



Visítanos en
ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

GUILLERMO A. BORDA

TRATADO DE DERECHO CIVIL

SUCESIONES

TOMO II



EDITORIAL PERROT

TRATADO DE DERECHO CIVIL - SUCESIONES
Tomo II

Borda, Guillermo A.

Abeledo-Perrot
1994

ÍNDICE

SEGUNDA PARTE - SUCESIÓN LEGÍTIMA

CAPÍTULO IX - PRINCIPIOS GENERALES - DERECHO DE REPRESENTACIÓN

§ 1.- Principios generales

§ 2.- Derecho de representación

A.- QUIENES GOZAN DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN

B.- CALIDADES QUE DEBE REUNIR EL REPRESENTANTE

C.- CONSECUENCIAS DE LA REPRESENTACIÓN

CAPÍTULO X - EL ORDEN SUCESORIO

§ 1.- Descendientes

§ 2.- Ascendientes

§ 3.- Cónyuge

A.- CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL CÓNYUGE

B.- NULIDAD DEL MATRIMONIO

C.- NUERA VIUDA SIN HIJOS

§ 4.- Colaterales

§ 5.- Sucesión del Fisco; herencias vacantes

CAPÍTULO XI - LA LEGÍTIMA

§ 1.- Conceptos generales

§ 2.- Los herederos forzosos

§ 3.- Modo de calcular la legítima

A.- BIENES HEREDITARIOS

B.- DONACIONES

§ 4.- Legados de usufructo o renta vitalicia

§ 5.- Defensa de la legítima

§ 6.- Acción de reducción .

A.- QUIENES GOZAN DE LA ACCIÓN

B.- ORDEN EN QUE DEBE HACERSE LA REDUCCIÓN

C.- EFECTOS DE LA ACCIÓN

D.- PRESCRIPCIÓN

§ 7.- Acción de rescisión

§ 8.- Privación de la legítima

§ 9.- Supresión de la reserva

TERCERA PARTE - SUCESIÓN TESTAMENTARIA

CAPÍTULO XII - DEL TESTAMENTO EN GENERAL

§ 1.- Capacidad para testar

A.- REGLA GENERAL

B.- INCAPACES PARA TESTAR

§ 2.- La voluntad y el testamento

A.- DESACUERDO ENTRE LA VOLUNTAD REAL Y LA DECLARADA

B.- INTERPRETACIÓN DE LOS TESTAMENTOS

§ 3.- Objeto

§ 4.- Capacidad para recibir por testamento

CAPÍTULO XIII - FORMAS DE LOS TESTAMENTOS

§ 1.- Disposiciones comunes

A.- FIRMA

B.- TESTIGOS

C.- CONFIRMACIÓN DE UN TESTAMENTO NULO POR DEFECTOS DE FORMA

D.- PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA RECLAMAR LA NULIDAD POR DEFECTO DE FORMA

E.- LEY APLICABLE A LAS FORMAS

§ 2.- Testamento ológrafo

A.- ESCRITURA

B.- FECHA

C.- FIRMA

D.- FORMALIDADES SUPERFLUAS

E.- FUERZA PROBATORIA DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO

F.- PROTOCOLIZACIÓN

§ 3.- Testamento por acto público

A.- ENUNCIACIONES QUE DEBE CONTENER LA ESCRITURA

B.- FIRMA

C.- DISPOSICIONES RELATIVAS AL ESCRIBANO

D.- DISPOSICIONES RELATIVAS A LOS TESTIGOS

E.- TESTAMENTO EN IDIOMA EXTRANJERO

F.- TESTAMENTOS OTORGADOS EN DISTRITOS RURALES

§ 4.- Testamento cerrado

A.- FORMALIDADES

B.- VALOR PROBATORIO

§ 5.- Testamentos especiales

A.- TESTAMENTO MILITAR

B.- TESTAMENTO MARÍTIMO

C.- TESTAMENTO CONSULAR

D.- TESTAMENTO EN CASO DE EPIDEMIA

§ 6.- Testamentos otorgados en el extranjero

CAPÍTULO XIV - DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS EN GENERAL

§ 1.- Conceptos generales

§ 2.- Modalidades de las disposiciones testamentarias

A.- CONDICIÓN

B.- PLAZO

C.- CARGO

CAPÍTULO XV - INSTITUCIÓN DE HEREDEROS

§ 1.- Forma de la institución

§ 2.- Preterición de herederos forzosos

§ 3.- Sustitución de herederos

A.- DE LAS SUSTITUCIONES PROHIBIDAS Y EN PARTICULAR DE LA FIDEICOMISARIA

B.- SUSTITUCIÓN VULGAR (PERMITIDA)

