede testar sino en un idioma extranjero, se requiere la presencia de dos intérpretes que harán la traducción en castellano, y el testamento debe en tal caso escribirse en los dos idio-

avergüenza? ¿Dónde está la ley que declare tal nulidad, que no dejaría de ser algo singular? No es permitido extender las causas de nulidad por analogía, ni se puede traer una disposición análoga, porque no existe.

Con relación á la 3ª, si bien convenimos en que la causal alegada para no firmar el testamento debe ser sincera y leal, no hay razón alguna para anularlo, si el impedimento alegado no fuera suficiente para impedirle el firmarla; porque se debe dejar completa libertad al testador de juzgarlo; así, en el ejemplo citado por el mismo autor, si el testador dijera, no puedo firmar por estar mal de la vista, la causal sería suficiente y el testamento se juzgaría válido; porque si es cierto que el ciego puede testar por acto público, eso no indica que deba firmar, aunque antes hubiera sabido escribir. Y la razón capital de la validez del testamento, es que la causal alegada está manifestada en el testamento mismo, y eso es lo suficiente, según el artículo.

Respecto de la prueba que debe hacer el testador para tratar de firmar, tampoco la exige la ley, y no hay por qué pedirla al otorgante; le basta con manifestar su deseo de firmar y expresar la causa por qué no lo hace.

¿Con qué derecho se autorizaría á los herederos para demostrar que el testador pudo firmar, y que alegó una falsa causa para no hacerlo? ¿Dónde dice que si la causal alegada fuera falsa, el testamento se declarará nulo? El único caso bien caracterizado es cuando el testador, sabiendo firmar, dijera que no sabe hacerlo, y por eso el legislador ha separado esa manifestación, que importa la negativa á consagrar con su firma el testamento, de esta otra en que dice: no puedo firmar por tal causa.

En este artículo se nota la misma incorrección del anterior en el empleo del verbo *puede*, cuando se debió usar en una forma imperativa del verbo *debe*, para expresar que si el testamento no es firmado por un tercero ó uno de los testigos á ruego del testador, sería nulo, porque no habría firma.

Cuando el testador dice que sabe firmar, pero que no puede hacerlo, sea que firme un tercero extraño á su ruego, ó uno de los testigos, dos de éstos deben saber firmar, á diferencia del artículo anterior, que sólo exige esta condición en el último caso.

Separándose este artículo del 973 del francés, no se deben tomar por guía los comentadores de esa nación. — Véanse art. 3660 y 3661.

mas. Los testigos deben entender uno y otro idioma (art. 3663); porque de otro modo no podrían saber si la traducción está bien

(Art. 3663.) Dijimos que la omisión de cualquiera de las formalidades exigidas para los testamentos, los anulaban, porque no son impuestas por el legislador como pruebas, sino como formas esenciales, que su supresión traería como consecuencia la nulidad del instrumento. Así, cuando en este artículo se exige la presencia de los intérpretes para traducir al castellano las disposiciones del testador, si concurriera uno solamente, el testamento no valdría, é igual cosa se puede decir, cuando el testamento no fuera escrito en los dos idiomas, aunque la adición al art. 132, del Cód. Prusiano, de donde fué tomado nuestro artículo, exprese: «que la omisión de la redacción en las dos lenguas no anula el testamento»; porque es una condición esencial, y se impone con mayor evidencia, si suponemos el caso en que el escribano no entendiera el idioma del testador; porque al hacerlo por el dictado de los intérpretes, sino existiera testamento, ellos serían los que testaran, sin que el testador supiera que el instrumento firmado contiene su voluntad.

Si el testador no sabe escribir, los intérpretes lo escribirán en el idioma del testador, á quien se lo leerán y harán la traducción al castellano, de donde la copiará el escribano en su registro. La traducción, así como lo escrito por ellos en el idioma del testador, serán firmadas por los intérpretes y anexadas al acto. Así debe completarse esta disposición, que de otro modo, no podría explicarse. En efecto, ¿cómo escribiría el escribano en una lengua si no la conoce, ni cómo encargar á los intérpretes que se constituyan en amanuenses del escribano? En mi opinión se debe seguir al Cód. Civil Alemán, art. 2244, con la diferencia que en vez de ser un intérprete, nuestro artículo pide dos; dice dicho artículo: «si el testador declara que no sabe la lengua alemana, se debe llamar un intérprete para la confección del testamento. A este intérprete es necesario aplicarle las disposiciones de los arts. 2234 á 2237, relativas á los testigos. El acto debe ser traducido en la lengua de que se sirve el testador. Esta traducción debe ser hecha, certificada y leída por el intérprete y después anexada al acto. El acto debe contener la declaración del testador, que no sabe el alemán, así como el nombre del in-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3662. — La declaración de no saber ó no poder firmar suple la firma, porque ella significa que el testador firmaría si le fuese posible. Esta declaración, y no sólo el hecho de la impotencia, es la que debe ser expresamente mencionada. Lo mismo está ordenado para los actos ordinarios respecto á las firmas de las partes. Pero la ley debe exigir una declaración más precisa, expresándose la causa que le impedía firmar.

hecha, y expresa la voluntad del testador. ¿Pueden los intérpretes servir de testigos del mismo testamento? En el comentario

intérprete y la constatación que éste ha hecho, certificado y leído la traducción. El intérprete debe firmar el acto». Nuestro artículo nada de esto exige; pero los escribanos, en previsión y para evitar cuestiones, deben llenar todas esas formalidades. Sin embargo, no creo que el testamento se anule si dejasen de observarse las formalidades que hacemos notar, porque no son exigidas por el Código, y éste sólo pide que concurren dos intérpretes para hacer la traducción al castellano, y que se escriba en los dos idiomas.

El testamento debe contener la declaración del testador, hecha por medio de los intérpretes, de que no entiende el idioma castellano.

No creo que si el testador presentare el testamento escrito y firmado, bastaría con protocolizarlo, firmando los testigos, sin necesidad de escribirlo en el idioma extranjero, bastando con traducirlo, como lo propone el Dr. Llerena; porque una formalidad exigida por la ley no puede reemplazarse por otra, aunque dé el mismo resultado, como sucedería en este caso. La forma exigida es esencial y no puede alterarse.

¿Deben firmar el testamento los intérpretes? Me parece que no ofrece dudas, aunque el artículo no exige tal formalidad, sino la presencia de los intérpretes y que hagan la traducción de lo que el testador quiere ordenar; pero también creo que el testamento no se anularía por la falta de la firma, si el escribano expresase el nombre de los intérpretes, manifestando que habían hecho la traducción ante el testador y testigos. No se pueden imponer más formalidades que las indicadas por la ley.

¿Cómo y por quién debe ser leído el testamento en este caso? Si el escribano conoce el idioma extranjero, él debe leer ambos testamentos ó cualquiera de sus dependientes, y aún cualquiera de los intérpretes que no son testigos del instrumento. Ya se sabe que la lectura al testador, ante los testigos, es condición esencial.

¿Pueden ser testigos los mismos intérpretes? La ley no exige sino la presencia de dos intérpretes, y aunque al final del artículo diga que los testigos deben conocer ambos idiomas, dando á entender que deben ser otros que los intérpretes, eso no obsta para que lo fueran. En efecto, si la ley sólo exige la presencia del escribano y tres testigos, para la validez del testamento por acto público, no ha sido la mente del legislador el aumentarlos á cinco, cuando el testador no supiese el castellano, porque de otro modo lo hubiera expresado tratándose de una modificación tan fundamental, no lo ha dicho, y por consiguiente sería válido, si los testigos mismos fueran los intérpretes. ¿Qué condiciones deben tener los

estudiamos esta cuestión. Me parece, que entendiendo los testigos y el escribano uno y otro idioma, se ha podido prescindir de los intérpretes, desde que ofrece todas las seguridades de autenticidad.

Hemos dicho en el art. 3653 que el escribano, pariente consanguíneo ó afin dentro del tercer grado, no podía hacer el testamento de su pariente, ahora venimos á hablar sobre las mandas, legados ó institución de herederos á sus parientes, y el legislador, á fin de garantizar la completa independencia y seriedad del acto, ha dicho: *el escribano y testigos en un testamento por acto público, sus esposas, y parientes ó afines dentro del cuarto grado, no podrán aprovecharse de lo que en él se disponga á su favor (art. 3664);*

intérpretes? ¿Deben ser traductores públicos con título? También la ley guarda silencio; pero es evidente que se ha referido á los que tienen este título expedido por la autoridad correspondiente, y no á los que se digan tales sin justificar que lo son. En esta parte debemos seguir lo que dispongan las leyes generales sobre traductores públicos. El art. 999, al hablar de las escrituras hechas por los que no entienden el idioma nacional, se refiere á los traductores públicos, y así debemos entenderlo en este caso.—Comp. GOYENA, art. 566.—Véanse arts. 999, 3641 y 3700.

(Art. 3664.) Se ha considerado por algunos, que el presente artículo hace inútil la existencia del art. 3653; pero en aquel lugar explicamos el error, pues ambos legislan casos completamente diversos. Nos remitimos á lo dicho en el comentario á ese artículo indicando únicamente que el art. 3653 habla del escribano, pariente del testador dentro del tercer grado en la línea colateral y en cualquiera de la recta, anulando el testamento, mientras el presente se refiere al escribano que no es pariente, y que recibe él ó sus parientes una manda, en que no se anula el testamento, sino la disposición á su favor ó de sus parientes.

La dificultad la han indicado otros autores al comparar la presente disposición con los arts. 3702 y 3706, y vamos á tratar de armonizarlos sin alterar los textos, ni hacer supresiones de disposiciones legales, como algunos lo aconsejan.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3663.—El caso del artículo puede suceder todos los días en estos países, donde la corriente de inmigración trae tantas personas de diversos idiomas. Los escritores franceses sobre la materia no hallan efectivamente como salvar la dificultad. Nosotros aceptamos el art. 126, Tít. 12, Parte 1ª del Cód. Prusiano.

pero esas mandas ó legados, que se anulan por ser hechas contra la prohibición de la ley, no tienen el poder de anular el testamento

El artículo dice: el escribano y *testigos*; y toda la dificultad consiste en la palabra subrayada; si no existiera, serían casos completamente diversos. El escribano y testigos, sus esposas y sus parientes ó afines dentro del 4º grado *no pueden* aprovecharse de lo que se disponga en su favor en el testamento. El texto del artículo no habla de nulidad, y la nota del Dr. Velez-Sarsfield confirma la opinión de que el testamento es válido en todas las demás partes, quedando sin efecto en lo que se relaciona con las mandas. Pero se pregunta, ¿si el testigo es el que recibe la manda, el testamento será válido? Por el texto de este artículo sólo se deja sin efecto la manda, mientras según los arts. 3702 y 3706, el testamento sería nulo. ¿Cómo conciliar esta especie de incongruencia? Separemos primeramente los casos.

Cuando es el escribano ó sus parientes los que reciben la manda, no hay dificultad alguna, porque los casos son diferentes; el testamento será válido y no tendrá efecto la manda; pero es uno de los testigos el legatario ó heredero. ¿Será nulo el testamento ó únicamente la manda? Por mi parte hago la distinción siguiente, que se impone en todos los casos: el testamento es válido, y sólo la manda queda sin efecto, cuando hubiere los testigos suficientes en el testamento; en caso contrario será nulo. Y la razón en que me fundo es que el presente artículo habla de los testamentos válidos, como lo expresa en la nota el Dr. Velez-Sarsfield, que no se anulan por la circunstancia de la manda hecha, á una persona incapaz, pues supone llenadas las formalidades externas, mientras el art. 3706 se refiere expresamente á los testigos que deben concurrir á la formación del testamento; el presente habla de los que no pueden recibir mandas ó legados, aquel de los que no pueden atestiguar; el uno comprende á los que tienen incapacidad para recibir, cuya incapacidad no ataca al testamento mismo, sino anula la cláusula; el otro de los incapaces para atestiguar y cuya incapacidad, tocando á la forma del testamento, lo anula, si no queda el suficiente número de testigos capaces.

Si suponemos que han concurrido al testamento cinco testigos y á dos de ellos el testador les ha dejado mandas, el testamento será válido, pues quedan tres hábiles; pero los otros dos no recibirán los legados porque han concurrido como testigos; en vano se diría, que si la presencia de esos testigos no se toma en cuenta, porque han quedado los suficientes para atestiguar si deberían recibir las mandas; les contestaríamos con los términos expresos del artículo, que el escribano y los testigos

misimo, como en el caso del art. 3653; porque una cosa es prohibir á los parientes del escribano el sacar provecho del testamento,

no podrán aprovechar de lo que en el testamento se disponga en su favor.

Es cierto que en los casos ordinarios, cuando uno de los tres testigos recibiera una manda, el testamento se anularía; pero también lo es que el artículo no dice lo contrario, porque no habla de nulidad; es la nota del Dr. Velez-Sarsfield la que introduce la con'usión, porque en ella se dice que en el sistema francés se anula el testamento en virtud del art. 975, Cód. Napoleón; pero esa misma nota se encuentra destruida por la del art. 3706 en que hablando de los testigos adopta el sistema rechazado en este lugar. Así es que, al interpretar estos artículos, debemos hacer caso omiso de las notas y atenernos únicamente á su texto. Y si los estudiamos con el vivo deseo de descubrir el pensamiento del legislador y de explicarlo, de modo que se armonicen las disposiciones del mismo Código, tenemos forzosamente que decir: la disposición de este artículo, pena con incapacidad para recibir por el testamento á cuya formación concurren, al escribano y testigos, sus esposas y parientes dentro del cuarto grado, sin ocuparse de la nulidad ó validez del testamento, mientras el art. 3706 incapacita para atestiguar á los que reciben algún provecho del testamento mismo. Que ambos artículos no se rozan, cuando se tratare del escribano, su esposa y parientes dentro del cuarto grado, en que las mandas hechas en su favor no anulan el testamento, y bastaría esta sola circunstancia para justificar la existencia de él.

El defecto que le encontramos es la palabra *testigo*, que suprimida en la nota y en el artículo, harían desaparecer la dificultad é incongruencia que presenta con el art. 3706; porque, en ese caso, el testamento sería válido siempre, anulando las mandas, y también lo sería cuando uno de los testigos fuera interesado en el testamento. Y me inclino á creer que esa ha sido la intención del Dr. Velez-Sarsfield, cuando nos indica que veamos á Coin-Delisle, art. 971, n° 16, que dice: «pero concluir de ahí, como se hace, que un legado cualquiera hecho al notario que hace el instrumento, anula el testamento, según la opinión generalmente adoptada, es llevar demasiado lejos las consecuencias, y anular actos perfectos, por el vicio de una disposición. Si el legado hecho al notario es nulo como contrario á las buenas costumbres, si es nulo como contrario al principio *nemo potest esse autor in re sua*, es por una consecuencia de la naturaleza de las cosas; hay, pues, vicio en la disposición, vicio de fondo, pero parcial. No puede haber vicio *de forma* donde ley

y otra prohibirle que intervenga en su otorgamiento. Cuando los testigos que intervienen en el testamento fuesen los que reciben

alguna sobre la forma no ha establecido el principio ni la nulidad... Si nada indica que el notario haya abusado de su influencia para obligar al moribundo en lo demás del testamento; si el notario no ha escrito él mismo la disposición, sino porque está obligado á escribir todas las disposiciones que le son dictadas, ¿por qué se destruiría lo demás del testamento?» He transcrito todo el párrafo para demostrar que el Dr. Velez Sarsfield ha tenido presente al notario, y por una equivocación disculpable en la premura con que se hizo el proyecto, ha sido llevado al redactar el artículo por la disposición del art. 975, Cód. Francés, del que pretendió separarse.

No puedo aceptar, pues, la interpretación que suprime uno de estos dos artículos, porque eso sería corregir la ley, y porque no se interpreta una disposición suprimiéndola. Tampoco acepto la explicación que algunos dan, diciendo que la violación del art. 3706 no trae la nulidad del testamento, si no simplemente la nulidad del beneficio; ni menos que ese artículo contenga un principio general cuyo alcance está limitado por el presente; porque entre una disposición que prohíbe y otra que permite, se debe estar á la prohibición, que siempre es de orden público; pero como en este caso estamos en presencia de una prohibición, que se refiere á la forma externa del testamento, como es la del art. 3706, y la del presente artículo, que sólo mira al fondo mismo, sin declarar ni la validez ni la nulidad del testamento, debe prevalecer la prohibitiva. En los arts. 3702 y 3706 volveré á ocuparme de esta cuestión, que es de capital importancia.

El artículo habla sólo de los parientes ó afines del escribano dentro del 4º grado, y se pregunta: ¿rige esa limitación en la línea recta, ó se debe tomar, como se decía en el art. 3653, en cualquier grado de esta línea? Mi opinión es que en la línea recta el impedimento se extiende á cualquier grado, porque, en general, en esta línea no se cuentan los grados.

Las esposas y parientes dentro del cuarto grado del escribano y testigos no pueden aprovecharse de lo que en el testamento se disponga, y este es otro de los casos en que el testamento es válido, anulando las mandas ó legados, justificándose así la existencia necesaria de estos dos artículos, pues si uno de ellos no existiera, quedarían sin legislar las hipótesis diversas que hemos estudiado. Concluimos, pues, que el presente artículo legisla los casos en que el escribano ó sus parientes ó los parientes de los testigos dentro del grado prohibido recibieran alguna

las mandas, el testamento se declarará nulo; porque la disposición del art. 3706 es terminante; pero si quedasen testigos suficientes, sólo se anularía la manda ó legado.

manda, circunstancia que no anulará el testamento, dejando únicamente sin efecto la disposición; pero si los testigos recibieran la manda, y no hubiera el número hábil que requiere el testamento, éste se anularía, porque no han podido ser testigos del instrumento. — Comp. MERLIN, *Rep. 1.º Lagatario*, § 21, nº 19. DELVINCOURT, II, pág. 85, nota 3. VAZEILLE, art. 975. COIN-DELISLE, art. 975, nº 31. GRENIER, II, 248, nota 6. — Véanse arts. 985, 3288, 3289, 3653, 3702 á 3707.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3664.—Cód. de Holanda, art. 954. — Prusiano, 133, Parte 1ª, Tit. 12. — De Vaud, art. 655. — Sobre la materia, véase Goyena, art. 614. — Por el Cód. Francés, art. 975 combinado con el 1001, no sólo no tienen efecto las disposiciones del testador en provecho del escribano, de los testigos y de los parientes dentro del cuarto grado, sino que es nulo todo el testamento. Siguen al Cód. Francés, el de Luisiana, arts. 1585 y 1586, el de Nápoles, art. 901, el de Austria, 594, y así lo enseñan los autores citados en la nota al art. 3653 de este Código. Nosotros decimos con Goyena, que un testamento es una cosa muy grave para declararlo absolutamente nulo por sólo la sospecha de un interés personal que puede recaer en alguna de las mandas sin afectar en nada por lo demás la veracidad ó idoneidad del escribano ó testigos. — Véase Coin Delisle, sobre el art. 971, nº 16.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3664.—La existencia de un legado prohibido por la ley, no anula el testamento. — Jur. Civ., III, 218, Sér. 3ª.

CAPÍTULO III

DEL TESTAMENTO CERRADO

§ 1006. — CAPACIDAD PARA OTORGAR EL TESTAMENTO CERRADO

El testamento cerrado es una forma intermedia entre el ológrafo y el testamento por acto público. La ley ha querido, al permitir esta forma, que el testador pudiera mantener oculta su voluntad, sustrayéndolo á la eventualidad de que se extravíe el testamento, y ha exigido las condiciones más elementales, así dice el **art. 3665**: *el que no sabe leer no puede otorgar testamento ce-*

(**Art. 3665.**) Nuestro artículo parece que se ha separado expresamente del art. 978, Cód. Napoleón, suprimiendo la expresión *ó que no puedan*, para reducir la limitación á los que no sepan leer. Ahora bien, en presencia de esa supresión, se pregunta: ¿podrá otorgar testamento cerrado el que sabe leer y escribir, pero que no puede leer? El que sabe leer y ha quedado ciego por cualquier accidente, ¿puede otorgar testamento cerrado? El artículo sólo exige que sepa leer, y nada dice del que sabiendo, no pueda hacerlo. Al separarse nuestro Código del francés, suprimiendo el que *no pueda leer*, ¿ha entendido sólo exigir la condición de saber leer, aunque no pueda hacerlo? No lo creo; porque al pedir al testador que sepa leer es con el objeto de que verifique lo escrito por un tercero bajo su dictado, ó á quien hubiera encargado de su redacción, ó si él mismo lo hubiera escrito, que se encuentre en aptitud de saber cuál es el papel que contiene su testamento entre los demás escritos, sin que pueda cambiarlo él mismo ú otro á quien encargara buscarlo entre sus papeles. El motivo es simple, como dice Demolombe, no podría verificar él mismo, si el papel que presenta al escribano y á los testigos, encierra la expresión fiel de su voluntad, pues de otro modo se encontraría ex-

rrado, porque ignoraría completamente lo que el pliego contiene como manifestación de su voluntad, y ha exigido igualmente que

puesto á errores y á fraudes. Debe, pues, no sólo saber leer, sino poder hacerlo; pero será cuestión de hecho la de averiguar si *pudo* leer el testamento y en que momento debe existir esa capacidad.

La capacidad de leer el testamento no sólo excluye la falta de vista, sino también la imposibilidad de leer los caracteres en que se encuentra escrito, porque el testador puede saber leer en letra impresa y no conocer la escritura de mano, y en ese caso, estaría imposibilitado de leer el testamento dictado por él y escrito por una tercera persona. La capacidad de poder leer el testamento, debe tenerla en el momento en que entrega al escribano, ante los testigos, el pliego cerrado declarando que ese es su testamento; por eso, si lo hubiere dictado cuando no sabía leer y si solamente firmar, y lo entregase al escribano después de haber aprendido, el testamento no podría ser atacado; por el contrario, si lo hubiera otorgado cuando pudo leerlo, aún más, si él mismo lo hubiera hecho, y lo entregase cuando estaba ciego, ese testamento no valdría, pues como dice Demolombe, XXI, 392: «no bastaría que el testador hubiese podido leer en el momento en que la escritura interior se hubiere hecho, si no podía leer en la época en que el acto de suscripción debió ser escrito; porque él no estaría en estado de afirmar que el papel presentado como su testamento, es el mismo que él ha leído cuando podía hacerlo, y que no ha existido cambio ó sustitución por error ó fraude».

En cuanto á la capacidad de leer, si el testador sólo conoce la letra de imprenta, no habría inconveniente en que la persona que lo escribe bajo su dictado lo hiciera imitando con la mano la forma de esa letra, á fin de que el testador pudiera leerlo; y por la misma razón aceptaríamos un testamento en letras de imprenta, porque si admitimos la imitación, ¿por qué razón rechazaríamos la misma letra que podemos llamar en este caso original?

