



Visítanos en
ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

GUILLERMO A. BORDA

TRATADO DE DERECHO CIVIL

SUCESIONES

TOMO I



EDITORIAL PERROT

TRATADO DE DERECHO CIVIL - SUCESIONES

Tomo I

Borda, Guillermo A.
Abeledo-Perrot 1994

ÍNDICE

PRIMERA PARTE - DE LAS SUCESIONES EN GENERAL

CAPÍTULO I - CONCEPTO Y CONTENIDO DE LA SUCESIÓN

§ 1.- Conceptos generales

A.- DISTINTAS CLASES DE SUCESIONES

B.- LA SUCESIÓN EN LA PERSONA Y EN LOS BIENES

§ 2.- El sucesor

§ 3.- Contenido de la sucesión

§ 4.- Transmisión hereditaria

A.- MOMENTO EN QUE SE OPERA

B.- EFECTOS

C.- HERENCIA VACANTE

§ 5.- La ley que rige el derecho de las sucesiones

§ 6.- Competencia

A.- EL JUICIO SUCESORIO

B.- FUERO DE ATRACCIÓN DEL SUCESORIO

CAPÍTULO II - CAPACIDAD, INDIGNIDAD Y DESHEREDACIÓN

I. CAPACIDAD PARA SUCEDER

II. INDIGNIDAD

§ 1.- Nociones generales

§ 2.- Causales

A.- HOMICIDIO O TENTATIVA

B.- OMISIÓN DE DENUNCIA DE LA MUERTE VIOLENTA DEL CAUSANTE

C.- ACUSACIÓN CRIMINAL CONTRA EL DIFUNTO

D.- ADULTERIO CON LA MUJER DEL DIFUNTO

E.- ABANDONO DEL DIFUNTO DEMENTE

F.- ATENTADOS CONTRA LA ÚLTIMA VOLUNTAD DEL DIFUNTO

G.- NO RECONOCIMIENTO Y ABANDONO DEL HIJO

H.- NECESIDAD DE AMPLIAR LAS CAUSALES DE INDIGNIDAD

§ 3.- Acción de indignidad

§ 4.- Efectos

A.- RESPECTO DEL INDIGNO

B.- RESPECTO DE LOS DESCENDIENTES DEL INDIGNO

C.- RESPECTO DE TERCEROS

D.- A QUIEN BENEFICIA LA DECLARACIÓN DE INDIGNIDAD

§ 5. Cómo se purga la indignidad

A.- PERDÓN

B.- POSESIÓN POR MÁS DE TRES AÑOS

III. DESHEREDACIÓN

§ 1.- Conceptos generales

§ 2.- Causales

A.- ENUMERACIÓN

B.- FORMA DE INVOCAR LAS CAUSALES

C.- PRUEBA DE LAS CAUSALES

§ 3.- Efectos

§ 4.- Reconciliación

§ 5.- Juicio crítico

CAPÍTULO III - ACEPTACIÓN Y RENUNCIA DE LA HERENCIA

I. ACEPTACIÓN

§ 1.- Nociones generales

§ 2.- El momento de la aceptación

A.- DESDE CUANDO PUEDE ACEPTARSE LA HERENCIA

B.- PLAZO PARA ACEPTAR

C.- ACCIÓN DE LOS TERCEROS INTERESADOS

§ 3.- Transmisión del derecho de opción

§ 4.- Formas de la aceptación

A.- ACEPTACIÓN EXPRESA

B.- ACEPTACIÓN TÁCITA

§ 5.- Efectos de la aceptación

A.- ENUMERACIÓN

B.- LA RESPONSABILIDAD ULTRA VIRES

§ 6.- Nulidad

A.- VICIOS DE LA ACEPTACIÓN

B.- QUIENES PUEDEN PEDIR LA NULIDAD

C.- EFECTOS DE LA NULIDAD

D.- ACCIÓN REVOCATORIA DE LOS ACREEDORES

II. RENUNCIA

§ 1.- Nociones generales

§ 2.- Efectos de la renuncia

§ 3.- Nulidad de la renuncia

§ 4.- Revocación de la renuncia

III. ACEPTACIÓN CON BENEFICIO DE INVENTARIO

A.- QUIENES TIENEN DERECHO A PEDIRLO

B.- BENEFICIARIOS DE PLENO DERECHO

C.- COSA JUZGADA SOBRE EL CARÁCTER BENEFICIARIO DE LA ACEPTACIÓN

§ 2.- Forma de la aceptación beneficiaria

§ 3.- Oportunidad y procedimiento de la aceptación beneficiaria

A.- PLAZO PARA ACOGERSE AL BENEFICIO

B.- EL INVENTARIO

C.- DELIBERACIÓN

§ 4.- Efectos de la aceptación beneficiaria

A.- LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO

B.- SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS

§ 5.- Administración y liquidación de los bienes

A.- PERÍODO ANTERIOR A LA OPCIÓN DEFINITIVA DEL INVENTARIO

B.- PERÍODO POSTERIOR A LA OPCIÓN DEFINITIVA DEL BENEFICIO

§ 6. Fin del beneficio

§ 7.- ¿Es una persona jurídica la herencia aceptada bajo beneficio?

CAPÍTULO IV - SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS

§ 1.- Concepto

§ 2.- Quiénes pueden pedirla

§ 3.- Contra quién se dirige el pedido

§ 4.- Cómo debe pedirse

§ 5.- Bienes comprendidos en la separación

§ 6.- Efectos

§ 7.- Extinción de la preferencia

§ 8.- Crítica del sistema del Código

CAPÍTULO V - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL HEREDERO

I. POSESIÓN HEREDITARIA

§ 1.- Nociones generales

§ 2.- Cómo se adquiere la posesión hereditaria

§ 3.- Efectos

§ 4.- La declaratoria de herederos

II. ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA

§ 1.- Concepto y naturaleza jurídica

§ 2.- Sujetos activo y pasivo

A.- SUJETO ACTIVO

B.- SUJETO PASIVO

§ 3.- Efectos de la acción

A.- PRINCIPIO GENERAL

B.- POSESIÓN DE BUENA O MALA FE

§ 4.- Prescripción

§ 5.- Acción posesoria hereditaria

III. EL HEREDERO APARENTE

§ 1.- Actos de disposición de bienes inmuebles

§ 2.- Actos de disposición de bienes muebles

§ 3.- Actos de administración

§ 4.- Actos que deben reputarse de disposición o administración

§ 5.- Relaciones entre el heredero real y el aparente

CAPÍTULO VI - ESTADO DE INDIVISIÓN DE LA MASA HEREDITARIA

§ 1.- La masa hereditaria

A.- CONCEPTO Y NATURALEZA

B.- SITUACIÓN DE LOS CRÉDITOS

§ 2.- Derechos de los coherederos

§ 3.- Administración de la herencia

§ 4.- Transformación de la comunidad hereditaria en condominio

§ 5.- La quiebra y el concurso en las sucesiones

A.- CONCURSO PREVENTIVO DE PERSONAS FALLECIDAS

B.- QUIEBRA O CONCURSO DE LA SUCESIÓN

C.- QUIEBRA O CONCURSO DE LOS HEREDEROS

CAPÍTULO VII - DIVISIÓN DE LA HERENCIA

I. PARTICIÓN

§ 1.- Principios generales

§ 2.- Personas que pueden pedirla

§ 3.- Modo de hacer la partición

§ 4.- Formas de la partición

A.- PARTICIÓN PRIVADA

B.- PARTICIÓN JUDICIAL

C.- PARTICIÓN MIXTA

§ 5.- Efectos de la partición

A.- EFECTO DECLARATIVO

B.- GARANTÍA EN FAVOR DE LOS COHEREDEROS

§ 6.- Nulidad de la partición

II. COLACIÓN

§ 1.- Conceptos generales

§ 2.- Quiénes deben colacionar

§ 3.- A quién es debida la colación

§ 4.- Liberalidades sujetas a colación

§ 5.- Colación de deudas

§ 6.- Dispensa de la colación

§ 7.- La acción de colación

III. LIQUIDACIÓN DEL PASIVO

§ 1.- Las deudas del causante

§ 2.- Cargas de la sucesión

§ 3.- Derechos de los acreedores de la sucesión

IV. PARTICIÓN POR ASCENDIENTES

§ 1.- Partición por donación

A.- REGLAS GENERALES DE VALIDEZ

B.- EFECTOS

§ 2.- Partición por testamento

§ 3.- Acciones de rescisión y reducción

CAPÍTULO VIII - CESIÓN DE HERENCIA

§ 1.- Principios generales

§ 2.- Contenido de la cesión

§ 3.- Efectos

A.- EFECTOS ENTRE LAS PARTES

B.- RESPECTO DE TERCEROS

1119/10000

PRIMERA PARTE - DE LAS SUCESIONES EN GENERAL

1119/10010

CAPÍTULO I - CONCEPTO Y CONTENIDO DE LA SUCESIÓN

1119/10020

§ 1.— Conceptos generales

1119/1

1. CONCEPTO.— En sentido gramatical, suceder es entrar una persona o cosa en lugar de otra. Jurídicamente, significa continuar el derecho de que otro era titular. Una transmisión se ha operado; el derecho que pertenecía a uno ha pasado a otro.

Esa transmisión del derecho puede ocurrir, ya sea por actos entre vivos, como la venta, la donación, la cesión (ver nota 1); ya sea por muerte del titular. Este supuesto de la sucesión mortis causa es el que constituye el objeto de nuestra materia.

La sucesión ha sido definida en nuestro Código como la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla (art. 3279 Ver Texto). Pasando por alto la impropia denominación de derechos pasivos a las obligaciones, esta definición da una idea correcta de la institución y permite extraer los elementos necesarios de toda sucesión mortis causa: a) La persona fallecida, llamada también causante o de cujus (ver nota 2). b) Los llamados a sucederle, sea por la ley o por la voluntad del difunto. A éstos se los designa con el nombre de sucesores o causahabientes; si la sucesión es a título particular, legatarios. c) El conjunto de bienes de que era titular el difunto, es decir, su patrimonio. Este va a ser el objeto material de la transmisión; se lo llama la herencia.

1119/2

2. FUNDAMENTO (ver nota 3).— El derecho de sucesión es tan antiguo como la propiedad. Lo han admitido los pueblos de todas las civilizaciones, una vez salidos de las organizaciones primitivas de los clanes comunitarios. Este solo hecho bastaría para afirmar que se trata de una institución consustanciada con la naturaleza humana. En verdad, se apoya en motivos complejos y hondos, que interesa investigar.

a) La transmisión de los bienes mortis causa es inseparable de la propiedad privada. Como lo dice KIPP, sin el derecho de sucesión no llegaríamos a ser gran cosa más que usufructuarios vitalicios de los bienes por nosotros adquiridos (ver nota 4). Negado este derecho, no se concebiría tampoco la donación, la cesión gratuita. Inclusive la potestad de vender se vería seriamente afectada, pues sería sencillo disimular tras ella una donación y con ésta una transmisión gratuita de derechos a los hijos u otras personas. Teóricamente se puede combatir la propiedad y la sucesión, pero no admitir una y negar la otra (ver nota 5).

b) La sucesión tiene, además, un sentido trascendente. Importa la afirmación de que no todo termina con la muerte. Responde al deseo humano de perpetuarse, que no se cumple solamente en los hijos, en la continuidad de la sangre, sino también en las obras. Por ello ha

podido decir UNGER que el derecho sucesorio es un triunfo de la especie y no del individuo (ver nota 6).

c) Responde asimismo a la necesidad, hoy más urgente que nunca, de defender y fortificar la familia. Con gran frecuencia, el patrimonio de una persona no es el resultado del trabajo personal, sino también el fruto de la colaboración del cónyuge y de los hijos. Este trabajo común carecería de aliciente si, al morir el padre, los bienes fueran a parar a manos del Estado. Y aunque no haya una colaboración efectiva en la producción de los bienes, aquellas personas lo estimulan con su afecto, lo auxilian en la medida de sus fuerzas. La herencia será la justa recompensa de todo eso. Por lo demás, es indudable que un sólido sustento económico contribuye a dar coherencia y vigor a la familia.

d) Hay también una razón de interés económico social. Si el hombre supiera que, al morir, todo su trabajo va a quedar anulado, un primario egoísmo lo llevaría a disfrutar lo más posible de sus bienes, a tratar de consumirlos junto con su vida. En vez de productores de riquezas, los hombres se convertirían en destructores, en un peso muerto para la sociedad. No ha de pensarse seriamente que la utópica solidaridad social que invocan los socialistas sea bastante aliciente para suplir el amor por la familia. El hombre trabaja para sí y para sus seres queridos, no por la comunidad. A esta consideración, de vigencia permanente, habría que agregar en la época actual un escepticismo creciente respecto de la manera en que el voraz Estado moderno administra los fondos públicos. Amasar una fortuna para que se pierda luego en la inmensidad de las arcas fiscales, es una perspectiva que a nadie entusiasma.

1119/3

3.— La objeción fundamental formulada contra el derecho de sucesión, tiene raigambre comunista: se lo ataca porque se ataca la propiedad. Se afirma, además, que una razón de justicia señala la necesidad de dar a todos los seres humanos iguales posibilidades y no las habrá mientras algunos privilegiados reciban de sus mayores una gruesa fortuna y otros nada. El argumento es más impresionante que sensato. La igualdad absoluta es inalcanzable y siempre habrá en la sociedad gente mejor o peor dotada, desde el punto de vista intelectual, moral o económico. No se podría prescindir, en pos de cierta utópica igualdad, de una institución que responde a una tendencia natural del hombre, que le sirve de aliciente en sus empresas, y que, al estimular éstas, beneficia por reflejo a la comunidad. Nada más elocuente, para apoyar estas conclusiones, que la experiencia soviética.

1119/4

4. LA EXPERIENCIA SOVIÉTICA (ver nota 7).— Los teóricos de la revolución comunista habían atacado con especial énfasis la injusticia del derecho sucesorio. Una de las primeras medidas del nuevo régimen fue abolir el derecho zarista de las sucesiones (27 de abril de 1918). La posibilidad de transmisiones mortis causa era limitadísima: sólo podía comprender la casa con sus muebles y sus instrumentos de trabajo, si en total no excedían de un valor de 10.000 rublos y los herederos se encontraban en posesión de ellos. Las sucesiones más importantes era tomadas por el Soviet local, que debía administrarlas en beneficio de los herederos que no tenían medios de vida. La calidad de herederos se reconocía, siempre que no pudieran trabajar, a los parientes en línea directa, a los hermanos y hermanas y al cónyuge supérstite.

Bien pronto se empezaron a advertir los inconvenientes de tal sistema y a atenuar su rigor. En 1919, el Ministerio de Justicia declaró que el límite de 10.000 rublos previstos por la ley no se aplicaba a las sucesiones que se abrían en el cuadro de las comunidades familiares. En

1923, el Código Civil dictado bajo las concepciones de la Nueva Política Económica, autorizó a los herederos, se hallaran o no en situación de necesidad, a entrar en posesión de la herencia hasta un límite de 10.000 rublos oro. El excedente debería ser devuelto al Estado, si esto podía hacerse sin dificultades o inconvenientes económicos. Si tal división no parecía posible, se preveía una administración común del patrimonio por los herederos y los organismos del Estado, o bien aquéllos podían comprar al Estado su parte (arts. 416 y 417). La calidad de heredero se reconocía, además de los parientes, a todo enfermo o necesitado que hubiera estado enteramente a cargo del causante desde un año antes del deceso.

Estas medidas resultaron insuficientes. La apremiante necesidad de aumentar la producción obligó a los Soviets a aplicar una política económica más realista, y abandonar muchos de los postulados teóricos del comunismo. Reconociendo el estímulo que para la producción significa el derecho sucesorio, en 1926 se abolió el límite máximo de 10.000 rublos; posteriormente se ha extendido el círculo de los herederos legítimos y se han reconocido cada vez una mayor amplitud del derecho de testar (ver nota 8). Por fin, se ha llegado a algo sorprendente aun para nuestra concepción capitalista: la supresión del impuesto sucesorio, por ley del 9 de enero de 1943, sustituido por un derecho de registro, que en ningún caso excede de un máximo del 10 por ciento (ver nota 9).

1119/10030

A.— DISTINTAS CLASES DE SUCESIONES

1119/5

5. SUCESIÓN LEGÍTIMA Y SUCESIÓN TESTAMENTARIA.— Desde tiempo inmemorial se conocen dos clases de sucesiones: legítima y testamentaria. La primera es aquella que la ley defiende a los parientes más próximos, de acuerdo con un orden que ella misma establece; la segunda se basa en la voluntad del difunto expresada en el testamento.

1119/6

6. IDEA GENERAL SOBRE EL RÉGIMEN LEGAL ARGENTINO.— En nuestra ley se admiten ambas clases de sucesiones, la legítima y la testamentaria (art. 3280 Ver Texto). Más aún, no hay ningún inconveniente en que los sucesores estén indicados en parte por la ley y en parte por la voluntad del causante (art. citado). La ley romana “nemo pro parte testatus...” no rige entre nosotros.

En nuestro sistema, el testador carece de facultad de disponer libremente de todos sus bienes. La ley reserva a los parientes en línea recta y al cónyuge una porción legítima, que varía según el parentesco y de la que aquél no puede disponer. Cuando no hay herederos forzosos, el testador tiene libertad para distribuir sus bienes como mejor le plazca. Si no lo hace, la misma ley, interpretando sus deseos, adjudica su patrimonio a sus parientes en determinado orden y hasta el cuarto grado. En cuanto a la porción disponible de la herencia, queda siempre librada al arbitrio del testador, aunque haya herederos forzosos.

1119/10040

B.— LA SUCESIÓN EN LA PERSONA Y EN LOS BIENES (ver nota 10)

1119/7

7. EL PROBLEMA.— El sucesor ¿continúa la persona del causante o simplemente lo sucede en sus bienes? Una larga controversia se ha trabado en torno a esta cuestión, que tiene una repercusión importantísima en todo el derecho sucesorio. Para dilucidarla, es conveniente ante todo, hacer una referencia a los antecedentes históricos, que arrojan buena luz sobre el problema.

1119/8

8. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.— La idea de la continuación de la persona tiene su origen en el derecho romano primitivo. Tenía, ante todo, un fundamento religioso. Muerta una persona, era indispensable que alguien ocupara inmediatamente su lugar para que el culto familiar no se interrumpiese (ver nota 11). Era, además, indispensable que alguien ejerciera la autoridad del difunto dentro de la familia.

El heredero era, por sobre todo eso, el continuador de las funciones sacerdotales de la potestad del *pater familiae* (ver nota 12); es verdad que recibía también los bienes, pero esto no aparecía sino como un elemento accesorio dentro de la idea de la continuación de la persona. A tal punto es esto exacto, que la designación del heredero no implicaba que todos los bienes le fueran adjudicados; ni siquiera una parte de ellos le pertenecía necesariamente, pues no había porción legítima. El testador repartía sus bienes en numerosos legados y, a veces, sólo las cargas pasaban al heredero. En los primeros tiempos, los herederos afrontaban esta carga como un deber moral y religioso. Pero cuando el descreimiento se fue acentuando y decayó el culto familiar, la repudiación de la herencia o la aceptación con beneficio de inventario se hicieron comunes. Diversas leyes se dictaron para remediar la injusta situación del heredero que sólo recibía cargas. La ley *Furia testamentaria* (183, a. C.) fijó como máximo 1.000 ases por legado. El remedio resultó insuficiente porque la multiplicación de los legados a terceros dejaba al heredero en igual situación. Años después (164 a. C.), la ley *Voconia* limitó el monto de cada legado a la porción que recibiría el heredero; tampoco esto era una solución, porque si se dividía el patrimonio en muchos legados, el monto que recibía el sucesor no alcanzaba a cubrir las deudas ni a compensarlo de los gastos y trabajos que la herencia importaba. Por último, en el año 40 a. C. se dictó la ley *Falcidia*, que reservó la cuarta parte de los bienes al heredero, para lo cual se reducían proporcionalmente los legados cuando su monto total excedía los tres cuartos. Esa cuarta parte se calculaba una vez deducidas las cargas de la herencia. La ley *Falcidia* se mantuvo en vigor hasta que JUSTINIANO en las *Novelas I y II* autorizó al testador a disponer también del cuarto (ver nota 13).

Estas leyes demuestran cómo los romanos procuraron atenuar las consecuencias patrimoniales de un sistema en cuyo origen la transmisión del patrimonio no será sino un efecto de carácter secundario y que se inspiraba en razones de orden religioso y de organización familiar y social. Cuando decayó el sentimiento religioso y se rompieron los moldes de la familia primitiva, la idea de la continuación de la persona subsistió por una razón de tradición jurídica y también porque así se explicaba cómo las deudas del causante pasaban a gravitar sobre el heredero, hecho al que los jurisconsultos romanos no encontraban otra explicación satisfactoria.

1119/9

9.— El concepto germano de la transmisión hereditaria era muy distinto. Cuando el jefe de la familia fallecía, lo sucedía el varón de mayor edad. La asamblea de la tribu le entregaba los bienes; el heredero pagaba entonces todas las deudas y se quedaba con el remanente. No había confusión de patrimonio, ni las deudas del difunto pesaban sobre los bienes del heredero.

Tal sistema era a todas luces más simple, más lógico y más realista que el romano; sin embargo, fue este el que prevaleció en la legislación de la Edad Moderna. No se debió ello tan sólo al prestigio del derecho romano. Otras poderosas razones confluyeron para hacerlo triunfar. El feudalismo había introducido la costumbre de entregar la saisine por medio del señor feudal, quien cobraba por ese acto buenos derechos. Era un impuesto disimulado y un medio más de gravar los bienes del vasallo. Por eso, al operarse la reacción del poder real contra los señores feudales, los súbditos apoyaron a los jurisconsultos que elaboraban sus doctrinas sobre los textos romanos. El sistema de la continuación de la persona resurgió mediante una ficción: el señor no necesitaba otorgar la saisine porque ya lo hacía el muerto sin intervención de autoridad alguna. De allí la fórmula “le mort saisit le vif” adoptada por las costumbres francesas. En consecuencia, no había lugar al cobro de los derechos feudales.

1119/10

10. LA IDEA DE LA CONTINUACIÓN DE LA PERSONA A TRAVÉS DE LA TEORÍA DE AUBRY Y RAU.— El sistema romano adquirió un renovado impulso con el aporte de Aubry y Rau, cuyas ideas tienen particular importancia para nosotros por su decisiva influencia sobre el sistema del Código.

Hemos hecho en otro lugar la exposición y crítica de aquellos jurisconsultos sobre el patrimonio (Tratado de Derecho Civil, Parte General, 2ª ed., t. 2, núms. 376 y sigs.). En síntesis, sostienen que el patrimonio es un atributo, una emanación de la personalidad; se trata de una universalidad de derecho, independiente de los elementos concretos que lo integran. No se concibe, por tanto, persona sin patrimonio, ni éste es susceptible de alienación total o parcial. Por último, es único e indivisible.

Siendo, pues, el patrimonio una emanación de la personalidad, siendo indisoluble e incesible, no puede concebirse su transmisión a los herederos sino mediante la ficción de que éstos continúan la persona del muerto. El sistema romano viene así a dar explicación a la transmisión de los derechos y deudas.

1119/11

11.— Veamos ahora las consecuencias del sistema:

a) Ante todo, se opera la confusión de patrimonios del causante y del heredero. Puesto que el patrimonio es una emanación de la personalidad y por consiguiente único, el heredero no puede tener sino uno. De ahí estas consecuencias: el heredero responde ultra vires, es decir, con sus propios bienes, si los dejados por el causante no alcanzan a cubrir sus deudas; y los acreedores del causante concurren en igualdad de derecho con los del heredero a cobrarse sus créditos de la masa de bienes formada después de la transmisión; de modo tal que, si el heredero fuera insolvente, los acreedores del causante pueden verse reducidos a no cobrar sino una parte de sus créditos no obstante que los bienes dejados por aquél fueran más que suficientes para cubrirlos íntegramente.

De lo dicho, se desprende que cuando el heredero es insolvente, sus acreedores resultarán favorecidos y perjudicados los de la sucesión; en cambio, si ésta tiene un pasivo mayor que el activo, y el heredero puede por el contrario hacer frente con holgura a sus compromisos, serán los acreedores de la sucesión los beneficiados y perjudicados los de aquél. Para poner remedio a soluciones tan injustas, se ha reconocido a los herederos el derecho de aceptar la herencia bajo beneficio de inventario, lo que implica limitar su responsabilidad hasta el monto de los bienes recibidos; y a los acreedores del causante el de solicitar la separación de

patrimonios, con lo cual se impide la confusión de patrimonios hasta que aquéllos se hayan pagado íntegramente.

b) El heredero continúa la posesión del causante en el mismo carácter que aquél (arts. 2475 Ver Texto , 3418 Ver Texto y 4004 Ver Texto , Cód. Civil), de tal modo que si el difunto era poseedor de buena fe, el heredero tiene también ese carácter aunque personalmente tenga mala fe; y viceversa.

c) La sucesión debe ser única y estar sujeta a una sola ley, puesto que se trata de la transmisión de una universalidad indivisible.

d) Nuestros tribunales han declarado que el domicilio constituido en un contrato por el causante, obliga también a los herederos (ver nota 14).

1119/12

12. CRÍTICA.— Ya hemos formulado anteriormente la crítica a la teoría de Aubry y Rau sobre el patrimonio (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, nº 737) y no insistiremos en ella, como no sea en su incidencia sobre el régimen sucesorio.

La idea de la continuación de la persona es ante todo una ficción. Lo que está muerto no puede continuarse; ni mucho menos una persona puede ser continuada por varias, porque eso será dividir lo que por esencia humana y divina es indivisible (ver nota 15). Es pues, una ficción, como lo reconocen sus propios sostenedores. Es verdad que los juristas han apelado en muchas oportunidades a ficciones para explicar sus teorías y tantas veces se ha echado mano de este recurso que ya nos hemos acostumbrado a ver en él un elemento casi normal en los conceptos jurídicos. Fuerza es confesar, sin embargo, que se apela a las ficciones únicamente porque se carece de agudeza suficiente para penetrar la verdadera naturaleza de las cosas, o de valentía para afrontar la realidad. Una ciencia social, como es la jurídica, no puede apoyarse en ficciones, porque ello significa admitir puntos de partida falsos.

Y naturalmente, cuando se admite una ficción, los tropiezos y contradicciones surgen a cada paso. Es lo que ocurre en nuestro caso. Si el heredero continúa la persona del causante, si ocupa su lugar, no se explica que se le reconozca el beneficio de inventario, puesto que éste es un remedio que no se concede al antecesor; tampoco se explica que los herederos puedan impugnar las donaciones o legados que dañen su legítima, porque valdría tanto como accionar contra sí mismos (ver nota 16); es asimismo incomprensible que el heredero beneficiario pueda demandar a su sucesión por los créditos que tenga contra el difunto, aunque no haya más heredero que él (art. 3377 Ver Texto , Cód. Civil), situación verdaderamente paradójal, como la califica FORNIELES, en que el único continuador del causante y representante de su persona, viene a demandarse a sí mismo (ver nota 17); ni se explica que los derechos intelectuales sean, respecto de él, vitalicios, y, en cambio, no lo sean respecto de los sucesores.

Esto no es todo. Según AUBRY y RAU y nuestro Código (art. 3281 Ver Texto), el patrimonio es una entidad abstracta, independiente de los bienes que lo integran. La sucesión a título universal tiene por objeto un todo ideal, sin consideración a su contenido especial (art. citado). Parece inútil insistir sobre la vacuidad de esta idea (ver nota 18). Si lo que se transmite no son bienes, no se transmite nada. Jurídicamente, esa universitas juris, esa entidad abstracta inventada por AUBRY y RAU, no tiene existencia. Nadie contrata ni constituye un derecho sobre ella; lo que tiene existencia real, lo que es objeto de los actos jurídicos, son los bienes concretos que la forman. Por lo demás, si el objeto de la transmisión fuera ese todo ideal, sin consideración a sus elementos integrantes, no se

explicaría que la sucesión se rigiera por otra ley que la personal del causante. Sin embargo, la realidad, que se impone a todas las elucubraciones de gabinete, ha obligado a someter a los inmuebles y a algunos muebles a la ley del lugar de su ubicación (arts. 10 Ver Texto y 3470 Ver Texto , Cód. Civil), lo que significa que ha sido necesario tomar en cuenta el contenido. Por lo demás, si el heredero es el continuador de la persona del causante, debería sucederlo también en sus derechos de familia, en la patria potestad. Es lo que ocurría en el derecho romano primitivo.

A las contradicciones del sistema se suman sus injusticias. La responsabilidad ultra vires, aplicada rigurosamente, importa una solución tan irritante que desde el comienzo debió admitirse el beneficio de inventario, que supone una contradicción radical con el principio de la continuación de la persona. No sólo este inconveniente tiene la confusión de patrimonios; puede perjudicar también a los acreedores del causante, si el heredero es insolvente, o a los del heredero si la sucesión es la que tiene un pasivo más abultado que el activo. Además considerar al sucesor como poseedor de buena o mala fe, según lo haya sido el causante y con independencia de su buena fe personal, equivale a consagrar una solución francamente inmoral.

Por último, cabe agregar que mantener el principio de sucesión en la persona, cuando han desaparecido las razones religiosas y de organización familiar que le dieron origen, resulta un anacronismo inadmisibles. Con razón la doctrina moderna se ha levantado contra él. Entre los autores nacionales, el repudio es prácticamente unánime (ver nota 19).

1119/13

13. TENDENCIAS ACTUALES: LA SUCESIÓN EN LOS BIENES.— La realidad jurídica de nuestros días es que el heredero sucede al causante únicamente en sus bienes. Es verdad que deberá también pagar las deudas, en tanto aquellos bienes alcancen a cubrirlas, pero para ello no es necesario recurrir a la ficción de la continuación de la persona. Lo impone no sólo un elemental principio de ética, sino también una necesidad económica. Si las obligaciones concluyeran con la muerte, todo el tráfico jurídico debería hacerse al contado; los préstamos, las operaciones a plazo, los contratos de tracto sucesivo (locación, sociedad, etc.) serían prácticamente inconcebibles, pues nadie podría exponerse al riesgo de la muerte del contratante y la consiguiente extinción de todos los derechos creditorios emergentes del acto celebrado con él.

En el sistema de la sucesión de los bienes, el heredero no ocupa el lugar del difunto. Es un liquidador del patrimonio de éste: paga sus deudas con los bienes que recibe, realizando el activo; el saldo se divide entre los coherederos. Estos no reciben, como en el sistema de la sucesión de la persona, un activo y un pasivo, sino simplemente un remanente. Los acreedores están en situación idéntica que ante el difunto: no deben temer la concurrencia de molestos terceros, acreedores personales del heredero; pero tampoco pueden perseguir a quien no obligó su patrimonio ante ellos (ver nota 20). Todo sin perjuicio de la responsabilidad ultra vires del heredero que actuó como dueño, confundió deliberadamente los patrimonios, en una palabra, omitió las garantías legales establecidas en favor de los acreedores; sólo que, en tal caso, la responsabilidad ilimitada no se funda en el principio de la continuación de la persona, sino en la necesidad de proteger a los acreedores contra la conducta culpable o dolosa del heredero.

Facilitaría el proceso de liquidar las cargas de la herencia el reconocerle a su sucesión la calidad de persona jurídica, independiente de los herederos, hasta el momento de efectuar la partición y distribución de los fondos.

Con este sistema se obtendrán ventajas indudables. Así: a) serán innecesarias la aceptación con beneficio de inventario y la separación de patrimonios. Ni acreedores ni herederos deberán temer perjuicio para sus intereses; b) en caso de reivindicación, podrá accionarse en nombre de la sucesión por el total de la cosa, no solamente por la parte de cada heredero; c) la sucesión será de buena o mala fe, según lo sea el sucesor, con independencia del de cujus, lo que es más justo y contempla mejor la realidad.

Esta concepción de la sucesión ha tenido una profunda influencia en la legislación contemporánea. Con diferentes matices, el sistema de la sucesión en los bienes ha sido adoptado por los códigos: brasileño (arts. 1572 y 1587), mexicano (arts. 1281, 1284, 1750 y sigs.), peruano (art. 658), soviético (art. 434). Es asimismo la solución del common law (ver nota 21) y de la legislación egipcia (ver nota 22). En el Código suizo, el silencio del heredero implica la aceptación con beneficio de inventario (art. 588). El Código alemán ha adoptado un sistema extraordinariamente complejo en el que predomina la continuación de la persona; con todo, el sistema opuesto, que era el de la tradición germánica, ha ejercido una poderosa influencia (arts. 1922, 2032, 2038, etc.). En las restantes legislaciones, ha servido para atenuar o poner remedio a muchas de las más notorias injusticias e incongruencias del sistema romano.

En nuestro país tanto el Anteproyecto como el Proyecto de 1936, mantienen el sistema de la continuación de la persona, lo que ha merecido una repulsa unánime de los autores y de los Congresos Nacionales de Derecho Civil en que se ha tratado el tema (ver nota 23).

1119/14

14. SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL.— VÉLEZ SARSFIELD, que en el artículo 2312 Ver Texto había definido el patrimonio con un criterio realista como el conjunto de los bienes de una persona, al tratar las sucesiones cae definitivamente bajo la influencia de AUBRY y RAU y sigue su teoría en todas sus consecuencias. En el artículo 3281 Ver Texto dice que la sucesión a título universal es la que tiene por objeto un ideal, sin consideración a su contenido especial, ni a los objetos de esos derechos. En el artículo 3417 Ver Texto , establece el sistema de la continuación de la persona: El heredero que ha entrado en posesión de la herencia o que ha sido puesto en ella por juez competente, continúa la persona del difunto y es propietario, acreedor o deudor de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor, con excepción de aquellos derechos que no son transmisibles por sucesión. De todo ello resulta naturalmente la confusión del patrimonio del heredero con el del causante, que consagra el artículo 3342 Ver Texto ; la responsabilidad ultra vires, establecida en el artículo 3343 Ver Texto (aunque después de la ley 17711 , con la importantísima salvedad del nuevo art. 3363 Ver Texto); que el heredero continúa la posesión que tenía el difunto en el mismo carácter que éste la detentaba y con prescindencia de su buena o mala fe personal (arts. 2475 Ver Texto , 3418 Ver Texto y 4004 Ver Texto).

Más adelante volveremos sobre estos temas.

(nota 1) Sobre esta especie de transmisión, véase nuestro Tratado de Derecho Civil Parte General, t. 2, n° 877.

(nota 2) Esta expresión está tomada de la fórmula *is de cujus successione agitur*.

(nota 3) BIBLIOGRAFÍA: PRAYONES, Sucesiones, p. 7 y sigs.; LAFAILLE, Sucesiones, t. 1, n° 8; GOITIA, Concepto y fundamento del derecho de sucesión, Buenos Aires, 1919 (Seminario de la Facultad de Derecho de Buenos Aires); FERRERO, Derecho de las sucesiones, Lima, 1993, p. 25 y sigs.; DE GÁSPERI, Tratado de derecho hereditario,

t. 1, nº 3; BONFANTE, Teorie vecchie e nuove sull' origine dell' eredita, in Scritti giuridici varii, Torino, 1916, t. 1, p. 469 y sigs.; ROBBE, Origine e concetto dell' eredita, Studi Economico Giuridici, año 25, 1937, p. 245 y sigs.

(nota 4) KIPP, Sucesiones, t. 1, p. 1.

(nota 5) PLANIOL y RIPERT, ed. La Habana, t. 4, nº 1.

(nota 6) Cit. por DE GÁSPERI, Tratado, t. 1, nº 3.

(nota 7) BIBLIOGRAFÍA: Véase especialmente, DAVID y HAZARD, Le droit soviétique, t. 2, p. 35 y sigs; asimismo, BALSELLES y MORERA, La herencia en la Unión Soviética, Barcelona, 1935; DE CASUA, BATTABLINI y MARTUSCELLI, Il Codice Civile de la Russia Sovietica, Milano, 1946, p. 131; ELIACHEVIT, TAGER y NOLDE, Traité de droit civile et commercial des Soviets, t. 3; OSIPOW, Le droit sucesoral soviétique, Revue international de droit, agosto-septiembre 1949, año 1, nº 3, p. 249.

(nota 8) DAVID y HAZARD, Le droit soviétique, t. 2, p. 37.

(nota 9) La ley anterior, del 6 de febrero de 1929, imponía, por el contrario, un impuesto progresivo sumamente gravoso.

(nota 10) BIBLIOGRAFÍA: Recomendamos especialmente la excelente exposición de FORNIELES, Sucesiones, t. 1, núms. 4 y sigs.; además, LAFAILLE, Sucesiones, t. 1, núms. 31 y sigs.; CASTÁN TOBEÑAS, La concepción estructural de la herencia, Madrid, 1959; JALLU OLIVIER, L'idée de la continuation de la personne, París, 1902; PLASTARA, G., La notion juridique du patrimoine, París, 1903; AUBRY y RAU, Cours de droit civil français, 4ª ed., t. 6, p. 229 y sigs.; PLANIOL y RIPERT, ed. La Habana, t. 4, núms. 184 y sigs.; PERCEROU, La liquidation du passif hereditaire, Revue Trimestrielle, 1905, p. 503 y sigs.; CAZELLES, De l'idée de la continuation de la personee, París, 1905; SALEILLES, La responsabilité de l'héritier dans le Code Civil suisse, Bulletin Etudes Legislatives, 1911, p. 476 y sigs.; FADDA y BENSA, notas al Diritto delle Pandette, de Winscheid, t. 1, p. 670 y sigs.; ROURE, De la notion de la continuation de la personne et de la transmission a cause de morte, Montpellier, 1938; JOSSERAND, ed. Buenos Aires, t. 3, vol. 2, núms. 920, sigs.

(nota 11) FUSTEL DE COULANGES, La cité antique, libro II, Cap. III.

(nota 12) Véase especialmente BONFANTE, Instituciones de derecho romano, trad. esp. § 186.

(nota 13) BONFANTE, Instituciones de derecho romano, trad, esp. Madrid, 1929, § 645; ARANGIO RUIZ, Instituciones de derecho romano, trad. esp. Buenos Aires, 1952, p. 645 y sigs.; MAYNZ, Cours, t. 3, § 507.

(nota 14) C. Civil 1ª Cap., 30/10/1940, G. F., t. 151, p. 199; id., 11/9/1940, L.L., t. 20, p. 258; C. Civil, 2º Cap., 13/5/1925, G. F., t. 56, p. 249.

(nota 15) Transcribimos a continuación un agudo párrafo de FORNIELES. Luego de exponer el sistema de AUBRY y RAU, dice: "Ya estamos en pleno ideología. Ahora basta hacer girar la manivela de los silogismos para que salgan todas las consecuencias que se hallan en germen. Si el difunto y el heredero son uno mismo, claro está que las deudas del primero tendrán que ser pagadas por el segundo, aunque los bienes no alcancen. Si la posesión era de mala fe, persiste igual en su sucesor, por más buena fe que éste tenga y

viceversa. Hay ciertas situaciones que ponen la máquina a prueba. ¿Qué pasa cuando son varios los herederos? ¿Cada uno representa al causante por el todo y de una manera indivisible o sólo en la proporción de su parte? ¿La persona del difunto se multiplica o se divide? En pura lógica, cuando hay varios herederos, el patrimonio se transmite fraccionado y cada uno absorbe y confunde con el suyo propio la parte proporcional del que ha heredado. Suceden en una fracción del patrimonio y por consecuencia en una fracción de la personalidad, como escribe DEMOLOMBE, t. XVII, n° 38. Por extravagante que ello parezca, la lógica discursiva no se detiene ante nada. Esto conduce a consecuencias prácticas irritantes, contra las que reacciona el buen sentido: de ahí las composturas que arruinan el sistema”, Sucesiones, t. 1, n° 13. De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 1, n° 75.

(nota 16) FORNIELES, Sucesiones, t. 1, n° 13.

(nota 17) Op. y loc. cit. en nota anterior.

(nota 18) La concepción de la sucesión hereditaria como universitas juris está hoy desacreditada entre los autores más relevantes: CICU, La divisione ereditaria, Milano, 1948; BONFANTE, La formazione scolastica della dottrina dell'universitas, Scritti giuridici, t. 1, p. 307 y sigs.; CASTRO y BRAVO, Derecho civil de España, t. 1, p. 583 y sigs.; CHAMORRO, Los derechos hereditarios, Revista General de Legislación y Jurisprudencia de Madrid, 1941, p. 312 y sigs; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 75.

(nota 19) FORNIELES, Sucesiones, t. 1, núms. 12 y sigs.; LAFAILLE, Sucesiones, t. 1, núms. 38 y sigs.; RÉBORA, Sucesiones, t. 1, n° 3; QUINTEROS, La transmisión mortis causa y la responsabilidad del heredero, p. 79; MOLINARIO, La separación de los patrimonios, n° 1, notas 8 y 21; ELGUERA, La continuidad de la persona del causante, Anales de la Facultad de Derecho de la Plata, t. 9, 1940, p. 527 y sigs.; LEGÓN, Impugnaciones y retoques al proyecto de la Comisión Reformadora, p. 217 y sigs.

(nota 20) FORNIELES, Sucesiones, t. 1, p. 56.

(nota 21) JENKS, Digest, arts. 2161 y sigs.; LEHR, Elements de droit civil anglais, t. 2, p. 339 y sigs.; FERRER, La responsabilidad del heredero, J.A. 1984-II, p. 726; y particularmente, la excelente obra de PETITJEAN, Fondements et mécanisme de la transmission successorale en droit français et en droit anglais, París, 1959.

(nota 22) Véase EL RIDI, Effets de la separation de patrimoine, p. 200.

(nota 23) Véase los autores citados en la nota 19; en igual sentido se expidieron el 1° y 2° Congreso Nacional de Derecho Civil realizados en Córdoba en 1928 y 1937.

1119/10050

§ 2.— El sucesor

1119/15

15. CONCEPTO Y CLASES.— De una manera general, podemos afirmar que en nuestro derecho hay dos clases de sucesores mortis causa: los herederos y los legatarios. Los primeros son sucesores universales, continúan, según el concepto romano, la persona del causante, tienen derecho de acrecer eventualmente, responden ultra vires. Los legatarios, en cambio, son sucesores singulares, no confunden su patrimonio con el del causante ni continúan su persona, su responsabilidad por las deudas de aquél se limita al valor de la cosa

legada. Más adelante ahondaremos estos conceptos. Basta por ahora con lo dicho, para configurar a unos y otros.

Queda por último considerar una última clase de sucesor, el legatario de parte alícuota, quien recibe una parte proporcional de los bienes sin especificación de cuáles le corresponden; por ejemplo, un quinto, un tercio de la herencia. La naturaleza jurídica de este sucesor ha suscitado largas discusiones, que examinaremos en el número 17.

1119/16

16.— La terminología de nuestro Código sigue la tradición romana, que llama heredero tanto al legítimo como al testamentario. VÉLEZ se apartó, por tanto, del Código Napoleón, para el cual no existe otro heredero propiamente dicho que el que recibe su título de la relación de parentesco con el difunto. Esta concepción tiene su raíz en el régimen feudal. El heredero era el sucesor, no solamente de los bienes, sino también en el poder político, en la soberanía. Tales prerrogativas estaban esencialmente vinculadas a la continuidad del régimen político del medioevo, de modo que el heredero no podía resultar de la libre elección del testador, sino que era el indicado por las costumbres, vale decir, un heredero natural, aquel que recibía la sangre del difunto: *Deus solus heredes facit* (ver nota 1). En el derecho francés, hay pues cuatro clases de sucesores *mortis causa*: a) el heredero propiamente dicho; b) el legatario universal, a quien se dan todos los bienes o una porción de ellos en forma solidaria (o sea nuestro heredero testamentario); c) el legatario a título universal, a quien se da parte de los bienes, pero sin solidaridad (nuestro legatario de parte alícuota); d) el legatario a título singular (arts. 1003 y sigs.).

En todas las legislaciones modernas, la designación de heredero se aplica tanto al legítimo como al instituido por testamento (C. alemán, arts. 2087 y sigs.; suizo, art. 487; italiano, arts. 587 y sigs.; mexicano, arts. 1378 y sigs.; peruano, arts. 734 y sigs.; brasileño, art. 1664; venezolano, arts. 895 y sigs.; español, arts. 763 y sigs.; etc.).

1119/17

17. EL LEGATARIO DE PARTE ALÍCUOTA.— Según ya lo dijimos, el legatario de parte alícuota es aquel que recibe, no un bien determinado, sino una parte proporcional de la herencia. ¿Estamos en presencia de un sucesor a título universal o singular? Es ésta una cuestión que ha dado lugar a una larga controversia doctrinaria. Pero antes de examinar las distintas opiniones, conviene precisar un concepto: cualquiera sea la solución que se acepte, es indiscutible que el legatario de cuota no es un heredero. Este tiene vocación para recibir toda la herencia. Claro que si hay varios herederos, cada uno recibirá la porción que por ley o por voluntad del testador le corresponda; hasta puede ocurrir que esas partes sean iguales o aun menores que las del legatario (como ocurriría en el caso de que una persona dejara seis hijos y legara el quinto de su herencia a un extraño). Pero mientras el heredero tiene un derecho eventual a la totalidad (así ocurriría si los otros fueran excluidos, desaparecieran o renunciaran), el legatario no puede aspirar más que a la porción que se le ha asignado, que significa su máxima posibilidad. Por eso, FORNIELES, con expresión feliz ha dicho que “la parte del heredero contiene el todo en potencia” (ver nota 2), carácter del que no participa la del legatario.

Veamos ahora las distintas opiniones sostenidas sobre el punto:

a) Según una primera tesis, el legatario de parte alícuota no es un sucesor universal. En favor de ella se aducen las siguientes razones: 1) Nuestro Código ha adoptado el sistema romano de la sucesión en la persona; cuando se habla de sucesor universal, se alude, pues, a la

universalidad patrimonial, a esa que corresponde al heredero por la confusión de su personalidad con la del difunto; de ahí que, si hay dos herederos y uno de ellos se muere, el otro obtiene la herencia, porque siendo una misma su persona y la del difunto, todo lo que integraba el patrimonio de éste pasa a ser el suyo. Es la persona del difunto la que obra como fuerza de unificación. Cuando son muchos los herederos, todos tienen los derechos del autor de una manera indivisible (art. 3416 Ver Texto). Luego, sólo el heredero puede llamarse propietario de la herencia, pero nunca el titular de un legado de cuota. 2) El legatario de cuota no responde ultra vires, lo que constituye una característica de la sucesión universal. 3) Las notas de los artículos 3719 Ver Texto y 3812 Ver Texto son un fuerte apoyo para este punto de vista, pues en ellas se afirma que el legado de cuota no constituye un título universal. 4) La definición del artículo 3263 Ver Texto , que incluye entre los sucesores universales a quienes reciben una parte alícuota del patrimonio de otra persona, alude, no a la parte del legatario de cuota, sino a la del heredero (ver nota 3).

b) De acuerdo con una segunda opinión, estos legatarios serían sucesores universales: 1) Ante todo, está el texto expresado en el artículo 3263 Ver Texto , que dice: “El sucesor universal es aquel a quien pasa todo o una parte alícuota del patrimonio de otra persona”. 2) Está fuera de duda que el legatario de parte no es heredero (art. 3719 Ver Texto), y que, por tanto, no tiene derecho de acrecer, ni responde ultra vires; pero es que en nuestro Código, sucesor y heredero no son sinónimos. La prueba está, no sólo en el artículo 3263 Ver Texto , ya citado, que incluye en el concepto de sucesor universal a los legatarios de cuota, sino también en los artículos 1099 y 1195, que hablan de herederos y sucesores universales, significando así que no se trata de conceptos perfectamente sinónimos. En otras palabras, sucesores universales sería el género; herederos y legatarios de cuota, la especie. 3) DEMOLOMBE hace un argumento que dentro de la lógica de la teoría de la continuación de la persona parece irrefutable: los legatarios de cuota (a título universal, según la terminología francesa) suceden en una porción del patrimonio; y siendo aquél un atributo de la personalidad, debe admitirse que suceden en una porción de la personalidad, sin que interese que en un caso la sucesión se produzca por mandato de la ley y en otro por voluntad del testador (ver nota 4). Hay, pues, sucesión en la persona, a título universal.

c) LAFAILLE sostiene un punto de vista intermedio. Afirma que no puede considerarse al legatario de cuota sucesor universal porque éste, dentro de nuestra ley, continúa la persona del causante y tiene vocación sobre la totalidad de los bienes. Pero en la práctica, la situación de este legatario es más vecina a la del heredero que a la del legatario de cosa determinada, puesto que responde de las obligaciones en proporción a lo que recibiere (art. 3499 Ver Texto); que debe reconocérsele el derecho a recibir los frutos de su parte y, por tanto, a ser considerado como copropietario de la herencia desde el momento del fallecimiento; y que tiene injerencia en el trámite sucesorio. En suma, se trata de una categoría intermedia que tiende a confundirse con la del heredero, a medida que en el derecho moderno va imponiéndose el concepto de sucesión en los bienes y de suprimir la responsabilidad ultra vires (ver nota 5).

d) Por nuestra parte, consideramos que, en el plano legal, la conciliación de las opiniones es imposible, porque los textos dan apoyo a todas. Felizmente, el acuerdo se ha producido en el plano de las soluciones prácticas. Así, hay coincidencia general en que el legatario de cuota no responde ultra vires (véase nº 1394); que le corresponden los frutos y productos en proporción de su parte (nº 1390); que tiene derecho a intervenir en el trámite sucesorio. Hay también coincidencia en que el legatario de cuota carece de vocación al todo de la herencia. Llamarlo sucesor universal depende del valor que se dé a las palabras. Si esa expresión es tomada como sinónimo de heredero, indiscutiblemente no lo es; pero no cabe duda de que el artículo 3263 Ver Texto brinda un poderoso apoyo a quienes sostienen la opinión contraria y

que la distinción entre heredero propiamente dicho y sucesor universal cuenta además con textos tan significativos como los artículos 1099 Ver Texto y 1195 Ver Texto .

De cualquier modo, es evidente que el sistema legal resulta confuso e insatisfactorio; no se advierten razones para no considerar al legatario de parte alícuota como heredero. Es la solución que propugna el artículo 2066 del Proyecto de 1936, según el cual la atribución de una cuota de los bienes a favor de una o varias personas se juzga a título universal e importa instituir heredero.

1119/18

18.— Veamos ahora la jurisprudencia. La falta de claridad en el sistema del Código, ha repercutido naturalmente en ella, dando lugar a fallos contradictorios.

a) En la primera época, siguiendo la definición del artículo 3263 Ver Texto , se asimiló al legatario de parte alícuota con el sucesor universal. Así lo resolvieron la antigua Cámara Civil de la Capital y la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (ver nota 6).

b) En 1912, la Cámara Civil 1ª de la Capital modificó la jurisprudencia hasta entonces imperante, negándosele carácter de sucesor universal y sosteniendo que no es heredero ni tiene la posesión de la herencia, ni el condominio, y que sólo puede pedir la entrega de la porción que le corresponde después de hecha la liquidación (ver nota 7)

Esta es la tendencia que en definitiva ha prevalecido en la jurisprudencia (ver nota 8). No obstante ella, se ha admitido cada vez con mayor extensión el derecho del legatario de cuota a intervenir en el juicio sucesorio, en el que se reconoce carácter de parte y en el cual puede actuar en paridad con los herederos en cuanto se refiere a la administración y custodia del caudal, inclusive en la designación del administrador (ver nota 9).

(nota 1) SALEILLES, De la responsabilité de l'héritier, quant aux dettes de la succession dans l'histoire du droit français, Bulletin de la société d'études législatives, París, 1910, p. 324 y sigs.

(nota 2) FORNIELES, t. 1, n° 22.

(nota 3) Sostienen este tesis: FORNIELES, Sucesiones, t. 1, núms. 23 y sigs.; MACHADO, t. 8, p. 261, nota; PASCUAL, nota en J.A., t. 13, sec. doct, p. 26; ANASTASI, nota en J.A., t. 2, p. 906. En el derecho francés, AUBRY y RAU, t. 6, § 582.

(nota 4) DEMOLOMBE, t. 17, n° 38. En nuestro país, sostienen este punto de vista: RAYCES, A., Legado de la universalidad de los bienes con asignación de partes, Rev. Jurídica y de C. Sociales, Año 34, p. 598 y J.A., t. 25, p. 1276; id., Rev. Facultad de Derecho de Buenos Aires, t. 7, n° 22, p. 41; SEGOVIA, t. 2, nota al art. 3265, y nota 126 al art. 3501; RÉBORA, Sucesiones, t. 1, p. 8, nota 13; RÉBORA y GRÜNBERG, Cinco estudios de derecho sucesorio, Buenos Aires, 1930, p. 21 y sigs.; DE GÁSPERI, Tratado de derecho hereditario, t. 4, n° 587; FASSI, Tratado de los testamentos, t. I, n° 752; ZANNONI, Sucesiones, t. I, n° 50. En la doctrina francesa, comparten esta opinión, respecto del legatario a título universal: PLANIOL-RIPERT, ed. La Habana, t. 4, núms. 189 y 190, que como DEMOLOMBE, juzgan que incluso la responsabilidad se extiende ultra vires; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 9ª ed., t. 3, n° 1831; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1495. En los dos tratados citados en último término, si bien se acepta la jurisprudencia de los tribunales de aquel país, que limita la responsabilidad al monto de los bienes, dicen que estos legatarios ocupan el lugar del causante (loco heredis).

(nota 5) LAFAILLE, Sucesiones, t. 1, núms. 20 y 21.

(nota 6) Fallos, serie 2, t. 2, p. 241.

(nota 7) Puede verse un resumen de esta sentencia, así como la dictada poco después in re “Cobo, Juan”, en J.A., t. 1, p. 866.

(nota 8) C. Civil 1ª Cap., 26/4/1939, J.A., t. 66, p. 155; C. Civil 2º Cap., 21/12/1925, J.A., t. 18, p. 1110; id., 19/10/1943, J.A., 1943-IV, p. 228; id., 14/10/1949, L.L., t. 57 y J.A., 1950-II, p. 77; Sup. Corte de Buenos Aires, 15/10/1918, J.A., t. 2, p. 666.

(nota 9) Véase la jurisprudencia sobre todo lo atinente a la intervención del legatario de cuota en el juicio sucesorio en el n° 1398.

1119/10060

§ 3.— Contenido de la sucesión (ver nota 1)

1119/19

19. REGLAS GENERALES.— No todo el vasto complejo de derechos de que una persona es titular pasa a sus herederos con la muerte. Muchos son los que se extinguen con ella. Nuestro Código los llama derechos u obligaciones inherentes a la persona (art. 498 Ver Texto).

Como regla general, puede afirmarse que los derechos patrimoniales se transmiten a los herederos y que, por el contrario, los extrapatrimoniales se extinguen con la muerte. Estas reglas, sin embargo, no son absolutas y admiten numerosas excepciones.

1119/20

20. DERECHOS EXTRAPATRIMONIALES; PRINCIPIO Y EXCEPCIONES.— Hemos dicho ya que, por regla general, estos derechos pasan a los sucesores:

a) En este supuesto se encuentran, ante todo, los llamados derechos de la personalidad; el derecho a la vida, al honor, a la libertad, etcétera (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, 2ª ed., t. 1, núms. 309 y sigs.). Se trata de atributos de la persona, cuya transmisión resulta inconcebible. Pero las consecuencias patrimoniales derivadas de una lesión de esos derechos, en otras palabras, la acción de daños y perjuicios, se transmite a los herederos del damnificado, trátase de delitos o cuasidelitos (arts. 1099 Ver Texto y 1110 Ver Texto , Cód. Civil); en cuanto al agravio moral, la acción sólo puede ser ejercida por el damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos (art. 1078 Ver Texto , 2º párrafo, ref. por ley 17711). Sin embargo, aunque la ley sienta el principio de que la acción por daño moral sólo puede ser ejercida por el damnificado, se ha resuelto, con razón, que si éste la hubiere iniciado, pueden proseguirla sus herederos (ver nota 2). La razón es simple: está bien que la ley reserve al damnificado el derecho de reclamar el daño moral, pues si él mismo no se siente dañado, nadie puede hacerlo en su nombre; pero si él la hubiere iniciado quiere decir que se siente damnificado. La obligación de reparar el daño material se transmite a los herederos del autor del hecho (art. 1098 Ver Texto).

La acción penal por calumnias e injurias puede ser ejercida después de la muerte del ofendido, por el cónyuge, hijos, nietos o padres sobrevivientes (art. 75 Ver Texto , Cód. Penal); pero el derecho a ejercerla se les atribuye no en el carácter de herederos, sino de parientes inmediatos de la víctima y aunque no lo sucedan.

1119/21

21.— b) Se extinguen asimismo los derechos de familia y las consiguientes obligaciones, tales como los que nacen del matrimonio, de la patria potestad, tutela, curatela, etcétera.

También las acciones de estado son en principio intransmisibles, pero las excepciones son numerosas (arts. 258, 259, 260; art. 4º , ley 14367). Es verdad que aun en estas hipótesis algunos autores sostienen que, propiamente hablando, no hay transmisión mortis causa, sino que en caso de fallecimiento la ley reconoce la acción a otros titulares que la promueven originariamente y por sí (ver nota 3); pero esta opinión no parece sostenible, por lo menos en nuestro derecho. El Código reconoce la acción a los herederos; éstos pueden ejercerla únicamente en caso de muerte del titular originario y siempre que él no hubiera perdido el derecho de hacerlo o no fuera vencido en el juicio. Todo ello demuestra que se trata de una auténtica transmisión mortis causa y que los herederos proceden como sucesores y no a título propio. Para el estudio de estos delicados problemas, remitimos a nuestro Tratado de Derecho Civil, Familia (ver nota 4).

1119/22

22.— c) Tampoco pasan a los herederos los derechos políticos, tales como el de ser elector y elegido, los emergentes de la nacionalidad, etcétera; ni la calidad de miembro de una asociación civil (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 1, nº 651); ni el nombre, pues si bien se transmite a los hijos de acuerdo con las reglas examinadas en otro lugar (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 1, núms. 321 y sigs.), no se trata de una sucesión mortis causa; en cambio el nombre comercial, en cuanto valor patrimonial, integra la herencia (ver nota 5).

1119/23

23.— d) Tampoco se transmite el domicilio, salvo que sea contractual, en cuyo caso los herederos están sujetos a todas las consecuencias derivadas de él (ver nota 6). La jurisprudencia que así lo declara es plausible en cuanto se refiere al efecto principal del domicilio contractual, que es la prórroga de la jurisdicción; pero es inadmisibles en cuanto permite que las notificaciones a los herederos se hagan también en él, pues es evidente que ello los expone a una completa indefensión (sobre este punto, Tratado de Derecho Civil, Parte General, 2ª ed., t. 1, núms. 404 y sigs.).

1119/24

24.— e) No hay transmisión hereditaria de derechos sobre el cadáver; las facultades que se reconocen a los parientes inmediatos: cónyuges, hijos, padres, hermanos e incluso al heredero instituido para adoptar disposiciones relativas al descanso de los restos, es a título originario y con absoluta prescindencia de la transmisión sucesoria (ver nota 7).

1119/25

25. DERECHOS PATRIMONIALES; PRINCIPIO Y EXCEPCIONES.— En principio, todos los derechos y obligaciones de carácter patrimonial se transmiten mortis causa (arts.

3279 Ver Texto , 3417 Ver Texto y 1195 Ver Texto , Cód. Civil). La intransmisibilidad debe fundarse en una disposición legal, en la voluntad de las partes o en la naturaleza misma del derecho (art. 1195 Ver Texto).

1119/26

26. a) Intransmisibilidad por disposición legal.— A veces la ley establece expresamente la intransmisibilidad, fundada en distintas razones: 1) Algunos derechos reales no podrían transmitirse a los herederos sin provocar un desmembramiento perpetuo de la propiedad, lo que contraría el ordenamiento legal argentino sobre este derecho; por tal motivo se extinguen con el titular el usufructo (art. 2920 Ver Texto , Cód. Civil), el uso y la habitación (art. 2969 Ver Texto , Cód. Civil). 2) Algunos beneficios emanados de leyes sociales, pues la transmisión a los herederos desvirtuaría el propósito de previsión estrictamente personal que los inspira; tal es el caso de las jubilaciones y pensiones. Es verdad que, al fallecimiento del jubilado, las leyes reconocen una pensión a la cónyuge y los hijos menores o hijas solteras; pero estos derechos no se reciben en su calidad de herederos, sino a título originario. Igual solución se aplica a las pensiones, seguros o subsidios que suelen pagar las mutualidades a sus socios y a los miembros de su familia (ver nota 8). Nada de esto forma parte de la masa hereditaria. Lo mismo puede decirse de los alimentos (art. 374 Ver Texto). En cuanto a la intransmisibilidad de la obligación alimentaria establecida por el artículo 374 Ver Texto , Código Civil, sólo sufre la excepción prevista en el artículo 208 Ver Texto , Código Civil (ver nota 9). 3) En otras hipótesis, la intransmisibilidad dispuesta por la ley responde a distintos motivos: así, no pasan a los herederos los derechos emanados del mandato (art. 1963 Ver Texto , inc. 3º, Cód. Civil), los derechos de socio, salvo estipulación en contrario (arts. 1670 Ver Texto y 1671, Cód. Civil), el derecho de preferencia en la compraventa (art. 1396 Ver Texto , Cód. Civil), el derecho de renta vitalicia (art. 2083 Ver Texto), la acción por reparación del agravio moral, salvo que ya la hubiera iniciado el causante (art. 1099 Ver Texto , Cód. Civil; véase nº 20), el derecho de reversión de la donación (art. 1842 Ver Texto , Cód. Civil).

1119/27

27. b) Intransmisibilidad por voluntad de las partes.— A veces las partes disponen en sus contratos que los derechos u obligaciones nacidos de ellos se extinguen con la muerte; tal es el caso de una pensión vitalicia, un comodato, etcétera. En otros casos no hay propiamente extinción, sino que el causante puede designar otros beneficiarios distintos de sus herederos legales: tal es el caso del seguro de vida.

1119/28

28. c) Intransmisibilidad por la naturaleza del derecho.— A veces la intransmisibilidad deriva de la circunstancia de que, al contratar, se han tenido principalmente en consideración aptitudes o cualidades propias de la persona del contratante. En estos contratos intuitae personae la sucesión no se concibe. Tal sería la obligación de un pintor de hacer un retrato, la de un médico de prestar su asistencia profesional; y de una manera general, todos los contratos de locación de servicios y de obra. Empero, nuestro Código, luego de sentar el principio de la resolución del contrato de locación de obra por fallecimiento del empresario (art. 1640 Ver Texto), establece que los herederos podrán continuar la obra cuando ésta no exigiese en el empresario cualidades especiales (art. 1641 Ver Texto).

1119/29

29.— Tampoco se transmiten las multas impuestas al causante en carácter de condena criminal, puesto que la muerte del delincuente extingue la pena. Pero la obligación de reparar los daños y perjuicios ocasionados por el delito pasa a los sucesores (ver nota 10).

1119/30

30.— Los derechos de autor se transmiten a los herederos, pero el contenido patrimonial es distinto, pues mientras el autor los goza de por vida, los herederos los tienen sólo por 30 años (art. 5º Ver Texto , ley 11723).

En cambio, el derecho moral de autor es en principio intransmisible, puesto que no es de naturaleza patrimonial (ver nota 11). Empero, deben reconocerse a los herederos algunas de las facultades propias de ese derecho, tal como la de oponerse a toda modificación o deformación de los originales, si ella puede traducirse en una consecuencia patrimonial (ver nota 12). Es plausible la solución de la ley italiana de 1941, que reconoce el derecho de hacer respetar la integridad de la obra, haya o no consecuencias patrimoniales, al cónyuge, padres, descendientes y hermanos (art. 23), con independencia de su vocación sucesoria. Hay pues, más bien, un propósito de defender la personalidad del difunto a través de su obra, que la de proteger los intereses de los herederos.

1119/31

31.— ¿Son transmisibles por herencia las cartas misivas? Ninguna duda cabe acerca de la respuesta afirmativa. Lo que se discute es quién es el titular del derecho de propiedad, si el remitente o el destinatario. La dificultad del tema y la confusión de ideas reinantes deriva, a nuestro entender, de no haberse distinguido con claridad tres problemas independientes: 1) a quién pertenece la propiedad de las cartas; 2) quiénes tienen derecho a valerse de ellas como medios de prueba; 3) quiénes tienen derechos intelectuales sobre ellas (ver nota 13).

El problema de quién tiene derecho a exhibirlas no se vincula exclusivamente con la propiedad o tenencia, sino también con el principio de inviolabilidad de la correspondencia epistolar (art. 29 Ver Texto , Const. Nac.). Hemos tratado el problema en otro lugar (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 955 y sigs.). En cuanto a la propiedad de esa cosa mueble que es la misiva, ninguna duda cabe de que pertenece al poseedor de buena fe (art. 2412 Ver Texto , Cód. Civil) que es el destinatario (ver nota 14), quien puede, por consiguiente, transmitirla a sus herederos. En tanto la carta no haya llegado a destino, pertenece al remitente, quién está facultado a retirarla de la oficina de Correos (ver nota 15).

Si los herederos son varios, como se trata de una cosa indivisible, la adjudicación se hará de acuerdo con las reglas propias de esta especie de cosas, pero si es una misiva confidencial y el remitente fuera al mismo tiempo heredero, consideramos que debe adjudicarse a éste. Así lo ha resuelto, con buen criterio, la jurisprudencia francesa (ver nota 16).

En cuanto a los derechos intelectuales del autor, pertenecen exclusivamente al remitente, y a su muerte, a sus herederos.

1119/32

32.— Los derechos sobre los sepulcros se transmiten también *mortis causa*. La debatida cuestión sobre su naturaleza es materia del curso de derechos reales. Pero sea que se trate de un dominio imperfecto, de una concesión, de un arrendamiento, de una fundación, etcétera, lo cierto es que los derechos del causahabiente pasan a sus sucesores (ver nota 17).

1119/11660

32 bis.— Los recuerdos de familia presentan problemas delicados. Tales son los retratos, manuscritos, condecoraciones, diplomas, etcétera. Se trata de bienes de valor económico insignificante si se lo compara con su interés afectivo o sentimental; por ello mismo se admite que su transmisión mortis causa no se regula por las reglas ordinarias de la partición y que el juez debe atribuir su posesión al heredero más calificado para tenerla (ver nota 18). Muy comúnmente será el cónyuge supérstite (ver nota 19); si los recuerdos son numerosos, podrá disponerse una equitativa repartición entre los herederos.

Pero si el recuerdo de familia tuviera un valor económico importante (por ej., el retrato pintado por un maestro), deben seguirse las reglas ordinarias de la transmisión sucesoria y de la partición (ver nota 20).

1119/33

33.— Los derechos y las obligaciones que nacen del contrato de locación pasan a los herederos del locador y locatario (art. 1496 Ver Texto). Pero en lo que atañe a los herederos del locatario, esta norma ha sido objeto de una revolucionaria reforma por la ley 23091 , sobre locaciones urbanas, la que dispone que el arrendamiento podrá ser continuado en las condiciones pactadas por quienes acrediten haber convivido y recibido del locatario ostensible trato familiar. De tal modo que no es la calidad de los herederos la que permite continuar la locación, sino la de haber convivido con el locatario, que puede ser o no heredero, como ocurre en el caso de la concubina.

Cuando se trata de contratos ya vencidos, la aplicación de estas normas legales no da lugar a ninguna dificultad: los herederos o convivientes carecen de derecho a la locación. Pero cuando se trata de contratos aún no vencidos, los problemas son numerosos: a) ante todo, si concurren herederos que no viven con el causante, con personas que han convivido con él, éstas deben ser preferidas en la vivienda; es decir, en este caso la locación no se transmite a los herederos; b) si no hay convivientes, el heredero tiene derecho a continuar la locación; así lo ha declarado la Cámara Civil de la Capital, aplicando el artículo 1946 Ver Texto , Código Civil (ver nota 21). Cabe preguntarse, sin embargo, qué solución cuadra si los herederos son varios y no se avienen a vivir juntos. Creemos que, en tal caso, el propietario tiene derecho a dar por terminada la locación, desde que ninguno de los herederos podría alegar un derecho preferencial y no hay otro modo de resolver su conflicto de intereses.

1119/34

34.— Finalmente, cabe considerar algunos derechos, que aunque nacidos con ocasión de la muerte de una persona, no forman parte de su sucesión, porque sus beneficiarios los reciben a título propio, no como herederos. Tal es el caso de: a) las pensiones establecidas en las leyes sociales, o las pensiones y subsidios otorgados por sociedades mutuales, a que ya nos hemos referido (nº 26); b) los seguros de vida, porque en tal caso las sumas cobradas salen del patrimonio del asegurador (ley 3942); c) la indemnización cobrada por los parientes de una persona fallecida, a raíz de un hecho ilícito, cuando la acción se funda en el perjuicio personal sufrido por los actores con motivo del fallecimiento; d) el derecho a la locación por fallecimiento del inquilino, punto ya tratado en el número anterior; e) el derecho de habitación del cónyuge supérstite, consagrado por la ley 20978 .

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: RÉBORA, Sucesiones, t. 1, n° 3; MAFFÍA, Sucesiones, t. I, núms. 91 y sigs.; ZANNONI, Sucesiones, t. I, p. 107 y sigs.; ARÁUZ CASTEX y LLAMBÍAS, Derecho Civil, Parte General, t. 1, núms. 686 y sigs.; DE GÁSPERI, Tratado de derecho hereditario, t.1, núms. 6 y sigs.; KIPP, Sucesiones, t. 1, p. 3 y sigs.

(nota 2) C. Civil Cap. en pleno, 7/3/77, L.L. 1977-B, p. 84; Sup. Corte Buenos Aires, en D.J.B.A., t. 94, p. 121; de acuerdo, MAFFÍA, t. I, n° 100.

(nota 3) BUSSO, t. 2, coment. art. 262, n° 37; DÍAZ DE GUIJARRO, Tratado de Familia t. 1, n° 339; CICU, La filiación, p. 161.

(nota 4) Sobre la acción de impugnación de la paternidad, t. 2, núms. 644 y sigs.; sobre la de reclamación de la filiación, t. 2, núms. 661 y sigs.; sobre la de impugnación del reconocimiento, núms. 707 y sigs.; sobre la de reclamación de la filiación extramatrimonial, t. 2, núms. 746 y sigs. Respecto de si los herederos pueden continuar la acción de divorcio iniciada por el cónyuge, véase Tratado de Familia, t. 1, n° 532.

(nota 5) PUIG BRUTAU, Fundamentos de derecho civil, t. 5, vol. 1, p. 52.

(nota 6) C. Civil 1ª Cap. 30/10/1940, G. F., 151, p. 199; id., 11/9/1940, L.L., t 20, p. 238; C. Civil, 2º Cap., 13/5/1925, G. F., t. 56, p. 249; PÉREZ LASALA, t. I, n° 137.

(nota 7) KIPP, Sucesiones, t. 1, p. 3. Sobre la validez de ciertas disposiciones de última voluntad relativas al cadáver, véase Tratado de Parte General, 2ª ed., n° 864, e); MAZEAUD, Los contratos sobre el cuerpo humano, Anuario de Derecho Civil de Madrid, en.-mar., 1953, p. 85 y sigs.; BORRELL MACIÁ, La persona humana, n° 56.

(nota 8) C. Civil 1ª Cap., 3/9/1934, J.A., t. 47, p. 845; id., 15/6/1928, J.A., t. 27, p. 947; FORNIELES, t. 1, n° 228; c); LAFAILLE, H., t. 1, n° 412; RAYCES, nota en J.A., t. 43, p. 37.

(nota 9) Sobre los problemas que origina esta disposición, véase nuestro Tratado de Derecho Civil, Familia, 9ª ed., núms. 1237-3 y sigs.

(nota 10) CHABOT, t. II, art. 873, n° 23; MASSÉ y VERGÉ en ZACHARIAE, t. 2, n° 384, p. 327, nota 2.

(nota 11) De acuerdo: MOUCHET y RADAELLI, Derechos intelectuales, t. 2, p. 66; DE GÁSPERI, Sucesiones, t. 1, n° 7; LAFAILLE, Sucesiones, t. 1, n° 53 PLANIOL-RIPERT-PICARD, ed. La Habana, t. 3, n° 575.

(nota 12) MOUCHET y RADAELLI, op. y loc. cit. en nota anterior.

(nota 13) Véase sobre este punto: COLOMBO, Comentarios sobre las cartas misivas, L.L., t. 57, p. 799; PARRY, Cartas misivas, J.A., t. 1, n° 781; GÈNY, Des lettres missives, Montpellier, 1912; PLANIOL-RIPERT-PICARD, ed. La Habana, t. 3, núms. 580 y sigs.

(nota 14) De acuerdo: BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, Obligations, t. 4, n° 2460; HUC, t. 8, n° 256 bis; VALÉRY, Des lettres missives, p. 97 y sigs.

(nota 15) PLANIOL-RIPERT-PICARD, ed. La Habana, t. 3, n° 582.

(nota 16) Cit. por DE GÁSPERI, Sucesiones, t. 1, nº 8.

(nota 17) Véase, especialmente, el Plenario de la C. Civil Cap., 21/8/1942, L.L., t. 27, p. 657.

(nota 18) SOUM, La transmission de la succession testamentarie, nº 92; BORRICAND, Effets du mariage après sa dissolution, núms. 60 y 61.

(nota 19) SOUM y BORRICAND, loc. cit. en nota anterior.

(nota 20) SOUM, nº 91.

(nota 21) C. Civil Cap., Sala B, 13/10/1955, L.L., t. 81, p. 583.

1119/10070

§ 4.— Transmisión hereditaria

1119/10080

A.— MOMENTO EN QUE SE OPERA

1119/35

35. DERECHO ROMANO.— En Roma era necesario distinguir dos situaciones distintas: por un lado, la de los herederos necesarios (ya fueran herederos sui et necessarii, como los hijos de familia, o simplemente necessarii como los esclavos manumitidos por testamento y al propio tiempo instituidos herederos), en cuyo caso la transmisión operaba ipso jure en el momento de la muerte, aun sin su conocimiento y contra su voluntad; y la de los demás herederos (heredes extranei vel voluntarii) en cuyo caso la transmisión se operaba recién cuando ellos aceptaban la herencia; y es importante destacar que, en esta última hipótesis, contrariamente a lo que ocurre en el derecho moderno, el heredero del causante que fallece antes de aceptar la herencia, no transmite su derecho a los propios herederos (ver nota 1). Más tarde, sin embargo, las excepciones a este principio sobrevinieron en tales proporciones, que la regla quedó prácticamente eliminada (ver nota 2).

Durante el período que media entre la apertura de la sucesión y su adquisición por el titular, la herencia forma un conjunto de bienes sin dueño, la llamada herencia yacente. Desde los primeros tiempos se la consideró como res nullius; de ahí que los extraños pudieran ocuparla y, por ese hecho, hacerse dueños de ella mediante la usucapión: es la pro herede usucapio que, según CAYO, tenía por objeto constreñir a los herederos a aceptarla (ver nota 3). Desde la época justiniana, es considerada como una persona jurídica con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones (ver nota 4).

La herencia deja de ser yacente cuando tiene lugar la aceptación por el heredero. Este acto retrotrae las cosas al estado en que se hallaban en el momento de abrirse, de manera que continúa sin interrupción alguna la persona del difunto (ver nota 5).

1119/36

36. SISTEMA DEL CÓDIGO.— Según nuestro Código, la transmisión hereditaria se produce en el instante mismo de la muerte del autor de la sucesión (arts. 3282 Ver Texto y 3415 Ver Texto), aunque el heredero sea incapaz o ignore que la herencia se le ha deferido (art. 3420 Ver Texto). En la nota al artículo 3282 Ver Texto , dice VÉLEZ: “La muerte, la apertura y la transmisión de la herencia, se causan en el mismo instante. No hay entre ellas el menor intervalo de tiempo; son indivisibles”.

¿Cómo se concilia este sistema con la libertad que la ley consagra para aceptar o repudiar la herencia? El artículo 3344 Ver Texto , por ejemplo, dice que ésta queda fija en la persona del aceptante, desde el día de la apertura de la sucesión, pero recién después de la aceptación. No cabe sino concluir que este acto retrotrae las cosas al estado en que se hallaban al morir el causante. Como la ley no quiere que la herencia quede vacante, estatuye que la transmisión se opera en el momento de la muerte; pero como tampoco impone la aceptación, condiciona esa transmisión a que sea aceptada. De donde se concluye que, pese a haberse apartado en esta materia del sistema romano —en el que la transmisión se operaba recién con la aceptación— se ha llegado a soluciones prácticas similares (ver nota 6).

1119/37

37. CASO DE CONMORENCIA.— Puesto que la transmisión hereditaria se opera instantáneamente en el momento de la muerte, interesa sobremanera resolver el problema que se presenta cuando varias personas mueren simultáneamente, sin que sea posible precisar qué deceso se ha producido primero. Hemos estudiado con anterioridad el problema (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 1, núms. 245 y sigs.) y allí nos remitimos. Baste ahora decir que, de acuerdo al artículo 109 Ver Texto , Código Civil, cuando dos o más persona hubiesen fallecido en un desastre común o en cualquier otra circunstancia, de modo que no se pueda saber quién de ellas falleció primero, se presume que fallecieron todas al mismo tiempo, sin que se pueda alegar transmisión de derechos entre ellas.

1119/38

38. AUSENCIA CON PRESUNCIÓN DE FALLECIMIENTO.— En caso de ausencia con presunción de fallecimiento, la transmisión hereditaria se opera el día presuntivo del fallecimiento, que se determina de acuerdo con las normas fijadas por el artículo 27 Ver Texto , ley 14394 (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 1, n° 273). La aludida disposición dice que, cuando fuera posible, la sentencia determinará también la hora presuntiva del fallecimiento, lo que puede tener importancia dado el carácter instantáneo de la transmisión hereditaria. De las tres hipótesis legales de eventos que pueden hacer

presumir la muerte (simple ausencia por más de tres años; falta de noticias de buque o aeronave; incendios, terremotos, acción de guerra u otros sucesos semejantes) solamente en la última, prevista por el inciso 1º del artículo 23 Ver Texto , ley 14394, puede darse la posibilidad de la fijación de la hora.

¿Qué ocurre si, no habiéndose fijado la hora, muere otra persona el mismo día del presunto fallecimiento del ausente? Es ésta una hipótesis de conmorencia, que debe resolverse de acuerdo al artículo 109 Ver Texto , Código Civil (ver nota 7).

1119/39

39.— Sostienen algunos autores que la fijación del día presuntivo del fallecimiento sólo produce efectos en lo que atañe a los derechos adquiridos por el ausente con anterioridad a la última noticia que se tuvo de él; pero que desde el momento de ésta no puede ya adquirir derechos por donación, herencia o legado, porque para ello es condición esencial que el beneficiario viva en el momento en que ha de operarse la transmisión (arts. 1806 Ver Texto y 3743 Ver Texto), condición que debe ser probada por el interesado. Esta es la solución generalmente admitida en el derecho francés y seguida entre nosotros por Bibiloni (nota al art. 158 del Anteproyecto) y por Orgaz (ver nota 8). Por nuestra parte, y de acuerdo con Salvat (ver nota 9), disintimos de esa opinión. La ley fija el día presuntivo del fallecimiento; hasta ese momento presume que la persona está viva. Hay, pues, una presunción legal que hace innecesaria la prueba de la vida; por el contrario, quien sostiene que está muerta, debe probarlo. El Código Civil alemán, consagra la solución que propugnamos (art. 19) y así lo hacía el Esboço de Freitas, fuente de nuestro Código (art. 262 Ver Texto).

1119/10090

B.— EFECTOS

1119/40

40. ENUMERACIÓN.— Del principio de la transmisión instantánea de los bienes, en el momento del fallecimiento del causante, se desprenden los siguientes efectos:

- a) La transmisión se opera aun ignorándolo el heredero o aunque fuere incapaz (art. 3420 Ver Texto).
- b) El heredero que sobrevive un solo instante al difunto transmite la herencia a sus propios herederos, que gozan como él de la facultad de aceptarla o renunciarla (art. 3419 Ver Texto).

c) Desde el momento del fallecimiento se forma la comunidad hereditaria, si hay más de un heredero; todos ellos tienen los derechos del causante, en cuanto a la propiedad y posesión de los bienes (art. 3416 Ver Texto); sólo la partición hará cesar ese estado análogo al condominio.

d) La competencia se rige por el domicilio que tenía el difunto al tiempo de su fallecimiento (art. 3284 Ver Texto) y la capacidad para sucederlo por la ley del domicilio de la persona, también al momento de la muerte (art. 3287 Ver Texto). Ese instante tiene por tanto una importancia fundamental para resolver los conflictos de leyes que puedan presentarse.

e) Los herederos deben responder las demandas que se dirijan contra la sucesión, y no pueden oponer la defensa de falta de acción, aunque se trate de aquellos que, de acuerdo al artículo 3414 Ver Texto , Código Civil, deben pedir la posesión de herencia y no hayan sido aún declarados herederos en la sucesión demandada (ver nota 10).

1119/41

41.— Otra consecuencia de la transmisión en el momento del fallecimiento debería ser que sirviera también para la fijación de los derechos fiscales. Pero las leyes fiscales modernas, incluso las de nuestro país, gradúan el impuesto de acuerdo a lo que corresponde pagar en el momento de exteriorizarse la transmisión (es decir, al iniciarse el juicio sucesorio) y no en el de la transmisión misma. Con ello se obliga a los herederos a mostrarse activos y a no demorar la iniciación de ese juicio en el que media un interés fiscal.

1119/10100

C.— HERENCIA VACANTE

1119/42

42. NATURALEZA DEL DERECHO DEL FISCO.— Cuando una persona fallece sin dejar herederos, o cuando estos renuncian a la herencia, su patrimonio pasa al Fisco. Así lo dispone el artículo 3588 Ver Texto , Código Civil, al estatuir que, a falta de herederos, los bienes del difunto que se encuentren en la República, sean raíces o muebles y sea aquél ciudadano argentino o extranjero, pasarán al Fisco nacional o provincial, según el lugar en que se encuentren. Son éstas las llamadas herencias vacantes.

¿Es heredero el Fisco? En la nota al artículo citado, dice Vélez, siguiendo una opinión que puede considerarse unánime, que no lo es, y que el Fisco adquiere los bienes en virtud del dominio eminente del Estado, a quien pertenecen todas las cosas sin dueño, como en esta hipótesis (art. 2342 Ver Texto , inc. 3º) (ver nota 11). Prueba de ello es que los bienes no se adjudican a un solo Estado (al nacional, por ejemplo), sino a varios, si están situados en más de uno; y también que se excluye completamente al Estado extranjero, no obstante que el

causante estuviera domiciliado en él al tiempo del fallecimiento. Cuando el artículo 3589 Ver Texto impone al Estado la obligación de cumplir las cargas que pesan sobre la herencia, igual que a los demás herederos, no hace sino sancionar un principio de equidad: quien se beneficia con la adquisición de un patrimonio, debe soportar sus cargas (ver nota 12).

(nota 1) BONFANTE, Instituciones de derecho romano, § 191; NAMUR, Cours d'Institutes, t. 2, n° 373.

(nota 2) BONFANTE, op. cit. en nota anterior.

(nota 3) MAYNZ, Cours, t. 3, n° 492.

(nota 4) Puede consultarse sobre este punto el excelente estudio de ELGUERA, La herencia yacente en el derecho romano, Córdoba, 1952.

(nota 5) MAYNZ, Cours, t. 3, n° 493; NAMUR, Cours, t. 2, n° 373; BONFANTE, Instituciones, 189. En contra: ARANGIO RUIZ, p. 630; DERNBURG, Pandette, t. 3.

(nota 6) LAFAILLE, Sucesiones, t. 1, n° 49.

(nota 7) De acuerdo: ORGAZ, Personas individuales, p. 51.

(nota 8) ORGAZ, Personas individuales, p. 71.

(nota 9) SALVAT, Parte General, 6ª ed., n° 1081.

(nota 10) C. Civil 2º Cap., 26/10/1940, L.L., t. 21, p. 48.

(nota 11) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala A, 29/9/1976, E.D., t. 70, p. 304; Sala C, 5/12/1976, L.L., 1978-A, p. 236.

(nota 12) En la jurisprudencia y la doctrina hay acuerdo unánime sobre esta opinión en cuanto a la naturaleza jurídica del derecho del Fisco. C. Civil Cap., Sala A, 29/9/1976, E.D., t. 70, p. 304; Sala C, 5/12/1977, L.L., t. 1978-B, p. 236; Sala D, 14/2/1952, L.L., t. 65, p. 607 (voto del Dr. Sánchez de Bustamante); 1ª Instancia Capital (Dr. Rojas), J.A., 1943-III, p. 680; FORNIELES, Sucesiones, t. 2, núms. 64 y 65; LAFAILLE, Sucesiones, t. 2, n° 143; MACHADO, t. 9, n° 358, texto y nota; PRAYONES, p. 208; LÓPEZ DEL CARRIL, Derecho sucesorio, p. 23.

Sobre la discusión promovida en la doctrina extranjera sobre la naturaleza del derecho del Fisco, véase AUBURTIN, L'Etat héritier, París, 1929; CHEVALIER, L'évolution des droits

de L'Etat dans les successions et la question de l'heritage, París, 1925; MONTIGNY, Les droits de l'Etat en matière successorale, París, 1937; PETITEAU, L'Etat héritier, Besançon, 1929.

1119/10110

§ 5.— La ley que rige el derecho de las sucesiones

1119/43

43. UNIDAD Y PLURALIDAD DE LAS SUCESIONES (ver nota 1).— Una de las cuestiones más debatidas en materia de conflictos de leyes es el viejo problema de la unidad o pluralidad de sucesiones. Estrictamente, esta es una cuestión propia del Derecho Internacional Privado, de modo que nos limitaremos a hacer una breve reseña de la materia, para exponer las soluciones que en definitiva han prevalecido en nuestro derecho.

Dejando de lado la consideración de sistemas que ya han perdido toda vigencia teórica y práctica, puede afirmarse que hoy se disputan el campo dos opiniones encontradas: la que propugna que el derecho de las sucesiones debe estar regido por una sola ley (la del domicilio o la de la nacionalidad del causante) y la que sostiene que debe aplicarse la ley del país en la que están situados los bienes, lo que implica la aplicación de varias leyes en el caso que los bienes estén situados en distintos países.

El primer sistema, llamado de la unidad de las sucesiones, se apoya en los siguientes argumentos: a) lo que se transmite por sucesión es el patrimonio, es decir, un todo ideal de contenido indeterminado; ese patrimonio se encuentra en todas partes y en ninguna, y no podría asignársele, por tanto, un locus rei sitae; b) el fundamento de la transmisión hereditaria es la voluntad del causante, que a veces se manifiesta expresamente (caso de que haya testamento) y otras tácitamente, como ocurre con la sucesión intestada, en cuyo caso la ley dispone el orden hereditario de acuerdo con la voluntad presunta de aquél; no se concibe, por tanto, que el causante tenga diferentes voluntades para distintas partes de sus bienes, como resultaría del sistema de la pluralidad; c) no es exacto, como se pretende, que la soberanía nacional pueda verse afectada por la aplicación de una ley extranjera en lo que atañe al orden sucesorio, aunque se trate de bienes inmuebles; una cosa es el régimen de la propiedad y otra quiénes tienen derecho a ella; que el propietario sea Juan, Pedro o Diego, es cosa que no afecta la soberanía de ningún Estado; d) la unidad implica un solo juicio sucesorio, con todo lo que ello significa como economía de gastos y de tiempo; hasta una razón de orden y buen sentido parece aconsejar esta solución; e) por último, hay una razón que resulta cara a los tratadistas de derecho internacional: el ideal de la comunidad jurídica de las naciones sufre con la negativa a aplicar la ley extranjera en materias en que no se ve afectado el orden público nacional.

1119/44

44.— Por su parte, los sostenedores del sistema de la pluralidad arguyen en su favor: a) la concepción del patrimonio como entidad ideal independiente de los derechos que lo integran

está desprestigiada y, puede decirse, perimida, en el derecho moderno; la idea de sucesión en la persona ha sido reemplazada por la de sucesión en los bienes; es lógico, por tanto, aplicar a éstos la ley del lugar en que están situados; b) igualmente inexacta es la teoría que funda la transmisión hereditaria en la voluntad presunta del testador, como que hay herederos que no pueden ser privados por aquél de la porción que la ley les asigna, salvo que medien causas legales; c) toda ley de sucesión es una ley política que interesa, por tanto, al orden público nacional; un ejemplo lo demuestra con claridad. Supóngase que el Estado en que se domiciliaba el causante, no admita el derecho de sucesión (como ocurrió durante varios años en Rusia), o lo limite de tal modo que el heredero sólo recoja una porción insignificante de la herencia; supóngase, además, que aquella persona haya dejado importantes bienes en nuestro país y que el heredero sea hijo suyo. ¿El Fisco Nacional se apoderará de esos bienes, consumando lo que para nosotros es un despojo? Se dirá que no, porque ello contraría una ley nacional de orden público. Lo que demuestra que el régimen sucesorio es de orden público y que, por tanto, debe aplicarse la ley nacional; d) el derecho del Fisco a las sucesiones vacantes se funda en el dominio eminente del Estado, no obstante lo cual éste podría verse despojado en algunos casos, si las sucesiones se discernieran de acuerdo con la ley personal; e) todo lo que atañe al régimen inmobiliario se vincula estrechamente con los fundamentos mismos de la organización social; de ahí que no pueda admitirse, respecto de ellos, la aplicación de la ley extranjera. Por esto muchas legislaciones, aun aceptando el principio de la unidad, han hecho la excepción de los bienes raíces, que someten a la ley del lugar en que están situados.

1119/45

45. SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL.— El sistema seguido por nuestro Código es confuso. El principio de la unidad ha sido consagrado en el artículo 3283 Ver Texto , que establece que el derecho de sucesión al patrimonio del difunto es regido por el derecho local del domicilio que el difunto tenía a su muerte, sean los sucesores nacionales o extranjeros. Pero, por otra parte, los artículos 10 y 11 y las notas a los artículos 3283 Ver Texto y 3598 Ver Texto contradicen de tal modo la regla, que ésta viene a quedar reducida a bien poca cosa. No es extraño, por tanto, que la cuestión haya dado lugar a un hondo debate en nuestra doctrina, el que aún se mantiene en pie. Los autores han tratado de armonizar los textos — tarea nada sencilla ante la oscuridad y contradicción de ellos— sin lograr un acuerdo. Felizmente esta controversia ha sido superada, en lo fundamental, por la jurisprudencia, que ha brindado una base cierta para la solución de las dificultades propias de esta materia.

Antes de seguir adelante, digamos que el derecho de sucesión a que alude el artículo 3283 Ver Texto , comprende: 1) el orden sucesorio o vocación hereditaria, pero no la capacidad de los herederos, que se rige por la ley del domicilio de éstos (art. 3286 Ver Texto), disposición bastante ilógica, pues lo natural hubiera sido aceptar, también en este caso, la ley que rige toda la sucesión; 2) los derechos y obligaciones de los herederos, vale decir, qué porción reciben y en qué condiciones; 3) el contenido del testamento, su validez o nulidad (art. 3612 Ver Texto).

Ahora bien: ¿cuál es la ley que rige el derecho de sucesión?

1119/46

46.— a) Según una primera doctrina, nuestro Código ha establecido el principio de la unidad de sucesiones, sin otra excepción que el artículo 3470 Ver Texto , que dispone que, en caso de división de una misma sucesión entre herederos extranjeros y argentinos, o extranjeros domiciliados en el Estado, estos tomarán de los bienes situados en la República una porción igual al valor de los bienes situados en país extranjero en los que fueren excluidos por las leyes locales.

Conforme con esta opinión, el artículo 10 Ver Texto del Código Civil no aludiría a las sucesiones. Es verdad que en él se dispone que los bienes raíces situados en la República son exclusivamente regidos por las leyes del país, respecto a su calidad de tales, a los derechos de las partes, a la capacidad para adquirirlos, a los modos de transferirlos y a las solemnidades que deben acompañar esos actos; y que el título a una propiedad raíz sólo puede ser adquirido, transferido o perdido de conformidad con las leyes de la República. Pero esta norma se referiría a las transmisiones ut singuli y no a las universales. Cuando el Código habla de los modos de transferir y de las solemnidades que deben acompañar esos actos, se refiere al sistema de transmisión de la propiedad raíz, que exige la escritura pública y la tradición (ver nota 2) (y a partir de la ley 17711 , el registro). Los artículos 10 Ver Texto y 11 legislarían sobre el régimen de los bienes, pero no lo concerniente a los derechos y capacidad de las partes (ver nota 3).

Este sistema es el que ese conforma con la concepción del patrimonio como universitas juris y como emanación de la personalidad, que ha seguido nuestro Código, particularmente en materia sucesoria; y el sostenido por SAVIGNY, citado al pie de los artículos 10 Ver Texto y 3283 Ver Texto (ver nota 4). Por último no es concebible que Vélez estableciera el principio de la unidad en el artículo 3283 Ver Texto y luego consagrara excepciones tan importantes que, en la práctica, reduzcan su campo de acción a poco menos que nada.

Esta opinión ha sido sostenida por casi todos nuestros tratadistas de derecho internacional (ver nota 5), que ven en ella un paso importante para hacer imperar la idea de la comunidad jurídica de las naciones.

1119/47

47.— b) Según otra opinión, sostenida por los civilistas y que, en definitiva, ha prevalecido en la jurisprudencia, el artículo 3283 Ver Texto establece el principio general de la unidad sobre la base de la ley del domicilio del causante, principio que, sin embargo, está sujeto a distintas excepciones que, apresurémonos a decirlo, por su importancia y extensión, cubren casi completamente la regla. Esas excepciones serían las siguientes:

1) En primer término, los inmuebles. El artículo 10 Ver Texto se refiere indudablemente a la transmisión sucesoria cuando dispone que la *lex rei sitae* rige todos los modos de transferirlos y el título en virtud del cual una propiedad raíz puede ser adquirida, transferida o perdida. Para que no haya duda sobre la *mens legis*, VÉLEZ dice en la nota al artículo 3283 Ver Texto que el principio general según el cual el derecho de las sucesiones se rige por la ley del domicilio del causante, tiene su excepción en lo dispuesto por el artículo 10 Ver Texto respecto de los bienes raíces que forman parte del territorio del Estado y que sólo

pueden ser transferidos de conformidad con las leyes de la República. Además, el artículo 2524 Ver Texto enumera, entre los modos de adquirir la propiedad, la sucesión en los derechos del propietario (inc. 6º); vale decir que éste es uno de los aludidos por el artículo 10 Ver Texto . El heredero es un sucesor en los bienes del causante, y esta sucesión es un título traslativo de dominio, como lo es cualquier otro título ut singuli, tal como la compra, la permuta o la donación. La afirmación de que el artículo 10 Ver Texto se refiere únicamente a las sucesiones a título singular y no universal, es arbitraria y no se adecua, ni a la terminología del Código ni a lo que se desprende de normas expresas y de notas no menos claras.

El argumento basado en las fuentes es de valor bastante pobre, puesto que ellas son contradictorias (ver nota 6) y brindan apoyo a todas las opiniones. Es verdad que en la nota al artículo 10 Ver Texto se cita a SAVIGNY, que sostiene el sistema de la unidad, inclusive en lo que atañe a los inmuebles. Pero también se cita a STORY, que propugna la aplicación de la ley territorial para éstos.

Tampoco tiene mayor importancia el hecho de que el codificador haya seguido la teoría del patrimonio de AUBRY y RAU, justamente porque estos autores, que tanta influencia tuvieron sobre VÉLEZ en este punto, luego de sostener el sistema de la unidad, afirman que debe hacerse una excepción con los inmuebles, que están regidos siempre por la ley territorial (ver nota 7).

En suma, todo lo atinente al derecho sucesorio relativo a bienes inmuebles se rige por la ley local. Así lo ha resuelto la jurisprudencia invariablemente (ver nota 8), con el apoyo de la mayor parte de nuestros civilistas (ver nota 9).

2) La segunda excepción consistiría en los bienes muebles que tienen una situación permanente y que se conservan sin intención de transportarlos, que se rigen también por la ley territorial (art. 11).

FORNIELES, no obstante ser partidario de la pluralidad, piensa que dentro de nuestro sistema legal no es posible aceptar excepción a la regla del artículo 3283 Ver Texto , pues, de lo contrario, ella quedaría desvirtuada totalmente; por lo demás, la distinta redacción de los artículos 10 y 11 autoriza a aplicar diferentes soluciones legales a unos y a otros (ver nota 10). Pero es evidente que si se admite que el derecho sucesorio de los inmuebles se rige por la ley territorial, igual conclusión hay que aceptar respecto de los muebles con situación permanente. El artículo 11 Ver Texto dispone que estos bienes se rigen por la ley del lugar donde están situados; si no se han empleado exactamente los mismo términos del artículo anterior, fue sin duda para evitar una repetición inútil y fatigosa (ver nota 11). A mayor abundamiento, la nota al artículo 3598 Ver Texto , dice: “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 los bienes del difunto”. Verdad es que esta nota, completamente contradictoria con el artículo 3283 Ver Texto , debe ser tomada con sumo cuidado; pero, de todos modos, permite extraer la conclusión de que VÉLEZ no se apejó ciegamente al principio de la unidad, ni siquiera respecto de los bienes muebles.

La jurisprudencia ha hecho netamente esta distinción: los muebles con situación permanente se rigen por la ley territorial; los restantes, por las del domicilio del causante en el momento de su muerte (ver nota 12).

Algunas dificultades se han producido para ubicar ciertas cosas muebles dentro de estas categorías. La principal y más común es la relativa a depósitos bancarios, título y acciones y, en general, las cosas fungibles o consumibles, habiendo predominado el criterio de que no son cosas de situación permanente y que, por lo tanto, se rigen por la ley del domicilio del causante (ver nota 13).

3) La legítima también ha dado lugar a controversias. En los pocos fallos que existen sobre el punto, nuestros tribunales parecen inclinados a la opinión de que ella no puede ser afectada por la aplicación de la ley extranjera, pues la organización de la herencia forzosa es de orden público, rigiéndose en consecuencia por la ley nacional (ver nota 14).

Digamos, desde ya, que la cuestión no tiene mayor importancia práctica. Por lo pronto, si se trata de herederos forzosos argentinos o domiciliados en la Argentina, la defensa de su legítima está contenida en lo dispuesto por el artículo 3470 Ver Texto ; además, la ley nacional se aplica a los inmuebles y a los muebles de situación permanente en el país, y a todas las sucesiones en que haya conflictos de leyes con países signatarios del Tratado de Montevideo (véase nº 48). Por consiguiente, la cuestión de la defensa de la legítima sólo podría presentarse en caso de que se tratara de cosas muebles de situación no permanente, que el conflicto no se refiriese a un país signatario del mencionado tratado y que se tratase de un heredero extranjero no domiciliado en nuestro país. En esta última hipótesis, no vemos qué principio de orden público constitucional (ver nota 15) puede verse afectado por la aplicación de la ley extranjera. Que un extranjero no domiciliado aquí deje de recibir los bienes que por nuestra ley le hubiesen correspondido, no afecta ningún principio básico de nuestra organización. La legítima tiende a proteger la familia argentina, la que está radicada en nuestro medio; pero, si no se trata de ella, no hay ninguna cuestión de orden público constitucional comprometida (ver nota 16).

4) El artículo 3470 Ver Texto contiene otra excepción expresa. Dispone que, en caso de división de una misma sucesión entre herederos extranjeros y argentinos, o extranjeros domiciliados en el país, estos últimos tomarán de los bienes situados en la República una porción igual al valor de los bienes situados en el país extranjero, de que fuesen ellos excluidos por cualquier título que sea, en virtud de leyes o costumbres locales.

5) Por último, entre los países signatarios del Tratado de Montevideo rige el principio de pluralidad de las sucesiones, cualquiera sea la naturaleza de los bienes (véase el número siguiente).

48. TRATADO DE MONTEVIDEO.— El Tratado de 1889, que fuera ratificado por Argentina, Uruguay, Perú, Bolivia y Paraguay, estableció, según ya lo hemos dicho, el sistema de la pluralidad de sucesiones.

La ley de la situación de los bienes rige la capacidad para testar, la de los herederos o legatarios; la validez y efectos del testamento, los títulos y derechos hereditarios y del cónyuge superviviente, la existencia y proporción de las legítimas, la existencia y monto de los bienes reservables y, en suma, todo lo referente a la sucesión legítima o testamentaria (art. 45), inclusive la forma del testamento, si bien se reconoce validez a los que fueran otorgados por acto público en cualquiera de los Estados contratantes (art. 44).

En el segundo Tratado de Montevideo, celebrado en 1940, se introdujeron muy ligeras modificaciones a este régimen rigurosamente pluralista: se dispuso que la capacidad para testar se rige por la ley del domicilio del causante y no por la de la situación de los bienes; y que las formas de los testamentos se rigen por la ley del lugar de su otorgamiento.

1119/49

49. PROYECTOS DE REFORMAS.— En los proyectos de reformas de BIBILONI (arts. 2888 y 2890) y de 1936 (art. 1854) se ha adoptado el principio de la unidad sucesoria sobre la base de la ley del domicilio del causante, con la excepción de los inmuebles situados en el país, cuyo derecho sucesorio se rige por la ley nacional. En cambio, en el Anteproyecto de 1954 se ha seguido el principio de la pluralidad (art. 7°).

1119/50

50. LEGISLACIÓN COMPARADA (ver nota 17).— El sistema de la unidad de sucesiones sobre la base de la ley personal del causante, aplicado rigurosamente, cualquiera sea la naturaleza de los bienes y su situación, es seguido en pocos países. Tal es el caso de Italia (Cód. Civil, art. 23), España (Cód. Civil, art. 10), Japón (Cód. Civil, art. 4°), Alemania (Ley de Introducción al Cód. Civil, arts. 24 y sigs.). En Brasil se sigue la del último domicilio del causante, pero los bienes situados en territorio brasileño se rigen por la ley nacional en beneficio del cónyuge brasileño y de sus hijos, siempre que la ley del domicilio no les sea más favorable (art. 10); en Chile se dejan a salvo los derechos de los herederos o cónyuges chilenos (arts. 997 y 998).

La solución más general es la de admitir como principio la ley personal del causante, con la excepción de los inmuebles que se rigen por la ley local. La siguen el common law (ver nota 18), Francia (ver nota 19), Bélgica (ver nota 20), Holanda (ver nota 21), Austria (ley del 9/8/1854), Grecia (ley 29/10/1856), Costa Rica (arts. 4° y 5°, Cód. Civil), Puerto Rico (art. 10, Cód. Civil), México (art. 14, Cód. Civil), Bolivia, República Dominicana, Haití (ver nota 22), Rusia (ver nota 23).

El sistema de la pluralidad absoluta, vale decir, la aplicación de la *lex rei sitae* a todos los bienes muebles o inmuebles, es seguido por Uruguay (ley 10083 del 3/12/1941) y Venezuela (Cód. Civil, art. 10).

Como puede apreciarse, el sistema rigurosamente unitario está en franca minoría, y aun Italia, que ha sido su más firme sostenedor, ha debido sacrificarlo respecto de los inmuebles en sus convenciones con Rusia (7/3/1924), Turquía (9/11/1919) y Francia (3/6/1930).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la bibliografía nacional que se menciona en las notas siguientes, véase CHAMPCOMUNNALE, La sucesión ab-intestato en el derecho internacional privado, Madrid; ANTONINE, CH., De la succession legitime et testamentaire en droit international privé, París, 1876; D'AUSBURG, Les successions en droit international privé, París, 1912; VALLADÃO, Unidade ou pluralidade da sucessão e do inventario e partilha no direito internacional privado, São Paulo, 1952; DEPETRE, Essair sur le système anglais des conflits des lois en matière de successions, París, 1936; SAVIGNY, Sistema de derecho romano actual, t. 6, núms. 375 y sigs.

(nota 2) ROMERO DEL PRADO, Manual de derecho internacional privado, t. 2, p. 173.

(nota 3) COLMO, voto en minoría en fallo C. Civil Cap., 20/3/1922, J.A., t. 8, p. 127.

(nota 4) SAVIGNY, Sistema de derecho romano actual, Madrid, 1879, t. 6, n° 375.

(nota 5) ROMERO DEL PRADO, Manual de derecho internacional privado, Buenos Aires, 1944, t. 2, p. 171 y sigs.; VICO, Curso de derecho internacional privado, Buenos Aires, 1936, t. 2, n° 227; ZEBALLOS, notas al Manual de Weiss, t. 1, p. 845 y nota en J.A., t. 24, sec. doct., p. 63; LAZCANO, nota en J.A., 1943-III, p. 723; BOMBELLI, A., El derecho internacional privado y el régimen sucesorio en el Código Civil argentino, tesis, Buenos Aires, 1951; GOLDSCHMIDT, notas en L.L., t. 120, p. 101 y E.D., t. 58, p. 541. Entre los civilistas, comparten esta opinión, DE GÁSPERI, Tratado de derecho hereditario, t. 1, n° 13 bis; RÉBORA, Sucesiones, t. 2, núms. 464 y sigs.; COLMO, voto en minoría en el fallo de la C. Civil 1ª Cap., 20/3/1922, J.A., t. 8, p. 124.

(nota 6) Puede verse un estudio minucioso de las fuentes en SPOTA, La unidad y pluralidad de las sucesiones, J.A., 1942, t. I, p. 715; ORÚS, Unidad y pluralidad de sucesiones en el derecho civil argentino, J.A., t. 73, sec. doct., p. 17; LAZCANO, nota en J.A., 1943-III, p. 723.

(nota 7) AUBRY y RAU, t. 1, § 31, nota 45.

(nota 8) Plenario de las Cámaras Civiles de la Cap., 27/8/1914, J.A., t. 5, p. 29; C. Civil Cap., Sala D, 22/6/1954, L.L., t. 75, p. 596; C. Civil 1ª Cap., 30/12/1941, L.L., t. 25, p. 372; C. Civil 1ª Cap., 2/4/1936, J.A., t. 54, p. 101; C. Civil 2ª Cap., 12/7/1917, J.A., t. 16, p. 191,

en nota; id., 27/7/1943, J.A., 1943-III, p. 723; S. C. Buenos Aires, 10/9/1974, con nota de GOLDSCHMIDT; Sup. Trib. La Rioja, 30/4/1948, J.A., t. 53, p. 755, etcétera. En contra puede verse un fallo aislado, que no tuvo posterior resonancia en jurisprudencia: C. Apel. B. Blanca, 1/6/1938, L.L., t. 11, p. 810, en donde se acepta, con distintas salvedades referentes al orden público, la aplicación de la ley del domicilio del causante a los inmuebles. Este tribunal ha vuelto a sentar el principio de la unidad aun respecto de los bienes inmuebles, con la salvedad de que, en el caso, la aplicación de la ley española, que se admitió, no vulneraba los derechos de la familia argentina, pues todos los herederos estaban domiciliados en España (25/6/1965, L.L., t. 120, p. 101), con nota aprobatoria de Goldschmidt; y J.A., 1966-IV, p. 421, con nota de jurisprudencia; en sentido concordante, C. Apel. 1ª Mar del Plata, 22/5/1977, L.L., t. 152, p. 524. Puede verse una completa reseña de la jurisprudencia antigua en el Boletín del Instituto de Enseñanza Práctica de la Fac. de Derecho de Buenos Aires, 1936, t. 2, p. 10.

(nota 9) FORNIELES, Sucesiones, t. 1, n° 37; MACHADO, t. 8, n° 38 p. 286 y sigs., nota; SEGOVIA, t. 2, p. 396, nota 9; PRAYONES, Sucesiones, p. 31 y sigs.; LAFAILLE, Sucesiones, núms. 63 y sigs.; SPOTA, Unidad y pluralidad de sucesiones, J.A., 1942-I, p. 715; ORÚS, Unidad y pluralidad de sucesiones en el derecho civil argentino, J.A., t. 73, sec. doct., p. 17; MAFFÍA, Sucesiones, t. I, n° 59; ZANNONI, Sucesiones, t. I, § 86.

(nota 10) FORNIELES, Sucesiones, t. 1, n° 37.

(nota 11) De acuerdo: SPOTA, nota en J.A., 1942-I, p. 715; ORÚS, nota en J.A., t. 73, sec. doct., p. 17; LAFAILLE, Sucesiones, t. 1, núms. 67 y sigs.; MAFFÍA, Sucesiones, t. 1, n° 61.

(nota 12) Plenario de la C. Civil Cap., 27/8/1914, J.A., t. 5, p. 29; C. Civil 1ª Cap., 30/12/1941, J.A., 1942-I, p. 715; id., 17/9/1920, J.A., t. 5, p. 238; C. Civil 2ª Cap., 27/7/1943, L.L., t. 31, p. 571; id., 22/12/1948, J.A., 1949-I, p. 578, etc. Véase, además, los casos citados en la nota siguiente.

(nota 13) C. Civiles en pleno Cap., 27/8/1914, J.A., t. 5, p. 29; C. Civil, 1ª Cap., 6/2/1928, J.A., t. 27, p. 33; C. Civil 2ª Cap., 13/7/1931, J.A., t. 38, p. 253; id., 22/12/1948, J.A., 1949-I, p. 578. En uno de los casos citados (J.A., t. 27, p. 33) el fiscal Dr. Tobal había sostenido que los títulos eran muebles de situación permanente, siendo por tanto de aplicación la ley nacional.

(nota 14) C. Civiles en pleno Cap., 27/8/1914, J.A., t. 5, p. 29; C. Apel. Bahía Blanca, 1/6/1938, L.L., t. 11, p. 810. En igual sentido, ZEBALLOS, nota en J.A., t. 1, p. 549; ROMERO DEL PRADO, Manual de derecho internacional privado, t. 2, p. 183 y sigs.; BOMBELLI, El derecho internacional privado y el régimen sucesorio en el Código Civil argentino, p. 121. En contra, autores citados en nota 81.

(nota 15) Decimos de orden público constitucional, pues según nuestro entender, la aplicación de la ley extranjera sólo se ve detenida cuando choca contra una garantía constitucional (Tratado de Derecho Civil, Parte General, 2ª ed., t. 1, núms. 48 y sigs.). Pero

aun admitiendo el punto de vista tradicional, según el cual la noción de orden público —en su aplicación en el problema de los conflictos de leyes— es más vasto que el de la norma constitucional, nos parece igualmente claro que no hay ningún principio fundamental de nuestra legislación, esté o no inscripto en la Carta Magna, que quede comprometido cuando la aplicación de la ley extranjera no se compagina con nuestra herencia forzosa, si el heredero es extranjero y no domiciliado en el país.

(nota 16) De acuerdo: FORNIELES, Sucesiones, t. 1, n° 37; LAFAILLE, Sucesiones, t. 1, n° 72; SPOTA, nota en J.A., 1942, p. 715, n° 10.

(nota 17) BIBLIOGRAFÍA: Véase la citada en nota 66, especialmente las obras de CHAMPCOMUNNALE y VALLADÃO.

(nota 18) WESTLAKE, A treatise on private international law, 2ª ed., 1880, núms. 54 y sigs.

(nota 19) El Código de este país no ha resuelto expresamente el punto, pero la jurisprudencia ha establecido el sistema indicado en el texto. Véase PLANIOL-RIPERT, ed. La Habana, t. 4, n° 12 y jurisprudencia citada en nota 2.

(nota 20) Igual observación que en la nota anterior. Véase POULLET, Manual de droit international privé belge, 1947, n° 463.

(nota 21) Igual observación que en la nota anterior. Véase CHAMPCOMUNNALE, La sucesión ab-intestato en el derecho internacional privado, p. 382.

(nota 22) Sobre los tres últimos países, véase VALLADÃO, Unidade ou pluralidade da sucessão, p. 4.

(nota 23) Tanto la Rusia zarista, como la soviética, han aplicado este sistema (VALLADÃO, op. cit. en nota anterior, p. 4; CHAMPCOMUNNALE, La sucesión ab-intestato en el derecho internacional privado, p. 397).

1119/10120

§ 6.— Competencia

1119/10130

A.— EL JUICIO SUCESORIO

1119/51

51. JUEZ COMPETENTE.— Según el artículo 3284 Ver Texto , Código Civil, es competente para entender en la sucesión del causante, el juez de su último domicilio. Ocioso resulta resaltar las ventajas de este precepto, que permite concentrar ante un solo magistrado todo lo relativo a la realización de los bienes, su distribución y pago de las deudas. Por ese medio se permite a los acreedores acudir ante un mismo juez, ante el cual todos los herederos podrán hacer valer sus defensas; se evitan los conflictos de la aplicación de diversas leyes de procedimiento; se asegura la interpretación única de la voluntad del testador.

1119/52

52.— La norma contenida en el artículo 3284 Ver Texto es de orden público; la jurisdicción no puede ser prorrogada, ni aun con la conformidad de todos los interesados (ver nota 1). Sin embargo, se ha decidido que, dentro del territorio de la provincia, puede aceptarse la prórroga (ver nota 2). También se ha admitido que, fallecido un heredero durante el trámite de la sucesión y antes de la partición, su juicio sucesorio puede tramitar ante el juez que entiende en el primero (ver nota 3); razones de economía procesal imponen esta solución en las llamadas sucesiones vinculadas.

1119/53

53. CÓMO SE DETERMINA EL DOMICILIO.— Para determinar el domicilio del causante a la época del fallecimiento, deben aplicarse los artículos 89 y siguientes, Código Civil (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 1, núms. 353 y sigs.). Con especial referencia a la hipótesis de la sucesión, los tribunales han sentado las siguientes reglas:

a) En caso de duda, debe entenderse que la persona estaba domiciliada en el lugar en que falleció (ver nota 4); la partida de defunción es un elemento de juicio que debe tomarse en consideración, sobre todo si aparece corroborado por otras pruebas (ver nota 5); la inscripción en el Registro electoral hecha poco antes de fallecer es un indicio importante (ver nota 6); también lo es la manifestación contenida en un testamento (ver nota 7), aunque puede desvirtuarse por otras constancias (ver nota 8).

b) El juez del lugar en que el causante residía con su familia priva sobre el del asiento de sus negocios (ver nota 9) aunque falleciera éste (ver nota 10); si el causante residía alternativamente en varios lugares, es competente el juez del lugar en que tenía la mayor parte de los bienes y el asiento principal de sus negocios (ver nota 11); si se trata de una persona fallecida en viaje a la Argentina, adonde venía a establecerse, deben entender los jueces argentinos (ver nota 12); tratándose de funcionarios públicos, priva el domicilio legal (ver nota 13).

53-1. INICIACIÓN SIMULTÁNEA ANTE DISTINTOS JUECES.— Ocurre con cierta frecuencia que la sucesión de una persona se inicia en forma más o menos simultánea, por distintos interesados ante diferentes jueces de la misma jurisdicción. Desde luego, es necesaria la acumulación de los autos, y los tribunales han admitido distintas normas para establecer la prioridad: a) el juicio testamentario prevalece sobre el ab intestato (ver nota 14), salvo que éste se hallase considerablemente más adelantado (ver nota 15), o que cobrase el aspecto de juicio principal frente al testamentario, en el que sólo se dispone de un legado de bien determinado (ver nota 16); b) si ambas sucesiones son ab intestato, debe darse preferencia a la que esté más avanzada, sin tener en cuenta la prioridad en la iniciación, que sólo juega cuando ambas están en igualdad de condiciones (ver nota 17); c) la sucesión iniciada por un heredero no negligente, priva sobre la que empezó un acreedor, cuando no han mediado razones de urgencia (ver nota 18).

También se ha decidido que la protocolización de un testamento es un trámite previo para la iniciación del juicio testamentario, de manera que debe acumularse la sucesión ab intestato u otro juicio testamentario (ver nota 19). En materia de turno judicial, se ha resuelto que el iniciado fuera de él debe acumularse al comenzado respetando la acordada que lo establece (ver nota 20).

El nuevo Código de Procedimientos para la Justicia Nacional dispone que, si se hubiesen iniciado dos juicios sucesorios, uno testamentario y el otro ab intestato, para su acumulación prevalecerá, en principio, el primero. Pero la aplicación de esa regla quedará a criterio del juez, quien tendrá en cuenta el grado de adelanto de los trámites realizados y las medidas útiles cumplidas en cada caso, siempre que la promoción del proceso o su sustanciación no revelaren el propósito de obtener una prioridad indebida. El mismo criterio se aplicará en caso de coexistencia de juicios testamentarios o ab intestato (art. 696 Ver Texto). Son reglas prácticas que el buen sentido y el criterio jurisprudencial habían ya consagrado, como se ha visto. La última parte obedece al propósito de evitar las maniobras de profesionales inescrupulosos, que se adelanten indebidamente a iniciar una sucesión para obtener ventajas en la regulación de honorarios.

53-2. ACUMULACIÓN DE JUICIOS SUCESORIOS DE DISTINTOS CAUSANTES.— Cuando se trata de dos o más sucesiones a las que concurren los mismos herederos y el acervo es común, procede la acumulación por razones de economía procesal (ver nota 21) siempre que el primero no haya concluido con la partición, porque en tal caso habría cesado la competencia del juez que intervino en él (ver nota 22).

1119/54

54. CASO DE QUE EL ÚLTIMO DOMICILIO SEA EN EL EXTRANJERO Y HAYA BIENES EN NUESTRO PAÍS.— Hemos dicho ya que la regla de la unidad de las sucesiones sufre importantes limitaciones (véase nº 47). Por tanto, si falleciera una persona domiciliada en el extranjero y hubiera bienes en el territorio de la República sujetos a la ley nacional, debe abrirse la sucesión en nuestro país (ver nota 23). ¿Cuál es el juez competente?

En la imposibilidad de aplicar la regla del artículo 3284 Ver Texto , se ha decidido que es competente el juez del lugar en donde están situados los bienes (ver nota 24); si los hay en varias jurisdicciones, es competente el de cualquiera de ellas, no necesariamente donde se hallan los de mayor valor, porque tanta consideración merecen unos bienes como los otros (ver nota 25). Cuando se la haya iniciado en dos o más lugares en que existan bienes, consideramos, de acuerdo con los principios sentados en el número anterior, que deberán acumularse los expedientes al que esté más adelantado y, si se hallaren en el mismo estado, al que se haya iniciado primero.

1119/55

55. CASO DE QUE HAYA UN SOLO HEREDERO.— Dispone el artículo 3285 Ver Texto , Código Civil, que cuando el difunto no deje más que un heredero, las acciones deberán dirigirse ante el juez del domicilio de este heredero, después que hubiere aceptado la herencia.

La inteligencia de este artículo ha suscitado dificultades. ¿Alude exclusivamente a las acciones de los acreedores, manteniendo el principio del artículo 3284 Ver Texto , de que la sucesión debe iniciarse en el domicilio del causante o, por el contrario, ésta debe iniciarse también en el domicilio del heredero?

La primera interpretación ha sido seguida, con no desdeñables argumentos, por parte de la doctrina nacional (ver nota 26) y por algunos pronunciamientos judiciales (ver nota 27). En primer lugar, el texto en cuestión no alude en ningún momento al juicio sucesorio en sí, sino exclusivamente a las acciones de los terceros contra el heredero, lo que indicaría que el principio general de competencia sigue en pie. En segundo término, es razonable que el juez del domicilio del difunto sea el que entienda en su juicio; allí en donde éste era conocido, donde generalmente tendrá sus bienes, donde habrá contraído sus obligaciones o tendrá otros presuntos herederos, etcétera. Sacar la cuestión del conocimiento del juez del lugar es obligar a todos los interesados a trasladarse a otra parte, a menudo distante, en demanda de protección para sus intereses. Finalmente, las fuentes apoyan esta interpretación (ver nota 28).

Tales argumentos no nos parecen decisivos. Es verdad que el texto no alude a la sucesión, sino a las acciones de los acreedores, y que las fuentes sólo se refieren a éstas; es verdad también que la solución del artículo 3285 Ver Texto tiene los inconvenientes señalados. Pero, puesto que los acreedores, de todos modos, deben iniciar sus acciones ante el domicilio del heredero, no habrá ninguna ventaja en tramitar la sucesión en un lado y las demandas en otro; por el contrario, todo aconseja acumular el sucesorio y los demás juicios ante un mismo juzgado. Por esa solución se había inclinado firmemente la Corte Suprema (ver nota 29); pero al variar la composición del tribunal, éste cambió su jurisprudencia, decidiendo que la circunstancia de que el heredero fuera único, no alteraba la competencia del juez del último domicilio del causante (ver nota 30). La circunstancia de que nuevamente ha cambiado la composición del tribunal y de que la decisión aludida fuera adoptada por una ceñida mayoría, obliga a pensar que la cuestión no está definitivamente resuelta (ver nota 31).

56.— Pero no cabe duda de la competencia del juez del último domicilio del causante cuando el único heredero tiene su domicilio en el extranjero aunque constituya uno en el país (ver nota 32).

(nota 1) C. S. N., 23/10/1940, Fallos, t. 188, p. 157 Ver Texto y L.L., t. 21, p. 1; id., 17/5/1944, Fallos, t. 198, p. 361 Ver Texto ; id., 7/11/1938, L.L., t. 12, p. 725; C. Civil 1ª Cap., 4/5/1942, L.L., t. 26, p. 704; C. Civil 2ª Cap., 20/7/1931, J.A., t. 36, p. 256.

(nota 2) Los tribunales bonaerenses han aceptado dicha prórroga; S.C.B.A., 13/7/1948, Rep. L.L., p. 137, sum. 55; id., 14/9/1943, Rep. L.L., t. 6, p. 182, nº 66. De acuerdo: LAFAILLE, Sucesiones, t. 1, nº 80; RÉBORA, Sucesiones, t. 1, nº 257; DE GÁSPERI, Tratado de derecho hereditario, t. 1, p. 93; PÉREZ LASALA, t. 1, nº 51.

(nota 3) C. S. N., Fallos, t. 116, p. 187; RÉBORA, Sucesiones, t. 1, nº 257, nota 10.

(nota 4) C. S. N., 19/12/1934, J.A., t. 48, p. 728; C. Civil 2ª Cap., 16/5/1947, G. F., t. 189, p. 122.

(nota 5) C. S. N., 23/7/1930, J.A., t. 33, p. 730.

(nota 6) C. S. N., 17/10/1927, J.A., t. 26, p. 13.

(nota 7) C. S. N., 12/2/1941, Fallos, t. 189, p. 39 Ver Texto y L.L., t. 21, p. 507; id., 23/4/1941, Fallos, t. 189, p. 252 Ver Texto y L.L., t. 22, p. 639; id., 19/5/1930, J.A., t. 33, p. 21.

(nota 8) C. S. N., 25/9/1950, Fallos, t. 217, p. 1077 Ver Texto . En un caso, sin embargo, se decidió que las manifestaciones contenidas en un testamento, relativas al domicilio, no pueden desvirtuarse con testigos: C. Civil 2ª Cap., 3/10/1927, J.A., t. 26, p. 138.

(nota 9) C. S. N., 23/9/1940, Fallos, t. 187, p. 679 y G. F. t. 151, p. 78; id., 14/12/1928, J.A., t. 28, p. 977; C. Civil 1ª Cap., 15/7/1940, G. F., t. 150, p. 55.

(nota 10) C. S. N., 17/5/1944, Fallos, t. 198, p. 366 Ver Texto .

(nota 11) C. S. N., 14/3/1918, J.A., t. 1, p. 144.

(nota 12) C. Civil 2ª Cap., 21/6/1949, L.L., t. 55, p. 723. Estrictamente, éste era un caso de aplicación del domicilio de origen (art. 96 Ver Texto , Cód. Civil); pero el juez, sin duda para hacer prevalecer la jurisdicción nacional, aplicó un criterio distinto.

(nota 13) C. S. N., 10/11/1952, Fallos, t. 224, p. 383 Ver Texto .

(nota 14) C. Civil 2ª Cap., 31/10/1950, L.L., t. 61, p. 30; id., 5/8/1940, J.A., t. 71, p. 555; C. Paz Cap. Sala IV, 11/10/1960, L.L., t. 102, p. 12.

(nota 15) C. Civil Cap., Sala B, 22/7/1952, L.L., t. 67, p. 436; C. Civil 1ª Cap., 13/11/1946, G. F., t. 188, p. 213; C. Civil 2ª Cap., 5/12/1945, L.L., t. 41, p. 68; id., 6/6/1944, L.L., t. 35, p. 50; id., 13/3/1941, L.L., t. 22, p. 70; C. Apel. 1ª, La Plata, 27/8/1957, J.A., 1957-IV, p. 119.

(nota 16) C. Apel. 1ª La Plata, 27/8/1957, J.A., 157-IV, p. 119.

(nota 17) C. Civil 2ª Cap., 8/10/1946, L.L., t. 44, p. 516; Sup. Trib. Entre Ríos, 12/12/1945, Rep. L.L., t. 7, p. 174, sum. 14.

(nota 18) C. Civil 1ª Cap., 10/4/1944, J.A., 1944-II, p. 128; id., 11/7/1941, J.A., t. 76, p. 732; C. Civil 2ª Cap., 18/10/1937, L.L., t. 8, p. 483. En los dos últimos casos citados se hizo mérito también de que el acreedor no había cumplido con la intimación que prescribe el art. 3314 Ver Texto , Cód. Civil. En el mismo sentido: C. Apel. 1ª La Plata, 12/2/1963, E.D., t. 5, p. 76.

(nota 19) C. Apel. Rosario, Sala II, 17/7/1942, L.L., t. 27, p. 320; C. Civil 1ª Cap., 12/9/1927, J.A., t. 25, p. 1327.

(nota 20) C. Civil 1ª Cap., 26/5/1937, L.L., t. 6, p. 958; C. Civil 2ª Cap., 3/4/1946, L.L., t. 42, p. 407. En un caso se decidió lo contrario porque estaba más adelantado el expediente iniciado fuera de turno; C. Civil 2ª Cap., 31/8/1937, L.L., t. 7, p. 1104.

(nota 21) C. Civ. Cap., Sala B, 10/11/1976, E.D., t. 75, p. 454; Sala C, 30/11/1976, L.L., 1976-C, p. 652; Sala F, 2/12/1980, E.D., t. 92, p. 733.

(nota 22) C. Civil Cap., Sala C, 30/4/1981, E.D., t. 94, p. 561, sum. 109; Sala D, 7/10/1980, E.D., t. 92, p. 205.

(nota 23) C. Civil Cap., 22/6/1954, G. F., del 19/7/1954.

(nota 24) C. Civil 2ª Cap., 11/8/1919, J.A., t. 3, p. 729.

(nota 25) De acuerdo: FORNIELES, t. 1, n° 39; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 51.

(nota 26) FORNIELES, Sucesiones, t. 1, n° 53; MAFFÍA, Sucesiones, t. 1, n° 89; ZANNONI, Sucesiones, t. 1, § 106; RÉBORA, t. III, p. 63; GUASTAVINO, J.A., 1968-III, p. 341; PÉREZ LASALA, t. I, n° 52.

(nota 27) C. Civil 2ª Cap., 2/6/1922, J.A., t. 8, p. 602; C. Apel. Rosario, Sala III, 16/7/1945, L.L., t. 39, p. 446.

(nota 28) Las fuentes son ZACHARIE, § 351, y AUBRY y RAU, t. 4, § 590. FORNIELES (t. 1, n° 53) y SEGOVIA (t. 2, p. 399, nota 16) sostienen, además, que el art. 3285 Ver Texto sólo se refiere a las acciones personales de los acreedores, contempladas en el inc. 4º, art. 3284 Ver Texto . Naturalmente, esta opinión sólo puede ser sostenida dentro de la tesis que niega que el juicio sucesorio tramite ante el juez del domicilio del heredero, tesis que, según lo dijimos, nuestra Corte Suprema ha desechado. Pues tramitando ante él, no tendrían otro juez a quien dirigirse los accionantes, sean acreedores o herederos (en este sentido véase, Sup. Trib. La Rioja, 30/4/1948, L.L., t. 53, p. 755).

(nota 29) C. S. N., 8/9/1952, Fallos, t. 222, p. 409 Ver Texto y L.L., t. 68, p. 519; id., 19/12/1949, Fallos, t. 215, p. 449 Ver Texto y L.L., t. 58, p. 122; C. Civil 1ª Cap., 2/9/1940, L.L., t. 20, p. 54.

(nota 30) C. S. N., 31/7/1968, L.L., t. 133, p. 221 y J.A., 1963-V, p. 341 (con disidencia de los Dres. Chute y Bidau). Siguieron este fallo la C. Civil Cap., Sala C, 16/10/1969, E.D., t. 31, p. 452 y C. Civil Cap., Sala E, 4/5/1978, L.L., n° 76.249.

(nota 31) Véase un completo resumen de jurisprudencia y doctrina en ROLÓN, El art. 3285 Ver Texto del Código Civil; una añeja cuestión aún no resuelta, L.L., 1984-C, p. 977.

(nota 32) C. S. N., 25/8/1947, Fallos, t. 208, p. 229 Ver Texto .

1119/10140

B.— FUERO DE ATRACCIÓN DEL SUCESORIO (ver nota 1)

1119/57

57. ACCIONES ATRAÍDAS POR EL SUCESORIO.— El artículo 3284 Ver Texto no se limita a establecer que el juicio sucesorio ha de tramitar ante el juez del último domicilio del difunto. También dispone que deben entablarse ante él las demandas concernientes a los bienes que integran el acervo del causante. El fundamento de la norma es obvio: se desea

facilitar la liquidación de la herencia, la división de los bienes, el pago de las deudas. Por eso se reconoce al sucesorio el fuero de atracción sobre todas las demandas relativas a aquellos objetos.

Sin embargo, la regla no es absoluta; para evitar dificultades, el aludido artículo ha dispuesto, en cuatro incisos, cuáles son las acciones atraídas por el sucesorio:

1119/58

58. 1) Las demandas concernientes a los bienes hereditarios, hasta la partición inclusive, cuando son interpuestas por algunos de los sucesores universales contra sus coherederos.— Quedan comprendidas en este inciso las acciones de petición de herencia y la de exclusión (ver nota 2), cualquiera sea la causa en que se funden: indignidad, desheredación, renuncia, nulidad de testamento o de institución de heredero (ver nota 3), colación (ver nota 4), etcétera, y las que se refieren al monto del acervo hereditario, por ejemplo, las demandas sobre inclusión o exclusión de bienes (ver nota 5), objeciones al inventario, la reclamación contra el administrador para que rinda cuentas (ver nota 6), las acciones por reconocimiento de filiación y petición de herencia (ver nota 7).

Por razones de conexidad, se ha resuelto que deben tramitar ante el juez del sucesorio, las acciones tendientes a reparar los errores cometidos durante su tramitación (ver nota 8), la prueba supletoria y la ratificación de las partidas tendientes a comprobar el vínculo, aunque hayan sido labradas en otra jurisdicción (ver nota 9), la ratificación de escrituras públicas de dominio, aunque hayan sido extendidas e inscriptas en otra jurisdicción (ver nota 10), la acción de nulidad de la declaratoria de herederos (ver nota 11), la de nulidad y simulación de la escritura de cesión de los bienes hereditarios (ver nota 12).

El inciso que comentamos, dice hasta la partición inclusive. Volvemos sobre este tema en el número 67.

1119/59

59. 2) Las demandas relativas a las garantías de los lotes entre los copartícipes, y las que tiendan a la reforma o nulidad de la partición.— Este inciso importa una excepción al principio de que el fuero de atracción termina con la partición.

Los copartícipes se garantizan mutuamente sus derechos derivados de aquel acto, para el caso de que, por reivindicación u otra causa, el bien incluido en alguno de los lotes, salga del dominio del heredero al cual se le adjudicó (arts. 3505 Ver Texto y 3506, Cód. Civil). Naturalmente, para que la garantía pueda reclamarse, es necesario que la causa de la turbación o evicción sea anterior a la partición (art. 3505 Ver Texto), porque, si así no fuera, no habría motivo para que respondiera la sucesión.

Es razonable que el juez ante el cual se realizó la partición sea quien la reforme o decida las cuestiones que suscite, porque tiene todos los elementos de juicio reunidos en el expediente; aparte de que sería imposible obligar al actor a demandar a los demás coherederos en los distintos domicilios, lo que daría lugar a la tramitación de varios juicios en distintas jurisdicciones, con la posibilidad de sentencias divergentes o contradictorias (ver nota 13).

El precepto no sólo comprende las acciones entre los coherederos, sino también las que intenten los terceros excluidos de la herencia que se consideren con derecho a ella (ver nota 14).

1119/60

60. 3) Las demandas relativas a la ejecución de las disposiciones del testador, aunque sean a título particular, como sobre la entrega de los legados.— Todo lo que tenga relación con las disposiciones testamentarias, su validez e interpretación, el modo de cumplir los legados o de reconocerlos, la acción para reducirlos, la demanda por cumplimiento del cargo (ver nota 15), etcétera, deben ventilarse ante el juez de la sucesión, sin limitación de tiempo y aunque ya se hubiera efectuado la partición (ver nota 16).

1119/61

61. 4) Las acciones personales de los acreedores del difunto, antes de la división de la herencia.— La norma alude únicamente a las acciones personales; las reales quedan por tanto excluidas del fuero de atracción (nota al art. 3284 Ver Texto).

Nuestros tribunales han resuelto, con toda lógica, que deben tramitar ante el juez del sucesorio no solamente las acciones derivadas de obligaciones contraídas por el propio difunto, sino también por el administrador de la herencia o el albacea en ejercicio de sus funciones (ver nota 17); así, por ejemplo, las obligaciones que son cargas de la sucesión, como el pago de los gastos de enfermedad y entierro, o los que demanda la tramitación del juicio. También le corresponde entender en el cobro de los impuestos nacionales, provinciales y municipales, cualquiera sea la situación del bien y el estado del juicio (ver nota 18). El Código Procesal para la Justicia Nacional, adoptado por varias provincias, dispuso que en estos juicios no se aplicaba el fuero de atracción (art. 5º, inc. 7º); pero la reforma de 1981 (ley 22434) ha suprimido esta disposición, con lo que recobra vigencia la anterior jurisprudencia en el ámbito de la Capital Federal.

Hay atracción de la acción de desalojo promovida contra la sucesión (ver nota 19) lo mismo que la consignación de alquileres (ver nota 20).

En cuanto a la acción hipotecaria, la jurisprudencia ha sido vacilante. Las sentencias antiguas habían declarado que no era atraída por el juicio sucesorio, de conformidad con lo que dice la nota al artículo 3284 Ver Texto (ver nota 21); posteriormente, los tribunales de la Capital resolvieron que están sujeta a la atracción, pues la garantía hipotecaria es accesoria

de un crédito personal (ver nota 22); empero, los últimos fallos de la Corte Suprema han vuelto a la vieja tesis de no atracción (ver nota 23).

1119/62

62.— Cuando el deudor demandado fallece, deben remitirse a su sucesorio los juicios en trámite en otro juzgado, mientras no haya sentencia de primera instancia pues, si la hubiere, no podría sustraerse la causa al tribunal que conoce en ella para que examine el fallo otro de distinto fuero o jurisdicción (ver nota 24).

Las Cámaras Civiles de la Capital han declarado que basta que uno de los codemandados haya fallecido, para que el juicio sea atraído por su sucesorio (ver nota 25); pero si los dos demandados han fallecido, no hay atracción, pues no habría motivo para establecer la preferencia de una sucesión sobre la otra (ver nota 26). En cambio, la Cámara Comercial ha decidido que los codemandados no tienen por qué ser obligados a seguir el fuero de atracción (ver nota 27).

Cabe agregar, finalmente, que la atracción se ejerce aunque se trate de causas que correspondan o se hayan tramitado ante el fuero federal (ver nota 28).

1119/63

63.— En cambio no son atraídas por el sucesorio la acción reivindicatoria (ver nota 29), los interdictos (ver nota 30), la acción de expropiación (art. 19 Ver Texto , ley 21499) (ver nota 31), la de cobro de prenda agraria (arts. 18 Ver Texto y 22 Ver Texto , ley 9644) (ver nota 32); las cuestiones referentes a la disolución y liquidación de sociedades comerciales de que el difunto formaba parte (ver nota 33), a menos que se trate de sociedades irregulares (ver nota 34) y que lo que se persiga sea el reconocimiento de la existencia de la sociedad y su consiguiente disolución y liquidación por acción dirigida contra los herederos (ver nota 35); ni la acción de división del condominio de un bien que pertenecía en parte al causante (ver nota 36); ni las acciones surgidas del contrato de trabajo, cuando el demandante es el trabajador (art. 289 , ley 20744); ni el juicio de insania de un heredero (ver nota 37). Es dudoso si el concurso civil o comercial del causante es atraído por el sucesorio (véase n° 547-6 y nota 998).

1119/64

64.— En cambio, se ha declarado que es en el sucesorio del cónyuge donde debe tramitar la liquidación de la sociedad conyugal (ver nota 38).

1119/65

65.— El fuero de atracción sólo funciona pasivamente, vale decir, cuando la sucesión es demandada. En cambio, cuando es actora, cuando los herederos ejercen las acciones que hubieran correspondido al difunto, se aplican las reglas comunes de la competencia (ver nota 39). En este caso, en efecto, no se justificaría sacar a los demandados de sus jueces naturales.

1119/66

66. EL FUERO DE ATRACCIÓN ES DE ORDEN PÚBLICO.— Una jurisprudencia firme, sólo contradicha por algunos pocos pronunciamientos aislados, ha resuelto que la norma contenida en el artículo 3284 Ver Texto es de orden público (ver nota 40), lo que entraña esta doble consecuencia: los jueces ante quienes no tramita el sucesorio, deben declararse incompetentes de oficio en las acciones comprendidas en la enumeración del artículo 3284 Ver Texto ; y remitir los juicios en trámite para ser acumulados con aquél; queda sin efecto la prórroga de jurisdicción resultante de la constitución de domicilios en los contratos suscriptos por el causante.

Tal solución ha sido objeto de críticas por parte de quienes piensan que no media en esta solución ningún interés de orden público; que, en suma, no se debaten sino intereses particulares y, por tanto, no hay motivo para impedir que la voluntad de las partes prive sobre la norma contenida en ese artículo (ver nota 41).

La discusión ha podido plantearse sólo por la imprecisión del concepto de orden público. Hemos tratado ya el punto en otro lugar (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 1, núms. 45 y sigs.). Baste por ahora decir que, para que se reconozca ese carácter a una ley, no es preciso que medie una cuestión que interese a todos o a la mayor parte de los individuos que componen una sociedad; es suficiente que ese interés trascienda de las partes y afecte a otro núcleo de personas ajenas al acto. La intervención de un solo juez en estas acciones es de conveniencia de todos los acreedores y de los legatarios, que pueden tener de esa manera un conocimiento cabal del activo y pasivo de la sucesión, evitando las complicaciones propias de la dispersión de los juicios, la dificultad para compulsarlos y estar al tanto de su tramitación. Creemos, por tanto, acertada la jurisprudencia que ha considerado que el artículo 3284 Ver Texto establece una norma de orden público y que, frente a ella, no pueden hacerse valer los domicilios constituidos contractualmente (ver nota 42).

1119/67

67. HASTA QUÉ MOMENTO HAY ATRACCIÓN.— En principio, la atracción del sucesorio perdura hasta el momento de la partición (art. 3284 Ver Texto , incs. 1º y 4º) (ver nota 43). Más aún: con relación a los bienes cuyo dominio debe inscribirse en el Registro de la Propiedad, los tribunales han declarado que la aprobación de la cuenta particionaria no pone fin al fuero de atracción, siendo indispensable la inscripción en el Registro (ver nota 44).

No basta con la declaratoria de herederos, ni tampoco con la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad, pues ello no transforma la indivisión en condominio (ver nota 45)

(véase, sin embargo, n° 547-1). Pero si éste se ha constituido en legal forma, con el consiguiente otorgamiento de escritura pública (ver nota 46), la posterior acción por división de los bienes sigue las reglas normales de la competencia, puesto que la constitución del condominio implica una partición (ver nota 47).

Si el heredero fuera uno solo, el fuero de atracción perdura hasta la inscripción de los bienes en el Registro (ver nota 48).

La regla general según la cual el fuero de atracción cesa con la partición, no se aplica, sin embargo, a las acciones que tiendan a la reforma o nulidad de la partición, a las garantías de los lotes entre los compradores y al cumplimiento de las disposiciones del testador, que tramitan siempre ante el juez del sucesorio, aunque se haya realizado la partición. Los incisos 3° y 4°, que aluden a ellas, no establecen ninguna limitación en el tiempo y es justo que así sea pues, por la índole de las acciones, es conveniente que tramiten siempre ante el mismo juez (véase núms. 59 y 60 y jurisprudencia allí citada).

El fuero de atracción no funciona cuando hubiera recaído, en el juicio que se pretende atraer, sentencia firme (ver nota 49); sin embargo, esta jurisprudencia de la Corte Suprema fue luego modificada por este tribunal. Una causa no se considera definitivamente concluida por el hecho de haberse dictado sentencia de trance y remate, si todavía existen procedimientos a realizar en la ejecución (ver nota 50).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: ACUÑA ANZORENA, El fuero de atracción del juicio sucesorio en las acciones deducidas por acreedores de la sucesión, L.L., t. 11, p. 1157; ALSINA, Tratado de derecho procesal, t. 3, p. 708 y sigs.; RÉBORA, Sucesiones, t. 1, núms. 260 y sigs.; FORNIELES, Sucesiones, t. 1, núms. 40 y sigs.; LAFAILLE, Sucesiones, núms. 77 y sigs.. Especial interés revisten las notas de jurisprudencia de IRIONDO, Fuero de atracción, E.D., t. 7, p. 461 y de QUINTANA TERÁN, El fuero de atracción del juicio sucesorio, L.L., t. 118, p. 1072; y PONCE, Fuero de atracción del proceso sucesorio, J.A., Reseñas, 1974, p. 280.

(nota 2) C. S. N., 6/3/1923, J.A., t. 10, p. 648; C. Civil 1ª Cap., 7/3/1923, J.A., t. 10, p. 128; S. C. Salta, 8/5/1973, J.A., t. 20, 1973, p. 737.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala A, 23/11/1971; J.A., t. 14, 1972, p. 484, n° 38; Sala C, 11/7/1962, J.A., 1963-V, p. 4, n° 29; C. Civil 1ª Cap., 30/9/1942, G. F., t. 161, p. 204; C. Civil 2ª Cap., 15/5/1944, L.L., t. 34, p. 761.

(nota 4) C. S. N., 17/10/1938, J.A., t. 64, p. 28; C. Civil 1ª Cap., 14/10/1938, J.A., t. 64, p. 116.

(nota 5) C. S. N., 27/9/1939, J.A., t. 69, p. 469; id., 10/10/1940, J.A., t. 71, p. 319.

- (nota 6) C. Civil 2ª Cap., 13/6/1938, J.A., t. 62, p. 756.
- (nota 7) C. S. N., 15/9/1967, J.A., 1968-I, p. 19; id., 30/11/1973, J.A., t. 21, 1974, p. 318.
- (nota 8) C. S. N., 27/9/1939, J.A., t. 69, p. 469; id., 10/10/1940, J.A., t. 71, p. 319.
- (nota 9) C. S. N., 25/7/1949, Fallos, t. 214, p. 263 Ver Texto y L.L., t. 56, p. 176; C. Civil 2ª Cap., 2/12/1941, L.L., t. 25, p. 73; C. Paz Let. Cap., Sala II, 15/12/1947, G. F., t. 77, p. 237.
- (nota 10) C. S. N., G. F., t. 53, p. 109.
- (nota 11) C. S. N., 27/9/1939, J.A., t. 69, p. 469; C. Civil 2ª Cap., 4/12/1922, J.A., t. 9, p. 897.
- (nota 12) C. Civil Cap., Sala A, 8/7/1960, causa 65.209.
- (nota 13) En este sentido: C. S. N., 10/7/1940, J.A., t. 71, p. 319 y L.L., t. 19, p. 265; C. Civil Cap., Sala B, 14/12/1955, causa 27.479 (inérita); LLERENA, t. 6, p. 11 y 12. DEMOLOMBE, t. 15, nº 629. En contra de la solución del Código: MACHADO, t. 8, p. 297 y sigs.
- (nota 14) MACHADO, t. 8, p. 298, nota.
- (nota 15) C. Civil 1ª Cap., 15/3/1940, J.A., t. 69, p. 909; C. Civil 2ª Cap., 26/12/1950, L.L., t. 61, p. 612.
- (nota 16) C. Civil 1ª Cap., 25/5/1929, J.A., t. 31, p. 840; C. Civil 2ª Cap. 23/12/1935, J.A., t. 52, p. 877.
- (nota 17) C. S. N., 15/3/1940, Fallos, t. 186, p. 270 Ver Texto y L.L., t. 18, p. 201; id., 10/8/1938, L.L., t. 11, p. 1157; C. Civil Cap., Sala B, 6/10/1965, causa 10.578. De acuerdo: MACHADO, t. 8, p. 301, nota; ALSINA, Tratado de derecho procesal, t. 3, p. 713; ACUÑA ANZORENA, nota en L.L., t. 11, p. 1157, núms. 21 y sigs. En contra un fallo anotado de la C. Apel. Mendoza, 28/3/1936, J.A., t. 55, p. 348.
- (nota 18) C. S. N., 20/3/1950, Fallos, t. 218, p. 221 y L.L., t. 58, p. 813; id., 23/7/1945, Fallos, t. 202, p. 248 Ver Texto ; id., 24/6/1952, Fallos, t. 193, p. 107 Ver Texto ; C. Civiles Cap. en pleno, 24/3/1920, J.A., t. 4, p. 132; C. Civil 1ª Cap., 24/3/1943, L.L., t. 30, p. 585; C. Civil 2ª Cap., 8/4/1946, L.L., t. 42, p. 392; C. Esp. C. C. Cap., 13/12/1972, J.A., t. 17, 1973, p. 499.

(nota 19) C. Civil Cap., Sala B, 3/7/1962, J.A., 1963-IV, p. 5; C. Paz Cap. en pleno, 8/10/1970, J.A., t. 9, 1971, p. 586, n° 22 id., 9/9/1971, J.A., t. 13, 1972, p. 485 Ver Texto , n° 1932.

(nota 20) C. Civil Cap., Sala B, 8/7/1966, J.A., 1966-V, p. 761.

(nota 21) C. Civil 1ª Cap., 27/10/1941, L.L., t. 24, p. 524; C. Civil 2ª Cap., 3/6/1940, L.L., t. 18, p. 1002; id., 22/7/1940, J.A., t. 71, p. 487. Se admitía, sin embargo, la atracción cuando el sucesorio tramitaba ante un juez distinto de la misma jurisdicción, por razones de comodidad y economía procesal: C. Civil 1ª Cap. 18/5/1945, J.A., 1945-III, p. 278; id., 25/2/1949, L.L., t. 54, p. 122.

(nota 22) C. Civil Cap. Sala A, 6/5/1954, L.L., t. 76, p. 364; id., 20/2/1956, L.L., t. 84, p. 169; id., 23/10/1970, E.D., t. 36, p. 649; Sala B, 13/9/1971, J.A., t. 13, 1072, p. 485; Sala C, 21/3/1972, J.A., t. 14, 1972, p. 446; Sala D, 2/12/1966, E.D., t. 17, p. 772; Sala F, 18/4/1972, E.D., t. 45, p. 239; Sup. Corte Buenos Aires, 18/11/1969, L.L., t. 138, p. 142.

(nota 23) C. S. N., 8/4/1960, Fallos, t. 246, p. 170 Ver Texto ; id., 28/6/1971, J.A., t. 12, 1971, p. 244. Esta jurisprudencia fue seguida por la C. Civil Cap. Sala D, 14/6/1963, L.L., t. 111, p. 375.

(nota 24) C. S. N., 1/10/1927, J.A., t. 26, p. 14; id., 27/5/1929, J.A., t. 29, p. 599. De acuerdo, FORNIELES, Sucesiones, t. 1, n° 51.

(nota 25) C. Civil 1ª Cap., 6/3/1939, J.A., t. 65, p. 663; id., 22/9/1939, J.A., t. 68, p. 12; C. Civil 2ª Cap., 4/10/1940, J.A., t. 72, p. 324 y L.L., t. 6, p. 523; id., 9/2/1950, L.L., t. 58, p. 914; C. 2ª Apel. La Plata, Sala II, 9/3/1948, J.A., 1948-II, p. 438.

(nota 26) C. Civil Cap., Sala A, 30/11/1960, causa 65.755; C. Civil 1ª Cap., 22/3/1934, J.A., t. 45, p. 567.

(nota 27) C. Com. Cap. 28/12/1934, J.A., t. 48, p. 917 y L.L., t. 8, p. 886; id., 10/12/1950, L.L., t. 58, p. 915.

(nota 28) C. S. N., 1/9/1948, Fallos, t. 211, p. 1449 Ver Texto .

(nota 29) C. Civil 1ª Cap., 13/3/1946, L.L., t. 41, p. 894; C. Apel 2ª La Plata, 15/7/1969, E.D., t. 30, p. 796.

- (nota 30) C. Civil 1ª Cap., 25/3/1931, J.A., t. 35, p. 298; Sup. Corte Buenos Aires, 23/7/1940, L.L., t. 19, p. 811.
- (nota 31) C. Civil 2ª Cap., 27/11/1947, L.L., t. 48, p. 733; C. Fed. Bahía Blanca, 7/10/1942, L.L., t. 28, p. 289.
- (nota 32) C. S. N., 21/5/1923, J.A., t. 10, p. 452; C. Com. Cap., 24/4/1919, J.A., t. 3, p. 291; C. Fed. Cap., 21/3/1941, L.L., t. 22, p. 50; S. C. B. A., 1/7/1941, Rep. L.L., t. 3, p. 346, sum. 235.
- (nota 33) C. Civil Cap., Sala A, 8/11/1960, causa 66.803; id., 24/3/1961, causa 70.836; Sala C, 20/5/1958, L.L., t. 92, p. 617; C. Civil 1ª Cap., 30/6/1942, J.A., 1942-III, p. 288; C. Civil 2ª Cap., 17/3/1942, L.L., t. 26, p. 144; id., 16/11/1939, J.A., t. 68, p. 436. En contra: C. Apel. Azul, 10/7/1931, J.A., t. 36, p. 374. De acuerdo con la solución indicada en el texto: FORNIELES, t. 1, n° 50; RÉBORA, Sucesiones, t. 1, n° 264.
- (nota 34) C. Com. Cap., 10/10/1919, J.A., t. 3, p. 962.
- (nota 35) C. S. N., 10/2/1958, L.L., t. 92, p. 380; C. Civil Cap., Sala A, 8/11/1960, causa 66.803; Sala C, 31/12/1954, L.L., t. 78, p. 141; C. Com. Cap., 10/10/1957, causa 93.102.
- (nota 36) C. Civil Cap., Sala B, 16/7/1962, E.D., t. 3, p. 194.
- (nota 37) C. Civil Cap., Sala B, 10/10/1967, J.A., 1968-I, p. 467.
- (nota 38) C. Civil Cap., Sala A, 7/7/1954, causa 19.411 (inérita).
- (nota 39) La jurisprudencia es unánime; puede verse: C. S. N., 22/7/1919, J.A., t. 3, p. 601; C. Civil Cap., Sala B, 1/6/1979, E.D., t. 87, p. 578; Sala C, 20/7/1953, L.L., t. 71, p. 680; C. Apel. Rosario, Sala I, 21/12/1948, L.L., t. 13, p. 104 sum. 54; C. 2ª Apel. La Plata, 26/10/1950, J.A., 1951-II, p. 1484.
- (nota 40) C. S. N., 15/3/1940, Fallos, t. 180, p. 270; id., 19/5/1943, Fallos, t. 195, p. 485 Ver Texto ; id., 10/8/1958, L.L., t. 11, p. 1157; C. Civil Cap., Sala A, 16/5/1969, L.L., t. 134, p. 708; id., 10/5/1973, E.D., t. 49, p. 339; Sala D, 20/3/1952, L.L., t. 70, p. 464; C. Civil 1ª Cap., 6/5/1943, L.L., t. 42, p. 703; C. Civil 2ª Cap., 12/1/1926, J.A., t. 23, p. 195; C. Com. Cap., 18/9/1940, L.L., t. 20, p. 180; Sup. Corte San Luis, 27/5/1953, L.L., t. 71, p. 525; C. C. C. Santa Fe, 9/9/1969, J.A., Reseñas, 1970, p. 383, n° 85. En contra: C. Civil 2ª Cap., 15/2/1940, L.L., t. 17, p. 442; C. Apel. Mercedes, 4/11/1949, J.A., 1950-III, p. 174.
- (nota 41) ACUÑA ANZORENA, nota en L.L., t. 11, p. 1157; FORNIELES, Sucesiones, t. 1, n° 52; RÉBORA, Sucesiones, t. 1, p. 425.

(nota 42) Véase jurisprudencia citada en nota 160.

(nota 43) C. Civil Cap., Sala C, 2/10/1980, E.D., t. 92, p. 206.

(nota 44) C. Civil Cap., Sala C, 29/8/1952, causa 8685 (inérita); C. Civil 2ª Cap., 2/4/1950, L.L., t. 58, p. 684; id., 6/2/1945, L.L., t. 37, p. 544.

(nota 45) C. Civil Cap., Sala B, 12/9/1956, J.A., 1957-II, p. 396 y L.L., t. 85, p. 473; Sala E, 13/6/1979, E.D., t. 84, p. 310; C. Civil 1ª Cap., 25/7/1923, J.A., t. 11, p. 113; C. Civil 2ª Cap., 5/9/1934, J.A., t. 47, p. 943; id., 21/8/1947, L.L., t. 47, p. 854. De acuerdo: LEGÓN, La declaratoria de herederos y la desintegración de la comunidad hereditaria, J.A., t. 47, p. 943, cuya lectura recomendamos. En contra, FORNIELES, Sucesiones, t. 1, n° 43. Sin embargo, las circunstancias del caso pueden demostrar la constitución de un condominio sin escritura pública (véase C. Civil Cap., Sala A, 19/2/1959, J.A., 1959-V, p. 435).

(nota 46) C. Civil Cap., Sala B, 12/9/1956, J.A., 1957-II, p. 396 y L.L., t. 85, p. 473; C. Civil 2ª Cap., 5/9/1934, J.A., t. 47, p. 943; y la nota de LEGÓN al fallo citado, III, 2. En contra, FORNIELES, Condominio y comunidad hereditaria, quien sostiene que en el caso de condominio nacido de la sucesión no es indispensable la escritura para constituirlo (J.A., 1957-II, p. 396).

(nota 47) C. Civil Cap., Sala B, 12/9/1956, J.A., 1957-II, p. 396; LEGÓN, art. citado en nota anterior.

(nota 48) C. Civil Cap., Sala D, 4/4/1963, L.L., t. 112, p. 788, sum. 9600-S y J.A., 1963-III, p. 282; C. Civil 2ª La Plata, 16/7/1940, L.L., t. 19, p. 361 y J.A., t. 71, p. 567; C. Fed. la Plata, 15/11/1940, L.L., t. 21, p. 112.

(nota 49) C. S. N., 19/11/1926, J.A., t. 23, p. 14; id, 25/4/1928, J.A., t. 27, p. 427; id., 27/5/1931, J.A., t. 35, p. 850.

(nota 50) C. S. N., 22/12/1937, L.L., t. 9, p. 339 y casos allí citados.

1119/10150

CAPÍTULO II - CAPACIDAD, INDIGNIDAD Y DESHEREDACIÓN

1119/10160

I. CAPACIDAD PARA SUCEDER (ver nota 1)

1119/68

68. CONCEPTO.— La capacidad para suceder es la aptitud para ser sujeto pasivo de una transmisión mortis causa. Es necesario distinguirla cuidadosamente de la vocación sucesoria. La primera es una aptitud de carácter general, que abre la posibilidad de ser sucesor de un difunto y que, como hemos de verlo, tiene toda persona visible o jurídica. La segunda es el llamamiento a la herencia, que surge del parentesco o de la voluntad del testador; es un derecho concreto, referido a una determinada sucesión y que requiere, como condición previa, la existencia de capacidad.

De lo dicho se desprende que la capacidad para suceder a que aluden los artículos 3286 Ver Texto y siguientes del Código Civil es de derecho, pues no se refiere al ejercicio, sino al goce o titularidad del derecho sucesorio (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 1, núms. 454 y sigs.).

1119/69

69. PERSONAS CAPACES.— Toda persona natural o jurídica goza de la capacidad de recibir una sucesión, a menos que exista una disposición contraria de la ley (art. 3288 Ver Texto , Cód. Civil).

Quedan así eliminadas algunas incapacidades que hoy resultan anacrónicas y francamente contrarias al derecho natural, como las que surgían de la muerte civil, de la profesión religiosa y de la condición de extranjero (ver nota 2).

La ley no solamente reconoce el derecho de sucesión a las personas naturales, sino también a las jurídicas. Lógicamente las últimas carecen de vocación sucesoria legítima, puesto que ésta nace del parentesco; pero, en cambio, pueden suceder por disposición de última voluntad.

1119/70

70.— Según el artículo 3287 Ver Texto , la capacidad para adquirir una sucesión debe tenerse al momento en que la sucesión se defiende. La solución es lógica, puesto que ese es el instante en que los derechos se adquieren. Hay, sin embargo, dos excepciones importantes a esta regla: a) pueden transmitirse bienes a personas jurídicas aún no constituidas y que, por lo tanto, carecen de personería y de capacidad, si la manda tiene por objeto precisamente crearlas (art. 3735 Ver Texto , Cód. Civil; véase también arts. 47 Ver Texto y 1806 Ver Texto); b) si la guarda del menor hubiera empezado durante el matrimonio y uno de los cónyuges falleciera, la adopción podrá otorgarse al viudo o viuda, y el hijo adoptivo lo será de ambos (art. 15 , ley 19134).

71. INCAPACIDADES ESTABLECIDAS EN EL CÓDIGO.— ¿Existen incapacidades para suceder en nuestro derecho? El Código usa, en efecto, esta terminología, pero en rigor es una expresión errónea, como se desprende del análisis de las hipótesis legales.

a) El Código enumera, ante todo, entre los incapaces a las personas que aún no estuvieren concebidas en el momento de la muerte del autor de la sucesión o que, estando concebidas, nacieran muertas (art. 3290 Ver Texto). En ninguna de estas hipótesis hay un problema de incapacidad. En la primera, el no concebido no hereda simplemente porque no existe, no es persona. Para tener vocación hereditaria o gozar de cualquier derecho, es necesario ante todo, existir. Por ello, si una persona dejare como heredero al hijo de una determinada unión, que todavía no estaba concebido a la época de la defunción del causante, la cláusula es nula (ver nota 3). Respecto de las dificultades que puedan presentarse sobre si la persona estaba o no concebida, véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 1, números 229 y siguientes.

En cuanto a las personas que, estando concebidas en el seno materno, nacieren muertas, tampoco son incapaces. Mientras se encuentran en él, son plenamente capaces para recibir bienes por sucesión y debe nombrárseles un representante legal que corra con la administración de aquéllos (arts. 64 Ver Texto y 70 Ver Texto , Cód. Civil); es verdad que, si nacieren muertos se considerará como si nunca hubieran existido (art. 74 Ver Texto), pero la muerte actúa en este caso como condición resolutoria y con efecto retroactivo; de tal modo que la persona que no nació viva no transmite a sus propios herederos derecho alguno. En otras palabras, la persona concebida tiene capacidad hereditaria, sus representantes legales administran sus bienes y esos actos son válidos respecto del heredero que resulte ulteriormente; sólo que la muerte antes del nacimiento opera una extinción retroactiva de todos sus derechos, al punto que la ley la reputa como si nunca hubiera existido. Este sistema también está de acuerdo con el principio de que la transmisión hereditaria se opera instantáneamente en el momento de la muerte del causante y de que no hay herencias sin dueño; pero si fuera exacto que el concebido y nacido muerto no heredase, habría siempre un interregno entre la muerte del causante y el nacimiento, en que la sucesión carecería de titular.

b) En segundo lugar, el Código llama incapaces a los indignos (arts. 3291 Ver Texto y sigs.). Pero aquí tampoco hay un problema de incapacidad. En substancia, la indignidad no es otra cosa que una desheredación pronunciada de oficio por la ley (ver nota 4). Lo demuestra la circunstancia de que el causante puede perdonar al indigno (art. 3297 Ver Texto , Cód. Civil), y lo corroboran otras disposiciones, tales como el artículo 3298 Ver Texto , según la cual la indignidad queda purgada por tres años de posesión de la herencia; el artículo 3299 Ver Texto , que niega a los deudores el derecho a oponer la indignidad (ver nota 5); el artículo 3309 Ver Texto , que reconoce validez a los actos de disposición hechos por el indigno, aunque fuera a título gratuito, a menos que hubiera concierto fraudulento con los terceros adquirentes (art. 3310 Ver Texto). Nada de ello se concebiría si se tratase de una incapacidad de derecho, que supone una falta de aptitud para adquirir los bienes, mientras que en nuestro caso sólo media un impedimento para conservarlos; y que se opera de pleno derecho, mientras que la indignidad requiere una sentencia judicial que la pronuncie (nota al art. 3291 Ver Texto) (ver nota 6).

En suma, la indignidad impide normalmente (es decir, siempre que no medie perdón del causante o posesión de la herencia por tres años) el desenvolvimiento de la vocación hereditaria; pero no es una incapacidad (ver nota 7).

c) El Código establece algunas incapacidades para suceder por testamento. Tal es el caso de los tutores, salvo que sean ascendientes (arts. 3736 Ver Texto y 3737), de los sacerdotes que asistieren al causante en su última enfermedad, sus parientes dentro del cuarto grado y las iglesias, parroquias y comunidades a las cuales pertenecieran (arts. 3739 Ver Texto y 3740), el escribano y los testigos que hubieren intervenido en el testamento por acto público (art. 3664 Ver Texto), los oficiales del buque a cuyo bordo se hizo el testamento marítimo (art. 3686 Ver Texto). Son normas destinadas a evitar la captación de la herencia del causante por quienes han podido influir indebidamente en su voluntad.

Tampoco en estos casos hay propiamente incapacidad. Lo demuestra la circunstancia de que estas personas pueden recoger la herencia ab-intestato si fueran parientes del difunto y no hubiera otros en grado más próximo (ver nota 8). Lo que hay en estos casos es una nulidad de la cláusula testamentaria, surgida de la violación de una prohibición legal.

d) Quedan, por último, algunas hipótesis que el Código no califica como incapacidad, pero que conviene mencionarlas, pues guardan alguna similitud con la indignidad. Es el caso del cónyuge que resulta excluido de la sucesión ab intestato cuando se casa durante la última enfermedad del difunto y éste fallece como consecuencia de ella dentro de los treinta días (art. 3573 Ver Texto); o cuando una sentencia lo hubiere declarado culpable del divorcio o si declarado inocente en ese juicio, viviere luego en concubinato o incurriere en injurias graves contra el otro cónyuge (art. 3574 Ver Texto) y cuando hubiere vivido separado de hecho sin voluntad de unirse o provisoriamente por resolución judicial (art. 3575 Ver Texto). Se trata de circunstancias que se oponen a la vocación hereditaria que normalmente le hubiere correspondido al cónyuge. Tampoco en esta hipótesis hay incapacidad, sino falta de vocación sucesoria ab intestato, destruida por alguno de aquellos acontecimientos. La prueba está en que el difunto puede testar en favor de su cónyuge y que tal disposición de última voluntad es plenamente válida (ver nota 9).

1119/72

72.— Con lo dicho, queda demostrado que no hay incapaces de suceder en nuestro derecho. Pero la calificación empleada por el Código conserva, sin embargo, un interés práctico. Cuando dispone que la capacidad se rige por la ley del domicilio del heredero (art. 3286 Ver Texto), ha de entenderse lo que él, bien o mal, llama capacidad. De manera que para juzgar la indignidad del heredero o la validez de las disposiciones testamentarias hechas en favor de las personas enumeradas en el apartado c) de nuestro número anterior, habrá que estar a la ley del domicilio del beneficiario (ver nota 10).

1119/11670

72 bis.— De cualquier modo, estas llamadas incapacidades tienen plena aplicación aunque el legado se disimule bajo la apariencia de un contrato oneroso o bajo el nombre de personas interpuestas (art. 3741 Ver Texto). Es una norma lógica destinada a impedir que se burlen las prohibiciones legales por medio de un acto simulado.

1119/73

73. LEY APLICABLE.— Dispone el artículo 3286 Ver Texto , Código Civil, que la capacidad para suceder se rige por la ley del domicilio de la persona al tiempo de la muerte del autor de la sucesión.

La inteligencia de esta disposición ha dado lugar a dificultades, pues parece chocar con el artículo 3283 Ver Texto que establece que el derecho de sucesión se rige por la ley del último domicilio del testador. Varias son las soluciones propuestas para conciliar ambos textos: 1) MACHADO sostiene que la ley del domicilio del causante rige la capacidad para transmitir bienes, salvo los situados en la República, que se transmiten de acuerdo con la leyes locales. Por el contrario, la capacidad del sucesor se rige por la ley de su domicilio; pero si se trata de herederos domiciliados en el país o de bienes aquí situados, rige la ley nacional (ver nota 11). 2) PRAYONES sostiene que el artículo 3283 Ver Texto se refiere a la capacidad de derecho y el artículo 3286 Ver Texto , se refiere a la capacidad de hecho (ver nota 12). LAFAILLE, que no emite su opinión de modo terminante, dice que esta interpretación está de acuerdo con la fuente del artículo 3286 Ver Texto , que es SAVIGNY, y con la cita que en el mismo artículo se hace del artículo 7º Ver Texto , Código Civil, que se refiere a la capacidad de hecho; empero, reconoce que esta interpretación ofrece un serio reparo: lo que se llama capacidad de suceder es de derecho, no de hecho (ver nota 13). Cabe agregar que es inexacto que SAVIGNY, en el párrafo que ha servido de fuente al artículo 3286 Ver Texto , se refiera a la capacidad de hecho, pues los ejemplos usados (profesión religiosa, muerte civil) prueban que alude a la de derecho (ver nota 14). 3) Finalmente, FORNIELES piensa que no hay entre estas normas contradicción alguna: el artículo 3283 Ver Texto se refiere a la vocación sucesoria y el artículo 3286 Ver Texto a la capacidad del heredero (ver nota 15), conceptos que, según ya lo hemos dicho, son muy distintos (véase nº 68).