C.- LEGADOS

CAPÍTULO XVI - LEGADOS

I. LEGADOS DE CUOTA

II. LEGADOS PARTICULARES

§ 1.- Sujetos del legado

A.- EL GRAVADO

B.- EL LEGATARIO

§ 2.- Objeto de los legados

A.- REGLAS GENERALES

B.- LEGADO DE COSA CIERTA

C.- LEGADO DE GENERO

D.- LEGADOS ALTERNATIVOS

E.- LEGADO DE DERECHOS REALES

F.- LEGADO DE DERECHOS CREDITARIOS

G.- LEGADO DE PRESTACIONES PERIÓDICAS

H.- LEGADO DE BENEFICENCIA

I.- LEGADOS MODALES

§ 3.- Adquisición y entrega del legado

A.- MOMENTO EN QUE SE ADQUIERE

B.- ENTREGA DEL LEGADO

C.- ACCESORIOS Y FRUTOS

D.- RESPONSABILIDAD DE LOS HEREDEROS Y LEGATARIOS DE CUOTA

E.- ORDEN EN QUE DEBEN PAGARSE LOS LEGADOS

F.- ACCIONES Y MEDIOS DE GARANTÍA DEL LEGATARIO

§ 4.- Responsabilidad del legatario por las deudas del causante

A.- SUCESIÓN SOLVENTE

B.- SUCESIÓN INSOLVENTE

§ 5.- Derecho de acrecer

A.- CUANDO TIENE LUGAR EL ACRECIMIENTO

B.- EFECTOS

CAPÍTULO XVII - INEFICACIA DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

§ 1.- Caducidad

A.- PREMORIENCIA DEL BENEFICIARIO

B.- INCUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN SUSPENSIVA

C.- PÉRDIDA DEL OBJETO LEGADO

D.- RENUNCIA

§ 2.- Revocación

A.- TESTAMENTO POSTERIOR

B.- DESTRUCCIÓN O CANCELACIÓN DEL TESTAMENTO

C.- MATRIMONIO POSTERIOR

D.- ENAJENACIÓN DE LA COSA LEGADA

E.- TRANSFORMACIÓN DE LA COSA LEGADA

CAPÍTULO XVIII - ALBACEAS

§ 1.- Conceptos generales

§ 2.- Facultades del albacea

A.- FACULTADES SEÑALADAS EN EL TESTAMENTO

B.- FACULTADES DEL ALBACEA CUANDO EL CAUSANTE NO LAS HA FIJADO

§ 3.- Obligaciones y responsabilidades

§ 4.- Retribución del albacea

A.- HONORARIOS

B.- LEGADOS EN FAVOR DEL ALBACEA

§ 5.- Pluralidad de albaceas

§ 6.- Fin del albaceazgo

§ 7.- Albaceazgos anómalos

A.- ALBACEAS DESIGNADOS POR HEREDEROS Y LEGATARIOS

B.- ALBACEAZGO CONSULAR

1120/10000

SEGUNDA PARTE - SUCESIÓN LEGÍTIMA

1120/10010

CAPÍTULO IX - PRINCIPIOS GENERALES — DERECHO DE REPRESENTACIÓN

1120/10020

§ 1.— Principios generales

1120/788

788. DISTINTAS CLASES DE SUCESIONES; MÉTODO.— La sucesión, ya lo sabemos, puede ser legítima o testamentaria, vale decir, deferida por la ley o por voluntad del causante. Dentro de la primera, cabe todavía una distinción: la sucesión que la ley defiere forzosamente, cualquiera sea la voluntad del testador, y la llamada ab intestato, que dispone el destino de los bienes del causante en defecto de testamento.

Nos ocuparemos en primer término de la sucesión ab intestato, luego de la forzosa y, finalmente, de la testamentaria.

1120/789

789. BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS.— Debe tenerse por cierto que la sucesión legítima ha precedido cronológicamente a la testamentaria. En las organizaciones sociales primitivas, la propiedad pertenecía más bien a la familia que a su jefe; la muerte de éste no debía trastornar el sustento económico del grupo familiar. El poder de testar nace con una concepción más individualista de la sociedad; es opinión generalmente admitida que en Roma fue reconocido recién en la ley de las XII Tablas (ver nota 1).

Desde aquella época, los principios en que se funda la sucesión han variado según la concepción política y social predominante. Como contraste con los sistemas actuales, vale la pena recordar la sucesión en la Edad Media. Así por ejemplo, en Francia, era característica la división entre distintos tipos de bienes. En primer término, era necesario distinguir entre los bienes nobles y los plebeyos. Para los primeros existían normas de origen feudal, destinadas a mantener el rango y poderío del señor e impedir la división de las tierras, en las que se asentaba su título de nobleza y su poder político; la transmisión se fundaba, pues, en el privilegio acordado al hijo mayor varón, con exclusión de sus otros hermanos varones y mujeres. A veces, con determinados bienes se fundaba un mayorazgo, instituido en favor de personas determinadas.

El derecho común se aplicaba a los bienes de origen plebeyo; se distinguían a su vez, los bienes propios (adquiridos por el causante por herencia o donación), y los inmuebles adquiridos (que el difunto había hecho entrar a su patrimonio a título oneroso). A cada uno de estos bienes se aplicaban reglas de transmisión diferentes y muy complejas (ver nota 2). La Revolución puso término a este sistema, organizando la sucesión sobre la base de la unidad del contenido patrimonial y la igualdad en la transmisión (ley 17 Nivoso año III), es decir se eliminaban las diferencias basadas en el origen de los bienes y los privilegios resultantes de la primogenitura y el sexo. Estos principios han pasado a casi toda la legislación contemporánea. Al estudiar cada problema en particular, señalaremos las soluciones del derecho comparado.