Y creo con Coin-Delisle y Marcadé, que si el testamento fuera impreso en caracteres salientes, como se imprimen los libros para los ciegos, sería igualmente válido, desde que ha podido leerlo. Y no se diga que leer importa hacerlo con los ojos, lo que es cierto ordinariamente; pero nadie negará, que el ciego lee en un libro con caracteres salientes, porque ha aprendido á reemplazar con el tacto, la vista que le falta; en ese caso lee, porque es evidente que lo hace, no con los ojos sino con las manos, y la ley exige únicamente que el testador pueda leer su testamento de cualquier modo. El objeto es que pueda estar seguro de que lo

sepa firmar, á fin de que conste que lo escrito en el pliego es su voluntad, aunque en mi opinión debiera bastar la declaración he-
escrito es verdaderamente su testamento, que nadie ha podido sustituirlo.

El artículo sólo exige que el testador sepa leer, suponiendo con razón que si él no ha escrito el testamento, lo habrá leído, sin que pueda alegarse por el que lo ataca, que no fué leído, y que no conocía sus disposiciones; porque no es una condición esencial el que lo lea y se haga constar esa circunstancia. De otro modo, no habria testamento cerrado que no pudiera atacarse cuando fuera escrito por una tercera persona y firmado por el testador.

Supóngase que fuera hecho el testamento en una hoja firmada en blanco por el que la tiene en su poder, que se probara que sus disposiciones no han sido leídas por el testador, ¿sería nulo ese testamento con arreglo al art. 3612, porque no ha sido la expresión directa de la voluntad del testador? No lo creo; porque el testador al presentar el pliego cerrado al escribano y testigos, manifestándoles que esa es su voluntad, recién ha dado valor á lo escrito antes de su firma; y creo que no se admitiría prueba alguna, á menos de ofrecer la de que el testador fué víctima de un fraude ó de un engaño; por ejemplo, sustituyéndole un documento por otro ó cosa semejante; pero se debería rechazar cualquier otra demostración, como si se ofreciera probar que el testamento dictado y escrito por otro no ha sido leído por el testador, al entregarlo cerrado.

La circunstancia de la lectura hecha por el testador, ha sido objeto de una viva controversia en derecho francés, sosteniendo los más autorizados comentadores, que si se probase que el testador no ha leído el testamento que acaba de firmar, sería nulo; pero me adhiero á la opinión contraria, sostenida por la Corte de Pau, confirmada por la de Casación, 7 Mayo 1866, que entre otros considerandos, dice: «que los arts. 976 y 978, del Cód. Napoleón, no le obligan á hacer personalmente la lectura; que basta haber tenido la posibilidad de hacerla y de realizarla sin intermediario, sin más contralor que su propia apreciación. Considerando, que se ha probado en hecho, por la sentencia atacada que el Sr. Victor Brauhauban sabía y podía leer; que no es á causa de un impedimento cualquiera que no ha leído su testamento, sino que es voluntariamente que no lo ha leído él mismo, y que él se lo ha hecho leer por el Sr. Daléas que lo había escrito, y cuya honorabilidad le era bien conocida, etc.» Por nuestro derecho, la solución no presenta tantas dificultades, porque nuestro artículo suprimió las palabras *ó no pueden*, del

cha ante el escribano y testigos de que ese pliego la contiene. Así, pues, la capacidad física del testador para otorgar su testamento en esta forma, es que *sepa leer y firmar*.

art. 978, Cód. Francés, de modo que sólo ha quedado el que no sabe leer, sin que haya parte alguna en el Código donde se exija al testador, so pena de nulidad, ni aún como una formalidad esencial, la necesidad de leer el testamento dictado, y si hemos admitido la anulación en caso de estar ciego el testador, no es porque el Código exija la necesidad de leerlo, sino como una consecuencia de la necesidad de saber leer que impone para otorgar el testamento cerrado. En efecto; ¿para qué exigir que sepa leer, sino por la posibilidad de leer el testamento? Si esta posibilidad no existiera, sería lo mismo que no supiera hacerlo.

Cuando el testamento es atacado por no saber leer el testador, ¿a quién corresponde la prueba? ¿Al que afirma que sabía leer ó al que lo niega? Furgole, Cap. II, Sec. III, n° 29, hace la distinción siguiente: «si el testador hubiese sabido leer, y no lo hubiera podido hacer cuando otorgó el testamento, el que funda la nulidad sobre el defecto de poder leer, es quien debe probar el hecho, á menos que el acto mismo lo justificase; porque la ceguera ó el debilitamiento de la vista es un acontecimiento contrario al estado natural. Si, por el contrario, la nulidad fuera opuesta porque el testador no sabía leer, ó bien el testamento ó acto de suscripción del testamento, justifica que el testador sabía leer, como si dijera que ha leído su disposición, ó si hay una presunción, como si el testador ha firmado, lo que puede hacer presumir que sabía leer, al que ataca el testamento corresponde la carga de la prueba... Si no hay presunción alguna de que el testador sepa leer, el heredero que sostiene el testamento debe ser encargado de probar el hecho afirmativo porque *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*». Sistema adoptado por Demolombe, Troplong, Grenier y Merlin.

El principio general es que corresponde la prueba al que afirma, no al que niega; pero se exceptúan algunas negativas que importan una afirmación. Así, al que niega ser menor de edad, le corresponde la prueba de no serlo, porque afirma ser mayor de edad; y del mismo modo, al que afirma que una persona sabe leer, debe probar el hecho, si del instrumento mismo no resulta una presunción que el contrario debe desvanecer. La distinción hecha por Furgole, y que debemos adoptar, hace excepcionalmente raro el caso en que el demandado deba probar el hecho afirmativo, pues las presunciones estarán siempre en su favor, porque la firma que el testamento debe llevar, arrojará la presunción de que sabe leer. Por lo demás, no tiene gran importancia, porque según el sistema

El mudo puede hacer testamento cerrado; pero entonces necesita de ciertas condiciones especiales, así dice el **art. 3668**:

adoptado será muy raro el caso en que corresponda la prueba al demandado.

El Cód. de Chile, art. 1022, dice: «el que no sepa leer y escribir no podrá otorgar testamento cerrado», concluyendo de ese modo todas las discusiones ocasionadas; pero nuestro Código ha exigido sólo la firma, y si en la nota 3624 dice que el testamento cerrado sólo puede otorgarse por los que saben leer y escribir, eso sólo prueba la precipitación con que se hizo el proyecto de Código.—Comp. AUBRY y RAU, § 671. MERLIN, *Rep. 1.º Testamento*, Sec. II y III, arts. n.º 6 y 7. GRENIER, II, 259. TROPONG, III, 1662. DEMOLOMBE, XXI, 395 á 399 *bis*. GUYENÉ, art. 602.—Véanse arts. 3617, 3619, 3624 y 3668.

(**Art. 3668.**) Nuestro artículo no ha seguido el modelo que es el art. 979, Cód. Francés, y uno se pregunta con cierta inquietud, ¿ha entendido separarse igualmente de los principios consagrados por el art. 979? El Código Francés, al permitir al mudo hacer testamento cerrado, ha entendido que debía volver á la forma ológrafa, porque dice: «podrá hacer un testamento místico, á condición que el testamento será *escrito enteramente, fechado y firmado de su mano*; que él lo presentará al notario y á los testigos; que arriba del acto de suscripción escribirá en su presencia, que el papel que el presente es su testamento», mientras el nuestro dice, «que el testamento ha de estar escrito y firmado de su mano», sin expresar si será todo entero, ni indicar donde debe escribir que aquel pliego contiene su testamento.

Ya he manifestado mi opinión respecto á las formalidades exigidas en cada clase de testamento, que no pueden completarse las unas con las otras, ni aplicarse por analogía las condiciones de una forma á otra que tiene su legislación especial; por esa razón opino, que en el testamento cerrado otorgado por el mudo, no se deben exigir todas las condiciones del testamento ológrafo. Si bien, con arreglo á lo preceptuado en el artículo, el testamento debe ser escrito por el testador, no se anulará si aparecen palabras escritas por una mano extraña, aunque según la colocación de ellas, hayan sido escritas con consentimiento del testador; como no se anulará tampoco, por la falta de fecha ó porque ésta sea puesta por una mano extraña.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3663.—Cód. Francés, art. 978. No es preciso que sepa escribir: puede dictar el testamento y verificar, leyéndolo, si está bien escrito.—Cód. de Chile, art. 1022.—Véase LL. 2 y 14, Tit. 1, Part. 6ª.

el que sepa escribir aunque no pueda hablar, puede otorgar testamento cerrado. El testamento ha de estar escrito y firmado de su

El término aunque *no pueda hablar* de que se sirve el artículo, es más general que el de mudo, porque comprende tanto al que no puede hacerlo por un accidente momentáneo, como al que tiene una imposibilidad permanente. En el estado actual de nuestros adelantos, en que los sordos-mudos de nacimiento saben leer y escribir, y aún consiguen hablar, es evidente que vienen á estar comprendidos en la hipótesis.

La capacidad para hacer testamento cerrado en las condiciones generales, deba tenerse en el momento de presentar el pliego al escribano y testigos, manifestando que ese es su testamento, de modo que sería válido aunque después viniera á quedar mudo por cualquier accidente, y correspondería al que ataca el testamento el demostrar que no pudo hablar en el momento de hacerlo, desde que la carátula expresa que el testador manifestó de palabra que ese era su testamento. Así, pues, sería válido el testamento otorgado cuando no pudo hablar, si en el momento de la suscripción del acta extendida en la carátula pudo manifestar su voluntad de palabra; en ese caso, aunque el testamento fuera escrito por un tercero, sería válido, si está firmado por el testador.

Queda una dificultad que hemos enunciado al principio de este comentario, y que en derecho francés no ofrece dudas, porque el artículo es expreso. ¿Valdría el testamento cerrado hecho por el mudo, si tuviese algunas partes escritas por un tercero? Demolombe, XXI, 404, protestando, por decirlo así, contra los términos del art. 979, pues ordena que el testamento debe ser *enteramente escrito*, fechado y firmado por la mano del testador, dice: «según los términos del art. 976, el testamento puede ser escrito por otro; basta que el testador se apropie esta escritura por su declaración verbal ante el notario y los testigos; como la declaración escrita suplente ciertamente y de la manera más completa, la declaración verbal, no se ve porque motivo el testador no podría apropiarse por escrito, de lo escrito por otro, como puede hacerlo de viva voz!» En efecto, no hay motivo para esta exigencia; pero no se razona contra el mandato de la ley, que debe cumplirse; á menos de hacerlo con el objeto de promover una reforma, en que la crítica desempeña un papel de gran importancia, porque señala el defecto, indica la imperfección, abriendo nuevos horizontes para que el legislador perfeccione sus mandatos.

El testador debe escribir sobre la cubierta que aquel pliego contiene su testamento; de modo que si lo escrito, fuera al pie del testamento, y después de mostrarlo al escribano y testigos cerrase el pliego, el testamento sería nulo, porque se ha faltado al mandato de la ley.

mano, y la presentación al escribano y testigos, la hará escribiendo sobre la cubierta que aquel pliego contiene su testamento; observándose en lo demás lo que queda prescripto para esta clase de testamento; de modo que el mudo, para otorgar testamento cerrado, debe saber escribir, pues sólo por escrito podría expresar que el pliego presentado contiene su voluntad.

Se dijo que el sordo no podía otorgar testamento por acto público, porque la ley exige que éste sea leído en presencia del otorgante y de los testigos; pero en el testamento cerrado no hay

¿Es necesario que el escribano exprese en la carátula que ha leído el acta al testador y testigos, ó que el testador la leyó? El artículo nada dice, ni menos el art. 3666, en que sólo exige la expresión del testador de que el pliego cerrado contiene su voluntad, el nombre, apellido y residencia del testador y testigos, así como el día, mes, año y lugar en que se hizo el testamento. No habrá, pues, responsabilidad alguna para el escribano, si omite cualquiera de esas condiciones, aunque será siempre conveniente que las consigne.

El testamento cerrado, que se asemeja en el caso del artículo al ológrafo, puede ser escrito en cualquier idioma, sea sirviéndose de los caracteres alfabéticos, sea del ideográfico, siempre que sea la manera de expresarse en el idioma del testador.

Si el testador no entendiese el castellano no podrá hacer testamento cerrado, porque la forma autorizada por el art. 3663 para el testamento por acto público no es aplicable al presente caso. Lo dispuesto en una forma no se puede exigir para otra por analogía, como se ha dicho. Así, considero un error el sostener que cuando el testador no conozca el castellano, deban intervenir dos intérpretes, pues en esta forma nada se dice. Y que lo exigido para una clase de testamentos no se aplica á la otra, se prueba con el art. 3651 donde no se permite testar por acto público al sordo, ni al mudo, mientras puede hacer testamento cerrado, y donde se autoriza á testar al ciego, que no puede hacerlo en la forma de este artículo. La dificultad está en que no se pueden cambiar las formas establecidas para cada clase de testamento.—Comp. DEMOLOMBE, XXI, 402. SAINTESPÉS-LESCOT, IV, 1182. VAZEILLE, al art. 979. COINDELISLE, 979. GOYENA, art. 570.—Véanse arts. 1000, 3617, 3633, 3651 y 3669.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3668.—Cód. Francés, art. 979.—Napolitano, 908.—Holandés, 988.—L. 10, Tit. 22, Lib. 6, Cód. Romano.—Véanse LL. 6 y 13, Tit. 1, Part. 6ª.

lectura que hacer, y por esa razón dice el **art. 3669**: *el sordo puede otorgar testamento cerrado*, llenando todas las formalidades exigidas para tal acto.

§ 1007. — FORMA DE LOS TESTAMENTOS CERRADOS

Para los testamentos cerrados sólo se exige que el otorgante sepa leer, aunque no sepa escribir, si sabe firmar, porque la ley ha rodeado el acto de mayores precauciones que en el testamento por acto público.

Exige como condiciones indispensables las siguientes:

1^a *El testamento cerrado debe ser firmado por el testador*

(**Art. 3669.**) Se dijo en el art. 3651, que el sordo no podía testar por acto público, porque no era capaz de oír la lectura que el escribano debía hacer en presencia del testador y testigos, y en el art. 3658 manifesté mi opinión, sobre la conveniencia de autorizar al mismo testador, en estos casos, para reemplazar al escribano, leyendo el testamento en alta voz. Y al presente, si el testador sordo no sabe escribir, no podrá hacer testamento cerrado, porque éste debe ser firmado; pero bastará que sepa firmar, aunque no escribir, para que pueda hacerlo, si sabe leer; desde que le basta expresar ante el escribano y testigos que aquel pliego cerrado contiene su testamento, sin necesidad de que el escribano lea el acta levantada en la carátula. Nuestro Código, adoptando la opinión de Demolombe, ha decidido la cuestión suscitada en la legislación francesa, autorizando al sordo para otorgar testamento cerrado, pues como dice el mencionado autor, «el testador podrá leer la escritura interior que habrá sido hecha por un tercero, y podrá declarar á los notarios y testigos que el papel que les presenta contiene su testamento».

Como dijimos anteriormente, en esta forma no se exige la lectura del acta al testador y testigos, y aunque es conveniente hacerla constar para evitar dificultades, siendo sordo el testador sería inútil, pues bastará que la lea, y aunque no constare en el acta esa circunstancia, el testamento sería válido, porque el Código no la exige.—Comp. Cód. DE CALIFORNIA, art. 3785.—Véanse arts. 1000, 3617, 3651 y 3658.

(**art. 3666**, 1ª parte), y sería completamente nulo si á su apertura se encontrase con que sólo estuviera firmado con las iniciales de su nombre y apellido, ó únicamente se encontrase rubricado.

2ª *El pliego que lo contenga* (al testamento cerrado) *debe entregarse á un escribano público, en presencia de cinco testigos residentes en el lugar, expresando que lo contenido en aquel pliego es su testamento* (**art. 3666**, 2ª parte); esa manifestación la hará de palabras, si puede hablar; en caso contrario sólo valdrá si fuera hecho como lo establece el art. 3668.

3ª Una vez que el testamento haya sido entregado, expresando que ese pliego contiene su voluntad, *el escribano dará fe de la presentación y entrega, extendiendo el acta en la cubierta del testamento, y la firmarán el testador y todos los testigos que puedan hacerlo, y por los que no puedan los otros á su ruego; pero nunca serán menos de tres los testigos que firmen por sí. Si el testador no pudiere hacerlo por alguna causa que le haya sobrevenido, firmará por él otra persona ó alguno de los testigos* (**art. 3666**, 3ª parte). expresando el motivo accidental porque no pudo firmar.

(**Art. 3666.**) Comencemos por estudiar el interior del testamento. El testador puede escribirlo él mismo ó hacerlo escribir por otro, hacerlo en parte y lo demás por diversas personas. Si no supiese leer los caracteres ordinarios escritos á mano, podría hacerlos imprimir. No hay formalidad alguna respecto á lo interno del testamento, con excepción de la firma del testador; así, podría ser escrito por un niño, por una mujer y aún por el mismo heredero ó legatario; porque la garantía de esta forma, no está en la escritura del testamento mismo, sino en la declaración por la que atestigua y hace suyo lo escrito en el interior del pliego cerrado que presenta al escribano y testigos.

Cuando el testamento fuera escrito por un tercero, y se encontrasen correcciones en partes fundamentales hechas por otra mano, que no es la del testador, si los herederos atacasen el testamento, no creo que debería admitírseles la prueba de que han sido hechas sin conocimiento del testador, á menos de probar dolo ó fraude en la sustitución de la voluntad. Son cuestiones de hecho que los jueces resolverán, examinando si los sellos puestos al pliego han sido rotos ó violados.

Si el testamento fuera escrito por una tercera persona, es indiferente que el testador se lo haya dictado, ó sólo encargado, dándole los puntos principales, y tampoco es necesario que lo haya leído, bastando al legis-

4ª Llenadas las diligencias que quedan expresadas, *el escribano debe expresar al extender el acta en la cubierta del testamento, el nombre, apellido y residencia del testador, de los testigos y del que hubiere firmado por el testador, como también el lugar, día, mes y año en que el acto pasa* (art. 3666, últ. parte), teniéndose

lador con la posibilidad de hacerlo, pues sólo le exige que sepa leer, y pueda hacerlo, agregaríamos nosotros. El testamento no necesita fecha, ni designación del lugar; porque lo escrito en el interior no es en realidad testamento, según esta forma, mientras no se hayan llenado las indicadas en este artículo; es un proyecto, aunque algunas veces puede ser un verdadero testamento, si por ejemplo ha sido hecho de su puño y letra y fechado y firmado por el testador, en que valdría como ológrafo.

El testamento debe ser firmado por el testador personalmente y no por otro á su ruego: por eso se ha confundido creyendo que el testador debe saber escribir, lo que sería cierto respecto á su nombre, que será puesto con las letras del alfabeto, ó si está escrito en idioma ideográfico, bastará que así se acostumbre á firmar. Las disposiciones del art. 3633 sobre firma incompleta é irregular, serán aplicables al testamento cerrado en lo que á la firma se refiere.

Y así como puede escribirse por diversas personas y en épocas diferentes, puede serlo igualmente en varios idiomas, siempre que el testador los entienda y tenga la posibilidad de leerlo.

Debe tenerse presente que cada testamento lleva consigo formalidades que le son peculiares, y no se puede exigir las condiciones de la una para aplicarlas á la otra; así, las necesarias para los testamentos ológrafos no lo son para los otorgados por acto público, ni viceversa. Por esa razón no creo que se pueda aplicar al testamento cerrado el art. 3653, respecto á los testamentos por acto público, ni con relación al escribano, porque desaparece todo temor de influencia ó sugestión sobre la voluntad del testador, pues está expresada en el pliego cerrado, sin que nadie la conozca.

El mismo razonamiento podría hacerse para los testigos; pero nos encontramos con los arts. 3702 y 3706, que como disposiciones generales inhabilitan para ser testigos á los que recibieran algún beneficio del testamento; sin embargo, si estudiamos el título veremos fácilmente que el legislador ha querido referirse á los testigos en el testamento por acto público; pero como no hace diferencia alguna, y más aun, como están mezclados, por decirlo así, con los demás, sería tal vez prudente no aplicarlo á los testigos en todos los testamentos. En efecto, el art. 3700, al

presente que en estos casos no bastará, como en el testamento ológrafo, el sustituir la fecha del calendario por otras enuncia-

exigir que los testigos entiendan el idioma del testador y el en que se hace el testamento, es claro que sólo es aplicable á los testamentos por acto público; pero el art. 3705 habla de los testigos de un testamento, sin hacer distinción, exigiendo que deben ser varones mayores de edad, y es evidente que las mujeres y los menores no pueden serlo en el testamento cerrado; y luego viene en seguida el art. 3706, que dice en forma absoluta: «*no pueden ser testigos los herederos instituidos, etc.*», sin hacer distinción alguna; de donde resultaría esta injusticia, que el testamento cerrado se anularía por la incapacidad de los herederos y legatarios que han concurrido, sin saberlo, al acto de la declaración, contrariando así el pensamiento del legislador; hay, pues, una razón fundamental para hacer una excepción, y me inclino á la opinión de los que sostienen que no se debe aplicar el art. 3706 al testamento cerrado.

No se debe seguir, en este punto, la doctrina francesa, porque el Código Napoleón no contiene un título especial relativo á los testigos; el art. 975 habla sólo de los testamentos por acto público.

Los cinco testigos deben ser residentes en el lugar; es decir, tener residencia en el distrito en que se otorga el testamento, como expresamente lo dice el art. 3701. Basta la residencia, haciendo desaparecer las cuestiones sobre domicilio. Debemos decir, que las condiciones de los testigos deben ser las que establece el título *De los testigos en los testamentos*, á menos que en cada una de las formas especiales no se exigiera otras.

El testador debe expresar de palabra ó por escrito que aquel pliego cerrado contiene su testamento. ¿Y si no conociese el idioma castellano? ¿Sería necesario que el escribano procediera como en el testamento por acto público, según el art. 3663, haciendo concurrir intérpretes, y extendiendo la declaración en los dos idiomas? No lo creo; porque la forma de cada uno de los testamentos es exclusiva, y no se aplica á la otra. Mi opinión es que el testador no tiene las calidades físicas é intelectuales para la forma que ha elegido, aplicándole el art. 3624. Deberá hacerlo por acto público ú ológrafo, porque son las formas determinadas para el que no conoce el castellano. ¿En virtud de qué ley convertiríamos el testamento cerrado en uno por acto público?

La declaración puede hacerla por escrito en los casos del art. 3668.