Por nuestra parte, adherimos a la opinión de FORNIELES. El concepto de capacidad de suceder es inequívoco: se alude a la de derecho (véase nº 68). Y respecto de ella, el artículo 3286 Ver Texto dispone claramente que rige la ley del domicilio del sucesor. No caben dudas, por tanto, máxime que con ello no se contradice el artículo 3286 Ver Texto , que rige la capacidad del causante, la forma de los testamentos, la vocación hereditaria, el monto y proporción de las hijuelas. Es verdad que también la capacidad del sucesor pudo haberse regido por la ley del domicilio del testador y que esta solución hubiera evitado inconvenientes prácticos serios. Supóngase que una persona fallecida en nuestro país deje sus bienes a otra cuya ley personal la reputa incapaz. Los bienes no podrán serle deferidos, tiene vocación, pero no capacidad. Sin embargo, lo cierto es que nuestra ley, siguiendo a Savigny, ha optado por este sistema.

Desde luego, tratándose de bienes inmuebles o de muebles de situación permanente en el país, se aplicará siempre la ley nacional, de acuerdo con la jurisprudencia firme de nuestros tribunales, que ya conocemos (nº 47).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: LAFAILLE, Sucesiones, núms. 88 y sigs.; FORNIELES, Sucesiones, t. 1, núms. 55 y sigs.; ZANNONI, Derecho de sucesiones, t. 1, 108 y sigs.; MAFFÍA, Tratado de las sucesiones, t. 1, núms. 101 y sigs.; PÉREZ LASALA, Derecho de sucesiones, t. 1, núms. 130 y sigs., GOYENA COPELLO, Tratado de derecho de sucesión, t. 1, p. 531 y sigs.; DE GÁSPERI, Tratado de derecho hereditario, t. 1, núms. 22 bis y sigs.; PLANIOL-RIPERT, ed. La Habana, t. 4, núms. 23 y sigs.; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Des successions, t. 1, núms. 167 y sigs.

(nota 2) En Francia, el Código Napoleón establecía la incapacidad de los muertos civiles y los extranjeros (art. 726, incs. 4º y 5º). Dos leyes posteriores las eliminaron (leyes del 8 de junio de 1850 y del 31 de mayo de 1854, para la muerte civil, y del 14 de julio de 1819, para los extranjeros).

(nota 3) FORNIELES, Sucesiones, t. 1, nº 62.

(nota 4) PLANIOL, Traité élémentaire, t. 3, nº 1734.

(nota 5) En rigor, esta disposición por sí sola no sería decisiva, puesto que las nulidades surgidas de una incapacidad de derecho pueden ser relativas (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, nº 1254); pero por lo común son absolutas. La circunstancia de que la indignidad no pueda ser invocada más que por los coherederos contribuye junto con las otras disposiciones citadas en el texto a configurar una institución distinta de la incapacidad.

(nota 6) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 1, nº 168; DEMOLOMBE, t. 13, nº 275; LAFAILLE, t. 1, nº 96.

(nota 7) La doctrina es prácticamente unánime: LAFAILLE, t. 1, nº 96; FORNIELES, t. 1, nº 63; RÉBORA, t. 1, nº 23 y 54; ZANNONI, t. 1, 138; SALAS, nota en J.A., 1953-I, p. 345; LANDABURU, nota en J.A., t. 55, p. 323; ARIAS, Sucesiones, p. 271; AUBRY y RAU, t. 6, § 594; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 1, nº 168; JOSSERAND, t. 3, vol. 2, nº 729.

(nota 8) Así lo ha hecho notar FORNIELES, t. 1, nº 64; de acuerdo MAFFÍA, t. 1, nº 104. En contra: ZANNONI, t. 1, § 128.

(nota 9) En contra: DE GÁSPERI, Tratado, t. 1, nº 28, quien juzga que hay incapacidad. RÉBORA, habla de vocación inoperante (t. 1, nº 17).

(nota 10) FORNIELES, t. 1, nº 65.

(nota 11) MACHADO, t. 8, p. 312, nota.

(nota 12) PRAYONES, nº 7.

(nota 13) LAFAILLE, t. 1, nº 60.

(nota 14) SAVIGNY, Sistema de derecho romano actual, t. 6, nº 377, 4.

(nota 15) FORNIELES, t. 1, núms. 57 y sigs.

1119/10170

II. INDIGNIDAD (ver nota 1)

1119/10180

§ 1.— Nociones generales

1119/74

74. CONCEPTO Y NATURALEZA.— La vocación hereditaria surgida del parentesco o de la voluntad del causante supone un vínculo de afecto, consideración y solidaridad entre el causante y el sucesor. Pero, a veces, la conducta de éste lo hace indigno del beneficio; la ley lo excluye entonces de la herencia.

Hemos dicho ya (véase nº 71, b) que la indignidad no constituye una incapacidad propiamente dicha, no obstante que el Código así la califica; es simplemente una sanción legal en virtud de la cual queda excluido de la sucesión quien ha incurrido en determinadas ofensas contra el difunto.

1119/75

75. FUNDAMENTO.— En el fondo, como dice PLANIOL, la indignidad no es otra cosa que una desheredación pronunciada de oficio por la ley, (ver nota 2), en casos que, por su gravedad, no permiten dudar de la voluntad del causante de excluir al culpable; si la ley impone la sanción por sí misma es previendo la hipótesis de que el causante no haya conocido el hecho o no haya podido expresar su voluntad por temor, o su manifestación haya sido ocultada o destruida. Pero, si no obstante la gravedad del hecho, el causante perdona a su ofensor, éste conserva sus derechos hereditarios (art. 3297 Ver Texto , Cód. Civil).

76.— Se ha sostenido que el fundamento de la indignidad sería otro: la sanción legal se impondría, no en homenaje a la presunta voluntad del causante, sino al buen orden y a la moral sociales. SALAS, que sostiene esta opinión, hace notar en su favor que el Código exige la existencia de una condena (arts. 3291 Ver Texto y 3294 Ver Texto), lo que indica que la ley ha tenido en cuenta más la moral pública que los sentimientos del causante que no podrían variar por la existencia o no de la sentencia condenatoria; y que hay motivos de indignidad que no permitirían al causante desheredar al culpable, tal como el atentado contra su cónyuge, lo cual demuestra que no se trata de una desheredación presumida por la ley. El argumento de que el indigno puede ser rehabilitado por el ofendido no sería, a su juicio, decisivo, porque también el perdón de la víctima en ciertos delitos extingue la pena (art. 69 Ver Texto , Cód. Penal), sin que por ello ésta deje de tener carácter de tal y de responder a un fundamento de orden social (ver nota 3). Las razones expuestas no nos parecen convincentes. La exigencia de la condena se explica por la muy simple razón de que los jueces civiles no pueden admitir la existencia de un delito sin sentencia del juez competente que así lo declare. Tampoco tiene valor el argumento fundado en que existen causas de indignidad que no permiten desheredar; la solución es lógica, puesto que la desheredación está pronunciada por la ley; basta con el silencio del causante para que se opere el efecto deseado por él, que es la exclusión del indigno. Menos importante aún nos parece la consideración fundada en que la pena en los delitos privados se extingue por el perdón de la víctima. Es bien sabido que estos delitos constituyen una categoría anormal dentro del derecho penal, puesto que la acción queda reservada exclusivamente a las víctimas, quienes tienen además el derecho del perdón. Es evidente que en tales casos la pena, más que por razones sociales, se impone con el propósito de resguardar intereses personales.

Volviendo a nuestro caso, una conclusión parece indiscutible: si lo que se procura resguardar con la institución de la indignidad fueran intereses sociales y la moral pública, sería inconcebible que la aplicación de la pena dependiera de la voluntad del causante (ver nota 4).

Digamos, para concluir, que el sistema de nuestra ley, en el que la indignidad queda borrada por el perdón, es aceptado universalmente (Cód. Civil alemán, art. 2343; italiano, art. 466; suizo, art. 540; brasileño, art. 1597; español, art. 757; mexicano, art. 1318; peruano, art. 666; venezolano, art. 811).

77. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.— En Roma, la legislación sobre la indignidad data de la época del Imperio, remontándose la más antigua probablemente a las leyes Julia y Pappia Poppea.

Las causales de indignidad eran muy numerosas, y pueden clasificarse en cuatro grupos: a) Las que tienen su origen en atentados contra la persona o el honor del difunto o de su viuda. Eran indignos, por ejemplo, los que le dieran muerte, lo privaran de cuidados siendo insano,

omitieran rescatarlo si estuviera cautivo, impugnaran su estado de familia, etcétera. b) Las que se basan en desobediencias graves y ofensivas a la voluntad de aquél. Así, eran indignos quienes les impidieran testar o cambiar sus disposiciones, quienes atacaran de falso o inoficioso el testamento, quienes no cumplieran las cargas que se le imponían, etcétera. c) Las que se declaran interpretando la voluntad expresa o presumida del causante; como ocurre cuando el testador ha borrado el nombre de un heredero del testamento, o lo declara indigno en cualquier testamento o, luego de testar se ha enemistado gravemente con él. d) Las que el legislador declara velando por las buenas costumbres. Por ejemplo, cuando el heredero hace convenciones sobre la herencia futura o cuando ha tenido comercio ilícito con el causante, o el funcionario imperial que se casa en su provincia (ver nota 5).

En el antiguo derecho francés, la indignidad se fundaba en las mismas causas que autorizaban la desheredación. Los motivos quedaban librados a la apreciación del juzgador, aunque algunos estaban consagrados por las costumbres. Como peculiaridad, podemos señalar que se tenía por indigna a la mujer que contraía nuevo matrimonio, o que observaba mala conducta durante el período de un año de duelo (ver nota 6). En las regiones de derecho escrito se aplicaba el derecho romano.

En la antigua legislación española, las causales eran aproximadamente las mismas que en nuestro Código (Partida 6º, Tít. 7, Ley 13).

1119/78

78. MOMENTO EN QUE DEBE EXISTIR LA INDIGNIDAD.— En principio, la indignidad debe existir al tiempo de la muerte del causante (arts. 3287 Ver Texto y 3302 Ver Texto , Cód. Civil).

Pero no siempre será posible aplicar esta regla, porque el mismo Código enumera casos en que el hecho generador de la indignidad se produce posteriormente; así por ejemplo, la sustracción del testamento (art. 3296 Ver Texto) o la falta de denuncia de la muerte violenta del de cujus (art. 3292 Ver Texto).

1119/79

79. PERSONAS QUE PUEDEN SER DECLARADAS INDIGNAS.— Pueden ser excluidos de la sucesión tanto los herederos (sean testamentarios o ab intestato) como los legatarios. La ley no establece ninguna distinción entre ellos y, en verdad, no se justificaría que lo hiciera, pues tanto los unos como los otros tienen un deber de gratitud y respeto para la memoria de quien los ha beneficiado (ver nota 7). Por lo demás, del artículo 3300 Ver Texto se desprende claramente la posibilidad de declarar indigno al legatario.

1119/80

80.— Las personas de existencia ideal no pueden incurrir en indignidad, pues no se concibe formular un juicio moral acerca de sus actos y no cabría, por tanto, imponer una sanción que justamente se funda en razones de ese carácter (ver nota 8).

Algunas hipótesis, sin duda extremas y poco probables, ponen a prueba el principio. Supóngase que el testador deje la porción disponible de sus bienes a una sociedad integrada exclusivamente por sus hijos y que ellos hayan incurrido en una causal de indignidad. ¿Se mantiene en pie aquel legado? Consideramos que no, porque en realidad la manda ha importado una simulación al atribuir derechos a una persona jurídica cuando, en realidad, la intención del causante era dejarlos a sus hijos, si bien dándole un destino determinado. El legado caducará. Más compleja es la solución si algunos de los hijos fueran indignos y otros no. Pero el problema se resuelve siempre a la luz de los principios de la simulación. La manda será válida en la proporción que esté destinada a quienes no hubieran incurrido en indignidad y caducará en el resto.

También es necesario hacer reserva de la hipótesis en que el administrador de la persona jurídica hubiera forzado al difunto a testar en favor de ella o le impidiera la revocación del testamento hecho en su beneficio, o sustrajera aquél en el cual constaba la revocación. En los dos primeros casos, la manda será nula por violencia; en el último, hay un fraude que impide convalidar el testamento, pues lo contrario sería prestar apoyo jurídico a la mala fe y al delito (ver nota 9). Estrictamente, no juegan en estos casos los principios de la indignidad, sino los de la nulidad de los actos jurídicos.

1119/10190

§ 2.— Causales

1119/81

81. CARÁCTER DE LA ENUMERACIÓN LEGAL.— El Código ha enumerado las causales de indignidad en varios preceptos, sin decir (a diferencia de lo que ocurre con la desheredación, art. 3744 Ver Texto), si la enumeración es o no limitativa. Sin embargo, hay acuerdo general en que lo es (ver nota 10). La indignidad es una sanción y, como tal, no puede imponerse sino cuando la ley lo establece expresamente. Los jueces, por vía de interpretación, no pueden crear indignidades, pues ello importaría introducir la arbitrariedad y la incertidumbre.

Según nuestro Código, son causales de indignidad el homicidio o tentativa de homicidio contra el difunto, su cónyuge o descendientes, la acusación criminal contra el causante, el adulterio con su mujer, los atentados contra su última voluntad, la falta de denuncia de su muerte violenta y su abandono. Las estudiaremos en los párrafos siguientes.

1119/10200

A.— HOMICIDIO O TENTATIVA (ver nota 11)

1119/82

82. EL HOMICIDIO COMO CAUSAL DE INDIGNIDAD.— Dispone el artículo 3291 Ver Texto que son indignos los condenados en juicio por delito o tentativa de homicidio contra la persona de cuya sucesión se trate, su cónyuge o descendientes, o como cómplices del autor directo del hecho.

Una larga tradición, que se remonta al derecho romano, consagra esta causal de indignidad. La naturaleza, dice CHABOT, se rebela ante la idea de que el asesino pueda ser llamado a recoger los despojos de su víctima (ver nota 12). En verdad, la ley ha sido en exceso benigna al considerar solamente este delito y no otros que suponen graves ofensas contra el causante, como las lesiones, las calumnias, la defraudación, etcétera.

1119/83

83.— El artículo 3291 Ver Texto habla de delito o tentativa de homicidio. Es obvio que lo fundamental para imponer la sanción de la indignidad es la intención delictiva, aunque haya quedado frustrada, pues de lo contrario no se concebiría una valoración moral del acto, ni por ende, la exclusión. Queda dicho con ello que no incurre en indignidad el autor de un homicidio culposo (ver nota 13), o si ha incurrido en error en la persona (por ej. el que matase al padre sin saber que lo era) (ver nota 14), o si es inimputable (art. 34 Ver Texto , Cód. Penal). En esta última hipótesis, no sólo sería imposible la formulación de un juicio moral sobre el acto, sino que faltaría también el requisito de la condena criminal. En cambio, las simples circunstancias atenuantes (por ej., la emoción violenta) no bastan para evitar una declaración de indignidad (ver nota 15).

Tampoco lo evita la eutanasia (ver nota 16), la muerte con el consentimiento de la víctima (ver nota 17), la ayuda al suicidio (ver nota 18).

1119/84

84.— Algunas hipótesis son de solución menos clara. No cabe duda de que la muerte en legítima defensa no es causa de indignidad, puesto que es inimputable (art. 34 Ver Texto , inc. 6º, Cód. Penal) y no puede, por tanto fundar una condenación. ¿Pero si ha habido exceso en la defensa? SALAS piensa que tampoco puede dar lugar a una declaración de indignidad, puesto que nuestro Código Penal considera que se trata de un delito culposo (ver nota 19). En principio, estamos de acuerdo con esta opinión: pero creemos también que el juez puede llegar a la solución contraria, si las circunstancias del caso permitieran formar un juicio moral adverso a la conducta del homicida.

Tampoco es causa suficiente el homicidio preterintencional. En este caso no ha habido intención de matar, sino de causar un daño menor, no penado con indignidad: los medios empleados no podían razonablemente provocar ese resultado y es necesario un factor extraño, imprevisto por el autor, para que se produzca (ver nota 20).

Más delicada es la hipótesis del homicidio perpetrado en estado de ebriedad u otras intoxicaciones análogas. Ninguna duda cabe de que la beodez completa e involuntaria exime de toda responsabilidad al autor del hecho (art. 34 Ver Texto , inc. 1º, Cód. Penal). Si, por el contrario, ha sido voluntaria, el autor es criminalmente responsable, pero a título de delito culposo (ver nota 21); no permitiría, por tanto, una declaración de indignidad (ver nota 22). Distinta será la solución si la embriaguez ha sido autoprovocada con la intención de darse valor para cometer el hecho; pues si alguien se embriaga para matar y mata, ello demuestra que la embriaguez no es completa, que el autor no ha perdido totalmente la conciencia de sus actos y, por tanto, es penalmente responsable y civilmente indigno (ver nota 23).

1119/85

85.— La hipótesis del duelo ha suscitado numerosos problemas. Si se trata de un duelo irregular, la cuestión no ofrece dudas, puesto que el Código Penal equipara la muerte al homicidio común (art. 98 Ver Texto , inc. 1º); hay, pues, indignidad (ver nota 24). Consideramos que la misma solución debe admitirse en el caso de muerte en duelo regular, que es penalmente imputable y que indica además la existencia de una grave ofensa entre los rivales, quienes, al menos, debe haber contemplado la posibilidad de matar (ver nota 25).

Estrictamente, no es indispensable que el duelo haya causado la muerte, desde que el mero hecho de que haya tenido lugar importa una tentativa (por lo menos en el sentido del art. 3291 Ver Texto , Cód. Civil), susceptible de provocar una condena penal (art. 97 Ver Texto , Cód. Penal) (ver nota 26). Es claro que, en la práctica, los duelos que no tienen consecuencias, o las tienen leves, jamás dan lugar a la intervención de la justicia del crimen, ni hay por tanto la condena indispensable para declarar la indignidad.

En cuanto a los padrinos, no son penalmente punibles, a menos que usaran alevosía en la ejecución del duelo o lo concertaran a muerte (arts. 102 Ver Texto y 103, Cód. Penal). En estos casos deben reputarse indignos, aun a los representantes del propio fallecido (ver nota 27).

Pero hay que agregar que el duelo regular ha desaparecido de las costumbres modernas, con lo cual han desaparecido estos problemas.

1119/86

86.— También debe considerarse indigno el autor de un homicidio en riña. SALAS sostiene la opinión contraria, fundado en que este tipo de delito supone la imposibilidad de precisar quién causó la muerte y que, por tanto, debe estarse a la solución más favorable para el heredero (ver nota 28). Tales razones no parecen suficientes para apartarse de lo dispuesto

por el artículo 3291 Ver Texto , Código Civil. Porque esta hipótesis lleva implícita la existencia de una condena por homicidio; además, ha debido mediar una riña con la víctima, el condenado debe haber ejercido violencia sobre una persona. En el mejor de los casos hay una complicidad, una colaboración en la comisión del delito. Es decir, se dan los presupuestos formales y morales para la existencia de indignidad (ver nota 29).

1119/87

87.— La sanción legal se impone, no sólo a quien ha consumado el homicidio, sino también a quien incurrió en tentativa. La solución es justa, porque la apreciación moral de la acción no se altera por la circunstancia de que se haya frustrado.

1119/88

88.— Además del autor principal, son también indignos los cómplices. La palabra cómplice, usada por el artículo 3291 Ver Texto , Código Civil, debe entenderse *latu sensu*, vale decir, no sólo comprensiva del que cooperó en la realización del delito, sino también del que lo instigó, puesto que ambos se consideran partícipes en el crimen (art. 45 Ver Texto , Cód. Penal). También el encubridor se hace pasible de indignidad (ver nota 30); esta hipótesis se vincula muy estrechamente con la prevista en el artículo 3292 Ver Texto , Código Civil, cuyo estudio haremos más adelante (núms. 96 y sigs.).

Una cuestión delicada se presenta cuando el cómplice ha querido participar en un hecho menos grave que el cometido por el autor. Puesto que no ha habido intención de matar, parece lógico decidir que no hay indignidad (ver nota 31); pero tal conclusión sólo puede admitirse en caso de que las circunstancias que rodearon el hecho demuestren que el cómplice debía descartar la posibilidad de que el delito que se pensaba cometer se transforme en homicidio; si por ejemplo, se tratase de un robo a mano armada y la muerte resultó de que la víctima se resistió o repelió la agresión, no podrá el cómplice sostener que él solamente quiso robar, pues aunque la muerte haya sido una consecuencia indeseada por él, lo cierto es que fue prevista y que afrontó la eventualidad.

1119/89

89. LA VÍCTIMA.— Para que haya lugar a una declaración de indignidad, el delito debe haberse cometido en la persona del causante, en la de su cónyuge o sus descendientes (art. 3291 Ver Texto , Cód. Civil). El Código ha olvidado a los ascendientes, respecto de los cuales median las mismas razones morales. Debió haberse previsto también el caso del colateral que mata a otro colateral de grado más próximo, para ocupar su lugar en la sucesión. Son omisiones que parecen estar exigiendo una reforma legislativa.

1119/90

90.— El homicidio del cónyuge presenta algunas dificultades en caso de nulidad del matrimonio y de divorcio.

Desde luego, si la nulidad hubiera sido declarada antes de la comisión del hecho, no hay problema, pues en ese momento, la víctima ya no era cónyuge del causante. Tampoco hay dificultad si, cometido el homicidio antes de la sentencia de nulidad, ambos cónyuges fueran de mala fe, pues en tal caso el matrimonio no produce ningún efecto civil y la unión se reputa concubinato (art. 223 Ver Texto) (ver nota 32). También nos parece clara la solución cuando uno solo de los cónyuges es de buena fe; la ley le reconoce ciertos efectos a esta unión (art. 222 Ver Texto), con el fin de proteger al contrayente de buena fe; y aquí no están en juego los derechos de éste, sino los de un tercero; por lo tanto, la nulidad debe producir sus efectos normales, es decir, debe operar con retroactividad. Si no hay matrimonio, no hay indignidad (ver nota 33).

En cambio, creemos que la solución debe ser diferente si ambos cónyuges fuesen de buena fe, pues en ese caso el matrimonio produce todos sus efectos legales hasta el día de la sentencia que declara la nulidad (art. 221 Ver Texto) (ver nota 34).

1119/91

91.— En caso de divorcio, es menester distinguir si existe o no disolución de vínculo. En la primera hipótesis, no puede hablarse ya de cónyuges, ni hay, por tanto, lugar a la indignidad (ver nota 35). En la segunda, la solución es más dudosa. Algunos autores se inclinan por mantener en este caso la sanción, pues subsiste el estado conyugal (ver nota 36); por nuestra parte, consideramos que no corresponde aplicarla, a menos que, como resultado del crimen, el victimario viniera a recibir bienes que de lo contrario no le hubieran correspondido. El divorcio supone siempre, aunque se mantenga un vínculo, una quiebra de la affectio maritalis; el homicidio de uno de los cónyuges deja de ser para el otro un agravio moral; si éste no existe y si tampoco ha existido la intención de sustituir a la víctima en sus derechos hereditarios, no se ve razón para declarar la indignidad. El argumento de que en estos casos se mantiene el estado de cónyuge no es suficiente, de la misma manera que el homicidio culposo no da lugar a la declaración de indignidad, por más que existe homicidio; pues las palabras de la ley no pueden interpretarse literalmente, sino ateniéndose a sus fundamentos y a los fines perseguidos por la norma.

1119/92

92.— En cuanto a los descendientes, la ley no formula ninguna distinción; quedan, por tanto, incluidos los matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos. Respecto de los hijos extramatrimoniales, será necesario que exista, a la época del homicidio, la declaración judicial de la existencia del vínculo, reconocimiento de la filiación o, por lo menos, posesión de estado. En este último caso, por más que no haya un vínculo legalmente establecido, ha mediado un trato que social y jurídicamente tiende a establecerlo; justamente por ser público ese trato, debe ser conocido y respetado por los terceros (ver nota 37). Cabe preguntarse qué ocurre si el reconocimiento ha tenido lugar por un instrumento público o privado, no inscripto en el Registro Civil, y no conocido por el victimario. Pensamos que, si el delincuente no conocía ese documento, ni sabía por otros medios la existencia de una

relación de filiación, no cabe declararlo indigno, pues faltaría el fundamento moral para imponerle esta sanción (ver nota 38). Pero si existe título de estado (véase Tratado de Derecho Civil, Familia, t. 1, n° 28), no puede alegarse ignorancia.

La mera iniciación de la demanda por filiación no basta para que el homicidio del hijo o sus descendientes dé lugar a la indignidad. No hay todavía un emplazamiento legal del estado; más aún, se supone, por hipótesis, que el padre ha controvertido la filiación, lo que significa que el homicidio no debe afectarlo moralmente (ver nota 39).

1119/93

93. REQUISITO DE CONDENA CRIMINAL.— La indignidad no puede ser impuesta sin que medie una condena en juicio (art. 3291 Ver Texto). No cabe duda de que la norma alude a la sentencia dictada por los tribunales del crimen, que constituye, por tanto, la condición legal previa para imponer la sanción civil de que tratamos.

Hay acuerdo casi general en que la exigencia de la condena lleva implícita la imposibilidad de excluir de la herencia al criminal que ha fallecido durante el proceso (ver nota 40), puesto que la acción penal se extingue contra él (art. 59 Ver Texto , inc. 1°, Cód. Penal); al que ha fugado o ha sido declarado demente, porque en estos casos, si bien continúa el sumario, una vez concluido, la causa debe suspenderse hasta que sea hallado o recobre el uso de razón; lo mismo ocurre en caso de prescripción de la acción penal (ver nota 41). Al adoptar esta solución, VÉLEZ se inspiró en el artículo 727, Código Civil francés, que reaccionó contra la extensión excesiva de las indignidades en el derecho romano. Pero no cabe duda de que el sistema del Código, demasiado estricto, no consulta las exigencias de la justicia y del buen sentido. Es verdad que, por lo común, el pronunciamiento criminal debe preceder al civil y que éste no podría contradecirlo y hallar culpable a quien ha sido absuelto, sin crear una anarquía intolerable y una contradicción incompatible con una ordenada administración de justicia. Pero cuando la acción penal se hubiera extinguido por fallecimiento del presunto delincuente o se suspendiera el proceso por su fuga o demencia, no se ve razón suficientemente seria como para impedir que los jueces civiles decidan si ha habido o no homicidio. Es ésta la solución que nuestro propio Código establece para el caso de indemnización de los daños causados por delitos (art. 1101 Ver Texto , Cód. Civil) y la que prevalece, en la hipótesis de indignidad, en los códigos más modernos (ver nota 42). El deseo de ver imperar una solución mejor, ha movido a algunos autorizados autores a sostener que el artículo 1101 Ver Texto es también aplicable al caso de indignidad (ver nota 43); pero la referencia muy precisa del artículo a la indemnización de los daños y perjuicios y la concreta exigencia de la condena, contenida en el artículo 3291 Ver Texto , han impedido que prospere esta tesis, que en rigor significaría una reforma del sistema del Código (ver nota 44).

1119/94

94.— El requisito de la condena previa no significa que no pueda entablarse la demanda; ésta se iniciará en lo civil, pero la sentencia debe suspenderse hasta que se pronuncie el juez del crimen. Entretanto, queda también suspendido el plazo del artículo 3298 Ver Texto para purgar la indignidad por posesión de la herencia (ver nota 45).

1119/95

95. INDULTO Y PRESCRIPCIÓN DE LA PENA.— El artículo 3291 Ver Texto establece que la indignidad no puede ser purgada ni por gracia acordada al criminal, ni por prescripción de la pena.

En el primer caso se contempla la posibilidad de que un indulto o amnistía dejen en libertad al reo. Tales actos borran la pena, pero no el delito. Este ha existido y en autos ha sido declarado culpable. Lo mismo ocurre cuando se prescribe la pena. Sería inmoral que gozara de la herencia quien cometió el delito, por más que se lo haya eximido de la pena.

Una hipótesis, teóricamente delicada, es la de que el indulto haya recaído antes de la condena. Decimos teóricamente porque, en la práctica, el Poder Ejecutivo sólo lo ha hecho en casos muy excepcionales (ver nota 46) y siempre tratándose de delitos políticos, es decir, de aquellos que no tienen incidencia en el problema de la indignidad. Pero, supuesto el caso de que el indulto de un homicida se produjera antes de la sentencia definitiva, la aplicación rigurosa del artículo 3291 Ver Texto , que exige la condena, obligaría a desechar la indignidad. Tal solución resulta francamente intolerable. Significaría aplicar la norma a un caso evidentemente no previsto por el legislador, circunstancia que autoriza a apartarse de ella (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 1, n° 216), tanto más cuanto que otra norma, que no establece distinciones, dispone que la gracia no purga la indignidad (ver nota 47).

1119/10210

B.— OMISIÓN DE DENUNCIA DE LA MUERTE VIOLENTA DEL CAUSANTE

1119/96

96. OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR LA MUERTE VIOLENTA.— El artículo 3292 Ver Texto , Código Civil, declara indigno al heredero mayor de edad que, sabiendo la muerte violenta del autor de la sucesión, no la denuncia a los jueces en el término de un mes, si sobre ella no se hubiera procedido de oficio. Moralmente, quien va a beneficiarse con la herencia debe procurar el castigo del delincuente que ocasionó la muerte.

En principio, basta con la simple denuncia de la muerte violenta. En nota al artículo, Vélez dice que el heredero no está obligado a demandar al homicida por el compromiso que esto puede traerle. Y DEMOLOMBE, citado en esa nota, expresa que el denunciante puede tener solamente sospechas de la identidad del delincuente, ignorarla completamente o temer su venganza, o las consecuencias de un pleito de daños y perjuicios (ver nota 48). Pero, naturalmente, no puede considerarse satisfecha la obligación legal con una mera denuncia formal del hecho, si el denunciante es encubridor. El que oculta al delincuente, facilita su

fuga, o procura la desaparición de los rastros y pruebas del delito, vale decir, incurre en algunos de los hechos penados por el artículo 277 Ver Texto , Código Penal, es, en sentido lato, un verdadero cómplice. Importaría una verdadera burla a la ley eximirlo de sanción por haber cumplido formalmente con la denuncia.

1119/97

97.— La obligación de denuncia pesa solamente sobre el heredero mayor de edad. El legatario queda, por tanto, excluido y no podría declarárselo indigno, salvo que sea encubridor; en esta hipótesis juega el artículo 3291 Ver Texto , pues hay complicidad criminal.

Tampoco está obligado cualquier heredero, sino únicamente el que ha llegado a la mayoría de edad, pues la ley supone que sólo él tiene discernimiento como para apreciar las circunstancias del caso. Además, debe tratarse de un mayor capaz porque si bien el representante legal de un interdicto puede formular a su nombre la denuncia, la omisión no podría perjudicarlo, desde que la indignidad supone la valoración moral de una conducta, lo que no se concibe respecto de un demente o un sordomudo que no sabe darse a entender por escrito. Pero, tanto el menor como el interdicto, deben formular la denuncia dentro del mes de llegados a la mayoría de edad o de recuperada su capacidad; de lo contrario incurrirán en indignidad (ver nota 49).

Va de suyo que los que ignoraban su calidad de herederos está exentos de la sanción (ver nota 50), si una vez anoticiados lo hicieron dentro del plazo legal.

1119/98

98.— La denuncia debe ser hecha dentro del plazo de un mes de conocida la muerte violenta, no de la fecha de ésta; y según el artículo 3292 Ver Texto , debe ser formulada al juez. Sin embargo, la interpretación legal de esta exigencia no es razonable. Lo que se busca es el castigo del homicida. Siempre que se la ponga en conocimiento de un funcionario capaz de perseguir al criminal, de poner en marcha los mecanismos represivos del Estado (por ej., ante el comisario de policía), la indignidad quedará descartada (ver nota 51).

El heredero no debe juzgar si ha mediado o no delito, si se cometió el homicidio por legítima defensa, si fue culposo, preterintencional, etcétera. Tales circunstancias deben ser determinadas por la justicia criminal, no por él. Por lo tanto, la denuncia debe efectuarse siempre (ver nota 52); y no podría eximirse, quien la omitió, de la sanción de indignidad, alegando después de la condena que creía de buena fe que el hecho había sido cometido en circunstancias que lo eximían al autor de responsabilidad penal. Pero, si la sentencia ha sido absolutoria o se ha declarado que el homicidio fue culposo o preterintencional, consideramos que la omisión de la denuncia no trae aparejada la indignidad, pues aquella decisión importa convalidar la prudencia de la conducta seguida por el heredero.

1119/99

99. CASOS EN QUE CESA LA OBLIGACIÓN DE FORMULAR LA DENUNCIA.— La obligación de formular la denuncia cesa en los siguientes supuestos:

a) Cuando ya se hubiera procedido de oficio (art. 3292 Ver Texto). La investigación está ya en manos de la justicia y la denuncia carece de sentido. Lo mismo ocurriría si otro heredero ha efectuado la acusación y a él le consta este hecho. Agreguemos que, actualmente, en casi todos los casos de muerte violenta se procede de oficio, de modo que las posibilidades de aplicación de esta causal de indignidad son bastante remotas.

b) Cuando el homicida sea ascendiente, descendiente, cónyuge o hermano del heredero. Porque, en este caso, la ley no puede imponerle una obligación que heriría sus más vivos sentimientos; el propio Código Penal exime a tales parientes de la penalidad propia del encubrimiento (art. 278 Ver Texto). En cuanto a los ascendientes y descendientes, el Código no distingue entre legítimos, extramatrimoniales y adoptivos. Todos ellos están exentos de la obligación. También lo están los cónyuges, aunque estuvieran divorciados de personas, pues el vínculo se mantiene en pie y una razón de decoro aconseja no poner en movimiento la acción represiva contra el esposo (ver nota 53). En cambio, desaparecido el vínculo, por disolución, o por nulidad del matrimonio, la obligación subsiste, puesto que, en este caso, ya no podría hablar de cónyuges, como lo hace la ley.

1119/10220

C.— ACUSACIÓN CRIMINAL CONTRA EL DIFUNTO

1119/100

100. LA NORMA LEGAL.— El artículo 3293 Ver Texto , Código Civil, considera indigno al que voluntariamente acusó o denunció al difunto, de un delito que haya podido acarrearle una condena a prisión, o trabajos públicos por cinco años o más.

Nuestro codificador ha tomado esta causal del derecho romano y de los códigos de su época, pero suprimiendo dos requisitos que entonces eran fundamentales: que la acusación fuera capital y calumniosa (ver nota 54). Ha tenido razón al hacerlo, pues no puede heredar quien es capaz de acusar criminalmente al de cujus, sin tener obligación de hacerlo. Sólo cabe observar que no debió fijarse el plazo de la posible condena en cinco años, pues cualquier condena de prisión importa un agravio moral para el causante. Este es el criterio seguido por los códigos de México (art. 1316), del Perú (art. 667, inc. 3º), Brasil (art. 1595, inc. 2º), y España (art. 756, inc. 3º).

La acusación basta por sí sola, sin que sea menester que se juzgue o se condene en base a ella; pero por denuncia no debe entenderse la simple afirmación hecha ante cualquier extraño, sino la presentación formal ante un funcionario habilitado para darle curso (ver nota

55). El desistimiento no borra la indignidad, pues es el acto de la denuncia y no el resultado del proceso el que la acusa (ver nota 56).

Pensamos que, para que pueda imponerse la sanción, es necesario que el denunciante conozca el vínculo de parentesco que lo unía al causante o la institución hereditaria hecha en su favor. Sólo así puede recaer una reprobación moral sobre quien denuncia el delito, pues las personas extrañas al delincuente tienen más bien un deber de solidaridad social de ponerlo en conocimiento de las autoridades competentes. Y quien no sabe del parentesco o de la institución hereditaria, hace bien en denunciarlo.

La testificación, en cambio, no puede equipararse a la denuncia, porque ella no es voluntaria. La persona llamada a declarar como testigo está obligada a decir lo que sabe, para ayudar al esclarecimiento de la verdad. Pero si el testigo puede excusarse de declarar por razones de parentesco (art. 55 Ver Texto , Cód. Procesal Penal) y, no obstante ello, lo hace y acusa al procesado, incurre en indignidad (ver nota 57). Con tanto mayor razón incurre en ella el culpable de falso testimonio (ver nota 58).

1119/101

101.— El Código dice que, para dar lugar a la indignidad, la acusación debe ser voluntaria. En base a esta palabra, algunos autores sostienen que, cuando media un deber moral de formular la denuncia (por ej., en el caso del fiscal), no hay indignidad (ver nota 59). Tal opinión debe ser recogida con reservas. Únicamente en el caso de que el fiscal no tuviera posibilidad legal de excusarse puede admitirse. Pero si la tuviera (y la tiene siempre que medie un parentesco estrecho, art. 55 Ver Texto , Cód. Procesal Penal) y no obstante ello formula la denuncia, estimando que es su deber, hay indignidad, porque, en rigor, su actuación es voluntaria, y porque, además, es justo excluirlo de la herencia, pues ésta supone un lazo afectivo que la conducta del heredero ha demostrado que no existe (ver nota 60).

1119/102

102.— El Código habla de las penas de prisión o trabajos públicos. Ellas existían antiguamente cuando, además de la prisión, solía castigarse ciertos delitos sometiendo al autor a trabajos forzados. En la actualidad, esas penalidades se han modificado y el Código Penal contempla, entre las privativas de la libertad, sólo la reclusión y la prisión.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en nota 171, véase: SALAS, La indignidad para suceder por causa de muerte, J.A., 1953-I, p. 393 y La indignidad para suceder por causa de homicidio, J.A., 1953-IV, p. 161; LANDABURU, Indignidad para suceder, J.A., t. 55, p. 324; POVIÑA, Indignidad y desheredación, Tucumán, 1965; GATTI, Estudios de derechos sucesorio. La indignidad para suceder por causa de muerte, Montevideo, 1950.

(nota 2) PLANIOL, Traité élémentaire, t. 3, p. 1734.

(nota 3) SALAS, La indignidad para suceder por causa de muerte, 1953-I, p. 343, nº 6.

(nota 4) De acuerdo: MAFFÍA, t. 1, nº 111; PÉREZ LASALA, t. 1, nº 251.

(nota 5) MAYNZ, Cours, t. 3, nº 482.

(nota 6) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Sucesiones, t. 1, nº 239.

(nota 7) RÉBORA, Sucesiones, t. 1, nº 24; DE GÁSPERI, Sucesiones, t. 1, nº 30; LANDABURU, nota en J.A., t. 55, nº 329. En contra: SALAS, quien piensa que los legatarios no pueden ser declarados indignos (J.A., 1953-I, p. 347, nº 25). En Francia, la indignidad sólo se aplica a los herederos legítimos, únicos que merecen ese nombre en la terminología del Código; a los sucesores universales instituidos por testamento se aplica el concepto de ingratitud (arts. 955 y 1046, Cód. Civil francés). En el resto de la legislación contemporánea, la indignidad se aplica tanto a unos como a otros, sin establecer diferencias conceptuales con la ingratitud.

(nota 8) De acuerdo: RÉBORA, t. 1, nº 24; SALAS, La indignidad para suceder por causa de muerte, 1953-I, p. 347, nº 26. Lo dicho en el texto no se contradice con nuestra opinión de que las personas jurídicas pueden cometer delitos (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 1, nº 707). Estos delitos deben juzgarse simplemente como hechos socialmente nocivos, lo que no implica la formulación de un juicio moral sobre la conducta del ente. Por lo demás el campo delictual de las personas jurídicas es exclusivamente económico; no se puede concebir que ellas maten, sustraigan un testamento, hagan violencia sobre el causante, cometan adulterio, incurran en omisiones de deberes de familia; pero sí que incurran en agio, en cohecho, en defraudaciones, etc.

(nota 9) En sentido concordante, RÉBORA, t. 1, nº 24.

(nota 10) C. Civil 1ª Cap., 5/3/1936, J.A., t. 53, p. 682; LAFAILLE, t. 1, nº 99; PRAYONES, p. 60; ZANNONI, t. 1, 141; MAFFÍA, t. 1, nº 113; LANDABURU, nota en J.A., t. 55, p. 324; DEMOLOMBE, t. 13, núms. 217 y 218; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Sucesiones, t. 1, nº 240; MARCADÉ, t. 3, p. 44, nº 1; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, t. 3, nº 1542; CHABOT, t. 1, art. 727, nº 2.

(nota 11) BIBLIOGRAFÍA: Véase la citada en nota 186, en particular, el trabajo de SALAS, La indignidad para suceder por causa de homicidio, J.A., 1953-IV, p. 161.

(nota 12) CHABOT, t. 1, p. 70, nº 3.

(nota 13) SALAS, La indignidad para suceder por causa de homicidio, J.A., 1953-IV, p. 162, nº 3; LANDABURU, J.A., t. 55, p. 325; SEGOVIA, t. 2, p. 401, nota 34; MACHADO,

t. 8, p. 322, nota; LLERENA, t. 6, p. 26, RÉBORA, t. 1, nº 26; ZANNONI, t. 1, 143, b; POVIÑA, Indignidad y desheredación, nº 13; DEMOLOMBE, t. 13, nº 230; MARCADÉ, t. 3, art. 747, p. 44; CHABOT, t. 1, art. 727, nº 4; BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, t. 1, nº 244. En contra: DE GÁSPERI, t. 1, nº 31; MAFFÍA, t. 1, nº 117.

(nota 14) SALAS, La indignidad para suceder por causa de homicidio, J.A., 1953-IV, p. 164, nº 4; ZANNONI, t. 1, 143 b. En contra: MAFFÍA, t. 1, nº 117.

(nota 15) Véase la nota del codificador al art. 3291 Ver Texto , con las citas en favor y en contra de esta solución, que él sancionó en el texto legal. De acuerdo, POVIÑA, Indignidad y desheredación, nº 14.

(nota 16) SALAS, La indignidad para suceder por causa de homicidio, J.A., 1953-IV, p. 164, nº 11.

(nota 17) SALAS, La indignidad para suceder por causa de homicidio, J.A., 1953-IV, p. 164, nº 11; CICU, Successioni, p. 43; ROSSEL y MENTHA, t. 2, p. 130.

(nota 18) SALAS, J.A., p. 165, nº 15.

(nota 19) SALAS, La indignidad para suceder por causa de homicidio, J.A., 1953-IV, p. 163, nº 3.

(nota 20) De acuerdo: SALAS, La indignidad para suceder por causa de homicidio, J.A., 1953-IV, p. 163, nº 6; ZANNONI, t. 1, 143 b; POVIÑA, Indignidad y desheredación, nº 12; DEMOLOMBE, t. 13, nº 228; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, t. 3, nº 1543; MARCADÉ, t. 2, art. 757, nº 62; DE RUGGIERO, Instituciones, t. 2, vol. 2, nº 134. En contra: MAFFÍA, t. 1, nº 117 POLACCO, Sucesiones, t. 1, p. 66.

(nota 21) 1ª Instancia Crim. La Rioja, J.A., 1943-III, p. 365 y jurisprudencia y doctrina citada por RAMOS MEJÍA, E., Ebriedad voluntaria y completa y culpabilidad penal, J.A., 1943-III, p. 356.

(nota 22) SALAS, La indignidad para suceder por causa de homicidio, J.A., 1953-IV, p. 162, nº 5; ZANNONI, t. 1, 143 g.

(nota 23) SALAS, La indignidad para suceder por causa de homicidio, J.A., 1953-IV, p. 162, nº 5.

(nota 24) De acuerdo: ZANNONI, t. 1, § 143 e.

(nota 25) De acuerdo: SALAS, La indignidad para suceder por causa de homicidio, J.A., 1953-IV, p. 164, n° 9; RÉBORA, t. 1, n° 26; BIBILONI, nota al art. 2896 del Anteproyecto; ZANNONI, t. 1, § 143 f; MAFFÍA, t. 1, n° 117; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, t. 3, n° 1543. En contra: MACHADO, t. 8, p. 322, nota; LANDABURU, nota en J.A., t. 55, p. 325; DEMOLOMBE, t. 13, n° 234; MARCADÉ, t. 3, art. 727, n° 64.

(nota 26) En contra: SALAS, La indignidad para suceder por causa de homicidio, J.A., 1953-IV, p. 166, n° 20, quien dice que este caso constituye una figura penal distinta de la tentativa. Cualquiera que sea la configuración doctrinaria penal del duelo no seguido de muerte, lo cierto es que supone para los intervinientes un peligro mortal que no ha podido dejar de ser considerado por los contrincantes; a lo que hay que agregar que la realización del duelo supone una grave enemistad, todo lo cual justifica la exclusión en la herencia. POVIÑA, en dudas, se inclina por la opinión de SALAS: Indignidad y desheredación, n° 18.

(nota 27) De acuerdo: SALAS, La indignidad para suceder por causa de homicidio, J.A., 1953-IV, p. 115, n° 16.

(nota 28) Op. cit. en nota anterior, n° 10; POVIÑA, Indignidad y desheredación, n° 19.

(nota 29) De acuerdo: MAFFÍA, t. 1, n° 117.

(nota 30) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 1, n° 256. En contra: ZANNONI, t. 1, § 143 i; MAFFÍA, t. 1, n° 117.

(nota 31) Así lo sostiene SALAS, La indignidad para suceder por causa de homicidio, J.A., 1953-IV, p. 165, n° 13.

(nota 32) De acuerdo: ZANNONI, t. 1, § 144 a; MAFFÍA, t. 1, n° 118; SALAS, si bien manifiesta sus dudas, se inclina por admitir aun en esta hipótesis la existencia de indignidad, fundado en que mientras exista el emplazamiento del estado de cónyuge, que sólo desaparece con la sentencia, debe aplicarse aquella sanción (J.A., 1953-IV, p. 166, n° 23). Nos parece un argumento débil, frente a un texto tan categórico como el art. 89, que dice que estos matrimonios no producirán efecto civil alguno. Precisamente la indignidad es uno de los efectos civiles del matrimonio.

(nota 33) De acuerdo: MAFFÍA, t. 1, n° 118.

(nota 34) De acuerdo: ZANNONI, t. 1, § 149; MAFFÍA, t. 1, n° 118.

(nota 35) De acuerdo: MAFFÍA, t. 1, n° 118.

(nota 36) SALAS, La indignidad para suceder por causa de homicidio, J.A., 1953-IV, p. 166, n° 24; POVIÑA, Indignidad y desheredación, n° 22; ZANNONI, t. 1, § 144; MAFFÍA, t. 1, n° 118.

(nota 37) De acuerdo: SALAS, La indignidad para suceder por causa de homicidio, J.A., 1953-IV, p. 166, n° 25; MAFFÍA, Sucesiones, t. 1, n° 118.

(nota 38) En contra: ZANNONI, t. 1, § 144; MAFFÍA, t. 1, n° 118.

(nota 39) En contra: SALAS, La indignidad para suceder por causa de homicidio, J.A., 1953-IV, p. 166, n° 25.

(nota 40) C. Civil Cap., Sala C, 30/9/1954, L.L., t. 77, p. 40; Sala D, 31/10/1952, J.A., 1053-IV, p. 161.

(nota 41) C. Civil Cap., Sala D, J.A., 1953-IV, p. 161; LAFAILLE, t. 1, n° 103; LANDABURU, nota en J.A., t. 55, p. 325; MACHADO, t. 8, p. 318 y sigs.; FERRER, nota en L.L., t. 27, p. 141; FASSI, Anales de la Facultad de Derecho de La Plata, t. 10, p. 268; ZANNONI, t. 1, § 145; MAFFÍA, t. 1, n° 119; PLANIOL-RIPERT, t. 4, n° 46; DEMOLOMBE, t. 13, n° 222; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Sucessions, t. 1, n° 241; AUBRY y RAU, § 593, texto y nota 4.

(nota 42) La exigencia de la condena criminal ha desaparecido de los códigos alemán (art. 2339), italiano (art. 463), suizo (art. 540), brasileño (art. 525), peruano (art. 655). En nuestro país se ha proyectado la reforma en el mismo sentido (art. 1897, inc. 1°, Proyecto de 1936).

(nota 43) SALAS, La indignidad para suceder por causa de homicidio, J.A., 1053-IV, p. 167, núms. 29 y sigs.; PRAYONES, p. 52.

(nota 44) Véase autores citados en nota 226.

(nota 45) C. Apel. Bahía Blanca, 14/7/1936, J.A., t. 55, p. 324; FORNIELES, Sucesiones, t. 1, n° 66.

(nota 46) Es verdad que se ha discutido la atribución del P. E. de indultar antes de la sentencia, pero no menos cierto es que la ha ejercido. En el sentido de que puede hacerlo, C. S. N., 2/6/1922, J.A., t. 8, p. 554; en contra: C. S. N., 15/7/1932, J.A., t. 38, p. 924.

(nota 47) De acuerdo: SALAS, La indignidad para suceder por causa de homicidio, J.A., 1953-IV, p. 170, n° 36.

(nota 48) DEMOLOMBE, t. 13, n° 245; MARCADÉ, art. 727, p. 48; CHABOT, art. 727, n° 16.

(nota 49) MACHADO, t. 8, n° 340; SEGOVIA, t. 2, p. 407, nota 35; LLERENA, t. 6, p. 31; MAFFÍA, t. 1, n° 124; CHABOT, t. 1, art. 727, n° 17; MARCADÉ, t. 3, art. 727, p. 48.

(nota 50) SEGOVIA, t. 2, p. 402, nota 36.

(nota 51) De acuerdo: LLERENA, t. 6, p. 31; contra: SEGOVIA: t. 2, p. 402, nota n° 38.

(nota 52) DEMOLOMBE, t. 13, n° 247.

(nota 53) De acuerdo: SEGOVIA, t. 2, p. 403, notas 41 a 43; MACHADO, t. 8, p. 343, en nota; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 257.

(nota 54) Aún hoy mantienen el requisito de que la denuncia sea calumniosa, el Cód. Civil francés (art. 727, inc. 2°), italiano (art. 463, inc. 3°), español (art. 756, inc. 3°), brasileño (art. 1595, inc. 2°); no así el mexicano (art. 1316), peruano (art. 665, inc. 3°) que no lo exigen.

(nota 55) RÉBORA, t. 1, n° 28; LLERENA, t. 6, p. 32; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 258; DEMOLOMBE, t. 13, n° 238; CHABOT, art. 727, n° 12.

(nota 56) MACHADO, t. 8, p. 330, en nota.

(nota 57) MACHADO loc. cit. en nota anterior. En contra: MAFFÍA, t. 1, n° 126.

(nota 58) MACHADO, loc. cit. en nota anterior; DEMOLOMBE, t. 13, n° 237. En contra: MAFFÍA, t. 1, n° 126.

(nota 59) SEGOVIA, t. 2, p. 403, nota 45; LLERENA, t. 6, p. 32; LAFAILLE, t. 1, n° 106; RÉBORA, t. 1, n° 28; PRAYONES, p. 54; LANDABURU, nota en J.A., t. 55, p. 326.

(nota 60) MACHADO, t. 8, p. 329; BIBILONI, nota al art. 2898, del Anteproyecto; DE GÁSPERI, Sucesiones, t. 1, n° 33; ZANNONI, t. 1, n° 151, nota 63; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 258.

1119/10230

D.— ADULTERIO CON LA MUJER DEL DIFUNTO

1119/103

103. EL PRECEPTO LEGAL.— Según el artículo 3294 Ver Texto , Código Civil, es indigno el condenado en juicio por adulterio con la mujer del difunto.

La ley exige la condena en juicio, que debe tramitar en el fuero criminal. Antes de la reforma introducida en el sistema de la prescripción penal por la ley 13569 , no había posibilidad práctica de aplicar esta causal de indignidad, pues el Código Penal establece como requisito previo para intentar la acción por adulterio, que haya sentencia en que se declare el divorcio por esta causal, lo cual llevaba más del año fijado como plazo de prescripción de aquella acción. La ley aludida, en su artículo 1º, dispone que la prescripción se suspende en los casos de delitos para cuyo juzgamiento sea necesaria la resolución de cuestiones previas o prejudiciales, que deban ser resueltas en otro juicio; por tanto, el juicio de divorcio suspende el término, lo que hace posible llegar a la condena y, por ende, a la declaración de indignidad.

La exigencia de la condena criminal guarda concordancia con la solución aceptada en materia de homicidio. Pero, en nuestra hipótesis, no parece justificarse. En efecto, para excluir a la mujer adúltera de la herencia del marido, basta la sentencia de divorcio por ese motivo (art. 3574 Ver Texto , Cód. Civil). No es lógico que tal sentencia permita fundar la exclusión de la mujer y no la del cómplice; debería tener igual efecto respecto de ambos.

1119/104

104.— El artículo que comentamos se refiere únicamente al cómplice por adulterio con la mujer, lo que a contrario sensu parece indicar que no es indigna la cómplice en el adulterio con el marido. Esta es, en efecto, la interpretación admitida generalmente en nuestra doctrina (ver nota 1), que se apoya en las siguientes razones: 1) la indignidad es una sanción y, por tanto, debe interpretarse restrictivamente; no se puede extender por analogía a situaciones no previstas de modo expreso; 2) la diferencia de tratamiento dado a ambos casos se explica porque el legislador ha juzgado con más severidad el adulterio de la mujer que el del marido. Ninguna de estas razones nos parece decisiva. Desde luego el argumento a contrario está hoy muy desprestigiado (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. I, nº 218) y no puede servir de base a una solución jurisprudencial, sobre todo si ella es injusta. El principio de que las indignidades deben interpretarse restrictivamente no debe llevarse a extremos tales que importe desconocer una sanción evidentemente contenida en la ley; la semejanza entre la situación del cómplice de la mujer adúltera y la mujer cómplice del marido es tanta que no puede excluirse de la sucesión a uno y otorgársela a otra, sin agravio de la moral, de la equidad y hasta del buen sentido (ver nota 2). Tampoco es admisible el argumento de que la ley ha considerado con mayor rigor el adulterio de la mujer que el del marido; ello no es exacto, pues cualquiera de los cónyuges que resulte culpable del divorcio por adulterio queda excluido de la sucesión (art. 3574 Ver Texto , Cód. Civil); es lógico, por tanto, que la misma solución se aplique al cómplice de cualquiera de ellos (ver nota 3). Digamos, para concluir, que sentado en la legislación nacional el principio de la igualdad jurídica de los cónyuges, no puede dudarse ya que el artículo 3294 Ver Texto comprende tanto al cómplice del adulterio de la mujer como al del marido.

Pensamos que, en caso de adulterio, el cómplice no sólo debería ser excluido de la sucesión del cónyuge que ha sufrido la afrenta, sino también de la del propio culpable. Así lo dispone expresamente el Código Civil mexicano (art. 1316, inc. 4º); pero nuestra ley no lo establece.

1119/105

105. EJERCICIO DE LA ACCIÓN.— El único que puede iniciar la acción criminal contra el cómplice del cónyuge adúltero es el otro cónyuge (art. 74 Ver Texto , Cód. Penal). Se presenta un caso delicado cuando, promovida la acción y antes de la condena, fallece el ofendido. ¿Pueden los otros herederos continuarla? La cuestión está controvertida (ver nota 4). Por nuestra parte, pensamos que no, puesto que la acción se extingue por la muerte del ofendido (art. 74 Ver Texto , Cód. Penal). Y si aquélla desaparece y no hay condena, no puede tampoco haber indignidad.

1119/10240

E.— ABANDONO DEL DIFUNTO DEMENTE

1119/106

106. LA NORMAL LEGAL.— El artículo 3295 Ver Texto , Código Civil, reputa indignos a los parientes del difunto demente y abandonado que no cuidaron de recogerlo o hacerlo recoger en un establecimiento público.

La ley se refiere a los parientes, sin especificar grados. Sin embargo, en principio, sólo deben considerarse comprendidos los parientes en grado sucesible, pues más allá, el deber moral de asistencia no es mayor del que pueda tenerse respecto de cualquier prójimo no pariente; a menos que hubiese sido instituido heredero o legatario por un testamento anterior a la insania y conocido por el beneficiario, en cuyo caso consideramos que aun los parientes más lejanos deben reputarse indignos (ver nota 5). En cambio, los no parientes, aun cuando hubiesen sido instituidos herederos por testamento conocido por ellos, no incurrir en indignidad (ver nota 6). Es una omisión de nuestra ley, pues el nivel moral de asistencia no sólo deriva del parentesco, sino también de la gratitud por los beneficios recibidos.

Aunque estrictamente el cónyuge no es pariente, debe con tanta mayor razón que éstos, ser reputado indigno en la hipótesis del artículo 3295 Ver Texto , puesto que el deber de asistencia es uno de los primordiales del matrimonio (ver nota 7). De cualquier modo, el abandono supone al menos una separación de hecho sin voluntad de unirse, que hace procedente la exclusión hereditaria (art. 3575 Ver Texto).

El pariente debe saber que lo es para que sea declarado indigno (ver nota 8); igualmente, debe estar enterado del abandono y la demencia (ver nota 9). No es necesario que se trate de

un demente declarado en juicio (ver nota 10); la ley no lo exige y no sería lógico que lo hiciera, pues la interdicción es, después de todo, un elemento formal que no influye sobre el deber moral de asistencia. Pero, naturalmente, la demencia debe tener una notoriedad suficiente como para que un profano pueda apreciarla. De lo contrario, no será posible probar que el pariente la conocía.

1119/107

107.— La asistencia prestada al insano puede ser directa, o bien por intermedio de un establecimiento público. Nadie podrá alegar falta de medios para excusar su omisión, pues siempre queda la posibilidad de gestionar el ingreso en algún hospicio estatal. El requisito legal debe considerarse cumplido si se lo interna en un establecimiento de este tipo, por más que se tengan recursos para prestarle una asistencia directa.

1119/108

108.— ¿Incorre también en indignidad el pariente del sordomudo que no sabe darse a entender por escrito y al que no le ha prestado asistencia? La ley no ha previsto expresamente el caso, pero pensamos que la solución afirmativa es indiscutible, puesto que el artículo 154 Ver Texto , Código Civil, establece para estos incapaces el mismo régimen legal que para los dementes. Por lo demás hay una misma ratio legis y la solución no puede diferir (ver nota 11).

1119/109

109.— Por razones similares, pensamos que debe extenderse la indignidad a los parientes de los menores de 10 años, que al igual que los dementes, carecen de discernimiento (art. 921 Ver Texto). No hay motivos para aplicar a ambos casos soluciones distintas. En el caso de los padres, esta solución está expresamente admitida por la ley (véase nº 114 bis).

Pero esta solución es insuficiente. En algunos códigos modernos (México, art. 1316, inc. 9º; Venezuela, art. 810, inc. 3º) y en nuestros proyectos de reforma (Anteproyecto, art. 2899, inc. 2º, y Proyecto de 1936, art. 1897, inc. 5º) la indignidad se extiende a todos los parientes que no hubieran cumplido con su obligación alimentaria, cuando supieron que el causante estaba abandonado.

1119/10250

F.— ATENTADOS CONTRA LA ÚLTIMA VOLUNTAD DEL DIFUNTO

1119/110

110. DISTINTAS HIPÓTESIS LEGALES.— Según el artículo 3296 Ver Texto , es indigno de suceder el que estorbó por fuerza o por fraude, que el difunto hiciera testamento, o revocara el ya hecho, o que sustrajo éste o que forzó al difunto a que testara.

Esta regla, que reconoce una larga tradición (Digesto, lib. 29, títs. 6 y 26; Partida 6º, títs. 1, 17 y 26), se funda en el propósito de proteger la manifestación libre y espontánea de la última voluntad del causante.

Las hipótesis previstas en el artículo son las siguientes:

1119/111

111.— a) El que estorbó por fuerza que el difunto hiciera testamento, o que lo revocara, o lo forzó a que testara. Cabe preguntarse, ante todo, si la fuerza a que alude esta norma debe tener las características propias de la violencia legislada como vicio de los actos jurídicos en los artículos 936 Ver Texto y siguientes, Código Civil. Se ha sostenido que no, puesto que aquí no está de por medio la nulidad del acto, de modo que, basta cualquier violencia, física o moral, debidamente comprobada, para declarar indigno al autor (ver nota 12). No compartimos esta opinión. Si la intimidación no ha sido tal como para provocar al causante una fuerte impresión (según lo dice el art. 938 Ver Texto), no puede considerársela determinante. En otras palabras, el causante ha conservado su libertad de acción; y si no obstante ella ha omitido hacer testamento o revocarlo, debe admitirse que su voluntad es que se cumpla el orden sucesorio legal o el que resulta del testamento no revocado, incluso en los beneficios contenidos para el que lo intimidó o presionó de manera no grave. Su voluntad es que reciba el beneficio; su actitud importa un perdón (ver nota 13).

En caso de que la violencia hubiese tenido como resultado el otorgamiento de un nuevo testamento, además de la nulidad del acto, resultante de la aplicación de los artículos 936 Ver Texto y siguientes, se producirán las consecuencias propias de la indignidad. Por tanto, el autor de la violencia no podrá recibir la herencia deferida por la ley o por otro testamento anterior.

Es indiferente el móvil de la violencia; generalmente será el de obtener un beneficio personal, pero también puede ocurrir que se desee mejorar a otra persona o excluir a alguien por un propósito de venganza. En todos los casos habrá indignidad (ver nota 14).

Pensamos que no sólo el autor material de la violencia debe ser declarado indigno, sino también el cómplice y el instigador. En el fondo hay una coparticipación en el hecho ilícito, lo que justifica moral y legalmente la solución que propugnamos (ver nota 15).

Puede ocurrir que la fuerza se haya ejercido, no sobre el causante en forma directa, sino sobre el escribano, impidiéndole que concurra al llamada de aquél para redactar su última voluntad. Mas, para que esto sea motivo de indignidad, es necesario probar que el difunto quedó sin testar por esta causa (ver nota 16).

1119/112

112.— b) El que mediante fraude estorbó que el difunto hiciera testamento o lo revocara. La palabra fraude está aquí tomada en el sentido de maquinación dolosa destinada a torcer la voluntad del testador. No bastan los cuidados solícitos, las atenciones quizá desusadas, pese a que en el fondo, estén inspiradas más en el propósito de captar la herencia, que en el de velar por el de *cujus*. Debe mediar un verdadero engaño, determinante de la actitud del causante; un dolo en el sentido de los artículos 931 Ver Texto y siguientes Código Civil. De lo contrario, proliferarían los pleitos en torno a la herencia, y se permitiría poner en tela de juicio derechos inobjetables a la sucesión (ver nota 17).

Con relación al fraude, el Código sólo contempla las hipótesis de que estuviera destinado a impedir el otorgamiento o la revocación del testamento; no alude, en cambio, al enderezado a inducir al causante a que otorgue uno, como lo hace respecto de la violencia. Pero, evidentemente, se trata de una omisión puramente material; es obvio que si el dolo destinado a impedir una manifestación de voluntad es causa de indignidad, también debe serlo el que está encaminado a provocarla mediante engaños. No bastaría con los efectos propios de la nulidad del acto, resultante de la aplicación de los artículos 931 Ver Texto y siguientes, sino que es menester, también, imponer las sanciones inherentes a la institución que ahora estudiamos, y, particularmente, excluirlo de la herencia que pudiera corresponderle por otro título, sea la ley u otro testamento anterior.

Por razones similares a las que hemos expuesto con motivo de la violencia, es indiferente el móvil del engaño; la sanción legal es aplicable al cómplice y al instigador, y al que dolosamente impide que el escribano concorra al llamado del causante, si quedó sin testar por esta causa (véase número anterior).

1119/113

113.— c) El que sustrajo el testamento. Con tanto mayor razón el que lo destruyó, porque el efecto es el mismo: impedir que se conozca la voluntad del causante. Tampoco interesa que se trate del autor directo del hecho o de su cómplice o instigador, pues también en estos casos hay coparticipación en el hecho ilícito. Igual solución debe adoptarse en caso de que se induzca al depositario a destruirlo mediante engaños o intimidación.

Una situación delicada se presenta cuando el testamento sustraído o destruido está afectado de invalidez, sea por un vicio propio o por haber quedado revocado por otro posterior. En el derecho italiano (Cód. Civil, art. 463, inc. 5º) y en el alemán (Cód. Civil, art. 2337) la indignidad sólo puede afectar a quienes han suprimido el testamento por el cual debería haberse regulado la sucesión; de tal modo que, si esa disposición de voluntad era nula por cualquier motivo, el autor de la supresión no incurre en indignidad. Esta es la solución propugnada también para nuestro derecho por DE GÁSPERI (ver nota 18). Estamos en desacuerdo con este punto de vista. La ley no ha introducido la salvedad contenida en los códigos antes citados; para ella basta la destrucción del testamento, pues tal acto pone de manifiesto el propósito de frustrar la voluntad del causante y ello basta para fundar

moralmente la indignidad del mismo modo que es suficiente la simple tentativa frustrada de homicidio (ver nota 19). No interesa que se consuma el propósito del autor del hecho, sino la intención de hacerlo. Es claro que, si él conocía la existencia de un testamento posterior y sabía, por tanto, que su acto no tenía repercusión alguna en la sucesión, no hay indignidad.

Por razones similares, el hallazgo del testamento sustraído no purga la indignidad (ver nota 20).

Nuestra ley no ha previsto la hipótesis de falsificación del testamento y no es posible, por tanto, declarar la indignidad, por más que también en este caso ha habido intención del alterar el orden sucesorio por el causante. La omisión ha sido llenada en el Anteproyecto de Babiloni (art. 2899, inc. 6º) y en el Proyecto de 1936 (art. 1897, inc. 7º).

1119/114

114.— ¿Es responsable el indigno de los daños y perjuicios derivados para los eventuales beneficiarios a quienes perjudicó trabando la libre expresión de la voluntad del testador?

Pensamos que la contestación debe ser negativa (ver nota 21). Múltiples razones imponen esta solución. En primer término, es poco menos que imposible determinar con certeza quiénes serían los eventuales beneficiarios de un testamento que no se otorgó; habría que reconstruir la voluntad del testador por medio de testigos u otras pruebas, lo que resultaría inadmisibles; se abriría una ancha puerta a todas las pretensiones y se multiplicarían los pleitos sobre bases enteramente inciertas. Además, para que su pretensión fuera justa, habría que demostrar que la intimidación o el engaño se mantuvieron hasta el deceso del causante y que éste, hasta ese instante, tuvo el propósito de beneficiar a quienes pretenden daños y perjuicios. Finalmente, la única sanción impuesta por la ley al indigno es la pérdida de sus derechos hereditarios y a ella debemos limitarnos.

1119/10260

G.— NO RECONOCIMIENTO Y ABANDONO DEL HIJO

1119/11680

114 bis. EL ARTÍCULO 3296 BIS.— La ley 23264 ha agregado al Código Civil una nueva causal de indignidad. El nuevo artículo 3296 bis Ver Texto dispone que es indigno de suceder al hijo el padre o la madre que no lo hubiera reconocido voluntariamente durante la menor edad o que no le haya prestado alimentos y asistencia conforme a su condición y fortuna.

Dos son los supuestos de indignidad establecidos en esta norma. El primero es que el padre o la madre no hayan reconocido voluntariamente al hijo extramatrimonial durante la menor edad. Es decir, que la relación de filiación establecida judicialmente no corrige esta causal de indignidad.

El segundo es que el padre o la madre no le hayan prestado alimentos y asistencia a su hijo, sea matrimonial o extramatrimonial. Es una solución moralizadora.

La jurisprudencia ha equiparado al reconocimiento voluntario el caso de que haya posesión de estado; aunque el padre no haya reconocido formalmente al hijo, le ha dado permanente trato de tal, lo ha alimentado, vestido, educado, ha cuidado de él en sus enfermedades (ver nota 22). Pero los jueces deben ser severos en la apreciación de la prueba de la posesión de estado, evitando que un mal padre pueda ser reconocido como heredero sobre la base de constancias no muy convincentes; es preciso una prueba fehaciente de que ha habido un trato permanente de padre a hijos (ver nota 23).

1119/10270

H.— NECESIDAD DE AMPLIAR LAS CAUSALES DE INDIGNIDAD

1119/115

115. CRÍTICA DEL SISTEMA DEL CÓDIGO; LEGISLACIÓN COMPARADA.— Nuestro codificador ha sido muy parco al enumerar las causales de indignidad. Hemos visto ya que en Roma y en las costumbres tomadas de los bárbaros (nº 77) aquéllas se multiplicaban y algunas veces quedaban libradas a la apreciación de los magistrados. Sin incurrir en tales extremos, que podrían dar lugar a injusticias, es evidente que deben aumentarse. Si se quiere conservar la institución de la legítima, creada para impedir la injusta exclusión de los herederos más directos por decisión arbitraria del testador, debe correlativamente excluirse de la herencia a los malos parientes que no han sabido cumplir su deber de tales y que, pese a ello, se beneficiarían con los bienes de la persona a la que ofendieron o abandonaron en vida. En necesario, por tanto, ampliar las causales de indignidad y desheredación, problemas ambos íntimamente vinculados.

La tendencia de la legislación moderna se orienta en el sentido indicado. Así, además del homicidio en la persona del difunto o sus más allegados (cónyuges, ascendientes, descendientes o hermanos), se considera causal de indignidad cualquier otro atentado que afecte la integridad o el honor del de cujus o de las nombradas personas (Cód. Civil brasileño, art. 1595, inc. 2º; peruano, art. 667, inc. 3º; venezolano, art. 810, inc. 2º; mexicano, art. 1316, inc. 5º); el abandono, exposición o corrupción de los hijos (Cód. Civil mexicano, art. 1316, incs. 6º y 7º; español, art. 756, inc. 1º); el incumplimiento de la obligación alimentaria (Cód. Civil venezolano, art. 810 inc. 3º; mexicano, art. 1316 incs. 8º y 9º); la falsificación del testamento de la persona de cuya sucesión se trata (Cód. Civil italiano, art. 463, inc. 6º).

1119/116

116.— Creemos que también es un error no incluir entre las causales de indignidad el divorcio por culpa del heredero y la separación de hecho que le es imputable. En nuestro Código —y también en la restante legislación comparada— estos hechos, aunque bastan para excluir al cónyuge culpable de la herencia, son legislados con independencia de la indignidad. Este método parece a primera vista justificarse, porque la culpa en el divorcio o la separación es motivo de exclusión hereditaria aunque sea recíproca y aun en el caso de que el causante sea el principal culpable; al contrario de lo que ocurre con el concepto clásico de indignidad, que supone un solo ofensor y un solo ofendido.

Tales razones no nos parecen suficientes para justificar un distinto tratamiento legal. El régimen actual importa consecuencias a todas luces injustas. Así, por ejemplo, el indigno no puede heredar ab intestato; en cambio, no hay obstáculo legal para que el cónyuge culpable de la separación o el divorcio pueda heredar si es pariente del causante; por ejemplo, primo, sobrino. Tampoco resulta lógico que el cónyuge, a diferencia del indigno, no pueda adquirir la herencia por posesión de tres años.

Creemos, por tanto, acertada la reforma que propone BIBILONI, quien los incluye dentro del concepto de indignidad (art. 2899 del Anteproyecto). En cambio, el Proyecto de 1936 ha preferido seguir las líneas clásicas, legislando por separado ambas instituciones.

1119/117

117. PROYECTOS DE REFORMAS.— También en los proyectos de reformas se amplían considerablemente las causales de indignidad. Además de los enumerados en nuestro Código, BIBILONI reputa indignos a los que hayan atentado contra la honestidad del causante o sus parientes; a los ascendientes que abandonaran al causante o prostituyeran a la autora de la sucesión o a los descendientes de ella; a los parientes que no recogieren o alimentaren al causante abandonado o alienado, o no cuidaren de hacerlo recoger en establecimiento adecuado; al cónyuge divorciado declarado culpable y al que, si no hubiere divorcio, abandonó sin motivo plausible el domicilio conyugal; a la viuda que contrajere matrimonio antes del tiempo preceptuado en el artículo 604; al heredero que maltrató de obra o injurió gravemente al causante; al que lo colocó en imposibilidad de hacer o de revocar el testamento, al que lo falsificó, adulteró, ocultó o suplantó (arts. 2896 y 2899, del Anteproyecto).

En el Proyecto de 1936 se reproducen con pocas diferencias, aunque con mejor método, estas causales (art. 1897).

1119/10280

§ 3.— Acción de indignidad

1119/118

118. NECESIDAD DE LA ACCIÓN CIVIL Y MOMENTO EN QUE DEBE INICIARSE.— La indignidad no se opera de pleno derecho; requiere un pronunciamiento dictado por el juez civil. Es la solución que se desprende claramente del artículo 3304 Ver Texto , Código Civil, que confiere el derecho de pedirla a ciertos herederos, con carácter exclusivo; lo que significa que si ellos no la piden, la indignidad no surte efectos ni aún cuando existiera condena criminal (ver nota 24).

Desde luego, la acción sólo podrá intentarse después de la muerte del causante, puesto que hasta ese momento éste podría perdonar. A veces, nacerá después del fallecimiento, como ocurre en la hipótesis de falta de denuncia de la muerte violenta del de cujus, o de la sustracción o destrucción del testamento posterior a ese hecho.

1119/119

119. QUIÉNES PUEDEN INTENTARLA.— Conforme con el artículo 3304 Ver Texto , Código Civil, la exclusiones por causa de indignidad sólo pueden ser demandadas por los parientes a quienes corresponda suceder a falta del excluido de la herencia o en concurrencia con él.

Se trata, por tanto, de un derecho excepcional, que la ley confiere únicamente a los parientes interesados desde el punto de vista patrimonial en la exclusión del indigno. Los restantes parientes no pueden promover la acción so color de la defensa de la memoria del difunto. La ley ha supuesto que si aquéllos, que son los más allegados al causante, prefieren guardar silencio, no debe facultarse a los demás para remover cuestiones tan íntimas (ver nota 25). Es claro que si el pariente de grado anterior es también indigno o renuncia a la herencia, el que le sigue puede interponer la acción (ver nota 26).

Aunque la ley habla solamente de pariente y aunque, en rigor, el cónyuge no lo es, no cabe duda de que también él tiene la acción, desde que su unión afectiva con el causante es por cierto más íntima que la de cualquier otro pariente; sería absurdo excluirlo (ver nota 27).

De igual modo, pensamos que debe reconocerse la acción al heredero instituido no pariente. Debe suponerse que en él confluyen el afecto hacia el causante y el interés patrimonial de los parientes; es tan heredero como éstos. Ello explica que VÉLEZ haya equiparado en otras normas ambas situaciones; así, por ejemplo, en el artículo 3430 Ver Texto (texto original, hoy modificado) la palabra pariente está tomada como sinónimo de heredero; la revocación de las donaciones por ingratitud del donatario, puede ser reclamada tanto por el heredero legítimo como por el testamentario del donante (art. 1864 Ver Texto , Cód. Civil); la analogía de este problema con el de la indignidad es obvia. Por último, quizá no sea del todo inútil decir que CHABOT, fuente de nuestro artículo, acordaba esa facultad a ambos (ver nota 28).

1119/120

120.— En cambio, no puede reconocerse la acción a los legatarios. Es verdad que ellos también pueden tener un interés en la declaración de indignidad (como ocurriría en el caso de que el legado no pudiera cumplirse íntegramente por afectar la legítima del heredero); pero si el solo interés patrimonial bastara para fundar la acción, el artículo 3304 Ver Texto habría quedado convertido en letra muerta. El sistema del Código será discutible y aun podrá sostenerse con argumentos no desdeñables la solución que reconoce la acción a todos los que puedan invocar un interés legítimo; pero, a pesar de ello, la norma es clara y a nuestro entender acertada, pues no es posible permitir que los extraños promuevan estas cuestiones, por mucho que sea su interés económico (ver nota 29).

Tampoco el Fisco puede demandar la indignidad. Su derecho no es propiamente el de un heredero, sino que, cuando nadie se presenta, adquiere los bienes del difunto por el derecho que le compete sobre todas las cosas del dueño. La indignidad se funda sobre todo en razones morales; los parientes son los mejores jueces para resolver si deben o no ventilar las causas; el Fisco nada tiene que hacer con ellas. Además, quitándole esa facultad, se evitan los abusos de los denunciantes inescrupulosos a caza de recompensa (ver nota 30).

Tampoco gozan de la acción los acreedores de la sucesión. Ellos ni siquiera pueden invocar un interés económico, pues, cualquiera que sea el heredero, lo mismo cobrarán su crédito. Y si la solvencia del indigno les parece dudosa, tienen a su disposición el recurso de pedir la separación de patrimonios (ver nota 31).

1119/121

121.— Se ha discutido si los acreedores del heredero que vendría a ocupar el lugar del indigno pueden, por vía de la acción subrogatoria, intentar la demanda. Nuestra doctrina se inclina, entendemos que con razón, por la negativa. Es verdad que los acreedores tienen un interés patrimonial evidente en la declaración de indignidad. Pero en esta materia pesan consideraciones más importantes que las simplemente pecuniarias. Se trata de evitar que salgan a la luz miserias disimuladas en el seno de la familia; de impedir el escándalo que significa dar a publicidad el mal proceder de un pariente muy allegado al causante. El derecho de intentar la acción de indignidad, por todas las implicancias que supone, debe reputarse inherente a la persona; escapa, por tanto, a la acción oblicua, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1196 Ver Texto (ver nota 32). Quizá podría admitirse la excepción sugerida por MACHADO para el caso de que existiera condena criminal del indigno, pues ya no habría interés en mantener el secreto (ver nota 33).

1119/122

122. CONTRA QUIÉNES SE PUEDE EJERCER.— Hemos dicho ya que la acción de indignidad puede ejercerse contra los sucesores legítimos o testamentarios, y contra los legatarios (nº 79).

Después de muerto el indigno, puede intentarse contra sus herederos, pues conforme con el artículo 3300 Ver Texto , Código Civil, la herencia se transmite con el mismo vicio que pesaba sobre él.

Más dudosa es la cuestión respecto del legatario del indigno. SALAS sostiene que no hay acción contra él, puesto que la indignidad no invalida las donaciones hechas por el indigno en favor de terceras personas (art. 3309 Ver Texto , Cód. Civil) (ver nota 34). Aceptamos esta solución, porque no se ve motivo para dar al legatario un tratamiento distinto del donatario. Pero lo hacemos no sin reservas, pues no parece lógico acordar al legatario un privilegio que se niega al heredero. En verdad, lo erróneo es la solución del artículo 3309 Ver Texto de reputar válidas las donaciones del indigno, que a nuestro juicio deberían presumirse fraudulentas. Desde luego, hay que hacer la salvedad del legatario de cuota, cuya situación es mucho más vecina a la del heredero que a la del donatario y que, por tanto, puede ser demandado por exclusión en virtud de la indignidad de su antecesor.

¿Puede incurrir en indignidad una persona jurídica por el hecho de sus administradores? En principio, la respuesta debe ser negativa porque la indignidad tiene un substractum moral que la hace inaplicable a las personas jurídicas (ver nota 35). Pero consideramos que debe hacerse la excepción del supuesto de que se haya atentado contra la voluntad del difunto para beneficiar a la persona jurídica; por ejemplo, si se forzó al difunto para que testara en favor de ella o se impidió que revocara un testamento que la beneficiaba.

De igual modo, cabe declarar la indignidad de la persona jurídica si se prueba que ella no es más que una pantalla que cubre a los verdaderos herederos que han incurrido en una causal de indignidad.

1119/123

123. JUEZ COMPETENTE Y PROCEDIMIENTO.— La acción civil por indignidad debe tramitar ante el juez de la sucesión, como que importa una petición de herencia, siendo por tanto de aplicación el artículo 3284 Ver Texto , inciso 1º, Código Civil (ver nota 36).

El procedimiento a emplear será el del juicio ordinario, aunque la cuestión por resolver sea de puro derecho, como ocurriría si existiera ya juicio condenatorio penal (ver nota 37). Puede oponerse por vía de acción o de excepción. Se ha resuelto que si la declaratoria de herederos está en trámite, la existencia de un proceso criminal, del que pueda resultar la indignidad del heredero, basta para suspender las actuaciones (ver nota 38).

(nota 1) MACHADO, t. 8, p. 328; RÉBORA, t. 1, n° 29; DE GÁSPERI, t. 1, n° 34, nota 104; POVIÑA, Indignidad y desheredación, n° 36; MAFFÍA, t. 1, n° 127.

(nota 2) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 1, n° 259.

(nota 3) De acuerdo: ZANNONI, t. 1, n° 151; PÉREZ LASALA, t. 1 n° 259.

(nota 4) De acuerdo con nuestra posición: FORNIELES, t. 1, n° 66; RÉBORA, t. 1, n° 29; ZANNONI, t. 1, n° 157. En contra: MACHADO, t. 8, n° 328, nota.

(nota 5) De acuerdo: DE GÁSPERI, t. 1, n° 35; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 260.

(nota 6) En contra: ZANNONI, t. 1, n° 153.

(nota 7) De acuerdo: MAFFÍA, t. 1, n° 129; ZANNONI, t. 1, n° 153. En contra: MACHADO, t. 8, n° 333, nota.

(nota 8) MACHADO, t. 1, p. 331, nota; LLERENA, t. 6, p. 33.

(nota 9) RÉBORA, t. 1, n° 30.

(nota 10) SEGOVIA, t. 2, p. 403, nota; LLERENA, t.6. p. 33; DE GÁSPERI, t. 1, n° 36; RÉBORA, t. 1, n° 30.

(nota 11) De acuerdo: ZANNONI, t. 1, § 153, nota 72. En contra: MAFFÍA, t. 1, n° 129, aunque juzga que la solución que nosotros propugnamos es más justa.

(nota 12) MACHADO, t. 8, p. 324, nota; LANDABURU, J.A., t. 55, p. 327; DE GÁSPERI, t. 1, n° 36; ZANNONI, t. 1, § 155; MAFFÍA, t. 1, n° 132; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 261.

(nota 13) De acuerdo: LLERENA, nota al art. 3296 Ver Texto , nota 1.

(nota 14) SEGOVIA, t. 2, n° 404, nota 49.

(nota 15) LLERENA, t. 6, n° 34. En cambio, sostienen que el cómplice y el instigador no son indignos: LANDABURU, J.A., t. 55, n° 327; MACHADO, t. 8, p. 334.

(nota 16) LANDABURU, J.A., t. 55, p. 327; MACHADO, t. 8, p. 335, nota.

(nota 17) LLERENA, t. 6, p. 34; MACHADO, t. 8, p. 338, nota. Véase, sin embargo, la opinión un poco ambigua de DE GÁSPERI, t. 1, n° 36.

- (nota 18) DE GÁSPERI, t. 1, n° 36; de acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 1, n° 261.
- (nota 19) De acuerdo: ZANNONI, t. 1, § 156.
- (nota 20) De acuerdo: ZANNONI, t. 1, § 156; CICU, Successioni, t. 1, p. 89; DE GÁSPERI, t. 1, n° 36.
- (nota 21) De acuerdo: MACHADO, t. 8, p. 335, nota, cuyos prolijos argumentos merecen leerse; LANDABURU, J.A., t. 55, p. 327; MAFFÍA, t. 1, n° 136. En cambio, SEGOVIA, cree procedente la acción por daños y perjuicios (t. 2, p. 404, nota 49).
- (nota 22) C. Civil 1ª Cap., 18/11/1919, G. F. noviembre de 1919, p. 120; C. Civil 2ª Cap., 26/8/1927, J.A., t. 25, p. 1022. De acuerdo: RÉBORA, t. 2, n° 337; LAFAILLE, t. 2, n° 124; POVIÑA, Sucesión de los cónyuges y de los parientes colaterales, n° 118.
- (nota 23) MAZZINGHI, Familia, t. 3, n° 534; RÉBORA, t. 2, n° 337; LAFAILLE, t. 2, n° 128.
- (nota 24) Era también la solución prevaleciente en la antigua doctrina francesa; pero la más reciente, apoyada en la jurisprudencia, se inclina por considerar que la indignidad se produce de pleno derecho (véase PLANIOL-RIPERT, ed. La Habana, t. 4, n° 49; JOSSERAND, t. 3, vol. 2, n° 732; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 1, n° 260).
- (nota 25) Hay aquí una diferencia con la acción que acuerda el art. 3424 Ver Texto a los herederos en grado sucesible, para pedir la herencia cuando media inactividad de los que anteceden; pero las razones no son las mismas, porque la indignidad promueve enojosas cuestiones íntimas.
- (nota 26) MACHADO, t. 8, p. 364, nota.
- (nota 27) De acuerdo: SALAS, La indignidad para suceder por causa de muerte, J.A., 1953-I, p. 346, n° 16; POVIÑA, Indignidad y desheredación, n° 67; MAFFÍA, t. 1, n° 138.
- (nota 28) CHABOT, t. 1, art. 727, n° 21. Hemos tomado estos argumentos de la excelente nota de SALAS, La indignidad para suceder por causa de muerte, J.A., 1953-I, p. 346, n° 37; de acuerdo: RÉBORA, Sucesiones, t. 1, n° 34; MAFFÍA, t. 1, n° 138. En contra: POVIÑA, Indignidad y desheredación, núms. 66 y sigs.
- (nota 29) De acuerdo: SALAS, La indignidad para suceder por causa de muerte, J.A., 1953-I, p. 346, n° 18; FORNIELES, t. 1, n° 67; LANDABURU, J.A., t. 55, p. 328; SEGOVIA, t. 1, p. 408, nota 62. POVIÑA, Indignidad y desheredación; MAFFÍA, t. 1, n°

138; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 265. En contra: MACHADO, t. 8, p. 364, nota; RÉBORA, t. 1, n° 34; PRAYONES, p. 57; DE GÁSPERI, t. 1, n° 40, PÉREZ LASALA, t. 1, n° 265.

(nota 30) De acuerdo: SALAS, La indignidad para suceder por causa de muerte, J.A., 1953-I, p. 329, n° 19; LAFAILLE, t. 1, n° 114; BIBILONI, nota al art. 2903; DE GÁSPERI, n° 40; MAFFÍA, t. 1, n° 138. En contra: RÉBORA, t. 1, n° 34; MACHADO, p. 34, nota; SEGOVIA, t. 1, nota 62, p. 408.

(nota 31) SALAS, La indignidad para suceder por causa de muerte, J.A., 1953-I, p. 347; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 265.

(nota 32) De acuerdo, SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, Acción oblicua, núms. 783-785; SEGOVIA, t. 1, p. 408, nota 62; LLERENA, t. 6, p. 43; PRAYONES, p. 58; FORNIELES, t. 1, n° 67; LAFAILLE, Sucesiones, t. 1, n° 115; LANDABURU, J.A., t. 53, p. 328; SALAS, La indignidad para suceder por causa de muerte, J.A., 1953-I, p. 347; POVIÑA, Indignidad y desheredación, n° 70; MAFFÍA, t. 1, n° 138; JOSSERAND, t. 3, vol. 2, n° 732; ZACHARIAE, t. 2, n° 353, 6; DURANTON, t. 6, n° 120; MARCADÉ, t. 3, art. 727, n° 78; CHABOT, art. 727, p. 81; ROCA SASTRE, anotaciones a Kipp, Sucesiones, t. 2, p. 378. En contra: RÉBORA, t. 1, n° 34; COLIN-CAPITANT, JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 9ª ed., t. 3, n° 1014; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Successions, t. 1, n° 264; DEMOGUE, Obligations, t. 7, n° 932; DEMOLOMBE, t. 13, n° 285 bis; LAURENT, t. 6, n° 19; AUBRY y RAU, t. 6, n° 593, quienes piensan que no se trata de una acción inherente a la persona y puede por tanto ser ejercida por los acreedores. DE GÁSPERI se contradice pues propugna ambas soluciones en dos párrafos seguidos (t. 1, n° 40).

(nota 33) Véase MACHADO, t. 8, p. 363, nota.

(nota 34) SALAS, La indignidad para suceder por causa de muerte, J.A., 1953-I, p. 347; MAFFÍA, t. 1, n° 139. En contra: POVIÑA Indignidad y desheredación, n° 75; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 266.

(nota 35) De acuerdo: MAFFÍA, t. 1, n° 139.

(nota 36) De acuerdo: SALAS, La indignidad para suceder por causa de muerte, J.A., 1953-I, p. 347, n° 27; SEGOVIA, t. 1, p. 407, nota 60.

(nota 37) Sup. Trib. Santa Fe, 16/6/1944, Rep. L.L., t. 7, p. 1224, sum. 46.

(nota 38) Sup. Trib. Santa Fe, 14/10/1942, L.L., t. 27, p. 141.

1119/10290

§ 4.— Efectos

1119/10300

A.— RESPECTO DEL INDIGNO

1119/124

124. SUCESIONES DE LAS QUE ES EXCLUIDO.— La declaración de indignidad sólo tiene efectos respecto de la sucesión de la persona hacia la cual el indigno se ha hecho culpable de la falta por la cual se ha pronunciado (art. 3303 Ver Texto , Cód. Civil): puede heredar de cualquier otra persona y aun de aquellas que lo hubieran sustituido por causa de su indignidad, de tal modo que por esta vía indirecta el indigno podría recibir bienes que pertenecieron a la persona que ofendió (véase nota al art. 3303 Ver Texto y doctrina allí citada). Así, por ejemplo, si una persona ha sido excluida de la sucesión de su padre, por cuyo motivo sus bienes han sido heredados en su totalidad por otro hijo, a la muerte de éste puede heredarlo su hermano, declarado indigno en la sucesión del progenitor común (ver nota 1).

En cambio, no se puede representar a la persona de cuya sucesión ha sido excluido (art. 3553 Ver Texto , Cód. Civil). Supongamos que Pedro es declarado indigno de suceder a su padre Juan. Posteriormente muere Pablo, padre de Juan y abuelo de Pedro; éste no podrá invocar el derecho de representación de su padre para reclamar parte de la herencia de Pablo (ver nota 2). Cabe agregar que en nuestro derecho, el nieto hereda siempre por representación; es indiferente, por tanto, que concurra con sus tíos o primos a la herencia del abuelo o que sea el descendiente único del causante (véase sobre este punto el n° 797). En cualquier caso, el nieto quedará excluido de la herencia del abuelo.

Supongamos ahora que el nieto se hace indigno de suceder al abuelo, pero no al padre. Muere éste y posteriormente el abuelo. ¿Puede el nieto heredarlo por representación de su padre? La solución negativa se desprende claramente del artículo 3551 Ver Texto , Código Civil, según el cual, para que la representación tenga lugar es preciso que el representante sea hábil para suceder a aquél de cuya sucesión se trata. De lo contrario quedarían burlados, mediante un artilugio jurídico, los fines morales de la sanción de indignidad.

1119/125

125. RESTITUCIÓN DE LA HERENCIA.— La declaración de indignidad tiene por efecto fundamental excluir al indigno de la herencia. Se considera como si nunca hubiera sido heredero; y si hubiera entrado en posesión de los bienes, deberá restituirlos a los herederos que los sustituyan con todos los accesorios y aumentos y los productos y frutos (el Código dice rentas) obtenidos de ellos desde la apertura de la sucesión (art. 3305 Ver Texto , Cód. Civil). También está obligado a satisfacer intereses de todas las sumas de dinero que hubiera recibido pertenecientes a la herencia, aunque no hubiera percibido de ella intereses algunos (arts. 3306 Ver Texto , Cód. Civil).

De estas disposiciones se desprende que la situación del indigno es similar a la del poseedor de mala fe (arts. 2435 Ver Texto y sigs., Cód. Civil). ¿Similar o idéntica? La cuestión ha sido controvertida en nuestra doctrina y tiene importancia, porque si se admitiera que deben aplicarse al indigno todas las consecuencias de la posesión de mala fe, ello significaría que sería responsable por los frutos civiles que la cosa no hubiera producido por culpa del poseedor (art. 2438 Ver Texto) y por los beneficios que el propietario de la cosa no fructífera hubiera podido sacar de ella si la hubiera tenido en su poder (art. 2439 Ver Texto). Algunos autores consideran que todos los efectos de la posesión de mala fe deben aplicarse a nuestra hipótesis, pues los artículos 3305 Ver Texto y 3306 revelan que la ley los considera como tales (ver nota 3). Nos inclinamos, sin embargo, por la solución contraria. Si el sistema legal fuera el de aplicar a los indignos el régimen de los poseedores de mala fe, hubiera bastado con remitir a las disposiciones pertinentes; lejos de hacerlo así, el Código omite toda referencia a ellos, limitándose a fijar los efectos de la indignidad que, en líneas generales, pero no siempre, coinciden con los de la posesión de mala fe. No es posible agravar la situación del indigno más allá de los límites fijados por la propia ley. Y si bien es verdad que el artículo 3306 Ver Texto le impone la obligación de pagar los intereses de las sumas que hubiera dejado improductivas, hay entre esta hipótesis y la falta de productividad de otras cosas una diferencia muy señalada, pues mientras éstas exigen para rendir frutos, cuidados, trabajos, y, quizá, gastos, el dinero puede colocarse con un mínimo esfuerzo; no hacerlo, implica por tanto una negligencia grave, que debe ser sancionada, y que explica una diferencia de tratamiento respecto de otras cosas fructíferas (ver nota 4).

La solución que sostenemos no significa que no deba apreciarse con criterio distinto la hipótesis de que la cosa no haya producido frutos, no ya por negligencia, sino porque el indigno la ha aprovechado para sí, beneficiándose económicamente con su actitud. Así, por ejemplo, si ocupa para vivir una casa de la sucesión, debe los alquileres (ver nota 5).

1119/126

126.— Si el indigno ha enajenado los bienes heredados, sea a título gratuito u oneroso, está obligado a indemnizar a quien lo sustituye en sus derechos sucesorios, por los daños y perjuicios (art. 3309 Ver Texto , Cód. Civil). Esto significa que deberá el justo valor de la cosa, apreciado en el momento de la sentencia en que se declaró la indignidad, no de la enajenación, y con independencia de que se haya obtenido por ella un precio mayor o menor del justo. Pues de lo que se trata es de compensar al heredero los perjuicios sufridos, y no de hacer restituir al indigno el beneficio recibido. BAUDRY LACANTINERIE piensa, por el contrario, que si el precio de venta ha sido mayor que el justo valor, el indigno debe el precio, pues como poseedor de mala fe no puede beneficiarse a costa de la sucesión; en cambio, si el precio obtenido es menor, debe éste (ver nota 6). Empero, en el derecho francés no existe una disposición como la de nuestro artículo 3309 Ver Texto , que resuelve la cuestión con una fórmula clara y equitativa: la indemnización de los daños realmente sufridos por el heredero. Hay que agregar que la discrepancia no tiene mayor significado práctico, pues es obvio que el precio pagado, sobre todo cuando es mayor que el estimado por los peritos, será casi siempre un elemento decisivo para la fijación del verdadero valor de la cosa.

De cualquier modo, lo que el indigno está obligado a pagar es una suma de dinero; no puede ser obligado a entregar los bienes adquiridos con el producto de los heredados, ni está autorizado a ofrecerlos para eximirse de su responsabilidad (ver nota 7). No hay aquí subrogación real. Salvo, naturalmente, el acuerdo de las partes interesadas.

1119/127

127.— Hemos dicho ya que el indigno debe los intereses del capital que ha dejado improductivo (art. 3306 Ver Texto). Pensamos que esta obligación se refiere a las sumas de dinero recibidas en concepto de capital, pero no a las que recibiere como frutos civiles (ver nota 8). Los intereses se deben desde el momento en que pudo emplear el capital y no desde la demanda que los reclama, pues la mora se produce en el caso de pleno derecho (ver nota 9).

Deberán calcularse la tasa pasiva, vale decir, a la que paga el Banco de la Nación a los depositantes en plazo fijo. Cabe preguntarse qué ocurre si el capital ha sido colocado, pero a un interés más bajo que aquél ¿debe la diferencia el indigno? No lo creemos, a menos que las condiciones de la operación fueran absurdas e hicieran sospechar (aunque no hubiera pruebas suficientes) disimulación de un interés mayor o pusieran de manifiesto una incuria intolerable.

Respecto de los intereses, el indigno no podrá obtener la prescripción corta establecida en el artículo 4027 Ver Texto , inciso 3º, que se refiere solamente a las relaciones entre acreedor y deudor; aquí se trata de bienes que integran la masa hereditaria y rige, por tanto, la prescripción de veinte años establecida para la petición de herencia (art. 4020 Ver Texto , Cód. Civil) (ver nota 10).

1119/128

128.— El artículo 3305 Ver Texto dice que el indigno deberá devolver los bienes heredados con los accesorios y aumentos que hayan recibido. Dentro de este concepto se incluyen las cosas que se hayan incorporado a las heredades, por accesión espontánea y natural. En cuanto a las mejoras introducidas por el indigno, habrá que hacer una distinción: si ellas se han realizado con la inversión de los frutos o productos de los mismos bienes, no hay ninguna duda de que pertenecen a quien resulta heredero; si, en cambio, han sido hechas con dinero del indigno, cabe aplicar por analogía lo dispuesto por el artículo 2441 Ver Texto , para el poseedor de mala fe, pues no hay motivo para colocarlo en situación más dura que ésta. Por tanto, podrá repetir las mejoras útiles, en cambio, pierde las mejoras voluptuarias (el Código dice incorrectamente voluntarias), pero puede llevarlas si al hacerlo no causare perjuicio a la cosa (véase artículo citado) (ver nota 11).

1119/129

129.— El artículo 3305 Ver Texto , Código Civil, dispone que la restitución debe hacerse con efecto retroactivo al día de la apertura de la sucesión, es decir, de la muerte del causante.

Se ha criticado la dureza de esta disposición en los casos en que el hecho constitutivo de la indignidad se produce después de la muerte y particularmente en la hipótesis del menor de edad, que luego de varios años de posesión de la herencia incurre en indignidad por no denunciar la muerte violenta del causante dentro del mes de llegado a la mayoría. ¿No será acaso más justo considerarlo como poseedor de buena fe que, como tal, hace suyos los frutos percibidos durante esos años? (ver nota 12). Ha prevalecido, sin embargo, la opinión contraria. El heredero tiene en su mano evitar la indignidad cumpliendo con su deber; si no lo hace, debe soportar las consecuencias (ver nota 13).

1119/130

130. CRÉDITOS, DEUDAS, DERECHOS REALES.— Cuando el heredero tiene créditos o deudas con el causante, la transmisión del acervo sucesorio opera la extinción de aquéllos por confusión; salvo los casos de beneficio de inventario o de separación de patrimonios. Pero si el heredero es declarado indigno, aquéllos reviven en toda su plenitud. Es lo que dispone el artículo 3308 Ver Texto , según el cual los créditos que tenía contra la herencia o de los que era deudor el heredero excluido por causa de indignidad, como también sus derechos contra la sucesión por gastos necesarios o útiles, renacen con las garantías que los aseguraban, como si no hubieren sido extinguidos por confusión.

Aunque el texto se refiere únicamente a los créditos, es obvio que rige también para los derechos reales (ver nota 14).

El indigno tiene derecho a repetir de los herederos el importe de las deudas de la sucesión que él haya pagado con sus propios bienes (ver nota 15). La solución contraria importaría una verdadera arbitrariedad. Por lo demás, si el heredero debe al indigno el importe de los gastos necesarios o útiles (art. 3308 Ver Texto), con mayor razón le deberá las deudas que ha pagado.

1119/131

131.— La disposición que comentamos dice que los créditos y deudas renacen como si no hubieran sido extinguidos por confusión. ¿Significa ello que la prescripción en favor o en contra del indigno corre durante todo ese tiempo? Sería esta una conclusión excesiva. Lo cierto es que durante todo el tiempo transcurrido entre la apertura de la sucesión y la declaración de indignidad, ha mediado una confusión de patrimonios, que impedía al indigno demandar el pago de sus créditos contra la sucesión; y por su parte los herederos que lo han sustituido por efecto de dicha declaración, no tenían título, hasta ese momento, para reclamarle el pago de sus deudas. Por tanto, la prescripción debe considerarse suspendida por todo el tiempo en que el indigno ha estado en posesión de la herencia (ver nota 16).

1119/10310

1119/132

132. LA CUESTIÓN.— ¿En qué situación se encuentran los hijos o, para hablar en términos más generales y propios, los descendientes del indigno? ¿Se ven también afectados por la sanción que ha herido a aquél? El antiguo derecho romano y las viejas costumbres, excluían de la sucesión a los hijos del indigno. Parecía repugnante, por ejemplo, que los hijos del asesino heredaran a su abuelo asesinado. Pero las ideas han evolucionado con el tiempo y hoy hay consenso general en que los hijos no deben soportar las consecuencias de las faltas de los padres. En Francia, algunos jurisconsultos de prestigio, particularmente POTHIER, se alzaron contra aquellas normas excesivamente duras. La Revolución dispuso los espíritus para una reforma y, así, no extrañó que el artículo 730, Código Napoleón, permitiera heredar a los descendientes del indigno, siempre que ellos vinieran a la sucesión sin el auxilio de la representación, es decir, por un derecho propio. Por ejemplo, Juan tiene un hijo, Pedro, y un nieto, Diego. Pedro es indigno; Diego puede heredar a su abuelo porque lo hace por derecho propio. Pero si hubiera otros hijos de Juan, Diego no podría heredar porque le es imposible invocar la representación de un indigno. Hay que reconocer que es una distinción irrazonable; los derechos del nieto (hijo del indigno) dependen de que haya o no otros hijos del causante, hecho aleatorio, que ninguna relación tiene con la indignidad y que no tiene por qué beneficiar o perjudicar al nieto; nuestra ley ha sido más generosa y congruente.

Según el artículo 3301 Ver Texto , Código Civil, en su redacción anterior, los hijos del indigno vienen a la sucesión por derecho propio y sin el auxilio de la representación, no son excluidos por las faltas de su padre. Esta norma fue tomada casi literalmente del artículo 730, Código Napoleón, pero hay una diferencia en la forma de usar el verbo venir. La traducción correcta del modelo es la siguiente: “Los hijos del indigno, que vinieran a la sucesión por derecho propio y sin auxilio de la representación...” Vale decir, en el texto francés se requiere, para que los nietos del causante lo hereden, que vengan a la sucesión por derecho propio y sin auxilio de la representación. Si, por el contrario, necesitaran de ella (caso del nieto que concurre con sus tíos a la sucesión de su abuelo), no heredan. En cambio, en el texto de VÉLEZ no se ponía condición alguna, sino que se afirmaba que los hijos del indigno concurrían a la sucesión del abuelo por derecho propio, no obstante la exclusión de su padre. La falta de éste no puede perjudicarlos; ellos ocupaban su lugar y recibían la parte de la herencia que le hubiere correspondido a aquél.

En favor de tal interpretación, que fue aceptada por unanimidad en nuestra doctrina (ver nota 17), pueden invocarse otros argumentos más convincentes que los fundados en el cambio del tiempo de un verbo. En primer lugar, que esta solución es la establecida por el artículo 3749 Ver Texto para el caso de desheredación y no hay razón para no aplicarla al nuestro, puesto que la desheredación y la indignidad son instituciones de naturaleza prácticamente idéntica y obedecen a iguales fundamentos morales. En segundo término, porque si alguna duda hubiere, será necesario resolverla en el sentido más justo y humano. Por último, nosotros entendemos que en nuestro derecho los nietos heredan siempre por representación, aun en el caso de que no haya otros herederos que el nieto único de hijo único (véase nº 797), de tal modo que no se justificaría la distinción irrazonable fundada en el texto que le sirvió de fuente.

Esta solución ha quedado consagrada por el nuevo artículo 3301 Ver Texto (ley 17711): Los hijos del indigno vienen a la sucesión por derecho de representación, pero el indigno no puede en ningún caso reclamar sobre los bienes de la sucesión el usufructo y administración que la ley acuerda a los padres sobre los bienes de sus hijos. Dos modificaciones importa este texto sobre el anterior: ante todo, que los hijos del indigno vienen a la sucesión por derecho de representación; en segundo lugar, que los padres del menor quedan privados no sólo del usufructo sino también de la administración de los bienes que el hijo heredase.

1119/133

133.— Al venir los hijos del indigno a la sucesión por derecho de representación, ocuparán el lugar de aquél y tomarán lo que a él le hubiere correspondido.

Cabe, pues, concluir que se trata de una representación *sui generis* (ver nota 18), que incluso puede tener lugar en vida del representado.

De aquí se sigue que nuestro artículo sólo podrá aplicarse en los casos en que la naturaleza y proximidad del vínculo de parentesco hubiera permitido la representación. Así, por ejemplo, supóngase que muere una persona dejando como únicos parientes a dos tíos, con respecto a los cuales no juega la representación. Si uno de ellos es indigno y tiene hijos, éstos no heredarán al causante, de la misma manera que, no mediando indignidad y habiendo fallecido uno de los tíos antes que el causante, sus hijos no heredan a éste, pues son excluidos por su tío, que es colateral en grado más próximo (art. 3560 Ver Texto , Cód. Civil) (ver nota 19).

Los descendientes de la nuera indigna no reciben su herencia por representación (véase n° 871-6).

1119/134

134.— La ley priva a los padres indignos de la administración y del usufructo que les hubiera correspondido sobre los bienes heredados por sus hijos de la persona respecto de quien aquél cometió la falta (arts. 3301 Ver Texto y 287 Ver Texto , inc. 4°). De lo contrario los padres recibirían por un rodeo los bienes de los cuales la ley ha querido privarlos (ver nota 20). Pero, según ya hemos dicho (n° 124), ningún inconveniente hay en que, a la muerte del hijo, su padre pueda heredarlo, con lo que vendría así a recibir la herencia de la que anteriormente fue excluido.

¿El cónyuge del indigno también debe ser privado del usufructo? Es ésta una delicada cuestión que hemos tratado en otro lugar (Tratado de Derecho Civil, Familia, 9ª ed., t. 2, n° 913).

1119/10320

C.— RESPECTO DE TERCEROS

1119/135

135. PRINCIPIO GENERAL.— La declaración de indignidad no afecta los derechos adquiridos por terceros, en base a los actos realizados por el indigno mientras estuvo en posesión de la herencia. En este sentido, dispone el artículo 3309 Ver Texto que son válidas las ventas, servidumbres e hipotecas que el indigno hubiere realizado o constituido en el tiempo intermedio, como también las donaciones. En otras palabras, respecto de los terceros que hubieren contratado de buena fe con el indigno, la declaración de indignidad no tiene efectos retroactivos.

Aunque, entre los actos onerosos, la ley sólo se refiere a las ventas, a las servidumbres e hipotecas, es obvio que el precepto legal comprende a todos los derechos reales constituidos sobre los bienes heredados, así como también a todos los derechos personales que los afecten (por ej., la locación) y a las deudas contraídas para realizar en ellos gastos de conservación o mejoras necesarias o útiles. Correlativamente con el artículo que comentamos, el artículo 3299 Ver Texto dispone que los deudores de la sucesión no podrán oponer al demandante la excepción de indignidad. Vale decir, ellos deben pagarle al indigno y, si lo hacen, quedan liberados de su obligación (ver nota 21); pero si existiere pendiente un juicio de indignidad y el deudor fuese notificado de su existencia, deberá depositar judicialmente su pago a las resultas del pleito (ver nota 22).

La solución de convalidar los actos a título oneroso realizados por el indigno, hasta el momento en que se lo declara tal, obedece a fundamentos incontestables. Hasta la sentencia, él es heredero, está en posesión de la herencia. Es necesario, por tanto, proteger a los terceros de buena fe que contratan con él en base a un título legal (el carácter de heredero) que hasta el momento de la celebración del acto se mantenía en pie.

Más difícil, en cambio, es justificar la misma solución acerca de los actos a título gratuito. Es verdad que también respecto de ellos puede afirmarse que, hasta el momento de la sentencia, el indigno debe reputarse heredero; ésta es, en efecto, la lógica en que se funda nuestra norma. Pero la revocación de un acto gratuito no supone para el beneficiario un daño emergente (como ocurre con los onerosos), sino solamente un lucro cesante. Y frente a ese interés del donatario, está el más respetable de los herederos, a quien se priva de una parte de la herencia. Y si bien es cierto que el heredero tiene acción contra el indigno por daños y perjuicios, estos serán irreparables en caso de que resultara insolvente. Hubiera sido preferible presumir fraudulentos los actos gratuitos. En apoyo de esta solución cabe recordar que, tratándose del heredero aparente, sólo son válidos los actos a título oneroso (art. 3430 Ver Texto , Cód. Civil). Es verdad que, según ya lo dijimos, el indigno no es un heredero aparente, sino verdadero; y VÉLEZ prefirió aplicar con todo rigor lógico este principio; con criterio semejante, el artículo 1866 Ver Texto admite la validez de todos los actos de enajenación hechos por el donatario ingrato. Pero hubiera sido más equitativo distinguir entre los actos onerosos y los gratuitos, manteniendo únicamente la validez de los primeros.

1119/136

136.— El artículo 3309 Ver Texto , al convalidar estos actos, habla de los realizados en el tiempo intermedio. Debe entenderse por tal el comprendido entre la entrega de los bienes al indigno y la sentencia que lo declara (ver nota 23). Es la solución que sostenían AUBRY y RAU, fuente de nuestro artículo (ver nota 24), con lo cual se apartó de la contenida en el artículo 1866 Ver Texto respecto de las donaciones, según el cual una vez notificada la demanda al donatario ingrato, pueden revocarse los actos de enajenación que éste realice.

1119/137

137.— Si bien la ley considera válidos estos actos, obliga al indigno a indemnizar al heredero por los daños y perjuicios. Ya hemos tratado anteriormente este punto (véase nº 126).

1119/138

138. HIPÓTESIS DE FRAUDE.— El valor que la ley reconoce a los actos celebrados por el indigno con terceros se apoya en la necesidad de proteger a los contratantes de buena fe. No tendría sentido que igual protección se otorgase a los que se han concertado para perjudicar al heredero. Se explica, pues, que el artículo 3310 Ver Texto permita revocar los actos gratuitos u onerosos cuando ha mediado concierto fraudulento entre el indigno y el tercero.

Conviene precisar el contenido de este artículo.

En primer término, se refiere, lo mismo que el anterior, al supuesto de enajenaciones, hipotecas y servidumbres; pero, desde luego, la norma es aplicable a todo acto a título gratuito u oneroso, según ya lo dijimos anteriormente (nº 135).

En segundo lugar, exige la existencia de un concierto fraudulento, entre el indigno y un tercero. La mayor parte de nuestros autores piensa que no basta la mala fe, es decir, el conocimiento por el tercero de la existencia de un hecho susceptible de provocar una declaración de indignidad, sino que es preciso que haya mediado un acuerdo para perjudicar al heredero. En apoyo de tal interpretación se aduce que VÉLEZ se apartó en este punto de su fuente, AUBRY y RAU, que sólo exigía la mala fe; que quien conoce la existencia de una causal de indignidad y, sin embargo, contrata, lo hace teniendo en cuenta que el heredero es todavía dueño de los bienes y que bien puede ocurrir que nadie ejerza contra él la acción por indignidad (ver nota 25). No compartimos este punto de vista, pues conduce a consecuencias inadmisibles. El concierto fraudulento, aparte de las dificultades casi insalvables de la prueba, es en este caso inconcebible. ¿Qué necesidad tiene el tercero de concertarse, si el acto es válido porque la ley no prohíbe al indigno disponer de los bienes de la herencia? El único concierto fraudulento que se concibe es una simulación, que permite hacer salir aparentemente los bienes del patrimonio del indigno. Pero para volver las cosas a su quicio, bastaría con la acción de simulación; el artículo 3310 Ver Texto resultaría inútil (ver nota 26). Lo lógico es aplicar, en este punto, los principios generales del fraude (ver nota 27).

Según el artículo 969 Ver Texto , la complicidad del tercero en el fraude se presume siempre que él conociera la insolvencia del deudor en el momento de contratar. Aplicando idéntica regla, el concierto fraudulento debe presumirse si el tercero tiene conocimiento de la existencia de una causal de indignidad; el hecho de que una persona sepa la existencia de aquella causal debe bastar para inducirlo a no contratar con el heredero, mientras la situación de éste no haya quedado definitivamente consolidada por cualquiera de los medios que la ley prevé (ver nota 28).

Sin embargo, en lo que atañe a los actos gratuitos, habrá que apartarse de las reglas generales del fraude. Según el artículo 967 Ver Texto , Código Civil, los actos a título gratuito pueden revocarse aun cuando mediare ignorancia de la insolvencia del enajenante por parte del beneficiario. En nuestro caso esta norma no es aplicable: en primer lugar porque tanto el artículo 3309 Ver Texto como el 3310 tratan a los actos onerosos y los gratuitos en un pie de igualdad; la solución seá errónea, como lo hemos sostenido (nº 135), pero con todo, es la que se desprende del texto expreso de la ley, que exige concierto fraudulento también para los actos gratuitos; en segundo lugar, porque si la revocación de estos actos fuera posible aun en el caso de que no mediara mala fe del beneficiario, el artículo 3309 Ver Texto , que dispone que las donaciones hechas por el indigno son válidas, se habría convertido en letra muerta (ver nota 29).

1119/10330

D.— A QUIEN BENEFICIA LA DECLARACIÓN DE INDIGNIDAD

1119/139

139. PERSONAS BENEFICIADAS.— En el derecho romano, la exclusión de la herencia del indigno se operaba generalmente en favor del Fisco (ver nota 30). El derecho moderno ha reaccionado contra esta solución a todas luces injusta. Hoy se admite unánimemente en la legislación comparada que, excluido el indigno, pasan a ocupar su lugar las personas que tendrían derecho a la herencia en defecto de aquél. El heredero será reemplazado por los otros de igual grado o de grado inmediato posterior, si no los hubiere de igual. Si el indigno fuera legatario, los bienes que integran el legado revertirán en favor de los herederos. El Fisco sólo se beneficiará con la indignidad cuando, excluido el indigno, no haya otros herederos, vale decir, cuando se trate de una herencia vacante.

1119/140

140.— La declaración de indignidad sólo beneficia al heredero que ha demandado y en la medida de su interés. Los demás deben a su vez ejercerla, aunque su labor se verá notablemente simplificada por la sentencia anterior (ver nota 31). Esta solución se impone en razón de la naturaleza peculiar de la institución. Puede ocurrir, por ejemplo, que un hijo indigno haya sido perdonado por su padre moribundo. Los demás hijos están de acuerdo en respetar la voluntad paterna, aunque no haya prueba de ella, salvo uno, que ejerce la acción. Es lógico que ésta tenga efectos únicamente respecto de él.

Eventualmente, tal solución puede significar algunos inconvenientes. Supóngase que, iniciada la acción por uno de los herederos, el juez hace lugar a la demanda, pero entablada por otro, se la rechaza, sea porque se han aportado nuevos elementos de juicio que demuestren la inexistencia de una causal de indignidad, sea porque el juez sea distinto y aprecie los hechos y las pruebas con un criterio diferente. El heredero resultará así indigno respecto de unos y no respecto de otros de sus coherederos.

1119/10340

§ 5. Cómo se purga la indignidad

1119/141

141. **DISTINTAS CAUSALES.**— Los efectos de la indignidad desaparecen por dos causales: el perdón del ofendido y la posesión de la herencia por el indigno durante más de tres años. Nos ocuparemos de ambas en los párrafos siguientes.

1119/10350

A.— PERDÓN

1119/142

142. **FORMA DEL PERDÓN.**— La indignidad es, en sustancia, el castigo de un agravio inferido al causante; es una desheredación pronunciada de oficio por la ley. Es natural, pues, que el ofendido sea dueño de perdonar. Quizá la falta ha sido cometida en un momento de extravío; quizá ha sucedido a ella una larga amistad, un perseverante amor. De todos estos problemas, tan hondos y complejos, nadie puede ser mejor juez que el propio ofendido. Si él perdona, ninguno tiene derecho a exigir el castigo. No estamos aquí en presencia de una sanción penal, impuesta para resguardar el orden social, sino de una sanción civil que fundamentalmente tiene en mira la protección de intereses privados.

Nuestro Código admite expresamente el perdón contenido en un testamento posterior al hecho; veremos enseguida si también es posible probarlo por otros medios.

1119/143

143. a) Perdón instrumentado en testamento posterior al hecho.— Dispone el artículo 3297 Ver Texto , Código Civil, que las causas de indignidad mencionadas en los artículos precedentes, no podrán alegarse contra disposiciones testamentarias posteriores a los hechos que las producen, aun cuando se ofreciere probar que el difunto no tuvo conocimiento de esos hechos al tiempo de testar ni después.

No es necesario que en el testamento conste el perdón de manera expresa; es probable, en efecto, que el testador haya querido silenciar los hechos anteriores, hechar un manto de olvido sobre lo pasado. Basta, pues, una disposición testamentaria en donde se instituya heredero o legatario al indigno (ver nota 32). Es claro que si en ese instrumento se expresa solemnemente el perdón, éste produce todos sus efectos aunque no haya institución hereditaria ni legado; de tal modo que el indigno puede recoger los bienes que por ley le correspondan.

Cabe preguntarse qué ocurre si el testador se limitase a dejar un legado a un heredero legítimo. ¿Vale solamente el legado o debe tomarse la disposición como un perdón amplio, que le restituye toda su vocación hereditaria? La primera solución parecería surgir de los términos estrictos del artículo 3297 Ver Texto , que sólo convalida las disposiciones o mandas hechas en favor del indigno. Pero tal interpretación no nos parece admisible. Quien deja un legado a la persona que lo ha ofendido, revela una voluntad de perdón. En principio creemos que la indignidad debe reputarse indivisible: no se puede ser capaz para recibir tales bienes e indigno para recibir tales otros. Pero, como en definitiva el perdón depende del libre arbitrio del testador, si éste limitase claramente el beneficio al legado, diciendo de modo expreso que ello no significa perdón y que lo hace, por ejemplo, al solo efecto de no dejar en la indignencia al indigno, esa voluntad debe respetarse y, por tanto, éste queda excluido de su herencia legítima (ver nota 33).

La ley exige, para que la indignidad quede purgada, que el hecho en que se funda sea anterior al testamento, lo que es natural, pues de lo contrario no podría hablarse de perdón. Y, desde luego, no quedarán borrados sus efectos, si el hecho fuera contemporáneo al testamento; por ejemplo, si el causante fuera inducido a hacerlo por dolo o violencia.

1119/144

144.— La ley no admite la prueba de que el testador no tenía conocimiento del hecho anterior, con lo cual se tendería a demostrar que no hubo tal ánimo de perdón. De este modo se evita el escándalo que importaría ventilar tales cuestiones y se elimina la posibilidad de invalidar una disposición de última voluntad sobre la base de pruebas fraguadas. Por tanto, la disposición testamentaria posterior al hecho importa una presunción juris et de jure de perdón (ver nota 34).

1119/145

145.— ¿Qué ocurre si el testamento resultare nulo por defectos de forma? ¿Renacerá la indignidad? MACHADO opina que sí (ver nota 35). En modo alguno podemos compartir su punto de vista. La invalidez formal tiene como consecuencia dejar sin efecto las

disposiciones relativas a los bienes, pero no puede influir sobre la clara voluntad de perdón, documentada en forma solemne y fehaciente.

Tampoco nos parece dudosa la solución en caso de que el testamento que contiene el perdón haya sido revocado por otro posterior. El perdón es un acto definitivo e irrevocable; la indignidad no puede renacer sino por otro hecho posterior.

1119/146

146. b) Perdón no instrumentado en un testamento.— Según ya lo hemos dicho, el artículo 3297 Ver Texto , Código Civil, sólo se refiere al perdón instrumentado en un testamento posterior al hecho. Cabe preguntarse si esta es la única forma de que el perdón tenga efectos jurídicos, si no sería válido el que constare en otro instrumento público o privado, o surgiera de hechos inequívocos.

Esta delicada cuestión ha dividido la opinión de nuestros autores. Para algunos, solamente el perdón contenido en un testamento posterior borra los efectos de la indignidad; tal interpretación se funda en que el artículo 3297 Ver Texto sólo admite dicho modo y en que la nota al artículo 3307 Ver Texto , precisando el pensamiento del legislador, dice que el perdón de un padre no podría enervar la acción de los herederos (ver nota 36). SEGOVIA está de acuerdo, en principio, con esta opinión, pero sostiene que deben admitirse algunas excepciones y que el perdón no contenido en un testamento es válido en los siguientes casos: cuando se trata de herederos forzosos, pues sería absurdo obligar al padre a hacer nuevo testamento, dado que si lo hubiere desheredado bastaría, según el artículo 3750 Ver Texto , con la reconciliación; y cuando se trate de cónyuges, pues la reconciliación hace desaparecer los efectos del divorcio (ver nota 37). MACHADO, a su vez, opina que debe admitirse que el perdón no contenido en un testamento borra la indignidad si se trata de los casos en que ésta coincide con la desheredación (por ej., en las hipótesis de los arts. 3291 Ver Texto y 3293 Ver Texto), pues entonces sería de aplicación el artículo 3750 Ver Texto (ver nota 38).

Por nuestra parte, coincidimos con quienes sostienen la validez del perdón no contenido en un testamento, siempre que la prueba sea fehaciente (ver nota 39). Muchas son las razones que, a nuestro entender, apoyan este punto de vista. En primer término, el argumento de que el artículo 3297 Ver Texto sólo se refiere al perdón instrumentado en testamento no tiene mayor peso; es bien sabido el descrédito en que ha caído en el derecho moderno el manido argumento a contrario. Tampoco tiene mayor importancia lo que dice el codificador en la nota al artículo 3307 Ver Texto , no sólo porque las notas no son obligatorias, sino porque ni siquiera tienen valor interpretativo cuando se hayan en pugna con principios o soluciones que se desprenden de otros textos legales. Es lo que ocurre en nuestro caso. La ley admite que el ofendido pueda perdonar. ¿Por qué ha de valer únicamente el perdón contenido en un testamento? Esa solución sería arbitraria, carecería de todo fundamento lógico; siempre que el perdón sea inequívoco, y la prueba fehaciente, debe producir plenos efectos. Negarlo importaría una contradicción manifiesta con el artículo 3750 Ver Texto , según el cual la reconciliación borra los efectos de la desheredación. Veamos una hipótesis. Un hijo atenta contra la vida de su padre, vale decir, incurre a la vez en una causal de indignidad y de desheredación. Si lo deshereda expresamente, la reconciliación posterior borra la sanción y el hijo hereda. Si, en cambio, no lo ha hecho (probablemente porque era inútil, ya que

bastaba con la indignidad establecida en la ley) la reconciliación posterior, a estar a la doctrina que combatimos, no produciría efecto alguno. Esta conclusión resulta francamente inadmisibles. Ya hemos dicho que la indignidad no es sino una desheredación pronunciada de oficio por la ley; por lo tanto, los efectos del perdón deben ser iguales en uno y otro caso.

Claro que habrá que ser muy cuidadoso en la apreciación de la prueba. Si ésta se basa en simples presunciones, o en testigos no muy seguros o sospechosos de parcialidad, el perdón no podrá obrar. El juez deberá, sobre todo, ser muy cauteloso con esas apariencias de reconciliación, simuladas interesadamente por el heredero en torno al lecho de moribundo del causante. Pero cuando ella es indudable, cuando surge de un instrumento emanado del de cujus o de otras pruebas inequívocas, debe admitírsela. Esta es la solución prevaleciente en el derecho moderno y la admitida en nuestros proyectos de reformas (Anteproyecto de Babiloni, art. 2900; Proyecto de 1936, art. 1902, inc. 1º).

1119/147

147. LEGISLACIÓN COMPARADA.— Exigen el perdón por testamento, instrumento público y otro acto auténtico, los códigos brasileño, artículo 1597; peruano, artículo 669; venezolano, artículo 811; italiano, artículo 729; portugués, artículo 1782. El Código español exige documento público (art. 757). En cambio, no establecen ninguna exigencia formal y admiten toda clase de prueba, el Código alemán, artículo 2343; el suizo, artículo 540; y el mexicano, artículo 1318, aunque éste último habla de acto auténtico u otros hecho indubitables.

1119/10360

B.— POSESIÓN POR MÁS DE TRES AÑOS

1119/148

148. CARÁCTER DE LA POSESIÓN.— El artículo 3298 Ver Texto declara purgada la indignidad por tres años de posesión de la herencia o legado.

La ley ha querido evitar que las cuestiones relativas a los bienes hereditarios se prolonguen demasiado tiempo; desea que quienes tienen derecho a demandar la indignidad lo hagan de una buena vez; que quien ha incurrido en ella sepa a qué atenerse respecto de sus derechos y pueda manejar sus bienes con la libertad y la eficacia de un dueño.

La primera dificultad contenida en esta norma consiste en determinar si se refiere a la posesión jurídica de la herencia o a la material de los bienes. En favor de la primera solución se aduce una razón importante: si el perfeccionamiento del derecho hereditario dependiera de la posesión efectiva, el plazo podría haberse operado respecto de ciertos bienes y no respecto de otros, lo que daría origen a una situación confusa (ver nota 40). No obstante ello,

nos inclinamos en favor de la segunda solución. Lo que fundamentalmente se propone la ley al establecer este plazo, es evitar que la masa de bienes esté por mucho tiempo en manos de una persona que, no obstante ser heredero, no puede actuar como dueño, pues si lo hace deberá más tarde, responder a quienes lo sustituyen en ese carácter, de lo cual derivan serios daños, aun de índole social, porque la productividad de ese patrimonio sin duda se resentirá. Este perjuicio sólo existe en caso de que el heredero se encuentre en posesión material de los bienes. Además, la ley habla de posesión de la herencia o legado; evidentemente, ha aludido, en ambos casos, a una posesión de igual carácter; y respecto de los legados, no hay otra posesión que la material. Finalmente, la solución contraria importaría una incongruencia, porque los más allegados al causante, que tienen la posesión desde la muerte y de pleno derecho (art. 3410 Ver Texto), purgarían la indignidad más rápido que los parientes lejanos, que deben pedir la posesión judicial y recién después de otorgada comenzaría el plazo; de tal modo que justamente quienes más acreedores se hacen al repudio y a la sanción, resultarían más beneficiados por el sistema legal (ver nota 41).

1119/149

149. NATURALEZA DEL PLAZO.— Se ha discutido la naturaleza jurídica del plazo de tres años fijado en el artículo 3298 Ver Texto .

a) Para algunos autores, se trata de una prescripción adquisitiva (ver nota 42). Pero tal opinión resulta inadmisibles. La usucapión supone un título originario, no derivado; es decir, el indigno no sería sucesor del causante, lo que es falso, pues éste no entra en la herencia como un extraño, sino como un sucesor (ver nota 43).

b) Para otros se trata de una prescripción liberatoria (ver nota 44). Para desechar tal teoría basta la consideración de que no es suficiente la inacción de los intereses para consolidar el derecho del indigno, sino que es menester que éste posea la herencia o el legado durante tres años.

c) Indudablemente nos encontramos en presencia de un plazo de caducidad, pues su transcurso permite consolidar la situación de quien está en posesión de los bienes (ver nota 45).

1119/150

150.— Justamente porque se trata de un plazo de caducidad y no de prescripción, corre contra los incapaces y los ausentes (ver nota 46).

1119/151

151. HEREDEROS DEL INDIGNO.— Según el artículo 3300 Ver Texto , a los herederos se transmite la herencia o legado de que su autor se hizo indigno, pero con el mismo vicio de indignidad por todo el tiempo que falte para completar los tres años. En otras palabras, la

posesión de los herederos se une a la del indigno y basta que entre ambas sumen tres años para que caduque la indignidad.

Queda a salvo, sin embargo, la situación de los descendientes del indigno, que no se ven afectados por la sanción (véase nº 132).

(nota 1) De acuerdo: MAFFÍA, t. 1, nº 140.

(nota 2) De acuerdo: MAFFÍA, t. 1, nº 140. Sin embargo, en el derecho francés, a falta de un texto como el de nuestro art. 3553 Ver Texto , ha prevalecido la doctrina que reconoce el derecho a representar al padre respecto del cual ha mediado una declaración de indignidad (BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 1, núms. 237 y 275; DEMOLOMBE, t. 13, nº 294; AUBRY y RAU, t. 6, § 594).

(nota 3) DE GÁSPERI, t. 1, nº 45; LAFAILLE, t. 1, nº 117; SALAS, La indignidad para suceder por causa de muerte, J.A., 1953-I, p. 348, nº 34; PRAYONES, nº 11; MARTÍNEZ PAZ, Introducción, p. 100. En contra: ZANNONI, t. 1, § 167; GOYENA COPELLO, t. 1, p. 579; MAFFÍA, t. 1, nº 141; PÉREZ LASALA, t. 1, nº 270.

(nota 4) De acuerdo: LLERENA, t. 6, nº 47; MACHADO, t. 8, p. 367, nota; LANDABURU, J.A., t. 55, p. 329.

(nota 5) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 1, nº 278.

(nota 6) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 1, nº 277.

(nota 7) PÉREZ LASALA, t. 1, nº 271; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 1, nº 277.

(nota 8) De acuerdo: MACHADO, t. 8, p. 371, nota; SALAS, J.A., La indignidad para suceder por causa de muerte, J.A., 1953-I, p. 348, nota 37. En contra, sosteniendo que también debe los intereses de los intereses y frutos: BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 1, nº 279; AUBRY y RAU, t. 6, § 594.

(nota 9) MAFFÍA, t. 1, nº 143; SEGOVIA, t. 2, nota al art. 3308 de su numeración; PÉREZ LASALA, t. 1, nº 270; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 1, nº 278; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 9ª ed., t. 3, nº 1016; AUBRY y RAU, t. 6, § 594, C.

(nota 10) De acuerdo: autores citados en nota anterior (loc. cit.).

(nota 11) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 1, nº 269.

(nota 12) Así lo sostienen: MACHADO, t. 8, p. 368; PÉREZ LASALA, t. 1, nº 270 y MARCADÉ, art. 272, nº 82.

(nota 13) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 1, nº 276; DEMOLOMBE, t. 13, nº 306; DEMANTE, t. 3, nº 38 bis.

(nota 14) SEGOVIA, t. 2, p. 410, nota 69; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 1, nº 284; DEMOLOMBE, t. 13, nº 302 bis.

(nota 15) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 1, nº 282.

(nota 16) De acuerdo: MAFFÍA, t. 1, nº 144. En contra: PÉREZ LASALA, t. 1, nº 273. MACHADO, en un párrafo bastante confuso, comienza diciendo que el indigno no ha podido ejercer la acción contra sí mismo, desde que él era reputado dueño, pero luego sostiene que la prescripción debe correr contra él, puesto que es reputado en parte como poseedor de mala fe, pero no contra los herederos que lo sustituyesen, los cuales se benefician con la suspensión de la prescripción durante todo ese tiempo (t. 8, p. 376, nota). Dejamos de lado la contradicción en que incurre al afirmar que el indigno es un poseedor de mala fe, cuando en otro párrafo sostiene lo contrario (p. 377, nota). Nada tiene aquí que ver el concepto de buena o mala fe. El indigno ha entrado en posesión de la herencia ministerio legis, de pleno derecho; y en esa situación se ha mantenido hasta la declaración de indignidad; durante ese lapso, no puede intentar la acción interruptiva de la prescripción, simplemente porque no hay deuda, ya que ésta se ha extinguido por confusión. Y si bien la sentencia que impone la sanción la hace renacer, es evidente que no puede operarse la prescripción por el transcurso de un término durante el cual el interesado no tenía posibilidad jurídica de intentar la demanda.

(nota 17) SEGOVIA, t. 2, p. 406, nota 56; LLERENA, t. 6, p. 38; MACHADO, t. 8, p. 350 y sigs.; FORNIELES, t. 1, nº 70; PRAYONES, nº 13; LAFAILLE, t. 1, nº 126; LANDABURU, J.A., t. 55, p. 328; SALAS, La indignidad para suceder por causa de muerte, J.A., 1953-I, p. 349, nº 44. En contra GUAGLIANONE, El derecho hereditario de los descendientes del indigno, L.L., t. 86, p. 766.

(nota 18) DE GÁSPERI, t. 2, nº 261.

(nota 19) SALAS, La indignidad para suceder por causa de muerte, J.A., 1953-I, p. 350, nº 48.

(nota 20) JOSSERAND, t. 1, vol. 2, nº 1108, 3. En el mismo sentido: DEMOLOMBE, t. 13, nº 293 bis.

(nota 21) SEGOVIA, t. 1, p. 405; LLERENA, t. 6, p. 37.

(nota 22) MACHADO, t. 8, p. 348; PRAYONES, p. 58.

(nota 23) SEGOVIA, t. 1, p. 410; MACHADO, t. 8, p. 379, nota.

(nota 24) AUBRY y RAU, t. 6, § 594, texto y nota 13.

(nota 25) FORNIELES, t. 1, n° 67; SEGOVIA, t. 2, p. 411, nota; MACHADO, t. 8, p. 379; LAFAILLE, t. 1, n° 121; PRAYONES, p. 62; LANDABURU, nota en J.A., t. 55, p. 329.

(nota 26) Así lo hace notar FORNIELES, loc. cit. en nota anterior, no obstante lo cual piensa que la solución del Código es la indicada.

(nota 27) De acuerdo: ZANNONI, t. 1, § 174; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 274.

(nota 28) De acuerdo: SALAS, La indignidad para suceder por causa de muerte, J.A., 1953-I, p. 351, n° 52.

(nota 29) De acuerdo: ZANONNI, t. 1, § 174.

(nota 30) MAYNZ, Cours de droit romain, t. 3, § 482.

(nota 31) MACHADO, t. 8, p. 365; nota; LLERENA, p. 44 y sigs.; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 264; MARCADÉ, t. 3, nota al art. 728, n° 77. En contra: ZANNONI, t. 1, § 164; GOYENA COPELLO, t. 1, 606; MAFFÍA, t. 1, n° 146, quienes sostienen que la declaración de indignidad tiene efectos erga omnes.

(nota 32) RÉBORA, Sucesiones, t. 1, n° 40; DEMOLOMBE, t. 13, n° 227; GATTI, Estudios sucesorios, La indignidad para suceder, n° 42.

(nota 33) En este sentido, SALAS, La indignidad para suceder por causa de muerte, J.A., 1953-I, p. 351, n° 57.

(nota 34) De acuerdo: MAFFÍA, t. 1, n° 155.

(nota 35) MACHADO, t. 8, p. 346, nota; POVIÑA, Indignidad y desheredación, n° 117.

(nota 36) PRAYONES, p. 59; ARIAS, p. 283; ZANNONI, t. 1, § 180; RÉBORA, t. 1, n° 41. El autor citado en último término deplora, sin embargo, la solución que surge del art. 3297 Ver Texto , sosteniendo la necesidad de adoptar un criterio amplio respecto del perdón.

(nota 37) SEGOVIA, t. 2, p. 405, nota 50.

(nota 38) MACHADO, t. 8, p. 344, nota.

(nota 39) SALAS, La indignidad para suceder por causa de muerte, J.A., 1953-I, n° 58; DE GÁSPERI, t. 1, n° 39; MAFFÍA, t. 1, n° 156; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 275; LAFAILLE, t. 1, n° 111. El autor citado en último término recuerda que la fuente de nuestro artículo, MALPEL admitía también el perdón.

(nota 40) De acuerdo con este punto de vista: SALAS, La indignidad para suceder por causa de muerte, J.A., 1953-I, núms. 59 y sigs.; RÉBORA, t. 1, n° 41; MACHADO, t. 8, p. 347; LLERENA, t. 6, p. 36; POVIÑA, Indignidad y desheredación, n° 124.

(nota 41) De acuerdo: C. Apel. Bahía Blanca, 14/7/1936, J.A., t. 55, p. 324 (fallo en el que el camarista Dr. MALLEA hace el interesante argumento derivado de la incongruencia resultante de favorecer a los más culpables de indignidad); FORNIELES, t. 1, n° 67 bis; LAFAILLE, t. 1, n° 112; PRAYONES, p. 59.

(nota 42) LAFAILLE, t. 1, n° 112.

(nota 43) Así lo observa SALAS, La indignidad para suceder por causa de muerte, J.A., 1953-I, p. 353, n° 52.

(nota 44) SALAS, La indignidad para suceder por causa de muerte, J.A., 1953-I, p. 353, n° 52.

(nota 45) Sobre la distinción entre caducidad y prescripción, remitimos a nuestro Manual de Parte General, n° 853. De acuerdo con que se trata de un plazo de caducidad, C. 1ª Apel. La Plata. 4/12/1951, con un completo estudio del punto del Dr. SAFONTÁS, L.L., t. 66, p. 787; BIBILONI, nota al art. 2905; ZANNONI, t. 1, § 182; MAFFÍA, t. 1, n° 182; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 276.

(nota 46) De acuerdo: MACHADO, t. 8, p. 347, nota. En contra: SEGOVIA, t. 2, p. 405, nota 51.

1119/10370

III. DESHEREDACIÓN (ver nota 1)

1119/10380

§ 1.— Conceptos generales

1119/152

152. CONCEPTO.— La desheredación consiste en la exclusión de un heredero forzoso hecha por el causante en su testamento, en virtud de una causa legal. Para que la desheredación tenga efectos es preciso, por consiguiente, que se reúnan estas condiciones: a) que el desheredado haya incurrido en uno de los hechos previstos por la ley como causal de desheredación; b) que el causante haya manifestado su voluntad de desheredarlo en su testamento. Es una institución relativamente moderna, que nace simultáneamente con la idea de la herencia forzosa. No se concebía en la familia primitiva, en la que el padre era dueño y señor de la vida y haciendas, y disponía sin cortapisa alguna de sus bienes. Así, en Roma, según la ley de las XII Tablas, el testador podía excluir libremente a sus hijos, no sólo por manifestación expresa, sino por simple omisión de ellos en el testamento. Más tarde la ley Glicia estableció que el testador debía excluir expresamente a sus herederos, sin que bastara la simple omisión. Pero recién fue JUSTINIANO quien reglamentó la institución tal como ha sido recogida en el derecho moderno: sólo pueden desheredarse a los herederos forzosos, por alguna de las causales establecidas en la ley; ésta debía ser mencionada en el texto y los herederos debían probarla (Novela, 115).

Se trata de una institución vinculada con el concepto de herencia forzosa. Si se admite que ciertos parientes deben recibir necesariamente una determinada porción de los bienes del difunto, aun contra la voluntad de éste, es preciso admitir también el derecho del testador de excluirlo por justas causas.

Está ligada estrechamente a la indignidad. En ambas, la exclusión a la herencia se funda en una ofensa al difunto o a su memoria; pero mientras la sanción al indigno se aplica por el sólo imperio de la ley, la desheredación requiere la manifestación de voluntad del testador. Más adelante trazaremos un paralelo más prolijo entre ambas (nº 180).

1119/153

153. QUIÉNES PUEDEN SER DESHEREDADOS.— Solamente pueden ser desheredados los herederos forzosos (art. 3744 Ver Texto , Cód. Civil). Respecto de los demás no se concibe, puesto que basta la simple voluntad del testador para privarlos de los bienes: no es necesaria causa legal, ni tampoco que el causante fundamente la exclusión. No existiendo herederos forzosos, es libre de disponer de todos sus bienes como le plazca.

Con relación a los ascendientes y descendientes, no hay en este punto ninguna dificultad. En cambio, la situación del cónyuge es menos clara. Por una parte, él es un heredero forzoso y,

por tanto, incluido en el concepto del artículo 3744 Ver Texto ; pero, por otra, al hablar concretamente de las causales de desheredación, el Código alude solamente a los ascendientes y descendientes (arts. 3747 Ver Texto y 3748). En nuestra doctrina y jurisprudencia predomina la opinión de que el cónyuge no puede ser desheredado (ver nota 2). Se aduce, ante todo, que el Código no ha previsto respecto de él las causales de desheredación y que no habría medio, por tanto, de hacerla efectiva, ya que en esta materia no cabe la interpretación extensiva, ni es posible invocar otras causas que las expresamente previstas (art. 3745 Ver Texto). Por lo demás, se explica que el codificador no haya previsto este caso, porque, o bien el cónyuge ha incurrido en las causales de los incisos 2º y 3º, artículo 3747 Ver Texto , en cuyo caso puede ser excluido de la herencia como indigno, o bien han mediado las injurias de hecho previstas en el inciso 1º, y entonces el causante puede excluir a su cónyuge reclamando el divorcio o separándose de él (arts. 3574 Ver Texto y 3575).

Por nuestra parte, consideramos que, en rigor, no hay fundamento serio para negar la posibilidad de desheredar al cónyuge. Es un heredero forzoso y, por tanto, incluido en lo dispuesto por el artículo 3744 Ver Texto ; y en cuanto a las causales, es obvio que se puede aplicar el artículo 3747 Ver Texto , pues las tres causas previstas en él permiten, de cualquier modo, su exclusión. Todas ellas autorizan a pedir el divorcio; además, las de los incisos 2º y 3º, son motivo suficiente para una declaración de indignidad (véase núms. 156 y sigs.). No se agravia por tanto, al culpable aplicándole por vía de desheredación, lo que, de cualquier modo, hace posible excluirlo de la herencia (ver nota 3). Es verdad, sin embargo, que esta cuestión no parece tener una importancia fundamental; pues, o bien después de la ofensa los cónyuges han seguido conviviendo, lo que implica reconciliación y con ello la inoperancia de la desheredación (art. 3750 Ver Texto), o bien ha habido separación, en cuyo caso el cónyuge no hereda por aplicación del artículo 3745 Ver Texto . Pero si no tiene importancia en lo que atañe al derecho de fondo, en cambio sí la tiene en lo que se refiere al modo de hacerlo valer, pues mientras el desheredado carece de título a la herencia y no entra en posesión de ella en ningún momento (véase nº 169), en cambio el cónyuge separado de hecho entra en posesión de los bienes a la muerte del difunto, y sólo es privado de la posesión por la sentencia que comprueba la existencia de la indignidad o la separación.

1119/11690

153 bis.— Tampoco están previstas las causales de desheredación de la nuera viuda sin hijos, pero no por ello puede negarse la posibilidad de desheredarla; pues si se puede desheredar al propio hijo, tanto más se podrá hacerlo respecto de su viuda, cuando ésta incurre en alguna de las causales previstas para los descendientes, que son aplicables al caso por analogía.

1119/154

154.— La desheredación únicamente puede afectar la legítima. Para la porción disponible no es necesario echar mano al recurso, siempre ingrato, de desheredar. También debe entenderse que el testador puede privar al heredero sólo de una parte de la legítima, porque quien puede lo más, puede lo menos (ver nota 4). En verdad, el efecto fundamental de la existencia de una causal de desheredación es hacerle recuperar al causante la plena potestad

para disponer libremente de sus bienes; no hay obstáculo, pues, en que deje algunos al desheredado, por ejemplo, para librarlo de la indigencia (ver nota 5).

1119/11700

154 bis. HEREDEROS FORZOSOS.— Hemos dicho que el problema de la desheredación sólo se presenta respecto de los herederos forzosos, pues no teniendo este carácter, el causante puede disponer libremente de sus bienes. Pero cabe preguntarse si para privarlos de la herencia basta que el testamento exprese la voluntad de que tales o cuales parientes no hereden o si, para evitar que los bienes vayan a manos de los parientes desheredados, debe designar expresamente a los beneficiarios. Por esta última solución se pronunció la Suprema Corte de Buenos Aires (ver nota 6). Estamos en desacuerdo con tal jurisprudencia. En esta materia lo esencial es el respeto de la voluntad del causante, claramente manifestada. Creemos que si el testamento no contiene actos positivos de disposición, los bienes corresponderán a los parientes que sigan en orden de prelación a los excluidos, y si no los hay, al Fisco (ver nota 7).

1119/10390

§ 2.— Causales

1119/10400

A.— ENUMERACIÓN

1119/155

155. CARÁCTER RESTRICTIVO DE LA ENUMERACIÓN LEGAL.— La desheredación sólo puede hacerse por alguna de las causales expresamente previstas en la ley. Cualquiera otra, aunque sea más grave, no la autoriza (art. 3744 Ver Texto , Cód. Civil). Tratándose de una sanción que priva al heredero forzoso de su legítima, la ley ha querido ser muy estricta en lo que atañe a los motivos. No está mal que en esta materia se prohíba la interpretación extensiva o analógica, pero tal sistema debió ser acompañado de una enumeración más amplia y completa de motivos de desheredación. En este punto, las normas del Código se resienten de una notoria insuficiencia (véase n° 115).

1119/156

156. RESPECTO DE LOS DESCENDIENTES.— Según el artículo 3747 Ver Texto , los ascendientes pueden desheredar a los descendientes por las causas que siguen:

a) Por injurias de hecho, poniendo el hijo las manos sobre su ascendiente; la simple amenaza no es bastante (inc. 1º). La ley quiere las vías de hecho; no bastan las amenazas ni las injurias verbales, ni aun la difamación pública. Hay que admitir que esta solución carece de toda lógica. Muchas veces un golpe, una bofetada, pueden ser la consecuencia de una ofuscación, de la que quizá el primer arrepentido sea el propio ofensor; pero la difamación persistente y pública, tal vez hecha en órganos de la prensa de vasta difusión, es un agravio mucho mayor. No se explica, por tanto, la limitación a las ofensas, traducidas en violencias físicas (ver nota 8).

Todo agravio de este tipo puede dar origen a la desheredación; no sólo los golpes o malos tratamientos hechos con animus injuriandi, sino también el secuestro, la violación y, de una manera general, toda ofensa física.

1119/157

157.— ¿La víctima de la injuria debe ser el propio causante o puede serlo cualquier ascendiente? Consideramos suficiente un agravio inferido a cualquier ascendiente. En primer término, el Código no dice que el agravio debe dirigirse contra el testador, sino que habla del ascendiente; en segundo lugar, porque aquél puede sentirse igualmente afectado por la injuria inferida por su hijo a otros ascendientes, por ejemplo, el padre del testador o la madre del culpable (ver nota 9).

1119/158

158.— Para que pueda aplicarse esta sanción, el autor del hecho debe tener discernimiento, pues de lo contrario el acto no le es imputable. Por tanto, no pueden ser desheredados los dementes, sean o no declarados, y los menores de 10 años (ver nota 10). En cambio, pensamos que no bastaría la ebriedad ni la intoxicación por otras drogas.

1119/159

159. b) Si el descendiente ha atentado contra la vida del ascendiente (inc. 2º).— En este punto es aplicable todo lo dicho con relación a la indignidad (véase núms. 51 y sigs.); empero, hay que formular una salvedad: aquí no es necesario que medie condena criminal (ver nota 11). El Código no lo exige; por tanto, basta que el atentado se pruebe ante la jurisdicción civil.

La ley habla tan sólo de atentado, puesto que si se tratara del homicidio consumado del causante, no se concebiría la desheredación; pero, desde luego, el autor se hace pasible de indignidad. Resulta obvio que, al redactar este inciso, el codificador tuvo presente solamente la hipótesis de que la víctima fuera el propio causante; sin embargo, también el delito cometido contra otro ascendiente permite la desheredación, pues son aquí aplicables las consideraciones que hiciéramos respecto del inciso anterior (nº 157). Y acerca de ellos, no

sólo es posible el atentado contra la vida, sino también el homicidio. Es claro que, quien mata, atenta contra la vida, de modo que la desheredación es en todo caso procedente.

1119/160

160. c) Si el descendiente ha acusado criminalmente al ascendiente de delito que merezca pena de cinco años de prisión o de trabajos forzados (inc. 3º).— También aquí es aplicable lo dicho respecto de la indignidad, a la que remitimos (núms. 100 y sigs.). Y, asimismo, que es suficiente la acusación contra cualquier ascendiente, no sólo el causante (véase nº 157).

1119/161

161. RESPECTO DE LOS ASCENDIENTES.— Según el artículo 3748 Ver Texto , Código Civil, el descendiente puede desheredar al ascendiente por las dos últimas causas del artículo anterior, vale decir, por atentado contra la vida y por acusación criminal. En cambio, no le está permitido hacerlo por injurias de hecho. La razón de esta exclusión es que los padres están autorizados a corregir a sus hijos y aun a castigarlos moderadamente, de tal modo que si alguna vez les levantan la mano, se presume que es por el deseo de educarlos y de enmendar sus yerros. Indudablemente, el criterio con que debe juzgarse una bofetada dada por el padre a su hijo (aunque éste sea mayor de edad) no puede ser el mismo que la propinada por el hijo a su padre (ver nota 12). Pero debió preverse el caso de que las agresiones físicas asuman caracteres delictuales; por ejemplo, si han resultado lesiones o se trata de violación, ultraje al pudor, etcétera. Es obvio que, en estos casos, la desheredación es procedente.

1119/162

162. RESPECTO DEL CÓNYUGE.— Hemos dicho ya que, en nuestra opinión, también el cónyuge puede ser desheredado (véase nº 153). Y entendemos que puede serlo por cualquiera de las causales del artículo 3747 Ver Texto . No existe, en este caso, el motivo que indujo al legislador a suprimir, respecto de los ascendientes, la causal de injurias. Además, es preciso notar que al admitir esta interpretación no se crean causales de exclusión hereditaria no establecidas en la ley, pues de cualquier modo el cónyuge culpable puede ser excluido, en caso de injurias, por aplicación de los artículos 3574 Ver Texto y 3575, y en caso de atentado contra la vida o acusación criminal, por vía de la indignidad.

1119/11710

162 bis. RESPECTO DE LA NUERA.— Aunque la ley no establece la causales de desheredación de la nuera viuda sin hijos, pensamos que son aplicables por analogía las referentes a los descendientes.

1119/10410

B.— FORMA DE INVOCAR LAS CAUSALES

1119/163

163. REQUISITO FORMAL.— La desheredación debe ser hecha por testamento (art. 3745 Ver Texto). No basta, pues, otro acto auténtico, por plena fe que merezca (ver nota 13). Además, es preciso que se exprese, bajo pena de nulidad, la causa de la desheredación (art. 3745 Ver Texto). Si se la omitiera, aquélla es válida y el heredero forzoso conserva su derecho a la legítima.

Cabe preguntarse, sin embargo, qué efecto tendría sobre la porción disponible una desheredación nula por no haberse fundado, o por fundarse en una causa no prevista en la ley. Pensamos que la nulidad por defectos formales sólo puede afectar los efectos propios de la desheredación, que se vincula exclusivamente con la legítima (véase nº 152). Respecto de la porción disponible, basta con una voluntad claramente expresada de privar de ella al heredero; y es indudable que ese requisito se cumple al manifestar el testador (aun sin expresar la causa) que deshereda a su pariente. Por tanto, la nulidad permitiría al heredero recoger la legítima, pero no la porción disponible.

1119/10420

C.— PRUEBA DE LAS CAUSALES

1119/164

164. LA CARGA DE LA PRUEBA.— No basta con la mención en el testamento de la causal de desheredación. Es necesario que el heredero interesado la pruebe (art. 3746 Ver Texto). Si fuera suficiente la sola mención de la causa por el testador, éste podría inventar un hecho cualquiera, inexistente, para excluir a los herederos forzosos, burlando así el sistema legal sobre la legítima. Y como no es posible exigir al desheredado la prueba de un hecho negativo (como es no haberlo cometido), es al heredero interesado en la exclusión a quien se impone la carga de la prueba. Bien entendido, sin embargo, que la necesidad de probar la causal de desheredación sólo existe si el desheredado impugna judicialmente la exclusión de que ha sido objeto. En otras palabras, a los herederos no excluidos les basta con el testamento que dispone la desheredación; pero si el desheredado impugna su exclusión, le corresponde a aquéllos la prueba de la existencia de la causa invocada por el testador (ver nota 14).

El interesado sólo puede probar la causa expresada en el testamento y no otra, aunque la hubiera (art. 3746 Ver Texto , Cód. Civil). La ley supone, en efecto, que si existió otra y el testador no la mencionó, es porque la ha perdonado.

1119/165

165.— Pero si el interesado en la exclusión debe probar el hecho invocado en el testamento, el desheredado debe, a su vez, probar las defensas que alegue a su favor, tales como haber obrado en legítima defensa, ser demente o menor de 14 años, haberse reconciliado, etcétera (ver nota 15).

1119/166

166.— El artículo 3746 Ver Texto dice que el heredero quedará eximido de probar el hecho, si esa prueba se hubiera producido ya en vida del causante. El caso típico es el de la condena criminal siguiente al hecho. Y aun en el caso de que no existiera condena criminal, porque el hecho no fuera punible, o porque la acción se prescribió, o porque tratándose de un delito de acción privada el ofendido no la inició, la jurisprudencia ha reconocido al causante el derecho de preconstituir la prueba del hecho en demanda civil dirigida contra el futuro desheredado (ver nota 16). Pero, de cualquier modo, reclamada la herencia por el desheredado, los otros interesados tendrán que traer el testimonio de la sentencia. La demostración, no por sencilla, dejará de ser necesaria (ver nota 17).

1119/167

167.— Si bien el heredero interesado en la exclusión tiene a su cargo la prueba, su situación es muy distinta que en la indignidad. El desheredado carece de título a la herencia, no puede reclamar la posesión hereditaria. Para sostener sus derechos al sucesorio, debe primeramente impugnar la desheredación; recién entonces surge la obligación de sus coherederos de probar la causal. Volveremos con más detenimiento sobre este punto en los números 169 y siguientes.

1119/168

168. QUIÉNES PUEDEN INVOCAR Y PROBAR LA CAUSAL.— Mientras en materia de indignidad el artículo 3304 Ver Texto limita rigurosamente el derecho a pedirla, ninguna disposición análoga contiene el Código en cuanto a desheredación. Por tanto, el derecho a hacerla valer debe reconocerse, de acuerdo con los principios generales, a todo interesado. Esta diferencia de tratamiento se justifica plenamente. La acción de indignidad supone remover cuestiones íntimas y dolorosas de la familia, que a veces el propio ofendido ha callado; sólo los herederos directamente interesados en la sucesión, que son desde luego las personas más allegadas al causante, pueden tener derecho a promoverla. Muy distinta es la situación de nuestro caso. El propio testador es quien saca a la luz la ofensa; basado en un derecho que la ley le confiere, excluye al culpable. En la indignidad, los interesados en la exclusión toman la iniciativa, promueven la acción contra quien conserva aún la calidad de heredero; en el segundo, se limitan a defender el testamento contra las pretensiones de quien no es ya heredero.

En consecuencia, la acción debe reconocerse: a) a los herederos que concurren con el desheredado o que lo sustituyen en el orden sucesorio; dentro de este concepto quedan también comprendidos los descendientes que ocupan su lugar de acuerdo con el artículo 3349 Ver Texto ; b) a los instituidos por testamento en razón de la desheredación; c) a los legatarios que pudieran ver disminuido su legado si la desheredación quedara sin efecto; d) a los acreedores de todos los herederos o legatarios que pueden alegar la desheredación, en ejercicio de la acción oblicua; e) al Fisco, en caso de vacancia por efecto de la desheredación; f) al albacea, como encargado de hacer cumplir la voluntad del causante (ver nota 18).

Finalmente, el propio testador puede accionar en vida contra el futuro desheredado, para demostrar la existencia del hecho que dará fundamento a la desheredación (ver nota 19).

1119/10430

§ 3.— Efectos

1119/169

169. SITUACIÓN DEL DESHEREDADO.— Después que la cuestión ha quedado ventilada y resuelta judicialmente, luego de que el juez ha declarado probado el hecho en que se funda la desheredación, la situación legal del desheredado es análoga a la del indigno declarado tal; uno y otro quedan excluidos de la herencia.

Pero mientras dura el proceso, la situación de ambos es completamente distinta. El indigno sigue siendo heredero en tanto la sentencia no lo prive de tal carácter y puede reclamar la posesión de la herencia, si no la tiene ya de pleno hecho. El desheredado, en cambio, carece de título hereditario, no recibe la posesión de la herencia de pleno derecho, puesto que ha sido privado de ella por el testador. Es verdad que puede impugnar la disposición testamentaria; pero hasta que el juez declare que no se ha probado la causa de desheredación invocada por el causante, él no puede reclamar los bienes. Como dice RÉBORA, mientras en la indignidad se está en presencia de una vocación hereditaria externamente suficiente, en la desheredación hay una vocación hereditaria externamente insuficiente (ver nota 20).

La sucesión se defiere entonces a otros sucesores conforme a la vocación otorgada por la ley o por el testamento (ver nota 21).

1119/170

170. CASO DE QUE EL DESHEREDADO HAYA ENTRADO EN POSESIÓN MATERIAL DE LA HERENCIA.— Si bien el desheredado no tiene título para entrar en posesión de la herencia, puede ocurrir que detente su posesión material, sea porque sus coherederos no hicieron valer sus derechos, sea porque la desheredación consta en un

testamento que permanecía oculto y que se ha descubierto al cabo de algún tiempo. Veamos cuáles son los efectos jurídicos de esta situación, frente a los demás interesados en su exclusión de la herencia y frente a los terceros que han contratado con él respecto de los bienes que integran la sucesión.

1119/171

171. a) Respecto de los demás herederos y legatarios.— Todos los interesados en la exclusión del desheredado pueden accionar contra él por petición de herencia. No hay en este caso el plazo de caducidad establecido por el artículo 3298 Ver Texto , Código Civil, para la hipótesis de indignidad, lo que se explica, pues mientras el indigno es heredero y urge, por tanto, definir su situación ya sea en uno u otro sentido, el desheredado carece de título hereditario y la reclamación de los bienes que posee debe regirse por las reglas normales de la prescripción. Ha prevalecido la opinión de que el plazo de ésta es el común de diez años (art. 4023 Ver Texto , Cód. Civil) y no el de veinte años establecido por el artículo 4020 Ver Texto , que se refiere al pedido de partición de herencia contra el coheredero, mientras que aquí se trata de privar de la herencia a quien posee los bienes indebidamente (ver nota 22).

1119/172

172.— Con respecto a la obligación de restituir la herencia a los interesados que la reclamen, es preciso distinguir dos situaciones distintas: 1) Que el desheredado haya conocido el testamento que lo excluye. En tal caso, debe ser reputado como poseedor de mala fe, con todos los efectos consiguientes (véase arts. 2435 Ver Texto y sigs., Cód. Civil) (ver nota 23). Incluso sería responsable por los frutos que la cosa no hubiera producido por culpa del poseedor y por los beneficios que el propietario de la cosa no fructífera hubiera podido sacar de ella si la hubiese tenido en su poder, responsabilidad que, a nuestro criterio, no pesa sobre el indigno (véase nº 125). 2) Que el desheredado no conociera el testamento. En tal caso, debe ser considerado como poseedor de buena fe, a menos que la causal de desheredación fuese también de indignidad (hipótesis de los incs. 2º y 3º del art. 3747 Ver Texto); aun así, para que puedan imputarse al excluido las responsabilidades propias de la indignidad, es preciso que el accionante sea heredero (art. 3304 Ver Texto , Cód. Civil) y que la demanda se haya iniciado dentro del plazo de tres años fijado por el artículo 3298 Ver Texto , vale decir, que se encuentren reunidas las condiciones que permitan reclamar la declaración de indignidad. De lo contrario, el desheredado que ignoraba el testamento, debe reputarse poseedor de buena fe.

1119/173

173.— Si el desheredado hubiera enajenado los bienes, debe pagar los daños y perjuicios consiguientes. Se aplican aquí los principios comunes sobre indemnización de daños. Desde luego que, iniciada la acción contra el desheredado, pueden solicitarse las medidas precautorias tendientes a evitar ulteriores enajenaciones.

1119/174

174.— En cuanto a los créditos o deudas que el desheredado tuviese con el causante o la sucesión, entendemos que en ningún momento ha mediado confusión, ni, por tanto, extinción de la deuda, puesto que el desheredado carecía de calidad de heredero. De ahí se desprenden idénticas consecuencias prácticas a las dispuestas por el artículo 3308 Ver Texto acerca de la indignidad.

1119/175

175. b) Respecto de los terceros.— En cuanto a los actos celebrados por el desheredado con terceros respecto de los bienes de la herencia, pensamos que son aplicable los artículos 3309 Ver Texto y 3310, relativos a la indignidad. Es verdad que el desheredado, a diferencia del indigno, no es heredero, y que esta situación permitiría fundar la nulidad de todos esos actos. Pero una razón de seguridad de los negocios, de protección de los terceros de buena fe, obliga a desechar tal solución (ver nota 24). Por lo demás, los que tenían derecho a reclamar los bienes y demoraron en hacerlo, deben cargar con las consecuencias de su inacción. Remitimos, por tanto, en lo atinente a este problema, a los números 135 y siguientes.

1119/176

176. DESCENDIENTES DEL DESHEREDADO (ver nota 25).— Según el artículo 3749 Ver Texto (ref. por ley 17711) los descendientes del desheredado, heredan por representación y tienen derecho a la legítima que éste hubiera tenido de no haber sido excluido. Pero el desheredado no tendrá derecho al usufructo y administración de los bienes que por esa causa reciban sus descendientes. El texto ha disipado las dudas que surgían de la redacción anterior sobre si los descendientes del desheredado tenían o no el derecho de representación. Se trata de un derecho de representación sui generis que opera aun en vida del representado. La culpa de los padres no recae sobre los hijos.

1119/177

177.— El padre queda privado del usufructo y de la administración de los bienes de sus hijos menores, que lo han sustituido en la herencia por motivo de la desheredación (art. 3749 Ver Texto , Cód. Civil). En cuanto a si el cónyuge del indigno conserva el usufructo y la administración, véase Tratado de Derecho Civil, Familia, t. 2, número 295.

1119/10440

§ 4.— Reconciliación

1119/178

178. EFECTOS.— La reconciliación posterior del ofensor y del ofendido quita el derecho de desheredar, y deja sin efecto la desheredación ya hecha (art. 3750 Ver Texto , Cód. Civil).

Los efectos de la reconciliación —y del perdón que va implícito en ella— son irreversibles. Aunque mediara un nuevo distanciamiento entre el ofensor y el ofendido, no podría éste hacer revivir la desheredación, revocar los efectos de la reconciliación (ver nota 26) Para que el causante pudiera privarlo de la legítima, sería preciso que incurriera posteriormente en otro hecho que permita aplicarle la sanción.

Aunque la ley habla solamente de reconciliación (que supone un perdón recíproco), es indudable que iguales efectos tiene el perdón unilateral del causante, pues en definitiva, lo que interesa es su voluntad y no la del ofensor.

1119/179

179. PRUEBA.— Se ha sostenido que la reconciliación debe constar en un documento auténtico emanado del testador; lo contrario permitiría modificar la voluntad del causante, expresada solemnemente en su testamento, por pruebas fraguadas por el interesado (ver nota 27). No cabe duda de que este peligro existe y de que sería conveniente exigir una declaración de voluntad expresa y auténtica del causante, pues muchas veces los que lo han ofendido suelen rodear su lecho de moribundo, creando una apariencia de reconciliación que en verdad no existe. Pero lo cierto es que nuestra ley no exige ningún requisito formal y que, por tanto, debe admitirse toda clase de pruebas (ver nota 28). Empero, los jueces deben ser severos en la apreciación de una prueba que no resulte de documentos emanados del propio causante, pues el hecho de que él haya dejado subsistente, hasta el instante de su muerte, el testamento en el que establece la desheredación, importa una presunción contraria a la reconciliación.

1119/10450

§ 5.— Juicio crítico

1119/180

180. PARALELO CON LA INDIGNIDAD.— Para formular un juicio crítico de la desheredación, conviene trazar un paralelo con otra institución a la que está íntimamente vinculada, la indignidad, tal como ambas están legisladas en nuestro derecho positivo.

Las dos tienen por objeto excluir al heredero que, por sus faltas contra el causante, no se ha hecho acreedor a recibir bienes. Pero hay entre ellas diferencias importantes: a) la desheredación requiere una expresión de voluntad del testador, no así la indignidad, en cuyo

caso la sanción se aplica ministerio legis, por más que ésta se funde en una voluntad presumida del causante, puesto que su perdón la priva de efectos; b) el desheredado carece de título hereditario, no tiene la posesión jurídica de la herencia; en cambio, el indigno es heredero, con todos sus atributos, hasta el momento de la sentencia que lo declara tal; c) la desheredación puede ser pedida por todos los interesados; la indignidad solamente por los herederos y los legatarios de cuota; d) hay causales de desheredación que no permiten declarar la indignidad (las injurias de hecho); y, por el contrario, hay motivos de indignidad que no autorizan la desheredación (atentado contra el cónyuge o descendientes del causante, hipótesis de los arts. 3292 Ver Texto , 3295 Ver Texto y 3296), si bien en algunos casos coinciden (atentado contra la vida y acusación criminal contra el ascendiente); e) la posesión de los bienes hereditarios por el indigno tiene un régimen peculiar, análogo pero no idéntico a la posesión de mala fe; en cambio, al desheredado se aplican rigurosamente los principios de la posesión de mala fe; salvo que ignorara la desheredación, en cuyo caso se lo reputa de buena fe; f) la indignidad se purga con tres años de posesión de los bienes (art. 3298 Ver Texto); la desheredación por la prescripción general (nº 171).

1119/181

181. CRÍTICA.— La primera crítica que se formula contra la desheredación se vincula con la subsistencia misma como institución separada de la indignidad. Puesto que ambas tienen por objeto excluir al heredero que se ha hecho indigno de recibir los bienes del causante, parece lógico legislar todo este problema sobre la base de una sola institución, con idénticos efectos. Aceptado este punto de vista, resulta indudable que la desheredación debe ser absorbida por la indignidad, puesto que ésta permite solucionar todos los supuestos de la primera, no así a la inversa. Este ha sido el criterio seguido en algunas legislaciones, tales como el código francés, el italiano, el mexicano y el venezolano, que omiten toda referencia a la desheredación. Es también la tendencia seguida por el Anteproyecto de Bibiloni y el Proyecto de 1936 (ver nota 29).

Pensamos, sin embargo, que la desheredación debe mantenerse con independencia de la indignidad. Ante todo, porque es la institución típica, la que mejor expresa la razón final y verdadera de la exclusión del heredero, que es la voluntad del causante, como lo prueba la circunstancia de que aun en la hipótesis de indignidad el perdón deja sin efecto la exclusión. En segundo lugar, porque hay ciertos agravios que no son suficientemente graves como para excluir ministerio legis al culpable, pero que pueden autorizar al testador (único que puede medir con justeza la hondura de la ofensa) a desheredarlo; tal es el caso de las injurias o, en las legislaciones que lo admiten, la vida deshonesta del descendiente. Por último, la desheredación permite negar ad initio, desde el momento mismo de la muerte, la posesión de la herencia, lo que no ocurre con la indignidad. Por todos estos motivos y por una razón de respeto hacia una larga tradición jurídica, la mayor parte de las legislaciones ha conservado la desheredación como institución autónoma (Cód. alemán, arts. 2333 y sigs.; suizo, art. 477; español, arts. 848 y sigs.; portugués, arts. 1875 y sigs.; austríaco, art. 768; brasileño, arts. 1741 y sigs.; colombiano, arts. 1265 y sigs.; uruguayo, arts. 896 y sigs.; chileno, arts. 1207 y sigs.; peruano, arts. 742 y sigs.).