1120/790

790. CUÁNDO TIENE LUGAR LA SUCESIÓN AB INTESTATO.— La sucesión ab intestato tiene lugar: a) cuando el causante no ha testado; b) cuando el testamento es revocado por el testador o declarado nulo; c) cuando el heredero testamentario ha renunciado a la herencia (ver nota 3); d) cuando el testador no instituye herederos y se limita a hacer legados que no sean de remanente.

1120/791

791. FUNDAMENTO.— Mucho se ha dicho acerca del fundamento de la sucesión legítima. La cuestión no puede resolverse en abstracto, pues es obvio que depende de la

concepción política y social sobre cuya base está organizada la sociedad. Así por ejemplo, en los países individualistas, para los cuales lo único que interesa es la voluntad del dueño de los bienes, el orden sucesorio está fundado en el afecto presunto del causante. Tal ocurría en Roma (por lo menos hasta la época imperial), en Inglaterra y, de modo general, en todos los países que no han reconocido la institución de la herencia forzosa.

Por el contrario, en los países comunistas, que niegan en mayor o menor medida el derecho de propiedad, la sucesión se funda en razones de orden social: protección de núcleo familiar más íntimo, mejor distribución de la riqueza, incorporación de los bienes al patrimonio del pueblo. La posibilidad de disponer de la herencia por testamento es muy limitada (ver nota 4).

Pero el sistema hoy predominante —que también es el nuestro— funda la sucesión legítima en un doble orden de consideraciones, por un lado, el interés familiar y la mejor distribución de la riqueza y por el otro, el afecto presunto del causante. Habiendo herederos forzosos, la mayor parte de los bienes hereditarios deben distribuirse de acuerdo a normas que no pueden ser alteradas por la voluntad del difunto; con ello se asegura la protección de la familia y la distribución equitativa de los bienes. Si no hay herederos forzosos, se considera el afecto presunto del causante, lo que él hubiera dispuesto de haber testado; en esta hipótesis, la ley es simplemente supletoria.

Y aunque más adelante volveremos sobre el tema, conviene dejar sentado desde ya que, si bien la ley es en este caso supletoria, sólo puede hacerse valer en contra de sus disposiciones una voluntad formalmente expresada por testamento. Así, por ejemplo, no sería bastante que un primo demostrara que el causante le tenía más afecto a él, con quien supongamos que convivía, que a un hermano, del cual estaba distanciado; no bastaría tampoco la demostración de que el causante omitió testar sólo porque suponía que aquel hermano estaba muerto o creía erróneamente que había incurrido en una causal de indignidad. Nada de esto es suficiente. La voluntad y el afecto del causante no pueden de modo alguno alterar el orden legal, si no se ha expresado en testamento válido.

1120/792

792. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA SUCESIÓN AB INTESTATO EN NUESTRO DERECHO.— En nuestro Código, la sucesión ab intestato está regida por algunos principios generales, no siempre aplicados rigurosamente pero que, de cualquier modo, dan su fisonomía propia al sistema:

1120/793

793. a) Órdenes de preferencia.— La ley establece diversos órdenes de parientes, cada uno de los cuales desplaza al siguiente, cualquiera sea el grado de parentesco con el causante. Así, por ejemplo, el nieto desplaza al padre del causante, no obstante que éste es pariente en primer grado y aquél lo es en segundo, porque los descendientes tienen preferencia respecto de los ascendientes.

Los órdenes de nuestro Código son los siguientes:

- 1) Los descendientes junto con el cónyuge. Un caso muy peculiar es el de la nuera viuda sin hijos, que concurre con los otros descendientes y el cónyuge, pero sin desplazar a los herederos de los órdenes siguientes;
- 2) Los ascendientes y el cónyuge;
- 3) El cónyuge supérstite, que hereda íntegramente a falta de descendientes y ascendientes;
- 4) Los hermanos y descendientes, hasta el cuarto grado;
- 5) Los restantes colaterales hasta el cuarto grado.

1120/794

794.— Como puede apreciarse, la idea general del Código ha sido la siguiente: en primer término heredan los descendientes, a falta de ellos los ascendientes y, por último, los colaterales. El cónyuge concurre con los descendientes y ascendientes y desplaza a los colaterales. Ha seguido el sistema de línea: primero la descendente, luego la ascendente, después la colateral. En el derecho germánico se sigue, por el contrario, el sistema de parentelas: en defecto de descendientes heredan el padre y sus descendientes; a falta de ellos, el abuelo y sus descendientes, etc. (Cód. Civ. alemán, art. 1930; suizo, arts. 458 y 459; austríaco, art. 731).

1120/795

795. b) Preferencia por grados.— Dentro de una misma línea, el pariente más cercano excluye al de grado más remoto (art. 3546 Ver Texto); salvo el derecho de representación que se estudiará más adelante. Así, por ejemplo, el hermano (2º grado) excluye al primo (4º grado). En cambio, no se establece ninguna preferencia derivada de la edad o del sexo.