El testamento cerrado, dice el artículo valiéndose de la misma palabra en el anterior, sin haber dicho cómo y en qué condiciones debe cerrarse, ha sido tomado del Cód. Francés, art. 976, que dice: «el testador lo presentará así cerrado y sellado al escribano, etc.», mientras el

ciones equivalentes, porque el escribano otorga un instrumento público que debe tener, so pena de nulidad, la indicación del tiempo en que se otorga.

nuestro no indica precaución alguna. Y es tanto más sensible este olvido, cuanto que puede sustituirse con gran facilidad el contenido, burlando así á los herederos. Por lo menos debió obligar al escribano á tomar todas aquellas precauciones necesarias para que no sea sustituido por otro. El art. 3694 dice, que el testamento cerrado no deberá ser abierto sino después que el escribano y los testigos reconozcan ante el juez, que el testamento está cerrado como lo estaba cuando el testador lo entregó; pero no tiene medios de saberlo, si la ley misma no le impone precauciones. Según nuestro artículo, bastará que el testamento sea cerrado, separándose del francés, que exige el sello.

La declaración que el testador debe hacer ante el escribano y testigos es que lo contenido en el pliego presentado en su testamento, á diferencia de su modelo que exige además de esa manifestación, la de que «el testamento ha sido escrito y firmado por él, ó escrito por otro y firmado por él», y por esa razón habría lugar á sospechar sobre una sustitución fraudulenta, si habiendo declarado que era escrito por él se encontrara que lo ha sido por otro. Por nuestro derecho basta con la declaración de que ese es su testamento, y el acta de suscripción debe hacerse sobre la misma carátula ó cubierta del testamento, y es tan esencial esta formalidad que no valdría si fuese hecha en otro papel separado. El acta levantada en la carátula no es una escritura pública, porque estas sólo se hacen en el protocolo del escribano, así como el testamento ológrafo no es tampoco escritura pública, aunque tenga su fuerza, ó valga como acto público solemne, según la exposición del art. 3650. La carátula que encierra el testamento contenido en el interior, es un complemento necesario porque da valor y eficacia á lo escrito en su interior, disponiendo de sus bienes; pero por sí sola nada vale.

Si suponemos que el acta no se hace sobre la carátula del testamento, sino á continuación de la firma del testador, ¿valdría como testamento? La negativa me parece evidente; porque falta la primera condición, que sea *cerrado*; falta igualmente la segunda, que el escribano extienda el acta en la cubierta del testamento. ¿Qué sucedería, si el testador diera lectura de su testamento ante el escribano y testigos, y cerrándolo, se lo presentara manifestando que ese es su testamento? Si el escribano levantase el acta sobre la cubierta y cumpliese las demás formalidades ordenadas por este artículo, el testamento sería válido; porque el secreto no es una formalidad impuesta por la ley.

5ª *La entrega y suscripción del testamento cerrado, debe ser un acto sin interrupción por otro acto extraño, á no ser por breves in-*

¿El escribano debe escribir él mismo so pena de nulidad? Si bien en el art. 3654 sostuvo que el escribano no estaba obligado á escribir el testamento por acto público, porque en parte alguna del Código se exige semejante formalidad, al presente creo, que atendiendo á los términos expresos, debe ser escrito por el mismo funcionario en la carátula del testamento. En efecto, dice: «el escribano dará fe... *extendiendo* el acta»; luego él mismo deberá hacerla. Y como hemos dicho que en los testamentos una formalidad ordenada y no cumplida anula el acto, porque son leyes de orden público, resultaría que si dictase á otro el acta de la carátula, el testamento sería nulo.

Los testigos deben firmar sobre la carátula, y cuando no supieren lo harán los unos por los otros de modo que conste han presenciado cinco la entrega y la manifestación. Tres testigos deben saber firmar por lo menos. Si el testador no puede firmar, sería siempre conveniente expresar la causa porque no aparece su firma; sin embargo, esta falta de manifestación no es de absoluta necesidad, ni anula el testamento, porque la ley no la exige, y porque la falta de firma no tiene grande importancia desde que el testamento contenido en el interior está firmado.

Al estudiar las diversas formas de los testamentos, se debe tener en cuenta que cada una de ellas tiene su legislación especial, y no es posible exigir se cumpla la forma de la una en la otra, aunque haya analogía. Por eso no estamos conformes con los que sostienen, entre nosotros, que en el testamento cerrado la falta de expresión de la causa porque no ha podido firmar el testador lo anule por completo; porque la ley no impone esa condición, como sucede en el testamento por acto público. Bastará al escribano expresar que el testador manifestó no poder firmar, y que lo hizo por él tal persona ó tal testigo, para que se reputa cumplida la formalidad. En vano se dirá que si no aparece su firma en el acta, habiéndose negado á hacerlo sin alegar causa alguna, es porque se supone que no ha querido hacerlo, pues esa presunción no es admisible, como lo era en el testamento abierto, desde que nadie conoce el contenido del testamento y no hay temor de violencia en este caso. Tampoco serán aplicables las disposiciones de los arts. 3661 y 3662, cuando el testador no pudiera firmar y lo hiciera uno de los testigos, en que se requiere que sepan firmar uno más de los testigos; en el presente artículo basta que sean tres, sea que firme un tercero extraño, sea que lo hiciera alguno de los testigos.

«El escribano debe expresar al extender el acta», agrega al final

tervalos, cuando algún accidente lo exigiera (art. 3667), de modo que sería nulo si se interrumpiera por medio día para volverlo á

del artículo, lo que indica claramente que él y no otro deben escribirla, como lo dijimos, á diferencia del testamento por acto público, que se debe hacer ante él. Si el escribano pusiera el nombre de una tierra ó lugar con que el testador acostumbrara á firmar, no creo que el testamento sería válido.

El acta levantada en la carátula, ¿debe ser leída por el escribano ante el testador y los testigos, so pena de nulidad? No lo creo, ni necesita expresar esa circunstancia, porque el sordo puede otorgar testamento cerrado, art. 3669.

Cualquiera de las condiciones exigidas en la última parte del artículo anularía el testamento, si llegaran á suprimirse. Así, por ejemplo, si se dejara de consignar el día ó el mes en que se otorga el acta, el testamento sería nulo. — Comp. TOULLIER, III, 483 y 485. TROPLONG, III, 1632 y 1646. GRENIER, II, 275. COIN-DELISLE, art. 976, n° 39. VAZELLE, art. 976. DEMANTE, IV, 121 *bis*. I. SAINTESPÉS-LESCOT, IV, 1139. — Véanse arts. 1001, 1004, 3633, 3654 y 3701.

(**Art. 3667.**) Este artículo se refiere á lo que se entiende por unidad de contexto, es el *uno contextu* de los romanos, que no debía interrumpirse una vez comenzado. Esa unidad consistía: 1°, en que el acto de la suscripción y firma de lo escrito en la carátula, una vez comenzado, fuera concluido en una sola sesión; 2°, que la sesión no fuera interrumpida ó suspendida para ejecutar otro acto extraño al testamento mismo; sin embargo, se permitía que el testador, testigos ó el escribano, pudieran interrumpir el acto momentáneamente, sea por alguna necesidad física ó por cualquiera causa proveniente de un accidente; y siguiendo esta regla del derecho romano, nuestro Código, mejor inspirado que el francés, ha consignado expresamente la excepción.

El objeto que el legislador ha tenido en mira es, como lo expresa el Dr. Velez-Sarsfield en la nota, para que el pliego contenido no pudiera ser cambiado; no obstante este motivo claramente expuesto, el testamento sería nulo si se demostrase que el escribano, después de comenzar el acta, la hubiera suspendido para ir á su oficina á extender otras es-

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3666. — L. 2, Tit. 18, Lib. 10, Nov. Rec. — L. 2, Tit. 1, Part. 6ª. — Cód. de Chile, art. 1023. — Cód. Frances, 976 y 977. — Holandés, 987. — Napolitano, 902 y 903. — De Luisiana, 1577 y 1578. — El Código de Vaud no admite el testamento cerrado. Ni la fecha, ni el secreto son de esencia del testamento cerrado. Delisle, nos 18 y 22.

continuar. No sería posible vigilar ó impedir que el pliego fuera sustituido por otro, y por esa razón el acto no debe ser interrumpido sino por momentos.

6ª *El testamento cerrado que no pudiese valer como tal por falta*

crituras, y volviese al día siguiente á continuarla ante los mismos testigos, habiendo tenido cuidado de entregar el pliego cerrado al mismo testador para que lo guardase. No puede haber sospecha en este caso de sustitución, y sin embargo, el acto se anularía. Esto prueba una vez más, que el motivo de la ley no es causa suficiente para anular un acto que la ley declara válido, ni reconocerlo como válido cuando lo anula por falta de una formalidad. Sobre todo en los testamentos, en que cada una de las formalidades es exigida no *ad probationem*, para demostrar el acto, sino por la forma que siempre es esencial. Así, cuando en la carátula misma se dijera: se ha suspendido el acto por la enfermedad del escribano ó del testador, para continuarlo después, y á los tres ó cuatro días se continuase, diciendo: habiendo desaparecido las causas que interrumpieron el acto, se continúa ante los mismos testigos; ese testamento sería nulo. En derecho romano, se decía: *est autem uno contextu testari, uno eodemque die, nullum alienum actum testamento intermiscere*.

Demolombe dice: «creemos con Doneau que el acto debería recomenzar, si hubiera sido necesario interrumpirlo á causa de un desfallocimiento prolongado del testador, ó á consecuencia de una enfermedad que le hubiera sobrevenido, y que hubiera exigido un remedio de alguna duración, como por ejemplo, una operación grave»; y por más precauciones que se hubieran tomado para asegurar que el testamento no pudiera ser cambiado, el acto sería nulo. No creo que los jueces puedan arbitrariamente prolongar los *intervallos breves* de que habla el artículo, alegando las seguridades tomadas para que el testamento no sea sustituido, y prolongarlos en casos especiales. Así pues, los intervallos breves deben ser por exigencias premiosas que no se refieran á asunto alguno extraño, que pudiera comenzarse y concluirse aún en breve tiempo, y por eso creo que el acto sería nulo, si el escribano lo suspendiera por breve tiempo, para hacer una escritura. — Comp. DEMANTE, VI, 121, *bis*, I. SAINTESPES-LESCOT, IV, 1138. TROPLONG, III, 1651. Cód. DE CHILE, art. 1023. GOYENA, art. 569. — Véanse arts. 3647 y 3866.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3667. — L. 3, Tit. 1, Part. 6ª.—Cód. Francés, art. 976.—De Chile, 1023. — Napolitano, 902.—Holandés, 987.—De Luisiana, 1578. Estos Códigos exigen la unidad de tiempo y acción, porque de otra manera el pliego que contuviese el testamento podría ser cambiado.

de alguna de las solemnidades que debe tener, valdrá como testamento ológrafo, si estuviere todo él escrito y firmado por el testador (art. 3670), sin que por eso se entienda que una forma suple á la otra.

(Art. 3670.) El artículo ha decidido una de las cuestiones que han agitado á los jurisconsultos antiguos y modernos, y se podría decir que es la única excepción al principio que hemos sostenido en los artículos anteriores, de que las formalidades exigidas para una forma de testamento, no puede aplicarse á otra; pero no existe tal excepción, porque aquí no se suple una forma con otra sino se sustituyen, lo que es diferente. En efecto, el legislador no ha dado grande importancia á la forma elegida, cuando el testamento llenara por completo las formalidades exigidas para una de esas formas. Así, cuando el testador hubiere testado por acto público, y se le ocurriera encerrar ese testamento en un sobre y quisiera darle la forma del cerrado, si no pudiera valer por faltarle alguna de las solemnidades del art. 3666, sería válido como testamento por acto público; del mismo modo, si el testador adopta la forma ológrafo, y no contento con ella quiere hacerlo cerrado, puede verificarlo; pero si se anulare por faltarle cualquiera de las condiciones necesarias, valdría como ológrafo, desde que esté escrito, fechado y firmado por el testador. Esta disposición nada tiene que ver con la del art. 3836, sobre la revocación del testamento, porque allí se atiende á la manifiesta voluntad del testador de destruirlo, dejándolo sin valor, mientras en el presente caso esa voluntad no existe; el testamento se ha declarado nulo por faltarle alguna de las condiciones esenciales. Si el testamento se declarase nulo por incapacidad del testador, y se encontrase que lo escrito en el interior llenaba las formas del testamento ológrafo, sería válido, si en la época en que fué otorgado, el testador era capaz.

El artículo legisla una hipótesis del testamento cerrado, que nada tiene que ver con el ológrafo, al cual se agregaran otras seguridades que coincidieran con el cerrado. Si el testamento cerrado es nulo como tal, y pudiera valer como ológrafo, entonces se regirá por lo establecido para esa clase, en este sentido se deben tomar la últimas palabras «si estuviere todo él escrito y firmado por el testador»; porque refiriéndose al testamento ológrafo, se entiende que está regido por las disposiciones relativas á esa forma. — Comp. MERLIN, *1.º Testamento*, Sec. II, § 4, art. 4. DURANTON, IX, 138. DEMANTE, IV, 121, *bis*, VII. SAINTES-PÉES-LESCOT, IV, 1160. — Véanse arts. 986, 3626, 3639 y 3649.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3670.—Cód. de Luisiana, art. 1583.—La resolución del artículo ha originado una gran cuestión entre los jurisconsultos

7^a El legislador argentino ha impuesto á los escribanos una obligación difícil de llenar, exponiéndolos á pleitos, sin darles los medios de cumplirlas libertándose de ellas; así, cuando dice: *el escribano que tenga en su poder ó en su registro un testamento, de cualquier especie que sea, está obligado, cuando muera el testador, á ponerlo en noticia de las personas interesadas, siendo responsable de los daños y perjuicios que su omisión les ocasione* (art. 3671), de-

(Art. 3671.) El presente artículo no está bien colocado, porque habla de cualquier clase de testamento, en el capítulo relativo al testamento cerrado. De modo que según los términos empleados, ¿el escribano deberá dar cuenta del testamento por acto público? Sí, según el artículo; pero si su protocolo se encuentra en el archivo, esa obligación cesará. El escribano no está obligado á recordar los testamentos que ha hecho, ni á averiguar cuando han fallecido los testadores; otra cosa sería respecto á los testamentos cerrados del que son depositarios.

En la nota 411 de *La Instituta*, observamos que la disposición de este artículo era incompleta; porque no señalaba plazo para que el escribano cumpliera con este deber, y agregamos, que esta obligación cesaría cuando no conociera á los herederos, ó si conociéndolos ignorase su domicilio. Los jueces deben resolver las cuestiones sobre daños y perjuicios, buscando la mala intención en el escribano ó el deseo de dañar, por medio de la ocultación del testamento, disculpando la negligencia, sobre todo cuando la vida activa del escribano, haga susceptible estos olvidos de los asuntos ajenos, en que no se tiene interés, prestando un servicio.

El deber impuesto al escribano, ¿se extiende igualmente á cualquier particular depositario de un testamento ológrafo ó cerrado? No lo creo; pero debe tenerse presente que quien por su culpa ó negligencia causa

tos, sosteniendo algunos que cuando el testador ha querido hacer un testamento cerrado, y no vale por falta de solemnidad, tampoco puede valer como testamento ológrafo. La equidad y buen sentido rechazan la presunción de que una persona que en efecto ha querido testar no haya querido dar subsistencia á su última voluntad, habiendo un medio legal para que subsistiera cuando faltaba el medio que habia elegido. La Ley Romana decia: *Nec creditus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda judicia sua; sed magis utroque genere voluisse propter fortuitos casus*. L. 3, Dig., *De test. militis*.—Troplong, *Testament*, n° 1654, expone los fundamentos de una y otra opinión. Hoy el mayor número de autores ha admitido la validez del testamento como testamento ológrafo. Véase Demolombe, *Testament*, n°s 408 y 409.—Marcadé, sobre el art. 976. — Toullier, tom. 5, n° 480. — Duranton, tom. 9, n° 138.—Coin Delisle, sobre el art. 976, n°s 6 y siguientes.

jándoles en la incertidumbre sobre el modo de cumplir con esta obligación. ¿Por qué no haber preferido imponerles la obligación de depositar los testamentos cerrados bajo recibo, en una oficina pública, donde se encontraran esos documentos? Los interesados irían á buscarlos allí, y se libraría al escribano de esta responsabilidad en que podría incurrir sin culpa alguna, cuando no conociese á los herederos ó interesados, ó cuando conociéndolos, ignorase si son los llamados á heredar al testador, ó ignorase el fallecimiento de éste.

un daño á otro, está obligado á resarcirlo, y la negligencia culpable debe juzgarse por el art. 1109.—Comp. GOYENA, art. 571.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3671.—L. 5, Tit. 18, Lib. 10, Nov. Rec.—L. 14, Tit. 5, Lib. 3, Fuero Real.—Cód. de Holanda, art. 960.

CAPÍTULO IV

DE LOS TESTAMENTOS ESPECIALES

§ 1008. — DEL TESTAMENTO MILITAR

La ley ha facultado á los militares, así como á los que forman parte de una expedición militar, para manifestar su voluntad en una forma especial, disponiendo de sus bienes, teniendo en cuenta que en esos casos no tendrían á su alcance los funcionarios públicos designados por las leyes generales. Pero esos militares, ó los que forman parte de una expedición, pueden testar de diverso modo, según sea el momento en que se encuentren; así, dice el **art. 3672**: *en tiempo de guerra los militares que se hallen en*

(**Art. 3672.**) Nuestro artículo difiere del 981, Cód. Francés, en que exige una condición que prima sobre las demás, pues comienza por decir: *en tiempo de guerra*, expresando que el testamento militar privilegiado, sólo se permite en tiempo de guerra, sin hacer distinción que sea guerra nacional contra una nación extranjera, ó guerra civil; porque es únicamente la necesidad la que hace permitir esta forma; de donde se deduce que debe permitirse testar bajo esta forma á todos los que se encuentran sometidos á esa necesidad. Partiendo, pues, de este principio, que estamos en tiempo de guerra para que los testamentos militares sean permitidos, haremos notar que no podrían testar militarmente los que expedicionan en una nación extranjera para tributar honores al Jefe del Estado de una nación amiga, ó asistir á festividades, etc. Pero en tiempo de guerra, pueden testar militarmente: 1º, los militares que se hallen en una expedición militar, sea que ésta se encuentre en el territorio de la República ó fuera de él; haya ó no escribano en la expedición, ó entren las fuerzas en una ciudad con cualquier

una expedición militar, ó en una plaza sitiada, ó en un cuartel ó guarnición fuera del territorio de la República, y así mismo, los vo-

objeto. Los que componen la expedición se encuentran sometidos á la ley militar y pueden usar de la forma especial que la ley les concede; 2º, los que se encuentren en una plaza sitiada, sea en territorio de la República ó en el extranjero; porque, en esas condiciones, la plaza se encuentra bajo la ley militar, que domina con el carácter de necesidad y hace acallar las leyes ordinarias. Aunque en la plaza sitiada hubiera escribano, los que forman la guarnición ó defensa pueden testar militarmente, porque para ellos priman las leyes militares; 3º, los que se encuentran en cuartel ó guarnición fuera del territorio de la República; no gozarán de este privilegio los que se encuentren en cuartel ó guarnición dentro de la República, aunque estemos en estado de guerra, si en la ciudad guarnecida hubiera escribanos; pero me inclino á creer que si la fuerza que ocupa la ciudad hubiera expedicionado para ocuparla, se encontraría en las condiciones del nº 1º; 4º, los voluntarios, los rehenes dados por el enemigo ó los que llevara la expedición para entregarlos por nuestra parte, los prisioneros, cirujanos militares, los que forman la intendencia, los capellanes, vivanderos, hombres de ciencia agregados á la expedición, así como los individuos que acompañan ó sirven á dichas personas; pero aunque el artículo sólo se refiere á los que expedicionan, me inclino á creer que todos pueden hacer testamento militar, cuando se encontrasen en una plaza sitiada, si no hubiera escribano, sin distinguir si la plaza está fuera ó dentro del territorio de la República.

Cuando el auditor que acompañase á la expedición no tuviera el título de auditor general, podrá no obstante presidir á la facción del testamento militar.

Debemos tener presente que las disposiciones generales contenidas en el título de las *sucesiones testamentarias*, como las de este título, comprendidas entre los arts. 3622 á 3638, y las de los títulos siguientes, referentes á los *testigos*, institución de herederos, capacidad para recibir por testamento, desheredación, legados, derecho de acrecer, y revocación, como generales, rigen para toda clase de testamentos; pero no así las especiales á cada una de las formas reglamentadas por el Código, que únicamente deben exigirse en cada una de ellas. Y hacemos esta observación para rechazar cualquier forma no exigida especialmente en el testamento militar, cuando se trata de esta forma privilegiada. Así, regirá para ella, como para los demás testamentos, los impedimentos para los testigos, con las reformas que este capítulo establece, que per-

luntarios, rehenes ó prisioneros, los cirujanos militares, el cuerpo de intendencia, los capellanes, los vivanderos, los hombres de cien-

mite á los que tengan 18 años cumplidos, de la clase de sargento inclusive en adelante, y no necesitan ser vecinos del lugar.

Como fácilmente se comprende, el testamento militar otorgado en circunstancias tan especiales, por individuos cuya misión es ajena á esta clase de actos, no necesita de ninguna de las formalidades de los otros testamentos; basta designar el lugar y la fecha en que se hace. Es un testamento hecho en una hoja suelta. En cuanto á la calidad del oficial que hace las veces de escribano, basta que tenga el grado de capitán, sea de línea, guardia nacional ó asimilado; lo que la ley exige es una garantía de seriedad y de verdad en este caso.

Algunos sostienen que el artículo sólo permite testar militarmente á los que están en una plaza sitiada, ó en un cuartel ó guarnición, fuera del territorio de la República, y que si están dentro del territorio no lo puede hacer sino en la forma ordinaria. ¿Cómo puede exigirse á militares sitiados en cualquier parte, que hagan testamento en la forma ordinaria? Se encuentran bajo el imperio de la necesidad, que autoriza el testamento militar, y pueden otorgarlo en la forma especial.

El artículo se refiere á los militares al servicio de la República. ¿Podrían testar militarmente si se encontrasen prisioneros del enemigo? En ese caso se regirían por las leyes de la nación que los ha tomado; pero si lo hicieran bajo alguna de las formas autorizadas por el Código, sería válido entre nosotros, aplicando el art. 3638.