1119/182

182.— Pensamos que deben mantenerse las diferencias entre el indigno y el desheredado hasta el momento de la sentencia que define su situación, puesto que el indigno recién entonces pierde su calidad de heredero. Del mismo modo, consideramos conveniente mantener el término de caducidad del artículo 3298 Ver Texto únicamente en el caso de indignidad.

Es necesario, además, aumentar las causales de desheredación. Hemos dicho ya que la institución de la legítima es justa sólo a condición de que se faculte al testador a excluir a los parientes que lo han ofendido y que se han hecho indignos de recibir sus bienes (véase n° 152). A manera de ejemplo, señalaremos algunas causales aceptadas en las legislaciones modernas; haber negado alimentos al causante (Cód. Civil peruano, art. 744, inc. 2°; alemán, art. 2333, inc. 4°; español, art. 853, inc. 2°), o a su familia (Cód. suizo, art. 477, inc. 2°); haberlo injuriado gravemente (Cód. español, art. 853, inc. 2°); brasileño, art. 1744, inc. 2°); haberlo desamparado en su alienación mental o enfermedad grave (Cód. brasileño, arts. 1744, inc. 5°, y 1745, inc. 4°); haber sido condenado por delito que lleve consigo la interdicción civil, cualquiera sea la víctima (Cód. español, art. 853, inc. 6°); haberse entregado la hija o la nieta a la prostitución (Cód. español, art. 853, inc. 3°; brasileño, art. 857, inc. 2°); llevar el descendiente una vida deshonesto o inmoral (Cód. peruano, art. 744, inc. 4° y Cód. alemán, art. 2333, inc. 5°), pero esta causal es inoperante si a la época de la apertura de la sucesión el descendiente ha cesado, de una manera duradera, de llevar vida deshonesto o inmoral (Cód. alemán, art. 2336).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la indicada en nota 171, véase RÉBORA, Sucesiones, t. 1, núms. 42 y sigs.; LAFAILLE, Sucesiones, t. 1, núms. 129 y sigs.; POVIÑA, Indignidad y desheredación, Tucumán, 1965; RAFFO, De la desheredación, tesis, Buenos Aires, 1897; URIBURU, Desheredación, tesis, Buenos Aires, 1906; JUIRAZAR, D., Circunstancias que hacen procedente la desheredación, J.A., t. 26, p. 628.

(nota 2) En este sentido: C. Civil 1ª Cap., 3/5/1929, J.A., t. 29, p. 666; RAFFO, De la desheredación, p. 47 y sigs.; URIBURU, Desheredación, p. 25 y sigs.; MACHADO, t. 10, p. 109 y sigs.; LLERENA, t. 7, p. 124-127; PRAYONES, n° 16; FORNIELES, t. 2, n° 221; LAFAILLE, t. 1, n° 132; DE GÁSPERI, t. 4, n° 561; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 653; ZANNONI, t. 1, § 193; MAFFÍA, t. 1, n° 169; LÓPEZ DEL CARRIL, Derecho de la sucesión, n° 161.

(nota 3) De acuerdo: SEGOVIA, t. 2, p. 618, nota I; RÉBORA, t. 1, n° 48.

(nota 4) De acuerdo: MAFFÍA, t. 1, n° 164; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, p. 377.

(nota 5) De acuerdo: MACHADO, t. 10, p. 111, nota.

(nota 6) Sup. Corte de Buenos Aires, 11/7/1961, L.L., t. 104, p. 605.

(nota 7) De acuerdo: ZANNONI, t. 1, § 194; MAFFÍA, t. 1, n° 170.

(nota 8) De acuerdo: MAFFÍA, t. 1, n° 167.

(nota 9) De acuerdo: MACHADO, t. 10, p. 116, nota; JUIRAZAR, J.A., t. 26, p. 639. En contra: FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 664; MAFFÍA, t. 1, n° 167; GOYENA COPELLO, t. 1, p. 641; LÓPEZ DEL CARRIL, Derecho de la sucesión, n° 160.

(nota 10) RÉBORA, t. 1, n° 46; RAFFO, Desheredación, p. 65; ZANNONI, t. 1, § 191.

(nota 11) RÉBORA, t. 1, n° 49; MACHADO, t. 10, n° 117, nota; URIBURU, Desheredación, p. 37-38; ZANNONI, t. 1, n° 191. En contra: SEGOVIA, t. 2, p. 619, nota 6.

(nota 12) De acuerdo: FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 666.

(nota 13) FORNIELES, t. 2, n° 220; RAFFO, Desheredación, p. 38.

(nota 14) De acuerdo: ZANNONI, t. 1, § 196.

(nota 15) KIPP, Sucesiones, t. 2, p. 355.

(nota 16) C. Civil Cap., Sala A, 14/12/1955, J.A., 1057-II, p. 540 y L.L., t. 81, p. 655 (con disidencia del Dr. Sourrouille).

(nota 17) MACHADO, t. 10, p. 113, nota; LLERENA, t. 7, p. 125; RAFFO, Desheredación, p. 43-44.

(nota 18) De acuerdo en lo que atañe a todos los enumerados: RÉBORA, t. 1, n° 49; DE GÁSPERI, t. 4, n° 563; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 658; ZANNONI, t. 1, § 198; MAFFÍA, t. 1, n° 170 bis.

(nota 19) C. Civil Cap., Sala A, 14/12/1955, L.L., t. 81, p. 655 y J.A., 1957-II, p. 540.

(nota 20) RÉBORA, t. 1, n° 51. En contra: FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 668; MAFFÍA, t. 1, n° 173.

(nota 21) RÉBORA, t. 1, n° 52.

(nota 22) MACHADO, t. 10, p. 113, nota; LLERENA, t. 7, p. 125-126; URIBURU, Desheredación, p. 33-34.

(nota 23) De acuerdo: RÉBORA, t. 1, n° 52; RAFFO, Desheredación, p. 83.

(nota 24) De acuerdo: MAFFÍA, t. 1, n° 174.

(nota 25) Véase: FASSI, Los descendientes del desheredado y la reforma del Código Civil, E.D., t. 22, p. 987.

(nota 26) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 667; KIPP, Sucesiones, t. 2, p. 354.

(nota 27) En este sentido, MACHADO, t. 10, p. 122-123, nota; URIBURU, Desheredación, p. 43; DE GÁSPERI, t. 4, n° 577. Este último autor, apoyado en el art. 3827 Ver Texto , sólo admite la reconciliación que consta en otro testamento posterior. Esto nos parece francamente excesivo. Si esta interpretación se admitiera, el art. 3750 Ver Texto estaría de más y bien podría suprimirse. Pues es evidente que un testamento posterior revoca el anterior y puede dejarlo sin efecto total o parcialmente. Por tanto, también puede dejarse sin efecto la desheredación, sin necesidad que lo dijera el art. 3750 Ver Texto .

(nota 28) De acuerdo: RÉBORA, t. 1, n° 51; SEGOVIA, p. 619; LAFAILLE, t. 1, n° 134; LLERENA, t. 10, p. 153; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 667.

(nota 29) Anteproyecto de BIBILONI, arts. 2896 y sigs.; Proyecto de 1936, arts. 1897 y sigs. En cambio, el Anteproyecto de 1954 mantiene la desheredación como institución independiente (art. 697).

1119/10460

CAPÍTULO III - ACEPTACIÓN Y RENUNCIA DE LA HERENCIA (ver nota 1)

1119/10470

I. ACEPTACIÓN

1119/10480

§ 1.— Nociones generales

1119/183

183. CONCEPTO.— En nuestro derecho —y en toda la legislación contemporánea— el heredero es libre de asumir o no la condición de tal; en otras palabras, está facultado para rechazar la herencia. Muy distinta era su situación en el derecho romano, cuyo sistema conviene recordar para explicar algunas anomalías de nuestro Código. Allá los herederos podían ser: o bien herederos sui et necesarii (por ej., los filii familiae) o necesarii (los esclavos manumitidos e instituidos herederos), que no podían repudiar la herencia y la recibían de pleno derecho o, aun en contra de su voluntad; o bien, herederos extranei, voluntarii, que podían aceptarla o repudiarla. En este último caso, mientras no mediaba aceptación, no se operaba tampoco la confusión de patrimonios; durante este intervalo, los bienes del causante formaban la herencia yacente, que continuaba la persona del causante y constituía una verdadera persona de derecho.

Las costumbres acabaron definitivamente con la obligación de aceptar: “n’est héritier qui ne veut”; y esta regla ha pasado, según dijimos, a todo el derecho contemporáneo. No se concibe hoy que pueda imponerse al heredero la obligación de aceptar una herencia que puede resultar una pesada carga.

1119/184

184.— Es necesario decir, sin embargo, que la herencia no se adquiere por la aceptación; esa adquisición se opera de pleno derecho desde el momento de la muerte del causante (art. 3420 Ver Texto , Cód. Civil). Por consiguiente, el efecto de la aceptación es fijar la posición del heredero, bien sea como aceptante acogido al beneficio de inventario, bien sea como heredero no beneficiario. En este último caso la aceptación priva al heredero del derecho de renunciar en lo sucesivo; es “la renuncia del derecho de renunciar” (ver nota 2).

Lo dicho en este párrafo se vincula estrechamente con un problema que estudiaremos más adelante: el del heredero que guarda silencio, que no acepta ni renuncia la herencia (véase núms. 193 y sigs.).

1119/185

185. CARACTERES DE LA ACEPTACIÓN.— La aceptación de la herencia es un acto por virtud del cual la persona llamada por la ley o la voluntad del causante, asume los derechos y obligaciones inherentes a ella.

Conviene destacar que la aceptación no es necesariamente un acto jurídico, aunque puede serlo. Lo es cuando se manifiesta expresamente la voluntad de aceptar; entonces sí, reúne todos los elementos establecidos en el artículo 944 Ver Texto , Código Civil. No lo es en caso de aceptación tácita. Cuando el heredero vende un bien de la sucesión, cuando corta un bosque perteneciente a ella no lo hace con el fin inmediato (sin el cual no hay acto jurídico, art. 944 Ver Texto) de aceptar la herencia, sino que éste es un efecto que la ley le adscribe

aun en contra de la voluntad del autor. Se trata, pues, de un simple acto voluntario lícito, pero no de un acto jurídico (art. 899 y nota; véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, nº 826). Adviértase que estas observaciones son aplicables aun en caso de la venta de un bien del sucesorio, pues aunque ello importa un acto jurídico típico, en cuanto transmite la propiedad al comprador (ya que ha sido realizado con ese fin inmediato), no lo es en cuanto importa aceptación de la herencia, porque ésta no ha sido el fin inmediato del acto, aunque la ley le atribuya ese efecto. Más clara aún resulta esta conclusión cuando se trata de ciertos actos de adición de herencia, por ejemplo, tomar posesión de los bienes, usarlos, cortar un bosque, hacer reparaciones, cambiar la forma de un edificio, etcétera. Ninguno de ellos es un acto jurídico, ni siquiera considerado en sí mismo y, sin embargo, traen aparejada la adquisición irrevocable de la herencia.

La aceptación reúne los siguientes caracteres:

a) Es voluntaria. Según ya dijimos, nadie está obligado a aceptar una herencia que no desea. Por lo tanto, cualquier disposición del causante, obligando al heredero a aceptar, se tendrá por no escrita. En cuanto a los terceros, sus derechos se limitan a exigir del heredero que manifieste si acepta o repudia la herencia en un plazo determinado (art. 3314 Ver Texto). El único supuesto en que el heredero está obligado a aceptar es el del artículo 3331 Ver Texto , o sea, cuando ha sustraído u ocultado bienes de la masa. Es una sanción con que la ley castiga su mala fe.

b) Es irrevocable. Según el artículo 3341 Ver Texto , la aceptación pura y simple importa la renuncia irrevocable de la facultad de repudiar la herencia, o de aceptarla con beneficio de inventario. Después de la sanción de la ley 17711 es necesario una aclaración esencial. La aceptación lisa y llana de la herencia suponía la responsabilidad ultra vires; pero hoy rige el sistema opuesto. La aceptación se presume hecha bajo beneficio de inventario (art. 3363 Ver Texto). En consecuencia, la irrevocabilidad de la que habla el artículo 3341 Ver Texto significa solamente que el que ha aceptado la herencia, expresando que renuncia al beneficio de inventario o que lo ha perdido por haber incurrido en actos que tienen ese efecto, pierde definitivamente el derecho a renunciarla. Pero los acreedores del heredero tienen el derecho de reclamar la revocación de una aceptación fraudulenta (art. 3340 Ver Texto).

c) Es indivisible. Es decir, hay que aceptar toda la herencia o no aceptarla; no se puede aceptar sólo una parte, y el que lo hace, se reputa que la ha aceptado íntegramente (art. 3317 Ver Texto).

Es también indivisible en otro sentido: el que ha sido declarado heredero a instancia de quien tiene interés en la sucesión, como legatario o acreedor, lo es también respecto de todos los demás, sin necesidad de nueva declaración (art. 3332 Ver Texto). Con ello se evita volver sobre una materia ya juzgada y se impide que una persona pueda ser tenida como heredero del causante con relación a ciertas personas y no con respecto a otras.

d) Es lisa y llana; no se la puede hacer bajo término ni condición. En el primer caso, se la tendrá por aceptada desde el momento en que se formula la manifestación de voluntad. La aceptación condicional se tiene por no hecha (art. 3317 Ver Texto). La condición echaría sobre el status de heredero una incertidumbre inadmisibile: se es heredero o no se es. Si se

pretende investir ese carácter, deben afrontarse todas las consecuencias (ver nota 3). Una aceptación condicional o a término pondría a los acreedores y legatarios en la situación de no saber con qué persona tienen que entenderse y de quién o cuándo pueden reclamar sus derechos (ver nota 4).

e) Según el artículo 3341 Ver Texto , el efecto de la aceptación se remonta al día de la apertura de la sucesión; tendría, por tanto, efectos retroactivos. En rigor, esto es una confusión de conceptos. Hemos dicho ya que la adquisición de la herencia se produce ministerio legis en el momento del fallecimiento del causante. La aceptación no influye sobre esa transmisión, ni sobre la calidad de heredero investida desde aquel instante; su efecto propio es consolidar esa calidad. Si el codificador habla de los efectos retroactivos de la aceptación, lo hace influido por su conocimiento del derecho romano, en el cual sí tenía efectos retroactivos, pues la adquisición de la herencia sólo tenía lugar mediante la aceptación.

1119/186

186. QUÉ HERENCIAS PUEDEN ACEPTARSE.— Sólo pueden aceptarse las herencias ya abiertas, pero no las futuras. Esto no es sino una aplicación del principio más general que reputa inmoral y nulo todo pacto sobre herencia futura (art. 1175 Ver Texto).

Bien entendido que lo que la ley prohíbe es aceptar la herencia de una persona todavía viva; pero no impide que, abierta la sucesión por fallecimiento del titular, un pariente más lejano la acepte o renuncie, para el caso de que le fuera deferida por renuncia del pariente más próximo. Así, por ejemplo, si un pariente toma la herencia por inacción del más próximo y ejerce actos que implican aceptación tácita, queda obligado en forma tal, que ya no podría renunciar alegando que sus actos fueron anteriores a la renuncia del pariente más próximo y que, por tanto, no podía aceptar una herencia que todavía no le había sido deferida (ver nota 5).

La prohibición de aceptar la herencia de una persona viva no impide la validez de un mandato otorgado para aceptarla cuando el deceso se produzca. Esto permite resolver problemas de otra manera insolubles, como sería el caso del presunto heredero que debe emprender un largo viaje (ver nota 6).

Con evidente redundancia, el artículo 3312 Ver Texto dice que el heredero presuntivo que hubiere aceptado o repudiado la herencia de una persona viva, podrá sin embargo aceptarla o repudiarla después de la muerte de esa persona. La solución es obvia, pues si la aceptación anterior al fallecimiento del causante es nula, abierta la sucesión el heredero está en idénticas condiciones a las que estaría si el acto no hubiera ocurrido.

1119/187

187. CAPACIDAD PARA ACEPTAR.— Según el artículo 3333 Ver Texto , Código Civil, sólo pueden aceptar o repudiar una herencia los que tienen la libre administración de sus

bienes. En este caso, las palabras libre administración deben entenderse en el sentido de disposición. La aceptación implica asumir obligaciones, quizá gravosas, y comprometer los bienes propios, todo lo cual requiere capacidad de disponer (ver nota 7).

De lo dicho se desprende que los emancipados, no obstante tener la administración y disposición de sus bienes, como no la tienen libre, porque no pueden disponer por sí solos de los bienes recibidos a título gratuito, no están facultados para aceptar o repudiar por sí una herencia, requiriéndose la autorización judicial salvo que mediare acuerdo de ambos cónyuges y uno de ellos fuese mayor de edad (art. 135 Ver Texto , ref. por ley 17711) (ver nota 8).

En la misma condición se encuentran los inhabilitados, que tampoco tienen la libre disposición de sus bienes, pues requieren el asentimiento del curador (art. 152 bis) (ver nota 9). Ese asentimiento es, pues, indispensable.

Sin embargo, cabe preguntarse si no podrían aceptar por sí solos con beneficio de inventario. Aunque la limitación de la responsabilidad hace dudosa la cuestión (ver nota 10) pensamos que la solución no debe variar. El manejo de un patrimonio complejo y cargado de deudas no sólo es difícil, sino que puede incurrirse fácilmente en la pérdida del beneficio. Es razonable, pues, ajustarse al artículo 3333 Ver Texto , y negar al inhabilitado la posibilidad de aceptar con beneficio de inventario, a menos que cuente con el asentimiento del curador.

Los incapaces son beneficiarios de pleno derecho (véase nº 298); el principio no ha perdido virtualidad por la circunstancia de que ahora toda aceptación se presume hecha con beneficio de inventario, pues este beneficio se pierde si no se practica el inventario en el plazo del artículo 3366 Ver Texto . Pensamos que si el representante legal deja transcurrir el plazo, no por ello pierde el beneficio el incapaz, sino que el juez debe intimar a aquél a que cumpla con su obligación, bajo apercibimiento de separarlo del cargo si se trata de un tutor o curador o de designar un tutor o curador especial si se trata de los padres.

En cambio, los concursados y fallidos, no obstante no tener la libre administración de sus bienes, son capaces para aceptar o renunciar herencias o legados (art. 115 Ver Texto , ley 19551) (ver nota 11), sin perjuicio de las acciones que se reconocen a los acreedores para evitar que puedan ser perjudicados por la decisión del heredero (véase infra, nº 547-7).

Los curadores de los ausentes pueden también aceptar o repudiar herencias (ver nota 12).

También pueden hacerlo libremente los religiosos profesos, pues la incapacidad de derecho que el Código hace pesar sobre ellos está estrictamente limitada a la prohibiciones indicadas de modo expreso (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 1, núms. 605 y sigs.).

188-189. Mujer casada.— El Código Civil, no le permitía aceptar o repudiar herencias sin autorización del marido o, en su defecto, del juez (art. 3334 Ver Texto). La ley 11357 mejoró su situación autorizándola a aceptar con beneficio de inventario; y se consideró que este beneficio le correspondía de pleno derecho (ver nota 13). Finalmente, la ley 17711 terminó reconociéndole plena capacidad. La situación de la mujer casada en nada difiere de la de su marido. Es decir, no se trata ya de un caso especial, sino que está sujeto a las normas generales propias de toda persona casada o soltera. En cuanto a la mujer casada menor de edad, su situación es también igual a la del marido: no puede aceptar herencias sin autorización del cónyuge mayor o, en su defecto, la del juez (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 1, n° 513).

1119/190

190. Ausentes.— Respecto de los ausentes, hay que distinguir dos momentos diferentes: el anterior y el posterior a la declaración de fallecimiento presunto.

En el primero, el curador a los bienes tiene todas las atribuciones y deberes de los curadores de incapaces (art. 20 Ver Texto , ley 14394); puede, por tanto, aceptar herencias, pero debe hacerlo bajo beneficio de inventario (véase n° 187).

La situación del ausente con presunción de fallecimiento, en cambio, no está prevista en la ley y presenta matices de extraordinaria complejidad para el caso de reaparición. Por de pronto, es indiscutible la facultad de las personas que han sido declaradas herederas del ausente, de aceptar o repudiar la herencia que le haya sido deferida a éste, antes del día presuntivo del fallecimiento. En efecto, ellos revisten la calidad de herederos y dueños del patrimonio que pertenecía al ausente, con la única restricción de que no pueden enajenar ni gravar los bienes hasta transcurridos cinco años de la declaración de muerte presunta u ochenta del nacimiento (arts. 28 Ver Texto y 30 Ver Texto , ley 14394; véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, 2ª ed., núms. 276 y sigs.).

Supongamos que los sucesores hayan aceptado la herencia deferida del ausente. ¿Está ligado éste definitivamente a esa decisión o, por el contrario, puede usar libremente del derecho de aceptar o repudiar la herencia? Las soluciones posibles son las siguientes:

a) El ausente queda ligado definitivamente por la decisión de los que fueron declarados sus herederos y no puede volver sobre ella. En apoyo de este punto de vista, pueden hacerse valer los siguientes argumentos: 1) puesto que el sucesor ha obrado dentro de sus facultades legales, esa decisión debe ser definitiva, en caso de aceptación, porque ésta tiene carácter irrevocable (art. 3341 Ver Texto); en caso de renuncia, porque a raíz de ella otras personas pueden haber aceptado la herencia. La estabilidad de los trasposos hereditarios, la necesidad de evitar a los acreedores, la incertidumbre respecto de sus créditos, exigen que el ausente acate como definitiva aquella decisión; 2) si la aceptación o repudio de la herencia por los sucesores perjudica al ausente, es necesario admitir que, en la mayor parte de los casos, él mismo será el culpable de la ausencia y debe soportar los inconvenientes de su actitud y tal vez de su negligencia.

b) El ausente no está ligado por la decisión de sus herederos y puede volver sobre ella. Puede invocarse en apoyo de esta solución: 1) admitir como definitiva la decisión de los herederos puede tener esta consecuencia: que algunos hayan repudiado la herencia, otros resultaren aceptantes sin beneficio de inventario y otros, finalmente, bajo dicho beneficio. El ausente reaparecido ¿será entonces parcialmente renunciante, parcialmente aceptante y parcialmente beneficiario? No sólo contraría ello el principio del artículo 3317 Ver Texto , Código Civil, sino que conduce a soluciones manifiestamente absurdas; 2) si bien los sucesores son reputados dueños de la herencia, su título es esencialmente precario y revocable. En consecuencia, es preciso reconocer al ausente la atribución de ejercer por sí mismo el derecho de aceptar o repudiar herencias (ver nota 14).

Adherimos en principio a esta última solución, con la salvedad de que si terceras personas hubieran adquirido derechos sobre los bienes hereditarios, a raíz de la opción hecha por el poseedor, esa adquisición es irrevocable. Tal ocurriría, por ejemplo, si otro pariente aceptó la herencia que se le defería por renuncia del poseedor; o si, transcurridos los plazos del artículo 30 Ver Texto , ley 14394, el poseedor vendió o donó bienes de una herencia que él aceptó y que el ausente reaparecido se propone renunciar. De igual modo, los pagos hechos a los acreedores aun con bienes propios del ausente, tienen carácter definitivo y no podría éste repetirlos a su reaparición, so color de que renuncia a la herencia o la acepta con beneficio de inventario. Esta solución es particularmente clara después de transcurridos los plazos del artículo 30 Ver Texto , ley 14394, puesto que, desde ese momento, el ausente sólo puede reclamar los bienes que existiesen y en el estado en que se encontraren (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, 10ª ed., t. 1, núms. 294 y sigs.); pero también debe aceptarse antes de corridos esos plazos, siempre que los poseedores de los bienes del ausente hayan obrado dentro de los límites de sus atribuciones.

1119/191

191. ACEPTACIÓN POR MANDATO.— El artículo 3330 Ver Texto , Código Civil, admite la aceptación por mandato, constituido por escrito o verbalmente. Dentro del precepto quedan comprendidas, tanto la aceptación expresa, como la tácita. Es necesario otorgar mandato especial (art. 1881 Ver Texto , inc. 16, Cód. Civil).

Esta solución encerraba graves peligros en el sistema del Código, por lo que se la hizo objeto de justas críticas (ver nota 15) y los proyectos de reformas proponían que se autorizara solamente la forma escrita (ver nota 16). El problema ha perdido mucho de su interés práctico después de la sanción de la ley 17711 porque como toda aceptación de herencia se presume hecha bajo beneficio de inventario (art. 3363 Ver Texto), los riesgos disminuyen considerablemente. Pero no desaparecen, porque aun el aceptante beneficiario asume importantes responsabilidades y compromisos. Hubiera sido prudente admitir sólo la forma escrita.

El poder para iniciar y seguir el juicio sucesorio implica la facultad de aceptar la herencia (ver nota 17).

Sobre los efectos del otorgamiento mismo del mandato en lo que atañe a la aceptación tácita de la herencia, remitimos al número 219.

1119/10490

§ 2.— El momento de la aceptación

1119/10500

A.— DESDE CUANDO PUEDE ACEPTARSE LA HERENCIA

1119/192

192. DESDE CUÁNDO SE PUEDE ACEPTAR LA HERENCIA.— La herencia puede aceptarse desde el momento del fallecimiento; es inválida toda aceptación anterior, aun condicionada al hecho de la muerte. Pero es válido el poder dado con anterioridad, para que el mandatario la acepte en su momento (ver nota 18). Abierta la sucesión, la herencia puede ser aceptada, no sólo por los herederos a quienes les ha sido diferida, sino también por aquellos que los suceden en el orden hereditario, aceptación cuyos efectos quedan condicionados a la actitud del heredero de primer grado. Hemos tratado todas estas cuestiones en el número 186, al que remitimos.

1119/10510

B.— PLAZO PARA ACEPTAR (ver nota 19)

1119/193

193. EL ARTÍCULO 3313, CÓDIGO CIVIL.— El artículo 3313 Ver Texto ha sido redactado de una manera poco feliz. Dice que el derecho de elegir entre la aceptación y renuncia de la herencia se pierde por el transcurso de veinte años, desde que la sucesión se abrió. Cabe preguntarse qué es lo que se pierde al vencimiento del plazo: ¿el derecho de aceptar o de renunciar? Llama la atención que VÉLEZ, que conocía las dificultades a que había dado lugar en Francia el artículo 789 del Código Napoleón, redactado de manera similar, no haya aclarado mejor el sentido de la norma. Es verdad que en la nota precisa su pensamiento, pero ella no ha concluido con las divergencias doctrinarias.

a) Según una primera opinión, que predominaba en Francia en el momento en que VÉLEZ redactó el Código (ver nota 20), lo que se extingue al vencimiento del plazo es el derecho de renunciar la herencia. Esta opinión se apoya en sólidos argumentos: 1) la calidad de heredero se transmite de pleno derecho en el momento del fallecimiento del causante; desde

ese instante se es heredero, de tal modo que no se necesita aceptar para continuar en ese carácter; 2) la nota al artículo 3313 Ver Texto , luego de aludir a la controversia suscitada en Francia sobre el punto, dice que después de transcurridos los veinte años se pierde el derecho de elegir y se conserva la calidad de heredero sin que en adelante sea posible renunciar; 3) tal interpretación está corroborada por el artículo 3315 Ver Texto según el cual la falta de renuncia no puede oponerse al heredero que, en los casos que allí se prevén, ha dejado transcurrir el plazo de veinte años: ello prueba que lo que se extingue en ese término es el derecho a renunciar. Esta opinión ha sido seguida por autorizados tratadistas nacionales (ver nota 21) (Lafaille, Segovia, Machado) y fue aceptada en algunos fallos judiciales (ver nota 22).

b) En Francia, por el contrario, domina hoy la doctrina según la cual lo que se pierde es el derecho de aceptación, pues parece natural considerar que quien ha dejado transcurrir tan largo plazo sin realizar ningún acto que signifique una aceptación expresa o tácita de la herencia no tiene interés en ella y debe, por tanto, ser tenido como renunciante (ver nota 23). En nuestro derecho, el artículo 3315 Ver Texto y la nota al artículo 3313 Ver Texto impiden aceptar esta solución (ver nota 24).

c) Por nuestra parte, pensamos con la doctrina (ver nota 25), y la jurisprudencia predominantes (ver nota 26) que, en principio, el transcurso del plazo de veinte años convierte al heredero en aceptante; pero si durante ese tiempo ha habido otros coherederos en posesión de la herencia, la pasividad del heredero hace presumir la renuncia y el vencimiento del plazo lo priva de la facultad de aceptar. Este es el sistema expuesto por VÉLEZ en la nota al artículo 3313 Ver Texto ; y si bien es verdad que las notas no tienen carácter obligatorio, lo cierto es que ningún precepto se opone a una interpretación que es perfectamente racional y satisfactoria y que está de acuerdo con las fuentes de los artículos 3313 Ver Texto y 3315 Ver Texto (ver nota 27). Más aún: sólo así se explica que el artículo 3313 Ver Texto hable del derecho a elegir “entre la aceptación y la renuncia”. Si luego de vencido el plazo debiera siempre ser considerado como aceptante, habría dicho que el derecho a renunciar la herencia se extingue a los veinte años. La redacción actual sólo tiene sentido si se admite que, en algunas hipótesis, lo que se pierde es el derecho de aceptar. Y la clave la da, según lo hemos dicho, la nota respectiva.

1119/194

194.— Cabe preguntarse qué ocurre si el coheredero ha comenzado a poseer la herencia, no desde el primer momento, sino después de varios años, quizá durante el último de los veinte fijados en el artículo 3313 Ver Texto . Según RÉBORA y GRÜNBERG, basta que un coheredero haya tomado posesión en el último momento de los veinte años para que el vencimiento del término convierta al heredero en renunciante (ver nota 28). Nos parece una conclusión excesivamente rigurosa. Si el principio general de que el transcurso de los veinte años convierte al heredero en aceptante cede en el caso de que otro pariente haya estado en posesión de la herencia, ello se debe a que un desinterés tan prolongado permite inferir la renuncia. Pero esa inferencia no sería legítima en caso de una posesión de la herencia muy breve. Pensamos, pues, que la renuncia sólo debe tenerse por ocurrida después de veinte años de posesión por el coheredero; en otras palabras, el término empezaría a correr, en esta hipótesis, a partir del momento en que aquél entró en posesión de la herencia.

195.— Pero para que el plazo fijado en el artículo 3313 Ver Texto produzca su efecto extintivo del derecho de aceptar o repudiar la herencia es preciso que el heredero conozca su vocación hereditaria. Por ello dice el artículo 3315 Ver Texto que la falta de renuncia de la sucesión no puede oponerse al pariente que probase que por ignorar, o bien la muerte del difunto o la renuncia del pariente a quien correspondía la sucesión, ha dejado correr el término de los veinte años designados.

Con respecto a este artículo, cabe formular dos observaciones: a) aunque sólo alude a la ignorancia de la muerte del causante o de la renuncia del pariente a quien correspondía la sucesión, la disposición comprende también la ignorancia del testamento que lo instituye heredero, pues la razón es siempre la misma: falta de conocimiento de la vocación hereditaria; b) lo que el artículo dispone para el caso de falta de renuncia (poniéndose en la hipótesis general), rige también respecto de la falta de aceptación, si se tratara de una herencia poseída por otro coheredero. Es decir que, en este caso, el poseedor de la herencia no podrá pretender que el heredero ha perdido su derecho a aceptar, si éste demuestra que ignoraba su vocación sucesoria.

196.— Cabe preguntarse en qué situación se encuentran los herederos de grado subsiguiente. Si nadie poseía la herencia, no hay problema, pues el heredero de primer grado se reputa aceptante. La situación varía cuando se lo considera renunciante, por estar en posesión de la herencia otros herederos de grado posterior. Puede ocurrir que haya otros herederos de grado posterior respecto del primero, pero anterior a los poseedores. Caben entonces dos soluciones: a) el punto de partida empieza a correr desde que el primer heredero renunció, o desde que se cumplieron respecto de él los veinte años; este sistema se apoya en que, mientras la herencia no ha sido deferida, no puede obligarse al heredero de grado posterior a que la acepte o renuncie (ver nota 29); b) el plazo empieza a correr para todos los herederos sucesivos desde el mismo momento de la muerte. En favor de esta tesis pueden esgrimirse razones que parecen decisivas: los herederos de grado posterior pueden aceptar la herencia, desde el mismo momento de la muerte, para el caso de que el anterior no lo haga (véase nº 187); por tanto, si el de primer grado ha guardado pasividad ante los actos de posesión de herederos más lejanos, ellos deben hacer una manifestación de voluntad que deje a salvo sus derechos, para el caso de que la inactividad del heredero que los precede se prolongue por todo el término de la ley; finalmente, el sistema contrario conduce a prolongar indefinidamente la situación de incertidumbre sobre la propiedad de la herencia (ver nota 30). Con razón, este sistema ha predominado en la jurisprudencia y la doctrina francesa e italiana contemporáneas (ver nota 31).

Pero si la adquisición de la herencia por el heredero de grado anterior ha quedado sin efecto por haberse invalidado su aceptación (por ej., si ha sido declarado indigno, si se ha impugnado por falsedad el testamento, si se ha anulado la aceptación, etc.), entonces el término empieza a correr para los herederos subsiguientes desde el momento en que ha nacido para ellos la posibilidad de aceptar, o sea desde el día que ha cesado la calidad de heredero del llamado con anterioridad (ver nota 32). Pues es evidente que si el heredero de

grado anterior ha aceptado, no puede exigirse a los de grado subsiguiente que también lo hagan en previsión de una eventual y por lo común improbable invalidez.

1119/197

197. NATURALEZA DEL PLAZO DEL ARTÍCULO 3313.— En la doctrina y jurisprudencia francesa e italiana, hay acuerdo general de que se trata de un plazo de prescripción extintiva (ver nota 33). Esta opinión no parece dudosa dentro de la solución aceptada en aquellos países, según la cual el vencimiento del plazo importa la pérdida del derecho de aceptar; en otras palabras, la pérdida de la herencia. Más difícil es el problema en nuestra legislación, en que el plazo juega un doble papel: para consolidar el derecho del heredero, haciendo imposible la renuncia, o bien para extinguirlo, haciendo imposible la aceptación. En el segundo caso, no cabe duda de que se trata de un plazo de prescripción y que, por tanto, deben aplicarse las reglas de ésta referentes a interrupción, suspensión, etcétera (ver nota 34). En el primer caso, en cambio, la cuestión es más delicada. No se trata de una prescripción extintiva, pues el heredero no pierde su derecho a la herencia, sino que lo consolida. No hay prescripción adquisitiva, porque el sucesor no ha poseído la herencia y porque se trata de una adquisición que se opera aun en contra de su voluntad y en perjuicio suyo. No es tampoco un plazo de caducidad, pues si bien hay una consolidación del derecho (lo que es un rasgo propio de esta institución), ella se produce, no en beneficio del heredero, sino quizá en su perjuicio, desde que el cumplimiento del plazo le impide desligarse de una responsabilidad aunque no quiera asumirla.

En suma: pensamos que en este caso se trata de un plazo de naturaleza peculiar, al que no son aplicables las reglas de la prescripción y que, por tanto, no se suspende ni interrumpe por los motivos de ésta, sino solamente por las causales del artículo 3315 Ver Texto (véase nº 195) (ver nota 35)

1119/198

198. QUIÉNES PUEDEN INVOCAR EL PLAZO.— El principio es que pueden alegarlo todos los que poseen un interés legítimo (ver nota 36). algunos casos no ofrecen dificultad: tal es el de los coherederos de igual grado, los herederos de grado ulterior, y los acreedores de la herencia y del heredero (ver nota 37). El interés de todos ellos es inmediato e indiscutible. Es verdad, sin embargo, que muy difícilmente los acreedores se verán en el caso de invocar el plazo del artículo 3313 Ver Texto , puesto que ellos tienen en sus manos el recurso de obligar al heredero a optar en el breve plazo del artículo 3314 Ver Texto .

En cambio, pensamos que los terceros no parientes que se hallen en posesión de la herencia no pueden invocarlo. Según ya hemos dicho, el cumplimiento del plazo sólo produce la pérdida de la herencia en caso de que ésta se encuentre poseída por otro heredero de grado igual o posterior; de lo contrario, el efecto del cumplimiento es la consolidación del derecho del heredero. Se advierte, pues, con facilidad, que el poseedor extraño no tiene interés en invocar un plazo que se traduce en la consolidación del derecho del heredero, puesto que el poseedor no es pariente. El adquirirá la propiedad solamente por el transcurso de los términos normales de la prescripción adquisitiva (ver nota 38).

1119/199

199. LEGISLACIÓN COMPARADA.— En las legislaciones modernas se siguen, sobre este punto, sistemas distintos. En algunas se fija un término muy breve, a cuya expiración el heredero que ha guardado silencio debe ser considerado como aceptante. Así, el Código Civil alemán lo fija en seis semanas (art. 1943), el suizo en tres meses (art. 566), el peruano en tres o seis meses, según el heredero resida en el país o en el extranjero (art. 673).

Otras legislaciones, por el contrario, fijan un plazo más largo, a cuya expiración el heredero se reputa renunciante. Tal es el caso del Código Civil italiano (art. 480) y venezolano (art. 1011).

Finalmente, otras legislaciones no establecen ningún precepto sobre este punto, estimando que mientras no haya un tercero con interés legítimo que intime al heredero a realizar la opción, no hay razón para obligarlo a tomar partido. Tal es el caso de la legislación brasileña, la mexicana, la española.

1119/10520

C.— ACCIÓN DE LOS TERCEROS INTERESADOS

1119/200

200. DERECHO A EXIGIR LA OPCIÓN.— El plazo de veinte años que la ley concede a los herederos para ejercer su derecho de opción supone que no hay terceros interesados en que el heredero se pronuncie antes. Así, por ejemplo, sería absurdo que los acreedores del causante tuvieran que esperar veinte años para saber contra quién deben dirigir su acción. Por ello, el artículo 3314 Ver Texto , Código Civil, dispone que los terceros interesados pueden exigir que el heredero acepte o repudie la herencia en un término que no pase de treinta días.

La intimación puede ser hecha judicial o extrajudicialmente. En efecto, no hay norma alguna que exija con carácter exclusivo el procedimiento judicial, siempre engorroso y caro (ver nota 39). Pero la notificación extrajudicial debe hacerse por un medio fidedigno, que asuma los caracteres formales de un emplazamiento (ver nota 40).

Es necesario aclarar que este plazo nada tiene que ver con el fijado en el nuevo artículo 3366 Ver Texto . Este supone una sucesión ya aceptada, en tanto que el artículo 3314 Ver Texto se refiere a un heredero que todavía no ha aceptado ni renunciado la herencia.

1119/201

201.— El plazo empieza a correr desde que el heredero ha sido notificado de la intimación. De cualquier modo, y aunque la intimación fuera anterior, el plazo en ningún caso podría empezar a correr antes de vencidos los nueve días de luto y llanto, que el artículo 3357 Ver Texto concede a los herederos (ver nota 41).

El artículo 3314 Ver Texto habla de un término que no pase de treinta días. Sostiene RÉBORA que ése es un plazo máximo y que podría fijarse uno menor (ver nota 42). No lo creemos así. La ley no confiere a los interesados el derecho de elegir el término que mejor les acomode, ni al juez la facultad de abreviar el plazo legal, lo que obligaría a los terceros a pronunciarse en un término angustioso. Lo que aquella norma dice muy claramente es que los herederos interesados pueden exigir que los herederos acepten o repudien la herencia en un término no mayor de treinta días; es decir, ellos pueden optar antes, pero mientras no haya transcurrido el plazo, su silencio no puede ser interpretado en el sentido de la aceptación o la renuncia (ver nota 43).

1119/202

202.— El artículo 3314 Ver Texto , en su último apartado, deja a salvo el caso de aceptación beneficiaria, porque en la hipótesis rigen los plazos del artículo 3366 Ver Texto (véase n° 318).

1119/203

203. QUIÉNES PUEDEN EXIGIR LA OPCIÓN.— El artículo 3314 Ver Texto habla de terceros interesados. Ninguna duda cabe de que deben incluirse dentro de este concepto y que tienen, por tanto, el derecho a exigir la opción, los acreedores del causante y los legatarios. Los primeros porque están interesados en el pago de sus deudas; los segundos porque tienen interés en la entrega de sus legados.

De igual modo, pueden hacerlo los acreedores del heredero. Es indudable que ellos tienen interés en la aceptación, pues una herencia representa, generalmente, un aumento en el patrimonio del deudor. Tal conclusión se desprende, además, de lo dispuesto en el artículo 3351 Ver Texto , Código Civil; porque, si los acreedores pueden demandar la revocación de la renuncia hecha en perjuicio de sus intereses, con mayor razón deben estar facultados para gestionar la opción (ver nota 44).

En cuanto a los herederos de grado posterior, pensamos que no tienen el derecho a exigir la opción, porque la herencia no les pertenece y sólo poseen un derecho eventual a ella para el caso de que no se defiera al heredero más próximo. En la práctica tienen, sin embargo, un medio de obligar a los herederos a tomar partido, entablándoles demanda por petición de herencia; en esa oportunidad, los demandados están obligados a renunciar a la herencia o tomar parte en el juicio y contestar la acción asumiendo la calidad de herederos, lo que importa aceptación tácita (ver nota 45).

Por motivos similares, tampoco los coherederos de igual grado pueden obligarlo a pronunciarse. Pero pueden llegar a igual resultado mediante la demanda por partición contra el remiso (ver nota 46).

1119/204

204. EFECTOS DEL VENCIMIENTO DEL PLAZO.— En este caso se plantea la misma dificultad que con motivo del plazo del artículo 3313 Ver Texto (véase nº 193). Supongamos que venzan los treinta días sin que el heredero se haya pronunciado: ¿debe considerarse aceptante o renunciante?

La antigua Cámara Civil 2ª de la Capital resolvió que, en tal supuesto, era aplicable por analogía la solución dada por la nota al artículo 3313 Ver Texto al caso del plazo de veinte años; y que, por tanto, si hay coherederos, el silencio del intimado debe ser reputado como renuncia (ver nota 47). Pero la situación no es análoga, ni creemos que puede aplicarse aquí la solución de la nota al artículo 3313 Ver Texto, que hemos aceptado para la inactividad de veinte años. Una cosa es que el heredero se mantenga impasible durante tan largo tiempo ante la posesión de la herencia por otros parientes, actitud de la que sí es lógico inferir una renuncia; y otra guardar silencio ante una intimación por treinta días, haya o no coherederos. En este caso, parece lógico tenerlo por aceptante, desde que la herencia se le defiende y transmite de pleno derecho sin necesidad de un acto de manifestación de voluntad. Si el heredero quiere cambiar ese status legal de que goza ministerio legis, debe decirlo expresamente. Su silencio debe ser interpretado como una aceptación tácita, haya o no coherederos, tanto más cuanto en este caso no media un abandono tan prolongado de sus derechos que dé visos de razonabilidad a la solución contraria (ver nota 48). Así lo disponen expresamente el Código Civil español (art. 1005) y el mexicano (art. 1663). Con todos, y para evitar dudas en el heredero, creemos que si la intimación se hiciese judicialmente, se la debe practicar bajo apercibimiento de tenerlo por aceptante (ver nota 49).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: FORNIELES, t. 1, núms. 72 y sigs.; ZANNONI, t. 1, § 201 y sigs.; MAFFÍA, t. 1, núms. 177 y sigs.; PÉREZ LASALA, t. 1, núms. 310 y sigs.; GOYENA COPELLO, t. 3, p. 11 y sigs.; DE GÁSPERI, t. 1, núms. 52 y sigs.; RÉBORA, t. 1, núms. 86 y sigs.; LAFAILLE, t. 1, núms. 137 y sigs.; FERRERO, Derecho de sucesiones, p. 228, y sigs.; AUBRY y RAU, t. 6, § 611 y sigs.; PLANIOL y RIPERT, ed. La Habana, t. 6, núms. 239 y sigs.; JOSSERAND, t. 3, vol. 2, núms. 842 y sigs.; FRANÇOIS, De l'acceptation des successions, París, 1876; SOUM, La transmission de la succession testamentaire, París, 1957; POLACCO, Sucesiones, ed. Bosch, Buenos Aires, 1950, t. 2, p. 51 y sigs.; MESSINEO, Tratado de derecho civil y comercial, trad. esp. Buenos Aires, 1956, t. 7, p. 238 y sigs.; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, t. 2, núms. 953 y sigs.; KIPP, Sucesiones, t. 2, p. 284 y sigs.

(nota 2) C. Apel. Rosario, 31/7/1963, L.L., t. 111, p. 802; FORNIELES, t. 1, nº 73.

(nota 3) DEMOLOMBE, t. 13, nº 361.

(nota 4) MESSINEO, t. 7, p. 241.

(nota 5) En este sentido: FORNIELES, t. 1, n° 74; PÉREZ LASALA, n° 362; AUBRY y RAU, t. 6, § 610; DEMOLOMBE, t. 14, n° 304; JOSSERAND, t. 3, vol. 2, n° 885.

(nota 6) De acuerdo: JOSSERAND, t. 3, vol. 2, n° 885; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1037, nota 1; BATIFFOL, nota en Sirey, 1937, I, 291; es también el criterio aceptado por la C. Civil de París, 9/3/1937, Sirey, 1937, I, 291.

(nota 7) Vélez Sarsfield no ha sabido trazar con pulcritud la distinción entre actos de administración y disposición y con frecuencia usa una expresión por otra. Sobre este punto véase el prolijo estudio de LAJE, Actos de administración, de disposición y de enajenación, Revista Facultad de Derecho de Buenos Aires, mayo-junio 1951, p. 603 y J.A., 1950-I, sec. doct. p. 128.

(nota 8) De acuerdo: DE GÁSPERI, t. 1, n° 82; MÉNDEZ COSTA, Capacidad para aceptar y repudiar herencias, n° 15; MAFFÍA, t. 1, n° 220.

(nota 9) De acuerdo: MÉNDEZ COSTA, Capacidad para aceptar y repudiar herencias, n° 16; ZANNONI, Sucesiones, t. 1, § 85; MAFFÍA, t. 1, n° 221.

(nota 10) En el sentido de que los inhabilitados pueden aceptar herencias con beneficio de inventario, ARÁUZ CASTEX, Derecho Civil. Reforma de 1968, n° 484; LLAMBÍAS, Parte General, n° 585 bis.

(nota 11) C. Civil 2ª Cap., 18/8/1939, J.A., t. 67, p. 504. De acuerdo: SEGOVIA, t. 2, p. 422, nota 44; DE GÁSPERI, loc. cit. en nota anterior.

(nota 12) Véase n° 190.

(nota 13) C. Civil Cap. Sala A, 11/5/1956, L.L., t. 82, p. 662; C. Civil 1ª Cap., 22/2/1949, L.L., t. 56, p. 215; C. Civil 2ª Cap., 10/12/1943, L.L., t. 33, p. 229; C. 2ª Apel. La Plata, Sala I, 19/7/1944, L.L., t. 56, p. 64.

(nota 14) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 1, n° 380.

(nota 15) SEGOVIA, t. 2, p. 419, nota 41; LAFAILLE, t. 1, n° 179; DE GÁSPERI, t. 1, n° 78.

(nota 16) Anteproyecto de BIBILONI, art. 2939 y nota; Proyecto de 1936, art. 1871.

(nota 17) C. Civil 2ª Cap., 17/9/1942, J.A., 1942-IV, p. 256. En contra, C. Civil 1ª Cap., 5/5/1926, J.A., t. 20, p. 160.

(nota 18) C. Civil Cap., Sala B, 22/9/1976, E.D., t. 72, p. 560.

(nota 19) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en nota 359, véase RÉBORA y GRÜNBERG, Los plazos para la aceptación de la herencia, J.A., t. 31, p. 846.

(nota 20) DEMOLOMBE, t. 14, nº 315; MARCADÉ, t. 3, art. 789, p. 165; CHABOT, t. 2, art. 789, p. 118 y sigs.; AUBRY y RAU, t. 6, p. 610.

(nota 21) LAFAILLE, t. 1, nº 147; SEGOVIA, t. 2, p. 912-913, nota 8; MACHADO, t. 8, p. 386 y sigs., nota; LLERENA, t. 6, p. 55; PÉREZ LASALA, t. 1, nº 363.

(nota 22) C. Civil 1ª Cap., 13/11/1945, J.A., 1946-I, p. 540; Sup. Trib. Entre Ríos, 18/7/1946, Rep. L.L., t. 9, p. 1146, sum. 9.

(nota 23) Véase PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, t. 3, núms. 2367 y sigs.; JOSSERAND, t. 3, vol. 2, nº 888 y nota 52; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 9ª ed., t. 3, nº 1035 y jurisprudencia allí citada.

(nota 24) Solamente PRAYONES se pronuncia por ella (nº 20).

(nota 25) FORNIELES, nº 76; QUINTEROS, Petición de herencia, núms. 63 y 64; SPOTA, Prefacio a la obra de QUINTEROS, p. XVII; ZANNONI, t. 1, § 209, MAFFÍA, t. 1, nº 198; RÉBORA y GRÜNBERG, Los plazos para la aceptación de la herencia, J.A., t. 31, p. 856; BORDA, Alejandro, La dificultad interpretativa del art. 3313 Ver Texto , L.L., 1987-B, p. 709. Sin embargo, el sistema de Rébora adolece de alguna oscuridad. En su obra Sucesiones sostiene que la solución de considerar aceptante al que ha dejado transcurrir los veinte años debe aplicarse solamente a los herederos legítimos, no a los testamentarios; estos deben reputarse renunciantes (nº 69, p. 129). No se advierte la justificación de esta diferencia, ni los términos del art. 3313 Ver Texto permiten establecer ninguna distinción.

(nota 26) C. Civil Cap., Sala A, 11/9/1957, J.A., 1957-IV, p. 146; id., 19/10/1971, J.A., t. 13-1972, p. 436; Sala D, 1/4/1963, L.L., t. 110, p. 337; C. Civil 1ª Cap., 18/6/1948, L.L., t. 21, p. 182; id., J.A., 1946-I, p. 357; C. Civil 2ª Cap., 28/12/1938, J.A., t. 64, p. 1033; C. Apel. Rosario (en pleno), 5/12/1947, L.L., t. 47, p. 379.

(nota 27) Es provechosa la lectura de ZACHARIAE, p. 377, nota 4, citado al pie del art. 3313 Ver Texto , y de AUBRY y RAU, § 610, citado en la nota al art. 3315 Ver Texto , ambos conformes con esta solución.

(nota 28) RÉBORA y GRÜNBERG, J.A., t. 31, p. 856; de acuerdo: GOYENA COPELLO, t. 3, p. 21; BORDA, Alejandro, L.L., 1987-B, p. 709.

(nota 29) En este sentido: BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1890; DEMOLOMBE, t. 14, n° 305; HUC, n° 197.

(nota 30) De acuerdo: RÉBORA y GRÜNBERG, J.A., t. 31, p. 856.

(nota 31) PLANIOL-RIPERT, ed. La Habana, t. 6, n° 274 y jurisprudencia allí citada; JOSSERAND, t. 3, vol. 2, n° 889; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 9ª ed., t. 3, n° 1038; MESSINEO, t. 7, p. 250; POLACCO, Sucesiones, ed. Bosch, t. 2, p. 54; RUGGIERO, Istituzioni, t. 3, p. 827; COVIELLO, Successioni, p. 153.

(nota 32) MESSINEO, t. 7, p. 250.

(nota 33) Puede verse PLANIOL-RIPERT, ed. La Habana, t. 6, núms. 269 y sigs.; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 9ª ed., t. 3, núms. 1034 y sigs.; JOSSERAND, t. 3, vol. 2, núms. 887 y sigs.; POLACCO, Sucesiones, ed. Bosch, t. 2, p. 52, especialmente nota 2: VENZI en PACIFICI, Istituzioni, t. 6, p. 546, Casación, 25/4/1933, Giurisprudenza Italiana, 1933, 1027, etc.

(nota 34) RÉBORA lo llama plazo de prescripción, sin advertir la diferencia que existe en las dos situaciones que se analizan en el texto (Sucesiones, t. 1, n° 69; RÉBORA y GRÜNBERG, J.A., t. 31, p. 856).

(nota 35) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 1, n° 364.

(nota 36) PLANIOL-RIPERT, t. 6, n° 273.

(nota 37) PLANIOL-RIPERT, loc. cit., en nota anterior; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1036. etc.

(nota 38) De acuerdo: RÉBORA y GRÜNBERG, J.A., t. 31, p. 856. En Francia, esta cuestión ha suscitado una polémica que ha dividido la doctrina y la jurisprudencia. Pero allá el problema se plantea sobre distintas bases que en nuestro derecho. En efecto, el plazo del art. 789, Código Napoleón tiene, en todos los casos, el efecto de tener por renunciante al heredero. De modo que si lo es, es evidente el interés del poseedor extraño a oponerle la prescripción, puesto que ello le permitirá rechazar la acción de petición de herencia o de reivindicación. No obstante ello, la cuestión se discute, como puede verse en PLANIOL-RIPERT, t. 6, n° 278; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1036; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1887; AUBRY y RAU, t. 6, § 610,

texto y notas 12 y 13. En nuestro derecho, la solución es mucho más clara, puesto que, según dice en el texto, el tercer poseedor no puede alegar interés alguno.

(nota 39) De acuerdo: FORNIELES, t. 1, n° 77. Algunas legislaciones exigen la intimación judicial: Cód. Civil español, art. 1005; italiano, art. 481; brasileño, art. 1584; mexicano, art. 1669.

(nota 40) FORNIELES, loc. cit. en nota anterior, dice que es necesario que se haga por instrumento público o privado. Parece razonable esta exigencia porque significa la eliminación de la prueba testimonial, siempre incierta y proclive a fraudes.

(nota 41) De acuerdo: FORNIELES, t. 1, n° 76 b; LAFAILLE, t. 1, n° 149; RÉBORA, t. 1, n° 70.

(nota 42) RÉBORA, t. 1, n° 70, nota 3 bis. En los códigos, español (art. 1005), brasileño (art. 1584) y mexicano (art. 1669) se concede al juez la facultad de fijar el plazo, estableciendo como límite máximo el de treinta días. Siendo tan breve este término, dudamos que nunca los jueces de aquellos países lo fijen en uno menor. Más razonable parece el Código italiano (art. 481) que concede al juez la facultad de fijar el término, sin ninguna limitación; esa disposición confiere mayor elasticidad al sistema y permite establecer distintos plazos, según la complejidad de la sucesión. Empero, no se justificaría tampoco un término mucho mayor de treinta días, pues si la sucesión fuera muy compleja, queda al heredero el derecho de aceptar con beneficio de inventario.

(nota 43) De acuerdo: MAFFÍA, t. 1, n° 200.

(nota 44) C. Civil Cap., Sala C, 27/9/1976, E.D., t. 70, p. 299; LLERENA, t. 6, p. 56; MACHADO, t. 8, p. 395; FORNIELES, t. 1, n° 78; GOYENA COPELLO, t. 3, p. 79. En contra: SEGOVIA, t. 2, p. 413, nota 9.

(nota 45) Véase SEGOVIA, t. 2, p. 413, nota 9; LLERENA, t. 7, p. 59; MACHADO, t. 8, p. 396, nota.

(nota 46) MACHADO, t. 8, p. 397, nota; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1879.

(nota 47) C. Civil 2ª Cap., 1/4/1946, J.A., 1946-III, p. 477.

(nota 48) De acuerdo: LLERENA, t. 12, p. 60; MACHADO, t. 8, p. 396, nota; LAFAILLE, t. 1, n° 151; PRAYONES, n° 19; MAFFÍA, t. 1, n° 202; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 371. En contra: SEGOVIA, t. 2, p. 414, nota 11. FORNIELES parece inclinado a esta última solución, pues dice que demandado por el acreedor después de vencido el término, el heredero puede oponer la excepción de no parte derivada de la renuncia (t. 1, n° 77).

RÉBORA dice que si no mediara intimación judicial bajo apercibimiento de tenerlo por aceptante, sería un poco fuerte considerarlo tal (t. 1, nº 70, nota 3 bis). Pero en muchos casos será también demasiado fuerte tenerlo por renunciante.

(nota 49) Así lo sugiere RÉBORA, loc. cit. en nota anterior.

1119/10530

§ 3.— Transmisión del derecho de opción

1119/205

205. SITUACIÓN DE LOS SUCESORES DEL HEREDERO QUE NO HA OPTADO.— Puede ocurrir que el heredero fallezca antes de haber hecho la opción. En tal caso, el derecho de aceptar o renunciar la herencia se transmite a sus sucesores (art. 3316 Ver Texto). Esta facultad que se reconoce a los herederos tiene una importancia fundamental. Un ejemplo ilustrará el problema. Pedro deja como heredero a Juan; éste fallece antes de haber optado, dejando a su vez como heredero a Diego. Diego podrá hacer la opción que correspondía a su antecesor, lo que significa que puede renunciar a la herencia de Pedro y, no obstante, aceptar la de Juan (ver nota 1). Pero si repudia la de Juan, no puede aceptar la de Pedro, puesto que su derecho a ésta sólo puede surgir de su carácter de heredero de Juan (ver nota 2). Algunos autores sostienen que puede aceptarse también la primera sucesión, si el heredero recoge la herencia por derecho propio y sin necesidad de la segunda transmisión. Por ejemplo, Juan y Diego son hermanos entre sí e hijos de Pedro; muerto Pedro y luego Juan, Diego podría rechazar la herencia de Juan y aceptar la de Pedro (ver nota 3). No se trata, desde luego, de la mitad que a Diego le corresponde como hijo de Pedro (pues es obvio su derecho a aceptarla), sino de la parte correspondiente a Juan. La opinión de los autores aludidos no puede aceptarse, a nuestro juicio, sin serias reservas. Si Juan tiene acreedores (y ésta es la hipótesis normal, pues de lo contrario no se explicaría que Diego repudiase su herencia) la porción que le correspondería en la herencia paterna debe pasar a engrosar la masa patrimonial de la cual aquéllos se cobrarán sus créditos; pues no se concibe que mediante una treta jurídica pueda Diego sustraer a la acción de los acreedores bienes que se incorporaron ipso jure al patrimonio de Juan a la muerte de su padre. Pero si ejecutados los bienes y pagadas las deudas quedara algún saldo, entonces sí ese saldo puede ser recogido por Diego, no obstante que él renunció a la herencia de Juan, en razón de que siendo heredero directo y a título propio de su padre, tiene vocación al todo de la herencia.

1119/206

206.— Agrega el artículo 3316 Ver Texto que, si son varios los coherederos, pueden aceptar unos y repudiar otros (ver nota 4); de igual modo, unos podrán aceptar con y otros sin beneficio de inventario (art. 3360 Ver Texto).

Pero los que acepten deben hacerlo por el todo de la sucesión (art. 3316 Ver Texto , in fine), puesto que la aceptación de la herencia no puede ser por partes (art. 3317 Ver Texto , Cód. Civil).

1119/207

207. PLAZO.— El plazo de veinte años fijado en el artículo 3317 Ver Texto empieza a correr desde la muerte del primer causante y no desde que falleció el heredero, puesto que el sucesor de éste no es sino un continuador de él y no puede pretender otro plazo que aquél a que tenía derecho el segundo. Se aplica aquí el mismo criterio que respecto de cualquier otro plazo de prescripción.

Más compleja es la solución respecto del término de treinta días fijado ante la intimación de terceros interesados. Supóngase que el primer heredero falleciera durante el transcurso del plazo: ¿puede hacerse valer ese lapso ya transcurrido en contra de los sucesores? Pensamos que no. Aquí se trata de un plazo muy corto, de diferente naturaleza que el anterior. Por su brevedad, debe estimarse que es el término mínimo que necesita una persona para informarse sobre la conveniencia de aceptar o repudiar una herencia. Puede ocurrir que el heredero haya fallecido el último día del término. ¿Su sucesor tendrá solamente un día, una hora quizá, para deliberar? Tal solución es inadmisibles. Creemos, pues, que muerto el primer heredero durante el plazo de treinta días, los terceros que lo intimaron deben renovar esa intimación respecto de su sucesor, y que una vez practicada ésta, corre nuevamente el plazo de treinta días, y también respecto de él será necesario respetar los nueve días de luto y llanto (véase n° 201).

1119/10540

§ 4.— Formas de la aceptación

1119/208

208. DISTINTAS FORMAS.— La aceptación de la herencia puede ser expresa o tácita (art. 3319 Ver Texto , Cód. Civil). En ambos casos, se trata de un acto esencialmente voluntario, de acuerdo con el principio general de que a nadie puede imponérsele el carácter de heredero. Este principio tiene, sin embargo, una excepción: el caso del artículo 3331 Ver Texto , en que la aceptación es forzosa y se impone como pena al heredero que hubiera ocultado o sustraído bienes pertenecientes a la sucesión (véase n° 226).

1119/10550

A.— ACEPTACIÓN EXPRESA

1119/209

209. CONCEPTO Y FORMA.— Es aceptación expresa, dice el artículo 3319 Ver Texto , la que se hace en instrumento público o privado, o cuando se toma título de heredero en un acto, sea público o privado, judicial o extrajudicial, manifestando una intención cierta de ser heredero.

La ley admite, por tanto, dos hipótesis: a) la manifestación de la voluntad de aceptar, que es la forma típica; b) la toma del título de heredero, manifestando intención cierta de serlo. Cuando, en efecto, se asume la calidad de heredero, se manifiesta inequívocamente la voluntad de asumir los derechos y obligaciones de tal; la aceptación es expresa, aunque esa palabra no se haya pronunciado. Pero si la actitud del heredero permitiese alguna duda, si no fuere inequívoca su voluntad de aceptar, no hay aceptación expresa, pues la ley habla de la intención cierta (ver nota 5) sin perjuicio de que el acto pueda significar aceptación tácita.

Se ha declarado que la iniciación de la sucesión y el pedido de que oportunamente se dicte declaratoria de herederos a favor de los presentantes y se designe administrador a uno de ellos, importa aceptación expresa (ver nota 6).

En cualquier caso, la aceptación debe constar por instrumento, sea público o privado. La aceptación verbal es inválida. La ley ha querido que un acto de la importancia de éste asuma forma escrita. Se evita así el riesgo de una manifestación hecha con ligereza, puesto que la escritura tiene la virtud de despertar plenamente la conciencia de la responsabilidad que se asume; se evita también la falta de certeza derivada de la prueba testimonial. Pero incurriendo en una contradicción manifiesta y grave, el artículo 3330 Ver Texto admite el mandato verbal para aceptar la herencia, de tal modo que, aunque la aceptación debe aun en este caso constar por escrito, el poder puede darse verbalmente.

Puesto que son instrumentos privados, también las cartas misivas constituyen un medio hábil para aceptar la herencia. Sin embargo, se acepta generalmente la necesidad de hacer esta distinción: si se trata de cartas que más que nada deben ser consideradas como “conversaciones escritas”, como misivas privadas dirigidas a parientes o amigos, no puede considerarse que haya instrumento privado en el sentido del artículo 3319 Ver Texto ; en cambio, será válida la aceptación hecha en una carta de negocios, dirigida con ese fin a los acreedores u otros interesados en la sucesión (ver nota 7). Nos parece que esta distinción indica falta de ideas claras sobre el papel probatorio de las cartas misivas. La solución, a nuestro entender, debe sujetarse a las reglas generales relativas a ellas: a) las cartas confidenciales dirigidas a terceros, vale decir, a personas no directamente interesadas en la aceptación, no pueden servir de prueba, porque en ningún caso pueden ser admitidas en juicio; b) las cartas dirigidas a los interesados (acreedores, coherederos, etc.) que pretenden hacerlas valer en su favor, constituyen un medio hábil para probar la aceptación, sean o no confidenciales; c) finalmente, también son hábiles las cartas no confidenciales dirigidas a terceros (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 961 y sigs.). No vemos razón alguna que justifique apartarse de estas reglas generales, que a nuestro entender resuelven con acierto el problema.

B.— ACEPTACIÓN TÁCITA

1119/210

210. CONCEPTO.— Dice el artículo 3319 Ver Texto que hay aceptación tácita cuando el heredero ejecuta un acto jurídico que no podía ejecutar legalmente sino como propietario de la herencia. Esta definición ha concitado justos reproches. Pasando por alto que en ella se alude a actos jurídicos, cuando en realidad la aceptación puede resultar de simples actos que no tienen ese carácter (por ej., tala de bosques, reparaciones de edificios, etc., art. 3327 Ver Texto), es necesario admitir que el concepto expresado en la norma no es satisfactorio. No debería bastar, en efecto, la circunstancia de que el heredero llevase a cabo un acto que sólo podía realizar como tal. Con mucha mayor precisión, los códigos francés (art. 778) e italiano (art. 476) dicen que hay aceptación tácita cuando la persona llamada a la herencia cumple un acto que presupone necesariamente su voluntad de aceptar y que no tendría el derecho de hacer sino en la calidad de heredero. Al abandonar en este punto su fuente —el Código francés— VÉLEZ amplió considerablemente el concepto, incluyendo actos que no deberían importar una aceptación tácita. Volveremos enseguida sobre este tema.

Cabe añadir que, si el heredero ha podido realizar el acto en otro carácter, por ejemplo, en razón de la participación que le corresponde en un condominio con el difunto, no hay aceptación aunque haya abuso en cuanto a su calidad de condómino (ver nota 8).

1.— Actos que importan aceptación

1119/211

211. ENUMERACIÓN LEGAL.— Luego de fijar el concepto de aceptación tácita, nuestro Código enumera, a manera ejemplificativa, diversos actos que la implican y otros que no. Veamos cuáles son los primeros:

a) Enajenaciones y gravámenes. El heredero acepta tácitamente la herencia cuando dispone a título oneroso o lucrativo de un bien mueble o inmueble de la herencia, o cuando constituye una hipoteca, una servidumbre, u otro derecho real sobre los inmuebles de la sucesión (art. 3321 Ver Texto). Se trata de típicos actos de disposición, que suponen necesariamente la voluntad de aceptar la herencia.

Cabe notar que el artículo habla de enajenaciones onerosas o lucrativas. Hay aquí una defectuosa transcripción de la fuente, que fue CHABOT, quien alude a los actos onerosos o gratuitos (ver nota 9). En efecto, éstos traducen tanto o más vigorosamente que los onerosos la voluntad de aceptar. No cabe duda, pues, que también ellos implican aceptación tácita, conforme al concepto del artículo 3319 Ver Texto .

Por razones similares, debe admitirse que igual efecto tienen los gravámenes constituidos sobre bienes muebles, aunque la ley sólo alude en este punto a los inmuebles. Dar en prenda o usufructo uno de aquellos bienes es lo mismo que hipotecar una propiedad, en cuanto a la exteriorización de la voluntad del propietario de disponer de la cosa (ver nota 10).

Resulta indiferente que el gravamen se constituya en garantía de deudas de la sucesión o personales del heredero. Cualquiera sea el origen de la obligación, el efecto es el mismo (ver nota 11).

Pero la distribución gratuita de ropas y efectos personales del causante, de valor esencialmente afectivo, no importa aceptación tácita (ver nota 12).

1119/212

212. b) Cesión y renuncia.— La cesión de sus derechos, hecha a favor de los coherederos o de un extraño y la renuncia, sea gratuita o por precio, en beneficio de los coherederos, importa aceptación (art. 3322 Ver Texto).

Respecto de la cesión, el Código ha considerado que no se puede ceder lo que no se tiene; por tanto, quien cede, manifiesta implícitamente la voluntad previa de aceptar. Esta conclusión nos parece irreprochable (ver nota 13), siempre que haya verdadera cesión y no una renuncia encubierta bajo esa palabra. Así, por ejemplo, el que cede sus derechos hereditarios en favor de quienes recibirían los bienes si él renunciara y sin modificar para nada la proporción que legalmente correspondería a aquéllos, en verdad no hace cesión, sino renuncia. No habría, por tanto, aceptación de la herencia. Cabe destacar la importancia de la cuestión frente a los acreedores, pues como aceptantes responde ante ellos, no así como renunciante.

En cuanto a la renuncia, el texto del artículo 3322 Ver Texto tiene una redacción equívoca e insatisfactoria. Dispone que importa también aceptación de la herencia, la renuncia, aunque sea gratuita, o por un precio a beneficio de los coherederos. Este concepto exige una aclaración. Dice, con razón, JOSSERAND, que para resolver correctamente el problema, conviene no dejarse influir por el nombre que se ha dado a la operación, pues es preciso disipar la apariencia para penetrar la realidad jurídica, ya que hay renunciaciones que en el fondo se reducen a cesiones de derechos sucesorios (ver nota 14). Solamente éstas implican aceptación. Veamos las hipótesis posibles: 1) La renuncia se hace en provecho, no de todos los coherederos, sino de algunos determinados; hay aquí un acto de disposición, una verdadera cesión, pues el heredero no se limita a apartarse de la herencia, a repudiarla, sino que desvía los bienes distribuyéndolos de una manera distinta a la que legalmente hubiera correspondido conforme a la ley. Ello no puede hacerlo sino como propietario de la herencia y se lo debe tener como aceptante, sea la renuncia gratuita u onerosa (ver nota 15). 2) La renuncia se realiza en provecho de todos los coherederos, pero alterando las porciones que les hubiera correspondido de haberse apartado lisa y llanamente de la herencia; también hay desviación de la herencia por voluntad del heredero y son, por consiguiente, aplicables las mismas conclusiones que en la hipótesis anterior. 3) La renuncia se realiza en provecho de todos los coherederos, sin alterar sus porciones, pero a título oneroso. La operación importa una venta de derechos posesorios y, como no se vende lo que no se posee, el heredero debe

considerarse aceptante. 4) Queda finalmente la renuncia hecha en favor de los coherederos, en forma impersonal y gratuita. Aquí no hay aceptación, sino renuncia lisa y llana (ver nota 16). No ha faltado, sin embargo, quien sostenga que, en presencia de los términos del artículo 3322 Ver Texto , que no hace distinción alguna, también aquí hay aceptación (ver nota 17). Pero esta opinión es de todo punto de vista insostenible. De acuerdo con ella, cuando el heredero dice: “renuncio a la herencia” debe ser tenido como renunciante; pero cuando dice: “renuncio a la herencia en favor de mis coherederos” es aceptante. Sin embargo, el efecto del acto es exactamente el mismo, pues en ambos casos la herencia será recibida por los coherederos. El heredero que dice que renuncia en favor de sus coherederos no hace sino dejar sentado que sabe cuál será el efecto legal de su renuncia, efecto que se producirá lo mismo, haga o no mención de ello (ver nota 18). La indicación de sus nombres, no pasa de ser, dice FORNIELES, una redundancia sin objeto (ver nota 19).

De lo dicho anteriormente, se desprende que si, propiamente hablando, hay una verdadera renuncia, no hay aceptación, lo que parece una verdad de Perogrullo, aunque conviene repetirlo ante los términos equívocos del artículo 3322 Ver Texto ; pero si la renuncia encubre una cesión o una venta de derechos, entonces hay aceptación.

1119/213

213. c) Demandas y transacciones.— Debe considerarse aceptante al heredero que demanda a sus coherederos por partición, o exige de los detentadores de los bienes de la sucesión que los entreguen o ejerce los derechos que a ella pertenecen o se presta en su carácter de heredero a demandas contra aquélla (arts. 3323 Ver Texto y 3325 Ver Texto , Cód. Civil). Advertimos que el artículo 3323 Ver Texto alude también a la demanda por licitación, que ha quedado suprimida por la reforma de 1968.

En todos los casos, asume la calidad de tal, ejerce sus derechos y actúa como dueño. Su actitud no podría explicarse sino como aceptante de la herencia.

El Código no hace más que ejemplificar cuando se refiere a estos casos. Idénticos efectos debe atribuirse a la demanda de nulidad de testamento, a la exclusión de otro heredero indigno, a la contestación de una demanda por desheredación o indignidad, etcétera (ver nota 20). En cambio, no bastaría una acción criminal seguida contra los asesinos del difunto, puesto que ella no presupone necesariamente la calidad de heredero (ver nota 21).

Tampoco permite inducir aceptación, la actuación judicial que el heredero sigue, no por su carácter de tal, sino por otro título. Ese sería el caso del condómino o socio que iniciara o contestara una acción en defensa de sus intereses; o el mandatario que, ignorando la muerte de su mandante, prosiguiera actuando o que, conociéndola, actuara en cumplimiento de su deber como tal (ver nota 22).

Si la demanda tuviera el objeto de interrumpir una prescripción a punto de cumplirse, el acto debe considerarse conservatorio (ver nota 23), pero convendrá dejar sentado que se la inicia a ese solo fin, para evitar la aplicación del artículo 3323 Ver Texto .

La actuación en el juicio sucesorio, supone en principio aceptación tácita. Así se ha declarado en un caso en que se desconoció como de legítimo abono un crédito (ver nota 24); en esta hipótesis, la solución del tribunal parece excesiva, pues ese acto encuadra mejor en el concepto de mera conservación y defensa. No habría aceptación si se deja constancia de que se interviene al solo efecto de vigilar la marcha del juicio, en resguardo de sus intereses eventuales (ver nota 25)

1119/214

214.— También es aceptante el heredero que transige o somete a juicio de árbitros un pleito que interesa a la sucesión (art. 3324 Ver Texto).

La transacción importa ineludiblemente una concesión, una renuncia de ciertos derechos a cambio del reconocimiento de otros. Envuelve, por tanto, un acto de disposición, una cesión de derechos y, como tal, la aceptación tácita, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 3322 Ver Texto (véase nº 211). Siendo su efecto jurídico el mismo, no interesa que sea judicial o extrajudicial.

Igual efecto tiene el sometimiento de la cuestión al juicio de árbitros. Ello supone sacar el asunto de sus jueces naturales, correr el riesgo de que sea resuelto por quienes no ofrecen todas las garantías de que está rodeada la designación y la actuación de los jueces de la ley. No lo puede hacer sino quien actúa como dueño.

1119/215

215.— Cabe agregar que según el artículo 3323 Ver Texto , última parte, también debe tenerse como aceptante al que ejerce un derecho cualquiera que pertenece a la sucesión. Por su ubicación en este artículo, debe entenderse que el agregado alude al ejercicio judicial de un derecho. De lo contrario no tendría sentido, pues hay numerosos derechos que pueden ejercerse sin que ello importe aceptación (véase núms. 220 y sigs.).

1119/216

216. d) Cobro de deudas y pago de créditos.— El heredero que exige o recibe lo que se debe a la sucesión y el que con dinero de ella paga deudas, legados o cargas, acepta tácitamente (art. 3326 Ver Texto).

No se puede exigir lo que se debe a la sucesión, sin asumir el papel de heredero; la solución legal es en este punto indiscutible. En cambio, parece rigurosa en lo que atañe a quien recibe el pago de lo debido a la sucesión. En tal caso consideramos necesario hacer esta distinción: si el heredero guarda el dinero para sí, no cabe duda de que hay aceptación; pero si lo deposita en la sucesión y se reserva el derecho de renunciar, obra como gestor y no puede por ese solo hecho considerárselo aceptante (ver nota 26).

En cuanto a los pagos, para que impliquen aceptación, deben hacerse con dinero de la sucesión; no la implica, en cambio, el realizado con dinero propio del heredero, pues cualquiera puede pagar por otro y luego subrogarse (nota al art. 3326 Ver Texto). Se ha considerado, sin embargo, que no hay aceptación, no obstante realizarse con dinero de la sucesión, cuando se trata de gastos urgentes e inevitables, de monto reducido, como por ejemplo, los gastos de sepelio, los salarios de la gente de servicio, la asistencia médica, etcétera (ver nota 27). Tales actos podrían comprenderse entre los que permite el artículo 3328 Ver Texto .

Importa aceptación reconocer como de legítimo abono una deuda del causante (ver nota 28).

1119/217

217. e) Actos de adición y administración.— Dispone el artículo 3327 Ver Texto que el heredero presuntivo ejerce actos de adición de herencia, entrando en posesión de los bienes de la sucesión: cuando los arrienda o percibe sus rentas; cuando hace operaciones que no son necesarias o urgentes; cuando corta los bosques de los terrenos; cuando cambia la superficie del suelo de las heredades, o las formas de los edificios, y en general cuando administra como propietario de los bienes.

Este artículo alude a la hipótesis de que el heredero entre en posesión y pleno goce de los bienes de la herencia, actuando como dueño. Esa conducta implica indudablemente una voluntad de asumir la calidad de heredero e importa aceptación. Pero esta norma requiere algunas aclaraciones. El simple hecho de continuar viviendo en la casa de familia que poseía el difunto, no importa acto de adición (ver nota 29), pero sí lo es, si después del fallecimiento, el heredero que vivía en otra casa toma posesión de la del difunto y constituye en ella su domicilio. Tampoco importa un acto de adición apropiarse de retratos, papeles de familia u otros objetos de un valor más afectivo que económico; un retrato de familia, por grande que fuera su valor, quedaría siempre comprendido en esta excepción (ver nota 30).

Entre los actos de adición o administración, nuestro artículo cita a modo ejemplificativo: 1) El arrendamiento de los bienes o la percepción de sus rentas; respecto de esta última hipótesis debemos repetir lo que dijéramos anteriormente (nº 216); sólo habrá acto de adición si el heredero percibe el dinero para sí y no para la sucesión, ya sea depositándolo judicialmente, ya sea pagando con él deudas urgentes o necesarias. 2) Cuando hace reparaciones que no son necesarias o urgentes. El texto dice operaciones, pero evidentemente se trata de un simple error de copia, como surge con claridad de la fuente (ver nota 31) y del sentido lógico de la frase. A contrario sensu las reparaciones necesarias o urgentes no implican aceptación, solución impuesta por el buen sentido. 3) Cuando corta bosques; entendemos que igual consecuencia debe tener todo acto que implique extraer los productos de los inmuebles; pero no bastaría, por ejemplo, la continuación de una explotación minera seguida al solo objeto de evitar los perjuicios económicos de una paralización, si el heredero dejara bien claro con su conducta que actúa como simple gestor y no como dueño; de todos modos, como la cuestión es dudosa, conviene que el interesado haga reserva de su derecho de renunciar y, mejor aún, que solicite autorización para seguir actuando de esa manera (ver nota 32). En cambio, la simple recolección de una cosecha que

estaba en pie no importa adición, sino un acto urgente y necesario de los autorizados por el artículo 3328 Ver Texto (ver nota 33). Por el contrario, creemos que hacer una nueva siembra para recolectar frutos (no para pastoreo de la hacienda, que debe considerarse gasto necesario) importa acto de adición (ver nota 34). 4) Cuando cambia la superficie del suelo o la forma de los edificios. Se trata de actos innecesarios, que sólo el dueño está autorizado a hacer.

1119/218

218.— La última parte del artículo brinda un criterio importante de interpretación: habrá aceptación cuando administre como dueño; de lo contrario, no. Se necesita, pues, que el heredero actúe como solamente el propietario podía hacerlo. De ahí que los actos que sólo tienden a la conservación, inspección o administración provisoria de los bienes hereditarios, no importan aceptación. Tampoco la importan los actos que, aun siendo de disposición, el heredero ha podido hacer por otro título que no fuera el de tal; por ejemplo, como condómino.

1119/219

219. f) Otorgamiento de un mandato.— El simple otorgamiento de un mandato para aceptar la herencia ¿vale por sí mismo como aceptación, aun antes de que el mandato haya sido cumplido? La cuestión ha dado lugar a una sutil controversia en la doctrina francesa:

1) Algunos piensan que el mero otorgamiento de la procuración para aceptar la herencia o para ejecutar un acto que no puede realizarse sino en calidad de heredero, importa aceptación (ver nota 35).

2) Otros sostienen que es necesario distinguir dos hipótesis: a) si se ha dado poder para manifestar la voluntad de aceptar, no hay aceptación mientras el mandato no ha sido ejecutado y hasta ese momento puede ser revocado; b) si, por el contrario, se ha dado mandato para ejecutar un acto que no podía realizar sino en calidad de heredero, ello importa una aceptación tácita, independiente de la ejecución o revocación ulterior del mandato (ver nota 36).

3) Finalmente, otros sostienen que si el mandante ha tomado el título o la calidad de heredero al otorgar el poder, hay aceptación expresa; pero mientras no lo haya hecho, el poder es revocable, sea que se trate de manifestar la voluntad de aceptar o de realizar un acto que implique aceptación tácita (ver nota 37).

4) Por nuestra parte, nos parece que las diferencias entre estos dos últimos puntos de vista son más aparentes que reales y que la conciliación es posible, si se aclaran las ideas. Ante todo, está fuera de duda que si en el acto de otorgar el mandato, cualquiera que sea su fin, el otorgante manifiesta expresamente asumir la calidad de heredero, hay aceptación, pues esa declaración no forma parte del mandato, es independiente de él y tiene los mismos efectos que tendría si fuera hecha en cualquier otro instrumento público o privado. Pero si el

mandante, sin asumir esa calidad se limita a otorgar poder para aceptar, parece indudable que el poder es revocable hasta el momento en que ha sido cumplido, pues quien lo otorga no asume la calidad de heredero, sino que se manifiesta dispuesto a asumirla una vez que el mandatario haya cumplido su cometido (ver nota 38). Diferente es el caso si el mandato se otorga para realizar un acto que importa aceptación tácita. Como tales actos no pueden realizarse sino en calidad de heredero, el otorgamiento del poder implica asumir esa calidad (ver nota 39). Aceptada esta conclusión, desaparecen las divergencias entre las opiniones a que hemos aludido en los apartados 2 y 3. Pensamos, sin embargo, que no conviene sentar reglas demasiado rígidas en esta materia y que debe dejarse librado a la apreciación del magistrado y a las circunstancias del caso, si el mandato para realizar tal o cual acto importa de por sí aceptación tácita, aunque el acto no se realice.

2.— Actos que no importan aceptación

1119/220

220. ACTOS CONSERVATORIOS.— Los actos que tienden sólo a la conservación, inspección o administración provisoria de los bienes hereditarios, no importan una aceptación tácita, si no se ha tomado el título o calidad de heredero (art. 3328 Ver Texto , Cód. Civil). Parece innecesario destacar la prudencia de esta disposición, que persigue una doble utilidad: la del presunto heredero, conservando los bienes que quizá le pertenezcan luego; y la del acervo hereditario, evitando su pérdida o desvalorización.

Es condición necesaria que el heredero no haya tomado título o calidad de heredero; era innecesario decirlo, puesto que ello importa aceptación expresa, independiente de la realización del acto de conservación.

Dentro de estos actos conservatorios se encuentran las reparaciones urgentes o necesarias (art. 3327 Ver Texto , a contrario), la reinscripción de hipotecas a punto de vencerse, la recolección de frutos naturales, la venta de la producción anual de una hacienda en caso de que no pudiera quedar en el campo, la continuación de una explotación en marcha, siempre que quedase bien sentado que se actúa como simple gestor y para evitar el perjuicio económico de la paralización y no como administrador a título de dueño (ver nota 40); la demanda para interrumpir una prescripción, también debe considerarse como un acto conservatorio, pero siempre que se deje constancia de que se la inicia con ese objeto, pues, de lo contrario, tendría plena aplicación el artículo 3323 Ver Texto (véase nº 213).

El pedido de declaración de ausencia con presunción de fallecimiento no importa aceptación tácita, desde que esa medida no sólo tiene repercusiones en el orden patrimonial; y porque, aun tratándose del patrimonio, el que formula el pedido puede tener interés en que se haga el inventario, para decidirse después, inventario que no podrá exigir sin aquella declaración previa. Pero desde el momento en que la declaración de ausencia ha tenido lugar, cualquier acto que ordinariamente comporte aceptación de herencia, la importa también para el sucesor del ausente, quien, de acuerdo con el régimen de la ley 14804, tiene título y calidad de heredero (arts. 28 y sigs.).

1119/221

221. CASO DE DUDA.— En caso de duda sobre si el acto del heredero importa o no aceptación tácita, debe decidirse que no la hay (ver nota 41). Pues la aceptación importa asumir responsabilidades que no pueden hacerse pesar sobre el heredero que no ha puesto de manifiesto una voluntad de comportarse como tal.

1119/222

222. CASO EN QUE NO HAY ACEPTACIÓN, NO OBSTANTE LA NATURALEZA DEL ACTO.— Dispone el artículo 3320 Ver Texto que si el heredero presuntivo ha ejecutado un acto que creía o podía creer que tenía el derecho de ejecutar en otra calidad que en la de heredero, no debe juzgarse que ha aceptado tácitamente la herencia, aunque realmente no haya tenido el derecho de efectuar el acto sino en calidad de heredero. Si, en efecto, el heredero ha creído que podía efectuarlo en otro carácter, su acto no indica una intención de aceptar (ver nota 42).

Es claro que debe tratarse de un error razonable, basado en un fundamento atendible. En la nota respectiva, VÉLEZ dice que el heredero debe tener personalmente una cualidad que le hubiese dado el derecho de disponer de la cosa; así por ejemplo, si toma posesión de un bien que creía pertenecer a la sucesión de la madre, pero que en verdad pertenecía a la del padre, no se juzgará aceptada esta última.

Se discute si también es admisible el error de derecho. Pensamos, frente a los términos del artículo 923 Ver Texto , que éste es siempre inexcusable (ver nota 43). No sería admisible, por ejemplo, que el heredero que corta un bosque de la sucesión dijera que, por error de derecho, creía que podía hacerlo en carácter de simple gestor.

1119/223

223.— Quizá no sea del todo inútil hacer notar que, en este caso, no juega nuestra teoría sobre el error, que según lo hemos dicho repetidamente, se limita a negar que éste pueda ser una causal de nulidad del los actos jurídicos (ver nota 44). Aquí no se trata de un acto jurídico, pues la aceptación tácita de la herencia es un simple acto voluntario lícito al que la ley imputa ciertos efectos (no obstante que ellos pueden no haber sido queridos por el que los llevó a cabo), si se cumplen las condiciones legales. Tampoco hay nulidad, sino que el efecto legal (aceptación) no se opera porque falta una de las condiciones para que ello ocurra, como es la conciencia del sucesor de actuar como heredero. Si, pues, cree poder hacerlo en otro carácter, la ley no le atribuye el efecto de aceptación.

1119/224

224. CASO DE QUE EL ACTO SEA NULO.— A veces la aceptación tácita surge de actos jurídicos, como por ejemplo, la venta de un bien. Supongamos que este acto fuera nulo: ¿habría aceptación?

Algunas hipótesis son claras: tal es el caso de la violencia. Si un heredero ha vendido un inmueble bajo amenaza de muerte, es obvio que tal acto no puede ocasionarle ningún perjuicio, directo ni indirecto. No hay aceptación tácita. Pero la solución es más difícil en otros supuestos, tales como la nulidad por dolo o por defecto de forma. Conviene ilustrar el problema con algún ejemplo. Entre los bienes sucesorios hay un cuadro de Goya, que vale 5 millones de pesos. Un experto, que sabe de su autenticidad, engaña al heredero haciéndole creer que no pasa de ser una buena copia y se lo compra en 5.000 pesos. Comprobado el dolo, la venta se anula. Pero aunque ese acto sea nulo, la verdad es que el heredero se propuso disponer de un bien de la sucesión, actuó como dueño. Lo mismo ocurrirá si el acto ha sido anulado por defecto de forma. ¿Hay aceptación de la herencia? La opinión predominante juzga que sí la hay, puesto que el heredero ha tenido intención de actuar como tal (ver nota 45). Disentimos de este punto de vista, no obstante reconocer la fuerza del argumento. Cuando la ley imputa a ciertos actos del heredero el efecto de la aceptación, no es porque se interese en interpretar su intención (que, dicho sea de paso, la tiene muy sin cuidado), sino porque se propone proteger a los acreedores y legatarios. Lo más que la ley exige, en cuanto al heredero se refiere, es que tenga conciencia de actuar como tal (véase n° 222) pues si ni siquiera mediara ese elemento psicológico, sería por demás injusto atribuirle la responsabilidad de heredero.

Si, pues, el objeto primordial de la norma es proteger a los acreedores y legatarios; y si el único acto que pudiera perjudicarlos (puesto que si hubiera otros, la aceptación surgiría de ellos) es nulo, no se ve qué interés legítimo podrían invocar para reclamar que se tenga por aceptante al heredero. Más justa es todavía la solución si el acto realizado, además de implicar aceptación trae consigo la pérdida del beneficio de inventario.

1119/225

225. EXCESIVO RIGOR DEL CÓDIGO.— Nuestro Código era demasiado riguroso para apreciar la conducta del heredero e imponerle, aun en contra de su voluntad, la aceptación con la responsabilidad ultra vires. Por de pronto, es evidente que muchos de los actos que la implican no son incompatibles con la aceptación beneficiaria, no obstante lo cual la aceptación tácita debía reputarse siempre como pura y simple (art. 3329 Ver Texto), lo que en el sistema del Código suponía responsabilidad ultra vires. Entrar en posesión de los bienes de la herencia, administrarlos, representar la sucesión, cobrar y pagar, son actos permitidos al heredero beneficiario (arts. 3383 Ver Texto , 3388 Ver Texto y 3393 Ver Texto). ¿Por qué, se pregunta FORNIELES, convertirlos en representativos de una aceptación pura y simple? (ver nota 46)

Es justo, sin duda, que los actos de la enajenación lleven implícita la aceptación; pero los actos permitidos al heredero beneficiario no deberían producir otro efecto que la aceptación bajo beneficio de inventario.

Esta es la solución vigente después de la sanción de la ley 17711 ; hoy la aceptación pura y simple, es decir, la mera declaración de que se acepta, supone el beneficio de inventario. El artículo 3329 Ver Texto mantiene su vigencia pero su sentido es precisamente el opuesto al que tenía. El nuevo artículo 3363 Ver Texto aleja toda duda al suponer que toda aceptación de herencia, es decir, tanto la expresa como la tácita, se presume beneficiaria.

3.— Aceptación forzada

1119/226

226. EL ARTÍCULO 3331, CÓDIGO CIVIL.— Este artículo considera aceptante al heredero que, antes de haber aceptado o repudiado la herencia, hubiese ocultado o sustraído algunas cosas hereditarias, habiendo otros coherederos. Se trata de una sanción para el que procede dolosamente en perjuicio de sus coherederos; basta para aplicarla, la existencia de cualquier fraude tendiente a romper la igualdad de la partición, tal como la falsificación, suposición o alteración de documentos tendientes a disminuir el activo hereditario, silenciar una donación a fin de sustraerse a la obligación de colacionar, ocultar la deuda de un heredero a la sucesión, simular una venta a un prestanombre con el propósito de beneficiar ocultamente a uno de los herederos, aunque la simulación se haya hecho con la complicidad del de cujus (ver nota 47).

La pena no se aplicará, por tanto, a quien ha actuado de buena fe, por ejemplo, si omitió la denuncia por olvido, ignorancia, etcétera (ver nota 48).

Para que se produzca el efecto legal es preciso que el ocultamiento o sustracción sea anterior a la renuncia de la herencia. Así lo dispone expresamente nuestro artículo. De modo que si primero ha renunciado y luego comete ese fraude, no se aplica la pena. El hecho quedaría sujeto exclusivamente a la responsabilidad penal. Hubiera sido más justo imponer la aceptación, aun en el caso de que el ocultamiento se produjera después de la renuncia, dado que en este supuesto el dolo es todavía más patente; siempre, claro está, que los herederos que pasan a ocupar su lugar no hubieran aceptado la herencia, ya que esta aceptación convertiría en definitivo el traspaso del acervo sucesorio (ver nota 49).

Es preciso, además, que existan otros coherederos. Aquí innovó VÉLEZ, pues su fuente, el Código francés, no contenía semejante requisito. La innovación ha resultado inafortunada, porque se desampara a los legatarios, los acreedores y aun al Fisco (ver nota 50).

1119/227

227.— La ocultación hecha por un incapaz, con discernimiento, da lugar a la aplicación de la sanción legal. Tratamos el punto en el número 392, al que remitimos.

(nota 1) En este sentido, POLACCO, Sucesiones, ed. Bosch, t. 2, p. 68 y sigs.; MESSINEO, t. 7, § 192, n° 8.

(nota 2) MESSINEO, t. 7, § 192, nº 8; PÉREZ LASALA, t. 1, § 366.

(nota 3) MACHADO, t. 8, p. 390, nota; DEMOLOMBE, t. 13, p. 384; CHABOT, t. 2, art. 381, nº 2.

(nota 4) El art. 782, Código Napoleón, considera a todos los herederos como aceptantes beneficiarios, en caso de divergencias entre ellos sobre si deben aceptar o repudiar la herencia. Esa solución ha sido enérgicamente criticada por la doctrina francesa; con razón, nuestro codificador se apartó de ella.

(nota 5) De acuerdo: FORNIELES, t. 17, nº 82.

(nota 6) C. Civil 1ª Cap., 21/5/1946, L.L., t. 43, p. 59; C. Civil 2ª Cap., 25/3/1936, L.L., t. 2, p. 3.

(nota 7) MAFFÍA, t. 1, nº 208; DE GÁSPERI, t. 1, nº 64; DEMOLOMBE, t. 14, nº 380; AUBRY y RAU, t. 6, § 611 bis; CHABOT, t. 2, art. 778, nº 5; JOSSERAND, t. 3, vol. 2, nº 848; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, t. 3, núms. 2390 y 2391; POLACCO, ed. Bosch, t. 2, p. 99, nota 1; COVIELLO, Successioni, Parte Generale, p. 158.

(nota 8) MACHADO, t. 8, p. 401, nota. Quizá por ello es que los tribunales han exigido alguna vez el “ánimo” de aceptar (C. Civil 1ª Cap., 23/12/1932, J.A., t. 40, p. 457).

(nota 9) CHABOT, t. 2, art. 778, nº 11.

(nota 10) LAFAILLE, t. 1, nº 168; MAFFÍA, t. 1, nº 210, a); PÉREZ LASALA, t. 1, nº 330.

(nota 11) MACHADO, t. 8, p. 405; PÉREZ LASALA, t. 1, nº 330. En contra: LLERENA, t. 6, p. 71.

(nota 12) C. Civil 1ª Cap., 23/12/1932, J.A., t. 40, p. 457.

(nota 13) Véase, sin embargo, la crítica que no juzgamos convincente, de JOSSERAND, t. 3, vol. 2, nº 851.

(nota 14) JOSSERAND, loc. cit. en nota anterior.

(nota 15) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala A, 26/10/1972, E.D., t. 47, p. 260.

(nota 16) Las soluciones que aquí se señalan son universalmente admitidas en derecho comparado; para el derecho francés, véase JOSSERAND, t. 3, vol. 2, n° 851. Para el italiano, MESSINEO, t. 7, p. 244; para el alemán, ENNECCERUS-KIPP, t. 5, vol. 2, p. 306; para el español, anotaciones de ROCA SASTRE a la obra de ENNECCERUS-KIPP, t. 5, vol. 2, p. 310.

(nota 17) LLERENA, t. 6, p. 72; MACHADO, t. 8, p. 407, nota, aunque disiente de la solución; DE GÁSPERI, t. 1, n° 70; LAFAILLE, t. 1, n° 172, quien también critica la solución; en igual sentido: ZANNONI, t. 1, § 222.

(nota 18) C. Civil 2ª Cap., 9/8/1922, G. F., t. 40, p. 200; FORNIELES, t. 1, n° 85; SEGOVIA, t. 2, p. 417, nota 28.

(nota 19) FORNIELES, loc cit. en nota anterior; de acuerdo; MAFFÍA, t. 1, n° 210, e.

(nota 20) De acuerdo: GOYENA COPELLO, t. 3, p. 40.

(nota 21) LLERENA, t. 6, p. 76; MACHADO, t. 8, p. 412, nota.

(nota 22) LLERENA, loc. cit. en nota anterior; MACHADO, t. 8, p. 414, nota.

(nota 23) RÉBORA, t. 1, n° 396; AUBRY y RAU, t. 6, § 611 bis; JOSSERAND, t. 3, vol. 2, n° 850.

(nota 24) C. Civil, 1ª Cap., 27/8/1937, J.A., t. 59, p. 492.

(nota 25) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 1, n° 330.

(nota 26) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 1, n° 330; SEGOVIA, t. 2, p. 418, nota 33. En contra: MACHADO, t. 8, p. 419, nota.

(nota 27) FORNIELES, t. 1, n° 84; LAFAILLE, t. 1, n° 173; ZANNONI, t. 1, § 226; RÉBORA, t. 1, n° 96; JOSSERAND, t. 3, vol. 2, n° 850; AUBRY y RAU, t. 6, n° 611 bis; DEMOLOMBE, t. 14, n° 417, p. 505. En contra: MACHADO, t. 8, p. 415, nota.

(nota 28) C. Civil 1ª Cap., 27/8/1937, J.A., t. 59, p. 492.

- (nota 29) FORNIELES, t. 1, n° 86; LAFAILLE, t. 1, n° 166; ZANNONI, t. 1, § 228; MAFFÍA, t. 1, n° 210; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 330.
- (nota 30) C. Civil 1ª Cap., 23/12/1932, J.A., t. 40, p. 457; FORNIELES, t. 1, n° 86.
- (nota 31) CHABOT, t. 2, art. 778, n° 14, p. 48.
- (nota 32) RÉBORA, t. 1, n° 96; AUBRY y RAU, § 611 bis.
- (nota 33) Autores y loc. citados en nota anterior.
- (nota 34) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 1, n° 330.
- (nota 35) FURGOLE y LACOMBE, cit. por DEMOLOMBE, t. 14, n° 461.
- (nota 36) CHABOT, art. 778, n° 27; DURANTON, t. 6, n° 399; entre nosotros participa de esta opinión MACHADO, t. 8, p. 425, nota.
- (nota 37) DEMOLOMBE, t. 14, n° 461; AUBRY y RAU, t. 6, § 611 bis y nota 36; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1146. Véase fallo coincidente de la C. Civil 1ª Cap., 20/4/1932, J.A., t. 37, p. 1362.
- (nota 38) Esta conclusión es aceptada unánimemente por todos los autores citados en las dos notas anterior. En contra, sosteniendo que el otorgamiento del poder para aceptar importa aceptación de la herencia: C. Civil Cap., Sala C, 6/6/1991, L.L., fallo n° 90.834; C. Civil 1ª Cap., 20/4/1932, J.A., t. 37, p. 1362.
- (nota 39) De acuerdo en distinguir estas tres situaciones y en las soluciones que propugnamos: ZANNONI, t. 1, § 227.
- (nota 40) De acuerdo con los ejemplos anteriores: AUBRY y RAU, t. 6, § 611 bis, y RÉBORA, t. 1, n° 96. La enumeración de los autores franceses incluye varios casos más que RÉBORA acepta sin advertir que nuestro Código es más severo que el francés en lo que atañe a inferir la aceptación de los actos del heredero.
- (nota 41) C. Civil 2ª Cap., 11/9/1940, J.A., t. 71, p. 810; FORNIELES, t. 1, n° 88 bis; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 176, y n° 391.
- (nota 42) En este sentido, véase CHABOT, t. 2, art. 778 Ver Texto , n° 9, fuente de nuestro artículo, a quien VÉLEZ transcribió casi literalmente.

(nota 43) De acuerdo: LLERENA, t. 6, p. 69; LAFAILLE, t. 1, n° 162; MAFFÍA, t. 1, n° 211. Porque se admite también el error de derecho: SEGOVIA, t. 2, p. 417, nota 27; MACHADO, t. 8, p. 409, nota; RÉBORA, t. 1, n° 96, p. 169, nota 3.

(nota 44) Véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 1130 y sigs. y BORDA, Error de hecho y de derecho, 2ª ed., Buenos Aires, 1953.

(nota 45) Los autores que a continuación citamos en apoyo de esta opinión, se refieren a la hipótesis de nulidad por defecto de forma, pero es obvio que su solución debe extenderse a la hipótesis de dolo, que indicamos en el texto: BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1164; DEMOLOMBE, t. 14, n° 465; MARCADÉ, t. 3, art. 780, n° 208; DE GÁSPERI, t. 1, n° 84; ZANNONI, t. 1, § 248; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 334 (autor este último que se refiere concretamente a la hipótesis de dolo). Comp. GOYENA COPELLO, t. 3, p. 47.

(nota 46) FORNIELES, t. 1, n° 88.

(nota 47) Estos ejemplos han sido tomados de la jurisprudencia francesa; puede compulsarse la citada por PLANIOL-RIPERT, t. 4, n° 294 y COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1052. De acuerdo: GOYENA COPELLO, t. 3, p. 49.

(nota 48) De acuerdo: PLANIOL-RIPERT, t. 4, n° 293; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1053; DEMOLOMBE, t. 14, n° 474.

(nota 49) PLANIOL-RIPERT, t. 4, n° 293, 3; DEMOLOMBE, t. 14, n° 489; CHABOT, t. 2, art. 792, n° 3; MASSÉ y VERGÉ en ZACHARIAE, t. 2, p. 317, nota 26.

(nota 50) Así lo sostiene LAFAILLE, t. 1, n° 175; FORNIELES, t. 1, n° 89; DE GÁSPERI, t. 1, n° 80; ZANNONI sostiene que los acreedores del causante también están amparados por la norma: t. 1, § 230.

1119/10570

§ 5.— Efectos de la aceptación

1119/228

228. OBSERVACIÓN PREVIA.— Al hablar de los efectos de la aceptación, conviene recordar que estamos tratando hasta aquí la que no tiene carácter beneficiario. Después de la reforma de la ley 17711, ella se reduce a los casos de pérdida del beneficio (arts. 3363 Ver Texto y 3366 Ver Texto, Cód. Civil) o al muy improbable supuesto de que al aceptar se renuncie expresamente al beneficio de inventario.

1119/10580

A.— ENUMERACIÓN

1119/229

229. ENUMERACIÓN DE LOS EFECTOS LEGALES.— La aceptación no beneficiaria tiene los siguientes efectos:

a) Irrevocabilidad. El efecto característico de la aceptación es convertir en irrevocable la calidad de heredero; en adelante, ya no se podrá renunciar la herencia ni acogerse al beneficio de inventario (art. 3341 Ver Texto , Cód. Civil). Esta solución responde a un principio tradicional, impuesto en interés de los acreedores y legatarios y de la estabilidad de los trasposos hereditarios. Confluyen así distintos y respetable intereses en fijar de una manera clara y definitiva la titularidad de los derechos hereditarios (ver nota 1).

1119/230

230. b) Retroactividad.— Los efectos de la aceptación se remontan al día de la apertura de la sucesión, a partir de cuyo momento queda adquirida la herencia (arts. 3341 Ver Texto y 3344 Ver Texto). En rigor, éste no es un efecto de la aceptación, sino del principio según el cual los derechos sucesorios se transmiten de pleno derecho en el instante mismo del fallecimiento. La aceptación no hace sino consolidar esa situación. Por tanto, desde aquel momento aprovechan al heredero los acrecimientos de los bienes, y correlativamente, soporta sus pérdidas; le pertenecen los frutos, productos y rentas; toma la sucesión entera, tal como estaba el día que se abrió, con sus cargas y beneficios; aprovecha las renunciaciones que hubieren hecho sus coherederos desde el día de la apertura de la sucesión; se beneficia de las prescripciones que han corrido en favor de la sucesión en el intervalo entre la apertura y la aceptación y soporta las que han corrido contra ella (nota al art. 3341 Ver Texto).

Finalmente, cabe advertir que si el aceptante ha sido llamado a la sucesión en lugar de un heredero más próximo que ha renunciado, el efecto de la aceptación remonta siempre al momento de la apertura de la sucesión y no al de la renuncia del anterior (art. 3341 Ver Texto y nota). En efecto, éste último se juzga como si nunca hubiera sido heredero.

1119/231

231. c) Confusión de patrimonios.— Según el artículo 3342 Ver Texto , la aceptación de la herencia causa definitivamente la confusión de la herencia con el patrimonio del heredero; y trae la extinción de sus deudas o créditos en favor o en contra del difunto, y la extinción también de los derechos reales con que estaban gravados sus bienes a favor del difunto, o

que le competían sobre sus bienes. Empero, la confusión no se operará si la aceptación goza del beneficio de inventario o si los acreedores piden separación de patrimonios.

El texto usa la palabra definitivamente. Con ello quiere significar que la confusión de patrimonios es una consecuencia de la transmisión hereditaria, operada ya en el instante de la muerte; y que la aceptación le confiere carácter definitivo. Ello no significa, sin embargo, que la confusión no pueda cesar, lo que en efecto ocurre en diversos supuestos: si los acreedores de la herencia piden separación de patrimonios, si el heredero ha sido declarado indigno, si se presenta otro con mejor derecho, si la aceptación es anulada o revocada (ver nota 2). En tales casos se aplicará la regla general del artículo 867 Ver Texto .

1119/232

232. d) Responsabilidad ultra vires.— Otro efecto característico de la aceptación no beneficiaria, es la responsabilidad ultra vires: el heredero debe responder con sus propios bienes a las deudas del causante, si el patrimonio dejado por éste no alcanzara a cubrirlas. La importancia del tema exige un desarrollo cuidadoso, que haremos en los números siguientes.

1119/10590

B.— LA RESPONSABILIDAD ULTRA VIRES (ver nota 3)

1119/233

233. LA CUESTIÓN.—La responsabilidad ultra vires que estaba dispuesta por el artículo 3343 Ver Texto ha dado lugar a una larga controversia; todavía hoy tiene sus partidarios, pero ha sido objeto de críticas demoledoras, y limitada en sus alcances de modo fundamental por la ley 17711 , pues hoy toda herencia se presume aceptada bajo beneficio de inventario (art. 3363 Ver Texto). Después de esta ley su campo de aplicación ha quedado reducido a los casos de pérdida del beneficio o al supuesto de que al aceptar se haga renuncia del beneficio.

El principio clásico según el cual el heredero debe, como regla, responder con sus propios bienes por las deudas del causante, tiene su raíz en la idea de la continuación de la persona. Hemos hecho en otro lugar la crítica de esta concepción, que obedece a ideas religiosas y sociales perimidas. La continuación de la persona es un anacronismo y carece de sentido, dice JOSSERAND (ver nota 4). Tan evidente es todo esto, que los defensores de la responsabilidad ultra vires han apelado a otros argumentos:

a) Desde el punto de vista moral, se sostiene, está bien que el heredero asuma los compromisos y deudas del difunto; y para los casos en que esta solución resulte demasiado gravosa y perjudicial, ahí está el beneficio del inventario.

b) Desde el punto de vista práctico, es el mejor medio de conciliar el interés del heredero con el de los acreedores. Generalmente el heredero tiene interés en entrar a manejar los bienes sin tener que soportar la injerencia de los acreedores. Evita gastos, demoras, autorizaciones. Se mueve con libertad. Gobernará lo suyo sin restricciones (ver nota 5). Es claro que si obra de esta manera, debe responder ante los acreedores del causante, inclusive con sus propios bienes, puesto que ha confundido los patrimonios, ha vendido, etcétera. Si él desea limitar su responsabilidad, debe aislar estos bienes recibidos del causante, inventariarlos, liquidar el pasivo y recién disponer de ellos como propios.

1119/234

234. CRÍTICA.— La responsabilidad ultra vires tiene su raíz, ya lo dijimos, en un principio anacrónico y falso, como es el de la continuación de la persona. En Roma desempeñó el importante papel de explicar cómo las deudas podían transmitirse a los herederos. Pero hoy podemos brindar una explicación más práctica y realista. El heredero no es un sucesor en la persona, sino en los bienes. Es un liquidador del patrimonio del difunto. Puesto que las deudas gravan el patrimonio (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 733), el heredero debe pagar con los bienes recibidos las deudas del difunto; si ellos sobran, el remanente será del heredero; si no alcanzan, los acreedores no podrán reclamar de nadie el saldo impago. (Para mayores desarrollos, véase n° 13).

Este sistema brinda una solución clara, simple y justa del problema. Porque ya no puede discutirse seriamente que, como regla jurídica, la responsabilidad ilimitada del heredero es muy injusta. ¿Por qué hacer recaer sobre él compromisos que no contrajo? ¿Por qué hacer pesar sobre los hijos y sobre su familia la carga de las deudas contraídas por un padre desordenado, pródigo o quizá deshonesto? Es verdad que siempre cabrá el remedio de la aceptación beneficiaria, pero ello no quita que el principio sea, en sí, esencialmente injusto.

Y si se mira el problema del punto de vista de los acreedores, es evidente que cuando ellos contrataron con el causante tuvieron en cuenta su solvencia y no la del heredero.

1119/235

235.— Quedan por examinar los argumentos esgrimidos en favor del sistema tradicional. El fundado en la obligación moral del heredero no resiste el análisis. Sin duda en algunos casos los herederos, particularmente los hijos, sienten la responsabilidad moral de afrontar las deudas del causante. Pero no siempre es así. Nadie se siente, por ejemplo, en el deber moral de pagar deudas nacidas de la usura o de un accidente de tránsito, en que la culpa es muchas veces más que discutible. Por lo demás, si pagar las deudas de otro fuera un deber moral tan elemental como para que la ley lo consagre obligatoriamente, ¿cómo se explica que ella misma brinde los medios para burlarlo mediante el beneficio de inventario? ¿Cómo se explica que la ley imponga la aceptación beneficiaria a los menores, los incapaces, si la juzga inmoral? La idea de la solidaridad familiar es hoy más débil que antaño; sólo en casos excepcionales, algunos espíritus pundonorosos sienten el deber moral de afrontar personalmente las deudas del causante. Pero la ley no puede atribuir a esa conducta carácter obligatorio.

Mucho más realista es el argumento derivado del interés de los herederos y de los acreedores. Sin duda ocurrirá muchas veces que el heredero tendrá interés en actuar como dueño, sin dilación alguna, aun a riesgo de comprometer su eventual responsabilidad personal. Pero, para admitir la responsabilidad ilimitada en esta hipótesis, no es preciso establecerla como regla. Por el contrario, el principio debe ser la limitación de la responsabilidad al patrimonio recibido del causante; sin perjuicio de que, si el heredero confunde, en la práctica, ambos patrimonios, si dispone de los bienes heredados como propios, si, en una palabra, pone en peligro la garantía que para los acreedores constituyen los bienes hereditarios, entonces, a modo de sanción y en defensa de éstos, la ley le imponga la responsabilidad ilimitada.

1119/236

236. EL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL.— La responsabilidad ilimitada estaba expresamente sancionada por el artículo 3343 Ver Texto . Pero no sólo el principio es en sí mismo injusto; la situación se agravaba en nuestro régimen legal por la deficiente reglamentación del beneficio de inventario, en particular por la brevedad angustiosa de los plazos para hacerlo valer, y por el rigor con que la ley interpreta numerosos actos del heredero, atribuyéndoles el significado de una aceptación pura y simple. Con razón ha podido decir FORNIELES que nuestro sistema legal era una verdadera emboscada para los herederos (ver nota 6).

Pero todavía hay algo más. El artículo 3343 Ver Texto no sólo imponía la responsabilidad ultra vires por el pago de las deudas del causante, sino también por el de los legados que él hubiera hecho. Esta solución es de todo punto de vista inadmisibles. Se concibe —aunque con bastante dificultad— que el heredero sea obligado a pagar las deudas del causante; pero una cosa muy distinta es pagar sus generosidades (ver nota 7). Y la disposición resultaba tanto más inexplicable cuanto que no se aplica al heredero legitimario. En efecto, de acuerdo con el artículo 3591 Ver Texto son sin valor las disposiciones testamentarias que afecten la legítima. Vale decir, que el heredero forzoso, no sólo no está obligado a pagar los legados con sus bienes propios, sino tampoco con su legítima. En cambio, el heredero más lejano, el que menos obligación moral tiene de cumplir con la promesa del causante, debía hacerlo con sus bienes personales.

1119/237

237. LEGISLACIÓN COMPARADA.— En la legislación comparada predomina todavía el principio de la responsabilidad ilimitada, mantenido más que todo por una razón de tradición jurídica. Pero en la legislación moderna se nota una fuerte reacción contra él. Los códigos de Brasil (art. 1587), México (art. 1678), Costa Rica (art. 535), Perú (art. 661) y Rusia (art. 434) han establecido la limitación de la responsabilidad. Es también la solución del common law.

En Alemania los redactores del Código se encontraron ante dos precedentes venerables: el sistema romano, que establecía la responsabilidad ilimitada, y el germánico, que la limitaba

al acervo sucesorio; se buscó entonces la conciliación de ambos. El resultado fue un sistema extraordinariamente complicado, según dice KIPP (ver nota 8); a punto tal que aún hoy se discute si se ha establecido el principio de la responsabilidad limitada o ilimitada (ver nota 9). Los artículos 1993 y siguientes, parecen indicar que el principio general es el de la limitación, puesto que el heredero sólo responde ultra vires si omite hacer el inventario en el plazo que se le ha fijado judicialmente a pedido de los acreedores (art. 1994) o si ha omitido intencionalmente hacer figurar en él una parte importante de los bienes sucesorios, o si admite como carga de la sucesión una obligación inexistente (art. 2004). Pero, de todos modos, cualquiera sea el principio, lo cierto es que la ley limita en muchos casos la responsabilidad, o bien brinda al heredero distintas oportunidades y medios de hacerlo (ver nota 10).

1119/238

238. PROYECTOS DE REFORMAS.— Tanto en el Anteproyecto de Bibiloni (art. 2950) como en el Proyecto de 1936 (art. 1867) se mantenía el principio de la responsabilidad ultra vires. Esta insistencia en un sistema anacrónico motivó las justas críticas de nuestros tratadistas (ver nota 11). Cabe señalar también que, en los Congresos de Derecho Civil reunidos en Córdoba en 1927 y 1937, se aprobó por unanimidad la limitación de la responsabilidad.

1119/11720

238 bis. LA LEY 17711.— La ley 17711 concluyó con el injusto sistema del Código. Se adopta en ella el sistema contrario: toda aceptación se presume hecha bajo beneficio de inventario, cualquiera sea el tiempo en que se haga. Pero el beneficio se pierde si el heredero incurre en actos que le están prohibidos al heredero beneficiario (art. 3363 Ver Texto) o si no hace el inventario en el plazo del artículo 3366 Ver Texto . Estas normas derogan en cuanto se le opone el artículo 3343 Ver Texto , que afirma el principio de la responsabilidad ultra vires.

1119/10600

§ 6.— Nulidad

1119/239

239. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES.— Siendo la aceptación expresa un acto jurídico, va de suyo que deben aplicarse los principios generales relativos a la nulidad de ellos, en todo lo que no estén modificados en este título. Las modificaciones esenciales a las reglas generales son dos: supresión del error como causa de nulidad y admisión de una causa peculiar de revocación, la del artículo 3338 Ver Texto (véase nº 250). Será, pues, inválido el acto si se han omitido las formas legales (instrumento público o privado, art. 3319 Ver Texto), si no se ha cumplido con las condiciones prescriptas para

suplir la incapacidad del heredero (art. 3335 Ver Texto), si está viciado por dolo, violencia, etcétera.

Algo más compleja es la aplicación de estos principios a la aceptación tácita. Supongamos que el heredero realice un acto de disposición de bienes, nulo por defecto de forma; ¿también debe reputarse nula la aceptación de la herencia implícita en ese acto? (hemos tratado el punto en el nº 224). Similares problemas se presentan en caso de dolo (véase número citado). Volveremos sobre ellos más adelante (nº 247).

1119/240

240.— El artículo 3335 Ver Texto tiene una redacción no muy feliz. Dice que la nulidad de la aceptación, sea pura y simple, sea bajo beneficio de inventario, no puede ser demandada, y no debe pronunciarse sino cuando ha tenido lugar sin la observancia de las formas, o sin el cumplimiento de las condiciones prescriptas para suplir la incapacidad del heredero a cuyo nombre es aceptada la herencia. Parecería que no se admiten otras causales que estas dos, pero los tres artículos siguientes admiten el dolo, la violencia y el perjuicio resultante del descubrimiento de un testamento posterior. No obstante, es muy claro el significado de la norma: quiere expresar que, salvo las causales de nulidad previstas en este Título, no se admitirá ninguna otra. Especialmente, ha querido dejarse sentado que no podrá invocarse el error.

1119/241

241. CONDICIÓN GENERAL PARA QUE LA NULIDAD PUEDA SER DECLARADA.— Para que la nulidad de la aceptación pueda ser declarada es preciso, en principio, que después del acto nulo no se haya realizado ningún otro que implique aceptación tácita, pues en tal caso ésta opera retroactivamente y la declaración de nulidad perdería interés. Tal ocurriría si después de cesada la violencia que me obligó a aceptar, vendo un bien del sucesorio (ver nota 12). Empero, hay que dejar a salvo dos hipótesis: la del dolo y la de revocación en virtud de lo dispuesto en el artículo 3338 Ver Texto . Si, en efecto, yo he aceptado engañado sobre el valor de los bienes por quienes tenían interés en mi aceptación, y luego, sin haber cesado el error a que he sido inducido, vendo el bien, se mantiene mi derecho a reclamar la nulidad de la aceptación, ya que mi segundo acto no es sino una consecuencia del dolo. Lo mismo ocurre en el caso del descubrimiento de un testamento (véase nº 250).

1119/10610

A.— VICIOS DE LA ACEPTACIÓN

1119/242

242. ERROR.— El Código no admite el error como causal de nulidad de la aceptación (arts. 3335 Ver Texto y sigs.). En efecto, a las decisivas razones que a nuestro juicio existen para negar que el error sea motivo suficiente para anular cualquier acto jurídico (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 1130 y sigs.), se unen aquí otras particularidades relevantes y evidentes.

Desde luego, cuando alguien acepta sin beneficio de inventario (sea porque así lo ha manifestado al aceptar, sea porque incurre en la pérdida del beneficio) es porque cree que le conviene, cree que el activo supera al pasivo; y cuando desea dejar sin efecto la aceptación, es porque ha comprobado que la realidad es otra, que el pasivo es en verdad superior al activo. ¿Cuántas veces ese error será excusable? Por ejemplo, cuando aparece una deuda que no se conocía; cuando el principal bien del sucesorio es reivindicado por un tercero. Pero si tales y muchos otros motivos pudieran invocarse como causal de nulidad, quedarían en una incertidumbre inadmisibles los traspasos hereditarios.

Por lo demás, el problema ha dejado de tener verdadera importancia desde que la ley presume la aceptación beneficiaria. Esta constituirá suficiente protección para el heredero que ignora el monto de las deudas que gravan el activo sucesorio, a no ser que incurra en actos que le acarreen la pérdida del beneficio.

1119/243

243.— No es extraño, pues, que salvo escasas excepciones (ver nota 13), sea general en la legislación comparada el rechazo del error como motivo de nulidad de la aceptación (Cód. Civil italiano, art. 482; francés, art. 783; mexicano, art. 1670; venezolano, art. 1010; portugués, art. 2036; colombiano, art. 1291; chileno, art. 1237) y que en nuestros proyectos de reformas se haya propugnado igual solución (Anteproyecto, art. 2935, inc. 2º; Proyecto de 1936, art. 1837, inc. 2º), admitiéndose tan sólo el error sobre la causa, lo que era innecesario decirlo, pues en tal caso la nulidad se fundará en la falta de causa (ver nota 14).

1119/244

244.— Empero, no ha faltado quien sostenga entre nosotros que deben aplicarse también en esta hipótesis las normas generales de los artículos 924 Ver Texto y siguientes, relativos a la influencia del error de hecho sobre los actos jurídicos (ver nota 15). Tal opinión nos parece desde todo punto de vista inadmisibles: a) porque contraría el texto y el sentido claro del artículo 3335 Ver Texto ; b) porque las fuentes del artículo resuelven expresamente la cuestión en el sentido de excluir el error (ver nota 16); c) porque es la única solución coherente con el sistema de protección de los terceros y los legatarios; d) porque es el único sistema razonable, como que por ello se ha impuesto en la legislación comparada.

1119/245

245.— No obstante la exclusión legal del error, es muy generalizada la opinión de que debe aceptárselo cuando ha recaído sobre la identidad de la sucesión (ver nota 17): creo aceptar la

herencia de Pedro, pero acepto la de Diego. La hipótesis es inconcebible, a menos que el aceptante haya incurrido en un error de expresión o “de pluma”; y es bien sabido que este error no da lugar a la nulidad sino a la rectificación de la declaración de voluntad (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 1137). RÉBORA brinda una variante: mueren el padre y luego el hijo, antes de que éste haya hecho uso del derecho de opción; el nieto da poder para aceptar la herencia del segundo, no la del primero, pero el mandatario, confundido por los nombres, que se suponen iguales, acepta la del abuelo (ver nota 18). Es de toda evidencia que aquí la nulidad se fundará, no en el error del mandatario, sino en que no tenía poder para aceptar esta herencia; todo el problema se reducirá a poner en claro el alcance del mandato. Por último, algunos autores citan el caso de que se haya aceptado una herencia aún no deferida (ver nota 19). Naturalmente que aquí hay nulidad, pero no por error, sino por aplicación del artículo 3311 Ver Texto .

Todas estas hipótesis, admitidas sin mayor análisis por ilustrados juristas, no son sino una prueba más de la bruma que envuelve hasta hoy toda la teoría del error.

1119/246

246.— Sobre el error del heredero respecto de su título para realizar actos que importan aceptación tácita, véase número 222.

1119/247

247. DOLO.— Puede demandarse la nulidad de la aceptación, cuando ella ha sido consecuencia del dolo de uno de los coherederos, o de un acreedor de la herencia, o de un tercero (art. 3336 Ver Texto).

Son de estricta aplicación a esta hipótesis los principios generales de los artículos 931 y siguientes, acerca del concepto, requisitos y efectos del dolo.

1119/248

248.— El supuesto de aceptación tácita ofrece delicadas cuestiones. Supongamos que un acto ha sido anulado por dolo recaído sobre la conveniencia del acto en sí mismo: vendo un cuadro de Rafael, engañado por el comprador que con pleno conocimiento de su autenticidad me hace creer que es una copia. La venta es nula, pero mi intención de realizar un acto que implicaba aceptación tácita no es discutible. ¿Es nula la aceptación? La cuestión es dudosa; empero, nos inclinamos en el sentido de la invalidez. Hemos tratado el punto en el número 224, al que remitimos.

Pero si la cuestión es dudosa cuando el dolo recae sobre la conveniencia del acto en sí mismo, no lo es cuando recae sobre la conveniencia de la aceptación de la herencia. Interesado en adquirir un bien de la sucesión insolvente y sabiendo que el heredero no querrá venderlo (pues tal acto puede comportar aceptación con pérdida del beneficio, art.

3406 Ver Texto), lo engaño sobre el activo, que presento como abultado y conveniente. La aceptación tácita, indiscutiblemente, será nula.

1119/249

249. VIOLENCIA.— Igualmente puede demandarse la nulidad cuando ha sido el resultado de miedo o violencia ejercida sobre el aceptante (art. 3337 Ver Texto). También en esta hipótesis son de aplicación los principios generales de los artículos 936 y siguientes.

1119/250

250. EL CASO DEL ARTÍCULO 3338.— Adoptando una disposición, sin duda razonable, del Código Napoleón (art. 783), Vélez dispuso en el artículo 3338 Ver Texto : Puede igualmente demandarse la nulidad de la aceptación, cuando la herencia se encuentra disminuida en más de la mitad por las disposiciones de un testamento desconocido al tiempo de la aceptación. La disposición es justa, pues el testamento descubierto posteriormente introduce un nuevo factor, imprevisible para el heredero, que puede alterar sustancialmente las bases sobre las que dio su aceptación. Obligarlo, a pesar de todo, a cargar con una sucesión onerosa, sería una solución extremadamente rigurosa e injusta. Advertimos que la disposición era particularmente importante en el régimen del Código Civil en que el principio era la responsabilidad ultra vires; pero no por haberse alterado esta regla, deja de tener interés. Lo tiene en el caso de haberse perdido el beneficio por la realización de actos prohibidos.

¿Cuál es el fundamento y naturaleza de esta nulidad? Se han sostenido sobre el punto distintas opiniones:

a) La doctrina francesa, siguiendo el texto del Código Napoleón (art. 783), la considera un caso de lesión enorme. Pero eso nos parece confundir lesión con perjuicio. Según se la concibe en la doctrina moderna, la lesión implica un contrato oneroso; supone que una de las partes, prevaliéndose de la ignorancia, la inexperiencia o las necesidades de la otra, ha obtenido ventajas excesivas, destruyendo la equidad que debe reinar en las convenciones (art. 954). No hay, pues, lesión en el caso del artículo 3338 Ver Texto (ver nota 20).

b) Otros autores consideran que la nulidad se funda en el error (ver nota 21). Tampoco puede admitirse este punto de vista. Pues si el error fuera el fundamento de la nulidad, debería admitirse también todo otro que fuera excusable y que originara un perjuicio similar (por ej., la aparición de deudas que se desconocían); pero la ley sólo lo admite ante el descubrimiento de un nuevo testamento.

c) Pensamos que la invalidez se funda en un principio derivado de un hecho inimputable al heredero. Estrictamente, no habría a nuestro entender, una nulidad propiamente dicha, sino más exactamente una revocación del acto por el interesado. Pues el descubrimiento de un testamento posterior no es un hecho concomitante con el acto, como lo requiere la nulidad (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, nº 1235). No se trata de un acto herido

ab initio de un vicio de invalidez, sino que se otorga al interesado la posibilidad de dejar sin efecto la aceptación, es decir, revocarla en virtud de un acontecimiento sobreviniente.

1119/251

251.— Las condiciones que hacen posible la revocación son las siguientes: a) descubrimiento de un testamento desconocido al tiempo de la aceptación; b) que, como resultado de las disposiciones contenidas en él, la herencia se encuentre disminuida en más de la mitad. Pero, cabe preguntarse: cuando la ley habla de la disminución de la herencia, ¿se refiere al activo bruto o al líquido? La cuestión se ha discutido en la doctrina francesa (ver nota 22). Con mejor criterio, los autores argentinos se inclinan uniformemente en el sentido de que debe considerarse la disminución del activo líquido (ver nota 23). El propósito de la ley es evitar al heredero un grave perjuicio en razón de un hecho que le es inimputable; ahora bien, ese propósito sólo puede lograrse tomando en cuenta el activo líquido, como lo demuestra el siguiente ejemplo. Una persona fallece dejando un activo de \$1.000.000 y un pasivo de \$800.000; el heredero acepta y confunde deliberadamente ambos patrimonios, perdiendo el beneficio. Posteriormente se descubre un testamento por el cual se deja a un tercero un legado de \$400.000. Si se aplica el criterio de considerar el activo bruto, el heredero no podrá ya revocar su aceptación y deberá afrontar el peso del legado y las deudas, lo que es notoriamente injusto y contrario al espíritu de la norma.

1119/252

252.— Son revocables por esta causa tanto la aceptación expresa como la tácita (ver nota 24); sea o no aceptación beneficiaria (ver nota 25). Pero no puede revocarse la aceptación forzada (ver nota 26), puesto que ésta es una sanción que la ley le impone al heredero en razón de su conducta dolosa y con abstracción del perjuicio que puede originarle la aceptación.

Estos principios, admitidos ya durante la vigencia del Código, mantienen su actualidad a pesar de que hoy la herencia se presume beneficiaria, porque la administración de una herencia cargada de deudas supone a veces una pesada tarea que quizás el heredero no tenga interés ni posibilidad de atender, particularmente cuando de ella no ha de sacar ningún beneficio.

1119/10620

B.— QUIENES PUEDEN PEDIR LA NULIDAD

1119/253

253. PERSONAS INTERESADAS.— La nulidad, en caso de defecto de forma, falta de representación suficiente, dolo o violencia y la revocación por descubrimiento de un

testamento, puede ser pedida por el propio aceptante y por sus acreedores (art. 3339 Ver Texto). Aunque la ley no lo dice, es obvio que también pueden hacerlo los sucesores universales del aceptante. En cambio, predomina entre nosotros el criterio de que los cesionarios de la herencia no tienen la acción (ver nota 27).

En cuanto a los acreedores, ellos actuarán por vía de la acción subrogatoria (ver nota 28), sin perjuicio de la acción de fraude que les abre el artículo 3340 Ver Texto (véase nº 258). Cabe preguntarse si los acreedores cuyos créditos han tenido origen con posterioridad a la aceptación, pueden ejercerla. La afirmativa se impone, puesto que la acción subrogatoria se concede a todos los acreedores, cualquiera sea la fecha de su crédito (ver nota 29).

En verdad, pudo el Código haber prescindido de este precepto; bastaba con la aplicación de los principios generales sobre nulidad, respecto de los cuales el artículo 3339 Ver Texto no ha introducido ninguna novedad.

1119/10630

C.— EFECTOS DE LA NULIDAD

1119/254

254. PRINCIPIOS Y APLICACIONES.— La consecuencia de la nulidad de la aceptación es volver las cosas al estado en que se encontraban antes que ella hubiera tenido lugar (art. 1050 Ver Texto , Cód. Civil). En consecuencia, el heredero se hallará en condiciones de hacer esta triple opción: aceptar con o sin beneficio de inventario y renunciar. Ninguna dificultad ha originado en la doctrina, tanto la posibilidad de renunciar, como la de aceptar bajo beneficio de inventario (ver nota 30).

1119/255

255.— Hasta aquí nos hemos colocado en el supuesto de que el heredero no haya realizado como tal otro acto que la aceptación. Entonces la posibilidad de opción a que hemos aludido en el número anterior no ofrece dificultades. Pero lo común será que el aceptante haya realizado luego otros actos, tales como administrar o disponer de los bienes hereditarios. El problema se hace entonces sumamente complejo y requiere una discriminación prolija de las distintas hipótesis.

1119/256

256. a) Supuesto de renuncia posterior.— Esta es, sin duda, la hipótesis más probable, puesto que si se pide la nulidad de la aceptación es porque la herencia no conviene. ¿Cuáles serán los efectos de la renuncia?

1) En primer término, cesa la confusión de patrimonios entre la sucesión y el heredero (si es que ella se ha producido con motivo de una aceptación no beneficiaria); y, como consecuencia, renacen los créditos y deudas recíprocos (art. 867 Ver Texto , Cód. Civil).

2) El renunciante debe restituir todos los bienes del acervo sucesorio, incluso los frutos y productos percibidos mientras estuvo en posesión de los bienes. En efecto, si la anulación ha sido pedida por él, no puede pretender a la vez repudiar la herencia y quedarse con los frutos; y si la pide un tercero, como el acto de renuncia importa adherir a la nulidad, beneficiarse con ella, el heredero se encuentra en igual situación que si hubiera pedido él la declaración de invalidez (ver nota 31).

3) El renunciante queda sustraído a las deudas de la herencia.

4) Si el heredero hubiera pagado con bienes propios una deuda de sucesión, tiene dos acciones: a) contra el tercero, por repetición del pago de lo que no se debe (ver nota 32) (art. 784 Ver Texto , Cód. Civil); b) contra los actuales herederos, pues puede subrogarse en los derechos del acreedor originario, de acuerdo con las reglas del pago por otro (art. 768 Ver Texto , inc. 3°).

5) Los contratos celebrados con terceros (con excepción de los que se refieren a la administración de los bienes) son nulos (ver nota 33); tal, por ejemplo, un compromiso de compraventa, un contrato para levantar un edificio en un inmueble de la sucesión, etcétera; queda a salvo la acción de daños y perjuicios que debe reconocerse al tercero contra el renunciante.

6) Los actos de administración son válidos y deben ser respetados por los herederos que suceden al renunciante, pues son de aplicación al caso las normas sobre heredero aparente (ver nota 34) (art. 3429 Ver Texto).

7) Las enajenaciones a título oneroso son válidas, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 3430 Ver Texto respecto del heredero aparente (ver nota 35). Se produce entonces una subrogación real: el precio obtenido pasa a formar parte del acervo sucesorio, en sustitución del bien que egresó.

En cambio, las enajenaciones a título gratuito quedan anuladas (art. 3430 Ver Texto) y el tercero debe reintegrar la cosa donada. Cabe preguntarse qué ocurre si el donatario hubiera, a su vez, enajenado o perdido la cosa y fuera insolvente. Pensamos que, en ese caso, el heredero debe responder con sus propios bienes, pues no sería justo autorizarlo a desligarse de la sucesión sin responder por los perjuicios que le ha causado con su liberalidad.

Bien entendido sin embargo, que si estos actos significan de por sí aceptación tácita, y la pérdida simultánea del beneficio, la renuncia no será ya posible. Pero puede ocurrir que no envuelvan esa consecuencia. Así, por ejemplo, si el heredero ha aceptado inducido por el

dolo de un tercero y bajo la influencia del mismo engaño ha llevado a cabo el acto de enajenación.

1119/257

257. b) Supuesto de pérdida del beneficio de inventario.— Si antes de reclamar la nulidad o la revocación, el heredero ha realizado algún acto que supone la pérdida del beneficio y que además es irrevocable, su situación es la de aceptante no beneficiario. Sólo en caso de que este acto ulterior sea también anulable, podrá conservar el beneficio (ver nota 36).

1119/10640

D.— ACCIÓN REVOCATORIA DE LOS ACREEDORES

1119/258

258. EL ARTÍCULO 3340.— En nuestro sistema legal, el heredero está protegido contra el peligro de la aceptación de una sucesión insolvente mediante el beneficio de inventario; a su vez, los acreedores del difunto pueden pedir la separación de patrimonios si temieran la insolvencia del heredero. Pero los acreedores del heredero no tienen medio para impedir que su deudor acepte una herencia insolvente, renunciando al propio tiempo al beneficio de inventario, no obstante el perjuicio irreparable que ese acto puede ocasionarles. Ello se debe a que el legislador ha considerado que la aceptación no beneficiaria de una herencia insolvente es un acto honorable, inspirado en un sentimiento de piedad y respeto hacia el difunto. Los acreedores del heredero no pueden impedirlo, a menos que prueben una connivencia fraudulenta entre el heredero y los acreedores de la sucesión (art. 3340 Ver Texto).

Pero, como bien dice FORNIELES, esta acción de fraude es ilusoria, no sólo por la dificultad de la prueba, sino porque el heredero no cometerá nunca la ingenuidad de complotarse con los acreedores del difunto para una aceptación que está en condiciones de llevar a cabo por sí solo y libremente (ver nota 37).

1119/259

259.— De acuerdo con nuestro artículo, la acción requiere las siguientes condiciones: a) que la herencia sea evidentemente mala, es decir, que el pasivo supere al activo; b) que medie un concierto fraudulento entre el heredero y los acreedores de la herencia; esta connivencia, ya lo dijimos, será imposible de demostrar en la práctica, tanto más que aquí no basta para presumirla el conocimiento del estado de insolvencia, como ocurre con la acción pauliana (art. 969 Ver Texto); c) finalmente, que la promuevan los acreedores cuyo crédito es anterior al acto de aceptación, puesto que los posteriores no podrían alegar perjuicio, salvo

la hipótesis excepcional de la previsión fraudulenta (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 1205).

De lo dicho se deduce que esta norma no tiene aplicación práctica y, desde luego, nunca ha sido aplicada por los tribunales. Con razón ha sido motivo de crítica unánime en nuestra doctrina (ver nota 38).

(nota 1) MESSINEO, t. 7, p. 241.

(nota 2) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 1, n° 466.

(nota 3) BIBLIOGRAFÍA: La bibliografía sobre el punto es abundantísima; recomendamos especialmente, además de las obras generales indicadas en la nota 359, los siguientes trabajos: QUINTEROS, La transmisión “mortis causa” y la responsabilidad del heredero, Buenos Aires, 1954; BIBILONI, nota al Título De la aceptación y repudiación de la herencia; GUAGLIANONE, El beneficio de inventario en el Código Civil argentino, Buenos Aires, 1946; JALLU OLIVIER, L’idéé de la continuation de la personne, París, 1902; ROURE, De la notion de la continuation de la personne et de la transmission a cause de mort, Montpellier, 1938; PERCEROU, La liquidation du passif hereditaire, Revue trimestrielle, t. 4, 1905; y Bulletin de la Societé d’études Législatives, años 1910 y 1911, donde se debatió el problema (véase especialmente el trabajo de SALEILLES).

(nota 4) JOSSERAND, t. 3, vol. 2, n° 923.

(nota 5) BIBILONI, nota al Título De la aceptación y repudiación de la herencia, del Anteproyecto; en el mismo sentido, QUINTEROS, La transmisión “mortis causa”, núms. 58 y sigs.; coincidiendo con este punto de vista dice ROYO MARTÍNEZ que el principio de la responsabilidad ultra vires puede parecer monstruoso, pero ninguna monstruosidad perdura durante siglos sin entrañar algo estimable que la neutralice; este principio, si bien puede acarrear dolorosísimas sorpresas a una minoría de imprevisores, asegura en cambio el tránsito fácil, fluido, libre de intromisiones judiciales y particulares de la herencia (Derecho sucesorio “mortis causa”, Sevilla, 1951, p. 292).

(nota 6) FORNIELES t. 1, n° 88.

(nota 7) Así lo dice FORNIELES, t. 1, n° 98; de acuerdo: LAFAILLE, t. 1, n° 196.

(nota 8) KIPP, t. 1, vol. 2, p. 415.

(nota 9) Puede verse la controversia en KIPP, t. 1, vol. 2, p. 416 y sigs., texto y nota 12; SALEILLES, Bulletin d’études legislatives, 1910; JOSSERAND, t. 3, vol. 2.

(nota 10) Véase KIPP, t. 1, vol, 3, p. 415 y sigs.

(nota 11) FORNIELES, t. 1, n° 99; LAFAILLE, t. 1, n° 196; RÉBORA, t. 1, n° 89; GUAGLIANONE, El beneficio de inventario en el Código Civil argentino; CALATAYUD, La responsabilidad del heredero, Buenos Aires, 1944. En contra: QUINTEROS, La transmisión “mortis causa” y la responsabilidad del heredero, Buenos Aires, 1954. También se ha pronunciado por el sistema tradicional el tratadista paraguayo DE GÁSPERI, t. 1, n° 126.

(nota 12) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 1, n° 332.

(nota 13) El Código alemán admite el error sobre el título (art. 1949), disposición no muy clara, que POLACCO interpreta en la siguiente forma: habría nulidad si el aceptante cree ser heredero legítimo y lo es testamentario (Sucesiones, t. 2, p. 131). No se advierten las razones que justifiquen esta disposición; si es para evitar la sorpresa de un testamento que se ignora, basta con una disposición similar a nuestro artículo 3338 Ver Texto . El Código español admite los vicios del consentimiento en general (art. 997); pero en la práctica, el sistema no ha resultado diferente al de los otros Códigos, pues la doctrina sólo admite el error sobre la identidad de la herencia y el que resulta de la aparición de un testamento (BORRAL y SOLER, t. 5, p. 409).

(nota 14) Véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 1131; BORDA, Error de hecho y de derecho, núms. 69 y 81.

(nota 15) LAFAILLE, t. 1, n° 181; DE GÁSPERI, t. 1, n° 85.

(nota 16) Las fuentes fueron AUBRY y RAU (t. 6, § 611); CHABOT (art. 783, n° 7) y el propio Código Napoleón (art. 783).

(nota 17) Esta es la opinión corriente en todos los autores que se ocupan del tema.

(nota 18) RÉBORA, t. 1, n° 87, nota 4.

(nota 19) DE GÁSPERI, t. 1, n° 85.

(nota 20) De acuerdo, LAFAILLE, t. 1, n° 186.

(nota 21) FORNIELES, t. 1, n° 93; LAFAILLE, t. 1, n° 182.

(nota 22) Por el activo líquido: LAURENT, t. 9, n° 359; HUC, t. 5, n° 172; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1664; PLANIOL-RIPERT, t. 6, n° 256, 3. Por el activo bruto: DEMOLOMBE, t. 14, n° 551; DURANTON, t. 6, n° 461; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1066-A.

(nota 23) SEGOVIA, t. 2, p. 424, nota 47; LLERENA, t. 6, p. 88; MACHADO, t. 8, p. 435, nota; PRAYONES, p. 91; FORNIELES, t. 1, n° 94; LAFAILLE, t. 1, n° 188; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 335.

(nota 24) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1674.

(nota 25) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, loc. cit. en nota anterior; MARCADÉ, art. 783; DEMOLOMBE, t. 14, n° 534; AUBRY y RAU, t. 6, § 611.

(nota 26) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1675; DEMOLOMBE, t. 14, n° 471 y 493.

(nota 27) SEGOVIA, t. 2, p. 424, nota 48; RÉBORA, t. 1, n° 109-b; DE GÁSPERI, t. 1, n° 712.

(nota 28) SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, Acción oblicua, n° 425; LAFAILLE, t. 1, n° 185; RÉBORA, t. 1, n° 109; DE GÁSPERI, t. 1, n° 88.

(nota 29) Véase SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, Acción oblicua, n° 174.

(nota 30) En el sistema del Código, DE GÁSPERI niega que el heredero pueda volver a aceptar la herencia pura y simplemente, porque de lo contrario, dice, se libraría a su arbitrio burlar la autoridad de la cosa juzgada (DE GÁSPERI, t. 1, n° 90). Creemos que esta opinión es insostenible, aun en ese régimen. Ante todo, la cosa juzgada se limita a dejar sentada la nulidad de la aceptación; en segundo lugar, es imposible impedir que el heredero acepte pura y simplemente. Le bastará para ello vender un bien de la sucesión o realizar cualquiera de los actos que suponen pérdida del beneficio. De acuerdo: BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1689; CHABOT, art. 783, n° 8; DEMOLOMBE, t. 14, n° 560; AUBRY y RAU, t. 6, § 611, nota 22.

(nota 31) De acuerdo: DEMOLOMBE, t. 14, n° 563; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1690. Los autores citados en último término hacen la salvedad del caso de que la nulidad sea absoluta y haya sido pedida por un tercero. Pero nosotros no alcanzamos a imaginar, en qué caso puede haber nulidad absoluta de la aceptación. Y aunque la hubiera, mantienen toda su vigencia las razones dadas en el texto para negar al heredero el derecho a los frutos.

(nota 32) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1694; DEMOLOMBE, t. 14, n° 567; AUBRY y RAU, t. 6, § 611.

(nota 33) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, loc. cit., en nota anterior.

(nota 34) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1696.

(nota 35) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1696.

(nota 36) Véase n° 255, apartado 7.

(nota 37) FORNIELES, Sucesiones, n° 95. De acuerdo: ZANNONI, t. 1, § 238; MAFFÍA, t. 1, n° 257.

(nota 38) SEGOVIA, t. 1, p. 424; PRAYONES, n° 26; FORNIELES, t. 1, n° 95; LAFAILLE, t. 1, n° 190; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 338.

1119/10650

II. RENUNCIA (ver nota 1)

1119/10660

§ 1.— Nociones generales

1119/260

260. CONCEPTO Y CARACTERES.— A diferencia de lo que acontecía en el derecho romano, las leyes modernas no conocen la institución del heredero necesario; nadie puede ser obligado a conservar la calidad de heredero contra su voluntad. En otras palabras, el heredero tiene siempre el derecho de repudiar la herencia.

La renuncia es un acto jurídico unilateral por el que la persona llamada a la herencia declara su voluntad de repudiarla. Interesa distinguirlo cuidadosamente de otros actos que no tienen sino la apariencia o el nombre de tal. Así, por ejemplo, la renuncia onerosa comporta una venta de derecho hereditario; la hecha en favor de ciertas personas, excluyendo algunos herederos, o alternando las porciones que a éstos les hubiera correspondido, importa cesión. En ambas hipótesis, hay aceptación, no repudio (véase n° 212). La renuncia tiene los siguientes caracteres:

a) Es unilateral, porque su eficacia sólo depende de la expresión de la voluntad del renunciante;

b) Es gratuita, en efecto, si se tratara de una renuncia onerosa habría en sustancia una venta y el heredero se considera aceptante (véase nº 212).

c) Es indivisible, la herencia no puede aceptarse o repudiarse en parte (art. 3317 Ver Texto). Quien renuncia lo hace por el todo y se reputa como si nunca hubiera sido heredero.

d) Es lisa y llana, no puede hacerse a término o bajo condición (art. 3317 Ver Texto), ni en favor de determinadas personas (véase nº 212). Cabe advertir, no obstante, que el artículo 3318 Ver Texto dice que, respecto de los coherederos, la renuncia puede ser condicional o bajo reservas. La nota ilustra el pensamiento de VÉLEZ: alude a la hipótesis de convenciones sobre la herencia, por las cuales se renuncian parte de los derechos hereditarios. Como se ve, no se está en presencia de un repudio de la herencia, sino de un pacto que, por el contrario, implica aceptación (art. 3322 Ver Texto). Desgraciadamente la terminología usada por el codificador en todo este título es muy imprecisa.

e) Tiene efectos retroactivos, se juzga al renunciante como si nunca hubiera sido heredero y, la sucesión defiere como si él no hubiera existido (art. 3353 Ver Texto).

f) Es expresa y formal (arts. 3345 Ver Texto y 3346).

1119/261

261. FORMA (ver nota 2).— Según el artículo 3345 Ver Texto , la renuncia no se presume; debe ser expresa. Rige, por tanto, un principio diferente al que gobierna la aceptación, que puede ser tácita. La razón del distinto tratamiento de ambas situaciones es clara: la aceptación no modifica el status del heredero, no hace sino consolidarlo; en cambio, la renuncia altera sustancialmente la posición del llamado a la herencia y le hace perder definitivamente sus derechos a ella. Es lógico, pues, que la ley requiera una manifestación de voluntad expresa.

En consonancia con esta norma, se ha declarado que la intención de renunciar no se presume y que la interpretación de los actos que tiendan a probarla debe ser restrictiva (ver nota 3); que el desistimiento del juicio sucesorio por carecer de bienes no importa renuncia (ver nota 4); que tampoco la importa el pedido de concurso de la sucesión por los herederos (ver nota 5).

1119/262

262.— Pero la renuncia no sólo debe ser expresa; también es formal. En este punto, sin embargo, los textos del Código, tomados de distintas fuentes, son tan confusos y contradictorios, que resulta difícil lograr una interpretación satisfactoria. El artículo 1184 Ver Texto , inciso 6º (ref. por ley 17711), establece que deben hacerse en escritura pública, bajo pena de nulidad, la cesión, repudiación y renuncia de derecho hereditario. Ratificando esta norma, el artículo 3345 Ver Texto establece que para sea eficaz la renuncia de la herencia, respecto de acreedores y legatarios, debe ser expresa y hecha en escritura pública en el domicilio del renunciante o del difunto. Pero luego vienen las complicaciones: el artículo 3346 Ver Texto dice que la renuncia hecha en instrumento privado es eficaz y tiene efecto entre los coherederos; el siguiente agrega que la renuncia hecha en instrumento privado no puede ser opuesta al renunciante por los coherederos, sino cuando hubiese sido aceptada por éstos; y finalmente, el artículo 3349 Ver Texto dispone que entre los que tengan derecho a la sucesión, la renuncia no está sometida a ninguna forma especial. Puede ser hecha y aceptada en toda especie de documento público o privado.

¿Cómo se concilian estos textos aparentemente contradictorios? Diversas opiniones se han sostenido sobre el punto:

a) Algunos autores afirman que no hay tal contradicción: la renuncia hecha en instrumento privado será válida respecto de los coherederos, en tanto que, para que produzca efectos respecto de acreedores y legatarios, será indispensable la escritura pública (ver nota 6).

b) FORNIELES ha impugnado esta solución con su acostumbrado vigor. ¿Quiere decir, se pregunta, que hay dos maneras de renunciar, una para los acreedores y otra para los herederos? Parece como si una persona pudiera ser heredero con relación a los acreedores y no serlo con relación a los coherederos. Ello es inaceptable, porque la calidad de heredero es indivisible. Se es o no se es. Lo que ocurre, dice FORNIELES, es que en los artículos 3346 Ver Texto , 3347 y 3349 Ver Texto , VÉLEZ ha llamado renuncia a lo que es, en realidad, cesión de derechos hereditarios. Lo prueba que los artículo 3347 Ver Texto y 3349 Ver Texto hablan de la aceptación de la renuncia por los coherederos. Ahora bien: la renuncia de una herencia no se acepta; los herederos que, como consecuencia de esa renuncia, vienen a ocupar el lugar del renunciante en la sucesión, pueden aceptar o repudiar la herencia, pero no aceptar la renuncia. Es obvio, pues, que VÉLEZ ha aludido aquí al contrato de cesión de herencia; y lo ha hecho siguiendo a AUBRY y RAU, citados en la nota respectiva como fuente, quienes precisamente aluden a “la renuncia que constituye un elemento o accesorio de la convención celebrada entre los herederos”, afirmando que ella es susceptible de ser hecha o aceptada en toda especie de actos auténticos o privados (ver nota 7). En suma, sostiene FORNIELES, los artículos 3346 Ver Texto , 3347 y 3349 Ver Texto aluden a la cesión de herencia, en tanto que la renuncia está regida por los artículos 1184 Ver Texto y 3345 Ver Texto y debe ser hecha en escritura pública (ver nota 8).

c) QUINTEROS ha retomado la teoría de RÉBORA y LAFAILLE, formulándola con mayor rigor técnico científico. Principia por reprochar a FORNIELES la excesiva audacia de su tesis, que implica dejar de lado textos claros del Código sobre la base de la opinión de autores franceses, por más que hayan servido como fuentes. Sostiene que, en realidad, no se trata de dos renunciaciones, una que exigiría escritura pública y otra para la cual bastaría el instrumento privado, sino que es válida la renuncia hecha en instrumento privado; sólo que no es oponible a los acreedores y legatarios (ver nota 9).

262 bis.— Creemos que las distancias que separan tales divergencias doctrinarias disminuyen bastante si se admiten estas soluciones:

1) Que la formalidad de la escritura pública es requerida en nuestro Código ad probationem y no ad solemnitatem. Esta solución parece que es indiscutible en nuestro derecho si se piensa que el artículo 1184 Ver Texto que exige la escritura pública, es aclarado por el siguiente en el sentido de que los contratos que, debiendo ser hechos en escritura pública, lo fuesen en instrumento particular, quedan concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública. Es cierto que en esta norma se habla de contrato y que la renuncia es un acto unilateral, pero, de todas maneras, parece que la disposición comprende todos los supuestos del artículo 1184 Ver Texto , entre los que se encuentra precisamente la renuncia a la herencia. Por lo demás, si no se pretende borrar lisa y llanamente el artículo 3346 Ver Texto , si se admite que hay que reconocerle algún efecto jurídico, habrá que aceptar que tiene el sentido de que la posesión de un instrumento privado en el que se renuncia a la herencia, permite a su titular demandar por escrituración. Finalmente, las formalidades esenciales y solemnes son de carácter excepcional; en principio, el intérprete debe inclinarse, en caso de duda, por atribuirle solamente carácter probatorio; y puesto que no hay textos expresos que declaren que esa formalidad es, en nuestro caso, inexcusable, se impone la conclusión que sólo tiene carácter ad probationem (ver nota 10).

2) Que la formalidad de la escritura pública puede ser sustituida por un acta labrada en el expediente o por un escrito presentado por el renunciante y ratificado en autos o declarado auténtico por el juez. Tampoco esta solución parece ofrecer reparos serios. Los preceptos formales, como toda disposición legal, tiene también un fin, una razón de ser. En nuestro caso, la exigencia de la escritura pública obedece a la necesidad de dar publicidad al acto. Ello queda de manifiesto muy claramente en el texto del artículo 3345 Ver Texto , según el cual la escritura pública debe ser otorgada en el domicilio del renunciante o del difunto; exigencia que no tendría sentido si no se procurase este fin de la publicidad. Claro está que el vehículo de publicidad establecido por el Código es, en nuestros días, del todo ineficaz. Mucha mayor eficacia tiene el escrito presentado en el expediente por el que tramita el sucesorio pues como allí deben presentarse herederos, legatarios o acreedores, ellos podrán así tomar conocimiento de la renuncia. La validez de esta forma de renuncia puede considerarse ius receptum en nuestro país (ver nota 11).

Admitido que la escritura sólo es exigida ad probationem, y que esa formalidad puede ser sustituida por el acta judicial, o por un escrito presentado y reconocido en autos, las divergencias doctrinarias a que aludíamos se reducen considerablemente; pues bastará que el escrito privado se presente en el expediente y que el renunciante lo ratifique, o el juez lo declare auténtico, para producir plenos efectos; los mismos que produciría la escritura pública.

263.— En suma, los principios formales a que deben ajustarse la renuncia de la herencia, son los siguientes:

a) La renuncia debe hacerse por escritura pública en el domicilio del renunciante o del difunto (art. 3345 Ver Texto), pero la escritura puede ser sustituida por un acta judicial o por un escrito presentado en el sucesorio y ratificado personalmente por el renunciante o declarado auténtico por el juez.

b) La exigencia de la escritura pública es ad probationem. Dijimos ya que el Código exige que la escritura se haga en el domicilio del renunciante o del difunto y que en la mente del codificador ha estado la idea de evitar renunciaciones ocultas o clandestinas, hechas en provincias o países extraños, y de las que no podrían enterarse los interesados. La idea sería razonable si la escritura fuere un medio de publicidad; pero como no lo es, como es posible mantener oculta tanto la escritura hecha en el domicilio del renunciante o del causante como la otorgada en otro lugar, la exigencia carece de razón de ser.

1119/264

264. CASO DE RENUNCIA TÁCITA.— Hay, sin embargo, una hipótesis de renuncia tácita. Ella tiene lugar cuando, hallándose los bienes hereditarios en poder de los coherederos, el sucesor ha dejado transcurrir el término de veinte años fijado en el artículo 3313 Ver Texto sin manifestar su voluntad de aceptar o renunciar. Sobre este punto remitimos al número 183, c.

1119/265

265. RENUNCIA POR APODERADO.— La renuncia puede hacerse por apoderado (ver nota 12). En tal caso, el mandato debe ser hecho por escritura pública, puesto que ésta es la forma exigida para renunciar (art. 1184 Ver Texto , inc. 10). El mandato verbal, que el artículo 3330 Ver Texto admite para la aceptación de la herencia, es inadmisibles en nuestro caso. El artículo 3330 Ver Texto es una norma de excepción y como tal debe interpretarse restrictivamente, tanto más cuanto que la solución de aceptar un mandato verbal para el otorgamiento de un acto que debe ser escrito, es una incongruencia que obliga a reducir en lo posible su esfera de aplicación.

1119/266

266.— El mandato otorgado para renunciar la herencia no implica una renuncia por sí mismo (ver nota 13). Esta solución es obvia, porque como el mandato requiere las mismas formalidades que la renuncia, sólo pueden presentarse los siguientes supuestos de otorgamiento de poder: 1) que el mandato sea necesario, porque el heredero se encuentra fuera de su domicilio y del que tenía el difunto; en tales casos, el poder otorgado fuera de estas jurisdicciones no podría tener por sí mismo valor de renuncia, de acuerdo al texto expreso del artículo 3345 Ver Texto , que exige se haga en ellas; 2) que el heredero esté en esas jurisdicciones; entonces no se concibe que otorgue poder para renunciar de inmediato

porque, si así fuera, le bastaría con renunciar en el mismo instrumento en que otorga el poder. Es obvio, por tanto, que ha entendido conferir una facultad que el mandatario ejercerá posteriormente conforme a instrucciones.

1119/267

267. ¿ES IRREVOCABLE LA RENUNCIA?.— También en este punto los textos del Código adolecen de una imprecisión desconcertante. En su primer apartado, el artículo 3347 Ver Texto dispone que la renuncia hecha en instrumento público es irrevocable; en el segundo, establece que cuando es hecha en instrumento privado, sólo tiene carácter definitivo si ha sido aceptada por los coherederos. Nuevamente introduce el problema de las renunciaciones convencionales, que no son renuncia sino aceptación. Finalmente, el artículo 3348 Ver Texto permite revocar la renuncia mientras la herencia no haya sido aceptada por los otros herederos.

Ante todo, conviene dejar sentado que el derecho de retractación que el artículo 3348 Ver Texto reconoce a los renunciantes, se aplica a toda clase de renuncia, sea hecha por instrumento público o privado (ver nota 14). Por consiguiente, la regla de la irrevocabilidad, sentada en el artículo 3347 Ver Texto, sólo entra a regir luego de que la herencia ha sido aceptada por los otros herederos que han sucedido al renunciante (ver nota 15). Lo que significa que, en realidad, lo irrevocable no es la renuncia, sino la aceptación. Porque la renuncia puede dejarse sin efecto en cualquier momento, mientras no entren a jugar los efectos de la aceptación de los otros herederos.

1119/268

268. RETRACTACIÓN DE LA RENUNCIA.— Admitido que la renuncia puede retractarse mientras los coherederos no hayan aceptado, es necesario precisar las condiciones y efectos de la retractación.

El artículo 3348 Ver Texto dice que el renunciante puede aceptar la herencia, mientras no la hubieren aceptado los otros herederos o llamados a la sucesión. En primer término, es necesario dejar sentado que si los coherederos son varios y algunos hubieran aceptado, la renuncia de otro, sea anterior o posterior a la aceptación de los primeros, será ya irrevocable (art. 3348 Ver Texto, in fine). Esta solución se explica, porque la aceptación no puede ser parcial; la adquisición de una herencia supone una vocación al todo, de modo que el hecho de la renuncia implica un acrecimiento ipso jure de la hijuela de los aceptantes. Por razones similares, si todos los coherederos han renunciado simultáneamente y luego uno de ellos se arrepiente y acepta, los restantes ya no pueden hacerlo (ver nota 16).

Con respecto, no ya a los coherederos, sino a quienes son llamados a la herencia en lugar del renunciante, se plantea un delicado problema. Supóngase que el renunciante no sea quien lo siga en el orden legal o testamentario, sino otro de grado más lejano, ¿puede el renunciante hacer uso del derecho de retractación? La cuestión está controvertida (ver nota 17). Por nuestra parte, pensamos que sólo la aceptación del sucesor inmediato impide el posterior arrepentimiento del renunciante, porque únicamente en ese caso hay adquisición de la

herencia; y, a nuestro juicio, es la consolidación del status de heredero lo que impide la retractación.

El Código habla de los herederos o de las personas llamadas a la sucesión. Dentro de ellas debe reputarse incluido al Fisco. La aceptación de la herencia por éste no permite por tanto la retractación (ver nota 18).

La aceptación de los coherederos impide el ejercicio del derecho de retractación, sea o no hecha bajo beneficio de inventario (art. 3348 Ver Texto).

1119/269

269.— La retractación resulta de la aceptación posterior, sea o no beneficiaria, sea expresa o tácita (ver nota 19). En la doctrina francesa se admite generalmente que la aceptación forzosa implica también retractación de la renuncia (ver nota 20). Pero esta opinión discutible aun en el Código Napoleón, no es aceptable en el nuestro, que deja claramente sentado que la aceptación forzosa sólo puede tener lugar si la ocultación se hubiera producido antes de la renuncia (art. 3331 Ver Texto ; véase nº 226).

1119/270

270.— Pero la retractación de la renuncia deja firmes los derechos que en el interín hubieran adquirido terceros sobre los bienes del acervo sucesorio, sea por prescripción, sea por actos válidos celebrados con el curador de la herencia (art. 3348 Ver Texto). Es justo que así sea, pues, de lo contrario, ellos quedarían sujetos a las veleidades del heredero. Se entiende como es natural, que la ley alude a los actos hechos regularmente por el curador, dentro de sus facultades legales (ver nota 21).

La retractación importa una aceptación tácita de herencia; el heredero no podrá ya volver a renunciarla. Pero no hay inconveniente en que acepte bajo beneficio de inventario (ver nota 22), si está en término.

1119/271

271. OPORTUNIDAD DE LA RENUNCIA.— La renuncia puede hacerse desde el momento en que la sucesión ha sido deferida, no antes; pero no es necesario que el renunciante sea llamado a la herencia en primer grado, de tal modo que un heredero de grado posterior puede renunciar en previsión de que el que lo precede asuma igual actitud.

El derecho de renuncia se mantiene por el término de veinte años contados desde la muerte del causante (art. 3313 Ver Texto). Sobre todo lo relativo al ejercicio del derecho de opción y, en particular, al transcurso del plazo del artículo 3313 Ver Texto , sin que el heredero se haya pronunciado en un sentido u otro, remitimos a los números 193 y siguientes.

1119/272

272.— El derecho a renunciar la herencia sólo puede ejercerse si antes no mediara aceptación no beneficiaria, sea expresa, tácita o forzosa. En efecto, la aceptación que tiene aquel carácter consolida definitivamente la calidad de heredero; es la “renuncia irrevocable al derecho de renunciar” (véase nº 229).

1119/273

273. CAPACIDAD: REMISIÓN.— Respecto a la capacidad para renunciar remitimos a los números 187 y siguientes, en que tratamos el tema con relación a la aceptación.

1119/10670

§ 2.— Efectos de la renuncia

1119/274

274. REGLA GENERAL Y APLICACIONES.— La consecuencia esencial de la renuncia es que se juzga al renunciante como si nunca hubiera sido heredero (art. 3353 Ver Texto). En consecuencia:

a) La sucesión se defiere como si el renunciante no hubiera existido (art. 3353 Ver Texto), vale decir, la renuncia beneficia, ya a los coherederos del mismo grado, cuando los haya, ya a los de grado siguiente.

b) El renunciante no está obligado a colacionar, pues no siendo heredero, es imposible imponerle ese deber (art. 3476 Ver Texto).

c) Si antes de la renuncia ha ejercido actos de administración que no importan aceptación tácita, debe rendir cuenta de ellos.

d) No hay compensación de sus deudas o sus créditos respecto de la sucesión, de la cual resulta un extraño.

e) No está obligado a responder por las deudas de la sucesión; lo que no excluye, desde luego, el pago de los gastos funerarios, si el causante no hubiera dejado bienes, pues esta

obligación es impuesta por el artículo 2308 Ver Texto pietatis causa y no depende del carácter de heredero.

f) La renuncia no impide a los herederos del renunciante reemplazarlo en ejercicio del derecho de representación (art. 3554 Ver Texto).

1119/275

275. RENUNCIANTE CON DERECHO A LEGÍTIMA.— Disponía el artículo 3354 Ver Texto que los que tengan una parte legítima en la sucesión, pueden repudiar la herencia, sin perjuicio de tomar la legítima que les corresponda. Esta disposición, que importaba una verdadera anomalía en nuestro régimen sucesorio, se nutría de un concepto de la legítima distinto del aceptado por el Código. La legítima, en efecto, se inspiró históricamente en dos ideas distintas: o bien se la considera como parte de la herencia (pars hereditatis), en cuyo caso el legitimario es heredero; o bien como parte de los bienes (pars bonorum), en cuya hipótesis el legitimario es un extraño a la herencia, un simple acreedor de una parte de los bienes, tal como puede serlo un legatario. Dentro de este sistema se concibe que se pueda renunciar a la herencia y conservar la legítima; pero no en el primero, en que ésta es parte de la herencia. ¿Cómo podría el heredero renunciar a su carácter de tal y, al propio tiempo, seguir siendo heredero legitimario? El status de heredero es indivisible. Y puesto que en nuestro Código, la legítima, es una parte de la herencia (art. 3591 Ver Texto), no se concibe cómo el heredero que renuncia pueda conservarla.

La contradicción era irreductible y fue señalada por todos los comentaristas. Empero la mayor parte de nuestros autores, aun deplorándolo, sostenían que en atención a los términos claros del artículo 3354 Ver Texto no había otra solución que aplicarlo, tal como resultaba de su texto; algunos pensaban que el heredero debía hacer reserva expresa de su derecho de conservar la legítima y que, si no lo hacía, debía considerarse que renunciaba también a ella; otros, por el contrario, sostenían que la renuncia no se presume y que, por tanto, la mera renuncia de la herencia no llevaba implícita la de la legítima (ver nota 23).

En su momento (véase Tratado Derecho Civil, Sucesiones, t. 1, n° 275, 2ª ed.) adherimos a la opinión de FORNIELES, quién trató magistralmente el tema, para concluir que el artículo 3354 Ver Texto importaba una contradicción irreductible con todo el sistema del Código y debía ser dejado de lado (ver nota 24).

La ley 17711 ha suprimido el artículo 3354 Ver Texto , con lo cual ha quedado debidamente resuelta esta vieja cuestión.

1119/276

276. DONACIONES Y LEGADOS.— El heredero que renuncia puede retener la donación entre vivos que el testador le hubiera hecho y reclamar el legado que le hubiera dejado, si no excediera la porción disponible que la ley asigna al testador (art. 3355 Ver Texto).

Este derecho, reconocido en forma prácticamente universal (ver nota 25) y que beneficia a todo heredero, sea legítimo o testamentario, cumple un doble objetivo: a) permitir que el heredero pueda retener un beneficio determinado, recibido del causante, sin los problemas, responsabilidades y trabajos que muchas veces supone el carácter de tal; b) en algunos casos excepcionales el renunciante saldrá beneficiado porque, como extraño a la herencia, no tiene obligación de colacionar. Un ejemplo aclara la hipótesis. Supóngase que una persona ha instituido herederos a dos hermanos; a uno de ellos le ha entregado en vida \$ 1.000.000; a su muerte deja \$ 800.000. El primero, como heredero, está obligado a colacionar: debe traer los \$ 1.000.000 a la sucesión, sumarlos a los otros \$ 800.000 y dividirlos por dos; le tocarán por tanto \$ 900.000. Pero si renuncia, como extraño a la herencia no está obligado a colacionar y, por tanto, se queda con los \$ 1.000.000. Solamente si esa suma afectara la legítima de otros herederos, sería necesario reducirla.

La donación o legado debe asignarse a la porción disponible y no a la legítima. El interés de esta solución, consagrada en el artículo 3355 Ver Texto , queda de manifiesto en el siguiente ejemplo. El causante, que tiene dos hijos, deja al morir una fortuna de \$ 1.000.000. Suponiendo que a uno de ellos le hubiera hecho una donación en vida, y que éste renuncia a la herencia, no podrá retener más que \$ 200.000 (el quinto disponible) aunque la liberalidad hubiera sido mayor. Si, en cambio, la donación se imputara a la legítima podría retener hasta \$ 400.000.