1120/796

796. c) Bienes.— En las sucesiones no se atiende al origen de los bienes que componen la herencia (art. 3547 Ver Texto). Se suprimen, pues, todas las enojosas complicaciones propias del derecho medieval, a que antes hicimos referencia (nº 789). Pero esta regla tiene, sin embargo, dos importantes excepciones; la primera, relativa a la sucesión del cónyuge, en la que hay que distinguir los bienes propios de los gananciales, que están sometidos a un régimen muy distinto; y la segunda, relativa a la adopción simple, que obliga a distinguir entre los bienes que el causante (hijo adoptivo) hubiera recibido de su familia de sangre y los restantes (véase núms. 842 y sigs.).

(nota 1) Véase CORNIL, *Ancien droit romain; le problème des origines*, p. 101 y sigs.; POLACCO, *Sucesiones*, t. 1, p. 37; BONFANTE, *Instituciones de derecho romano*, ed. Madrid, § 200.

(nota 2) Véase PLANIOL-RIPERT, t. 4, nº 64; LEFEBRE, *L'ancien droit des successions*, t. 1, p. 77 y sigs. Parecidas distinciones establecía la antigua legislación española.

(nota 3) KIPP, *Sucesiones*, t. 1, § 2.

(nota 4) Puede verse un interesante y completo resumen del derecho sucesorio en Rusia, en DAVID y HAZARD, *Le droit soviétique*, París, 1954, p. 35 y sigs.

1120/10030

§ 2.— Derecho de representación (ver nota 1)

1120/797

797. CONCEPTO.— Hemos dicho ya que, dentro de una misma línea de parentesco (descendientes, ascendientes o colaterales), los parientes de grado más próximo desplazan a los más lejanos (art. 3546 Ver Texto). Esta regla tiene, sin embargo, una importante excepción en el derecho de representación, que nuestro Código define así: La representación es el derecho por el cual los hijos de un grado ulterior son colocados en el grado que ocupaba su padre o madre en la familia del difunto, a fin de suceder juntos en su lugar a la misma parte de la herencia a la cual el padre o la madre habrían sucedido (art.

3549 Ver Texto). Un ejemplo lo explica claramente: a la muerte del causante, quedan dos hijos vivos, habiendo fallecido con anterioridad otro, que a su vez, ha tenido también hijos. Si se aplicara rigurosamente la regla según la cual los parientes de grado más próximo excluyen a los más lejanos, estos nietos del causante (hijos del hijo premuerto) quedarían excluidos de la herencia del abuelo. La solución es injusta. Por eso la ley reconoce a los descendientes del hijo premuerto el derecho de ocupar el lugar que hubiera tenido su padre y heredar, por tanto, en concurrencia con sus tíos. Es un recurso que se conocía ya en el derecho romano y que hoy se aplica universalmente (ver nota 2).

1120/798

798. ES NECESARIA LA MUERTE O EL DESPLAZAMIENTO DEL REPRESENTADO.
— Dice el artículo 3554 Ver Texto que sólo se puede representar a las personas muertas; pero, en verdad, no sólo en ese caso tiene lugar la representación, sino también cuando el representado, aunque vivo, ha sido desplazado de la herencia por cualquier motivo. Tienen, pues, este derecho: a) los descendientes del ausente con presunción de fallecimiento (art. 3555 Ver Texto), solución lógica, pues la ley lo supone muerto; b) los descendientes del heredero que ha renunciado a la herencia (art. 3554 Ver Texto); c) los descendientes del desheredado (art. 3749 Ver Texto); d) los del indigno (art. 3301 Ver Texto , ref. por ley 17711).

En otras palabras, la representación tiene lugar cuando el representado no puede o no quiere aceptar la herencia (ver nota 3), sea por fallecimiento o por otro motivo.

1120/11400

798 bis. CONMORIENCIA Y DERECHO DE REPRESENTACIÓN.— Supongamos el caso de conmoriencia del padre y del hijo. ¿Los nietos heredan al abuelo por derecho de representación?

Dos tesis se han sostenido sobre este delicado problema. De acuerdo con la primera, los nietos carecen en este supuesto de derecho de representación, de modo que habiendo ascendientes la herencia pasa a ellos (ver nota 4). Esta tesis se funda en los siguientes argumentos: la representación tiende a que los representantes sucedan juntos en la misma parte de la herencia a la cual el padre o la madre hubieran sucedido (art. 3549 Ver Texto). Y como en caso de conmoriencia se presume que todos han muerto en el mismo momento, sin que se pueda alegar transmisión alguna entre ellas, los nietos no pueden pretender un derecho que nunca tuvo su padre.

De acuerdo con una segunda tesis, que por nuestra parte compartimos, los nietos heredan

por derecho de representación aun en caso de conmorienencia (ver nota 5).En este sentido, BARBERO arguye de modo convincente: si según la definición del art. 3549 Ver Texto , los hijos son colocados en el grado de su padre o madre para suceder lo que ellos habrían sucedido, es porque el padre o la madre no pudieron suceder. Si murieron antes que el causante evidentemente no pudieron suceder; y si murieron al mismo tiempo, tampoco, por expresa disposición del art. 109 Ver Texto . Luego, en ambos casos hay representación (ver nota 6).

Esta argumentación no sólo es convincente desde el punto de vista legal, sino que resuelve el problema con mayor justicia.