Se ha juzgado, dice Demolombe, XXI, 419, que la suspensión momentánea de las hostilidades en una plaza sitiada, no impide á los militares el testar *jure militari*. ¿no hay en efecto, agrega, siempre, por causas diversas, intervalos más ó menos largos, en las operaciones de los sitiadores, sin que se pueda decir que el sitio ha cesado? Y así creo que debe juzgarse por nuestro derecho. Pero no estamos conformes con dicho autor, cuando compara una plaza sitiada con una declarada en estado de sitio, porque en nuestro derecho constitucional éste no altera sino el derecho de transitar, y el Poder Ejecutivo sólo puede trasladar á las personas de un lugar á otro de la República, si no prefieren salir del territorio.—Comp. Cód. FRANCÉS, arts. 981, 982 y 983. Cód. DE CHILE, art. 1043. LAURENT, XIII, 436.—Véanse arts. 3655, 3673, 3679, 3683, 3688 y 3689.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield á los arts. 3672, 3673 y 3674. — Véase L. 4, Tit. 1, Part. 6ª.—Inst., § 1, Lib. 2, Tit. 11.—Cód. Francés, art. 981.—De Chile,

cia agregados á la expedición, y los demás individuos que van acompañando ó sirviendo á dichas personas, podrán testar ante un oficial que tenga á lo menos el grado de capitán, ó ante un intendente del ejército, ó ante el auditor general y dos testigos. El testamento debe designar el lugar y la fecha en que se hace, así es que debemos tener presente y distinguir con cuidado las posiciones en que se encontrare el individuo al otorgar el testamento militar; 1ª condición: debe ser en tiempo de guerra, para los que están realizando una expedición, ó deben encontrarse en una plaza sitiada, lo que demuestra que este testamento no se autoriza en tiempo de paz. En igual caso se autoriza el testamento militar, cuando en tiempo de guerra nuestro ejército ó fuerzas destacadas ocupasen un cuartel ó estuvieran de guarnición en territorio extranjero; pues no se supone que estuvieran en tiempo de paz como fuerza armada en una nación extranjera.

Ahora bien. ¿Se aplicaría el artículo en caso de una guerra civil? Mi opinión es que no se debe distinguir, porque la ley no distingue.

Pero viene el caso en que el cuerpo, compañía ó piquete, se encontrare destacado sea en nuestro territorio, sea en el extranjero. ¿Cómo podría cumplirse lo preceptuado si no hay empleados de los designados; á este caso y al de enfermos en los hospitales ó ambulancias, responde el **art. 3673**, cuando dice: *si el que desea*

(**Art. 3673.**) El artículo comprende dos hipótesis; la 1ª, á todos los individuos de que habla el artículo anterior, en los lugares y condiciones en que se coloca; la 2ª, que es un caso excepcional, y sólo pueden hacerlo los mismos individuos cuando se hallasen en destacamento.

En el primer caso, es necesario que el testador se encontrare herido ó enfermo para poder testar ante el capellán, médico ó cirujano que lo asista, pues si estuviese sano, debe hacerlo ante un oficial que por lo menos tenga el grado de capitán, ó ante el intendente ó auditor general.

1041.—Holandés, 933.—De Luisiana, 1500.—El Código de Austria dispone que en cuanto á los testamentos de los militares, se esté á las ordenanzas especiales. Por el Cód. de Prusia, basta que el testamento esté firmado por el testador, y si no sabe firmar, por un testigo que firme por él, arts. 177 y 183.—La Ley Recopilada 8ª, Tít. 18, Lib. 10, concedió á todos los individuos de fuero de guerra el privilegio exorbitante de testar militarmente en todo tiempo y lugar.

testar estuviese enfermo ó herido, podrá testar ante el capellán ó médico ó cirujano que lo asista. Si se hallase en un destacamento, ante el oficial que lo mande aunque sea de grado inferior al de capitán; porque en este último caso sólo se debe buscar la persona á quien obedece la fuerza destacada.

El testamento será firmado por el testador, si sabe y puede firmar, por el funcionario ante quien se ha hecho, y por los testigos. Si el testador no sabe ó no puede firmar, se expresará así, y firmará por el uno de los testigos. De los testigos uno á lo menos debe saber firmar (art. 3674), y en cuanto á la forma no se puede exigir

La expresión ante el médico que lo asiste, debe tomarse en el sentido, no del que lo atiende ordinariamente, sino de cualquier médico del ejército que lo atendiese en el momento en que quiera hacer su testamento, facilitando al enfermo ó herido el modo de disponer de sus bienes, cuando se sintiera en peligro.

En el segundo caso, el legislador ha supuesto un caso de urgencia, dejando á la voluntad del enfermo ó herido la libertad de elegir el momento. Estando destacado bajo las órdenes de un oficial de cualquier grado que fuera, no sería justo exigirle que hiciera su testamento ante un capitán, cuando no existe oficial de ese grado; por eso creo, que si el destacamento fuere atacado y muerto el oficial que los mandase, si quedara un sargento sustituyendo al oficial, podría hacer el testamento ante él. Son casos de urgencia en que no se debe exigir al herido ó enfermo las formalidades ordinarias.

(Art. 3674.) Hemos sostenido que cada testamento tiene una forma especial que no puede ser alterada aplicando á uno lo que es exigido para la otra; que no debemos aplicar por analogía la formalidad requerida para una clase á otra, porque entonces desvirtuaríamos el mandato del legislador, y estos principios son de estricta aplicación en el presente artículo en que se trata de la forma del testamento militar, que es privilegiado, por las circunstancias especiales en que se hace, en que algunas veces llegarán á ser angustiosas, para exigir formalidades de funcionarios que eventualmente las desempeñan, y que por la premura de las circunstancias y por la falta de práctica nunca serían llenadas. Creo, pues, que el testamento militar como privilegiado está exento de las formalidades exigidas para los demás, sujetándose á lo estrictamente necesario, indicado en este artículo y siguientes. Así, cuando el artículo dice, que el testamento será firmado por el testador si sabe y puede hacerlo, y si no sabe ó no puede se expresará así y lo firmará uno de los testigos, no

las que requiere el testamento por acto público, así es que no se pedirá, ni constancia de haberse leído el testamento, ni la expre-

podemos aplicarle las formalidades del testamento por acto público exigiéndole que exprese la causa por qué no pudo firmar, ni menos que el testamento fué leído al testador y testigos, ni que se haya de pouer el nombre de los testigos y su edad. Tampoco es necesario que exprese si lo ha dictado ó lo ha recibido por escrito, ni que los testigos han visto al testador; en una palabra, las condiciones exigidas para un testamento por acto público, no rigen para el testamento militar, *sui generis*, hecho en circunstancias especialísimas, por militares ó empleados de intendencia, que ocasionalmente desempeñan esas funciones.

Creo, pues, un error el sostener, como lo hacen algunos, de que en esta clase de testamentos sea indispensable el hacer mención expresa de que fué leído y firmado en presencia del funcionario autorizante y testigos; porque eso sería adicionar el texto, como muy bien lo dice el Dr. Segovia, pues el legislador no ha exigido semejante formalidad. ¿Y cómo podía pedir esas formalidades en circunstancias tan angustiosas, como serán generalmente aquellas en que el testamento está destinado á otorgarse? La misma razón militaría para exigir en este testamento privilegiado todas las condiciones exigidas para los testamentos por acto público. En la misma condición se encuentra la manifestación de la causa por qué no pudo firmar, que únicamente se exige en los testamentos por acto público, y que no se requiere ni en el cerrado, como lo demostramos en el art. 3666. Se parte del principio equivocado de que las condiciones exigidas para una clase de testamentos deben cumplirse en las demás en situaciones análogas, lo que indudablemente es un error. El artículo sólo exige la expresión de que el testador dijo no saber firmar ó que no podía hacerlo, y no hay razón para adicionarlo, pidiendo se exprese la causa porque no pudo hacerlo.

Es cierto lo afirmado por el Dr. Llerena de que los testamentos especiales no están sujetos á formas de los testamentos por acto público, y nosotros agregamos, que ese principio rige para cada forma de testamento que se rige por la legislación que le es peculiar, salvo en lo que se refiera á las demás condiciones generales que comprenden todos los testamentos.

Quando un tercero firmara por el testador, uno de los testigos debe saber firmar, como en el caso en que no concurrieran sino los dos testigos. ¿Será nulo el testamento, si el testigo no firmase á ruego del otro, mencionándose en él que no firmó por no saberlo hacer? No lo creo; porque el artículo no lo exige, y son circunstancias tan especiales en las que se hace el testamento, que debemos darle todas las facilidades para que

sión de si lo dictó, etc., bastará que conste la expresión de la voluntad de disponer de sus bienes.

En cuanto á *los testigos deben ser varones mayores de edad, si fuesen sólo soldados; pero basta que tengan diez y ocho años cumplidos, de la clase de sargento inclusive adelante* (art. 3675); la

disponga de sus bienes. Por otra parte, como sólo vale por 90 días después de cesar la causa que lo produjo, no ofrece peligro alguno el reconocerlo como válido en los rarísimos casos de una muerte inmediata.

Nuestro artículo se ha separado, evidentemente, del art. 998, Código Francés, que exige se haga mención de la declaración del testador, así como de la causa que le impide firmar, así como exige mención de la causa por qué el otro testigo no ha firmado, y ha adoptado el art. 1042, Cód. de Chile, que sólo ordena se exprese que el testador no sabe ó no puede firmar. Los que sostienen que la falta de mención de la causa anula el testamento, citando el Cód. Francés, no se han apercibido de estas diferencias capitales.

(Art. 3675.) Indudablemente que se puede sostener, en general, que el título de los testigos es aplicable á toda clase de testamentos; pero la cuestión merece un detenido estudio, tratándose de una forma tan especial como el testamento militar, en que el testador, los testigos y el que reemplaza al oficial público, se encuentran en circunstancias tan singulares, que no sería posible exigir las mismas condiciones, sin destruir por su base el testamento militar, haciendo imposible su otorgamiento. En efecto, supongamos un caso extremo, que una compañía del batallón se encuentra destacada defendiendo una posición; que se ha batido teniendo varios heridos graves que quieren hacer su testamento. Comencemos por el art. 3699, en que los testigos deben ser conocidos del *escribano*; bien podemos suprimir este artículo para los testamentos militares en que no concurre escribano, y debemos sostener que esta condición no es necesaria en el testamento militar. Viene el art. 3700, que exige á los testigos el conocimiento del idioma del testador y el idioma en que se hace el testamento, para el caso en que el testador no conociera el castellano; como no es una condición esencial que el testamento militar se haga en castellano, me parece que valdrá si fuera hecho en el idioma del testador, siempre que los testigos lo entiendan. El art. 3701, exige á los testigos la residencia en el lugar; esta condición es inaplicable en nuestro caso, porque podrán ser los testigos los varones que se encuentren en el destacamento; ¿qué residencia exigiríamos á los que se hallan momentáneamente y que momentos después abandonarán aquel

primera disposición tendrá que reformarse, porque tal como se ha formado nuestro ejército, compuesto de conscriptos de 20 años, no se encontrarán testigos mayores de edad.

lugar? El art. 3702, que prohíbe ser testigos á los descendientes ó ascendientes, debe aplicarse, porque su mandato es absoluto, y la misma razón existe para la prohibición en testamento militar, que en los demás; lo mismo diremos con relación á los herederos instituidos y á los que tuvieran algún interés por recibir algo del testador, pues se presta á fraudes y engaños, art. 3706, pero no aplicaremos el art. 3707, porque se refiere claramente á los testamentos hechos por escribanos, y porque en las circunstancias premiosas en que se otorga el testamento militar, sólo se dispone de un oficial ó sargento, y no hay lugar á elegir; así pues, aunque los soldados ó agregados al destacamento y que sirven de testigos fueran parientes del oficial que lo otorga, el testamento sería válido; pero no podrán ser testigos los ciegos, sordos, mudos, sordo-mudos, los que estén privados de su razón y los dementes, arts. 3708 y 3709; porque se encuentran imposibilitados física é intelectualmente de atestiguar. Estas distinciones no son caprichosas, como lo suponen algunos, sino necesarias para la existencia de los testamentos privilegiados, y sobre todo, porque no se pueden aplicar disposiciones dictadas para los testamentos que hacen los escribanos, y me inclino á creer que en caso de duda no deben aplicarse á los testamentos militares que tienen una vida efímera. Téngase presente que se otorgan en momentos angustiosos y de peligro, en que el testador está herido ó enfermo, y no hay el temor de esas confabulaciones que se hacen tranquilamente para despojar á herederos legítimos, á quienes la ley ha querido proteger. Los magistrados, así como los comentadores, no deben cerrar los ojos ante disposiciones generales, destinadas á garantizar la transmisión de los bienes, sin fraude ni confabulaciones, y decir como lo hacen algunos: el Código contiene un título especial que determina la capacidad de los testigos en los testamentos, y á él debemos ir á buscar, si una persona ha podido ser testigo ó no; porque donde la ley no distingue, el intérprete tampoco debe hacerlo. El magistrado y el jurisconsulto no aplican mecánicamente las leyes, y tienen el deber de no destruir instituciones del mismo Código, haciendo aplicaciones literales de sus disposiciones; por el contrario, deben darles vida y fuerza, armonizándolas, cuando parecieran encontrarse en colisión, y si la existencia de las unas dañare á las otras; por eso sostenemos que el título de los testigos no debe aplicarse ciegamente á los testamentos militares. Así, el oficial que se encuentra en destacamento y que desempeña las funcio-

Pero este privilegio concedido á los militares, y á los que forman parte del ejército en tiempo de guerra, debe cesar, así que hayan desaparecido las causas que lo autorizaron, por esa razón dice el **art. 3676**: *si el testador falleciere antes de los noventa días*

nes de escribano, cualquiera que sea la edad que tuviera, 15, 16 ó 17 años, el testamento sería válido. Por eso se declararía válido el testamento hecho ante el oficial del destacamento que tuviera 15 años, y ante dos testigos de 18 años, si son de la clase de sargento.

No debemos de olvidar que son testamentos hechos en circunstancias especiales, y que no valen así que haya desaparecido la causa que los autorizó. ¿A qué quedarían reducidos estos privilegios que se conceden á los militares, si fuéramos á exigir todas las condiciones generales de los testamentos ordinarios? Si el legislador hubiera exigido todas las garantías de expresión de la voluntad, no habría tenido razón para declararlos nulos á los 90 días de cesadas las circunstancias en que se otorgan estos testamentos. — Comp. GOYENA, art. 574. — Véanse arts. 990 y 3614.

(**Art. 3676.**) El testamento militar, que se llama con razón privilegiado, porque se otorga en circunstancias especiales, en que el legislador ha permitido disponer de sus bienes, suprimiendo casi todas las solemnidades, debe cesar así que hayan desaparecido las causas que lo autorizaron, y por esa razón hemos opinado que para esta clase de testamentos no rigen las disposiciones generales, respecto de su forma, exigidas para los demás. En efecto; ¿qué razón habría para anularlo, si llenase todas las condiciones de seguridad, y ofreciera las garantías de los testamentos ordinarios? Se comprende que el Código Francés haya acordado seis meses, porque el art. 998, exige ciertas condiciones que el nuestro no ha consignado; ofrece mayores garantías.

¿Desde cuándo deben contarse los 90 días? El artículo dice, desde el subsiguiente en que hubiesen cesado las causas que lo autorizaron á testar militarmente; pero si corriendo los 90 ó á los 89 desde que cesaron las causas, el testador volviera á encontrarse en las mismas condiciones, volverían á contarse desde ese momento los 90 días, como lo sostienen uniformemente todos los autores franceses.

Pero ¿cómo debe interpretarse la frase, desde que han cesado las causas que lo habilitaron para testar militarmente? El militar herido, por ejemplo, que estando en un destacamento, testó ante el alférez que lo mandaba; el que estando enfermo lo hizo ante el capellán ó médico,

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3675.—El Cód. de Baviera admite por testigos aun á las mujeres, art. 4, Cap. 4, Lib. 3.

subsiguientes á aquel en que hubiesen cesado con respecto á él las circunstancias que lo habilitan para testar militarmente, valdrá su

¿deberán hacerlo nuevamente ante un oficial por lo menos del grado de capitán ó intendente del ejército ó auditor general, así que haya desaparecido la causa? No, seguramente! Porque el testamento militar, en cualquiera de las formas permitidas por el Código, caduca á los 90 días de haber cesado las causas.

Y cuando por el testamento militar se revocase otro hecho en las formas ordinarias, ¿quedará revocado como algunos lo sostienen, ó no tendrá valor pasados los noventa días después de haber cesado la causa que lo autorizó? Mi opinión es negativa, porque la última parte del artículo es terminante y no ofrece dudas; pasando los noventa días desde que cesó la causa, no hay testamento, ha caducado. Pero se dice que la última parte del art. 3830, al hablar de la revocación de los testamentos y legados apoya la opinión contraria, lo que es un error á mi juicio. En efecto, ese artículo se refiere, en su primera parte, al caso en que el testamento posterior que revocase al anterior, fuera declarado nulo por vicio de forma, en que el anterior subsiste, porque en realidad no ha existido testamento; pero cuando ese testamento fuera válido por no tener vicio, y se anularan únicamente tales ó cuales disposiciones por incapacidad de los herederos ó legatarios, ó por cualquier otra causa, como el testamento en sí subsiste, de ahí la consecuencia necesaria de que el anterior queda revocado. Esta disposición apoya más bien nuestra tesis; porque no existiendo el testamento militar pasados los noventa días desde el acontecimiento que lo autorizó, ¿por qué quedaría revocado el testamento anterior? Se comprendería si el artículo dijese: quedan sin efecto la institución de heredero y los legados tales ó cuales; pero no; expresa claramente que el testamento caduca, sin quedar en pie disposición alguna, y el testamento anterior en su fuerza y vigor, pues nadie lo ha revocado. Sostener lo contrario equivale á decir que el testamento no ha caducado, pues sólo considerándolo en su fuerza y vigor puede revocar al anterior.

Nuestro artículo es tomado literalmente del art. 1044, Cód. de Chile.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3676. — Por las leyes de España, el privilegio militar para testar no tenía límite alguno de tiempo. Por las Leyes Romanas, el testamento militar subsistía hasta un año después que el testador hubiese obtenido la licencia ó retiro del ejército. Inst. Lib. 2, Tit. 11, § 3.—Por el Cód. Francés, art. 984, y por el de Nápoles, 910, el testamento militar caduca seis meses después que el testador haya vuelto á un lugar en donde pueda testar en la forma ordinaria. Por el de Baviera, art. 4, Cap. 4, Lib. 3, un año

testamento como si hubiese sido otorgado en la forma ordinaria. Si el testador sobreviviere á este plazo su testamento caducará; porque ha podido adoptar cualquiera de las formas ordinarias, y no hay razón para mantener como testamento una forma excepcional, que sólo se aplicaba por las circunstancias en que fué hecha.

Si el que puede testar militarmente prefiere hacer testamento cerrado, actuará como ministro de fe cualquiera de las personas ante quien ha podido otorgar testamento abierto (art. 3678), y se escribirá en la carátula como se ha dicho en el testamento cerrado en presencia de los testigos que intervienen en el testamento militar.

El testamento otorgado en la forma prescripta, si el testador

(Art. 3678.) En el caso de testamento cerrado, como el Código no indica una forma especial para el militar que quiera otorgarlo de ese modo, tiene que hacerlo ante los testigos que intervienen en el testamento abierto; aunque habría sido más conforme asimilarlo al testamento marítimo, art. 3682, con el que tiene mayor analogía, y conviene que esta disposición se armonice con aquélla, cuando se revise el Código.

Si no pudiera valer como testamento cerrado, y fuera ológrafo, ó testamento militar en la forma autorizada por el Código, por el que puede otorgarlo, valdría como tal; porque se encuentra en las mismas condiciones que los demás testamentos cerrados y le es aplicable la disposición del art. 3670. En efecto, si el contenido en el interior de la carátula es un testamento ológrafo, no hay duda alguna que no le quitaría su fuerza el hecho de haberlo encerrado en una carátula y sometido á las formalidades del testamento cerrado, y con mayor razón, si después de testar militarmente en la forma ordinaria se le ocurriese encerrarlo en una carátula y convertirlo en cerrado, si no pudiera valer como tal, quedaría subsistente como testamento militar. — Véase lo dicho en el comentario al art. 3670.—Comp. Cód. DE CHILE, art. 1047.

después de haberse terminado la campaña ó de haber sido licenciado el testador. El de Holanda, tres meses después de haber cesado la campaña.

No aceptamos el testamento verbal, ante dos testigos, autorizado por varios Códigos. Sería sin duda el medio más fácil de suponer un testamento y quitar la herencia á los herederos *ab intestato*. Un privilegio para testar de este modo, podría ser funesto á los mismos militares, familias y parientes, á no ser que se diga que las solemnidades y precauciones adoptadas por todas las legislaciones para asegurar sus últimas voluntades, son innecesarias.

falleciere, deberá ser remitido al cuartel general y con el visto bueno del Jefe de Estado Mayor, que acredite el grado ó calidad de la persona ante quien se ha hecho, y se mandará al Ministerio de la Guerra, y el Ministro de este Departamento lo remitirá al juez del último domicilio del testador para que lo haga protocolizar. Si no se conociere domicilio al testador, lo remitirá á uno de jueces de la Capital (federal), para que lo haga protocolizar en la oficina que el juez disponga (art. 3677).

§ 1009. — DEL TESTAMENTO MARÍTIMO

El testamento marítimo difiere esencialmente del militar, en que en éste se exige un estado de guerra que autorice á usar del privilegio, mientras en aquél basta encontrarse navegando

(Art. 3677.) Es necesario que el testador haya fallecido para que su testamento se remita al cuartel general; teniéndose presente que sólo caduca cuando han pasado los 90 días desde que haya cesado el acontecimiento que lo autorizó á testar militarmente. Si por ignorancia ó equivocación el testamento se hubiera remitido á cualquier otro juez que no fuera el del último domicilio, que después de las formalidades de la ley lo hubiera mandado protocolizar, abierta la sucesión ante el juez del último domicilio, éste pedirá una copia testimoniada del testamento; pero si atacaren el testamento mismo, alegando que no llena las formalidades exigidas, y se declarase nulo, lo hará saber al primero para que ordene las anotaciones correspondientes.

Si el testamento fuera remitido á un Juez Federal en cualquiera de las Provincias, éste debe pasarlo al juez ordinario en turno del último domicilio del testador.

¿Qué valor tiene este testamento? El artículo no lo dice, porque es innecesario, pues tiene toda la fuerza de un instrumento público, y no está sometido á los reconocimientos y cotejos de los testamentos ológrafos cerrados.