1119/10680

§ 3.— Nulidad de la renuncia

1119/277

277. LAS CAUSALES DEL ARTÍCULO 3350.— De acuerdo al artículo 3350 Ver Texto , puede demandarse la nulidad de la renuncia en los siguientes casos:

a) Cuando se hayan omitido las formalidades prescriptas para suplir la incapacidad del renunciante (inc. 1º). Será siempre necesaria la actuación del representante legal, la intervención del Ministerio de Menores y la autorización judicial (véase Tratado de Derecho Civil, Familia, t. 1, nº 1104). La omisión de estos requisitos da origen a la anulabilidad del acto.

b) Cuando ha sido efecto de dolo o de violencia ejercida sobre el renunciante (inc. 2º). En lo que atañe a estos vicios, se aplican las reglas generales de los artículos 935 Ver Texto y siguientes, y 941 Ver Texto y siguientes, que no sufren modificación alguna en esta materia, como no sea en lo que atañe al plazo de prescripción, sobre el que volveremos más adelante (nº 280).

c) Cuando por error, se ha renunciado otra herencia que la que se entendía renunciar (inc. 3º). Este error sobre la identidad de la herencia, es el único que se admite en nuestro Código como causal de nulidad de la renuncia. No podría, por tanto, invocarse el que recae sobre la importancia del caudal, ni la ignorancia de deudas que se desconocían. Juegan aquí las mismas razones que impiden esgrimirlo en materia de aceptación (véase nº 242). Y en cuanto al error sobre la identidad de la herencia, único admitido por el artículo 3350 Ver Texto , no se concibe, a menos que medie una mera confusión o transposición de palabras: quiero renunciar la herencia de Juan y escribo Diego. Pero el error de expresión o de pluma, no es causal de nulidad sino de rectificación de la declaración de voluntad (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 1, nº 1137).

1119/278

278. OTRAS CAUSALES.— Provocan también la nulidad de la renuncia: a) La omisión de las formas prescriptas por la ley (véase nº 261) (ver nota 26). b) El sujetarla a término, condición o hacerla por partes (art. 3317 Ver Texto) (ver nota 27). c) Haber aceptado la herencia anteriormente, sea en forma expresa, tácita o forzosa. d) Hacerla después de transcurrido el plazo del artículo 3313 Ver Texto , porque también entonces hay aceptación tácita, salvo el caso de que los coherederos estuvieren en posesión de los bienes (véase núms. 193 y sigs.). En las dos últimas hipótesis, sin embargo, nos parece más propio hablar de inexistencia que de nulidad, pues la expresión de la voluntad de renunciar no puede ser ni siquiera considerada: el destino de la herencia se decidirá de acuerdo con la aceptación previa y no con la renuncia posterior.

1119/279

279. QUIÉNES PUEDEN DEMANDARLA.— Se aplican aquí los principios generales sobre nulidad, por consiguiente: a) Tratándose de una nulidad relativa (falta de los recaudos legales para cubrir la incapacidad, dolo y violencia) puede ser reclamada únicamente por la persona a quien la ley ha deseado proteger (el incapaz, o la víctima del engaño o la violencia y sus sucesores universales) (ver nota 28); b) Si se trata de una nulidad absoluta (renuncia posterior a una aceptación o al vencimiento del plazo del artículo 3313 Ver Texto , renuncia condicional o parcial) puede ser pedida por cualquier interesado (ver nota 29); acreedores de la herencia, legatarios, coherederos o herederos de grado siguiente.

1119/280

280. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN.— En los casos de incapacidad del renunciante, dolo o violencia, la acción de nulidad prescribe a los cinco años (art. 3350 Ver Texto , Cód. Civil). Esta disposición es criticable en cuanto modifica, sin razón alguna, los plazos del artículo 4030 Ver Texto para el dolo y la violencia.

En los casos de nulidad absoluta, la acción es, desde luego, imprescriptible (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, nº 1252).

1119/281

281. EFECTOS.— La nulidad de la renuncia tiene los efectos propios de toda anulación: vuelven las cosas al punto de partida, debiendo considerarse que no se ha renunciado. Por consiguiente, el heredero sigue teniendo el derecho de optar entre la aceptación con o sin beneficio de inventario y la renuncia. Debe desecharse la opinión, alguna vez sostenida (ver nota 30), de que la nulidad de la renuncia, cuando es pedida por el propio heredero, importa aceptación tácita. En realidad, al ejercer esta acción, lo único que el heredero se propone es volver al estado de cosas anterior al acto impugnado; puede tener interés en no pronunciarse por el momento, a la espera de reunir mejores elementos de juicio, sobre todo si ha pasado ya la oportunidad de aceptar bajo beneficio de inventario (ver nota 31).

Los coherederos que hubieran entrado en posesión de los bienes, deben restituirlos como poseedores de buena o mala fe (arts. 2422 Ver Texto y sigs.) según los casos.

El coheredero que entró en posesión de los bienes con motivo de la renuncia posteriormente anulada, debe ser considerado como heredero aparente; en consecuencia, deben aplicarse los principios relativos a esta institución (véase núms. 485 y sigs.) en todo lo relativo a los actos que hubiera celebrado con terceros en el período que medió entre la renuncia y su anulación (ver nota 32).

1119/10690

§ 4.— Revocación de la renuncia

1119/282

282. REQUISITOS DE LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN.— Según el artículo 3351 Ver Texto , los acreedores del renunciante de una fecha anterior a la renuncia, y toda persona interesada, pueden demandar la revocación de la renuncia que se ha hecho en perjuicio de ellos, a fin de hacerse autorizar para ejercer los derechos sucesorios del renunciante hasta la concurrencia de lo que les es debido.

El artículo prevé la hipótesis del heredero a quien no le interesa la aceptación de la herencia, no obstante su solvencia, porque, de todos modos, ella será absorbida por su acreedores.

Para que proceda la acción, deben reunirse los siguientes requisitos:

a) Que los acreedores del heredero sean de fecha anterior a la renuncia, exigencia que se conforma con lo dispuesto por el artículo 962 Ver Texto , inciso 3º; de otra manera, ellos no podría invocar ningún perjuicio.

b) Que el deudor sea insolvente, pues, de lo contrario, tampoco habría interés de los acreedores. Respecto de cuándo debe reputarse insolvente el deudor, remitimos al Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, número 1202.

No es necesario que se pruebe el propósito fraudulento (nota al art. 3351 Ver Texto). En este punto, el codificador no incurrió en el error del artículo 3340 Ver Texto , que lo exige respecto de la revocación de la aceptación. De tal manera se guarda coherencia con las reglas generales de la acción pauliana, que tampoco requiere el consilium fraudis en los actos a título gratuito (art. 967 Ver Texto), como en nuestro caso. En realidad, el propósito de defraudar existirá casi siempre, aunque no pueda probarse, cuando un insolvente dispone gratuitamente de sus bienes. Y si no fuera así, si el deudor hubiera procedido honestamente, sin ánimo de perjudicar a sus acreedores (como ocurriría, por ejemplo, si tiene fundadas esperanzas, luego fallidas, de recibir bienes que le permitirán cubrir sus deudas), lo mismo el acto es revocable, porque entre el interés de quien recibe una liberalidad y el de los acreedores, la ley prefiere, con razón, a éstos.

1119/283

283.— ¿Procede la acción aunque la sucesión fuera insolvente? Se ha sostenido que si ella fuera manifiestamente insolvente, no debe autorizarse la revocación (ver nota 33). Por nuestra parte, pensamos que, aun en esta hipótesis, la acción debe ser admitida: a) desde el punto de vista legal, no hay ninguna norma que permita hacer dicha limitación; la solvencia de la sucesión no es uno de los requisitos exigidos por el artículo 3351 Ver Texto ; b) los acreedores del heredero pueden tener interés en una sucesión que, aunque actualmente deficitaria, puede llegar a ser solvente por valorización de sus bienes; c) sobre todo, nos parece decisiva la siguiente consideración: el efecto de la acción revocatoria es hacer inoponible el acto al acreedor que la ejerce; por tanto, ella no perturbará los traspasos hereditarios, ni afectará los derechos del coheredero que haya recibido los bienes como consecuencia de la renuncia; vale decir, no interferirá en sus derechos, a menos que luego resulte un superávit; y en este caso es justo que pueda cobrarse conforme al derecho que la ley le reconoce (ver nota 34).

1119/284

284. QUIÉNES PUEDEN INTENTARLA.— La acción revocatoria puede ser intentada por los acreedores del heredero (art. 3351 Ver Texto).

En el texto del artículo 3351 Ver Texto se ha deslizado un evidente error, al decir que, además de aquéllos, puede iniciarla toda persona interesada. Este agregado no figura en el artículo 788 del Código Napoleón, que le sirvió de fuente; y fue tomado, según lo hace notar SEGOVIA (ver nota 35), de Aubry y RAU. Pero estos autores, cuando abren la acción a todos los interesados, se refieren a una muy distinta: la de nulidad absoluta (ver nota 36), que nada tiene que ver con la revocatoria.

Los interesados en esta acción no pueden ser otros que los acreedores: sólo ellos son perjudicados por la renuncia de una sucesión solvente. Más aún: entre los mismos acreedores, aquellos cuyo crédito es posterior al acto, carecen de la acción según lo dispone expresamente nuestro artículo, no obstante que su interés resulta evidente, puesto que la incorporación de una herencia solvente al patrimonio de su deudor les permitiría cobrar su crédito. Desde todo punto de vista es inadmisibles la idea, alguna vez sugerida (ver nota 37), de que también los legatarios y coherederos podrían ejercerla, para beneficiarse con la responsabilidad personal que incumbiría al renunciante si aceptara. En el anterior sistema del Código, ello les hubiera significado beneficiarse con la responsabilidad personal del heredero; pero también imponer la responsabilidad ultra vires en contra de la voluntad expresa y oportunamente manifestada por el heredero, lo que iba contra el sistema legal. Hoy, después de la reforma del artículo 3363 Ver Texto , se presume la aceptación beneficiaria, con lo cual se atenúan mucho los efectos de una aceptación impuesta. Pero de todas maneras, la opinión que combatimos importa ignorar que el efecto de la revocación no es la nulidad de la renuncia, sino su inoponibilidad; y, por tanto, en ningún caso podría imponerse al heredero la responsabilidad del aceptante.

1119/285

285. CONTRA QUIÉN DEBE DIRIGIRSE.— La acción debe dirigirse contra el renunciante y contra los coherederos y herederos de grado subsiguiente que se han beneficiado con la renuncia (ver nota 38).

1119/286

286. EFECTOS.— El efecto de la acción revocatoria es hacer inoponible la renuncia al acreedor que la intenta (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 1224 y sigs.). Este podrá proceder como si la renuncia no hubiera tenido lugar y, por tanto, cobrarse sus créditos del acervo sucesorio y ejercer, por vía de subrogación, todos los derechos del heredero, no obstante que éste, por sí mismo, no puede ya hacerlos valer (art. 3351 Ver Texto).

La acción sólo beneficia al acreedor que la intenta (art. 965 Ver Texto , Cód. Civil; véase Tratdo de Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 1229).

En las relaciones entre el renunciante y los coherederos o herederos subsiguientes que ocuparon su lugar, no produce ningún efecto: el renunciante no se convierte en aceptante; los que lo sucedieron en su título hereditario siguen siendo herederos y si queda un remanente les pertenece a ellos y no al renunciante (art. 3352 Ver Texto). Estas son simples aplicaciones de los principios generales sobre la acción pauliana.

1119/287

287.— Los autores clásicos veían en la revocatoria una acción de nulidad; no es extraño, pues, que algunos hablen de que en nuestra hipótesis hay una aceptación parcial de la

herencia que quiebra el principio del artículo 3317 Ver Texto (ver nota 39). Pero la doctrina moderna ha precisado definitivamente la diferencia entre nulidad e inoponibilidad (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 1, nº 1236). En nuestro caso, la renuncia no es nula (como que es perfectamente válida respecto del renunciante, de los coherederos y de los acreedores que no intenten la acción); mucho menos aún puede hablarse de aceptación posterior, total o parcial, a nombre del heredero. Este ha renunciado irrevocablemente y los que ocupan su lugar son irrevocablemente aceptantes por el todo. Sólo que los acreedores del primero, a quienes tales actos no pueden oponerse, tienen derecho a cobrarse de los bienes del sucesorio.

1119/288

288.— Si el heredero a cuyo poder pasaron los bienes como consecuencia de la renuncia, los ha enajenado a título oneroso a terceros de buena fe, los actos no son afectados por la revocación; pero si fueran a título gratuito, caen bajo los efectos de la acción y el tercero debe poner los bienes a disposición del acreedor para que éste se pague sus créditos (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, nº 1212; art. 970 Ver Texto , Cód. Civil).

1119/289

289. CASO DE FALENCIA.— La repudiación de herencia hecha por el fallido sólo produce efectos en lo que exceda del interés de los acreedores y los gastos íntegros del concurso o quiebra. En todos los casos actúa el síndico en los trámites del sucesorio en que está comprometido el interés del concurso (art. 115 Ver Texto , ley 19551). Es una solución lógica, que impide que puedan burlarse los intereses de los acreedores del heredero renunciante.

(nota 1) Además de la bibliografía citada en la nota 359, véase MALLETT, *La renonciation a succession*, París, 1931; MEYSSON, *La repudiation des succession el des legs*, Lyon, 1931.

(nota 2) Véase: QUINTEROS, *La forma de la renuncia de la herencia*, J.A., 1959-V, sec. doct. p. 79.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala C, 28/5/1952, L.L., t. 67, p. 585; MAFFÍA, t. 1, nº 240.

(nota 4) C. Civil 1ª Cap., 23/3/1934, J.A., t. 45, p. 569.

(nota 5) C. Civil 1ª Cap., 17/3/1943, J.A., 1943-I, p. 911.

(nota 6) LAFAILLE, t. 1, nº 201; RÉBORA, *Sucesiones*, t. 1, nº 74. De acuerdo: C. Civil 2ª Cap., 31/5/1047, J.A., 1947-II, p. 370.

(nota 7) AUBRY y RAU, t. 6, § 613.

(nota 8) FORNIELES, t. 1, n° 102.

(nota 9) QUINTEROS, La forma de la renuncia a la herencia, J.A., 1959-V, sec. doct., página 79.

(nota 10) C. Civil Cap., Sala F, 19/3/1976, J.A., 1976-III, p. 329; Sala G, 10/8/1981, L.L., 1982-A, p. 227; SPOTA, Contratos, t. 3, p. 415; SALVAT, Contratos, t. I, n° 655. En contra, sosteniendo que es solemne: Sup. Trib. Santa Fe, 4/4/1958, J.A., 1958-IV, p. 124; ZANNONI, t. 1, § 261; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 343.

(nota 11) C. Civil Cap., Sala A, 12/6/1962, L.L., t. 108, p. 669; id., 21/8/1979, L.L., 1979-D, p. 535; Sala B, 24/6/1953, J.A., 1954-I, p. 201; Sala D, 27/3/1952, L.L., t. 66, p. 94; Sala F, 19/3/1976, J.A., 1976-III, p. 329; C. Civil 2ª Cap., 9/7/1923, J.A., t. 9, p. 113; Sala E, 11/8/1970, E.D., t. 35, p. 531; C. Apel. Santa Fe, 4/3/1958; J.A., 1958-IV, p. 124; C. Apel. Santiago del Estero, 28/12/1948, J.A., 1950-II, p. 337; MACHADO, t. 8, p. 452; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 343; LLERENA, t. 6, p. 99; DE GÁSPERI, t. 1, p. 372; QUINTEROS, La forma de la renuncia a la herencia, J.A., 1959-IV, sec. doct., p. 79; MAFFÍA, t. 1, n° 247. En contra: ZANNONI, t. 1, n° 260, quien se atiene a la letra de la ley, a pesar de que de lege ferenda estime conveniente la solución que propugnamos.

(nota 12) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 1, n° 347; GOYENA COPELLO, t. 3, p. 65.

(nota 13) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1603; MACHADO, t. 8, p. 453, nota, deja a salvo la hipótesis de que en el poder se deje expresado que se renuncia a la herencia. La hipótesis carece de vivencia práctica. Si el poder se ha otorgado dentro de la jurisdicción señalada por el art. 3345 Ver Texto , ¿para qué otorgar mandato para renunciar, si basta con la expresión de la voluntad, hecha por escritura pública? Y si se ha otorgado fuera de esa jurisdicción, entonces la manifestación de renunciar, por sí sola, es inválida, de acuerdo al mismo art. 3345 Ver Texto .

(nota 14) De acuerdo, MACHADO, t. 8, p. 460, nota; RÉBORA, t. 1, n° 74, nota 9 y n° 81; DE GÁSPERI, t. 1, n° 100. Es también la opinión de los autores que sirvieron de fuente al codificador.

(nota 15) De acuerdo: MAFFÍA, t. 1, n° 265.

(nota 16) De acuerdo, DE GÁSPERI, t. 1, n° 101; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1073 y jurisprudencia allí citada.

(nota 17) En el sentido de que sólo la aceptación del sucesor de grado inmediato impide la retracción: AUBRY y RAU, t. 6, § 613; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 986. En el sentido de que la aceptación de todo sucesible, cualquiera sea su grado, la impide: DEMOLOMBE, t. 15, n° 66; DURANTON, t. 6, n° 366; CHABOT, t. 2, art. 774, n° 6; JOSSERAND, t. 3, vol. 2, n° 878.

(nota 18) RÉBORA, t. 1, n° 81. En contra: PÉREZ LASALA, t. 1, n° 346.

(nota 19) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 988; DEMOLOMBE, t. 15, n° 54; AUBRY y RAU, t. 6, p. 613, nota 25; CHABOT, t. 2, art. 790, n° 4.

(nota 20) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 989; DEMOLOMBE, t. 14, n° 489; AUBRY y RAU, t. 6, § 613, nota 48; MARCADÉ, art. 792. En contra: LAURENT, t. 9, n° 339; DEMANTE, t. 3, n° 113 bis.

(nota 21) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 990.

(nota 22) MEYSSONS, La repudiation des successions, n° 117; DEMOLOMBE, t. 15, n° 54; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1292.

(nota 23) Véase en uno y otro sentido, pero siempre sosteniendo que el art. 3354 Ver Texto debe aplicarse: LAFAILLE, t. 2, n° 202; RÉBORA, t. 1, n° 77; DE GÁSPERI, t. 1, n° 106; PRAYONES, n° 36; SEGOVIA, t. 2, p. 432; BIBILONI, nota al art. 2929 Ver Texto ; LAJE, La protección de la legítima, tesis, núms. 1 y sigs.

(nota 24) FORNIELES, t. 1, n° 107; en igual sentido, BLOUSSON, La acción de reducción, tesis, p. 32.

(nota 25) Cód. Civil francés (art. 845), italiano (art. 521, inc. 2°), español (art. 1036), brasileño (art. 1790), uruguayo (art. 1101), venezolano (art. 887).

(nota 26) MACHADO, t. 8, p. 468, nota; LAFAILLE, t. 1, n° 207; MALLET, La renunciatio a succession, n° 131; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1704; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1076.

(nota 27) C. Civil Cap., Sala B, 24/9/1952, J.A., 1955-IV, p. 376; MALLET, La renunciatio a succession, n° 131; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1703; MESSINEO, t. 7, p. 296. En contra: MEYSSON, La repudiation des successions, n° 73.

(nota 28) De acuerdo: BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1704; MESSINEO, t. 7, p. 300.

(nota 29) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, loc. cit., en nota anterior; AUBRY y RAU, t. 6, § 613; MALLET, La renonciation a successions, núms. 131 y sigs.

(nota 30) D'HÉRICOURT, cit. por BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1706.

(nota 31) De acuerdo: ZANNONI, t. 1, § 272; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 358; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1706; MALLET, La renonciation a successions, n° 140.

(nota 32) De acuerdo: ZANNONI, t. 1, § 272; DEMOLOMBE, t. 15, n° 103; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 1, n° 953; MALLET, La renonciation a successions, n° 140 (sólo para el caso de nulidad relativa; en los de nulidad absoluta, este autor comparte el punto de vista de AUBRY y RAU). En contra, AUBRY y RAU, t. 6, § 613, nota 30, quien sostiene que es más respetable la situación del heredero que por dolo o violencia ha sido obligado a renunciar, que la del ausente que se ha desinteresado de la sucesión abierta a su favor: juzga natural que se aplique a éste y no al primero la teoría del heredero aparente. Tesis que por nuestra parte no compartimos, pues la institución del heredero aparente tiene en mira primordialmente la protección de los terceros de buena fe; es esta consideración y no la negligencia del heredero verdadero la que inspira esa solución.

(nota 33) FORNIELES, t. 1, n° 106; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 359; CHABOT, t. 2, art. 788, n° 2; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1708; DELVINCOURT, t. 2, p. 35.

(nota 34) De acuerdo: ZANNONI, t. 1, § 274; MAFFÍA, t. 1, n° 260; AUBRY y RAU, t. 6, § 613; DEMOLOMBE, t. 15, n° 81.

(nota 35) SEGOVIA, t. 2, p. 430, nota 78; RÉBORA, t. 1, n° 84.

(nota 36) Véase AUBRY y RAU, t. 6, § 613, 5ª ed.; véase también nota de BIBILONI al art. 2938.

(nota 37) DURANTON, cit. por DE GÁSPERI, t. 1, n° 102.

(nota 38) FORNIELES, t. 1, n° 106; ZANNONI, t. 1, § 276; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1717.

(nota 39) Véase en este sentido, FORNIELES, t. 1, n° 106, in fine.

1119/10700

III. ACEPTACIÓN CON BENEFICIO DE INVENTARIO (ver nota 1)

1119/290

290. CONCEPTO.— El beneficio de inventario se concede al heredero para eludir la responsabilidad personal por el pago de las deudas del causante; en otras palabras, responde sólo con bienes dejados por éste, pero no con los propios. Si la herencia fuese manifiestamente insolvente, lo normal será renunciarla; pero muchas veces la situación patrimonial es confusa, no se conoce con precisión el estado de los negocios del causante, el monto exacto de sus bienes y deudas. En tal caso, la aceptación no beneficiaria de la herencia es peligrosa porque las deudas pueden superar el haber; renunciarla, en cambio, sería perjudicial, si en definitiva resultara un superávit. El heredero cuenta entonces con la posibilidad de aceptar bajo beneficio de inventario, lo que implica dejar de lado el principio de la responsabilidad ultra vires.

Para acogerse a él basta aceptar la herencia lisa y llanamente (pues la ley presume que dicha aceptación es siempre beneficiaria) y hacer el inventario en el tiempo que la ley prevé. Esto permitirá evaluar la herencia correctamente e impedirá confusiones de bienes en perjuicio de los acreedores; en suma, significará mantener separados el patrimonio propio y el que perteneció al causante. El heredero se convierte en un liquidador de los bienes heredados: entra en posesión de ellos, paga las deudas y, si queda un remanente, lo incorpora a su patrimonio.

1119/291

291.— El beneficio de inventario fue introducido en el derecho romano por JUSTINIANO, como medio de atenuar el rigor de la responsabilidad ultra vires (ver nota 2); de allí pasó a la legislación posterior y a nuestro Código Civil. El principio era que el aceptante debía responder a las deudas del causante no sólo con los bienes heredados sino con los propios; pero se le concedía el recurso de aceptar manifestando hacerlo bajo beneficio de inventario con lo cual evitaba la responsabilidad personal. En el derecho moderno la limitación de la responsabilidad al monto de los bienes dejados por el difunto, tiende a convertirse en regla (véase núms. 233 y sigs.). La responsabilidad personal sólo quedaría comprometida cuando el heredero ha confundido deliberadamente los patrimonios, cuando ha realizado actos de disposición de bienes y, en suma, cuando ha puesto en peligro la garantía que para los acreedores del causante significa el patrimonio dejado por él. Es el sistema vigente en nuestro país después de la sanción de la ley 17711. Hoy basta con aceptar para que se reconozca al heredero el beneficio de inventario (art. 3363 Ver Texto), aunque no se formule ninguna manifestación de acogerse a él.

1119/11740

291 bis. IMPORTANTE CUESTIÓN TERMINOLÓGICA.— En numerosas disposiciones (arts. 3317 Ver Texto , 3319 Ver Texto , 3329 Ver Texto , 3335 Ver Texto , 3341 Ver Texto , 3359 Ver Texto , 3360, 3408 Ver Texto) el Código habla de aceptación pura y simple, significando con ella la que no goza del beneficio. Se justificaba mucho mejor esta expresión cuando el régimen legal consistía en que el heredero que se limitaba a decir

“acepto”, tenía responsabilidad ultra vires. En el régimen actual, el heredero que se expide así, no la tiene y por eso la expresión pura y simple es técnicamente objetable; sería mejor hablar de aceptación no beneficiaria, que es la forma que nosotros utilizaremos para mayor claridad de los conceptos (ver nota 3).

Pero si bien se mira, no hay contradicción necesaria cuando se califica como aceptación pura y simple la que no goza del beneficio. Las palabras pura y simple no se vincularían ya con la forma de la aceptación (pues la aceptación lisa y llana, es decir, sin aditamentos, es beneficiaria), sino con su contenido. Frente a la aceptación con beneficio de inventario, (es decir, con un ingrediente que la califica y hace más complejo su régimen), hay otra aceptación pura y simple (que carece de ese ingrediente). Es decir, la pureza de la aceptación no consiste ya en la forma de expresarla, sino en que ella está privada de toda calificación jurídica que limite la responsabilidad del heredero.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la indicada en la nota 359, véase: GUAGLIANONE, El beneficio de inventario en el Código Civil argentino, Buenos Aires, 1946; GUASTAVINO, Beneficio de inventario, J.A., Doctrina 1969, p. 183; PRAYONES, Aceptación de la herencia; aceptación con beneficio de inventario, J.A., t. 2, p. 242; ZABALA, Aceptación de la herencia con beneficio de inventario, Buenos Aires, 1945; ROUZAUT, La aceptación con beneficio de inventario, Rev. Col. Abogados Rosario, t. 2, p. 115-119, 1930; MÉNDEZ COSTA, Capacidad para aceptar y repudiar herencias; MOLINAS, Algunos aspectos de la herencia con beneficio de inventario, Santa Fe, 1950; ACUÑA ANZORENA, Responsabilidad del heredero beneficiario y de los acreedores para ejecutar individualmente los bienes de la herencia, J.A., t. 57, p. 362; POVIÑA, El beneficio de inventario en el derecho argentino, Tucumán, 1965; BILHARD, Traité du bénéfice d’inventaire et de la acceptation des successions, París, 1938; LAHOUGE, Droit antérieur a Justinien et origine du bénéfice d’inventaire, Caen, 1859; ANCHELOVICI, Du bénéfice d’inventaire dans le Code Civil suisse, París, 1912; VOCINO, Contributo alla dottrina del beneficio d’inventario, Milano, 1942.

(nota 2) Sobre los antecedentes históricos de la institución, puede consultarse: LAHOUGE, Droit antérieur a Justinien et origine du bénéfice d’inventaire, Caen, 1859; GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, p. 1 y sigs.

(nota 3) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 1, n° 459.

1119/10710

A.— QUIENES TIENEN DERECHO A PEDIRLO

1119/292

292. PRINCIPIO GENERAL.— Según el artículo 3358 Ver Texto todo sucesor universal, sea legítimo o testamentario, puede aceptar la herencia con beneficio de inventario. La ley es clara en lo que atañe al heredero; cualquiera sea su título, tiene derecho al beneficio. En

cambio el legatario de cuota no puede acogerse a él, simplemente porque carece de responsabilidad ultra vires, de modo tal que en su caso sería un remedio superfluo (ver nota 1).

1119/293

293.— El artículo 3358 Ver Texto dice que el beneficio de inventario se tiene contra todos los acreedores hereditarios y legatarios, es decir, las personas que pueden perseguir al heredero y cobrarse de sus bienes propios. Y agrega que se tiene también contra aquellas personas a cuyo favor se impongan cargas a la sucesión. La redacción es un tanto impropia pues los cargos recaen personalmente sobre los herederos y no sobre la sucesión (ver nota 2).

1119/294

294. CASO DE ACEPTACIÓN NO BENEFICIARIA.— El heredero que hubiera aceptado la herencia, renunciando expresamente al beneficio de inventario, pierde definitivamente el derecho de acogerse a él (arts. 3341 Ver Texto y 3359 Ver Texto). Es necesario advertir que el artículo 3341 Ver Texto establece que la aceptación pura y simple importa la renuncia a aceptar con beneficio de inventario. Ese era en efecto el sistema del Código Civil. Es claro que ahora esa consecuencia sólo resulta de la aceptación con renuncia al beneficio de inventario que es el equivalente actual de la aceptación pura y simple del Código.

Pero, no hay inconveniente en que el heredero beneficiario renuncie al beneficio (art. 3404 Ver Texto) y es la propia ley la que muchas veces atribuye ese efecto a ciertos actos suyos (véase nº 392), para proteger los intereses de acreedores y legatarios.

1119/295

295.— La nulidad de la aceptación no beneficiaria vuelve las cosas al estado en que se encontraban antes del acto (art. 1050 Ver Texto) y permite, por tanto, aceptar con beneficio de inventario, para lo cual bastará simplemente con manifestar que se acepta (art. 3363 Ver Texto).

1119/296

296. CASO DE PLURALIDAD DE HEREDEROS.— Cuando son varios los herederos, el beneficio se concede separadamente a cada uno de ellos; algunos pueden aceptar bajo beneficio y otros pueden renunciar a él o simplemente perderlo por la realización de actos que traen aparejada esa consecuencia. Tal es la justa solución del artículo 3360 Ver Texto , porque siendo individual la vocación, también debe ser individual la manera de aceptar y porque sería injusto que la imprudencia o falta de previsión de alguno de los herederos, obligara a los otros a cargar con el pasivo del sucesorio.

1119/297

297. PROHIBICIÓN AL TESTADOR DE IMPONER AL HEREDERO LA ACEPTACIÓN NO BENEFICIARIA.— Dispone el artículo 3362 Ver Texto que el testador no puede ordenar al heredero, sea legítimo o testamentario, que acepte la sucesión sin beneficio de inventario. La facultad del testador para imponer tal condición fue largamente debatida en Francia (ver nota 3). A nuestro juicio, VÉLEZ se inclinó por la mejor solución; nos parece chocante a la moral que se pretenda imponer al heredero la obligación de pagar con sus propios bienes deudas que no contrajo él sino el propio testador. Por lo demás, debe merecer aplauso toda norma tendiente a evitar que el heredero pueda ser privado del beneficio de inventario.

Se ha dicho que, en realidad, puede el testador burlar la ley, instituyendo heredero con cargo de pagar deudas y legados y sustituyéndolo por otro, para el caso de que el primero no quiera o no pueda cumplir. MACHADO y LLERENA señalan que no debe confundirse la prohibición del artículo 3362 Ver Texto con una cláusula que imponga cargas, que sería perfectamente legítima (ver nota 4). Pensamos, sin embargo, que llevada la cuestión a los estrados judiciales; el magistrado debe analizar las circunstancias del caso; y si llega a la conclusión de que por el camino del legado con cargo se ha dejado de lado la norma del artículo 3362 Ver Texto , debe permitirse la opción al heredero. De lo contrario, se haría cómplice de una violación de la ley (ver nota 5).

1119/10720

B.— BENEFICIARIOS DE PLENO DERECHO

1119/298

298-299. INCAPACES.— En nuestro Código, los representantes legales de los incapaces pueden aceptar o repudiar la herencia, con autorización judicial (art. 443 Ver Texto , inc. 4°); pero si la aceptan, debe serlo con beneficio de inventario (art. 450 Ver Texto , inc. 4°).

¿Qué ocurre si, no obstante la prohibición de los artículos citados, el representante legal manifiesta renunciar al beneficio de inventario o si deja transcurrir el plazo del artículo 3366 Ver Texto o realiza actos que traen aparejada la pérdida del beneficio? En nuestra doctrina y jurisprudencia se ha impuesto definitivamente la tesis de que los incapaces son aceptantes beneficiarios de pleno derecho (ver nota 6). En consecuencia aquellos actos del representante legal no le hacen perder el beneficio y sólo pueden dar origen a sanciones contra éste, como sería la destitución de los curadores o tutores y la designación de un tutor ad hoc si se tratare de los padres.

Cabe advertir que el artículo 450 Ver Texto , inciso 4°, sólo se refiere a los sometidos a tutela o curatela; empero, idéntica solución debe aplicarse a los menores bajo patria

potestad. En la nota al artículo 3364 Ver Texto , VÉLEZ habla de los menores en general, comprendiendo, por tanto, a los que se encuentran bajo la autoridad paterna. Por lo demás, no se explicaría que no gozaran éstos de un beneficio que se reconoce a los otros menores (ver nota 7).

Estas soluciones han sido acogidas de modo expreso en el Anteproyecto de BIBILONI (art. 2956) y en el Proyecto de 1936 (art. 1878).

1119/300

300.— No obstante tratarse de beneficiarios de pleno derecho, el artículo 3364 Ver Texto obligaba a los tutores y curadores a hacer la declaración de que aceptaban bajo esa condición, so pena de satisfacer a los acreedores de la sucesión los daños y perjuicios que la omisión les causare. Explica VÉLEZ en la nota que, si bien los menores e incapaces sólo pueden aceptar con beneficio de inventario, la falta de declaración dejaría en la incertidumbre sobre si la sucesión ha sido o no aceptada a nombre de aquéllos. Se quería evitar, en suma, la renuncia tardía. No parece suficiente este fundamento, pues si la demora del representante legal del incapaz en hacer la opción perjudica a los acreedores y legatarios, éstos tienen derecho a exigir una decisión en el plazo del artículo 3314 Ver Texto . Disponía también el artículo 3364 Ver Texto que el representante legal que omitiera la declaración debía pagar a los acreedores los daños y perjuicios que la omisión les causare. Pero no se comprende en qué podían consistir esos perjuicios: de cualquier modo, el incapaz sólo responde intra vires, haya o no declaración; tampoco pueden imputarle los acreedores al representante la demora que resulta de la omisión, pues ellos tenían el recurso de intimarlo para que se pronunciara dentro del plazo de treinta días del artículo 3314 Ver Texto ; si no hicieron, son ellos los culpables de la demora. Se explica pues, que no se conozcan antecedentes judiciales en que se haya aplicado la sanción establecida en el artículo 3364 Ver Texto . Todo ello justificaba sobradamente su derogación, tal como lo dispuso la ley 17711 .

1119/301

301.— Pensamos que los representantes de las personas por nacer no pueden aceptar herencias a su nombre, aunque dicha aceptación suponga el beneficio de inventario. Su derecho está supeditado a la condición del nacimiento con vida (art. 70 Ver Texto), de modo que antes de este acontecimiento no tendría objeto la aceptación (ver nota 8).

1119/302

302.— En cuanto a los concursados y fallidos la ley 19551 ha eliminado el problema, antes discutido (ver nota 9), de si podían aceptar la herencia sin beneficio de inventario. Sin aludir a éste, el artículo 115 Ver Texto resuelve la cuestión de modo simple: si la herencia es aceptada por el fallido, los acreedores del causante sólo pueden cobrarse de los bienes del concurso o quiebra una vez que hayan sido desinteresados los acreedores del fallido y pagado todos los gastos. De esta manera, aunque la aceptación sea no beneficiaria, los acreedores del aceptante no pueden sufrir perjuicio alguno.

1119/303

303. AUSENTES.— Hemos dicho ya que los ausentes no son incapaces, no obstante lo dispuesto en el artículo 54 Ver Texto , Código Civil (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 1, n° 251). Sin embargo, si la ausencia ha motivado la designación de un curador a los bienes (hablamos, se entiende, del período anterior a su muerte presunta), las facultades y obligaciones del representante legal se rigen por las reglas generales de la tutela y la curatela (art. 20 Ver Texto , ley 14394). Por tanto, ellos están obligados a aceptar la herencia bajo beneficio de inventario; durante este período, los ausentes son beneficiarios de puro derecho. Si el ausente reaparece sin que el curador haya aceptado expresa o tácitamente la herencia, tiene a su disposición el derecho de optar por la aceptación con o sin beneficio o de renunciar.

Declarada la presunción de fallecimiento, la situación jurídica del ausente varía fundamentalmente. De acuerdo con el nuevo régimen establecido por la ley 14394 se abre la sucesión y sus herederos entran en posesión de los bienes en carácter de propietarios (art. 28 Ver Texto , ley 14394), sin perjuicio de las medidas tendientes a la protección del ausente, para el caso de reaparición (art. 28 Ver Texto , in fine, ley citada). Pensamos, pues, que no siendo aplicables a los herederos las normas de la curatela, tienen plena libertad para aceptar con o sin beneficio o para renunciar la herencia que sea deferida al ausente. En cuanto a la situación de aquél en caso de reaparición, véase número 190.

1119/304

304. MUJER CASADA.— Las discusiones en torno a si la mujer casada era o no beneficiaria de pleno derecho, han quedado superadas por la ley 17711 que estableció una completa igualdad entre los cónyuges y acabó con las incapacidades de la mujer. Hoy es indiscutible que no es beneficiaria de pleno derecho. Remitimos sobre el punto al número 188.

1119/10730

C.— COSA JUZGADA SOBRE EL CARÁCTER BENEFICIARIO DE LA ACEPTACIÓN

1119/11750

304 bis. LA CUESTIÓN.— ¿Qué valor tiene la sentencia que ha declarado a un heredero aceptante beneficiario? ¿Sólo tiene efectos entre las partes o, por el contrario, hace cosa juzgada respecto de los demás acreedores y legatarios que no fueron parte en el juicio?

GUAGLIANONE (ver nota 10) opina que, en nuestro Código, la cuestión está expresamente resuelta por el artículo 3332 Ver Texto que dispone: El que, a instancia del que tenga algún interés en la sucesión, como legatario o acreedor, haya sido declarado heredero, será tenido como tal para los demás acreedores o legatarios sin necesidad de nuevo juicio. Y añade, citando a LLERENA (ver nota 11), que si un heredero ha sido condenado como tal será porque ha ejecutado alguno de los actos que por la ley importan aceptación pura y simple de la herencia; y la aceptación tiene efectos respecto de todos los acreedores y legatarios. Agreguemos que después de la ley 17711, la aceptación tácita no implica responsabilidad ultra vires; pero el argumento del autor que citamos conserva su fuerza para el caso de que este acto suponga, además de aceptación, la pérdida del beneficio.

No compartimos la opinión de GUAGLIANONE de que el artículo 3332 Ver Texto resuelve expresamente el problema. Esta norma se refiere a la calidad de heredero en sí misma. Y aunque también en este punto es teóricamente discutible si la sentencia tiene o no efectos erga omnes, lo cierto es que el Código ha tomado partido en el sentido de que sí los tiene. Ha privado la consideración de que resulta chocante que una persona pueda ser heredero respecto de ciertas personas y no de otras, puesto que la calidad de tal es indivisible. Pero aquí se trata de un problema distinto. No está en juego la calidad de heredero, sino solamente su responsabilidad frente a los acreedores y legatarios. No hay ninguna contradicción jurídica sustancial en que frente a unos responda ilimitadamente y frente a otros sólo hasta el monto de los bienes heredados, sobre todo cuando esa diferencia depende de la diligencia de los propios interesados. No cabe duda, sin embargo, que atribuir efectos erga omnes a la sentencia que admite o desconoce el beneficio de inventario, significaría guardar coherencia con el sistema del artículo 3332 Ver Texto, respecto de la calidad de heredero en sí misma. Ello es un importante argumento en favor de la opinión de GUAGLIANONE. Nos inclinamos, sin embargo, por el sistema contrario. El principio procesal de la relatividad de la cosa juzgada tiene también en nuestro caso una importancia práctica, a nuestro juicio, decisiva. Supongamos que un heredero, que ha realizado un acto que importe pérdida del beneficio, alarmado por la responsabilidad ultra vires, se confabula con un acreedor, se sigue entre ellos un juicio en el que las pruebas presentadas por éste son a designio débiles, y la sentencia declara no probado el acto y tiene por acogido al heredero al beneficio de inventario. Si a esta sentencia se le reconoce efectos erga omnes, los restantes acreedores resultarán burlados por una maniobra cuyo carácter fraudulento será difícil o imposible probar (ver nota 12). No es extraño, por tanto, que la jurisprudencia francesa se haya inclinado en el sentido de la relatividad de la cosa juzgada en esta materia, lo mismo que la casi totalidad de los clásicos de aquel país; sólo algunas voces menos han sostenido el efecto erga omnes (ver nota 13).

(nota 1) Unanimidad en la doctrina. RÉBORA opina que el legatario de cuota es un beneficiario de pleno derecho (t. 1, n° 89).

(nota 2) SEGOVIA (t. 2, p. 434, nota 4) y MACHADO (t. 8, p. 488, nota) dicen que esta última parte del art. 3358 Ver Texto es una redundancia, pues las personas a cuyo favor se imponen cargas a la sucesión no pueden ser otros que los legatarios; es un error, pues evidentemente se alude a los beneficiarios de un cargo y no a los legatarios.

(nota 3) Puede verse una excelente síntesis de la controversia en DEMOLOMBE, t. 15, n° 126.

(nota 4) MACHADO, t. 8, p. 487, nota; LLERENA, t. 6, p. 115.

(nota 5) De acuerdo: SEGOVIA, p. 435, nota 10; GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, n° 27; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 460.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala A, 11/5/1956, L.L., t. 82, p. 662; C. Civil 1ª Cap., 28/4/1947, J.A. 1947-II, p. 56; id., 19/10/1931, J.A., t. 36, p. 137; C. Civil 2ª Cap., 23/3/1936, J.A., t. 53, p. 713; id.; 8/4/1919, J.A., t. 3, p. 227; Sup. Trib. Santa Fe, 11/5/1945, Rep. L.L., t. 8, p. 1105, sum. 27; FORNIELES, t. 1, n° 123; LAFAILLE, t. 1, n° 228; SEGOVIA, t. 2, p. 424; nota 44; LLERENA, t. 6, p. 147; MACHADO, t. 8, p. 497, nota; PRAYONES, n° 23; ZANNONI, t. 1, § 320; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 378. Era excepcional la posición de GUAGLIANONE, sostenida con argumentos que han perdido vigencia después de la reforma: véase El beneficio de inventario, núms. 31 y sigs. y la crítica que nosotros formulamos acerca de su doctrina, en nuestra 2ª ed., n° 298.

(nota 7) FORNIELES, t. 1, n° 123; ZANNONI, t. 1, § 322.

(nota 8) GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, n° 43. En contra: ZANNONI, t. 1, § 237; MAFFÍA, t. 1, n° 217 bis; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 321; MÉNDEZ COSTA, Capacidad para aceptar y repudiar herencias, p. 52.

(nota 9) En nuestras primeras ediciones nos inclinamos por la opinión de que debían considerarse aceptantes beneficiarios de pleno derecho. De acuerdo: PARRY, nota a la ley 11719, en Anales de Legislación Argentina, 1920-1940, p. 381. En contra: GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, n° 43.

(nota 10) GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, n° 20.

(nota 11) LLERENA, t. 9, p. 151.

(nota 12) De acuerdo: MACHADO, t. 8, p. 489, nota.

(nota 13) Véase la jurisprudencia citada por PLANIOL-RIPERT, t. 4, n° 312. Por la relatividad de los efectos de la sentencia, se pronuncian, además de los autores indicados, AUBRY y RAU, § 612, nota 25 y § 613, nota 57; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1775; HUC, t. 5, n° 216; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1060. Por el sistema contrario: MALPEL, Traité élémentaire des successions, n° 194; BELOST-JOLIMAT, en CHABOT, art. 800, 2. Puede verse una minuciosa compulsa de las opiniones en uno y otro sentido en GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, n° 20, nota 23.

§ 2.— Forma de la aceptación beneficiaria

1119/305

305-306. ES TÁCITA.— En el sistema del Código, el acogimiento al beneficio era expreso y formal; debía declararse ante el juez del sucesorio. En el régimen de la ley 17711 , la aceptación se presume hecha bajo beneficio; basta, pues, la mera declaración de la voluntad de aceptar (art. 3363 Ver Texto).

Inclusive la aceptación tácita es beneficiaria. El artículo 3329 Ver Texto dispone que esta aceptación debe considerarse pura y simple. En la terminología del Código Civil esto significa responsabilidad ultra vires; y si bien esta disposición no ha sido derogada expresamente, lo ha sido tácitamente por el artículo 3363 Ver Texto que dice que toda aceptación se presume beneficiaria. Es decir, se comprende en sus términos tanto la expresa como la tácita (ver nota 1).

(nota 1) De acuerdo: MAFFÍA. t. 1, n° 284; PÉREZ LASALA. t. 1, n° 385.

1119/10750

§ 3.— Oportunidad y procedimiento de la aceptación beneficiaria

1119/10760

A.— PLAZO PARA ACOGERSE AL BENEFICIO (ver nota 1)

1119/307

307. EL PROBLEMA EN EL CÓDIGO CIVIL.— El Código Civil establecía que el heredero que deseara aceptar bajo beneficio de inventario debía hacerlo dentro de diez días (art. 3363 Ver Texto). Pero no establecía a partir de qué momento se contaba el plazo. Así surgió una de las cuestiones más intrincadas de nuestro derecho sucesorio. Para algunos el plazo debía contarse desde la apertura de la sucesión o desde que el heredero supo que lo era (ver nota 2); para otros debía contarse después de vencidos los nueve días de luto y llanto (ver nota 3); para otros desde la intimación del juez a pedido de parte interesada (ver nota 4); para otros, desde que se hubieran vencido los términos para hacer el inventario y deliberar (ver nota 5).

Este sistema, confusísimo, convertía la aceptación en una verdadera trampa. El menor descuido o la interpretación equivocada de los textos podía hacer perder el beneficio no obstante la intención de ampararse en él.

1119/308

308-310. LA LEY 17711.— La ley 17711 concluyó con este grave problema. Según el artículo 3363 Ver Texto la aceptación goza del beneficio cualquiera sea el tiempo en que se la haga; claro está, que si antes se hubieran realizado actos prohibidos para el heredero que pretende conservar el beneficio, éste se pierde definitivamente. Pero ésta no es ya una cuestión de plazo, sino de caducidad del beneficio (ver nota 6).

1119/10770

B.— EL INVENTARIO

1119/311

311. TÉRMINOS PARA HACERLO.— El heredero debe hacer el inventario dentro de los tres meses contados desde que hubiera sido judicialmente intimado por parte interesada (art. 3366 Ver Texto , ref. por la ley 17711). Este término no es inflexible: si por la situación de los bienes o por otras causas justificadas no ha podido incluirse el inventario, los jueces pueden conceder las prórrogas que sean indispensables (art. 3368 Ver Texto). Es facultativo del magistrado examinar las circunstancias y apreciar las razones que se invoquen en favor de la prórroga (ver nota 7).

Si bien es conveniente que el heredero formule el pedido de prórroga antes del vencimiento del plazo del artículo 3366 Ver Texto , no vemos obstáculo legal en que lo formule después, ya que el aludido término no es perentorio (ver nota 8).

En caso de muerte del heredero durante el término legal para hacer el inventario, la carga de inventariar se trasmite a sus herederos; pensamos que éstos cuentan con un nuevo plazo de tres meses a partir del momento de la aceptación (ver nota 9).

Por interesado debe entenderse no sólo los acreedores hereditarios y los legatarios, sino también toda persona que acredite que puede verse afectada en sus derechos por no hacer los herederos el inventario (ver nota 10), por ejemplo, el beneficiario de un cargo que debe cumplirse con fondos de la sucesión.

1119/312

312. **FACCIÓN DEL INVENTARIO.**— Conforme al artículo 3370 Ver Texto , el inventario debe ser hecho ante un escribano y dos testigos, con citación de los legatarios y acreedores que se hubieran presentado. El artículo 721 Ver Texto , Código Procesal, dispone que serán citadas las partes, acreedores y legatarios. Por partes ha de entenderse los herederos. El escribano será designado por el juez a propuesta de los interesados, si estuvieren de acuerdo; si no lo estuvieren, lo hará el juez de oficio (ver nota 11).

El inventario será hecho con claridad y precisión especificando los bienes, con indicación de la persona que efectúa la denuncia. Si hubiere títulos de propiedad, bastará una relación sucinta de su contenido. Asimismo se dejará constancia de las impugnaciones y observaciones que se formulen (art. 721 Ver Texto , Cód. Procesal). Comprenderá tanto el activo como el pasivo; los bienes inmuebles se describirán por sus datos esenciales sobre ubicación, medidas, linderos y anotación en el Registro de la Propiedad, dejándose constancia de las mejoras, sementeras, etcétera; los muebles se describirán con la mayor minuciosidad para individualizarlos lo mejor posible y hacer difíciles o imposibles las sustituciones; se detallarán los títulos y papeles que documenten deudas o créditos. Tratándose de una casa de comercio, el inventario se suple por una compulsa de libros hecha por un contador (ver nota 12).

1119/313

313.— El inventario debe ser firmado por el escribano, los testigos y las personas que hayan comparecido. Si no hubiera concurrido ninguno de los interesados, valdrá lo mismo, siempre que hayan sido citados en debida forma (ver nota 13). Si concurrieren y se negaren a firmar, se dejará constancia de las impugnaciones y observaciones que se formulen (art. 721 Ver Texto , Cód. Procesal).

1119/314

314. **SANCIONES EN CASO DE INVENTARIO IRREGULAR.**— El inventario puede haber sido confeccionado irregularmente sea por defecto de forma, por ocultación maliciosa de bienes, o por omisión involuntaria de alguno de ellos. Trataremos por separado estas hipótesis.

La falta de formas esenciales da lugar a la nulidad del instrumento público en que está documentado el inventario. En cuanto a las causas de nulidad, remitimos al Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, número 1035. Con particular referencia a nuestra hipótesis, cabe agregar que también es causa de nulidad la omisión de la citación de los interesados (ver nota 14) (coherederos, cónyuges, acreedores y legatarios presentados en el sucesorio, y representante de la Dirección General Impositiva: art. 3370 Ver Texto , Cód. Civil y art. 721 Ver Texto , Cód. Procesal); pero si están debidamente citados, no es indispensable su presencia (ver nota 15). En cambio no lo es la descripción insuficiente o errónea de un bien; ello dará lugar cuanto más a una rectificación del inventario, a pedido de parte interesada.

La nulidad del inventario por defecto de formas no hace perder el derecho al beneficio si todavía se está en término de confeccionarlo nuevamente (ver nota 16). Es claro que esta hipótesis sólo puede presentarse en caso de allanamiento a la demanda de nulidad, pues si se traba la contienda, el pleito llevará siempre más tiempo que los tres meses fijados para hacerlo.

b) Si el heredero hubiera incurrido en ocultación de bienes o valores de la sucesión, o los hubiera omitido fraudulentamente en el inventario, pierde el beneficio (art. 3405 Ver Texto). A diferencia del caso anterior, no podrá ya intentar confeccionar uno nuevo, ni aunque esté en término.

c) Si la omisión resultara de una inadvertencia o ignorancia del heredero, no hay sanción ninguna: en primer lugar, por que la ley no la establece y no pueden admitirse otras sanciones que las que ella fija; en segundo término, porque siendo de buena fe el heredero, será excesivo e injusto hacerle perder el beneficio. Corresponde, por tanto, ampliar el inventario por planilla separada, para lo cual se solicitará un plazo prudencial al juez (ver nota 17).

1119/315

315. INVENTARIO NO CONFECCIONADO EN TIEMPO.— Si el heredero no ha confeccionado en tiempo el inventario, pierde el beneficio. El artículo 3366 Ver Texto , reformado por la ley 17711 , ha consagrado así expresamente un sistema que ya antes de la reforma contaba con el acuerdo general de la jurisprudencia y la doctrina (ver nota 18).

Cabe preguntarse si, perdido el beneficio, puede todavía el heredero optar por la aceptación o la renuncia. Se han sostenido sobre este punto opiniones divergentes:

a) Para algunos, se debe considerar al heredero como aceptante no beneficiario, puesto que el beneficio es un favor que la ley concede, que limita los efectos de la aceptación; perdido el beneficio, la aceptación queda sola, porque de todos modos el heredero ha manifestado su voluntad de aceptar. Además, el artículo 3408 Ver Texto establece que, cesado el beneficio de inventario, el heredero será tenido como heredero puro y simple (ver nota 19) lo que en la terminología del Código supone la responsabilidad ultra vires, que era inherente a la simple aceptación.

b) Otros sostienen que en la declaración del heredero que acepta bajo beneficio de inventario (o simplemente que acepta) no puede escindirse la voluntad de aceptar de la de acogerse al beneficio. Esta es una condición esencial de aquélla. Considerarlas por separado sería artificioso y contrario a la voluntad del heredero. El argumento fundado en el artículo 3408 Ver Texto carece de peso, pues esta norma se refiere a las hipótesis de los artículos 3404 Ver Texto y siguientes, que nada tienen que hacer con este problema. Es necesario admitir, por tanto, que, perdido el beneficio por falta de confección del inventario, el heredero queda en situación de aceptar o repudiar la herencia. Es la opinión que tiende a predominar en la jurisprudencia (ver nota 20) y doctrina (ver nota 21) más recientes y la que se aviene mejor con el espíritu de la reforma de la ley 17711 , que procura evitar se haga pesar sobre el

heredero la responsabilidad ultra vires. En otras palabras: hecho el inventario a tiempo el heredero puede aceptar con o sin beneficio o renunciar; no realizado el inventario sólo puede escoger entre la aceptación no beneficiaria y la renuncia.

Va de suyo que, cualquiera sea la solución que se adopte, la opción no será ya posible si el heredero, además de no confeccionar el inventario, hubiera realizado algún acto de aceptación tácita.

Cabe agregar que los modernos códigos de Italia (art. 485) y Venezuela (art. 1028) consideran heredero puro y simple al que ha incurrido en la omisión del inventario; era también la solución que propiciaba BIBILONI (art. 2948, inc. 2º) pero no fue acogida en el Proyecto de 1936.

1119/316

316. GASTOS DEL INVENTARIO.— Los gastos del inventario son a cargo de la sucesión y no del heredero. Es una solución tradicional, que cuenta con la venerable autoridad de los textos justinianos (ver nota 22) y que se justifica por el propósito de no imponer ninguna carga al heredero que se acoge al beneficio.

1119/10780

C.— DELIBERACIÓN

1119/317

317. OBJETO Y TÉRMINO DE LA DELIBERACIÓN.— Realizado el inventario el heredero está ya en condiciones de pronunciarse con conocimiento de causa. Si es conveniente, aceptará, e incluso puede al aceptar, manifestar que renuncia al beneficio; si es claramente insolvente la sucesión, renunciará, pues la aceptación, aunque goce del beneficio de inventario, sólo le acarrearía molestias y ningún beneficio. Dispone el segundo párrafo del artículo 3366 Ver Texto que, luego de hecho el inventario, el heredero gozará de un plazo de treinta días para renunciar a la herencia, vencido el cual se lo considerará aceptante beneficiario. Dentro del lapso previsto, el heredero puede decir que acepta con o sin beneficio, o puede decir que renuncia a la herencia; en cualquiera de los supuestos la situación es clara. Pero si transcurrido dicho plazo, no hace ninguna manifestación, la ley presume que acepta bajo beneficio de inventario, con lo cual no hace sino guardar la debida coherencia con el artículo 3363 Ver Texto . En efecto: no puede considerárselo renunciante, porque la renuncia no se presume y la facción del inventario traduce su voluntad de aceptar; y tampoco cabe sancionarlo con la pérdida del beneficio, puesto que ha cumplido con su obligación, que era hacer el inventario en término. Como la situación de los herederos, legatarios y acreedores no puede mantenerse indefinida, se lo tiene por aceptante beneficiario, con lo cual su patrimonio está a cubierto.

1119/318

318.— El sistema adoptado por la ley 17711 clarifica uno de los problemas más controvertidos en el Código: en qué situación se encontraba el heredero que no había optado en término (puede verse una reseña completa de esta cuestión, que hoy sólo tiene un valor histórico, en nuestra 2ª edición, de esta obra, t. 1, p. 318).

Pero subsiste una dificultad. El artículo 3314 Ver Texto establece que los terceros pueden exigir que el heredero acepte o repudie la herencia dentro del plazo de treinta días, sin perjuicio de lo que se dispone sobre el beneficio de inventario. Conforme con el artículo 3366 Ver Texto , el heredero pierde el beneficio si no hiciera el inventario en el plazo de tres meses, contados desde que se lo intimó judicialmente por parte interesada; luego de hecho el inventario, gozará de un plazo de treinta días para renunciar a la herencia ¿Cómo se concilian estas disposiciones? La solución nos parece clara. El artículo 3314 Ver Texto supone que la herencia no ha sido aceptada ni renunciada. La ley autoriza a intimarlo a que haga esa opción. Si acepta renunciando al beneficio o si repudia la herencia, la cuestión concluye allí. Pero si se limita a aceptar, entonces entra a jugar el artículo 3314 Ver Texto que, textualmente dice “sin perjuicio de lo que se dispone sobre el beneficio de inventario”. Es decir, el heredero queda en situación de heredero beneficiario. En ese caso, los acreedores y legatarios que deseen definir la situación de aquél, deberán intimarlo nuevamente, esta vez para que haga el inventario; y luego de éste el heredero tendrá todavía treinta días para tomar su decisión (ver nota 23).

1119/319

319.— La ley 17711 ha resuelto acertadamente otro problema que en el régimen anterior, a nuestro juicio, debía decidirse de manera distinta. El juego de las disposiciones legales en vigor nos llevaba a la conclusión de que quién había aceptado con beneficio de inventario no podía ya renunciar la herencia, por que la aceptación tenía carácter irrevocable; para mantener abierta la posibilidad de renunciar debía limitarse a manifestar que se acogía al beneficio de inventario, sin expresar que se aceptaba bajo beneficio de inventario (ver nota 24). Pero por muy lógica y muy ajustada a los textos vigentes que fuera esta solución, había que reconocer que significaba una nueva trampa para los herederos. Si la esencia del beneficio de inventario es hacer un balance de los bienes para tomar una decisión, era claro que la intención del heredero que se acogía a él era realizar un estudio detenido del acervo sucesorio para optar por la solución que le resultara más conveniente. Decir que se acoge al beneficio de inventario o que acepta bajo beneficio de inventario, en nada cambia la intención clara de estudiar el estado de la herencia para hacer la opción. Y en nada cambia la situación respecto de los bienes, sea que se utilice una fórmula u otra.

La reforma ha decidido expresamente la cuestión en el sentido de que aceptada la herencia con beneficio de inventario, el heredero conserva la facultad de renunciarla (art. 3366 Ver Texto).

1119/320

320-324. DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 3367, CÓDIGO CIVIL.— Conforme con este precepto, derogado por la ley 17711 , durante los plazos para hacer el inventario y deliberar no podían los acreedores y legatarios demandar el pago de sus créditos; en cambio podían intentarse las acciones de dominio contra la sucesión y el heredero podía cobrar los créditos hereditarios. La razón de ser del precepto era que si el heredero aún no había tomado su decisión, no parecía lógico hacerlo comparecer a los tribunales a contestar demandas, tanto más cuando no podía descartarse la posibilidad de la renuncia, en cuyo caso el pleito se habría trabado con quien no era parte.

Pero la demora puede ser gravemente perjudicial para los acreedores; y como el heredero está protegido con el beneficio de inventario, no parece justo imponerles esa espera. Ciertamente que el heredero puede renunciar a la herencia, para lo cual el artículo 3366 Ver Texto , en su nueva redacción, le acuerda treinta días, después de hecho el inventario. Pero, si ello ocurre, quien le siga en orden o rango ocupará su lugar y podrá contestar las demandas; y, en último término, siempre será posible nombrar un curador a la herencia para que defienda sus intereses en el pleito. Todo ello justifica la derogación del artículo 3367 Ver Texto .

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en nota 535, véase: ALSINA ATIENZA, Plazo para aceptar la herencia bajo beneficio de inventario, J.A., 1947-II, p. 680; DÍAZ DE GUIJARRO, El plazo para aceptar la herencia bajo beneficio de inventario, J.A., t. 47, p. 561; RÉBORA y GRÜNBERG, Los plazos para la aceptación de la herencia; HERMITTE, Los plazos para la aceptación beneficiaria, Anales Facultad de Derecho de La Plata, t. 2, 1940, p. 645 y sigs.; VACA NARVAJA, Cómputo del plazo legal para aceptar la herencia con beneficio de inventario, Boletín del Instituto de Derecho Civil de Córdoba, t. 7, p. 105.

(nota 2) C. Civil 1ª Cap., 27/8/1934, J.A., t. 47, p. 561; id. 29/8/1918, J.A., t. 2, p. 242; C. Civil 2ª Cap.; 7/10/1940, J.A., t. 72, p. 395; id. 29/12/1938, J.A., t. 35, p. 1370; Sup. Trib. San Luis, 30/7/1935, J.A., t. 52, p. 307; SEGOVIA, t. 2, p. 436, nota 14; LLERENA, t. 6, p. 116; MACHADO, t. 8, p. 295, nota; PRAYONES, nº 27; y nota en J.A., t. 2, p. 242; LAFAILLE, t. 1, nº 221; MOLINAS, Algunos aspectos de la aceptación con beneficio de inventario, Estudios en Homenaje a Don Dalmacio Vélez Sarsfield, p. 173 nota 6.

(nota 3) C. Civil 1ª Cap., 9/2/1943, J.A., 1943-I, p. 477; id., 28/11/1929, J.A., t. 31, p. 846; FORNIELES, t. 1, núms. 113 y sig.; DÍAZ DE GUIJARRO, nota en J.A., t. 47, p. 561; ARIAS, Sucesiones, p. 315. En contra: C. Civil 2ª Cap. 23/12/1932, J.A., t. 40, p. 565.

(nota 4) C. Apel. Mercedes, 7/4/1947, J.A., 1947-II, p. 680, que siguió la tesis de CALATAYUD, La responsabilidad del heredero y la aceptación beneficiaria, Buenos Aires, 1940, p. 19 y sigs. Véase la refutación de MOLINAS, Algunos aspectos de la aceptación bajo beneficio de inventario, Estudios en Homenaje a Don Dalmacio Vélez Sarsfield, Córdoba, 1950, p. 196 y sigs.

(nota 5) RÉBORA y GRÜNBERG, nota en J.A., t. 31, p. 846, reproducida en Cinco estudios de derecho sucesorio, p. 75 y sigs.; RÉBORA, Sucesiones, t. 1, nº 105 y nota; ALSINA ATIENZA, nota en J.A., 1947-II, p. 680.

(nota 6) De acuerdo: ZANNONI, t. 1, § 289.

(nota 7) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala A, 19/4/1961, causa 69.934 (inédita).

(nota 8) MACHADO, t. 8, p. 507, nota; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 394; GUAGLIANONE, El beneficio del inventario, n° 113, quien agrega que el heredero no podría ya pedir prórroga, si los acreedores o legatarios le hubieran exigido el pronunciamiento del art. 3314 Ver Texto .

(nota 9) De acuerdo: GUASTAVINO, J.A., doct., 1969, p. 33; ZANNONI, t. 1, § 296. En contra sosteniendo que el plazo no se interrumpe con la muerte del primer heredero: MACHADO, t. 8, p. 501; MAFFÍA, t. 1, n° 290.

(nota 10) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala D, 9/3/1972, L.L., t. 150, p. 716., ZANNONI, t. 1, § 292.

(nota 11) C.S.N., 27/2/1931, J.A., t. 35, p. 31; C. Civil Cap. en pleno, 20/5/1935, J.A., t. 50, p. 577.

(nota 12) FORNIELES, t. 1, n° 122.

(nota 13) C. Civil 1ª Cap., 18/8/1941, J.A., t. 75, p. 860.; ALSINA, Tratado de derecho procesal, t. 3, p. 765.

(nota 14) C. Civil 1ª Cap., 12/8/1924, J.A., t. 13, p. 716., C. Apel., 2ª La Plata, 23/2/1954, J.A., 1945-II, p. 281.

(nota 15) C. Civil 1ª Cap., 18/4/1941, J.A., t. 75, p. 860.

(nota 16) GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, n° 107; LLERENA, t. 6, p. 127. En contra: MACHADO, t. 8, p. 513, nota.

(nota 17) PRAYONES, n° 28. En contra: GUAGLIANONE, El beneficio del inventario, n° 102.

(nota 18) C. Civil Cap., 12/5/1951, causa 24.375 (inédita); C. Civil 1ª Cap., 31/12/1942, J.A., 1943-I, p. 327; C. Civil 2ª Cap., 23/12/1932, J.A., t. 40, p. 565; Sup. Trib. San Luis, 30/7/1935, J.A., t. 52, p. 307; SEGOVIA, t. 2, p. 437, nota 32; LLERENA, t. 6, p. 119; LAFAILLE, t. 1, n° 229; FORNIELES, t. 1, n° 117; RÉBORA, t. 1, n° 105;

GUAGLIANONE, El beneficio de inventario n° 117. En Francia en cambio, ha prevalecido la opinión de que el beneficio no caduca y que el único efecto de la expiración del plazo es impedir que el heredero pueda oponer la excepción dilatoria a la demanda de los acreedores (COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1082).

(nota 19) C. Civil 2ª Cap., 23/12/1932, J.A., t. 40, p. 565, id., 5/10/1944, L.L., t. 36, p. 334; MÉNDEZ COSTA, Revocabilidad de la aceptación beneficiaria de la herencia, L.L., t. 148, p. 1294; ZANNONI, t. 1, § 297; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 397; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1202; DEMOLOMBE, t. 15, n° 131.

(nota 20) C. Civil 1ª Cap., 14/8/1950, L.L., t. 60, p. 154; id., 22/2/1949, J.A., 1949-II, p. 43; C. Apel. Rosario, 14/3/1939, J.A., t. 70, p. 58.

(nota 21) LLERENA, t. 9, p. 158; RÉBORA, t. 1, n° 105; LAFAILLE, t. 1, n° 229; FORNIELES, t. 1, n° 119; GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, n° 117; GUASTAVINO, Consideraciones sobre el beneficio de inventario, J.A., 1971-10, p. 657, n° 13; FERRER, El abandono del heredero beneficiario, L.L., t. 155, p. 1025, n° III; MAFFÍA, t. 1, n° 298.

(nota 22) Código, L. 22, § Cód. de jure deliber., 6, 30. Véase en este sentido: POLACCO, t. 2, p. 125.

(nota 23) De acuerdo, MAFFÍA, Cinco aspectos de la reforma en el derecho de sucesiones, L.L., t. 32, p. 1316.

(nota 24) Véase nuestra 2ª edición, n° 309 y opiniones concordantes de GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, núms. 66 y sigs.; SALAS, nota en J.A., 1948-I, p. 399.

1119/10790

§ 4.— Efectos de la aceptación beneficiaria

1119/10800

A.— LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO

1119/325

325. EFECTO PRINCIPAL.— El efecto capital del beneficio de inventario es la limitación de la responsabilidad del heredero por las cargas de la sucesión hasta la concurrencia de los bienes heredados (art. 3371 Ver Texto). Este es el verdadero objeto de la institución, el

motivo por el cual ha sido legislada. Las otras consecuencias sólo tienden a asegurar la efectividad práctica del beneficio e impedir perjuicios para los acreedores y legatarios. Indirectamente, favorece a los acreedores personales del heredero, desde que mantiene incólumne su garantía (el patrimonio de éste) sobre el cual no vienen a pesar nuevas deudas.

El heredero no está tampoco obligado con los bienes que el autor de la sucesión le hubiera dado en vida (art. 3372 Ver Texto), solución lógica, porque esos bienes no son ya del sucesorio, sino que están incorporados al patrimonio del heredero. Queda a salvo el derecho de los acreedores de intentar la acción pauliana, si el acto fuere fraudulento.

En cambio, los frutos y productos de los bienes heredados responden por las deudas y legados (art. 3439 Ver Texto).

El beneficio de inventario no suspende las acciones de los acreedores y legatarios para perseguir el pago; pero en un caso se declaró que el juez de la sucesión puede suspender el ejercicio de la acción deducida, si el heredero procede diligentemente a la liquidación de los bienes (ver nota 1).

1119/326

326.— Se discutía antiguamente si el heredero estaba obligado con sus bienes propios hasta la concurrencia del valor del patrimonio heredado, o si sólo respondía con los bienes heredados. En otras palabras: ¿pueden los acreedores dirigirse contra los bienes propios del heredero, en tanto no se exceda el valor de los heredados, o, por el contrario, sólo pueden ejecutar éstos? La controversia está hoy decidida por la última solución, que es la que mejor se ajusta con el espíritu de la institución (ver nota 2).

1119/327

327.— A los efectos de fijar el monto de los bienes, debe tomarse el valor de venta y no el de tasación. Es lo que se desprende claramente del artículo 3392 Ver Texto , según el cual, ni el heredero, ni los acreedores pueden adjudicarse los bienes al valor de tasación. La venta debe hacerse en pública subasta (art. 3393 Ver Texto), para mayor garantía de la objetividad del precio.

1119/328

328. VALORES COLACIONABLES.— Hemos dicho ya (nº 325) que el heredero no está obligado con los bienes que el autor de la sucesión le hubiera dado en vida. Llevando a sus últimas consecuencias este principio, el artículo 3372 Ver Texto dispone que el heredero no está obligado con esos bienes aunque debiere colacionarlos entre sus coherederos, ni con los que el difunto haya dado en vida, a sus coherederos y que él tenga derecho a colacionar. DEMOLOMBE, fuente de la norma, la explica diciendo que esos bienes no están en la

sucesión; y si se reputa que entran en ella a cierto respecto, es únicamente en el interés de los herederos (ver nota 3).

Consideramos que el artículo 3372 Ver Texto se hace acreedor a serios reparos. La referencia a los bienes que el heredero beneficiario debe colacionar entre sus coherederos está de más; si los acreedores pudieran ejecutar esos bienes, quienes responderían serían los coherederos y no el beneficiario. Es inútil, por tanto, decir que no está obligado con ellos, pues no puede estarlo con algo que no le pertenece. Pero lo indudablemente excesivo e injusto es la última parte del artículo, en cuanto dispone que no responde el heredero con los bienes que él tenga derecho a hacer colacionar. No es exacto lo que dice DEMOLOMBE, que esos bienes no forman parte de la herencia; es una afirmación sin fundamento, pues lo cierto es que se trata de una transmisión mortis causa, cuyo título para reclamarla es precisamente el carácter de heredero. Desde el punto de vista de la equidad y la justicia es inexplicable, que los acreedores vengan a quedar privados de los pagos de sus créditos y que, en cambio, el heredero goce de los bienes del causante.

No es de extrañar, por tanto, que ningún Código contemporáneo contenga una disposición similar a ésta. Y es lamentable que los proyectos de reformas insistan en ella (Anteproyecto, art. 2959; Proyecto de 1936, art. 1882).

1119/329

329.— El artículo 3372 Ver Texto habla únicamente de los valores colacionados. Cabe preguntarse si se encuentran en igual situación los bienes que el heredero ha recibido como consecuencia del ejercicio de la acción de reducción, en salvaguardia de su legítima. Se ha sostenido que sí, porque la situación es evidentemente análoga a la colación y porque así lo dicen las fuentes del artículo 3372 Ver Texto (ver nota 4). Estamos en desacuerdo con este punto de vista. Sin duda la situación es análoga a la de dicho artículo, pero cuando una solución legal es injusta, el intérprete está obligado a circunscribir su campo de aplicación estrictamente a la hipótesis prevista por la ley. Es absurdo que el heredero responda por las deudas del causante con su legítima, cuando el testador no ha intentado despojarlo de ella y, en cambio, no responda cuando ha intentado hacerlo. Sin contar con que ello se prestaría a fáciles maniobras en perjuicio de los acreedores. El argumento fundado en las fuentes tiene muy escaso valor (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 1, núms. 209 y sigs.), tanto más cuanto que VÉLEZ se ha apartado de ellas al omitir la reducción, lo que parecería indicar el propósito de no dar a ambas hipótesis la misma solución.

(nota 1) C. Civil 1ª Cap., 3/2/1937, J.A., t. 57, p. 362.

(nota 2) GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, nº 148; LAFAILLE, t. 1, nº 240; PRAYONES, t. 100; DEMOLOMBE, t. 15, p. 159; MESSINEO, t. 7, § 194, nº 2.

(nota 3) DEMOLOMBE, t. 15, nº 163.

(nota 4) GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, n° 153; FORNIELES, t. 1, n° 129; MACHADO, t. 8, p. 519, nota. Las fuentes citadas por VÉLEZ son: DEMOLOMBE, t. 15, n° 163; POTHIER, Successions, Cap. 3, Sec. 3^a, art. 11, 6; y CHABOT, art. 802, n° 2.

1119/10810

B.— SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS

1119/330

330. EL PRINCIPIO Y SUS CONSECUENCIAS.— Si el heredero ha de responder sólo con los bienes heredados, es necesario mantener la individualidad de éstos, separándolos cuidadosamente del resto de su patrimonio; a ello tiende, en efecto, el inventario. De esta situación surgen las siguientes consecuencias:

1119/331

331. a) Créditos y deudas entre el heredero y la sucesión.— No hay extinción de los créditos o deudas que el heredero hubiere tenido con el causante. El heredero concurre a la par con cualquier otro acreedor de la sucesión, con sus créditos, y mantiene sus derechos reales; de igual modo, la sucesión conserva contra él todos sus derechos reales y personales (art. 3373 Ver Texto).

1119/332

332. b) Derechos reales constituidos por el causante.— El beneficiario puede reivindicar de terceros las cosas de su propiedad que el causante hubiera enajenado (art. 3375 Ver Texto), lo que el aceptante puro y simple no puede hacer, pues como sucesor debe responder por la evicción (art. 2107 Ver Texto) de modo que el comprador podría paralizar su acción con esta defensa. De idéntica manera el beneficiario puede demandar la nulidad de los derechos reales constituidos sin derecho por el causante sobre inmuebles que pertenecen al heredero (ver nota 1).

1119/333

333. c) Subrogación.— El heredero que paga una deuda o un legado con sus propios bienes, se subroga en los derechos del acreedor (arts. 768 Ver Texto , inc. 5° y 3374 Ver Texto). El beneficiario está en la situación de quien paga por otro. Es una consecuencia más de la separación de patrimonios y, al propio tiempo, una manera de instar al heredero a liquidar las deudas y a hacer efectivos los legados, dándole la seguridad de que recuperará lo que haya invertido en ello.

LLERENA sostiene que esta subrogación sólo es admisible en caso de pago voluntario; pero si el heredero beneficiario pagara con sus propios bienes una deuda que le ha sido demandada judicialmente, no hay subrogación, pues al no oponer su calidad de beneficiario en el juicio, ha hecho acto de aceptante puro (ver nota 2). Pero esta teoría supone introducir una distinción que la ley no hace y que tampoco parece razonable. El heredero que paga con sus propios bienes una deuda que se demanda a la herencia, hace un acto de buen administrador; es verdad que él pudo oponer la aceptación beneficiaria para impedir la ejecución de sus bienes propios; pero también pudo abstenerse de pagar voluntariamente con ellos una deuda del causante, no obstante lo cual la ley le concede el derecho de subrogarse (ver nota 3).

1119/334

334. d) Frutos.— Los frutos de los bienes del sucesorio forman parte de la masa y, por tanto, engrosan la garantía de los acreedores hereditarios (arg. art. 3439 Ver Texto). Esta solución sólo se concibe si se admite que el patrimonio separado es una entidad autónoma respecto del heredero (ver nota 4).

1119/335

335. e) Situación de los acreedores de la herencia y los legatarios.— Si bien ellos se perjudican con la disminución de su garantía (puesto que no pueden cobrarse de los bienes propios del heredero), en cambio adquieren el derecho a ser pagados con preferencia respecto de los acreedores del heredero; pero como éste podría renunciar al beneficio o perderlo, los acreedores de la herencia que están interesados en mantener esa prelación, deben pedir la separación de patrimonios para evitar la confusión.

1119/336

336. f) Situación de los acreedores del heredero.— Ellos resultan beneficiados en cuanto los acreedores de la herencia no pueden cobrarse sus créditos de los bienes propios del heredero, de tal modo que su garantía se mantiene incólumne; en cambio, no pueden cobrarse de los bienes hereditarios sino después de que lo hayan hecho los acreedores de la herencia. Es decir, que sólo si queda un saldo, luego de pagados éstos, pueden cobrar los acreedores del heredero. Sobre el punto no hay actualmente divergencias (ver nota 5). En cambio es dudosa esta otra cuestión: ¿pueden los acreedores del heredero ejecutar los bienes de la sucesión? No se discute que, aun en este caso, los acreedores de la herencia deben ser pagados con preferencia; lo que se cuestiona es el derecho de intentar la acción, aunque no sea más que para cobrar el saldo que quedare. En el fondo, la solución del problema depende del concepto que se tenga sobre la masa hereditaria. Si se la concibe como una parte (aunque separada) del patrimonio del heredero, habrá que reconocer la acción para ejecutarlos, puesto que, de cualquier modo, son bienes que pertenecen al deudor (ver nota 6). Es claro que si se admite este punto de vista, no resulta fácil explicar por que motivo debe reconocerse preferencia a los acreedores de la herencia, ya que el beneficio de inventario es un remedio arbitrado en provecho de los herederos y no de ellos. Si, en cambio, como nosotros lo sostenemos, esa masa es concebida como una persona jurídica, será necesario negar la acción, pues el deudor (heredero) es una persona distinta del ejecutado (la masa)

(ver nota 7). Esta solución nos parece, además, la mejor desde el punto de vista práctico. La liquidación de los bienes de la sucesión será impulsada por quienes más interesados están en ello, que son sus acreedores, el interés de los acreedores del heredero es subsidiario, eventual, y su intromisión en la liquidación puede resultar perturbadora. Se ha llamado la atención sobre el peligro de que un heredero cargado de deudas reciba una sucesión rica, quizás sin deuda alguna, y la acepte con beneficio de inventario para impedir la acción de sus acreedores, que se encontrarían impotentes frente a la conducta dolosa del heredero que estaría gozando pacíficamente de la posesión de los bienes (ver nota 8). Pero esto sería un caso típico de abuso de derecho; sería pretender desviar el remedio de sus fines legítimos (que son la protección del heredero contra la responsabilidad ultra vires), para convertirlo en un instrumento de defraudación de sus deudores. Probada tal situación, los jueces deben dar por decaído el beneficio y hacer lugar a la ejecución de los acreedores del herederos.

1119/337

337.— Los terceros, deudores personales del heredero beneficiario, no pueden oponerle en compensación los créditos que tuvieran contra la sucesión (art. 3376 Ver Texto). La solución es lógica, pues no habiendo confusión de patrimonios y manteniéndose el heredero como un extraño a la sucesión, no puede haber compensación. Por igual motivo, no podría oponer compensación a su acreedor que fuera deudor de la sucesión.

1119/338

338. LITIGIOS ENTRE EL HEREDERO Y LA SUCESIÓN.— Puesto que los créditos y deudas entre el heredero y la sucesión no se compensan, muy bien puede ocurrir que sea necesario acudir a un pleito. En previsión de ello, dispone el artículo 3377 Ver Texto que las acciones que aquél quiera intentar contra la sucesión, serán dirigidas contra todos los herederos, si los hubiere; si hubiesen de ser intentadas por todos los coherederos, el juez nombrará un curador a la sucesión. Aunque el Código no lo dice expresamente, es obvio que si hay un solo heredero y él quiere demandar a la sucesión también debe designarse curador. Pero no corresponderá el nombramiento de curador si se tratase de un fallido (art. 3377 Ver Texto , in fine), pues en este caso la sucesión estará representada por el síndico.

1119/339

339.— Supuesto que no haya coherederos contra quienes dirigir la acción (sea porque el beneficiario es único, sea porque todos los coherederos son demandantes), ¿puede dirigirse la acción contra acreedores y legatarios? La opinión afirmativa se funda en que ellos son los principales interesados en defender la integridad del patrimonio de la sucesión; pero el juicio sólo tendría validez si los acreedores se avinieran voluntariamente a litigar con el heredero y la sentencia sólo tendría efectos respecto de quienes fueron parte (ver nota 9). Estas salvedades finales reducen en forma considerable el interés de tales pleitos, pues difícilmente puede concebirse que un heredero intente una acción que, aun en caso de triunfo, tan poco resultado le reportará. La intentará de modo que tenga efectos erga omnes, y usará de la única vía legal, claramente establecida en el artículo 3377 Ver Texto : la demanda contra la entidad sucesión, representada por un curador. A mayor abundamiento cabe notar que los acreedores y legatarios no tienen la representación de la sucesión y no

pueden, por tanto, contestar la acción a su nombre (ver nota 10). Este es un caso claro de cómo la sucesión adquiere una personería procesal propia y distinta del heredero; es, se lo quiera reconocer o no, una persona jurídica.

1119/340

340.— El artículo 3378 Ver Texto prevé el supuesto de acciones de la sucesión contra el heredero beneficiario: pueden ser intentadas por los otros coherederos; si no los hubiere, el pago de las deudas del heredero con la sucesión se hará en las cuentas que presente de su administración.

La primera solución (caso de que existan otros coherederos) no ofrece reparos. En cambio, la segunda ha sido objeto de justos reproches. Resulta de ella que, no habiendo coherederos, los acreedores y legatarios no tienen medio de urgir el pago de las deudas que el heredero tenga con la sucesión. Es verdad que no hay peligro de que ellas prescriban (véase n° 341); pero, en cambio, pueden perderse las pruebas o puede ocurrir que el heredero vaya cayendo en insolvencia; no es lógico, por tanto, que los acreedores y legatarios deban esperar pasivamente hasta que el heredero rinda cuenta. Por ello, GUAGLIANONE opina que los acreedores podrían actuar personalmente en representación de la sucesión o provocar el nombramiento de un curador (ver nota 11). Creemos, empero, que el artículo 3378 Ver Texto no permite esta interpretación. Desde luego, no es admisible que los acreedores asuman sin título alguno la representación de la sucesión; en ningún caso podrían demandar al heredero en nombre de ella. Tampoco pueden requerir el nombramiento de un curador hasta el momento de la rendición de cuentas, pues lo impide el texto claro del artículo 3378 Ver Texto ; (ver nota 12); pero si, rendidas ésta, no pagara, entonces sí pueden pedir la designación de curador para que inicie la demanda a nombre de la sucesión (ver nota 13).

De todos modos, es evidente que hubiera sido más justo y jurídico recurrir a la curatela de los bienes en todo conflicto entre el heredero y la sucesión, no habiendo coherederos (ver nota 14).

Bien entendido que nuestro artículo habla de las acciones que pudiera tener la sucesión contra el heredero; pues en defensa de sus propios créditos contra la sucesión, los acreedores pueden obrar libremente.

1119/341

341. SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN.— El principio de la separación de patrimonios, sin embargo, no debe aplicarse en forma excesivamente rigurosa. Referido a la prescripción, implicaría que su curso sigue corriendo entre el heredero y la sucesión. Pero esta conclusión sería injusta. No es posible que el heredero (deudor de la sucesión) se favorezca con su propia inacción, puesto que él tiene el deber de realizar los actos conservatorios de los créditos de la sucesión. Tampoco sería lógico obligar al heredero acreedor a demandarla, imponiéndole gastos innecesarios (ver nota 15). Es prudente, pues, suspender el curso de la prescripción, tanto en favor de los herederos como de la sucesión. Así lo disponen los artículos 3972 Ver Texto y 3974 Ver Texto .

1119/342

342.— El artículo 3972 Ver Texto establece la suspensión de la prescripción contra el heredero, únicamente respecto de los créditos. Y la nota aclara mejor el sentido del artículo diciendo que no se suspende la prescripción de las acciones reales. MARCADÉ, citado en la aludida nota, explica esta diferencia diciendo que, cuando el heredero beneficiario encuentra un bien que el difunto poseía como suyo, aunque perteneciere al heredero y continúe poseyéndolo y administrándolo como bien de la sucesión, sin reivindicarlo como suyo, esa posesión así ejercida en nombre y por cuenta de la sucesión es perfectamente útil a éste para prescribir (ver nota 16). No nos convence este razonamiento; con parecida lógica podría decirse que la inacción del heredero en cobrar su crédito de la sucesión es útil a ella para prescribir. Lo prudente es suspender toda clase de prescripción, para evitar litigios innecesarios entre el heredero y la sucesión.

Cabe advertir, sin embargo, que, tratándose de acciones contra la sucesión, la prescripción se suspende en cualquier caso, sean reales o personales, pues el artículo 3974 Ver Texto no hace ninguna distinción. Es la buena doctrina, pero, anotamos, importa una contradicción con la limitación establecida en el artículo 3972 Ver Texto .

1119/343

343.— Finalmente, el artículo 3975 Ver Texto contiene una disposición, en realidad superabundante. Dice que si son varios los herederos beneficiarios, deudores a la sucesión, la prescripción corre respecto a la parte de los créditos de los que no la han interrumpido, a no ser que el derecho sea indivisible. El supuesto legal es el siguiente: una persona fallece dejando tres herederos A, B y C; A le adeudaba al causante \$90.000, de tal modo que ese crédito pasa a los herederos por partes iguales. Si B y C no reclaman su pago en tiempo propio, el crédito de \$30.000 que cada uno de ellos tiene, se prescribe; pero en cambio no prescriben los \$30.000 que correspondieron a A, heredero beneficiario. Respecto de esta porción, nos hallamos en el supuesto del artículo 3974 Ver Texto (ver nota 17). Pero si la cosa fuera indivisible, los coherederos se beneficiarían de la suspensión (art. 3975 Ver Texto , in fine).

(nota 1) LLERENA, t. 6, p. 134; MACHADO, t. 8, p. 523, nota; GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, n° 157.

(nota 2) LLERENA, t. 6, p. 133.

(nota 3) MACHADO, t. 8, p. 524, nota; DEMOLOMBE, t. 15, n° 189 y autores allí citados.

(nota 4) FORNIELES, t. 1, n° 132.

(nota 5) BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, t. 2, n° 1212; DEMOLOMBE, t. 15, n° 180 bis. El nuevo Código italiano ha resuelto expresamente la cuestión en este sentido (art. 490, inc. 3°; véase MESSINEO, t. 7, § 194, n° 2 bis), pero ya antes la jurisprudencia y la doctrina se habían decidido de conformidad: (véase POLACCO, t. 2, p. 185 bis y sigs., y doctrina y jurisprudencia citada en su nota 44). Del mismo modo, Anteproyecto de BIBILONI, art. 2958 y Proyecto de 1936, art. 1880.

(nota 6) En ese sentido: BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, t. 2, n° 1314.

(nota 7) De acuerdo: DEMOLOMBE, t. 15, n° 180 bis.

(nota 8) La hipótesis ha sido supuesta por DEMOLOMBE, t. 15, n° 180 bis.

(nota 9) GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, n° 163. Se apoya este autor en la autoridad de DEMOLOMBE, t. 15, n° 198; AUBRY y RAU, t. 6, § 618 y PLANIOL-RIPERT, t. 4, n° 408. Pero la cuestión en el derecho positivo francés es diferente, pues el Código Napoleón no tiene un texto como nuestro art. 3377 Ver Texto que indica una sola vía, la defensa por el curador; y añadimos por nuestra parte, la única vía razonable.

(nota 10) MACHADO, t. 8, p. 527, nota; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 416.

(nota 11) GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, n° 166. RÉBORA piensa que los acreedores podrían reclamar al heredero el pago de sus deudas con la sucesión por medio de la acción oblicua (t. 1, n° 176). Pero puesto que el artículo 3378 Ver Texto manda esperar hasta el momento de la rendición de cuentas, tampoco, podrá intentarse hasta entonces la aludida acción.

(nota 12) De acuerdo: MACHADO, t. 8, p. 528, nota.

(nota 13) De acuerdo: LLERENA, t. 9, p. 175.

(nota 14) LAFAILLE, t. 1, n° 248. ZANNONI sostiene que esta es la solución que debe aplicarse por analogía, t. 1, § 317.

(nota 15) En la nota al art. 3972 Ver Texto , dice Vélez, fundando la solución, que de lo contrario se obligaría a litigar contra sí mismo. El argumento no convence porque el propio Código prevé la posibilidad de tales demandas en el art. 3377 Ver Texto y aun en el mismo artículo anotado (3972 Ver Texto) al obligar al heredero a litigar contra la sucesión para evitar la prescripción de sus derechos reales.

(nota 16) MARCADÉ, art. 2258 Ver Texto , nº 2.

(nota 17) De acuerdo: GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, nº 170.

1119/10820

§ 5.— Administración y liquidación de los bienes

1119/344

344. LOS DOS PERÍODOS DE LA ACEPTACIÓN BENEFICIARIA.— En el proceso de la aceptación beneficiaria hay que distinguir dos períodos: el que corre desde el fallecimiento del causante hasta el momento en que hecho ya el inventario, el heredero se acoge al beneficio, y el segundo, que transcurre desde este momento hasta la cesación de la separación de los patrimonios por cualquiera de las causas que la ley establece. Las atribuciones y deberes del heredero varían fundamentalmente en ambos períodos, lo que exige tratarlos por separado.

1119/10830

A.— PERÍODO ANTERIOR A LA OPCIÓN DEFINITIVA DEL INVENTARIO

1119/345

345. SITUACIÓN DEL HEREDERO.— Mientras el heredero no se ha acogido definitivamente al beneficio, se encuentra en una situación peculiar: si bien la aceptación se presume beneficiaria (art. 3363 Ver Texto), lo cierto es que mientras pueda renunciar, no debe considerárselo aceptante definitivo; no ha tomado aún ninguna decisión, porque está estudiando el activo y el pasivo de la herencia, para pronunciarse en el sentido que más le convenga. No es todavía un liquidador de herencia como el aceptante beneficiario; pero — puesto que no ha renunciado— conserva el carácter de heredero que ha adquirido ipso jure a la muerte del causante.

De lo dicho, surgen las siguientes atribuciones y deberes:

1119/346

346.— a) Puede realizar libremente todos los actos conservatorios y de administración que no impliquen aceptación tácita (véase núms. 210 y sigs.). Estas atribuciones le corresponden en su carácter de heredero no aceptante y, desde luego, nadie podría discutirse las.

Puede también, con autorización judicial, realizar los actos de administración que importan aceptación tácita, pues si le está permitido vender bajo esa condición, con tanta mayor razón estará autorizado para aquéllos.

1119/347

347.— b) Puede demandar y recibir los créditos de la sucesión (art. 3326 Ver Texto). Adviértase que en el régimen del Código, estos actos importaban aceptación tácita (art. 3326 Ver Texto), y en consecuencia, pérdida del beneficio. Ahora tal aceptación, como toda otra se presume beneficiaria (art. 3363 Ver Texto), de modo que el heredero puede realizar estos actos sin perjudicar su condición de beneficiario.

1119/348

348.— c) Pueden vender los bienes muebles e inmuebles con autorización judicial (art. 3369 Ver Texto). Sin embargo, el juez no podrá autorizar esa venta sino en casos muy excepcionales, pues por lo común no se justifica esa enajenación, dado que todavía el heredero no es liquidador ni está obligado a pagar las deudas de la sucesión. Lo natural es postergar estos actos de disposición hasta tanto el heredero haya adoptado una decisión definitiva, tanto más cuanto que el período del inventario y la deliberación no es prolongado. Desde luego, si se tratase de mercaderías perecederas o de otra hipótesis análoga, cabría autorizar la venta.

Lo que se dice de la venta debe aplicarse a cualquier otro acto de disposición a título oneroso. En cambio, los actos a título gratuito le están absolutamente prohibidos, de tal modo que el juez no podría autorizarlos; y si, no obstante ello, los llevara a cabo, pierde el beneficio.

Agreguemos que la venta de inmuebles debe hacerse en remate público (arg. art. 3393 Ver Texto).

1119/349

349.— El artículo 3369 Ver Texto , luego de establecer que el heredero no puede disponer de los bienes muebles o raíces, sin autorización judicial, agrega: a no ser que él y la mayor parte de los legatarios acordasen otra cosa. Esta incomprensible disposición obedece a un errónea transcripción de la fuente citada en la nota, GARCÍA GOYENA. En el Proyecto de este jurista se autorizaba al heredero, con la conformidad de la mayoría de los acreedores y legatarios, a prescindir de la subasta pública (art. 852), pero no de la autorización judicial. VÉLEZ olvidó mencionar a los acreedores y permite incluso prescindir de la autorización. El error ha sido advertido por todos los comentaristas. Pero se plantea el problema de cómo interpretar este texto. GUAGLIANONE no obstante reconocer el error sufrido por VÉLEZ, dice que el texto es claro y debe aplicarse; en consecuencia, el heredero podría, con la conformidad de la mayoría de los legatarios, vender los bienes de la sucesión, incluso los

inmuebles, sin la autorización judicial y sin incurrir en la pérdida del beneficio (ver nota 1). Tal interpretación nos parece inadmisibles, por múltiples razones: 1) Implica, en primer término, atribuir mayores facultades al heredero que aún no se ha acogido al beneficio y que es un simple conservador de los bienes, que al que ya lo ha hecho, y que es un liquidador. 2) Si no hubiera legatarios, el heredero, por sí solo, podría disponer libremente de todos los bienes del sucesorio, burlando a los acreedores y sin contraer ante ellos ninguna responsabilidad personal; aun habiéndolos, es absurdo que se considere únicamente su opinión y no la de los acreedores, cuyo derecho tiene preferencia sobre el de aquéllos. 3) Dentro del sistema del Código, resulta inexplicable que el heredero pueda realizar un acto de esta naturaleza sin perder el beneficio. 4) Hay en el texto en cuestión más de un error de concepto, un evidente error “de pluma”, una omisión material en la transcripción de la fuente; afirmarse en él, no obstante reconocerlo, para sostener un sistema contradictorio y de deplorables consecuencias prácticas, resulta inaceptable, pues las leyes nunca deben interpretarse aisladamente, sino armonizándolas con sus demás disposiciones y aun con las de otras leyes (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 1, n° 206). Pensamos, pues, con la mayor parte de la doctrina nacional, que la venta de bienes muebles o inmuebles, sin autorización judicial, trae aparejado al heredero la pérdida del beneficio (ver nota 2); y que la conformidad de la mayoría de los legatarios y acreedores sólo lo autorizaría a prescindir de la pública subasta, pero no de la autorización judicial (ver nota 3).

1119/350

350.— d) Hemos dicho ya (n° 320) que la ley 17711, al derogar el artículo 3367 Ver Texto, ha suprimido la excepción dilatoria que se acordaba al heredero para rechazar las demandas de acreedores y legatarios. Cabe preguntarse si puede pagarlas. La solución en nuestro Código es clara: puede hacerlo con autorización judicial. Es lo que se deduce del artículo 3369 Ver Texto, según el cual el beneficiario está facultado a vender los bienes de la sucesión, con autorización judicial y siendo el pago un acto de disposición, debe considerarse comprendido en los términos de esta norma.

Pero consideramos que el juez no debe dar la autorización, salvo casos de necesidad evidente. No hay que olvidar que todavía no se está en el período de liquidación; y que el pago de ciertos acreedores puede crear una injusta desigualdad frente a los otros que se ven obligados a seguir un juicio. Por ello la autorización, repetimos, sólo debe darse en casos excepcionales. Por vía de ejemplo, puede citarse el caso de un proveedor que se negara a seguir suministrando una mercadería esencial para la explotación de un bien o de un negocio de la sucesión, si no se le paga una deuda anterior.

1119/10840

B.— PERÍODO POSTERIOR A LA OPCIÓN DEFINITIVA DEL BENEFICIO

1119/351

351. CARÁCTER DE LA ADMINISTRACIÓN.— El heredero, en cuanto administrador de la herencia aceptada beneficiariamente es, en esencia, un liquidador de esos bienes. La ley le reconoce todas las facultades enderezadas a realizar el activo y pagar las deudas. La reglamentación sólo tiende a que este procedimiento se lleve a cabo con el máximo de garantías para el heredero, por una parte, y para los acreedores y legatarios, por la otra.

La idea es, como se ve, sencilla; pero desgraciadamente nuestro codificador se dejó guiar por un concepto demasiado estrecho de la institución, lo que lo llevó a trazar con mano insegura los perfiles de la administración y a cometer errores graves en la forma de hacer efectivo el pago de las deudas. En la nota al artículo 3382 Ver Texto repudia la idea de que el heredero debe actuar como liquidador de la masa y como representante de los acreedores, tal como lo haría el síndico con la masa fallida; agrega que, cuando la ley le atribuye la administración, lo hace principalmente en su mismo interés, a fin de asegurarle la conservación del beneficio; por ello, la venta de los bienes no es obligatoria sino facultativa y los acreedores conservan el ejercicio de sus acciones individuales, a la inversa de lo que ocurre en los concursos y quiebras.

Estas conclusiones de VÉLEZ son una buena demostración de lo peligroso que resulta en derecho ajustarse rigurosamente a la lógica de una teoría, aun cuando los resultados prácticos sean malos.

Sin duda, la liquidación de una herencia aceptada con beneficio de inventario no supone un problema idéntico a la liquidación de la masa de una quiebra. Muchas razones contribuyen a marcar la diferencia. Ante todo, la situación del heredero que acepta bajo beneficio es más respetable que la del fallido; él no ha sido culpable de la insolvencia, si es que existe; y además, el remedio se legisla en su favor y no en provecho de los acreedores. De allí que no haya desapoderamiento, ni nombramiento de un síndico. Pero no hay que olvidar que si bien el beneficio ha sido instituido en favor del heredero, el procedimiento del inventario y las formas y garantías de que está rodeada la liquidación se han dispuesto principalmente en mira a la protección de los acreedores y legatarios. Resulta inconcebible, por tanto, que se permita una liquidación individual de los créditos, se autoricen pagos y cobros individuales, en lugar de utilizar el procedimiento de liquidación colectiva, único que permite soluciones equitativas y puede impedir maniobras encaminadas a pagar a ciertos acreedores en detrimento de otros. Más adelante volveremos sobre este problema (nº 372).

1119/352

352. NO TIENE DERECHO A RETRIBUCIÓN.— Puesto que es un administrador de cosa propia, el heredero no tiene derecho a cobrar retribución alguna, aunque los créditos absorban toda la herencia y aunque abandone la sucesión a los acreedores y legatarios (art. 3384 Ver Texto).

Si bien la regla es, en principio, justa, pensamos que en una próxima reforma legislativa debería otorgarse al juez la facultad de fijar una indemnización fundada en la equidad, cuando no haya quedado saldo para el heredero. En este caso, todo el trabajo de administración y liquidación ha resultado en provecho de los acreedores y legatarios, de modo que parece justo que ellos carguen con una razonable compensación.

1119/353

353.— Sin embargo, es preciso puntualizar dos limitaciones a la norma del artículo 3384 Ver Texto : a) En primer lugar, ella alude únicamente a las relaciones del heredero con los acreedores y legatarios, pero no con los coherederos. Si él administra la herencia común, de lo cual resulta para éstos un beneficio, no tiene sentido que no cobre su retribución, como lo haría cualquier administrador de la sucesión. Vale decir, que en tanto esa gestión haya beneficiado a los coherederos, estos deben retribuirla (ver nota 4). b) En segundo lugar, ella se limita a las gestiones de administración propiamente dicha, de tal modo que si el heredero ha realizado trabajos especiales que exigen la posesión de una ciencia, arte o profesión, tales trabajos deben reputarse gastos de la sucesión —puesto que de no llevarlos a cabo el heredero, habría tenido que recurrir a otros profesionales— y deben serle remunerados. Tal es el caso del abogado que lleva la sucesión, del arquitecto que dirige una reparación urgente, etcétera (ver nota 5).

1119/354

354. QUIÉN ADMINISTRA SI HAY VARIOS HEREDEROS.— El Código Civil no ha previsto la hipótesis de que haya varios herederos, que es lo que ocurre generalmente. Una práctica uniforme en todos los tribunales del país, abonada generalmente por las disposiciones de los Códigos de Procedimientos locales, dispone la designación de un administrador de todo el haber hereditario. No importa que todos hayan aceptado la herencia con beneficio de inventario o que algunos lo hayan hecho renunciando al beneficio. Esta solución ha sido impuesta por necesidades prácticas evidentes, puesto que la otra salida posible (la administración conjunta por todos los herederos) daría lugar a toda suerte de inconvenientes y confusiones (ver nota 6).

Sobre el procedimiento para la designación del administrador, véase números 529 y siguientes.

1119/355

355.— El hecho de que un solo heredero acepte bajo beneficio del inventario, obliga a todos los demás —y particularmente al administrador designado, aunque fuera aceptante liso y llano— a seguir los procedimientos de administración y liquidación fijados en la ley para las herencias aceptadas con beneficio, puesto que la separación de patrimonios no puede llevarse a cabo parcialmente. Si queda separado el del causante a petición de uno de los herederos, queda así para todos. La facción del inventario, los recaudos exigidos para la venta de los bienes, etcétera, son actos por su naturaleza indivisibles y que, impuestos a uno de los herederos, deben ser llenados igualmente por todos (ver nota 7).

1.— Facultades del administrador

1119/356

356. PRINCIPIO GENERAL: APLICACIONES.— El heredero tiene todas las facultades tendientes al cumplimiento de sus funciones de administrador y liquidador de la herencia. Esas atribuciones son amplias; el Código no ha fijado otro límite que el exigido perentoriamente por la necesidad de proteger los intereses de acreedores y legatarios. Es así que el artículo 3388 Ver Texto dispone que el heredero beneficiario tiene la libre administración de los bienes de la sucesión, y puede emplear sus rentas y productos en la forma que lo crea más conveniente. Esta disposición exige, sin embargo, una aclaración. Si bien el heredero está autorizado para manejar los bienes de acuerdo con su criterio y prudencia, no debe olvidarse que tiene que rendir cuentas y que responde de su culpa grave; no podría, por tanto, administrar arbitrariamente, ni invertir las rentas de los bienes en provecho propio, pues también ellas pertenecen al patrimonio separado (véase nº 334) y están sujetas asimismo a la rendición de cuentas (ver nota 8).

Su gestión se extiende a todos los negocios de la herencia (art. 3383 Ver Texto) e incluye las siguientes facultades:

1119/357

357. a) Actos conservatorios.— Está facultado para hacer en los bienes de la sucesión todas las reparaciones urgentes y las que sean necesarias para la conservación de aquéllos (art. 3383 Ver Texto). En verdad, no sólo tiene el derecho, sino también el deber de hacerlo (ver nota 9). Se trata de actos que, por su misma naturaleza, no requieren autorización judicial, por más que algunas veces comprometan la responsabilidad de la sucesión; por ejemplo, si se ordena la reparación de un edificio que amenaza ruina, lo que puede suponer importantes gastos. También debe reputarse conservatoria —y, por ende, no requiere autorización judicial— la venta de muebles perecederos (art. 3393 Ver Texto); las medidas que tiendan a mantener la vigencia de un derecho, por ejemplo, la reinscripción de una hipoteca, la interrupción de una prescripción, el pedido de una medida precautoria —tal como embargos, inhibiciones, etc.— y, de una manera general, podrá hacer todo lo que está permitido a los detentadores de bienes ajenos (ver nota 10).

1119/358

358. b) Administración propiamente dicha.— Puede realizar libremente, es decir, sin autorización judicial (art. 3388 Ver Texto), todos los actos que requiera la administración del caudal: pago de sueldos y jornales, tomar o despedir personal, continuación del giro del negocio, con la consiguiente compra y venta de mercaderías, venta de la producción anual de un establecimiento rural, pago de impuestos, contratación de seguros, etcétera.

¿Puede arrendar los bienes de la herencia? Aun cuando normalmente éste es un acto de administración, no creemos que el artículo 3388 Ver Texto autorice al heredero a hacerlo. Hemos dicho ya que su función es esencialmente la de un liquidador y es obvio que dar en arrendamiento una propiedad obstruye el proceso de liquidación de los bienes.

En cambio, no vemos inconveniente en que el heredero pueda tomar en arrendamiento en nombre de la sucesión un bien ajeno, lo que muchas veces será necesario y no supone ninguna traba en el proceso de liquidación, ni una desvalorización de la herencia.

1119/359

359. c) Cobro de créditos y pago de deudas.— El heredero beneficiario está autorizado para cobrar los créditos y pagar las deudas de la sucesión (art. 3383 Ver Texto). En cuanto a la forma y prelación en el pago de las deudas volveremos más adelante sobre el tema (núms. 372 y sigs.).

1119/360

360. d) Venta de bienes muebles e inmuebles.— El heredero puede, bajo ciertas condiciones, vender los bienes muebles y raíces de la sucesión. En este punto hay que distinguir tres categorías distintas de bienes: 1) Los muebles que no pueden conservarse y los que el propietario tenía para vender: el heredero puede enajenarlos libremente (art. 3393 Ver Texto). Tal es el caso de la mercadería perecedera, la que forma parte de un fondo de comercio, la producción anual de un establecimiento rural, etcétera. Se trata de actos normales de una administración y, por ello, no requieren autorización judicial. En caso de que los acreedores o legatarios negaran que los muebles vendidos pertenecieran a esta categoría, el juez debe apreciarlo de acuerdo con su prudente arbitrio (art. 3406 Ver Texto); y si encontrara razonable su demanda, el heredero perderá el beneficio (ver nota 11). 2) Los restantes bienes muebles pueden ser vendidos con autorización judicial (art. 3393 Ver Texto), pero no es necesaria la pública subasta, puesto que la ley no la exige. 3) Los inmuebles pueden ser vendidos con autorización judicial y en pública subasta. El artículo 3393 Ver Texto sólo alude a la pública subasta, pero es a todas luces evidente que, si la autorización judicial se exige para la enajenación de muebles, con tanta mayor razón debe exigirse para los inmuebles (ver nota 12). Habiendo conformidad de todos los interesados —herederos, acreedores y legatarios—, puede prescindirse de la pública subasta, puesto que ésta tiende a proteger sus intereses y, si todos ellos están de acuerdo, la exigencia legal carece de sentido (ver nota 13). Naturalmente, deben ser mayores de edad y capaces, pues, existiendo incapaces, el remate público es indispensable (arts. 297 Ver Texto y 434 Ver Texto , Cód. Civil). Tampoco hay cuestión de licencia judicial sin con el precio se ha satisfecho íntegramente a los acreedores y legatarios, pues la sanción posible, (pérdida del beneficio) carece ya de sentido.

En caso de expropiación, no es aplicable la exigencia del remate, porque se trata de una venta forzosa y regida por un procedimiento especial. La sola cuestión es la de saber si el heredero, con licencia judicial o sin ella, puede aceptar el precio ofrecido. Pensamos que, con autorización judicial, puede hacerlo, sin necesidad de llevar la causa adelante hasta una sentencia que quizá sea desfavorable; la intervención del magistrado es garantía bastante de seriedad (ver nota 14). En cambio, no creemos que pueda prescindir de esa licencia, pues si no puede vender los inmuebles sin ella, para evitar una operación inconveniente, tampoco podrá aceptar el precio de esta hipótesis en que lo normal es dejar que el procedimiento de la expropiación llegue a su fin (ver nota 15).

Si el inmueble vendido estuviere hipotecado, el comprador debe depositar el precio judicialmente, por que si lo entrega al heredero con perjuicio de sus acreedores, no libera del gravamen al inmueble (art. 3394 Ver Texto). Es claro que, si el precio excede del crédito hipotecario sólo debe depositar el importe de éste; el resto puede entregarse al heredero.

1119/361

361.— Lo dicho respecto de la venta de muebles e inmuebles es, desde luego, aplicable a la permuta (art. 1492 Ver Texto), y a la cesión onerosa de créditos (arts. 1435 Ver Texto y 1436).

1119/362

362. e) Constitución de derechos reales.— El heredero no puede constituir hipotecas u otros derechos reales sobre bienes de la herencia, sin autorización judicial (art. 3390 Ver Texto). En la prohibición legal están comprendidos tanto los derechos reales de garantía (prenda, anticresis), como los que importan una desmembración del dominio (usufructo, uso y habitación, servidumbres).

Como en el caso de venta, no será necesaria la autorización si hay acuerdo de todos los interesados, o si con el importe del crédito logrado en garantía real, se les ha pagado íntegramente sus créditos y legados.

1119/363

363. f) Aceptación y renuncia de herencias.— Sólo podrá aceptar herencias deferidas al autor de la sucesión con beneficio de inventario y con autorización judicial (art. 3389 Ver Texto). La última exigencia es superflua, pues los terceros ya están suficientemente protegidos contra la posibilidad de insolvencia con el beneficio.

1119/364

364. g) Representación en juicio.— El heredero es el representante de la sucesión (art. 3383 Ver Texto) para todos sus negocios judiciales o extrajudiciales. Debe intentar y seguir todas las acciones en que ella está interesada, continuar las que estaban suspendidas, interrumpir el curso de las prescripciones, tomar las medidas precautorias necesarias para prevenir la insolvencia de los deudores y, finalmente, contestar y defender a la sucesión en las demandas que se instauren contra ella (art. 3383 Ver Texto). Si se imponen costas al heredero beneficiario, éstas son a cargo de la sucesión y no del heredero beneficiario, a menos que la demanda fuere maliciosa o temeraria (ver nota 16). Para el caso de litigios entre el heredero y la sucesión, véase números 338 y siguientes.

1119/365

365. h) Transacción y compromiso en árbitros.— No puede, salvo autorización judicial, transar en juicio o comprometer en árbitros (art. 3390 Ver Texto). Hay evidente peligro para los acreedores y legatarios cuando se arregla extrajudicialmente un juicio o se lo saca de sus jueces naturales. Se justifica, pues, la exigencia de la autorización por el magistrado; y pensamos que, salvo hipótesis muy excepcionales, éste no debe autorizar el compromiso de árbitros.

1119/366

366. ACTOS PROHIBIDOS.— El heredero no puede enajenar a título gratuito los bienes de la sucesión, pues ello importaría una escandalosa burla de los derechos de acreedores y legatarios. El artículo 3407 Ver Texto , que lo establecía expresamente, ha sido derogado, por innecesario, por la ley 17711 . Si conforme al artículo 3393 Ver Texto ya estudiado, es necesaria la autorización judicial para la venta, fluye de manera indudable que la enajenación gratuita no puede permitirse. En caso de hacerlo, pierde el beneficio tal como lo establece el artículo 3406 Ver Texto para el caso de venta de bienes sin observar las disposiciones legales (ver nota 17).

Tampoco puede dar en pago o permutar bienes inmuebles. En este caso la ley sólo autoriza la venta judicial en pública subasta, procedimiento que no se concilia con aquellas formas de enajenación (ver nota 18). En cambio, los muebles pueden darse en pago o permutar con autorización judicial (ver nota 19) y aun sin ella, si se trata de los que el heredero puede disponer libremente (cosas que no se pueden conservar o que el causante tenía para vender; art. 3393 Ver Texto).

También en estos casos hay que hacer la salvedad de que la dación en pago, que permite satisfacer todos los créditos y legados, o que cuenta con el consentimiento de todos los interesados, es perfectamente válida.

1119/367

367-369. SANCIÓN PARA EL CASO DE QUE EL BENEFICIARIO REALICE UN ACTO PROHIBIDO.— El heredero que realiza un acto que le está prohibido, o que lo hace sin la autorización judicial requerida por la ley, pierde el beneficio de inventario (art. 3363 Ver Texto , ref. por ley 17711); pero el acto mantiene su validez (arts. 3395 Ver Texto y 3406 Ver Texto). Según nuestra más autorizada doctrina, esa era la solución de nuestro Código aun antes de la reforma (ver nota 20) pero como faltaba un texto expreso que estableciera la pérdida del beneficio, la cuestión estaba discutida (ver nota 21). El nuevo artículo 3363 Ver Texto ha concluido con la polémica, estableciendo la solución más razonable.

2.— Pago de deudas y legados

1119/370

370. DEBER DEL BENEFICIARIO.— El beneficiario es, ya lo dijimos, un liquidador de los bienes hereditarios. Tiene el deber de pagar prontamente las deudas y legados, para lo cual recurrirá normalmente a la venta de los bienes, que deberá llevarse a cabo previo cumplimiento de los recaudos legales.

El artículo 3391 Ver Texto dice que no está obligado a venderlos, puesto que puede pagar a los acreedores y legatarios con sus propios bienes; en realidad, era superfluo decirlo, desde que el interés de ellos se agota con la satisfacción de sus créditos, de tal modo que no podrían oponerse al pago fundados en el origen del dinero.

Si el heredero fuera remiso en liquidar los bienes, los acreedores y legatarios pueden presentarse al juez solicitando la fijación de un plazo para hacerlo, plazo que se determinará prudencialmente según las circunstancias del caso (ver nota 22), sin perjuicio de su derecho a intentar las acciones individuales pertinentes. Queda también a salvo la acción por daños y perjuicios, si la demora hubiera ocasionado deterioro o disminución del valor de la cosa (ver nota 23).

1119/371

371.— Si el crédito o legado fuera de cosa determinada, y resultara manifiesta la solvencia del caudal hereditario, los titulares del derecho pueden exigir la entrega de la cosa en especie; pero si los bienes hereditarios no alcanzaren para satisfacer todo los créditos y legados, deben venderse de acuerdo con las normas legales y los interesados deberán conformarse con el valor (probablemente reducido) en dinero, de sus acreencias (ver nota 24).

Salvo esta hipótesis, el heredero no puede dar en pago bienes de la herencia si fueran inmuebles (arts. 3392 Ver Texto y 3406 Ver Texto); y si fueran muebles, sólo podrá hacerlo con autorización judicial y conformidad del interesado (ver nota 25).

1119/372

372. ORDEN DEL PAGO: CRÍTICA AL SISTEMA DEL CÓDIGO.— Según el artículo 3398 Ver Texto , el heredero debe pagar a los acreedores y legatarios a medida que se presenten, salvo que medie oposición al pago de algún crédito. El sistema de nuestra ley puede resumirse así: si los acreedores se presentaran simultáneamente el beneficiario debe pagar primero a los privilegiados e hipotecarios, de acuerdo con el orden de su privilegio (art. 3396 Ver Texto) y el resto distribuido a prorrata entre los quirografarios; si no lo hicieran simultáneamente, debe pagar en el orden que se presentan, sean comunes o privilegiados.

Este sistema, tomado del derecho francés, ha concitado críticas unánimes. El heredero se convierte en árbitro del pago de deudas y legados; puede preferir a unos y posponer a otros; se facilita una colusión dolosa en perjuicio de ciertos acreedores. Si a ello se agrega que sólo el heredero verifica la legitimidad y cuantía de los créditos y que tiene derecho a pagarse a sí mismo (art. 3398 Ver Texto), se advertirá qué mal protegidos están los derechos de los acreedores. Todo ello se evitaría con un procedimiento de ejecución colectiva, similar al del concurso, que permita una distribución equitativa de los bienes y sea una garantía de la seriedad de la liquidación. Es la solución propiciada en nuestros proyectos de reformas (Anteproyecto, art. 2961 y su excelente nota; Proyecto de 1936, art. 1883, inc. 9º) y en algunas de las más modernas legislaciones (ver nota 26).

1119/11760

372 bis.— Diversos recursos se han puesto en práctica para atenuar los inconvenientes del sistema establecido en el artículo 3398 Ver Texto :

a) Durante los plazos para hacer el inventario y deliberar, el heredero no puede vender los bienes de la sucesión (art. 3369 Ver Texto); no hay riesgo, pues, de que durante ese tiempo pague las deudas o legados con el importe de su venta. Y entendemos que tampoco podría pagarlos con dinero efectivo, si lo hubiere, ni menos negociar títulos o acciones, pues todo ello importa disponer de bienes del sucesorio, que es precisamente lo que el artículo 3369 Ver Texto veda. Ese término permitirá por lo común a los acreedores y legatarios presentarse en el sucesorio, lo que obligará al heredero a pagar sus acreencias a prorrata (véase apartado b y núms. 373 y sigs.).

b) La simple presentación de un acreedor que reclama el pago de su crédito, basta para tener por configurada la oposición a que el heredero pague a otro presentado anteriormente, sin tener en cuenta su propio crédito. Y por nuestra parte, pensamos que es suficiente para producir ese efecto el simple conocimiento por el heredero de la existencia de otros créditos (véase nº 374).

c) Los tribunales se hallan autorizados para suspender las acciones instauradas por los acreedores impacientes, si se demuestra que el heredero está procediendo activamente en la liquidación de los bienes (ver nota 27). Con ello se evitan entorpecimientos en la marcha de la liquidación, el recargo del pasivo con gastos innecesarios y se permite una más justa distribución del pasivo.

d) Los acreedores que se presentan cuando ya no quedan bienes, tienen acción durante tres años contra los legatarios por lo que éstos hubieran recibido (art. 3398 Ver Texto ; véase nº 383).

e) Si bien los acreedores privilegiados presentados tardíamente no tienen derecho a reclamo contra los quirografarios que hubieran cobrado, en el caso de la hipoteca, el dinero del comprador del inmueble deberá quedar depositado a la orden judicial y a disposición del acreedor, pues de otra manera no podría liberarse al bien del gravamen (ver nota 28).

1119/373

373. OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES.— Si bien el heredero puede pagar a los acreedores a medida que se vayan presentando, los otros acreedores tienen derecho a manifestar su oposición (arts. 3397 Ver Texto y 3398). El efecto de ella es que ya el heredero no podrá prescindir del crédito del oponente al pagar a otro acreedor, al hacer una distribución de fondos o al practicar la liquidación de bienes: si es privilegiado, debe pagarlo con preferencia; si es quirografario, deberá hacerlo a prorrata, cuando los bienes del sucesorio no alcancen. Tampoco podrá el heredero pagarse a sí mismo sin tener en cuenta el crédito del oponente (ver nota 29).

Adviértase que, aun cuando el artículo 3397 Ver Texto , redactado en forma confusa, aluda solamente a la oposición al pago de los créditos hipotecarios, el derecho de oponerse existe desde luego contra todo crédito, sea privilegiado o quirografario (ver nota 30), y puede ser esgrimido por todo acreedor, aun cuando su crédito sea a plazo o condición aún no cumplidos, puesto que se trata de una medida conservatoria (ver nota 31).

1119/374

374.— La oposición no tiene carácter formal. Para que se considere interpuesta, basta la sola presentación al sucesorio haciendo constar su propio carácter de acreedor, aunque para nada se refiera al pago de los otros créditos, o la notificación extrajudicial hecha al heredero de la existencia de su crédito (ver nota 32); estos actos son, en efecto, una oposición implícita, pues significan que el acreedor ha dejado constancia de su deseo de que no se prescinda de su crédito al liquidarse los bienes. La jurisprudencia francesa ha llegado todavía a más, resolviendo que el simple conocimiento que tenga el heredero de la existencia de un crédito equivale a oposición y lo priva de pagar a otros acreedores prescindiendo de aquél (ver nota 33). Haciendo el elogio de estos fallos, JOSSERAND dice que ellos, por una audaz transposición, buscan los elementos constitutivos de la oposición, no ya en la persona del oponente, sino en el destinatario de la oposición, en el beneficiario, que se convierte así en el centro del problema (ver nota 34). Indudablemente, la interpretación ha ido más allá del texto, pues la oposición significa un acto positivo del oponente (ver nota 35); pero no podemos dejar de manifestar nuestra adhesión a esta inteligente y moralizadora jurisprudencia. No es ésta la primera vez que un texto se interpreta extensivamente, es decir, más allá de la intención del legislador. Y pocas veces como aquí se justifica tal procedimiento. El heredero que paga a ciertos acreedores prescindiendo de otros, cuya existencia le consta, lleva a cabo un acto contrario a la equidad, que permite manejos poco claros, cuando no francamente fraudulentos. La jurisprudencia de la Corte de Casación francesa atenúa en buena medida los inconvenientes del sistema de la ejecución individual.

1119/375

375.— La oposición sólo tiene efectos respecto del acreedor que la formula; no beneficia a los demás (art. 3399 Ver Texto). Es claro que si la deuda fuere solidaria, basta la oposición de uno solo de los acreedores (ver nota 36); y, guardando coherencia con la tesis sostenida

en el número anterior, pensamos que lo mismo ocurre si la deuda fuere simplemente mancomunada, puesto que la presentación de uno de los acreedores hace conocer al heredero la totalidad de la deuda, aunque el presentante sólo tenga acción para reclamar su parte.

1119/376

376. RECURSOS DEL ACREEDOR CUANDO EL HEREDERO HA PAGADO A OTROS, NO OBSTANTE SU OPOSICIÓN.— Puede ocurrir que, no obstante la oposición formulada en tiempo, el heredero haya pagado a otros acreedores. En tal caso, el artículo 3403 Ver Texto confiere al oponente dos recursos:

a) Puede reclamar contra el heredero los perjuicios que hubiere sufrido. La medida de la acción está dada por el perjuicio padecido; es decir que el heredero responde con sus propios bienes no por la totalidad del crédito impago, sino solamente por la parte que hubiera recibido el acreedor en una distribución correctamente hecha (ver nota 37). Cae de su peso que la porción que el acreedor no hubiera cobrado de ninguna manera, por no alcanzar los bienes del sucesorio, no puede ser reclamada al heredero.

b) Puede reclamar de los acreedores pagados no obstante la oposición, la porción que le hubiera correspondido en una distribución regularmente hecha.

1119/377

377.— El acreedor puede promover cualquiera de estas acciones, ninguna de las cuales tiene carácter previo. Es lo que expresamente dispone el artículo 3403 Ver Texto al decir que los acreedores pueden dirigirse contra el heredero sin probar la insolvencia de los acreedores y contra éstos sin necesidad de probar la insolvencia del heredero. Más aún: ambas acciones pueden ejercerse simultáneamente, puesto que no hay incompatibilidad entre ellas; es claro que si el acreedor hubiera cobrado del heredero, no podrá seguir ya su acción contra los otros acreedores, y viceversa (ver nota 38).

1119/378

378.— No mediando plazo especial, estas acciones prescriben por el término de diez años (art. 4023 Ver Texto) (ver nota 39).

1119/379

379. OPOSICIÓN DE LOS LEGATARIOS.— Dispone el artículo 3401 Ver Texto que los legatarios no pueden formular oposición al pago de los créditos. Va de suyo que esta prohibición alude únicamente al orden de prelación, lo que es natural, puesto que ellos no tienen derecho a ser pagados sino después de satisfechos todos los créditos (art. 3400 Ver

Texto). Pero nada les priva de oponerse al pago, si lo que se objeta no es la prelación, sino la existencia misma o la legitimidad de la deuda. Ellos pueden atacarlos por simulación o nulidad (ver nota 40). DE GÁSPERI les reconoce incluso el derecho de oponer la prescripción (ver nota 41); estamos en desacuerdo con esta opinión, pues una deuda prescrita no por ello deja de tener el carácter de obligación natural y supone muchas veces un compromiso de honor, del cual no puede ser árbitro el legatario, sino sólo el propio deudor o su heredero.

1119/380

380.— Respecto de los otros legados, los legatarios no sólo pueden cuestionar su legitimidad, sino también el orden de prelación en el pago (art. 3401 Ver Texto). Respecto de ellos, la oposición surte los mismos efectos que la que tiene lugar entre acreedores; el heredero es responsable personalmente por lo que hubiera pagado prescindiendo de la oposición (art. 3402 Ver Texto). Y aunque el Código no lo dice, debe reconocérsele acción contra los otros legatarios para que se le pague la porción de su legado que le hubiere correspondido en una distribución regularmente hecha. En cuanto al orden en el pago de los legados, hay que respetar lo dispuesto en el artículo 3795 Ver Texto (véase nº 1526).

1119/381

381. PAGO A SÍ MISMO.— El heredero puede pagarse a sí mismo (art. 3398 Ver Texto). Pero el ejercicio de este derecho se halla, desde luego, subordinado a lo dispuesto respecto de la oposición de los otros acreedores. Por ello, el artículo 3387 Ver Texto dice que el heredero no está autorizado a comprender en los gastos las sumas que le eran debidas por el difunto, agregando que, si los bienes de la sucesión no bastan para pagar las deudas, está sometido a soportar una pérdida proporcional. Pensamos, pues, que el pago a sí mismo sólo podría hacerse efectivo después de vencidos los plazos del inventario y deliberación; y que basta el conocimiento que el heredero tenga de otras deudas para impedirle cobrarse sino a prorrata de las demás (véase nº 374).

1119/382

382.— Para que el pago a sí mismo pueda oponerse a los acreedores que se presenten posteriormente, debe ser real, es decir, mediando extracción de fondos (ver nota 42).

1119/383

383. ACREEDORES PRESENTADOS TARDÍAMENTE.— Supuesto que el heredero haya hecho la distribución de fondos entre acreedores y legatarios, los acreedores que se presenten tardíamente y, por consiguiente, se encuentren impagos, no tienen ya recurso, ni contra el heredero ni contra los acreedores pagados, pues no habiendo mediado oposición de su parte, el pago está bien hecho (art. 3398 Ver Texto). Pero si dentro del sistema del Código esta solución resulta lógica, respecto de los acreedores, ha parecido demasiado dura, cuando los pagados precedentemente han sido legatarios, puesto que el derecho de éstos a

cobrar su legado está siempre supeditado al pago anterior de las deudas del causante. Por ello se reconoce a los acreedores el derecho de repetir sus créditos contra los legatarios (art. 3398 Ver Texto). Claro que no es posible dejar indefinidamente en la incertidumbre a los legatarios respecto de su derecho sobre el legado que ya han recibido. De ahí que la ley ponga a la acción de los acreedores un límite de tres años (art. 3398 Ver Texto).

¿Desde cuándo corre este plazo de prescripción? Dos opiniones se han sostenido sobre el problema: a) Según algunos autores, el punto de partida es el de la liquidación definitiva, vale decir, cuando no hay ya bienes en la sucesión, sistema que tendría la ventaja de que el plazo correría al mismo tiempo para todos los legatarios, sin establecer injustas desigualdades entre ellos (ver nota 43). Se invoca en apoyo de esta tesis la autoridad de los tratadistas franceses que, empero, no puede hacerse valer en nuestro derecho positivo, puesto que el Código Napoleón tiene un texto expreso que la consagra (art. 809, ap. 2º), lo que no ocurre en el nuestro. b) De acuerdo con una segunda teoría, que por nuestra parte compartimos, el punto de partida del plazo de tres años es el momento de la entrega del legado (ver nota 44). Muchas son las razones que, a nuestro juicio, abonan esta solución. En primer lugar, nuestro sistema de liquidación individual tiene como consecuencia que, no obstante la obligación del heredero de rendir cuentas, con frecuencia ello no ocurre, sobre todo cuando los acreedores que se han presentado en el sucesorio y los legatarios han sido totalmente desinteresados; si las cuentas no se rinden, por que nadie lo pide, los legatarios quedarán indefinidamente en la incertidumbre respecto a sus derechos. Esto resulta tanto más grave cuanto que la prescripción del artículo 3398 Ver Texto ha sido instituida para evitar esa incertidumbre. Además, el artículo citado abre la acción durante tres años, por lo que los legatarios hubiesen recibido. Este párrafo alude expresamente a la recepción del legado y significa que ese es el momento señalado por la ley para el comienzo del plazo. Finalmente, el principio rector en materia de prescripción es que ella empieza a correr desde el momento en que está abierta la acción; y los acreedores impagos pueden reclamar en cualquier momento la restitución de lo pagado a los legatarios, haya o no rendición de cuentas, puesto que los legatarios sólo pueden ser pagados después de los acreedores (art. 3400 Ver Texto).

1119/384

384. GASTOS DE LA ADMINISTRACIÓN Y LIQUIDACIÓN.— Los gastos que demande el inventario, la conservación y administración de los bienes de la sucesión, la liquidación y la rendición de cuentas, son a cargo de la sucesión (art. 3386 Ver Texto), lo que es lógico, pues han sido hechos en beneficio de acreedores y legatarios. Más aún: si el heredero los hubiera pagado con su dinero, será rembolsado con privilegio sobre todos los bienes de la sucesión (art. 3386 Ver Texto , in fine).

1119/385

385.— El artículo 3386 Ver Texto , en el cual se establecen estas disposiciones, tiene una redacción indudablemente confusa. Dispone que son a cargo de la sucesión los gastos a que dé lugar el inventario, la administración de los bienes hereditarios o la seguridad de ellos ordenados por el juez a la rendición de cuentas. Es evidente que la frase que hemos destacado con bastardilla, carece de sentido gramatical. Se trata de un evidente error de copia, en el que la letra y, que es la que corresponde, fue sustituida por a. El error queda

patente si se coteja la norma con su fuente (ver nota 45); y la rectificación permite devolver al texto su significado gramatical y lógico.

Hecha esta aclaración, resulta inexplicable la exigencia de la orden judicial para poner los gastos a cargo de la sucesión, tanto más cuanto que ella se refiere a los que el heredero tiene el deber de llevar a cabo y para los cuales la ley lo exime expresamente del requisito de la licencia judicial (art. 3387 Ver Texto). Pensamos que esta exigencia debe considerarse cumplida con la aprobación judicial de los gastos, otorgada con motivo de la rendición de cuentas (ver nota 46).

1119/386

386. ACCIONES INDIVIDUALES DE LOS ACREEDORES Y LEGATARIOS.— El beneficio de inventario no suspende, en nuestro derecho, las acciones individuales de acreedores y legatarios para perseguir el pago (ver nota 47). Es la solución que se desprende claramente del artículo 3398 Ver Texto cuando dice que el heredero debe pagarles a medida que se presenten, si no media oposición. Esta salvedad significa que, mediando oposición, ni el heredero puede pagar, ni los acreedores pueden pretender que se les pague prescindiendo de los oponentes. Por eso se admite sin discrepancias que los jueces están autorizados a suspender las acciones instauradas por los acreedores impacientes, si se demuestra que el heredero procede activamente a la liquidación de los bienes (ver nota 48). Con ello se evitan entorpecimientos en la marcha de la liquidación, recargo del pasivo con gastos innecesarios, y se permite una más justa distribución de aquél.

(nota 1) GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, n° 175.

(nota 2) LLERENA, t. 6, p. 125; MACHADO, t. 8, p. 507 y sigs., nota (pero admite la venta de muebles, siempre que el juez lo estime como un acto de buena administración); RÉBORA, t. 1, n° 100, (que hace una salvedad similar a la de MACHADO); SEGOVIA, t. 2, p. 461, nota 31.

(nota 3) Tanto SEGOVIA (loc. cit. en nota anterior) como LAFAILLE (t. 1, n° 236) coinciden en la necesidad de oír a los acreedores, no obstante la omisión del art. 3369 Ver Texto , dado el evidente y primario interés de ellos en el manejo y venta de los bienes.

(nota 4) De acuerdo: GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, n° 300.

(nota 5) De acuerdo GUAGLIANONE, loc. cit. en nota anterior; RÉBORA, t. 1, n° 180 nota 20; MAFFÍA, t. 1, n° 353. En contra: C. Civil 2ª Cap., 28/4/1930, J.A., t. 32, p. 1064.

(nota 6) De acuerdo: LAFAILLE, t. 1, n° 253; FORNIELES, t. 1, n° 139; GUAGLIANONE, El beneficio del inventario, n° 190. Es también la solución admitida por

la jurisprudencia francesa no obstante las críticas de algunos autores (véase BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1504).

(nota 7) FORNIELES, t. 1, n° 140; ZANNONI, t. 1, § 327; MAFFÍA, t. 1, n° 323; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 428.

(nota 8) De acuerdo: ZANNONI, t. 1, § 330; MAFFÍA, t. 1, n° 324.

(nota 9) MACHADO, t. 8, p. 543, nota; ZANNONI, t. 1, § 330.

(nota 10) GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, n° 209; MAFFÍA, t. 1, n° 325.

(nota 11) De acuerdo: ZANNONI, t. 1, § 334.

(nota 12) De acuerdo: LAFAILLE, t. 1, n° 264; DE GÁSPERI, t. 1, n° 153; GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, n° 235; GUASTAVINO, La venta de inmuebles por el heredero beneficiario, n° 13.

(nota 13) LLERENA, t. 6, p. 155; MACHADO, t. 8, p. 561, nota; ZANNONI, t. 1, § 335; MAFFÍA, t. 1, n° 330. En cambio, GUAGLIANONE, sostiene que no obstante la conformidad de todos los interesados no es posible prescindir de la subasta pública (El beneficio de inventario, n° 235) por que la ley la exige. Pero esta conclusión importa un apego excesivo a la letra de la ley. La norma tiene siempre un fin, un objeto indefinido, que en este caso es la protección de los legatarios y acreedores. Si éstos, a quienes la ley desea amparar, consideran más conveniente la venta privada, carece de sentido obligarlos a asumir los gastos y riesgos del remate.

(nota 14) De acuerdo: GUASTAVINO, La venta de inmuebles por el heredero beneficiario, n° 36; ZANNONI, t. 1, p. 336.

(nota 15) De acuerdo: LLERENA, t. 6, p. 155; MACHADO, t. 8, p. 561, nota. En cambio GUAGLIANONE opina que no se necesita la autorización judicial y que el acto es válido, sin perjuicio de privar al heredero del beneficio de inventario si el precio fuere irrisorio (El beneficio de inventario, n° 236).

(nota 16) De acuerdo: ZANNONI, t. 1, § 341.

(nota 17) GUASTAVINO, nota en D.J.A., 21/5/1969, n° 46; ZANNONI, t. 1, § 342.

(nota 18) En contra: PÉREZ LASALA, t. 1, n° 449.

(nota 19) De acuerdo: MACHADO, t. 8, p. 590, nota.

(nota 20) C.Civil Cap., Sala E, 23/7/1963, E.D., t. 5, p. 628; SEGOVIA, t. 2, p. 470, nota 83; FORNIELES, t. 1, n° 137; DE GÁSPERI, t. 1, n° 149; LAFAILLE, t. 1, n° 265. Es también la opinión corriente en la doctrina francesa: DEMOLOMBE, t. 15, núms. 259 y 287; CHABOT, t. 3, art. 815, n° 2; AUBRY y RAU, t. 6, § 618; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1361; PLANIOL-RIPERT, t. 4, n° 449.

(nota 21) Véase: MACHADO, t. 8, nota al art. 3390 Ver Texto , especialmente p. 556; LLERENA, t. 6, p. 151, y GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, núms. 218 y sigs., especialmente n° 256. Puede verse un resumen de las opiniones de estos autores en nuestra 1ª y 2ª ed., núms. 367-368.

(nota 22) FORNIELES, t. 1, n° 138.

(nota 23) DEMOLOMBE, t. 15, n° 271.

(nota 24) POLACCO, t. 2, p. 199 y sigs.

(nota 25) POLACCO, t. 2, p. 200.

(nota 26) C. Civil italiano, arts. 498 y sigs.; C. Civil alemán, arts. 1981 y 1984; Anteproyecto de LAURENT, art. 933; Bulletin de la société d'études législatives, 1910, p. 236 y sigs.

(nota 27) FORNIELES, t. 1, n° 138 bis; ACUÑA ANZORENA, Rol del heredero beneficiario y derechos de los acreedores para ejecutar individualmente los bienes de la herencia, J.A., t. 57, p. 363; DEMOLOMBE, t. 15, n° 229; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1243; AUBRY y RAU, t. 6, § 618, texto y nota 75.

(nota 28) LLERENA, t. 6, p. 159; AUBRY y RAU, t. 6, § 618, nota 46.

(nota 29) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 1, n° 441.

(nota 30) Unanimidad en la doctrina: FORNIELES, t. 1, n° 141; LAFAILLE, t. 1, n° 266; GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, n° 310; MACHADO, t. 8, p. 567, nota; LLERENA, t. 6, p. 160; ZANNONI, t. 1, § 373; MAFFÍA, t. 1, n° 339.

(nota 31) MACHADO, t. 8, p. 567, nota; DEMOLOMBE, t. 16, n° 298; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1419; MASSÉ y VERGÉ, t. 2, p. 352, nota 32.

(nota 32) FORNIELES, t. 1, n° 141; LAFAILLE, t. 1, n° 256; PLANIOL-RIPERT, t. 4, n° 440; DEMOLOMBE, t. 15, n° 299; CHABOT, art. 808, n° 1; AUBRY y RAU, t. 6, § 618; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1410; HUC, t. 5, n° 245. GUAGLIANONE piensa que la oposición debe formularse expresamente, vale decir en términos formales (El beneficio de inventario, n° 310). Esta opinión nos parece inadmisibles. Por lo pronto, ningún texto legal exige el cumplimiento de formalidades, ni la traba de incidentes. Además, podría ocurrir que el acreedor a quien se paga, no se haya presentado en el sucesorio, puesto que nada le impide al heredero pagarle extrajudicialmente; en tal hipótesis, los otros acreedores no tendrían ninguna posibilidad de formular oposición contra un crédito cuya existencia ignoran. La única forma de evitar estos manejos ocultos e inescrupulosos es tener por formulada la oposición con la sola notificación de la existencia de un crédito.

(nota 33) Corte de Casación, 26/11/1890, DALLOZ, 91-1-345, SIREY, 91-1-204; Req. 17/12/1894, DALLOZ, 95-1-193.

(nota 34) JOSSERAND, t. 3, vol. 2, n° 965; de acuerdo COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1339.

(nota 35) Por ello es que impugnan tal jurisprudencia PLANIOL-RIPERT, t. 4, n° 440; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1413.

(nota 36) Unanimidad en la doctrina: SEGOVIA, t. 2, p. 450, nota 90; LLERENA, t. 6, p. 169; MACHADO, t. 8, p. 575, nota; GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, n° 311.

(nota 37) Nota de Vélez al art. 3403; LLERENA, t. 6, p. 171; MACHADO, t. 8, p. 579, nota; GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, n° 313; MAFFÍA, t. 1, n° 340; BELOST JALIMONT, en CHABOT, t. 2, art. 808, 1ª observación; DEMOLOMBE, t. 15, n° 301; AUBRY y RAU, t. 6, § 618.

(nota 38) De acuerdo: GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, n° 313 in fine; MACHADO, t. 8, p. 581, nota; LAFAILLE, t. 1, n° 263; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 442.

(nota 39) De acuerdo: DE GÁSPERI, t. 1, n° 164; MAFFÍA, t. 1, n° 341; GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, n° 314: véase la argumentación de este autor en contra de la idea de que sea aplicable la prescripción anual sobre la base de considerar nuestra acción como una reclamación de daños y perjuicios emergentes de delitos o cuasidelitos.

(nota 40) De acuerdo: DE GÁSPERI, t. 1, n° 160; GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, n° 308; MAFFÍA, t. 1, n° 342.

(nota 41) DE GÁSPERI, loc. cit. en nota anterior.

(nota 42) GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, n° 328; MAFFÍA, t. 1, n° 343; DEMOLOMBE, t. 15, n° 310; AUBRY y RAU, t. 6, § 618; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1442.

(nota 43) SEGOVIA, t. 2, p. 449, nota 88; LLERENA, t. 6, p. 168; RÉBORA, t. 1, n° 181.

(nota 44) MACHADO, t. 8, p. 572, nota; DE GÁSPERI, t. 1, n° 158; MAFFÍA, t. 1, n° 346; ZANNONI, t. 1, § 383; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 445; GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, n° 324 (este último autor sostiene que si antes hubiera mediado una rendición de cuentas o distribución de fondos que demostraran que no había fondos para cubrir los créditos conocidos o los legados, la prescripción comenzará a correr desde ese momento). Este es el sistema seguido en el Anteproyecto, art. 2695 y en el Proyecto de 1936, art. 1883, inc. 7°.

(nota 45) AUBRY y RAU, t. 6, § 618.

(nota 46) RÉBORA, t.1, n° 180, texto y nota 18; DE GÁSPERI, t.1, n° 156, nota 183; GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, n° 286; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 433.

(nota 47) C. Civil 1ª Cap., 3/2/1937, J.A., t. 57, p. 362 y L.L., t. 5, p. 384, Unanimidad en la doctrina; puede verse FORNIELES, t. 1, n° 138 bis; ACUÑA ANZORENA, nota en J.A., t. 57, p. 362; GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, n° 270; FERRER, El abandono del heredero beneficiario, L.L., t. 155, p. 1032, n° XIII (con cita de fallos de los tribunales santafecinos); etc.

(nota 48) C.Civil Cap., Sala F, 15/12/1983, E.D., t. 109, p. 135; C.Civil 1ª Cap., 3/2/1937, J.A., t. 57, p. 362; FORNIELES, t. 1, n° 138 bis; ACUÑA ANZORENA, nota en J.A., t. 57, p. 362; FERRER, loc. cit. en nota anterior; DEMOLOMBE, t. 15, n° 229; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1243; AUBRY y RAU, t. 6, § 618, texto y nota 75.

1119/387

3.— Responsabilidades y sanciones

387. RENDICIÓN DE CUENTAS.— El beneficio de inventario limita la responsabilidad del heredero al monto de los bienes heredados; pero dentro de ese límite, es responsable. Es lógico, por lo tanto, que deba rendir cuentas a acreedores y legatarios de la administración y realización de los bienes (art. 3382 Ver Texto). Es obvio que, si administrara una sucesión en que hay varios herederos, también está obligado a rendir cuentas de su administración, como todo mandatario (art. 1909 Ver Texto).

Las cuentas deben rendirse en el sucesorio, pero si todos los interesados fueran capaces, pueden aceptarlas en forma extrajudicial (ver nota 1). Conforme al Código Procesal de la Justicia Nacional, ellas deben rendirse cada tres meses, y la cuenta final al cesar en el cargo (art. 713). Esta disposición referida a los administradores judiciales, es obviamente aplicable al caso del heredero beneficiario, que según ya lo hemos dicho, actúa como tal.

1119/388

388.— ¿Cuál es la sanción en que incurre el beneficiario que no rinde cuentas? El Código no lo ha previsto; pero pensamos que ella no puede ser otra que su remoción como administrador y la designación de otro heredero o de un curador de los bienes (ver nota 2). No sería posible, en efecto, dejar inermes a acreedores y legatarios ante el incumplimiento de esta obligación fundamental, ni mantener en el cargo un administrador cuyo silencio hace presumir una gestión culpable o irregular.

1119/389

389. RESPONSABILIDAD.— El heredero es responsable de toda falta (culpa) grave en su administración (art. 3384 Ver Texto). El concepto de culpa grave queda librado a la apreciación judicial; pero, de todos modos, la ley ha dejado sentado que no basta cualquier falta, por leve e insignificante que sea, para comprometer la responsabilidad del heredero. A título ejemplificativo, puede considerarse falta grave: el pago de un crédito sin tener en cuenta la oposición de otros acreedores (art. 3402 Ver Texto); no llevar a cabo reparaciones urgentes y necesarias, permitiendo la ruina de las propiedades o edificios; dejar prescribir créditos de la sucesión; conducir con negligencia los pleitos de la sucesión, sin requerir las medidas conservatorias pertinentes (embargos, inhibiciones, etc.) o dejando perimir la instancia; no abonar en tiempo los impuestos, incurriendo en multas; descuido en la percepción de las rentas; grave desatención en el manejo del fondo de comercio o del establecimiento rural, etcétera. En cambio, pensamos que no oponer la prescripción no importa falta grave, por los motivos que hemos expuesto en otro lugar (nº 379) (ver nota 3). Demás está decir que en el concepto de culpa grave está también incluido el perjuicio doloso de los intereses del sucesorio.

1119/390

390. ADMINISTRACIÓN IRREGULAR: DERECHO A PEDIR FIANZAS.— El artículo 3385 Ver Texto reconoce a los acreedores y legatarios el derecho a pedir fianzas cuando la administración fuere culpable o por otra causa personal al heredero perjudicare los intereses hereditarios. Una vez más nos encontramos con una norma deficientemente redactada; pero si se relaciona esta disposición con el artículo 3384 Ver Texto , debemos concluir que los acreedores y legatarios pueden exigir fianzas siempre que el heredero haya incurrido en culpa (véase número anterior).

La palabra fianza está empleada en un sentido lato, comprendiendo no sólo las fianzas personales, sino también las garantías reales (ver nota 4). La bondad y suficiencia de la

garantía debe ser apreciada prudentemente por el juez, teniendo en consideración que debe cubrir el importe del crédito o legado de quien la ha solicitado.

Ocurrido el presupuesto legal de la falta grave, el heredero no puede negarse a prestar la fianza bajo ningún pretexto, ni el tribunal podría dispensarlo de ella; así, no sería suficiente que el heredero tuviera una notoria solvencia, ni que la aceptación beneficiaria le haya sido impuesta por la ley, por ejemplo, en su calidad de menor (ver nota 5).

La fianza sólo aprovecha al acreedor o legatario que la pide (ver nota 6). Y puede hacerlo aunque su crédito o legado sea a término o condición (ver nota 7).

1119/11770

390 bis.— ¿Qué ocurre si el heredero no presta la fianza? Para tal hipótesis, dispone el artículo 3385 Ver Texto que los muebles serán vendidos y su precio depositado, como también la porción del precio de los inmuebles que no se emplease en pagar los créditos hipotecarios.

Adviértase que la ley sólo autoriza a vender los muebles, no los inmuebles. El legislador ha considerado más peligrosa la situación de los primeros, por la facilidad con que el heredero puede disponer de ellos; de ahí que su precio deba ser depositado. Es claro que, si un inmueble se vende (sea por ejecución promovida por un acreedor hipotecario común, sea por iniciativa del propio heredero), el precio debe también depositarse, desde que el dinero es una cosa mueble; igualmente deben serlo los frutos devengados por las cosas muebles o inmuebles (ver nota 8).

Cabe advertir finalmente que, si bien los acreedores no podrían pedir la venta de los inmuebles fundados en la no prestación de fianzas, ello no tiene ninguna relación con su derecho a pedirla por vía de ejecución individual de sus créditos, de acuerdo con el procedimiento normal (véase n° 386).

Aun así, la sanción establecida por el artículo 3385 Ver Texto merece serias objeciones. La distinción que formula entre bienes muebles y raíces no se justifica, porque si bien la venta de los primeros es más simple, no por ello deja de existir peligro de que se vendan los inmuebles. Además, lo lógico en caso de administración irregular y deficiente, sería la remoción del beneficiario, tal como está previsto en los proyectos de reformas (Anteproyecto de BIBILONI, art. 2969; Proyecto de 1936, art. 1883, inc. 5°).

1119/391

391. REMOCIÓN DEL BENEFICIARIO COMO ADMINISTRADOR.— Nuestro Código no ha previsto de modo expreso la posibilidad de remover al beneficiario de la administración, cuando cosas graves así lo aconsejan. Las sanciones establecidas en el

Códigos son la responsabilidad personal en caso de falta grave o la pérdida del beneficio, si lleva a cabo actos prohibidos. Pero si el heredero es insolvente, estas sanciones no tienen ningún significado para él ni constituyen garantía alguna para los acreedores y legatarios. Se impone en estos casos la remoción del administrador, si no se quiere dejar inermes a los acreedores y legatarios. Y, mirando el problema desde el ángulo del heredero, la pérdida del beneficio es, a veces, una sanción demasiado rigurosa.

Se justifica, pues, que la jurisprudencia francesa (no obstante que el Código Napoleón, como el nuestro, no ha previsto la aplicación de esta sanción) haya decidido que, se demuestre o no la insolvencia del heredero, corresponde disponer su remoción y la designación de un administrador de oficio, si aquél, por su negligencia, ha comprometido los derechos de los acreedores; si no ha adoptado ninguna diligencia para liquidar el pasivo o realizar el activo, en miras a pagar los créditos y legados; si no ha rendido cuentas; y, aun, si está tan alejado de los bienes que no le resulta materialmente posible administrarlos normalmente (ver nota 9). Pensamos que nuestros tribunales harían bien en adoptar tales soluciones (ver nota 10). También procede la remoción en caso de concurso o quiebra de la sucesión, pues entonces el heredero es sustituido por el síndico.

De todos modos, y cualquiera que sea la solución que se adopte en el problema antes considerado, está fuera de toda duda que si hubiera varios coherederos, éstos pueden pedir la remoción del beneficiario administrador por todas las causas por las cuales podrían hacerlo, haya o no beneficio de inventario, (véase núms. 542 y sigs.); para ellos no rigen, como es natural, las limitaciones impuestas en las relaciones entre beneficiario y acreedores y legatarios.

Tanto en el Anteproyecto (art. 2969), como en el Proyecto de 1936 (art. 1883, inc. 5º) se autoriza la remoción, siempre que las irregularidades, la incuria o la ineptitud pongan en peligro los derechos del reclamante, o haya motivo para temerlo. En el primero incluso se admite como causal suficiente la insolvencia notoria del heredero.

1119/392

392. PÉRDIDA DEL BENEFICIO.— La sanción extrema y sin duda la más grave para el heredero solvente es la pérdida del beneficio de inventario. Es impuesta por la ley en los siguientes casos:

a) Cuando el heredero ocultare valores de la sucesión u omitiese fraudulentamente en el inventario algunas cosas pertenecientes a ella (art. 3405 Ver Texto). Debe tratarse de una omisión dolosa, con ánimo de apropiarse de cosas de la herencia.

Cabe preguntarse si esta sanción es aplicable cuando el autor del ocultamiento fuere una de las personas que gozan del beneficio de inventario de pleno derecho. Desde luego, el caso de las personas que carecen de discernimiento (menores de 10 años, dementes) está fuera de toda duda, pues no se concebiría aplicarles una pena. Más dudoso es el caso de los menores que han cumplido 10 años y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito. Aunque la cuestión está controvertida, la teoría más moderna se inclina por considerar que

también ellos incurren en la pérdida del beneficio, pues se trata de una sanción impuesta por la ley por la comisión de un hecho ilícito, del cual ellos tienen plena conciencia (ver nota 11).

b) Cuando el heredero hubiera enajenado los bienes de la sucesión sin sujetarse a los recaudos legales. Sobre todo lo relacionado con este punto, remitimos a los números 360 y siguientes.

Desde luego, las enajenaciones hechas por los incapaces o sus representantes son nulas (arts. 299 Ver Texto , 434 Ver Texto y sigs., 1041 Ver Texto , etc.) y no comportan la pérdida del beneficio (ver nota 12).

4.— Abandono (ver nota 13)

1119/393

393. CONCEPTO.— Ocurre a veces que la administración de la herencia aceptada con beneficio de inventario se convierte en una pesada carga para el heredero, por el tiempo que le ocupa y las responsabilidades que importa; y la carga se hace tanto más penosa cuando el desarrollo del proceso de liquidación va mostrando claramente la insolvencia de la sucesión. La ley concede entonces al heredero el recurso de hacer abandono de los bienes. Pero la palabra no debe llamar a error: no se trata de una renuncia de la herencia, lo que no sería posible luego de transcurrida la oportunidad del artículo 3366 Ver Texto ; no se trata tampoco de una dación de pago, de una cesión de la propiedad de los bienes a favor de acreedores y legatarios, puesto que, si pagados éstos quedara un saldo, los bienes restantes deben devolverse al heredero (art. 3381 Ver Texto). Lo único que se abandona es la administración de los bienes; vale decir, el heredero cede sus facultades de administración y liquidación a acreedores y legatarios, sin perder el beneficio ni renunciar a la herencia (ver nota 14).

1119/394

394. CAPACIDAD.— El abandono no importa un acto de disposición de bienes, pero supone la pérdida irrevocable de un derecho importantísimo como es el de manejar el proceso de liquidación de la herencia. Pensamos, por tanto, que los representantes de los incapaces no podrían hacerlo sin autorización judicial (ver nota 15).

1119/395

395. FORMALIDADES.— El Código no establece formalidad alguna para hacer efectivo el abandono. Creemos, pues, que deberá hacerse una declaración en el juicio sucesorio (ver nota 16), aunque no vemos inconveniente jurídico en aceptar también el procedimiento admitido en Francia de la notificación individual a cada uno de los acreedores y legatarios (ver nota 17), procedimiento que, empero, tiene para el heredero la desventaja de que

conserva su responsabilidad respecto de los acreedores o legatarios no notificados por las faltas que se cometieran en la administración y liquidación.

Al formular la declaración de abandono, el heredero deberá presentar la rendición de cuentas de su gestión hasta ese momento (ver nota 18); si no lo hiciera, los acreedores y legatarios podrán negarse a asumir la administración y el heredero mantendrá sus responsabilidades.

1119/396

396. EFECTOS.— Los efectos del abandono, son los siguientes:

a) La administración y liquidación de los bienes pasa a los acreedores y legatarios, aunque conservan su eficacia respecto del heredero y, si quedara un saldo luego de liquidadas todas las deudas, debe serle entregado (art. 3381 Ver Texto). Como mantiene su carácter de heredero, está sometido a la colación y puede exigirla de sus coherederos (art. 3379 Ver Texto).

Los actos de disposición relativos a bienes de la sucesión llevados a cabo por el heredero después del abandono son inoponibles a los acreedores y legatarios, aunque conservan su eficacia respecto del heredero (ver nota 19), quien es responsable incluso con sus propios bienes ante el adquirente.

b) El heredero queda liberado de toda responsabilidad por las deficiencias o irregularidades con que los acreedores y legatarios lleven a cabo la administración; pero, a su vez, tiene derecho a exigirles rendición de cuenta (véase nº 400).

c) El traspaso de la administración implica también el de la representación de la herencia en todo lo que atañe a las cuestiones patrimoniales. Sin embargo, como el heredero conserva su calidad de tal y la propiedad de los bienes, tiene personería para intervenir promiscuamente en todos los juicios en que la sucesión sea parte, de tal suerte que, si no hubiera sido citado al juicio y éste se hubiera llevado a cabo únicamente con los acreedores y legatarios, la sentencia no podría serle opuesta (ver nota 20).

1119/397

397. LA ADMINISTRACIÓN POR LOS ACREEDORES Y LEGATARIOS; DISTINTAS CUESTIONES.— La administración por los acreedores y legatarios plantea delicados problemas no previstos por nuestra ley:

a) Quién administra. Esta cuestión debe examinarse con relación a dos hipótesis posibles: 1) No hay coherederos. Sostienen algunos autores que sería necesaria la designación de un curador a los bienes, puesto que alguien debe representar esta masa abandonada; los acreedores y legatarios no pueden asumir esa representación, pues no son dueños de ella

(ver nota 21). Otros piensan, a nuestro juicio con mejor criterio, que si aquéllos han recibido el traspaso de la administración, pueden ejercerla como les parezca más conveniente, ya sea en forma conjunta, ya designando un administrador de común acuerdo (ver nota 22). La designación forzosa de un curador es una solución extraña a nuestra ley. Es claro que, si no se pusieran de acuerdo, el juez debe designar un administrador de oficio (ver nota 23). 2) Hay coherederos. También en este punto hay divergencias. GUAGLIANONE opina que, en esta hipótesis no sería posible ya el abandono, pues no puede admitirse que los acreedores y legatarios tengan mejor derecho a la administración que los otros herederos (ver nota 24). Nos parece una conclusión excesiva y extralegal. Ningún precepto subordina la posibilidad de ejercer el derecho de abandono a la inexistencia de coherederos. Más razonable es reconocer a los acreedores y legatarios el derecho de administrar de común acuerdo con los coherederos (ver nota 25); en caso de desacuerdo, el juez designará el administrador (ver nota 26); a él le tocará pesar los derechos de prelación que preocupan al autor antes citado.

1119/398

398. b) Cómo se administra.— En principio, los acreedores y legatarios deben ajustar su administración a las mismas normas que el heredero beneficiario; de modo expreso dispone el Código que los bienes no pueden ser vendidos sino en la forma prescripta para aquél (art. 3380 Ver Texto). En otras palabras: los acreedores y legatarios sustituyen al heredero con todas las atribuciones y todas las limitaciones que él tenía para la administración y liquidación. Adviértase que cuando el heredero administra, las garantías de que se rodea la enajenación de los bienes —y, en particular, la autorización judicial— están encaminadas a la protección de los derechos de acreedores y legatarios; ahora, por el contrario, tienden a proteger al heredero.

Si se llevara a cabo una enajenación sin cumplir con los recaudos legales previos, el acto es nulo, por imperio de lo establecido en el artículo 18 Ver Texto , Código Civil (ver nota 27). En este caso, no rige el artículo 3395 Ver Texto , que mantiene la validez de los actos prohibidos por la ley, llevados a cabo por el heredero administrador; esta disposición se explica respecto del heredero, a quien se le impone otra sanción —la pérdida del beneficio— que no podría aplicarse a acreedores y legatarios.

1119/399

399. c) Procedimiento para el pago de créditos y legados.— Abandonados los bienes a los acreedores y legatarios, el procedimiento de ejecución individual dispuesto por el artículo 3398 Ver Texto , deja de ser aplicable; no se podría pagar a algunos acreedores antes que a otros, puesto que la sola presentación de ellos en el sucesorio, o la denuncia del crédito por el heredero, equivale a la oposición (véase n° 374). Debe, pues, aplicarse el procedimiento de ejecución colectiva, pagándose los créditos según su privilegio y los comunes a prorrata (ver nota 28).

1119/400

400. DERECHOS DEL HEREDERO FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN.— Puesto que el heredero no pierde su carácter de tal, ni la propiedad de los bienes, y puesto que tiene derecho a exigir la entrega del saldo (art. 3381 Ver Texto), se le reconoce sin discrepancias el derecho a pedir rendición de cuentas. Ello implica la facultad de vigilar la gestión de los acreedores y legatarios, quienes son responsables ante él por las irregularidades y faltas graves cometidas durante la administración. La medida de su responsabilidad está dada por el perjuicio sufrido por el heredero. Es claro que si el administrador hubiera sido designado por el juez (por ej., en caso de desacuerdo), las faltas que cometa no afectan la responsabilidad de herederos y copropietarios.

Si los administradores negaran la rendición de cuentas, o se comprobara que han incurrido en graves irregularidades, pensamos que el heredero tiene derecho a pedir al juez su remoción (ver nota 29) y el nombramiento de un administrador de oficio, pues de lo contrario podría ocurrir que no tuviera modo de hacer efectivo su derecho al saldo, ni de urgir la liquidación de los bienes, en la que está evidentemente interesado.

1119/401

401. ¿PUEDE RETOMAR EL HEREDERO LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES?.— El abandono constituye una declaración de voluntad no revocable. Es, por esencia, definitivo. No se concebiría, en efecto, que el heredero, pudiera, a capricho, abandonar los bienes, recuperar luego la administración, volver a abandonarlos, etcétera. Ello importaría crear una grave perturbación en el proceso de liquidación que nada justifica y que repugna al buen sentido (ver nota 30).

Queda, naturalmente, a salvo la hipótesis de que el heredero pague íntegramente las deudas y legados. En tal caso, recobra automáticamente la administración por imperio de lo dispuesto en el artículo 3381 Ver Texto , que ordena se le entregue el saldo, luego de satisfechas aquellas obligaciones (ver nota 31).

1119/402

402. ¿PUEDE HACERSE ABANDONO EN FAVOR DE DETERMINADOS ACREEDORES?.— La cuestión está controvertida. Algunos autores opinan que no hay inconveniente en que así se haga, pues si puede otorgarse mandato de administración en favor de terceros, nada se opone a que pueda también hacerse abandono de los bienes a favor de determinados acreedores, ya que, en el fondo, no hay sino una delegación de la administración similar al mandato (ver nota 32). Estamos en desacuerdo con este punto de vista. La situación en ambos casos es totalmente distinta: el mandato es esencialmente revocable, en tanto que el abandono tiene carácter definitivo (véase número anterior); el heredero que otorga un mandato de administración conserva plenamente sus responsabilidades por culpa grave en el manejo de los bienes; el que hace abandono deja de ser responsable. El abandono importa asumir una actitud pasiva y equidistante; permitir que se lo haga en favor de unos y con prescindencia y perjuicio de otros es desnaturalizar la institución y establecer entre los acreedores desigualdades no dispuestas en la ley (ver nota 33).

403. ACREEDORES PRESENTADOS LUEGO DE LA DEVOLUCIÓN DEL SALDO AL HEREDERO.— Devuelto el saldo al heredero, estos bienes quedan liberados de las trabas propias de la administración beneficiaria y se confunden con el restante patrimonio de aquél. Si posteriormente se presentan otros acreedores que hasta entonces no habían reclamado el pago, tienen acción contra el heredero, pero solamente para ser pagados con los bienes que restaren de la herencia; pero si no quedare ninguno, porque el heredero ha dispuesto de ellos, o no fuera posible individualizarlos, el acreedor no puede ya hacer responsable personalmente a aquél (véase número siguiente, c).

(nota 1) GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, n° 279; CHABOT, t. 2, art. 803, n° 3; AUBRY y RAU, t. 6, § 618; DEMOLOMBE, t. 15, n° 336; PLANIOL-RIPERT, t. 4, n° 430.

(nota 2) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 1, n° 431; MACHADO, t. 8, p. 536; GUAGLIANONE, EL beneficio de inventario, n° 260; FERRER, Remoción del heredero beneficiario a pedido de los acreedores, L.L., 1975-A, p. 993. En el Anteproyecto de BIBILONI, art. 2969, y en el Proyecto de 1936, art. 1883, inc. 5°, esta solución surge claramente, dados los términos de las disposiciones proyectadas, por más que la hipótesis de la falta de rendición de cuentas no esté expresamente prevista.

(nota 3) En contra, sosteniendo que es falta grave: GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, n° 268.

(nota 4) De acuerdo: MAFFÍA, t. 1, n° 354; ZANNONI, t. 1, § 365.

(nota 5) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1470.

(nota 6) GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, n° 262; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1469.

(nota 7) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1469; DEMOLOMBE, t. 15, n° 241; CHABOT, art. 807, núms. 3 y 5; AUBRY y RAU, t. 6, p. 618, nota 68.

(nota 8) GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, n° 269.

(nota 9) Véase jurisprudencia citada por BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1503. También admite la jurisprudencia citada por este autor como causal suficiente el hecho de que la liquidación de la sucesión exija una competencia técnica que no posee el heredero. Nos parece excesivo, pues en caso de que así sea, el heredero puede requerir la

colaboración de los técnicos. Contra esta solución ni siquiera puede hacerse el argumento del aumento de gastos, pues no lo hay. En efecto, si se nombra como administrador a un técnico no heredero, tiene derecho a honorarios, los que normalmente serán superiores a los que les corresponderían como simple asesor del administrador. Téngase presente, además, que el beneficiario no tiene derecho a honorarios como administrador.

(nota 10) De acuerdo: GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, n° 260; véase sin embargo, la crítica de BAUDRY LACANTINERIE y WAHL a la jurisprudencia francesa, t. 2, n° 1506.

(nota 11) ZANNONI, t. 1, § 230; MAFFÍA, t. 1, n° 214; MÉNDEZ COSTA, Capacidad para aceptar y repudiar herencias, 2ª ed. p. 67; PLANIOL-RIPERT, t. 4, n° 297 y jurisprudencia allí citada; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1058; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1839; DEMANTE, t. 3, n° 96 bis; DELVINCOURT, t. 2, p. 32; LAURENT, t. 9, n° 338. En contra sosteniendo que el incapaz sólo incurre en daños y perjuicios, pero no en la pérdida del beneficio: PÉREZ LASALA, t. 1, n° 378; DEMOLOMBE, t. 14, núms. 333 y sigs.; AUBRY y RAU, t. 6, § 613; CAHABOT, art. 792, n° 5; POLACCO, t. 2, p. 206.

(nota 12) Unanimidad en la doctrina.

(nota 13) BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL: Véase FERRER, El abandono del heredero beneficiario y la liquidación de la herencia, L.L., t. 155, p. 1024.

(nota 14) De acuerdo: ZANNONI, t. 1, § 352. En la nota al art. 3379 Ver Texto dice Vélez que el abandono es una cesión de bienes que no hace perder al heredero su calidad de tal, ni la propiedad de los bienes. El lapsus es evidente, en cuanto habla de cesión de bienes, cuando en verdad todo lo que se cede es la administración. En el articulado y en el resto de esta misma nota, el concepto queda bien aclarado.

(nota 15) De acuerdo: MAFFÍA, t. 1, n° 357. En Francia hay acuerdo general en que se requiere la autorización del consejo de familia: BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1478 y jurisprudencia citada en nota 4; AUBRY y RAU, t. 1, § 113.

(nota 16) GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, n° 333; MACHADO, t. 8, p. 531, nota; FERRER: El abandono del heredero beneficiario, L.L., t. 155, p. 1026, n° V; POVIÑA, El beneficio de inventario, n° 152; ZANNONI, t. 1, n° 355; MAFFÍA, t. 1, n° 358; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 451.

(nota 17) CHABOT, art. 802, n° 7; BAUDRY LACANTINERIE y BARDE, t. 2, n° 480; AUBRY y RAU, t. 6, § 618; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1319, A.

(nota 18) GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, nº 333; MAFFÍA, t. 1, nº 358; PÉREZ LASALA, t. 1, nº 451; DEMOLOMBE, t. 15, nº 212; AUBRY y RAU, t. 6, § 618; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, nº 1482.

(nota 19) Así lo dispone el art. 507, Cód. Civil italiano. Véase también, MESSINEO, t. 7, p. 194, nº 8. En contra: GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, nº 333 quien cree que el acto es válido respecto de todos e importa una tácita recuperación de la administración. De acuerdo con GUAGLIANONE, si bien reconociendo la superioridad de la solución sostenida por nosotros, FERRER, El abandono del heredero beneficiario, L.L., t. 155, p. 1028, nº VIII, texto y nota 15.

(nota 20) GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, nº 341. Esta solución, que a nuestro entender es clara, ha sido controvertida en la doctrina francesa; aun la mayoría de los autores se inclinan en el sentido indicado: AUBRY y RAU, t. 6, § 618; DEMOLOMBE, t. 15, nº 221; LAURENT, t. 10, núms. 103 y 107.

(nota 21) MACHADO, t. 8, p. 529 y 533 nota; RÉBORA, t. 1, nº 182, texto y nota 2; LAFAILLE, t. 1, nº 272; PÉREZ LASALA, t. 1, nº 452; DEMOLOMBE, t. 15, nº 220; CHABOT, art. 802, nº 8; JOSSERAND, t. 3, vol. 2, nº 975; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, nº 1319, C. Es la solución adoptada en el nuevo Código Civil italiano (art. 508).

(nota 22) LLERENA, t. 9, p. 176; GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, nº 341; MAFFÍA, t. 1, nº 359; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, nº 1493; AUBRY y RAU, t. 6, § 618; PLANIOL-RIPERT, t. 4, nº 419.

(nota 23) GUAGLIANONE, loc. cit., en nota anterior; MAFFÍA, t. 1, nº 359; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, nº 1495.

(nota 24) GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, nº 337.

(nota 25) De acuerdo: BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, nº 1494. En contra: MAFFÍA, t. 1, nº 359. Comp., ZANNONI, t. 1, § 353.

(nota 26) De acuerdo: ZANNONI, t. 1, § 397; MAFFÍA, t. 1, nº 359; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, nº 1495.

(nota 27) GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, nº 340; POVIÑA, El beneficio de inventario, nº 159; FERRER, El abandono del heredero beneficiario, L.L., t. 155, p. 1032, nº XII; MAFFÍA, t. 1, nº 362; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, nº 1497; DEMOLOMBE, t. 15, nº 223; JOSSERAND, t. 3, vol. 2, nº 975; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, nº 1319, C.

(nota 28) De acuerdo: COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1319, C. En contra: GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, t. 1, n° 343.

(nota 29) De acuerdo: FERRER, El abandono del heredero beneficiario, L.L., t. 155, p. 1028, n° VIII, f.