1120/799

799. REPRESENTACIÓN SIMULTÁNEA DE VARIAS PERSONAS EN UNA MISMA SUCESIÓN.— Dispone el artículo 3558 Ver Texto que en una misma sucesión puede representarse a varias personas, subiendo todos los grados intermedios, siempre que hubiesen muerto todas las personas que separan al representante del difunto; si uno de ellos vive, la representación no puede tener lugar. Ejemplo: muere el causante, pero con anterioridad a él han fallecido su hijo y su nieto; el bisnieto puede presentarse a la herencia en representación de su padre y su abuelo (nieto e hijo del difunto).

1120/800

800. CASO EN QUE TODOS LOS HEREDEROS PERTENEZCAN AL MISMO GRADO Y ESTIRPE.— Supongamos que todos los herederos pertenecen a la misma estirpe y grado: el causante tuvo un solo hijo, quien ha dejado dos nietos. ¿Estos nietos heredan por derecho propio o por representación? La cuestión está controvertida (ver nota 7). La opinión según la cual los nietos heredan por derecho propio, resulta, a primera vista, más razonable. La representación ha sido un recurso ideado para evitar que los parientes de un grado más próximo desplacen a los más lejanos, pertenecientes a otra rama (art. 3549 Ver Texto), o para hacer la división de la herencia por estirpe (art. 3557 Ver Texto) (ver nota 8); no mediando estas circunstancias, parece inútil hablar de representación. Pero es en el terreno práctico donde la idea de la representación se muestra fecunda aun en la hipótesis de que se trate de un solo nieto o de varios nietos hijos de un mismo padre.

a) Según el artículo 3553 Ver Texto no se puede representar a la persona de cuya sucesión ha sido excluido. Si se admitiera la representación cuando el nieto concurre con sus tíos o primos a la herencia del abuelo, pero no cuando la estirpe es única, se tendría esta consecuencia ilógica: el hijo que ha sido declarado indigno de suceder a su padre heredaría al abuelo (muerto posteriormente) a condición de que fuera nieto único o sólo concudiese con sus hermanos, porque en tal caso, se sostiene, concurre a la sucesión del abuelo por

derecho propio y sin auxilio de la representación; en cambio, si el nieto concurriese con sus tíos o primos quedará excluido, de conformidad al artículo 3553 Ver Texto . Esta solución no tiene sentido. La falta del indigno ha sido la misma; y la inexistencia de descendientes de otras ramas no tiene por qué liberarlo de la sanción. Tampoco tiene sentido que sea excluido de la herencia cuando hay primos y no si solamente hay hermanos. Todo ello se resuelve, diciendo que en todos los casos hay representación.

b) Supóngase que el causante, dueño de una fortuna de \$ 5.000.000 haya donado en vida su porción disponible (\$ 1.000.000) a un tercero y además, haya adelantado al representado premuerto una parte de su herencia (\$ 1.000.000). Si se admite que los nietos heredan por derecho propio, como su legítima es de 4/5 de la herencia, podrán reclamar del tercero la integración de la legítima, lo que es injusto; si, en cambio, heredan en representación de su padre, habrán recibido, juntamente con él los 4/5 y nada más tendrán que reclamar.

c) Por último, puede ocurrir que el abuelo haya hecho importantes adelantos a cuenta de la futura herencia a su hijo; supongamos que muerto el hijo y luego el abuelo, lo sucedan su esposa y su nieto. Aclaremos el ejemplo: A (abuelo), B (hijo), C (nieto), D (cónyuge de A). Muere primero B y después A, en cuya sucesión se plantea el problema. Si se considera que el nieto concurre por representación, la esposa del causante tendrá derecho a pedir que se colacione lo recibido por B, lo que es de toda justicia (ver nota 9).

Cabe agregar que la solución que propugnamos tiene un sólido apoyo en el artículo 3566 Ver Texto , según el cual, los nietos y demás descendientes heredan por derecho de representación. El texto no introduce ninguna distinción y es bueno que así sea (ver nota 10).

No está de más agregar que, luego del amplio debate provocado por este tema en la doctrina italiana, el nuevo Código dispone expresamente que la representación tiene lugar aun en el caso de la unidad de stirpe (art. 469 Ver Texto).

1120/801

801. EN PRINCIPIO, LA REPRESENTACIÓN NO TIENE LUGAR EN LAS SUCESIONES TESTAMENTARIAS (ver nota 11).— La representación sólo juega en las sucesiones intestadas, pero no en las testamentarias (arts. 3548 Ver Texto y 3743 Ver Texto). Esta exclusión es de vigencia universal en lo que atañe a las instituciones testamentarias recaídas en no parientes, y se funda en consideraciones que son decisivas: ante todo, la representación sólo se concede para proteger la familia del causante; los descendientes de una persona extraña a él no merecen igual protección; en segundo lugar, si el testador hubiera deseado que los bienes pasaran a los descendientes del heredero instituido, a la muerte de éste, hubiera modificado el testamento a favor de ellos; la

circunstancia de que no lo haya hecho, revela que no era su voluntad beneficiarlos; por último, la muerte de quien ha sido instituido heredero en un testamento, ocurrida con anterioridad al fallecimiento del causante, provoca la caducidad del beneficio (art. 3745 Ver Texto).