El procedimiento para la protocolización lo determinarán las provincias, teniendo presente que no pueden quitarle el carácter de instrumento público que el Código le reconoce, ni podrán declararlo nulo por cualquier defecto que se notare en la protocolización, que sólo deberá corregirse. — Comp. Cód. DE CHILE, art 1045, y GOYENA, art. 575.— Véanse arts. 3284, 3286, 3637 y 3681.

para estar autorizado para hacerlo, y la razón es obvia; en la navegación, sea en el río ó en alta mar, los individuos se encuentran aislados, sin que puedan ocurrir á funcionario alguno, así, dice el **art. 3679**: *los que naveguen en un buque de guerra de la*

(**Art. 3679.**) El presente artículo es uno de los mal redactados que contiene el Código, y prueba la precipitación con que el Dr. Velez-Sarsfield hizo el proyecto. No sólo olvida expresar, como lo hacen sus modelos, que el testamento debe ser otorgado en alta mar, sino lo que es más singular, ¡no exige la firma del testador y de los testigos, ni la del comandante! En efecto, dice que podrán testar ante el comandante y tres testigos, de los cuales dos por lo menos deben saber firmar, y que debe ser fechado, y se hará un duplicado con las *mismas firmas* del original, lo que supone que éste ha sido firmado.

Respecto á la primera dificultad, parece que el Código se refiere á los testamentos hechos en alta mar; pero como no lo expresa, si suponemos una guerra nacional y un combate en nuestros ríos entre buques de la República y extranjeros, no se encontrarían privados de testar los tripulantes heridos ó moribundos. Más aún, si suponemos al buque en callado en una isla ó brazo de río donde hubiera ido para salvarse de la persecución, estarían militarmente los marineros desde que son soldados en armas. Creo que ningún juez podría rechazar un testamento marítimo en este caso; pero me parece más propio reducir la cuestión á una de hecho, y no sujetarla á principios inflexibles, con tanta más razón cuanto, que el Código guarda silencio.

Respecto de las firmas, es una cuestión gravísima: porque se trata de formas en un testamento privilegiado, y por más convencidos que nos encontremos que el legislador ha olvidado establecerlas, no podemos decir, como lo hacen algunos, que no las ha impuesto, porque son demasiado sabidas. Esto no es interpretar la ley, sino corregirla; el legislador no suprime formas esenciales por demasiado sabidas, mas aun cuando se trata de crear, por decirlo así, una especial, como es el testamento marítimo. Pero también, ¿cómo suponer un testamento sin firmas? Entonces, lógicamente, debemos admitir que si el testador sabe firmar, lo hará con dos de los testigos y el comandante del buque; si no sabe, bastará con expresar que no sabe ó no puede, haciéndolo á su ruego, cualquiera de los testigos ó un tercero. Pero no puede exigirse sino lo fundamental, y no estoy conforme con los que opinan que es formalidad esencial la expresión de la causa por qué no pudo hacerlo; pues sería legislar creando una disposición especial, y no interpretar la existente.

El art. 1048, Cód. de Chile, de donde probablemente fué tomado el ar-

República, sean ó no individuos de la oficialidad ó tripulación, podrán testar ante el comandante del buque y tres testigos de los cuales dos á lo menos sepan firmar. El testamento debe ser fechado. Se extenderá un duplicado con las mismas firmas que el original. Como se habrá observado, en este testamento no hay necesidad de indicar el lugar; porque muchas veces sería imposible designarlo, y no tendría importancia alguna.

El artículo dice: «que se podrá otorgar testamento marítimo á bordo de un buque de guerra en *alta mar*; que será recibido por su Comandante ó por su segundo á presencia de tres testigos; que si el testador no supiere ó no pudiese firmar, se expresará esta circunstancia; que se extenderá un duplicado con las mismas firmas del original»; pero tampoco dice cuales deben ser esas firmas. Mi opinión es que en el silencio de la ley sólo deben exigirse las condiciones más elementales. Lo que es indudable, según nuestro artículo, es que el segundo del comandante no podrá extender el testamento marítimo, y sin embargo, esa facultad la concede expresamente el art. 3682 para actuar como ministro de fe, en el testamento cerrado y en el abierto al 2º del capitán en los buques mercantes y á los pilotos según el art. 3683; pero en esta materia de formas hay tal delicadeza, que el magistrado y el jurisconsulto deben atenerse á la letra de la ley, siempre que la interpretación literal no resultare contraria á los principios reconocidos; como por ejemplo, en el caso de este mismo artículo, de un testamento no firmado por el testador y los testigos.

Es de toda urgencia la reforma de este artículo, expresando que el testamento marítimo debe ser firmado por el testador ó á su ruego si no supiese ó no pudiese hacerlo, y debe firmarlo el que hace las veces de ministro de fe, y puede concurrir en ese carácter el 2º comandante.

Si únicamente fuera extendido un solo ejemplar, ¿se declarará nulo el testamento? No lo creo; porque no se trata de una formalidad intrínseca que ataque al testamento mismo, que por otra parte se ha otorgado guardando todas las formalidades exigidas. Es una medida de seguridad que el legislador ha tomado para evitar el caso de extravío; pero que no debe influir en la validez del testamento.—Comp. DEMOLOMBE, XXI, 460. COIN-DELISLE, art. 900 y 992, TROPLONG, III, 1717. COLMET DE SANTERRE, IV, 131 *bis*.—Véanse arts. 3678, 3680 y 3688.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3679.—Por el Cód. de Holanda, art. 964, se exige sólo dos testigos; lo mismo Goyena, art. 578; por el de Luisiana, tres testigos, art. 1564.—Por el de Chile, tres testigos, art. 1048.

El testamento será custodiado entre los papeles más importantes del buque, y se hará mención de él en el diario (art. 3680); pero en nada perjudicará la validez del testamento, si no se hiciera esa mención, ni se custodiara entre los papeles importantes; porque esas son circunstancias exteriores que sólo afectan y obligan al jefe del buque.

Si el buque antes de volver á la República, arribare á un puerto extranjero en que haya un agente diplomático ó un Cónsul argentino, el comandante entregará á este agente un ejemplar del testamento, y el agente lo remitirá al Ministro de Marina, para los efectos que se ha dispuesto respecto al testamento militar. Si el buque volviese á la República, lo entregará al Capitán del Puerto, para que lo remita á iguales efectos al Ministerio de Marina (art. 3681); pero la falta del comandante á los deberes que le impone este artículo, en nada afectará la validez del testamento.

(Art. 3680.) Esta es otra formalidad extrínseca cuya inobservancia no perjudicará la validez del testamento. Supóngase que no se hiciera mención en el diario de navegación, por un descuido cualquiera, esto no podría dañar al testamento mismo; pero si se alegare su falsedad trayendo algunos antecedentes para justificarla, en ese caso la falta de mención en el diario de navegación, vendría á ser una prueba concurrente de la falsedad atribuida, y podría decidir la cuestión.

El art. 1049, Cód. de Chile, de donde fué tomado nuestro artículo, dice con más claridad: «y se dará noticia de su otorgamiento en el diario», porque es un hecho importante.

(Art. 3681.) Lo establecido en este artículo no corresponde al testamento mismo y no puede atacar su validez. Son obligaciones que el Código ha impuesto á los comandantes de buque, y de cuyo cumplimiento debió hacerlos responsables expresamente, como sucede con el escribano que teniendo en su poder un testamento debe ponerlo en conocimiento de los interesados, art. 3671; por el presente artículo se obliga á los comandantes á hacer el depósito del duplicado para que llegue á conocimiento de los herederos y legatarios; pero la omisión de estas diligencias no puede dañar á la validez del testamento. Así, cuando el testamento marítimo no fuera hecho en doble ejemplar y por esa causa no se depositara en la capitania á la arribada á puertos ar-

Si el que puede otorgar testamento marítimo prefiriere hacerlo cerrado, se observarán las solemnidades prescriptas para esta clase de testamentos, actuando como ministro de fe el comandante del buque ó su segundo ante tres testigos, de los cuales á lo menos dos sepan firmar, observándose lo demás dispuesto en este capítulo para el testamento marítimo (art. 3682), debiéndose hacer notar que

gentinos, no por eso perderá su valor el original que se conserva en el buque. Los interesados pueden pedir ese testamento original, y una vez dejado copia testimoniada, si nadie lo atacare, se devolverá al buque para que sea custodiado entre los papeles.

Nuestro artículo, tomado del Chileno, ha suprimido ciertas formalidades, que habría sido conveniente expresar; como por ejemplo, la de exigir recibo de haber entregado el testamento al agente diplomático ó consular, y la mención en el diario de navegación, de haber hecho la entrega; asegurándose así del cumplimiento de estos deberes.

En el testamento marítimo no se hace diferencia alguna, como en el militar, que sólo debe remitirse al Ministerio cuando el testador falleciere, porque si vive no hay razón para esta exigencia; mientras en el marítimo debe hacerse el depósito ó entrega, porque siempre hay el peligro de que el buque se pierda.—Comp. Cód. CHILENO, art. 1050.

(Art. 3682.) ¿El testamento cerrado debe guardar todos los requisitos exigidos por el art. 3666? No lo creo, puede otorgarlo ante los mismos que pudo hacerlo abierto. En mejores condiciones se encuentra el marino á quien le es más fácil encontrar testigos, que al militar de tierra.

¿Cómo debe entenderse la expresión de «observándose lo dispuesto para el testamento marítimo»? Deben hacerse dos ejemplares como lo creen algunos? ¿O se levantará solamente otra acta semejante á la carátula del testamento otorgado?

El Cód. de Chile, art. 1054, de donde ha sido tomado el nuestro, dice: «se observará en lo demás lo dispuesto en el art. 1049 (que se refiere á la guarda del testamento) y se remitirá copia de la carátula al Ministerio de Marina para que se protocolice, como el testamento, según el art. 1050». ¿Cómo se va á protocolizar la carátula? La expresión es obscura, porque debió decir: así como el testamento, que es el que debe protocolizarse, según la última parte.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3681.—Goyena, art. 581.—Cód. Francés, 981.—Napolitano, 917.

para el testamento marítimo se requieren los tres testigos que se exigen para el cerrado, y que se ha suprimido una disposición idéntica para el testamento militar, porque el art. 3678 sólo habla de la persona ante quien se otorga, sin referirse á los testigos.

En los buques mercantes, bajo la bandera argentina, se podrá testar en la misma forma que en los buques de guerra, haciéndose el testamento ante el capitán, su segundo ó el piloto, observándose en lo demás lo dispuesto para los testamentos hechos en un buque de guerra (art. 3683), y aquí conviene hacer notar, que si en

En mi opinión, no hay posibilidad de hacer dos testamentos y no es eso lo que el legislador ha querido expresar. Observar las mismas disposiciones, es entregar el testamento al agente diplomático ó Cónsul del puerto de arribada en el extranjero, ó al Capitán de Puerto de la República para que lo remita al Ministerio correspondiente. ¿Para qué conservar entre los papeles del buque un testamento de esta clase, que puede perderse? Esto es en el supuesto que el testador lo haya confiado al comandante del buque; pero ¿si como sucede ordinariamente lo ha guardado él mismo? Entonces vendría la necesidad de la carátula doble, firmada por los mismos testigos y el comandante, á fin de que pueda servir para comparar el testamento que después se presentare por los interesados, cuando el testador hubiera fallecido dentro de los noventa días del desembarco; nuestro Código guarda silencio y no ordena que se mande un duplicado de la carátula. Creo, pues, que no hay necesidad de hacer una doble.

Por las observaciones que acabamos de hacer, el artículo es incompleto y obscuro, y convendría aclararlo.

(**Art. 3683.**) En los artículos anteriores hicimos notar la incongruencia entre las facultades concedidas por este artículo á los capitanes de buques mercantes, sus segundos y pilotos, y la restricción del art. 3679 para los comandantes de buques de guerra en los testamentos abiertos, así como la extensión concedida á los segundos en los testamentos cerrados del art. 3682. En el porvenir, cuando se corrija el Código Civil, será necesario hacer desaparecer estos defectos, poniendo en armonía los tres artículos.

Se nota otra irregularidad en la redacción, pues nuestro artículo no dice, con el art. 988, Cód. Francés, que el testamento debe hacerse ante

los buques mercantes se puede hacer el testamento ante los que sustituyen al capitán, igual cosa debió permitirse en los buques de guerra para los que sustituyan al comandante.

Como el testamento marítimo se concede por un privilegio, á causa de las circunstancias excepcionales en que se encuentra el testador, es justo que deje de tener efecto, así que hayan cesado las que lo autorizaron, por eso dice el **art. 3684**: *el testa-*

el capitán, y en su defecto ante su segundo», y debió agregarse en nuestro caso: en defecto de éste ante el piloto, para que no quede esta facultad en la mano de los tres, que podrán ejercerla alternativamente en presencia unos de otros, cuando no debía ser así. No se podrá observar un testamento hecho ante el piloto, aunque no exprese la causa, porque concurre como ministro de fe al otorgamiento del testamento, ni exigir que exprese el instrumento mismo la causa por qué no ha concurrido el capitán ó su segundo. Felizmente serán tan raros estos testamentos, que no se presentarán casos prácticos.

Nuestro artículo ha sido tomado del 1055, Cód. Chileno, que contiene la imperfección notada, habiendo olvidado expresar que el segundo y el piloto deben ser ministros de fe en defecto unos de otros.—Véanse arts. 3679 á 3682.

(**Art. 3684.**) En todos estos artículos se nota la precipitación con que fué hecho el proyecto de Código; porque la mayor parte son incompletos ó de redacción obscura y enigmática. Con relación á este artículo, tomado literalmente del 1052, Cód. Chileno, es incompleto, porque no basta que el testador haya bajado á tierra y se encuentre en un lugar cualquiera, es necesario que en ese lugar haya medios de testar en la forma ordinaria, ante escribano público; por eso el art. 996, Cód. Francés. dice: «y en los tres meses después que haya desembarcado en tierra, y *en un lugar donde haya podido rehacer el testamento en la forma ordinaria*». Según nuestro Código, aunque el testador haya desembarcado en una isla desierta, ó en lugar por lejano que sea, donde no haya escribano, el testamento quedará nulo si pasaren los noventa días, cuando no debía ser así; porque el pensamiento del legislador al conceder el privilegio de otorgar el testamento marítimo al que se encuentra embarcado, es el de facilitarle la libre disposición de sus bienes en las condiciones especiales en que se halla, y el que desembarca en una isla ó paraje casi desierto, no está en mejores condiciones para rehacer su testamento.

Algunos sostienen que tratándose del testamento cerrado no cadu-

mento no valdrá sino cuando el testador hubiese fallecido antes de desembarcar, ó antes de noventa días subsiguientes al desembarco.

cará porque pasen los 90 días después del desembarco, lo que sería cierto únicamente cuando pudiera valer como testamento ológrafo; porque la intervención del comandante y testigos en el acto levantado en la carátula no puede dar por resultado anular el testamento ológrafo, *utile per inutile non debet vitari*. La ley no distingue, ni hay razón para acordar un privilegio al testamento cerrado.

En cuanto al tiempo que debe permanecer en tierra desembarcado, para que caduque el testamento marítimo, es una cuestión de hecho que los jueces resolverán, teniendo en cuenta el lugar del desembarco y el tiempo que ha permanecido en tierra, suficiente para que haya podido otorgar testamento ante cualquiera de los escribanos de la localidad, así, el hecho en alta mar quedaría sin valor.

El reembarco debe hacerse en el *mismo buque*, así lo exige el artículo, y sería arbitrario admitir que pudiera reembarcarse en otro cualquiera después de haber bajado á tierra y estado algunos días para continuar el viaje en otro buque, ó cambiar de itinerario á su voluntad. Si no se reembarca en el mismo buque, el testamento quedará sin valor á los 90 días después de su desembarco, del primero, estando en tierra, aunque sólo estuviera breve tiempo, pues falta la condición para que no se repunte desembarco definitivo, que es la de reembarcarse en el mismo buque.

Los noventa días ¿deben computarse desde el día del arribo del buque á un puerto cualquiera, ó desde el *desembarco* como dice el artículo? Supóngase que el buque llega al puerto el 14 de Mayo, con el testador enfermo, que éste sólo desembarca al mes siguiente, y fallece á los setenta días de bajar á tierra y á los cien desde su arribo. ¿Cómo debe contarse el tiempo? Si es desde el arribo del buque el testamento habría caducado; por el contrario, si lo fuera desde el desembarco, sería válido.

Estando á los términos del artículo, se contaría desde el desembarco, porque así lo dice claramente; pero si buscáramos la intención del legislador, que sólo ha concedido este privilegio al que no puede encontrar un escribano, nos decidiríamos por la arribada al puerto; pero no es así, por fuerte que se considere esta razón no hay motivo para cambiar el término claro de la ley, que exige el *desembarco*, y no el *arribo* del buque al puerto de su destino, y me decido por la opinión que cuenta el término desde el desembarco del testador.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3684. — Cód. de Chile, art. 1052. — Código Francés, 906. — Napolitano, 922.

No se tendrá por desembarco el bajar á tierra por corto tiempo para reembarcarse en el mismo buque; quedando á la apreciación de los magistrados el juzgar si ese desembarco para tripular otro buque, puede ser considerado como tal, para el efecto de contar los noventa días.

El testamento no se reputará hecho en el mar, si la época en que se otorgó se hallaba el buque en puerto donde hubiese Cónsul de la República (art. 3685); pero esto no se debe tomar de un modo

(Art. 3685.) Tres hipótesis pueden ocurrir: 1ª, que el testamento marítimo se hiciera estando el buque en un puerto donde hubiese Cónsul de la República; 2ª, cuando estuviera en puerto donde no existiera Cónsul; pero hubiese escribanos ó notarios; 3ª, cuando estuviese el buque en un puerto de la República donde no hubiera escribanos ni autoridades que pudieran reemplazarlos.

El primer caso es el expresamente regido por el artículo; pero es necesario que el testamento se haga estando el buque en el puerto, porque si hubiera sido hecho antes, valdría como otorgado en el alta mar. Cuando el artículo exige que haya Cónsul, es porque ante este funcionario ha debido hacerse el testamento, de modo que si hubiera un Vice-Cónsul, como no pueden ser ministros de fe, según el art. 3636, será válido el testamento marítimo. Si hubiera un Ministro ó Encargado de negocios, ante él se haría, y por consiguiente sería nulo el que se otorgara en el puerto. En esta parte, el artículo es también incompleto, porque permite otorgar testamento marítimo al individuo embarcado en un buque mercante bajo bandera argentina, estando en un puerto extranjero donde hay notarios ó escribanos ante quienes puede testar, sólo por la circunstancia de no haber Cónsul Argentino, cuando lo natural habría sido someterlo á las leyes del lugar donde se encuentra. El art. 994, Cód. Francés, dice: «si el buque arribase á una tierra, sea extranjera, sea bajo la dominación francesa, donde hubiera un oficial público francés; en cuyo caso no será válido sino cuando hubiera sido hecho con arreglo á las formas prescritas en Francia, ó según las usadas en el país donde hubiera sido hecho», caso no previsto por nuestro Código.

En la segunda hipótesis, suponemos el buque arribado á un puerto donde hay funcionarios públicos ante quienes otorgar el testamento con arreglo á las leyes del país; pero no tenemos Cónsul, y nuestro Código, en vez de obligar al navegante á que otorgue testamento con arreglo á las leyes de la nación donde se encuentra, lo faculta para hacer testamento marítimo, usando de un privilegio que sólo debía concederle por

absoluto, porque si el individuo estuviera enfermo, ó preso en el buque de guerra, ó estuviera impedido de bajar á tierra, y haciendo constar estas circunstancias hiciera su testamento, se debe considerar como válido.

Son nulos los legados hechos en testamento marítimo á los oficiales del buque, si no fuesen parientes del testador (art. 3686),

las circunstancias especiales en que se encuentra el testador. Así es que se considerará válido el testamento marítimo otorgado en un puerto extranjero, donde no existiere Cónsul de la República.

La tercera hipótesis no está legislada por el artículo. Suponemos que el buque arriba á un puerto de la República, donde no existen funcionarios ante quienes hacer testamento. ¿Valdrá el testamento marítimo hecho en el puerto, por los que navegan en el buque? Si no han desembarcado, si el viaje continúa, no hay razón para privarles del privilegio; si por el contrario, ese es el puerto de su destino, no habría razón para extenderlo, porque entonces se considerarían como todos los individuos que se encuentran en el lugar, que están obligados á trasladarse al pueblo donde haya escribano, Juez de Paz ó Municipalidad, art. 3655.

El testamento marítimo es permitido á todos los que naveguen en un buque bajo bandera argentina, en alta mar, ó en los ríos de la República, en casos especiales, art. 3679, y aun lo extenderíamos al caso de un buque en cuarentena; porque si bien está en el puerto, no tienen medios de bajar á tierra ni comunicar con la población. — Comp. GORENA, art. 578, inciso 5. — Véanse arts. 3635, 3636 y 3679.

(**Art. 3686.**) El artículo no habla de la nulidad del testamento, sino de los legados que se hubieren hecho á los oficiales del buque, estableciendo una prohibición semejante á la del art. 3664, para que el escribano ó testigos, sus esposas y parientes dentro del cuarto grado, no puedan aprovechar de los legados y mandas que contuviera á su favor el testamento, pero sin atacarlo en su esencia misma; así es que será válido en todo lo demás, anulándose los legados. ¿Y qué diremos respecto á la institución de herederos? Por más inclinados que nos encontremos á aceptar la teoría de los que sostienen que con mayor razón debe aplicarse á la institución de heredero, por aquello de que cuando se prohíbe lo menos está comprendido lo más; sin embargo, debe tenerse presente que se trata de una incapacidad, de la privación de un derecho que la ley expresamente no ha comprendido, y que siempre hay un gran peligro en extender, por analogía, lo que el legislador no ha prohibido. No

debiendo comprenderse en la palabra oficiales, á los jefes del buque y á los de más alta graduación que se encontraren en él.

sin grandes vacilaciones adopto esta opinión, de acuerdo con los autores, y consideraría nula la institución de herederos hecha en el testamento marítimo; pero la rechazo en todo testamento que no fuera privilegiado.

Nuestro artículo difiere esencialmente del art. 997, Cód. Francés, que dice: el testamento hecho *en la mar* no podrá contener disposición alguna en provecho de los oficiales del buque, si no son parientes del testador», y por la generalidad de la expresión quedan comprendidos todos los testamentos hechos en la mar, sean ológrafos ó cerrados; pero nuestro artículo ha cambiado fundamentalmente esa redacción, estableciendo la prohibición única y exclusivamente para los testamentos *marítimos*; en lo que ha tenido razón; porque en ellos pueden hacer sentir su influencia y dominio sobre los soldados; pero esta razón es insuficiente cuando se trata de oficiales de alta graduación, á quienes se prohíbe premiar los servicios de sus inferiores. Lo que el legislador ha querido es impedir, en este caso, á los oficiales de un buque abusar de su autoridad para obligar á sus subordinados á instituirlos herederos ó dejarles algunas mandas; peligros que desaparecen cuando se trata de oficiales superiores; sin embargo, la prohibición es general y absoluta, tratándose del testamento marítimo. ¿Pero está comprendido también el testamento ológrafo? En derecho francés, la afirmativa me parece cierta, porque como dice Demolombe, XXI, 469: «el art. 997 es aplicable á todo testamento hecho en la mar, sin exceptuar el testamento ológrafo»; pero esto no se puede aplicar en nuestro derecho, porque el artículo ha limitado con razón al testamento *marítimo*, y por consiguiente no puede comprenderse el ológrafo, que es un testamento ordinario, sin privilegio alguno. Entre nosotros, no se han fijado en esta diferencia, por eso algunos autores argentinos han seguido á los franceses, admitiendo la teoría contraria.