(nota 30) De acuerdo: FERRER, El abandono del heredero beneficiario, L.L., 155, p. 1027, n° VII; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1501; DEMOLOMBE, t. 15, n° 224; AUBRY y RAU, t. 6, § 618. Piensan, por el contrario, que el heredero puede retomar la administración: GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, n° 450; POVIÑA, El beneficio de inventario, n° 162; MAFFÍA, t. 1, n° 364; LAURENT, t. 10, n° 110; ZANNONI sostiene que si bien el heredero no puede retomar la administración, en cambio puede hacerlo con causa justificada, por ejemplo, una administración irregular por parte de los acreedores: t. 1, p. 361.

(nota 31) De acuerdo: FERRER, El abandono del heredero beneficiario, L.L., t. 155, p. 1027, n° VII.

(nota 32) Sostienen la posibilidad de un abandono a favor de determinados acreedores: GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, n° 338; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1484. Estos autores dejan a salvo la responsabilidad del heredero frente a los otros acreedores o legatarios, por las faltas en la administración. Pero si el heredero mantiene esa responsabilidad, si, además, como lo sostiene GUAGLIANONE, el abandono es revocable ¿qué diferencia hay entre este abandono y el mandato de administración?, ¿por qué no llamarlo lisa y llanamente mandato y entonces todos estamos de acuerdo? Porque si las palabras han de tener un significado, si la precisión en el lenguaje jurídico es un valor respetable, entonces tendremos que admitir que abandono y mandato son dos cosas distintas.

(nota 33) De acuerdo: LÓPEZ DEL CARRIL, Derecho de la sucesión, n° 269.

1119/10850

§ 6. Fin del beneficio (ver nota 1)

1119/404

404. CAUSALES.— El beneficio de inventario termina:

a) Por renuncia hecha por el heredero; se entiende que la renuncia se refiere al beneficio y no a la herencia; a ésta no podría ya renunciar, puesto que la aceptación es irrevocable una vez transcurrida la oportunidad del artículo 3366 Ver Texto . Debe formularse expresamente en instrumento público o privado (art. 3404 Ver Texto); es ineficaz, por tanto, la hecha en forma verbal, ni hay renuncia tácita (ver nota 2).

b) Como sanción impuesta por la ley en los siguientes casos: 1) Cuando el heredero oculta algunos valores de la sucesión u omite fraudulentamente hacer figurar en el inventario algunos bienes (art. 3405 Ver Texto ; véase nº 392). 2) Cuando el heredero realiza actos de disposición sin llenar las formalidades previstas en la ley (art. 3363 Ver Texto , ref. por ley 17711).

La falta grave en el desempeño de la administración no hace perder el beneficio (véase nº 391).

c) Por el pago de todas las deudas y legados presentados o reconocidos en el sucesorio (ver nota 3). Esta causal no está prevista en la ley y la opinión de los pocos autores que se han ocupado del tema se inclina más bien a considerar que no es éste un motivo de cesación del beneficio (ver nota 4). Nos parece una opinión desde todo punto de vista inadmisibles. Puede ocurrir que el beneficiario haya pagado a todos los acreedores y legatarios que se hayan presentado; que ignore la existencia de otras deudas. Razonablemente pensará que, habiendo cumplido con todas sus obligaciones, está dispensado de seguir ajustándose a los recaudos legales para la disposición de los bienes. Los enajenará, pues, libremente. Pero más tarde se presenta otro acreedor hasta entonces ignorado; la enajenación sin autorización judicial importa la pérdida del beneficio y, por tanto, de estar a la opinión que combatimos, deberá responder con sus propios bienes; y por ello, se afirma que el heredero no podrá prescindir jamás de la autorización judicial para enajenar los bienes heredados, si quiere tener una completa seguridad de no comprometer su responsabilidad personal (ver nota 5). La solución es, como se ve, mala, y así lo reconocen los propios sostenedores del sistema, que se lamentan de que la ley no haya previsto el caso (ver nota 6). Pero si mala es la solución respecto del heredero, es absolutamente intolerable respecto de sus acreedores personales; y creo que tan errónea opinión sólo ha podido ser sostenida porque hasta el presente nadie ha considerado el problema desde este ángulo. En efecto: mientras se mantiene el beneficio de inventario, los acreedores del heredero no pueden cobrarse de los bienes del sucesorio (véase nº 336); ocurriría, pues, que no obstante estar pagados todos los créditos y legados y quedar un importante saldo de propiedad del heredero, los acreedores de éste no podrán ejecutar nunca esos bienes (ver nota 7). Nada más ajeno al sistema de nuestra ley. El hecho de que no se haya previsto esta hipótesis, no es un argumento suficiente para mantener indefinidamente el beneficio, contra toda lógica. Cuando una situación no ha sido prevista por la ley, el intérprete tiene el deber de resolverla de la manera más justa y que conjugue mejor los intereses en juego. En nuestro caso se hallan en pugna, por un lado, el interés de los eventuales acreedores hereditarios, que muy probablemente no existan y que, de existir, han sido evidentemente negligentes en la defensa de sus derechos; y por otro, el interés actual del heredero y de sus acreedores. La elección no resulta dudosa.

En conclusión: el pago total de los créditos y legados presentados o reconocidos en el sucesorio hace cesar el beneficio, con la consiguiente confusión de patrimonios: el heredero puede enajenar los bienes del sucesorio que le hubieren quedado, sin incurrir en responsabilidad personal; los acreedores del difunto que se presenten posteriormente sólo podrán ejecutar los bienes hereditarios que el heredero conserva y que fuera posible individualizar.

En los proyectos de reformas se ha previsto la hipótesis estableciendo la cesación del beneficio y la responsabilidad del heredero ante los acreedores que se presentaren

posteriormente, hasta la concurrencia del valor recibido (Anteproyecto, art. 2972 y Proyecto de 1936, art. 1883, inc. 10). Nos parece preferible la solución que propugnamos más arriba. En el Código italiano, las acciones de los acreedores prescriben a los tres años de hecha la distribución definitiva, si no estuvieran ya prescriptas con anterioridad (art. 502). El Código suizo dispone que los acreedores del difunto que no figuren en el inventario por negligencia en presentarse en tiempo útil no pueden accionar, ni contra los bienes de la sucesión ni contra el heredero personalmente; pero si no hay falta en la omisión o si, presentados los créditos, no han sido incluidos en el inventario, el heredero es responsable hasta la concurrencia de su enriquecimiento, vale decir, hasta el importe del saldo de los bienes hereditarios incorporados a su patrimonio (art. 590).

1119/405

405. EFECTOS DE LA CESACIÓN DEL BENEFICIO.— Ocurrido el cese del beneficio, por renuncia o pérdida, el heredero es considerado como heredero responsable *ultra vires* desde el momento de la apertura de la sucesión (art. 3408 Ver Texto). La cesación tiene, por tanto, efectos retroactivos. Esta solución no es aplicable, desde luego, al caso no previsto en la ley de cesación del beneficio por pago de todos los créditos y legados presentados o reconocidos en el sucesorio (véase número anterior).

Se opera la confusión de patrimonios; las deudas y créditos recíprocos entre el heredero y la sucesión se extinguen por confusión (art. 818 Ver Texto). Los acreedores del difunto vienen a ser acreedores personales del heredero; por tanto, saldrán beneficiados si el heredero es solvente y la sucesión no lo fuera; en cambio, se perjudicarían si el heredero es insolvente, pues la confusión de patrimonios permite a los acreedores personales del heredero cobrarse de los bienes de la sucesión. Es claro que ellos tienen siempre a su disposición la posibilidad de pedir la separación de patrimonios, para poner a salvo los bienes hereditarios de la acción de los acreedores personales del heredero.

En lo que atañe a éstos, la cesación del beneficio los favorece, en cuanto pueden ejecutar los bienes hereditarios; en cambio, los perjudica si la herencia es insolvente, pues los acreedores del difunto pueden dirigirse contra los bienes personales del heredero. Y a diferencia de los acreedores hereditarios, que tienen en sus manos el recurso de la separación de patrimonios para evitar la confusión de derechos patrimoniales, ellos no tienen ningún medio legal para hacerlo.

1119/406

406.— Un caso delicado se presenta en la siguiente hipótesis: un heredero beneficiario cede a un tercero un crédito contra la sucesión; luego cesa el beneficio y la separación de patrimonios se extingue con efectos retroactivos. Algunos autores piensan que la confusión de patrimonios, con la siguiente extinción retroactiva de créditos y deudas entre el heredero y la sucesión, significa que el heredero no ha podido ceder el crédito y que, por tanto, la cesión estaría afectada de nulidad; el cesionario no tendría otro recurso que la acción de daños y perjuicios (ver nota 8). Por nuestra parte, pensamos que la cesión es válida y que la retroactividad de la confusión patrimonial no puede afectar los derechos adquiridos por terceros de buena fe. Nos parecen aplicables por analogía las normas que protegen al tercero

de buena fe contra la retroactividad de la condición (arts. 549-551; véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 1083 y sigs.). De lo contrario, el cesionario podría ser fácil víctima de la mala fe del heredero, que después de hacer la cesión la invalida renunciando al beneficio. El perjuicio puede ser grave si el crédito cedido tenía un privilegio que la acción de daños no tiene.

(nota 1) Véase MÉNDEZ COSTA, Revocabilidad de la aceptación beneficiaria, L.L., t. 148, p. 1294.

(nota 2) De acuerdo: ZANNONI, t. 1, § 369. Debe rechazarse la tesis de que la realización de actos prohibidos por la ley (con la consiguiente pérdida del beneficio) importa una renuncia tácita, tal como lo sostiene MACHADO, t. 8, p. 583, nota y LLERENA, t. 8, p. 218, puesto que al disponer la cesación del beneficio, la ley lo hace en concepto de sanción y no de interpretación de la voluntad del heredero; si de ella se tratara, bastaría con una manifestación en contrario para evitar la terminación del beneficio. (De acuerdo: GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, núms. 350 y 351).

(nota 3) Decimos presentados o reconocidos, pues, en efecto, no es indispensable que los interesados se hayan presentado personalmente en el sucesorio, si el propio heredero ha reconocido su crédito o hay en autos constancia de él.

(nota 4) GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, n° 348 (quien empero formula una severa crítica del régimen que, en su concepto, surge de nuestro derecho positivo); BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 1565; DEMOLOMBE, t. 15, n° 348 bis. En cambio, participa de nuestra opinión un viejo autor francés, FOUQUET, citado por BAUDRY y DEMOLOMBE (loc. cit.).

(nota 5) Véase autores citados en nota anterior.

(nota 6) Véase especialmente GUAGLIANONE, El beneficio de inventario, n° 348.

(nota 7) De acuerdo con nosotros: ZANNONI, t. 1, § 294.

(nota 8) LLERENA, t. 6, p. 180; MACHADO, t. 8, p. 594, nota; LAURENT, t. 9, n° 416. 1119/10860

§ 7.— ¿Es una persona jurídica la herencia aceptada bajo beneficio?

1119/407

407. LA CUESTIÓN (ver nota 1).— Mucho se ha discutido acerca de si la herencia aceptada bajo beneficio es una persona jurídica. La cuestión podría ser motivo de una controversia sin término en nuestro derecho positivo pues los textos dan apoyo a las dos tesis.

a) En favor de que no lo es puede invocarse: 1) El heredero es propietario de los bienes desde el momento del fallecimiento del causante (art. 3420 Ver Texto); la aceptación beneficiaria no le hace perder su carácter de tal, ni la propiedad de la herencia (art. 3365 Ver Texto). Si, pues, el heredero es el dueño de los bienes, la supuesta persona jurídica carecería de patrimonio y, por tanto, no puede tener vida como tal (art. 33 Ver Texto , 2ª parte, inc. 1º, ref. por ley 17711). 2) Los actos de enajenación que hiciere el heredero, aun en contra de la prohibición establecida para los beneficiarios, son siempre válidos (art. 3395 Ver Texto), lo cual no se concebiría si los bienes pertenecieran a otra entidad.

b) En apoyo de que sí lo es cabe argumentar: 1) La sucesión puede actuar con entera independencia del heredero e incluso demandarlo o ser demandada por él (arts. 3377 Ver Texto y 3378). ¿Cómo se explica esta demanda contra sí mismo? Desde que se concede a la sucesión personería para actuar en juicio en oposición a los intereses del heredero, ello significa que se está en presencia de dos entidades independientes. 2) Según el artículo 3383 Ver Texto , el heredero es sólo el representante de la sucesión. 3) No hay extinción de los créditos y deudas entre el heredero y la sucesión; el primero concurre a la par de cualquier otro acreedor de aquélla con sus créditos y conserva sus derechos reales; y viceversa (art. 3373 Ver Texto); 4) Los frutos de los bienes de la sucesión ingresan a ésta y no al patrimonio del heredero (nº 535).

Pero es preciso admitir que, si cualquier sucesión, aun aceptada simplemente, funciona a menudo como entidad independiente de los herederos, y que si la jurisprudencia y aun la ley se han visto obligadas a reconocerle —a veces explícitamente—, esa personería jurídica, con cuanta mayor razón hay que reconocerla en el caso de la aceptación beneficiaria.

Las contradicciones señaladas entre los distintos textos del Código son inevitables dentro del sistema clásico de la transmisión instantánea de la herencia, adoptado por VÉLEZ SANSFIELD. La solución lógica y práctica consiste en atribuir a la sucesión, con o sin beneficio de inventario, el carácter de persona jurídica, encargada de llevar a cabo el pago de deudas y legados; recién liquidado el pasivo y consumada la partición, las hijuelas o saldos resultantes deben incorporarse al patrimonio de los herederos (véase nº 13). De tal manera todo resulta claro y simple, y encuentran adecuada protección todos los intereses en juego.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 2, nº 1221; THALLER, Ann. de droit comm., t. 8, 1894, doct. p. 223; VOCINO, Contributo alla dottrina del beneficio d'inventario, Milano, 1942, núms. 12 y sigs.; BONELLI, La teoría della persona giuridica, Rivista di dir. civile, 1910, p. 658; FERRARA, Teoría de las personas jurídicas, nº 99.

CAPÍTULO IV - SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS (ver nota 1)

1119/10880

§ 1.— Concepto

1119/408

408. ORIGEN HISTÓRICO Y TRANSFORMACIONES EN EL DERECHO MODERNO.— La separación de patrimonios es una institución tendiente a defender a los acreedores hereditarios contra la insolvencia del heredero. Tuvo su origen en el derecho romano. Los acreedores del heredero insolvente tenían derecho a pedir la *bonorum venditio*, o sea la venta de los bienes del deudor. Se reconoció entonces a los acreedores del difunto la *bonorum separatio*, que era un incidente de aquel proceso y permitía separar todos los bienes hereditarios de los restantes del patrimonio del heredero. Se llevaba a cabo una liquidación colectiva de estos bienes y, si pagados todos los acreedores y legatarios, quedaba algún saldo podían cobrarse de él los acreedores personales del heredero (ver nota 2).

Pero, al pasar al derecho francés, esta institución tan simple y práctica sufrió una profunda transformación. No hay liquidación colectiva de los bienes, ni intervención judicial, ni siquiera separación de patrimonios: todo el sistema del Código Napoleón se reduce a crear un privilegio en virtud del cual los acreedores del difunto tienen derecho a ser pagados con preferencia a los personales del heredero respecto de los bienes hereditarios. Al tratar más adelante las disposiciones de nuestro Código, inspirado en el francés, trazaremos con mayor precisión los lineamientos del sistema. Baste por ahora decir que la institución romana ha quedado retaceada y desdibujada, con grave daño para su eficacia.

En el derecho moderno se tiende a volver a una auténtica separación de bienes, con efectos similares al beneficio de inventario. En el Código alemán (arts. 1981 y sigs.) y en el suizo (arts. 594 y sigs.), los acreedores que tienen razones serias para temer que el pago de sus créditos se encuentre comprometido, sea por la situación de fortuna o el modo de administrarla del heredero, pueden pedir la separación de patrimonios; los bienes se entregan a un curador o administrador, quien luego de realizar el inventario, tiene a su cargo la liquidación de la herencia y el pago de las deudas. Habiendo saldo, se entrega al heredero.

En el Código mexicano las cosas están resueltas de una manera aún más radical. Abierta la sucesión, se designa un albacea encargado de todo el proceso de liquidación de los bienes, pago de deudas, partición y entrega del saldo a los herederos, (arts. 1750 y sigs.). De esta manera se pone a cubierto a éstos contra la responsabilidad *ultra vires* y se asegura a los acreedores del difunto, por un procedimiento de liquidación colectiva, el pago de sus deudas con preferencia a los acreedores del heredero.

El Código brasileño dispone que, abierta la sucesión, debe practicarse el inventario de los bienes (art. 1770); los acreedores cuyos créditos consten en documentos auténticos, y que se presentaren al sucesorio antes de la partición, deben ser pagados por el inventariante antes de que aquélla se consume, salvo oposición de los herederos, en cuyo caso deberán dejarse bienes reservados en cantidad suficiente para responder al pago (art. 1796). Sin perjuicio de ello, cualquier acreedor del difunto o legatario puede pedir la separación de patrimonios (art. 1799); el cobro de los créditos se hará entonces por el procedimiento de la liquidación colectiva (ver nota 3).

En contraste con estos sistemas, cuya simplicidad y eficacia en orden a la protección de los acreedores marcan una notable reacción contra la influencia francesa, es de hacer notar la singular complejidad y la insuficiencia de la reglamentación contenida en el Código italiano (arts. 512 y sigs.), que no ha sabido liberarse de aquélla (ver nota 4).

1119/409

409. EL SISTEMA DE NUESTRO CÓDIGO.— Para comprender nuestro sistema, inspirado en el francés (lo que no excluye, desde luego, algunas diferencias de detalle), es necesario no dejarse engañar por el nombre. Aunque el Código lo llama separación de patrimonios, siguiendo la terminología romana, no hay en verdad tal separación. En el fondo, todo se reduce a establecer una preferencia, en virtud de la cual los acreedores de la herencia y los legatarios tienen derecho a ser pagados con prelación respecto de los acreedores personales del heredero (ver nota 5).

De lo dicho surgen las siguientes consecuencias: 1) No es necesaria la confección de un inventario, aunque a veces se lo haga (nº 420). 2) No es necesario tampoco demandar la separación; basta con oponerla (ver nota 6) en el momento en que un acreedor del heredero quiera ejecutar los bienes hereditarios, como se opone cualquier privilegio. 3) No se modifican en absoluto los derechos del heredero, quien no pierde la posesión hereditaria ni el derecho a disponer libremente de los bienes (nº 425). 4) No obsta a la división de pleno derecho de las deudas; el acreedor debe reclamar su parte a cada uno de los herederos. 5) Los acreedores de la herencia permanecen como personales del heredero y, no obstante haber reclamado la separación de bienes, pueden ejecutar los de aquél. 6) El pedido de separación de bienes se dirige contra los acreedores del causante y no contra el heredero.

En los números que siguen desarrollaremos con más precisión estos conceptos.

1119/10890

§ 2.— Quiénes pueden pedirla

1119/410

410. ACREEDORES DE LA SUCESIÓN Y LEGATARIOS.— La separación de patrimonios puede ser pedida por los acreedores de la sucesión y por los legatarios (arts. 3433 Ver Texto , 3434 y 3436 Ver Texto).

a) Cualquier acreedor de la sucesión tiene derecho a pedir la separación, sea común, privilegiado o hipotecario, trátase de créditos exigibles, a término o bajo condición (arts. 3433 Ver Texto y 3434). Un solo requisito impone la ley: que el crédito esté documentado en instrumento público o privado (ver nota 7). Ello significa que los créditos nacidos de un contrato no instrumentado, o de un hecho ilícito, no autorizan a pedir separación, a menos que se haya obtenido el reconocimiento judicial; en suma, se requieren las condiciones necesarias para pedir un embargo preventivo (ver nota 8). Caso de que la deuda constare en instrumento privado, bastará cumplir con las formalidades necesarias para obtener aquella medida cautelar (reconocimiento de la firma por dos testigos) para hacer efectiva la separación.

1119/411

411.— Si la separación hubiera sido pedida por un acreedor condicional, los acreedores personales del heredero pueden cobrarse de los bienes sucesorios, dando fianza suficiente de pagar la deuda, para el caso de que la condición se cumpliera (art. 3434 Ver Texto). Se trata, en efecto, de un crédito incierto y no sería razonable hacer esperar a los acreedores del heredero si ellos aseguran satisfactoriamente el pago de la eventual deuda. La apreciación de la bondad de la fianza queda sujeta al criterio judicial.

1119/412

412.— b) Los legatarios también tienen derecho a demandar la separación de patrimonios (art. 3436 Ver Texto). Se explica porque ellos vienen a ser acreedores de la herencia, si bien están postergados por los acreedores propiamente dichos. Pero hay que hacer notar que el legatario de cosa cierta no necesita pedir la separación de patrimonios, porque es propietario de la cosa desde el momento de la muerte del testador (art. 3766 Ver Texto) (ver nota 9).

Los acreedores o legatarios acogidos al beneficio se llaman en doctrina separatistas.

1119/413

413.— En cambio, no tienen derecho a pedir la separación:

a) El heredero único, acreedor del difunto (ver nota 10). Que el heredero no pueda pedir la separación de patrimonios sólo se explica porque la así llamada no es en verdad una separación de patrimonios. Un ejemplo aclara el problema. Una persona deja al morir un activo de \$ 100.000 y un pasivo de \$ 120.000; su único heredero tiene a su vez un crédito privilegiado contra el causante por \$ 80.000. Aceptada la herencia y confundidos los patrimonios, este crédito se extingue y el heredero debe pagar las restantes deudas del

difunto, que importan \$ 40.000, lo que significa que sólo se queda con \$ 60.000 en vez de los \$ 80.000 de su crédito privilegiado. Si la separación de patrimonios realmente fuera lo que su nombre indica, sería innegable el derecho del heredero de pedirla, en defensa de la integridad de su crédito; pero como no es sino un recurso que establece una preferencia a los acreedores hereditarios sobre los personales del heredero (y en este caso sólo se trataría de acreedores de la herencia, pues también el heredero lo es), no lo puede hacer. Para conseguir este efecto, debe acogerse al beneficio de inventario.

Sin embargo, cuando hay varios coherederos, el que tiene un crédito contra el difunto puede pedir la separación (art. 3434 Ver Texto). Como las deudas se dividen entre ellos, el heredero se convierte en acreedor de sus coherederos. En cuanto acreedor de ellos, puede pedir la separación. Ejemplo: el causante deja cuatro herederos: A, B, C y D: A era acreedor del difunto por \$ 80.000, deuda que se divide entre los cuatro, con lo cual A se convierte en acreedor de B, C y D por \$ 20.000 para cada uno y, por consiguiente, tiene derecho a pedir separación de patrimonios respecto de cada uno de ellos y a ser pagado con preferencia a sus acreedores personales. Desde luego, no podría invocar igual preferencia respecto de sus propios acreedores, pues ello no tiene sentido jurídico.

b) Tampoco pueden pedirlo los acreedores del heredero (art. 3437 Ver Texto). Se ha pretendido justificar esta solución diciendo que la aceptación de una herencia onerosa no importa en el fondo otra cosa que una nueva deuda; y como los acreedores no pueden impedir que sus deudores las contraigan, deben aceptar las consecuencias de la conducta de ellos (ver nota 11). No compartimos este criterio. Dejando de lado la hipótesis de fraude (en nuestro caso muy improbable, pues el deudor deshonesto tiene medios de defraudar a sus acreedores mucho más simples que éste de aceptar una herencia insolvente para perjudicar a sus acreedores personales), es perfectamente posible que el heredero, por imprevisión, por ignorancia del verdadero pasivo y hasta por un concepto riguroso del honor y del deber, asuma personalmente la responsabilidad de las deudas contraídas por el causante, aceptando la herencia con renuncia al beneficio. Que esa acción noble del heredero recaiga sobre su propio patrimonio, es justo; pero que el gesto sea pagado por sus acreedores, ya no resulta explicable. Si se defiende a los acreedores de la sucesión contra la posibilidad de un heredero insolvente, es de estricta justicia defender también a los acreedores del heredero contra el riesgo de la aceptación de una herencia ruinosa. El beneficio de la separación de patrimonios debería concederse a ambos. Es claro que, en la práctica, el peligro de la confusión de patrimonios es mucho mayor para los acreedores hereditarios, pues el heredero insolvente tendrá el mayor interés en aceptar una herencia solvente; en cambio, es poco probable que el heredero solvente acepte una sucesión cargada de deudas. Pero con ser menor el riesgo para los acreedores del heredero, no por eso deja de existir y basta esto para justificar que se les conceda también a ellos el beneficio. En una próxima reforma no podrá dejar de considerarse su situación.

1119/10900

§ 3.— Contra quién se dirige el pedido

1119/414

414. SISTEMA DEL CÓDIGO.— Dispone el artículo 3433 Ver Texto que la separación de patrimonios debe demandarse contra los acreedores del heredero; y en la nota respectiva, explica VÉLEZ esta norma diciendo que, en verdad, la separación de patrimonios no es otra cosa que una causa de preferencia entre acreedores de un mismo deudor y que siendo así no se concebiría que el deudor común represente a unos acreedores contra otros.

Sin embargo, la misma nota, en su parte final, dice que la acción contra el heredero procede si no hay acreedores. Pero como el párrafo no está contenido en el articulado del Código, sino en una nota (y, como tal, sin fuerza obligatoria), se ha sostenido que es inaplicable y que no puede admitirse la demanda sino contra los acreedores del heredero (ver nota 12). No compartimos tal opinión. Si ningún acreedor del heredero se ha presentado en el sucesorio, ¿contra quién han de dirigir su acción los acreedores de la herencia?. Y resulta evidente su interés en solicitar esa medida en resguardo de sus derechos frente a la posible aparición ulterior de deudas del heredero. Es necesario admitir, por tanto, que la acción puede dirigirse contra el heredero, cuando no existen acreedores conocidos, o, cuando éstos no formulan petición alguna contra la sucesión. La separación tendrá, en ese caso, el carácter de una medida precautoria destinada a impedir que se paguen antes las deudas personales del heredero (arg. art. 3443 Ver Texto , in fine) (ver nota 13). Puesto que es notoria la deficiencia de la reglamentación legal de la institución, es preciso, en caso de duda, admitir soluciones que conduzcan a resultados más valiosos. Por lo demás, el funcionamiento de la preferencia exigirá muchas veces la confección de un inventario de los bienes del causante; la demanda para su realización deberá necesariamente dirigirse contra el heredero, que es quien detenta los bienes (ver nota 14).

Con mucho mejor criterio BIBILONI decía que no hay propiamente demanda, ni ésta se dirige contra los herederos o sus acreedores. No hay juicio, no hay trámite contencioso. Simplemente, se pide al juez (art. 2977 del Anteproyecto y su nota) todo lo relativo a la facción del inventario.

1119/415

415.— La demanda puede dirigirse colectivamente contra todos los acreedores del heredero o individualmente contra alguno de ellos; de igual modo, puede referirse a todos los bienes de la herencia o a uno solo (art. 3438 Ver Texto). Más adelante volveremos sobre este punto (nº 417, b).

1119/416

416.— Dispone el artículo 3444 Ver Texto que los acreedores hereditarios pueden demandar la separación del patrimonio del deudor y del fiador, cuando el deudor ha heredado al fiador o en caso inverso. Según explica VÉLEZ en la nota, esta disposición tiende a evitar los inconvenientes que, para los acreedores, puede tener la confusión de patrimonios. Pero como en nuestro derecho tal confusión no se produce en lo que atañe a la deuda principal y a la fianza (art. 2048 Ver Texto), este artículo no tiene sentido (ver nota 15). Lo que ocurre es que VÉLEZ siguió irreflexivamente a los autores franceses (ver nota 16) que propugnan esa

solución porque en aquel país no existe una disposición similar a nuestro artículo 2048 Ver Texto , que impide la confusión.

1119/10910

§ 4.— Cómo debe pedirse

1119/417

417. VÍA Y FORMA PARA PEDIR LA SEPARACIÓN.— Para comprender las soluciones del Código, es necesario tener siempre presente que no se trata de una separación de patrimonios propiamente dicha, sino de una preferencia en favor de los acreedores hereditarios.

De ello se siguen las siguientes consecuencias:

a) No es necesaria una demanda formal, puesto que no hay contienda judicial; basta que el acreedor interesado se presente ante el juez competente acogiéndose al beneficio (ver nota 17). Puede invocarse también por vía de excepción para impedir que los acreedores del heredero, que intentan ejecutar los bienes de la herencia, se cobren antes que el oponente (ver nota 18). Y se ha decidido con razón que ni siquiera es necesario invocar explícitamente la separación para que se reconozca el derecho de preferencia: basta que se reclame este derecho (ver nota 19); que se intente una tercería de mejor derecho en la ejecución seguida contra el heredero por un acreedor personal (ver nota 20); o, en fin, que se demuestre claramente la voluntad de hacer valer el privilegio de ser pagado antes que los acreedores personales (ver nota 21).

b) No es un procedimiento colectivo. El pedido puede ser hecho, ya contra todos los acreedores del heredero, ya contra uno solo de ellos; de igual modo, puede referirse a todos los bienes de la sucesión o a uno solo en particular (art. 3438 Ver Texto).

c) No es necesario el inventario. Como el objeto del inventario es conocer los bienes que componen la sucesión y determinar su naturaleza, sólo se concibe su formación cuando la preferencia se pretende ejercer respecto de la totalidad de los bienes del acervo sucesorio; no se lo practicará, por tanto, cuando se lo invoque sólo respecto de uno o de varios bienes determinados. Y aun si se lo pide respecto de todos, el acreedor interesado podrá o no reclamar la formación del inventario. No es admisible la opinión según la cual es indispensable hacerlo (ver nota 22). El inventario es una garantía para el acreedor que pide el privilegio y si el propio interesado juzga innecesario hacerlo no se le puede imponer, tanto más cuanto que él es quien debe pagar los gastos que demande (art. 3433 Ver Texto , in fine).

¿Qué ocurre si el heredero no presta su colaboración para el inventario, si oculta o sustrae bienes de la sucesión? En el caso del heredero beneficiario, la sanción es la pérdida del beneficio (art. 3405 Ver Texto); pero aquí la hipótesis no está prevista. Más aún, como la separación sólo funciona como preferencia de acreedor a acreedor, como el deudor permanece ajeno a la cuestión, como mantiene la libre disponibilidad de los bienes y puede pagar a quien quiera, no se ve que pueda imponérsele sanción alguna por su falta de colaboración o por la ocultación de bienes. Nos referimos, claro está, a la ocultación tendiente a hacer aparecer como propios bienes heredados y no a la que encamina a ocultar de modo absoluto la existencia de tales bienes, puesto que tal acto importaría una verdadera defraudación hecha tanto en perjuicio de sus acreedores personales, como de los hereditarios; en ese caso, se hará pasible de la indemnización de los daños, sin perjuicio de la responsabilidad penal.

1119/418

418. OPORTUNIDAD.— El Código no ha puesto límite de tiempo a la acción de separación de patrimonios; los interesados pueden hacerla valer en cualquier momento, mientras los bienes del sucesorio se encuentren en poder de los herederos del causante o de los herederos de ellos (art. 3443 Ver Texto). Es claro que si el crédito en virtud del cual se pide la separación está prescrito, decae también el derecho a pedirla (ver nota 23).

Cabe señalar aquí una contradicción entre los textos del Código. Mientras el artículo 3443 Ver Texto abre la acción en tanto existan bienes (sin establecer distinciones en cuanto a su naturaleza) en poder del heredero, el artículo 4019 Ver Texto , inc. 5º, la declara imprescriptible mientras haya bienes muebles en su poder. Ante esta contradicción, la doctrina acepta que debe privar el texto indicado en primer término (ver nota 24), que protege mejor los intereses de los acreedores hereditarios.

Al hablar de los bienes hereditarios, no alude la ley tan sólo a aquellos recibidos en especie, sino también a los adquiridos con ellos, pues aquí se produce una subrogación real. Con razón se ha declarado que, aun vendidos los bienes, puede demandarse la separación de patrimonios cuando el precio todavía no ha sido abonado al deudor (ver nota 25). Sólo cuando el valor recibido a cambio del bien enajenado se ha confundido con los demás bienes personales del deudor y no resulta ya posible individualizarlo, cesa el derecho a pedir la separación.

1119/419

419. CASOS EN QUE LA SEPARACIÓN SE PRODUCE DE PLENO DERECHO.— La separación de patrimonios (entendida en el sentido de preferencia de acreedor a acreedor) se produce de pleno derecho: a) cuando el heredero ha aceptado bajo beneficio de inventario (véase nº 335); b) cuando la sucesión cae en concurso o quiebra (ver nota 26). En ambas hipótesis se produce una verdadera separación de patrimonios (en el sentido técnico de aislamiento de dos masas patrimoniales), cuya consecuencia natural es que los acreedores personales del heredero no pueden cobrarse de los bienes sucesorios mientras no se hayan satisfecho las deudas del difunto.

1119/420

420. MEDIDAS CONSERVATORIAS.— El artículo 3443 Ver Texto autoriza a los acreedores y legatarios a pedir todas las medidas conservatorias de sus derechos, antes de demandar la separación de patrimonios. ¿A qué medidas conservatorias alude este texto?

a) En primer lugar, es indudable su derecho a pedir el inventario (art. 3433 Ver Texto), que permitirá individualizar el patrimonio del causante y distinguirlo del personal del heredero.

b) En segundo lugar, si su crédito es exigible, podrán pedir embargo preventivo, como puede hacerlo cualquier acreedor (personal o hereditario, separatista o no) que se encuentra en las condiciones del artículo 209 Ver Texto , Código Procesal.

c) La hipótesis más delicada es la de los acreedores cuyo crédito está sujeto a plazo o condición. Si ellos demuestran sumariamente que el heredero trata de enajenar, ocultar o transportar los bienes; o que después de contraída la obligación (en nuestro caso, después de deferida la herencia) ha disminuido notablemente la responsabilidad del deudor, no hay problema, pues pueden trabarles embargo preventivo (art. 209 Ver Texto , inc. 5º, Cód. Procesal). Pero si no se ha producido ninguno de estos supuestos, los separatistas no pueden trabar embargo sobre los bienes sucesorios, ni adoptar ninguna medida que trabe la libre disponibilidad de que goza el heredero (ver nota 27). Tampoco puede ser obligado a dar fianzas u otras garantías (ver nota 28). Con respecto a los bienes muebles, no habrá medio, pues, de impedir que el heredero disponga de ellos a menos que se trate de muebles registrables. Pero respecto de los inmuebles, pensamos que a pedido de los interesados corresponde anotar la separación en el Registro de la Propiedad. Eso permitirá a los separatistas ser pagados con prelación al acreedor hipotecario que hubiera inscripto la hipoteca con posterioridad a aquella anotación (véase nº 427); pero no traba la venta ni impide al comprador pagar al heredero la totalidad del precio, puesto que aquél, repetimos, conserva la libre disponibilidad de sus bienes.

1119/421

421. JUEZ COMPETENTE.— Hasta el momento de la partición, es competente para entender en la acción por separación de bienes el juez del sucesorio (arg. art. 3284 Ver Texto) (ver nota 29); pero una vez efectuada aquélla, y cesado ya el fuero de atracción, debe hacerse, a nuestro entender, esta distinción: si es intentada por vía de acción, debe interponerse ante el juez del domicilio del heredero (ver nota 30); si es opuesta por vía de incidente o de excepción, debe interponerse ante el juez que interviene en el pleito principal.

1119/10920

§ 5.— Bienes comprendidos en la separación

1119/422

422. PRINCIPIO GENERAL.— Están comprendidos en la separación los bienes que integran la sucesión del difunto, sean muebles o inmuebles, como también los adquiridos con el valor de ellos, siempre que fuere posible individualizarlos (arts. 3439 Ver Texto y sigs.). De ello se desprenden las siguientes consecuencias:

a) La enajenación onerosa de un bien permite ejercer la preferencia sobre los bienes adquiridos en reemplazo de ellos, siempre que fuere posible identificarlos (art. 3440 Ver Texto). Se produce, pues, una subrogación real. Pero cuando la identificación es imposible, cuando los bienes recibidos a cambio de los de la herencia se han confundido con el resto del patrimonio del deudor, no se puede ya pretender ninguna preferencia. Por ello dispone el artículo 3440 Ver Texto que el derecho de preferencia puede ser ejercido sobre el precio de la cosa, cuando aún no ha sido pagado, y en realidad aun después de pagado podría hacerse valer la separación si fuere posible individualizar el dinero, como ocurriría con una consignación o depósito judicial, pues lo que interesa es que no se haya producido la confusión con los demás bienes propios de aquél.

b) Los frutos naturales o civiles que produzcan los bienes hereditarios entran en la separación, siempre que su origen e identidad se encuentren debidamente comprobados (art. 3439 Ver Texto). Es otra de las consecuencias de la subrogación real; los frutos del patrimonio separado van a engrosar ese patrimonio y no el general del heredero. Va de suyo que, si se enajena un fruto, el bien que entra en reemplazo de él también está afectado al privilegio, mientras sea identificable (ver nota 31).

1119/423

423. BIENES EXCLUIDOS.— El privilegio no se aplica:

a) A los bienes dados en vida por el causante al heredero (art. 3441 Ver Texto); ellos no forman parte de la transmisión mortis causa, ni integran la garantía común de los acreedores, quienes no pueden pretender más derechos que los que hubieran tenido viviendo su deudor (ver nota 32). Queda sin embargo a salvo su derecho a impugnar el acto de donación por vía de la acción pauliana, si se encuentran reunidos los requisitos para que ésta proceda (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 1201 y sigs.).

El Código mantiene sin desviaciones esta regla, disponiendo que los bienes reales en vida queden siempre excluidos de la preferencia, aunque el heredero deba colacionarlos en la partición o aunque provengan de una acción entre vivos (art. 3441 Ver Texto).

b) A los muebles que, perteneciendo a la herencia, se han confundido con los personales del heredero, sin que sea posible distinguir los unos de los otros (art. 3442 Ver Texto). En ese caso, sería imposible hacer la separación.

1119/10930

§ 6.— Efectos

1119/424

424. EFECTO FUNDAMENTAL DE LA SEPARACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS.— En sustancia, la separación de patrimonios no es otra cosa que una preferencia que permite a los acreedores y legatarios del difunto cobrar con antelación a los acreedores personales del heredero respecto a los bienes de la sucesión (art. 3445 Ver Texto); no hay una verdadera separación de bienes. De esta regla fundamental se desprenden las siguientes consecuencias:

1119/425

425. a) Efectos respecto del heredero.— El heredero permanece intocado por los efectos de la separación, que no se dirige contra él y sólo afecta los derechos de los acreedores; conserva, pues, la libre disponibilidad de los bienes heredados (ver nota 33). Y puesto que puede disponer de ellos sin ninguna traba, nada se opone a que pague privadamente a sus propios acreedores, pasando por encima de los hereditarios, a menos que éstos hayan hecho uso de las medidas conservatorias establecidas por el artículo 3443 Ver Texto (véase nº 420). Decimos privadamente porque si el pago se pretendiese hacer judicialmente (consignación, dación en pago de una suma de dinero depositada en el expediente, ejecución por el acreedor personal de bienes pertenecientes a la sucesión), los acreedores hereditarios podrán oponerse, haciendo valer su privilegio.

La separación no afecta tampoco la división de pleno derecho de las deudas del difunto entre los coherederos (ver nota 34); por tanto, los acreedores tendrán que dirigirse contra cada uno de ellos por parte proporcional que les corresponda, si se ha consumado la partición; antes de ésta, en efecto, pueden dirigirse por el total contra la sucesión (véase núms. 690 y sigs.).

1119/426

426. b) La preferencia: su alcance y limitaciones.— La preferencia que surge de la separación de bienes significa que los acreedores del difunto y los legatarios pueden oponerse a que los acreedores personales del heredero se cobren de los bienes hereditarios antes que ellos. Según ya los hemos dicho, en la práctica esta preferencia sólo funcionará cuando el pago de las deudas se haga judicialmente, pues como el heredero conserva la libre disponibilidad de sus bienes, es válido el pago que haga privadamente a sus propios acreedores; contra ese peligro los separatistas pueden precaverse trabando las medidas precautorias autorizadas por el artículo 3443 Ver Texto .

1119/427

427.— Un problema delicado se presenta cuando el heredero ha constituido un derecho real de garantía sobre un bien de la sucesión. El caso es el siguiente: el heredero contrata un préstamo con garantía hipotecaria sobre un inmueble ¿tiene preferencia el acreedor hipotecario o el separatista? Tres soluciones son posibles: 1) tiene preferencia siempre el separatista; 2) éste tiene preferencia si la hipoteca ha sido inscrita después de pedida la separación de patrimonios; en caso inverso, la tiene el acreedor hipotecario (ver nota 35); 3) tiene siempre preferencia el acreedor hipotecario. Nos inclinamos sin vacilar por está última solución. El heredero conserva su facultad de disponer de los bienes hereditarios (nº 425) y no es posible, por tanto, cuestionar los plenos efectos de los actos que lleve a cabo. De admitir la preferencia de los acreedores hereditarios y los legatarios, se introduciría un grave factor de desconfianza y debilitamiento de la garantía hipotecaria, puesto que los prestamistas no tendrán por lo común ningún medio de asegurarse contra la posibilidad de que surja más tarde un acreedor hereditario que lo desplace de su rango privilegiado (ver nota 36). Es claro que el acreedor hipotecario no podrá invocar su preferencia si la separación de patrimonios ha sido anotada en el Registro de la Propiedad (véase nº 420). Con la solución que propiciamos, quedan protegidos, por un lado, los separatistas diligentes, que han adoptado las medidas precautorias del caso, haciendo inscribir la anotación en el Registro; y por otro, los acreedores hipotecarios, que ignoraban la separación no inscrita.

Más compleja aún es la solución en el caso de la prenda, pues no hay posibilidad de anotación de la separación de patrimonios. Supóngase que el heredero, cuyos bienes muebles han sido embargados por un separatista y que ha quedado constituido depositario de ellos, los prenda o, más aún, los enajena. Como en el caso anterior, creemos que la seguridad de los negocios jurídicos exige mantener la plena validez de tales actos de disposición, solución que en este caso de los muebles cuenta con el fortísimo apoyo del artículo 2412 Ver Texto , Código Civil. Sin perjuicio de la responsabilidad civil e incluso penal que pueda corresponder al heredero como depositario infiel.

1119/428

428.— La preferencia creada por la ley significa postergar a todos los acreedores personales del heredero, cualquiera sea su carácter y privilegio. Se ha resuelto con razón, que prevalece incluso respecto de los gastos de justicia ocasionados por el concurso del heredero (ver nota 37).

Entre los separatistas se conserva siempre el orden legal; serán pagados primero los acreedores privilegiados o hipotecarios, luego los comunes y, por último, los legatarios. Si queda un saldo, pueden cobrarse los acreedores personales del heredero, en su correspondiente orden (art. 3446 Ver Texto , in fine).

1119/429

429.— La separación de patrimonios sólo beneficia a quien la opone (ver nota 38). Se trata siempre de un procedimiento individual; no hay ejecución colectiva como en la bonorum

separatio romana. Es claro que si la hubieran invocado varios acreedores, ellos deben distribuirse los bienes de acuerdo con las normas enunciadas en el número anterior.

1119/430

430. c) Derechos de los separatistas respecto de los bienes personales del heredero y de los acreedores personales respecto de los bienes de la sucesión.— Hemos dicho ya que, en la hipótesis de beneficio de inventario, ni los acreedores hereditarios pueden dirigirse contra los bienes personales del heredero, ni los acreedores personales de éste pueden dirigirse contra los bienes de la sucesión (núms. 335 y 336). Ello obedece a que hay una verdadera separación de patrimonios, lo que no ocurre en nuestro caso. Si bien los separatistas tienen una preferencia sobre los bienes hereditarios, nada les impide ejecutar los bienes propios del heredero (ver nota 39) aun antes que los pertenecientes a la sucesión; pero en este caso no tienen preferencia alguna, sino que concurren con los acreedores personales, de acuerdo a la preferencia de cada uno, y a la par, si fueran quirografarios (art. 3446 Ver Texto y nota).

De igual modo, nada se opone a que los acreedores personales del heredero ejecuten los bienes del sucesorio; pero una vez realizada la ejecución, deben respetar la preferencia de los separatistas, cobrándose después de ellos. Están en una situación similar a la del segundo acreedor hipotecario, que puede llevar adelante la ejecución, pero cobra después de haberse pagado el primero.

1119/10940

§ 7.— Extinción de la preferencia

1119/431

431. DISTINTAS CAUSAS.— Cesa la preferencia inherente a la separación de patrimonios: a) Cuando se ha producido la confusión real de los bienes del sucesorio con los del heredero y no resulta ya posible individualizar los primeros. b) Cuando el acreedor separatista renuncia a su preferencia, puesto que tratándose de un beneficio es eminentemente renunciabile (ver nota 40). Incluso la ley presume esta renuncia, cuando el acreedor ha aceptado al heredero como deudor.

1119/432

432.— En efecto: dispone el artículo 3447 Ver Texto que el derecho a pedir la separación de patrimonios no puede ser ejercido cuando los acreedores de la sucesión han aceptado al heredero por deudor, abandonando los títulos conferidos por el difunto. Esta disposición fue tomada del artículo 879, del Código Napoleón, que no contiene el párrafo que hemos señalado con bastardilla. En la nota respectiva dice VÉLEZ, con razón que no basta para producir este efecto, que el acreedor acepte como deudor al heredero, puesto que lo es como

continuador del difunto; es indispensable una novación, un abandono de los títulos conferidos por el difunto, para aceptar otros nuevos ofrecidos por el heredero. Y para mayor claridad, dice el artículo 3448 Ver Texto que no por haber recibido el acreedor del heredero los intereses vencidos de su crédito se juzga que lo ha aceptado por deudor.

Se admiten como suficientes para extinguir la preferencia, la novación, la constitución de hipotecas, prendas o nuevas fianzas tendientes a garantizar la deuda del heredero (ver nota 41), la estipulación de la solidaridad entre los coherederos (ver nota 42). En cambio, no creemos que baste la concesión de un nuevo plazo (ver nota 43).

¿Puede el acreedor que acepta al heredero como deudor, hacer reserva de su preferencia, manifestando expresamente la intención de no renunciar a ella? Pensamos que no; si el acreedor ha aceptado la novación, si ha abandonado los títulos conferidos por el difunto, como dice el artículo 3447 Ver Texto , no es ya acreedor de la sucesión, sino personal del heredero, y no puede pretender el mantenimiento de una preferencia inherente a la calidad que ha abandonado (ver nota 44).

1119/10950

§ 8.— Crítica del sistema del Código

1119/433

433. DEFECTOS FUNDAMENTALES.— La reglamentación de la separación de patrimonios, es uno de los mayores desaciertos del Código en materia de sucesiones. Bajo la influencia del Código Napoleón, VÉLEZ SARSFIELD se apartó del claro y eficaz sistema romano, adoptando soluciones que en buena medida esterilizan la institución.

Pueden señalarse los siguientes defectos fundamentales:

a) No hay una verdadera separación de patrimonios. b) No exige el inventario (solamente lo autoriza), con lo que se facilita la confusión y ocultación de bienes. c) El heredero mantiene la libre disponibilidad de los bienes; puede enajenarlos aun gratuitamente, simular un precio menor del real, ocultarlos, etcétera; no es, pues, una garantía suficiente para los acreedores hereditarios y legatarios. d) No se establece un procedimiento de ejecución colectiva. e) Los acreedores personales del heredero se encuentran en una situación injusta: son postergados por los separatistas en lo que atañe a los bienes de la sucesión, pero sufren la concurrencia de ellos en los que atañe a los bienes propios del heredero.

Como defectos menores, puede señalarse la forma imprecisa, cuando no confusa, de la reglamentación, que ha dado lugar a dificultades interpretativas respecto de cómo debe intentarse la acción, contra quién, qué medidas conservatorias pueden obtenerse, etcétera.

1119/434

434. LOS PROYECTOS DE REFORMAS.— BIBILONI proyectó una reforma sustancial del instituto, estableciendo una verdadera separación de patrimonios; se designa un curador de la sucesión y el heredero queda separado de su administración y disposición; la liquidación de las deudas se convierte en un procedimiento colectivo y la separación tiene efecto respecto de todos los acreedores hereditarios. Además, queda eliminada ipso jure la responsabilidad ultra vires del heredero y se aplican subsidiariamente las reglas del beneficio de inventario (arts. 2977 Ver Texto -2988).

El Proyecto de 1936, ha seguido en líneas generales los mismos principios (arts. 1890-1896).

1119/435

435. NUESTRA OPINIÓN.— Aunque los proyectos de reformas mejoran apreciablemente el sistema de nuestro Código, pensamos que la reforma debe ser sustancial. Hay que ir a la raíz del problema y sustituir la sucesión en la persona por la sucesión en los bienes (nº 13). Un buen ejemplo lo tenemos en el Código mexicano, que ha seguido y perfeccionado los principios de la antigua legislación germánica. Fallecido el de cujus se designa un albacea, encargado de hacer el inventario, de liquidar las deudas y de la ulterior partición entre los herederos del saldo que quedare una vez pagadas aquéllas. De esta manera quedan eliminados como instituciones autónomas, tanto el beneficio de inventario, como la separación de patrimonios y se contemplan satisfactoriamente todos los intereses: el del heredero, que no tiene problema de responsabilidad ultra vires; de los acreedores hereditarios y de los legatarios, que no tienen por qué temer la confusión de patrimonios, ni la concurrencia con los acreedores personales del heredero; y, finalmente, de éstos, que tampoco tienen por qué temer la concurrencia de los acreedores hereditarios respecto de los bienes propios del heredero; se resuelve así la injusta situación con que éstos son tratados en la mayor parte de las legislaciones modernas.

Al considerarse la reforma de la ley 17711 , privó el criterio de que ella debía limitarse a obviar los más graves inconvenientes del sistema del Código. Por eso se limitó a sentar como regla la aceptación beneficiaria, lo que, sin duda, constituye un enorme avance; pero la separación de patrimonios subsiste con los inconvenientes ya señalados.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: MOLINARIO, Teoría general de la separación de patrimonios, Buenos Aires, 1942; FORNIELES, Sucesiones, t. 1, núms. 143 y sigs.; LAFAILLE, Sucesiones, t. 1, núms. 283 y sigs.; ZANNONI, Sucesiones, t. 1, § 372 y sigs.; PÉREZ LASALA, Sucesiones, t. 1, núms. 472 y sigs.; MAFFÍA, t. 1, núms. 371 y sigs.; GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 3, p. 220 y sigs.; MACHADO, t. 9, p. 7 y sigs.; RÉBORA, Sucesiones, t. 1, núms. 194 y sigs.; ROCA SASTRE, El “beneficium separationis” y los actuales sistemas de separación sucesoria, Anuario de Derecho Civil de Madrid, oct./dic., 1960, p. 1117 y sigs.; BLONDEAU, Traité de la separation des patrimoines, París, 1849; BARAFORT, Traité theorique et pratique de la separation des patrimoines, París, 1940;

AUDIBERT, Essai sur la nature juridique de la separation des patrimoines, Montpellier, 1927; PLANIOL-RIPERT, t. 4, núms. 453 y sigs.; JOSSERAND, t. 3, vol. 2, núms. 918 y sigs.; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, núms. 1341 y sigs.; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 3, núms. 3102 y sigs.; SIMONI, La separazione dei beni ereditari, Napoli, 1942; BONFANTE, Della separazione del patrimonio del difunto da quello dell'erede nel diritto romano e nel diritto civile, Scritti giuridice varii, Torino, 1916; MESSINEO, Tratado, t. 7, § 195; GARCÍA BAÑON, El beneficio de separación, Madrid, 1962.

(nota 2) Puede verse un excelente estudio de la separación de patrimonios en el derecho romano, en el trabajo de ROCA SASTRE citado en nota anterior.

(nota 3) BEVILACQUA, Código dos Estados Unidos do Brasil commentado, t. 6, art. 1799.

(nota 4) Puede tenerse una buena idea de la complejidad y oscuridad del sistema, (además de la que resulta de la lectura del articulado) a través de las páginas que le dedica MESSINEO, t. 7, § 195.

(nota 5) De acuerdo, C.Civil Cap., Sala D, 30/6/1977, E.D., t. 75, p. 186; MAFFÍA, t. 1, nº 375; PÉREZ LASALA, t. 1, nº 475; ZANNONI, t. 1, § 378 (quien precisa que se trata de una preferencia, no un privilegio). En contra PÉREZ LASALA, t. 1, nº 474.

(nota 6) Fallo citado en nota anterior.

(nota 7) En contra: ZANNONI, t. 1, § 381; FORNIELES, quien sostiene la procedencia de la separación toda vez que el acreedor presente una demanda con cierta apariencia de verosimilitud (t. 1, nº 152). Pero la exigencia del instrumento público o privado está expresa en la ley; y por otra parte es razonable, pues no parece justo privar a los acreedores del heredero del derecho a ejecutar los bienes hereditarios, sino se presenta un título de crédito revestido al menos de las exigencias procesales para hacer efectivo un embargo preventivo. De acuerdo: C. Civil 1ª Cap., 31/12/1930, J.A., t. 34, p. 1220; MACHADO, t. 9, p. 11; LLERENA, t. 9, p. 302; MAFFÍA t. 1, nº 376; PÉREZ LASALA, t. 1, nº 478.

(nota 8) Jurisprudencia y doctrina citada en nota anterior.

(nota 9) FORNIELES, t. 1, nº 155; PRAYONES, nº 49; RÉBORA, t. 1, nº 196; ZANNONI, t. 1, § 383; MAFFÍA, t. 1, nº 376; JOSSERAND, t. 3, vol. 2, nº 984; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, t. 3, nº 2634.

(nota 10) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 1, nº 479.

(nota 11) En ese sentido: MACHADO, t. 9, p. 19.

(nota 12) C. Civil 1ª Cap., 21/10/1932, J.A., t. 39, p. 780; id., 31/12/1930, J.A., t. 34, p. 1220; id., 21/10/1940, L.L., t. 20, p. 824; FORNIELES, t. 1, nº 148; MACHADO, t. 9, p. 13, nota.

(nota 13) De acuerdo: C. Civil 2ª Cap., 9/10/1922, G.F., t. 40, p. 298; id., 29/5/1925, J.A., t. 15, p. 1938; SEGOVIA, t. 2, p. 471, nota; LLERENA, t. 6, p. 242; PRAYONES, nº 49; LAFAILLE, t. 1, nº 293; RÉBORA, t. 1, nº 197. En Francia numerosos fallos han consagrado esta solución; véase los citados por PLANIOL-RIPERT, t. 4, nº 458, nota 1 de p. 527, quienes los aprueban. En igual sentido: JOSSERAND, t. 3, vol. 2, nº 986.

(nota 14) MOLINARIO, afirma que la acción debe dirigirse contra él (La separación de patrimonios, nº 40). Nos parece más propio decir que debe ser citado al juicio y que se le debe dar intervención en él, a efectos de que participe y colabore en el inventario.

(nota 15) De acuerdo LAFAILLE, t. 1, nº 294.

(nota 16) DURANTON, t. 6, nº 474, CHABOT, t. 2, art. 878 Ver Texto , nº 6; DEMOLOMBE, t. 17, núms. 149 y 150, citados en la nota al art. 3444 Ver Texto .

(nota 17) De acuerdo: ZANNONI, t. 1, § 401; MAFFÍA, t. 1, nº 379; PÉREZ LASALA, t. 1, nº 476; JOSSERAND, t. 3, vol. 2, nº 988.

(nota 18) AUBRY y RAU, t. 6, § 619; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 3, nº 3139; PLANIOL-RIPERT, t. 4, nº 458, nota 2; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, nº 1349.

(nota 19) C. Civil 1ª Cap., 24/9/1921, J.A., t. 7, p. 290; C. Com. Cap., 3/4/1940, L.L., t. 18, p. 163.

(nota 20) C. Com. Cap., 3/4/1940, L.L., t. 18, p. 163; MAFFÍA, t. 1, nº 379.

(nota 21) C. Civil 1ª Cap., 28/12/1945, G.F., t. 181, p. 247; MAFFÍA, t. 1, nº 379.

(nota 22) LAFAILLE, t. 1, nº 292. En contra y de acuerdo con nuestra opinión, ZANNONI, t. 1, § 402; MAFFÍA, t. 1, nº 379.

(nota 23) Nota al art. 4019 Ver Texto , inc. 5º; MACHADO, t. 9, p. 31, nota.

(nota 24) MACHADO, t. 9, p. 31; MAFFÍA, t. 1, n° 381; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 418, nota 50; RÉBORA, t. 1, n° 198. El último autor hace notar que el art. 4019 Ver Texto , inc. 5°, contiene un evidente error de copia al escribir muebles, donde la fuente (ZACHARIAE, 586) decía inmuebles.

(nota 25) C. Com. Cap., 3/4/1940, L.L., t. 18, p. 164.

(nota 26) JOSSERAND, t. 3, vol. 2, n° 989, 3; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, núms. 1350 y sigs. y jurisprudencia allí citada. Estos autores señalan también el caso de herencia vacante; pero a nuestro entender, no hay aquí patrimonios separados, puesto que hay una sola masa patrimonial (la herencia).

(nota 27) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 3, n° 3148 y jurisprudencia allí citada; AUBRY y RAU, t. 6, § 619, nota 60; LAURENT, t. 10, n° 18. En contra: DEMOLOMBE, t. 17, núms. 146 y sigs.

(nota 28) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 3, n° 3148.

(nota 29) RÉBORA, t. 1, n° 200.

(nota 30) FORNIELES, t. 1, n° 151.

(nota 31) Según MAFFÍA, t. 1, n° 303, y ZANNONI, t. 1, § 395, nota 59, ésta es una consecuencia del principio de la accesoriedad.

(nota 32) De acuerdo: ZANNONI, t. 1, § 394.

(nota 33) C. 2ª Apel. La Plata, 5/6/1928, cit. por MOLINARIO, Teoría general de la separación de patrimonios, n° 38; SEGOVIA, t. 2, p. 471, nota 7; MACHADO, t. 9, p. 37, nota; RÉBORA, t. 1, n° 201; MAFFÍA, t. 1, n° 387; PLANIOL-RIPERT, t. 4, n° 460; EL RIDI, Des effets de la separation des patrimoines, p. 34 y sigs.; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL; t. 3, núms. 3148 y 3190; AUBRY y RAU, t. 6, § 619; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1358, C; JOSSERAND, t. 3, vol. 2, n° 997. En contra: LLERENA, t. 9, art. 3433, n° 1, quien opina que el heredero pierde la libre disponibilidad.

(nota 34) PLANIOL-RIPERT, t. 4, n° 460; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 3, n° 3201; AUBRY y RAU; t. 6, § 619; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1358, A; EL RIDI, Des effets de la separations des patrimoines, p. 64 y sigs.

(nota 35) En este sentido: LLERENA, t. 9, art. 3445, n° 1; MACHADO, t. 9, p. 37, nota.

(nota 36) Ni siquiera examinar el expediente sucesorio, porque después de la partición, la separación de patrimonios debe ser pedida ante el juez del domicilio del heredero ¿y cómo enterarse de que este pleito existe?.

(nota 37) C. Civil 1ª Cap., 24/9/1924, J.A., t. 7, p. 290; MOLINARIO, La separación de patrimonios, nº 40.

(nota 38) MACHADO, t. 9, p. 38, nota; RÉBORA, t. 1, nº 201; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 3, nº 3195; DEMOLOMBE, t. 17, nº 112; AUBRY y RAU, t. 6, § 619.

(nota 39) De acuerdo: MOLINARIO, Naturaleza de la separación de patrimonios, E.D., t. 3, p. 1059, nº 21.

(nota 40) LAFAILLE, t. 1, nº 30; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, nº 1360, 4; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 3, nº 3152.

(nota 41) RÉBORA, t. 1, nº 196; SEGOVIA, t. 2, p. 479, nota 31; PÉREZ LASALA, t. 1, nº 490; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 3, nº 3155; DEMOLOMBE, t. 17, nº 163; CHABOT, art. 879, nº 4; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, nº 1361; PLANIOL-RIPERT, t. 4, nº 464.

(nota 42) PÉREZ LASALA, t. 1, nº 490; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 3, nº 3155.

(nota 43) De acuerdo: SEGOVIA, t. 2, p. 501 nota 31; CHABOT, art. 879, nº 4; DEMOLOMBE, t. 17, p. 161. En contra: RÉBORA, t. 1, nº 196; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 3, nº 3157.

(nota 44) En contra: COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, nº 1361; con más prudencia, PLANIOL-RIPERT, dicen que esa reserva puede ser tomada en cuenta por los tribunales (t. 4, nº 464).

1119/10960

CAPÍTULO V - DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL HEREDERO

1119/436

436. EL MÉTODO DEL CÓDIGO.— Bajo el título de Derechos y obligaciones del heredero, el Código trata desordenadamente de la posesión hereditaria, la acción de petición de herencia, las acciones posesorias hereditarias, la institución del heredero aparente, la transmisión de las obligaciones a los herederos.

Creemos útil comenzar la exposición de esta materia con una enumeración completa de derechos y obligaciones, y desarrollar luego prolijamente la posesión hereditaria, la petición de herencia y la institución del heredero aparente.

1119/437

437. DERECHOS DEL HEREDERO.— El heredero sucede al causante en la titularidad de los derechos que aquél poseía. Será dueño de las cosas de que era propietario, acreedor de quienes eran deudores del causante. Va de suyo que esta regla sólo se aplica a los derechos transmisibles mortis causa, pues no todos los derechos de una persona se transmiten a sus herederos (véase sobre este punto, núms. 19 y sigs.).

Pero hay además ciertos derechos que el heredero tiene a título propio: a) el de aceptar o repudiar la herencia o de acogerse al beneficio de inventario; b) la acción de petición de herencia; omitimos deliberadamente aludir a las acciones posesorias de la herencia, pues no obstante el texto del artículo 3422 Ver Texto , ellas no tienen cabida en nuestro derecho (véase n° 484); c) los que derivan del estado de indivisión (preferencia de ciertos herederos para administrar los bienes, derecho a controlar la administración, a pedir rendición de cuentas, a reclamar la partición, etc.); d) facultad de ceder los derechos y acciones hereditarios.

1119/438

438. OBLIGACIONES.— Junto con los derechos, se transmiten también las obligaciones del causante (art. 3431 Ver Texto). El heredero tiene que hacer frente a ellas, salvo que decida limitar su responsabilidad al monto de los bienes recibidos, mediante la aceptación beneficiaria.

También deben satisfacerse las deudas originadas por la transmisión del patrimonio, tales como los gastos del juicio, etcétera. Igualmente deberán pagarse las cargas instituidas por el causante, siempre que no afecten la porción legítima de un heredero forzoso, pues ésta no puede ser gravada.

1119/439

439.— El artículo 3432 Ver Texto confiere a los acreedores contra los herederos las mismas acciones ejecutivas que tenían contra el de cuius. Sin embargo la situación del heredero no es exactamente igual a la del causante en lo que atañe a la ejecución:

a) En primer término, los acreedores deben respetar los días de luto y llanto, (art. 3357 Ver Texto), durante los cuales no podrán proseguir la ejecución.

b) En segundo lugar, los herederos no están obligados a manifestar si la firma que suscribe un documento pertenece o no al causante; pueden limitarse a decir que lo ignoran (art. 1032 Ver Texto).

Con gran frecuencia, no obstante constarles que la firma es auténtica, dicen ignorarlo para dilatar el pago de la obligación, mientras se realiza el cotejo y se produce la prueba pericial. La doctrina y la jurisprudencia actuales se inclinan por imponer las costas al heredero reticente (ver nota 1). Y aunque esta solución nos parece en principio irreprochable, pensamos que debe eximirse de las costas del incidente a la sucesión cuando hay menores o incapaces, pues el Ministerio Pupilar exige que se acredite la autenticidad de la firma de modo fehaciente (ver nota 2).

(nota 1) C. Civil 1ª Cap., 9/8/1948, L.L., t. 50, p. 430; id., 5/12/1947, J.A., 1948-I, p. 105; id., 12/11/1947, L.L. t. 48, p. 982; C. Civil 2ª Cap., 28/3/1946, G.F., 186, p. 401; id., 15/10/1946, G.F., 185, p. 272; C. Civil Cap., Sala C, 15/6/1953, L.L., t. 71, p. 316; PRAYONES, p. 157 y sigs.; LAFAILLE, t. 1, n° 375.

(nota 2) Así lo sostuvo el Asesor de Menores Dr. MADARIAGA, no obstante lo cual la Cámara mantuvo, también en este caso, el principio de la imposición de las costas: Sala C, 15/6/1953, L.L., t. 17, p. 316.

1119/10970

I. POSESIÓN HEREDITARIA (ver nota 1)

1119/10980

§ 1.— Nociones generales

1119/440

440. CONCEPTO.— Entramos a considerar ahora una institución cuya introducción al derecho patrio constituye uno de los más señalados errores de VÉLEZ SARSFIELD en materia sucesoria; al hacerlo, no sólo contrarió la tradición jurídica nacional, sino que la legisló de manera confusa, cuando no contradictoria. Ya volveremos más adelante sobre la crítica de la institución. Por ahora procuraremos precisar el concepto. ¿Qué es la posesión hereditaria? Para brindar una idea clara de ella creemos útil puntualizar algunas ideas previas:

a) Ante todo, no se vincula con el derecho sucesorio en sí mismo, ni con la propiedad de los bienes. La transmisión de la propiedad se opera instantáneamente en el momento del fallecimiento del causante, haya o no posesión hereditaria.

b) Es necesario no dejarse engañar por las palabras. La posesión hereditaria nada tiene que ver con el derecho real de ese nombre. No requiere la tenencia material de la cosa, puesto que se adquiere por más que otras personas tengan posesión real; no exige tampoco la intención de poseer porque algunos herederos (cónyuge, descendientes y ascendientes) logran la posesión hereditaria de pleno derecho en el momento del fallecimiento del causante, aunque ignoren que ha ocurrido el deceso.

Esto sentado, puede decirse que la posesión hereditaria no es otra cosa que el reconocimiento de la calidad de heredero; reconocimiento que a veces la ley hace de pleno derecho, sin intervención judicial (descendientes y ascendientes legítimos) y que, en los casos restantes exige una declaración del magistrado. Dicho en otros términos, es la investidura de heredero, el título en virtud del cual se pueden ejercer todos los derechos inherentes a tal calidad (ver nota 2). Establezcamos un símil. Una persona ha adquirido un inmueble por prescripción de veinte años; es dueño, pero mientras no haya demandado y logrado el reconocimiento judicial, no tiene título ni puede transferir esa propiedad, constituir sobre ella derechos de hipoteca, etcétera. De igual modo, el heredero que no tiene posesión hereditaria, no por eso deja de ser heredero ni dueño; pero si quiere disponer de los bienes, debe gozar de la posesión hereditaria, o sea de ese título de heredero que es la investidura o reconocimiento de su derecho.

Es decir, que la calidad hereditaria se vincula con el goce de los derechos hereditarios y la posesión hereditaria con su ejercicio.

Algunos herederos tienen la plenitud del ejercicio de sus derechos desde el momento mismo de la muerte del causante: son los ascendientes y descendientes y el cónyuge, de quienes se dice, por ello, que gozan de pleno derecho de la posesión hereditaria. Otros, en cambio, para entrar en el ejercicio de esos derechos, necesitan que el juez les reconozca su carácter de herederos; este reconocimiento (que se realiza, bien en forma de aprobación del testamento, bien en forma de declaratoria de herederos) importa otorgarles la posesión hereditaria.

Esta es la idea esencial de la institución. Pero apresurémonos a decir que ella es tan contraria a nuestra tradición jurídica y, sobre todo, a las necesidades de una sociedad moderna, que la práctica, la jurisprudencia y los Códigos de Procedimientos han contribuido de consuno a desdibujarla aún más de lo que aparece en el propio Código y a reducir su esfera de acción a un papel muy modesto.

Por lo pronto, todos los herederos, cualquiera sea su rango, necesitan el reconocimiento judicial de su carácter de tales; la diferencia establecida en el Código entre el cónyuge, los ascendientes y descendientes, por una parte, y los restantes herederos, por la otra, ha quedado reducida a bien poca cosa. Además, no es exacto que los herederos que no tienen la posesión no pueden ejercer ningún derecho inherente a su calidad de tales; en realidad, son

mucho más numerosos los actos que pueden llevar a cabo que los que no pueden hacer (véase nº 450).

1119/441

441. BREVE NOCIÓN HISTÓRICA (ver nota 3).— Nuestra institución ha tenido su fuente en la saisine y la posesión hereditaria francesas. En el Código Napoleón se llama saisine al goce de pleno derecho de la herencia desde el instante mismo de la muerte del causante. Originariamente este privilegio quedaba reservado a algunos parientes próximos y legítimos del difunto; pero ese círculo se ha ido ensanchando cada vez más, hasta comprender a todos los herederos, menos al cónyuge y al Estado. Estos carecen de la saisine; deben pedir al juez la entrega de la posesión hereditaria. Nuestro Código ha preferido designar con este último nombre ambas situaciones.

Afirman PLANIOL y RIPERT que en el estudio de la saisine hay que renunciar a su historia, en primer término porque su origen y desarrollo son muy discutidos y en segundo lugar porque la institución ha evolucionado tanto que es muy poca la utilidad que puede sacarse de su análisis retrospectivo.

De todos modos, no está de más echar una ojeada sobre las principales teorías que se han sostenido sobre su origen, para comprender hasta que punto la institución resulta hoy inactual.

Según algunos autores, la saisine ha tenido su raíz en la copropiedad familiar germánica. Como los bienes pertenecían a toda la familia, la muerte de uno de sus miembros no hacía adquirir nada a los demás, que estaban posesionados (saisis) de la propiedad de los bienes (ver nota 4).

Según otros el origen sería netamente francés. La institución habría nacido como una reacción contra los abusos de la señores feudales. Cuando el poder feudal se encontraba en su apogeo, se consideraba, —como consecuencia del dominio eminente que el señor ejercía sobre todos los bienes de su feudo— que a la muerte de una persona los bienes retrovertían al señor, solución que se expresaba con la fórmula *le serf mort saisit son seigneur vif* (el siervo muerto ase su señor vivo). Los herederos que querían recuperar los bienes, debían pedirlos al señor, rindiéndole homenaje de fidelidad y pagando los derechos consiguientes. Pero, dado que estos derechos resultaron odiosos, se introdujo, como reacción contra ellos, la fórmula según la cual el muerto entregaba directamente los bienes a su heredero: *le mort saisit le vif son hoir le plus proche, habile a lui succeder* (el muerto ase al vivo, su heredero más próximo hábil para sucederlo) (ver nota 5).

La antigua legislación española no conoció la saisine hereditaria (ver nota 6). VÉLEZ creyó ver algunos antecedentes en el Fuero Real (ley 2, y tít. 7, lib. 3) y, sobre todo, en las Leyes de Indias (Recop. ley 43, tít. 2, lib. 2; véase la nota al art. 3410 Ver Texto); pero estudios posteriores, hechos principalmente por BIBILONI (nota al Título sobre el ejercicio de los derechos hereditarios) y por FORNIELES (ver nota 7), han demostrado que las citadas leyes nada tienen que ver con la posesión hereditaria. La transmisión plena de los derechos

hereditarios se hacía en el momento del fallecimiento del causante, sin formalidad alguna; sólo que los herederos debían acreditar el vínculo judicialmente, cualquiera fuera el grado de parentesco con el causante.

1119/442

442. FUNDAMENTO.— Cuando la posesión hereditaria pasó al Código Napoleón, su objeto era el de dar publicidad a la transmisión sucesoria. Y esa fue la razón por la cual VÉLEZ la incorporó a nuestro Código. Ella viene a representar, en materia de transmisión mortis causa, lo que la tradición en los actos entre vivos. Con referencia a éstos, la entrega efectiva de la cosa es indispensable para transmitir su propiedad (art. 3265 Ver Texto); el traspaso material permite que los terceros tomen conocimiento de la transmisión; es, pues, una forma de publicidad tendiente a evitar fraudes en perjuicio de terceros. De igual modo, la entrega de la posesión hereditaria por el juez sirve a ese fin de publicidad; sólo que, tratándose de parientes muy próximos (cónyuge, ascendientes y descendientes), la ley ha considerado innecesaria la intervención judicial, pues en esos casos el vínculo y el derecho sucesorio son tan notorios, que no se requiere ninguna otra exteriorización formal.

El fundamento de la institución no resiste el análisis. Está bien que se exija el reconocimiento judicial del derecho sucesorio, puesto que de esta manera se protege a los terceros, que en tal forma pueden actuar sobre una base cierta en sus relaciones con quienes se pretenden herederos. Lo que no se justifica es que se excluya de él a ciertos herederos, por próximos y legítimos que sean, pues la notoriedad del vínculo en que se funda este privilegio no es tal en las complicadas sociedades contemporáneas. Dice BIBILONI: “Todo este sistema de la saisine que el derecho nacional no conocía hasta el Código, no puede coexistir con un sistema racional de estabilidad jurídica. Se ha formado o desarrollado en el derecho feudal. Se apoya en la notoriedad del parentesco. Esa notoriedad no puede existir sino por la cohabitación en la aldea. El señor la conoce. Los aldeanos saben que tal persona tenía uno, dos, diez hijos. Que deja viuda. Que no tenía más herederos que sus padres. Que ambos viven. Que uno habría fallecido. Si se reflexiona que en las grandes ciudades las gentes no se conocen o aunque se conozca al causante, poco o nada se sabe de sus herederos; que puede no ser legítimo el que se dice tal y pretenda muerto al que está vivo o ausente o distanciado de su familia; que en el extranjero el comerciante, el fabricante tiene bienes y que allí nada se conoce de su situación de familia; si el parentesco, en definitiva, contra lo que presupone el artículo 3410 Ver Texto , no prueba nada sobre la existencia de herederos que tienen derecho a los bienes ¿qué sistema de crédito puede fundamentarse sobre una base tan insegura? Mucho más prudente era el derecho español, que exigía la intervención judicial para declarar herederos a quienes tienen título para recoger los bienes” (nota al Título sobre el ejercicio de los derechos hereditarios).

La insuficiencia de la saisine como medio de publicidad es tan notoria que en nuestro país nunca se abandonó la secular tradición española de exigir la declaratoria de herederos respecto de todos los sucesores, cualquiera fuera el vínculo; esa declaratoria deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad, sin lo cual no será posible la transmisión de ningún derecho real.

1119/443

443. TENDENCIAS ACTUALES.— La casi total inoperancia práctica de la posesión hereditaria, su nulo valor como sistema de publicidad, la oscuridad de su técnica jurídica, la han hecho desaparecer prácticamente de casi todas las legislaciones contemporáneas. Aun en Francia, país en donde la institución tiene una tradición multiseccular, su papel se ha reducido hoy a límites bastante modestos (ver nota 8). En el derecho moderno tiende a abrirse paso firmemente una solución más valiosa del punto de vista de la técnica jurídica y de los resultados prácticos: si bien los derechos hereditarios se poseen a título de dueño desde el momento del fallecimiento, los herederos, cualquiera sea su grado de parentesco, deben munirse de un reconocimiento judicial de su vocación. Puede tomarse como ejemplo a este respecto la legislación germánica. Los presuntos herederos deben presentarse ante el juez y probar los hechos de los cuales deriva su vocación hereditaria, es decir, la muerte del causante y el vínculo de parentesco o, en su caso, acompañar el testamento. Producida la prueba, el tribunal tiene que promover de oficio pesquisas para probar esos datos y verificar si puede haber otros interesados, a cuyo fin puede realizar publicaciones en periódicos. Si se tratara de sucesión testamentaria, bastará con verificar la validez formal de la disposición de última voluntad. Hechas estas comprobaciones, el juez otorga el certificado de heredero, en el cual consta el derecho hereditario del peticionante y la cuantía de la porción que le corresponde. El principal efecto de este documento es la presunción legal de que, quien está señalado en él como heredero, es titular del derecho hereditario que allí se indica y que no está limitado por otras cláusulas que las que allí se hacen constar. Los que con él contratan están protegidos por una presunción de buena fe, salvo que se pruebe que conocían la inexactitud del certificado (ver nota 9).

1119/444

444. PAPEL PRÁCTICO DE LA POSESIÓN HEREDITARIA EN NUESTRO DERECHO.— Nuestro derecho, dice FORNIELES, ofrece esta particularidad: que reproduciendo los mismos textos del Código Civil francés funciona de manera muy parecida a la del Código Civil alemán (ver nota 10). La razón de esta anomalía es que, antes de la sanción del Código, se seguían en nuestro país las prácticas de la colonia, según las cuales se formalizaba siempre un juicio sucesorio para acreditar el derecho de los peticionantes cualquiera fuera su grado de parentesco con el causante. Esta práctica no se abandonó nunca, no obstante las disposiciones del Código sobre la posesión hereditaria de pleno derecho. Dos motivos igualmente decisivos vinieron a consolidar tal procedimiento: la creación del Registro de la Propiedad, en el que es necesario inscribir toda transmisión de dominio, a cuyo efecto es indispensable el reconocimiento judicial de la vocación hereditaria; y el impuesto a la transmisión gratuita de bienes, que exigía determinar el grado de parentesco para aplicar la escala impositiva (ver nota 11).

Hoy el impuesto a la transmisión gratuita de bienes está eliminado pero de cualquier forma, la declaratoria de herederos o el auto que aprueba el testamento deben ser inscriptos en el Registro de la Propiedad, y a partir de tal momento recién se encuentra el heredero en condiciones de ejercer con plenitud sus derechos de dueño, respecto de los bienes inmuebles.

1119/10990

§ 2.— Cómo se adquiere la posesión hereditaria

1119/445

445. LOS DOS MODOS DE ADQUIRIRLA.— Hemos dicho ya que la posesión hereditaria se adquiere por dos modos distintos: de pleno derecho o por decisión judicial. Esta distinción se funda en la idea de que la notoriedad del parentesco hace innecesaria, en algunos casos, la intervención del juez.

1119/446

446. a) Posesión de pleno derecho.— Los ascendientes y descendientes y el cónyuge entran en posesión de la herencia el día de la muerte del causante, sin necesidad de formalidad alguna ni intervención judicial, aunque ignorasen la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia (art. 3410 Ver Texto). En su anterior redacción, el artículo 3410 hablaba solamente de los ascendientes y descendientes; la ley 17711 incluyó con toda justicia al cónyuge que, como los anteriores, es heredero forzoso.

Al hablar del cónyuge la ley se refiere, naturalmente, al que no ha perdido su vocación sucesoria. Y como no la pierde el cónyuge separado judicialmente que fuera declarado inocente y no hubiera incurrido en algunas de las causales del artículo 3574 Ver Texto , se ha decidido, con razón, que entra en posesión de la herencia desde el día de la muerte, sin formalidad alguna (ver nota 12).

Digamos desde ya que, no obstante los términos enfáticos del artículo 3410 Ver Texto , la práctica lo ha desvirtuado; hoy todos los herederos, cualquiera sea su grado de parentesco, deben presentarse al juez solicitando la declaratoria de herederos (véase nº 454).

1119/447

447.— El artículo 3411 Ver Texto contenía una norma que introducía una notoria confusión en el sistema del Código. Decía que si el autor de la sucesión hubiese fallecido y sus herederos legítimos, descendientes o ascendientes, estuviesen fuera de la República, o fuera de la provincia donde se hallen los bienes, para tomar posesión de la herencia deberían pedirla al juez del territorio, acreditando la muerte del autor de la sucesión y su título a la herencia.

El problema más grave se suscitaba cuando fallecía una persona dejando bienes en distintas provincias. En los primeros tiempos de aplicación del Código se exigió abrir una sucesión en cada provincia donde existieran bienes. Pero ello resultaba contrario a la esencia de la posesión hereditaria. Según ya los hemos dicho, ésta no es otra cosa que el reconocimiento del carácter hereditario, la investidura de heredero (nº 440); ahora bien: ese reconocimiento se refiere, no a los bienes, ni menos a una parte de ellos, sino al derecho hereditario, que es

indivisible. Si el juez de una provincia lo reconoce, ese auto debe tener validez en todas las demás. A ello se agregaba el serio inconveniente de obligar al heredero a abrir una sucesión en cada provincia. En un caso famoso, los tribunales inferiores y la Corte de la provincia de Buenos Aires se negaron a inscribir una declaratoria de herederos que por exhorto solicitaba un juez de Jujuy. La Corte Suprema Nacional revocó ese fallo, sosteniendo que con ello se violaba el principio de la unidad de la sucesión adoptado por el Código y la garantía constitucional de respeto de procedimientos judiciales de una provincia en las demás (ver nota 13).

Desde entonces no se discutió la regla de que únicamente al juez del sucesorio compete la declaratoria de herederos. Aun así, la inteligencia del artículo 3411 Ver Texto suscitaba vacilaciones. Algunos fallos y autores han pretendido conjugarlo con la aludida jurisprudencia de la Corte, de la siguiente manera: el juez del sucesorio es quien comprueba el carácter de heredero y esa declaratoria es válida en todo el país, pero, careciendo de jurisdicción para otorgar la posesión relativa a bienes ubicados en otra provincia, debe exhortar al juez local para que éste la entregue (ver nota 14). Sin embargo, esta interpretación resulta inadmisibles, porque supone confundir la posesión hereditaria con la posesión material de los bienes. Si el auto de declaratoria de herederos tiene validez en toda la República eso quiere decir que el heredero ha entrado en posesión de la totalidad de la herencia, cualquiera sea la provincia en que los bienes estén situados. En la práctica judicial se ha impuesto esta solución: el juez del sucesorio se dirige a los jueces donde los bienes están situados únicamente a los efectos de pedir la inscripción a nombre de los herederos en los registros locales. El auto de declaratoria dictado en el sucesorio basta, pues, para poner al heredero en posesión de la herencia, cualquiera sea la ubicación de los bienes dentro de la República; y además, no es necesaria la entrega judicial de la posesión material (ver nota 15). Lo que significa que el artículo 3411 Ver Texto no tenía aplicación posible en lo que atañe a la hipótesis de bienes ubicados en distintas provincias, pero dentro de la República. Ha hecho bien por lo tanto, la ley 17711 al derogarlo (ver nota 16).

1119/448

448.— Queda por considerar el caso de las sucesiones abiertas en el extranjero, cuando hay bienes en el territorio nacional. De acuerdo con el principio de la pluralidad de sucesiones, aceptado por la jurisprudencia (véase núms. 43 y sigs.), será necesario abrir la sucesión en nuestro país. Sólo la vocación hereditaria reconocida por nuestros jueces y la posesión de la herencia otorgada por ellos tendrá validez en el territorio nacional (ver nota 17).

1119/449

449. b) Posesión conferida judicialmente.— Hemos dicho que sólo los ascendientes y descendientes y el cónyuge tienen la posesión hereditaria de pleno derecho; todos los restantes herederos (colaterales y no parientes instituidos por testamento) deben pedirla al juez, justificando su título a la sucesión (arts. 3412 Ver Texto y 3413).

En los primeros tiempos de la vigencia del Código se creyó que era necesario un auto por el cual se pusiese expresamente a los herederos en posesión de la herencia; pero ello importaba confundir la posesión hereditaria con la material de los bienes. Lo que en este caso interesa

no es otra cosa que el reconocimiento del carácter hereditario; por ello, hoy se acepta sin discrepancia de nuestra jurisprudencia (ver nota 18) y doctrina (ver nota 19) que el auto de declaratoria de herederos importa la posesión hereditaria; en caso de sucesión testamentaria, tiene ese valor el auto por el cual se aprueba el testamento (ver nota 20).

Adelantamos desde ya que la posesión otorgada por los jueces tiene los mismos efectos que aquella de que gozan de pleno derecho los ascendientes y descendientes (véase núms. 452 y sigs.).

1119/11000

§ 3.— Efectos

1119/450

450. EL ARTÍCULO 3417: SU VERDADERO ALCANCE.— Dispone este artículo que el heredero que ha entrado en posesión de la herencia, o que ha sido puesto en ella por juez competente, continúa la persona del difunto y es propietario, acreedor o deudor de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor, con excepción de aquellos derechos que no son transmisibles por sucesión.

De esta norma parecía desprenderse que el heredero sólo puede considerarse propietario de los bienes de la herencia después de haber sido puesto en posesión por el juez, a menos que la tenga de pleno derecho. Pero no es así. La herencia se transmite en el momento mismo de la muerte y con independencia de la posesión; así surge claramente de los artículos 3419 Ver Texto , 3420, 3341 Ver Texto y 3344 Ver Texto y notas a los artículos 3282 Ver Texto y 3341 Ver Texto . La idea que ha querido expresar el codificador es que el heredero no goza con plenitud de sus derechos de propietario mientras no tenga la posesión; en otras palabras, es titular de los derechos hereditarios, pero no puede ejercerlos (ver nota 21).

Aun precisando de este modo el verdadero alcance del artículo 3417 Ver Texto , el campo de su vigencia práctica es muy modesto. Salvo en lo que atañe a las acciones judiciales, que tratamos más adelante (nº 451), no es exacto que el heredero a quien todavía el juez no le ha otorgado la posesión carezca de la posibilidad de ejercer sus derechos. En la práctica, producido el deceso, entra de inmediato en la posesión real (no hereditaria) de los bienes, los goza, los usufructúa y hasta dispone de ellos. El Código lo autoriza para hacerlo. Al aludir a la aceptación tácita, atribuye el significado de tal a ciertos actos, como la administración de los bienes del sucesorio (art. 3327 Ver Texto), transigir, comprometer en árbitros (art. 3324 Ver Texto), cobrar deudas o pagarlas con dinero de la sucesión (art. 3326 Ver Texto), disponer de los bienes (art. 3321 Ver Texto). Cualquiera sea el vínculo de parentesco con el causante, tales actos importan aceptación tácita; lo que significa que está permitido a todo heredero llevarlos a cabo, tenga o no posesión de la herencia. Un argumento más puede añadirse para demostrar la posibilidad de disponer del heredero sin posesión; si es válida la venta de cosa ajena, cuando el vendedor resultara posteriormente sucesor universal o singular del propietario de la cosa vendida (art. 1330 Ver Texto), con tanta mayor razón ha

de ser válida la venta de la cosa por quien ya es dueño, por más que le falte la posesión hereditaria. Es verdad que, tratándose de inmuebles, no podrá transmitir la propiedad mientras no tenga declaratoria de herederos; pero tampoco podrán hacerlo los herederos que gozan de la posesión de pleno derecho, puesto que la declaratoria es requisito ineludible para la escrituración e inscripción en el Registro de la Propiedad (ver nota 22). De modo que, en lo que atañe al ejercicio extrajudicial de los derechos hereditarios, no hay ninguna diferencia entre los herederos que gozan y los que no gozan de la posesión; o, para decirlo en otras palabras, la posesión hereditaria no constituye un requisito indispensable para el ejercicio extrajudicial de los derechos (ver nota 23).

1119/451

451. ACCIONES JUDICIALES.— Pero si la posesión hereditaria no tiene trascendencia práctica en lo que atañe al ejercicio extrajudicial de los derechos, sí la tiene en lo que se refiere a la actuación judicial. Dispone el artículo 3414 Ver Texto que, mientras no esté dada la posesión judicial de la herencia, los herederos que deben pedirla no pueden ejercer ninguna de las acciones que dependen de la sucesión, ni demandar a los deudores ni a los detentadores de los bienes hereditarios. No pueden ser demandados por los acreedores u otros interesados en la sucesión.

Examinaremos por separado las hipótesis en que el heredero sin posesión actúa como actor y como demandado.

a) La regla de que los herederos sin posesión no pueden ejercer ninguna de las acciones que dependen de la sucesión, debe entenderse en el sentido de que el demandado puede oponerle, si lo desea, la excepción de falta de personería (ver nota 24). Es justo, en efecto, que no sea obligado a litigar con quien no sabe aún si es heredero o no, por no haberse dictado la declaratoria o por no estar aprobado el testamento. Pero nada obsta a que el pleito se formalice, si el demandado voluntariamente se presta a él, lo que ocurre con bastante frecuencia, pues constándole el vínculo, puede interesarle dilucidar cuanto antes situaciones litigiosas o dudosas (ver nota 25).

b) ¿Pueden los herederos sin posesión oponer la excepción de falta de personería cuando son demandados por terceros? El texto claro del artículo 3414 Ver Texto autorizaría a oponerla, puesto que dice que mientras no se haya dado la posesión, no podrían ser demandados por los acreedores hereditarios y otros interesados en la sucesión. Sin embargo, la jurisprudencia ha prescindido de esta norma, resolviendo que, si el heredero ha reconocido su carácter de tal, y más aún, si ha aceptado expresa o tácitamente la herencia, aunque no tenga la posesión, no puede oponer la falta de personería (ver nota 26); solamente podría hacerlo si niega su carácter de tal (ver nota 27). La razón de esta decisión es que resulta injusto que los acreedores se vean perjudicados en sus intereses, por la imposibilidad o demora en hacer efectivos sus créditos, mientras los herederos se hallan gozando de los bienes de la sucesión. Es verdad que los acreedores podrán solicitar y urgir ellos la declaratoria; pero también es cierto que, si el heredero no toma la iniciativa, o lo que es peor, si actúa en el sucesorio obstaculizando la intervención de los acreedores, el auto de declaratoria puede demorar un largo tiempo. Ante esa situación, los jueces han echado mano de preceptos tales como el artículo 3314 Ver Texto (que establece que los acreedores pueden exigir que el heredero acepte o repudie la herencia en un plazo de treinta días, con evidente propósito de que

aquéllos no puedan resultar perjudicados por una espera mayor); el artículo 3343 Ver Texto (según el cual el heredero que ha aceptado la herencia queda obligado al pago de las deudas); el artículo 3431 Ver Texto (que le manda cumplir con las obligaciones que gravan el patrimonio del difunto), etcétera, para llegar a la conclusión de que la prohibición de iniciar demanda a los herederos que carecen de la posesión hereditaria sólo puede referirse a la hipótesis de herederos presuntos, vale decir, cuando media ausencia o no ha sido acreditado el vínculo de parentesco, o no se ha manifestado una intención cierta de aceptar la herencia (ver nota 28). Únicamente en tales supuestos, por tanto, podrían oponer los herederos la excepción de falta de personería, mientras no haya declaratoria.

1119/452

452. ASIMILACIÓN DE LA POSESIÓN HEREDITARIA DE PLENO DERECHO CON LA QUE OTORGAN LOS JUECES.— La posesión otorgada por los jueces tiene los mismos efectos que la que los ascendientes y descendientes gozan de pleno derecho; para asegurar más perfectamente esa identidad, la ley dispone que los efectos de la primera se retrotraen al día de la muerte del causante y se juzga que los herederos han sucedido a éste sin ningún intervalo de tiempo (art. 3415 Ver Texto). Era conveniente decirlo, porque en el Código francés, que ha sido la fuente de la institución, los efectos no son exactamente iguales.

1119/453

453.— El artículo 3713 Ver Texto , deficientemente redactado, parece introducir alguna contradicción con esta solución tan simple y clara del artículo 3415 Ver Texto . Dice que los herederos instituidos gozan respecto de terceros y entre sí, de los mismos derechos que los herederos legítimos, menos en cuanto a la posesión hereditaria. La disposición debe ser aclarada en el sentido de que la diferencia a que alude con respecto a la posesión existe únicamente acerca de los ascendientes y descendientes y el cónyuge, puesto que ellos tienen la posesión hereditaria de pleno derecho; en cambio, no hay ninguna diferencia en cuanto a ella con los otros coherederos legítimos, pues tanto unos como otros deben reclamarla a los jueces (art. 3413 Ver Texto).

Dice más adelante el mismo artículo 3713 Ver Texto que los herederos instituidos pueden entablar las acciones que competían al difunto, aun antes de que tomen posesión de los bienes hereditarios. Pero debe advertirse que aquí el Código no alude a la posesión hereditaria, sino a la material de los bienes; podía haberse omitido este precepto, puesto que todo heredero, cualquiera sea su carácter, se encuentra en esa situación, ya que sucede, no sólo en la propiedad, sino también en la posesión de los bienes (art. 3418 Ver Texto). La disposición que comentamos no exime por tanto al heredero instituido de la necesidad de pedir la posesión hereditaria (que en su caso consiste en la aprobación del testamento), para poder intentar acciones pertenecientes a la sucesión (ver nota 29).

1119/11010

§ 4.— La declaratoria de herederos (ver nota 30)

1119/11780

453 bis. CONCEPTO.— La declaratoria de herederos es el reconocimiento judicial de la condición de heredero. El Código Civil no trata de ella y, más aún, el artículo 3410 Ver Texto parece excluirla formalmente en el caso de los ascendientes y descendientes y el cónyuge; pero, según dijimos, ésta es una institución de tradición secular entre nosotros, cuya práctica no pudo ser desterrada por la vigencia del Código; más tarde, exigencias derivadas de la necesidad de inscribir la transmisión del dominio en el Registro de la Propiedad, la hicieron indispensable.

Todos los herederos ab intestato (incluso los ascendientes y descendientes) deben pedirla, puesto que sin ella no pueden inscribir el dominio a su nombre en el Registro de la Propiedad. En cambio, en los juicios testamentarios basta con la aprobación del testamento en cuanto a sus formas, auto que, a los efectos de acreditar el carácter de heredero, suple la declaratoria. Es claro que, si el testamento no contiene institución hereditaria, debe dictarse declaratoria, habiendo parientes en grado sucesible (ver nota 31). En un caso se resolvió que, aunque el testamento contenga institución de heredero, corresponde la declaratoria si la heredera instituida no se ha presentado, no obstante haber sido citada, ya que no es posible supeditar la tramitación normal del expediente sucesorio a la voluntad de ella (ver nota 32).

1119/454

454. DILIGENCIAS PREVIAS.— La declaratoria está precedida de algunas diligencias previas:

a) Publicación de edictos llamando a herederos. La publicación de edictos tiene por objeto poner en conocimiento de la iniciación del juicio a quienes pretenden tener derechos sobre la sucesión. Es un resabio de viejas prácticas, cuyo valor como medio de notificar a los interesados es, en verdad, nulo. Para atenuar las deficiencias de esta notificación, de la que nadie se entera, se ha resuelto que, si de las constancias de autos aparece la existencia de un pariente y presunto heredero conocido, hay que citarlo personalmente (ver nota 33). Si no comparece el citado, los trámites continúan con prescindencia de él.

1119/455

455. b) Prueba del parentesco.— La prueba del parentesco con el causante se hace con las respectivas partidas del Registro Civil, o mediante la prueba supletoria, en su caso. Remitimos sobre este tema al Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 1, números 442 y siguientes.

La declaratoria de herederos obtenida en una sucesión, ¿prueba el parentesco en otra? La cuestión se ha presentado cuando, tramitada previamente la sucesión del padre, se abre la de

la madre; o cuando se quiere acreditar el parentesco en la sucesión de un hermano, habiéndose dictado declaratoria con anterioridad en la de otro hermano. Los viejos fallos de la Cámara Civil se inclinaban por aceptar la anterior declaratoria como prueba suficiente del vínculo hereditario (ver nota 34); pero luego parece privar el criterio de que la declaratoria carece de valor en otro juicio y no puede eximir de presentar en los nuevos autos los justificativos del parentesco, para que el juez pueda merituar, con criterio propio, los comprobantes que lo acreditan (ver nota 35).

Al interesado le basta probar su propia vocación hereditaria; no tiene por qué justificar el vínculo de los otros parientes ni demostrar la falta de ellos (ver nota 36).

Una jurisprudencia reiterada permite suplir la prueba del vínculo del parentesco por el reconocimiento del derecho hereditario formulado por los coherederos (ver nota 37). La solución parece razonable, pues la declaratoria no importa la prueba del parentesco, ni del estado (hechos respecto de los cuales no es admisible el reconocimiento), sino la atribución del derecho hereditario, que es una cuestión estrictamente patrimonial (ver nota 38).

1119/456

456. c) Procedimiento en caso de separación de hecho de los cónyuges.— Al cónyuge superviviente le basta con agregar la partida de matrimonio para obtener la declaratoria a su favor. Si los coherederos pretenden que ha perdido su vocación sucesoria por alguna de las causas legales, deben accionar por vía ordinaria. Pero esta regla no es absoluta. Si en el sucesorio ha quedado demostrada la separación de hecho, es la esposa la que debe accionar por vía ordinaria para demostrar la subsistencia de su vocación sucesoria (ver nota 39); lo mismo ocurre si el testador manifiesta en su testamento que hay separación de hecho, tanto más si existe una querrela de la esposa contra su marido premuerto (ver nota 40).

1119/457

457. FORMA.— Publicados los edictos, comprobado el vínculo de parentesco, el juez dicta la declaratoria de herederos. Es tradicional una fórmula según la cual se declara únicos y universales herederos a los presentantes, la que ha sido justamente criticada: la palabra únicos es inexacta, porque la declaratoria se dicta en favor de los que justifican su parentesco y nada obsta a que, si más tarde se presenta otro, se la amplíe, reconociéndole también carácter hereditario; lo de universal es una redundancia, pues todo los herederos lo son (ver nota 41).

1119/458

458. VALOR JURÍDICO Y EFECTOS DE LA DECLARATORIA.— La declaratoria es el título hereditario; permite inscribir el dominio en el Registro de la Propiedad y, recién entonces, transmitir la propiedad de los inmuebles a terceros, o hipotecarlos; además, implica la posesión hereditaria para los herederos que no gozan de ella de pleno derecho.

El auto de declaratoria tiene un peculiar valor jurídico que es menester destacar: mientras la sentencia dictada en un juicio ordinario tiene fuerza de cosa juzgada entre las partes, y no respecto de terceros, la declaratoria no hace cosa juzgada entre los coherederos (partes en el sucesorio), pero en cambio tiene efectos respecto de terceros (ver nota 42). Esto requiere una explicación.

El hecho de que un heredero intervenga en el sucesorio y consienta la declaratoria, no le impide discutir luego el derecho de quien ha sido tenido como tal. Dice con razón FORNIELES que, puesto que no se trata de una controversia judicial, los interesados no han tenido por qué hacer un examen minucioso de los documentos que prueban el parentesco; han podido guiarse por las apariencias de los documentos exhibidos; si luego descubren la falsedad, están habilitados para probarla en juicio contencioso (ver nota 43). Es claro que, si en el sucesorio, uno de los herederos ha aceptado expresamente el carácter hereditario de otro, a conciencia de que concluye así con una situación dudosa, no podrá más tarde impugnar la declaratoria; pero no porque se lo impida ésta, sino por el contrato o transacción que aquel reconocimiento ha implicado (ver nota 44).

La modificación de la declaratoria, siempre que medie oposición de parte interesada, debe tramitarse por vía ordinaria (ver nota 45); si hay conformidad de los coherederos, se hace en el mismo sucesorio.

1119/459

459. RESPECTO DE TERCEROS.— La declaratoria de herederos hace presumir buena fe de quienes han contratado con los herederos declarados, con todas las consecuencias inherentes a ella. Pero puede probarse la mala fe del tercero, mala fe que existe siempre que éste supiere de la existencia de sucesores con mejor derecho o simplemente que supiere que los derechos del heredero aparente están judicialmente controvertidos (art. 3430 Ver Texto , ref. por ley 17711). Como la buena fe se presume, es al que impugna el acto a quien incumbe la prueba de la mala fe del tercero.

Debe tenerse como válido el pago que un deudor de la sucesión haga a una persona incluida en la declaratoria, pues ella está en posesión del crédito, satisfaciendo así la exigencia del artículo 732 Ver Texto , Código Civil (ver nota 46).

1119/460

460.— Con respecto a las acciones judiciales, los herederos que tienen la posesión hereditaria de pleno derecho no necesitan la declaratoria para demandar a terceros (ver nota 47), ni pueden oponer la excepción de falta de personería si son demandados. En cambio, los restantes herederos no están facultados para demandar si no se ha dictado el auto de declaratoria; pero no pueden oponer la falta de personería si son demandados y han reconocido su vocación hereditaria o aceptado, expresa o tácitamente, la herencia. Hemos tratado todas estas cuestiones en el número 451, al que remitimos.

1119/461

461. JUICIOS TESTAMENTARIOS: LA APROBACIÓN DEL TESTAMENTO.— En los juicios testamentarios iniciados sobre la base de un testamento ológrafo o cerrado, la declaratoria de herederos es suplida por el auto judicial que aprueba el testamento. Sus efectos son en un todo similares: recién entonces podrá inscribirse el dominio a nombre de los herederos en el Registro de la Propiedad; importa el otorgamiento de la posesión hereditaria. Su valor jurídico respecto de las partes y terceros es también similar al de la declaratoria; remitimos, pues, a los dicho anteriormente.

Cabe agregar que es tradicional la fórmula según la cual se aprueba el testamento en cuanto a sus formas. También esta es una práctica viciosa, pues da a entender que el aspecto formal está definitivamente juzgado, lo que no es así. El juez, como no puede ser de otra manera, dada la falta de controversia, se limita a un examen superficial del instrumento y si prima facie no tiene ningún defecto formal, lo aprueba. Queda desde luego a los interesados la posibilidad de impugnarlo en juicio ordinario, sea por razones de fondo o de forma.

Si ha sido otorgado por acto público, no hay aprobación del testamento, pues no hay cuestión de autenticidad; a nuestro juicio, los instituidos en él gozan de la posesión hereditaria a partir de su agregación al juicio sucesorio.

1119/462

462. PROYECTOS DE REFORMAS.— BIBILONI, que en la nota al título sobre el ejercicio de los derechos hereditarios ha hecho una aguda crítica de la posesión hereditaria, la eliminó en su Anteproyecto e incorporó la institución de la declaratoria de herederos, que aplica tanto a la sucesión ab intestato como a la testamentaria (véase arts. 2989 y sigs.). Es también la solución del Proyecto de 1936 (arts. 1909 y sigs.) y del Anteproyecto de 1954.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: FORNIELES, t. 1, núms. 161 y sigs.; ZANNONI, t. 1, § 407 y sigs.; PÉREZ LASALA, t. 1; MAFFÍA, t. 1; GOYENA COPELLO, t. 3; LAFAILLE, t. 1, núms. 303 y sigs.; BIBILONI nota al Título sobre el ejercicio de los derechos hereditarios del Anteproyecto; ETALA, La posesión hereditaria, tesis. Buenos Aires, 1946; SÁNCHEZ SORONDO, La posesión hereditaria, tesis, Buenos Aires, 1900; RUBINO, La posesión hereditaria en el Código Civil Argentino, Revista Colegio Abogados de Rosario, 1933; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 1, núms. 138 y sigs.; PLANIOL-RIPERT, ed. La Habana, t. 4, núms. 194 y sigs.; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, núms. 1022 y sigs.; JOSSERAND, t. 3, vol. 2, núms. 823 y sigs. Véase asimismo la bibliografía indicada en nota 735.

(nota 2) En este sentido véase LAFAILLE, t. 1, núms. 307 y sigs., especialmente n° 314; CORNEJO, Transmisión mortis causa y transmisión hereditaria, Buenos Aires, 1945, n° 4; ETALA, La posesión hereditaria, p. 9.

(nota 3) BIBLIOGRAFÍA: SIMONET, Histoire et théorie de la saisine hereditaire, París, 1952; THIERCELIN, De la saisine hereditaire dans l'ancien droit français, Revue critique, serie 1^a, t. 47, p. 80 y sigs.; BRISSAUD, Origines de la saisine hereditaire, Revue generale de droit, t. 10, 1886, p. 252 y sigs.; PLANIOL, Origines romaine de la saisine hereditaire, Revue critique, 1885, p. 437 y sigs.; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 1, núms. 139 y sigs.; SÁNCHEZ SORONDO, La posesión hereditaria, Buenos Aires, 1900, p. 13 y sigs.; ETALA, La posesión hereditaria, p. 17 y sigs.

(nota 4) SIMONET, Histoire et théorie de la saisine hereditaire; DEMOLOMBE, t. 13, núms. 125 y sigs.; AUBRY y RAU, t. 6, § 609, nota 13; entre nosotros esta opinión ha sido sostenida por SÁNCHEZ SORONDO, La posesión hereditaria, n° 28, quien cree encontrar asimismo algunas raíces en el derecho romano.

(nota 5) BAUDRY LACANTINERIE, t. 1, n° 142; THIERCELIN, Revue critique, 1872, p. 789 y sigs.; LAURENT, t. 11, p. 221.

(nota 6) Siguió ella los principios del derecho romano. Dice a este respecto FORNIELES, "Repugnaba al espíritu romano, lógico y claro, una posesión desprovista de toda materialidad, ni aun aplicada a los herederos necesarios (SAVIGNY, Tratado de la posesión, 28 y nota 95 del apéndice). Aun los intérpretes del derecho romano que escribieron bajo el imperio de la regla del derecho consuetudinario francés, la encontraron absurda, 'recogida en la calle' e introducida por la ignorancia (CUJAS)". FORNIELES, t. 1, n° 165. Empero, PLANIOL, ha sostenido el origen romano de la saisine; Origine romaine de la saisine hereditaire, Revue critique, 1885, p. 347, y sigs.; igualmente DUBOIS, La saisine hereditaire en droit romain, Nouvelle revue historique, 1880, p. 101 y 27. Pero en materia de mayorazgo, la ley 45 de TORO introduce la idea de la saisine en la legislación española: es el único antecedente que en ese sentido puede mencionarse.

(nota 7) FORNIELES, t. 1, núms. 167-169. Véase también el estudio de PRAYONES en J.A., t. 1, p. 411.

(nota 8) Véase sobre estas limitaciones prácticas a la saisine propiamente dicha (que es la que se trasmite de pleno derecho) COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, núms. 1027-1030.

(nota 9) Véase sobre este tema, ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, Sucesiones, vol. 1, § 62, p. 352 y sigs.; LEVY, Le certificat d'héritier, París, 1911.

(nota 10) FORNIELES, t. 1, n° 171.

(nota 11) FORNIELES, loc. cit.

(nota 12) C. Civil Cap., Sala D, 24/11/1970. E.D., t. 37, p. 175.

(nota 13) C.S.N., 28/3/1876, Fallos, t. 17, n° 298.

(nota 14) LLERENA, t. 6, p. 187 y sigs.; MACHADO, t. 8, p. 605 y sigs., nota; C. Fed. Cap., 5/3/1932. J.A., t. 37, p. 839; C. 2ª Apel. La Plata, Sala II, 9/9/1938, L.L., t. 12, p. 370; C. Apel. Rosario, 4/4/1941, J.A., t. 74, p. 205.

(nota 15) Hemos dicho que esta es la práctica judicial actual; puede verse el fallo de la Sup. Corte Buenos Aires, 23/5/1939, L.L., t. 14, p. 1076; de acuerdo con esta solución: FORNIELES, t. 1, n° 173 y LAFAILLE, t. 1, n° 390.

(nota 16) De acuerdo: MAFFÍA, t. 1, n° 320.

(nota 17) FORNIELES, loc. cit. en nota anterior.

(nota 18) C. Civil Cap., Sala A, 15/7/1952, L.L., t. 67, p. 490; C. Civil 1ª Cap., 26/7/1939, J.A., t. 69, p. 500; C. Civil 2ª Cap., 17/8/1943, L.L., t. 31, p. 553; C. Fed., Bahía Blanca, 17/9/1942; L.L., t. 28, p. 258; C. 1ª Apel. La Plata, Sala I, 14/7/1950, J.A., 1950-IV, p. 807; C. Apel. Salta, 6/7/1934, J.A., t. 47, p. 374.

(nota 19) FORNIELES, t. 1, n° 172; LAFAILLE, t. 1, n° 320; PRAYONES nota en J.A., t. 1, p. 411; RÉBORA, t. 1, n° 119; ZAVALA RODRÍGUEZ, Posesión hereditaria y declaratoria de herederos, J.A., t. 47, p. 374; ETALA, La posesión hereditaria, tesis, p. 128.

(nota 20) C. Civil Cap., Sala A, 28/12/1954, J.A., 1955-II, p. 421; Sala B, 11/9/1953. J.A., 1954-I, p. 435; C. Civil. 1ª Cap., 30/9/1947, L.L., t. 48, p. 299; C. Fed. Paraná, 6/5/1918, J.A. 1, p. 639; ZAVALA RODRÍGUEZ, nota en J.A., t. 47, p. 374; LAFAILLE, t. 1, n° 327; FORNIELES, t. 1, 172.

(nota 21) JOSSERAND, t. 3, vol. 2, n° 826.

(nota 22) C. Civil Cap., Sala B, 16/5/1951, causa 493 (inérita); Sala C, 26/9/53, causa 14.127 (inérita).

(nota 23) De acuerdo: BIBILONI, nota al Título sobre el ejercicio de los derechos hereditarios; FORNIELES, t. 1, n° 181 en donde limita los efectos de la posesión hereditaria al ejercicio activo de acciones judiciales; LAFAILLE, t. 1, n° 331, dice que la posesión hereditaria no tiene más efecto propio que ejercer las acciones respecto de terceros o enajenar válidamente. Respecto de la enajenación, hemos visto que no es así.

(nota 24) C. Civil Cap., Fallos, t. 44, p. 224; id., Fallos, t. 466, p. 171; C. Paz Tucumán, 5/6/1959, L.L., 96, p. 426.

(nota 25) De acuerdo: MAFFÍA, t. 1, n° 401.

(nota 26) C. Civil 1ª Cap., 21/10/1929, G.F., t. 83, p. 92; C. Civil 2ª Cap., 10/12/1926, G.F., t. 66, p. 347; id., 9/8/1937, G.F., t. 129, p. 262; C. 2ª Apel. La Plata, 27/6/1947, J.A., 1947-II, p. 837. De acuerdo: FORNIELES, t. 1, núms. 100 y 179.

(nota 27) C. Civil Cap., Sala A, 18/11/1963, causa 93.070; FORNIELES, loc. cit. en nota anterior.

(nota 28) Así lo dijo la C. Civil 2ª Cap., 9/8/1937, G.F., t. 129, p. 262.

(nota 29) De acuerdo: LLERENA, coment. art. 3414 Ver Texto ; MACHADO, t. 8, p. 618, nota. La disposición de VÉLEZ se explica porque en el derecho francés se discutía si los herederos instituidos podían o no ejercer acciones posesorias sin tener la posesión material (véase DEMOLOMBE, t. 13, n° 158). VÉLEZ resolvió expresamente la cuestión en el sentido indicado en el texto, de acuerdo con las reglas anteriormente sentadas en el mismo Código (art. 3418 Ver Texto) y de acuerdo también con la opinión del citado autor francés.

(nota 30) BIBLIOGRAFÍA: ZAVALA RODRÍGUEZ, Posesión hereditaria y declaratoria de herederos, J.A., t. 47, p. 374; LEGÓN, La declaratoria de herederos y la desintegración de la comunidad hereditaria, J.A., t. 47, p. 943; FORNIELES, t. 1, núms. 175 y sigs.

(nota 31) C. Civil 1ª Cap., 1/5/1919, J.A., t. 3, p. 351.

(nota 32) C. Civil 1ª Cap., 5/9/1930, J.A., t. 34, p. 74.

(nota 33) C. Civil 1ª Cap., 4/6/1935, J.A., t. 50, p. 815; id., 21/12/1937, J.A., t. 60, p. 839; id., 17/12/1937, J.A., t. 61, p. 39; C. Apel. Mercedes, 30/4/1946, J.A., 1046-II, p. 279. En un caso se resolvió que tratándose de un menor de 11 años no cabía la citación por edictos, pues a esa edad no podía haber contraído obligaciones (18/11/1912, J.A., t. 7, p. 446). El fundamento del fallo resulta inadmisibles, pues es obvio que el menor puede haber heredado o contraído obligaciones. FORNIELES justifica el fallo desde el punto de vista de los coherederos diciendo que a esa edad no se ha podido engendrar y que en el caso se hallaba en trámite la sucesión de sus padres (lo que no surge del texto del fallo). Creo que si el fallo tiene una justificación posible ella es la inutilidad práctica de los edictos, razón que, desde luego, no se puede invocar solamente en el caso de menores.

(nota 34) C. Civil Cap., Jurisprudencia Civil, t. 103, p. 404; id., t. 123, p. 41; id., t. 132, p. 22. De acuerdo: FORNIELES, t. 1, n° 176. ZAVALA RODRÍGUEZ, nota en J.A., t. 47, p. 374, n° 23.

(nota 35) C. Civil 1ª Cap., 13/5/1931, J.A., t. 35, p. 912; C. Civil 2ª Cap., 10/12/1928, J.A. t. 28, p. 1064.

(nota 36) C. Civil Cap., Sala C, 11/12/1990, E.D. fallo n° 43.400; C. Civil 1ª Cap., 21/11/1935, J.A., t. 52, p. 447; C. Civil 2ª Cap., 30/4/1924, J.A. t. 12, p. 561; id., 11/5/1934, J.A., t. 46. p. 641. De acuerdo: FORNIELES, t. 1, n° 176. Incluso se ha decidido que la presentación en el expediente de personas que se dicen herederas sin justificar, no basta para diferir el auto de declaratoria (C. Civil 2ª Cap., 20/6/1923, J.A., t. 10, p. 813).

(nota 37) C. Civil 1ª Cap., 1/1/1933, J.A., t. 44, p. 528; id., 22/7/1935, J.A., t. 51, p. 125; C. Civil 2ª Cap., 19/8/1947, J.A., 1947-III, p. 202, etc.

(nota 38) Así lo hizo notar el Dr. COLMO en el fallo de la C. Civil 1ª Cap., 20/10/1926, J.A., t. 22, p. 885; De acuerdo: FORNIELES, t. 1, n° 176, quien cree conveniente dejar aclarado que el auto sólo alude a las cuestiones patrimoniales. LAFAILLE, en cambio, estima peligrosa dicha jurisprudencia y cree que no debería admitirse la declaratoria sobre la base del reconocimiento de los coherederos (t. 1, n° 326, nota 62).

(nota 39) C. Civil Cap., Sala A, 12/11/1964, causa 97.902; Sala D, 22/5/1963, L.L., t. 110, p. 776.

(nota 40) C. Civil Cap., Sala B, 18/12/1963, L.L., t. 114, p. 740.

(nota 41) En este sentido: FORNIELES, t. 1, n° 177; LAFAILLE, t. 1, n° 325; MAFFÍA, t. 1, § 405.

(nota 42) C. Civil Cap. Sala A, 21/10/1974, L.L., 1975-A, p. 556; Sala B, 23/10/1975, E.D., t. 66, p. 520; Sala F, 15/8/1980, L.L., 1980-D, p. 342; ZANNONI, t. 1, § 459; MAFFÍA, t. 1, n° 409; FORNIELES, t. 1, n° 177; LEGÓN, nota en J.A., t. 47, p. 943.

(nota 43) FORNIELES, loc. cit. en nota anterior. Véase en el sentido de que la declaratoria de herederos no hace cosa juzgada respecto de los coherederos que intervinieron en el juicio sucesorio: C. Civil 2ª Cap., 8/2/1921, J.A., t. 7, p. 178; Sup. Corte Bs. As., 21/6/1927, J.A., t. 25, p. 323; C. Paz Cap., Sala 1ª, 21/11/1963, J.A., 1964-IV, p. 319; C. Apel. 1ª La Plata, 14/8/1959, J.A., 1960-I, p. 561; C. Apel. Mercedes, 12/11/1954, J.A., 1965-III, p. 168; SPOTA, nota en J.A., 1956-III, p. 168; DE GÁSPERI, t. 1, n° 113.

(nota 44) FORNIELES, loc. cit.. en nota anterior.

(nota 45) C. Civil Cap., Sala B, 17/5/1961, causa 72.245 (inérita); Sala D, 27/7/1950, L.L., t. 60, p. 632; C. Civil 2ª Cap., 8/8/1921, J.A., t. 7, p. 178; C. Apel. La Plata,

16/12/1947, J.A., 1948-II, p. 210; C. Apel. Mercedes, 12/11/1954, J.A., 1956-III, p. 168; FORNIELES, t. 1, n° 177; LEGÓN, nota en J.A., t. 47, p. 943, n° 3; SPOTA, Declaratoria de herederos incompatible con otra anterior ¿procede dictar aquélla sin requerirse juicio ordinario? J.A., 1956-III, p. 168; ALSINA, Tratado de derecho procesal t. 3, p. 736; FERNÁNDEZ, Cód. de Procedimientos, nota al art. 695 Ver Texto .

(nota 46) FORNIELES, loc. cit. en nota anterior.

(nota 47) C. Civil Cap. Sala A, 15/9/1959, causa 58.946; id., 29/10/1958, causa 59.400.

1119/11020

II. ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA (ver nota 1)

1119/11030

§ 1.— Concepto y naturaleza jurídica

1119/463

463. CONCEPTO.— La petición de herencia es una acción por la cual el heredero reclama la entrega de los bienes que componen el acervo sucesorio, de quien los detenta invocando también derechos sucesorios. Es necesario, por consiguiente: 1) que los bienes del sucesorio se encuentren en poder de un tercero; 2) que el reclamante invoque para fundar la acción, su título de heredero; 3) que el detentador de los bienes también lo invoque; si, por ejemplo, adujera un derecho de propiedad no derivado de la sucesión del difunto, no es procedente la acción de petición de herencia, sino la de reivindicación (ver nota 2).

Estas dos acciones tienen un objetivo común: en ambas el actor pretende que se le reconozca el derecho de propiedad sobre determinados bienes. Pero en la petición de herencia, el demandante no está obligado a probar el dominio del causante sobre la cosa; se limita a demostrar su título hereditario. Basta con eso, pues el derecho que el detentador de las cosas pretende tener sobre ellas se funda también en su carácter de heredero. En otras palabras: mientras en la acción reivindicatoria la prueba del dominio es esencial, en la de petición de herencia lo único que debe probarse es el título de heredero.

1119/464

464.— Se la llama comúnmente acción universal porque tiende a la restitución de la universalidad de derechos y acciones que componen una herencia. Es un error derivado de la concepción del patrimonio como una universalidad de derecho; la crítica de este punto de vista fue hecha en otro lugar (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 737). En

verdad, lo que se reclama no es una abstracción, sino los objetos concretos que componen la herencia, fundándose la acción en una razón que es común a todos. Por eso dice FORNIELES que, si yo he vendido muchos objetos en un mismo acto y luego pretendo que ha mediado dolo o violencia, reclamo la restitución de todos ellos en conjunto y nadie podrá sostener que es una acción universal; lo mismo pasa con la petición de herencia (ver nota 3).

1119/465

465.— Por lo común es la consecuencia de otra acción previa tendiente a establecer el derecho hereditario; tal, por ejemplo, la acción de reconocimiento o de impugnación de un testamento, la acción tendiente a hacer declarar la indignidad o hacer efectiva la desheredación, etcétera. Se ha decidido, con razón, que todas ellas son acumulables (ver nota 4).

Si la determinación de quién es el herederos es sólo una cuestión de interpretación de cláusulas testamentarias, debe sustanciarse como incidente dentro del sucesorio sin necesidad de recurrir a una acción independiente de petición de herencia (ver nota 5).

1119/466

466. NATURALEZA JURÍDICA (ver nota 6).— Es clásica la controversia sobre este punto. ¿Se trata de una acción real, personal, mixta? Examinaremos las principales teorías sostenidas por los autores.

a) Es una acción real. Es la opinión que concita la mayor parte de los autores nacionales y extranjeros (ver nota 7) y a la cual, por nuestra parte, adherimos. Se funda en el hecho, a nuestro juicio decisivo, de que no se origina en un vínculo obligatorio respecto de persona determinada, sino que se da contra el detentador de los objetos hereditarios, quienquiera que sea.

b) Es una acción personal. Se sostiene que lo que persigue la acción es el reconocimiento del carácter de heredero; obtenido esto, la entrega de los bienes fluye como consecuencia lógica (ver nota 8). Pero, en verdad, lo que se persigue realmente son los bienes; y se los persigue de cualquiera que los detente a título de heredero.

c) Es una acción mixta. Se aduce que es personal, en cuanto tiene por objeto la declaración del carácter hereditario; y real, porque tiende a la restitución de los bienes (ver nota 9). En nuestro país, esta opinión choca con lo que expresa la nota del artículo 4023 Ver Texto , en el sentido de que el Código no reconoce acciones mixtas. Es claro que este no es un texto legal; pero con todo, los autores nacionales que se inclinan por esta solución han preferido soslayar la dificultad diciendo que se trata de un conglomerado de acciones reales y personales (ver nota 10), o que se participa del carácter de las acciones personales de estado mientras se trata de justificar la vocación, y de las reales, cuando se reclama la entrega de los bienes (ver nota 11).

Tales opiniones han merecido la aprobación de la mayor parte de los fallos que se han ocupado expresamente del tema (ver nota 12) A nosotros nos parece una idea complicada y confusa. Lo que en verdad se pretende, cuando se ejerce la acción, es obtener la entrega de los bienes que integran la herencia. Nadie lo intenta para obtener una declaración teórica, ni para que se lo declare heredero de quien nada tenía. Eso podía revestir interés en Roma, por razones de culto, pero no en nuestros días. El reconocimiento del carácter de heredero no es el fin de la acción, sino el medio para adquirir los bienes.

1119/467

467. JUEZ COMPETENTE.— Es competente para entender en la acción de petición de herencia el juez del sucesorio (art. 3284 Ver Texto).

Ha provocado dudas el caso de los sucesorios terminados y archivados. Pero, luego de algunas vacilaciones, la jurisprudencia se ha orientado, al parecer definitivamente, en el sentido de que siempre es competente el juez del sucesorio (ver nota 13), lo que nos parece acertado.

En el supuesto de que haya un solo heredero, la cuestión está controvertida (véase nº 55).

Si la acción de petición de herencia se ha acumulado a otra de carácter previo, tal como el reconocimiento de la filiación, la nulidad de testamento, etcétera, ésta debe tramitar también ante el sucesorio.

1119/11040

§ 2.— Sujetos activo y pasivo

1119/11050

A.— SUJETO ACTIVO

1119/468

468. QUIÉN PUEDE EJERCERLA.— La acción de petición de la herencia puede ser ejercida por todo el que invoque un derecho mejor o igual a la persona que se encuentre en posesión y goce de aquélla. En el primer caso, tendrá por objeto excluir totalmente al demandado; en el segundo, compartir con él la herencia.

Las razones en las cuales se puede fundar son numerosas; por ejemplo, el ser pariente de grado más próximo o igual; en la nulidad del testamento que instituyó heredero al demandado; en la circunstancia de haber aparecido un testamento en el que se instruye heredero al actor, etcétera.

En caso de inacción del heredero legítimo o testamentario, pueden ejercer la acción los parientes que se encuentran en grado sucesible; la circunstancia de que existan otros con mejor derecho que el accionante no puede alegarse por el demandado para pedir el rechazo de la acción (art. 3424 Ver Texto) (ver nota 14). La solución de la ley es lógica: frente al detentador de los bienes, se presenta quien tiene mejor derecho que él a la herencia, de tal modo que no hay razón para rechazarla. Quienes tengan a su vez mejor derecho que el actor, podrán reclamar más tarde de él; pero que no existan tales herederos no es motivo para que siga gozando de los bienes quien no tiene derecho a ellos. Esta solución es concordante con la que permite aceptar la herencia a los parientes de grado más lejano (véase nº 186).

Con tanta mayor razón puede ejercerla el coheredero, durante el estado de indivisión, por la totalidad de la herencia y no solamente por su cuota parte, puesto que como heredero, tiene vocación latente a toda la herencia (ver nota 15).

1119/469

469.— Tienen también la acción de petición de herencia: a) el cesionario de los derechos y acciones hereditaria (ver nota 16); b) los acreedores de uno de los herederos, por vía de acción subrogatoria (ver nota 17), siempre que la petición de herencia no esté subordinada al ejercicio previo o concomitante de una acción personalísima, como son las de reclamación o impugnación de estado (ver nota 18); c) el Estado, pues, aunque no es heredero, sucede universalmente en caso de vacancia (ver nota 19).

En cuanto al legatario, pensamos que hay que hacer una distinción: a) si es de cosa cierta, no debe reconocérsele esta acción, pues tiene abierta la reivindicatoria contra el poseedor (ver nota 20); b) en cambio, si es legado de cuota, pensamos que es procedente la petición (ver nota 21).

1119/11060

B.— SUJETO PASIVO

1119/470

470. CONTRA QUIÉN PUEDE DIRIGIRSE.— La acción de petición de herencia se da contra quien se encuentra ostentando el título de heredero y niega al accionante su carácter

de tal. Este concepto ha sido expresado en el artículo 3423 Ver Texto en términos que requieren una aclaración. Dice esta norma que la acción de petición de herencia se da contra un pariente del grado más remoto que ha entrado en posesión de ella por ausencia o inacción de los parientes más próximos; o bien, contra un pariente del mismo grado que rehúsa reconocerle la calidad de heredero o que pretende ser también llamado a la sucesión en concurrencia con él.

La primera parte del artículo es clara; pero hay que agregar que la acción, no sólo se da contra los parientes más remotos, sino también contra cualquier persona que, pariente o no, ostente el título de heredero; así, por ejemplo, podrá ocurrir que se dirigiera por un heredero testamentario no pariente contra un pariente o contra un extraño, también instituido heredero mediante un testamento que luego fue revocado por otro posterior (ver nota 22).

La segunda parte es evidentemente confusa. Se alude a la hipótesis de que un heredero se niegue a compartir con otro —que tiene derecho a una parte— la herencia de la cual está gozando. Pero la última frase parece decir que también se da contra quien simplemente pretende ser llamado a la herencia en concurrencia con el poseedor. Se trata de un evidente error de redacción. Es inconcebible que la acción se dé contra quien pretende derechos sobre la herencia, pero no está en posesión de ella; en tal caso no tendría sentido, puesto que no puede pedir la herencia quien la goza. Y si le molesta que alguien se jacte de tener iguales o mejores derechos sobre ella, tiene a su disposición la acción de jactancia. Se trata, como dijimos, de un error de redacción. VÉLEZ se sirvió como fuente de AUBRY y RAU, quienes después de afirmar que la acción se da contra un pariente de grado posterior, agregan: “o bien contra un pariente del mismo grado que, al tomar posesión exclusiva de la herencia, ha rehusado reconocer la calidad de heredero a aquel que se pretende llamado a esta última en concurrencia con él” (ver nota 23). Es decir, lo que en la segunda parte del artículo 3423 Ver Texto aparece como dos hipótesis distintas, resulta una sola en la fuente que, ella sí, es clara y coherente con el concepto de petición de herencia. Por tanto, se admite generalmente en nuestra doctrina que las palabras o que, contenidas en el texto legal, deben sustituirse por a quien, de tal modo que la segunda parte del artículo debe entenderse así: “o bien contra un pariente del mismo grado, que rehúsa reconocerle la calidad de heredero a quien pretende ser llamado también a la sucesión en concurrencia con él” (ver nota 24).

1119/471

471.— No es necesario que quienes detentan los bienes hayan sido declarados herederos. Basta que sostengan su derecho a la herencia, aunque todavía no haya habido pronunciamiento judicial. La ley habla, es cierto, de posesión de herencia (art. 3422 Ver Texto); y ésta se obtiene por la declaratoria o la aprobación del testamento; pero en este caso basta la simple detentación de los bienes y la pretensión de tener derechos hereditarios. Por eso el Código menciona en varias disposiciones (arts. 3424 Ver Texto , 3425 y 3426), no al poseedor, sino al tenedor de la herencia (ver nota 25). Por razones similares, el Estado, que se ha apropiado de una sucesión declarada vacante, también puede ser demandado. En rigor, lo que se necesita no es que el demandado pretenda ser heredero, sino que, como dicen PLANIOL y RIPERT, obre como sucesor universal y en tal carácter retenga la totalidad de la sucesión o alguna parte de los elementos que la componen (ver nota 26).

1119/472

472.— La acción de petición de herencia ¿puede dirigirse contra el simple poseedor de las cosas que integran el acervo sucesorio, a pesar de que no pretenda título hereditario? La cuestión ha surgido en nuestro derecho a causa de la equívoca redacción del artículo 3422 Ver Texto , según el cual el heredero tiene acción para que se le restituyan las cosas hereditarias, poseídas por otros como sucesores universales del difunto o de los que tengan de ellas la posesión.

Si las palabras de ellas se toman textualmente, hay que aceptar que la acción de petición de herencia se da, no sólo contra el que posee invocando un derecho sucesorio, sino también contra quien posee sin título alguno las cosas que forman parte de la herencia.

Algunos autores sostienen esta interpretación aferrada a la letra, que cuenta con antecedentes en el derecho romano. Allá la acción se acordaba, no sólo contra el que poseía a título de heredero, sino contra quien lo hacía sin título alguno, juzgándose que la situación de éste no merece mayor protección de quien invoca un título (ver nota 27).

Pero tal punto de vista nos parece inadmisibles. La mayor parte de los autores nacionales está de acuerdo en que el Código ha sufrido un error de copia y que, donde dice ellas debe leerse ellos, con lo cual el texto aludiría a las personas que reciben la posesión de los sucesores universales. Las razones que se oponen a admitir la acción de petición de herencia contra el simple poseedor son decisivas: a) En primer lugar, ésta no representa ningún obstáculo para la vocación del heredero e, inclusive, es posible que la admita; posee porque posee y en virtud de ello retiene los bienes, ya que no está obligado a producir prueba alguna de su posesión (art. 2363 Ver Texto). Mal puede, por tanto, acordarse la petición de herencia contra quien no alega título alguno respecto de ella y sólo trata de conservarse en la posesión material de los objetos que la componen. b) En segundo término, la solución que propugnamos es la que se conforma mejor con la naturaleza de la acción y la solución de las fuentes (ver nota 28). Pero si el que posee sin invocar título alguno niega al heredero su carácter de tal y fundado en esa negativa pretende mantenerse en el goce de la posesión, entonces procede la acción desde que se ha cuestionado el título, y la vía para demostrarlo es precisamente ésta (ver nota 29).

1119/11070

§ 3.— Efectos de la acción

1119/11080

A.— PRINCIPIO GENERAL

1119/473

473. RESTITUCIÓN DE LA HERENCIA.— El objeto de la acción de petición de herencia es la restitución de los bienes que la componen. Triunfante el actor, deben serle entregados todos los bienes con sus accesiones y mejoras, aunque tengan origen en el hecho del poseedor (art. 3425 Ver Texto). Quedan comprendidas, no sólo aquellas cosas que el difunto poseía a título de dueño, sino las que detentaba en cualquier otro carácter: simple poseedor, comodatario, acreedor prendario, depositario, etcétera (art. 3422 Ver Texto); los derechos y acciones, créditos, etcétera.

Si el poseedor hubiere vendido la cosa, debe restituir su precio (ver nota 30); pero si era de mala fe y se prueba que la cosa valía más, debe pagar lo que, según dictamen de peritos, sea el verdadero precio (ver nota 31).

Los productos deben ser devueltos siempre, cualquiera sea el carácter de la posesión (arts. 3427 Ver Texto y 2444 Ver Texto) (ver nota 32).

En cuanto a los frutos, mejoras y responsabilidades, véase número 478.

Finalmente, cabe agregar que el heredero aparente podrá negarse a entregar los bienes en los casos en que legítimamente puede ejercer su derecho de retención (arts. 3939 Ver Texto y sigs.).

1119/474

474. MEDIDAS PRECAUTORIAS (ver nota 33).— El Código de Procedimientos de la Capital no había previsto la hipótesis de la acción de petición de herencia, en lo que atañe a medidas precautorias; sin embargo, una jurisprudencia firme resolvió que era aplicable analógicamente al caso la disposición que autoriza el embargo preventivo tratándose de la acción reivindicatoria (ver nota 34). La solución era evidentemente acertada, pues la similitud entre ambas acciones es notoria y porque en ambos casos existe el peligro de que, durante el pleito, el demandado haga desaparecer los bienes reclamados. No ha sido de extrañar, por lo tanto, que el nuevo Código Procesal disponga expresamente que podrán pedir embargo preventivo las personas que hayan de demandar por petición de herencia o nulidad de testamento (art. 210 Ver Texto , inc. 4º).

Para obtener el embargo es necesario acreditar la verosimilitud de la pretensión deducida, presentando documentos que la demuestren (art. 210 Ver Texto , inc. 4º, in fine). Así lo había decidido también la jurisprudencia (ver nota 35), para evitar que una demanda maliciosa, o una aventura judicial, puedan trabar por largo tiempo al heredero en la libre disposición de sus bienes.

Si no bastara con el embargo preventivo, el actor podrá pedir la inhibición; puede asimismo, solicitar la anotación de la litis (arts. 228 Ver Texto y 229, Cód. Procesal).

El embargo debe limitarse a salvaguardar el derecho del peticionante; haciendo aplicación de este criterio se ha decidido que debe reducirse a la porción de herencia que corresponda al actor (ver nota 36). Pueden presentarse dificultades prácticas si por ejemplo, el único bien del sucesorio es un inmueble; en tal caso, aunque los pretendidos derechos del actor se limiten a una parte, la regla no podrá ser otra que admitir el embargo sobre todo el bien. En un caso en que la porción pretendida era muy reducida (2/25 partes del total) y en que parecía excesivo mantener el embargo sobre la totalidad, se arbitró la solución de intimar a los demandados a que ofrecieran bienes propios suficientes para cubrir esa porción (ver nota 37).

El embargo ¿debe cubrir también los frutos de la cosa? El punto está controvertido; nosotros concordamos con quienes sostienen la opinión afirmativa, pues en caso de que se justificara que el poseedor es de mala fe, estaría obligado a devolverlo (ver nota 38).

1119/11090

B.— POSESIÓN DE BUENA O MALA FE

1119/475

475. CONCEPTO DE BUENA FE.— Según el artículo 3428 Ver Texto el poseedor de la herencia es de buena fe cuando por error de hecho o de derecho se cree legítimo propietario de la sucesión cuya posesión tiene. El Código se aparta aquí de la solución establecida para la posesión en general, que sólo puede ser calificada de buena fe cuando media error de hecho, estando en cambio expresamente excluido el de derecho (arts. 2356 Ver Texto y 4007 Ver Texto).

Debe tratarse de un error excusable. La norma del artículo 929 Ver Texto , aunque referida al error como vicio de los actos jurídicos, es de estricta aplicación al caso que tratamos. Esta excusabilidad del error es especialmente importante en lo que atañe al error de derecho. Así, por ejemplo, no sería admisible que un primo hermano del causante adujera que creía, por ignorancia de la ley, tener mejores derechos a la herencia que un sobrino; que un hermano alegara que creía tener mejores derechos que un hijo, etcétera. Pero si el heredero instituido en un testamento público hubiera entrado en posesión de la herencia y más tarde se declara la nulidad del testamento por un defecto formal (por ej. falta del número de testigos exigidos por la ley), puede muy bien ser considerado como poseedor de buena fe, no obstante que su creencia de ser legítimo heredero se basa en un error de derecho.

Según MESSINEO, para que haya error excusable, debe mediar una creencia razonable de tener un título idóneo de heredero (ver nota 39). Así por ejemplo, si se es pariente en grado sucesible y se ignora la existencia de otros más próximos o de un testamento que instituye heredero; si el poseedor ha sido designado heredero en un testamento que resulta revocado por otro posterior, o que luego se declara nulo, por razones formales o de fondo, tal como la

insania del testador y siempre que no se probase que el poseedor tenía conocimiento de esa causal de nulidad.

1119/476

476.— El concepto expresado en la primera parte del artículo 3428 Ver Texto está completado con una disposición muy importante y acertada, contenida en el segundo párrafo: los parientes más lejanos que toman posesión de la herencia por la inacción de un pariente más próximo, no son de mala fe, por tener conocimiento de que la sucesión está deferida a éste último; pero son de mala fe cuando conociendo la existencia del pariente más próximo, saben que no se ha presentado a recoger la sucesión porque ignoraba que le fuese deferida.

El mero conocimiento de que existe un heredero con igual o mejor derecho no supone mala fe, solución lógica y coherente con el sistema que permite aceptar la herencia al heredero de grado más lejano (véase nº 186), pues hay un interés social en que los bienes no permanezcan improductivos; de tal modo que si el heredero con mejor derecho permanece inactivo, es justo autorizar al más lejano a que tome la herencia; y no sería admisible que esta conducta, que la ley favorece, fuera castigada imponiendo al poseedor las responsabilidades y efectos propios de la mala fe.

Pero la solución debe ser distinta si el poseedor sabía que el heredero más próximo no se había presentado por ignorancia de que la sucesión le había sido deferida. Lo que la ley quiere es juego limpio. Si el que aspira a la herencia sabe que hay otro pariente más próximo que ignora la apertura de la sucesión, debe hacérselo saber pero si a pesar de haber sido informado, el que tiene mejor derecho se mantiene inactivo, entonces el otro puede tomar la posesión de la herencia, sin incurrir en la calificación de mala fe.

A los efectos de poner en conocimiento del heredero más próximo la apertura de la sucesión, no basta con la publicación de edictos, que nadie lee. La notificación debe ser personal, pues de lo contrario no queda excluida la mala fe (ver nota 40). Pero no es indispensable una notificación judicial; basta que el interesado pruebe de una manera fehaciente que ha puesto en conocimiento del heredero la apertura de la sucesión.

Bien entendido que lo que interesa es la ignorancia por el heredero omitido que la sucesión le ha sido deferida, es decir, que el causante ha fallecido. No importa, en cambio, que conozca o ignore la iniciación del juicio sucesorio, porque un heredero diligente puede averiguarlo fácilmente, si conoce el deceso (ver nota 41).

¿Qué solución se aplicará al caso de que el heredero más próximo esté ausente? Desde luego, si se conoce su paradero habrá que notificarlo. Más compleja es la situación si se lo ignora. Pensamos que, en tal caso, debe nombrarse un curador a los bienes, como prescribe la ley 14394 (arts. 14 y sigs., véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 1, núms. 253 y sigs.); si el pariente más lejano entra en posesión de la herencia omitiendo pedir la designación del curador, debe, a nuestro juicio, ser considerado como poseedor de mala fe, pues él sabe que el heredero no se ha presentado por ignorar la apertura de la sucesión.

Aunque el Código sólo alude a la hipótesis de la ignorancia del heredero, es obvio que también hay mala fe cuando el poseedor sabe que aquél no se ha presentado por el dolo o la violencia ejercida contra él (ver nota 42).

Nuestros tribunales han decidido que desde el momento de la presentación de una demanda reclamando derechos hereditarios, cesa la buena fe (ver nota 43); que el Fisco que reclama una herencia vacante no es poseedor de mala fe y, por tanto, no está obligado a devolver los frutos percibidos a los herederos que se presentaren después (ver nota 44).

1119/477

477. PRUEBA DE LA BUENA FE.— Al poseedor que alega buena fe le basta con probar la existencia del título en virtud del cual se creía heredero. Es suficiente con ello, pues la buena fe se presume. Es el que alega su mala fe quien debe probar que el poseedor sabía que el título era viciado (ver nota 45).

1119/478

478. CONSECUENCIAS DE LA BUENA O MALA FE: REMISIÓN.— El Código aplica al poseedor de la herencia, vencido en la acción de petición, las mismas soluciones que al poseedor de buena y mala fe en general. En el artículo 3426 Ver Texto repite normas contenidas en los artículos 2431 Ver Texto y 2435 Ver Texto ; el artículo 3427 Ver Texto remite a lo dispuesto acerca de la posesión de cosas en general, en lo que atañe a los frutos y mejoras de la herencia. Es, pues, en el Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales donde debe tratarse esta materia; y por ello nos limitamos a recordar las reglas básicas: a) el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos, no así el de mala fe, que está obligado a devolverlos y que incluso responde por los que por su culpa se hayan dejado de percibir (arts. 2423 Ver Texto y 2438 Ver Texto); en cambio los productos deben ser devueltos siempre al heredero, cualquiera sea el carácter de la posesión (art. 2444 Ver Texto); b) el poseedor de buena fe tiene derecho a que le sean pagados los gastos necesarios o útiles, o puede retener la cosa hasta que le sean abonados (arts. 2427 Ver Texto y 2428); el de mala fe tiene idéntico derecho únicamente en cuanto a los gastos necesarios (art. 2440 Ver Texto); los útiles sólo puede repetirlos si han aumentado el valor de la cosa y hasta la concurrencia de ese mayor valor (art. 2441 Ver Texto); c) el tenedor de buena fe de la herencia no debe ninguna indemnización por la pérdida o por el deterioro que hubiese causado a las cosas hereditarias, a menos que se hubiera aprovechado de dicho deterioro; y en tal caso sólo debe el provecho que hubiera obtenido. El tenedor de mala fe está obligado a pagar todo daño que hubiera causado por su hecho. Está también obligado a responder de la pérdida o deterioro de los objetos hereditarios ocurridos por caso fortuito, a no ser que hubiesen igualmente tenido lugar si esos objetos se hubieran encontrado en poder del heredero (art. 3426 Ver Texto).

1119/11100

§ 4.— Prescripción

1119/479

479. LA CUESTIÓN.— Nuestro Código ha omitido aludir a la prescripción de la acción de petición de herencia. Ante ese silencio, cabe preguntarse, en primer término, si se trata de una prescripción adquisitiva o liberatoria. La respuesta depende de la interpretación del artículo 3313 Ver Texto , que fija un plazo de veinte años para aceptar o repudiar la herencia. Nosotros hemos aceptado, de acuerdo con la jurisprudencia, el siguiente criterio: si nadie ha poseído los bienes a título de heredero el transcurso de los veinte años importa la aceptación; pero si un tercero los ha estado poseyendo a ese título, el vencimiento del plazo importa renuncia (véase nº 193).

En concordancia con ese punto de vista, debemos distinguir dos supuestos en lo que atañe a la prescripción: a) Si alguien ha poseído los bienes a título de heredero, la acción de petición de herencia caduca a los veinte años (ver nota 46); b) si durante esos veinte años nadie ha poseído a título hereditario, el heredero se considera aceptante; por tanto, el que entrara a poseer los bienes, sólo podría adquirirlos por usucapión. Igual solución debe aplicarse al caso de que el heredero, antes del vencimiento de los veinte años del artículo 3313 Ver Texto , haya aceptado expresa o tácitamente la herencia; en ambos supuestos los bienes se han incorporado definitivamente al patrimonio del heredero, de modo que nadie podría adquirirlos sino por usucapión (ver nota 47).

1119/480

480.— Algunos autores postulan la necesidad de formular una distinción en la hipótesis que hemos señalado en el párrafo anterior con la letra a). Si el poseedor tiene una vocación virtual a la herencia (por ej., si es pariente de grado posterior), se aplica la solución allí indicada, es decir, caduca la acción del heredero por transcurso de veinte años; pero si no tenía ningún título (por ej., si se trata de un heredero instituido en un testamento anulado o revocado), entonces no puede adquirir la herencia por prescripción; el poseedor sólo podría adquirir por prescripción los objetos individuales que la componen (ver nota 48).

Estamos en desacuerdo con esta opinión, fundada a nuestro juicio, en un error de planteo. La razón por la cual el poseedor puede paralizar la acción del heredero no es la de que él haya adquirido la herencia por prescripción, sino la de que ha caducado aquélla. Esta caducidad se funda en la inacción del heredero frente a la conducta de quien se ha apoderado de la herencia y pretende derechos sucesorios; su indiferencia, su falta de interés en hacer valer su mejor título, es lo que se pena con la caducidad. La prueba de que no hay problema de prescripción adquisitiva de la acción de petición de herencia, es que no interesa el tiempo que el poseedor la haya detentado.

481.— Pero si la sucesión ha sido declarada vacante, como el Fisco posee los bienes a título hereditario, el transcurso de los veinte años obliga a considerar al heredero como aceptante;

por ende, el Fisco sólo adquiere los bienes por prescripción adquisitiva de veinte años, término que empieza a correr desde la declaración de vacancia (ver nota 49).

1119/482

482.— Si el demandado es heredero, pero debe compartir la herencia con el actor (y éste ha aceptado en el plazo del art. 3313 Ver Texto), la acción se califica como de partición, que prescribe a los veinte años (art. 4020 Ver Texto). En tal caso, el plazo corre desde que los demandados han intervertido su título (ver nota 50).

1119/483

483.— Si se trata de una herencia poseída por un indigno, la acción de los que pretenden excluirlo prescribe a los tres años, pues, pasado ese término, la indignidad queda purgada (art. 3298 Ver Texto). Los tres años se contarán con respecto a los ascendientes, descendientes y cónyuge, desde el día de la muerte del causante, y respecto a los demás, desde el día de la declaratoria de herederos, pues esas son las fechas en que empiezan a poseer la herencia (arts. 3410 Ver Texto y 3412 Ver Texto) (ver nota 51).

1119/11110

§ 5.— Acción posesoria hereditaria

1119/484

484. INOPERANCIA DE LA DISPOSICIÓN LEGAL.— El artículo 3421 Ver Texto atribuye al heredero, además de la acción de petición de herencia, una acción posesoria para ser mantenido o reintegrado en la posesión de la herencia.

Este texto es una de las expresiones más notorias de la confusión de ideas imperante en torno a la posesión hereditaria. Dejándose llevar por la fuerza de las palabras, el codificador creó, al lado de la acción petitoria (equivalente a la reivindicatoria), una acción posesoria (equivalente a las posesorias comunes), entendiendo que en la primera estaba sólo en juego el título a la herencia y en la segunda la posesión de ella. Pero en que la posesión hereditaria es precisamente el título, la investidura (ver nota 52). No se la puede turbar sin cuestionar el derecho hereditario en sí mismo. Y ésta es, precisamente, la esfera de acción de la petición de herencia.

Si lo que está en juego no es el título de heredero, sino la posesión material de los bienes, entonces el heredero tiene a su disposición las acciones posesorias comunes, que también le reconoce el artículo 3421 Ver Texto en su último apartado. Pero esto nada tiene que ver con

la herencia; el conflicto se plantea en torno a la posesión material de objetos individuales. Esto es interdicto, o acción posesoria común, no acción posesoria hereditaria.

La confusión se hace más notoria si se analizan las palabras del texto legal. Dice que la acción se da para ser mantenido o reintegrado en la posesión de la herencia. Es obvio que VÉLEZ ha pensado en la turbación material de ella. Pero la posesión hereditaria —que es una investidura— no puede turbarse por vías de hecho, sino por vías jurídicas: hay que cuestionar el título, es decir, hay que peticionar la herencia.

Va de suyo que este texto jamás ha tenido aplicación práctica, ni puede tenerla (ver nota 53).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: QUINTEROS, Petición de herencia, Buenos Aires, 1950; ZANNONI, t. 1; PÉREZ LASALA, t. 1; MAFFÍA, t. 1; GOYENA COPELLO, t. 3; FORNIELES, t. 1, núms. 182 y sigs.; LAFAILLE, t. 1, núms. 336 y sigs.; RÉBORA, t. 1, núms. 142 y sigs.; GATTI, Petición de herencia, en Estudios en memoria de Irureta Goyena, Montevideo 1955; SERESIA, De la pétition d' hérédité, Bruselas, 1873; COLIN-CAPITANT - JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, núms. 1100 y sigs.; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 1, núms. 881 y sigs.; PLANIOL y RIPERT, ed. La Habana, t. 4, núms. 326 y sigs.; MESSINEO, t. 7, § 207; POLACCO, ed. Buenos Aires, t. 2, p. 139 y sigs.

(nota 2) COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1102; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 1, n° 882; AUBRY y RAU, t. 6, § 616.

(nota 3) FORNIELES, t. 1, n° 185; de acuerdo: BINDER, Derecho de sucesiones, p. 279.

(nota 4) C. Civil 1ª Cap., 22/2/1932, J.A., t. 37, p. 672; FORNIELES, t. 1, n° 186; LAFAILLE, t. 1, n° 342.

(nota 5) C. Civil Cap. Sala B, 18/9/1970, L.L., t. 140, p. 182, con nota de ZANNONI.

(nota 6) BIBLIOGRAFÍA: Además de la general, citada en nota 780, véase: WASSERZUG, La petición de herencia es acción real, J.A., t. 27, p. 781; PILLET, Essai sur la nature de la petition d'hérédité en droit francais. Revue critique, t. 13, año 1884.

(nota 7) C. Civil Cap. Sala A, 11/9/1957, L.L., 90, p. 173; LLERENA, t. 6, p. 209; MACHADO, t. 8, p. 638, nota; FORNIELES, t. 1, n° 188; RÉBORA, t. 1, n° 142; SEGOVIA, t. 1, p. 462, nota 39; WASSERZUG, nota en J.A., t. 27, p. 781; AUBRY y RAU, t. 6, § 616, texto y nota 2; BONNECASSE, t. 3, n° 665; PLANIOL-RIPERT, ed. La Habana, t. 4, n° 328; JOSSERAND, t. 3, vol. 2, n° 1013; RICCI, t. 4, n° 27; MESSINEO, t. 7, § 297, n° 3.

(nota 8) En este sentido: C.S.N., 15/9/1967, E.D., t. 21, p. 1; Sup. Trib. Santa Fe, 12/4/1946, L.L., t. 42, p. 515.

(nota 9) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 1, n° 884; SERESIA, De la pétition d'hérité en droit moderne, Bruselas, 1973, p. 66, nota 1. ZANNONI sostiene que se trata de una acción típica del derecho sucesorio, que no se puede asimilar a ninguna de las categorías clásicas(real o mixta), t. 1, § 448.

(nota 10) LAFAILLE, t. 1, n° 344.

(nota 11) PRAYONES, p. 144.

(nota 12) C. Civil 1ª Cap., 4/5/1939, L.L., t.14, p. 947; id., 10/11/1939, L.L., t. 16, p. 1131; id., 18/6/1943, L.L., t. 31, p. 182; S.C.B.A., 22/4/1952, L.L., t. 66, p. 587; Sup. Trib. La Rioja, 19/6/1950, J.A., 1951-I, p. 274; C. Apel. Córdoba, 15/11/1938, L.L., t. 12, p. 1088, Algunos fallos, empero, la llaman personal (C.S.N., 15/9/1967,E.D., t. 21, p. 1; Sup. Trib. Santa Fe, 12/4/1946, L.L., t. 42, p. 575) y alguno la califica como real (C. Civil 2ª Cap., 10/8/1938, J.A. t. 28, p. 123).

(nota 13) La jurisprudencia de la C. Civil 1ª Cap., fue siempre constante en este sentido: 2/6/1926, J.A., t. 20, p. 683; 23/12/1932, J.A., t. 40, p. 473; 11/4/1945, J.A., 1945-II. En cambio, la C. Civil 2ª Cap. ha mantenido una jurisprudencia vacilante, pero finalmente ha aceptado la solución que indicamos en el texto; en el sentido de que la acción debe intentarse ante el juez del domicilio del heredero demandado: 8/10/1930, G.F., t. 89, p. 306; 25/11/1935, L.L., t. 1, p. 19; en el sentido de que debe intentarse ante el juez del sucesorio, los primeros y los últimos fallos del mismo tribunal: 4/12/1922, J.A., t. 9, p. 897; 23/12/1932, J.A., t. 40, p. 473; 14/3/1938, J.A., t. 61, p. 693 y L.L., t. 9, p. 890; 25/5/1947, J.A., 1947-II, p. 319.

(nota 14) En un caso, sin embargo, se resolvió que para que el heredero más lejano pueda ejercer la acción, debe interpelar previamente al más próximo (C. Fed., Bahía Blanca, 21/9/1939, L.L., t. 19, p. 434), lo que nos parece francamente contrario al art. 3424. De acuerdo con nuestra tesis, C. Civil 2ª Cap., 30/4/1924, J.A., t. 12, p. 561.

(nota 15) KIPP, t. 1, § 66, II; BINDER, Derecho de sucesiones, p. 272, nota; ROCA SASTRE, notas a KIPP, p. 378; GATTI, Petición de herencia, en Estudios en memoria de Irureta Goyena, n° 57 (aunque con reservas.

(nota 16) Sup. Trib. Entre Ríos, 27/5/1945, J.A., 1945-IV, p. 790; RÉBORA, t. 1, n° 143; QUINTEROS, Petición de herencia, p. 51; ZANNONI, t. 1, § 469; MAFFÍA, t. 1, n° 415; GATTI, Petición de herencia, en Estudios en memoria de Irureta Goyena, n° 61; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. I, n° 890; SOMARRIVA UNDURRAGA, Indivisión y partición, t. 1, n° 122.

(nota 17) ZANNONI, t. 1, § 439; MAFFÍA, t. 1, n° 415; DE RUGGIERO, Instituciones, t. 2, vol. 2, p. 358; BETTI, Sucesiones, p. 390.

(nota 18) GATTI, Petición de herencia, en Estudios en memoria de Irureta Goyena, n° 62.

(nota 19) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 1, n° 890; AUBRY y RAU, t. 6, § 639, nota 23.

(nota 20) GATTI, Petición de herencia, en Estudios en memoria de Irureta Goyena, n° 63.

(nota 21) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala D, 23/12/1957, L.L., t. 91, p. 392 y J.A., 1958-II, p. 527; ZANNONI, t. 1, § 439; MAFFÍA, t. 1, n° 415.

(nota 22) De acuerdo: ZANNONI, t. 1, § 436.

(nota 23) AUBRY y RAU, t. 6, § 616.

(nota 24) De acuerdo: SEGOVIA, t. 2, p. 466, nota 49; MACHADO, t. 8, p. 648, nota: RÉBORA, t. 1, n° 144, p. 242, nota 2; MAFFÍA, t. 1, n° 415. Véase sin embargo, QUINTEROS, Petición de herencia, n° 23.

(nota 25) De acuerdo: LAFAILLE, t. 1, n° 350.

(nota 26) PLANIOL y RIPERT, t. 4, n° 333.

(nota 27) En este sentido: FORNIELES, t. 1, n° 187; SPOTA, prefacio a Petición de herencia, de QUINTEROS, p. 11; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 673; ver también BIBILONI, nota al art. 3010. Es la solución imperante en Italia (véase MESSINEO, t. 7, § 207, n° 6) y en España (véase jurisprudencia citada por ROCA SASTRE, adiciones a KIPP, Sucesiones, t. 1, p. 378). En Alemania la solución es dudosa (op. cit., t. 1, § 66). En Francia impera la solución que sostenemos en el texto (COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1102; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 1, n° 882; AUBRY y RAU, t. 6 § 616).

(nota 28) Las fuentes fueron (aunque VÉLEZ cite a ZACHARIAE en la nota), el Código de Chile, art. 1264 y AUBRY y RAU, t. 6, § 616. De acuerdo con la tesis sustentada en el texto: C. Civil Cap., Sala B, 9/6/ 1961, causa 64.486, Doc. Jud. del 7/7/1961; QUINTEROS, La petición de herencia, n° 25; POVIÑA, El sujeto pasivo de la petición de herencia, J.A., 1956-III, sec. doc. p. 83; LAFAILLE, t. 1, n° 346; SEGOVIA, t. 2, p. 465, nota 44; MACHADO, t. 8, p. 644, nota; ZANNONI, t. 1, § 444; MAFFÍA, t. 1, n° 417; FERRER, Cuestiones de derecho civil, p. 363; GATTI, Petición de herencia, n° 69. Ver dictamen del Fiscal, Dr. Maturana en C. Civil 1ª Cap., 1/12/1947, L.L., t. 49, p. 935.

(nota 29) BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 1, n° 894; PLANIOL y RIPERT, t. 4, n° 333; HUC, t. 5, n° 261.

(nota 30) C. Civil 1ª Cap., 6/12/1937, G. F., t. 133, p. 136; FORNIELES, t. 1, n° 193; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 1, n° 923; PLANIOL y RIPERT, t. 4, n° 337.

(nota 31) FORNIELES, t. 1, n° 193; ver también MACHADO, t. 8, p. 655, nota.

(nota 32) QUINTEROS, Petición de herencia, n°49.

(nota 33) Además de la bibliografía general citada en nota 780, véase DÍAZ DE GUIJARRO, El embargo preventivo en la acción de petición de herencia, J.A., t. 74 p. 619.

(nota 34) C. Civil 1ª Cap. 13/10/1932, J.A., t. 39, p. 732; id., 10/10/1938, J.A., t. 54, p. 114; C. Civil 2ª Cap., 15/9/1930, J.A., t. 34, p. 177; 7/4/1933, J.A., t. 41, p. 758; id., 9/5/1947, J.A., 1947-II, p. 298. La doctrina nacional es también unánime sobre la procedencia de la medida.

(nota 35) C. Civil 1ª Cap., 22/4/1941, J.A., t. 74, p. 619; id., 18/4/1947, J.A., 1947-II, p. 479; C. Civil 2ª Cap., 9/5/1947, J.A., 1947-II, p. 298; 4/9/1950, G. F., t. 200, p. 312. De acuerdo: LAFAILLE, t. 1, n° 356; DÍAZ DE GUIJARRO, nota en J.A., t. 74, p. 619.

(nota 36) C. Civil 2ª Cap., 9/5/1947, J.A., 1947-II, p. 298.

(nota 37) Juzgado Civil n° 4, 1ª Instancia Cap., 2/10/1956, in re “Cánepa c/ Cánepa” (inédito).

(nota 38) Por la afirmativa: C. Civil 1ª Cap., 23/7/1941, J.A., t. 75, p. 524; Sup. Trib. Santa Fe, Rep. L.L., t. 9, p. 471, n° 17; QUINTEROS, Petición de herencia, n° 56; DÍAZ DE GUIJARRO, nota en J.A., t. 74, p. 619. En contra: C. Civil 1ª Cap., 5/12/1940, J.A., t. 72, p. 882; 5/4/1940, L.L., t. 18, p. 400; C. Civil 2ª Cap., 15/4/1947, J.A., 1947-II, p. 61; 2/10/1941, L.L., t. 24, p. 378.

(nota 39) MESSINEO, t. 7, § 207, n° 6. De acuerdo: MAFFÍA, t. 1, n° 420. El Código uruguayo dice con precisión: “Se llama poseedor de buena fe, el que lo es en virtud de un título traslativo de dominio cuyos vicios ignora” (art. 693).

(nota 40) C. 2ª Apel. La Plata, 15/3/1938, L.L., t. 10, p. 95; LLERENA, t. 6, p. 234; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 676.

(nota 41) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 1, n° 676. Sin embargo, un fallo de la C. Civil Cap., Sala E, ha resuelto que la posesión de la herencia debe calificarse de mala fe cuando los herederos, a pesar de conocer el domicilio del coheredero omitido no demuestran haber realizado gestiones para que el coheredero omitido interviniera en la sucesión; esa calificación se desvirtúa por la circunstancia de que éste tuviera conocimiento del deceso, puesto que estuvo en el sepelio (7/11/1961, E.D., t. 2, p. 811). Esta decisión contraría, nos parece, el texto claro del art. 3428 Ver Texto, conforme con el cual la ignorancia del deceso por el heredero omitido es condición inexcusable para que la posesión de otros coherederos pueda calificarse de mala fe. Esta ha sido hasta hoy jurisprudencia invariable: C. Civil 1ª Cap., 10/12/1947, J.A., 1948-I, p. 66; 1ª Instancia Cap., L.L., t. 93, p. 308; C. Civil 1ª La Plata, 28/10/1947, J.A., 1947-IV, p. 831; id., 28/4/1958, D.J.B.A. t. 55, p. 326 (en este último caso basta para excluir la calificación de mala fe la circunstancia de que el heredero omitido no pudiera alegar al presentarse su ignorancia de que la sucesión le había sido deferida).

(nota 42) De acuerdo: QUINTEROS, Petición de herencia, n° 46; SEGOVIA, t. 2, p. 467, nota 59; en contra: MACHADO, t. 8, p. 649, nota.

(nota 43) C. Civil 2ª Cap., 4/5/1918, J.A., t. 1, p. 684.

(nota 44) C. Civil 2ª Cap., 18/2/1938, J.A., t. 61, p. 460.

(nota 45) Véase, sin embargo, la opinión no muy clara de GATTI, Petición de herencia, n° 91.

(nota 46) C. Civil Cap., Sala A, 11/9/1957, L.L., t. 90, p. 173; C. Civil 1ª Cap. 25/4/1941, L.L., t. 22, p. 490; id., 18/6/1943, J.A., 1943-II, p. 898 y L.L., t. 31, p. 182; C. Civil 2ª Cap., 28/12/1938, J.A., t. 64, p. 1033 y L.L., t. 14, p. 151; C. Apel. Rosario en pleno, 5/12/1947, L.L., t. 49, p. 379; QUINTEROS, Petición de herencia, n° 71, RÉBORA, t. 1, n° 146; AUBRY y RAU, t. 6, § 610 nota 8.

(nota 47) De acuerdo: QUINTEROS, Petición de herencia, n° 71, d).

(nota 48) Así lo sostienen RÉBORA, t. 1, n° 146, y QUINTEROS, Petición de herencia, n° 71, b).

(nota 49) C. Civil 1ª Cap., 13/11/1945, J.A., 1946-I, p. 540 y L.L., t. 40, p. 815; QUINTEROS, Petición de herencia, n° 71 c).

(nota 50) C. Civil 1ª Cap., 18/6/1943, L.L., t. 31, p. 182; juez Dr. Quiroga Olmos, 30/7/1959, L.L., t. 98, p. 308; QUINTEROS, Petición de herencia, n° 71 d).

(nota 51) QUINTEROS Petición de herencia, n° 72; RÉBORA, t. 1, n° 146; LAFAILLE, t. 1, n° 112. Comp.: ZANNONI, t. 1, § 450.

(nota 52) De acuerdo con todo este párrafo, ZANNONI t. 1, § 452.

(nota 53) De acuerdo: FORNIELES, t. 1, n° 183. Algunos autores citan, sin mayor convicción, algunos ejemplos en que la acción podría ser promovida (LLERENA, t. 6, p. 216; RÉBORA, t. 1, n° 148). Pero esos ejemplos sólo revelan falta de claridad de ideas sobre el tema; pues, o se discute la posesión hereditaria, es decir, el derecho a la herencia, en cuyo caso la acción típica es la petición de herencia o se discute la posesión material de los objetos individuales en cuyo caso proceden las acciones posesorias comunes. No hay otra alternativa. Véase, sin embargo, el importante estudio de FASSI, Trámite de la declaratoria de herederos. Acciones posesorias y petitorias en materia hereditaria, L.L., t. 143, p. 1247. El autor impugna nuestra opinión y sostiene que la acción posesoria hereditaria es la petición de la declaratoria de herederos. Pero si la declaratoria no es más que la posesión hereditaria, ¿cómo se explica que confiera título a la herencia y a los bienes? Por que basta inscribir la declaratoria en el Registro de la Propiedad para ostentar un título perfecto. Por consiguiente, no es sólo la posesión hereditaria lo que está en juego en la declaratoria de herederos, sino el título.

1119/11120

III. EL HEREDERO APARENTE (ver nota 1)

1119/485

485. EL PROBLEMA DEL HEREDERO APARENTE.— Se llama heredero aparente a quien se encuentra en posesión de la herencia y por haber obtenido declaratoria de herederos a su favor o la aprobación de un testamento, actúa como heredero real. Luego los hechos demostrarán que no lo es, que no tenía título para suceder al causante: será vencido en la acción de petición de herencia o quizá, sin necesidad de pleito, hará entrega de los bienes cuando otra persona le demuestre su mejor derecho a la sucesión. El problema creado entre ambos herederos —el aparente y el real— ha sido estudiado al tratar la acción de petición de herencia. El desplazado debe devolver los bienes y se tendrá en cuenta su buena o mala fe en lo que atañe a su responsabilidad, restitución de los frutos, etcétera (véase n° 478).

Pero queda otro problema más delicado por resolver. Durante el tiempo en que el heredero aparente se encontraba en posesión de la herencia, ha podido contratar con terceros, quizá haya enajenado bienes. ¿Son nulos tales actos? Una aplicación estricta de la regla *nemo plus juris* (nadie puede transmitir un derecho mejor ni más extenso del que posee, art. 3270 Ver Texto, Cód. Civil) obligaría a contestar afirmativamente esta pregunta. En efecto, si quien contrató no era en realidad heredero, si no tenía ningún derecho sobre los bienes que integraban el acervo sucesorio, mal podría transmitirlos a tercero. Pero esta solución, por demás simplista, no es prácticamente admisible. He aquí un sobrino que, a falta de otros parientes más cercanos, ha obtenido declaratoria de herederos en su favor y goza pacíficamente de la herencia durante algunos años. Luego aparece una persona que se titula hijo extramatrimonial del causante, lo demuestra judicialmente y vence en la acción de

petición de herencia. Supongamos ahora que durante aquellos años en que nadie turbaba la posesión de la herencia por el sobrino, éste haya enajenado bienes a terceros. ¿Deberán éstos devolverlos al heredero real, para luego reclamar el precio del aparente, quizá caído en la insolvencia? Tal solución sería anarquizante; no sólo se produciría un serio perjuicio al tercero que ha contratado de buena fe y a título oneroso, sino que se introduciría un factor de duda en todos los títulos de propiedad. Desde el momento en que en los antecedentes del dominio hubiera alguna transmisión hereditaria, no habría título perfecto, nadie estaría exento, por más precauciones que adoptara, del evento de ser despojado de su derecho de propiedad. Una razón de seguridad en los negocios, de estabilidad jurídica, de orden, obliga a convalidar tales actos. Es también un modo de limpiar los títulos de propiedad y de proteger, por tanto, este derecho. Los artículos 3429 Ver Texto y 3430 consagran esta solución, que significa una importante excepción a la regla *nemo plus juris*.

1119/486

486.— Antes de seguir adelante, conviene hacer notar que nada se opone a que una misma persona reúna en sí las cualidades de heredero real y de heredero aparente, lo que ocurre siempre que un coheredero ha entrado, no sólo en posesión de su cuota parte, sino también de la que correspondía a otro coheredero (ver nota 2). Lo que se dirá respecto del heredero aparente, tiene aplicación solamente, como es obvio, a la cuota de la herencia que no le pertenecía.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: FORNIELES, t. 1, núms. 197 y sigs.; LAFAILLE, t. 1, núms. 357 y sigs.; ZANNONI, t. 1; PÉREZ LASALA, t. 1; MAFFÍA, t. 1; GOYENA COPELLO, t. 3; LAJE, El derecho aparente y los actos del poseedor de herencia, Revista Facultad Derecho Buenos Aires, en.-ab. 1949, p. 173 y sigs., y may.-jun. 1949, p. 495 y sigs.; HALPERÍN, Personas que deben ser comprendidas en la calificación de herederos aparentes, L.L., t. 1, p. 796; FLEITAS ORTIZ DE ROSAS, Heredero aparente; el problema y la ley, L.L., t. 137, p. 855; JOSSERAND, ed. Buenos Aires, t. 3, vol. 2, núms. 1018 y sigs.; PLANIOL-RIPERT, ed. La Habana, t. 4, núms. 340 y sigs.; AUBRY y RAU, t. 6, § 616; CREMIEU, De la validité des actes accomplis par l'heritier apparent, Revue trimestrielle, 1910, p. 10 y sigs.