Por consiguiente, está fuera de toda duda que el descendiente de un heredero testamentario, que no era pariente en grado sucesible, carece del derecho de representación. Idéntica conclusión se impone en el caso de que el beneficiario sea un pariente en grado sucesorio, pero haya otro de grado anterior, que lo excluye. Supongamos que el causante, que tiene hijos, deja la porción disponible a un hermano. Si este prefallece, sus hijos no pueden reclamar el legado invocando representación (ver nota 12).

1120/802

802.— Hasta aquí todo es claro. Pero supongamos ahora que el testador ha designado herederos a las mismas personas que lo hubieran sucedido en caso de no haber testado. La posibilidad de ampararse en la representación ¿queda excluida por la existencia del testamento? Para dilucidar esta compleja cuestión es indispensable plantear por separado las distintas hipótesis que pueden presentarse. El análisis de ellas nos permitirá deducir, sin esfuerzo, la regla que, a nuestro juicio, debe aplicarse para resolver el problema.

1120/803

803. a) Herederos forzosos.— Primer supuesto: el causante ha dispuesto íntegramente de su porción disponible, y declara únicos y universales herederos a sus hijos. No cabe duda de que los descendientes de uno de los hijos pueden invocar la representación de su padre, pues su derecho a la herencia les viene de la ley y no de la voluntad del causante. En este punto, la coincidencia es unánime (ver nota 13).

Segundo supuesto: el causante deja la totalidad de los bienes a sus tres hijos, sin beneficiar a ninguno. Los descendientes de uno de ellos, premuerto, ¿tienen derecho al tercio de la porción disponible? Nos parece indudable que reconocerles ese derecho es la más justa solución y la que mejor se conforma con la voluntad del testador, que no ha querido alterar en nada los derechos hereditarios de sus descendientes (ver nota 14).

La justicia de nuestra opinión queda demostrada palmariamente con el siguiente ejemplo: el difunto ha tenido dos hijos, uno de ellos ingrato, de mala conducta, aunque no ha llegado a incurrir en una causal de desheredación, en una palabra, un mal hijo, pero no indigno, como hay tantos. El otro, por el contrario, ha sido ejemplar. Para castigar a uno y premiar al otro, dispone del quinto en favor del buen hijo. Pero este fallece antes que el testador dejando, a

su vez, sus propios hijos. Si se aplica la teoría de que los representantes tienen derecho solamente a la porción en la legítima, resultaría que el mal hijo se vería mejorado con el quinto, es decir, beneficiado justamente por la cláusula testamentaria que le imponía un castigo. Es una solución absurda, contraria a la voluntad expresa del testador. Se dirá, tal vez, que si el buen hijo murió antes que el causante y éste deseaba mantener la manda en favor de sus nietos debió testar nuevamente. Pero no todos conocen los vericuetos del derecho sucesorio; el testador ha podido muy bien creer que la manda mantenía su validez en favor de sus nietos. Sin contar con que, muchas veces, será imposible el otorgamiento de un nuevo testamento; tal ocurriría si se produce la conmorencia del padre y el hijo; si la muerte del hijo, aunque producida antes, fue ignorada por el padre; si éste se encontraba enfermo o demente desde que murió el hijo.

Aunque sea una repetición de lo anteriormente dicho, nos parece oportuno poner en claro que, con este ejemplo, no pretendemos sostener que los descendientes del representado deben suceder en toda la porción disponible dejada a su padre, sino solamente en la parte que legalmente les hubiera correspondido.

Tercer supuesto: el causante ha mejorado a uno de sus hijos con la totalidad o una parte de su porción disponible. Los descendientes de ese hijo, premuerto, ¿tienen derecho a representarlo para reclamar esa mejora? Es indudable que su derecho a ello se fundaría en el testamento y no en la sucesión legítima y, por tanto, no hay representación (ver nota 15).

1120/804

804. b) Herederos legítimos no forzosos.— Primer supuesto: el causante declara únicos y universales herederos a sus hermanos, quienes de cualquier modo hubieran recogido la herencia por disposición de la ley. No beneficia a ninguno. Los descendientes de uno de esos hermanos, premuerto, ¿pueden concurrir con sus tíos a la herencia, por derecho de representación? En un caso habido en nuestros tribunales se resolvió que no y que los tíos excluyen a los descendientes de sus hermanos, puesto que el artículo 3743 Ver Texto dispone que toda manda o legado caducará si aquel a cuyo favor se ha hecho no sobrevive al testador (ver nota 16). Pero es claro que tal solución violenta la voluntad del testador, so color de aplicar un texto que evidentemente no ha previsto este caso. Cuando el causante instituye como únicos y universales herederos a sus hermanos sin mejorar a ninguno, no se propone alterar el sistema legal de distribución de sus bienes, sino, por el contrario, afirmarlo. Ha querido simplemente, reafirmar sus sentimientos fraternales, sin introducir distinciones ajenas a su espíritu. ¿Cómo inducir, de tal cláusula testamentaria, la voluntad de excluir a los hijos del hermano premuerto? El derecho de representación se funda en este caso, no en la disposición testamentaria, sino en la sucesión legítima, que aquélla no ha alterado (ver nota 17).