En cuanto al testamento cerrado, que se hubiere otorgado en la forma marítima, caería bajo la prohibición del artículo; pero si resultase que el contenido es un testamento ológrafo, la disposición en favor de cualquiera de los oficiales del buque sería mantenida, porque no es un testamento marítimo.

El artículo declara nulos los legados, sin tocar el testamento mismo, como lo hace el art. 3664; pero se presenta de nuevo la cuestión á saber: ¿Es nulo el testamento cuando el beneficiado ha sido el oficial que ha servido de ministro de fe? ¿Será nulo también, cuando uno de los testi-

Las personas que pueden testar militarmente y las que pueden otorgar un testamento marítimo, pueden testar en la forma oló-

gos fuere legatario ó heredero? Creo que se debe distinguir: si el oficial que reemplaza al escribano recibe alguna manda, el testamento no puede anularse por esa circunstancia, la manda no tiene efecto, y en lo demás el testamento será válido; pero si uno de los testigos fuera legatario, el testamento se anularía, porque no pueden ser testigos los legatarios. Se notará una incongruencia, porque el testamento es válido cuando el escribano recibe la manda pero ésta queda sin efecto; en aquél se anula si es el testigo el que la recibe, y así es la verdad; porque no se puede conceder mayor importancia al testigo que al escribano; pero la prohibición al testigo es de ley, mientras no lo es para el escribano. Hay indudablemente que corregir estas disposiciones armonizándolas. Por mi parte, propondría para cuando se revise el Código, que se corrigiese el art. 3706, expresando que la concurrencia del testigo legatario no anularía el testamento, sino que dejaría sin efecto el legado. Véase el comentario al art. 3664.

La incapacidad pronunciada contra los oficiales del buque debía cesar, en una legislación justa, cuando se tratase del testamento de oficiales superiores, que no pueden ser influenciados, y sobre quienes no es posible admitir el abuso de autoridad; debió constituir una excepción como la de ser pariente del testador, que trae el artículo.

La expresión de si fueren *parientes del testador*, comprende por su generalidad, á los parientes de cualquier grado que sean, como lo enseña Vazeille, rechazando por mi parte la opinión de Demolombe, Duranton, Marcadé y otros, que sostienen que no hay parentesco en derecho francés fuera del duodécimo grado, confundiendo á mi juicio, el parentesco para heredar, con el que se tiene por descender de un mismo tronco, por lejano que sea. Entre nosotros, la limitación sería aún más arbitraria, porque el Código no reconoce derechos hereditarios fuera del 6º grado, lo que vendría á dar por resultado que el legatario ó heredero fuera del 6º grado no podría heredar. Entre lo arbitrario de admitir la excepción sólo entre los parientes que tienen derecho para heredar, cuando la ley sólo incapacita á los extraños, y el aplicarla á todos los parientes sin excepción, en cualquier grado que se encuentren, se debe preferir esta última hipótesis, no sólo porque consulta y se conforma con la letra de la ley, sino que entre una facultad expresamente concedida, y una limitación ó incapacidad no establecida, se debe estar siempre por aquella que es más favorable. Además de eso, las incapacidades no se deducen, deben ser expresamente establecidas. — Comp. VAZEILLE, art. 997. — Véanse arts. 3288, 3289, 3653, 3664, 3702, 3706 y 3739.

grafa (art. 3687), aunque en la nación á que pertenecieren estuviera prohibida esa forma; porque se reputa que ese testamento se hace en territorio nacional.

(**Art. 3687.**) Es necesario tener en cuenta que las dos formas autorizadas por el Código para testar militarmente, en que pueden hacerlo los militares de tierra y los que se encuentren con ellos, en los casos de los arts. 3672 y 3673, y en la que pueden hacerlo los militares marinos y los que se encuentren embarcados, son diferentes, y sólo pueden usarla los militares de cada clase; porque los marinos al servicio de los buques de guerra de la nación, son también militares, y podrían testar militarmente cuando se encontrasen en tierra, ocupando una posición ó plaza en defensa de la nación; pero en ese caso no pueden hacer testamento marítimo; mientras los militares de tierra que se encuentren embarcados, pueden otorgar testamento marítimo ó militar á su voluntad.

El testamento militar y el marítimo son especiales, y podemos llamarlos en este sentido privilegiados, pues se otorgan en circunstancias premiosas, y están destinados á tener una vida efímera. No son verdaderas manifestaciones de la voluntad, porque los individuos se encuentran en un medio que no es el ordinario, y por eso la ley los respeta, únicamente cuando los testadores han fallecido sin poder hacerlo en la forma ordinaria. Por esa razón, ella misma ha debido propender á que los individuos adopten una forma en que la manifestación de la voluntad sea durable y permanente. Cuando en tierra ó en la mar se otorgara un testamento ológrafo, ese testamento, como manifestación consciente, es válido cualquiera que sea la circunstancia en que lo hubiere hecho. Así un testamento ológrafo, hecho en la mar, y conteniendo manda ó institución de heredero en uno de los oficiales del buque, sería perfectamente válido; porque es un testamento otorgado en la forma ordinaria, y el art. 3686 sólo incapacita á los oficiales para recibir mandas en los testamentos marítimos.

Cuando el testamento ológrafo se encontrase bajo la cubierta de un cerrado, otorgado en forma de testamento marítimo, si se dejare algún legado á alguno de los oficiales del buque, no sería nulo el legado, porque el testamento está destinado á caducar bajo la forma de marítimo y permanecerá inalterable el ológrafo, encerrado en el interior. Así, cuando el individuo hubiera desembarcado y aún dejado de ser militar, el testamento marítimo habría caducado; pero sólo en la cubierta, que no puede cambiar lo encerrado en ella, si es un testamento otorgado en la forma ordinaria.

Demolombe, XXI, 455, explicando esta especie de excepción, dice:

Los militares embarcados en buque del Estado para una expedición militar, pueden testar militarmente, ó bajo la forma del testamento marítimo (art. 3688); porque en este caso participan

«lo que la ley evidentemente supone, es que el testador no podía emplear, á bordo del buque, la forma del testamento que podía emplear en tierra, una vez que hubiera desembarcado; es así que la forma ológrafo, puede ser empleada, al contrario, siempre y en todas partes, por el marino ó por el pasajero, en el buque navegando en la mar, como por el militar en expedición; luego la ley, en estos diversos casos de excepción, no ha tenido en vista el testamento ológrafo, sino el testamento que exige el concurso del oficial público», doctrina que nuestro Código ha consagrado, salvando las deficiencias del Cód. Francés. — Comp. BAYLE-MOUILARD, sobre GRENIER, II, 278, nota (a). SAINTESPÉS-LESCOT, IV, 1215 y 1264. — Véanse arts. 3624, 3672, 3678 y 3679.

(Art. 3688.) Se ha discutido en derecho francés sobre si los militares embarcados en buques del Estado podían testar militarmente; Vazeille, Delvincourt y otros han sostenido la negativa, fundados en una instrucción del Ministerio de la Guerra, del 24 de Brumario del año XII; pero nuestro Código ha adoptado la opinión contraria.

Cuando el artículo dice, que los militares pueden testar en cualquiera de las dos formas, ¿comprende únicamente á los militares ó también á los que lo acompañasen en la expedición y de que nos habla el art. 3672? Se trata de un privilegio, de una forma especial, y cuando la ley dice expresamente que ese privilegio es concedido á los *militares*, no es de buena interpretación acordarlo á los que no lo fueren, bajo el pretexto de que ellos también pueden testar militarmente; si el artículo hubiera querido comprenderlos habría dicho: *si los que pueden testar militarmente*, se embarcaren en buque del Estado para una expedición militar, pueden testar militarmente, ó bajo la forma de testamento marítimo; pero no ha dicho semejante cosa. ¿Y qué razón habría para concederles semejante privilegio? Se encuentran en un buque del Estado, bajo la autoridad del comandante del buque, que testen bajo la forma marítima: si no son militares, no necesitan testar militarmente. No creo que nuestro artículo sea meramente doctrinario y declarativo; por el contrario, contiene una disposición de fondo, autorizando á testar á los militares bajo la forma militar, cuando no la necesitan, y si tenemos en cuenta los antecedentes que le han servido de base, nos convenceremos que es un privilegio concedido únicamente á los militares. En efecto, el Dr. Velez-Sarsfield ha

de las dos calidades que autorizan el testamento privilegiado, son militares en expedición y están embarcados en un buque de la nación.

§ 1010. — DEL TESTAMENTO EN CASO DE PESTE

El legislador ha debido prever el caso frecuente de epidemia ó de peste, en que los habitantes de una ciudad ó pueblo se encuentran aterrorizados por los extragos que suele producir, y

seguido á Demolombe, XXI, 450, que decidiéndose por la doctrina contraria sostenida por Vazeille, dice: «pero conocemos que nada, según la ley, impide que estas dos formas excepcionales de testamento sean, al mismo tiempo, permitidas á los *militares*», sin comprender á los que no lo son. Los privilegios no se extienden por analogía, y siempre se interpretan restrictivamente.

El artículo dice: los militares *embarcados*. ¿Bastará que se encuentren embarcados, aunque estén en el puerto, para que puedan testar en cualquiera de las formas expresadas? ¿O será necesario llenar las condiciones, de ser embarcados para una expedición y navegando?

Me parece que el hecho de haberse embarcado en tiempo de guerra debe ser seguido necesariamente del objeto que lleva esa fuerza militar: *una expedición*: con cualquier otro objeto que los militares se embarcaran, no tendrían derecho para testar militarmente; pues el artículo es terminante al decir: «los militares embarcados para una expedición». Mi opinión es que al acto del embarco debe unirse la condición del objeto para que se hace; así no podrían testar militarmente si no fueran en expedición; pero siempre podrían hacerlo en la forma marítima.

En cuanto á la estadía en el puerto de embarque, creo que no es el caso del testamento marítimo; porque sólo pueden elegir esta forma los que *naveguen* en buques de guerra de la República, art. 3679, ó en buques mercantes, bajo bandera argentina, pues no se reputará hecho el testamento en alta mar, si el buque estuviera en puerto donde hubiere Cónsul Argentino, art. 3685; aunque esta última circunstancia sólo podría aplicarse á los buques que se encuentren en puerto extranjero; pero con mayor razón debiera regir la misma disposición en los casos en que se encontrase en puerto de la República.—Comp. art. 3624, 3672, 3678 y 3679.

que bajo el peso del pánico, tan contagioso en las muchedumbres, los vínculos más sagrados no producen ese efecto ordinario, que se traduce en cuidados y solitudes para los seres que nos son queridos, donde todo es confusión y miedo; para esos casos dice el **art. 3689**: *si por causa de peste ó epidemia no se hallare*

(**Art. 3689.**) Nuestro artículo, á pesar de tener presente el art. 985, Cód. Francés, lo ha variado en su redacción, con el objeto, sin duda, de dar mayores facilidades para hacer el testamento; porque sólo ha exigido la causa de *peste*, y no como el Código Francés, que pone el caso de «un lugar con el que estuviera interceptada toda comunicación, á causa de la peste ú otra enfermedad contagiosa», mientras en el nuestro basta que haya peste en el pueblo ó lazareto para que se pueda testar ante un Municipal ó el Jefe del Lazareto.

Desde luego debemos observar, como lo dijimos en *La Instituta*, que este testamento no es especial ni privilegiado, porque debe llenarse en su otorgamiento todas las solemnidades exigidas para los testamentos por acto público. Lo único que se permite cambiar es el ministro de la fe, á semejanza del art. 3655, en los pueblos de campaña, lo que ha inducido á algunos en el error de creer, que también puede hacerse el testamento ante el Juez de Paz, en caso de peste, sin fijarse en las diferencias fundamentales de uno y otro artículo.

El testamento, cuando hay peste ó epidemia, es verdaderamente de urgencia, y muchas veces no admitirá demora, por las circunstancias especiales en que se encuentran los habitantes de la localidad, y nuestro Código debió seguir en la redacción del artículo á su modelo el Código Francés, autorizando á cualquiera de los municipales de la localidad, ó al Jefe del Lazareto para otorgar el testamento, sin poner la condición de no hallarse escribano en el pueblo ó lazareto, porque este puede existir, y encontrarse ocupado otorgando otros testamentos, ó imposibilitado, ó ser inhábil, ó por fin tener miedo y negarse á concurrir á casa de los apestados bajo diversos pretextos. Lo mejor y más seguro habría sido autorizar indistintamente á cualquiera de estos funcionarios para desempeñar el oficio de escribano, por las circunstancias angustiosas en que se halla el pueblo. Tal como se encuentra redactado el artículo, dará siempre lugar á pleitos; porque los testamentos podrán ser atacados por no ser hechos ante escribano, demostrando que lo había en la localidad en la época en que fué otorgado; pero los que sostienen su validez pueden á su vez demostrar, que el escribano fué solicitado y no pudo concurrir, sea por hallarse enfermo, ó por cualquiera otra causa.

en el pueblo ó lazareto, escribano ante el cual puede hacerse el testamento por acto público, podrá hacerse ante un municipal, ó ante

En cuanto á los demás funcionarios ante quienes puede hacerse el testamento, si se tratase de un pueblo, cualquiera de los Municipales puede reemplazar al escribano que falta, sin hacer distinción entre los suplentes y titulares; porque el legislador no ha hecho distinción alguna y ha querido facilitar la disposición de los bienes. Téngase presente, que las únicas condiciones para que puedan otorgar testamento ante un Municipal, es que haya peste ó epidemia en el pueblo, sin necesidad de que el otorgante se encuentre enfermo, y que no se hallare escribano ante quien otorgarlo. Esta facultad no sólo compete á los atacados de peste, sino á los sanos, por el peligro en que se encuentran.

Cuando se tratare de un lazareto, el Jefe ó el que lo sustituya, en caso de ausencia, puede concurrir como ministro de fe al otorgamiento; porque debemos considerar que se trata muchas veces de momentos angustiosos en que no se puede esperar el regreso del Jefe ausente, y el sub-jefe que lo representa y desempeña sus funciones, es el jefe en aquel momento y ha podido representarlo; pero debe hacerse constar esa circunstancia.

Como el legislador no ha reputado á esta clase de testamentos como especial y privilegiado, ha exigido todas las formalidades para los otorgados por acto público, sin tener en consideración que debiendo ser hechos en circunstancias angustiosas y por personas cuyo oficio no es el de extender testamentos, sería difícil que llenaran todas las condiciones exigidas, exponiendo á que se anulen. Habría sido mejor seguir en este punto al Cód. Francés, arts. 985, 986 y 987, y dejar sin efecto el testamento, pasados los noventa días después que las circunstancias especiales hayan desaparecido, como en los testamentos privilegiados, en cuyo capítulo figura.

No creo, como algunos, que bastará la circunstancia de que la peste invada un pueblo de campaña, para que se presuma que no haya escribano; la ley no establece presunción, y el comentador ni el magistrado pueden crearla, ni tampoco la necesita el que presenta un testamento otorgado ante un Municipal ó Jefe de lazareto, porque siempre corresponderá la prueba al que ataca el testamento.

Tampoco podrá extenderse el testamento ante el Juez de Paz, porque la ley no lo ha autorizado, aunque razonablemente debió hacerlo, porque por lo menos está en la misma consideración, y aun tal vez superior á la del Municipal.

Cuando el artículo dice, que el testamento debe hacerse con las so-

el jefe del lazareto, con las demás solemnidades prescriptas para los testamentos por acto público; me parece que en esos casos habría sido de desear, que únicamente se hubiera pedido la presencia de los testigos, sin exigir los requisitos que deben llenar los testamentos por acto público, que son hechos por escribanos; lo más probable será que la mayor parte de esos testamentos sean nulos; porque les faltarán las condiciones necesarias.

lemnidades exigidas para los testamentos por acto público, se refiere á las formalidades que éstos deben tener, y también le serán aplicables las disposiciones relativas á los escribanos y testigos, porque es un verdadero testamento de aquella clase. — Véanse arts. 3655, 3672 y 3690.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3689.—Cód. Francés, art. 985.

CAPÍTULO V

DE LA APERTURA, PUBLICACIÓN Y PROTOCOLIZACIÓN DE ALGUNOS TESTAMENTOS

§ 1011. — PROTOCOLIZACIÓN DEL TESTAMENTO

Se trata de los testamentos otorgados fuera del registro del escribano, cuando los Jueces de Paz ó los municipales tienen autorización para concurrir á su otorgamiento en lugar del oficial público, y como tienen el mismo valor que si hubieran sido hechos ante el escribano, manda el **art. 3690**, que *el testamento*

(**Art. 3690.**) El testamento, en los casos del art. 3655, como en el del art. 3689, es un verdadero testamento por acto público, en el que sólo se sustituye al escribano autorizante por el Juez de Paz, Municipal ó Jefe del lazareto en su caso; pero como se encuentra hecho en una hoja volante, debe agregarse al protocolo de cualquier escribano, no para darle mayor autenticidad, como lo creen algunos, porque es un instrumento público como el otorgado ante el escribano, sino para que no se conserve suelto y pueda extraviarse. ¿Qué peligro puede ofrecer un testamento hecho por el Juez de Paz á falta de escribano? Pero se dice, por lo menos se ha debido exigir el reconocimiento de las firmas, como se hace con el testamento cerrado; sin fijarse, que si bien la carátula tiene la fuerza de un instrumento público, como ella se refiere al contenido, que ninguno de los testigos conoce, y que ha podido ser sustituido, de ahí la necesidad de que el escribano y testigos reconozcan sus firmas, la del testador, y si está cerrado como se encontraba cuando el testador lo entregó.

Tampoco es exacto que la ley atribuya mayor autenticidad al testamento otorgado ante escribano, que al hecho ante el Juez de Paz; porque éste obra como sustituto de aquél, y ofrece tantas garantías de circunspec-

por acto público hecho en la campaña ó en los pueblos de la campaña ante el Juez de Paz, ó ante un oficial municipal, debe mandarse protocolizar á solicitud de parte, sin ninguna otra diligencia previa, y lo mismo debe decirse de los testamentos otorgados en tiempo de peste ó epidemia ante un municipal ó el jefe del lazareto, porque en este caso ambos funcionarios representan al escribano, y por el mismo motivo debió procederse de un modo semejante en el testamento ológrafo, en que la ley autoriza al otorgante para que él mismo desempeñe las funciones del oficial público.

El Código habla del testamento ológrafo en general, y sólo ordena que con el cerrado se llenen ciertas formalidades, sin expresar si esas diligencias se deben practicar igualmente con el abierto; pero la ley de procedimientos de la Capital así lo ordena para obtener la protocolización, sin estatuir sobre el valor del testamento, que no podía tocar, porque se trata del fondo y no de la forma; por eso manda el **art. 3691** que, *el testamento ológrafo*

ción y honorabilidad como un escribano. El art. 1020, Cód. Chileno, citado en apoyo de la opinión que critico, sólo dice: «que si el testamento no ha sido otorgado ante escribano, ó ante un juez de primera instancia ó un subdelegado, *sino ante cinco testigos*, será necesario que se proceda á su publicación, etc.», lo que es bien diferente. Nuestro Código no autoriza esta forma.

Bastará, pues, presentar el testamento para que se protocolice, sin dar intervención á persona ó autoridad alguna. Será como en el caso de una escritura pública. — Comp. GOYENA, art. 592. — Véanse arts. 116, 3637, 3655, 3677 y 3689.

(**Art. 3691.**) El presente artículo es de simple forma, y sólo ordena que uno ú otro testamento se presenten al juez del último domicilio; á consecuencia de este mandato se ha querido encontrar una semejanza entre el testamento cerrado y el ológrafo en cuanto á su autenticidad, con lo que no estoy conforme.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3690.—Si un juez de paz ó un municipal puede suplir la presencia de un escribano, es necesario dar á los actos que la ley permite practicar ante ellos, la misma autenticidad que á los practicados ante escribano público. De este modo se evitarán las diligencias tan costosas y que exigen tanto tiempo respecto á lo que llamamos *memorias testamentarias*, como si no fueran verdaderos testamentos hechos con las solemnidades impuestas por las leyes.

y el cerrado, deben presentarse tales como se hallen, al juez del último domicilio del testador, para determinar después las diligencias que deben llenarse á fin de protocolizarlos, en lo que invade en cierto modo la jurisdicción privativa de las provincias, que pueden determinar el procedimiento para el juicio de protocoliza-

El testamento ológrafo vale como acto público y solemne, y no hay disposición alguna en el Código que ponga en duda este principio consagrado por el art. 3650. Si es un acto público, ¿porqué sería puesto en duda, cuando nadie lo ataca? Se comprende que en el testamento cerrado se necesite del reconocimiento, sobre si se encuentra cerrado como lo estaba cuando lo firmaron, porque hay el temor de una sustitución, lo que no sucede con el ológrafo. Me refiero á lo dicho en el comentario al art. 3650.

Es cierto que la ley de Procedimientos de la Capital Federal, art. 715 dispone, que una vez presentado el testamento ológrafo, el juez designará día y hora para el examen de los testigos, que reconozcan la firma y la letra del testador, y que el 716 manda que se protocolice, una vez que se haya hecho ese reconocimiento; pero debe tenerse presente, que es una formalidad para la protocolización que no toca, ni disminuye la fuerza del testamento mismo. Pero si se dijese que esa ley es dictada por el Congreso y que ha alterado la disposición del Código, responderíamos, que la ha dictado como Legislatura local, y por esa razón es que no rige fuera de la Capital. Las provincias no pueden alterar las disposiciones del Código Civil, y cuando éste dice que el testamento ológrafo es un acto público solemne, no puede decir ninguna Legislatura que no tiene la fuerza de una escritura pública. También debe tenerse en cuenta que la ley de Procedimientos para la provincia de Buenos Aires, fué dictada en 1880 y adoptada por el Congreso, en el art. 318 de la ley de Organización de los Tribunales en 1886; que la ley de 1880, no pudo tener en cuenta el art. 3650, seguramente porque todavía no se había dominado, en su conjunto, la nueva legislación. Creo que esos artículos de la ley de Procedimientos, se deben aplicar á los casos de protocolización, sin tocar el fondo ni la forma del testamento ológrafo, que evidentemente tienen la fuerza de un instrumento público.