(nota 2) POLACCO, t. 2, p. 231; GATTI, Petición de herencia, en Estudios en memoria de Irureta Goyena, n° 84.

1119/11130

§ 1.— Actos de disposición de bienes inmuebles

1119/487

487. REQUISITOS PARA SU VALIDEZ.— Según el artículo 3430 Ver Texto (ref. por ley 17711), los actos de disposición de bienes inmuebles a título oneroso efectuados por el poseedor de la herencia, tenga o no buena fe, son igualmente válidos respecto al heredero,

cuando el poseedor ha obtenido a su favor declaratoria de herederos o la aprobación judicial de un testamento y siempre que el tercero con quien hubiese contratado fuere de buena fe. Si el poseedor de la herencia hubiese sido de buena fe, debe sólo restituir el precio percibido. Si fuese de mala fe, debe indemnizar a los herederos de todo perjuicio que el acto haya causado. Será considerado tercero de buena fe quien ignorase la existencia de sucesores de mejor derecho o que los derechos del heredero aparente estaban judicialmente controvertidos.

En la anterior redacción, el artículo 3430 Ver Texto exigía como requisitos de la validez del acto la existencia de parentesco, haber tomado la herencia por inacción o ausencia de los parientes más próximos y tener la posesión pública y pacífica de la herencia. Todos ellos han sido reemplazados en el nuevo texto legal por la declaratoria de herederos o la aprobación del testamento. Es una reforma acertada. Para que un tercero sea considerado de buena fe, no se le puede exigir otra condición que el conocimiento de aquel acto judicial que es la exteriorización formal del derecho del heredero aparente; salvo, claro está, que no obstante la declaratoria y la aprobación del testamento se probare que el tercero tenía conocimiento de la existencia de otros sucesores con mejor derecho o que estaba judicialmente controvertido el derecho.

Veamos ahora cuáles son los requisitos que la ley exige.

1119/488

488. a) El poseedor debe haber obtenido a su favor declaratoria de herederos o la aprobación judicial de un testamento.— En su redacción anterior, el artículo 3430 Ver Texto exigía que el heredero aparente fuese pariente en grado sucesible; si el poseedor no tenía ese parentesco respecto del causante, el acto era nulo. El fundamento de la ley era que esa persona no podía ser heredero y por lo tanto, el comprador, usando de la debida diligencia en sus negocios, pudo saberlo. La nueva redacción, después de la reforma, exige la declaratoria de herederos, instrumento mediante el cual el juez afirma esa calidad, con la debida publicidad y contralor del Ministerio Público. ¿Qué mayor garantía puede pretender el adquirente? Sería absurdo exigirle una verdadera pesquisa para averiguar si alguien tiene igual o mejor derecho, cuando el juez que entiende en la sucesión ha considerado suficientes los requisitos cumplidos y lo ha reputado tal. Es verdad que la declaratoria de herederos se dicta “en cuanto hubiere lugar a derecho”, pero esa salvedad no impide al titular actuar como heredero, mientras no se demuestre que alguien con mejor derecho debe sustituirlo.

Adviértase que la exigencia de la declaratoria es requisito ineludible aun para los herederos que adquieren la posesión hereditaria ministerio legis. El artículo 3430 Ver Texto no hace ninguna distinción, y es razonable que así sea porque en definitiva es en aquella declaración judicial en la cual debe reposar la buena fe del tercero.

El mismo efecto surte la aprobación judicial de un testamento que luego puede ser revocado o declarado nulo. Mientras ello no ocurra, el heredero instituido asume su papel con el auto aprobatorio, dictado asimismo con todas las garantías. Es un agregado de la reforma que ha venido a salvar la omisión en que incurrió VÉLEZ. En efecto: el tercero a quien se le presenta un título de propiedad obtenido a base de una institución testamentaria, no tiene

medio de adivinar que más tarde descubrirá otro testamento oculto o se encontrará una causa de nulidad, o aparecerá un heredero forzoso. Anular la venta en tales circunstancias sería antijurídico y antieconómico. Queda sí definitivamente superada la duda insinuada por algunos autores acerca de si el heredero testamentario debía o no ser considerado heredero aparente (ver nota 1). La reforma no hace sino recoger una cita de VÉLEZ, la ley 5, t. 14, de la 6ª Partida, en la que no se hace distinción entre los herederos legítimos y testamentarios. Pero, por encima de todo ello, gravitan las razones jurídicas antes expresadas, que no permiten hacer distinción alguna entre ambas categorías de herederos, sin caer en la arbitrariedad. Esta es hoy opinión unánime entre nosotros y justifica el agregado de la reforma (ver nota 2).

Se encuentran, pues, dentro de la categoría de herederos aparentes, los poseedores de la herencia que han obtenido a su favor declaratoria de herederos, los herederos testamentarios desplazados por uno forzoso, los indignos (art. 3309 Ver Texto) o los desheredados.

1119/489

489.— No deja de ser heredero aparente el que dolosamente se ha creado un título de estado que no le corresponde. Igualmente sus actos son válidos respecto del tercero de buena fe, porque al que la ley protege es al tercero y, con él, la seguridad de los negocios.

Veamos un ejemplo tomado en nuestra jurisprudencia. Una persona, en connivencia con un escribano, fragua un reconocimiento de filiación extramatrimonial por escritura pública, y se hace declarar único y universal heredero del causante. Más tarde los otros parientes demuestran la falsedad de la escritura y obtienen la condena criminal de ambos cómplices y la declaración de la nulidad del reconocimiento. Pero en el interín, el supuesto hijo ha vendido un inmueble. Con toda razón, los tribunales declararon válida la venta (ver nota 3). Según ya lo hemos dicho, este problema debe resolverse siempre desde el ángulo del tercero; y cuando el supuesto heredero ha conseguido declaratoria a su favor, no puede exigirse nada más del comprador, ni es posible, por tanto, anular la venta, a menos, claro está, que se pruebe que el tercero tenía conocimiento de la falsedad.

Por iguales razones debe considerarse heredero aparente al que ha falsificado las partidas del Registro Civil, haciéndose aparecer como pariente en grado sucesible; a la persona que ha falsificado un testamento; al que sus supuestos padres han denunciado falsamente como hijo, hipótesis que se da con relativa frecuencia aun después de la ley de adopción; a la segunda esposa que ha contraído matrimonio de mala fe, sabiendo que subsistía un primer vínculo de su marido y que luego consigue, en la sucesión de éste, no obstante la nulidad de su matrimonio, que se la declare única y universal heredera (ver nota 4). En todos estos casos, prosperará la acción de petición de herencia de los verdaderos herederos, pero los actos realizados durante ese tiempo quedan firmes.

1119/490

490.— Una cuestión delicada se presenta si el heredero aparente ha vendido un bien ganancial. El caso es el siguiente: una persona adquiere, durante el matrimonio, un

inmueble. Al fallecer, obtiene declaratoria de herederos a su favor, por inacción de la esposa, otro pariente más lejano, quien lo vende. Puesto que se trata de un heredero aparente, el acto debería ser válido en lo que atañe a la mitad que pertenecía al cónyuge fallecido. Pero la mitad que pertenecía a la esposa a título propio, no como heredera, ¿debe seguir la suerte de la otra o, por el contrario, la venta es nula?

Los autores que se han ocupado del tema se inclinaron por la validez del acto, incluso en la porción de los gananciales (ver nota 5). Entre otras razones se aduce que el derecho del heredero aparente nace de la inactividad del verdadero y que ésta afecta tanto a los bienes gananciales como a los heredados (ver nota 6). Pero no es así; pues no se trata aquí de los derechos del heredero aparente (que para nada juegan en el problema), sino de los derechos del tercero adquirente. Por eso, enfocando siempre el problema del punto de vista de éste y de su buena fe, creemos que la cuestión debe resolverse haciendo una distinción; a) Si del título no surge que el bien era ganancial (por ej., porque el causante al comprar el bien dijo ser soltero, cuando era casado o manifestó falsamente que lo adquiriría con bienes propios) entonces el acto debe mantener su validez aun en lo que afecta a la parte de gananciales pues, en este caso, los antecedentes del dominio son formalmente buenos para fundar una transmisión inobjetable. Aunque en la porción de gananciales, pertenecientes a la esposa no se puede hablar de heredero, puesto que ella vive, hay por lo menos un propietario aparente. Los derechos de la esposa deben ceder ante los del tercero de buena fe que ha adquirido la cosa a título oneroso (art. 1051 Ver Texto , ref. por ley 17711) (ver nota 7). b) Pero si del título de propiedad surge que el bien era ganancial, no basta con la declaratoria de herederos obtenida en la sucesión del marido, para que el heredero aparente disponga de él. En efecto, de los antecedentes del dominio se desprenderá el carácter ganancial; el tercero adquirente sabrá, por tanto, que los herederos del marido no pueden disponer de ese bien, salvo en la mitad que le correspondía; para disponer de la totalidad era preciso el consentimiento de la esposa o haber obtenido declaratoria de herederos en su sucesión. Por consiguiente, el tercero no podrá invocar su buena fe frente a la esposa que pretende la nulidad y debe ser vencido por ella. Más aún: la nulidad puede ser invocada inclusive por el heredero aparente (y por los herederos reales, una vez que hayan desplazado al aparente) pues la venta de una cosa parcialmente ajena es nula aun respecto de la porción del vendedor (art. 1331 Ver Texto) (ver nota 8).

1119/491

491.— Como la anterior redacción del artículo 3430 Ver Texto exigía la posesión pública y pacífica de la herencia, se discutía si la ley se refería a la posesión efectiva de los bienes o a la posesión hereditaria (véase sobre esta cuestión nuestra 2ª edición, n° 491). La nueva redacción ha eliminado el problema: lo que se requiere es la posesión hereditaria exteriorizada en la declaratoria de herederos o la aprobación judicial del testamento.

1119/492

492.— El artículo 3430 Ver Texto , en su redacción primitiva, hablaba de ausencia o inacción del heredero. La reforma de la ley 17711 introdujo un concepto más preciso para caracterizar la buena fe de los terceros: será considerado tercero de buena fe quien ignorase la existencia de sucesores de mejor derecho o que los derechos del heredero aparente estaban judicialmente controvertidos. El tercero no podrá pretender la validez del acto, si

hay una cuestión entre quien está en posesión de la herencia y otro pretendiente. Siempre que esa controversia haya tomado estado público o haya sido puesta en conocimiento del comprador antes de concluida la operación, el acto puede ser anulado. Pero no basta una reclamación extrajudicial hecha por el heredero real al aparente (ver nota 9); no basta tampoco un juicio de petición de herencia, que el tercero no haya conocido (ver nota 10). Pues la diligencia del heredero verdadero no interesa sino en cuanto pueda influir en la buena fe del tercero; una vez más tenemos que recordar que todos los problemas suscitados por los actos del heredero aparente deben juzgarse desde el ángulo del tercero (ver nota 11).

Por tanto, si existía juicio de petición de herencia y el heredero no trabó embargo, ni hizo anotación de litis, la venta debe reputarse firme (ver nota 12).

1119/493

493. b) Buena fe del tercero adquirente.— Este es el elemento esencial para juzgar de la validez o nulidad del acto. En cambio, la buena o mala fe del heredero aparente, ninguna influencia tiene sobre la suerte del acto, según lo dispone expresamente el artículo 3430 Ver Texto . La solución es lógica, pues no se trata de proteger al heredero aparente, sino a los que han contratado con él, como medio de hacer imperar la seguridad y confianza en los negocios.

1119/494

494.— Dados los presupuestos formales a que acabamos de aludir en el número anterior, la buena fe del adquirente se presume (ver nota 13). Quien pretenda la nulidad del acto debe demostrar su mala fe, para lo cual basta probar que el adquirente conocía la existencia de sucesores con mejor derecho o que los derechos del heredero estaban judicialmente controvertidos.

1119/495

495. c) Acto oneroso.— El artículo 3430 Ver Texto exige también la condición de la onerosidad. Se ha juzgado, con razón, que tratándose de enajenaciones a título gratuito no se justifica mantener en pie el acto. En esta hipótesis, el interés del heredero es más respetable que el del adquirente.

El pago hecho de buena fe al heredero aparente es válido, puesto que, tratándose de un acto necesario que el deudor no podía eludir, sería injusto no reconocerle valor y obligarlo a pagar dos veces (ver nota 14).

1119/496

496. d) Enajenación de cosas determinadas.— Por fin, aunque el Código no lo dice expresamente, debe tratarse de una enajenación de cosas determinadas. Si, por el contrario, se tratara de una cesión o venta de derechos sucesorios, en otras palabras, si el adquirente no se defendiera ya contra la acción de reivindicación, sino contra la de petición de herencia, no puede pretender conservar la herencia, invocando su buena fe. No militan aquí las razones de seguridad de los negocios, de estabilidad y saneamiento de los títulos de propiedad inmobiliaria que imponen la convalidación de las enajenaciones singulares. Como dice JOSSERAND, no se explicaría que el verdadero heredero sea despojado y en cierto modo desheredado, por un tercero sin título válido y sin derecho a la sucesión (ver nota 15). Y aunque es respetable el derecho del cesionario de buena fe, más lo es el del propietario verdadero, pues, como dijimos, no median en esta caso iguales razones de seguridad jurídica que en las transmisiones de cosas determinadas.

1119/497

497. CUESTIÓN ACERCA DE LOS BOLETOS DE COMPRAVENTA.— Cabe preguntarse si los boletos de compraventa suscritos por el heredero aparente están amparados por el artículo 3430 Ver Texto y si, por consiguiente, el heredero real está obligado a escriturar el inmueble vendido. Son numerosas las razones que, a nuestro entender, imponen una respuesta negativa: a) en primer término, el boleto de compraventa no es un acto de enajenación propiamente dicho, sino un compromiso de enajenación; por él no se trasmite un derecho real, sino que se asume una obligación estrictamente personal, cuyo cumplimiento sólo puede ser requerido del que la asumió, pero no de un tercero, como es el heredero real; b) no juegan en este caso las razones de seguridad jurídica, de saneamiento de los títulos de propiedad, que imponen la convalidación de los actos de efectiva enajenación por el heredero aparente; quien posee un boleto de compraventa, tiene un derecho a adquirir la propiedad, pero no tiene la propiedad misma, de modo que no está en tela de juicio el título, que es lo que interesa salvaguardar; c) desaparecidas estas razones de orden público que imponen la convalidación de los actos de enajenación del heredero aparente, el conflicto queda planteado entre el verdadero propietario y el tercero, que ostenta una promesa de enajenación suscrita por quien no era dueño. La regla según la cual nadie puede transmitir un derecho mejor que el que posee (art. 3270 Ver Texto) recupera aquí toda su vigencia. La buena fe del tercero no basta para convalidar el acto, puesto que no puede funcionar por sí sola, en el vacío (ver nota 16), ya que constituyendo lo normal en la vida jurídica (ver nota 17), no es título bastante para merecer una protección que se otorgaría en perjuicio de otras personas, que también son de buena fe; d) ayuda a corroborar la equidad de esta solución, estrictamente jurídica, la consideración de que el que firma un boleto de compraventa, sólo paga normalmente un pequeño porcentaje del precio, vale decir, que el daño emergente de la anulación no será por lo común muy importante (ver nota 18). Y, desde luego, le queda abierta la acción de daños y perjuicios contra el heredero aparente de conformidad a las reglas que estudiamos más adelante (nº 503).

1119/498

498. EL TERCERO, ¿ADQUIERE A TÍTULO ORIGINARIO O COMO SUCESOR SINGULAR?.— Se discute si el tercero adquiere a título originario o derivativo. La cuestión tiene importancia porque, en el primer caso, no sufriría los vicios del título del inmueble; esta opinión se funda en que se trata de una adquisición a non domino, es decir, que el tercero no tiene su derecho de propiedad fundado en la transmisión del heredero aparente

(puesto que él nada podría transmitirle, ya que no es dueño), sino en la disposición de la ley (ver nota 19). Nos inclinamos, sin embargo, por la solución contraria. Cuando el tercero adquiere un inmueble del heredero aparente, examina el título y se funda en él para realizar o no la operación; es un elemento capital del negocio y debe pesar sobre el futuro de la adquisición (ver nota 20).

(nota 1) La duda se fundaba sobre todo en la opinión de AUBRY y RAU, quienes excluían a los herederos testamentarios: t. 6, p. 616. La doctrina y jurisprudencia francesa, empero fueron luego unánimes en el sentido de que ambos herederos estaban comprendidos en la calificación de aparentes: PLANIOL-RIPERT, t. 4, n° 346; JOSSERAND, t. 3, n° 1027; DEMOLOMBE, t. 14, n° 472 y jurisprudencia por ellos citada.

(nota 2) PRAYONES, n° 45; RÉBORA, t. 1, n° 149; FORNIELES, t. 1, n° 198; LAFAILLE, t. 1, n° 371; ARIAS, p. 313; HALPERÍN, Personas que deben ser comprendidas en la calificación de herederos aparentes, nota en L.L., t. 1, p. 796; DÍAZ DE GUIJARRO, nota en J.A., 1946-II, sec. doct. p. 11. En contra: véase la opinión del jurista paraguayo DE GÁSPERI, t. 2, n° 196.

(nota 3) C. Civil 2ª Cap., 30/12/1947, J.A., 1948-I, p. 268. De acuerdo: FORNIELES, t. 1, n° 209; ZANNONI, t. 1, § 456; SPOTA, Sobre las reformas al Código Civil, p. 102. Nos apartamos en el caso del heredero aparente, de la solución que sostenemos para el supuesto de que una persona que no pretende tener ningún derecho hereditario, falsifica una escritura en la que aparece como adquirente de un bien que luego vende a un tercero. En este caso pensamos que la segunda venta es nula (véase Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales, t. 2, n° 1504). Creemos que el tratamiento peculiar que la ley concede a los actos del heredero aparente justifica esa diferencia.

(nota 4) De acuerdo: FORNIELES, loc. cit. en nota anterior.

(nota 5) DÍAZ DE GUIJARRO, Los actos del heredero aparente ante el cónyuge que no reclama su parte de gananciales, J.A., 1946-IV, sec. doct., p. 10; FORNIELES, t. 1, n° 210 bis.

(nota 6) DÍAZ DE GUIJARRO, artículo citado en nota anterior.

(nota 7) En este punto, pues, estamos de acuerdo con los autores citados en nota 839.

(nota 8) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala A, 10/7/1953, J.A., 1953-IV, p. 389; MAFFÍA, t. 1, § 444.

(nota 9) FORNIELES, t. 1, n° 212.

(nota 10) En contra, FORNIELES, t. 1, n° 211, quien, a nuestro juicio, ha olvidado la directiva que señalamos en el texto.

(nota 11) PLANIOL-RIPERT, t. 4, n° 346; JOSSERAND, t. 3, n° 1022, 3. Un fallo de la C. Civil 2ª de la Capital hizo caso omiso de esta directiva básica, al decidir que para que haya inacción de los parientes más próximos, es preciso que éstos hayan sabido o debido saber la enajenación; si los herederos la obtienen luego de inducir en error, al juzgado, aquélla debe anularse (15/4/1942, J.A., 1942-II, p. 301). Tal decisión contraría todos los principios en que se funda la institución de heredero aparente y deja de lado la disposición expresa del art. 3430 Ver Texto que establece que la mala fe del heredero aparente no obsta a la validez del acto, por todo lo cual, estamos seguros, ha de permanecer como un antecedente anómalo y aislado en nuestra jurisprudencia. De acuerdo con nuestra crítica, LAJE, Revista Facultad de Derecho de Buenos Aires, mayo-junio 1949, p. 513, n° 76.

(nota 12) C. Civil 1ª Cap., 22/4/1929, J.A., t. 29, p. 432.

(nota 13) C. Apel. Mendoza, 29/12/1938, L.L., t. 13, p. 345; JOSSERAND, t. 3, vol. 2, n° 1027, 1; MESSINEO, t. 7, § 208, 2 bis.

(nota 14) GATTI, Petición de herencia, n° 130; JOSSERAND, t. 3, vol. 2, n° 1022; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 1, núms. 933-935.

(nota 15) JOSSERAND, t. 3, vol. 12, n° 1027, 4. De acuerdo con la solución indicada en el texto véase, además de JOSSERAND, ya citado: LLERENA, t. 6, p. 238; MACHADO, t. 8, p. 672 y nota; LAFAILLE, t. 1, n° 362; FORNIELES, t. 1, n° 206; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 685. En contra, POLACCO, t. 2, p. 146; GATTI, Petición de herencia, n° 127. Cabe agregar que JOSSERAND califica la cesión o venta de herencia como enajenación a título universal: ahora bien, en nuestro derecho no hay sucesión universal por contrato (nota al art. 3280 Ver Texto) y la cesión de herencia es, por tanto, una sucesión a título singular (véase n° 756). Por eso sustituimos la expresión “enajenación a título singular” por la de “enajenación de cosas determinadas”.

(nota 16) LLAMBÍAS, Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos, n° 32.

(nota 17) RIPERT, La regla moral en las obligaciones civiles, n° 157.

(nota 18) De acuerdo con la tesis sostenida en el texto: C. Civil Cap. Sala A, 18/10/1965, J.A., 1966-II, p. 65; juez Dr. Cichero, 30/5/1952, en sentencia confirmada por la Sala A, que, sin embargo, no se pronunció expresamente sobre este punto (J.A., 1953-IV, p. 389); C. Apel. La Plata, 13/10/1942, L.L., t. 28, p. 239; ZANNONI, t. 1, § 475; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 685. En contra: S.C.B.A., 21/6/1966, J.A., 1966-V, p. 85; VÁZQUEZ VIALARD, El heredero real y los boletos de compra-venta suscriptos por el poseedor de la herencia, J.A., 1960-V, sec. doct. p. 5; MAFFÍA, t. 1, n° 455; LÓPEZ DEL CARRIL, Derecho de la sucesión, n° 358.

(nota 19) MESSINEO, t. 7, § 208, n° 2 ter, c.

(nota 20) MENGONI, L'acquisto a non domino, p. 85.

1119/11140

§ 2.— Actos de disposición de bienes muebles

1119/499

499. SU RÉGIMEN.— El artículo 3430 Ver Texto alude solamente a la enajenación de inmuebles. La exclusión de los muebles no significa que no sea válida su enajenación por el heredero aparente, sino que tales actos están protegidos por una disposición más amplia y de carácter más general, como es la regla del artículo 2412 Ver Texto : la posesión de buena fe de una cosa mueble, crea a favor del poseedor la presunción de tener la propiedad de ella, y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación, si la cosa no hubiese sido robada o perdida. Sobre las condiciones de aplicación de esta norma, remitimos al Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales, t. 1, números 168 y siguientes.

1119/11150

§ 3.— Actos de administración

1119/500

500. RÉGIMEN LEGAL.— Mientras el artículo 3430 Ver Texto fija condiciones precisas para convalidar los actos de enajenación del heredero aparente, en cambio establece un régimen mucho más amplio para los de administración. El artículo 3429 Ver Texto dice de modo muy general que el heredero está obligado a respetar los actos de administración que ha celebrado el poseedor de la herencia en favor de terceros, sea el poseedor de buena o mala fe.

Frente a esta disposición, cabe preguntarse si todos los actos de administración del heredero aparente, aunque medie mala fe del tercero, son válidos. La cuestión está controvertida, pero la mayoría de nuestros autores y algún fallo exigen la buena fe del tercero aun en este caso, puesto que resultaría inmoral convalidar un acto celebrado con mala fe de ambas partes en perjuicio del heredero (ver nota 1). Otros, por el contrario, piensan que en cualquier hipótesis el acto es válido: en primer lugar, nuestra ley no exige el requisito de la buena fe y, más aún, al tomar esta disposición de AUBRY y RAU, suprimió esa exigencia contenida en la fuente (ver nota 2); en segundo término, los actos de administración no irrogan perjuicio al heredero y sería poco práctico anularlos (ver nota 3).

Por nuestra parte, pensamos que la cuestión no puede resolverse con un criterio demasiado simplista y que es menester introducir algunas distinciones: a) por de pronto, es evidente la validez de ciertos actos de administración, no obstante la mala fe del heredero aparente y del tercero contratante; tales son los gastos o reparaciones necesarias que el poseedor de mala fe tiene el derecho y el deber de hacer. Si, por ejemplo, un edificio amenazase ruina, el contrato de obra para repararlo es plenamente válido, aunque el constructor supiera que el poseedor de la herencia no es el heredero; b) de igual modo, pensamos que deben ser respetados los actos que respondan a un gasto útil, pues de lo contrario el heredero vendría a enriquecerse sin causa a costa del tercero; c) en cambio, todo acto de administración que comprometa o perjudique al heredero real, no puede ser convalidado si el tercero era de mala fe. Tal sería, por ejemplo, el caso de que se contrate un mayordomo para un establecimiento agrícola, asegurándole ganancias importantes por un lapso prolongado de tiempo durante el cual el heredero se vería obligado a mantenerlo en su puesto; o que se arrendase un inmueble (si es que este acto se reputa de administración, lo que nosotros ponemos en tela de juicio; véase n° 502). Con mucha mayor razón, habría nulidad si se probase colusión dolosa, es decir, intención de perjudicar al heredero.

1119/501

501.— Como siempre la prueba de la mala fe corresponde al que la invoca. Pero en lo que atañe a los actos de administración; no basta para excluir la buena fe del tercero la falta de declaratoria o de testamento aprobado, ni siquiera el hecho de que el heredero haya entablado juicio de petición de herencia. Estos son requisitos que se exigen para los actos de enajenación únicamente. En nuestro caso será indispensable demostrar que el tercero sabía que el título del heredero aparente estaba controvertido.

(nota 1) C. Civil Cap., Sala D, 16/4/1952, L.L., t. 66, p. 460; SEGOVIA, t. 2, p. 468, nota 62; LLERENA, t. 6, p. 234; FORNIELES, t. 1, n° 214; DE GÁSPERI, t. 2, n° 195; LAJE, El derecho aparente y los actos del poseedor de la herencia, Revista Facultad Derecho de Buenos Aires, mayo-junio 1949, n° 14, p. 498.

(nota 2) AUBRY y RAU, t. 6, § 616.

(nota 3) MACHADO, t. 8, p. 667, nota.

1119/11160

§ 4.— Actos que deben reputarse de disposición o administración

1119/502

502. CONCEPTO Y APLICACIONES.— Hemos expuesto en otro lugar (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 841) el criterio que, en nuestro entender, preside la distinción entre actos de disposición y administración. Aquí nos interesa la aplicación de

este criterio con relación a los bienes inmuebles, únicos que caen bajo el régimen del artículo 3430 Ver Texto ; y al considerar los distintos casos, debe tenerse siempre presente que no planteamos el problema en abstracto, sino con definida referencia a la institución del heredero aparente.

Deben reputarse actos de enajenación: a) La venta o permuta de bienes inmuebles, si bien la venta de muebles puede ser a veces un acto de administración (por ej., la venta de producción anual de un establecimiento ganadero; véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 841), la de bienes raíces debe considerarse siempre de disposición, aunque se lo haga para pagar deudas o hacer reparaciones necesarias. Quien compra un inmueble debe cerciorarse siempre de que están reunidas las condiciones del artículo 3430 Ver Texto ; de lo contrario no podrá ampararse en la validez del acto; b) pensamos que la hipoteca debe considerarse siempre como acto de disposición, aun en la hipótesis de que se haya contratado para hacer gastos necesarios o pagar deudas de la sucesión (ver nota 1). Al prestamista sólo le interesa la bondad del título; tomar en cuenta, como se ha pretendido, el destino ulterior de los fondos para decidir si se trata de un acto de administración o disposición, implica dejar de resolver el problema desde el ángulo del tercero. Por lo demás, cuando éste presta dinero, no sólo no le interesa el destino que se dé a esos fondos sino que ni siquiera podría controlar la inversión que de ellos hiciera el poseedor de la herencia, por más que hubiera asumido el compromiso de destinarlos, por ejemplo, al pago de una deuda; de tal modo que la suerte del tercero y la posibilidad de sostener la validez del acto dependería de la conducta del heredero aparente, todo lo cual es inadmisibles; c) la constitución de servidumbres y usufructos sobre la cosa también es un acto de disposición pues, como dice el codificador, gravar una cosa con estos derechos reales importa enajenarla en parte (notas a los arts. 2807 Ver Texto y 3002 Ver Texto) (ver nota 2); d) la renuncia a derechos sobre inmuebles; la transacción cuando tiene por efecto renunciar a los derechos sobre el inmueble (ver nota 3).

Todos estos actos quedan sometidos al régimen del artículo 3430 Ver Texto ; los restantes caen bajo el imperio riguroso del artículo 3429 Ver Texto o, si son muebles, del artículo 2412 Ver Texto .

(nota 1) La opinión prevaleciente es que la hipoteca es siempre un acto de disposición (FORNIELES, t. 1, n° 202). Han sostenido el criterio de que la calificación del acto depende del destino de los fondos, SEGOVIA, t. 2, coment. art. 3429 Ver Texto y nota 74 al art. 3390 Ver Texto ; LAJE, Revista de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, mayo-junio 1949, p. 505, n° 65.

Está superada la opinión de MACHADO que sostenía que era nula la hipoteca constituida por el heredero aparente, salvo que se constituyera para pagar deudas de la sucesión; esta opinión se funda en que el art. 3119 Ver Texto exige que la hipoteca sea constituida por el propietario. Hoy no se discute ya la posibilidad de otorgarlas, pues si el heredero aparente puede vender válidamente, con tanta mayor razón podrá hipotecar, en este sentido: FORNIELES, t. 1, n° 202; LAFAILLE, t. 1, n° 362; SALVAT, Derechos reales, t. 2, n° 2271; LAJE, Revista de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, mayo-junio 1949, p. 503, n° 64.

(nota 2) De acuerdo: FORNIELES, t. 1, núms. 204 y 205.

(nota 3) LAJE sostiene que mientras no se prueba la colusión entre las partes, la transacción debe reputarse válida (Revista de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, mayo-junio 1949, p. 502, n° 63). A nuestro juicio este autor, tan prolijo, ha incurrido en el error de analizar el problema de la distinción entre actos de administración y disposición en general, sin referirlo a la hipótesis particular del heredero aparente. En nuestro caso sólo interesan las transacciones sobre inmuebles, pues las otras están regidas por el art. 2412 Ver Texto . Y la transacción sobre bienes inmuebles, que importa renuncia a derechos que sobre ellos se tenga, es indiscutiblemente un acto que cae dentro del campo de acción del art. 3430 Ver Texto . Eso es lo que interesa dilucidar.

1119/11170

§ 5.— Relaciones entre el heredero real y el aparente

1119/503

503. OBLIGACIONES Y DERECHOS RECÍPROCOS.— Mientras el heredero aparente ha estado en posesión de la herencia, percibe frutos o productos, realiza gastos, mejoras, etcétera. Los derechos y obligaciones recíprocas que surgen de esa administración, han sido estudiados ya al tratar de la petición de herencia (véase núms. 473 y sigs.).

Quedan sólo por examinar las consecuencias de un acto por el cual el heredero ha enajenado un bien de la sucesión, acto que se supone válido, sea por aplicación del artículo 3430 Ver Texto o del 2412 Ver Texto . ¿Cuál es la responsabilidad del heredero aparente frente al real? Habrá que distinguir entre el poseedor de buena fe y el de mala fe: el primero sólo debe restituir el precio que se le hubiere pagado; el segundo debe indemnizar, además, a los herederos de todo perjuicio que la enajenación le hubiese causado (art. 3430 Ver Texto). De más está decir que si el tercero adquirente debiera todavía una parte del precio, deberá pagarlo al heredero real (ver nota 1).

(nota 1) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 1, n° 688.

1119/11180

CAPÍTULO VI - ESTADO DE INDIVISIÓN DE LA MASA HEREDITARIA (ver nota 1)

1119/504

504. LA COMUNIDAD HEREDITARIA.— Puede ocurrir que, al fallecer el causante, quede un solo heredero; en tal caso éste será dueño de todos los bienes, desde el instante del fallecimiento, y cargará con todas las deudas. Pero puede también que haya varios. Cuando ello ocurre, los bienes no pertenecen a ningún heredero en particular sino a todos en común (salvo lo que se dirá más adelante respecto de los créditos, véase núms. 710 y sigs.); de

manera que no podrán alegar derecho a ningún bien determinado, sino a partes o porciones ideales de ellos. He ahí lo que se conoce como comunidad hereditaria, comunidad no querida por los participantes, sino forzada por las circunstancias y cuyo término natural es la partición.

Nuestro Código ha regulado poco y mal este estado de indivisión. Partiendo de la base de que la comunión en las cosas es una situación accidental y pasajera, que la ley en manera alguna fomenta y que la comunidad 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 (nota al art. 3451 Ver Texto), VÉLEZ SARSFIELD omitió la reglamentación de aspectos fundamentales, como por ejemplo, el de la administración. Y sin embargo, la práctica indica que esta comunidad hereditaria se prolonga a veces durante largos años, ya sea porque los derechos que forman el haber sucesorio son confusos y resulta prudente realizarlos para hacer una partición sobre bases más ciertas y justas, ya porque la explotación dejada por el causante no es susceptible de división sin grave desmedro económico. En la familia media, sin grandes bienes de fortuna, es muy frecuente que, muerto el padre, los hijos mantengan la indivisión con la madre, haciendo la partición recién cuando ella fallece. De cualquier modo, era indispensable una reglamentación prolija de la comunidad hereditaria, lo que no hizo nuestro Código.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: FORNIELES, t. 1, núms. 215 y sigs.; ZANNONI, t. 1; MAFFÍA, t. 1; PÉREZ LASALA, t. 1; GOYENA COPELLO, t. 3; LAFAILLE, t. 1, núms. 390 y sigs.; DE GÁSPERI, t. 2, núms. 220 y sigs.; CAPITANT, L'indivision héréditaire, Revue critique, 1924, p. 24 y sigs.; SIESSE, Contribution a l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé, tesis, Paris, 1922; DEJEAN, Reactions de la loi, de la jurisprudence et de la pratique contre l'inorganisation de l'indivision héréditaire, Montpellier, 1935; LEBRET, La notion de l'indivision dans le droit français actuel, Caen, 1922; SOMARRIVA UNDURRAGA, Indivisión y partición, Santiago de Chile, 1950; JOSSERAND, t. 3, vol. 2, núms. 1028 y sigs.; MESSINEO, t. 7, § 202 y sigs.; FERRANDIS VILELLA, La comunidad hereditaria, Barcelona, 1951.

1119/11190

§ 1.— La masa hereditaria

1119/11200

A.— CONCEPTO Y NATURALEZA

1119/505

505. CONCEPTO DE MASA HEREDITARIA; BIENES QUE LA INTEGRAN.— Masa hereditaria es el conjunto de bienes que dejó el causante al fallecer y que pasan a sus herederos. Están comprendidos en ella todos los derechos patrimoniales susceptibles de

transmisión mortis causa; pero no todo el patrimonio del causante, pues hay numerosos derechos patrimoniales que no pasan a los herederos. Hemos tratado el punto en los números 19 y siguientes, a los que remitimos.

De este concepto amplio de masa hereditaria, debemos distinguir los siguientes conjuntos de bienes:

a) Masa hereditaria propiamente dicha. Está formada por todos los bienes y derechos transmitidos por el causante, con excepción de los créditos, que se dividen de pleno derecho entre los coherederos en el instante mismo del fallecimiento, de modo que no hay indivisión respecto de ellos (véase nº 710). Integran también esta masa: 1) los frutos y productos devengados con posterioridad al fallecimiento y hasta la partición (art. 3439 Ver Texto): es la aplicación de la máxima romana *fructus augent haereditatem* (ver nota 1); 2) los bienes que entran a subrogar otros de la masa; tal, por ejemplo, el precio de una cosa vendida, la indemnización obtenida por un bien destruido o dañado, etcétera (ver nota 2).

b) Masa que se forma para determinar la porción de cada heredero. Para formar la porción de cada heredero, deben tomarse en cuenta no sólo los bienes dejados por el causante a su muerte, sino también los que los herederos hayan recibido en vida de aquél (art. 3469 Ver Texto). Estos no forman parte de la sucesión, como que habrían salido del patrimonio del de cujus antes de su muerte; pero deben ser considerados al formar las hijuelas (ver nota 3).

1119/506

506. NATURALEZA DE LA MASA HEREDITARIA INDIVISA.— Hasta el momento de la partición, ese patrimonio constituido por la masa hereditaria mantiene una indudable autonomía respecto del patrimonio personal de cada uno de los herederos, autonomía que tiene múltiples manifestaciones, según hemos de verlo en seguida. ¿Estamos en presencia de una entidad distinta de los herederos o, por el contrario, no hay sino una forma de condominio? Es difícil dar una respuesta satisfactoria a este interrogante en nuestro derecho positivo.

1119/507

507. a) Teoría de la personalidad jurídica.— La teoría que ve en la comunidad hereditaria una persona jurídica, tropieza, hay que reconocerlo, con obstáculos casi insalvables en los textos de nuestro Código. Toda persona jurídica debe sustentarse necesariamente en un patrimonio; pero el artículo 3420 Ver Texto establece la transmisión de la herencia a los sucesores en el momento mismo de la muerte, de tal modo que esta entidad carecería de patrimonio propio. No tiene tampoco un interés o un objeto propio, distinto del de los coherederos. Carece de un órgano que la represente y que obre con independencia de la voluntad de los asociados (aunque esta afirmación no tiene carácter absoluto, según se verá más adelante); por el contrario, en la comunidad cada uno de los herederos conserva la libertad más completa (véase nota al art. 3451 Ver Texto). Así, por ejemplo, si la mayoría decide iniciar un pleito por reivindicación, cobro de pesos, etcétera, basta que uno de los herederos se oponga para que el administrador no pueda ya obrar a nombre de la masa, sino

sólo en el de los que le han conferido autorización para hacerlo. A la inversa, si la sucesión es demandada, algunos de los herederos pueden resistir la acción y otros allanarse, lo que no se explicaría si se tratara de una entidad jurídica (ver nota 4).

No es extraño, por tanto, que la mayor parte de los fallos que han aludido al problema, hayan negado la existencia de una entidad sucesión distinta de los herederos (ver nota 5). Pero ha ocurrido aquí un fenómeno curioso. Al par que esa personería ha sido por lo común negada cuando el tema se ha tocado explícitamente (decimos por lo común, porque no pocos fallos reconocen su existencia) (ver nota 6), la práctica de los tribunales ha ido aceptando soluciones que implican admitir la existencia de una entidad distinta: 1) Se acepta la designación de un administrador de la masa, cuyos actos son válidos (se entiende que dentro de la esfera administrativa que le está asignada) aun en contra de la voluntad de algunos de los administrados; tal ocurre con frecuencia cuando la designación se hace judicialmente; más aún, las decisiones no se toman por mayoría, sino que el juez decide prescindiendo de ella (art. 3451 Ver Texto). 2) Se ha decidido que la escritura de venta de un inmueble de la sucesión debe ser otorgada por ella o por el juzgado; de tal modo que el comprador no puede negarse a depositar el precio alegando que, antes de otorgarse la escritura, debe tramitar el juicio sucesorio de un heredero fallecido presuntivamente, ni los sucesores del heredero fallecido tienen injerencia en la escrituración (ver nota 7). Se comprende con facilidad qué gravísimos inconvenientes jurídicos presentaría la solución contraria. 3) Se ha admitido el concurso de las sucesiones (ver nota 8); esta solución ha sido acogida expresamente por la ley 19551, que permite la quiebra de la sucesión hasta seis meses después del fallecimiento (art. 2º Ver Texto , inc. 2º). 4) Los frutos e intereses producidos por los bienes acrecen la masa hereditaria (ver nota 9). 5) A los efectos de la partición, se tienen en cuenta los valores de los bienes en el momento en que ella se hizo y no los que tenían cuando la sucesión se difirió, de suerte que las variaciones de valores entre esas fechas perjudican o benefician a la masa y no al heredero al cual se atribuye ese bien (como sería de rigor hacerlo aplicando el principio de la retroactividad de la partición) (ver nota 10). 6) Se reconoce a los coherederos el derecho de ser inquilinos de un inmueble de la sucesión, lo que supone un contrato con una entidad distinta (véase nº 525).

Estas soluciones se concilian muy mal con el principio de que la transmisión de los bienes a los herederos se produce instantáneamente en el momento de la muerte del causante (art. 3420 Ver Texto) y con la idea de que la sucesión no es sino un simple condominio nacido en ese instante. Y es sintomático que en Francia, donde el problema legislativo es semejante (como que su Código y sus tratadistas han servido de fuente al nuestro), los tribunales hayan llegado a soluciones similares (ver nota 11). Esto significa que no se trata de una corruptela de nuestra jurisprudencia, sino que tales decisiones obedecen a razones prácticas que se han impuesto aun contra los mismos textos. Lo cierto es que hoy la sucesión goza de una personería jurídica restringida. “La herencia como tal —dice ELGUERA— contrata, acciona, es demandada, transmite y adquiere el dominio y ha llegado a concursársele” (ver nota 12).

Por último, esta necesidad práctica evidente ha tenido consagración legislativa. Las leyes impositivas les han reconocido el carácter de personas jurídicas al declarar que las sucesiones indivisas son contribuyentes (ley 11682, art. 1º y decreto 10.437/47, art. 1º). Y, ya lo dijimos, la ley 19551 ha admitido el concurso de las sucesiones (art. 2º Ver Texto , inc. 2º).

Todo esto muestra las fallas insanables del sistema de la sucesión en la persona, aceptado en nuestro Código. En el sistema de la sucesión en los bienes, por el contrario, los herederos sólo adquieren su hijuela una vez pagadas las deudas y hecha la partición. Entretanto, la sucesión goza de una personería restringida. Todos los inconvenientes y contradicciones antes señalados desaparecen con este sistema simple, armónico, práctico.

1119/508

508. b) Teoría del condominio.— Es muy difundida la opinión de que la comunidad hereditaria no es sino una forma de condominio (ver nota 13). Indudablemente, ésta es la solución que mejor se compagina con el sistema de la sucesión en la persona y la transmisión instantánea de los bienes a los herederos. El heredero, como el condómino, es dueño de una parte ideal de los bienes de la sucesión (véase art. 3264 Ver Texto y nota al art. 3450 Ver Texto). Pero es necesario marcar algunas diferencias: 1) El condominio sólo puede recaer sobre cosas (art. 2674 Ver Texto); la comunidad hereditaria existe también sobre bienes que no son cosas (v. gr., derechos intelectuales). 2) En el condominio prevalece la decisión de la mayoría en la administración de la cosa común (art. 2700 Ver Texto); en la indivisión hereditaria la minoría no tiene por qué conformarse con aquélla y es el juez quien debe decidir esas diferencias (art. 3451 Ver Texto). 3) La comunidad hereditaria es forzada y esencialmente transitoria, caracteres que no se dan nunca unidos en el condominio, que, o bien es voluntario, y en tal caso esencialmente precario (art. 2692 Ver Texto), o bien es forzoso, y en tal caso no hay posibilidad de división. El condominio tiene por objeto servir los intereses actuales de los titulares, intereses que se sirven precisamente manteniendo la indivisión; la comunidad hereditaria tiene un objeto de liquidación; no sirve los intereses de los coherederos sino en cuanto medio de terminar con la indivisión.

1119/509

509.— En el derecho alemán, el condominio hereditario, que no es sino una de las hipótesis de patrimonio en mano común (Gesamte Hand), tiene características peculiares, cuyos rasgos más notorios son los siguientes: 1) La masa hereditaria constituye un patrimonio separado del general de cada uno de los herederos. 2) El destino de este patrimonio es, en primer término, la liquidación del pasivo y luego la partición. 3) Los coherederos administran en común la masa hereditaria, prevaleciendo la decisión de la mayoría (arts. 745 Ver Texto y 2038 Ver Texto , Cód. Civil). 4) A cada heredero corresponde una cuota parte del todo y puede disponer de ella; pero no tiene derecho a una parte de cada uno de los bienes que la componen, y, por ende, tampoco puede disponer de ella (art. 2033 Ver Texto , Cód. Civil). Va de suyo que los acreedores personales de los herederos tampoco pueden ejecutar la parte de su deudor en los bienes hereditarios.

1119/11210

B.— SITUACIÓN DE LOS CRÉDITOS

1119/510

510. NO FORMAN PARTE DE LA MASA INDIVISA.— En nuestro derecho positivo, los créditos no forman parte de la masa indivisa; por el contrario, ellos se dividen de pleno derecho desde el momento mismo de la muerte, en proporción a la parte en que cada heredero es llamado a la herencia (arts. 3485 Ver Texto y sigs.). Se dice en apoyo de esta solución que la indivisión sólo se concibe allí donde la naturaleza del bien hace imposible una división inmediata, tal como ocurre con una cosa mueble o inmueble, en cuyo caso son indispensables la valuación, la mensura, quizá la venta. Pero la naturaleza de los créditos es incompatible con el estado de indivisión, pues tratándose de una suma de dinero, no hay sino que realizar una simple operación aritmética para saber cuánto le corresponde a cada heredero. Nada justifica en este caso la comunidad (ver nota 14).

Tal razonamiento tiene una lógica impecable dentro del sistema de la continuación de la persona. Pero, siendo éste en sí mismo defectuoso, no tardan en aparecer las contradicciones y los inconvenientes. Desarrollaremos en primer término las consecuencias del principio y luego haremos su crítica.

1119/511

511. CONSECUENCIAS.— La regla de la división ipso jure de los créditos, tiene las siguientes consecuencias:

a) Derecho de persecución. Desde el momento mismo de la muerte —y va de suyo, sin necesidad de esperar a la partición— cada heredero puede exigir el pago de las deudas de la sucesión hasta la concurrencia de su parte hereditaria (art. 3486 Ver Texto). Si, por ejemplo, los herederos fueran tres del mismo grado, sólo podrán reclamar un tercio de la deuda.

Esta regla se aplica aun en caso de créditos hipotecarios, porque si, como principio, la hipoteca es en sí indivisible (arts. 3112 Ver Texto y 3233 Ver Texto), no lo es la suma de dinero a la que sirve de garantía (nota al art. 3112 Ver Texto) (ver nota 15). El deudor, pues, se libera parcialmente pagando la parte del heredero.

1119/512

512.— El heredero que ha cobrado su parte en un crédito adquiere la propiedad de ésta y la incorpora definitivamente a su patrimonio (ver nota 16). Tal solución se desprende obviamente del artículo 3486 Ver Texto , pues si lo cobrado debiera incorporarse a la sucesión, como sostiene SEGOVIA (ver nota 17), no se explicaría que el heredero fuera autorizado a cobrar solamente su parte. Pero si la solución legal es clara, sus implicancias son discutibles. Supongamos que, luego de haber pagado la parte de uno de los herederos, el deudor haya caído en insolvencia haciendo imposible el cobro de las partes de los restantes: ¿debe tenerse en cuenta la porción cobrada a los efectos de la partición? El problema se presenta con mayor desnudez en el supuesto de que el crédito cobrado sea el único haber de la sucesión: ¿está obligado a compartir el heredero lo que ha cobrado? La aplicación estricta

de las reglas del Código conduce a negar a los coherederos todo derecho sobre esa parte; de lo contrario, querría decir que el heredero no cobra para sí sino para la sucesión, que no hay división de pleno derecho de los créditos, ni se explicaría que el heredero pudiera ceder su parte. Pero hay que reconocer que la solución es mala, pues favorece la colusión dolosa entre el heredero y el deudor, quien próximo a la insolvencia, o insolvente ya, le paga en perjuicio de los coherederos. Es claro que quedaría a éstos la acción revocatoria; pero sabido es que la prueba del consilium fraudis es sumamente difícil (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 1210).

He aquí de manifiesto uno de los inconvenientes de la división ipso jure de los créditos. Ya iremos señalando otros.

1119/513

513. b) Pago parcial.— Consecuentemente con la regla anterior, es la contenida en el artículo 3488 Ver Texto : el deudor de un crédito hereditario se libra en parte de su deuda personal, cuando paga a uno de los herederos la parte que éste tiene en su crédito.

1119/514

514. c) Cesión.— Todo heredero puede ceder su parte en cada uno de los créditos de la herencia (art. 3487 Ver Texto). Esa cesión es definitiva; no está sujeta al resultado de la partición, de modo que el partidor debe tomar ese hecho como irrevocable (ver nota 18). Va de suyo que, al formarse las hijuelas, se computará en la del cedente el crédito cedido.

1119/515

515. d) Acreedores personales de los herederos.— Los acreedores personales de los herederos pueden embargar la parte de aquéllos en cada uno de los créditos hereditarios y pedir que los deudores de sus créditos sean obligados a pagarlos hasta la concurrencia de esa parte (art. 3489 Ver Texto). Esta disposición es muy clara en cuanto al derecho de los acreedores de embargar la parte que le corresponde al deudor en la herencia. ¿Pero pueden también ejecutar su crédito y obtener la subasta de la cuota parte del heredero deudor? La cuestión está discutida, pero la jurisprudencia y la doctrina largamente predominantes, les niegan, a nuestro juicio con razón, tal derecho (ver nota 19). Hasta que no se paguen las deudas de la sucesión y no se haga la partición, no se puede conocer el valor de dicha cuota parte. Puesta a subasta, lo que seguramente ocurrirá es que se pague por ella un precio vil, con grave perjuicio para el deudor. Y por lo demás, los derechos también respetables de los acreedores, quedan a salvo con el ejercicio de la acción oblicua. Ellos pueden intervenir en la sucesión, acelerar su trámite, lograr la partición y entonces ejecutar los bienes que le han correspondido al heredero.

Por último, la cuestión ha quedado a nuestro juicio concluida desde el punto de vista legal, con la sanción de la ley 14394, cuyo artículo 55 Ver Texto dispone que durante la indivisión autorizada por la ley, los acreedores particulares de los copropietarios de un bien

perteneciente a un acervo hereditario, no podrán ejecutar el bien indiviso. Es verdad que podría aducirse que esta disposición se refiere a las indivisiones previstas concretamente en la mencionada ley y no a otras y que en esos casos particulares la solución se justifica porque de lo contrario, uno de los condóminos podría contraer (o simular) deudas y hacerse ejecutar, con lo que se burlaría la indivisión protegida por la ley. Pero tal argumentación es fácilmente rebatible. El artículo 55 de la mencionada ley, se refiere a los acreedores de los herederos, sin distinguir entre los anteriores y los posteriores a la muerte del causante. Si el propósito del legislador hubiera sido solamente impedir aquella maniobra, habría limitado la prohibición de ejecutar a los posteriores. Y aunque es verdad que el artículo 55 Ver Texto se refiere al caso concreto de las indivisiones previstas en dicha ley, parece de rigor aplicarla a toda indivisión hereditaria, pues es evidente la analogía de situaciones.

En suma, los acreedores de los herederos pueden embargar su porción hereditaria, pero no ejecutarla.

Si un heredero es deudor de un tercero y éste, a su vez, lo es de la sucesión, se opera la compensación entre ambos hasta la concurrencia de la suma menor. Lo mismo ocurre con los créditos y deudas que el heredero tuviere con la masa, los cuales se extinguen por confusión, hasta la concurrencia de la parte hereditaria (art. 3494 Ver Texto).

1119/516

516. e) Caso de colación.— Como lo ha hecho notar FORNIELES, los mayores inconvenientes de la partición ipso jure de los créditos, se presentan en materia de colación. Supongamos que existan varios herederos, de los cuales uno ya recibió en vida la totalidad de su porción hereditaria y a quien, por tanto, no le corresponda nada en los restantes bienes. Si éstos se compusieran exclusivamente de créditos, resultaría que el heredero podría percibir de los deudores su parte proporcional, puesto que la colación sólo se hace efectiva en el momento de la partición y hasta entonces nada priva al heredero de cobrar su parte en los créditos. El remedio que quedaría a los coherederos sería el de un embargo preventivo, notificando al deudor que se abstenga de pagar, embargo que, en opinión de FORNIELES, que creemos atinada, debe acordarse con suma facilidad, pues no tiende a desposeer al embargado de ninguna parte de sus bienes, sino a impedir que se realicen actos definitivos en una sucesión no liquidada (ver nota 20). Es claro que el remedio del embargo será muchas veces tardío.

De igual modo, el heredero puede ceder su parte y la cesión es definitiva, aunque la colación lo deje sin derecho alguno sobre esa parte (ver nota 21).

1119/517

517. CONFLICTO CON LA PARTICIÓN.— El principio de la división ipso jure de los créditos entra en conflicto con la regla del artículo 3503 Ver Texto , según el cual, se juzga que cada heredero ha sucedido sólo e 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 a sus coherederos; como también que el derecho a los bienes que le han

correspondido por la partición, lo tiene exclusiva e inmediatamente del difunto y no de sus coherederos. Como, por otra parte, la hijuela se forma con los créditos (art. 3469 Ver Texto) y puede adjudicarse a uno de los coherederos la totalidad de un crédito, compensándolo con otros valores (art. 3471 Ver Texto), puede presentarse el siguiente conflicto: supóngase que un crédito haya sido asignado en su totalidad a un heredero; de acuerdo con el artículo 3503 Ver Texto resultaría que lo ha recibido inmediatamente del causante y no de sus coherederos; pero según los artículos 3485 Ver Texto y siguientes, la división del crédito se habría producido de pleno derecho en el instante mismo de la muerte, de modo que la porción correspondiente a cada heredero ha quedado definitivamente incorporada a su patrimonio.

¿Cómo se concilian estos textos? La cuestión ha sido ampliamente debatida en Francia, donde hay un problema similar. Similar, pero no igual, pues, como ha hecho notar FORNIELES, los textos de nuestro Código que imponen la división ipso jure de los créditos y atribuyen a cada heredero la propiedad exclusiva de su parte, tienen una fuerza y claridad que no existen en el Código francés (ver nota 22). Sin embargo, el conocimiento de la discusión habida en aquel país es muy ilustrativo para nosotros (ver nota 23).

a) Para algunos autores, el principio de la retroactividad de la partición no se aplica a los créditos, que se rigen por la regla de la división automática. Si más tarde alguno de los créditos figura íntegramente en la hijuela de uno de los herederos, ello es en virtud de una cesión hecha por los coherederos. Como tal, ésta no producirá efectos respecto del deudor cedido, sino una vez que le ha sido notificada; hasta ese momento, el pago hecho por el deudor a uno de los herederos, aun después de la partición, es válido. Y con tanta mayor razón son válidos todos los actos de ejecución, extinción o apremio realizados en el tiempo intermedio (ver nota 24).

b) Para otros, la partición no tendría respecto de los créditos un efecto declarativo y, por tanto, retroactivo, sino atributivo. Hasta ese momento, cada coheredero ha sido dueño de su parte y ha podido actuar válidamente como tal. Después de la partición, el coheredero adjudicatario adquiere la propiedad de todo el crédito, pero esa propiedad no puede crearse, establecerse o sostenerse más allá de lo que esté consentido por actos o hechos de ejecución, extinción, disposición o apremio realizados con anterioridad. Los efectos de la práctica no dependen de la notificación al deudor ni de su aceptación (ver nota 25). Cabe agregar, empero, que DEMOLOMBE admite la validez del pago parcial hecho después de la partición a uno de los coherederos no adjudicatarios por el deudor de buena fe; sólo cuando él se hubiera enterado de la partición —sin que sea necesaria la notificación formal— su pago resulta inoponible al adjudicatario (ver nota 26).

c) Según una tercera opinión, hoy predominante en la doctrina y jurisprudencia francesa, la partición tendría, simultáneamente, efectos atributivos y declarativos. Los créditos se dividen de pleno derecho, según este punto de vista, solamente para impedir que durante la indivisión los deudores hereditarios dejen de cumplir sus obligaciones y que algún heredero pueda cobrar, en perjuicio de sus coherederos, la totalidad de un crédito; son válidos los pagos y las compensaciones entre el heredero y los deudores. Estos actos deben ser respetados por los adjudicatarios del crédito; respecto de ellos, la partición es atributiva, no retroactiva. Pero la división de pleno derecho no autoriza actos de disposición voluntaria, ni cesiones, es decir, operaciones no comunes, anormales. Respecto de ellos la partición es

declarativa y retroactiva, lo que significa que el adjudicatario puede desconocer las cesiones hechas durante la indivisión (ver nota 27).

1119/518

518.— Todas estas teorías son un ponderable esfuerzo por conciliar textos que no pueden avenirse. Frente a la contradicción manifiesta de los artículos 3503 Ver Texto y 3485 Ver Texto y siguientes, creemos que lo más atinado es buscar la solución que mejor consulte los intereses en juego, aceptando bien el principio del artículo 3503 Ver Texto , o bien el de los artículos 3485 Ver Texto y siguientes, según resulte más equitativo en cada caso particular.

Desde luego, en nuestro derecho positivo es inadmisibles la teoría que hemos expuesto en último término, pues choca con preceptos clarísimos que convalidan expresamente los actos de disposición de cada coheredero respecto de su parte, desde el momento mismo de la muerte (arts. 3486 Ver Texto -3489) y hasta la partición. Las otras dos teorías no difieren sustancialmente en sus efectos prácticos. Ambas reconocen la validez de los actos realizados por cada coheredero respecto de su parte en el crédito, desde la muerte hasta la partición. La divergencia más importante se refiere al caso de que el deudor, después de la partición, pero ignorándola, haya pagado a un coheredero no adjudicatario una parte del crédito. ¿Es válido ese pago? Para quienes sostienen la teoría de la cesión, la solución es clara: mientras el deudor cedido no haya sido notificado, el pago es válido (ver nota 28). Para otros, la notificación no es necesaria a fin de que la partición produzca plenos efectos (uno de los cuales es que los coherederos no adjudicatarios han dejado de ser acreedores); en principio, por tanto, el pago estaría mal hecho, pero si el deudor cedido es de buena fe, podría ampararse en el artículo 783 Ver Texto , Código Civil, para sostener su validez (ver nota 29). Como se ve, por un camino o por otro, se llega al resultado apetecido, que es la protección de los terceros de buena fe.

1119/519

519. CRÍTICA DEL CÓDIGO.— En las páginas precedentes han quedado de manifiesto los defectos y contradicciones del principio de la división ipso jure de créditos y deudas. Es claro que él se desprende casi necesariamente del sistema de la sucesión en la persona, pues si la transmisión de la herencia se opera instantáneamente en el momento de la muerte, si el heredero continúa la persona del causante, el estado de comunidad sólo se explica respecto de las cosas materiales, insusceptibles de división automática. Pero tratándose de los créditos, en que la división es una simple operación aritmética, se impone la adjudicación parcial en plena propiedad desde el momento de la muerte. El defecto está, pues, en la base, en el sistema de la sucesión en la persona. Por el contrario, si se adopta el de la sucesión en los bienes, todos estos problemas tienen una solución congruente y normal. Se forma la masa hereditaria con todos los bienes dejados por el causante, inclusive los créditos, se pagan las deudas y luego se procede a la partición. Los herederos sólo son dueños de su hijuela. Hasta ese momento la sucesión goza de una personalidad jurídica limitada, destinada a favorecer las operaciones de realización del activo, liquidación del pasivo y partición.

(nota 1) Véase nota al art. 3439 Ver Texto . Esta solución ha sido consagrada también por la jurisprudencia francesa (puede verse una completa referencia en SIESSE, Contribution a l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé, p. 123 y sigs.) y por el Código Civil alemán (art. 2038).

(nota 2) Es una aplicación del principio de la subrogación real (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 740). Es la solución del art. 2041, C. Civil alemán y de la jurisprudencia francesa: Cass, 5/12/1907, Sirey, 1900.1.5; SIESSE, Contribution a l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé, p. 129; ESMEIN, nota en Sirey, 1838.1.258; SOMARRIVA UNDURRAGA, Indivisión y partición, n° 26.

(nota 3) FORNIELES, t. 1, n° 23.

(nota 4) FORNIELES, t. 1, n° 235.

(nota 5) C.S.N., 17/10/1941, L.L., t. 25, p. 152; id., 29/4/1982, E.D., t. 100, p. 213; C. Civil Cap., Sala A, 2/7/1970, E.D., t. 36, p. 627; Sala D, 23/3/1956, L.L., t. 82, p. 298; C. Com. Cap., 24/8/1940, J.A., t. 71, p. 634; Sup. Corte Buenos Aires, 22/6/1948, J.A., 1948-II, p. 555; C. 2ª Apel. La Plata, 21/5/1948, L.L., t. 51, p. 152; id., 2/6/1944, J.A., 1944-II, p. 606, etc.

(nota 6) La Sala B, de la C. Civil Cap., ha dicho que la sucesión es una entidad aparte de los herederos y que las ejecuciones van dirigidas contra ella y no contra estos últimos (22/11/1956, L.L., t. 85, p. 627); el mismo tribunal dijo en otro caso, que para vender un bien del sucesorio no es preciso inscribir la declaratoria de herederos, ya que es la sucesión, todavía indivisa, la que vende (25/7/1958, J.A., 1959-I, p. 181); en sentido similar, C. Civil 1ª Cap., 5/6/1933, J.A., t. 42, p. 581; id., 6/3/1939, J.A., t. 65, p. 665 (que admiten la existencia de una "entidad sucesión"); C. Fed. Cap., 11/9/1940, G.F., t. 143, p. 114 (donde se habla de un "ente ficticio"); C. Paz Cap., Sala V, 14/2/1964, E.D., t. 8-64, p. 861 (que dijo que las sucesiones son sujetos de relaciones jurídicas provistas de personalidad propia); Sup. Trib. Corrientes, 10/5/1944, J.A., 1944-II, p. 238 (que sostuvo que la sucesión es una entidad jurídica que sucede al causante en sus deberes y obligaciones); por su parte, la Suprema Corte de Buenos Aires ha dicho que la sucesión es una entidad provista de personalidad propia y un sujeto de relaciones jurídicas, aunque no propiamente una persona jurídica (22/4/1958, J.A., 1959-I, p. 59).

(nota 7) C. Civil Cap., Sala B, 11/8/1958, J.A., 1959-I, p. 139; C. Civil 1ª Cap., 4/5/1936, J.A., t. 54, p. 373. En contra, C. Civil Cap., Sala C, 20/2/62, causa 78.286, que exigió la previa inscripción del testamento en el Registro de la Propiedad para la transferencia del dominio porque la sucesión no es una persona jurídica.

(nota 8) C. Civil 1ª Cap., 15/9/1939, J.A., t. 67, p. 784; id., 29/7/1937, J.A., t. 59, p. 164; C. Civil Cap., Sala B, 31/5/1954, exp. 19.859 (inérito).

(nota 9) JOSSERAND, t. 3, vol. 2, n° 1037; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1127; CAPITANT, *L'indivision héréditaire*, Revue Critique, Paris, 1924, p. 26.

(nota 10) Véase autores citados en nota anterior.

(nota 11) Véase jurisprudencia citada por JOSSERAND, CAPITANT y COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, citados en nota 871. Algunos autores galos sostienen la idea de la personalidad restringida; LEVY, *Revue Trimestrielle*, 1911, p. 658; SIESSE, *Contribution a l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé*, p. 491. En la doctrina italiana, véase en este sentido, CARNELUTTI, *Personalità ed autonomia nella società e nella comunione*, *Rivista di diritto commerciale*, 1913, t. 1, p. 86 y sigs.

(nota 12) ELGUERA, *La herencia yacente en el derecho romano*, Córdoba, 1952, n° 17. No está de más decir que este autor demuestra que la personería de la sucesión tiene claros antecedentes en el derecho romano. De acuerdo en reconocerle una personería restringida: LAFAILLE, t. 1, n° 414 y autores citados en nota anterior. Asimismo, LÓPEZ DEL CARRIL, L.L., t. 157, nota al fallo 71.568. FORNIELES, aunque niega esta solución en nuestro derecho positivo, propugna, para una reforma legislativa, erigir a la sucesión en un ente de derecho: El concepto de patrimonio y la identidad personal del difunto y del heredero, *Revista de Derecho Civil*, t. 2, p. 23. La idea de la personalidad jurídica ha sido sostenida en Francia por TROPLONG y DURANTON; en Alemania por LANDGORFF y VOGT (citado por FERRANDIS VILELLA, *La comunidad hereditaria*, p. 71); en Italia por LUZZATTO, *La coproprietá nel diritto italiano*, Torino, 1908, y por CARNELUTTI, *Personalità giuridica ed autonomia patrimoniale nella società e nella comunione*, *Studi di diritto civile*, Roma, 1916.

(nota 13) Véase, además de los fallos citados en nota 868: C. Civil Cap., Sala C, 23/6/1953, J.A., 1953-III, p. 323; Sala D, 15/3/1977, E.D. t. 75, p. 143; C. Civil 2ª Cap., 26/4/1950, J.A., 1950-IV, p. 263; Sup. Corte Buenos Aires, 22/6/1948, L.L., t. 52, p. 786; C. 1ª Apel. La Plata, 29/4/1947, J.A., 1947-II, p. 188; C. 2ª Apel. La Plata, 21/5/1948, L.L., t. 51, p. 152; FORNIELES, t. 1, n° 237; RÉBORA, t. 1, n° 214; MACHADO, quien habla de "una especie de condominio", t. 9, p. 42; SEGOVIA, t. 2, art. 3453, p. 504, nota 10; ZANNONI, t. 1, § 483 (quien dice que si bien no es propiamente un condominio, se aplican sus reglas). En un fallo se dijo que hasta el momento de la partición, nos hallaríamos ante un condominio de tipo germánico que considera el acervo sucesorio como una unidad o universalidad de bienes donde nada se dispone ni se divide hasta estar solventadas las obligaciones del causante, y por ello, en lo que atañe a la administración, la decisión de la mayoría no obliga a la minoría; en cambio, cuando se entra al estado de partición, prevalece el condominio romano y por ello debe privar la opinión de la mayoría (C. Civil 2ª Cap., 21/6/1949, L.L., t. 56, p. 565). Igual opinión había sostenido el Dr. Tezanos Pinto en el plenario del 20/5/1935, J.A., t. 50, p. 577.

(nota 14) Véase especialmente HUC, t. 5, n° 450 y ZANNONI, t. 1, § 503.

(nota 15) De acuerdo: FORNIELES, t. 1, n° 220; MACHADO, t. 9, p. 147, nota; LLERENA, t. 6, p. 309.

(nota 16) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala A, 15/11/1959, causa 58.946 (inédita); ZANNONI, t. 1, § 504.

(nota 17) SEGOVIA, t. 2, p. 527, notas 105 y 107.

(nota 18) LLERENA, t. 66, p. 312; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 525; MACHADO, t. 9, p. 150 y sigs., nota. SEGOVIA, en cambio, opina que la cesión está sujeta al resultado de la partición, lo que es congruente con su pensamiento de que el heredero no cobra la parte del crédito para sí, sino para la sucesión.

(nota 19) C. Civil 1ª Cap., 11/8/1922, J.A., t. 9, p. 225; C. Civil 2ª Cap., 27/5/1946, L.L., t. 42, p. 811; C. Com. Cap., Sala A, 15/2/1977, E.D., t. 75, p. 364; C.C.C. Rosario, Sala 2, 5/5/1971, J.A., t. 39., p. 1; Sup. Trib. Entre Ríos, 25/2/1972, L.L., t. 149, p. 387; S.C. Tucumán, 23/8/1946, L.L., t. 46, p. 641; S.C. San Juan, 19/8/1935, J.A., t. 51, p. 742; C.C.C. Paraná, 26/8/1985, Zeus 40-J-56; DÍAZ DE GUIJARRO, Improcedencia de la venta judicial de las acciones y derechos del deudor, J.A., t. 51, p. 744; ZANNONI, Sucesiones, t. 1, n° 640; RÉBORA, Sucesiones, 2ª ed., t. 1, n° 243; FORNIELES, Sucesiones, t. 1, n° 249; GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 3, p. 467; COLOMBO, Código Procesal Civil y Comercial, 4ª ed., t. 2, p. 141; PODETTI, J.A., 1946-II, p. 430; FASSI, Código Procesal Civil y Comercial, t. 2, n° 3089; CASTRO, Curso de Procedimientos Civiles, t. 3, n° 110; BIBILONI, nota al art. 1033 del Anteproyecto.

En contra, sosteniendo que la cuota hereditaria es ejecutable por los herederos, C. Fed. Rosario, 27/8/1941, J.A., t. 75, p. 694; FERRER, Venta forzada de derechos hereditarias, J.A. 1986-4, p. 888 (el más prolijo desarrollo de este punto de vista en nuestra doctrina); PALACIO, Derecho Procesal Civil, t. 7, n° 1125.

(nota 20) FORNIELES, t. 1, núms. 222 y 223.

(nota 21) FORNIELES, t. 1, n° 224; LAFAILLE, t. 1, n° 409.

(nota 22) FORNIELES, t. 1, n° 219.

(nota 23) Al hacer la síntesis que va a continuación, hemos seguido principalmente a RÉBORA y GRÜNBERG, Cinco estudios de derecho sucesorio, p. 192 y sigs.; y RÉBORA, Sucesiones, t. 1, n° 233. Omitimos la exposición del punto de vista de algunos viejos fallos franceses, que atribuían un valor absoluto al efecto declarativo y retroactivo de la partición, declarando inoponible al heredero adjudicatario de un crédito cualquier acto, pago o cesión hechos por el coheredero respecto de su parte. Esta solución no puede ser tenida en cuenta en nuestro derecho, dados los términos categóricos de los arts. 3485 Ver Texto y sigs. y ha sido también abandonada en Francia.

(nota 24) DEMANTE, t. 3, n° 255 bis; MOURLON, t. 2, n° 486; HUC, t. 5, n° 448; DURANTON, t. 7, núms. 163 y 519.

(nota 25) DEMOLOMBE, t. 17, núms. 290 y sigs.; AUBRY y RAU, t. 66, § 635; MARCADÉ, t. 3, n° 417; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 3, núms. 3020 y sigs.; PLANIOL, t. 3, núms. 2398 y sigs. Nuestra Corte Suprema siguió este criterio en el fallo del 25/8/1926, G.F., t. 64, p. 93.

(nota 26) DEMOLOMBE, t. 17, n° 297.

(nota 27) Cour Cass., 5/12/1907, Dalloz, 1908, 1.113; COLIN-CAPITANT, t. 3, p. 514; JOSSERAND, t. 3, vol. 2, núms. 1210 y sigs.; HEMARD, t. 3, núms. 3214 y sigs. Entre nosotros, sigue este punto de vista, RÉBORA, t. 1, n° 233.

(nota 28) Así lo sostiene FORNIELES, t. 1, n° 219. Este autor esgrime en apoyo de la teoría de la cesión, las palabras del art. 3503 Ver Texto que al hablar de los efectos retroactivos de la partición, se refiere a los objetos hereditarios. Esto indicaría, según FORNIELES, que esos efectos sólo regirían respecto de cosas materiales, pero no de los créditos. El argumento no parece muy convincente, porque las palabras objetos hereditarios están tomadas en sentido evidentemente genérico (LAFAILLE, t. 1, n° 407), como que en seguida el mismo texto legal dice que el derecho a los bienes que a cada heredero le ha correspondido por la partición, lo tiene exclusiva e inmediatamente del difunto y no de sus coherederos. Bienes, tanto significa cosas como créditos; y la palabra objeto es específicamente empleada en algunos textos para designar los bienes inmateriales (art. 2312 Ver Texto).

Que el argumento nos parezca débil no significa que la teoría y sobre todo sus consecuencias, sean malas.

(nota 29) LAFAILLE, t. 1, n° 407.

1119/11220

§ 2.— Derechos de los coherederos

1119/520

520.— Independientemente de los derechos que cada uno de los coherederos tiene sobre la parte de su crédito —tema del cual nos hemos ocupado en los párrafos anteriores— el Código les acuerda otros sobre las cosas indivisas. De ellos trataremos a continuación.

1119/521

521. POSESIÓN.— La posesión de la herencia por algunos de los herederos, aprovecha a los demás (art. 3449 Ver Texto). El texto alude a la posesión derecho real y no a la posesión

hereditaria, puesto que, referido a ésta, el artículo no tendría sentido. Además, la nota cita a DEMOLOMBE (ver nota 1), quien alude al derecho real.

Esta regla es una aplicación de la idea de que los comuneros poseen unos para los otros (ver nota 2). Su principal consecuencia es la imprescriptibilidad de la acción para pedir la partición, a menos que el heredero que poseía como tal haya intervertido su título y empezado a poseerlo como dueño exclusivo (art. 3460 Ver Texto). Sobre este tema volveremos más adelante.

1119/11790

521 bis. USO Y GOCE.— Los comuneros tienen en principio un derecho de uso y goce de las cosas comunes; normalmente, ellos acuerdan la forma en que tal uso es ejercido, y nada obsta a que uno de ellos goce con exclusividad de ciertos bienes, si así está acordado o si ese heredero tiene un derecho propio sobre el bien, tal como puede ser el de inquilino (véase n° 525) (ver nota 3).

1119/522

522. REIVINDICACIÓN.— Dispone el artículo 3450 Ver Texto que cada heredero, en el estado de indivisión, puede reivindicar contra terceros detentadores de los inmuebles de la herencia. ¿La acción debe limitarse a la parte ideal del demandante o, por el contrario, se refiere a todo el inmueble? La cuestión ha sido controvertida en nuestro derecho. Algunos autores sostienen que los herederos sólo pueden reivindicar su parte (ver nota 4), fundándose en la nota bastante oscura que va al pie del artículo, en la opinión de quienes le sirvieron de fuente (ver nota 5) y en lo dispuesto por el artículo 2761 Ver Texto respecto del condominio. Tal parecer está hoy superado por constante decisión de la jurisprudencia, que autoriza a los comuneros a reivindicar la totalidad del inmueble (ver nota 6). Las razones en que se funda esta solución son irrefutables: 1) En primer término, el texto legal dice que los coherederos pueden reivindicar los inmuebles, no la parte indivisa de ellos. 2) En segundo lugar, esta es la mejor solución del punto de vista práctico, porque no tiene sentido que, habiéndose declarado procedente la acción de uno de los herederos, se limiten sus efectos a ese heredero, obligando a los demás a seguir otros pleitos y porque la reivindicación total facilita las operaciones de realización del activo y partición. Contra tan claras razones, no es posible invocar la equívoca nota al artículo 3450 Ver Texto , que da pie a ambas tesis, ni la autoridad de las fuentes, que por muy respetables que sean, no obligan al intérprete a aceptar la peor solución en contra de lo que dice el texto legal del mismo.

Va de suyo que el inmueble reivindicado entra en la masa y está sujeto a la partición.

1119/523

523.— Admitido que el heredero puede reivindicar el total, cabe preguntarse si podría limitar su acción a su parte indivisa. Creemos que sí, pues esta solución aparece autorizada por el artículo 2761 Ver Texto (ver nota 7); pero es muy poco probable que, teniendo

derecho a reivindicar todo, se limite la acción a una parte, creándose dificultades y dilatando la partición.

La acción de los herederos, si prospera, favorece a todos los coherederos; pero si es rechazada no puede serle opuesta a los coherederos que no han sido parte en el juicio (ver nota 8).

1119/524

524.— Por fin, cabe notar que el texto se refiere únicamente a los inmuebles, pero no hay motivo alguno para no aplicar idéntica solución a los muebles (ver nota 9).

1119/11800

524 bis.— De más está decir que el heredero que ha logrado la incorporación de un bien a la comunidad como consecuencia de la acción dirigida contra un tercero, tiene derecho a reclamar de los comuneros el reembolso de los gastos realizados (ver nota 10).

1119/525

525. COHEREDERO INQUILINO (ver nota 11).— ¿Puede el heredero ser inquilino de un bien perteneciente a la sucesión? El problema se presenta frecuentemente cuando el heredero ha sido locatario del causante.

Una aplicación estricta del concepto romanista de la sucesión en la persona obligaría a rechazar la idea de que el coheredero sea al mismo tiempo locador y locatario; este contrato consigo mismo es muy difícil de concebir lógicamente (ver nota 12). Pero bajo la presión acuciante del problema de la vivienda, los tribunales de casi todo el país, en particular los de la Capital Federal, lo han admitido (ver nota 13). Más aún: se ha decidido que si la casa alquilada a un heredero se vende en el juicio sucesorio, el comprador tiene que respetar la locación (ver nota 14). Es obvio que la razón determinante de estas acertadas decisiones ha sido evitar que el inquilino, se vea privado de su derecho a la locación por la circunstancia de ser heredero del locador, mientras sigue gozando de ella el locatario que no tiene ese carácter. Por lo demás, sea que se conciba a la comunidad como una persona jurídica (en cuyo caso tiene personería distinta de los herederos y puede contratar con ellos), o bien como un condominio (en cuyo caso el condómino tiene derecho a tomar en locación la cosa común, art. 2702 Ver Texto , Cód. Civil), lo cierto es que la figura del heredero-locatario encaja perfectamente en nuestro derecho positivo.

Cabe añadir que los tribunales de la Provincia de Buenos Aires se han mostrado vacilantes, habiéndose inclinado la Suprema Corte a considerar que el contrato de locación celebrado por el causante con uno de sus herederos, se extingue a su muerte por confusión (ver nota 15).

1119/526

526. OCUPACIÓN DE UN INMUEBLE DE LA SUCESIÓN POR UN COHEREDERO.— Se trata de una hipótesis distinta de la considerada en el párrafo anterior, porque en este caso el heredero no pretende tener derecho a la locación. Por lo común, se trata de algún heredero que vivía con el causante y que después de su muerte ha seguido ocupando la casa. Si los coherederos solicitan que se fije un precio a esa ocupación, debe hacerse lugar a su reclamo, desde que se trata de una cosa común y no es justo que uno solo de los condóminos sea el beneficiario; pero ese precio o indemnización (que se fijará teniendo en cuenta el valor locativo del inmueble) (ver nota 16) sólo corre desde el momento en que se lo pidió, pues por el tiempo anterior debe considerarse que existe consentimiento tácito a la ocupación gratuita (ver nota 17). Ello sin perjuicio de lo que decimos en los números 557-1 y siguientes, respecto del derecho de habitación del cónyuge supérstite.

Se ha declarado, con razón, que el hecho de que uno de los herederos haya sido designado administrador de la sucesión, no le da derecho a la ocupación gratuita de los bienes cuando los coherederos no la consienten (ver nota 18).

1119/527

527. MEDIDAS CONSERVATORIAS.— La segunda parte del artículo 3450 Ver Texto autoriza a cada heredero a ejercer, hasta la concurrencia de su porción, todas las acciones que tengan por fin conservar sus derechos en los bienes hereditarios, todo sujeto al resultado de la partición. Podrá, por lo tanto, obtener medidas precautorias, iniciar acciones para interrumpir la prescripción, entablar acciones posesorias o interdictos, etcétera.

(nota 1) DEMOLOMBE, t. 15, n° 483.

(nota 2) Véase DEMOLOMBE, loc. cit. en nota anterior.

(nota 3) FERRANDIS VILELLA, La comunidad hereditaria, p. 157 y sentencia allí citada del Tribunal Supremo de España del 8/4/1905.

(nota 4) FORNIELES, t. 1, núms. 244 y sigs.; SEGOVIA, t. 2, p. 480, nota 6; LLERENA, t. 6, p. 260; DE GÁSPERI, t. 2, n° 266; SALVAT, Derechos reales, t. 3, n° 2055.

(nota 5) DEMOLOMBE, t. 15, n° 481; AUBRY y RAU, t. 6, § 620, nota 2.

(nota 6) C. Civil 2ª Cap., 18/2/1943, L.L., t. 30, p. 141; id., 26/7/1939, J.A., t. 69, p. 500; Sup. Corte Buenos Aires, 16/5/1945, J.A., 1945-IV, p. 840; id., 27/10/1939, L.L., t. 16, p. 688; id., 11/11/1958, J.A., 1959-I, p. 524; Sup. Corte Tucumán, 9/11/1951, L.L., t. 66, p.

396; C. 1ª Apel. La Plata, 30/10/1951, J.A., 1952-II, p. 106; id., 22/12/1944, J.A., 1945-I, p. 688. En contra sólo se registran algunos viejos fallos: C. Civil 1ª Cap., 3/9/1918, J.A., t. 2, p. 416; C. Fed. Tucumán, 22/6/1942, J.A., 1942-III, p. 887; C. 2ª Apel. Córdoba, 6/4/1937, L.L., t. 6, p. 505. De acuerdo: LAFAILLE, t. 1, n° 416; RÉBORA, t. 1, n° 216; HALL, Facultades reivindicatorias del heredero, Buenos Aires, 1919; MOYANO y SPOTA, Alcance de la reivindicación por el condómino, J.A., t. 48, p. 619; MEYER, Cada uno de los herederos en el estado de indivisión puede reivindicar los inmuebles de la sucesión detentados por terceros, Rosario, 1909; CAFFERATA, Acciones del heredero durante el estado de indivisión, E.D., t. 60, p. 933; MOLINARIO, Estudios en homenaje a Héctor Lafaille, p. 12; ZANNONI, t. 1, § 490; GOYENA COPELLO, t. 3, p. 421; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 504; FORNIELES, que adhiere a la tesis de la reivindicación parcial en nuestro derecho positivo, reconoce que es preferible la solución de nuestra jurisprudencia (t. 1, n° 246).

(nota 7) De acuerdo: RÉBORA, t. 1, n° 216.

(nota 8) Sup. Corte Buenos Aires, 20/11/1934, J.A., t. 48, p. 622; ZANNONI, t. 1, § 491.

(nota 9) De acuerdo: ZANNONI, t. 1, § 492.

(nota 10) FERRANDIS VILELLA, La comunidad hereditaria, p. 160.

(nota 11) Véase la nota de jurisprudencia de E.D., t. 42, p. 578.

(nota 12) Este punto de vista ha sido desarrollado vigorosamente por el Dr. LEGÓN, voto en el fallo de la C. 2ª Apel. La Plata, 26/12/1950, J.A., 1951-II, p. 139; en el mismo sentido, ETKIN, nota en J.A., 1953-II, p. 137.

(nota 13) C. Civil Cap., Sala A, 20/3/1956, causa 30.651 (inérita); Sala B, 16/9/1954, J.A., 1956-I, p. 126; Sala C., 23/2/1951, L.L., t. 61, p. 761; Sala D, 30/5/1952, J.A., t. 66, p. 676; Sala E, 19/6/1962, E.D., t. 42, p. 578; Sup. Corte Buenos Aires, 18/9/1953, J.A., t. 72, p. 410; C. Apel. Río Cuarto, 12/12/1951, J.A., 1953-II, p. 137; de acuerdo: SPOTA, El condómino como locatario de la cosa común, J.A., 1956-I, p. 126; ZANNONI, t. 1, § 496.

(nota 14) Fallos citados en nota anterior. En contra: Sup. Corte Buenos Aires, 26/7/1949, L.L., t. 56, p. 361.

(nota 15) Sup. Corte Buenos Aires, 5/5/1964, J.A., 1964-V, p. 260; id., 5/6/1962, J.A., 1962-IV, p. 165; id., 24/4/1962, J.A., 1962-IV, p. 510; id., 27/12/1957, J.A., 1959-IV, p. 597; id., 11/9/1956, J.A., 1957-II, p. 537; id., 26/7/1949, L.L., t. 56, p. 361; C. Apel. 2ª La Plata, 26/12/1950, J.A., 1951-II, p. 139. En cambio la Sup. Corte provincial se había pronunciado en sentido contrario en el fallo del 18/9/1953, J.A., t. 72, p. 410.

(nota 16) C. Civil Cap., Sala A, 5/3/1981, L.L., 1981-C, p. 56.

(nota 17) C. Civil Cap., Sala A, 27/6/1985, L.L., fallo n° 84.322; Sala B, 26/12/1969, causa 152.553; Sala C, 22/10/1976, L.L., 1977-B, p. 23 y E.D., t. 72, p. 305; Sala C, 27/12/1969, E.D., t. 27, p. 699, id., 19/3/1970, E.D., t. 32, p. 337; id., 30/10/1980, E.D., t. 91, p. 788; id., 13/8/1987, L.L., fallo n° 86.309; Sala D, 26/3/1974, L.L., t. 157, fallo n° 71.568, con nota de LÓPEZ DEL CARRIL; Sala E, 21/4/1967, E.D., t. 18, p. 743; ZANNONI, t. 1, § 495; GOYENA COPELLO, t. 3, p. 424.

(nota 18) C. Civil Cap., Sala F, 11/3/1980, L.L., 1980-D, p. 140.

1119/11230

§ 3.— Administración de la herencia (ver nota 1)

1119/528

528. VACÍO DEL CÓDIGO; LA REGLA DEL ARTÍCULO 3451.— Partiendo de la base de que la comunidad hereditaria es una situación esencialmente transitoria, que la ley no debe fomentar, VÉLEZ guardó silencio respecto de la administración de la masa. Es un grave error, pues la experiencia demuestra que la indivisión suele durar largos años; una adecuada legislación debe prever la administración de los bienes, sin que ello signifique de modo alguno demorar la partición, ni fomentar la perduración del estado de indivisión.

Los Códigos de Procedimientos y la jurisprudencia han debido, pues, llenar esta laguna de nuestro Código Civil. Este contiene, empero, una regla básica: según el artículo 3451 Ver Texto , ninguno de los herederos tiene derecho a administrar la sucesión, ni las decisiones de la mayoría obligan a los herederos; las divergencias suscitadas entre ellos deben ser resueltas por el juez.

Se aparta así el codificador de la regla que hace prevalecer la mayoría en lo que atañe a la administración del condominio (art. 2700 Ver Texto). El trato diferente de situaciones tan semejantes se explicaría porque la comunidad hereditaria es involuntaria y no es lógico que uno de los coherederos resulte obligado por la voluntad de los otros (ver nota 2). Pero es necesario reconocer que sería bastante más razonable y práctico hacer imperar también aquí la decisión de la mayoría, abriendo un recurso ante el juez cuando esa decisión fuere notoriamente perjudicial o peligrosa para los intereses del recurrente.

1119/529

529. NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADOR (ver nota 3).— Para la designación de administrador, el juez debe proceder del siguiente modo: en primer lugar, y a pedido de parte, podrá fijar audiencia para designar uno provisional. El nombramiento recaerá en el cónyuge o en el heredero que hubiere acreditado, prima facie, mayor aptitud para el cargo.

Sólo podrá nombrar un tercero cuando no concurrieren esas circunstancias (art. 717 Ver Texto del Cód. Procesal).

Dictada la declaratoria de herederos, o declarado válido el testamento, convocará a nueva audiencia a los herederos y legatarios de parte alícuota, en su caso, y a los funcionarios que corresponda, para efectuar la designación de administrador definitivo (art. 723).

Las citaciones se harán por cédula, si se conocieran los domicilios, y por edictos, en caso contrario, debiendo comprender al Asesor de Menores e Incapaces, cuando haya interesados sometidos a su custodia. En caso de que la citación a la audiencia sea previa a la declaración, deberá oírse al apoderado fiscal. El juez no procederá de oficio, sino a petición de parte interesada (ver nota 4).

1119/530

530.— Si hubiere unanimidad de los herederos, el juez designará a la persona propuesta, pues el artículo 3451 Ver Texto , Código Civil, sólo lo autoriza a decidir divergencias entre aquéllos, pero no a resolver sus problemas de administración en contra de la voluntad unánime de los condóminos, lo que sería absurdo (ver nota 5).

En caso de divergencias, el juez elegirá el administrador, de conformidad con las siguientes reglas:

a) En primer término, deberá preferir al cónyuge supérstite (art. 735 Ver Texto , Cód. Procesal), solución lógica, porque en la mayor parte de los casos, no sólo tiene interés en los bienes como heredero, sino también a título propio, como socio de la comunidad conyugal. La jurisprudencia ha mantenido firmemente esta preferencia; sólo por causas graves, debidamente comprobadas, puede excluirse (ver nota 6). Así, se ha resuelto que no es suficiente el divorcio en el que ha sido declarado inocente, pues no pierde su vocación hereditaria (ver nota 7); la separación de hecho, mientras no se declare judicialmente la pérdida de la vocación hereditaria como consecuencia de ella (aunque este punto ha sido objeto de fallos contradictorios) (ver nota 8); la existencia de una demanda de petición de herencia instaurada por los hermanos del causante (ver nota 9); el matrimonio póstumo, mientras no se pruebe que el causante estaba enfermo al contraerlo, que murió dentro de los treinta días de su celebración y que falleció como consecuencia de esa enfermedad (ver nota 10); la circunstancia de que la mayoría de los herederos se oponga al nombramiento (ver nota 11); que el cónyuge sea de edad avanzada (ver nota 12) o no sepa escribir (ver nota 13) o no conozca el castellano (ver nota 14) o carezca de aptitudes técnicas (ver nota 15). Estos últimos fallos, relativos a la falta de aptitudes técnicas o físicas, nos parecen muy discutibles. Mucho más razonables son los pronunciamientos que negaron la administración al cónyuge analfabeto o de edad muy avanzada (ver nota 16), pues no hay que olvidar que se trata simplemente de una preferencia y no de un privilegio, que mal puede invocarse cuando se pueden poner en peligro, por incompetencia o inhabilidad, intereses de terceros.

Por el contrario, se han considerado causas suficientes de exclusión del cónyuge: la comisión de actos dolosos (ver nota 17), tales como la ocultación de bienes hereditarios (ver

nota 18); la actuación negligente durante la administración de hecho (ver nota 19); si el cónyuge y los hijos se imputan mutuamente la comisión de actos dolosos (ver nota 20); si el cónyuge tiene pendiente un juicio de insania (ver nota 21) o un proceso criminal por delito deshonesto; si está ausente (ver nota 22); si existe divorcio en el cual ha sido declarado culpable (ver nota 23); si existen serias discrepancias entre los herederos y el cónyuge superviviente ha sido acusado de maniobras dolosas, mediante un incidente de rendición de cuentas (ver nota 24).

La enemistad profunda entre el cónyuge y otros herederos ha dado lugar a fallos contradictorios, pero la tendencia de los tribunales de la Capital es no admitir este motivo como causal de exclusión (ver nota 25), salvo que el enfrentamiento adquiriera proporciones de relieve y se traduzca en disidencias perturbadoras (ver nota 26).

La preferencia del cónyuge se debe a que su interés casi siempre es prevaleciente en el acervo hereditario; pero si no tiene interés prevaleciente, la preferencia deja de funcionar y existiendo distanciamiento entre las partes, debe designarse a un tercero (ver nota 27).

b) A falta del cónyuge, o por imposibilidad o negativa suya, el juez debe dar preferencia al propuesto por la mayoría (ver nota 28) y sólo por razones importantes puede designar a otro (ver nota 29). Este criterio no se opone al principio del artículo 3451 Ver Texto : una cosa es, en efecto, que la mayoría tenga derecho a imponer sus decisiones a la minoría, y otra que el juez, entre los candidatos posibles, elija, salvo motivos serios, al querido por la mayor parte de los herederos, solución cuya lógica parece evidente (ver nota 30). Si hay una notoria enemistad o discordias graves en la familia (ver nota 31), o profundas divergencias de intereses (ver nota 32), es prudente que el juez designe de oficio un extraño, a menos que estas causales hayan sido creadas artificiosamente para apoyar una oposición irrazonable a la mayoría (ver nota 33). Algunos fallos de los tribunales de la Capital se muestran reacios a admitir la exclusión del administrador propuesto por la mayoría, por razones de enemistad entre los herederos (ver nota 34), lo que nos parece un error. No basta desde luego el mero distanciamiento (ver nota 35); pero sí debe bastar una situación de enemistad, porque en definitiva los bienes son comunes y no es razonable tener un administrador con el que se está enemistado (ver nota 36); con tanta mayor razón son suficientes las sospechas fundadas acerca de la falta de honorabilidad del pretendiente, por ejemplo, si hubiera sido condenado criminalmente por delitos graves, o si tuviera proceso abierto por esa causa. El artículo 735 Ver Texto , Código Procesal, dispone que el juez puede apartarse del parecer de la mayoría cuando se invoquen motivos especiales que a su criterio fueran aceptables, para no efectuar ese nombramiento.

Se ha declarado que constituye motivo razonable para apartarse del principio según el cual el nombramiento de administrador debe recaer entre los herederos, la circunstancia de que dicho administrador deba afrontar problemas delicados que requieren conocimientos jurídicos y experiencia en los negocios (ver nota 37).

531.— En las sucesiones testamentarias, el administrador puede ser designado por el testador, a menos que haya herederos forzosos, en cuyo caso corresponde que el juez lo designe a propuesta de éstos (ver nota 38).

1119/532

532.— A veces un heredero asume de hecho la administración, sin designación judicial y sin otorgamiento de poder por parte de los coherederos. Esta situación configura un mandato tácito (art. 1874 Ver Texto) si existe conocimiento y tolerancia de los coherederos, que es lo más frecuente, o gestión de negocios, si los coherederos lo ignoraban (ver nota 39).

1119/533

533. FACULTADES DEL ADMINISTRADOR.— La imprecisión del concepto de actos de administración y disposición (ver nota 40) y el silencio guardado sobre este punto por el Código ha dado lugar, en lo que atañe a las facultades del administrador, a una jurisprudencia contradictoria, que empero, en los problemas más importantes, tiende a uniformarse sobre bases prudentes.

Para resolver los problemas que en esta materia se presentan, es indispensable partir de ciertas premisas fundamentales: la administración corresponde, en principio, a todos los coherederos (art. 3451 Ver Texto); la designación de un administrador judicial se explica por la necesidad de concentrar en una sola persona la realización y la responsabilidad de ciertos actos indispensable en el manejo de los bienes, tales como cobro de alquileres, pago de impuestos, etcétera. En consecuencia, el administrador judicial sólo tiene facultades para realizar actos conservatorios de los derechos e intereses de la comunidad (ver nota 41); fuera de ellos, se requiere el consentimiento unánime de todos los herederos o, en su defecto, la decisión judicial (art. 3451 Ver Texto). De lo dicho anteriormente se desprende que hay que hacer la siguiente distinción: a) Actos conservatorios, que pueden ser válidamente realizados por el administrador, aun en contra de la oposición de algunos o de la mayoría (pero no de la unanimidad) de los herederos. b) Actos de administración que exceden el concepto de mera conservación, que requieran el consentimiento de todos los herederos o, en su defecto, la aprobación judicial. c) Actos de disposición, para los cuales es indispensable la unanimidad de los herederos, que no puede ser suplida por autorización judicial.

Desde luego, la partición escapa a las funciones del administrador y debe reputarse nula la que hubiera hecho sin el consentimiento unánime de los herederos (ver nota 42).

1119/534

534.— Veamos ahora la aplicación de estas ideas a los casos más dudosos:

a) Cobro de créditos. El administrador no puede cobrar los créditos (y mucho menos demandar su pago: véase n° 538), porque ellos no forman parte de la masa que administra,

sino que se dividen de pleno derecho entre los coherederos en el momento mismo de la muerte (véase núms. 510 y sigs.) (ver nota 43).

1119/535

535. b) Arrendamientos.— Entregar en arrendamiento bienes inmuebles escapa a las facultades del administrador judicial, pues no se trata de un acto conservatorio o urgente y, más aún, dificulta seriamente la partición (ver nota 44). En consecuencia, pensamos que el arrendamiento de inmuebles urbanos o rurales sólo puede hacerse con el consentimiento unánime de los herederos (ver nota 45). Podría aplicarse una solución menos estricta a los contratos de pastoreo, por períodos de menos de un año, porque este acto puede encontrarse dentro de la administración normal de un establecimiento de campo. También serían válidos los contratos de alquiler de cosas muebles si, dada la escasa importancia económica de la cosa o el breve tiempo de duración del contrato, es indudable que no se crean dificultades a la división de la herencia.

1119/536

536. c) Establecimiento de campo.— El administrador debe realizar todos los actos propios de una administración normal (ver nota 46); continuar la explotación del campo, sembrar sementeras, levantar cosechas y negociarlas, tomar o dar pastoreo, contratar personal para esas tareas (ver nota 47), pagar los impuestos (ver nota 48).

1119/537

537. d) Establecimientos comerciales.— También aquí el administrador tiene todas las facultades necesarias para continuar el giro del negocio, incluso comprar y vender mercaderías (ver nota 49) y renovar obligaciones pendientes (ver nota 50).

1119/538

538. e) Demandas (ver nota 51).— El principio general es que el administrador no puede poner ni contestar demandas a nombre de la sucesión, salvo autorización unánime de los herederos (ver nota 52). Si no hay esta unanimidad, el juez no podrá conceder esa autorización, salvo el derecho de los herederos para intentar individualmente las acciones que crean pertinentes (ver nota 53).

Pero este principio general cede cuando la acción tiene un propósito meramente conservatorio de derechos. Con razón se ha considerado que el administrador puede iniciar demanda por desalojo contra un tercero (ver nota 54), promover interdictos para defender o recobrar la posesión (ver nota 55), intentar el cobro judicial de los arrendamientos (ver nota 56) u otras deudas nacidas del giro del negocio administrado (ver nota 57). En cambio, no se lo debe considerar autorizado a instaurar acciones que corresponden a los herederos, so color de interrumpir la prescripción, pues aunque éste es un acto conservatorio, corresponde

sea promovido por los titulares del derecho (ver nota 58); puede también sostener un recurso procesal mediante la expresión de agravios, cuando el recurso ha sido interpuesto por los herederos (ver nota 59).

1119/539

539. f) Pagos.— No puede realizar otros pagos que los ordinarios de su administración (impuestos, sueldos, gastos requeridos por la explotación del inmueble o del fondo de comercio); pero no puede hacer gastos extraordinarios, ni mucho menos pagar deudas del causante (ver nota 60).

1119/540

540. g) Deudas, reparaciones urgentes, venta de cosas perecederas.— Tampoco puede contraer deudas a nombre de la sucesión, salvo casos excepcionales vinculados estrictamente con las necesidades urgentes de su administración (ver nota 61); el criterio para convalidar estos actos debe ser sumamente restrictivo, pues se trata de un acto de disposición, salvo la hipótesis señalada. No puede reconocer deudas a cargo de la sucesión (ver nota 62). En cambio puede realizar reparaciones necesarias o urgentes en los bienes de la herencia (ver nota 63), y aun venderlos si se encuentran en estado de destruirse o son de difícil conservación (ver nota 64). Sin embargo, en este último caso, pensamos que debe tratarse de un peligro inminente, pues de lo contrario corresponde recabar la autorización de los coherederos o la del juez.

1119/541

541. RENDICIÓN DE CUENTAS.— El administrador está obligado a rendir cuentas trimestralmente, salvo que la mayoría de los herederos hubiera acordado fijar otro plazo. Al terminar sus funciones rendirá cuenta final (art. 713 Ver Texto , Cód. Procesal). Esta obligación rige tanto para el administrador de hecho como para el designado regularmente (art. 1909 Ver Texto , Cód. Civil).

Si no lo hiciera, cualquiera de los interesados puede pedir la rendición.

1119/542

542. REMOCIÓN.— Normalmente, la administración dura hasta la partición, pues en ese momento cesa la indivisión. Sin embargo, el administrador puede ser removido de su cargo cuando haya justas causas a juicio del magistrado. El artículo 714 Ver Texto , 2º párrafo, Código Procesal, dispone que podrá ser removido de oficio o a pedido de parte, cuando su actuación importare mal desempeño del cargo. La remoción se sustanciará por el trámite de los incidentes.

Se ha considerado suficiente: no rendir cuentas, o hacerlo en forma inexacta (ver nota 65), haber revelado negligencia o falta de condiciones para el cargo (ver nota 66), retener fondos para gastos no autorizados (ver nota 67) o utilizarlos en beneficio propio (ver nota 68), distribuir ingresos entre algunos herederos sin la conformidad de los otros (ver nota 69), existir oposición entre sus intereses y los de la sucesión (ver nota 70). Pero no basta la sola omisión de la rendición de cuentas, si los herederos no lo han intimado a hacerlo (ver nota 71).

Aun sin justa causa, puede ser removido en cualquier momento por decisión unánime de los herederos, pero no basta la simple mayoría (ver nota 72). Si el nombramiento hubiera obedecido a la falta de comprobación del carácter de herederos de los presentados en autos, el juez puede removerlo, una vez verificado aquél y dictada la declaratoria (ver nota 73).

1119/543

543.— Mientras tramita el pedido de remoción, el juez puede suspenderlo, cuando las circunstancias del caso o la gravedad de las imputaciones que formulan así lo aconsejen (ver nota 74).

1119/544

544. REMUNERACIÓN.— Las funciones del administrador judicial deben ser remuneradas de conformidad con la escala del artículo 6° del arancel de abogados y procuradores; a los efectos del cálculo se tomarán en cuenta los ingresos obtenidos durante la administración, con prescindencia del valor de los bienes (art. 12 , arancel profesional, ley 12997).

¿Deben tomarse en cuenta los ingresos brutos, o los líquidos? Es obvio que, al no introducir ninguna limitación al concepto de ingresos, la ley alude a los brutos. Esta es, en efecto, la solución más justa (salvo la hipótesis que veremos enseguida), pues a veces una sucesión de cuantiosos bienes tiene un margen de beneficios muy reducido o no tiene ninguno, y no por ello deja de requerir una importante y, a veces absorbente, tarea de administración. Sería, por tanto, injusto que se tomaran en cuenta, los ingresos líquidos. Pero tal criterio no resulta equitativo para el caso de administración de fondos de comercio, en los que hay gran movimiento de compraventa de mercaderías; tomar en cuenta todos los ingresos, sin deducir el precio de compra de la mercadería, puede ser muy injusto y a veces el honorario resultaría confiscatorio. La Cámara Civil de la Capital en pleno ha resuelto que, en esta hipótesis, el honorario debe ser fijado discrecionalmente (ver nota 75).

1119/545

545.— En un caso se decidió que la escala del arancel sólo se aplica al administrador designado judicialmente, y no al de hecho, aunque mediara consentimiento de los interesados (ver nota 76). Nos parece una solución errónea. No vemos qué motivos hay para aplicar un criterio diferente a ambas situaciones, si la administración de hecho ha sido

consentida por los coherederos. El criterio del tribunal podría aplicarse, empero, al caso en que fuere asumida ante la ignorancia de los condóminos.

De cualquier modo, el administrador de hecho no necesita recurrir a un juicio ordinario para lograr la regulación (trámite que sería inútil y costoso para todos), bastando con oír previamente a los coherederos (ver nota 77).

1119/546

546.— A los efectos de la aplicación de la escala legal se tendrán en cuenta las rentas, pero no las realizaciones de capital, sin perjuicio de reconocer una remuneración extraordinaria por los trabajos útiles que con tal fin hubiere efectuado (ver nota 78). Tampoco se computan los ingresos posteriores a la cesación (ver nota 79). Si la administración no arroja ingresos, se los fijará discrecionalmente, teniendo en cuenta el monto de los bienes y la importancia de los trabajos (ver nota 80).

1119/547

547.— La función de administrador es personal, de modo que, si la delega en otro, no podrá percibir retribución (ver nota 81); ello no implica, desde luego, que no pueda designar los colaboradores que sean indispensables para su tarea. Empero, es bueno que estas designaciones se hagan con autorización judicial, pues de lo contrario los herederos podrían impugnarlas por inútiles y, de triunfar en la incidencia, el administrador tendría que tomar a su cargo la remuneración.

Si en los trabajos comunes de la administración se asesora con un abogado, son a su cargo los honorarios de éste; en cambio, en las cuestiones jurídicas que deba afrontar (por ej., demandas, cuando esté autorizado a interponerlas) serán a cargo de la masa (ver nota 82).

Los honorarios del administrador se reputan comunes y a cargo de la sucesión.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la general citada en nota 862, véase: MAGLIONE, La administración de los bienes, durante la comunidad sucesoria, Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, t. 10, p. 144 y sigs.; BUTELER, Administración de la herencia, Boletín Instituto Derecho Civil de Córdoba, 1939, p. 139 y sigs.; GITRAMA y GONZÁLEZ, Los supuestos de administración de la herencia, Revista Derecho Privado, Madrid, febrero de 1948; GUILLET, De l'administration des successions indivises, Bayeau, 1930; NATALI, L'amministrazione durante il periodo antecedente alla accettazione, Milano, 1947; y nota de jurisprudencia en E.D., t. 47, p. 709.

(nota 2) MACHADO, t. 9, p. 50, nota.

(nota 3) BIBLIOGRAFÍA: Véase MORENO DUBOIS, Problemas que plantean la designación y la remoción del administrador en el juicio sucesorio (nota de jurisprudencia), L.L., t. 126, p. 366.

(nota 4) C. Civil 1ª Cap., 10/6/1926, J.A., t. 30, p. 80; ALSINA, t. 3, p. 749; JOFRÉ, t. 5, p. 183, n° 13; BUTELER, Administración de herencia, Boletín Instituto Derecho Civil de Córdoba, 1939, p. 138.

(nota 5) C. Fed. Paraná, 26/5/1944, G.F., t. 171, p. 603; LAFAILLE, t. 1, n° 419; ALSINA, t. 3, n° 750.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala C, 22/3/1983, E.D., t. 107, p. 229; Sala D, 24/5/1956, L.L., t. 83, p. 592; Sala E, 1/9/1964, J.A., 1965-I, p. 529; C. Civil 2ª Cap., 10/9/1950, L.L., t. 60, p. 552; id., 8/11/1949, J.A., 1950-I, p. 526; C. Apel. 1ª La Plata, Sala I, 22/4/1947, L.L., t. 47, p. 37; C. Apel. 2ª La Plata, 6/8/1963, L.L., t. 112, p. 543.

(nota 7) C. Civil 1ª Cap., 23/4/1948, L.L., t. 50, p. 626; C. Civil 2ª Cap., 11/7/1949, L.L., t. 55, p. 437; C. Civil Cap., Sala F, 9/5/1972, E.D., t. 43, p. 383.

(nota 8) En el sentido indicado en el texto: C. Civil 2ª Cap., 5/3/1941, L.L., t. 21, p. 759. En el sentido de que basta la comprobación de la separación de hecho para excluir al cónyuge de la administración: C. Civil 1ª Cap., 14/7/1939, L.L., t. 11, p. 1167; C. 2ª Apel. La Plata, Sala II, 1/12/1950, L.L., t. 61, p. 793. Consideramos que la solución dependerá de las circunstancias del caso: si, por ejemplo, los bienes de la sociedad conyugal fueren más importantes que los propios del causante, debe concedérsele la administración al cónyuge superviviente, no obstante la separación de hecho; si por el contrario, los bienes propios fueren más importantes que los otros, puede ser justa la exclusión.

(nota 9) C. Civil Cap., Sala C, 25/8/1952, L.L., t. 68, p. 96; en contra: C. Civil 1ª Cap., 8/3/1938, L.L., t. 9, p. 970.

(nota 10) C. Civil 2ª Cap., 3/5/1950, L.L., t. 68, p. 95.

(nota 11) C. Civil 1ª Cap., 19/10/1923, J.A., t. 11, p. 744. En contra: C. Civil Cap., Sala C, 22/3/1983, E.D., t. 107, p. 229.

(nota 12) C. Civil 1ª Cap., 20/7/1923, J.A., t. 11, p. 109.

(nota 13) Caso citado en nota anterior.

(nota 14) C. Civil 1ª Cap., 24/3/1933, J.A., t. 41, p. 362. El caso se agravaba porque la cónyuge era, además, analfabeta.

(nota 15) C. Civil 2ª Cap., 11/5/1938, L.L., t. 10, p. 640.

(nota 16) C. Civil Cap., Sala C, 17/9/1970, E.D., t. 37, p. 53; C. Civil 1ª Cap., 22/7/1935, J.A., t. 51, p. 124.

(nota 17) C. Civil 1ª Cap., 6/7/1936, L.L., t. 3, p.329.

(nota 18) C. Civil 2ª Cap., G.F., t. 49, p. 307.

(nota 19) C. Civil 2ª Cap., 10/2/1942, L.L., t. 25, p. 648.

(nota 20) C. Civil 2ª Cap., 6/7/1936, L.L., t. 2, p. 701.

(nota 21) C. Civil 2ª Cap., 29/8/1929, J.A., t. 28, p. 153.

(nota 22) C. Civil 2ª Cap., 8/3/1922, J.A., t. 8, p. 167.

(nota 23) C. Civil Cap., Sala E, 16/5/1973, E.D., t. 49, p. 326.

(nota 24) C. Civil Cap., Sala C, 21/6/1976, E.D., t. 71, p. 431. En sentido concordante: C. Civil Cap., Sala C, 17/11/1981, L.L., 1982-A, p. 567.

(nota 25) C. Civil Cap., Sala C, 21/6/1976, E.D., t. 71, p. 431; Sala C, 26/3/1957, interlocutorio 38.748 (inérito), en el que se citan en igual sentido los fallos del mismo tribunal, causas 3185 del 3/10/1951; 14.165 del 21/8/1953 y 34.998 del 13/9/1956; Sala F, 9/5/1972, E.D., t. 43, p. 383. En cambio, anteriormente se había considerado que era causa suficiente para excluir al cónyuge la divergencia profunda de opiniones e intereses (C. Civil 1ª Cap., 14/7/1943, L.L., t. 31, p. 313; id., 20/8/1947, L.L., t. 48, p. 65) o la animosidad entre los herederos que traba la marcha normal del juicio (C. Civil 1ª Cap., 22/2/1938, L.L., t. 9, p. 675; C. Civil 2ª Cap., 22/6/1939, L.L., t. 15, p. 12). Creemos que era más prudente la anterior jurisprudencia que la actual. El fallo de la Sala C, que citamos en la nota siguiente importa adherir a este criterio.

(nota 26) C. Civil Cap., Sala C, 17/11/1981, L.L., 1982-A, p. 567; Sala A, 17/10/1990, L.L., fallo nº 89.484.

(nota 27) C. Civil Cap., Sala A, 2/6/1970, E.D., t. 37, p. 177 y J.A., t. 9, 1971, p. 354.

(nota 28) C. Civil Cap., Sala A, 31/8/1971, E.D., t. 41, p. 561; Sala C, 13/9/1956, L.L., t. 85, p. 159 y J.A., 1956-IV, p. 284; Sala D, 11/10/1965, E.D., t. 12, p. 470; C. Civil 2ª Cap., 9/12/1940, L.L., t. 21, p. 162; S.C. Tucumán, 4/12/1952, L.L., t. 71, p. 730.

(nota 29) C. Civil 1ª Cap., 19/12/1945, L.L., t. 41, p. 411; C. Civil 2ª Cap., 26/8/1947, J.A., 1947-III, p. 313; Sup. Trib. La Pampa, 17/5/1962, L.L., t. 107, p. 230.

(nota 30) De acuerdo: BUTELER, Administración de la herencia, Boletín Instituto Derecho Civil de Córdoba, 1939, p. 140.

(nota 31) C. Civil 1ª Cap., 30/10/1940, J.A., t. 72, p. 387.

(nota 32) C. Civil 1ª Cap., 20/8/1947, L.L., t. 48, p. 65; id., 14/7/1943, L.L., t. 31, p. 313; C. Civil 2ª Cap., 28/11/1949, L.L., t. 57, p. 294.

(nota 33) C. Civil Cap., Sala C, 13/9/1956, L.L., t. 85, p. 159 y J.A., 1956-IV, p. 185.

(nota 34) C. Civil Cap., Sala C, 26/3/1957, interlocutorio 38.748 (inédito), en el que se citan en igual sentido los fallos del mismo tribunal en las causas 3185 del 3/10/1951; 14.165 del 21/8/1953 y 34.998 del 13/9/1956.

(nota 35) C. Civil 1ª Cap., 31/8/1949, L.L., t. 56, p. 432.

(nota 36) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala B, 22/6/1955, L.L., t. 80, p. 687; Sala D, 26/8/1960, L.L., t. 100, p. 1000; Sala C, 13/9/1979, E.D., t. 85, p. 539.

(nota 37) C. Civil Cap., Sala C, 23/9/1957, Doctrina Judicial, 8/10/1957.

(nota 38) C. Civil 2ª Cap., 2/10/1947, L.L., t. 48, p. 755; id., 9/9/1947, L.L., t. 48, p. 118. En contra: PÉREZ LASALA, t. 1, n° 424.

(nota 39) De acuerdo: MESSINEO, t. 7, § 202, n° 8 bis.

(nota 40) Véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 841.

(nota 41) De acuerdo: C. Civil 1ª Cap., 4/5/1939, J.A., t. 66, p. 462; FORNIELES, t. 1, n° 239; MAGLIONE, La administración de los bienes, durante la comunidad sucesoria, Revista Colegio Abogados Buenos Aires, t. 10, p. 147. En el sentido de que se debe reconocerle facultades más amplias, BUTELER, Administración de la herencia, Boletín Instituto Derecho Civil de Córdoba, 1939, p. 142.

(nota 42) C. Civil Cap., Sala A, 31/12/1963, causa 92.223; C. Civil Cap., Sala B, 28/6/1954, L.L., t. 75, p. 349.

(nota 43) FORNIELES, t. 1, n° 241. En contra: C. Civil Cap., Sala F, 30/4/1964, L.L., t. 116, p. 684; C. Com. Cap., 10/3/1933, J.A., t. 41, p. 464; DÍAZ DE GUIJARRO, nota en J.A., t. 46, p. 347.

(nota 44) C. Civil Cap., Sala A, 29/8/1955, causa 27.324 (inérita); C. Paz Cap., Sala I, 26/12/1961, L.L., t. 109, p. 108; C. Apel. Mercedes, 11/6/1918, J.A., t. 1, p. 949; FORNIELES, t. 1, n° 241; LAFAILLE, t. 1, n° 422; ALSINA, t. 3, p. 756.

(nota 45) Así lo resolvió la C. Civil Cap., en el caso indicado en nota 953.

(nota 46) De acuerdo con todos los actos que se indican en el texto: FORNIELES y LAFAILLE, loc. cit., en nota anterior.

(nota 47) C. Civil 1ª Cap., 30/9/1936, L.L., t. 4, p. 589.

(nota 48) C. Civil 1ª Cap., 4/5/1939, J.A., t. 66, p. 462; id., 22/8/1941, J.A., t. 66, p. 94.

(nota 49) C. Civil 1ª Cap., 14/5/1947, J.A., 1947-II, p. 418; C. 2ª Apel. La Plata, 18/2/1941, L.L., t. 21, p. 781; LAFAILLE, t. 1, n° 422; FORNIELES, t. 1, n° 241.

(nota 50) C. Civil 1ª Cap., 21/9/1945, J.A., 1945-IV, p. 424.

(nota 51) BIBLIOGRAFÍA: Además de las obras generales, véase: DÍAZ DE GUIJARRO, Facultades del administrador de la sucesión para estar en juicio, J.A., t. 46, p. 347.

(nota 52) C.S.N., 6/11/1931, G.F., t. 97, p. 167; id., 29/4/1982, E.D., t. 100, p. 213; C. Civil Cap., Sala A, 31/12/1963, causa 92.223; id., 16/10/1964, causa 100.937; C. Civil 1ª Cap., 24/10/1927, J.A., t. 26, p. 109; id., 23/3/1928, J.A., t. 27, p. 233; id., 23/11/1933, J.A., t. 44, p. 176; C. Civil 2ª Cap., 18/4/1934, J.A., t. 46, p. 347; FORNIELES, t. 1, n° 239; ALSINA, t. 3, p. 756. En contra: C. Com. Cap., 10/3/1933, J.A., t. 41, p. 464; id., 21/12/1938, J.A., t. 65, p. 252; DÍAZ DE GUIJARRO, nota en J.A., t. 466, p. 347.

(nota 53) C. Civil 1ª Cap., 23/11/1933, J.A., t. 44, p. 176; id., 20/8/1947, L.L., t. 48, p. 65.

(nota 54) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala A, 4/3/1966, L.L., t. 123, p. 173; Sala C, 29/9/1989, L.L., fallo n° 88.255; C. Civil 1ª Cap., 21/9/1945, J.A., 1945-IV, p. 424; C. Paz

- Let. Cap., 11/5/1938, J.A., t. 62, p. 578; C. Paz Cap., Sala III, 11/11/1961, causa 43.061 (intruso). En contra: Sup. Trib. Santa Fe, 8/9/1942, Rep., L.L., t. 4, p. 1242, sum. 200.
- (nota 55) C.S.N., 9/10/1940, L.L., t. 20, p. 465; C. Civil Cap., Sala C, 29/9/1988, L.L., fallo n° 88.255; C. Civil 2ª Cap., J.A., t. 51, p. 970.
- (nota 56) C. Civil 1ª Cap., 21/9/1945, J.A., 1945-IV, p. 424; id., 5/9/1923, J.A., t. 11, p. 509.
- (nota 57) C. Civil 1ª Cap., 5/9/1923, J.A., t. 11, p. 509.
- (nota 58) De acuerdo: FORNIELES, t. 1, n° 241. En contra: C. Com. Cap., 5/6/1929, J.A., t. 30, p. 186; id., 23/11/1928, J.A., t. 28, p. 912; DÍAZ DE GUIJARRO, nota en J.A., t. 46, p. 349.
- (nota 59) C. Civil Cap., Sala A, 4/3/1966, L.L., t. 123, p. 173.
- (nota 60) C. Civil Cap., Sala C, 13/2/1953, L.L., t. 69, p. 479; C. Civil 1ª Cap., 25/7/1947, L.L., t. 47, p. 533; C. Civil 2ª Cap., 26/10/1936, J.A., t. 56, p. 234.
- (nota 61) C. 2ª Apel. La Plata, 18/2/1941, L.L., t. 21, p. 781; ALSINA, t. 3, p. 756.
- (nota 62) C. Civil 1ª Cap., 30/11/1921, J.A., t. 9, p. 433; id., 5/9/23, J.A., t. 11, p. 509; id., 29/11/1935, J.A., t. 52, p. 471; C. Civil 2ª Cap., 26/10/1936, J.A., t. 56, p. 234.
- (nota 63) C. Civil 1ª Cap., 3/11/1922, J.A., t. 9, p. 684; id., 4/5/1939, J.A., t. 66, p. 642; C. Civil 2ª Cap., 20/10/1935, J.A., t. 52, p. 163.
- (nota 64) C. Civil 1ª Cap., 13/8/1924, J.A., t. 13, p. 717.
- (nota 65) C. Civil 1ª Cap., 4/2/1927, J.A., t. 24, p. 58; C. Civil 2ª Cap., 8/2/1944, L.L., t. 33, p. 358.
- (nota 66) C. Civil 2ª Cap., 26/9/1923, J.A., t. 11, p. 600.
- (nota 67) C. Civil 2ª Cap., 20/10/1935, J.A., t. 52, p. 163.
- (nota 68) C. Civil 1ª Cap., 2/9/1932, J.A., t. 39, p. 365.

(nota 69) C. Civil 1ª Cap., 30/9/1936, J.A., t. 57, p. 129; C. Civil 2ª Cap., 9/6/1939, J.A., t. 66, p. 896.

(nota 70) C. Civil 1ª Cap., 30/9/1936, J.A., t. 57, p. 129.

(nota 71) C. Civil Cap., Sala B, 12/8/1954, L.L., t. 76, p. 687.

(nota 72) C. Civil 1ª Cap., 30/10/1931, J.A., t. 37, p. 653.

(nota 73) LAFAILLE, t. 1, nº 424.

(nota 74) C. Civil 1ª Cap., 26/10/1945, J.A., 1945-IV, p. 488.

(nota 75) C. Civil Cap. en pleno, 21/9/1954, L.L., t. 76, p. 532.

(nota 76) C. Civil 2ª Cap., 18/12/1947, L.L., t. 49, p. 232.

(nota 77) C. Civil Cap., Sala D, 7/11/1952, in re “Sucesión Sido” (inédito).

(nota 78) C. Civil 2ª Cap., 24/10/1945, L.L., t. 40, p. 475; id., 7/12/1948, L.L., t. 53, p. 423.

(nota 79) C. Civil 1ª Cap., 17/6/1927, J.A., t. 25, p. 137.

(nota 80) C. Civil 1ª Cap., 9/9/1935, J.A., t. 51, p. 827.

(nota 81) C. Civil 1ª Cap., 12/6/1944, J.A., 1944-III, p. 103.

(nota 82) C. Civil Cap., Sala D, 5/9/1954, causa 22.641 (inédita); C. Civil 1ª Cap., 30/12/1929, J.A., t. 32, p. 249; id., 30/3/1938, L.L., t. 10, p. 62; C. Civil 2ª Cap., 16/12/1929, J.A., t. 32, p. 300.

1119/11240

§ 4.— Transformación de la comunidad hereditaria en condominio

547-1. REQUISITOS FORMALES.— Hemos aludido anteriormente (núms. 506 y sigs.) a la polémica trabada en torno a la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria: si debe considerarse como una persona jurídica o como un condominio. Aun admitiendo el acierto de la última tesis, las diferencias entre esta forma peculiar del condominio y el derecho real legislado en los artículos 2673 Ver Texto y siguientes, son importantes (véase nº 508). Con frecuencia los herederos mantienen en indivisión sus bienes durante largos años. ¿Cuándo esa indivisión se transforma en condominio propiamente dicho?

De acuerdo con una opinión que debe considerarse predominante, para que tal efecto se opere no basta con la inscripción de la declaratoria de herederos en el Registro de la Propiedad, sino que es indispensable el otorgamiento de la escritura pública (arts. 2675 Ver Texto y 1184 Ver Texto , inc. 2º) (ver nota 1). Para llegar a la conclusión de que la inscripción de la declaratoria de herederos no puede por sí sola transformar la indivisión en condominio, basta, nos parece, la consideración de que tal inscripción puede ser pedida por uno solo de los coherederos y no se concibe la constitución de un condominio sin la conformidad de todos los interesados. Por nuestra parte estamos de acuerdo, en principio, en que la constitución del condominio exige el otorgamiento de escritura pública; pero las circunstancias del caso pueden inducir a reconocer su existencia, sin el cumplimiento de ese requisito formal, si durante largos años los coherederos se han comportado como condóminos. Así lo han reconocido nuestros tribunales (ver nota 2).

(nota 1) C.S.N., 16/3/1982, L.L., 1982-C, p. 360; C. Civil Cap., Sala B, 12/9/1956, J.A., 1957-II, p. 396 y L.L., t. 85, p. 473; Sala C, 10/11/1970, E.D., t. 37, p. 52; C. Civil 1ª Cap., 25/7/1923, J.A., t. 11, p. 113; C. Civil 2ª Cap., 5/9/1934, J.A., t. 47, p. 943; id., 21/8/1947, L.L., t. 47, p. 854. De acuerdo: ZANNONI, t. 1, § 525; LEGÓN, La declaratoria de herederos y la desintegración de la comunidad hereditaria, J.A., t. 47, p. 943, cuya lectura recomendamos. En contra: FORNIELES, Sucesiones, t. 1, nº 43.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala A, 19/12/1959, J.A., 1959-V, p. 435; id., 30/6/1959, causa 39.841; Sala E, 29/12/1966, J.A., 1967-III, p. 147 (el Tribunal dijo que son las circunstancias de hecho las que deciden si se ha constituido un verdadero condominio o se ha mantenido la indivisión hereditaria); Sala F, 1/12/1964, E.D., t. 10, p. 751; C. Apel. Junín, 1/11/1989, E.D., fallo nº 42.127 (debe estarse a las circunstancias de hecho). En contra: C. Civil Cap., Sala C, 6/8/1974, L.L., 1975-A, p. 523 y J.A., t. 27, 1975, p. 215 (el Tribunal sostuvo que no basta el largo tiempo).

1119/11250

§ 5.— La quiebra y el concurso en las sucesiones (ver nota 1)

547-2. EL PROBLEMA.— Los problemas inherentes a la sucesión de una persona, suelen complicarse con los de la quiebra o concurso, ya sea del causante, ya sea de los herederos. La complejidad propia de las sucesiones se agudiza entonces de modo notable. En los párrafos que siguen trataremos de las cuestiones prácticas más importantes; a tal fin nos ocuparemos primero del concurso preventivo de las personas fallecidas, luego de la quiebra o concurso de la sucesión y, finalmente, de la falencia de los herederos.

1119/11260

A.— CONCURSO PREVENTIVO DE PERSONAS FALLECIDAS

547-3. DISPOSICIÓN LEGAL.— ¿Puede dictarse la falencia de una persona fallecida? Tal posibilidad parece absurda a la luz del principio de que los bienes del causante se dividen ipso jure entre sus herederos en el mismo momento de la muerte. Pero una vez más, la idea de la personalidad jurídica de la sucesión brilla por su interés práctico; y la ley ha debido admitir la posibilidad de declarar la quiebra de una sucesión (art. 2º Ver Texto , inc. 2º, ley 19551). Y ello por la muy simple razón de que sólo el concurso civil o comercial brinda a deudores y acreedores las garantías de un procedimiento judicialmente controlado para la debida administración de los bienes y la correcta distribución del patrimonio entre los acreedores. Además, la quiebra brinda la posibilidad de impugnar los actos celebrados por el causante durante el período de sospecha, lo que para los acreedores puede ser importantísimo. Por encima de las discusiones de los teóricos, la quiebra de las sucesiones ha debido admitirse por irrecusables exigencias prácticas.

Más aún: los herederos tienen derecho a pedir el concurso preventivo del patrimonio del causante (art. 8º Ver Texto , ley 19551), con el objeto de proponer un acuerdo o concordato para el pago de las deudas.

El pedido debe hacerse de conformidad con las siguientes reglas: a) Debe formularse antes de vencido el plazo de seis meses desde la muerte del causante y antes de declarada la quiebra. b) La presentación puede ser efectuada por cualquiera de los herederos, debiendo ser ratificada por todos los demás dentro del término de treinta días; la falta de ratificación produce los efectos del desistimiento de la petición (arts. 6º Ver Texto , 8º Ver Texto y 10 Ver Texto , ley 19551).

Conforme con el aludido artículo 8º Ver Texto , ley 19551, el derecho de pedir el concurso preventivo queda reservado a los herederos. No lo tienen, por consiguiente, los legatarios. Pero cabe preguntarse si se lo debe reconocer a los legatarios de cuota. El interés de éstos en el concurso preventivo es palmario, porque un concordato con los acreedores puede salvar importantes bienes que se perderían irremisiblemente en caso de falencia. Parece justo, pues, reconocerle el derecho a pedir el concurso preventivo (ver nota 2). En cuanto al cónyuge, ninguna duda cabe de que lo tiene cuando es heredero; pero puede ocurrir que no lo sea, como en el caso de que todos los bienes sean gananciales y haya hijos (art. 3576 Ver Texto); aun en ese supuesto, él tiene interés en evitar el desapoderamiento de bienes comunes y en mantener su derecho a la administración de la sucesión. Pensamos pues que también él tiene derecho a pedir el concurso preventivo (ver nota 3).

1119/11270

B.— QUIEBRA O CONCURSO DE LA SUCESIÓN

547-4. QUIEBRA O CONCURSO PÓSTUMO.— Hemos dicho ya que aún después de la muerte del causante puede pedirse la falencia por cualquiera de sus acreedores (art. 2º Ver Texto , inc. 2º, ley 19551). El pedido debe ser hecho dentro del término de seis meses del deceso (artículo citado).

Advirtamos que la ley habla de la falencia del patrimonio del causante. Pero un patrimonio no tiene existencia por sí solo, aislado de su titular. Y por cierto que el titular no es tampoco el causante, pues la muerte ha provocado el aniquilamiento de su personalidad humana y jurídica. Lo que quiebra es la sucesión.

547-5. MUERTE DEL FALLIDO DURANTE EL TRÁMITE DE LA FALENCIA O DESPUÉS DE DECLARADA ESTA.— Dispone el artículo 109 Ver Texto de la ley 19551 que la muerte del fallido no afecta el trámite ni los efectos del concurso. Los herederos sustituyen al causante, debiendo unificar la personería. En el juicio sucesorio no se realiza trámite alguno sobre los bienes objeto de desapoderamiento y se decide sobre la persona que represente a los herederos en la quiebra.

Es indiferente que la muerte del causante se produzca durante el trámite del concurso o después de declarada la quiebra; los trámites de éste se continúan. Es una solución coherente con la idea de que se puede decretar la falencia de una sucesión.

547-6. COMPETENCIA.— Mientras en la sucesión entiende el juez del último domicilio del causante, en el concurso civil es competente el del domicilio del concursado en el momento de iniciarse el trámite (que puede no ser el último domicilio) y en la quiebra comercial el juez del lugar de la sede de la administración de los negocios, y si hubiere varias administraciones, el de la principal (art. 3º Ver Texto , ley 19551).

Suponiendo que en el momento de morir el causante el concurso civil o comercial esté ya en trámite, parece indudable que no hay fuero de atracción, pues el artículo 109 Ver Texto establece que el fallecimiento del causante no altera el trámite del concurso, y evidentemente habría alteración si se cambiase la competencia (ver nota 4). Más complicada es la solución si el pedido de quiebra es posterior al fallecimiento del causante. Pensamos que en tal caso el trámite de la quiebra es atraído por el sucesorio y que debe tramitar ante el mismo juez, aunque se trate de quiebra comercial (ver nota 5).

1119/11280

C.— QUIEBRA O CONCURSO DE LOS HEREDEROS

547-7. ACEPTACIÓN O REPUDIACIÓN DE HERENCIAS POR HEREDEROS FALLIDOS.— Ahora debemos considerar el supuesto, no ya de la quiebra del causante o de

su sucesión, sino de la falencia del heredero. ¿Qué efectos tiene esa quiebra sobre su derecho de aceptar o repudiar herencias?

En principio, la ley reconoce a los herederos fallidos el derecho de aceptar o repudiar herencias o legados (art. 115 Ver Texto , ley 19551). Pero al mismo tiempo arbitra los medios para evitar el fraude a los acreedores, ya sea con la aceptación de una herencia cargada de deudas, ya sea con la renuncia a una sucesión o legado que podría acrecentar la masa a distribuir entre los herederos. En consecuencia, el artículo 115 dispone:

a) En caso de aceptación, los acreedores del causante sólo pueden proceder sobre los bienes desapoderados, después de pagados los del fallido y los gastos de concurso. Por consiguiente, con independencia de que el heredero haya aceptado con o sin beneficio de inventario, se opera ministerio legis una separación de patrimonios: los acreedores del causante tienen derecho a cobrarse sus créditos del patrimonio que perteneció a su deudor, pero no pueden caer sobre los bienes del heredero aceptante no beneficiario sino después de que se haya pagado a todos los acreedores del heredero y se hayan satisfecho los gastos del concurso.

b) En caso de renuncia, ella produce sus efectos sólo en lo que exceda del interés de los deudores y los gastos íntegros del concurso. En otras palabras: la renuncia hecha por el heredero es inoponible a sus acreedores; de tal manera que el síndico puede obrar como si tal renuncia no se hubiera producido. Es decir, puede ejecutar los bienes que integran la herencia o el legado renunciado; pero si hubiere un saldo, éste no pertenece al heredero o legatario, porque respecto de él la renuncia es plenamente válida.

547-8. LEGADOS Y DONACIONES EN FAVOR DEL FALLIDO.— Dispone el artículo 116 Ver Texto , ley 19551, que la condición de que los bienes legados o donados no queden comprendidos en el desapoderamiento es ineficaz respecto de los acreedores, sin perjuicio de la subsistencia de la donación o legado.

La solución legal es de una justicia harto discutible. En la práctica, supone atribuir a la donación o legado —en caso de falencia— el carácter de una liberalidad en favor de los acreedores del beneficiario, lo que contraría abiertamente la voluntad expresa del donante o testador. En la Exposición de Motivos de la ley se pretende justificar la solución aduciéndose que se trata de evitar que se cometan abusos del crédito mediante la apariencia de un estado de solvencia. Pero este fundamento parece del todo insuficiente para consagrar una violación tan flagrante de la voluntad del autor de la liberalidad (ver nota 6).

(nota 1) Véase el excelente estudio de GUASTAVINO, Cuestiones sucesorias en las leyes 19550 y 19551 de sociedades y concursos, L.L., t. 147, p. 1064.

(nota 2) GUASTAVINO, op. cit. en nota anterior, n° 22, dice que la cuestión es dudosa, aunque parece inclinarse por la solución que propiciamos.

(nota 3) De acuerdo, GUASTAVINO, op. cit. en nota anterior, n° 24 (autor que opina que aun en la hipótesis considerada en el texto, el cónyuge sigue siendo heredero).

(nota 4) De acuerdo, GUASTAVINO, nota en L.L., t. 147, p. 1064.

(nota 5) La C. Civil 2ª Cap., decidió que el sucesorio atrae el concurso civil: 29/5/1925, J.A., t. 15, p. 948. En otro fallo se decidió que las circunstancias del caso son las que han de determinar si ambos juicios deben tramitar ante el juez de la sucesión o del concurso: C. Civil 1ª Cap., 26/7/1939, L.L., t. 15, p. 608. Y la C. Com. Cap., a su vez, resolvió que la convocatoria de acreedores estaba excluida de la atracción del sucesorio: 13/4/1937, L.L., t. 6, p. 368.

(nota 6) De acuerdo: GUASTAVINO, nota en L.L., t. 147, p. 1082, n° 50.

1119/11290

CAPÍTULO VII - DIVISIÓN DE LA HERENCIA

1119/11300

I. PARTICIÓN (ver nota 1)

1119/11310

§ 1.— Principios generales

1119/548

548. CONCEPTO.— Cuando existen varios herederos, el estado de indivisión tiene por naturaleza un carácter eminentemente transitorio. Normalmente debe terminar con la adjudicación a cada heredero de una parte de los bienes, pero no ya una parte alícuota ideal —que la tienen desde el momento mismo de la muerte del causante— sino una porción concreta. La partición es, pues, el acto mediante el cual los herederos materializan la porción ideal que en la herencia les tocaba, transformándola en bienes concretos sobre los cuales tienen un derecho exclusivo. Es un acto de asignación, tendiente a localizar los derechos de cuota; antes de él, esos derechos se traducen en una fracción numérica (un tercio, un cuarto); después de él se materializan en objetos determinados (ver nota 2).

1119/549

549. CARACTERES.— La partición tiene los siguientes caracteres:

a) Es obligatoria y puede ser pedida en cualquier momento por los interesados, salvo las hipótesis de postergación temporaria que se estudiarán en seguida (núms. 550 y sigs.).

b) Es declarativa y no atributiva de derechos; la ley supone que los bienes asignados a cada heredero han sido de propiedad exclusiva de éste desde el momento mismo de la muerte del causante; que los ha recibido de éste y no de sus coherederos. Del mismo modo, se supone que nunca ha tenido derechos sobre los bienes que han sido asignados a los demás (art. 3503 Ver Texto).

c) El derecho a pedirla es imprescriptible mientras dure el estado de indivisión; pero es susceptible de prescripción cuando la indivisión ha cesado de hecho, porque alguno de los herederos, obrando como único dueño, ha comenzado a poseerla de una manera exclusiva (art. 3460 Ver Texto ; véase núms. 562 y 563).

1119/550

550. EL PRINCIPIO DE LA DIVISIÓN FORZOSA DE LA HERENCIA; CASOS DE INDIVISIÓN TEMPORARIA (ver nota 3).— Nuestro Código, fiel a su liberalismo y a su desconfianza por toda forma de copropiedad, establece en el artículo 3452 Ver Texto que todos los interesados en la partición podrán pedirla, no obstante la prohibición del testador o cualquier convención en contrario (ver nota 4).

El principio de la división forzosa de la herencia, bueno como norma general, es sin embargo dañoso cuando se lo aplica indiscriminadamente, como lo quiere nuestro Código. Los bienes que integran un fondo de comercio, una fábrica, no pueden partirse sin una grave destrucción económica que perjudica, no sólo a los herederos, sino también a la sociedad. Basta, sin embargo, la voluntad de un heredero, díscolo o mal avenido, para provocar el derrumbe de la empresa. Otras veces el sucesor de mala fe se hará fuerte en su derecho a pedir la partición para obtener de sus coherederos ventajas excesivas e injustas. Aún más claramente se advierte la injusticia del sistema de la partición forzosa cuando se trata de bienes de familia y, muy particularmente de la vivienda. Con frecuencia el padre que ha construido su propia casa a costa de penosos y largos esfuerzos, se ha visto despojado de ella por sus propios hijos, que reclaman en la sucesión de su madre la parte que les corresponde en los gananciales. Y así, a la desgracia de perder la compañera, viene a sumarse la privación de la vivienda, la penuria económica, cuando no el desamparo.

1119/551

551.— Es natural, por lo tanto, la reacción prácticamente universal que se ha operado contra el principio de la partición forzosa (véase nº 558). En nuestro país, la ley 14394 ha introducido importantes reformas al régimen del Código. Se mantiene, como no podría ser de otro modo, el principio de la partición forzosa, pues nadie puede dudar acerca de los

gravísimos inconvenientes de mantener un condominio en contra de la voluntad de los dueños. Pero se admite la prolongación temporaria del estado de indivisión en los siguientes casos:

1119/552

552. a) Cuando así lo dispone el causante.— La indivisión de todos los bienes hereditarios no podrá imponerse por un lapso mayor de diez años; pero si se tratare de un bien determinado o de un establecimiento comercial, agrícola, ganadero, minero, o de cualquier otro que constituya una unidad económica, el plazo de la indivisión podrá extenderse hasta que todos los herederos alcancen la mayoría de edad, aun cuando ese plazo exceda los diez años. Cualquier otro término superior al máximo permitido se entenderá reducido a éste. La indivisión impuesta por el causante obliga aun a los herederos forzosos (art. 51 Ver Texto , ley 14394).

Con buen criterio, la ley agrega que, a pedido de parte interesada, el juez podrá autorizar la división total o parcial, cuando concurren circunstancias graves o razones de manifiesta utilidad o interés legítimo de tercero (art. citado). La ley deja librada a la apreciación judicial la importancia de los motivos que se invoquen para solicitar la división anticipada.

Cabe preguntarse si el acuerdo de todos los herederos para pedir la división basta para decretarla, no obstante la voluntad del causante de mantener la comunidad. Pensamos que basta con dicha conformidad porque, en definitiva, se trata de intereses y derechos que pertenecen a los herederos, y cuando todos ellos están de acuerdo en la conveniencia de una determinada solución, no es posible oponerse a su voluntad unánime (ver nota 5). Por lo demás, la ley autoriza al juez para decretar la división cuando existan razones de manifiesta utilidad (art. 51 Ver Texto); y si ninguno de los herederos quiere mantener el condominio, es sin duda útil ponerle término.

Pero el pedido de la mayoría no es suficiente para decretar la división; basta la oposición de uno solo de los herederos para mantener la indivisión, salvo decisión judicial fundada en causas graves (ver nota 6).

1119/553

553.— Aunque la ley no lo dice de modo expreso, es indudable que la voluntad del causante ordenando la indivisión debe ser hecha por testamento, única forma válida de disponer de los bienes para después de la muerte (ver nota 7).

1119/11810

553 bis.— Cabe preguntarse qué solución corresponde admitir para el caso de que el bien cuya indisponibilidad ha dispuesto el causante sea ganancial. Algunos autores piensan que la indivisión sólo puede imponerse respecto de los bienes propios del causante, por lo cual la

indivisión dispuesta respecto de un bien ganancial carece de efectos (ver nota 8). Otros sostienen que el causante puede imponer la indivisión aun respecto de los bienes gananciales, siempre que se trate de aquéllos cuya administración le está reservada (ver nota 9). Finalmente, otro sector de la doctrina, al cual adherimos, sostiene que la indivisión puede imponerse a los herederos forzosos pero no al cónyuge supérstite en sus derechos de socio (ver nota 10). Parece razonable que salvados los derechos que al cónyuge supérstite le corresponden en su calidad de socio, la indisponibilidad dispuesta por el causante tenga plena vigencia.

1119/554

554. b) Cuando lo acuerdan los coherederos. El convenio de indivisión no podrá tener un plazo mayor de diez años y, caso que lo excediera, sólo tendrá validez por ese término. A su vencimiento, podrá renovarse por igual lapso. Habiendo incapaces, será necesario que el acuerdo sea homologado judicialmente (art. 52 Ver Texto , ley 14394).

La indivisión no impide la partición temporaria del uso y goce de los bienes entre los copartícipes (art. citado).

Cualquiera de los herederos podrá pedir la división antes del vencimiento del plazo, siempre que mediaren causas justificadas (art. 52 Ver Texto , ley 14394). En esta hipótesis no son necesarias las circunstancias graves o las razones de manifiesta utilidad que requiere la ley en el caso de indivisión impuesta por el causante; basta la existencia de causas justificadas. Por tanto, el juez debe ser menos severo en la apreciación de los motivos en que se funda el pedido de división. Con todo, pensamos que debe mediar una razón importante y sobreviniente al convenio (ver nota 11). De lo contrario, éste podría ser dejado sin efecto por simple voluntad unilateral, lo que evidentemente no es una mens legis, ni consulta tampoco el interés económico que se ha querido resguardar.

1119/555

555.— La ley no ha establecido ningún requisito formal para la validez de este acuerdo. Pensamos que es aplicable al caso el artículo 1184 Ver Texto , inciso 2º (que impone la escritura pública para las particiones extrajudiciales cuyo importe llegue a mil pesos, o en que haya inmuebles), puesto que estos convenios de indivisión se vinculan estrechamente con la partición; y que es también aplicable la jurisprudencia que ha reconocido la validez de la partición hecha por instrumento privado, si se acompaña luego al juicio sucesorio y se pide la aprobación judicial (véase nº 586).

Si se desea hacer valer la indivisión respecto de terceros, será indispensable su inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 54 Ver Texto , ley 14394), la que se hará por orden del juez del sucesorio o a pedido del escribano que otorga la escritura pública.

1119/556

556.— c) Asimismo, la ley admite la indivisión temporaria de ciertos bienes particulares, a pedido del cónyuge supérstite:

1) Cuando en el acervo hereditario exista un establecimiento comercial, industrial, agrícola, minero o de otra índole tal que constituya una unidad económica, el cónyuge supérstite que lo hubiera adquirido o formado en todo o en parte, podrá oponerse a la división del bien por un término máximo de diez años (art. 53 Ver Texto , ley 14394).

A instancia de cualquiera de los herederos, el juez podrá autorizar el cese de la indivisión antes del término fijado, si concurrieren causas graves o de manifiesta utilidad económica que justificasen la decisión. Durante la indivisión, la administración del establecimiento competará el cónyuge sobreviviente (art. 53 Ver Texto , ley 14394).

Esta disposición viene a colmar una sensible laguna de nuestro ordenamiento jurídico. Era frecuente, en efecto, que a través de una larga vida de trabajo, el padre llegase a formar un establecimiento comercial o industrial; como se trataba de un bien adquirido durante el matrimonio, a la muerte de la esposa los hijos quedaban convertidos en condóminos y exigían la partición, lo que, en buena parte de los casos, significa la liquidación del negocio o empresa. La solución que ahora brinda la ley protege al creador de una riqueza, la pone a salvo contra el peligro de ver interrumpidos sus negocios bruscamente y le permite ir haciendo sus previsiones para el día en que no puedan ya retardar la partición.

La ley habla de establecimiento comercial, industrial, agrícola, etcétera, que constituya una unidad económica. El propósito esencial ha sido asegurar al creador de esa riqueza un mínimo decoroso de vida; entendemos, por tanto, que la ley no protege al latifundio y que éste debe ser dividido inmediatamente entre los herederos, siempre que se asegure al cónyuge supérstite que lo adquirió, por lo menos una unidad económica. En cambio, si se tratara de una gran industria o comercio que no pueda dividirse sin destruir la fuente de riqueza, el cónyuge supérstite tendrá derecho a solicitar la indivisión por el término de ley, aunque el volumen de sus rentas exceda en mucho las necesidades normales de una persona; una industria o comercio es casi siempre una sola unidad económica, que no puede partirse sin grave peligro. Pero si la misma persona hubiera formado varias empresas o negocios, pensamos que no puede oponerse sino a la división de una sola de ellas.

La ley reconoce el derecho a pedir la indivisión al cónyuge que hubiera formado o adquirido en todo o en parte el establecimiento. Esta disposición ofrece un supuesto de interpretación dudosa. Supongamos que el establecimiento hubiera sido adquirido con bienes gananciales; cabe preguntarse si el derecho a solicitar la indivisión lo tienen ambos cónyuges o solamente aquél a quien la ley reserva la administración de los bienes con los cuales se compró el negocio. Un ejemplo aclara el problema. El marido ha comprado el negocio con fondos adquiridos, después del matrimonio, con su trabajo personal: el derecho a pedir la indivisión ¿le corresponde solamente a él o también a su esposa supérstite? Consideramos que el derecho solamente debe ser reconocido al cónyuge que ha contribuido con su trabajo personal a formar el negocio, o lo ha comprado con los bienes gananciales cuya libre administración y disposición le está reservada (ver nota 12). En el ejemplo propuesto, la esposa carecerá de derecho a pedir la indivisión. En favor de esta solución, pueden invocarse

las siguientes razones: a) la ley sólo habla del cónyuge que lo hubiera adquirido o formado en todo o en parte; en nuestro ejemplo, la esposa ha sido totalmente ajena a la compra o formación del negocio; b) en materia de vivienda, cuando la ley desea beneficiar a ambos cónyuges, cualquiera que sea el origen de los fondos gananciales con los cuales se la ha adquirido, emplea términos distintos, que no arrojan duda de que ambos pueden invocar el privilegio legal (véase art. 53 Ver Texto , in fine); c) es natural que este privilegio sólo se reconozca al creador de la riqueza y no al cónyuge que en nada contribuyó a ella; tanto más cuanto que la ley atribuye al cónyuge supérstite el derecho a administrar el negocio, lo que no se explicaría si se reconociese a quien ha sido siempre ajeno a su administración.

556-1.— 2) Igual derecho tendrá el cónyuge supérstite con relación a la casa habitación construida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal formada por el causante, si fuese la residencia habitual de los esposos (art. 53 Ver Texto , in fine, ley 14394). A diferencia del caso anterior, el privilegio puede ser invocado por cualquiera de los cónyuges, lo que se justifica plenamente, pues así se trata de salvaguardar la vivienda del viudo. Tan digno de amparo es el cónyuge cuyo trabajo personal permitió adquirir o construir la casa, como la esposa que lo acompañó durante largos años. Y quizá más lo sea ésta, porque es notorio que la mujer tiene mayores dificultades que el hombre para ganarse la vida, sobre todo cuando ha llegado a cierta edad. Es necesario impedir, por tanto, que sus hijos o los ascendientes de su marido puedan despojarla del techo, por lo menos durante un término prudente, como el fijado por nuestra ley.

La defensa de la vivienda del cónyuge supérstite ha sido notablemente reforzada por el derecho de habitación que le ha reconocido la ley 20798 y del que nos ocuparemos más adelante (nº 557-1).

556-2.— Durante la indivisión autorizada por la ley, los acreedores particulares de los herederos no podrán ejecutar el bien ni siquiera en la porción ideal que corresponde al deudor, pero sí podrán cobrar sus créditos con las utilidades de la explotación correspondientes al deudor (art. 55 Ver Texto , ley 14394). Adviértase que la prohibición rige respecto de los acreedores de los herederos, pero no de los del causante que, como no podría ser de otro modo, conservan íntegramente su derecho a ejecutar los bienes del deudor. La prohibición de que los acreedores de los herederos ejecuten los bienes declarados indivisibles, se justifica plenamente, pues de lo contrario los herederos podrían por un rodeo, burlar las previsiones del testador y de la ley. Les bastaría contraer deudas (o simular deudas) y hacerse ejecutar, para concluir con la indivisión entre los herederos. Ni siquiera se admite la ejecución de la parte indivisa para impedir la intromisión de un extraño en el condominio.

Adviértase, sin embargo, que el artículo 55 Ver Texto no se refiere sólo a los acreedores cuyo título es posterior a la muerte del causante (único caso en que podría tener lugar la maniobra a que hemos hecho mención), sino a todo acreedor, anterior o posterior a la apertura de la sucesión. Lo que la ley protege es una indivisión que toma en cuenta no solo el interés del heredero deudor, sino también el de sus coherederos y aun puede darse el interés social en no dividir bienes cuando esa división pueda afectar la aptitud productiva del bien.

557.— d) Finalmente, diversas leyes protegen el bien de familia contra el peligro de la división. La primera dictada en este sentido fue la de Casas Baratas (ley 9677). Las viviendas comprendidas en el régimen de la ley estaban sujetas al siguiente sistema de indivisión: en caso de fallecimiento del adquirente, el cónyuge sobreviviente no podría ser obligado a la división de la propiedad por los otros herederos (art. 19); si fallecieran ambos cónyuges, los hijos no podrán dividirse la propiedad mientras haya menores.

Años más tarde se dictó la ley 10284 (Homestead) que prohibió la división del lote del hogar mientras queden en la familia menores o mujeres solteras (art. 4º). El experimento ha resultado un fracaso práctico, pues nadie se acoge a sus beneficios.

Finalmente, la ley 14394 ha legislado con mayor acierto y de una manera integral sobre el bien de familia. Con respecto al problema que nos ocupa, ha dispuesto la indivisibilidad de dicho bien, mientras subsista el último de los beneficiarios (art. 49 Ver Texto , inc. d, ley 14394). Sin embargo, la división debe ser acordada a pedido de la mayoría de los herederos, siempre que no medie oposición del cónyuge supérstite o existan incapaces, en cuyo caso el juez resolverá lo que sea más conveniente para el interés familiar (art. 49 Ver Texto , inc. b).

557-1. DERECHO DE HABITACIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE (ver nota 13).— La ley 20798 ha introducido un nuevo caso de indivisión temporaria de la herencia, al reconocer al cónyuge supérstite un derecho de habitación sobre el inmueble en que estaba constituido el hogar conyugal. Dispone que si a la muerte del causante, éste dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiera constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepasare el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia, y concurrieren otras personas con vocación hereditaria, o como legatarios, el cónyuge supérstite tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. Este derecho se perderá si el cónyuge supérstite contrajere nuevas nupcias. Esta norma se ha introducido al Código Civil como artículo 3573 bis Ver Texto .

El Código no había contemplado la situación del cónyuge supérstite que a la muerte del causante podía verse privado de su vivienda al tener que someterla a la partición. Pero ya la ley 14394, artículo 53 Ver Texto , le había reconocido el derecho de pedir la indivisión por el término de diez años (véase nº 556-1); la ley 20798 ha extendido esta protección a toda la vida del supérstite, a cuyo fin se le reconoce un derecho real de habitación.

557-2. a) Naturaleza.— El cónyuge supérstite goza del derecho de habitación jure proprio y no jure hereditatis; es decir, no lo recibe por herencia sino a título personal (ver nota 14).

Esta conclusión resulta evidente si se considera que el cónyuge goza de ese derecho aunque no herede al fallecido; como ocurre en el supuesto de que todos los bienes del sucesorio sean gananciales y haya hijos. En ese caso, el supérstite recibe la mitad de los bienes a título de socio pero no hereda, no es heredero. Sin embargo, goza del derecho de habitación. Está claro que no se trata de un derecho que pasa del patrimonio del causante al del cónyuge

supérstite. Es un derecho del que ya gozaba en vida del causante, como que vivía y habitaba la casa común. En el fondo, lo que la ley hace es respetarle al supérstite una situación de hecho de que gozaba antes del deceso del cónyuge. Además considerar que este derecho es recibido jure proprio, es la solución que se impone dado el carácter asistencial que reviste. No se trata de regular la sucesión de los bienes del causante, sino simplemente de no dejar sin techo al que sobrevive.

Del principio de que el derecho de habitación lo tiene el cónyuge supérstite jure proprio, se derivan importantes consecuencias: a) el derecho de habitación no integra la masa hereditaria y, por consiguiente, no se lo incluye en la partición, ni se estima su valor para fijar la legítima o para calcular las porciones hereditarias; b) el esposo puede renunciar a la herencia y ejercer el derecho de habitación (ver nota 15).

No obstante ello, tiene una relación directa con la sucesión del cónyuge, como que es causa de indivisión de uno de los bienes de la masa hereditaria.

557-3. b) Condiciones requeridas.— Para que el cónyuge pueda hacer valer su derecho de habitación, se requiere:

1) Que el causante hubiera dejado un solo inmueble habitable. Este texto suscita múltiples problemas.

Ante todo, está fuera de duda que al hablar de inmueble habitable se quiere significar habitable por el cónyuge supérstite. Así, por ejemplo, un departamento alquilado es habitable (como que está habitado por el inquilino), pero no lo es para el cónyuge supérstite (ver nota 16). Y aquí de lo que se trata es de asegurarle a éste su casa.

Supongamos ahora que el causante tuviera, además de la casa en que estaba constituido el hogar conyugal, otra casa o departamento desocupado, que se adjudica a los otros herederos. De atenernos literalmente al texto legal, el cónyuge supérstite no tendría derecho de habitación. Pero no puede ser ésta la inteligencia del texto legal. Si lo que la ley ha querido es asegurarle al cónyuge supérstite su vivienda, no puede ser privado de ella porque exista otra vivienda que se adjudica a los otros herederos. La única inteligencia razonable es ésta: que el derecho de habitación sólo cesa cuando la otra vivienda habitable forma parte de la hijuela que corresponde al cónyuge supérstite (ver nota 17).

Es decir, que recién en el momento de la partición y sólo como consecuencia de haberse adjudicado al cónyuge supérstite otro inmueble habitable, cesa el derecho de habitación sobre el hogar conyugal.

Pero cabe preguntarse si existiendo otro inmueble indiviso, no pueden los demás coherederos ponerse de acuerdo para ofrecerlo al cónyuge supérstite en sustitución del que fue hogar conyugal.

Pensamos que la respuesta debe ser afirmativa. Ante todo, porque la ley condiciona el derecho de habitación a que no haya otro inmueble habitable en el haber sucesorio. En este supuesto lo hay y los coherederos lo ponen a disposición del cónyuge supérstite. El propósito de la ley (asegurar al supérstite vivienda gratuita) queda cumplido con menos perjuicio para los coherederos, ya que debe suponerse que si estos ofrecen otro inmueble es porque les conviene más disponer del que fue asiento del hogar conyugal. El problema de si la otra vivienda que se ofrece es suficiente, es cuestión que debe ser resuelta por los jueces teniendo en cuenta las circunstancias del caso y el standard de vida a que estaban acostumbrados los cónyuges.

Pero adviértase que en este caso no cesa el derecho de habitación del cónyuge, sino que se transfiere al otro inmueble.

La ley habla de un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario. Pero supongamos que el cónyuge supérstite tenga otro inmueble habitable dentro de sus bienes propios, es decir, no integrante del haber hereditario. Pensamos que en este caso no habrá derecho de habitación, pues el espíritu de la ley es proteger al supérstite contra el peligro de quedar sin techo, peligro que no existe en esta hipótesis (ver nota 18). Pero se ha decidido, con razón, que subsiste el derecho de habitación del cónyuge supérstite aun cuando sea titular de otro inmueble, si éste lo tiene en condominio con su hija, quien lo habita con su familia, y no se acreditó que la viuda pueda habitarlo (ver nota 19).

Supongamos ahora que el inmueble en que estaba constituido el hogar conyugal, perteneciera al causante en condominio con terceras personas. En ese caso, es evidente que no puede ejercerse el derecho de habitación, porque reconocerlo sería perjudicar irrazonablemente a terceros (ver nota 20). La solución es igual tanto en el caso de que el tercero condómino sea ajeno a la sucesión o que sea uno de los coherederos que reviste el carácter de condómino por un título anterior al deceso del causante (ver nota 21). En este caso, sólo el tercero y no los coherederos, puede pedir la división del condominio.

Otro problema delicado es la ubicación del otro inmueble habitable. Supongamos que el matrimonio haya vivido en un departamento en Buenos Aires y tenga un campo en Córdoba o una casa en Rosario. Una cosa nos parece clara: que si el cónyuge supérstite trabaja en Buenos Aires, no puede ser obligado a habitar un inmueble que está fuera de su lugar de trabajo. Para él, la casa, departamento o campo ubicado en el interior del país, no es habitable en el sentido de nuestra ley. Pero supongamos que se trata de una persona jubilada o que no ha tenido otro trabajo que las tareas domésticas. Aun así pensamos que el cónyuge no puede ser arrancado del centro donde tiene el círculo de su familia, de sus amistades, en donde ha desenvuelto su vida y anudado sus afectos. En suma, el inmueble habitable que se ofrezca al cónyuge supérstite debe estar ubicado en la misma ciudad o zona donde estaba el hogar conyugal.

2) La segunda condición es que el inmueble hubiera constituido el hogar conyugal. No cabe duda que la ley se refiere al lugar donde estaba constituido el hogar conyugal en el momento de la muerte del causante (ver nota 22). Con esta interpretación quedaría descartado del beneficio el supuesto en que mediara divorcio o separación de hecho anterior al deceso porque en esos casos y en ese momento, no existiría hogar conyugal (ver nota 23). Sin embargo, la Sala D de la Cámara Civil de la Capital admitió, a nuestro juicio con razón, que

el cónyuge inocente del divorcio (y, por hipótesis, separada de hecho) puede invocar su derecho a conservar el último domicilio conyugal (ver nota 24).

3) Tercera condición: el valor del inmueble no debe pasar el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia. La ley no desea proteger el lujo, sino asegurar un techo razonable. Además, es de suponer que tratándose de un bien tan valioso, su venta le permitirá al cónyuge supérstite adquirir otra casa o departamento más modesto, pero suficiente, con la parte que a él le toque en la partición.

4) Para conservar el derecho de habitación, el cónyuge supérstite no debe contraer nuevas nupcias. Nos parece un lamentable error. Es posible que esta disposición se haya incluido en la ley teniendo en mira sobre todo a la mujer viuda. Se ha pensado, quizás, que si bien es natural protegerla, esa protección debe cesar cuando con motivo de un nuevo matrimonio, tiene ya quien atienda a sus necesidades. Se ha olvidado que la ley protege también al viudo, que generalmente no mejora su situación económica volviéndose a casar; por el contrario, aumentan sus gastos y necesidades. Por lo demás, esta disposición es una suerte de incitación a vivir en concubinato: porque el viudo o viuda podrán amancebarse sin que por ello peligre su derecho de habitación; pero si se casan, lo pierden. Es un castigo al matrimonio que no tiene justificación alguna (ver nota 25).

557-4. c) Extensión del derecho.— ¿Se extiende el derecho a los muebles de la casa? Aunque la cuestión es dudosa, nos inclinamos por la afirmativa, solución que nos parece más conforme con el espíritu asistencial de la norma (ver nota 26).

557-5. d) Caracteres.— El derecho de habitación es vitalicio y gratuito. ¿Cuál es el alcance de esa gratuidad? El problema más delicado es el referente a los impuestos y tasas y a las expensas comunes en la propiedad horizontal.

En lo que atañe a los impuestos y tasas, los obligados frente al Fisco son los propietarios, es decir, los coherederos que ostentan el dominio del inmueble. Pero en la relación entre los coherederos y el habitador, consideramos que quien debe cargar con ellos es éste (ver nota 27). Cuando la ley habla de gratuidad, no ha querido significar otra cosa sino que los restantes coherederos no podrán pretender un precio por el uso del inmueble; pero de modo alguno parece justo que quienes deben soportar la privación de un inmueble que les pertenece, en razón de un privilegio excepcional concedido al cónyuge supérstite, deban cargar además con los impuestos que recaen sobre el inmueble que aquél está gozando.

Los mismo cabe decir de las expensas comunes. Estas deben reputarse a cargo del habitador, salvo que se trate de la compensación de reparaciones extraordinarias, porque dado el carácter de estas últimas, su realización beneficia tanto a la propiedad y su pago debe recaer, por tanto, en los dueños.

557-6. e) Reparaciones.— En cuanto a las reparaciones que requiera el inmueble, el habitador tiene a su cargo las reparaciones de simple conservación (art. 2881 Ver Texto), pero no las extraordinarias, salvo que ellas hayan llegado a ser necesarias por culpa del habitador (ver nota 28).

557-7. f) Terceros.— ¿Puede hacerse valer este derecho de habitación también frente a terceros? Anteriormente nos hemos ocupado del caso de que los terceros hubieran sido condóminos del inmueble con el causante (véase nº 557-3, 1). Ahora nos ocuparemos de los terceros acreedores.

No cabe duda de que los acreedores de la sucesión pueden ejecutar el inmueble libre del derecho de habitación, pues éste se ha concedido teniendo en mira las relaciones de los herederos entre sí, pero no se ha pretendido afectar los derechos de los terceros acreedores (ver nota 29). Si el causante y el mismo cónyuge supérstite hubieran querido poner el hogar a cubierto de la acción de los acreedores, tenían en sus manos el recurso de convertirlo en bien de familia. Si no usaron del recurso que la ley les brinda, no pueden luego escapar a la acción de los acreedores, que no hacen otra cosa que perseguir el cobro de sus legítimos créditos.

Tampoco parece admisible que el cónyuge pueda hacer valer este derecho frente a sus propios acreedores, posteriores a la muerte del causante, por la misma razón ya expresada de que el derecho se le concede teniendo en cuenta sus relaciones con sus coherederos, pero no se pretende afectar los derechos de los acreedores.

Distinta es la situación cuando el ejecutante es un acreedor de uno de los herederos condóminos. En este supuesto nos inclinamos a pensar que el derecho de habitación es oponible al acreedor, porque de lo contrario los coherederos que no quieran respetar el derecho de habitación del cónyuge supérstite tendrían un recurso muy simple para desalojarlo: les basta simular una deuda y hacerse ejecutar. Esto no quiere decir que el inmueble no sea ejecutable. Lo es, pero el acreedor debe respetar el derecho de habitación, lo que sin duda disminuye muy considerablemente el valor venal del inmueble (ver nota 30).

De igual modo, los coherederos podrán vender o hipotecar el inmueble, pero tanto el comprador como el acreedor hipotecario deberán respetar el derecho de habitación del cónyuge supérstite (ver nota 31). Son las soluciones que surgen de la aplicación analógica del artículo 2916 Ver Texto , Código Civil.

557-8. g) Momento para hacerlo valer.— El cónyuge debe manifestar su voluntad de acogerse a este beneficio, antes de la partición (ver nota 32). Es lógico que así sea, porque luego de efectuada la partición, no podría el cónyuge pretender habitar el inmueble adjudicado a otro heredero.

557-9. h) Fianzas.— ¿Está obligado el cónyuge supérstite a dar fianzas? El artículo 2967 Ver Texto impone esa obligación a todo habitador; pero hay que considerar que el Código no admitía la habitación de origen legal (art. 2949 Ver Texto). Y parece lógico que cuando un derecho surge de la ley, su ejercicio no tenga otras condiciones que las que la misma ley impone. Pensamos pues, que el cónyuge supérstite no está obligado a prestar fianzas (ver nota 33).

557-10. Deterioro del inmueble.— Supongamos que el inmueble se deteriore por culpa del habitador. Los propietarios no tendrán derecho a pedir la extinción del derecho de habitación (ver nota 34), pero sí la reparación de los daños; y si el habitador no procediere a hacer la reparación, podrá ser demandado por daños y perjuicios (arts. 2938 Ver Texto y 2966 Ver Texto , Cód. Civil).

557-11. Extinción del derecho.— El derecho del habitador se extingue: a) por muerte del cónyuge, ya que se trata de un derecho vitalicio; b) por el no uso por diez años (art. 2924 Ver Texto); c) por consolidación, es decir, por la reunión en cabeza del cónyuge de las calidades de habitador y propietario exclusivo; d) por pérdida de la cosa (arts. 2934 Ver Texto y sigs.); e) por renuncia; f) por nuevas nupcias (ver nota 35); g) por aceptación por parte del cónyuge habitador, de la partición o venta del inmueble (ver nota 36).

557-12. Diferencias con el beneficio del artículo 53 Ver Texto , ley 14394.— Hemos aludido anteriormente al beneficio otorgado por el artículo 53 Ver Texto , ley 14394, al cónyuge supérstite, a quien le reconoce el derecho a pedir la indivisión por diez años, del inmueble en que está ubicado el hogar conyugal (véase nº 556-1). Este derecho, que mantiene todo su vigor, tiene con el de habitación creado por la ley 20798 importantes diferencias que es conveniente destacar.

a) Ante todo, el beneficio del artículo 53 Ver Texto no es otra cosa que el derecho a pedir la indivisión del inmueble y a mantenerse en él durante diez años; el surgido de la ley 20798 tiene los caracteres propios del derecho real de habitación. Hay que decir, sin embargo, que en lo sustancial esta diferencia se atenúa bastante en la práctica, porque ambos se traducen en la facultad del cónyuge supérstite de seguir viviendo gratuitamente en el inmueble en que estaba constituido el hogar conyugal.

b) La indivisión del artículo 53 Ver Texto tiene un máximo de diez años; el derecho de habitación es vitalicio.

c) La indivisión del artículo 53 no está limitada por el valor de la vivienda, ni exige que no haya otro inmueble habitado en la sucesión, ni se pierde por nuevas nupcias. Por el contrario, el derecho de habitación de la ley 20798 tiene todas esas limitaciones.

Como puede apreciarse, si bien el derecho de habitación tiene la ventaja de cubrir toda la vida del cónyuge supérstite, en cambio está condicionado a circunstancias que, no obstan al beneficio del artículo 53 Ver Texto , ley 14394.

1119/558

558. LEGISLACIÓN COMPARADA (ver nota 37).— Hemos dicho ya que hay un movimiento que hoy puede reputarse general en la legislación comparada tendiente a atenuar el rigor del principio de la partición forzosa. El Código Civil alemán permite al causante impedir la partición por disposición de última voluntad con respecto a toda la

herencia o a parte de ella, por un plazo no mayor de treinta años (art. 2044). Es asimismo válido el pacto de indivisión hecho entre los herederos, pacto que debe respetarse en tanto no sobrevengan causas graves que aconsejen la partición (arts. 2042 y 749).

El Código español establece que el padre que en interés de la familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, podrá hacer él mismo la división, disponiendo que se satisfaga en metálico la legítima de los demás hijos (art. 1056). El artículo 716 del Código italiano suspende la partición de los bienes que constituyen el patrimonio familiar, hasta que todos los hijos sean mayores de edad. A pedido de parte, el juez puede también suspenderla si se siguiera un notorio perjuicio al patrimonio hereditario (art. 717). Casi todos los países que han legislado sobre el bien de familia, cuentan con disposiciones análogas.