Segundo supuesto: el causante ha dejado herederos a sus hermanos, pero atribuyendo a uno

más bienes que a otros. No se puede decir ya que el testamento no ha hecho otra cosa que reafirmar el sistema legal, puesto que lo ha alterado. Pero creemos que la solución debe ser semejante: en la parte que hubiera correspondido al representado por ley, funciona el derecho de representación. Si, por tanto, el testador hubiera dejado al hermano premuerto menos de lo que legalmente le hubiera correspondido, la representación funciona respecto de esa porción de los bienes; si le hubiera dejado más, la representación se limita a lo que legalmente le hubiera correspondido, distribuyéndose el excedente entre todos los coherederos (ver nota 18).

1120/805

805.— El examen de estos supuestos nos habilita ya para enunciar la regla general que, a nuestro criterio, debe presidir la solución del problema de la representación en las sucesiones testadas y que reputamos perfectamente compatible con el principio de nuestra ley de que sólo hay representación en las intestadas: en las sucesiones testamentarias, el derecho de representación puede ejercerse en la medida que la disposición de última voluntad no haya alterado la sucesión ab intestato (ver nota 19). No es ésta la solución ideal (que, a nuestro juicio está expresada por el art. 953 del Código venezolano: véase número siguiente), pero sí es la que armoniza sin dificultad con los textos de nuestro Código y permite resolver de modo aceptable los complejos problemas que hemos señalado.

Digamos, para terminar, que actualmente hay un poderoso movimiento doctrinario en favor del derecho de representación de las sucesiones testadas cuando la manda favorece a un heredero legítimo (ver nota 20).

1120/806

806. DERECHO COMPARADO.— El movimiento tendiente a admitir el derecho de representación en los testamentos hechos a favor de parientes en grado sucesorio ha tenido vasta repercusión legislativa.

Creemos que la fórmula más acertada para resolver el problema, es la del artículo 953 del Código Civil de Venezuela: “Queda sin efecto toda disposición testamentaria, si el favorecido por ella no ha sobrevivido al testador o es incapaz. Sin embargo, los descendientes del heredero o legatario premuerto o incapaz, participarán de la herencia o del legado en el caso de que la representación se hubiera admitido en su provecho, si se trata de una sucesión ab intestato; a menos que el testador haya dispuesto otra cosa o se trate de legados de usufructo o de otro derecho personal por su naturaleza”. Similar es la solución del Código italiano, cuyo artículo 467 consagra el derecho de representación en la sucesión testamentaria, trátase de institución de heredero o de legado, aunque el artículo 468 limita el ejercicio de este derecho a los descendientes del difunto o de sus hermanos.

Soluciones más o menos análogas permiten el Código Civil alemán (art. 2067), el austríaco (art. 559), el holandés (art. 924), el portugués (art. 1742), el common law (JENKS, t. 2, n° 235).

1120/10040

A.— QUIENES GOZAN DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN

1120/807

807. DESCENDIENTES.—En la línea recta descendente, el derecho de representación es reconocido sin término (art. 3557 Ver Texto).

Ni en esta disposición, ni en ninguna otra, el Código establece distinciones entre los descendientes legítimos y los naturales que, por lo demás, han sido expresamente eliminadas por la ley 23264 .

1120/808

808.— La ley de adopción 19134 ha reconocido con amplitud el derecho de representación, corrigiendo deficiencias de la ley 13252 . El artículo 25 dispone que el adoptado y sus descendientes legítimos o extramatrimoniales heredan por representación a los ascendientes del adoptante, siempre que no se dé la prohibición del artículo 3582 Ver Texto ; igual derecho se reconoce a los descendientes legítimos o extramatrimoniales del adoptado en la sucesión del adoptante.

1120/809

809. COLATERALES.— En la línea colateral, la representación sólo tiene lugar en favor de los descendientes de los hermanos, pero no de los demás colaterales (ver nota 21) (art. 3560 Ver Texto). Ejemplo: los hijos de un hermano premuerto del causante concurren con sus tíos a la herencia; pero los hijos de un tío no concurren con sus tíos (también ligados al causante por ese parentesco), sino que son desplazados por ellos.

En esta rama, la representación no puede ir más allá del nieto del hermano, que es pariente en cuarto grado del causante. El bisnieto, en cambio, es pariente en quinto grado y quedaría impedido de ejercer el derecho de representación de acuerdo con la regla del artículo 3551 Ver Texto (véase nº 811).

1120/810

810. PARIENTES QUE CARECEN DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN.— La representación no tiene lugar en favor de los ascendientes; el más próximo excluye siempre al más remoto (art. 3559 Ver Texto). El abuelo (padre del padre) del causante no podría concurrir con la madre a la herencia. Tampoco tiene lugar en favor de los descendientes de los ascendientes (ver nota 22). Ejemplo: a falta de descendientes del causante, concurren a la herencia sus ascendientes y su cónyuge; supongamos que los padres hubieran muerto: sus hijos (hermanos del causante) no excluyen a los abuelos ni concurren con la esposa, en representación de su padre. La regla es absoluta: respecto de los ascendientes no juega la representación.

El cónyuge también está excluido de este beneficio; así, el cónyuge del hijo premuerto de la causante carece de vocación sucesoria (ver nota 23), salvo el derecho sucesorio que el artículo 3576 bis Ver Texto (incorporado por la ley 17711) reconoce a la nuera viuda sin hijos (véase núms. 871-1 y sigs.), que es un derecho excepcional que no se rige por las reglas de la representación.