Sobre todo, nos referimos al comentario del art. 3692, en el que se habla del testamento ológrafo cerrado, y en parte alguna se dice una palabra del abierto.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3691.—L. 2, Tit. 2, Part. 6^a.—Cód. Francés, art. 1007.

ción, y que deberá seguirse porque es de su exclusiva incumbencia.

El Código se pone en el caso de un testamento ológrafo cerrado, sin estatuir sobre lo que debe hacerse cuando estuviera abierto, y dice en el **art. 3692**: *el testamento ológrafo, si estuviere cerrado,*

(**Art. 3692.**) El Código nada dice sobre el testamento ológrafo abierto, porque valiendo como un acto público solemne, según el art. 3650, no ha podido hacerlo descender á la categoría de un instrumento privado, que necesita de reconocimiento para darle crédito. Sobre todo, ¿á quien llamará el juez para reconocer la letra y las firmas? Puede de oficio ordenar la investigación, ó los herederos y legatarios están obligados á demostrar que esa es la letra y firma del testador?

Si vamos á buscar el origen de esta disposición, la encontraremos en el art. 1007, Cód. Francés, de donde la tomó Goyena, art. 593, á quien ha seguido nuestro Código. Pues bien, en aquel artículo se habla únicamente del testamento ológrafo cerrado, como lo trae el Código, con la diferencia que en el nuestro se exige el reconocimiento de testigos, mientras en el francés, el presidente del Tribunal hace una acta de la presentación, de la apertura y del estado del testamento, ordenando el depósito entre las manos del notario por él encargado; no hay reconocimientos de firmas, ni nada que indique que ese testamento carezca de la fuerza de un instrumento público. A mi juicio, el Dr. Velez-Sarsfield, siguiendo á Goyena, ha englobado el procedimiento especial establecido para el testamento cerrado ó místico francés, con el que se sigue para el testamento ológrafo cerrado ó abierto. En efecto; el mismo Demolombe, XXI, 497, que sostiene, que el procedimiento establecido debe ser observado para todo testamento, sea ológrafo ó místico, y cualquiera que sea la naturaleza del legado que encierre, reconoce en el n° 499 que las formalidades á llenarse son: 1°, presentación del testamento ológrafo ó místico al presidente del tribunal; 2°, apertura del testamento por el presidente, que levantará acta de la presentación, de la apertura y del estado del testamento: porque palabras comienza; por cuales concluye; cuantas líneas encierra; si se encuentran anotaciones, raspaduras, etc.; 3°, el depósito en las manos del notario á quien el presidente haya cometido la diligencia; 4°, y además, cuando el testamento es místico, es necesario llamar al notario y los testigos signatarios del acto de suscripción, si se encuentran en el lugar; y la descripción debe entonces demostrar también el modo y el estado de la carátula, los sellos, etc.; reconociendo en el n° 495, que era la costumbre de los tribuna-

será abierto por el juez, y se procederá al examen de testigos que reconozcan la letra y firma del testador. Resultando identidad en

les de París, el no necesitar del ministerio del juez en los testamentos ológrafos, sino cuando éstos se encontraban cerrados, y para aquellos que *no lo estaban, bastaba que el portador lo depositara en poder de un notario*; y lo único que había venido á reformar el art. 1007, era la exigencia del proceso verbal ó acta levantada por el presidente para *toda clase de testamento*.

Nuestro artículo ha venido á confundir estos principios, y de ahí es que nos encontremos en presencia de un testamento ológrafo, que tiene la fuerza de un instrumento público solemne, y no obstante, necesita del apoyo de testigos, de cuya declaración depende la fuerza que se le dé. Es que se ha confundido la formalidad exigida para los testamentos cerrados, con la de los ológrafos, y este error capital debe corregirse cuando se revise y depure al Código de los errores que contiene; porque pone en duda la autenticidad del testamento ológrafo. Mientras tanto, debemos limitar la disposición del artículo á los testamentos ológrafos *cerrados*, sin extenderla á los abiertos, como lo hacen algunas leyes de procedimiento de las provincias.

Presentado el testamento cerrado, ¿qué debe hacer el Juez en presencia de este paquete que dice: este es mi testamento? ¿A quién debe llamar para presenciar la apertura? Las leyes de procedimientos de la Capital Federal y la de la Provincia de Buenos Aires, de acuerdo con el presente artículo, dicen: si el testamento estuviese cerrado, será abierto por el Juez, en presencia del actuario y de los herederos que comparecieren, á cuyo efecto serán citados previamente. Si los *testigos* reconociesen la identidad de la letra y firma, rubricará el Juez el principio y fin de cada una de sus páginas, arts. 715, 716 y 717, Cód. de Procedimientos de la Capital Federal. Pero, ¿quiénes deben servir de testigos y quién está obligado á presentarlos? El testamento no está suscripto por testigos. ¿Qué sucederá cuando los herederos nombrados ó los legatarios no los presentaren, por cualquier circunstancia? ¿Será causa bastante para que el testamento ológrafo quede nulo? ¿Sería curioso que un testamento que vale como un acto público y solemne, art. 3650, quedara sin efecto, sin ser atacado por persona alguna! ¿Dónde está la disposición que lo invalida? ¿Dónde la que indique como absolutamente necesarios estos procedimientos? Comprenderíamos que se dejara sin efecto el testamento, si estas formalidades externas, por decirlo así, que no miran al testamento mismo, se exigieran como comprendidas en la forma; pero no, el procedimiento indicado es para protocolizar el testa-

concepto de los testigos, el juez rubricará el principio y fin de cada una de sus páginas, y mandará que se entregue con todas las dili-

mento ológrafo; protocolización que no le añade autenticidad, porque por sí sólo es auténtico.

El testamento ológrafo, por encontrarse cerrado, no deja de ser testamento ológrafo, y no puede ser sometido á otras formalidades que las exigidas por la ley para su otorgamiento. Supóngase al testador extranjero, muerto repentinamente, en la República, á quien se le encuentra en su cartera ó en sus efectos un testamento cerrado, que el juez manda abrir, sin hallar testigos que reconozcan la letra. Se dirá: ese testamento se remitirá al Juez del último domicilio; pero si consta del mismo testamento que lo ha abandonado para radicarse en el país; que todos sus bienes lo componen el dinero y joyas que lleva consigo, ¿qué se haría en ese caso? Sólo es conocido de los herederos que, además, son parientes del testador. ¿Se declararía nulo el testamento? No lo creo.

Otra cuestión: ¿qué condiciones deben tener los testigos que se llamen á reconocer la letra y la firma? Si las ordinarias, no podrán serlo los interesados, ni sus parientes dentro del cuarto grado.

Es necesario reaccionar contra este error, dándose cuenta que el Dr. Vélez-Sarsfield ha decidido la cuestión debatida en la jurisprudencia francesa, sobre si el testamento ológrafo debía considerarse como un instrumento público ó privado, diciendo, en el art. 3650, que vale como un *acto público solemne*. Y este error proviene de haber aplicado al testamento ológrafo cerrado la formalidad creada para el testamento llamado místico, ó cerrado, como lo llama el Código. Y para patentizar este error basta suponer que el testamento sea cerrado; que en vez de los cinco testigos, sólo estuviera autorizado por tres, y que fuera nulo como tal testamento cerrado; pero al abrirlo se encontraren con que el mismo testador declara que ha sido escrito, fechado y firmado por su mano, ordenando se reconozca por su testamento ológrafo, ¿sería válido como tal? Me parece que la cuestión no ofrece dudas, y mientras no sea atacado por su fecha, firma ó escritura ó se niegue la capacidad del testador, art. 3650, debe cumplirse lo ordenado en él, sin necesidad de reconocimientos previos, de cotejos de letras y demás formalidades exigidas para los testamentos cerrados otorgados ante escribano público.

Pero se resisten á este procedimiento, alegando los peligros, que presenta, eso de dar fe á un instrumento privado, sin tener en cuenta la responsabilidad que asume el que se presenta y pide su ejecución, por traer un documento falso. Lo mismo sucede con los testamentos por acto público, en que la sola presentación de la copia firmada por

gencias hechas, al escribano actuario, y que se den copias á quienes corresponda, sin decir una palabra sobre el procedimiento á se-

el escribano hace fe, y se la tiene por válida mientras no sea atacada. ¿Por qué no se teme á la falsificación de esta copia, y si al mismo testamento? Acaso en el testamento ológrafo la ley no ha investido al testador de una facultad mayor que la concedida al escribano, que necesita ser asistido por testigos, mientras aquel puede hacerlo sólo? Esta es una preocupación como aquella otra, que pide la declaratoria de herederos á los hijos para que puedan disponer de los bienes dejados por su padre, como si esa declaratoria le crease un derecho superior al que la ley les concede; así se pide la declaración de testigos en el testamento ológrafo, como si el que lo presenta conociendo su falsedad ó siendo autor de ella, no tuviera medios de hacer declarar á dos testigos que esa es la letra y firma del testador. La única defensa que la ley impone es la pena con que castiga estas falsificaciones.

Así creo, que en el testamento ológrafo cerrado, cuando el artículo nos dice, que «será abierto por el juez y se procederá al examen de los testigos que reconozcan la firma y letra del testador»; se ha cometido un error, porque esa formalidad es para el testamento cerrado del art. 3665; pero como la ley es clara y no podemos interpretarla haciéndola decir lo contrario, debemos aplicarla en su sentido estricto, sometiendo á esta formalidad á todos los testamentos ológrafos cerrados; haremos notar que tampoco los declara nulos cuando no hubiera quien reconociera la firma, ó sólo existieran los herederos y legatarios interesados que la reconocieran; sostengo también que el juez de oficio no puede declararlo sin valor, y que debe proceder á cumplir lo que en él se mande. El artículo determina un procedimiento que se debe seguir á la apertura, pero nada dice sobre la validez ó nulidad del testamento; si resulta que es ológrafo, está bien que se mande reconocer la letra y la firma por testigos; pero si no hubiera personas que la reconocieran, el testamento no dejaría de ser válido. ¿Dónde está la disposición que lo declare nulo ó que diga siquiera que ese procedimiento sea esencial para la validez del testamento? No se encontrará seguramente en parte alguna del Código, y lo que ha venido á introducir cierta perturbación en las ideas, después de la decisión clara y terminante del art. 3650, de que el testamento ológrafo tiene el valor de un acto público solemne, es únicamente el presente artículo, que lo somete cuando se encontrase cerrado, á un procedimiento semejante al de los instrumentos privados.

En conclusión, creo que el artículo no altera la validez del testamento ológrafo, y que sólo impone ese reconocimiento, porque no hay perso-

guir, cuando el testamento ológrafo se encontrase abierto, ó sobre lo que debería hacerse, cuando en el cerrado, los testigos no estuvieran conformes respecto á su identidad. Todas estas cuestiones las examinamos en el comentario.

¿Quién puede pedir la apertura del testamento? El **art. 3693**

na que lo presente bajo su responsabilidad, exponiéndose á sufrir la pena correspondiente, si resultase falso; pero creo también, que si no hay testigos que conozcan la firma y la letra, el testamento debe ser reconocido como válido, á menos de ser atacado por alguno de los defectos indicados en el art. 3650.

El artículo no dice que el testamento será protocolizado, ni creo que las provincias puedan hacer esta exigencia so pena de nulidad, porque no tienen facultad para corregir el Código, ni corresponde verdaderamente á las leyes de proceso, sino al fondo del testamento mismo; pero sí, pueden ordenar la forma en que se harán las protocolizaciones, cuando los interesados quisieran verificarlo, á fin de salvarse del peligro de la destrucción ó desaparición del original; en este sentido se deben tomar las disposiciones de los arts. 714 á 717 del Cód. de Procedimientos de la Capital Federal. Así, cuando se pidiera la protocolización, se aplicará el procedimiento indicado en cada provincia; pero si no se solicita, no estarán los interesados obligados á hacerla.

La jurisprudencia de nuestros tribunales no es contraria á la tesis que sostengo, pues no conozco caso alguno en que la cuestión se haya promovido; los interesados han querido siempre el procedimiento ordenado, sin sostener que no estaban obligados á hacer reconocer la letra y la firma; así es que creo que si se presentara la cuestión al tribunal, su resolución sería favorable á mi opinión, porque no podría fundarse en ley ó doctrina, contra la disposición expresa del art. 3650, que se levanta como una muralla de granito, imposible de derribar.—Comp. DEMOLMBE, XXI, 494 á 506. Cód. FRANCÉS, art. 1007. GOYENA, art. 513.—Véanse arts. 1033, 3637, 3650, 3691, 3694 y 3695.

(**Art. 3693.**) El artículo habla del testamento cerrado, no del ológrafo que se encontrase cerrado, á que se refiere el anterior. Habría sido preferible autorizar para pedir la apertura del testamento á cualquiera

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3692.—Cód. de Luisiana, arts. 1648 y 1650.—Francés, 1007.—Napolitano, 933.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 3692.—La prueba de falsedad de un testamento ológrafo, después de la protocolización, corresponde al que deduce la acción—Jur. Civ., XI, 38, Sér. 3ª.

dice: *todo el que tenga algún interés en el testamento cerrado, puede pedir al juez que se abra*, refiriéndose indudablemente

que con una razón fundada se *creyera* con interés en su apertura; tal como se encuentra redactado, es necesario que si no es pariente en grado sucesible, demuestre que verdaderamente tiene un interés legítimo. No es posible admitir, que cualquiera que solicite la apertura, aún por mera curiosidad, deba ser atendido por el Juez. Es cierto que esto no traerá en la generalidad de los casos perjuicio alguno; pero eso no es bastante para autorizar á cualquiera á que pida la apertura.

¿Y si el testamento cerrado se presentara abierto por el depositario ó por alguno de los herederos? ¿Se aplicaría la doctrina del art. 3836? No lo creo, y cuando estudiemos ese artículo demostraremos, que si bien el Dr. Velez-Sarsfield se ha decidido por la revocación en los casos de rotura de la carátula, del testamento cerrado, también lo es que ha exigido la circunstancia especial de ser hecha por *el mismo testador*; así como ha supuesto que él lo había hecho, cuando el testamento se encontrare en casa del testador, admitiendo no obstante la prueba de lo contrario.

Pero la hipótesis que presentamos es completamente diversa; se trata de un testamento cerrado en que por descuido, ignorancia ó mala fe, ha sido abierto por los que lo tenían en su poder. ¿Por qué sería nulo, si hubiera sido escrito, fechado y firmado por la mano misma del testador? Se comprendería perfectamente esta nulidad, cuando hubiese sospechas de sustitución. Así, por mi parte haría la distinción siguiente: si el testamento cerrado ha sido abierto por el depositario, no se declararía nulo por esa sola circunstancia, si fuera el mismo presentado al escribano y testigos, si fuera imposible la sustitución, como si la carátula formase parte integrante del pliego en que estaba escrito, y estuviera firmado por el testador, cuya firma habría necesidad de hacer reconocer; si el testamento hubiera sido abierto por el mismo testador, se consideraría revocado, aunque el pliego que quedase sano reuna todas las formalidades necesarias para los testamentos ológrafos; si en fin el testamento cerrado se encontrase abierto en casa del testador, se reputará que ha sido roto ó cancelado por él, salvo la prueba en contrario. En el artículo siguiente examinaré una de éstas hipótesis, dejando las otras para estudiarlas sucesivamente en los arts. 3835 y 3836.

Lo que se desprende de esta exposición es que la apertura del testamento cerrado, por cualquier persona que no sea el testador, no tiene el poder de anularlo.

Ved, por ejemplo, dice Coin-Delisle, que todas las partes interesadas, herederos y legatarios, han estado de acuerdo para abrir ellos mismos el

á los que se crean con derecho á los bienes dejados por el testador.

testamento. ¿Quién podrá pretender que el derecho de los legatarios sufriría por esta circunstancia? Y por mi parte agregaré, ¿dónde se encuentra la disposición que diga: el testamento cerrado se anula cuando es abierto por cualquier persona que no sea el juez?

En la jurisprudencia francesa es uniforme la opinión que sostenemos; así, dice en su apoyo Demolombe: es un tercero, el depositario del testamento, que tal vez por error ó por indiscreción ha roto los sellos, y que lo presenta abierto al presidente, en nuestro caso, al juez. ¡Mucho más aún! ¡Es el legatario mismo que por su propia autoridad lo ha abierto! No diremos al menos, que estos procedimientos, por irregulares que sean, hayan comprometido la validez del testamento; á condición, bien entendido, que no se haya cometido algún fraude; y es sobre todo, en lo que concierne al testamento místico, que será necesario vigilar esta condición; pero en fin, si es cierto que, en efecto, ninguna sustitución ha tenido lugar, y que el papel presentado al presidente es el mismo que el testador ha presentado al notario y á los testigos, como si, por ejemplo, el actó de suscripción hubiera sido escrito sobre este mismo papel, la apertura prematura é irregular, no podría perjudicar á los legatarios».

Lo que es evidente es que, si el testamento cerrado contenía uno ológrafo, éste no perdería su valor por haber sido abierto sin las formalidades del art. 3693; pero si fuese cerrado, habría que hacer desaparecer toda sospecha de sustitución, aunque en mi opinión, creo que ese hecho, ejecutado por un tercero, no bastaría para anular el testamento. No opino como los sabios profesores Aubry y Rau, § 710, nota 4, que no constando entonces de una manera auténtica, que el escrito producido como que contiene las últimas voluntades del difunto, sea el mismo que el que ha sido presentado al notario, la ruptura de los sellos equivaldría á la laceración ó destrucción, hecho que podría dar lugar á la aplicación de los principios expuestos, en el § 647»; sin embargo, los mismos autores admiten la validez del testamento, cuando hubiera sido abierto en presencia de los herederos y á su solicitud, quienes no podrían contestar su validez. Por mi parte, creo que el simple hecho de la apertura del testamento por el depositario ó por un tercero, no sería bastante para invalidarlo, á menos de existir sospechas de sustitución ó de fraude, como lo demuestro en el artículo siguiente, en cuyo caso será necesario probar que el pliego contenido es el mismo que se presentó al escribano y testigos, como si, por ejemplo, la carátula estuviera escrita al revés del

En cuanto al testamento cerrado propiamente dicho; sea ante escribano ó en los casos de los arts. 3678 y 3682, dice el **art. 3694**:

testamento que se presenta. — Comp. VAZEILLE, art. 1007, n° 2. COIN-DELSLE, al art. 1007 y 1008, n°s 6 y 9. — Véanse arts. 116 y 3694.

(**Art. 3694.**) Lo primero que ocurre examinar es, si estas formalidades de las impuestas para la apertura de los testamentos cerrados son esenciales, y si se consideran de tal modo necesarias que su inobservancia anule el testamento. En primer lugar debemos decir, que en esta parte no se habla de la forma de los testamentos que quedan explicadas en los artículos anteriores, y especialmente para los cerrados en los arts. 3665 á 3671.

Ahora bien, nuestro artículo es tomado de la segunda parte del 1007, Cód. Francés, que exige las mismas condiciones para la apertura del testamento cerrado, y por importantes que se las suponga, se refieren á la ejecución del testamento sin tocar á la forma del mismo, que suponemos cumplida; se puede decir, que esas medidas son reglamentarias, y tienen por objeto asegurar que el pliego contenido en la carátula no haya sido sustituido; pero de ningún modo pueden perjudicar al testamento, invalidándolo; porque de aceptar la teoría, que la inobservancia de esas formalidades lo anula, deberíamos necesariamente admitir, que ellas están incorporadas á las formas mismas del testamento cerrado, lo que no es posible sin una flagrante violación de los principios consagrados. Si el legislador hubiera tenido intención de exigir estas condiciones, como formas esenciales del testamento cerrado, las habría impuesto en el lugar donde ha determinado el modo de manifestar la voluntad; su inobservancia habría sido considerada como una causa de nulidad; pero no ha sucedido así; ha venido á imponerlas en el procedimiento, donde el testador no interviene, porque se trata de formalidades destinadas á cumplirse por otras personas después de su muerte. ¿Y es posible que la inobservancia de estas formalidades, ajenas á la voluntad del testador, hayan de anular sus disposiciones? No hay ley alguna que así lo diga, y por importantes que sean las impuestas, no estamos autorizados para dejar sin efecto la última voluntad del testador. El Dr. Llerena, siguiendo en esta parte al Dr. Segovia, considera nulo el testamento, porque dice, que con la apertura «ha desaparecido la forma principal y esencial del testamento cerrado, que es la carátula que *garante* su autenticidad»; pero si esa forma es esencial, si la carátula es la única que da autenticidad, ¿por qué admite, más adelante, la validez de ese mismo testamento

el testamento cerrado no podrá ser abierto, sino después que el escribano y los testigos reconozcan ante el juez, sus firmas y la del tes-

abierto con el consentimiento de los herederos, sin observarse el procedimiento ordenado, sólo porque esté escrito en el mismo pliego de la carátula? La doctrina enseñada por el Dr. Velez-Sarsfield en la nota 3622, y admitida por el mismo autor, de que «cuando se trata de una *forma esencial*, la falta de una sola forma anula el testamento», sería violada en este caso; pues acepta la validez sin haberse observado la forma que reputa esencial, sólo porque encuentra la seguridad que no ha existido sustitución. ¿Y por qué la rechazaría, cuando no hay la más leve sospecha, si nadie ataca el testamento? El mismo autor acepta, que cuando es un pliego separado de la carátula y no se ha protocolizado inmediatamente después de la apertura, hay el peligro de la sustitución, y cualquiera podrá oponerse á la ejecución del testamento; lo que quiere decir que lo admite como válido, cuando se protocolizó inmediatamente sin las formalidades establecidas. Se encuentra tanta inseguridad en estas opiniones, porque no se ha tomado el camino recto que conduce á la verdad.

El procedimiento establecido para abrir un testamento cerrado, no toca á la forma del testamento, y por consiguiente no es esencial, pues el testador no ha podido cumplirlo, ni ha estado en su mano el ejecutarlo. Si fuera esencial, como se sostiene, la falta de formalidad anularía en todos los casos el testamento, y tan nulo sería aquél que estuviera en pliego separado, como el que se encontrare en el mismo pliego; porque la apertura sin las formalidades esenciales anula el acto, sin consideración alguna.