En Francia, el artículo 815 del Código Napoleón permite a los herederos convenir la indivisión por un término que no exceda de cinco años, el que puede renovarse a su vencimiento. También admite la facultad del testador de imponer la indivisión por igual período, mientras no afecte la reserva. Leyes posteriores permiten al juez mantener la indivisión, ya sea respecto al bien de familia, o a predios rurales. En cuanto al primero, se dictaron las leyes de 1909 y 1922 que facultan al cónyuge o descendientes del difunto para solicitar del juez de paz el mantenimiento de la indivisión hasta su deceso; con respecto a los fundos rurales, se dictó un decreto-ley en 1938, seguido por las leyes de 1940 y 1943, que permiten mantener la indivisión, o bien adjudicar la explotación a un solo heredero. La explotación se concede por cinco años renovables hasta la muerte del último de los coherederos. Para que el sistema legal tenga vigor, debe tratarse de un fundo rural que constituya una unidad económica, que pueda dar vida a una familia campesina; más allá de cierto máximo de superficie, que varía según las zonas, la ley deja de ser aplicable (ver nota 38).

El Código peruano permite al testador establecer la indivisión de una explotación agrícola o fabril (arts. 785 y sigs.); y el mexicano autoriza el pacto de indivisión (arts. 1769 y sigs.).

1119/559

559. BIENES EXCLUIDOS DE LA PARTICIÓN.— En general, todos los bienes dejados por el causante deben entrar en la partición, inclusive los que por naturaleza son indivisibles, pues ellos pueden adjudicarse en uno de los lotes y compensarse con otros bienes o, si ello no fuera posible, venderse, distribuyéndose su precio entre los herederos.

Hay, sin embargo, algunos bienes excluidos de la partición forzosa, vale decir, que sólo se parten si hay acuerdo entre todos los herederos; pero basta la oposición de uno de ellos para mantener la indivisión con carácter permanente. Ellos son:

1119/560

560. a) Los sepulcros (ver nota 39).— La naturaleza particularísima de los sepulcros ha inducido a la jurisprudencia a decidir, como principio, la indivisión forzosa, a menos que haya acuerdo de todos los coherederos (ver nota 40). En verdad, los sepulcros, por más que tienen un valor económico, han sido adquiridos, no con ánimo de lucro ni de acrecentar el patrimonio de su dueño, sino para darse a sí mismo y a sus hijos, un lugar de descanso definitivo. No es posible que las querellas o el espíritu utilitario de los herederos aventen el cadáver del causante, privándolo del lugar de reposo. La tumba con los restos de la familia deben permanecer en condominio forzoso para perpetuar la tradición y la veneración por los antepasados (ver nota 41).

Empero, se ha admitido la división, no obstante la oposición de alguno de los condóminos, en los siguientes casos: 1) si el sepulcro se encuentra desocupado (ver nota 42); pues lo que hace respetable la oposición de los coherederos a la venta, es la presencia en él de los restos del causante, o de los ascendientes o allegados al que se opone. Consideramos que también debería hacerse lugar a la división si la tumba sólo tuviera restos desconocidos o de personas que no tienen relación de parentesco con el causante o el heredero que se opone; 2) si el sepulcro es materialmente divisible, de modo que los cadáveres puedan ser conservados en el mismo recinto, aunque deban ser cambiados de lugar (ver nota 43) y siempre que el sepulcro no se desvalorice ni se menoscabe su estructura arquitectónica (ver nota 44). Para mayores desarrollos de este tema, véase Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales, t. 1, n° 616.

¿Puede el coheredero vender su parte en el sepulcro? En principio se le debe reconocer esa facultad, desde que ya no está en juego la división de la bóveda (ver nota 45); es claro que ello posibilita la intromisión de un extraño en el condominio, lo que puede significar inconvenientes serios; por tal motivo, algunos fallos han denegado el derecho a la venta de la porción indivisa cuando se afectan los fines piadosos o los sentimientos de los demás condóminos (ver nota 46).

Cabe agregar que el causante sólo podría prohibir la venta del sepulcro por el plazo de diez años, o hasta que todos los herederos alcancen la mayoría de edad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 Ver Texto , ley 14394. Más allá de este plazo, la indivisión ordenada por el causante carece de todo efecto, de tal modo que, no obstante ella, los herederos podrían pedir la partición en los casos de excepción anteriormente aludidos.

1119/561

561. b) Los títulos honoríficos y otros recuerdos de familia.— No son susceptibles de partición forzosa los títulos honoríficos del causante, su correspondencia, los manuscritos desprovistos de valor económico, los retratos de familia, etcétera. Ellos deben quedar en poder del heredero o herederos que los interesados elijan o que designe el juez de la sucesión, si aquéllos no se pusieren de acuerdo sobre el depositario (art. 3473 Ver Texto y nota). El juez deberá tener muy en cuenta las circunstancias del caso; por lo común preferirá al cónyuge supérstite (ver nota 47) o hará una equitativa distribución de ellos entre los herederos. Demás está decir que, habiendo conformidad, tales recuerdos se reparten entre los herederos. Este es el procedimiento más comúnmente seguido: es muy poco frecuente que haya cuestiones judiciales acerca de bienes desprovistos de valor económico.

1119/562

562. OPORTUNIDAD PARA EJERCER LA ACCIÓN; PRESCRIPCIÓN.— La acción puede ejercerse en todo tiempo, desde el momento mismo de la muerte del causante, siempre que no haya una causa legal de prolongación temporaria de la comunidad. La circunstancia de que algunos bienes no puedan por el momento dividirse, no impide la partición de los restantes (art. 3453 Ver Texto). No tendrá sentido, en efecto, prolongar la indivisión de éstos, cuando nada obsta a que se hagan particiones parciales. Empero, muchas veces es una medida de prudencia esperar un tiempo razonable y hacer una sola partición, lo que evita gastos a veces considerables.

1119/563

563.— El artículo 3460 Ver Texto , en su primer apartado, consagra el principio de la imprescriptibilidad de la acción de partición mientras dura el estado de indivisión. Es natural que así sea, pues el goce del condominio por cada uno de los comuneros obra a modo de interrupción constante de la prescripción.

Pero, en su segundo apartado, la aludida disposición legal establece que, si de hecho ha cesado el condominio porque alguno de los herederos, obrando como propietario, ha comenzado a poseer la herencia de manera exclusiva, la acción prescribe a los veinte años de comenzada la prescripción.

¿Prescribe, en verdad, la acción de partición? Supóngase subsistente la comunidad hereditaria. Cada coheredero puede reclamar, en cualquier tiempo, la partición. Para que su acción se paralice es menester que otro heredero posea a nombre propio y como exclusivo dueño los bienes de todos; es como consecuencia de esta interversión de su título —y no como heredero— que el poseedor puede usucapir.

No nos hallamos, pues, ante un caso de prescripción liberatoria, sino de usucapión. Cuando la indivisión ha cesado de hecho por obra de un heredero, la acción que debe entablarse no es la partición, sino lisa y llanamente la de petición de herencia (ver nota 48). Pero si hubieran transcurrido más de veinte años desde que la comunidad cesó porque uno de los herederos intervirtió su título y comenzó a poseer exclusivamente y a nombre propio, éste podrá alegar la usucapión consagrada por el artículo 4015 Ver Texto (ver nota 49).

1119/11320

§ 2.— Personas que pueden pedirla

1119/564

564. ENUMERACIÓN.— Como principio general, establece el artículo 3452 Ver Texto , que pueden pedir la partición todos los que tengan en la sucesión algún derecho declarado por las leyes; en otras palabras, todos los que tengan algún interés legítimo en que ella se lleve a cabo. Esas personas son las siguientes:

1119/565

565. a) Los herederos (art. 3452 Ver Texto).— Son, desde luego, los principales interesados. Si la herencia les ha sido deferida bajo condición suspensiva (ver nota 50), no puede pedir la partición hasta que la condición se cumpla; pero pueden solicitarla los otros coherederos, asegurando el derecho del heredero condicional (art. 3458 Ver Texto). Esta partición tendrá carácter provisorio hasta tanto se produzca la condición o se haya hecho de cumplimiento imposible (art. citado). Si la condición fuere resolutoria, debe reconocerse al heredero el derecho de pedir de inmediato la partición; pero también será provisorio hasta tanto ocurra la condición o se sepa que ella no puede ya ocurrir. Consideramos indiscutible el derecho de los herederos de adoptar medidas precautorias que les aseguren la restitución de los bienes adjudicados al coheredero bajo condición resolutoria, para el caso de que ésta se cumpla.

1119/566

566. b) Los legatarios de parte alícuota.— El Código no los menciona expresamente; por ello, y juzgando que el legatario de parte alícuota es solamente un acreedor de la sucesión, FORNIELES sostiene que no tiene derecho a pedir la partición (ver nota 51). Pero esta opinión permanece aislada en nuestra doctrina. Hoy es notoria la tendencia de los tribunales a asimilar cada vez más la situación del legatario de cuota a la de un heredero (véase núms. 1395 y sigs.) y se lo considera parte en todo lo atinente a la designación de partidor y a la liquidación de la sucesión (ver nota 52). Si no se les reconociese el derecho a pedir la partición, se dejaría librado al arbitrio de los herederos la oportunidad de entregar la porción (ver nota 53). El derecho a reclamarla es tanto más evidente en el caso de que no haya herederos, sino solamente legatarios de cuota; en tal supuesto sólo ellos podrían pedirla.

En cualquier hipótesis, es indudable que el legatario de cuota tiene en la partición un interés inmediato y directo; el de las personas que tienen en la sucesión algún derecho declarado por las leyes, según lo dice con fórmula un tanto imprecisa, pero de todas maneras clara, el artículo 3452 Ver Texto .

1119/567

567.— En cambio, carecen de este derecho los legatarios de cosas determinadas. Estos puede exigir la entrega de la cosa legada a los herederos o al albacea sin necesidad de que se haga la partición; no tienen en ella interés alguno (ver nota 54).

1119/568

568. c) Beneficiario de cargos.— A diferencia de los legatarios de cosa determinada, que no pueden pedir la partición, juzgamos que sí pueden hacerlo los beneficiarios de un cargo que el causante haya hecho pesar sobre uno solo de los herederos (ver nota 55). En el primer caso, la obligación de entregar la cosa pesa sobre toda la sucesión, de modo que no es necesaria la partición para reclamarla; en el segundo, la obligación pesa sobre uno de los herederos y muchas veces éste no podrá cumplirla sin la previa división de los bienes. Así ocurriría, por ejemplo, el cargo consistiese en la entrega de una de las cosas que le tocaren en su lote al heredero, o en el usufructo vitalicio de lo que produjere algún inmueble. En estos casos, el beneficiario del cargo es un acreedor del heredero y, como tal, está comprendido en la norma del artículo 3452 Ver Texto , que le reconoce expresamente ese derecho.

1119/569

569. d) Los acreedores de los herederos (art. 3452 Ver Texto).— La ley reconoce el derecho de reclamar la partición solamente a los acreedores de los herederos y no a los del causante (ver nota 56), puesto que éstos pueden cobrar sus créditos se haya o no practicado aquélla, y con más comodidad aún si no se ha llevado a cabo.

La acción ejercida por los acreedores de los herederos, no es otra que la oblicua o subrogatoria. En consecuencia, los acreedores están obligados a llenar los requisitos propios de esta acción, demostrando por lo menos la negligencia del heredero (ver nota 57). Tal demostración puede hacerse en forma sumaria y en el mismo sucesorio, sin necesidad de acudir al juicio ordinario: si la inacción del heredero resulta de la prueba aportada o de las constancias del expediente, el juez debe admitirla (ver nota 58).

1119/570

570.— La indivisión temporaria originada en cualquiera de las causales de la ley 14394 (véase núms. 550 y sigs.), afecta también el derecho de los acreedores de los herederos, quienes están impedidos de reclamar la partición, desde el instante en que la indivisión es inscripta en el Registro de la Propiedad (art. 54 Ver Texto , ley 14394). Desde este momento, los acreedores no pueden ejecutar el bien y solamente podrán cobrar su crédito de las utilidades correspondientes a su deudor (art. 55 Ver Texto , ley 14394).

Cabe preguntarse qué ocurre si la inscripción en el Registro de la Propiedad es hecha luego de haber pedido la partición un acreedor, pero antes de que se consume. Pensamos que solamente una partición concluida puede tener los efectos paralizantes de la inscripción de la indivisión; a lo que hay que agregar que si el perjuicio para el acreedor fuera muy grave y si es notorio que la indivisión se ha acordado o pedido para perjudicarlo, tiene derecho a solicitar del juez que decrete la división sin esperar el vencimiento del plazo fijado (art. 51 Ver Texto , 2ª ap., ley 14394).

1119/571

571. e) Los cesionarios.— Cuando la cesión de los derechos y acciones del heredero es total, no hay problema posible, porque el cesionario ocupa el lugar de aquél y puede reclamar, tanto la partición, como las demás medidas que hagan a la mejor defensa de su derecho, en la misma forma que lo hubiera hecho el heredero cedente (ver nota 59).

Pero la cesión parcial ha suscitado discusiones; los jueces han temido que sucesivas cesiones den lugar a la intervención simultánea y quizá contradictoria del heredero y de sus cesionarios parciales, con lo cual el trámite del juicio se complicaría considerablemente; por ello, han declarado que los cesionarios parciales no son parte en el juicio sucesorio, y que sólo están facultados para vigilar su marcha (ver nota 60). Empero, el derecho a pedir la partición debe serles reconocido, pues es innegable, no sólo su interés en la división (en la que les corresponderá una parte de la porción del heredero) sino también que en su carácter de acreedores del heredero cedente pueden ejercer por éste la acción oblicua, toda vez que mediere inactividad de su parte. Esta es la opinión predominante en nuestro derecho (ver nota 61).

1119/572

572. f) Los herederos de los herederos.— Si antes de hacer la partición muere uno de los coherederos, dejando varios herederos, cada uno de éstos puede pedir la partición; pero si todos o varios de ellos lo pidieren y quisieran intervenir en la división de la herencia, deberán obrar bajo una sola representación (art. 3459 Ver Texto). Es una disposición prudente, que tiende a evitar la complejidad excesiva del sucesorio.

Esta norma es aplicable, no sólo al caso de muerte real de uno de los coherederos, sino también al de ausencia con presunción de fallecimiento. El artículo 3457 Ver Texto atribuye este derecho a los parientes a quienes se ha dado la posesión de los bienes del ausente. En la terminología de la ley 14394 , esas personas (que pueden no ser parientes, sino también herederos testamentarios) se llaman herederos y no poseedores.

En caso de simple ausencia, vale decir, cuando el heredero ha desaparecido de su domicilio, pero aún no han transcurrido los términos para que se presuma legalmente su muerte, la partición podrá ser pedida por el curador a los bienes designado judicialmente (art. 3457 Ver Texto Cód. Civil y art. 20 Ver Texto , ley 14394).

1119/573

573. INCAPACES INTERESADOS EN LA PARTICIÓN.— Cuando los interesados en la partición son incapaces, sus representantes legales deben promoverla a su nombre. El artículo 436 Ver Texto impone a los tutores y curadores la obligación de entablar la demanda; en tal caso, la partición será siempre judicial y con intervención del Ministerio de Menores (art. 3465 Ver Texto , inc. 1º).

Si los tutores o curadores fueran herederos, se nombrará al incapaz un representante especial al solo efecto de la partición (art. 61 Ver Texto , Cód. Civil). Si no hubiere más que un tutor para varios incapaces con intereses opuestos, se le dará a cada uno un tutor o curador que los represente (arts. 3455 Ver Texto y 397 Ver Texto , inc. 5º).

1119/574

574.— Soluciones similares deben aplicarse en el caso del hijo bajo patria potestad. El artículo 397 Ver Texto , inciso 1º, dispone que se nombrará tutor especial cuando haya oposición de intereses; y no puede dudarse de que en toda partición hay intereses encontrados entre los coherederos, cada uno de los cuales procurará obtener la mayor y mejor parte de la distribución de los bienes. Una aplicación rigurosa de este principio obligaría a designar un tutor especial a los menores cada vez que concurren con su padre en una partición. Pero la práctica de los tribunales admite, a nuestro juicio con razón, que la partición se haga sin necesidad de la designación de un representante especial. Como la división de la herencia debe hacerse judicialmente (art. 3465 Ver Texto , inc. 1º) y con intervención del Ministerio de Menores, los intereses de los incapaces están por lo común suficientemente defendidos y se les evita el pago de los honorarios, a veces muy importantes, del tutor especial (ver nota 62). Verdad es que, en caso de que el incapaz esté bajo tutela o curatela, y ambos (pupilo y representante legal) concurren a la herencia, la designación de un representante especial es inevitable; pero también es indudable que la ley debe tener más confianza en la actuación del padre que en la de un extraño. Claro está que, si se planteara una controversia con motivo de los derechos de padre e hijo en la partición, el nombramiento de un tutor especial será inevitable (ver nota 63).

1119/575

575.— Según el artículo 3456 Ver Texto , los menores emancipados deben estar representados en la partición por un curador especial, sea para entablar la acción o para entender en los trámites de ella. Esta disposición ha quedado tácita pero claramente derogada por el nuevo artículo 135 Ver Texto , según el cual los emancipados pueden disponer de sus bienes recibidos a título gratuito con consentimiento del cónyuge mayor o autorización del juez. Por consiguiente, ya no es necesaria en nuestro caso la intervención de un curador especial. Pero para que la partición tenga validez respecto del emancipado, es preciso el consentimiento del cónyuge mayor de edad o la aprobación judicial (ver nota 64).

1119/576

576-577.— El Ministerio de Menores no puede pedir la partición. Si bien es parte en todo lo que concierne a los incapaces y puede deducir las acciones que correspondan a los tutores y curadores cuando éstos no lo hicieran (art. 493 Ver Texto), en este caso su misión debe reducirse a requerir de los representantes legales la promoción de aquélla (ver nota 65).

1119/11330

§ 3.— Modo de hacer la partición

1119/578

578. EL PRINCIPIO DE LA PARTICIÓN EN ESPECIE (ver nota 66).— En materia sucesoria rige el principio de que la división de los bienes debe hacerse en especie, en tanto sea posible. Era ya la solución admitida por la jurisprudencia (ver nota 67), antes que la consagrara expresamente la ley 17711 : Existiendo posibilidad de dividir y adjudicar los bienes en especie, no se podrá exigir por los coherederos la venta de ellos (art. 3475 bis Ver Texto). Es lógico que así sea, pues los bienes no tienen solamente un valor económico, sino también uno afectivo; y es bueno respetar el amor por los que pertenecieron a la familia. Además, el principio de la división en especie es una precisión aportada a la regla de la igualdad o proporcionalidad de los lotes. La refuerza y la confirma, exigiendo una igualdad material, tangible, exenta de los riesgos, imprecisiones y errores que supone la tasación, a la que hay que recurrir cuando unos valores se compensan con otros para establecer la igualdad de las hijuelas.

La jurisprudencia ha aplicado invariablemente este principio, no sólo cuando todos los bienes son divisibles, sino también cuando algunos son indivisibles, pero pueden pasar a integrar el lote de cualquiera de los herederos (ver nota 68). Tal sería, por ejemplo, el caso de una alhaja, en sí misma indivisible, pero que puede integrar el lote de uno de los herederos, compensándose a los restantes con valores equivalentes, como ser otras joyas, dinero, títulos, etcétera.

Debe admitirse la división en especie de un inmueble divisible en propiedad horizontal (ver nota 69) salvo que resulte antieconómico y antifuncional (ver nota 70).

La división en especie se aplica aun en caso de que la mayoría de los herederos solicite la venta (ver nota 71); basta que uno de ellos quiera la partición in re para que así se haga, por lo menos en lo que atañe a su parte (ver nota 72).

1119/579

579.— La venta de los bienes será indispensable: 1) cuando la división sea material o jurídicamente imposible; por ejemplo, si se trata de una alhaja, de un lote urbano de medidas mínimas de conformidad con los reglamentos municipales o de una unidad económica, fijada por las leyes provinciales (art. 2326 Ver Texto); 2) cuando la división de bienes convierta en antieconómico el aprovechamiento de las partes según lo dispuesto en el artículo 2326 Ver Texto (art. 3475 bis Ver Texto , 2ª párrafo), como por ejemplo, si resultaran lotes muy desparejos o si se trata de un fondo de comercio, industria, o si un establecimiento se viere desnaturalizado al dividirse en especie, como en el supuesto de un tambo, etcétera. Cabe tener presente que en estos dos casos, la venta no será necesaria si el bien impartible puede incluirse en un lote y compensarse a los coherederos con otros; 3) si es necesaria la venta para pagar deudas (ver nota 73).

1119/11340

§ 4.— Formas de la partición

1119/580

580. DISTINTAS FORMAS.— La partición puede ser privada, judicial o mixta. En el primer caso, los interesados mayores de edad y capaces convienen la forma de dividir los bienes, sin intervención judicial; en el segundo, se hace judicialmente, siguiendo el procedimiento fijado por la ley; en el último, los coherederos convienen la forma de partición, cuya validez está sometida al contralor y aprobación judicial.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: FORNIELES, t. 1, núms. 248 y sigs.; ZANNONI, t. 1; PÉREZ LASALA, t. 1; MAFFÍA, t. 1; GOYENA COPELLO, t. 3; DE GÁSPERI, t. 2, núms. 229 y sigs.; LAFAILLE, t. 1, núms. 425 y sigs.; MACHADO, t. 9; MORENO DUBOIS, Acción de partición de la herencia en el juicio sucesorio, E.D., t. 4, p. 106, nota al fallo 1888; SOMARRIVA UNDURRAGA, Indivisión y partición, Santiago de Chile; PLANIOL-RIPERT, ed. La Habana, t. 4, núms. 468 y sigs.; JOSSERAND, t. 3, vol. 2, núms. 1049 y sigs.; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, núms. 1119 y sigs.; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Sucesiones, t. 3; MESSINEO, t. 7, § 204; KIPP, Sucesiones, t. 2, § 82 y sigs.; CICU, La divisioni ereditaria, Milano, 1947; ALFONSÍN, Régimen internacional de la partición, L.L., t. 94, n° 797; y nota de jurisprudencia en E.D., diario del 8/9/1978.

(nota 2) JOSSERAND, t. 3, vol. 2, n° 1050.

(nota 3) Sobre el tema, véase MOLINARIO, Indivisiones hereditarias y condominios forzosos organizados por la ley 14394, La Plata, 1959.

(nota 4) Hay que advertir, sin embargo, que el art. 2715 Ver Texto permite al causante disponer la indivisión del condominio por cinco años. La única forma de conciliar ambas disposiciones es admitir que el art. 2715 Ver Texto se refería al condominio propiamente dicho y el art. 3452 Ver Texto a la indivisión hereditaria. De cualquier modo, la cuestión ha perdido importancia después de la sanción de la ley 14394 .

(nota 5) De acuerdo: ZANONNI, t. 1, § 603.

(nota 6) De acuerdo: ZANONNI, t. 1, § 603.

(nota 7) De acuerdo: ZANONNI, t. 1, § 604. En contra: GUAGLIANONE, La indivisión hereditaria y la ley 14394, J.A., 1946-III, sec. doct. p. 76, quien opina que no es indispensable la forma testamentaria.

(nota 8) En este sentido: GUASTAVINO, J.A., 1957-III, p. 33, n° VI; MÉNDEZ COSTA, Régimen sucesorio de los bienes gananciales, n° 198.

(nota 9) BELLUSCIO, Manual de derecho de familia, t. 2, n° 428; GUAGLIANONE, Disolución y liquidación de la sociedad conyugal, p. 394 y sigs.

(nota 10) ZANNONI, t. 1, § 598; FASSI-BOSSERT, Sociedad conyugal, t. 2, § 67.

(nota 11) De acuerdo: ZANNONI, t. 1, § 608, texto y nota 17.

(nota 12) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala D, 22/2/1963, E.D., t. 4, p. 500; GUASTAVINO, nota en J.A., 1057-III, sec. doct, p. 30 y sigs., VI. ZANNONI sostiene que el establecimiento puede ser propio del cónyuge premuerto, pero aun en ese caso subsistiría el derecho a pedir la indivisión por el cónyuge supérstite si éste hubiera realizado en el establecimiento inversiones o ampliaciones que puedan dar lugar a recompensas: t. 1, § 609.

(nota 13) BIBLIOGRAFÍA: MARIANI DE VIDAL, Ley 20798: derecho real de habitación del cónyuge sobreviviente, L.L., 1976-C, p. 498; VIDAL TAQUINI, El derecho real de habitación del cónyuge supérstite, Revista del Notariado, n° 743, p. 1531; ZANNONI, El derecho real de habitación conferido al supérstite por el art. 3573 bis, Código Civil, J.A., 1976-III, p. 95; MOLINARIO, Estudio del art. 3573 bis, Código Civil, L.L., t. 1975-B, p. 1040; BARRIONUEVO, Derecho real de habitación del cónyuge, L.L., 1977-A, p. 720; CAFFERATA, El derecho real de habitación del cónyuge supérstite, L.L., 1977-B, p. 721; BARBERO, Derechos y obligaciones del cónyuge supérstite y del nuevo propietario en la habitación viudal, Juris, diario del 18/10/1975; BARBERO, Presupuestos del derecho de habitación del cónyuge supérstite, Zeus, diario del 13/11/1975; BORDA, El derecho de habitación del cónyuge supérstite, E.D., t. 57, p. 755; BORDA, Acerca de la naturaleza jurídica del derecho de habitación creado por el art. 3573 bis, Código Civil, E.D., t. 60, p. 883.

(nota 14) De acuerdo: VIDAL TAQUINI, Revista del Notariado, n° 743, p. 1537; MÉNDEZ COSTA, Régimen sucesorio de los bienes gananciales, n° 230; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 136; CAFFERATA, L.L., 1977-B, p. 721. En cambio, sostienen que el derecho es recibido por el cónyuge jure hereditatis, MOLINARIO, L.L., 1975-B, p. 1040; BARBERO, Juris, diario del 18/10/1975. Comp.: ZANNONI, t. 1, § 620.

(nota 15) De acuerdo en todas estas consecuencias, CAFFERATA, L.L., 1077-B, p. 721; VIDAL TAQUINI, Revista del Notariado, n° 743, p. 1531.

(nota 16) De acuerdo, BARBERO, Zeus, diario del 13/11/1975. Por su parte, VIDAL TAQUINI, piensa que el art. 3573 bis funciona sólo en el caso de que en la sucesión haya un solo bien inmueble (Revista del Notariado, n° 743, p. 1531). Pero no es eso lo que dice la ley (que habla claramente de inmueble habitable), ni cabe pensar en restringir la órbita de aplicación de este derecho a un campo diminuto de aplicación.

(nota 17) En este sentido: C. Civil Cap., 16/9/1976, J.A., 1978-III, p. 309; ed. 15/3/ 1977, E.D., t. 75, p. 143.

(nota 18) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala B, 18/11/1975, J.A., 1976-II, p. 300, con nota aprobatoria de BARRIONUEVO; Sala C, 8/4/1988, E.D., fallo n° 40.896; recomendación de las Cuartas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil. En contra: MARIANI DE VIDAL, L.L., 1976-C, p. 498, nota 10; CAFFERATA, L.L., 1977-B, p. 721.

(nota 19) C. Civil Cap., Sala G, 4/11/1987, L.L., fallo n° 86.213.

(nota 20) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala A, 4/2/1982, L.L., 1982-C, p. 482; Sala C, 7/5/1981, E.D., t. 94, p. 290; Sala E, 29/3/1982, L.L., fallo n° 81.249; Sala F, 5/12/1975, L.L., 1976-B, p. 248; Sup. Corte. Buenos Aires, 9/6/1981, J.A., 1981-I, p. 590; C. C. Civil Cap., Sala F, 5/12/1975, J.A., 1976-III, p. 271; C. Apel. Bahía Blanca, 10/2/1976, J.A., 1976-III, p. 93; ZANNONI, J.A., 1976-III, p. 95, núms. IV y V; recomendaciones de las Cuartas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil.

(nota 21) C. Civil Cap., Sala C, 14/8/1984, E.D., t. 112, p. 129; C. Apel. Bahía Blanca, 10/12/1976, J.A., 1076-III, p. 93.

(nota 22) C. Civil Cap., Sala D, 3/8/1979, L.L., 1980-A, p. 385; ZANNONI, t. 1, § 626; BARBERO, Zeus, diario del 13/11/1975.

(nota 23) MARIANI DE VIDAL, L.L., 1976-C, p. 500.

(nota 24) C. Civil Cap., Sala D, 3/8/1979, L.L., 1980-A, p. 385; de acuerdo: ZANNONI, t. 1, § 626.

(nota 25) De acuerdo: ZANNONI, t. 1, § 630. Tan grave es esta conclusión que MARIANI DE VIDAL sostiene que en este caso de concubinato, también se pierde el derecho (L.L., 1976-C, p. 498). Pero no es eso lo que dice la ley.

(nota 26) De acuerdo: MOLINARIO, L.L., 1975-B, p. 1040; recomendación de las Cuartas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil. En contra: BARBERO, Juris, diario del 18/10/1975.

(nota 27) BARBERO, *Juris*, diario del 10/10/1975; VIDAL TAQUINI, *Revista del Notariado*, n° 743, p. 1545, in fine, y 1546; MARIANI DE VIDAL, L.L., 1976-C, p. 503 y 504.

(nota 28) En este sentido: BARBERO, *Juris*, diario del 18/10/1975.

(nota 29) De acuerdo: ZANNONI, J.A., 1976-III, p. 95, n° IV. En contra: MARIANI DE VIDAL, quien sostiene que el derecho del habitador es oponible erga omnes, es decir, incluso respecto de los acreedores de la sucesión: J.A., 1976-C, p. 408, texto y nota 14.

(nota 30) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala D, 30/12/1986, E.D., t. 122, p. 518 y L.L., 1987-B, p. 167; ZANNONI, t. 1, § 631.

(nota 31) C. Civil Cap., Sala B, 15/2/1979, E.D., t. 84, p. 521.

(nota 32) C. Civil Cap., Sala B, 28/11/1975, J.A., 1976-II, p. 300, con nota de acuerdo de Barrionuevo; VIDAL TAQUINI, *Revista del Notariado*, n° 743, p. 1543; ZANNONI, t. 1, § 627.

(nota 33) De acuerdo: BARBERO, en *Juris*, diario del 18/10/1975; VIDAL TAQUINI, *Revista del Notariado*, n° 743, p. 1545. En contra, sosteniendo que debe prestar fianzas, MOLINARIO, L.L., 1975-B, p. 1040; MARIANI DE VIDAL, L.L., 1976-C, p. 501 (si bien esta autora reconoce que sería justo haber eximido al habitador de esta obligación).

(nota 34) De acuerdo: VIDAL TAQUINI, *Revista del Notariado*, n° 743, p. 1546.

(nota 35) De acuerdo con todas estas causales de extinción: MARIANI DE VIDAL, L.L., t. 1976-C, p. 504 y sigs.; CAFFERATA, L.L., 1976-B, p. 721, n° XI.

(nota 36) C. Civil Cap., Sala C, 10/12/1980, E.D., t. 93, p. 222.

(nota 37) Véase una prolija reseña de la legislación comparada en GUAGLIANONE, *La indivisión hereditaria pactada o impuesta y la ley 14394*, J.A., 1956-II, sec. doct., p. 76; y en DE GÁSPERI, t. 2, p. 229.

(nota 38) PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, t. 3, núms. 2806 y sigs.; JOSSERAND, t. 3, vol. 2, n° 1071.

(nota 39) Aquí tratamos solamente de la indivisibilidad de los sepulcros; puede encontrarse un tratamiento del tema en todos sus aspectos en el *Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales*, t. 1, núms. 611 y sigs.

(nota 40) C. Civil 1ª Cap., 8/10/1936, L.L., t. 4, p. 592; id., 8/4/1942, L.L., t. 26, p. 554; C. Civil 2ª Cap., 3/7/1940, L.L., t. 19, p. 531; id., 15/4/1942, L.L., t. 26, p. 423.

(nota 41) C. Civil 2ª Cap., G.F., t. 20, p. 312.

(nota 42) C. Civil 2ª Cap., 14/9/1938, L.L., t. 11, p. 1146; id., 27/7/1945, L.L., t. 40, p. 171.

(nota 43) C. Civil 2ª Cap., 14/3/1932, J.A., t. 37, p. 1050.

(nota 44) C. Civil Cap., Sala C, 24/12/1968, L.L., t. 136, p. 619; C. C. Civil 2ª Cap., 14/9/1938, J.A., t. 63, p. 961 y L.L., t. 11, p. 1146; C. Apel. Azul, 18/11/1941, J.A., 1942-III, p. 637.

(nota 45) C. Civil 1ª Cap., 8/10/1936, L.L., t. 4, p. 592; C. Civil 2ª Cap., 3/7/1940, L.L., t. 19, p. 531.

(nota 46) C. Civil 2ª Cap., 7/5/1945, L.L., t. 38, p. 623.

(nota 47) En sentido concordante: BORRICAUD, *Effets du mariage après la dissolution*, n° 61; SOUM, *La transmission de la succession testamentaire*, n° 92 y jurisprudencia citada por estos autores.

(nota 48) RÉBORA, t. 1, n° 237. Véase SEGOVIA, t. 2, p. 485, nota 33. En desacuerdo, véase GUAGLIANONE, *La supuesta prescripción excepcional de la acción de partición de herencia*, J.A., 1955-IV, sec. doct., p. 42.

(nota 49) LAFAILLE, t. 1, n° 438; SEGOVIA, t. 2, art. 3462 de su numeración, nota 33; MACHADO, t. 9, p. 73, nota; FORNIELES, t. 1, n° 257; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 546; Sup. Corte de Buenos Aires, 7/8/1931, J.A., t. 36, p. 759; C. Civil 1ª Cap., 12/11/1936, L.L., t. 5, p. 240.

(nota 50) El art. 3458 Ver Texto habla del heredero condicional; pero es obvio que sólo pudo haberse referido a la condición suspensiva y no a la resolutoria. En este último caso, el heredero tiene un derecho actual y no habría motivo para postergar su acción pidiendo se le entregue lo que le corresponde. Toda la doctrina está de acuerdo sobre este punto: SEGOVIA, t. 2, art. 3460 Ver Texto de su numeración, nota 28; MACHADO, t. 9, p. 70, nota; FORNIELES, t. 1, n° 253.

- (nota 51) FORNIELES, t. 1, n° 249; de acuerdo: C. Civil 2ª Cap., 21/12/1925, J.A., t. 18, p. 1110.
- (nota 52) C. Civil 2ª Cap., 19/10/1942, J.A., 1942-IV, p. 473; C. Civil 1ª Cap., 10/6/1929, L.L., t. 30, p. 74.
- (nota 53) De acuerdo: LAFAILLE, t. 1, n° 428; RÉBORA, t. 1, n° 238, p. 373 y nota 1; SEGOVIA, t. 2, art. 3454 de su numeración, nota 14; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 544 e.
- (nota 54) De acuerdo: ZANNONI, t. 1, § 642.
- (nota 55) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 1, n° 544, d.
- (nota 56) Es opinión unánime; véase C. Apel. Rosario, 18/9/1942, Rep. L.L., t. 4, p. 1231, sum. 62.
- (nota 57) C. 1ª Apel. La Plata, 30/3/1948, L.L., t. 50, p. 169; SEGOVIA, t. 2, art. 3454 de su numeración, nota 13.
- (nota 58) C. 1ª Apel. La Plata, 30/3/1948, L.L., t. 50, p. 169; FORNIELES, t. 1, n° 249; LAFAILLE, t. 1, n° 428.
- (nota 59) C. Civil 1ª Cap., 23/11/1928, J.A., t. 28, p. 844.
- (nota 60) C. Civil 1ª Cap., 9/9/1925, J.A., t. 17, p. 484; id., 25/9/1925, G.F., t. 58, p. 486; id., 28/11/1928, J.A., t. 28, p. 850; id., 10/4/1929, J.A., t. 29, p. 413; C. Civil 2ª Cap., 23/10/1916, G.F., t. 5, p. 17.
- (nota 61) SEGOVIA, t. 2, art. 3454 de su numeración, nota 13; MACHADO, t. 9, p. 54, nota; LAFAILLE, t. 1, n° 429.
- (nota 62) MACHADO, t. 9, p. 61, nota; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 544.
- (nota 63) MACHADO, t. 9, p. 61, nota.
- (nota 64) De acuerdo: ZANNONI, t. 1, § 645.
- (nota 65) Antigua C. Civil Cap., 19/11/1883, Fallos, t. 4, p. 383; C. 1ª Apel. La Plata, 30/10/1925, J.A., t. 18, p. 367.

(nota 66) BIBLIOGRAFÍA: BOUTAUD, Etude critique de la regle de l'egalité en nature, París, 1925.

(nota 67) C. Civil Cap., Sala A, 30/6/1965, causa 104.748; Sala B, causa 36.625 (inédita); Sala E, 9/12/1964, E.D., t. 9, p. 819; C. Civil 1ª Cap., 16/6/1933, J.A., t. 42, p. 629; id., 25/9/1933, J.A., t. 43, p. 621; C. Civil 2ª Cap., 22/8/1940, J.A., t. 71, p. 621; C. 1ª Apel. La Plata, 24/10/1947, J.A., 1947-IV, p. 638; id., 2/4/1948, J.A., 1948-I, p. 612; C. 2ª Apel. La Plata, 6/10/1944, J.A., 1945-I, p. 674. En el mismo sentido, FORNIELES, t. 1, n° 259; RÉBORA, t. 1, n° 249; PRAYONES, nota en J.A., t. 18, p. 1334.

(nota 68) C. 1ª Apel. La Plata, 2/4/1948, J.A., 1948-I, p. 612; FORNIELES, t. 1, n° 259; AUBRY y RAU, § 624; BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, t. 2, n° 3200.

(nota 69) C. Civil Cap., Sala B, 4/9/1958, L.L., t. 93, p. 119; Sala D, 26/3/1954, E.D., t. 11, p. 364. De acuerdo: BENDERSKY, Partición en especie mediante el régimen de propiedad horizontal, L.L., t. 94, p. 668.

(nota 70) C. Civil Cap., Sala B, fallo citado en nota anterior.

(nota 71) C. Civil 2ª Cap., 22/8/1940, J.A., t. 71, p. 621.

(nota 72) C. Civil Cap., Sala F, 4/4/1977, E.D., t. 73, p. 44 y L.L., 1977-C, 17; Sala C, 15/12/1988, E.D., fallo n° 42.016; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 550.

(nota 73) C. Civil 1ª La Plata, 2/4/1948, J.A., 1948-I, p. 612; FORNIELES, t. 2, n° 259, in fine.
1119/11350

A.— PARTICIÓN PRIVADA

1119/581

581. CUÁNDO PROCEDE.— La partición privada tiene lugar cuando todos los herederos son mayores de edad y capaces, y hay acuerdo unánime para hacerlo así. No habría razón para impedir que arreglasen privadamente sus intereses, evitándoles las molestias y, sobre todo, los importantes gastos que demanda el procedimiento judicial.

1119/582

582-584. UNANIMIDAD EN LA PARTICIÓN PRIVADA.— La partición privada sólo procede si todos los herederos están concordes en proceder de ese modo. Es lo que surge del artículo 3462 Ver Texto del Código, en su actual redacción, luego de la reforma introducida por la ley 17711 , y también del artículo 3465 Ver Texto , inciso 3°. Dice el primero de estos preceptos: Si todos los herederos están presentes y son capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes. Con ello se han eliminado las cuestiones de interpretación a que daba lugar la redacción ambigua de aquel artículo. Es decir que, en la actualidad, tanto para resolver que la partición sea privada, como para determinar la forma de efectuarla y el acto que la materializará, se necesitan dos requisitos: a) que todos los herederos están presentes y sean capaces; b) que obren por unanimidad.

Con la redacción antigua era preciso admitir que, si bien era necesaria la unanimidad para resolver la partición privada, podía dejarse librado a la mayoría resolver acerca de la forma y el acto que habría de materializarla. En la práctica, la disposición sólo podría aplicarse a problemas de importancia secundaria, porque lo contrario implicaría tanto como firmar un cheque en blanco a favor de la mayoría para que ésta decidiera acerca de la formación de los lotes, destino ulterior de los bienes, etcétera. Así, por ejemplo, podía aplicarse el criterio mayoritario en el caso de que luego aparecieran nuevos bienes, cuya existencia se ignora, siempre y cuando el acto de la partición contuviera de modo expreso la declaración de que los herederos habían decidido dividir toda la herencia en forma privada; si, en cambio, se limitaba a señalar que habían decidido dividir alguno de los bienes de la herencia, debía concluirse que se trataba de una partición parcial, y la minoría no estaba obligada a sujetarse al criterio de la mayoría en lo que atañía a los bienes no incluidos en ella. El principio de la unanimidad en la partición privada es una garantía de seriedad y justicia; bien ha hecho la reforma, por tanto, en consagrarlo sin limitación alguna.

1119/585

585.— Habiendo la unanimidad, que exige la ley, la partición puede hacerse de cualquier modo, sea en especie, vendiendo los bienes, haciendo lotes en los que se compensen con efectivo o con créditos contra los adjudicatarios de los bienes in natura, etcétera (ver nota 1). Tampoco será necesario el inventario y avalúo (ver nota 2).

Cabe preguntarse si una partición hecha en esta forma podría ser impugnada más tarde por uno de los coherederos, so capa de que su lote es de valor inferior al que le correspondía. En principio, la respuesta debe ser negativa. Cuando una persona, capaz y mayor de edad, da su consentimiento para la celebración de un acto jurídico de la trascendencia de éste, debe tomar precauciones para asegurarse de que sus intereses han sido respetados y que la división es equitativa. Los tribunales deben mirar con desconfianza la actitud de quienes a raíz de una desaveniencia de familia, pretenden borrar con el codo lo que han escrito con la mano (ver nota 3). Sin embargo, consideramos exagerada la opinión de FORNIELES, quien sostiene que una partición por unanimidad es inatacable aunque los lotes sean desiguales y aunque no se hubiera dicho expresamente que se conocía la diversidad de valores (ver nota 4). Una cosa es cuidar la estabilidad de los actos jurídicos y evitar nuevas discusiones sobre contratos concluidos y otra proteger la mala fe. Si se demuestra que ha habido lesión, debe hacerse lugar a la impugnación de la partición, puesto que aquélla permite atacar cualquier acto jurídico (véase Tratado Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 867 y sigs.). Y tanto más necesario es admitirlo en este caso, en que con gran frecuencia la partición es la obra de

un hijo, de un hermano, en quien se confía y que muchas veces defrauda esa confianza. Los tribunales no deben declinar su misión moralizadora.

1119/586

586. FORMA.— La partición extrajudicial debe ser hecha en escritura pública. Así lo dispone el artículo 1184 Ver Texto , inciso 2º, con la reforma introducida por ley 17711 . En su anterior redacción, el aludido artículo sólo lo exigía si la partición versaba sobre inmuebles o si el valor de los bienes excedía de mil pesos. La economía moderna ha demostrado que hay muebles tanto o más valiosos que los inmuebles. Y el monto establecido carecía de actualidad.

También puede hacerse por convenio celebrado en un instrumento privado, presentado al juez de la sucesión (art. citado). Con ello no se ha hecho sino consagrar en la letra de la ley lo que había admitido la jurisprudencia (ver nota 5).

(nota 1) La Suprema Corte de Buenos Aires ha declarado que la partición no pierde su carácter de tal por la circunstancia de que todos los bienes se adjudiquen a los hijos del causante y se atribuya a la cónyuge supérstite un crédito contra ellos por el monto total de su porción. Este acto no constituye una “enajenación a título oneroso en favor de los descendientes” susceptible de ser gravada con el impuesto previsto para tales actos (9/10/1962, J.A., 1963-I, p. 550).

(nota 2) C. Civil Cap., Sala E, 9/4/1962, causa 80.320 (inédita); FORNIELES, t. 1, n° 62.

(nota 3) De acuerdo: Sup. Corte Buenos Aires, 1/6/1943, J.A., 1943-II, p. 945.

(nota 4) FORNIELES, t. 1, n° 261.

(nota 5) C. Civiles en pleno, 17/10/1924, J.A., t. 18, p. 111, en nota; C. Civil 1ª Cap., 1/3/1944, J.A., 1944-I, p. 545; Sup. Corte Buenos Aires, 17/4/1956, L.L., t. 84, p. 341. Estos pronunciamientos se refieren a particiones aprobadas judicialmente e inscriptas en el Registro de la Propiedad, pues así ocurría con las sometidas a decisión judicial. Pero es evidente que lo que hace definitiva y formalmente válida la partición privada es su presentación al juez, que la convierte en escritura pública. De acuerdo: FORNIELES, t. 1, n° 262 y fallo de la Sup. Corte Buenos Aires, precitado.

1119/11360

B.— PARTICIÓN JUDICIAL

1119/587

587. CASOS EN QUE ES IMPRESCINDIBLE.— De acuerdo al artículo 3465 Ver Texto , las particiones serán necesariamente judiciales, en los siguientes casos:

a) Cuando haya menores, aunque estén emancipados, o incapaces interesados, o ausentes cuya existencia sea incierta (inc. 1º).

La intervención judicial en el caso de los menores emancipados se adecua a los principios generales sentados en el artículo 135 Ver Texto , Código Civil (ref. por ley 17711), puesto que envuelve un acto de disposición de bienes recibidos a título gratuito (ver nota 1). Sin embargo, conforme con la reforma introducida al artículo 135 Ver Texto por la ley 17711 , la intervención del juez no será necesaria si hubiere acuerdo del otro cónyuge y éste fuera mayor de edad.

Con respecto a los ausentes, la expresión del Código es inadecuada, ya que se requiere que sea incierta la existencia de uno de los herederos para hacer necesario el procedimiento judicial. Como la partición privada es de excepción y sólo procede si todos los coherederos están de acuerdo, es obvio que, no encontrándose presente uno de ellos, la vía judicial será imprescindible, se tenga o no dudas de su existencia. Esta es, por lo demás, la idea claramente expresada en el artículo 3462 Ver Texto .

Si se trata de un simple ausente, cuya muerte aún no se sospecha, intervendrá en la partición el curador a los bienes que se le designe (art. 3465 Ver Texto , Cód. Civil y art. 15 Ver Texto , ley 14394); si se lo hubiera declarado presuntamente fallecido, lo harán sus herederos. Pero si ya han transcurrido los términos legales para la entrega definitiva de los bienes a los herederos del ausente, la partición judicial no será necesaria (ver nota 2), puesto que aquéllos tienen las más amplias facultades para disponer, aun a título gratuito, de los bienes del ausente.

1119/588

588.— Respecto de los menores, la regla de la partición judicial está sujeta a las siguientes excepciones: a) cuando el ascendiente hace partición de sus propios bienes, sea por donación o testamento (art. 3514 Ver Texto , 1ª parte); b) cuando los ascendientes representan a sus descendientes menores en la parte que éstos tuvieron en otras sucesiones (art. 3514 Ver Texto , in fine); c) cuando intervienen en la partición tutores designados por los ascendientes, quienes les han concedido de modo expreso la facultad de partir los bienes privadamente (art. 3515 Ver Texto).

Ninguna duda hay de que en estos tres casos no es necesario que la partición siga todo el procedimiento judicial; pero cabe preguntarse si hecha privadamente, es indispensable o no la aprobación judicial. En el caso del artículo 3515 Ver Texto , o sea cuando intervienen tutores designados por los ascendientes, la ley exige expresamente esa aprobación, no así en los dos primeros en los que guarda silencio. El punto está controvertido. Algunos autores opinan que no es necesaria la aprobación, porque la ley no la requiere en razón de que

siempre ha reconocido a los padres atribuciones más extensas que a los tutores o curadores; solamente sería necesaria la aprobación judicial si también el padre concurriera a la herencia que se le ha deferido a su hijo (ver nota 3). Otros autores, por el contrario, piensan que el contralor judicial respecto de los actos de disposición de bienes hecho por el representante legal, es de orden público; es una medida de prudencia, tanto más necesaria cuando se trata de un acto tan importante (ver nota 4). Adherimos a esta opinión, pues no es posible que el padre quede facultado para disponer y comprometer sin traba alguna de los bienes de sus hijos. Eso excede sus facultades legales (véase Tratado de Derecho Civil, Familia, t. 2, núms. 892 y sigs.) e importa un grave peligro para los intereses de los menores que no se justifica. Por lo demás, el artículo 3515 Ver Texto , que exige dicha autorización, es evidentemente aplicable al caso por analogía.

1119/589

589. b) Cuando terceros, fundándose en un interés jurídico, se opongan a que se haga partición privada (art. 3465 Ver Texto , inc. 2º).— ¿Quiénes son los terceros con interés jurídico en la partición? La doctrina está de acuerdo en que este inciso alude únicamente a los acreedores, sea de la sucesión o de los herederos en particular (ver nota 5). Sobre todo, es evidente el interés de estos últimos, pues los herederos podrían confabularse para formar uno de los lotes con los bienes de menor valor, defraudando así a sus acreedores.

1119/590

590. c) Cuando los herederos mayores y presentes no se acuerden en hacer la división privadamente (art. 3465 Ver Texto , inc. 3º).— Sólo el acuerdo unánime de los herederos en hacer la partición privada puede evitar el procedimiento judicial. La ley ha querido asegurar a cada uno de ellos la garantía que aquél significa. La voluntad de uno solo basta para hacerlo indispensable.

(nota 1) Se discute el carácter de la partición. No resulta fácil clasificarla como acto oneroso, pues ella es declarativa y se juzga que los bienes que componen el lote de cada heredero los ha recibido éste del causante en el mismo momento de la muerte (art. 3503 Ver Texto). Menos aún puede sostenerse que sea gratuito. Por ello, algunos autores lo califican de neutro (MESSINEO, t. 7, § 204, n° 16). Pero cualesquiera que sean las contradicciones lógicas con el principio de los efectos declarativos de la partición, lo cierto es que ella envuelve, como la división de cualquier condominio, un acto de disposición a título oneroso, como que se reconoce a los coherederos la plena propiedad sobre bienes que hasta ese momento pertenecían a todos.

(nota 2) De acuerdo: FORNIELES, t. 1, n° 265, MACHADO, t. 9, p. 90, nota; LAFAILLE, t. 1, n° 451.

(nota 3) En este sentido: FORNIELES, t. 1, núms. 266 y 267; MACHADO, t. 9, p. 203, nota; LLERENA, t. 9, art. 3514, n° 4.

(nota 4) LAFAILLE, t. 1, n° 452; DE GÁSPERI, t. 2, n° 303; SEGOVIA, t. 2, art. 3516 de su numeración, nota 165; BIBILONI, art. 3073 de su Anteproyecto y su nota; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 578.

(nota 5) FORNIELES, t. 1, núms. 269 y sigs.; DE GÁSPERI, t. 2, n° 241; MACHADO, t. 9, p. 91, nota; LAFAILLE, t. 1, n° 454; ZANNONI, t. 1, § 666.

1119/591

1.— Diligencias previas

591. INVENTARIO.— El inventario es la primera medida a tomar en la partición, puesto que así quedará establecida la composición del patrimonio del de cujus. El Código Civil no alude expresamente a él, pero en cambio trata de la tasación, que no puede llevarse a cabo sin que antes se determine cuáles son los bienes a evaluar.

Si todos los interesados son mayores de edad y están conformes, el inventario puede consistir en una mera declaración jurada de los coherederos; aun habiendo menores puede procederse de esta manera, si están representados por sus padres o por tutores designados por aquéllos con facultad de hacer la partición privada (ver nota 1) (art. 3515 Ver Texto).

Pero si alguno de los interesados lo pide, o hay incapaces (salvo el caso antes aludido), el inventario deberá hacerse por un escribano designado judicialmente.

1119/592

592.— El nombramiento debe recaer sobre la persona propuesta por los herederos, cuando estos se hallen unánimemente de acuerdo en la proposición; la jurisprudencia había decidido que la disidencia de uno solo de los interesados, sea heredero o legatario de cuota, hacía procedente la designación de oficio (ver nota 2). Sin embargo, el artículo 719 Ver Texto del actual Código Procesal dispone que para la designación bastará la conformidad de la mayoría de los herederos presentes en el acto; en su defecto, será nombrado por el juez. Desde luego, si el heredero es uno solo, deberá nombrarse al perito propuesto por él, con prescindencia de la opinión del albacea (ver nota 3). Pero si el único heredero es incapaz, la designación se hará de oficio (ver nota 4).

1119/593

593.— Como es obvio, el inventario no será necesario si ya hay otro anterior, más o menos reciente. Se ha decidido, con razón, que si se ha confeccionado uno en el juicio de insania del causante, no corresponde otro nuevo en la sucesión, aunque lo pida el albacea (ver nota 5). De esta manera se evitan gastos inútiles.

1119/11820

593 bis.— El inventario debe hacerse previa citación de los herederos, bajo pena de nulidad (ver nota 6). Citados los herederos, su ausencia al acto no afecta su validez (ver nota 7).

1119/594

594. TASACIÓN.— Se comprende que la tasación de los bienes es indispensable, pues sólo así puede procederse con equidad a la formación de los lotes. La designación del perito o peritos tasadores está sujeta a las siguientes reglas:

a) Habiendo acuerdo de todos los coherederos mayores, debe designarse al que ellos propongan (ver nota 8).

b) Si los herederos no están de acuerdo, el tasador debe designarse conforme con lo que proponga la mayoría; si no hubiere mayoría lo designará de oficio el juez (art. 719 Ver Texto , Cód. Procesal). Antes de la sanción del actual Código Procesal bastaba que no hubiera unanimidad para que el juez procediera de oficio para hacer la designación, sin admitir el que proponía la mayoría (ver nota 9). Pero se ha resuelto que si existen profundas divergencias entre las partes o causas especiales que a juicio del tribunal impidieran acoger el criterio mayoritario, la designación debe hacerse de oficio (ver nota 10).

c) Sostenemos que igual procedimiento debe seguirse cuando hay incapaces, como única manera de garantizarlos contra una partición injusta, tanto más cuanto que los tutores o curadores suelen ser parientes y tener interés en la misma sucesión: como luego el partidario también es designado a propuesta de la mayoría de los coherederos, resulta que los bienes de los incapaces quedan librados a la buena fe de aquéllos. No es éste, empero, el criterio predominante en los tribunales de la Capital, que reconocen el derecho de los herederos mayores a proponer tasador, aun habiendo incapaces (ver nota 11), aunque esta jurisprudencia no es pacífica (ver nota 12). Es claro que si la partición exige la venta privada de un bien, será indispensable que la designación del tasador se haga de oficio (ver nota 13).

d) Si la sucesión es reputada vacante (ver nota 14), se designará al propuesto por el curador.

e) La tasación no es necesaria cuando los bienes se van a vender en pública subasta, porque entonces el avalúo no tendría otro objeto que establecer la base sobre la cual ha de hacerse el remate, lo que se puede suplir muy bien con los valores fijados por la contribución territorial (ver nota 15). Esta solución se ha aceptado aun en el caso de que intervengan incapaces (ver nota 16).

f) La tasación debe hacerse al tiempo en que la diligencia se practica y no al momento del deceso del causante (aunque la transmisión se opere en ese instante) (ver nota 17), porque lo que en definitiva interesa es la división equitativa de los bienes y para ello es indispensable

tomar en cuenta valores actuales y no pretéritos. Pero si la partición envuelve un problema de fijación de la legítima, debe estarse a los valores del momento del fallecimiento (ver nota 18).

1119/595

595.— Contra los posibles errores o falseamientos de valores de la tasación, el Código había previsto dos remedios: la retasa y la licitación. Nos ocuparemos de ellos en los párrafos siguientes.

1119/596

596. RETASA.— El juez puede ordenar una retasa particular o general, cuando alguno de los herederos demuestre que la tasación no es conforme al valor que tienen los bienes (art. 3466 Ver Texto). Como dice con acierto FORNIELES, este nuevo avalúo es una medida incómoda que se usa poco por su ineficacia y complicación, ya que el nuevo perito está tan expuesto a equivocarse como los anteriores; demasiadas opiniones confunden en vez de aclarar (ver nota 19). Y los gastos se multiplican en perjuicio de todos.

Ordinariamente no será posible demostrar el error de la valuación sin un nuevo peritaje; es evidente que si éste concuerda con el anterior, los honorarios del perito serán a cargo del heredero impugnante, pues esa coincidencia demuestra que no ha tenido razón al plantear el incidente; por el contrario, si se demostrare que la valuación primera no se ajustaba a los valores reales, los honorarios deben pesar sobre todo la masa, pues es una diligencia que la ha beneficiado.

Es completamente excepcional que se recurra a este modo de corregir la valuación.

(nota 1) FORNIELES, t. 1, n° 271.

(nota 2) C. Civiles en pleno Cap., 20/5/1935, J.A., t. 50, p. 577 y L.L., t. 4, p. 829, en nota; C. Civil 1ª Cap., 14/10/1938, L.L., t. 12, p. 278; C. Civil 2ª Cap., 29/5/1945, L.L., t. 38, p. 848, etcétera. El fallo en que se reconoció el derecho del legatario de cuota a actuar en paridad de derechos con los herederos en lo que atañe a la propuesta de inventariador, es de la C. Civil 2ª Cap., 18/2/1938, L.L., t. 9, p. 537.

(nota 3) C. Civil 2ª Cap., 23/4/1947, L.L., t. 46, p. 406.

(nota 4) C. Civil 2ª Cap., 18/5/1943, L.L., t. 30, p. 749.

(nota 5) C. Civil 1ª Cap., 12/12/1946, J.A., 1947-I, p. 150; FORNIELES, t. 1, n° 271 bis.

(nota 6) C. Civil 2ª La Plata, 23/2/1954, J.A., 1954-II, p. 281; Sup. Trib. Santa Fe, 5/12/1958, Juris., t. 14, p. 123.

(nota 7) C. Civil 1ª Cap., 18/8/1941, J.A., t. 75, p. 860.

(nota 8) C. Civiles en pleno, Cap., 20/5/1935, J.A., t. 50, p. 577; C. C. Civil Cap. Sala A, 7/5/1952, causa 6211 (inédita); id., Sala C, 21/5/1953, causa 12.727 (inédita).

(nota 9) Fallo plenario citado en nota anterior; C. Civil Cap. Sala A, 5/10/1959, causa 58.533; C. Civil 2ª Cap. 19/12/1939, J.A., t. 69, p. 61. Pero si el único oponente presumiblemente no recibirá nada, puede prescindirse de su opinión; C. Civil 1ª Cap., 6/4/1938, L.L., t. 10, p. 188.

(nota 10) C. Civil Cap., Sala E, 9/8/1977, in re Yáñez s/sucesión.

(nota 11) C. Civil Cap. Sala A, 30/12/1958, causa 17.436 (inédita); id., 10/6/1958, L.L., t. 91, p. 684; Sala B, 28/5/1952, causa 6531 (inédita); Sala C, 21/5/1953, causa 12.727 (inédita); Sala D, 25/8/1952, causa 8175 (inédita).

(nota 12) En sentido contrario a la jurisprudencia predominante y conforme a lo que sostenemos en el texto: C. Civil Cap, Sala A, 9/10/1959, L.L., t. 96, índice por materia, p. 216, sum. 23; MORENO DUBOIS, Accion de partición, E.D., nota al fallo 1888, t. 4, p. 106.

(nota 13) C. Civil Cap. Sala D, 10/4/1953, causa 11.829 (inédita); id., 31/8/1953, causa 15.167 (inédita).

(nota 14) C. Civil 2ª Cap., 2/10/1946, L.L., t. 44, p. 305; id., 20/3/1946, L.L., t. 42, p. 204.

(nota 15) C. Civil Cap. Sala A, 31/12/1963, causa 89.172.

(nota 16) C. Civil 2ª Cap., 6/10/1947, J.A., 1947-IV, p. 356; FORNIELES, t. 1, nº 273 bis.

(nota 17) C. Civil Cap. Sala A, 28/7/1960, causa 65.750. C. 1ª Apel. La Plata, 13/7/1951, J.A., 1951-IV, p. 470; LAFAILLE, t. 1, nº 457.

(nota 18) C. Civil Cap. Sala C, 15/12/1953, causa 16.494 (inédita).

(nota 19) FORNIELES, t. 1, n° 273; en sentido concordante, LAFAILLE, t. 1, n° 458.

1119/10008

2.— Licitación (ver nota 1)

1119/597

597. CONCEPTO.— El instituto de la licitación en las sucesiones había sido legislado en el Código Civil con marcada originalidad. VÉLEZ innovó respecto de los antecedentes históricos y del derecho vigente en su época. En el derecho romano la licitación no era otra cosa que un medio ideado para dividir bienes difícilmente partibles, y consistía en una subasta pública cuyo producido era dividido entre los comuneros; y aunque la subasta era en principio abierta a cualquier postor, nada se oponía a que mediando conformidad de todos los herederos, se limitara sólo a ellos el derecho de hacer posturas (ver nota 2). Con estos caracteres sustanciales ha pasado al derecho moderno. En el Código Civil francés basta que un heredero lo pida o que haya un heredero menor, para que la subasta deba ser pública (art. 1687); también tiene carácter público en el Código italiano (art. 720), alemán (art. 753), venezolano (art. 1071, inc. 2°), mexicano (art. 1772), chileno (art. 1337), etcétera.

Fácil es advertir la diferencia entre esa subasta y la institución creada por VÉLEZ en el artículo 3467 Ver Texto . La licitación conocida en el derecho extranjero no es sino un remate público para liquidar el condominio sobre una cosa que no admite división, o cuya división traería aparejada una seria desvalorización económica. Es un recurso universal, aplicado también con frecuencia en nuestro derecho. Pero la licitación a que aludía el artículo 3467 Ver Texto no era una subasta pública, sino un procedimiento que desempeñaba sucesivamente dos papeles: primero, permitía ajustar los valores asignados a los bienes por una tasación errónea, en mira a la formación de las hijuelas (ver nota 3); en segundo lugar, era el medio de adjudicar entre los herederos el bien licitado. El derecho que el artículo 3467 Ver Texto reconocía a los herederos se reducía a lo siguiente: aquel que consideraba que uno de los bienes había sido tasado por debajo de su valor real o afectivo, tenía derecho a ofrecer un valor mayor y a que ese bien pasase a integrar su hijuela. No era, por tanto, un procedimiento de división de bienes, sino de adjudicación; no era tampoco un remate público, sino un derecho del que podían usar exclusivamente los herederos.

1119/598

598-599. SU SUPRESIÓN.— Restringida a los herederos, la licitación colocaba a los de menos recursos en una situación de inferioridad, respecto de los más pudientes. Esto movió a los jueces a restringir en lo posible la aplicación del artículo 3467 Ver Texto . Se decidió que no era aplicable si el acervo sucesorio estaba compuesto por un solo bien (ver nota 4), si uno de los herederos es incapaz (ver nota 5), o está ausente (ver nota 6), si el pedido se había hecho fuera del plazo fijado por el Código Procesal para contestar la vista que se confiere a los herederos de la tasación practicada (ver nota 7), o si ya se ha dispuesto el remate público (ver nota 8), o si el heredero que pide la licitación está en mejores condiciones que los demás de apreciar el valor de los bienes (ver nota 9).

Como consecuencia de esta resistencia de los jueces a aplicar el procedimiento de licitación, la institución cayó prácticamente en desuso. Se apelaba a un recurso u otro para no aplicarla. La práctica demostró sus inconvenientes graves. Se justifica plenamente su supresión por la ley 17711, que derogó el artículo 3467 Ver Texto (ver nota 10).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: COLOMBO, De la licitación en las sucesiones, L.L., t. 91, p. 997; SPOTA, El derecho a licitar en las sucesiones, J.A., 1955-II, p. 302; COSSIO, El derecho de licitación del art. 3467 del Código Civil, L.L., t. 102, p. 1010; CASTRO, Licitación entre herederos, Revista de Derecho Procesal, Buenos Aires, 1943, año 1, n° 1, p. 31; FERNÁNDEZ SABATE, La naturaleza jurídica de la licitación civil, J.A., 1962-I, p. 84.

(nota 2) MAYNZ, Droit romain, 3ª ed., t. II, § 363, p. 475.

(nota 3) De acuerdo: FORNIELES, Sucesiones, t. 1, n° 274.

(nota 4) C. Civil Cap. Sala E, 16/5/1961, causa 72.840 (inérita); Sala D, 19/12/1962, causa 85.032 (inérita); Sup. Corte Buenos Aires, 29/4/1958, J.A., 1958-IV, p. 452; C. Apel. 2ª La Plata, 7/9/1962, L.L., t. 108, p. 771; SPOTA, J.A., 1955-II, p. 303; COLOMBO, L.L., t. 91, p. 999, n° 4. Es también la conclusión que se desprende de la opinión de FORNIELES (a que aludimos en nuestro n° 598), según la cual el monto máximo de las ofertas está dado por el valor de las respectivas hijuelas. En contra: C. Civil Cap., Sala A, 16/9/1960, causa 67.970 (inérita); id., 28/6/1963, E.D., t. 5, p. 63; SEGOVIA, t. 2, art. 3469 de su numeración, nota 61.

(nota 5) SEGOVIA, t. 2, art. 3469, nota 62; DE GÁSPERI, t. 1, p. 239; COLOMBO, L.L., t. 91, p. 999, n° 4 (aunque en la nota que va al pie —nota 15— se expresa dubitativamente); SPOTA, J.A., 1955-II, p. 302. En contra: C. Civil 2ª Cap., 14/12/1923, J.A., t. 26, p. 1233.

(nota 6) C. Civil Cap. Sala A, 1/8/1951, J.A., 1952-II, p. 506.

(nota 7) C. Civil 1ª Cap., 29/7/1912, J.A., t. 3, p. 645; id., 19/9/1927, J.A., t. 25, p. 1321; conf.: LAFAILLE, t. 1, n° 461; SEGOVIA, t. 2, art. 3469 de su numeración, nota 63; SPOTA, El derecho a licitar en las sucesiones, J.A., 1955-II, p. 302.

(nota 8) C. Civil 1ª Cap., 16/7/1941, L.L., t. 23, p. 648; C. Apel. Dolores, 20/5/1943, cit. por COLOMBO, L.L., t. 91, p. 1004, nota 41, quien adhiere a la solución.

(nota 9) C. Civil Cap. Sala E, 6/8/1959, causa 53.364, D.J., 1959-I y II, p. 713.

(nota 10) De acuerdo: FERRER, Cuestiones de derecho civil, p. 405.

3.— El partidor

600. NATURALEZA DE SUS FUNCIONES.— El partidor tiene a su cargo la formación de los lotes o hijuelas de cada heredero. Sus funciones tienen una naturaleza peculiar, que no se aviene con las figuras típicas del mandato o el arbitraje, a las cuales se las ha pretendido asimilar.

No es un mandatario, porque su nombramiento no es hecho por los interesados sino por el juez; no puede asimilárselo a la situación del representante ni aun en el caso que la designación recayera en el propuesto por la unanimidad de los herederos. El partidor no tiene la representación de éstos, sino que obra por disposición del juez; de ahí que no tenga obligación alguna de hacer la división como lo quieran los herederos y más aún puede hacerla en contra de la voluntad expresa de alguno o algunos de ellos. El mandante queda obligado por los actos del mandatario (art. 1946 Ver Texto), en tanto que los herederos pueden impugnar la partición y promover con sus observaciones la decisión final del juez. Esta conclusión tiene interés práctico, pues de ella se desprende que la obligación de pagar sus honorarios no es solidaria (ver nota 1).

No es tampoco un árbitro, porque sus decisiones no tienen fuerza final; es en definitiva el juez quien forma las hijuelas, modificando las hechas por el partidor, si estimara justas las observaciones de los herederos.

En verdad, el partidor es un delegado del juez (ver nota 2). Toda partición en la que no haya acuerdo de los herederos, importa un conflicto, una disputa, que como cualquier controversia humana exige la intervención judicial, si es que se quiere excluir el uso de la fuerza. El juez, por tanto, debería ser quien formara los lotes. Sin embargo, la experiencia ha demostrado que es conveniente que la tarea previa de recopilación de antecedentes, de oír a los herederos, el estudio del estado de los bienes y luego la distribución de ellos, sea hecha por un colaborador del juez. La división propuesta por el partidor podrá ser observada por los interesados y es el magistrado quien en definitiva resolverá acerca de la justicia de las impugnaciones o la prudencia de modificar la proposición del partidor. En suma, la división proyectada por el partidor no tiene carácter definitivo; sólo lo tendrá cuando sea aprobada por el juez, con las modificaciones que éste estimare justas.

1119/601

601. NOMBRAMIENTO.— El partidor es nombrado por el juez. El Código Procesal, recogiendo la jurisprudencia predominante (ver nota 3), dispone que debe designarse al propuesto por la mayoría (arts. 717 Ver Texto y 727 Ver Texto , Cód. Procesal); sólo en caso de que ella fallare, el juez lo designará de oficio.

Estamos en desacuerdo con esta solución. La jurisprudencia que había reconocido a la mayoría el derecho de proponer el partidor, no tenía otro fundamento que el escrúpulo de los jueces, que prefieren evitar la designación de oficio de colaboradores cuyas funciones son

retribuidas con importantes honorarios. Y aunque tal preocupación es honrosa, no cabe duda de que en este caso importa declinar una atribución propia, con posibles graves perjuicios para algunos herederos. Si la mayoría puede proponer partidador, tiene en sus manos la elección de los lotes, puesto que un partidador adicto y complaciente les adjudicará los bienes que ellos deseen. Se dirá que los demás coherederos tienen ya la garantía de la valuación, que les asegura que recibirán el valor que les corresponde. Pero es sabido que las tasaciones se prestan a error, que los bienes tienen a veces un valor subjetivo que no puede ser debidamente apreciado por un tasador extraño a la familia. Es a todas luces evidente que la posibilidad de elegir los bienes que han de formar el propio lote (aunque sin apartarse de los valores de tasación) supone en la mayor parte de los casos una inmensa ventaja. Y esa ventaja es la que tiene la mayoría a través de un partidador adicto.

En vano se objetará que, si la adjudicación no fuera justa, el afectado podrá reclamar ante el juez, pues en la mayor parte de los casos esa reclamación será inocua, desde el momento que el partidador se ajusta a los valores de tasación.

Por ello pensamos que la regla de la mayoría debe interpretarse con criterio restrictivo y debe mantenerse la solución anterior a la reforma procesal, según la cual el juez debe designar de oficio al partidador, desestimando al propuesto por la mayoría, si existen graves divergencias entre los herederos (ver nota 4) o si uno de los herederos es incapaz (ver nota 5).

1119/602

602.— ¿La mayoría debe computarse por el monto del interés de los herederos o por personas? Los tribunales de la Capital se han inclinado por la segunda solución (ver nota 6); más razonable es el criterio seguido por algunos tribunales de provincias, que computan la mayoría de acuerdo con el interés representado (ver nota 7). Tal como está redactado en el artículo 719 Ver Texto , Código Procesal para la Justicia Nacional (al que remite el art. 729 Ver Texto), pareciera que se trata de la mayoría por personas, desde que habla de “los herederos presentes en el acto”.

1119/603

603. HONORARIOS.— Los honorarios del partidador se reputan gastos comunes y son debidos por los herederos en proporción a sus respectivas hijuelas, no solidariamente (ver nota 8).

1119/604

604. CASO EN QUE NO ES NECESARIA LA ACTUACIÓN DE UN PARTIDOR.— No será necesaria la designación de partidador cuando la herencia está formada por dinero, créditos o títulos de renta; en tal caso, los fondos se pueden dividir en base a una simple operación aritmética. Basta con la presentación de un escrito sobre la distribución de fondos (ver nota 9), con lo cual se evitan los honorarios del partidador.

1119/605

605. RECUSACIÓN.— El partidador puede ser recusado por justa causa hasta cinco días después de notificado el nombramiento (arts. 465 Ver Texto y 719 Ver Texto Cód. Procesal). Se entiende por justas causas las mismas que permiten recusar a los jueces (art. 466), o sea las enumeradas en el artículo 17 Ver Texto , Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

(nota 1) C. 1ª Apel. La Plata, 9/4/1946, J.A., 1946-II, p. 352; id., 23/12/1947, J.A., 1948-I, p. 206; FORNIELES, t. 1, n° 275.

(nota 2) C. Apel. 1ª La Plata, 23/12/1947, J.A., 1948-I, p. 206; FORNIELES, t. 1, n° 275; LAFAILLE, t. 1, n° 463.

(nota 3) C. Civil Cap. Sala A, 10/6/1958, J.A., 1959-II, p. 84; C. Civil 1ª Cap., 25/11/1922, J.A., t. 10, p. 24; C. Civil 2ª Cap., 11/4/1940, J.A., t. 70, p. 385; id., 15/12/1946, J.A., 1947-II, p. 628; C. Apel. 1ª La Plata, 22/4/1947, L.L., t. 47, p. 37; C. Apel. Bahía Blanca, 23/4/1942, Rep. L.L., t. 4, Vº Sucesión, sum. 67.

(nota 4) C. Civil Cap. Sala A, 4/7/1951, causa 1388 (inédita); C. Civil 2ª Cap., 10/12/1942, L.L., t. 29, p. 14; id., 15/12/1946, J.A., 1947-II, p. 628.

(nota 5) C. Civil Cap. Sala A, 4/7/1951, causa 1388 (inédita); C. Civil 1ª Cap., 13/11/1936, L.L., t. 4, p. 829; id., 26/6/1939, L.L., t. 6, p. 659.

(nota 6) C. Civil 2ª Cap., 11/4/1940, J.A., t. 70, p. 385; id., 15/12/1946, J.A., 1947-II, p. 628.

(nota 7) C. Apel. 1ª La Plata, 18/12/1935, J.A., t. 18, p. 1314.

(nota 8) FORNIELES, t. 1, n° 365 bis.

(nota 9) C. Civil 2ª Cap., 5/6/1942, J.A., 1942-III, p. 223; id., 30/4/1943, J.A., 1943-II, p. 347; id., 18/9/1945, J.A., 1945-IV, p. 871; C. Apel. Bahía Blanca, 2/4/1957, L.L., t. 87, p. 109; FORNIELES, t. 1, n° 278 bis.

1119/606

4.— Procedimiento de la partición

606. MASA A DIVIDIR.— El partidor debe, en primer término, formar la masa a dividir (art. 3469 Ver Texto). Esa masa se forma con los bienes dejados a la muerte del causante, más lo que los herederos deban colacionar (art. citado). Hecho esto, debe separarse la mitad de los bienes gananciales, que corresponden al cónyuge supérstite a título propio y no como sucesor del de cujus; se apartarán luego los bienes suficientes para pagar las deudas y cargas de la sucesión (art. 3474 Ver Texto). Esta última operación se llama liquidación, porque tiene por objeto liquidar el activo partible.

1119/607

607. DEUDAS Y CARGAS.— Hemos dicho ya que el partidor debe separar bienes suficientes para atender a las deudas y cargas de la herencia. Por deudas de la sucesión deben entenderse las contraídas en vida por el causante. Cargas de la herencia son las obligaciones surgidas después de la muerte del causante, tales como los gastos funerarios y los relativos a la conservación, liquidación y partición de la herencia (ver nota 1). Si no hubiera dinero en efectivo suficiente para hacer frente a estas deudas y cargas, el partidor debe formar la hijuela de bajas, compuesta de bienes suficientes para pagarlas. De cualquier modo, los acreedores tendrán derecho a exigir que se liquiden tales bienes y se les pague su crédito, antes de la entrega de las hijuelas a los herederos (art. 3475 Ver Texto).

1119/608

608.— Forman parte de las cargas de la herencia los honorarios llamados comunes. Se reputan tales los que han beneficiado a la masa, es decir, los que tienden a la conservación, liquidación y división de los bienes comunes (ver nota 2); son debidos por todos los herederos (ver nota 3), aunque los trabajos hayan sido hechos por el profesional que representa a uno solo de los herederos. Esta jurisprudencia, admitida en forma invariable por nuestros tribunales, ha sido impugnada vigorosamente por FORNIELES. Hace notar que ella facilita un abuso muy frecuente, y es que algunos letrados, con un mínimo de representación, se apresuran a introducir escritos de los llamados comunes cuya remuneración, siendo a cargo de la masa, incide sobre los otros herederos, que se ven así obligados a pagar a quien no han confiado un mandato y que, la mayor parte de las veces, no ha sido sino un elemento de perturbación; es una corruptela que debería desterrarse. Agrega nuestro autor que la solución jurisprudencial no es menos insostenible desde el punto de vista rigurosamente jurídico. Si se toma la gestión del letrado que presenta escritos en beneficio de todos como una gestión de negocios, el artículo 2300 Ver Texto establece que el dueño del negocio no está obligado a pagar retribución alguna por el servicio de la gestión; tampoco hay un enriquecimiento sin causa, pues, a su juicio falta tanto el empobrecimiento del profesional como el correlativo enriquecimiento del heredero que no le otorgó mandato (ver nota 4).

No obstante tan poderosas razones, la jurisprudencia sigue firme en el sentido indicado, pues un motivo de equidad ha obligado a reconocer honorarios a quien ha sido diligente y ha hecho adelantar el juicio, beneficiando a todos los herederos. Por lo demás, nos parece erróneo sostener que no hay en este caso un enriquecimiento sin causa. El profesional que presta sus servicios y que gasta su tiempo y su esfuerzo en una actividad profesional, se

empobrece; y el heredero que recibe con esa actividad un beneficio, puesto que le ha sido útil, se enriquece. Mucho más importante es el argumento basado en el abuso, tan frecuente, en que suelen incurrir algunos profesionales inescrupulosos, que se apresuran a presentar escritos de los llamados comunes, no obstante que los otros herederos están también representados y no hay desidia en ellos. Los tribunales harían bien en poner coto a tales abusos.

1119/609

609.— Los escritos serán clasificados como comunes o particulares del cliente que se representa, según su naturaleza extrínseca, sin que pueda variar ésta por el hecho de que lo firmen dos o más profesionales (ver nota 5); los escritos firmados conjuntamente por varios y clasificados como comunes, no confieren derecho a percibir honorario en calidad de particulares a cargo del cliente; tal derecho corresponde solamente respecto de aquellos trabajos clasificados como particulares y hechos en el solo interés de la parte que patrocina (ver nota 6).

1119/610

610. DIVISIÓN DE LOS BIENES.— Establecido así el haber líquido, el partidor debe formar los lotes o hijuelas. En el desempeño de esta labor se sujetará a las siguientes reglas:

a) División en especie. Es necesario siempre tener presente el principio de la división en especie (nº 578) que generalmente es una garantía eficaz de que será respetada la igualdad en la partición, pues se disminuyen los riesgos de errores posibles en la tasación (ver nota 7). La división en especie puede consistir ya sea en la división material de un bien, ya en colocar un bien en un lote u otro en los restantes. Solamente cuando ella sea imposible o económicamente inconveniente, se procederá a la venta para distribuir el precio.

1119/11830

610 bis.— Tratándose de inmuebles urbanos, la partición podrá y deberá hacerse en especie, bajo la forma de división en pisos o departamentos (ver nota 8); salvo que tal división resulte antieconómica o antifuncional (ver nota 9) o que se trate de plantas de diferente valor, lo que obligaría al demandado que se opone a esta división a abonar en efectivo la diferencia de valor si le tocara en el sorteo la de más precio (ver nota 10).

1119/611

611. b) Créditos y dinero.— Los créditos deben adjudicarse a los herederos en proporción a sus respectivas hijuelas, puesto que ellos se dividen de pleno derecho (art. 3485 Ver Texto). Pero si el crédito de la sucesión fuere contra uno de los coherederos debe serle adjudicado a éste; es una manera simple y directa de obtener el cobro (ver nota 11). El título del crédito se entregará al adjudicatario (arts. 3471 Ver Texto y 3472).

Aunque el dinero sigue el mismo principio de la división proporcional (consecuencia del derecho a la división en especie), a veces sirve para compensar diferencias en los valores adjudicados a los otros coherederos.

1119/612

612. c) Adjudicaciones en condominio.— A veces las cuentas particionarias tienen adjudicaciones en condominio. Por nuestra parte, pensamos que este procedimiento sólo es viable si hay conformidad de los interesados, puesto que nadie puede ser obligado contra su voluntad a mantener el condominio, salvo los casos de excepción previstos por la ley.

1119/613

613. d) Deudas.— Estudiaremos en otro lugar la división de las deudas (núms. 689 y sigs.). Basta por ahora con decir que ellas también se dividen ministerio legis entre los coherederos. Excepcionalmente, podrían adjudicarse a uno de estos (art. 3471 Ver Texto), pero sólo si hubiera conformidad de los interesados. Se admite, empero, que las deudas hipotecarias deben reservarse al adjudicatario del bien gravado (ver nota 12). Igual solución habrá que aplicar a las deudas prendarias.

Con respecto al derecho de los acreedores de la herencia para oponerse a la entrega de los bienes a los herederos, mientras no sean pagados sus créditos, véase número 705.

1119/614

614. e) Adjudicación de los lotes.— Formados los lotes de igual valor, debe procederse a la adjudicación de cada uno de ellos a los coherederos.

Si los lotes fueran iguales, la adjudicación debe hacerse por sorteo, salvo acuerdo de los coherederos, o cuando se den circunstancias especiales que impongan la adjudicación de ciertos lotes a uno de los herederos (por ej., si alguno de ellos fuera deudor de la sucesión, o estuviera obligado a colacionar en cuyo caso debe serle adjudicado a él el lote en que figure dicha deuda o el valor colacionado). Este principio de la adjudicación por sorteo elimina la posibilidad de que el partidor favorezca a determinados herederos. Se explica, pues, que en los proyectos de reformas se lo adopte expresamente (Anteproyecto de Bibiloni, art. 3044, inc. 5º; Proyecto de 1936, art. 1914, inc. 7º; Anteproyecto de 1954, art. 843, inc. 7º) (ver nota 13).

Se ha declarado que los bienes de más fácil administración deben adjudicarse al cónyuge supérstite o al heredero enfermo o anciano (ver nota 14).

614 bis. f) Designación de martillero (ver nota 15).— A veces la división de los bienes exige la realización de una subasta pública. Si hay acuerdo entre los herederos, debe designarse al martillero por ellos propuesto; en caso de divergencias, corresponde el nombramiento del propuesto por la mayoría (ver nota 16), a menos que el heredero disconforme funde su oposición en la falta de honorabilidad o de competencia del profesional propuesto, o que medie alguna otra causa justificada, en cuyo caso la designación debe hacerse de oficio (ver nota 17). La existencia de enemistad entre los herederos no impide nombrar al propuesto por la mayoría (ver nota 18), a menos que existan indicios de que pudiera tramarse alguna maniobra en perjuicio de los intereses del operante. En un caso se decidió que la oposición de uno de los herederos y la existencia de menores, bastaba para autorizar al juez a realizar la designación de oficio (ver nota 19), criterio que por nuestra parte compartimos. La oposición del albacea no es suficiente para apartarse de la propuesta hecha por el heredero, pues ello significaría suplantar a éste en los derechos que le corresponden como poseedor de la herencia (ver nota 20).

615. PROYECTOS DE REFORMAS.— La mayor parte de las legislaciones contemporáneas siguen el sistema de nuestro Código, es decir, dejan al partidor y a los jueces la más amplia libertad para la división de la herencia, limitándose a sentar las reglas generales en que ha de basarse: valuación de los bienes, formación de los lotes en proporción a la hijuela de cada heredero, división en especie. Otros códigos, por el contrario, han establecido con prolijidad una serie de reglas a las que debe ajustar su labor el partidor (chileno, art. 1337; colombiano, 1394). Este es el criterio seguido por los proyectos de reformas. El artículo 3044, del Anteproyecto de Bibiloni, establece: “En la partición judicial se observarán las siguientes reglas: 1) las partes propondrán las bases de partición que entendiesen ser más ajustadas; 2) se dividirán los bienes que admitiesen cómoda división. Se consideran tales los que no quedarán perjudicados en su valor o condiciones de explotación económica, por su separación en lotes; 3) podrán ser adjudicados los que no la admitan a uno o varios de los herederos que lo acepten y si excediese su valor de los respectivos haberes, se compensará en dinero u otros bienes el excedente; 4) las cosas que no admitan cómoda división y fuesen solicitadas por varios herederos en oposición, serán licitadas entre ellos y se adjudicarán al mejor postor. El precio ofrecido se considerará valor de la masa. Las que no fuesen solicitadas, o cuya adjudicación no se aceptase, serán vendidas en remate público y su precio formará parte de la masa. Aunque hubiese incapaces interesados, podrá dejarse de vender el bien e indiviso su valor, cuando las circunstancias aconsejen aplazar su realización. La resolución unánime de las partes decidirá al respecto. Si no se obtuviera, resolverá libremente el juez; 5) en la medida de lo posible, se formarán lotes de igualdad de condiciones, cubriéndose las diferencias por sumas de dinero que abonará el adjudicatario, con la afectación expresada en el inciso 3º sobre los inmuebles adjudicados. En caso de no aceptarse las adjudicaciones, los lotes se echarán a la suerte; 6) podrá fijarse la división de una parte de los bienes por acuerdo unánime de los interesados, aunque hubiera incapaces entre ellos. Por falta de unanimidad resolverá el juez, a pedido de alguna parte, si en su sentir las circunstancias aconsejaban el aplazamiento de la partición de algunos bienes; 7) se reservarán bienes suficientes, sin adjudicar, para atender el pago de créditos y cargas pendientes, así como al de legados no cumplidos”. Reglas similares establecen los artículos 1941 del Proyecto de 1936, y 843 del Anteproyecto de 1954.

616. LA CUENTA PARTICIONARIA (ver nota 21).— Concluidos sus trabajos de estudio y consulta, el partidor presenta al juez la cuenta particionaria, que consta normalmente de seis partes:

a) Los prenotados, que constituyen un relato de los antecedentes de la partición; se hace en ellos el resumen del juicio sucesorio, indicando la fecha de iniciación, constancias de la partida de defunción, intervención de los Ministerios Públicos, transcripción de la declaratoria de herederos o de las cláusulas testamentarias pertinentes, su inscripción en el Registro, indicación de los herederos, designación del partidor y aceptación del cargo, etcétera. Su objeto es tener allí reunidos todos los elementos de juicio que puedan extraerse del sucesorio, sin necesidad de recurrir al examen de los autos.

b) El cuerpo general de bienes que contiene la relación del activo de la sucesión. En él deben transcribirse el inventario y el avalúo; cada bien se describirá con la mayor precisión posible, en partida separada y con numeración correlativa; con relación a los inmuebles se indicará superficie, ubicación, linderos, fecha de adquisición, escribano autorizante, inscripción en el Registro de la Propiedad. Se consignarán por separado los bienes propios y los gananciales.

c) Las bajas comunes, que constituyen el pasivo de la herencia y en donde deben detallarse las deudas y cargas.

d) El líquido partible es la operación mediante la cual se establece la masa a dividirse entre los herederos, una vez deducidas las deudas y cargas del activo bruto.

e) La división, que consiste en la determinación de la parte alícuota que a cada heredero corresponde en el haber sucesorio.

f) Finalmente, la adjudicación. Esta es la tarea fundamental del partidor. Formará las hijuelas detallando prolijamente los bienes que se incluyen en cada una y especificando los valores, que deben coincidir con la parte alícuota que corresponde a cada heredero.

Presentada la cuenta particionaria, el juez debe conferir el traslado de ella a los herederos, para que presten su conformidad o la impugnen. Resuelta la incidencia, la decisión judicial importa atribuir a cada heredero el dominio exclusivo de los bienes que componen su hijuela.

617. EL ARTÍCULO 3470.— Dispone este artículo que en el caso de división de una misma sucesión entre herederos extranjeros y argentinos, o extranjeros domiciliados en el Estado, estos últimos tomarán de los bienes situados en la República, una porción igual al valor de los bienes situados en país extranjero de que ellos fuesen excluidos por cualquier título que sea, en virtud de leyes o costumbres locales. Es una consagración expresa, en este caso particular, del principio de la pluralidad de sucesiones.

Adviértase que la ley va más allá de aplicar la ley nacional a los bienes situados en nuestro territorio. Un ejemplo lo pone de manifiesto. Supóngase que el causante tuviera bienes en la Argentina por valor de \$ 1.000.000 y en un país extranjero por \$ 2.000.000. Si la ley nacional se aplicara exclusivamente a los situados en nuestro país, un heredero cuya parte en la herencia según la ley argentina fuera de un tercio sólo podría pretender para sí \$ 333.333. Pero el artículo 3470 Ver Texto le permite compensar con los bienes aquí situados, todo lo que deja de recibir en virtud de la aplicación de la ley extranjera. En nuestro caso, si ésta lo excluyera totalmente, el argentino o extranjero domiciliado en el país tiene derecho al monto íntegro de los bienes situados en nuestro territorio, que constituyen el tercio del conjunto.

Esta disposición se aplica a toda clase de bienes, sean muebles o inmuebles (ver nota 22). La generalidad de los términos empleados no permite ninguna discriminación.

Aunque la doctrina ha sido generalmente adversa a esta norma (ver nota 23), la ley 17711 la ha mantenido, coincidiendo con el Proyecto de Reformas de 1936 (art. 1939).

1119/11370

C.— PARTICIÓN MIXTA

1119/618

618. CONCEPTO Y APLICACIÓN.— Se llama partición mixta a la que se realiza privadamente, pero debe ser sometida al contralor y aprobación judicial. Nuestro Código ofrece dos supuestos en que ella tiene lugar: a) Cuando los ascendientes han nombrado tutores a sus descendientes menores y los han autorizado para que hagan los inventarios, tasaciones y particiones en forma extrajudicial (art. 3415 Ver Texto). b) Cuando los ascendientes intervienen directamente en la partición de la herencia en la que son herederos sus descendientes menores o incapaces (art. 3415 Ver Texto , in fine). Cabe agregar que, en el primer caso, la aprobación judicial está requerida de modo expreso por la ley, no así en el segundo. Empero, por las razones que hemos dado en otro lugar, consideramos que también en este supuesto es indispensable la homologación judicial, como medio ineludible de protección de los incapaces (véase n° 588).

Después de la sanción de la ley 17711 hay otros casos de partición mixta: cuando uno de los herederos es emancipado y su cónyuge es menor, o siendo mayor no da su consentimiento: la partición debe ser aprobada por el juez (véase n° 575).

(nota 1) LAFAILLE, t. 1, n° 466. Sobre la intervención de inventariadores y tasadores véase ZANNONI, t. 1, § 669 y 670.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala A, 20/2/1958, causa 45.763; id., 16/8/1957, causa 39.930, id., 13/10/1958, causa 51.630.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala D, 16/8/1957, L.L., t. 88, p. 82; C. Civil 1ª Cap., 2/11/1933, J.A., t. 44, p. 102; C. Civil 2ª Cap., 30/12/1935, L.L., t. 1, p. 758; id., 29/12/1937, J.A., t. 60, p. 955, etc.

(nota 4) FORNIELES, t. 1, n° 279.

(nota 5) C. Civil Cap., en pleno, 19/10/1954, J.A., 1955-I, p. 221.

(nota 6) Plenario citado en nota precedente. Con anterioridad esta cuestión había dado lugar a fallos contradictorios. Puede verse, sosteniendo un criterio distinto al que prevalecía en el plenario: C. Civil Cap., Sala B, 29/8/1951, L.L., t. 64, p. 328.

(nota 7) Sobre este significado de la regla de la partición en especie, véase BOUTAUD, *Etude critique de la règle d'egalité en nature*, p. 12.

(nota 8) C. Civil Cap. Sala A, 23/5/1957, L.L., t. 88, p. 355; Sala B, 4/9/1958, L.L., t. 93, p. 119; Sala E, 4/4/1959, L.L., t. 94, p. 668; C. Civil 2ª Cap., 7/9/1950, L.L., t. 60, p. 691; BENDERSKY, nota en L.L., t. 54, p. 668.

(nota 9) C. Civil Cap., Sala B, 4/9/1958, L.L., t. 93, p. 119.

(nota 10) C. Civil Cap., Sala E, 4/4/1959, L.L., t. 94, p. 668. En el caso resuelto, no había otros bienes para compensar la diferencia; el tribunal dejó a salvo esta circunstancia, con lo que implícitamente parecería inclinarse por la solución contraria si los hubiera habido.

(nota 11) FORNIELES, t. 1, n° 323; LAFAILLE, t. 1, n° 469, b.

(nota 12) FORNIELES, t. 1, n° 285; LAFAILLE, t. 1, n° 469, i.

(nota 13) También lo adopta expresamente el Cód. Civil italiano, art. 729. En Francia el principio del sorteo se emplea rigurosamente, aunque las hijuelas sean desiguales, formándose tantos lotes como sea necesario para hacer posible el sorteo. Así, si uno de los

herederos sucede en los tres cuartos de herencia y el otro en un cuarto, se forman cuatro lotes. La preocupación de impedir que se favorezca a alguien con la adjudicación ha conducido a este sistema, que suele tener no pocos inconvenientes, sobre todo en la partición de los inmuebles, porque el mismo heredero puede adjudicarse fracciones separadas, cuando lo económico y cómodo es que todo su lote forme una unidad (véase sobre este punto JOSSERAND, t. 3, vol. 2, núms. 1178 y sigs.; PLANIOL-RIPERT, t. 4, núms. 526 y sigs.).

(nota 14) C. Civil 2ª Cap., 29/4/1938, L.L., t. 10, p. 515.

(nota 15) Véase VIGLINO, Designación de martilleros en las sucesiones, J.A., 1959-IV, p. 645.

(nota 16) C. Civil Cap., Sala A, 21/12/1965, causa 110.331; Sala C, 29/4/1959, J.A., 1959-IV, p. 647; C. Civil 1ª Cap., 6/6/1930, J.A., t. 33, p. 468; id., 28/11/1945, J.A., 1946-I, p. 481; C. C. Civil 2ª Cap., 3/8/1931, J.A., t. 36, p. 1931; C. Apel. 1ª La Plata, 13/12/1957, J.A., 1959-IV, p. 8, sum nº 91; C. Apel. 2ª, La Plata, 15/7/1930, J.A., t. 33, p. 954.

(nota 17) C. Civil Cap., Sala A, 21/12/1965, causa 110.331; Sala C, 29/4/1959, J.A., 1959-IV, p. 647; C. Civil 1ª Cap., 7/9/1927, J.A., t. 25, p. 1927; C. Civil 2ª Cap., 22/8/1940, J.A., t. 71, p. 621. En un caso se resolvió que impugnado el martillero, corresponde que la mayoría proponga otro en su lugar: C. Civil 1ª Cap., 31/10/1928, J.A., t. 28, p. 640.

(nota 18) C. Civil 2ª Cap., 10/9/1930, J.A., t. 34, p. 173.

(nota 19) C. Civil 1ª Cap., 7/9/1942, J.A., 1942-IV, p. 110.

(nota 20) C. Civil 1ª Cap., 11/12/1936, J.A., t. 56, p. 772.

(nota 21) BIBLIOGRAFÍA: DE GÁSPERI, t. 2, nº 246; ALSINA, Tratado de Derecho Procesal, t. 3, nº 70; FERRER, Código de Procedimientos, comentado, 2ª ed., p. 553 y sigs.; WAGNER, La cuenta particionaria como negocio jurídico procesal, L.L., t. 119, p. 1121.

(nota 22) C. Civil 2ª Cap., 22/6/1925, J.A., t. 16, p. 190; LAFAILLE, t. 1, nº 476; FORNIELES, t. 1, nº 290.

(nota 23) Véanse las críticas de LAFAILLE y FORNIELES, loc. cit., en nota anterior.

1119/11380

§ 5.— Efectos de la partición (ver nota 1)

1119/11390

A.— EFECTO DECLARATIVO

1119/619

619. LAS DOS CONCEPCIONES SOBRE LOS EFECTOS DE LA PARTICIÓN.— La partición puede ser concebida de dos maneras: 1) como un acto traslativo de propiedad por el cual cada heredero cede la parte de los derechos que le correspondían sobre los bienes adjudicados a sus coherederos, para que éstos, a su vez, le cedan los derechos que tenían sobre los bienes a él adjudicados: habría un acto similar a una permuta o a una cesión; b) como un acto declarativo por el cual se reputa que los derechos atribuidos a cada heredero, los ha recibido directamente del causante y los tiene desde el mismo momento del fallecimiento; la partición tiene así efectos retroactivos pues elimina jurídicamente el período en que los bienes estuvieron en condominio.

El primer sistema es el del derecho romano (ver nota 2); hoy ha desaparecido casi universalmente (véase nº 621), porque entraña graves inconvenientes teóricos y prácticos. Desde el punto de vista teórico, resulta que cada uno de los herederos tiene en cuanto a los bienes puestos en su lote, diversos causantes: los otros herederos; sin embargo, el título de heredero es uno y no fragmentario y diverso (ver nota 3). Desde el punto de vista práctico, hay que considerar subsistentes los actos realizados por uno de los coherederos, respecto de bienes que luego se adjudican a otro, puesto que en el momento en que los llevó a cabo tenía un derecho de copropiedad sobre aquéllos; en particular, subsistirán las hipotecas, prendas, servidumbres, etcétera.

El sistema declarativo resuelve todos estos problemas, al reputar que la transmisión de los bienes que componen cada lote se ha hecho directamente al heredero por el causante, en el mismo momento de la muerte. Según la expresión de JOSSERAND, se pasa la esponja sobre todo el período de la indivisión, dejando sin efecto jurídico los gravámenes constituidos por los coherederos sobre los bienes, instaurando al propio tiempo un régimen de seguridad y de paz jurídica (ver nota 4). Y no es poca ventaja eliminar los impuestos a las enajenaciones onerosas, que serían aplicables si el acto fuera traslativo de la propiedad.

Nuestro Código ha adoptado el principio, hoy casi universal, de los efectos declarativos y retroactivos de la partición. El artículo 3503 Ver Texto dice que se juzga que cada heredero ha sucedido sólo e inmediatamente en los objetos hereditarios que le han correspondido por la partición, y que no ha tenido nunca ningún derecho en los que han correspondido a sus coherederos; como también que el derecho a los bienes que le han correspondido en la partición lo tiene exclusiva e inmediatamente del difunto y no de sus herederos.

1119/620

620.— La doctrina francesa discute si este efecto declarativo de la partición es o no una ficción. La controversia no es puramente teórica; tiene un valor interpretativo, pues se sostiene que, si es una ficción, el principio de la retroactividad debe interpretarse restrictivamente, no así si responde a la verdadera naturaleza de la partición. En pocas materias son tan dispares las opiniones de los autores galos y tan divergentes las decisiones de sus tribunales (ver nota 5). Nos parece una discusión vana. Sea ficción o no, el principio de los efectos declarativos y retroactivos de la partición está consagrado expresamente por la ley y debe recibir una aplicación amplia, tanto más cuanto que nadie duda de sus efectos benéficos (ver nota 6).

1119/621

621. LEGISLACIÓN COMPARADA.— En la legislación comparada predomina netamente el principio de los efectos declarativos (códigos: italiano, art. 757; holandés, art. 1129; brasileño, art. 631; uruguayo, art. 1151; chileno, art. 1344; venezolano, art. 1116; colombiano, art. 1401).

En el derecho germánico el problema está resuelto de manera más simple y directa; los bienes indivisos no pertenecen a cada uno de los herederos, sino a la comunidad, de tal modo que aquéllos no pueden realizar ningún acto que los grave o disminuya. Al realizarse la partición, cada heredero recibe intacta su parte de la comunidad.

1119/622

622. PROYECTOS DE REFORMAS.— El sistema alemán inspiró la solución propuesta en los proyectos de reformas, según los cuales la masa hereditaria es propiedad común de los herederos y ninguno de ellos puede disponer de parte alguna de los bienes, salvo acuerdo unánime (Anteproyecto de Bibiloni, arts. 3018 y 3020; Proyecto de 1936, arts. 1922 y 1925; Anteproyecto de 1954, arts. 813 y 815).

1119/623

623. EFECTOS DEL CARÁCTER DECLARATIVO.— Del carácter declarativo de la partición surgen los siguientes efectos:

a) El primero y principal es que los bienes de cada heredero se reputan recibidos directamente del causante en el momento de la muerte y que los coherederos jamás han tenido derecho alguno sobre los bienes que se adjudican a otro de ellos (art. 3503 Ver Texto).

b) Como consecuencia del efecto anterior, serán nulos los derechos constituidos por uno de los herederos, sobre los bienes que se han adjudicado a otro. Nuestro Código lo establece expresamente con relación al derecho de hipoteca (art. 3504 Ver Texto). Debe advertirse que lo único que un heredero puede hipotecar antes de la partición es la porción indivisa que

le corresponde en los bienes sucesorios. Es claro que, si el inmueble le ha sido adjudicado al hipotecante, el gravamen conserva toda su vigencia (ver nota 7).

Demás está decir que la disposición contenida en el artículo 3504 Ver Texto ha tenido como consecuencia que, en la práctica, jamás se preste dinero con garantía hipotecaria de un bien sucesorio indiviso, pues es muy probable que el prestamista quede sin garantía alguna.

c) Los embargos trabados por los acreedores particulares de los herederos caducarán si el bien sobre el cual recaigan se adjudica a otro (ver nota 8); salvo el derecho del acreedor de impugnar por fraude la partición.

d) Se reputa que el adjudicatario ha tenido la posesión exclusiva del bien a partir del momento de la defunción del causante (ver nota 9).

e) La partición no constituye un título atributivo del dominio, sino solamente un acto determinativo de las cosas en las cuales cada heredero ha sucedido al difunto (ver nota 10); en consecuencia, no podrá usucapir sobre la sola base de él, porque no es el justo título que la ley exige (ver nota 11).

f) Puesto que no importa una enajenación, está exenta de los impuestos que gravan estas operaciones; la porción de cada heredero se juzga adquirida por causa de muerte (ver nota 12); pero, tratándose de una partición con saldo, hay transmisión en la medida que los bienes atribuidos a un heredero exceden su porción hereditaria; y, como tal, está sujeta al pago de impuestos (ver nota 13).

1119/624

624.— El efecto declarativo no tiene lugar cuando un bien hereditario ha sido adjudicado a un tercero (por ej., como resultado de la venta en pública subasta de un bien de la sucesión), porque éste no tiene calidad de heredero y el título de su derecho no es la transmisión mortis causa (ver nota 14).

1119/11400

B.— GARANTÍA EN FAVOR DE LOS COHEREDEROS

1119/625

625. EVICCIÓN.— Dispone el artículo 3505 Ver Texto que los coherederos son garantes, los unos hacia los otros, de toda evicción de los objetos que les hubiera correspondido por la partición, y de toda turbación de derecho en el goce pacífico de los objetos mismos, o de las

servidumbres activas, cuando la causa de la evicción o turbación es de una época anterior a la partición.

Esta garantía —lo mismo que la relativa a los vicios redhibitorios establecida en el artículo 3510 Ver Texto — no se aviene con la lógica del carácter declarativo de la partición. Porque si los bienes adjudicados a cada heredero se juzgan recibidos directamente del causante, no se explica que los coherederos deban la garantía de evicción o de vicios redhibitorios. Pero, a pesar de esta indudable contradicción, se ha impuesto universalmente (ver nota 15) la obligación de garantizar a los coherederos, porque por encima de las exigencias lógicas de un sistema, está la justicia de asegurar a todos los coherederos una parte igual en la herencia. Esta obligación de garantía es, a nuestro juicio, la prueba inequívoca de que el principio del carácter declarativo de la partición es, en sí mismo, falso. Nada se gana con decir que ésta es una excepción a la regla general; porque cuando las excepciones quiebran y contradicen la regla no hacen sino demostrar que ella no responde a un principio verdadero (ver nota 16). El carácter declarativo de la partición se ha impuesto porque en sus soluciones prácticas se ha demostrado superior al sistema romano. Pero envuelve en sí una contradicción insoluble. Todos estos inconvenientes quedan resueltos con el sistema germano, cuya implantación entre nosotros ha sido propiciada por los proyectos de reformas (véase nº 622).

1119/626

626. REQUISITOS PARA QUE PROCEDA LA EVICCIÓN.— Para que proceda la garantía por evicción, se requieren las siguientes condiciones:

a) Que la evicción o turbación tenga una causa anterior a la partición (art. 3505 Ver Texto). Tal requisito tiene peculiar importancia en estos casos: 1) en lo que atañe a los créditos que integran uno de los lotes, los coherederos sólo responden de la insolvencia del deudor anterior a la partición, pero no de la posterior (art. 3509 Ver Texto); 2) si se ha operado la usucapión en favor de un tercero con respecto a alguno de los bienes contenidos, en un lote, no funciona la garantía (ver nota 17).

b) Que la evicción no sea imputable a culpa del heredero (ver nota 18). Tal ocurriría si ha dejado de hacer emplazar a los coherederos que hubieran podido impedir la evicción, o si hubiera dejado de alegar en el pleito en que fue vencido, alguna defensa eficaz, como por ejemplo la prescripción, o hubiera sido declarado negligente en la producción de la prueba (ver nota 19).

Pero el simple conocimiento del peligro de evicción por el adjudicatario, no lo priva del derecho de reclamar la garantía, aunque lo supiese al momento de celebrar la partición. Así lo dispone expresamente el artículo 3512 Ver Texto . Es una solución prudente, porque la renuncia a la garantía no debe presumirse.

c) Que el acto de partición no contenga alguna cláusula de exoneración de garantía (art. 3511 Ver Texto). Debe agregarse que esta disposición sólo es válida cuando ha sido convenida respecto de un bien especial; pero una cláusula general por la que los herederos se liberasen recíprocamente de toda obligación de garantía es de ningún valor (art. cit., in

fine). Tales cláusulas importarían desnaturalizar la esencia igualitaria de la partición y se prestarían a fraudes o maniobras en perjuicio de los adjudicatarios demasiado confiados en la buena fe de sus coherederos.

1119/627

627. EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD.— La garantía es debida por el valor que tenían los bienes al tiempo de la evicción (art. 3506 Ver Texto). Nuestro Código ha zanjado así, con una disposición expresa, la vieja controversia mantenida en el derecho francés sobre si debía tomarse en cuenta el valor en el momento de la partición o en el momento en que se produjo la evicción (ver nota 20). Pero, si a los coherederos no les conviniera satisfacer ese 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 Ver Texto , in fine).

Hay que decir, sin embargo, que en períodos de inflación, la aplicación de estas disposiciones puede dar lugar a graves injusticias. Supóngase que uno de los coherederos hubiera vendido los bienes que le correspondían poco después de realizada la partición; diez años más tarde, un tercero reivindica el inmueble adjudicado a otro de los coherederos; el garante tendrá que hacer frente al valor actual con el dinero obtenido diez años atrás. Sería, pues, más equitativo tomar el valor en el momento de la partición.

1119/628

628.— Hemos visto que el artículo 3506 Ver Texto brinda a los coherederos la posibilidad de optar por una nueva partición a los valores actuales. Pero ¿qué ocurriría si algunos de ellos quisieran optar por esta solución y otros no? Pensamos que sólo sería aplicable en casos de acuerdo unánime de los coherederos (excluido, claro está, el que reclama la garantía); si no lo hubiera, debe resolverse el problema indemnizando al perjudicado con la evicción. Rehacer la partición es un remedio complicado y lleno de inconvenientes para los adjudicatarios, que no puede aceptarse sin acuerdo general. De lo contrario se crearía un motivo de inestabilidad muy peligroso.

1119/629

629.— La obligación de garantía de los herederos es en proporción de sus respectivos haberes, comprendida la parte del que ha sufrido la evicción (art. 3508 Ver Texto). Ejemplo: los coherederos son tres hermanos, cada uno de los cuales recoge la tercera parte de la herencia. Supuesto que uno de ellos fuera privado del bien que compone su lote, los otros dos responden por los dos tercios del valor de ese bien, cargando el adjudicatario con el tercio restante.

Y si alguno de los coherederos resultare insolvente, la pérdida se repartirá igualmente entre el garantizado y los otros coherederos (art. 3508 Ver Texto , in fine).

1119/630

630. CRÉDITOS.— Los coherederos están obligados a garantizarse no sólo la existencia de los créditos adjudicados recíprocamente, sino también la solvencia del deudor a la fecha de la partición (art. 3509 Ver Texto). Es una garantía plena, siempre que la causa de la evicción sea anterior al acto.

1119/631

631. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA EVICCIÓN Y EXCEPCIONES.— Según el artículo 3507 Ver Texto es aplicable a la garantía de los coherederos por la evicción lo dispuesto en los artículos 2140 Ver Texto y 2144, salvo las disposiciones especiales de este capítulo. Los artículos aludidos se refieren a la evicción en la compraventa y entre los copartícipes.

Conviene señalar cuáles son las normas especiales de este título que marcan una diferencia con la evicción en general: 1) en la compraventa debe tenerse en cuenta el precio pagado al hacerse la operación (art. 2118 Ver Texto), mientras que en la partición hay que considerar el valor a la fecha en que el heredero es privado del bien (art. 2144 Ver Texto); 2) en la compraventa es posible una cláusula general de renuncia a la garantía (art. 2098 Ver Texto), no así en la partición, en que la renuncia sólo puede referirse a bienes determinados (art. 3511 Ver Texto); 3) el cedente de un crédito no responde de la insolvencia del deudor, a menos que ésta fuera anterior y pública (art. 1476 Ver Texto); en la partición se garantiza también la solvencia (art. 3509 Ver Texto).

1119/632

632. PRESCRIPCIÓN.— La acción de garantía se prescribe por diez años, contados desde el día en que la evicción ha tenido lugar (art. 3513 Ver Texto).

1119/633

633. VICIOS REDHIBITORIOS.— Los herederos se deben garantía de los defectos ocultos de los objetos que les han correspondido, siempre que por ellos disminuyan su valor en una cuarta parte del precio de tasación (art. 3510 Ver Texto).

Por más que esta norma ha suscitado críticas (ver nota 21), nos parece plausible, no sólo en cuanto establece garantía por los vicios ocultos (ver nota 22), sino también en cuanto otorga viabilidad a la acción únicamente en el caso de que la cosa haya disminuido de valor en una cuarta parte. Así se evitan reclamaciones por daños de poco monto y se da mayor estabilidad a la partición.

1119/634

634.— ¿En qué plazo prescribe esta acción? Adherimos a la opinión de la mayor parte de nuestros autores que juzga aplicable al caso el artículo 4041 Ver Texto , que fija el término de tres meses para el ejercicio de la acción redhibitoria en el contrato de compraventa (ver nota 23).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la general citada en la nota 1000, véase WAHL, *Les variations de la jurisprudence sue les différentes questions relatives a l'effet déclaratif*, Livre du Centenaire du Code C. Civil, p. 443; VINCENT, *Les propriétés collectives, les indivisions el l'effet déclaratif du partage*, *Revue Critique*, 1932, p. 284; CERDA VARAS, *Carácter declarativo de los actos de partición y sus efectos*, Santiago de Chile, 1933.

(nota 2) MAYNZ, *Cours de droit romain*, t. 3, p. 405; GIRARD, *Cours*, 3ª ed., p. 311; BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, *Des successions*, t. 3, nº 3271.

(nota 3) JOSSERAND, t. 3, vol. 2, nº 1187.

(nota 4) JOSSERAND, t. 3, vol. 2, nº 1187.

(nota 5) JOSSERAND, t. 3, vol. 2, núms. 1189 y sigs.; PLANIOL-RIPERT, t. 4, núms. 638 y sigs.; BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, *Successions*, t. 3, núms. 3270 y sigs.; AUBRY y RAU, § 625; DEMOLOMBE, t. 16, nº 264; SOMARRIVA UNDURRAGA, *Indivisión y partición*, t. 2, núms. 516 y sigs.

(nota 6) En sentido concordante véase SOMARRIVA UNDURRAGA, *Indivisión y partición*, nº 552.

(nota 7) JOSSERAND, t. 3, vol. 2, nº 1191; SOMARRIVA UNDURRAGA, *Indivisión y partición*, t. 2, nº 559.

(nota 8) SOMARRIVA UNDURRAGA, *Indivisión y partición*, t. 2, nº 564.

(nota 9) SOMARRIVA UNDURRAGA, *Indivisión y partición*, t. 2, nº 564; PÉREZ LASALA, t. 1, nº 580.

(nota 10) POTHIER, *Oeuvres*, t. 8, p. 186 (2ª ed.).

(nota 11) JOSSERAND, t. 3, col. 2, nº 1194.

(nota 12) KIPP, Sucesiones, t. 5, vol. 2, § 86, p. 40; SOMARRIVA UNDURRAGA, Indivisión y partición, t. 2, nº 574.

(nota 13) JOSSERAND, t. 3, vol. 2, nº 1195.

(nota 14) CERDA VARAS, Carácter declarativo de los actos de partición y sus efectos, nº 40.

(nota 15) Código Civil francés, art. 884; italiano, art. 758; español, arts. 1069 y sigs.; brasileño, arts. 1801 y sigs.; mexicano, arts. 1780 y sigs.; venezolano, arts. 1117 y sigs.; uruguayo, arts. 1152 y sigs.; chileno, arts. 1345 y sigs.; colombiano, arts. 1402 y sigs.

(nota 16) La manida afirmación de que “la excepción confirma la regla”, no es sino un recurso cómodo, propio para conformar a espíritus superficiales. Cuando una regla responde a una auténtica verdad lógica, no admite excepciones. Si las hay, ello implica que es indispensable ahondar la investigación del tema y buscar una explicación unitiva.

(nota 17) DE GÁSPERI, t. 2, nº 294; PLANIOL-RIPERT, t. 4, nº 679.

(nota 18) DE GÁSPERI, t. 2, nº 294; PLANIOL-RIPERT, t. 4, nº 679; JOSSERAND, t. 3, vol. 2, nº 1225.

(nota 19) Véanse autores citados en nota anterior.

(nota 20) Véase sobre el tema: PLANIOL-RIPERT, t. 4, nº 680; JOSSERAND, t. 3, vol. 2, nº 1227.

(nota 21) Véanse las de SEGOVIA, t. 2, art. 3512 de su numeración, nota 157; MACHADO, t. 9, p. 195, nota; LAFAILLE, t. 1, nº 486. Comp.: ZANNONI, t. 1, § 689.

(nota 22) Solución también adoptada por los proyectos de reformas (Anteproyecto, art. 3102; Proyecto de 1936, art. 1972).

(nota 23) SEGOVIA, t. 2, art. 3512 de su numeración, nota; MACHADO, t. 9, p. 196, nota; LLERENA, t. 9, art. 3519, nº 2; LAFAILLE, t. 2, nº 486; PÉREZ LASALA, t. 1, nº 581. En cambio, DE GÁSPERI piensa que es aplicable el art. 3513, que fija el término de diez años (t. 2, nº 295).

1119/11410

§ 6.— Nulidad de la partición

1119/635

635. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES.— Nuestro Código no contiene reglas especiales referentes a la nulidad de la partición; ha juzgado sin duda inútil hacerlo, puesto que, tratándose de un acto jurídico, deben aplicarse las reglas relativas a ellos. Habrá, por tanto, nulidad cuando debiendo ser judicial la partición se han omitido formalidades esenciales del proceso judicial, tal como la tasación, la aprobación por el juez, si habiendo incapaces no ha intervenido el asesor de menores, etcétera. También la habrá en caso de dolo o violencia; o si uno de los herederos intervinientes en la partición privada es incapaz; o si se ha omitido totalmente a uno de los coherederos.

1119/636

636.— Los terceros afectados por una partición fraudulenta tienen contra ellos la acción revocatoria del artículo 961 (ver nota 1). Bien entendido que éste no es propiamente un caso de nulidad, sino de inoponibilidad (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 1200 y sigs.).

1119/637

637.— La nulidad relativa queda purgada por la confirmación posterior al acto. También aquí se aplican los principios generales (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 1200 y sigs.). La jurisprudencia ha declarado que la venta de uno de los bienes contenidos en la hijuela importa una confirmación tácita de la partición y priva al heredero del derecho de alegar la nulidad (ver nota 2).

1119/638

638. LESIÓN (ver nota 3).— Si antes de la ley 17711 era discutible si la partición podía o no ser anulada por lesión, toda duda ha quedado despejada por el nuevo artículo 954 Ver Texto referido a los actos jurídicos en general y que, por tanto, comprende también la partición; en consecuencia, ésta puede ser impugnada por lesión (ver nota 4). Y quizás en muy pocos casos se pone tan de manifiesto como aquí la necesidad de admitir este vicio, que manejado por los jueces con cordura y discreción es un instrumento importantísimo para hacer reinar la justicia en las relaciones humanas. Con frecuencia las particiones son obra de un hermano o de un hijo, en quien sus coherederos han confiado: porque era imposible dudar de él, se han aceptado tasaciones, admitido adjudicaciones, firmado compromisos. Luego resulta que aquél fue desleal. Si se demuestra que los lotes son marcadamente desiguales, que uno de los coherederos se ha valido de la confianza o la inexperiencia de los demás para beneficiarse indebidamente con una división injusta, el juez debe intervenir y restablecer la igualdad. De otro modo se estaría protegiendo la mala fe.

(nota 1) C. Civil 1ª Cap., 3/3/1936, L.L., t. 2, p. 466; Sup. Trib. Santa Fe, 12/9/1939, L.L., t. 16, p. 414; C. Apel. Azul, 26/12/1950, L.L., t. 63, p. 690; FORNIELES, t. 1, n° 269; LAFAILLE, t. 1, n° 474.

(nota 2) C. Civil 2ª Cap., 22/12/1942, J.A., 1943-I, p. 556; FORNIELES, t. 1, n° 289; LAFAILLE, t. 1, n° 475.

(nota 3) BIBLIOGRAFÍA: Además de la general, citada en nota 1000, véase: MARCHAL, *Contributio a l'étude de la lésion dans les partages*, París, 1937.

(nota 4) De acuerdo: FERRER, *Cuestiones de derecho civil*, p. 412.

1119/11420

II. COLACIÓN (ver nota 1)

1119/11430

§ 1.— Conceptos generales

1119/639

639. CONCEPTO.— Toda donación hecha en vida por el causante a uno de sus herederos forzosos se presume como un simple adelanto de herencia; por tanto, al realizarse la partición, se computará dentro de la hijuela de ese heredero, compensándose a los otros con bienes de igual valor. Esta obligación del heredero forzoso de traer a la masa el valor de los bienes que le fueron donados, se llama colación. Sólo estará dispensado de ella, en el caso de que el causante lo haya dispuesto así en forma expresa; sólo entonces se entenderá que la donación ha sido hecha con intención de mejorar al beneficiario (dentro de los límites de la porción disponible), y no de hacerle un simple adelanto.

La colación se funda, pues, en la voluntad presunta del difunto. La ley estima que, salvo voluntad expresa en contrario, aquél no ha propuesto modificar las porciones hereditarias que la ley reconoce a los herederos forzosos en la sucesión ab intestato. Es también una manera de propender a que se respete la igualdad entre los coherederos.

1119/640

640.— Para que la colación tenga lugar es, por tanto, necesario: a) que la donación haya sido hecha a un heredero forzoso; b) que no medie dispensa expresa de la obligación de

colacionar, hecha por el causante; c) que se trate de una sucesión ab intestato (sobre este punto véase nº 653).

1119/641

641. DIFERENCIAS CON LA ACCIÓN DE REDUCCIÓN.— Tanto la acción de colación como la de reducción tienden a defender la integridad de las porciones hereditarias de los herederos forzosos. Pero hay entre ellas profundas diferencias, que conviene destacar a fin de deslindar el campo de aplicación de una y otra: a) la acción de reducción se propone defender la porción legítima de los herederos forzosos y sólo queda abierta en caso de que aquélla se haya visto afectada por algún acto de disposición a título gratuito, sea entre vivos o de última voluntad; la acción de colación funciona aunque la legítima no se haya visto afectada y tiende a mantener la igualdad entre los herederos; b) la acción de reducción puede hacerse valer aun en contra de la voluntad expresa del causante, puesto que se funda en una razón de orden público; la de colación solamente procede si el causante ha guardado silencio, pues es interpretativa de su voluntad; c) la acción de reducción deja subsistente la mejora hecha a uno de los herederos, en tanto no exceda de la porción disponible; la colación borra toda desigualdad entre ellos, puesto que se presume que el causante no ha tenido intención de mejorar; d) el resultado de la acción de reducción es traer a la masa todo el exceso de la porción disponible; en cambio, el heredero obligado a colacionar no trae ningún bien a la masa; solamente se computan en su hijuela los valores que debe colacionar.

1119/642

642. MODO DE HACERSE LA COLACIÓN.— Hay dos maneras posibles de hacer efectiva la colación: trayendo a la masa los bienes recibidos, o computando su valor para disminuirlo de la hijuela del heredero que los recibió. Nuestro Código optó por el último sistema, sin duda alguna el más justo y práctico. De esta manera se evitan todos los inconvenientes de la revocación de la donación, que implica la colación en especie, la cual es particularmente grave desde el punto de vista de los terceros que hubieran adquirido derechos sobre la cosa. La colación en valor brinda seguridad, no sólo al donatario, sino también a los terceros. Por último, este sistema facilita singularmente las operaciones de la partición.

En suma, se procede de la siguiente manera: se computa en la hijuela del donatario el valor de la cosa donada, compensando a los coherederos con valores similares. Es, como dice FORNIELES, una simple operación de contabilidad (ver nota 2), porque el obligado a colacionar no trae ningún bien a la masa (ni la especie donada ni su equivalente en dinero) sino que recibe de menos lo que ya recibió en vida del causante (ver nota 3). Nada de lo recibido se devuelve, sino que se descuenta. Por ello el Código francés llama a esta forma de colación en moins prenant, tomando menos.

Se convierte, sin embargo, en una deuda pecunaria, cuando el heredero recibió en vida un valor mayor que el de su hijuela, en cuyo caso tiene que traer a la masa la diferencia en dinero (ver nota 4).

Como consecuencia de esta obligación de restituir valores y cosas, los coherederos carecen de acción reivindicatoria contra los terceros adquirentes de inmuebles donados al heredero deudor de la colación (ver nota 5).

1119/643

643. MOMENTO EN QUE SE CALCULA EL VALOR.— Se admitía generalmente en nuestro derecho que el valor de la cosa debe estimarse en el momento en que se hizo la donación (ver nota 6). Esta tesis tenía un importante apoyo en el art. 3602 Ver Texto que establecía expresamente ese sistema con relación a la acción de reducción; era lógico admitir el mismo método para ambas acciones que, en este punto, plantean un problema idéntico.

Esto significaba que el heredero asumía los riesgos de la cosa; nada importa que ella haya perecido, se haya deteriorado, que disminuya o aumente su valor; que, en fin, el beneficiario la haya consumido o enajenado. En cualquier hipótesis, él debía el valor al momento de la donación (ver nota 7).

Como puede apreciarse, esta solución simplificaba notablemente los problemas jurídicos originados en la obligación de colacionar. Más aún, es una solución justa en épocas de estabilidad económica, pero no en tiempos de inflación. Un ejemplo lo demuestra. Supongamos un padre de tres hijos, cuya única fortuna es un campo de tres mil hectáreas. Deseando resolver la situación económica de uno de ellos, le entrega en vida mil hectáreas, es decir, la parte que le corresponderá a su muerte, en la inteligencia de que el resto quedará para sus otros hijos. Pasan diez años, en cuyo lapso admitamos que la propiedad haya aumentado cinco veces su valor. La hectárea, que valía dos mil pesos cuando la donación se hizo, hoy vale diez mil. De donde resulta que aquel hijo cuyo padre pensó desinteresarlo definitivamente de su herencia (por lo menos en tanto no hubiera un acrecimiento de la fortuna) tendrá nuevamente derecho a casi un tercio de lo que resta. La masa hereditaria estará formada por la fortuna dejada en el momento de la muerte (\$ 20.000.000), más lo que el donatario debe colacionar (\$ 2.000.000), todo lo cual se dividirá en tres partes (\$ 7.333.333 cada una). De la que corresponde al heredero donatario, se deducirá lo recibido en vida (\$ 2.000.000) de tal modo que él tomará de lo que resta del inmueble el equivalente a \$ 5.333.333, o sea 533 hectáreas; en definitiva, él recibirá del inmueble primitivo 1533 hectáreas, en tanto que sus hermanos sólo reciben 733 hectáreas y fracción cada uno.

Si el propósito de la colación es conservar la igualdad entre los herederos, evidentemente no es éste el procedimiento para lograrlo; muchas veces la diferencia entre los herederos forzosos llegará a desproporciones odiosas.

1119/644

644.— La ley 17711 resolvió el problema, agregando al artículo 3477 Ver Texto dos párrafos que disponen que los valores entregados en vida por el difunto, deben computarse al tiempo de la apertura de la sucesión, sea que existan o no en poder del heredero.

Tratándose de créditos o sumas de dinero, los jueces pueden determinar un equitativo reajuste según las circunstancias del caso.

Se han previsto así dos situaciones distintas:

a) Los bienes entregados en vida por el causante que no sean créditos o dinero. Se trata de una deuda de valor del heredero que los recibió y por tanto, debe colacionarlos al valor que ellos tenían a la fecha de la partición. Es la solución que se ha impuesto en la jurisprudencia y la doctrina (ver nota 8).

Adviértase que el valor de los bienes dados en vida por el difunto deben colacionarse, existan o no en poder del heredero. La solución es rigurosamente justa. Si el heredero ha dilapidado los bienes que recibió, no por ello mejora su situación, pues sería muy injusto que los coherederos se perjudicaran por la circunstancia de que aquél hubiera gastado y aun mal gastado lo que recibió.

b) Los bienes entregados en vida son créditos o dinero. En tal caso, los jueces harán un equitativo reajuste según las circunstancias del caso. Se ha criticado esta solución aduciéndose que es excesivo reconocer tan extensas facultades a los jueces (ver nota 9). Pero en verdad, es la solución que permite una justicia más realista y más ceñida al caso. Desde luego, sería totalmente injusto aceptar como equivalente la misma cantidad de dinero, pues la depreciación puede volver irrisoria esa suma.

Si la suma recibida en vida por uno de los herederos permanece estática o fue gastada sin desidia, negligencia o grave falta de aptitud para el manejo de sus negocios, es justo que la revalorización se haga en muy prudente medida; pero si el heredero que recibió su parte en vida del causante la invirtió con provecho, es justo que colacione el dinero que recibió con una revalorización muy aproximada, sino coincidente, con la desvalorización del dinero que resulta de las estadísticas oficiales. Y se ha declarado a nuestro juicio con razón, que si no se observan otras circunstancias computables más que las sumas donadas y el tiempo transcurrido, corresponde revalorizar la donación aplicando el índice para los precios mayoristas del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (ver nota 10).

1119/645

645. LEGISLACIÓN COMPARADA.— Siguen el sistema de la colación en valor a la época en que fue hecha la liberalidad el Código alemán (art. 2055), el español (art. 818), el brasileño (art. 1792), el peruano (art. 777). El Código francés permite la colación en natura o en valor; en este último caso, el artículo 860 establecía que debía computarse el valor al momento de la apertura de la sucesión; pero la ley del 7 de febrero de 1938 y el decreto-ley del 17 de junio de 1938 establecieron el valor de la época de la donación.

El Código venezolano autoriza al heredero a elegir entre la colación en especie o en valor, considerando éste a la fecha de la apertura de la sucesión (arts. 1092 y 1099). Igual es el sistema del Código italiano respecto de los bienes inmuebles; en cuanto a los muebles, sólo

es posible la colación en valor, computado a la fecha de la muerte del causante (arts. 746, 747 y 750). El Código suizo fija el valor de la apertura de la sucesión o del precio de venta de la cosa, si fue enajenada por el donatario con anterioridad (art. 630).

En Estados Unidos, las soluciones difieren. En algunos Estados se toma en cuenta el valor a la época de la liberalidad y, en otros, al momento de la apertura de la sucesión (ver nota 11).

1119/646

646. UN CASO SINGULAR: DONACIÓN DE GANANCIALES.— La donación de gananciales presenta problemas que requieren un cuidadoso análisis. Ante todo, es preciso decir que, si la donación ha sido hecha conjuntamente por ambos cónyuges, no hay cuestión: los hijos colacionarán la mitad al fallecimiento de cada uno de aquéllos, puesto que han dispuesto de la mitad que les correspondía (ver nota 12).

Pero supongamos que el marido haya donado bienes gananciales sin el consentimiento de la mujer. Cabe recordar aquí que él no puede donar bienes inmuebles o muebles registrables o aportes a sociedades de la sociedad conyugal sin ese consentimiento o autorización suplementaria del juez; de tal modo que el problema que estamos analizando no puede presentarse respecto de dichos bienes sino en la hipótesis excepcional e improbable de que la donación se haya hecho con autorización judicial (véase Tratado de Derecho Civil, Familia, t. 1, n° 377). Es en materia de muebles no registrables que el problema se presenta.

Supuesta la donación por el marido, hay que considerar dos situaciones:

a) Que él muera antes. El beneficiario debe colacionar la totalidad de la donación, pues la esposa tiene derecho a recibir la parte que a ella le corresponde en los gananciales. Como dice FORNIELES, por amplios que sean los poderes del marido, no alcanzan para hacer anticipos de la herencia de su mujer; y ya se sabe que las donaciones hechas a los herederos forzosos se presumen un anticipo de herencia (art. 3476 Ver Texto). Si las donaciones hechas por el marido salieran del conjunto de los gananciales, la mujer no recibirá íntegramente la parte que le corresponde como socia (ver nota 13).

b) Que muera antes la esposa. En la sucesión de ella debe colacionarse la mitad y la otra mitad cuando muera el donante (ver nota 14). Se explica que así sea, porque la mitad pertenecía a la esposa, de modo que, a su muerte, los bienes deben reintegrarse a la masa de donde salieron.

1119/647

647.— Obvio resulta decir que idénticos principios deben aplicarse al caso de donaciones de gananciales hechas por la esposa respecto de los bienes de ese carácter, cuya administración le está reservada (ver nota 15).

1119/648

648. INTERESES Y FRUTOS DE LOS BIENES SUJETOS A COLACIÓN.— Es principio aceptado unánimemente, que los herederos no deben los intereses y frutos sobre las cosas sujetas a colación, ni siquiera desde la apertura de la sucesión (ver nota 16). Se explica que así sea, porque lo que esta institución se propone es mantener la igualdad de capital de los herederos, pero no recae sobre rentas que normalmente se consumen.

1119/649

649. DIVISIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN DE COLACIONAR.— La obligación de colacionar es divisible (arts. 667 Ver Texto , 3478 Ver Texto y 3496 Ver Texto). No existe respecto de la masa, sino de cada uno de los coherederos en particular (art. 3478 Ver Texto), en proporción a sus respectivas hijuelas.

De esta divisibilidad surgen las siguientes consecuencias:

a) Las obligaciones respecto de cada uno de los coherederos funcionan con entera independencia entre sí (art. 691 Ver Texto).

b) La interrupción de la prescripción hecha por uno de ellos no aprovecha a los restantes (arts. 695 Ver Texto , 3493 Ver Texto y 3992 Ver Texto) (ver nota 17).

c) La colación no se opera de pleno derecho, sino a petición de parte interesada. Si unos herederos la reclaman y otros no, de la hijuela del heredero obligado se deducirá la parte correspondiente al reclamante y sólo éste se beneficiará con ella (ver nota 18).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: MARTÍNEZ RUIZ, La colación en el derecho sucesorio, Buenos Aires, 1943; FORNIELES, t. 1, núms. 298 y sigs.; LAFAILLE, núms. 487 y sigs.; ZANNONI, t. 1; MAFFÍA, t. 1; PÉREZ LASALA, t. 1; GOYENA COPELLO, t. 3; DE GÁSPERI, t. 2, núms. 240 y sigs.; AMUCHÁSTEGUI, Colación, Córdoba, 1914; La colación, Seminario dirigido por el Dr. Ovejero, Buenos Aires, 1935; ARVIZU, El derecho civil de Navarra y la colación de bienes, Pamplona, 1929; PLANIOL-RIPERT, t. 4, núms. 564 y sigs.; JOSSERAND, t. 3, vol. 2, núms. 1082 y sigs.; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1247; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Successions, t. 3, núms. 2687 y sigs.; HAYMEL, De l'imputation des libéralités faites á un héritier acceptant, Lille, 1933; ANDREOLO, Contributo alla teoría della collazione delle donazione, Milano, 1942; MESSINEO, t. 7, § 205; CICU, La divisione ereditaria, Milano, 1947; FORCHIELLI, La collazione, Padua, 1958.

(nota 2) FORNIELES, t. 2, n° 302.

(nota 3) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala B, 9/5/1986, L.L., 1986-E, p. 184 Ver Texto Ver Texto Ver Texto Ver Texto ; Sala C, 3/2/1977, J.A., 1978-I, p. 245; Sala F, 29/8/1979, L.L., 1979-A, p. 216 y E.D, t. 82, p. 290; C. Apel. Morón, 23/10/1980, E.D., t. 92, p. 201; MAFFÍA, Manual de derecho de sucesiones, t. 1, n° 333; ZANNONI, t. 1, § 731. Sin embargo, en un caso peculiar la C. Civil Cap., Sala A, resolvió, con la disidencia del Dr. MONCAYO, que la colación debía hacerse en especie: 24/2/1975, J.A., t. 28-1975, con nota en desacuerdo de MÉNDEZ COSTA quien sostiene que la colación debió hacerse en valores.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala A, L.L., t. 77, p. 382; Sala E, 28/9/1979, E.D., t. 85, p. 706; FORNIELES, t. 2, n° 304.

(nota 5) C. Civil 1ª Cap., 6/6/1923, G.F., t. 49, p. 172; MARTÍNEZ RUIZ, La colación, n° 257.

(nota 6) C. Civil 1ª Cap., 9/4/1926, J.A., t. 19, p. 716; C. Civil 2ª Cap., 27/7/1932, G.F., t. 99, p. 200; MARTÍNEZ RUIZ, La colación, n° 257, FORNIELES, t. 1, n° 301; LAFAILLE, t. 1, n° 490; MACHADO, t. 9, p. 131, nota; CAMMAROTTA, La colación y el art. 3604, Código Civil, n° 6.

(nota 7) JOSSERAND, t. 3, vol. 2, n° 1142; PLANIOL-RIPERT, t. 4, n° 605.

(nota 8) C. S. N., 4/7/1978, E.D., t. 79, p. 488; C. Civil Cap., Sala E, 27/7/1973, J.A., t. 21-1973, p. 90; Sup. Corte Buenos Aires, 5/6/1979, E.D., t. 84, p. 498; id., 28/9/1979, E.D., t. 87, p. 715; ZANNONI, t. 1, § 739; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 617; declaración de las primeras jornadas de Derecho Civil, Santa Fe, 1963.

(nota 9) En ello se funda la crítica de LLAMBÍAS, Estudio de la Reforma, p. 440, in fine.

(nota 10) C. Civil Cap., Sala C, 2/3/1977, J.A., 1978-I, p. 245. El tribunal prefirió el índice de los precios mayoristas, aunque no habría inconveniente en tomar el del costo de la vida, que suele ser ligeramente superior.

(nota 11) HACKETT, cit. por MARTÍNEZ RUIZ, La colación, n° 260 y nota 402.

(nota 12) Sobre este supuesto, hay acuerdo unánime: véase FORNIELES, t. 1, n° 326; MARTÍNEZ RUIZ, La colación, n° 263.

(nota 13) C. Civil 2ª Cap., 13/7/1945, J.A., 1945-III, p. 686; FORNIELES, t. 1, n° 327; MARTÍNEZ RUIZ, La colación, n° 263; ZANNONI, Sucesiones, t. I, § 158.

(nota 14) FORNIELES, t. 1, n° 328; MARTÍNEZ RUIZ, La colación, n° 263; C. Civil 2ª Cap., 7/10/1935, J.A., t. 52, p. 140.

(nota 15) MARTÍNEZ RUIZ, op. y loc cit. en nota anterior.

(nota 16) C. Civil Cap., 20/12/1899, Fallos, t. 121, p. 150; Sup. Corte Buenos Aires, 8/3/1977, J.A., 1977-II, p. 372, con nota de MORELLO; C. Apel. Mercedes, 18/12/1934, J.A., t. 48, p. 1003; MARTÍNEZ RUIZ, La colación, n° 269; FORNIELES, 1, n° 331.

(nota 17) C. Apel. Morón, 23/10/1980, E.D., t. 92, p. 201; FORNIELES, t. 1, n° 307; LAFAILLE, t. 1, n° 493; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 613.

(nota 18) C. Civil Cap., Sala D, 21/11/1985, L.L. 1986-B, p. 492; C.C.C. Santa Rosa, 31/7/1980, B.P.L.P., 1981-28-70; C.C.C. Morón, Sala I, 23/10/1980, E.D., t. 92, p. 201 y J.A. 1980-IV, p. 686; FORNIELES, t. 1, n° 307; LAFAILLE, t. 1, n° 494.

1119/11440

§ 2.— Quiénes deben colacionar

1119/650

650. HEREDEROS FORZOSOS.— Hemos de ver más adelante (n° 654), que la legislación comparada conoce tres soluciones distintas en lo que atañe al deber de colacionar: o bien lo tienen todos los herederos legítimos, o solamente los forzosos o, por último, tan sólo los descendientes. El artículo 3476 Ver Texto , en su redacción originaria, había adoptado el primer criterio (ver nota 1), pero al dictarse la ley Fe de Erratas, se lo modificó de la siguiente manera: Toda donación entre vivos hecha a heredero forzoso que concurre a la sucesión legítima del donante, sólo importa una anticipación de su porción hereditaria.

En nuestro derecho, por tanto, sólo las donaciones hechas a los herederos forzosos están sujetas a colación; cuando concurren a la sucesión herederos legítimos no forzosos, las donaciones hechas en vida por el causante a uno de ellos se presumen una mejora no colacionable.

So color de rectificar un error material, el Código fue reformado, de modo sustancial en este punto. Y sin duda, acertadamente. Más aún, pensamos que la colación sólo debería regir con relación a los descendientes. Si lo que funda esta institución es una presunción de que el causante, al hacer la donación, ha querido hacer un adelanto sobre la herencia futura, hay que convenir que esa presunción sólo es normal y aceptable cuando se trata de los descendientes o, cuanto más, del cónyuge. Por el contrario, cuando se hace la donación al padre o a la madre, es obvio que no puede existir el pensamiento de hacerle un adelanto de

herencia, porque lo normal es que el padre muera antes que el hijo. Lo mismo puede decirse cuando la liberalidad se ha hecho a un colateral.

BIBILONI defendió vivamente esta tesis (ver nota 2) y proyectó limitar la obligación de colacionar a los descendientes y el cónyuge (Anteproyecto, art. 3057); solución que fue seguida por el Anteproyecto de 1954 (art. 828); en cambio el Proyecto de 1936 mantiene el sistema actual (art. 1951).

1119/651

651.— El heredero forzoso debe serlo en el momento de la donación, pues de lo contrario no puede suponerse que media un adelanto de herencia. Así, por ejemplo, la donación hecha al nieto cuando vivía su padre no es colacionable, a pesar de que al momento de la apertura de la sucesión el padre hubiera ya fallecido y el nieto se presentara a la sucesión como heredero forzoso (ver nota 3).

De más está decir que si la liberalidad se ha hecho al nieto cuando ya había fallecido el padre, está obligado a colacionar, pues recibió el beneficio siendo ya heredero (ver nota 4).

Cabe preguntarse qué ocurre cuando la donación se ha hecho a un hijo extramatrimonial no reconocido. Hay que admitir que está obligado a colacionar, pues el reconocimiento no hace a su carácter de heredero forzoso, sino a la prueba de su estado (ver nota 5).

1119/652

652.— La situación del cónyuge ha provocado dificultades. Algunos autores sostienen que no está obligado a colacionar, no obstante ser un heredero forzoso: a) porque si bien el artículo 3476 Ver Texto habla de los herederos forzosos en general, el artículo 3477 Ver Texto se refiere únicamente a los ascendientes y descendientes omitiendo al cónyuge; b) porque no se concibe que el cónyuge esté en circunstancias de colacionar, puesto que durante el matrimonio no ha podido recibir donaciones (art. 1807 Ver Texto , inc. 1º); y en cuanto a las que puede haber recibido durante las convenciones prenupciales (art. 1217 Ver Texto , inc. 1º), como todavía no era cónyuge, no tenía carácter de heredero forzoso ni puede estar obligado a colacionar (ver nota 6).

Nos parece una tesis inadmisibles: a) en primer término, el artículo 3476 Ver Texto , habla de todos los herederos forzosos, sin excepción de ninguna naturaleza, de modo que hay que admitir que la omisión del cónyuge en el artículo siguiente obedece a una inadvertencia; b) si bien es verdad que los cónyuges no pueden hacerse donaciones después del matrimonio, las hechas en las convenciones matrimoniales son válidas. Es falso el argumento de que, en ese momento, todavía no son cónyuges, ni, por tanto, herederos forzosos; las convenciones matrimoniales están condicionadas a la celebración del matrimonio (art. 1238 Ver Texto), vale decir que sólo tienen vigencia desde que ambos se convierten en marido y mujer. Mal puede decirse que no son hechas a un heredero forzoso.

Adviértase que, no habiendo entrado en nuestras costumbres las donaciones prenupciales, es poco menos que imposible que el cónyuge sea obligado a colacionar; pero, en cambio, podrá exigir la colación de los otros herederos forzosos, puesto que el derecho a pedirla y la obligación de hacerla son recíprocos (ver nota 7). El reconocimiento de la obligación de colacionar mejora y no empeora la situación del cónyuge.

Este es el criterio que actualmente predomina en nuestra jurisprudencia y doctrina (ver nota 8).

1119/11850

652 bis.— En cuanto a la nuera viuda sin hijos está obligada a colacionar si al momento de la donación era ya heredera forzosa, pero no si cuando aquélla se hizo vivía todavía su marido (hijo del causante) y no era por lo tanto heredera forzosa (ver nota 9).

1119/653

653. REQUISITO DE QUE SE TRATE DE SUCESIÓN “AB-INTESTATO”.— En principio la colación sólo se debe en la sucesión ab intestato. El artículo 3476 Ver Texto habla de los herederos forzosos que concurren a la sucesión legítima del donante. Pero cabe preguntarse qué ocurre si el testador se hubiera limitado a instituir a sus herederos forzosos sin modificar las partes a que tienen derecho: ¿basta con esta disposición para dejar sin efecto el deber de colacionar las donaciones recibidas en vida del causante?

La Cámara Civil 1ª de la Capital ha resuelto con acierto la cuestión. Decidió que, cuando el testamento contiene una simple institución hereditaria, sin hacer preferencia, ello no significa dispensa de colación (ver nota 10). Es la solución justa, pues nada revela en el ánimo del testador el deseo de mejorar a uno de los herederos. No se puede argüir que el artículo 3476 Ver Texto sólo habla de la sucesión legítima (ver nota 11) porque, en realidad, cuando la testadora se ha limitado a confirmar el orden legal, es éste el que está ordenando la atribución de los bienes.

Con tanta mayor razón habrá que admitir esta solución si el causante testa sin instituir herederos, al solo efecto de hacer legados.

1119/654

654. LEGISLACIÓN COMPARADA.— Establecen la obligación de colacionar en favor de todos los herederos legítimos, sean o no forzosos: el Código civil francés (art. 843), el suizo (art. 626), el portugués, aunque con exclusión de los ascendientes (arts. 2098 y 2102).

La limitan a los herederos forzosos: el Código chileno (art. 1198), el colombiano (art. 1256), el peruano (art. 831), el uruguayo (art. 1100), el español (art. 1035).

La reducen a los descendientes: el Código alemán (art. 2050), el italiano (art. 737), el brasileño (art. 1786), el venezolano (art. 1007). Era éste el sistema del derecho romano (ver nota 12) y de la antigua legislación española (Partida 6, tít. 15, ley 3).

1119/655

655. HEREDERO RENUNCIANTE.— El heredero renunciante no está obligado a colacionar lo que en vida hubiera recibido del causante (arts. 3353 Ver Texto y 3355 Ver Texto). Es una solución consagrada generalmente en la legislación comparada (Cód. francés, art. 845; alemán, art. 2051; español, art. 1036; brasileño, art. 1790; venezolano, art. 1079; etc.).

1119/656

656. HEREDEROS CON O SIN BENEFICIO DE INVENTARIO.— Que el heredero goce o no del beneficio de inventario, es indiferente a los efectos de la obligación de colacionar: en ambos casos la tiene (art. 3477 Ver Texto). En realidad, si alguna duda pudiera haber es con relación a los herederos que gozan del beneficio; por eso el codificador consideró conveniente disponer expresamente que también ellos están obligados a colacionar.

Es lógico que así sea porque este beneficio limita las obligaciones del heredero respecto de los acreedores de la herencia pero no altera su situación respecto de los coherederos (ver nota 13).

1119/657

657. INDIGNOS Y DESHEREDADOS.— Los indignos y los desheredados no están obligados a colacionar, pues esta obligación sólo se concibe funcionando entre herederos, y aquéllos no lo son (ver nota 14). La donación hubiera podido revocarse por ingratitud, si el donante así lo hubiera demandado; pero no puede quedar sin efecto por vía de colación.

1119/658

658. COLACIÓN POR OTRO.— Según el artículo 3481 Ver Texto , los padres no están obligados a colacionar en la herencia de sus ascendientes, lo donado a un hijo por aquéllos; ni el esposo o la esposa, lo donado a su consorte por el suegro o suegra, aunque el donante disponga expresamente lo contrario. La ley ha querido impedir de una manera terminante que el heredero forzoso sea obligado a colacionar lo que ha recibido su hijo o su cónyuge.

La disposición parece obvia, porque no se ve razón para que una persona sea obligada a colacionar lo que otra ha recibido. Pero tiene una explicación histórica. En el antiguo derecho francés, la dispensa de la colación estaba rigurosamente prohibida; y para hacer respetar esa prohibición, se consideraban simuladas las donaciones hechas a los padres, hijos, o al cónyuge del heredero (ver nota 15). Pero, modificado el régimen legal y permitida la dispensa, es indudable que sería irrazonable obligar a colacionar lo que otro ha recibido.

De más está decir que, si la liberalidad se ha hecho al nieto cuando ya había fallecido el padre, aquél está obligado a colacionar, pues recibió el beneficio siendo ya heredero (ver nota 16).

1119/659

659. HEREDEROS POR REPRESENTACIÓN.— Dispone el artículo 3482 Ver Texto que cuando los nietos sucedan al abuelo en representación del padre, concurriendo con sus tíos y primos, deben traer a colación todo lo que debía traer el padre si viviera, aunque no lo hubiesen heredado (véase también art. 3564 Ver Texto). Se explica que así sea, porque ellos ocupan el lugar jurídico de su padre y tienen en la sucesión de su abuelo los mismos derechos y obligaciones que tendría aquél. No interesa que ellos hubieran renunciado la herencia de su padre, o que éste hubiera dispuesto de los bienes donados, o que éstos se hayan deteriorado o perdido; aun así están obligados a colacionar (ver nota 17), como lo hubiera estado el donatario.

1119/660

660.— El nuevo texto del artículo 3301 Ver Texto ha puesto fin a la controversia a la que había dado lugar la redacción anterior, evidentemente defectuosa en aquel precepto. Algunos, basados en ella, sostenían que los hijos del indigno o desheredado no estaban afectados por el artículo 3482 Ver Texto , porque no representaban al excluido (ver nota 18). Otros, en cambio, entre quienes nos contábamos, afirmaban que los hijos del indigno heredan por representación (ver nota 19). Esta es la solución expresamente acogida por el nuevo artículo 3301 Ver Texto .

En suma, los descendientes del indigno o desheredado están obligados a colacionar lo recibido por éste (ver nota 20). Tal solución tiene una consecuencia aparentemente paradójica: puede ocurrir que viva el indigno y conserve en su poder los bienes donados por el causante; sus descendientes tendrán que colacionar los que aquél está gozando. Pero esta solución, que a primera vista es injusta respecto del heredero que colaciona, no lo es con referencia a los coherederos, en cuyo beneficio se ha legislado la institución y cuyos intereses desea proteger la ley. Y si se ahonda el examen de la cuestión, se verá que no resulta contraria a la equidad, aun respecto del heredero que debe colacionar lo que su padre está gozando: en primer lugar porque si la situación no le conviene, tiene el derecho a renunciarla; en segundo término, porque como heredero eventual de su padre indigno, es muy posible que los bienes donados vengán a su patrimonio, en un futuro más o menos próximo.

661.— Veamos ahora una hipótesis que ha provocado dificultades. Supongamos que varios nietos suceden a su abuelo por representación de su padre muerto; de ellos, algunos aceptan la herencia y otros la renuncian. ¿Los aceptantes están obligados a colacionar la parte de los que renunciaron?

Según algunos autores, no están obligados a hacerlo porque esa obligación es divisible, de tal modo que la colación quedará sin verificarse en la parte de los renunciantes (ver nota 21). Es un argumento pobre, porque la división de las obligaciones se produce entre los aceptantes en proporción a la parte que en definitiva les toca. Si el causante tiene tres hijos y uno de ellos renuncia, los dos restantes (cuyo tercio originario ha acrecido a la mitad por efecto de dicha renuncia), cargan con las obligaciones por mitades.

Adherimos, pues, a la opinión hoy prevaleciente (ver nota 22), según la cual los aceptantes deben colacionar por el que renuncia. En efecto, cuando varias personas suceden a un ascendiente por representación de su padre premuerto, la porción de los renunciantes acrece la de los aceptantes de su misma rama y no la de los coherederos de su padre. Ejemplo: el causante tiene dos hijos: A y B, este último, premuerto, que a su vez ha dejado dos hijos: C y D. Supuesto que D renuncie a la herencia, su parte acrece la hijuela de su hermano C y no la de su tío A. Es justo, por tanto, que él deba responder por todo lo que debía colacionar su padre, desde que ha ocupado íntegramente el lugar que correspondía a su progenitor.

(nota 1) El texto decía así: “Toda donación entre vivos hecha a una persona que concurre a la sucesión legítima del donante, sólo importa una anticipación de la porción hereditaria de esa persona”.

(nota 2) Véase la nota al título de La colación; de acuerdo con este punto de vista; MARTÍNEZ RUIZ, La colación, n° 100; DE GÁSPERI, t. 2, n° 256.

(nota 3) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala B, 9/5/1986, L.L., 1986-E, p. 284; Sala E, 20/5/1983, E.D., t. 104, p. 506; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 622; FORNIELES, t. 1, n° 314; MACHADO, t. 9, p. 133, nota; LÓPEZ DEL CARRIL, Derecho de la sucesión, n° 431. En contra: ZANNONI, t. 1, § 705, quien sostiene que basta que sea heredero forzoso a la época de la apertura de la sucesión.

(nota 4) C. Civil 2ª Cap., G.F., t. 23, p. 74; FORNIELES, t. 1, n° 314; DE GÁSPERI, t. 2, n° 260; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 622.

(nota 5) MACHADO, t. 9, p. 129, nota.

(nota 6) MACHADO, t. 9, p. 127, nota; PRAYONES, n° 74; RÉBORA, t. 2, n° 294.

(nota 7) La reciprocidad de la obligación y el deber de colacionar es un concepto corriente: C. Civil Cap., Sala F, 20/8/1978, E.D., t. 82, p. 290 y L.L., 1979-A, p. 216; véase nota del codificador al art. 3478; FORNIELES, t. 1, n° 304; LAFAILLE, t. 1, n° 495; MARTÍNEZ RUIZ, La colación, n° 107.

(nota 8) C. Civil Cap. Sala F, 29/8/1978, L.L. 1979-A, p. 216 y E.D., t. 82, p. 290; C. Civil 2ª Cap., G.F., t. 30, p. 50 (fallo que reconoció a la cónyuge el derecho a pedir la colación); FORNIELES, t. 1, n° 320; LAFAILLE, t. 1, n° 499; MARTÍNEZ RUIZ, La colación, n° 105, LLERENA, t. 9, art. 3477, n° 1; SEGOVIA, t. 2, art. 3478 de su numeración, nota 80; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 623.

(nota 9) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 1, n° 624. En contra: C. Civil Cap., Sala B, 9/5/1986, L.L., 1986-E, p. 284.

(nota 10) C. Civil Cap., Sala C, 2/3/1977, J.A., 1978-I, p. 245; C. Civil 1ª Cap., 15/7/1922, J.A., t. 9, p. 60. De acuerdo: FORNIELES, t. 2, n° 321; BIBILONI, Anteproyecto, nota al art. 3058; DE GÁSPERI, t. 2, n° 257; ZANNONI, t. 1, § 757. Es también la solución del Código Civil alemán (art. 2052). PÉREZ LASALA, concordando con este punto de nota, va más allá, sosteniendo que la obligación de colacionar se mantiene aun en el supuesto de que el testador haya instituido herederos en partes desiguales: t. 1, n° 615.

(nota 11) Así argumentó ANASTASI, criticando el fallo aludido en la nota anterior (comentario al pie del mismo). En sentido concordante: MARTÍNEZ RUIZ, La colación, núms. 143 y sigs.

(nota 12) MAYNZ, t. 3, § 1406; MARTÍNEZ RUIZ, La colación, n° 15.

(nota 13) MACHADO, t. 9, p. 132, nota; MARTÍNEZ RUIZ, La colación, n° 118; FORNIELES, t. 1, n° 313.

(nota 14) MARTÍNEZ RUIZ, La colación, n° 123; FORNIELES, t. 1, n° 315; SEGOVIA, t. 2, art. 3478 de su numeración, nota 80; MACHADO, t. 9, p. 123, nota.

(nota 15) Véase MARTÍNEZ RUIZ, La colación, n° 50.

(nota 16) C. Civil 2ª Cap., G.F., t. 23, p. 74; FORNIELES, t. 1, n° 314, DE GÁSPERI, t. 2, n° 260; MACHADO, t. 9, p. 297, nota.

(nota 17) LAFAILLE, t. 1, n° 503.

(nota 18) LLERENA, t. 9, art. 3482, n° 2; LAFAILLE, t. 1, n° 302; MARTÍNEZ RUIZ, La colación, n° 130, quien aunque manifiesta que esa es la solución legal, la encuentra injusta.

(nota 19) De acuerdo DE GÁSPERI, t. 2, n° 261.

(nota 20) De acuerdo DE GÁSPERI, t. 2, n° 261; MACHADO, t. 9, p. 133, nota; SEGOVIA, t. 2, art. 3484 de su numeración, nota 97.

(nota 21) FORNIELES, t. 1, n° 307, a); HUC, t. 5, n° 347; LAURENT, t. 10, n° 562 bis.

(nota 22) MARTÍNEZ RUIZ, La colación, n° 137; PLANIOL-RIPERT, t. 4, n° 575; AUBRY y RAU, § 629; BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, Successions, t. 3, n° 3524; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1214.

1119/11450

§ 3.— A quién es debida la colación

1119/662

662. PRINCIPIO GENERAL.— El principio general es que todos los que deben la colación pueden demandarla; se trata de un derecho y de una obligación de carácter recíproco (ver nota 1), que sólo funciona entre herederos forzosos (art. 3478 Ver Texto).

Como regla general, no importa que el heredero forzoso demandante no lo haya sido en el momento en que se hizo la donación. Así, por ejemplo, si después de hecha nace un hijo, éste puede demandar la colación (ver nota 2). Lo que en definitiva interesa es que sea heredero en el momento de la muerte (art. 3478 Ver Texto). Con tanto mayor razón se aplicará este principio al caso de hijos extramatrimoniales no reconocidos en el momento en que se hizo la donación a otro (ver nota 3).

Adviértase que esta solución no es congruente con la del artículo 1832 Ver Texto para la reducción de las donaciones. Pero una cosa es privar a alguien de lo que se le ha dado (lo que puede ser muy grave y quizás ruinoso para el donatario) y otra emparejar la situación de los herederos forzosos, que es lo que resulta de la obligación de colacionar en el supuesto que estamos tratando.

Supongamos ahora que la madre haya hecho una donación a su hijo y luego contrae nuevas nupcias. Muerta ella, ¿puede el marido demandar la colación de aquella liberalidad? Con todo buen sentido, nuestra jurisprudencia ha decidido que no tiene derecho (ver nota 4). Es una solución justa, no obstante el artículo 3478 Ver Texto , que se ha hecho valer para impugnar la decisión del tribunal (ver nota 5). Aquélla es una norma de carácter general, que

se limita a decir que la colación es debida por el coheredero a su coheredero. Es verdad que el esposo y el hijo de la causante son coherederos forzosos y que ello parecería indicar que el primero tiene la acción de colación; y, desde luego, ninguna duda hay de que la tiene si ya estaba casado cuando la donación se hizo. Pero nuestro caso es muy particular y es evidente que no fue considerado al redactar en términos tan generales (y de ordinario, tan razonables) el artículo 3478 Ver Texto . Aplicarlo con lógica inflexible en todas sus eventuales consecuencias, significaría hacer caer ciegamente bajo el imperio de la norma, situaciones que no fueron tenidas en cuenta al dictarla (ver nota 6). Resulta chocante la idea de que el marido pretenda volver sobre la donación hecha por su esposa a un hijo, antes del matrimonio; es indecoroso que reclame su participación en bienes que ya no pertenecían a su esposa cuando se casaron. Si se acepta el deber de colacionar, podría inclusive ocurrir lo siguiente: supóngase que el marido haya dilapidado la fortuna de su mujer que, al morir, ha perdido todo su patrimonio. El hijo deberá entregar a su padrasto la mitad de los bienes que le fueron donados; de tal modo que el aventurero que casó por interés y dejó en la miseria a la madre, le quita ahora al hijo la parte de sus bienes. Se diría que éste es un caso extremo y que lo normal es que el marido no sea un caza fortunas. Pero lo cierto es que la lógica que tan rigurosamente se desea aplicar, conduce a estos resultados.

1119/663

663. ACREEDORES Y LEGATARIOS.— Los acreedores de la sucesión y los legatarios no pueden demandar la colación (art. 3478 Ver Texto).

Aparentemente, esta disposición resulta contradictoria con el artículo 3483 Ver Texto que autoriza para demandarla a los acreedores hereditarios y legatarios cuando el heredero a quien la colación es debida ha aceptado la herencia, renunciando al beneficio de inventario (el artículo habla de la aceptación pura y simple, lo que, después de la sanción de la ley 17711 debe ser interpretado en el sentido de que el heredero no goza del beneficio de inventario). Empero, no hay tal contradicción. El artículo 3483 Ver Texto no es sino una aplicación de la acción subrogatoria. Cuando el heredero a quien la colación es debida renuncia el beneficio de inventario o lo pierde, confunde el patrimonio del causante con el suyo propio; los acreedores del causante y los legatarios se convierten en acreedores personales del heredero, ante la pasividad de éste, ellos pueden reclamar la colación, no por derecho propio, sino por vía de la acción oblicua (ver nota 7).

1119/664

664-665.— Pero si los legatarios no pueden demandar la colación por su propio derecho, en cambio pueden pedir que se computen las donaciones hechas en vida a los efectos del cálculo de la porción disponible. Tratamos en otro lugar este importante problema (nº 949).

(nota 1) Esta reciprocidad surge claramente de los arts. 3478 y 3483 y de la nota al primero; así lo reconoce la doctrina: LAFAILLE, t. 1, nº 495; FORNIELES, t. 1, nº 304; MARTÍNEZ RUIZ, La colación, nº 107.

(nota 2) C. Civil 1ª Cap., 11/10/1943, J.A., 1943-IV, p. 437; FORNIELES, t. 1, nº 322.

(nota 3) C. Civil 1ª Cap., caso citado en nota anterior.

(nota 4) C. Civil 1ª Cap., 11/10/1943, J.A., 1943-IV, p. 437.

(nota 5) En esta disposición funda principalmente FORNIELES su crítica a la solución del fallo aludido en nota anterior (t. 1, nº 324 bis). Fue también el principal fundamento del fallo de 1ª Instancia, revocado por la Cámara.

(nota 6) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 1, nº 627 a. Hoy admite generalmente la doctrina que el intérprete puede apartarse de la solución de una norma legal, cuando resulta evidente que una determinada consecuencia no ha sido tenida en cuenta por el legislador (ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, Parte general, t. 1, vol. 1, p. 224 y sigs.; CASTÁN TOBEÑAS, Teoría de la aplicación e investigación del derecho, p. 279).

(nota 7) PÉREZ LASALA, está de acuerdo en que los acreedores del causante pueden ejercer la acción oblicua, pero en cambio la niega a los legatarios: t. 1, nº 628.

1119/11460

§ 4.— Liberalidades sujetas a colación

1119/666

666. PRINCIPIO Y APLICACIONES.— Solamente las donaciones entre vivos están sujetas a colación (arts. 3476 Ver Texto y 3479 Ver Texto). En cambio, los legados hechos por el causante a uno de los herederos forzosos deben reputarse como mejora e imputarse a la porción disponible.

Haciendo aplicación del principio general del artículo 3476 Ver Texto la jurisprudencia ha decidido que el valor de las mejoras hechas por el causante en el inmueble de su hija menor, durante el tiempo que duró la patria potestad, está sujeto a colación (ver nota 1); también lo están las cantidades recibidas por el heredero del causante, de las cuales no rinde cuenta a satisfacción (ver nota 2). En este último caso no ha habido animus donandi y, en rigor, no se trata de donación sino de devolver una deuda que el causante tiene con la sucesión.

1119/667

667. DONACIONES SIMULADAS.— A veces, la donación hecha al heredero se disimula bajo la apariencia de una venta, una permuta, etcétera. Parecería que, siendo evidente en este caso el propósito del padre de mejorar al heredero donatario, no puede jugar la presunción

de que se trata de un simple adelanto de herencia. Pero como el artículo 3484 Ver Texto sólo permite la dispensa hecha por testamento, hay que reconocer que en nuestro caso el heredero está obligado a colacionar, pues de lo contrario vendría a admitirse una colación tácita, contraria al texto expreso del artículo antes aludido.

Pero hay que hacer una salvedad importante. El artículo 3604 Ver Texto dice que si el testador ha entregado por contrato, en plena propiedad, algunos bienes a los herederos, cuando sea con cargo de renta vitalicia o con reserva de usufructo, el valor de los bienes será imputado sobre la porción disponible del testador, y el excedente será traído a la masa. Vale decir, la ley presume la simulación y presume, además, la voluntad de mejorar al heredero; sólo lo que exceda a la porción disponible será colacionado.

Mientras no se sale de los bienes entregados con reserva de usufructo o con cargo de renta vitalicia, no hay problemas. Pero cabe preguntarse si el artículo 3604 Ver Texto alude solamente a esas hipótesis específicas, o a todo contrato que esconde una donación disimulada. Hemos tratado en otro lugar este tema (véase núms. 598 y sigs.). Nosotros pensamos que el artículo 3604 Ver Texto es de aplicación restrictiva y que no debe extenderse a las restantes donaciones disimuladas bajo la apariencia de contratos onerosos. En consecuencia, en todos estos casos habrá colación y no mejora, salvo dispensa por testamento.

1119/668

668.— La conclusión que sostenemos en el párrafo anterior haría en rigor innecesario analizar el supuesto que ahora trataremos. Pero como la cuestión está discutida y hay algunos fallos y autores (aunque los menos, véase nº 953) que sostienen que toda donación disimulada debe reputarse como mejora, creemos conveniente hacerlo. Se trata de la liberalidad escondida bajo la apariencia de un contrato de sociedad. El padre que desea ayudar a uno de sus hijos para establecerse independientemente, forma con él una sociedad, aportando todo o casi todo el capital y dejándole una parte desproporcionada de los beneficios. Aquí la simulación no tiende a ocultar la donación ante los coherederos, sino más bien a disimular ante el propio heredero el verdadero carácter del acto. Es un rodeo fundado en una razón de delicadeza; tiende a facilitar la aceptación de una ayuda que de otra manera quizá no hubiera admitido; o bien se propone vigilar sus primeros pasos independientes, inducirlo al esfuerzo útil, ponerlo en la senda del trabajo. Es obvio que no hay propósito de mejorar ni de perjudicar a los otros hijos. Pensamos, por tanto, que aun admitiendo la interpretación extensiva del artículo 3604 Ver Texto a todas las donaciones disimuladas, debe hacerse la excepción para este caso. Para mayores desarrollo del tema, véase número 678.

1119/669

669.— Agreguemos que, en el supuesto del artículo 3604 Ver Texto, la colación no tendrá lugar cuando el coheredero que la pretende haya dado su consentimiento al acto. Así lo dispone el mismo artículo. Ese consentimiento puede ser expreso, como por ejemplo si lo da en el acto mismo del contrato, o en otro documento posterior; o tácito, si por cualquier acto inequívoco demuestra su conocimiento y aprobación del contrato (ver nota 3).

1119/670

670. LIBERALIDADES QUE NO DEBEN COLACIONARSE.— No están sujetas a colación las siguientes liberalidades:

a) Las enumeradas en el artículo 1791 Ver Texto , Código Civil (art. 3479 Ver Texto). El aludido artículo hacía la siguiente enumeración de liberalidades que no son donaciones: 1) la repudiación de una herencia o legado, con miras de beneficiar a un tercero; 2) la renuncia de una hipoteca, o la fianza de una deuda no pagada, aunque el deudor esté insolvente; 3) el dejar de cumplir una condición a que esté subordinado un derecho eventual, aunque en la omisión se tenga la mira de beneficiar a alguno; 4) la omisión voluntaria para dejar perder una servidumbre por el no uso de ella; 5) el dejar interrumpir una prescripción para favorecer al propietario; 6) el pago de lo que no se debe, con miras a beneficiar al que se llama acreedor; 7) el servicio personal gratuito, por el cual el que lo hace acostumbra a pedir un precio; 8) todos aquellos actos por los que las cosas se entregan o se reciben gratuitamente; pero no con el fin de transferir o de adquirir el dominio de ellas.

El texto legal ha sido modificado por la ley 17711 , que suprimió los incisos 1º y 6º. Ambos son supuestos típicos de donaciones. Por lo tanto, luego de la sanción de aquella ley, en ambos casos corresponde colacionar.

Cabe preguntarse por qué las liberalidades que no son donaciones no se colacionan. El fundamento es que sólo cuando el procedimiento usado por el causante es directo y claro, puede suponerse que no ha habido intención de hacer mejora (ver nota 4). Mientras más disimulada sea la liberalidad, más clara resulta la intención del causante de que se tome en cuenta el acto en el momento de dividir sus bienes.

Se ha resuelto que no es colacionable la cesión de derechos y acciones sobre un inmueble, porque no es donación (ver nota 5). Nos parece que la solución peca de un excesivo formalismo: la persona que cede gratuitamente a otra los derechos y acciones sobre un inmueble tiene la misma intención de donar que el que transfiere gratuitamente su propiedad.

1119/671

671. b) Los gastos de alimentos y curación (art. 3480 Ver Texto).— Se trata de gastos que responden a un deber humanitario, que no puede tomarse como un adelanto de herencia.

La redacción del artículo 3480 Ver Texto se ha prestado a equívocos. Dice que no están sujetos a colación los gastos de alimentos, curación, por extraordinarios que sean, y educación.... La frase por extraordinarios que sean, ¿se refiere únicamente a los gastos de curación o también a los de alimentos? La antigua Cámara Civil 1ª de la Capital resolvió en un caso que era comprensivo de ambas hipótesis (ver nota 6). Nos parece un criterio

equivocado. El concepto de alimentos tiene una significación precisa. Cuando uno de los herederos forzosos excede de sus razonables necesidades, es obvio que ya no se trata de alimentos, sino de donaciones (ver nota 7). De igual modo, serán donaciones y no alimentos las mensualidades entregadas a un heredero forzoso, mayor de edad, que cuenta con recursos suficientes para vivir (ver nota 8).

En cambio, es justo que, tratándose de gastos de curación, la ley no ponga límites. Cuando se trata de la salud del cónyuge, de los hijos, de los padres, se justifica cualquier gasto, sin que por ello deba pensarse que ha habido intención de hacer un adelanto de herencia.

1119/672

672. c) Los gastos de estudio y educación.— El artículo 3480 Ver Texto declara que no son colacionables los gastos que los padres hagan en dar estudios a sus hijos o para prepararlos a ejercer una industria o arte. Se trata de un deber paterno, no de una liberalidad imputable a la herencia. No importa que el establecimiento de educación sea muy oneroso; en este punto, la ley no fija límites.

No encuadran dentro de este concepto los gastos hechos para establecer independientemente a los hijos, con un negocio, sociedad, o explotación económica (ver nota 9).

1119/673

673. d) Los regalos de uso o amistad (art. 3480 Ver Texto).— Tal como los hechos con motivo del matrimonio. Pero sólo caben dentro de esta excepción los regalos que guardan relación con las circunstancias y la fortuna del causante, considerada en la época en que se realizaron; los que tienen carácter de extraordinarios o exceden los límites normales están sujetos a colación (ver nota 10).

1119/674

674. e) El pago de deudas de los ascendientes y descendientes (art. 3480 Ver Texto).— Esta disposición se halla concebida en términos excesivamente amplios; de aplicarse a todas las deudas, cualquiera sea su importancia, es indudable que se cometería una injusticia, puesto que se vería seriamente comprometida la igualdad de los derechos, que la colación pretende dejar a salvo. Por ello, la jurisprudencia ha resuelto, con el beneplácito de nuestra más autorizada doctrina, que sólo deben quedar excluidas de la colación las pequeñas deudas o pagos hechos en concepto de gastos ordinarios de la familia (ver nota 11).

1119/675

675. SEGUROS DE VIDA.— La indemnización del seguro de vida, hecho por el causante en favor de uno de los herederos forzosos, no está sujeta a colación, pero sí lo están las

primas pagadas por el asegurado a la compañía (ley 3942, art. 1°). La colación debe limitarse al importe del premio, cuando éste es menor que las primas pagadas (ver nota 12); aquel constituye el límite máximo de lo colacionable desde que es el beneficio recibido por el heredero.

Se ha resuelto que el heredero forzoso debe colacionar las primas, no sólo a partir de la fecha en que fue designado beneficiario por haber fallecido el indicado anteriormente, sino desde el comienzo del seguro, ya que se trata de un mismo contrato al que todas las primas han contribuido a mantener en vigencia desde su constitución hasta la muerte del asegurado (ver nota 13).

1119/676

676. ENTREGA DE INMUEBLES SIN COBRAR ARRENDAMIENTO.— ¿Es colacionable el importe no cobrado de los arrendamientos o frutos de un inmueble cuyo uso y goce ha sido entregado gratuitamente por el causante a uno de sus herederos forzosos? La respuesta negativa parecería obvia, atento lo dispuesto por el artículo 1791 Ver Texto , inc. 8°, según el cual no son donaciones (y por ende, no están sujetas a colación, art. 3479 Ver Texto) los actos por los que las cosas se entregan o reciben gratuitamente, sin transferir su dominio.

No obstante texto tan claro, ha tenido predicamento entre nosotros una teoría que sostiene que tales arrendamientos serían colacionables. Se sostiene que el artículo 1791 Ver Texto , inciso 8°, alude al comodato o préstamo de uso; pero si se entrega también el goce, hay donación de frutos (véase nota al art. 2255 Ver Texto); y si es verdad que no hay transmisión de la propiedad del inmueble, sí la hay de los frutos; por tanto, estos deben colacionarse (ver nota 14).

Disentimos de tal opinión, En primer lugar, el texto del artículo 1791 Ver Texto , inciso 8°, es claro y no se presta a equívocos: cuando se entrega un inmueble gratuitamente, pero sin ánimo de transferir su dominio, no hay colación (art. 3479 Ver Texto). Es arbitrario sostener que aquella norma sólo alude a la entrega gratuita del uso y no a la del goce. Nada hace suponer tal distinción. Más aún, admitirla sería a nuestro criterio injusto y llevaría a conclusiones contrarias al espíritu de la colación, como lo demuestran las siguientes consideraciones: a) Si el causante dona un bien (mueble o inmueble) sujeto a colación, las rentas o frutos no se colacionan (véase n° 648); con tanta mayor razón habrá que aplicar esa solución cuando el inmueble no se colaciona; b) lo que la colación procura es mantener el capital del causante, pero no las rentas destinadas a ser consumidas; c) la colación sólo procede en aquellos casos de donaciones típicas, en las que sea ostensible el propósito del causante de hacer un adelanto sobre la herencia; quien entrega solamente el uso y el goce de un inmueble, reteniendo la propiedad, no entiende hacer tal adelanto. De tal peso son estos argumentos, que la doctrina francesa, ante textos similares, se ha pronunciado decididamente en el sentido de negar la colación (ver nota 15).

1119/677

677. INTERESES SOBRE UNA SUMA DE DINERO.— Supongamos que el padre haya prestado una suma de dinero a su hijo; ¿deben colacionarse los intereses? Hay que distinguir si se trata de un préstamo civil o comercial. En el primer caso, si no se han pactado intereses, nada se debe en ese concepto (art. 621 Ver Texto , Cód. Civil); pero si se han estipulado, ellos pasan a engrosar la deuda del heredero, y como tales quedan comprendidos en el problema de si deben colacionarse las deudas (véase nº 680). Lo mismo ocurre si el préstamo fue comercial, puesto que se presupone oneroso (ver nota 16).

1119/678

678. SOCIEDAD ENTRE EL CAUSANTE Y EL HEREDERO (ver nota 17).— Las sociedades entre padre e hijo importan normalmente un contrato oneroso, ventajoso para ambos. Pero a veces ellas encubren una donación para establecer comercialmente al hijo. Por lo común, no se las hace con el espíritu de perjudicar a los otros hijos, sino simplemente de ayudar al beneficiario, ponerlo en la senda del trabajo y la prosperidad. Y como la donación para establecimiento es colacionable, habrá que colacionar aquí los beneficios recibidos por el hijo. Lo mismo ocurrirá si el padre contribuye, no sólo con su capital, sino también con su trabajo a la nueva sociedad, y las ganancias se distribuyen en forma que no guarda relación con los respectivos aportes y esfuerzos (ver nota 18).

Si la idea general sobre la cual ha de juzgarse si hay o no colación es clara, la aplicación práctica suele ser muy difícil. Es necesario penetrar en la estructura de la sociedad y analizar con agudeza y prudencia las condiciones del contrato. A nuestro juicio, la labor de apreciación judicial debe tener en cuenta las siguientes bases: a) no basta que los beneficios acordados por el contrato al heredero aparezcan como excesivos o superiores a los normales, para hacer lugar a la colación. Ese exceso debe ser desmedido, de tal modo que no quepa ninguna duda de que ha habido animus donandi. Pues es muy frecuente que en un contrato de sociedad uno de los socios obtenga ventajas que prima facie parecen excesivas y que, sin embargo, se justifican por su eficacia; b) en caso de duda, debe rechazarse la colación; las sociedades entre padres e hijos son de naturaleza onerosa y debe presumirse que han reportado ventajas para ambos. Conviene recordar las palabras de COLMO: “el hijo socio ha trabajado en la sociedad y ese trabajo es aporte cabal y corresponde a cualquier capital según las circunstancias: ello tanto más en el caso cuanto, de acuerdo con lo circunstancial (un padre entrado en años no se asocia para trabajar sino para hacer trabajar a su hijo, educándolo y formándolo en la gran religión del trabajo, que es previsión, honestidad y todo el resto) y de conformidad con el contrato, el único administrador era el hijo. Amenazar con el espectro de ulterior colación actividades así, es minar por su base el merecido reposo del padre, que nunca hallará mejor socio que su hijo laborioso; es debilitar la acción paternal, y conspirar contra la unidad familiar; y es anteponer un propósito de interesado y mal entendido egoísmo a lo fecundo del trabajo, que haría más y más intenso y rico el futuro haber sucesorio”. En consonancia con estas ideas, el tribunal resolvió que la sociedad entre padre e hijo para explotar un campo de aquél, no importa una donación gratuita, aun cuando la sociedad no pagara arrendamiento y el capital aportado por el padre fuera muy superior al del hijo, quien se encargó de la administración sin remuneración especial (ver nota 19).

1119/679

679.— En caso de que se haga lugar a la colación, el heredero que la debe puede reclamar una indemnización por la remuneración de los servicios efectivamente prestados en la gestión de los negocios sociales, así como también el interés del dinero que él ha aportado a la sociedad (ver nota 20); o bien pedir que se haga una discriminación entre los beneficios o ventajas obtenidos a título oneroso, que tiene derecho a conservar, y las ventajas excesivas, que colacionar (ver nota 21).

(nota 1) C. Civil 2ª Cap., 21/6/1937, L.L., t. 7, p. 134. En cambio, la C. Civil Cap. Sala E, resolvió que para estar sujeta a colación, la donación debe llenar dos condiciones: importar un verdadero traspaso de la propiedad del derecho donado y no ser de los indicados en el art. 1791, Cód. Civil (9/5/1962, L.L., t. 108, p. 123). Nos parece un criterio excesivamente riguroso.

(nota 2) Antigua C. Civil Cap., 21/3/1905, Fallos, t. 171, p. 201.

(nota 3) De acuerdo: CAMMAROTA, La colación y el art. 3604 Ver Texto , Código Civil, n° 20.

(nota 4) De acuerdo: LAFAILLE, t. 1, n° 506.

(nota 5) C. Civil Cap., Sala E, 2/8/1966, E.D., t. 18, p. 747.

(nota 6) C. Civil 1ª Cap., 10/10/1939, J.A., t. 68, p. 743; de acuerdo: LAFAILLE, t. 1, n° 510; MACHADO, t. 9, p. 130.

(nota 7) De acuerdo: FORNIELES, t. 1, n° 337 bis; ACUÑA ANZORENA, La dispensa de colación de los gastos de alimentos, J.A., t. 68, p. 743; MARTÍNEZ RUIZ, La colación, n° 196.

(nota 8) ACUÑA ANZORENA, op. cit., en nota anterior.

(nota 9) Sup. Corte Buenos Aires, 2/5/1945, J.A., 1945-III, p. 209; FORNIELES, t. 1, n° 337; MARTÍNEZ RUIZ, La colación, n° 199. Tanto el Anteproyecto de Babiloni (art. 3060) como el Proyecto de 1936 (art. 1954, inc. 2º) declaran que tales gastos son colacionables.

(nota 10) Antigua C. Civil Cap., Fallos, t. 121, p. 150; C. Civil 1ª Cap., 16/11/1932, J.A., t. 40, p. 116; MARTÍNEZ RUIZ, La colación, n° 203.

(nota 11) C. Civil 2ª Cap., 21/4/1922, J.A., t. 8, p. 341; id., 25/4/1923, J.A., t. 10, p. 304; MARTÍNEZ RUIZ, La colación, n° 205; FORNIELES, t. 1, n° 338; LAFAILLE, t. 1, n° 513; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 636.

(nota 12) C. Civil, 1ª Cap., 2/10/1936, J.A., t. 68, p. 95; MARTÍNEZ RUIZ, La colación, nº 208. Es interesante anotar que la doctrina y la jurisprudencia francesa, habían llegado a idéntica conclusión, antes de que la ley del 13 de julio de 1930 dispensara de la colación también a las primas, véase fallos citados por MARTÍNEZ RUIZ, La colación, nota 305 y WAHL, L'assurance en cas de décès au point de vue du rapport, sucesoral, de la quotité disponible et des récompenses, Revue Trimestrielle, p. 35, núms. 16 y sigs.

(nota 13) C. Civil 1ª Cap., 2/10/1939, J.A., t. 68, p. 95. De acuerdo: MARTÍNEZ RUIZ, La colación, nº 306.

(nota 14) FORNIELES, t. 1, núms. 330 y sigs.; DE GÁSPERI, t. 2, nº 267; MARTÍNEZ RUIZ, La colación, nº 213; LAFAILLE, t. 1, nº 516. Cabe señalar que los dos autores citados en último término sostienen que la colación sólo sería viable en el caso de los predios rústicos, no así en los urbanos.

(nota 15) PLANIOL-RIPERT, t. 4, nº 599; AUBRY y RAU, § 631, nota 47; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, nº 1233; JOSSERAND, t. 3, vol. 2, nº 1131.

(nota 16) Conf.; C. Civil 2ª Cap., 25/4/1923, J.A., t. 10, p. 304; MARTÍNEZ RUIZ, La colación, nº 217; LAFAILLE, t. 1, nº 517.

(nota 17) BIBLIOGRAFÍA: Además de la indicada en nota 1171, véase WAHL, De la colación por las asociaciones hechas entre el difunto y uno de sus herederos, por acto bajo instrumento privado, Sirey, 1907/2/57.

(nota 18) De acuerdo: C. Civil 2ª Cap., 25/4/1923, J.A., t. 10, p. 304; FORNIELES, t. 1, nº 334; MARTÍNEZ RUIZ, La colación, nº 218. El Código francés exige que haya fraude para hacer lugar a la colación. Es, nos parece, un concepto demasiado restringido. Cuando un padre disimula una donación para el establecimiento independiente del hijo bajo la apariencia de un contrato de sociedad, no hay propósito de defraudar a los otros herederos.

(nota 19) C. Civil 1ª Cap., 4/11/1925, J.A., t. 18, p. 482, con voto del doctor COLMO.

(nota 20) COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, nº 1230 y jurisprudencia allí citada.

(nota 21) PLANIOL-RIPERT, t. 4, nº 594.

§ 5.— Colación de deudas (ver nota 1)

1119/680

680. IMPORTANCIA DE LA CUESTIÓN.— Ordinariamente, la cuestión de si las deudas del causante deben o no colacionarse, carece de toda importancia, pues de cualquier modo, es evidente que, sea a título de compensación de la deuda, o de colación, siempre deberá descontarse de la hijuela del heredero el monto de su deuda. Y si ésta excede del monto de la hijuela, deberá reintegrar a la masa el valor del excedente.

Pero esta cuestión adquiere una gran trascendencia en dos hipótesis que analizaremos a continuación: que el heredero sea insolvente o que la deuda esté prescripta.

1119/681

681. INSOLVENCIA DEL HEREDERO DEUDOR.— Pongamos de relieve las dificultades del problema con un ejemplo: antes de morir, el causante ha prestado \$100.000 a un hijo que se halla en dificultades económicas. Posteriormente el hijo cae en una completa insolvencia. Si la deuda debe colacionarse, habrá que conformar la hijuela del hijo descontando \$100.000, lo que perjudica a los acreedores personales del heredero, que tendrán menos bienes que repartirse; si las deudas no se colacionan, los coherederos deben concurrir al concurso para cobrarlas a prorrata con los demás acreedores. En suma, la colación favorece a los coherederos, les crea una suerte de privilegio para ser pagados antes que los acreedores personales del heredero.

¿Cuál es la solución de nuestro derecho positivo? Se han sostenido dos puntos de vista encontrados:

a) Según el primero, las deudas deben colacionarse. Para sostener esta tesis se ha echado mano de los artículos 3469 Ver Texto y 3494 Ver Texto . El primero dice que el partidor debe formar la masa de los bienes hereditarios, reuniendo las cosas existentes, los créditos, tanto de extraños como de los mismo deudores, a favor de la sucesión y lo que cada uno de ellos debe colacionar a la herencia. Es una disposición general, relativa a la partición, que ninguna relación tiene con nuestro caso. Por el contrario, el texto habla de las deudas de los herederos a favor de la sucesión y a continuación agrega y lo que cada uno de éstos deba colacionar a la herencia. Si el codificador hubiera pensado que las deudas debían colacionarse, habría bastado con el último párrafo, y no aludiría inmediatamente antes a las deudas de los herederos a favor de la sucesión. No es más sólido el apoyo que se busca en el artículo 3494 Ver Texto . Dispone éste que la deuda que uno de los herederos tuviere a favor de la sucesión se extingue por confusión hasta la concurrencia de su parte hereditaria. Esta disposición se refiere, naturalmente a la porción que corresponde al heredero en el mismo crédito y no a la totalidad de la hijuela (ver nota 2). Desde el punto de vista de la equidad, se dice que es muy similar la situación de un padre que, para beneficiar a su hijo, le dona una propiedad en adelanto de herencia o le presta dinero sin animus donandi; y que en el conflicto entre los acreedores y los coherederos, parece muy justo inclinarse por éstos, a fin

de mantener una solución armónica con la establecida por la ley para el caso de las donaciones (ver nota 3).

Este fue el criterio seguido por la jurisprudencia en numerosos casos (ver nota 4), aunque un pronunciamiento ulterior de la Cámara Civil 1ª de la Capital importa un cambio radical de orientación (ver nota 5).

b) De acuerdo con una segunda opinión, a la que nosotros adherimos, las deudas no deben colacionarse. La regla de derecho común, dice FORNIELES, es que cuando hay varios acreedores (y los coherederos lo son), y los bienes no alcanzan, todos ellos deben pagarse a prorrata, a menos que exista un privilegio expreso establecido en la ley (ver nota 6). Ahora bien: en nuestro caso no hay ningún texto que establezca esa preferencia, según hemos podido comprobar al analizar los fundamentos legales de la opinión opuesta (ver nota 7). Es tan decisiva esta consideración, que no se explica, en verdad, el predicamento que ha podido tener la tesis de la colación de las deudas, como no sea por la influencia de la doctrina francesa; pero ésta ha trabajado sobre un texto expreso que así lo dispone (art. 892 Ver Texto), cosa que no existe en nuestro Código.

1119/682

682.— Cabe señalar que, durante la época en que mantenía firmemente el principio de la colación de las deudas, la Cámara Civil 2ª de la Capital introdujo una importante limitación al decir que, mediando concordato, no debía colacionarse la parte remitida (ver nota 8). Empero, más tarde el mismo tribunal volvió sobre esa jurisprudencia, decidiendo que aun esa parte era colacionable (ver nota 9). Es preciso admitir que la cuestión es delicada dentro de la lógica de la teoría que admite la colación de las deudas. Por una parte, puede sostenerse que los sucesores no deben tener mejores derechos que el causante; y éste no hubiera podido exigir más que la parte de su crédito no remitido. A lo que se replica que, en cualquier donación hecha por el difunto, éste carece de derecho de recobrar los bienes y, sin embargo, los herederos pueden exigir la colación. Todas éstas, y otras muchas dificultades (ver nota 10) se eliminan rechazando la colación de las deudas, institución peculiar del derecho francés, que no ha tenido trascendencia en la legislación comparada (ver nota 11).

1119/683

683. DEUDAS PRESCRIPTAS.— Puesto que, según la tesis que hemos adoptado, las deudas no son colacionables va de suyo que tampoco lo son las deudas prescriptas (ver nota 12). Empero, FORNIELES, que también participa de aquel punto de vista, ha sostenido la tesis de que en este caso procede la colación. Afirma que el padre que deja prescribir la deuda de su hijo muy presumiblemente tiene intención de hacer una liberalidad, como tal, colacionable; que mientras es normal que un acreedor persiga a su deudor ante los tribunales, no lo es que el padre lo haga respecto de su hijo; puesto que ese hijo recibirá mañana una parte del patrimonio paterno, nada más natural que suponer la intención del progenitor de que el pago se haga por vía de descuento; por último, si lo que se propone la colación es mantener la igualdad de los herederos, el padre tendría a su disposición un medio fácil de burlarla, haciéndose documentar una donación como si fuera deuda, y dejándola prescribir (ver nota 13).

Son argumentos más impresionantes que sólidos. Ante todo es evidente la contradicción lógica de rechazar la colación de las deudas vigentes y admitir la de las prescriptas. Y si bien es verdad que el jurista no está obligado a seguir en todas sus consecuencias lógicas un principio, si para ello hay que dejar de lado otros principios jurídicos tan respetables como la equidad, la justicia, la moral y las buenas costumbres, no creemos que nada de esto se vea comprometido en la solución, a nuestro juicio muy razonable, de no colacionar las deudas prescriptas.

La intención de hacer una liberalidad, que posiblemente haya estado en la mente del padre que dejó prescribir la deuda, no basta para colacionar esa liberalidad. En este punto, el Código ha sido muy estricto, excluyendo de la colación todas las liberalidades a que alude el artículo 1791 Ver Texto, entre las que figura una cuya aplicación analógica a nuestro caso parece ineludible: el inciso 5º se refiere a quien ha dejado interrumpir una prescripción para favorecer al propietario. ¿Por qué aplicar un criterio distinto al acreedor que ha dejado prescribir una deuda para favorecer al deudor? Menos convincente aún es el argumento de que éste podría ser un medio sencillo para burlar la igualdad querida por la ley, pues al padre le bastaría con documentar la deuda y dejarla prescribir para conseguir ese resultado. Pero es que el progenitor no necesita recurrir a procedimientos tan retorcidos. Le basta con disponer en su testamento que esa suma de dinero no debe colacionarse, pues nada le impide mejorar a uno de sus herederos.

Digamos, para concluir, que a pesar de que el Código Napoleón sienta expresamente el principio de la colación de las deudas, casi todos sus más autorizados tratadistas sostienen que esa regla no juega si la deuda está prescripta (ver nota 14).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la indicada en nota 1171, véase la importante obra de GUASTAVINO, La colación de deudas, Buenos Aires, 1964 y la excelente tesis de DESCHAMPS, Du rapport des dettes, París, 1889.

(nota 2) De acuerdo: FORNIELES, t. 1, nº 340; LAFAILLE, t. 1, nº 518; GUASTAVINO, Colación de deudas, Buenos Aires, 1964.

(nota 3) MARTÍNEZ RUIZ, La colación, nº 222.

(nota 4) C. Civil 1ª Cap., 8/11/1926, J.A., t. 23, p. 105; C. Civil 2ª Cap., 8/9/1933, J.A., t. 43, p. 661; id., 26/5/1937, J.A., t. 58, p. 534, id. 3/7/1940, J.A., t. 71, p. 358.

(nota 5) C. Civil, 1ª Cap., 1/6/1949, J.A., 1949-III, p. 680. El tribunal se limitó a declarar que no era colacionable un préstamo hecho por el causante a un heredero, sin entrar al análisis de la interesante cuestión doctrinaria, lo que era tanto más delicado cuanto que los antecedentes jurisprudenciales eran contrarios.

(nota 6) FORNIELES, t. 1, n° 340.

(nota 7) Siguen este punto de vista, además del tribunal citado en nota 1244, FORNIELES, t. 1, núms. 340 y sigs.; LAFAILLE, t. 1, n° 518; DE GÁSPERI, t. 2, n° 268; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 641, texto y nota 97.

(nota 8) C. Civil 2ª Cap., 30/3/1036, J.A., t. 53, p. 761.

(nota 9) C. Civil 2ª Cap., 3/7/1940, J.A., t. 71, p. 358. La cuestión ha dividido a la doctrina francesa: en el sentido que debe colacionarse el total; POTHIER, cit. por MARTÍNEZ RUIZ, La colación, n° 228; AUBRY y RAU, § 631; en el sentido restringido: PLANIOL-RIPERT, t. 4, n° 629; BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, Successions, t. 3, n° 2966.

(nota 10) Véanse las dificultades a que la institución ha dado lugar en el derecho francés (COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, núms. 1247 y sigs.; PLANIOL-RIPERT, t. 4, núms. 627 y sigs.; JOSSERAND, t. 3, núms. 1154 y sigs.; BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, Successions, t. 3, núms. 2947 y sigs.; etc.).

(nota 11) Hay que hacer una excepción del derecho italiano, en donde se la admite, pero en forma tal que no puede hablarse propiamente de colación (véase MESSINEO, t. 7, § 205, n° 9).

(nota 12) C. Civil 1ª Cap., 16/5/1941, J.A., t. 75, p. 164, con comentario adverso de MARTÍNEZ RUIZ; de acuerdo con nosotros, PÉREZ LASALA, t. 1, n° 642.

(nota 13) FORNIELES, t. 1, n° 341 bis. También MARTÍNEZ RUIZ sostiene la colación de las deudas prescriptivas, aunque por otras razones, ya que este autor sostiene que las deudas deben colacionarse (La colación, núms. 222 y sigs.).

(nota 14) AUBRY y RAU, § 631; DEMOLOMBE, t. 16, n° 385; HUC, t. 5, n° 370; BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, Successions, t. 3, n° 3006; PLANIOL-RIPERT, t. 4, n° 632. En cambio, sostienen que son colacionables: JOSSERAND, t. 3, vol. 2, n° 1157, aunque sostienen su opinión en forma dubitativa; GARSON, Du rapport de dettes, n° 27. La jurisprudencia es contradictoria: véase la citada por JOSSERAND y MARTÍNEZ RUIZ, La colación, n° 240.

1119/11480

§ 6.— Dispensa de la colación

1119/684

684. FORMA DE HACERLA.— Basada la colación en la voluntad presunta del causante, es obvio que, si la verdadera intención de aquél no era hacer un adelanto, sino una mejora, el beneficiario estará exento de colacionar. El causante puede, pues, dispensar al heredero de esta obligación. Nuestra ley, empero, ha sido muy severa en lo que atañe a la forma de esta dispensa. Según el artículo 3484 Ver Texto sólo puede ser acordada por testamento. Más razonable parece el sistema seguido en casi todos los códigos modernos (francés, art. 919; alemán, 2050; italiano, art. 737; español, art. 1036; venezolano, art. 1083; brasileño, art. 1789; peruano, art. 832; uruguayo, art. 1101, etc.) que autoriza también la hecha en el acto de la donación o por otro instrumento público. Sin duda alguna, la preocupación de nuestro codificador ha sido impedir la influencia del beneficiario en la determinación del causante; al permitir sólo la dispensa por testamento, asegura al disponente la libre y auténtica expresión de su voluntad. Con todo, parece una exigencia excesiva y se ha proyectado reformarla para ponerla en consonancia con la legislación comparada (Proyecto de Reforma de 1936, art. 1958) (ver nota 1).

Es necesario destacar, por otra parte, que la rigurosa exigencia formal del artículo 3484 Ver Texto contradice otra disposición del mismo Código: el artículo 1805 Ver Texto establece que, si en las donaciones hechas por los padres a sus hijos no se expresare a qué cuenta debe imputarse, entiéndese que es hecha como un adelanto de la legítima. Pero entre este texto, que toca al pasar el problema de la colación, y el específico dedicado a la forma de hacerlo, hay que aplicar éste. Así lo han entendido nuestros tribunales y autores (ver nota 2).

1119/685

685.— La ley no exige términos sacramentales para la dispensa. Basta cualquier mención contenida en el testamento, que haga inequívoca la intención del causante de mejorar al beneficiario de la donación o legado (ver nota 3).

(nota 1) En cambio BIBILONI siguió fiel al sistema del Código (art. 3066).

(nota 2) FORNIELES, t. 1, n° 316; MARTÍNEZ RUIZ, La colación, n° 153; PRAYONES, p. 257; LAFAILLE, t. 1, n° 505; DE GÁSPERI, t. 2, n° 264. En cambio, PÉREZ LASALA sostiene que la dispensa de colación hecha en el acto de la donación es válida en nuestro derecho positivo: t. 1, n° 636.

(nota 3) Es opinión general: MARTÍNEZ RUIZ, La colación, n° 154; DE GÁSPERI, t. 2, n° 264; RÉBORA, t. 2, n° 298; FORNIELES, t. 1, n° 318; PLANIOL-RIPERT, t. 4, n° 578; BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, Successions, t. 3, n° 2788; DEMOLOMBE, t. 16, núms. 232 y 239; AUBRY y RAU, § 632; MESSINEO, t. 7, § 205, n° 2 ter; etc.

1119/11490

§ 7.— La acción de colación

1119/686

686. JUEZ COMPETENTE.— Es competente el juez de la sucesión, puesto que la acción de colación no es sino un incidente de la partición (ver nota 1).

1119/687

687. PRESCRIPCIÓN.— Como la ley no ha fijado un plazo especial, rige el de diez años (art. 4023); el término corre desde la apertura de la sucesión (ver nota 2).

Este término rige aunque la colación envuelva un problema de simulación, pues no por el hecho de haberse valido el causante de un rodeo para hacer la donación debe mejorar la situación del beneficiario; y porque, en definitiva, la acción es de colación y no de simulación (ver nota 3). La cuestión interesa, pues esta última prescribe por dos años (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 1190).

(nota 1) C. Civil 2ª Cap., 16/11/1931, J.A., t. 36, p. 778; MARTÍNEZ RUIZ, La colación, n° 274.

(nota 2) C. Civil 1ª Cap., 7/5/1928, G.F., t. 74, p. 82; C. Civil 2ª Cap., 19/9/1927, G.F., t. 70, p. 238; id., 14/12/1932, G.F., t. 101, p. 285; FORNIELES, t. 1, n° 305.

(nota 3) C. Civil 2ª Cap., 13/3/1929, G.F., t. 79, p. 133; Sup. Trib. Santa Fe, 24/12/1943, J.A., 1944-I, p. 635; C. 1ª Apel. Bahía Blanca, 19/6/1959, L.L., t. 99, p. 700; C. Apel. San Juan, 17/10/1977, L.L., 1978-B, p. 72; FORNIELES, t. 1, n° 305 bis; MARTÍNEZ RUIZ, La colación, n° 273.

1119/688

688.— La prescripción interrumpida por uno de los coherederos no favorece a los restantes. Es una de las consecuencias del principio de la divisibilidad de la obligación de colacionar (véase n° 649).

1119/11500

III. LIQUIDACIÓN DEL PASIVO (ver nota 1)

1119/11510

§ 1.— Las deudas del causante

1119/689

689. EL PRINCIPIO DE LA DIVISIÓN DE LAS DEUDAS.— Los herederos suceden al causante en todas sus obligaciones y son deudores de todo lo que él era deudor (art. 3417 Ver Texto) siempre, claro está, que se trate de obligaciones transmisibles mortis causa.

El problema no presenta dificultades cuando el heredero es uno. Cuando son varios, el artículo 3490 Ver Texto establece la división de pleno derecho de la deuda entre los herederos en proporción de sus respectivas fracciones. No hay solidaridad entre ellos; de tal modo que cada uno debe la parte que le corresponde y no tiene que cargar con la insolvencia de los demás.

1119/690

690. MOMENTO EN QUE SE PRODUCE LA DIVISIÓN DE LAS DEUDAS.— Sobre este punto, se han sostenido en nuestro derecho dos opiniones:

a) Según la primera, la división se produce de pleno derecho en el instante mismo de la muerte. Los fundamentos son los siguientes: 1) el artículo 3491 Ver Texto establece que cada uno de los herederos puede librarse de toda obligación pagando su parte en la deuda; este derecho lo puede ejercer antes de la partición, como lo pone de manifiesto la nota al artículo 3475 Ver Texto , según la cual habiendo pagado uno de los herederos la parte que le corresponde en la deuda, puede exigir la entrega de los bienes que le ha tocado en la partición. Todo ello revela que la división de las obligaciones se ha producido antes de la partición, ya que de lo contrario el acreedor podría rechazar el pago parcial (art. 742 Ver Texto); 2) las fuentes citadas al pie del artículo se refieren a leyes y autores en los que se sostiene la división en el momento de la muerte (ver nota 2)

b) De acuerdo con una segunda opinión, a la que nosotros adherimos, la división se opera cuando, por efecto de la partición, se ha hecho entrega a los herederos de sus partes hereditarias (ver nota 3): 1) El principal sustento de esta teoría es el artículo 3490 Ver Texto , que textualmente dice así: Si los acreedores no hubieran sido pagados, por cualquier causa que sea, antes de la entrega a los herederos de sus partes hereditarias, las deudas del difunto se dividen y fraccionan en tantas deudas separadas cuantos herederos dejó, en la proporción de la parte de cada uno. Lo que significa que la división se hace después que los bienes han sido entregados a los herederos y no antes. 2) Es verdad que el argumento fundado en el artículo 3491 Ver Texto y la nota al artículo 3475 Ver Texto es importante, pero más lo es el texto que trata específicamente la cuestión y establece el momento en que se opera la división; en todo caso, habrá que admitir una contradicción entre ambas normas y entonces hay que preferir la solución que mejor resuelve los intereses en juego (ver nota 4). Llama la atención, en efecto, que siendo opinión unánime la de que es preferible mantener la indivisión de las deudas hasta el momento de la partición, no se la adopte cuando hay un texto expreso y claro que así lo ordena. 3) Las fuentes citadas al pie del artículo no pueden

invocarse en apoyo de la tesis contraria. Se explica la cita de tales fuentes, porque también en ellas se trata de la división ipso jure de las deudas; sólo que, en cuanto al momento en que ella se opera, VÉLEZ SARSFIELD se apartó claramente de esos antecedentes. El artículo 1220, Código Napoleón, tiene una redacción muy distinta a nuestro artículo 3490 Ver Texto ; es natural que, ante ese texto, la doctrina francesa haya debido admitir la regla de que la división se produce en el momento de la muerte. Pero no obstante ello, y a pesar de no contar con nuestro artículo 3490 Ver Texto , la jurisprudencia francesa, apoyada por muy prestigiosos juristas, ha encontrado el camino para atenuar los efectos de aquel principio, por lo menos en lo que atañe al problema más grave, que es la insolvencia de uno de los herederos. En síntesis, ha decidido que, no obstante la división legal, la prenda genérica que existía a favor de los acreedores en vida del de cujus continúa aun después de su muerte, hasta la partición, existiendo de manera indivisible sobre la herencia entera (ver nota 5), de modo tal que los acreedores hereditarios se pueden cobrar sobre todos los bienes, aunque uno de los herederos sea insolvente. Los tratadistas franceses se han esforzado por encontrar una conciliación lógica entre esta solución y el principio de la división de pleno derecho en el momento de la muerte; vanos esfuerzos, porque la contradicción es evidente. Con mayor cordura dicen PLANIOL y RIPERT que ésta no es sino una limitación al principio de la división, fundada en imperiosa consideración de equidad (ver nota 6).

Cuánto más fácil resulta llegar a estas conclusiones en nuestro derecho, con el poderoso auxilio del artículo 3490 Ver Texto .

Cabe añadir que la admisión de este punto de vista refuerza considerablemente la opinión de quienes ven en la sucesión una persona jurídica; a despecho de las teorías de los juristas, los acreedores dirigen sus demandas contra la sucesión. Muchas explicaciones se pueden dar de este hecho para conciliarlo con el principio de la división ipso jure en el momento de la muerte (ver nota 7); pero lo cierto es que, en la práctica, las cosas ocurren como si la división no se hubiera operado. Pensamos que el esfuerzo de los autores debería tender más bien a explicar y dar base jurídica a ese estado de cosas, que todos reputan conveniente, y no a divorciar la práctica de los principios.

En los párrafos siguientes, pondremos de relieve las consecuencias que tiene la adopción de uno u otro momento como punto de partida para la división ipso jure de las deudas.

1119/691

691.— Cabe añadir que la circunstancia de que uno de los herederos haya aceptado con beneficio de inventario, no tiene ninguna influencia en la división de las deudas; su parte se computará como si hubiere aceptado renunciando al beneficio (art. 3490 Ver Texto).

1119/692

692. CONSECUENCIAS DE LA DIVISIÓN “IPSO JURE” DE LAS DEUDAS.— Ellas son:

a) Si muchos sucesores universales son condenados conjuntamente en esa calidad, cada uno de ellos será solamente considerado como condenado en proporción de su parte hereditaria (art. 3491 Ver Texto).

1119/693

693.— b) La interpelación hecha por los acreedores de la sucesión a uno de los herederos por el pago de la deuda, no interrumpe la prescripción respecto de los otros (art. 3493 Ver Texto).

1119/694

694.— c) La insolvencia de uno de los herederos no grava a los otros y los solventes no pueden ser perseguidos por la insolvencia de su coheredero (art. 3495 Ver Texto). Es un sistema injusto. Mientras haya bienes del causante, los acreedores deben ser pagados en primer término; se dirá que el acreedor diligente pudo solicitar la separación de patrimonios u oponerse a la entrega de la hijuela al heredero (art. 3490 Ver Texto) y con ello evitar todo perjuicio. Pero muchas veces la insolvencia se presenta inesperadamente; y además, la gente confiada y de buena fe no es amiga de oponer acciones judiciales, siempre molestas. De pronto se encontrará con que parte de su crédito se ha evaporado (por la insolvencia de uno de los herederos), mientras subsisten importantes bienes del causante en poder de los otros sucesores.

Si se acepta que la división de las deudas sólo se opera en el momento de la partición y de la entrega de bienes, todos estos inconvenientes casi desaparecen, por lo menos en la mayor parte de los casos; entre la muerte del deudor y la partición, corre un período bastante prolongado, durante el cual no importa que uno de los herederos caiga o no en insolvencia, pues el acreedor se cobrará del conjunto de los bienes sucesorios.

Todavía más: hay una hipótesis en que la teoría de la división en el momento de la muerte no brinda ninguna posibilidad de defensa a los acreedores. Supóngase que el heredero insolvente ha recibido en vida toda su porción hereditaria. A la muerte nada le corresponderá, pues sus coherederos lo obligarán a colacionar. Sin embargo, él tiene una parte en la herencia y el pasivo proporcional a ella no debe recar sobre sus coherederos. Los acreedores perderán sin remedio posible una parte de sus acreencias, por más que los bienes dejados por su deudor sean cuantiosos (ver nota 8). Por el contrario, si se admite nuestra teoría, el acreedor podrá, durante el estado de indivisión, cobrar sobre todo su crédito.

1119/695

695.— d) Los créditos que uno de los herederos tuviera contra la sucesión se extinguen por confusión hasta la concurrencia de su parte hereditaria (art. 3494 Ver Texto). Según nuestro punto de vista, la confusión se opera luego de la partición y entrega de lotes; según la tesis opuesta, desde el momento mismo de la muerte del causante.

1119/696

696.— e) Cada uno de los herederos puede librarse de toda obligación pagando su parte en la deuda. Si se admite la división en el momento de la muerte, es indudable que desde entonces puede pagarla. Si se admite en el momento de la partición, parecería que hasta entonces el pago parcial no procede y que el acreedor podría rechazarlo. Es lo que sostiene MACHADO (ver nota 9). Nos inclinamos, sin embargo, por reconocer este derecho a los herederos en todo momento. Es verdad que, no habiendo ocurrido la partición, la deuda permanece indivisa y, por tanto, parecería aplicable la regla general del artículo 742 Ver Texto , según el cual nadie puede ser obligado a aceptar un pago parcial. Pero la división en la sucesión es un caso muy especial, que debe ser considerado a la luz de sus características propias. Lo normal es que la parte proporcional de la deuda sea el total definitivo de la obligación de ese heredero; se justifica, pues, que este caso se vea sometido a reglas propias. El artículo 3491 Ver Texto , reforzado por la nota al artículo 3475 Ver Texto , da pie para admitir el pago parcial aun antes de la partición. Es una buena solución, que pone a cubierto al que desea pagar, contra el riesgo de cargar con los intereses sobre la suma debida y los honorarios y gastos del juicio que eventualmente inicie el acreedor porque los coacreedores no pagan. Pero entendemos que siempre quedará sujeto a esta condición: que si luego resulta a su cargo una obligación adicional por tener que soportar la insolvencia de un heredero, el acreedor tendrá derecho a reclamarle la diferencia (ver nota 10).

1119/697

697.— Consecuencia de la división es que, si uno de los herederos no satisface su parte en la deuda, sólo él será pasible de los daños y perjuicios que ocasione. Y si se ha estipulado una cláusula penal para el caso de incumplimiento, dicha cláusula funciona proporcionalmente sólo para los remisos (ver nota 11) (art. 661 Ver Texto).

1119/698

698.— f) La circunstancia de que una deuda haya sido adjudicada totalmente a la hijuela de uno de los herederos no desobliga a los restantes respecto del acreedor, cuyo derecho legal no puede ser alterado por los convenios de aquéllos (arts. 3497 Ver Texto y 3498). Es lógico que así sea, porque de lo contrario podrían los herederos adjudicar la deuda a un coheredero insolvente, defraudando al acreedor.

1119/699

699. JUICIO CRÍTICO; LEGISLACIÓN COMPARADA.— La división ipso jure de las deudas en el momento del fallecimiento es un principio de tradición románica, difundido por la influencia del Código Napoleón. Resulta difícil comprender su lógica, y mucho menos su justicia. Lo prudente y honesto es pagar en primer término las deudas y luego repartir el excedente entre los herederos. ¿Por qué debe cargar el acreedor con la insolvencia de uno de ellos? Es una solución irrazonable, que trastorna el orden jurídico y moral.

La legislación moderna ha reaccionado en forma general contra este sistema, asegurando ante todo el derecho de los acreedores. Algunos códigos establecen el principio de que todos los herederos están obligados solidariamente al pago de las deudas hereditarias (Código suizo, art. 603; brasileño, art. 1796; español, art. 1084; portugués, art. 2115; alemán, art. 2058). El Código alemán y el mexicano (arts. 1750 y sigs.) organizan la liquidación de la herencia en forma tal de asegurar que primero serán pagadas las deudas y luego se hará la partición. Empero, es una solución admitida casi unánimemente que, una vez hecha la partición, las deudas deben dividirse en proporción de las respectivas porciones hereditarias. De lo contrario, estaría siempre pendiente sobre todos los herederos la amenaza de una demanda por una deuda que ignoran; si el deudor ha sido negligente, que pague sus culpas y divida su acción contra todos los herederos, sin hacer caer sobre unos el peso de la insolvencia de los otros.

Nuestro artículo 3490 Ver Texto permite, por vía indirecta, llegar a resultados prácticos similares; y si otros textos oscurecen la cuestión, ahí está la labor de la doctrina y la jurisprudencia para esclarecerla y adoptar el sistema más justo.

Cabe agregar que, aun los códigos que se han mantenido fieles al principio de la división ipso jure en el momento de la muerte, le han introducido algunas atenuaciones: así, por ejemplo, el Código italiano (art. 573) y venezolano (art. 1114) establecen que, tratándose de una deuda hipotecaria, los coherederos cargan con la insolvencia de uno de ellos.

1119/700

700. RESPONSABILIDAD DE LOS LEGATARIOS.— Los legatarios de cuota responden por las deudas del causante en proporción a su parte (art. 3499 Ver Texto). Su diferencia con los herederos es que no tienen responsabilidad ultra vires. Pero, en este caso, el Código brinda al acreedor una doble vía: o bien dirigirse directamente contra el legatario por la parte que le corresponde pagar; o bien hacerlo contra los herederos prescindiendo de aquél, en cuyo caso los herederos tendrán luego acción contra el legatario de cuota por la parte que a éste le correspondía (art. citado). El último es un procedimiento complicado, que no tiene justificación alguna.

En cambio, los legatarios particulares no tienen ninguna responsabilidad por las deudas del causante. Empero, pueden ser obligados a contribuir a ellas si no alcanzase el haber sucesorio para pagarlas, en cuyo caso contribuirán en proporción del valor de sus respectivos legados (art. 3501 Ver Texto). Ejemplo: el causante deja una herencia cuyo activo suma \$ 500.000; hace dos legados, uno de \$ 100.000 y otro de \$ 50.000 e instituye heredero a un extraño; además, deja deudas por \$ 400.000. En tal caso, el heredero nada recibe y lo que falta para cubrir las deudas (\$ 50.000), es pagado a prorrata por los legatarios.

En cuanto a la responsabilidad por las cargas, véase párrafo siguiente.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en nota 1000, véase: SIESSE, De la communauté d'héritiers, París, 1922; VINCENT, La répartition entre les héritiers des créances et des dettes de la succession, París, 1931.

(nota 2) Sostienen esta tesis: C. Civil 1ª Cap., 16/7/1937, J.A., t. 50, p. 855; C. Civil 2ª Cap., 27/10/1938, J.A., t. 64, p. 161; PÉREZ LASALA, t. 1, nº 531, FORNIELES, t. 1, nº 360; RÉBORA, t. 1, nº 230 (autor que trata el asunto superficialmente, sin analizar el problema).

(nota 3) MACHADO, t. 9, p. 156 y 160, nota; LLERENA, nota al art. 3495; DE GÁSPERI, t. 2, nº 278. La C. Civil 1ª Cap. dijo que la sucesión representa al difunto y carga, mientras subsista como sucesión y no se llegue a la división hereditaria, con las obligaciones a que aquél estaba sujeto (23/2/1926, G.F., t. 61, p. 9). Es una aceptación clara del principio de que las deudas sólo se dividen con la partición.

(nota 4) Es una regla elemental de interpretación de la ley que entre dos soluciones posibles, es necesario preferir aquella que resuelve mejor dos intereses en juego: FORNIELES, Reivindicación contra el adquirente de buena fe, J.A., 1943-IV, sec. doct., p. 12, nº 4; LLAMBÍAS, Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos, p. 143; SPOTA, t. 1, vol. 1, nº 29; KÖHLER, Legal interpretation, Science of legal method, 1907, t. 9, p. 191; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 1, p. 212; REICHEL, La ley y la sentencia, p. 73.

(nota 5) C. Cassation, 24/12/1912, Dalloz, 1915.1.45 y Sirey, 1914.1.201, nota; París, 5/7/1904; Gaz. Trib. 1904, II, 2484; etc. Los siguientes autores sostienen esta idea: AUBRY y RAU, § 583, texto y nota 8; § 619 y § 636, nota 9 bis; CAPITANT, L'indivision héréditaire, Revue Critique, 1924, p. 26; DEMOLOMBE, t. 17, nº 214; VINCENT, De la répartition entre les héritiers des créances et des dettes de la succession, nº 210; GÉNY, nota en Pand. franc, 1893.1.435; SIESSE, De la communauté d'héritiers, p. 291; GAZIN, Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique, Dijon, 1910, p. 170 y sigs.; PLANIOL-RIPERT, t. 4, nº 391; NAST, D. P., 1939.2.53, cit. por JOSSERAND, t. 3, vol. 2, nº 1041.

(nota 6) PLANIOL-RIPERT, t. 4, nº 391.

(nota 7) Así, por ejemplo FORNIELES dice que aunque la demanda tenga la apariencia de una sola acción dirigida contra la sucesión, en verdad importa una acumulación de acciones (t. 1, nº 359).

(nota 8) Así lo sostiene FORNIELES, t. 1, p. 361. En cambio, la jurisprudencia y buena parte de la doctrina francesa, no obstante no contar con nuestro art. 3490 Ver Texto han reconocido al acreedor el derecho a cobrarse sobre todos los bienes (véase nota 1264).

(nota 9) MACHADO, t. 9, p. 160.

(nota 10) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala A, 19/2/1960, causa 61.608.

(nota 11) FORNIELES, t. 1, n° 358, 5.

1119/11520

§ 2.— Cargas de la sucesión

1119/701

701. RÉGIMEN LEGAL.— Llámense cargas de la sucesión a las obligaciones nacidas después del fallecimiento, en tanto que las deudas hereditarias son las contraídas por el causante. Caben dentro de este concepto, los gastos de sepelio, los de administración de la sucesión, honorarios de los abogados, apoderados, partidos, peritos (ver nota 1), etcétera.

Esta distinción tiene importancia porque las cargas de la sucesión deben ser pagadas primero que las deudas. Con respecto a los gastos de sepelio, el privilegio surge del artículo 3880 Ver Texto , inciso 1°; con relación a los demás, originados en el juicio sucesorio, en el artículo 3879 Ver Texto , referente a los gastos de justicia hechos en interés de los acreedores. Es verdad que, estrictamente, algunas de esas funciones no tienen interés para los acreedores, que lo mismo podrían cobrar sus créditos (por ej., administración, partición, etc.); pero la jurisprudencia ha hecho interpretación extensiva de aquella norma y les ha reconocido prioridad (ver nota 2).

También del punto de vista de los legatarios particulares interesa esta distinción: no contribuyen al pago de las deudas del causante sino en caso de que los restantes bienes no alcancen a pagarlas; en tanto que, tratándose de las cargas, deben contribuir en proporción de su legado porque son gastos hechos en interés común; a menos, claro está, que el testador haya dispuesto que se le entreguen libres de todo gravamen. Cabe hacer la excepción de los gastos de sepelio, que no recaen sobre los legatarios, a menos que sean de cuota.

Sobre lo que debe entenderse por gastos funerarios y su régimen legal, véase Tratado de Derecho Civil, Contratos, t. 2, números 1830 y siguientes.

1119/702

702. PROPORCIÓN EN QUE DEBEN PAGARSE.— También las cargas se dividen entre los herederos, pero no en proporción de las porciones hereditarias (como ocurre con las deudas) sino de lo que cada uno recibe en la partición (ver nota 3). La cuestión tiene importancia cuando alguno de los herederos debe colacionar. Supóngase que uno de los tres hijos del causante haya recibido en vida toda la parte que le corresponde en la herencia; mientras participa del pago de las deudas, en una tercera parte, no carga con los gastos del

sucesorio. Es justo que así sea, porque él no recibe ningún beneficio por esos trabajos, y porque los honorarios deben calcularse con relación al patrimonio que ha quedado a la muerte, no al conjunto; de esta regla se exceptúan los gastos de sepelio, que deben ser afrontados en proporción a las respectivas hijuelas, incluidos los bienes colacionados (ver nota 4).

1119/703

703. LA OBLIGACIÓN ES SIMPLEMENTE MANCOMUNADA.— La obligación no es solidaria, puesto que para ello sería menester un texto expreso, que en este caso no existe (ver nota 5). Empero, se ha decidido que, respecto de los honorarios del apoderado, hay solidaridad si varios herederos le confieren mandato en común para ser representados en el sucesorio (ver nota 6). Se invoca el artículo 1945 Ver Texto , según el cual la obligación es solidaria cuando dos o más personas han nombrado un mandatario para un negocio común. FORNIELES critica el fallo, a nuestro juicio con razón, porque aquí no hay mandato para un negocio común, sino que cada heredero gestiona para sí (ver nota 7). De lo contrario, habría que admitir esta conclusión irrazonable: que si todos los herederos confieren poder a una persona en el mismo acto, hay solidaridad; si lo hacen por instrumentos separados, no la hay.

(nota 1) Véase nota de jurisprudencia sobre Los honorarios como carga de la sucesión, E.D., t. 6, p. 1.

(nota 2) C. Civil 1ª Cap., 24/5/1926, J.A., t. 20, p. 237; FORNIELES, t. 1, nº 365; LAFAILLE, t. 1, nº 406.

(nota 3) C. Civil 2ª Cap., 13/9/1930, G.F., t. 88, p. 10; FORNIELES, t. 1, nº 366.

(nota 4) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 1, nº 356.

(nota 5) FORNIELES, t. 1, nº 365 bis.

(nota 6) C. Civil 2ª Cap., 29/5/1939, G.F., t. 140, p. 269.

(nota 7) FORNIELES, t. 1, nº 365.

1119/11530

§ 3.— Derechos de los acreedores de la sucesión

704. ACREEDORES RECONOCIDOS O QUE POSEEN UN TÍTULO AUTÉNTICO.— Para configurar mejor la posición de los acreedores frente a la herencia, conviene agrupar ahora sus atribuciones, casi todas las cuales han sido tratadas en otros párrafos de esta obra.

En primer término nos ocuparemos de los acreedores que poseen un título auténtico o cuyo derecho esté reconocido por los herederos. En este caso, por título auténtico debe entenderse no solamente un instrumento público, sino también privado, siempre que éste pueda servir de base para trabar un embargo (ver nota 1). En cuanto al reconocimiento por los herederos, basta que admitan la existencia del crédito aunque impugnen su monto (ver nota 2).

Sus derechos son los que siguen:

a) Pueden pedir la separación de patrimonios, cuando teman que la insolvencia de los herederos pueda perjudicarlos (véase núms. 408 y sigs.).

b) Si la herencia es aceptada en forma no beneficiaria, pueden dirigirse también contra los bienes propios de los herederos (art. 3343 Ver Texto).

c) Pueden iniciar la sucesión, pero previamente deben intimar a los herederos de acuerdo con el artículo 3314 Ver Texto ; sólo así el escrito inicial y los honorarios consiguientes son a cargo de la masa (ver nota 3). Es pertinente el pedido de los acreedores de que se intime a los herederos para activar el trámite de la sucesión (ver nota 4); si bien no son parte en el juicio sucesorio, pueden plantear en él todas las cuestiones que afecten a sus derechos (ver nota 5).

d) Pueden demandar a todos los herederos en conjunto y ante el juez de la sucesión, hasta que la partición se realice (art. 3284 Ver Texto , inc. 4º), lo que facilita extraordinariamente su acción; inclusive, pueden hacerlo antes de la declaratoria de herederos, si es incuestionable el vínculo hereditario y más aún, si los demandados no lo cuestionan (ver nota 6).

e) Los acreedores gozan contra el heredero de los mismos medios de ejecución que contra el difunto (art. 3432 Ver Texto). En consecuencia, se ha declarado que, cuando la sucesión se ha allanado a la ejecución de un pagaré, corresponde dictar sentencia de trance y remate y no declarar el crédito de legítimo abono (ver nota 7); un pagaré a la orden, aun protestado después del fallecimiento, goza del procedimiento ejecutivo, aunque haya menores (ver nota 8).

f) Finalmente, tienen derecho a impedir que se les entreguen las hijuelas a los herederos y los legados a los legatarios, antes de ser pagados sus créditos (art. 3475 Ver Texto). De este importante derecho nos ocuparemos en los párrafos siguientes.

1119/705

705. OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES DE LA SUCESIÓN A LA ENTREGA DE LOS BIENES.— Dispone el artículo 3475 Ver Texto que los acreedores de la herencia, reconocidos como tales, pueden exigir que no se entreguen a los herederos sus porciones hereditarias, ni a los legatarios sus legados, hasta no quedar ellos pagados de sus créditos. Es un recurso eficaz que la ley pone en sus manos para no dilatar el pago de sus acreencias.

No basta la formación de una hijuela de bajas, porque podría haber un error de cálculo e incluso mala fe en la estimación de los valores, de tal modo que, al liquidarse esos bienes, su importe no alcanzara para satisfacer las deudas. Tampoco puede sustituirse con otra garantía (embargos, fianzas), por más que el juez la estime suficiente, pues la facultad que reconoce el artículo 3475 Ver Texto está destinada no sólo a garantizar el pago de las deudas, sino a que ese pago se haga con prontitud.

1119/706

706.— La ley habla de acreedores reconocidos; en consecuencia, los que sólo tengan un crédito litigioso, no pueden hacer uso de este derecho. Pero si lo discutido no fuera la existencia misma del crédito, sino su monto, el acreedor podría hacer valer el privilegio del artículo 3475 Ver Texto hasta el alcance de la deuda reconocida (ver nota 9).

Distinta es la situación de los créditos condicionales o a plazo. No consideramos aceptable la opinión de que también aquí juega el artículo 3475 Ver Texto (ver nota 10). En este caso, el derecho de los acreedores debe considerarse suficientemente protegido, si los herederos dan garantía bastante de que será pagado al cumplimiento del plazo o condición. Oponerse a la entrega de los bienes, no obstante no tener un derecho actual sobre ellos y haberseles dado suficiente garantía de su pago, constituiría un evidente abuso de derecho.

1119/707

707.— Adviértase que este privilegio no significa un embargo; los herederos pueden pagar a otros acreedores, vender de común acuerdo los bienes del sucesorio; la oposición de los acreedores no se anota en el Registro de la Propiedad (ver nota 11). El único efecto de la medida es impedir que se haga efectiva la entrega a cada heredero de los bienes que componen su hijuela.

1119/708

708.— Si un heredero hubiera pagado su parte en la deuda antes de la partición (véase nº 696) puede pedir la entrega de su hijuela, aunque los restantes coherederos no hayan satisfecho su parte (ver nota 12).

1119/709

709. ACREEDORES NO RECONOCIDOS.— Son aquellos cuyo derecho depende de una sentencia. Su situación es muy distinta de la que tienen los que poseen un título auténtico (en el sentido que hemos precisado en el n° 704), o que han sido reconocidos por los herederos. La ley no puede permitir que cualquier audaz interfiera en el juicio sucesorio o prive a los herederos del goce de sus bienes, por el solo hecho de presentarse invocando un crédito, que la ausencia de título presenta prima facie como problemático.

Ellos tendrán que iniciar su demanda en el juicio sucesorio; y sólo una vez obtenida sentencia de primera instancia estarán en la situación de los acreedores reconocidos. Empero, es preciso reconocerles la facultad de iniciar el juicio sucesorio cuando los herederos no lo hacen, pues de lo contrario se encontrarían en la imposibilidad de hacer efectivo su derecho (ver nota 13); con el mismo propósito de facilitar su acción, se les ha reconocido el derecho de demandar a los herederos aun antes de la declaratoria, si es incuestionable el vínculo hereditario y más todavía, si los propios demandados no lo han cuestionado (ver nota 14).

1119/710

710.— ¿Qué ocurre si algunos de los herederos reconocen un crédito documentado y otros no? Pensamos que el acreedor podrá ejercer todos los derechos que hemos enumerado en el número 704 respecto de los herederos que lo reconocen, pero no de los restantes (ver nota 15). La Cámara Civil 2ª Capital hizo aplicación de este criterio al resolver que, si el acreedor de una finca de la sucesión se presenta pidiendo que se compense su crédito con el precio, y unos herederos reconocen el crédito y aceptan la compensación y otros la rechazan, debe tenerse por compensado en la parte de aquéllos (ver nota 16).

(nota 1) FORNIELES, t. 1, n° 368.

(nota 2) C. Civil 1ª Cap., 4/7/1918, J.A., t. 2, p. 42.

(nota 3) C. Civil Cap. Sala A, 21/9/1955, causa 30.120 (inérita); id., 18/12/1956, J.A., 1957-II, p. 142; id., 30/11/1959, causa 61.838; id., 22/9/1960, causa 66.958; Sala B, 3/6/1959, J.A., 1959-IV, p. 52; Sala D, 27/5/1952, causa 6282 (inérita); C. Civil 2ª Cap., 14/11/1950, L.L., t. 60, p. 734. Anteriormente la Sala B, había resuelto que, vencido el plazo del art. 3357 Ver Texto , el escrito presentado por cualquier acreedor era inicial de la sucesión y debía reconocérsele prioridad sobre los posteriores presentados por los herederos: 6/9/1954, L.L., t. 77, p. 81. Sin embargo, de no tener derecho a honorarios por el escrito de iniciación, se ha resuelto que deben tenerse en cuenta los trabajos útiles, tales como la agregación de partidas y denuncia de bienes a los efectos de la regulación de honorarios (C. Civil Cap., Sala A, 22/9/1960, causa 66.958).

(nota 4) C. Civil Cap., Sala A, 27/6/1956, causa 33.442 (inérita).

(nota 5) C. Civil Cap., Sala A, 28/5/1954, L.L., t. 75, p. 497.

(nota 6) C. Civil Cap., Sala A, 10/4/1958, L.L., t. 91, p. 697.

(nota 7) C. Civil 1ª Cap., 7/5/1947, J.A., 1947-II, p. 219.

(nota 8) C. Civil 1ª Cap., G.F., t. 92, p. 92.

(nota 9) C. Civil 1ª Cap., 4/7/1918, J.A., t. 2, p. 42.

(nota 10) MACHADO, t. 9, p. 115.

(nota 11) MACHADO, t. 9, p. 115, nota.

(nota 12) Lo reconoce así la nota al art. 3475; en el mismo sentido, LAFAILLE, t. 1, nº 466.

(nota 13) FORNIELES, t. 1, nº 369.

(nota 14) C. Civil Cap., Sala A, 10/4/1958, L.L., t. 91, p. 697.

(nota 15) FORNIELES, t. 1, nº 370.

(nota 16) C. Civil 2ª Cap., 27/10/1938, J.A., t. 64, p. 161.

1119/11540

IV. PARTICIÓN POR ASCENDIENTES (ver nota 1)

1119/11550

§ 1.— Partición por donación

1119/711

711. CONCEPTO Y NATURALEZA.— Los padres pueden hacer partición de sus bienes antes de su muerte; la idea general de la institución es que los bienes se reparten entre los descendientes en la misma forma y proporciones que corresponderían si el padre hubiera muerto. La partición puede abarcar todo el patrimonio o sólo una parte de él; pero, aun en este caso, deben guardarse las proporciones fijadas en la ley, como si se tratara de la totalidad.

Mucho se ha discutido acerca de la naturaleza jurídica de la partición por donación (ver nota 2); por nuestra parte, pensamos que es una institución híbrida que tiene elementos de la donación (acto entre vivos, forma, aceptación de los donatarios, entrega inmediata de los bienes, irrevocabilidad salvo las causas legales) y de la partición (igualdad de los lotes, respeto de la legítima, garantía entre los beneficiarios, acción de reducción).

1119/712

712.— Mientras en Francia la partición por donación, favorecida por una importante reducción del impuesto sucesorio, ha tenido mucha difusión (ver nota 3), entre nosotros es una institución casi muerta (ver nota 4). En realidad, no parece tener una utilidad práctica mayor, pues si los padres quieren favorecer en vida a sus hijos, pueden usar el procedimiento más simple de la donación. Las particiones en que el padre se despoja de todo su patrimonio no son aconsejables; con frecuencia los hijos se muestran ingratos y, cuando menos lo esperan, el donante se encuentra en conflicto con ellos y en la indigencia. PLANIOL (ver nota 5) recuerda la prudente advertencia de LOYSEL: *Qui le sien donne avant mourir, bientôt s'apprête à moult souffrir*. Todo ello explica que muy pocas veces se recurra a esta forma de partición. Con todo, pensamos que debe mantenerse en el Código. A veces sirve al padre, viejo y valetudinario, para descargarse de la administración de sus bienes, entregándolos a quienes han de ser sus dueños; otras, para que el padre de hermanos mal avenidos impida las cuestiones de intereses que habrían de sobrevenir a su muerte, imponiendo en vida su autoridad al hacer la división.

Cabe agregar que la institución se ha mantenido en el Proyecto de Reforma de 1936 (arts. 1961 y sigs.), no obstante que en el seno de la Comisión el Dr. MARTÍNEZ PAZ había propuesto su supresión (ver nota 6).

1119/11560

A.— REGLAS GENERALES DE VALIDEZ

1119/713

713. FORMA.— La partición por donación debe hacerse en la forma prescripta para las demás clases de donaciones (art. 3523 Ver Texto), vale decir, por escritura pública, si se tratare de inmuebles (art. 1810 Ver Texto , inc. 1º). Tratándose de muebles no hay requisitos formales, a punto tal que basta con la entrega manual (art. 1815 Ver Texto), pero sólo puede probarse por instrumento público o privado o por confesión judicial del donante (art. 1813 Ver Texto).

1119/714

714. QUIÉNES PUEDEN HACERLA.— Este modo de partición sólo puede ser hecho por los padres y demás ascendientes (art. 3514 Ver Texto). Los que no lo sean pueden donar los bienes a sus herederos legales (ascendientes, cónyuges, colaterales), pero esa donación no tendrá efectos de partición.

Sin embargo, el ascendiente no puede hacer partición en favor de sus descendientes cuando exista o continúe de hecho la sociedad conyugal con el cónyuge vivo o sus herederos (art. 3526 Ver Texto). Se quiere evitar así una donación de bienes cuyo titular todavía permanece indeterminado hasta la liquidación de la sociedad conyugal (ver nota 7). Inclusive los bienes propios de los cónyuges están afectados por esa indeterminación, ya que muchas veces la liquidación de la sociedad origina créditos recíprocos que deben ser atendidos con aquellos bienes.

Cabe preguntarse empero, si no es posible la partición-donación hecha conjuntamente por los padres en favor de sus descendientes. La cuestión está controvertida: a) Algunos autores sostienen que tal partición sería nula en virtud de lo dispuesto por el artículo 3526 Ver Texto (ver nota 8). Pero ya dijimos que tal disposición sólo se refiere a la partición hecha por uno de los padres; no se presenta aquí el problema de la indeterminación de los derechos que fundamenta el artículo 3526 Ver Texto ; los dos cónyuges únicos posibles titulares de los bienes, los donan conjuntamente. b) GUASTAVINO, por su parte, opina que tal partición sería válida cuando se refiere sólo a los bienes gananciales, pero nula si abarca también los propios. En efecto: la partición no puede incluir entre los beneficiarios a los propios cónyuges, pues en tal caso habría una donación prohibida por la ley (ver nota 9); y si el cónyuge queda excluido de sus beneficios, al dar su conformidad a la partición, vendría a renunciar a una herencia futura, lo que también es ilícito (ver nota 10). Compartimos la opinión de este autor (ver nota 11) agregando que la partición-donación debe excluir siempre de los beneficiarios al cónyuge, aunque sólo se trate de los bienes gananciales, porque aun en este caso la consecuencia del acto sería atribuirle carácter propio (del cónyuge beneficiado) a un bien de naturaleza ganancial, lo cual es contrario al régimen de la comunidad conyugal, cuya organización no puede ser alterada por voluntad de los esposos.

1119/715

715. HEREDEROS QUE DEBEN ESTAR COMPRENDIDOS EN LA PARTICIÓN BAJO PENA DE NULIDAD.— La partición debe comprender a todos los herederos forzosos que existan en el momento del deceso, respetando sus porciones legales, sea que lleguen a la sucesión por derecho propio o por representación de su padre premuerto (arts. 3525 Ver Texto y 3529 Ver Texto). La omisión de cualquiera de los herederos existentes en el

momento del otorgamiento del acto, así como también el nacimiento ulterior de otro descendiente, invalidan la partición (arts. 3528 Ver Texto y 3529). Aunque el artículo 3529 Ver Texto habla sólo del hijo sobreviviente, es obvio que igual solución debe aplicarse a los nietos o bisnietos que resulten herederos forzosos por derecho de representación (ver nota 12).

1119/11860

715 bis.— Supóngase ahora que, habiéndose omitido un heredero, existan a la época del deceso bienes suficientes como para cubrir su parte. El problema ha sido resuelto expresamente en Francia por la ley del 7 de febrero de 1938, según la cual si la parte del heredero forzoso omitido puede salvarse con los bienes sobrantes, no hay lugar a la nulidad de la partición. La solución es general y comprensiva tanto del supuesto del heredero forzoso existente en el momento del otorgamiento del acto y omitido deliberada o involuntariamente, como del caso del heredero nacido después de celebrada la partición (ver nota 13). En nuestro derecho positivo no parece posible admitir tal solución pues por esa vía se podría eludir la regla de la partición en especie (véase n° 720). De lege ferenda parece que el mantenimiento de la partición en razón de sobrar bienes para cubrir la parte del omitido sería justa sólo en el caso del heredero que naciera con posterioridad a la partición. Así se evita volver sobre transmisiones de dominio y se afianza la seguridad jurídica, sin violentar ningún principio de igualdad o de justicia, pues no se trata de una omisión legal y deliberada, sino de una causa de invalidez sobreviniente, que el donante no pudo prever en su momento.

Empero, la omisión de un heredero forzoso no anula la partición: a) Si el omitido muere antes que el donante, sin dejar otros herederos que sus mismos hermanos comprendidos en la partición (art. 3529 Ver Texto). b) Si el omitido ha sido desheredado o declarado indigno, y carece de descendientes que tomen su lugar en la herencia.

Los nietos no se reputan omitidos si en la partición se incluyó al padre premuerto del que descienden y a quien representan en la sucesión de su abuelo (ver nota 14).

1119/716

716.— Cabe subrayar que la omisión de uno de los herederos forzosos no abre de inmediato la acción de nulidad, sino solamente después de la muerte del causante; es en ese momento que debe apreciarse la validez (ver nota 15), pues durante el lapso corrido entre la partición y el fallecimiento puede haber fallecido sin sucesión el omitido, o haber incurrido en una causal de nulidad o desheredación; o finalmente, y luego del fallecimiento, puede renunciar la herencia. Y por encima de esto, hay otra razón decisiva: en vida, el dueño del patrimonio puede disponer de sus bienes como le plazca, haciendo donaciones a alguno de sus herederos, omitiendo otros, etcétera. Recién a su muerte se abren los recursos de los omitidos en protección de sus derechos al patrimonio paterno.

1119/717

717.— Supóngase que antes de dictada la ley 14367 el padre hubiera hecho partición de todos sus bienes entre sus hijos legítimos omitiendo a uno extramatrimonial; pero el donante muere después de entrar en vigencia aquella ley. El caso es delicado pues podría sostenerse que, en el momento en que se hizo, la partición se ajustaba en todo a la ley entonces vigente. Empero, consideramos que es nula. Hemos dicho ya que los derechos de los descendientes se juzgan en el momento de la muerte del donante; por ello se explica que el nacimiento posterior de un hijo anule la partición, por más que, al hacerse, no se haya omitido a nadie. El caso es evidentemente análogo al que estamos tratando.

1119/718

718.— Pensamos que igual solución debe admitirse en el caso de que el padre hubiera adoptado un hijo después de hecha la partición. La adopción coloca a éste en la misma condición de los hijos de sangre, de modo que no podría quedar excluido de la herencia. La partición debe reputarse nula (ver nota 16).

Cabe preguntarse qué ocurre si después de la partición el donante ha adoptado un hijo. Aunque el caso es muy dudoso, nos inclinamos por mantener en pié la partición. Es verdad que esta solución choca con el principio de que los derechos hereditarios deben juzgarse a la época del fallecimiento del donante; pero se trata de un caso muy peculiar, que exige soluciones especiales. No es posible proteger la actitud desaprensiva y desagradecida del adoptado que fue acogido en el seno de la familia merced a la generosidad de los hijos legítimos del adoptante, y que luego se presenta reclamándoles bienes que el padre adoptivo les había donado antes de la adopción. Hay una razón de orden moral que obliga a recharzar su acción.

1119/719

719. ACEPTACIÓN.— La partición por donación debe ser aceptada por los herederos (art. 3516 Ver Texto), como cualquier donación.

Habiendo descendientes incapaces debe ser aprobada judicialmente, con intervención del Ministerio de Menores. En el caso, será necesario designar un tutor especial que represente al incapaz y acepte en su nombre, si fuera conveniente a sus intereses (ver nota 17).

Esta aceptación no impide intentar más tarde (luego de fallecido el donante) las acciones de rescisión o reducción, si la partición no se ajustare a derecho.

1119/720

720. FORMACIÓN DE LOS LOTES: DIVISIÓN EN ESPECIE.— ¿Es aplicable aquí la regla de la partición en especie, o puede el padre apartarse de ella? Nuestro Código nada dispone sobre este punto y, en consecuencia, juzgamos que aquí, como en toda partición,

debe aplicarse aquel principio (ver nota 18), pues las razones son las mismas. Más aún: existe en este caso el peligro de que el padre, viejo y débil de carácter, ceda ante la presión de alguno de los hijos, atribuyéndole los bienes de mayor rendimiento, o de más fácil explotación, o de mejor ubicación. Es una manera de violar la igualdad que la ley quiere mantener (ver nota 19). Es, por tanto, nula la partición que no se ha hecho en especie, salvo que haya imposibilidad material o jurídica, o notoria inconveniencia económica de dividir el bien (ver nota 20) (véase nº 579).

1119/721

721. IGUALDAD DE LOS LOTES Y MEJORAS.— Como en toda partición, el donante debe respetar la igualdad y proporcionalidad establecida por la ley entre los herederos forzosos. Para establecer el valor de cada lote, hay que considerar dos problemas importantes:

1119/722

722. a) Colación.— En primer término, debe colacionarse lo que con anterioridad los herederos hayan recibido del causante (art. 3530 Ver Texto) siguiéndose las reglas generales estudiadas en otro lugar (núms. 639 y sigs.).

1119/723

723. b) Posibilidad de mejorar a los herederos.— El artículo 3524 Ver Texto tiene una redacción desafortunada, que ha provocado la perplejidad de los comentaristas: Sea la partición por donación entre vivos, o por testamento, el ascendiente puede dar a cada uno o algunos de sus hijos, la parte de los bienes de que la ley le permite disponer, pero no se entenderá que les da por mejora la parte de que la ley le permite disponer con ese objeto, si en el testamento no hubiere cláusula expresa de mejora. El exceso sobre la parte disponible será de ningún valor. En la partición por donación, no puede haber cláusula de mejora.

Como se ve, mientras en la primera parte autoriza al padre a favorecer con la parte disponible a cualquiera de sus hijos, tanto en la partición por donación como en la testamentaria, en el último apartado expresa que en la primera no puede haber cláusula de mejora. ¿Cómo interpretar esta norma? Se han sostenido diversos puntos de vista.

1) Algunos autores piensan que la contradicción es irreductible y que, ante ella, es preciso dar preferencia al último párrafo del artículo, que prohíbe toda mejora en la partición por donación (ver nota 21). Pero si la contradicción es tan irreductible como se sostiene, es de toda evidencia que ella debería decidirse en el sentido más equitativo y socialmente más justo, que es el de respetar los derechos del padre sobre la porción disponible, tan celosamente cuidados por nuestra ley como la legítima misma.

La jurisprudencia y la mayor parte de nuestra doctrina están de acuerdo en que el ascendiente puede favorecer a cualquiera de sus descendientes con la porción disponible (ver nota 22).

2) GUAGLIANONE opina que el último párrafo de nuestro artículo ha aludido a la mejora en sentido estricto, vale decir, a aquella parte de la herencia de la que el causante sólo puede disponer para favorecer a alguno de los herederos forzosos, pero no a los extraños (ver nota 23). Juzgamos que esta opinión es inaceptable, pues tal mejora no ha tenido acogida en nuestro Código, que expresamente la repudia (art. 3605 Ver Texto).

3) Por nuestra parte, pensamos que la contradicción es sólo aparente. Cuando el último párrafo habla de mejora, afirmando que no puede haberla en la partición por donación, es porque ese medio de favorecer a los herederos es propio de la transmisión mortis causa y no es jurídicamente correcto hablar de mejora en una donación; lo que no obsta a que pueda favorecerlos con su porción disponible, como expresamente lo dice el primer párrafo (ver nota 24). Con todo, es evidente que la redacción es confusa y que se ganaría mucho eliminando el último apartado de nuestro artículo.

1119/724

724.— La cláusula por la que se favorece a uno de los herederos debe ser expresa (art. 3524 Ver Texto). Sobre este punto remitimos al número 742.

1119/725

725. BIENES QUE PUEDEN PARTIRSE.— La partición por donación no puede tener por objeto sino los bienes presentes del donante. Los que éste adquiriera después y los que no hubieren entrado en la donación, se dividirán a su muerte siguiendo las reglas ordinarias (art. 3518 Ver Texto).

Debe tratarse de bienes sobre los cuales el donante tenga la libre disposición; de tal modo que no podrá hacerla si subsiste la sociedad conyugal, o no se ha hecho la partición con los herederos del cónyuge muerto (art. 3526 Ver Texto). Igualmente sería nula si comprendiera bienes que no pertenecían al donante (ver nota 25).

1119/726

726.— La partición puede comprender todos los bienes actuales del donante o solamente algunos de ellos. La partición parcial está claramente autorizada por el artículo 3518 Ver Texto y es, en la práctica, la más frecuente.

1119/727

727. CONDICIONES PROHIBIDAS.— Según el artículo 3517 Ver Texto , 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. Es una consecuencia natural de que la donación transfiera plena e irrevocablemente la propiedad de los bienes a los herederos (art. 3516 Ver Texto). No se explicaría que el causante donara y, al propio tiempo, tuviera derechos sobre los bienes trabando su circulación y originando mayores inconvenientes, no sólo para el donatario, sino para los terceros.

La imposición de cualquiera de estas condiciones anula la partición (arts. 530 Ver Texto y 3608 Ver Texto) y le impide producir sus efectos jurídicos. Si se hubiera transferido la posesión o inscrito el dominio a nombre de los hijos, el donante podría obtener en cualquier momento la restitución.

Supóngase que la condición se hubiera puesto a uno solo de los herederos; se hace la transferencia de los bienes y ni el donante ni el heredero afectado hacen la cuestión de la nulidad. Producida la muerte del causante, ¿podría otro de los herederos, quejoso de la parte que le ha tocado, invocar este motivo para pedir la anulación de toda la partición? Esta acción le sería especialmente beneficiosa si no pudiera intentar las de rescisión o reducción, sobre todo en el caso de que el heredero afectado por la condición ilícita haya sido beneficiado por la porción disponible, puesto que, anulada la partición, los bienes se repartirán igualitariamente, sin mejora para nadie. Pero es indudable, a nuestro juicio, que sólo el donante y el donatario a quien la condición se impuso, podrían plantear la nulidad, porque ésta tiene carácter relativo y sólo puede ser declarada a pedido de parte interesada (art. 1048 Ver Texto); el coheredero no afectado por la condición no tiene personería para reclamar la nulidad.

1119/11570

B.— EFECTOS

1119/728

728. DISTINTOS PERÍODOS A CONSIDERAR.— Los efectos de la donación por partición deben ser estudiados con relación a dos periodos distintos, separados por el fallecimiento del ascendiente. Nos ocuparemos en primer término del que corre entre la partición y la muerte.

1.— Efectos en vida del donante.

1119/729

729. RELACIONES ENTRE EL ASCENDIENTE Y LOS BENEFICIARIOS.— Con relación al ascendiente, los hijos son tratados como donatarios, no como herederos. No son sucesores universales, sino particulares del donante; esto tiene aplicación aun en el caso de que el causante haga donación de todos sus bienes actuales, porque puede en el futuro adquirir nuevos bienes (es casi seguro que los adquirirá, de mayor o menor valor) y estos no están comprendidos en la transferencia de dominio (art. 3518 Ver Texto).

De este principio general surgen las siguientes consecuencias:

1119/730

730. a) Irrevocabilidad de la partición.— La transferencia del dominio de los bienes es irrevocable, salvo inejecución de las condiciones o cargas o la ingratitud del descendiente (art. 3522 Ver Texto); son los mismo principios de la donación (arts. 1848 Ver Texto y sigs.).

1119/731

731. b) Deudas del donante.— Si la partición es parcial, los beneficiarios no cargan con las deudas del donante, a menos que así se haya dispuesto en el acto de la donación (art. 1839 Ver Texto y argumento a contrario, art. 3519 Ver Texto). Pero si la partición comprendiera todos los bienes actuales del causante, 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 Ver Texto).

Esta acción contra los donatarios, que se reconoce a los acreedores escapa, en rigor, del marco de los principios que rigen las donaciones, en los que el donatario no carga con las deudas, salvo cláusula expresa contenida en el instrumento de la donación. El codificador se apartó, a nuestro juicio con razón, de los principios generales, para brindar una mayor garantía a los acreedores, sin obligarlos a recurrir al expediente de la acción pauliana. Sin contar con la evidente justicia de que quienes reciben la totalidad del patrimonio carguen con las deudas. Supuesto que, tiempo después de la partición y habiendo adquirido el donante nuevos bienes, pague, voluntaria o forzosamente, una deuda anterior, tiene derecho a reclamar su importe de los donatarios, puesto que ellos han asumido la obligación, de acuerdo con el artículo 3519 Ver Texto .

Con respecto a qué debe entenderse por todos los bienes presentes, véase número 733.

1119/732

732. RELACIONES DE LOS DESCENDIENTES ENTRE SÍ; ACCIÓN DE GARANTÍA.— En las relaciones de los descendientes entre sí, ellos no se comportan como donatarios comunes, sino que, al igual que los coherederos, se deben la acción de garantía

por evicción (art. 3535 Ver Texto). Es justo que así sea, puesto que aquí la ley protege la igualdad de las porciones, cosa que no está en cuestión en las donaciones ordinarias.

1119/733

733. EFECTOS RESPECTO DE LOS ACREEDORES.— Aunque ya hemos tocado el tema en el número 731, volvemos a él para tratarlo desde el ángulo de los acreedores. Si la partición es parcial, los acreedores sólo tienen acción contra el donante, salvo caso de fraude (art. 1839 Ver Texto y argumento a contrario, art. 3519 Ver Texto). Pero si la donación comprende todos los bienes, pueden dirigir su acción sea contra el donante, sea contra cada uno de los donatarios, en proporción a sus respectivas porciones (art. 3535 Ver Texto).

¿Qué debe entenderse por todos los bienes presentes? Es indudable que esta expresión no debe tomarse literalmente pues nadie puede hacer donación de todos, absolutamente todos sus bienes, inclusive su camisa, como no sea para ingresar a una orden religiosa con voto de pobreza. Si no se quiere convertir esta disposición en letra muerta, si se desea otorgar una protección efectiva a los acreedores, habrá que aceptar que el artículo 3519 Ver Texto es aplicable por más que el donante haya conservado para sí algunos de los bienes indispensables, tales como la ropa y los muebles de su casa (ver nota 26).

1119/734

734. ACCIÓN REVOCATORIA.— Si la partición es total, el acreedor no tiene necesidad de recurrir a la acción pauliana, pues tiene abierta una acción directa contra los sucesores y conserva la que tenía contra el deudor. En la partición parcial, en cambio, sólo la tiene contra el donante, su deudor. Ahora bien: puede ocurrir que con motivo de la donación, el deudor haya caído en insolvencia o la haya agravado; en tal caso el acreedor tiene abierta la acción revocatoria (art. 3521 Ver Texto), de conformidad con las reglas generales relativas a los actos gratuitos (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 1211):

2.— Efectos después del fallecimiento del donante

1119/735

735. APERTURA DE LA SUCESIÓN.— Desde el momento de la muerte del causante, los beneficiarios se transforman de donatarios en herederos. De esta nueva situación surgen las siguientes consecuencias:

a) Ellos están en condiciones de aceptar o repudiar la herencia que se les defiere; la anterior aceptación de la partición por donación no los priva del derecho de repudiar (ver nota 27), de la misma manera que no les impide el ejercicio de ese derecho la aceptación de cualquier otra donación.

b) Si la aceptación no es beneficiaria, responderán por todas las deudas del causante en proporción a su parte, puesto que se ha operado la confusión de patrimonios de causante y heredero. Si han aceptado con beneficio de inventario, hay que distinguir dos situaciones: 1) Toda vez que la partición por donación ha sido parcial, ni los acreedores ni los legatarios pueden pretender hacerse pagar sus créditos o legados con los bienes donados, pues ellos no tienen ningún derecho a bienes definitivamente salidos del patrimonio del causante en el momento de la muerte (ver nota 28); sólo podrán ejecutar los bienes dejados por el causante a su muerte, sea porque no entraron en la partición, sea porque los adquirió después. 2) En cambio, cuando la partición ha sido total, los acreedores anteriores a ella tienen derecho a cobrarse sobre los bienes donados (en virtud de lo dispuesto por el art. 3519 Ver Texto); los acreedores cuyo crédito tienen un origen posterior a la partición y los legatarios sólo tienen derecho a los bienes adquiridos por el causante y después de la partición.

c) En caso de renuncia de la herencia, el heredero puede conservar los bienes donados en vida por el causante y no responde por el pago de las deudas o legados (ver nota 29), salvo que la partición haya comprendido todos los bienes presentes del donante, en cuyo caso responde únicamente por las deudas que tenía en ese momento (art. 3519 Ver Texto). Con relación a los coherederos aceptantes, pueden conservar la donación en tanto ella no dañe la legítima de aquéllos (ver nota 30).

1119/11580

§ 2.— Partición por testamento

1119/736

736. CONCEPTO.— La partición por testamento no presenta ninguna de las dificultades que nacen de la naturaleza compleja de la partición por donación. En el fondo, no es otra cosa que una autorización que la ley concede al ascendiente para hacer él mismo la división de los bienes. En cuanto a sus efectos, ella no difiere en lo más mínimo de la partición común y está sujeta a sus reglas legales.

1119/737

737. QUIÉNES PUEDEN HACERLA Y EN FAVOR DE QUIÉN.— En principio solamente los ascendientes pueden hacer esta partición entre sus descendientes, sean menores o mayores de edad (art. 3514 Ver Texto); concurriendo a la herencia con los descendientes del cónyuge superviviente, también éste puede y debe quedar comprendido en la partición (art. 3527 Ver Texto).

La partición será nula si no comprende a todos los descendientes herederos forzosos y al cónyuge si lo hubiera (art. 3528 Ver Texto); el nacimiento de un hijo después de otorgado el testamento o después de la muerte del causante (caso de hijo póstumo) anula la partición (art. 3529 Ver Texto). Empero, la omisión de un heredero forzoso, muerto sin sucesión

antes de la apertura de aquélla, no la invalida (art. 3529 Ver Texto); tampoco la anula la omisión de quien es desheredado o declarado indigno, si no tuviese hijos que ocupen su lugar. En este punto, son comunes las reglas de la partición por donación y por testamento.

1119/738

738. FORMA.— Cuando el ascendiente quiere que la partición tenga efectos para después de su muerte, sólo puede hacerla por testamento (art. 3514 Ver Texto). Una distribución de bienes hecha en una escritura pública o en un instrumento privado, que no guardaran las formalidades requeridas para ser considerados como testamentos, no tiene ninguna validez.

1119/739

739. BIENES COMPRENDIDOS EN LA PARTICIÓN.— La partición debe comprender todos los bienes del causante, puesto que se trata de la división definitiva de la herencia. Empero, la omisión de algún bien, sea o no deliberada, no invalida, a nuestro entender, la partición hecha por el padre; ese bien se dividirá luego según las reglas ordinarias. Lo mismo ocurre con los que se incorporen al patrimonio del causante en el período que corre de la fecha del testamento a la muerte.

Los bienes gananciales no pueden ser incluidos en la partición (ver nota 31) (art. 3527 Ver Texto).

1119/740

740.— Pero el Código no sólo autoriza al ascendiente para hacer partición de los bienes que deje a sus hijos, sino también de los que estos obtuviesen de otras sucesiones (art. 3514 Ver Texto). Ejemplo: si los descendientes han recibido la sucesión de su abuelo materno (por fallecimiento de su madre) el padre puede hacer partición entre ellos de los bienes hereditarios.

Esta disposición requiere ser precisada: a) En primer lugar, y aunque la ley no lo dice, tal facultad puede ser ejercida por el ascendiente, respecto de los incapaces que están bajo su patria potestad o su curatela (ver nota 32); pues, si son mayores de edad, nadie tiene derecho a representarlos en la defensa de sus intereses. b) En segundo término, es obvio que esta partición no tendrá efecto si después del testamento y antes de morir el padre, ya se ha llevado a cabo judicialmente; se trata de un acto definitivo, no susceptible de revisión.

1119/741

741. MODO DE HACER LOS LOTES.— Como en toda partición, aquí también debe ser respetado el principio de la división en especie; los lotes serán proporcionales al derecho que

cada uno de los descendientes tenga en la sucesión. Al formarlos, el testador debe colacionar los bienes que hubiera donado anteriormente a los herederos (art. 3530 Ver Texto).

1119/742

742. CLÁUSULA DE MEJORA.— El testador puede mejorar a cualquiera de los herederos con su porción disponible; pero, bajo pena de nulidad, la cláusula de mejora debe ser expresa (art. 3524 Ver Texto). Es una disposición prudente. Puede ocurrir, en efecto, que por inadvertencia, por error de cálculo o de apreciación de los valores, el testador haya asignado a uno de los herederos bienes más valiosos que los incluidos en las restantes hijuelas, cuando en verdad su propósito era hacer una partición igualitaria. La ley ha querido evitar todo equívoco, defendiendo al mismo tiempo el principio de la igualdad: si no hay cláusula de mejora expresa, el exceso atribuido a uno de los herederos deberá distribuirse entre todos, en proporción de sus respectivas partes.

Empero, hay algunos casos que ponen a prueba esta norma. Supongamos una sucesión de \$ 1.000.000 formada exclusivamente de títulos y dinero. El causante tiene tres hijos y hace tres lotes: uno, cuyo valor fija en \$ 466.666 (un quinto del total, o sea la porción disponible, más un tercio de las 4/5 partes restantes) y los otros dos de \$ 266.666 cada uno. El testamento no habla de porción disponible, ni de mejora, pero precisa rigurosamente el monto de cada hijuela y su valor en dinero. La voluntad de mejorar al heredero está fuera de toda duda. Pensamos que, en casos extremos como el de nuestro ejemplo, en que sea cierta, inequívoca, la voluntad del causante de mejorar a uno de sus hijos, debe convalidarse la división hecha por él, aunque el testamento no contenga ninguna mención ritual de que mejora o favorece con la porción disponible a uno de sus herederos. Pero desde el momento que exista la más mínima duda de que ha podido mediar un error de cálculo o de apreciación de los valores, o una inadvertencia, la exigencia de la cláusula expresa recobra todo su vigor formal. Es, nos parece, la manera más razonable de interpretar el artículo 3524 Ver Texto .

1119/743

743. REVOCACIÓN.— La partición por ascendientes sólo tiene efectos después de la muerte; en vida, el testador puede revocarla, ya sea expresamente, por otro testamento posterior, ya sea tácitamente, por enajenación de los bienes comprendidos en ella (art. 3531 Ver Texto).

Si la enajenación fuera de un bien comprendido en una de las hijuelas, la partición no será nula en tanto no quede afectada la legítima de ese heredero (art. 3531 Ver Texto). En ese caso los otros herederos le deben garantía por los objetos enajenados (art. 3534 Ver Texto). Pero cuando la enajenación afecta la legítima, cae toda la partición. Es una solución congruente con lo dispuesto en el artículo 3536 Ver Texto , que abre la acción de rescisión cuando queda afectada la legítima de uno de los herederos. A nuestro juicio, hubiera sido preferible seguir el sistema general del Código para las disposiciones testamentarias, vale decir, que el testamento queda sin valor únicamente en caso de preterición o exclusión total de un heredero forzoso, pero no cuando, aunque recordado en el testamento, no se ha respetado su legítima; en este caso debiera bastar con la acción de reducción.

1119/744

744. EFECTOS.— La partición por testamento tiene los mismos efectos que las particiones ordinarias (art. 3533 Ver Texto). Particularmente, se deben los coherederos la acción de garantía (art. citado), cuya extensión es apreciada a la época de la muerte del ascendiente (art. 3534 Ver Texto).

La garantía se debe, no sólo en caso de evicción propiamente dicha, o de vicios redhibitorios, sino también cuando el causante ha vendido algún bien de los que integraban una hijuela (art. 3534 Ver Texto).

1119/11590

§ 3.— Acciones de rescisión y reducción (ver nota 33)

1119/745

745. INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 3536 Y 3537.— Como advertencia previa digamos que estos artículos se refieren tanto a la partición por donación como a la hecha por testamento; lo que sigue, por ende, es aplicable a ambas.

El artículo 3536 Ver Texto brinda una acción de rescisión de la partición cuando en ella no se salva la legítima de alguno de los herederos. A su vez, el artículo 3537 Ver Texto reconoce a los interesados la acción de reducción cuando resulte que uno de los partícipes ha recibido un excedente de la cantidad que la ley permite disponer al testador. Aparentemente, la redacción induce a pensar que se trata de dos casos distintos, lo que justificaría la concesión de dos acciones también diferentes. Pero, en realidad, el caso previsto en ambos artículos es uno solo. Cuando no se salva la legítima de uno de los herederos (hipótesis prevista en el art. 3536 Ver Texto) es porque uno de los partícipes ha recibido un excedente de la cantidad de que la ley le permite disponer (ver nota 34) (hipótesis del art. 3537 Ver Texto). Legítima y porción disponible son el anverso y reverso de una misma medalla. De lo dicho surge esta conclusión inevitable: que el Código reconoce dos acciones, a su elección, al heredero perjudicado en su legítima (ver nota 35).

La confusa redacción de los textos legales obedece a que VÉLEZ se sirvió de las fuentes francesas, en donde la acción de rescisión se otorga en un supuesto muy distinto: el de lesión de más de un cuarto (art. 1708, Cód. Napoleón): mientras la lesión no alcance esa magnitud, el heredero perjudicado sólo tiene la acción de reducción (art. 1079, Cód. Napoleón). Se justifica que, cuando el causante ha llevado su parcialidad a límites intolerables (al heredero perjudicado no sólo se lo priva de una parte de la porción disponible, sino también de más de un cuarto de su legítima), caiga toda la partición. En nuestro derecho es mucho más difícil justificar la introducción de esta acción de nulidad, cuyos inconvenientes se hacen sentir sobre todo en la partición por donación. El menor perjuicio de la legítima hace caer

toda la partición, obligando a restituir bienes recibidos en propiedad largo tiempo atrás. Para proteger los derechos de los herederos forzosos bastaba con la acción de reducción.

1119/746

746. EFECTOS.— La acción de rescisión anula la partición, obligando a realizar una nueva división de los bienes. La de reducción sólo tiende al complemento de la legítima; la partición queda en pie y la acción se dirige únicamente contra el heredero favorecido para obligarlo a restituir lo que recibió de más (art. 3537 Ver Texto).

Anulada la pártición hecha por el ascendiente, ¿debe respetarse en la nueva división de los bienes la cláusula de mejora? Pensamos que sí. Se trata de dos cláusulas separables: una es la partición en sí misma o, mejor dicho, la adjudicación concreta de los bienes; y la otra, el propósito de mejorar a uno de los herederos. La invalidez de la primera no tiene por que arrastrar la de la segunda (art. 1039 Ver Texto); es un caso de nulidad parcial.

1119/747

747.— Anulada la partición, la nueva división de bienes debe hacerse a los valores actuales y no a los que tenían cuando aquélla se hizo (ver nota 36).

1119/748

748. CÁLCULO DE LA LEGÍTIMA Y MOMENTO EN QUE SE FIJAN LOS VALORES.— Para determinar si la legítima ha sido afectada por la partición, hay que considerar, no solamente la masa de bienes partidos, sino también los dejados por el causante a la época de su fallecimiento (art. 3602 Ver Texto). De lo cual resulta la siguiente conclusión: aunque la partición, sea por donación o por testamento, considerada aisladamente, haya afectado la legítima de uno de los herederos, no procederán las acciones de reducción y rescisión, si los bienes dejados al morir permiten completarla (ver nota 37). Ejemplo: el padre hace una partición por donación entre sus dos hijos, entregándole a uno bienes por valor de \$ 700.000 y al otro \$ 300.000; hasta aquí parecería atacable, porque el último no ha recibido su porción legítima, que en el caso sería de \$ 400.000. Pero, al morir, el causante deja otro millón. La partición es válida, puesto que estos bienes permiten completar la legítima.

1119/749

749.— Para determinar si ésta ha sido o no afectada, deben tomarse en consideración los valores al momento de la apertura de la sucesión (art. 3477 Ver Texto y art. 3602 Ver Texto , ref. por ley 17711). Pero los principios sentados en estos artículos tienden a evitar la distorsión de los valores por efecto de la inflación. Pero tratándose de partición por donación, el problema es distinto. Todos los herederos reciben su parte al hacerse la partición; para todos ellos y respecto de todos los bienes donados se toma un solo momento,

de modo que nadie se ve perjudicado. Y es obvio que ese momento no puede ser otro que el de la donación. Supóngase una partición entre dos hijos, varón y mujer. En la dote de ésta, el padre incluye una alhaja, cuyo valor en ese momento es de \$ 100.000; en el lote del hijo incluye dinero en efectivo por esa cantidad. El causante fallece diez años después; la alhaja ha aumentado tres veces su valor. Sería injusto considerar los valores de la apertura de la sucesión y rescindir la partición. El hijo ha recibido en su momento dinero fuerte, no desvalorizado por diez años de inflación. Si hace inversiones que sigan el curso de aquélla, al morir su padre, sus bienes también se habrán valorizado, como se valorizó la alhaja, y quizá más. Tomar en cuenta el valor al tiempo de la donación, no solo es equitativo, sino que es la única solución que brinda seguridad jurídica; de aceptarse el momento del fallecimiento, la suerte de las particiones por donación estaría sujeta a las fluctuaciones de los valores, todo lo cual haría extremadamente inseguros los derechos de los herederos y de los terceros que, a su vez, hayan adquirido derechos sobre los bienes (ver nota 38).

Agreguemos que esta conclusión no se modifica por la nueva redacción del artículo 3602 Ver Texto , que establece que para fijar la legítima, al valor de los bienes hereditarios se agregará el que tenían las donaciones aplicando las normas del artículo 3477 Ver Texto , es decir, al tiempo de la apertura de la sucesión. Está claro que esta norma se refiere a las donaciones corrientes, hechas por el causante a alguno o algunos de los herederos, pero no a la partición por donación, que es un instituto especialísimo sujeto a normas propias.

1119/750

750.— En la partición por testamento deben tomarse en cuenta los valores en el instante de la apertura de la sucesión (art. 3534 Ver Texto). Es el criterio lógico, porque sólo entonces empieza a producir efectos la partición.

1119/751

751.— Supóngase que en una partición por donación se fijan expresamente los valores de los bienes y todos los donatarios manifiestan su aceptación y su conformidad con aquéllos. ¿Podrían más tarde intentar la reducción o rescisión, alegando que los valores fijados a los bienes no se ajustaban a la realidad? En principio, la respuesta debe ser negativa. Cuando los herederos mayores de edad y capaces, manifiestan conformidad plena en el acto y con las valuaciones contenidas en él, no pueden pretender, varios años más tarde, que aquellos valores no eran reales. El consentimiento libremente prestado a la partición impide promover tales cuestiones. Lo que se escribe con la mano no puede borrarse con el codo. La seguridad jurídica exige esta solución (ver nota 39).

Naturalmente, la partición sería impugnabile, no obstante el consentimiento expreso dado a los valores, si se probara que medió dolo, violencia (ver nota 40) o lesión. La aceptación de la última como vicio de los actos jurídicos se justifica aquí más que en ningún otro caso. Es posible que el padre, valido de su autoridad, les haga aceptar a sus hijos valores que no se ajustan a la realidad; sea por temor reverencial, sea porque sus necesidades económicas lo obligan a aceptar la donación, por injusto que sea el trato recibido, el perjudicado por valuaciones falsas acepta. Mientras ese perjuicio no salga de límites reducidos, debe aceptar las consecuencias de su propio acto; pero si la desigualdad es notoria, si la legítima ha

sufrido una grosera lesión, entonces el acto debe anularse. Una razón primaria de justicia y de moral así lo impone.

1119/11870

751 bis. CONTRA QUIÉN DEBE DIRIGIRSE LA ACCIÓN.— La acción de reducción se dirige contra el heredero favorecido, en tanto que la rescisión debe instaurarse contra todos los coherederos pues se trata de dejar sin efectos toda la partición (ver nota 41).

1119/752

752. DESDE CUÁNDO PUEDEN INTERPONERSE ESTAS ACCIONES; PRESCRIPCIÓN.— Las acciones de reducción y rescisión sólo pueden entablarse después de la muerte del causante. El artículo 3536 Ver Texto lo dice expresamente respecto de la segunda, pero es obvio que igual regla debe aplicarse a la de reducción, puesto que es imposible saber si la partición lesiona o no la legítima hasta el momento del fallecimiento.

1119/753

753.— La acción de reducción prescribe a los cuatro años (art. 4028 Ver Texto), en tanto que la de rescisión prescribe a los diez, pues no tiene plazo determinado especialmente, siendo en consecuencia de aplicación el artículo 4023 Ver Texto (ver nota 42). En ambos casos, el término empieza a correr el día de la apertura de la sucesión.

1119/754

754. CONFIRMACIÓN.— Dispone el artículo 3538 Ver Texto que la confirmación expresa o tácita de la partición por el descendiente al cual no se le hubiere llenado su legítima, no importa una renuncia de la acción de reducción. La ley ha querido proteger la legítima contra todo riesgo, aun contra las debilidades o errores del propio legitimario. Cabe advertir que la palabra confirmación no está tomada aquí en su sentido propio, que es el de los artículos 1059 Ver Texto y siguientes, Código Civil. La confirmación supone un acto nulo; y cuando se ejerce la acción de reducción no se ataca la validez del acto, sino que se persigue el complemento de la legítima. De cualquier modo, lo que la ley quiere significar es claro: no importa que el heredero perjudicado haya manifestado con posterioridad al acto su conformidad expresa con la parte que se le ha asignado; no importa tampoco que haya vendido algunos de los bienes, acto que supone una ratificación implícita. En cualquier caso, le queda abierta la acción de reducción.

Cabe destacar que el artículo 3538 Ver Texto no menciona la acción de rescisión. Pensamos, pues, que una ratificación expresa o tácita, posterior al acto, hecha por el heredero perjudicado en la partición, lo priva de esta acción. Nos parecen decisivas las siguientes razones: a) En primer lugar, el artículo 3538 Ver Texto interpretado a contrario sensu permite esa conclusión. b) En segundo término, la acción de rescisión por lesión de la

legítima es un remedio excepcional en nuestro derecho (véase nº 746), cuyo campo de acción conviene restringir en lo posible, pues basta la reducción para proteger a los herederos forzosos. c) Por último, la rescisión tiende a la nulidad de la partición y ésta no será posible en la mayor parte de los casos de ratificación tácita. Cuando el heredero que la intenta ha vendido ya el bien que le tocó, no puede pretender la nulidad de la partición, desde que él no puede devolver a la masa los bienes que le fueron adjudicados (ver nota 43).

1119/755

755. ACCIÓN DE COLACIÓN.— Las acciones de rescisión y reducción sólo pueden intentarse cuando se ha afectado la legítima de alguno de los herederos. Pero cuando la desigualdad en la partición no ha llegado a interesar esa porción y no hay cláusula expresa de mejora, el heredero favorecido en la división debe colacionar los bienes recibidos de más, entregando la parte que corresponde a sus coherederos, a fin de mantener la igualdad de las porciones. Ejemplo: el padre ha dejado un patrimonio de un millón de pesos; en la partición ha asignado a uno de sus hijos \$ 550.000 y al otro \$ 450.000. Si hubiera cláusula de mejora en favor del primero, la partición es inobjetable, pues no se ha afectado ninguna legítima. Pero si el testamento no contiene expresa cláusula de mejora, el heredero favorecido debe entregar al otro bienes por valor de \$ 50.000.

Aquí la colación no consiste ya en una simple operación de contabilidad, como de ordinario lo es (véase nº 642); por el contrario, el obligado a colacionar debe devolver bienes. Y de acuerdo con la regla de la división en especie se pone de manifiesto con mayor evidencia. Como hay que tomar en cuenta los valores en el momento de la donación, sería injusto compensar con dinero, de poder adquisitivo muy disminuido, los bienes recibidos años antes por el heredero favorecido por la partición.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: ZANNONI, t. 1; MACHADO, t. 1; PÉREZ LASALA, t. 1; GOYENA COPELLO, t. 3; DE GÁSPERI, t. 2, núms. 298 y sigs.; MOLINAS, De la división hecha por el padre o la madre y demás ascendientes entre sus descendientes, Santa Fe, 1952; LAJÉ, Las acciones de rescisión y de reducción en la partición por ascendientes, Revista Facultad de Derecho de Buenos Aires, oct.-nov. 1947, p. 689; GUASTAVINO, Partición-donación conjunta, J.A., 1960-V, sec. doct. p. 35. Además: BILLEY, Le partage d'ascendant conjontif, Besançon, 1929; BONNET, Théorie et pratique des partages d'ascendants, París, 1874; LOCHELONGUE, Le partage d'ascendant par testament en droit français moderne, París, 1937; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, t. 3, núms. 3932 y sigs.; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, núms. 1932 y sigs.; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, núms. 1915 y sigs.; PELLEGRIN, De la nature juridique du partage par ascendant, París, 1961.

(nota 2) Véanse las reseñas hechas por DE GÁSPERI, t. 2, nº 301 y por BONNET, Théorie el pratique des partages d'ascendants, t. 1, núms. 70 y sigs.

(nota 3) El impuesto es 25% menor que en las sucesiones (PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, t. 3, nº 3938).

(nota 4) MOLINAS, sin embargo, afirma que esta forma de partición es usada en algunos departamentos de Santa Fe (La división hecha por el padre o la madre, p. 10).

(nota 5) PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, t. 3, n° 3936.

(nota 6) Observaciones y Actas de la Comisión, t. 2, p. 201.

(nota 7) De acuerdo en que éste es el fundamento de la disposición: GUASTAVINO, Partición-donación conjunta, J.A., 1960-V, sec. doct., p. 35.

(nota 8) ZANNONI, t. 1, § 717; MOLINAS, De la división hecha por el padre o madre, p. 6 y 22. En el sentido de que la partición-donación conjunta es lícita, DE GÁSPERI, t. 2, n° 301. En el sentido concordante: PELLEGRIN, De la nature juridique du partage par ascendant, núms. 185 y sigs. También siguió este criterio —aunque en el caso no planteó la cuestión de la invalidez— la C. Civil Cap., Sala D, 12/5/1952, J.A., 1953-III, p. 192 y L.L., t. 70, p. 684.

(nota 9) De acuerdo sobre este punto: MACHADO, t. 9, p. 225; DE GÁSPERI, t. 2, n° 304; LAFAILLE, t. 1, n° 522.

(nota 10) GUASTAVINO, Partición-donación conjunta, J.A., 1960-V, sec. doct., p. 35.

(nota 11) Rectificamos así la opinión sostenida en nuestra primera edición, en la que nos habíamos pronunciado por la validez de la partición-donación conjunta sin hacer discriminación alguna en cuanto al carácter de los bienes.

(nota 12) PELLEGRIN, De la nature juridique du partage par ascendant, núms. 36 y sigs.

(nota 13) PELLEGRIN, De la nature juridique du partage par ascendant, núms. 39 y sigs.

(nota 14) DE GÁSPERI, t. 2, n° 307.

(nota 15) MACHADO, t. 9, p. 233; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 601; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, t. 3, n° 3944.

(nota 16) Una nueva meditación del tema nos induce a cambiar la opinión que habíamos sostenido en anteriores ediciones (1ª a 6ª).

(nota 17) SEGOVIA, t. 2, art. 3516 de su numeración, nota 165; DE GÁSPERI, t. 2, nº 303; MOLINAS, De la división hecha por el padre o madre y demás ascendientes entre sus descendientes, p. 30; PRAYONES, p. 309.

(nota 18) Así lo ha resuelto la jurisprudencia francesa, con el apoyo de la doctrina (véase PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, t. 3, nº 3958). Cabe agregar que la ley francesa del 7 de febrero de 1938 autorizó al padre a apartarse de la regla general de la división en especie; pero pocos meses después, el decreto del 17 de junio de 1938 dejó sin efecto esa reforma y las cosas volvieron al estado anterior. Véase, empero, COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, nº 1949, y JOSSERAND, t. 3, vol. 3, nº 1936, autores que piensan que no obstante el decreto del 17 de junio de 1938 el padre tiene hoy una mayor amplitud de poderes para realizar la partición sin sujetarse con demasiada severidad a la regla de la partición en especie.

(nota 19) Como juez, nos tocó intervenir en un caso en que la injusticia de la partición se hizo notable con el transcurso del tiempo. Los hijos varones, que trabajaban con el padre en el comercio con el cual éste se había enriquecido, lo indujeron a hacer una partición en la cual ellos se quedaron con todos los bienes inmuebles, entre tanto que el lote de la única hija mujer se hizo en dinero; a la muerte de los donantes (pues la donación había sido hecha conjuntamente por el padre y la madre) ocurrida veinte años después, las propiedades donadas a los hijos se habían valorizado enormemente, en tanto que la hija estaba en la miseria. Sin embargo, no fue posible anular la partición, porque la hija no planteó judicialmente esta cuestión (que era la única realmente decisiva), sino que fundó la nulidad en otros motivos que no eran valederos para declarar la invalidez. Los antecedentes del caso pueden leerse en L.L., t. 70, p. 684.

(nota 20) De acuerdo: PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, t. 3, nº 3959.

(nota 21) FORNIELES, t. 1, nº 351; LAFAILLE, t. 1, nº 535.

(nota 22) C. Civil Cap., Sala B, 24/6/1957, J.A., 1957-IV, p. 293; GUAGLIANONE, MACHADO y DE GÁSPERI, loc. cit., en las notas siguientes; SEGOVIA, art. 3526 de su numeración, nota 185.

(nota 23) GUAGLIANONE, La cláusula de mejora en la partición-donación por ascendiente, J.A., 1957-IV, p. 293.

(nota 24) Esta es la interpretación de MACHADO, t. 9, p. 224; de DE GÁSPERI, t. 2, nº 305; y de PÉREZ LASALA, t. 1, nº 604.

(nota 25) PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, t. 3, nº 3955 y jurisprudencia allí citada.

(nota 26) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 1, nº 602.

(nota 27) PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, t. 3, n° 3971; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1956; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1941.

(nota 28) PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, t. 3, n° 3971; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n°, 1956.

(nota 29) COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1956; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1941.

(nota 30) PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, t. 3, n° 3971; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1941.

(nota 31) MACHADO, t. 9, p. 230, nota.

(nota 32) MACHADO, t. 9, p. 202, in fine y 203.

(nota 33) BIBLIOGRAFÍA: LAJE, Las acciones de rescisión y reducción en la partición por ascendientes, Revista Facultad de Derecho de Buenos Aires, octubre-diciembre 1947, p. 689; para el derecho francés, véase DUGAS, Causes de nullités et de rescision du partage d'ascendants, Montpellier, 1925; DEYDIER, De la rescision des partages d'ascendants, París, 1936.

(nota 34) Podría también ocurrir, es verdad, que uno de los herederos no recibiere su legítima, no ya porque otro recibió de más, sino porque el testador hizo legados excesivos a extraños. Pero evidentemente, no es éste el caso previsto por la ley. Contra los legatarios que han recibido más de lo permitido por la ley, sólo cabe la acción de reducción. Estos dos artículos se refieren a casos en que la porción disponible ha sido dispuesta en favor de alguno de los coherederos.

(nota 35) LAJE, Las acciones de rescisión y de reducción de la partición por ascendientes, Revista Facultad de Derecho de Buenos Aires, octubre-diciembre 1947, p. 689, n° 14.

(nota 36) C. Civil Cap., Sala D, 12/5/1952, L.L., t. 70, p. 684.

(nota 37) Fallo citado en nota anterior.

(nota 38) En nuestro derecho la solución es clara, como lo ha reconocido la jurisprudencia (C. Civil Cap., Sala D, 12/5/1952, L.L., t. 70, p. 684); pero la jurisprudencia francesa, fundada en “un encadenamiento lógico de soluciones” (según la expresión de PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, t. 3, n° 3986), había llegado a la conclusión de que en este caso debía tomarse en cuenta el valor al momento de la apertura de la sucesión. La ley del 7 de

febrero de 1938 puso las cosas en su lugar, ordenando se tomara en cuenta el momento de la donación. Véase, asimismo, PELLEGRIN, De la nature juridique du partage par ascendent, n° 9.

(nota 39) C. Civil Cap., Sala D, 12/5/1952, L.L., t. 70, p. 684.

(nota 40) Fallo citado en nota anterior.

(nota 41) LAJE, Las acciones de rescisión y reducción en la partición por ascendientes, Revista de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, octubre-diciembre, 1947, p. 701, núms. 13 y 14.

(nota 42) De acuerdo: LAJE, Las acciones de rescisión y reducción en la partición por ascendientes, Revista de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, octubre-diciembre, 1947, p. 701, n° 14. FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 713.

(nota 43) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 1, n° 606.

1119/11600

CAPÍTULO VIII - CESIÓN DE HERENCIA (ver nota 1)

1119/11610

§ 1.— Principios generales

1119/756

756. CONCEPTO Y NATURALEZA.— Llámase cesión de herencia o cesión de derechos hereditarios al contrato en virtud del cual un heredero transfiere a un tercero todos los derechos y obligaciones patrimoniales (o una parte alícuota de ellos) que le corresponden en una sucesión. Bien entendido que tal contrato no importa la cesión del título o condición de heredero, que por su naturaleza es intransferible, sino solamente de los derechos patrimoniales (y las consiguientes obligaciones derivadas de tal carácter).

Algunos fallos y autores han sostenido que el cesionario es un sucesor universal (ver nota 2); pero tal opinión no resiste el análisis. El cesionario no es un sucesor universal del causante: a) porque no hay sucesión universal por contrato (nota al art. 3280 Ver Texto); b) porque las obligaciones del causante no se transfieren de modo pleno al cesionario; en efecto, si bien éste queda personalmente obligado por esas deudas, los acreedores pueden hacer caso omiso de la cesión y dirigirse contra el heredero (véase n° 784); c) porque no

responde ultra vires (véase n° 784). Tampoco es sucesor universal del heredero: a) ante todo, por la razón antedicha de que no hay sucesión universal por contrato; b) en segundo lugar, porque el cesionario no transfiere todo su patrimonio, ni tampoco una parte alícuota de él; transfiere solamente un conjunto de derechos y obligaciones unidos por el lazo común de haberlos recibido en esa sucesión.

Hay que admitir, por tanto, que el cesionario es un sucesor a título particular. Este es el criterio admitido por la mayor parte de nuestra doctrina (ver nota 3) y jurisprudencia (ver nota 4).

La cesión de herencia sólo es válida cuando se refiere a una herencia ya abierta; de lo contrario se trataría de un pacto de herencia futura, que nuestra ley juzga contrario a la moral y, por tanto, nulo.

1119/757

757. NORMAS LEGALES APLICABLES.— Nuestro Código no contiene sobre cesión de herencia sino algunas disposiciones aisladas (arts. 1184 Ver Texto , inc. 6°, 2160 Ver Texto , 2161 Ver Texto , 2163 Ver Texto , 3322 Ver Texto); en la nota al artículo 1484 Ver Texto VÉLEZ SANSFIELD promete ocuparse de este contrato en el libro de las sucesiones; pero luego lo omitió, sin duda inadvertidamente, acuciado por la premura con que redactó esta última parte del Código.

Empero, deben considerarse aplicables las normas relativas a las cesiones de créditos y, en consecuencia: a) si la cesión fuese por un precio en dinero, se aplicarán las reglas de la compraventa (art. 1435 Ver Texto); b) si fuese a trueque de otra cesión o de una cosa, las de la permuta (art. 1436 Ver Texto); c) si fuese gratuita, las de la donación (art. 1437 Ver Texto) (ver nota 5).

1119/758

758. CARACTERES DEL CONTRATO.— Son los mismos de la cesión de derechos:

a) Es consensual: no se requiere la tradición (sin perjuicio de los efectos que ésta tiene respecto de terceros; véase n° 763); en consecuencia, no es necesario que el heredero esté en posesión de la herencia para llevarla a cabo (ver nota 6).

b) Puede ser gratuita u onerosa.

c) Es formal (art. 1184 Ver Texto , inc. 6°, modif. por ley 17711).

d) Es aleatorio, puesto que el contrato no especifica cada uno de los derechos u obligaciones comprendidos en él. La aparición de bienes o deudas desconocidas, por más importantes que fueren, no da lugar a la rescisión del contrato ni al reajuste del precio, puesto que, en principio, la lesión no puede invocarse en los contratos aleatorios (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 1171-9). Empero, queda a salvo el derecho del cesionario de reclamar la nulidad o los daños y perjuicios si la deuda era conocida por el heredero, quien la ocultó engañosamente, o si mediara una grave lesión subjetiva, como podría ocurrir si el heredero se aprovechó de la inexperiencia o ignorancia del cesionario para inducirlo a aceptar una herencia con un peligroso pasivo (ver nota 7).

Sobre el problema planteado por la aparición de un testamento posterior y por la renuncia de un coheredero que aumenta la parte del cedente, véase números 767 y siguientes.

1119/759

759.— Es conveniente recordar que la cesión de herencia no puede ser considerada como una renuncia de ella, sino en el caso excepcional de que se haya hecho a título gratuito y en favor de todos los coherederos, sin alterar sus porciones hereditarias (véase n° 212). En los demás casos, habrá cesión de derechos hereditarios, aunque en el documento se manifieste que se renuncia la herencia a favor de los coherederos.

1119/760

760. FORMA (ver nota 8).— Según el artículo 1184 Ver Texto , inciso 6° (ref. por ley 17711) deben hacerse por escritura pública las cesiones de herencia. Se ha eliminado la limitación anterior, que exigía escritura pública sólo cuando los bienes excedían de mil pesos. Esta suma, que tenía algún significado a la fecha de la sanción, lo había perdido totalmente, y por consiguiente no operaba como limitación, pues una cesión de herencia inferior a mil pesos es poco menos que inconcebible. La reforma hizo bien al eliminar una distinción que carecía ya de sentido.

Como en el supuesto de renuncia de herencia, cabe preguntarse aquí si la escritura es una exigencia solemne o simplemente ad probationem, y si ella no puede ser sustituida por acta judicial o por escrito presentado al sucesorio y ratificado por las partes, o declarado auténtico por el juez. Para resolver esta cuestión, se debe dejar sentado este punto de partida, que, nos parece, no es dudoso: que a la forma de la cesión de herencia deben aplicarse los mismos principios de la renuncia (ver nota 9). Esa solución se impone: a) Porque el Código ha tratado los dos problemas conjuntamente. El artículo 1184 Ver Texto , inciso 6°, se refiere a la renuncia y la cesión; además, los artículos 3346 Ver Texto , 3347 y 3349 Ver Texto aluden sin duda alguna también a la cesión hereditaria desde que hablan de la aceptación de la renuncia; y no se puede aceptar otra renuncia que aquella que importa una cesión, aunque las partes la hayan calificado de otro modo. b) Porque como lo ha señalado FORNIELES con acierto (ver nota 10), los artículos 3346 Ver Texto , 3347 y 3349 Ver Texto están inspirados en AUBRY y RAU, quienes tratan del punto aludiendo a los contratos en los que se hace una renuncia a la herencia, es decir, tratan de un supuesto que no es propiamente una renuncia sino una cesión de derechos hereditarios (ver nota 11). c) Porque la finalidad de la escritura es la misma en ambos casos: se persigue publicidad, se

desea que el acto llegue a conocimiento de los acreedores y legatarios y que éstos no puedan ser perjudicados por cesiones o renunciaciones ocultas, hechas a sus espaldas. Remitimos sobre este punto a lo que hemos dicho en los números 262 y siguientes.

Puesto que a la forma de la cesión deben aplicarse las reglas de la renuncia, hay que admitir: 1) que la escritura pública sólo es exigida ad probationem. A los argumentos que oportunamente hiciéramos valer con respecto a la renuncia, hay que añadir otro que en el caso de la cesión tiene un valor incontestable: el artículo 1185 Ver Texto dice expresamente —aclarando el significado del artículo 1184 Ver Texto, que exige la escritura pública— que los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública lo fuesen en instrumento particular, quedan concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública; 2) que la escritura puede ser sustituida por un acta judicial labrada en el expediente o por un escrito presentado en los autos y reconocido por los firmantes, o declarado auténtico por el juez (ver nota 12). Y puesto que basta el acta judicial o el escrito presentado por las partes y luego ratificado por ellas, no puede el Registro de la Propiedad erigir el otorgamiento de la escritura pública como requisito para proceder a la inscripción (ver nota 13).

Se ha declarado asimismo, que si la cesión no trata de la herencia, sino de un legado de cantidad, puede prescindirse de la escritura (ver nota 14). Debemos decir, sin embargo, que en un fallo que sienta a nuestro criterio, una doctrina errónea, la Cámara Civil de la Capital, reunida en Tribunal Plenario, ha decidido que la escritura pública es la única forma idónea para instrumentar la cesión de los derechos hereditarios (ver nota 15).

1119/761

761.— Es cuestión discutida en nuestro derecho la de si el escribano ante quien se otorga la escritura debe previamente pedir certificados al Registro de la Propiedad para asegurarse que el cedente no está inhabilitado. Aunque hay fallos que han decidido que no es necesario pedirlos (ver nota 16), actualmente tiende a predominar el criterio de que sí lo es (ver nota 17), nos parece, la buena solución. El pedido de certificados asegura que el cesionario no será burlado en sus derechos y garantiza la seriedad de la operación.

1119/762

762. CAPACIDAD.— La jurisprudencia ha declarado aplicables a la cesión de herencia las incapacidades de derecho establecidas en el artículo 1442 Ver Texto (ver nota 18). En consecuencia, no podrán hacerla los mandantes o comitentes a sus administradores o comisionados; ni podrá ser hecha en favor de los abogados o procuradores que intervengan en el sucesorio, ni de los funcionarios judiciales que entiendan en él.

Se ha resuelto que es nula la cesión realizada después de la notificación del concurso civil al cedente, aunque el cesionario ignore ese estado y aunque no se hayan publicado edictos (ver nota 19).

763. DESDE QUÉ MOMENTO PRODUCE EFECTOS.— Entre las partes, la cesión produce efectos desde su misma celebración, puesto que se trata de un contrato consensual.

No es tan simple la cuestión en lo que atañe a terceros, que pueden verse gravemente afectados por ella. La falta de normas legales sobre el punto ha originado una verdadera anarquía en nuestra jurisprudencia. Tres son las soluciones propugnadas:

a) Según la primera, la cesión produce todos sus efectos desde el momento en que se celebra el contrato, sin necesidad de notificación a los acreedores, ni representación de la cesión en el sucesorio. Es el criterio seguido por algunos tribunales de la Provincia de Buenos Aires (ver nota 20), (cuya Corte Suprema, empero, ha modificado su anterior jurisprudencia) (ver nota 21), de Rosario (ver nota 22) y por algún fallo aislado de los de la Capital Federal (ver nota 23).

b) Otros fallos, siguiendo las huellas de los tratadistas franceses (ver nota 24), sostienen que la transferencia del dominio de cada una de las cosas comprendidas en la cesión, queda sujeta a las reglas que le son propias, según su naturaleza mueble o inmueble; en este último caso, será necesaria la inscripción en el Registro de la Propiedad (ver nota 25). Así lo resolvió la Cámara Civil de la Capital reunida en Tribunal Plenario (ver nota 26). Pero más tarde la Sala G del mismo tribunal ha declarado que ese plenario se fundó en disposiciones de la ley 17417 que creaba un Registro especial para cesiones de herencia y que fue derogada por la ley 22231, por lo cual ahora el único procedimiento válido para otorgar validez a la cesión, es su agregación al sucesorio (ver nota 27).

c) Finalmente, el criterio que hoy parece prevalecer definitivamente en los tribunales de la Capital, es que la cesión sólo produce efectos desde la agregación de la escritura al expediente sucesorio (ver nota 28). En apoyo de esta solución, que por nuestra parte consideramos preferible, pueden aducirse importantes argumentos: 1) En primer término, parece indudable la necesidad de requerir alguna forma de publicidad en defensa de los derechos de terceros de buena fe, pues de lo contrario quedan expuestos a toda suerte de maniobras engañosas, consumadas silenciosamente a sus espaldas; en consecuencia, debe rechazarse como inaceptable la jurisprudencia que se conforma con la sola formalización del contrato de cesión, para que produzca todos sus efectos respecto de terceros. 2) La exigencia de la inscripción en el Registro de la Propiedad, no siempre es viable. El Registro no podría inscribir una escritura de cesión en que no se especificaran los inmuebles; sin contar que, como dice FORNIELES, habría peligro de borrar la fisonomía de este contrato, que versa sobre una pluralidad de derechos indeterminados (ver nota 29). 3) Finalmente, la publicidad que se obtiene con la agregación de la cesión al expediente es bastante satisfactoria; por lo pronto, es más comprensiva que la inscripción en el Registro, pues abarca toda clase de cosas y derechos, sean muebles o inmuebles. Es, además, un medio eficaz de proteger a los terceros, pues quien contrata con un heredero en atención a su haber sucesorio (y, particularmente, si se trata de una cesión de herencia), debe tomar la precaución elemental de revisar el expediente, donde encontrará reflejado el estado de los derechos del heredero y comprobará si no ha habido otra cesión anterior.

Sin embargo, hay que tener presente que algunos Registros provinciales tiene una sección especial donde se inscriben las cesiones de derechos hereditarios; un tribunal bonaerense resolvió, a nuestro juicio con razón, que existiendo esa sección en el Registro provincial, la cesión produce efectos respecto de terceros desde la inscripción, por lo que no es exigible su presentación en el sucesorio (ver nota 30).

1119/764

764.— De la adopción de uno u otro criterio se desprenden consecuencias de la mayor importancia:

a) En la colisión entre dos cesiones sucesivas hechas por el mismo heredero, algunos tribunales se inclinan por concederle preferencia a quien ha presentado primero la escritura de cesión en el sucesorio (ver nota 31) y otros al que ha contratado primero, aunque el último cesionario se haya adelantado a presentar el contrato al expediente (ver nota 32). De acuerdo con la opinión sustentada en el párrafo anterior, pensamos que la primera es la buena solución; en este caso resulta particularmente clara la necesidad de no facilitar, con la supresión de toda forma de publicidad, la conducta engañosa del heredero que vende dos veces los mismos derechos.

1119/765

765.— b) Si un acreedor ha embargado los bienes que le correspondían en la herencia después del contrato, pero antes de su presentación al sucesorio, los tribunales de la Capital sostienen la prioridad de los derechos del embargante (ver nota 33), en tanto que los de la provincia de Buenos Aires niegan todo efecto al embargo, salvo que se pruebe la existencia del fraude (ver nota 34).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: LIGUORI, Cesión de derechos hereditarios, E.D., t. 64, p. 681 (importante nota de jurisprudencia); FORNIELES, t. 2, núms. 440 y sigs.; ZANNONI, t. 1; MAFFÍA, t. 1; PÉREZ LASALA, t. 1; GOYENA COPELLO, t. 3; LAFAILLE, t. 1, núms. 376 y sigs.; DE GÁSPERI, t. 2, núms. 267 y sigs.; SALAS, Generalidades sobre la cesión de derechos hereditarios, J.A., t. 65, p. 441; BAUDRY LACANTINERIE y SAIGNAT, De la vente, núms. 862 y sigs.; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, t. 2, núms. 2361 y sigs.; AUBRY y RAU, t. 4, § 359; FEDELE, La compravendita dell' ereditá, Torino, 1957.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala A, 26/12/1978, J.A., 1979-II, p. 287; RÉBORA, t. 1, p. 7; LLERENA, t. 9, art. 3263; ZANNONI, t. 1, § 537; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Teoría de los contratos, Parte General, p. 660.

(nota 3) SEGOVIA, t. 2, art. 3265 de su numeración, nota 7; MACHADO, t. 8, p. 261, nota; FORNIELES, t. 2, n° 442; SALAS, Generalidades sobre la cesión de derechos hereditarios, J.A., t. 65, p. 447, n° 10; MAFFÍA, t. 1, n° 464.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala D, 17/12/1958, L.L., t. 94, p. 98; Sup. Corte Buenos Aires, 25/2/1938, J.A., t. 62, p. 263; C. Apel. Tucumán, 25/6/1927, J.A., t. 25, p. 399.

(nota 5) SALAS, Generalidades sobre la cesión de derechos hereditarios, J.A., t. 65, p. 441; DE GÁSPERI, t. 2, n° 207; LAFAILLE, t. 1, n° 377.

(nota 6) C. Civil 2ª Cap., 16/9/1946, G.F., t. 185, p. 71; FORNIELES, t. 2, n° 444; SALAS, Generalidades sobre la cesión de derechos hereditarios, J.A., t. 65, p. 445, n° 6.

(nota 7) La C. Civil Cap., Sala D, 11/5/1970, J.A., t. 8, 1970, p. 330, si bien sienta el principio de que la cesión no es atacable por lesión, admite excepcionalmente el supuesto de lesión subjetiva. (Con nota aprobatoria de GUASTAVINO, conteniendo interesante cita de fallos).

(nota 8) BIBLIOGRAFÍA: MORENO DUBOIS, Formalidades de la cesión de derechos hereditarios, L.L., t. 130, p. 313.

(nota 9) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala F, 19/3/1976, J.A., 1976-III, p. 329.

(nota 10) FORNIELES, t. 1, n° 102.

(nota 11) AUBRY y RAU, t. 6, § 613.

(nota 12) Además de los fallos y autores citados en nota 506, que aunque refieren su opinión a la renuncia de la herencia, obviamente debe considerársela extensiva a la cesión, véase: C. Civil Cap., Sala A, 12/7/1962, L.L., t. 108, p. 669 y E.D., t. 5, p. 88; id., 21/8/1979, L.L., 1979-D, p. 536; Sala B, 10/10/1969, E.D., t. 33, p. 531; Sala B, 19/11/1979, Revista del Notariado, n° 772, p. 1147 (en que se cita otro fallo de la misma) Sala, E.D., t. 49, p. 384; Sala C, 19/12/1917, E.D., t. 21, p. 165; Sala D, 11/7/1974, causa 194.103; Sala E, 3/12/1968; E.D., t. 27, p. 447; Sala E, 11/8/1970, E.D., t. 35, p. 531; Sala F, 19/3/1976, J.A., 1976-III, p. 329; C. Civil 1ª Cap., 20/12/1926, J.A., t. 23, p. 809; id., 9/4/1926, J.A., t. 19, p. 720; C. Civil 2ª Cap., 5/2/1919, J.A., t. 3, p. 171; GOYENA COPELLO, t. 3, p. 550; MAFFÍA, Manual de derecho sucesorio t. 1, n° 260; MACHADO, t. 3, p. 502; LLERENA, t. 3, p. 261. En contra, sosteniendo que el acta judicial no reemplaza la escritura: C. Civil Cap., Sala C, 31/10/1975, J.A., 1976-III, p. 327, con nota de ZANNONI; C. Civil 2ª Cap., 24/11/1942, L.L., t. 28, p. 720; C. Paz Cap. Sala I, 28/4/1960, Revista del Notariado, enero-febrero 1961, p. 47; SALAS, Generalidades sobre la cesión de derechos hereditarios, J.A., t. 65, p. 436, n° 8; FORNIELES, t. 2, n° 470; ZANNONI, t. 1, § 540 (autor que si bien sostiene que la escritura pública se exige ad solemnitatem agrega que el instrumento privado permite entre las partes exigir el otorgamiento de la escritura: § 542); PÉREZ LASALA, t. 1, n° 657.

(nota 13) C. Civil Cap., Sala F, 9/5/1973, J.A., t. 20, 1973, p. 278.

(nota 14) C. Civil 1ª Cap., 19/12/1947, L.L., t. 49, p. 721.

(nota 15) C. Civil Cap., en pleno, 24/12/1986, E.D., t. 117, p. 311 y L.L., 1986-B, p. 155.

(nota 16) C. Civil 1ª Cap., 30/5/1941, J.A., t. 75, p. 22; id., 10/11/1942, L.L., t. 29, p. 159; id., 23/4/1946, J.A., 1946-II, p. 216; C. Civil 2ª Cap., 22/4/1946, J.A., 1946-III, p. 500.

(nota 17) C. Civil Cap., Sala C, 7/12/1961, E.D., t. 21, p. 276; id., 31/10/1975, E.D., t. 65, p. 130; C. Civil 1ª, 13/12/1941, J.A., 1942-I, p. 304; de acuerdo: FORNIELES, t. 2, n° 469 bis; CULACCIATTI, Los certificados del Registro de la Propiedad, J.A., 1947-IV, sec. doct., p. 70; LEZANA, Los inhibidos no pueden ceder derechos hereditarios si en el acervo sucesorio existen inmuebles, J.A., 1948-II, p. 699.

(nota 18) C. Civil 1ª Cap., 15/5/1944, L.L., t. 34, p. 728.

(nota 19) C. Civil 2ª Cap., 22/4/1946, L.L., t. 42, p. 675.

(nota 20) Sup. Corte Buenos Aires, 13/5/1938, L.L., t. 11, p. 205; id., 13/8/1940, L.L., t. 21, p. 792; id., 6/4/1954, L.L., t. 75, p. 501 y J.A., 1954-III, p. 146; C. 1ª Apel. La Plata, 1/3/1940; L.L., t. 17, p. 667; C. 2ª Apel. La Plata, 5/4/1938, L.L., t. 10, p. 1011; id., 3/4/1970; E.D., t. 33, p. 183.

(nota 21) Sup. Corte Buenos Aires, 26/10/1976, E.D., t. 71, p. 409.

(nota 22) C. Apel. Rosario, 11/9/1942, Rep. L.L., t. 4, V, Cesión, sum. 18.

(nota 23) C. Civil 1ª Cap., 2/12/1942, L.L., t. 29, p. 615; C. Com. Cap. 10/5/1939, L.L., t. 14, p. 985.

(nota 24) BAUDRY LACANTINERIE y SAIGNAT, De la vente, núms. 905 y 906; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, t. 2, n° 2363.

(nota 25) C. Civil 2ª Cap., 29/11/1937, J.A., t. 60, p. 547; id., 21/12/1938, J.A., t. 64, p. 995 y L.L., t. 14, p. 86; Sup. Trib. Santa Fe, 16/4/1943, Rep. L.L., t. 5, V, Cesión sum. 20.

(nota 26) C. Civil Capital en Pleno, 24/12/1979, L.L., 1980-A, p. 327.

(nota 27) C. Civil Cap., Sala G, 9/9/1983, E.D., t. 108, p. 537.

(nota 28) C. Civil Cap., Sala A, 12/5/1972, E.D., t. 42, p. 599; Sala B, 29/12/1977, E.D., t. 78, p. 610; Sala E, 3/9/1968; L.L., t. 136, p. 1137, 22.556-S; Sala G, 9/9/1983, E.D., t. 108, p. 537; C. Civil 1ª Cap., 5/9/1939, L.L., t. 15, p. 1171; id., 28/12/1937, L.L., t. 9, p. 136; C. Com. Cap., 31/12/1942, L.L., t. 30, p. 461; Sup. Corte Buenos Aires, fallo citado en nota 1356; Sup. Trib. Santa Fe, 17/12/1943, L.L., t. 33, p. 382. De acuerdo con este criterio. FORNIELES, p. 2, n° 466; SALAS, Generalidades sobre la cesión de derechos hereditarios, J.A., t. 65, p. 411; LAFAILLE, t. 1, n° 380; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 667.

(nota 29) FORNIELES, t. 2, n° 466.

(nota 30) C. 1ª Bahía Blanca, 9/8/1974, J.A., fallo n° 4382.

(nota 31) C. Civil Cap., Sala B, 28/5/1987, L.L., fallo n° 86.414, con nota de GUASTAVINO; C. Civil 2ª Cap., 10/11/1942, Rep. L.L., t. 4, V, Cesión, sum. 24.

(nota 32) Sup. Corte Buenos Aires, 13/8/1940, L.L., t. 21, p. 792; id., 1/12/1942, L.L., t. 26, p. 932; id., 29/12/1942, L.L., t. 29, p. 68.

(nota 33) C. Civil 2ª Cap., 15/11/1938, L.L., t. 12, p. 750; C. Com. Cap., 31/12/1942, L.L., t. 30, p. 461. En el mismo sentido: Sup. Trib. Santa Fe, 17/12/1943, L.L., t. 33, p. 382.

(nota 34) Sup. Corte de Buenos Aires, 13/5/1938, L.L., t. 11, p. 205; C. 2ª Apel. La Plata, 5/4/1938, L.L., t. 10, p. 1011.

1119/11880

765 bis. PACTO DE HERENCIA FUTURA.— Tiene vinculación con el tema que estamos tratando, el pacto de herencia futura que hemos estudiado en el Tratado de Derecho Civil, Obligaciones t. 2, números 1246 y siguientes.

1119/11620

§ 2.— Contenido de la cesión

1119/766

766. BIENES Y DEUDAS COMPENDIDOS.— La cesión de herencia, ya lo hemos dicho (n° 756), no importa el traspaso del carácter de heredero, que es intransferible, sino de los derechos y obligaciones patrimoniales que derivan de él.

El principio general es, por tanto, que quedan comprendidos en ella todos los bienes y cargas patrimoniales, inclusive los que se desconocían al tiempo de la celebración del contrato (véase n° 658, d). La partición fijará con carácter provisorio los elementos concretos de la cesión; decimos con carácter provisorio porque después de ella pueden aparecer otros bienes o deudas, que también pasan al cesionario.

1119/767

767.— ¿Deben considerarse incluidos dentro de la cesión los derechos hereditarios que corresponden al heredero cedente por renuncia de otro coheredero? La cuestión se plantea únicamente cuando la renuncia es posterior a la cesión o cuando, siendo anterior, era ignorada por el heredero cedente; pues es de toda evidencia que, si era anterior y ya la conocía, la cesión sin reserva alguna de sus derechos hereditarios comprende todos aquellos de los cuales es titular en el momento de suscribir el contrato.

El problema había suscitado una vieja controversia en el antiguo derecho francés (ver nota 1) pero hoy puede considerarse superado el desacuerdo. En el fondo, se trata de una cuestión de interpretación de la voluntad de las partes. Ahora bien: cuando se ceden los derechos sucesorios, es obvio que ambas partes tienen en cuenta la porción actual del cedente; es en vista de ella que han contratado y, por tanto, deben quedar excluidos los derechos que correspondan al cedente en virtud de una ulterior renuncia de los coherederos (ver nota 2). Todo ello, claro está, si no hay otro elemento de juicio que permita inducir una voluntad distinta; tal como sería una cláusula que dijera que se “ceden todos los derechos actuales o que en el futuro pueda adquirir el cedente en la sucesión”.

En el Anteproyecto de BIBILONI se establece que, en caso de duda, debe considerarse como no incluida en la cesión la parte de la herencia deferida al cedente con posterioridad a la cesión, por renuncia de uno de los coherederos (art. 1551; en el mismo sentido, Proyecto de 1936, art. 936, inc. 1°).

1119/768

768.— Un problema similar es el que se plantea con la aparición de un testamento posterior, que aumenta o disminuye los bienes asignados al cedente. Algunos autores opinan que, tratándose de un contrato aleatorio, las partes toman sobre sí todos los riesgos propios de la cesión de un conjunto indeterminado de bienes; en consecuencia, ni el heredero ni el cesionario tendrían derecho a reclamar nada. Más aún: el artículo 3338 Ver Texto , que autoriza al heredero a pedir la nulidad de la aceptación en razón de la aparición de un testamento posterior que amengüe en más de la mitad su haber sucesorio, no sería aplicable al cesionario, puesto que él no es heredero y no puede aceptar ni repudiar la herencia (ver nota 3).

Disentimos de tal opinión. El argumento de que la cesión de derechos hereditarios es un contrato aleatorio no nos parece convincente, puesto que, aplicado rigurosamente, nos obligaría a admitir que también la porción de herencia que corresponde al cedente en virtud

de la renuncia posterior de un coheredero, engrosa el conjunto de bienes cedidos (ver nota 4), y se ha dicho ya que no es esta la solución que hoy prevalece. La analogía entre las dos situaciones es evidente: en ambos casos, las partes han contratado teniendo en vista determinados derechos, que luego han sufrido un aumento o una disminución en virtud de acontecimientos por ellos ignorados al contratar. El alea que aceptan los contratantes no es ésta; ellos están dispuestos a afrontar el riesgo que supone la existencia de bienes o deudas ignoradas, pero no el que supone el aumento o la disminución de los derechos hereditarios en atención a los cuales se ha fijado el precio. En suma: pensamos que si el testamento descubierto posteriormente ha asignado al heredero bienes que no le correspondían de acuerdo con la sucesión ab-intestato, o de acuerdo al testamento en base al cual estaba tramitando hasta ese momento el sucesorio, esos bienes quedan excluidos de la cesión; y que si el testamento descubierto ha disminuido la porción que correspondía al cedente, el cesionario tiene derecho a reclamar la restitución proporcional del precio.

1119/769

769.— Va de suyo que el cedente puede reservar para sí cualquier cosa de las comprendidas en la herencia; pero para ello es indispensable una cláusula expresa (ver nota 5).

1119/770

770.— En cuanto a los frutos, se han sostenido dos opiniones:

a) De acuerdo con la primera, los frutos pertenecerían al cesionario, en virtud del efecto retroactivo de la cesión (ver nota 6);

b) De conformidad con la segunda, el heredero cedente hace suyos los frutos percibidos antes de la tradición (que, en nuestra opinión, se opera cuando se agrega la escritura de la cesión al sucesorio) (ver nota 7), en tanto que los pendientes pertenecen al cesionario. Esta opinión, tiene un fuerte apoyo en los artículos 1416 Ver Texto y 583 Ver Texto y debe ser preferida en nuestro derecho.

Es también la solución del Proyecto de 1936 (art. 965).

1119/771

771.— Una cuestión delicada se plantea respecto de los bienes consumidos o enajenados por el heredero después de la apertura de la sucesión, pero antes de la cesión; lo mismo que respecto de las hipotecas o servidumbres constituidas durante ese período sobre los bienes que luego fueron cedidos. Consideramos que la buena solución ha sido dado por BIBILONI: cuando el heredero ha recibido algún valor (precio, indemnización, etc.), por el bien que ha enajenado o afectado o se ha destruido, debe ese valor al cesionario; si ha consumido el bien, o lo ha enajenado o afectado gratuitamente, está obligado a integrar al cesionario su valor (o el menor valor en caso de afectación), salvo que el cesionario tuviere conocimiento

del acto, antes de la cesión (Anteproyecto, arts. 1552 y 1553; Proyecto de 1936, art. 964) (ver nota 8).

771-1.— También están incluidos en la cesión las acciones patrimoniales, sean reales o personales; la facultad de aceptar una propuesta; el derecho de rescate en la compra-venta acordada con pacto de reventa o retroventa; la facultad de aceptar o repudiar una herencia deferida al causante y que éste todavía no había aceptado o repudiado (ver nota 9).

771-2.— Puede ocurrir que en una sucesión, el cónyuge supérstite haga cesión de sus derechos hereditarios. En tal caso hay que distinguir dos situaciones:

a) Si el cónyuge supérstite recibe bienes como heredero y además retiene la parte que le corresponde en los gananciales, la cesión de la herencia sólo comprende los bienes recibidos en herencia (ver nota 10).

b) Pero si todos los bienes del acervo sucesorio son gananciales y el cónyuge no hereda nada limitándose a recibir su parte en aquellos (como ocurre cuando hay descendientes) debe entenderse que la cesión de herencia, comprende la parte de los gananciales que corresponde al cedente, porque de lo contrario, es decir, si la cesión está vacía de contenido, carecería de sentido. En tal caso, debe entenderse que la expresión “cesión de herencia” no está tomada en su sentido técnico sino en la acepción vulgar y que se refiere, repetimos, a los bienes que correspondieron al cedente en su calidad de socio (ver nota 11).

1119/772

772.— Están excluidos de la cesión:

a) Los recuerdos de familia, papeles privados del difunto, diplomas, condecoraciones, etcétera (ver nota 12); empero, si ellos tuvieran un valor económico considerable (como, por ejemplo, un retrato del difunto hecho por un maestro de renombre, condecoraciones con piedras preciosas), el cesionario debe ser indemnizado (ver nota 13).

b) Un fallo de la Cámara Civil 2ª de la Capital declaró que no estaba comprendida en la cesión una bóveda, no incorporada a la denuncia de bienes, máxime si en la época de su realización era corriente considerarla bien fuera del comercio (ver nota 14).

Como puede apreciarse, tuvieron una influencia decisiva en la sentencia las circunstancias del caso; pero no sería posible sentar de modo general la regla de que en cualquier caso están excluidas las bóvedas. A nuestro criterio, el problema exige una solución eminentemente circunstancial (ver nota 15).

1119/773

773-774.— El cesionario responde, no solamente por las deudas del causante, sino también por las cargas de la herencia, como que se trata de gastos que redundan en su beneficio (ver nota 16). De igual modo, debe responder por los honorarios particulares a cargo del heredero cedente (ver nota 17), porque aunque no son cargas de la herencia, igualmente han beneficiado al cesionario. Asimismo, está obligado al pago de los legados (ver nota 18).

(nota 1) Véase la reseña de DE GÁSPERI, t. 2, n° 209, y BAUDRY LACANTINERIE y SAIGNAT, De la vente, n° 885.

(nota 2) FORNIELES, t. 1, n° 101; DE GÁSPERI, t. 2, n° 209; BAUDRY LACANTINERIE y SAIGNAT, De la vente, n° 885; AUBRY y RAU, t. 4, § 359 y nota 10.

(nota 3) De acuerdo con este punto de vista: FORNIELES, t. 2, n° 444; SALAS, Generalidades sobre la cesión de derechos hereditarios, J.A., t. 65, p. 445, n° 6; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 661.

(nota 4) Cabe notar que FORNIELES sostiene por una parte, que el testamento descubierto posteriormente no influye sobre la cesión y, por otra, que la parte renunciada por un coheredero con posterioridad a la cesión, no integra el contenido de ésta; lo que importa, a nuestro juicio, una contradicción.

(nota 5) FORNIELES, t. 2, n° 448; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, t. 2, n° 2363; BAUDRY LACANTINERIE y SAIGNAT, De la vente, n° 883.

(nota 6) FORNIELES, t. 2, núms. 448 y 461; ZANNONI, t. 1, § 552.

(nota 7) De acuerdo, DE GÁSPERI, t. 2, n° 208; SALAS, Generalidades sobre la cesión de derechos hereditarios, J.A., t. 65, p. 441; MAFFÍA, t. 1, n° 465; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 659; LÓPEZ DE ZAVALÍA, Contratos, Parte especial, p. 659.

(nota 8) De acuerdo: ZANNONI, t. 1, n° 552; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 659. En la doctrina francesa se aceptan en general estas soluciones; pero los autores no hacen la salvedad de la responsabilidad del cedente cuando el cesionario tenía conocimiento del acto de disposición a título gratuito, considerando que aun en este caso debe el cedente su valor (BAUDRY LACANTINERIE y SAIGNAT, De la vente, núms. 875 y 876; AUBRY y RAU, t. 4, § 359 ter, texto y nota 5).

(nota 9) De acuerdo en todas las hipótesis aludidas en este párrafo: FEDELE, La compravendita dell'eredita, n° 50.

(nota 10) De acuerdo: ZANNONI, t. 1, § 554.

(nota 11) En ese sentido: Sup. Corte Buenos Aires, 11/10/1961, J.A., 1961-IV, p. 540; C. Apel. 2ª Córdoba, 10/12/1935, L.L, t. 3, p. 636; ZANNONI, t. 1, § 554.

(nota 12) DE GÁSPERI, t. 2, n° 208; LAFAILLE, t. 1, n° 381; MAFFÍA, t. 1, n° 465; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 662; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, t. 2, n° 2363; BAUDRY LACANTINERIE y SAIGNAT, De la vente, n° 884; en contra, la opinión aislada de FEDELE, La compravendita dell'eredita, n° 49.

(nota 13) LAFAILLE, t. 1, n° 381; MAFFÍA, t. 1, n° 465; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, t. 2, n° 2363; en cambio, BAUDRY LACANTINERIE y SAIGNAT, De la vente, n° 884, piensan que están comprendidos en la cesión.

(nota 14) C. Civil 2ª Cap., 30/12/1942; L.L., t. 29, p. 661; en sentido concordante DE GÁSPERI, t. 2, n° 208.

(nota 15) De acuerdo MAFFÍA, t. 1, n° 465.

(nota 16) C. Civil 1ª Cap., 17/11/1944, L.L., t. 36, p. 661; id., 2/12/1942, L.L., t. 29, p. 605; FORNIELES, t. 2, n° 460; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 659.

(nota 17) FORNIELES, t. 2, n° 461.

(nota 18) FORNIELES, t. 2, n° 459.

1119/11630

§ 3.— Efectos

1119/11640

A.— EFECTOS ENTRE LAS PARTES

1119/775

775. OBLIGACIONES DEL CEDENTE.— Las obligaciones del cedente respecto del cesionario son las siguientes:

a) Entrega de los bienes: En primer término, el cedente está obligado a entregar la herencia, vale decir, todos los bienes de carácter patrimonial que se encuentren en su poder. En lo que atañe a cuáles son las cosas y derechos comprendidos en la cesión, remitimos al número 766.

Las cosas deben entregarse en el estado en que se encuentren en el momento de la cesión. Si ellas han aumentado de valor desde que se abrió la sucesión, el mayor valor beneficiará al cesionario; si han disminuido o se han deteriorado, él sufre el perjuicio (ver nota 1).

1119/776

776. b) Renacimiento de los créditos y deudas extinguidos por confusión— La apertura de la sucesión produce la confusión de los créditos y deudas del heredero con el causante, hasta el monto de su cuota en la sucesión; pero esa confusión cesa cuando el heredero cede sus derechos. A partir de este momento, podrá cobrar al cesionario los créditos que tenía contra el de cujus y deberá pagarle las deudas (ver nota 2).

De igual modo, renacen las servidumbres extinguidas por confusión, sean activas o pasivas (ver nota 3).

Bien entendido, sin embargo, que esta cesación de los efectos extintivos de la confusión (y el consiguiente renacimiento de las obligaciones) sólo se produce entre las partes y no respecto de terceros; así, por ejemplo, si el cedente tenía un fiador, la obligación de éste, extinguida por la confusión (art. 865 Ver Texto), no revive por efecto de la cesión de los derechos hereditarios. Tampoco renacerá la hipoteca fenecida por extinción de la obligación principal, pues de lo contrario se haría revivir, con probable perjuicio de terceros, un privilegio anteriormente extinguido (ver nota 4).

1119/777

777. c) Evicción— Este es uno de los pocos puntos relativos a la cesión de herencia tratado por nuestro Código (arts. 2160 Ver Texto -2163).

El cedente sólo responde por la evicción que excluyó su carácter de heredero y no por la de los bienes de que la herencia se componía (art. 2160 Ver Texto). En otras palabras, lo único que garantiza el cedente es su calidad de heredero, su título hereditario, pero no asegura que tales o cuales bienes sean de propiedad del causante. Por consiguiente, si un tercero reivindica uno de los bienes del sucesorio, no hay garantía. Sin embargo, es evidente que el cedente la debe siempre por sus propios hechos: así, por ejemplo, si antes de la cesión hubiera vendido un bien a un tercero, responde ante el cesionario, a menos que pruebe que éste conocía dicha enajenación y que adquirió la herencia en la inteligencia de que ese bien estaba excluido (ver nota 5).

Su responsabilidad será juzgada como la del vendedor (art. 2160 Ver Texto). Remitimos, pues, en todo lo referente a las condiciones de ejercicio de la acción, su extinción, extensión de la responsabilidad, etcétera, a lo que hemos dicho en el Tratado de Derecho Civil, Contratos, t. 1, números 151 y siguientes.

1119/778

778.— Pero si los derechos hereditarios fueren litigiosos (ver nota 6) o hubieren sido cedidos como dudosos, el cedente no responde por la evicción (art. 2161 Ver Texto), solución lógica, pues en estos casos el cesionario toma sobre sí el riesgo, no ya solamente del contenido de la herencia, sino también del derecho mismo a la sucesión.

Es claro que esta regla supone que ambos han contratado de buena fe; porque si el cedente sabía que los derechos cedidos como inciertos o dudosos no le pertenecían, la exclusión de su calidad de heredero lo obliga a devolver al cesionario lo que de él hubiera recibido y a indemnizarle los daños y perjuicios (art. 2162 Ver Texto). Tal ocurrirá siempre que la exclusión tenga por fundamento una causal de indignidad o cuando el cedente conocía la existencia de un testamento que lo excluía, etcétera.

1119/779

779.— Por último, puede ocurrir que el cedente hubiera hecho la cesión sin garantizar al cesionario que sufre la evicción; en tal caso, el cesionario tiene derecho solamente a reclamar la restitución, del precio, pero no los daños y perjuicios (art. 2163 Ver Texto). No resulta fácil conciliar esta solución con la del artículo 2161 Ver Texto , según la cual no hay garantía cuando los derechos hereditarios se han adquirido como litigiosos o dudosos. ¿No hay garantía en absoluto, o hay garantía limitada a la restitución del precio? Pensamos que el artículo 2163 Ver Texto se aplica sólo al caso de que la cesión se haya hecho con la cláusula “sin garantía”, ignorando cedente y cesionario el peligro que se cierne sobre los derechos; es decir, no se trataría de la venta de derechos en calidad de dudosos o litigiosos, sino de una cláusula puesta a pedido del cedente por simple precaución y para evitar toda contingencia futura. Si, por el contrario, conociendo el riesgo, la venta se hizo con cláusula de no garantía, o se expresó que los derechos se cedían como dudosos o litigiosos, el cedente carece de toda responsabilidad, aun por la restitución del precio (art. 2101 Ver Texto , inc. 3º) (ver nota 7). Juega entonces el artículo 2161 Ver Texto , que así lo dispone con toda justicia, pues es obvio que las partes entendieron suscribir un contrato aleatorio. En caso de duda sobre si las partes han entendido o no suscribir un contrato aleatorio, será un elemento de juicio valiosísimo el precio pagado; pues si este es notoriamente inferior al valor de los bienes, habrá que aceptar que el cesionario tuvo en cuenta el riesgo y lo asumió, de tal modo que no puede luego reclamar indemnización ni acción a título de restitución del precio. Si en cambio el precio corresponde al valor de los bienes, habrá que admitir, en la duda, que la cláusula de no garantía no exime al cedente de restituir el precio.

La cláusula de exclusión de la garantía de evicción, aunque sea expresa, no impide la garantía debida por los hechos personales del cedente; lo contrario sería tanto como autorizarlo a proceder de mala fe.

1119/11890

779 bis.— Del mismo modo que puede pactarse una disminución de la garantía de evicción, reduciéndola a la restitución del precio (hipótesis del art. 2163 Ver Texto) y aun dejarla totalmente sin efecto, así también se la puede hacer más gravosa, acordando que el cedente pagará una pena o que responderá, no sólo de la legitimidad de su título hereditario, sino también de la bondad del derecho sobre cada una de las cosas que forman la herencia (ver nota 8).

1119/780

780. OBLIGACIONES DEL CESIONARIO.— Las obligaciones del cesionarios son las siguientes:

a) El pago del precio, si fuere venta, o la entrega de la cosa a que se hubiere obligado, si fuere permuta.

b) El pago de las deudas del causante (véase nº 763).

Adviértase que esta obligación tiene importancia capital respecto del cedente, pues si los acreedores del causante hubieran dirigido su acción contra él como es su derecho (véase nº 784), podrá luego repetir del cesionario lo que hubiera pagado (ver nota 9).

Supongamos que antes de la cesión el cedente hubiera pagado una deuda del causante: ¿puede exigir su importe del cesionario? Decidirlo en sentido afirmativo guardaría congruencia con la obligación impuesta al cedente de entregar al cesionario el precio de las cosas que hubiere vendido. Y ésta es, en efecto, la opinión prevaleciente en la doctrina (ver nota 10). Sin embargo, nos parece preferible la solución contraria. Cuando el heredero paga una deuda y luego vende sus derechos hereditarios, es indudable que tiene en cuenta, al fijar el precio, que ya pagó esa deuda. Permitirle accionar contra el cesionario sería facilitar su actuación engañosa.

c) Gastos y mejoras. Supongamos que tratándose de una cesión onerosa, el cedente haya hecho mejoras en los bienes entre el momento de la apertura de la sucesión y el de la cesión: ¿tiene derecho a que esos gastos le sean reintegrados? Predomina, con razón, la opinión negativa. Cuando dos personas contratan con relación a ciertos bienes, entienden hacerlo en el estado en que se encuentran en ese momento. Sería contrario a la buena fe que el vendedor pudiera luego exigir un sobreprecio a título de mejoras, aunque hubieran sido necesarias (ver nota 11).

(nota 1) FORNIELES, t. 2, nº 446; MAFFÍA, t. 1, nº 467; ZANNONI, t. 1, § 552; BAUDRY LACANTINERIE y SAIGNAT, De la vente, nº 877; AUBRY y RAU, t. 5, § 359

ter: DE GÁSPERI, t. 2, n° 208. Es también la solución acogida por el Anteproyecto, art. 1553 y por el Proyecto de 1936, art. 964, inc. 2°.

(nota 2) LAFAILLE, t. 1, n° 383; DE GÁSPERI, t. 2, n° 210; MAFFÍA, t. 1, n° 468; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 664; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, t. 2, n° 2365; BAUDRY LACANTINERIE y SAIGNAT, De la vente, n° 896; AUBRY y RAU, t. 4, § 359.

(nota 3) Autores citados en nota anterior.

(nota 4) DE GÁSPERI, t. 2, n° 210; AUBRY y RAU, t. 5, § 359 ter.

(nota 5) De acuerdo: ZANNONI, t. 1, § 552; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 659. Conforme en que la garantía es debida por los hechos personales: SALVAT, Contratos, t. 2, n° 2336; BAUDRY LACANTINERIE y SAIGNAT, De la vente, n° 887.

(nota 6) El texto oficial del art. 2161 Ver Texto dice legítimo; pero hay acuerdo general de que se trata de una simple errata y que debe decir litigiosos (Salvat, Contratos, t. 3, n° 2338, nota 111; REZZÓNICO, Contratos, 2ª ed., t. 2, p. 611; MACHADO, t. 5, p. 576).

(nota 7) De acuerdo: MACHADO, t. 5, p. 578; MAFFÍA, t. 1, n° 469; POTHIER, Vente, n° 528; GUILLOUARD, Vente, t. 2, n° 862; BAUDRY LACANTINERIE y SAIGNAT, Vente, n° 891; PLANIOL-RIPERT-HAMEL, t. 10, n° 359.

(nota 8) SALVAT, Contratos, t. 3, n° 2340; PLANIOL-RIPERT-HAMEL, t. 10, n° 359.

(nota 9) BAUDRY LACANTINERIE y SAIGNAT, De la vente, n° 899; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, t. 2, n° 2364.

(nota 10) DE GÁSPERI, t. 2, n° 216; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 659; BAUDRY LACANTINERIE y SAIGNAT, De la vente, n° 898; BIBILONI, art. 1557 del Anteproyecto; Proyecto de 1936, art. 966.

(nota 11) De acuerdo: GORLA, La compravendita, p. 219; PACIFICI-MAZZONI, Istituzioni, t. 5, n° 142; BAUDRY LACANTINERIE y SAIGNAT, Vente, n° 877; POTHIER, Vente, n° 540. En contra, admitiendo el reintegro sólo de las mejoras necesarias, CUTURI, Della vendita, p. 811, y con mayor amplitud, FEDELE, La compravendita dell'eredita, n° 60 y PÉREZ LASALA, t. 1, n° 659, d.

1119/11650

B.— RESPECTO DE TERCEROS

1119/781

781. RELACIONES CON LOS COHEREDEROS.— En todo lo que atañe al aspecto patrimonial de la sucesión, el cesionario ocupa el lugar del cedente y tiene respecto de los coherederos los mismos derechos y obligaciones que aquél tenía.

1119/782

782. INTERVENCIÓN EN EL JUICIO SUCESORIO.— La intervención del cesionario en el juicio sucesorio ha dado lugar a una abundante jurisprudencia, que, luego de algunas vacilaciones, ha adoptado definitivamente estas soluciones:

a) Si la cesión es total, el cesionario tiene derecho a intervenir en el sucesorio en calidad de parte y con los mismos derechos que tenía el cedente (ver nota 1).

b) Si es sólo parcial, no se le reconoce calidad de parte; no sustituye al heredero, se lo considera solamente como acreedor de él (ver nota 2), y como tal no puede solicitar otras medidas que las de vigilancia de sus intereses o las que tiendan a suplir las omisiones o negligencias de los herederos (ver nota 3); así, por ejemplo, se ha decidido que puede iniciar el juicio sucesorio (ver nota 4), pedir la partición e impugnarla en cuanto lo perjudique (ver nota 5).

Es preciso admitir que esta jurisprudencia, que reconoce carácter de parte al cesionario total y se la niega al parcial, no tiene mucho rigor lógico; empero, los tribunales la mantienen firmemente, sobre todo por razones de orden procesal. Varias cesiones parciales permitirían la intervención de diversos cesionarios con la consiguiente perturbación del procedimiento (ver nota 6).

1119/783

783.— Se ha declarado que si la cesión es en garantía de un préstamo en dinero, el cesionario debe ser considerado, no como tal, sino como acreedor del cedente (ver nota 7). En el fondo, se trata de un problema de simulación, que, a nuestro juicio, fue bien resuelto por el tribunal.

1119/784

784. EFECTOS RESPECTO DE LOS ACREEDORES DE LA SUCESIÓN.— El cesionario asume las deudas hereditarias; pero aquí, como en toda cesión de deudas, el contrato no surte efectos respecto del acreedor cedido si no se cuenta con la conformidad de éste.

El acreedor, por tanto, tiene a su disposición dos acciones: una contra el heredero cedente y otra contra el cesionario (ver nota 8). Elegirá la que le ofrezca mayores garantías o facilidades. En caso de cesión parcial, es seguro que accionará contra el heredero, para no verse obligado a dividir la demanda; a menos, claro está, que tema la insolvencia de aquél.

Pero a diferencia del heredero, el cesionario sólo responde con los bienes recibidos (ver nota 9), puesto que la responsabilidad ultra vires es exclusiva del carácter hereditario.

1119/785

785. EFECTOS RESPECTO DE LOS ACREEDORES PERSONALES DEL HEREDERO.— El problema de los acreedores personales del heredero tiene mucha mayor importancia que el de los acreedores de la sucesión. Estos conservan sus acciones contra cedente y cesionario, de tal modo que el acto, en verdad, no les afecta. En cambio, los acreedores personales del cedente tienen acción contra éste; y una vez consumada la cesión, salen del patrimonio del deudor importantes bienes, con la consiguiente disminución de su garantía. Es claro que a ellos les cabe el recurso de embargar los bienes de su deudor, siempre que estén en condiciones legales de hacerlo. Hemos tratado en otro lugar el problema relativo al momento a partir del cual dejan de ser eficaces los embargos u otras medidas precautorias trabadas por los acreedores (véase núms. 763 y 765).

Con el propósito de evitar a los acreedores perjuicios quizás irreparables, la Cámara Civil 2ª de la Capital resolvió que, si en el sucesorio existen constancias de otros acreedores, aunque no sean embargables, deben ser notificados de la cesión (ver nota 10).

1119/786

786.— Las cargas de la sucesión constituyen un problema aparte. Aunque no son deudas del causante, sino del heredero, pasan al cesionario, que se beneficia con los trabajos realizados en el sucesorio (véase n° 773).

1119/787

787. CONCURSO DEL CEDENTE.— El concurso del cedente plantea un conflicto de intereses entre el cesionario y los acreedores del primero, que debe ser resuelto a la luz de principios análogos a los estudiados en el número 785. Si la cesión se hizo con posterioridad a la fecha en que el concurso le fue notificado al cedente, la cesión es nula, aunque el cesionario lo ignorase (ver nota 11); pero si la cesión ha quedado consumada (con la agregación al juicio de la escritura) antes de la declaración del concurso, los bienes hereditarios no entran a formar parte de la masa, pues ya habían salido definitivamente del patrimonio del deudor (ver nota 12).

Sin embargo, debe hacerse la excepción de los bienes embargados. Para mayor claridad del problema veamos un ejemplo. Un acreedor del heredero le embarga un bien; posteriormente, éste cede sus derechos hereditarios y la escritura se agrega al expediente; por último, se declara su concurso. Como ya lo dijimos, el principio es que los bienes hereditarios quedan excluidos del concurso por que ya salieron del patrimonio del cedente; pero ello no podrá aplicarse a los bienes anteriormente embargados, puesto que la cesión no es oponible a los embargantes y sería ilógico que la situación del cesionario mejorase por el concurso del cedente.

(nota 1) C. Civil Cap., Sala C, 17/11/1970, E.D., t. 37, p. 836; C. Civil 1ª Cap., 24/6/1940, Rep. L.L., t. 3, V, Sucesión, sum. 13; LAFAILLE, t. 1, n° 388; MAFFÍA, t. 1, n° 473.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala A, 20/12/1961, causa 75.878 (inérita); C. Civil Cap., Sala C, 17/7/1951, causa 1759 (inérita); C. Civil 1ª Cap., 24/6/1936, L.L., t. 3, p. 559; id., 20/12/1939, L.L., t. 17, p. 91; Sup. Corte Tucumán, 25/4/1944, L.L., t. 9, V, Sucesión, sum. 27.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala B, 28/5/1958, J.A., 1959-I, p. 268; C. Civil 1ª Cap., 26/4/1937, L.L., t. 6, p. 526; id., 20/3/1942, L.L., t. 26, p. 346; C. Civil 2ª Cap., 5/4/1937, L.L., t. 6, p. 192; id., 25/2/1938, L.L., t. 9, p. 694; id., 31/5/1940, L.L., t. 18, p. 901.

(nota 4) C. Civil 1ª Cap., 28/12/1937, L.L., t. 9, p. 136.

(nota 5) C. Civil 2ª Cap., 5/6/1942, L.L., t. 27, p. 275.

(nota 6) En ese sentido: C. Civil 1ª Cap., 20/12/1939, L.L., t. 17, p. 91; FORNIELES, t. 2, n° 471.

(nota 7) C. Civil Cap., Sala A, 20/12/1961, causa 75.878 (inérita); C. Civil 2ª Cap., 25/11/1935, L.L., t. 1, p. 210.

(nota 8) C. Civil Cap., Sala G, 21/5/1981, E.D., t. 94, p. 519. Unanimidad en la doctrina: véase FORNIELES, t. 2, núms. 456 y 457; DE GÁSPERI, t. 2, n° 217; MAFFÍA, t. 1, n° 474; BAUDRY LACANTINERIE y SAIGNAT, De la vente núms. 899 y sigs.

(nota 9) C. Civil 1ª Cap., 2/6/1943, J.A., 1943-II, p. 712; ZANNONI, t. 1, § 556; LAFAILLE, t. 1, n° 382; FORNIELES, t. 2, n° 444; en contra: DE GÁSPERI, t. 2, n° 216 y BAUDRY LACANTINERIE y SAIGNAT, De la vente, n° 901, quienes sostienen la responsabilidad ultra vires, del cesionario.

(nota 10) C. Civil 2ª Cap., 13/11/1941, L.L., t. 24, p. 739.

(nota 11) C. Civil 2ª Cap., 22/4/1946, L.L., t. 42, p. 675.

(nota 12) C. Civil 1ª Cap., 5/9/1939, L.L., t. 15, p. 1171; LAFAILLE, t. 1, n° 389.