Vazeille, arts. 1007 y 1008, n° 9, dice: «ninguna ley pronuncia la nulidad de un testamento místico (cerrado) que fuera presentado abierto, aún por el hecho del legatario; no se puede pues, pronunciarla, si de la presentación del testamento, de la carátula y del acto de suscripción, aunque abierto, resulta que todas las formalidades prescriptas por el art. 976 ó por los artículos siguientes, han sido observadas, y sobre todo, que el testamento es el que el testador había colocado bajo el sobre; por ejemplo, si el acta hubiera sido escrita sobre el mismo papel del testamento...» Y á esa certeza podrían agregarse otras; como si los mismos testigos que firman en la carátula, hubieran firmado el testamento contenido en el interior; en una palabra, sería en todo caso una cuestión de hecho; porque se averiguaría si no hay sospecha alguna de sustitución del contenido, etc.; pero tampoco admitiría esta solución; porque debemos resolverla como cuestión de derecho, con arreglo á los principios

tador, declarando al mismo tiempo si el testamento está cerrado como lo estaba cuando el testador lo entregó. Si no pueden compa-

consagrados por el Código. ¿Es ó no esencial para la validez del testamento mismo, la formalidad exigida por este artículo para su apertura? He respondido que no; porque no es una forma que abraza al testamento, y si no existieran los arts. 3835 y 3836, que lo declaran revocado cuando la cubierta es cancelada por el testador, la negativa sería evidente, pues no hay disposición alguna que lo declare nulo, ni aún una análoga que podría pretender aplicarse.

¿Estaría en la mano de un tercero el dejar sin efecto un testamento cerrado, sólo por haberlo abierto por imprudencia ó curiosidad? La negativa también se impone con mayor fuerza, porque existen todos los elementos necesarios para reconstruir el acto. Sería lo mismo, cuando un tercero por un descuido, creyendo romper un papel cualquiera, cancelase un testamento ológrafo, que se le hubiera confiado en depósito; ese testamento no se anularía.

Aubry y Rau, § 710, texto á la nota 4, dicen: cuando se trata de un testamento místico, la apertura no debe ser hecha sino en presencia del notario y de los testigos que firman el acta, que se encuentren en el lugar y sean llamados, art. 1007. Sin embargo, la inobservancia de estas formalidades diversas, que no son en lo que concierne, al menos, á los testamentos ológrafos, sino medidas de precaución prescriptas para la conservación de esos testamentos, no influye en manera alguna sobre su validez», aunque en la nota estos autores sostienen, que tratándose de los testamentos místicos, la rotura de los sellos equivaldría á la destrucción ó laceración, hecho que podría dar lugar á la aplicación de los principios expuestos en el § 647. Y sin embargo, admiten enseguida la validez del testamento que hubiera sido abierto en presencia de los herederos *ab intestato*, los que no podrían contestar la validez del testamento.

Si el testamento ha sido abierto sin observar las formalidades que se reputan esenciales, debía declararse nulo en todos los casos, desde que los herederos *ab intestato*, no están autorizados para abrirlo, sin llenar las formas exigidas.

La verdad es que no hay formalidad esencial que ataque el testamento mismo, fuera de las exigidas por los arts. 3665 á 3667, y que el testador está obligado á llenar, so pena de no haber otorgado un testamento cerrado; pero una vez que las ha observado, no hay circunstancia alguna, que contra su voluntad, pueda influir de un modo decisivo para anular ese testamento.

recer todos los testigos por muerte ó ausencia fuera de la provincia, bastará el reconocimiento de la mayor parte de ellos y del escri-

Pero ¿qué sucederá si los testigos que han suscripto el acta de la carátula declarasen que les *parece* ó afirmasen que el testamento no está cerrado, como cuando el testador lo entregó? ¿Se declararía nulo, como lo pretenden algunos?

Si el testamento se encuentra en poder del testador ó entre sus papeles, no hay razón para sospechar fraude y sustitución, si el testamento interior se encuentra firmado y se reconoce que es la misma firma, ¿por qué se declararía nulo, por una simple duda? Pero si unos afirmasen que el testamento no se encuentra cerrado como lo estaba cuando lo presentó, y los otros dijese lo contrario, se debe decidir en favor de la validez, porque es más favorable á la voluntad del testador. Si por el contrario, todos afirmasen que los sellos han sido violados, y que ha sido abierto, creo que se debe aceptar la presunción del art. 3836, de que el testador lo ha cancelado, declarándolo revocado; porque no es de suponer que haya querido sustituir el pliego cuando pudo otorgar otro en debida forma.

En la segunda hipótesis, cuando el testamento ha sido depositado en poder de un tercero, y se encontrase que los sellos habían sido violados, ó que los testigos declarasen que no se encuentra cerrado como estaba cuando lo entregó, mi opinión es que el testamento no se declarará nulo, á menos de casos de fraude ó de probarse la sustitución del pliego interior, ó de que el mismo testador lo abrió, quedando revocado en este caso.

Merlin, *Rep. 1.º Testamento*, Sec. II, § IV, art. 5, nº 2, estudia la cuestión bajo todas sus fases con una sagacidad y tino que lo ha colocado entre los primeros jurisconsultos franceses, y se coloca en estas cuatro hipótesis: 1ª, ó lo ha abierto el heredero *ab intestato* por autoridad privada, y se encuentra con que lo despoja de la sucesión ó lo grava con legados más ó menos onerosos; 2ª, ó la apertura se ha hecho en presencia de todos los parientes interesados; 3ª, ó ha sido hecha por un tercero sin poder del legatario universal, sea del heredero *ab intestato*; 4ª, ó ha sido hecha por el legatario universal ó heredero. En el primer caso, dice, ¿bajo que pretexto se atribuiría á las vías de hecho del heredero *ab intestato* el efecto de anular un testamento otorgado en su perjuicio? Es principalmente en su favor, es para la conservación de sus derechos que se han establecido esas formalidades. Se reputan llenadas en lo que á él concierne, desde que ha impedido que lo sean.

En la segunda hipótesis, los parientes que han concurrido á la aper-

bano, en cuyo caso el juez rubricará el principio y fin de cada página y mandará protocolizarlo en el registro de cualquier escribano. *Si por iguales causas* (muerte, ausencia) *no pudieran comparecer el escribano, el mayor número de los testigos, ó todos ellos, el juez lo hará constar así, y admitirá la prueba por cotejo de letra. Cumplido ésto, el juez rubricará el principio y fin de cada página, y mandará protocolizar el testamento y dar á los interesados las copias que pidiesen* (art. 3695); mientras que en el testamento

tura del testamento han renunciado á las formalidades y no pueden alegar su inobservancia, como no podría hacerlo el deudor obligado bajo condición, que la renuncia voluntariamente.

Respecto del tercer caso, ¿por qué se declararía caduco el testamento? Las vías de hecho que un tercero ha cometido abriendo un testamento místico, es absolutamente extraña al legatario universal, y por consiguiente no puede perjudicar sus derechos. Sin duda que tampoco debe aprovecharle; pero lo que resulta de ahí es que no puede ser un obstáculo á los herederos para demostrar que por el hecho del tercero que ha roto la carátula, el verdadero testamento ha sido sustraído y reemplazado por otro que el difunto había querido dejar sin efecto; pero no resulta que esta sustracción ó reemplazo deban ser presumidos de pleno derecho, por el hecho de que la carátula haya sido rota.

En la 4ª hipótesis; el heredero ó legatario universal que se ha permitido abrir el testamento, que perjudica á los herederos en grado más próximo, sería privado de ella declarándose caduco el testamento, á menos de ser ológrafo; porque ha puesto á los herederos *ab intestato* y á la justicia en la imposibilidad de asegurarse que el testamento presentado es el que el testador entregó; pero si los herederos no reclamasen, el testamento se considerará válido.—Comp. TROPLONG, IV, 1819. GRENIER, I, 2º. DEMOLOMBE, XXI, 503. SAINTESPÉS-LESCOT, IV, 1346. DELVINCOURT, II, pág. 388.—Véanse arts. 116, 3691, 3692 y 3695.

No es necesario que comparezcan todos los testigos á la apertura del testamento, aunque estuvieran presentes en la localidad, bastarán que sean citados para el acto, y si hay mayoría, el testamento se abrirá con las formalidades indicadas; lo que demuestra que éstas no son esenciales. En el artículo siguiente examinaremos el caso en que nadie pueda concurrir á la apertura.

(Art. 3695.) El presente artículo confirma la tesis sostenida en el

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3694. — LL. 1, 2 y 3, Tít. 2, Part. 6ª.— LL. 4 á 7, Tít. 3, Lib. 2º, Dig.

ológrafo cerrado no se manda protocolizar, sino dar las copias, lo que debe ser un olvido, y la jurisprudencia debe llenar ese

anterior, de que las formalidades establecidas por estos artículos, para la apertura del testamento, no son esenciales, y que su inobservancia no producen el efecto de anular el testamento. Así, cuando no existe el escribano ni los testigos, ó cuando se encuentran ausentes y no pueden comparecer, se admite la prueba del cotejo de letra. ¿Quiere decir entonces que ese testamento cerrado no tiene la fuerza de un instrumento público? Así parece, porque en la parte especial donde se legisla esta forma, arts. 3665 á 3671, no hay disposición que diga: el testamento cerrado vale como un instrumento público. Esto es un olvido que traerá siempre grandes dificultades. Pero nuestro objeto es demostrar que la supresión de cualquiera de las formalidades exigidas en la apertura del testamento no lo anula, y esto es lo que dice el artículo, desde que concluyo por suprimir el reconocimiento de las firmas, y lo que es más grave, olvida que el testamento ha podido ser abierto y sustituido en su interior por otro anterior que hubiera revocado el cerrado. Esto prueba uno de esos descuidos en que se ha incurrido por la precipitación con que se trabajó el Código, y que los jueces deben suplir, indicando en el acta de apertura el estado de los sellos y de la cubierta, á fin de que pueda demostrarse que ha sido abierto y sustraído el verdadero, sustituyéndolo por otro; pero como dice Merlin, del hecho que la cubierta del testamento haya sido abierta por un tercero, no se debe presumir de pleno derecho, que ha existido sustracción y reemplazo del testamento; es necesario probarlo.

Cuando no concurre á la apertura ninguno de los firmantes, el Juez hará constar la circunstancia porque no se encuentran presentes, y describirá en el acta el estado de la cubierta, y el modo de su cerramiento, si se notan alteraciones en los sellos ó si hay señales de que haya sido abierto, y procederá á la apertura ante los interesados que hayan presentado el testamento, ordenando previamente el cotejo de letra, que debe hacerse en la forma que determinen las leyes de procedimientos, nombrando peritos calígrafos que compararán las firmas de la cubierta con otras originales, constante en instrumentos públicos. Si los peritos tienen título y sus conclusiones fuesen terminantemente asertivas, tendrán fuerza de prueba legal, en la Capital Federal y Provincia de Buenos Aires; pero esto corresponde á la ley de procedimiento.

Si del cotejo resultare que los peritos fueran de opinión contraria, ¿se procederá á la apertura del testamento? El artículo da á entender que la apertura sólo tiene lugar cuando del cotejo resultare que las fir-

vacio; porque no es justo que se exponga á un extravío dejándolo en el expediente.

mas son las mismas; pero nada dice en caso contrario; por mi parte, creo que se debe proceder á la apertura, á fin de conocer las disposiciones testamentarias, dando así á los herederos nombrados la intervención que legítimamente deben tener, para que demuestren en juicio ordinario la exactitud de las firmas, ó para que hagan valer sus derechos si resultare que el testamento encontrado en el interior es ológrafo; en el primer caso, el juez no mandará la protocolización, desde que la prueba del cotejo es desfavorable; en el segundo sí, porque el testamento ológrafo vale como un instrumento público.

¿Qué se hará cuando no hubiere firmas con que hacer el cotejo? Imposibilitado el Juez de cumplir el mandato de la ley en su parte literal, hará constar que el cotejo no se ha podido verificar por no encontrarse firmas de los signatarios del testamento, en documentos auténticos que pueda servirles de comparación, y procederá á la apertura, sin que tenga derecho para exigir la prueba de la autenticidad de las firmas por la prueba testimonial, ni ningún otro medio de prueba; porque no se puede crear una obligación que no nazca de la ley. Y para convencerse de esta verdad, bastará suponer que el testamento se encuentra depositado en poder de un escribano que no está presente; que el testador no tiene parientes en grado sucesible, y que al parecer nadie tiene interés. ¿Quién suministrará la prueba? El juez de oficio no puede hacerlo, y no obstante el testamento debe abrirse para conocer las disposiciones y hacer que tomen parte los que resultaren herederos. Bastará, pues, hacer constar que el cotejo no ha podido hacerse, procediéndose á la apertura del testamento.—Comp. Cód. de Chile, art. 1025. Goyena, art. 595 y 596.— Véanse arts. 3637, 3692 y 3694.

ÍNDICE

Título V

De la separación de los patrimonios del difunto y del heredero

§. §.	PÁGINAS
946—En que caso tiene lugar la separación de patrimonios.....	7
947—¿Quiénes pueden demandar la separación de patrimonios y quiénes no?.....	11
948—Contra que bienes puede demandarse la separación de los patrimonios....	21
949—Cómo y cuando puede demandarse la separación de patrimonios..	30

Título VI

De la división de la herencia

CAPÍTULO PRIMERO

DEL ESTADO DE INDIVISIÓN

950—Derechos del heredero en la indivisión.....	42
951—Quiénes pueden pedir la partición.....	53
952—Prescripción de la acción.....	72

CAPÍTULO II

DE LAS DIVERSAS MANERAS COMO PUEDE HACERSE LA PARTICIÓN

DE LA HERENCIA

953—De la partición entre mayores de edad.....	79
954—De las particiones judiciales.....	89
955—Del modo de hacerse la partición.....	100

CAPÍTULO III

DE LA COLACIÓN

§. §.	PÁGINAS
956—De lo que comprende la colación.....	117
957—Entre quienes se deben la colación.....	122
958—Bienes que no se deben colacionar, y de la dispensa de la colación	138

CAPÍTULO IV

DE LA DIVISIÓN DE LOS CRÉDITOS ACTIVOS Y PASIVOS

959—De los créditos activos.....	145
960—De los créditos pasivos.....	154
961—Derechos que pueden ejercer los herederos.....	170

CAPÍTULO V

DE LOS EFECTOS DE LA PARTICIÓN

962—Como suceden los herederos.....	179
963—De la garantía que se deben los herederos.....	186

CAPÍTULO VI

DE LA DIVISIÓN HECHA POR EL PADRE Ó MADRE Y DEMÁS ASCENDIENTES
ENTRE SUS DESCENDIENTES

964—De la partición por donación.....	201
965—Modo de hacerse la partición por donación ó testamento.....	203
966—Casos en que la partición se anula, rescinde ó reduce.....	227
967—Efectos de la partición por testamento.....	242

Título VII

De las sucesiones vacantes

968—Noción sobre la herencia vacante.....	251
969—Procedimiento en las sucesiones vacantes.....	254
970—Del curador de la herencia vacante.....	258

Título VIII

De las sucesiones intestadas

971—Generalidades.....	264
------------------------	-----

CAPÍTULO PRIMERO

DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN

§. §.	PÁGINAS
972—Lo que importa la representación.....	289
973—Término de la representación.....	282

CAPÍTULO II

974—Efectos de la representación.....	296
---------------------------------------	-----

Título IX

Del orden de las sucesiones intestadas

CAPÍTULO PRIMERO

SUCESIÓN DE LOS DESCENDIENTES LEGÍTIMOS

975—Principios generales.....	300
-------------------------------	-----

CAPÍTULO II

SUCESIÓN DE LOS ASCENDIENTES

976—Orden de estas sucesiones.....	304
------------------------------------	-----

CAPÍTULO III

SUCESIÓN DE LOS CÓNYUGES

977—Orden de esta sucesión.....	310
978—Cuando cesa la sucesión de los cónyuges.....	316

CAPÍTULO IV

979—Orden de la sucesión de los hijos naturales.....	331
--	-----

CAPÍTULO V

DE LA SUCESIÓN DE LOS PADRES NATURALES

980—Orden de esta sucesión.....	346
---------------------------------	-----

CAPÍTULO VI

SUCESIÓN DE LOS PARIENTES COLATERALES

§. §.	PÁGINAS
981—Orden de estas sucesiones.	350

CAPÍTULO VII

SUCESIÓN DEL FISCO

982—Como tiene lugar esta sucesión.	358
--	-----

CAPÍTULO VIII

983—Sucesión de bienes reservados.	363
---	-----

Título X

De la porción legítima de los herederos forzosos

984—Generalidades.	369
985—De la legítima de los hijos legítimos.	374
986—De la legítima de los ascendientes y de los cónyuges.	378
987—De la legítima de los padres é hijos naturales.	382
988—Caracteres de las legítimas forzosas.	387
989—Modo de fijar la legítima forzosa.	395

Título XI

De la sucesión testamentaria

990—Capacidad para disponer por testamento.	414
991—De las condiciones puestas en el testamento.	422
992—De la capacidad para testar.	432
993—Condiciones que debe llenar el testamento.	455

Título XII

De las formas de los testamentos

994—Principios generales.	467
995—De las formalidades en general.	474
996—De la nulidad de los testamentos.	481
997—Duración del testamento.	485

§. §.	PÁGINAS
988—De la firma en los testamentos.....	487
999—De los testamentos otorgados en la República y fuera de ella....	489

CAPÍTULO PRIMERO

DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO

1000—De la escritura del testamento ológrafo.....	504
1001—De la fecha y lugar del testamento ológrafo.....	517
1002—Cuando hubiere diversas disposiciones sucesivas.....	524

CAPÍTULO II

DEL TESTAMENTO POR ACTO PÚBLICO

1003—Capacidad para testar por acto público.....	539
1004—Del escribano ante quien se otorga el testamento.....	541
1005—Formalidades del testamento por acto público.....	543

CAPÍTULO III

DEL TESTAMENTO CERRADO

1006—Capacidad para otorgar el testamento cerrado.....	549
1007—Forma de los testamentos cerrados.....	586

CAPÍTULO IV

DE LOS TESTAMENTOS ESPECIALES

1008—Del testamento militar.....	597
1009—Del testamento marítimo.....	608
1010—Del testamento en caso de peste.....	622

CAPÍTULO V

DE LA APERTURA, PUBLICACIÓN Y PROTOCOLIZACIÓN DE ALCUNOS
TESTAMENTOS

1011—Protocolización del testamento.....	626
--	-----

ÍNDICE

DE LOS ARTÍCULOS DEL CÓDIGO CIVIL EXPLICADOS EN EL TOMO IX

ARTÍCULOS	PÁGINAS	ARTÍCULOS	PÁGINAS	ARTÍCULOS	PÁGINAS
3433.....	8	3474.....	111	3515.....	205
3434.....	13	3475.....	114	3516.....	206
3435.....	17	3476.....	117	3517.....	208
3436.....	18	3477.....	127	3518.....	210
3437.....	19	3478.....	122	3519.....	212
3438.....	21	3479.....	121	3520.....	214
3439.....	22	3480.....	138	3521.....	216
3440.....	25	3481.....	140	3522.....	217
3441.....	28	3482.....	133	3523.....	221
3442.....	29	3483.....	135	3524.....	222
3443.....	30	3484.....	142	3525.....	225
3444.....	32	3485.....	145	3526.....	228
3445.....	36	3486.....	146	3527.....	230
3446.....	34	3487.....	148	3528.....	232
3447.....	38	3488.....	152	3529.....	234
3448.....	40	3489.....	154	3530.....	226
3449.....	42	3490.....	156	3531.....	243
3450.....	45	3491.....	159	3532.....	241
3451.....	50	3492.....	160	3533.....	246
3452.....	53	3493.....	161	3534.....	247
3453.....	58	3494.....	164	3535.....	249
3454.....	59	3495.....	162	3536.....	236
3455.....	61	3496.....	166	3537.....	238
3556.....	64	3497.....	167	3538.....	240
3457.....	67	3498.....	169	3539.....	251
3458.....	70	3499.....	171	3540.....	254
3459.....	69	3500.....	173	3441.....	258
3460.....	72	3501.....	176	3542.....	257
3461.....	75	3502.....	175	3543.....	260
3462.....	79	3503.....	179	3544.....	261
3163.....	85	3504.....	183	3545.....	264
3464.....	86	3505.....	186	3546.....	266
3465.....	89 á 94	3506.....	189	3547.....	266
3466.....	95	3507.....	193	3548.....	267
3467.....	97	3508.....	193	3549.....	269
3468.....	100	3509.....	194	3550.....	271
3469.....	101	3510.....	195	3551.....	271
3470.....	102	3511.....	197	3552.....	273
3471.....	107	3512.....	198	3553.....	274
3472.....	109	3513.....	199	3554.....	276
3473.....	110	3514.....	201	3555.....	279

ARTS.	PÁGS.	ARTS.	PÁGS.	ARTS.	PÁGS.
3556.....	278	3603.....	400	3650.....	533
3557.....	282	3604.....	405 á 411	3651.....	539
3558.....	281	3605.....	412	3652.....	540
3559.....	293	3606.....	414	3653.....	541
3560.....	284	3607.....	421	3654.....	543
3561.....	294	3608.....	423	3655.....	547
3562.....	296	3609.....	427	3656.....	549
3563.....	298	3610.....	429	3657.....	551
3564.....	297	3611.....	432	3658.....	555
3565.....	300	3612.....	436	3659.....	561
3566.....	302	3613.....	439	3660.....	563
3567.....	394	3614.....	450	3661.....	565
3568.....	306	3615.....	441	3662.....	568
3569.....	307	3616.....	452	3663.....	572
3570.....	310	3617.....	451	3664.....	574
3571.....	312	3618.....	457	3665.....	579
3572.....	314	3619.....	455	3666.....	587
3573.....	316	3620.....	460	3667.....	592
3574.....	321	3621.....	464	3668.....	583
3575.....	322	3622.....	467	3669.....	586
3576.....	327	3623.....	470	3670.....	594
3577.....	331	3624.....	471	3671.....	595
3578.....	334	3625.....	472	3672.....	597
3579.....	338	3626.....	474	3673.....	600
3580.....	340	3627.....	475	3674.....	601
3581.....	341	3628.....	478	3675.....	603
3582.....	342	3629.....	481	3676.....	605
3583.....	344	3630.....	484	3677.....	608
3584.....	346	3631.....	485	3678.....	607
3585.....	350	3632.....	479	3679.....	609
3586.....	353	3633.....	487	3680.....	611
3587.....	356	3634.....	493	3681.....	611
3588.....	358	3635.....	497	3682.....	612
3589.....	361	3636.....	500	3683.....	613
3590.....	363	3637.....	501	3684.....	614
3591.....	369	3638.....	496	3685.....	616
3592.....	373	3639.....	504	3686.....	617
3593.....	374	3640.....	509	3687.....	620
3594.....	378	3641.....	516	3688.....	621
3595.....	379	3642.....	518	3689.....	623
3596.....	384	3643.....	519	3690.....	626
3597.....	386	3644.....	522	3691.....	627
3598.....	388	3645.....	524	3692.....	629
3599.....	390	3646.....	526	3693.....	633
3600.....	394	3647.....	528	3694.....	636
3601.....	394	3648.....	530	3695.....	640
3602.....	397	3649.....	532		