En el sistema parentelar, propio del derecho germánico (véase nº 794), los descendientes de los ascendientes tienen el derecho de representación.

1120/10050

B.— CALIDADES QUE DEBE REUNIR EL REPRESENTANTE

1120/811

811. DEBE SER HÁBIL PARA HEREDAR AL CAUSANTE.— Según el artículo 3551 Ver Texto , para que la representación tenga lugar es preciso que el representante mismo (vale decir, quien pretende la herencia) sea hábil para suceder a aquel de cuya sucesión se trata.

La habilidad para suceder supone, en primer término, tener vocación hereditaria propia y directa respecto del causante; en segundo lugar, no estar afectado de indignidad o desheredación.

Esta interpretación del artículo 3551 Ver Texto , que es la clásica (ver nota 24), ha sido puesta en cuestión por DÍAZ DE GUIJARRO, para quien la habilidad aludida por el texto legal es sinónimo de capacidad; de tal modo que lo único que nuestro artículo exigiría es la capacidad, no la vocación hereditaria propia y directa respecto del causante (ver nota 25). Invoca en apoyo de su punto de vista, la nota puesta por VÉLEZ al pie del artículo, en la que dice que es necesario “por ejemplo, que no haya sido declarado indigno”. Nos parece que esta opinión es insostenible dentro del sistema del Código: a) en primer lugar, la habilidad para suceder, no sólo depende de no haber incurrido en una causal de indignidad, sino también, ante todo, de tener vocación hereditaria; escindir el significado de la palabra hábil para aplicarlo a uno solo de aquellos elementos, es arbitrario; b) en segundo término, el artículo 3548 Ver Texto dice que los llamados a la sucesión intestada no sólo suceden por derecho propio, sino también por derecho de representación, lo que significa que sólo los llamados a la sucesión intestada del difunto tienen ese derecho; c) por último, la nota al artículo 3551 Ver Texto , que DÍAZ DE GUIJARRO invoca en apoyo de su tesis, se vuelve en contra suya. Es verdad que en ella se habla del caso de indignidad, pero se lo cita como ejemplo, lo que significa que hay otros hechos o circunstancias que también configuran la inhabilidad. POVIÑA ha suministrado un elemento interesante para apreciar el significado del texto y su nota. Los manuscritos del codificador revelan que, en su primera redacción, el artículo 3551 Ver Texto decía que, para gozar de este derecho, el representante mismo debe ser personalmente heredero del causante (ver nota 26). Esta redacción se alteró porque VÉLEZ quiso dar a la norma un significado más amplio, comprensivo también de la indignidad. Pero no se olvida de citar como fuente a DEMOLOMBE, autor de quien había tomado aquella redacción originaria (ver nota 27).

En conclusión: el representante debe tener vocación hereditaria propia y directa respecto del causante y no haber incurrido en indignidad, ni ser desheredado.

1120/812

812. DEBE SER HÁBIL PARA HEREDAR AL REPRESENTADO.— No puede invocar el derecho de representación quien ha sido declarado indigno de suceder al representado, o ha sido desheredado por él (art. 3553 Ver Texto). No se trata ya de una indignidad respecto del causante, o de una desheredación dispuesta por él, sino de haber incurrido en estas causales de exclusión hereditaria respecto del representado mismo. En ambos casos, una razón de moral impone tales soluciones. Choca al sentido común que, quien ha sido declarado indigno de suceder a su padre, pueda representarlo en la sucesión de su abuelo, o que, declarado indigno de heredar al abuelo, reciba sus bienes, so color de heredero y representante de su padre, no indigno. Tanto en un caso como en otro se eludiría, mediante

una treta jurídica, la exclusión hereditaria fundada en razones de moral.

1120/813

813. RENUNCIA A LA HERENCIA DEL REPRESENTADO.— Pero una cosa es la habilidad para suceder al representado y otra la renuncia que puede haberse hecho a su herencia. Es muy posible, en efecto, que el hijo haya renunciado a la herencia de su padre, cargada de deudas; años después, fallece el abuelo. Aquella renuncia no le impide recoger esta nueva herencia, Es la solución que consagra el artículo 3552 Ver Texto . Y, desde luego, el hijo no estará obligado a pagar las deudas de su padre con estos bienes (ver nota 28), puesto que no ha recibido su herencia.

FORNIELES, si bien admite que ésta es la solución de nuestro derecho positivo, la califica de sutileza jurídica y la reputa injusta (ver nota 29). No compartimos su criterio. Los acreedores del padre han contratado con él teniendo en mira su responsabilidad personal y su patrimonio; no tienen derecho a los bienes del causante.

Pero si la deuda del representado es, no ya con terceros, sino con el propio causante, el representante es responsable de ella, y debe ser tenida en cuenta al practicarse la división de los bienes. De lo contrario, quedaría violado el principio de la igualdad que debe existir entre los coherederos. Median aquí iguales razones que las que imponen a los representantes la obligación de colacionar lo que en vida el causante anticipó al representado (ver nota 30) (véase nº 820).

1120/10060

C.— CONSECUENCIAS DE LA REPRESENTACIÓN

1120/814

814. EL PRINCIPIO BÁSICO.— El principio básico de la representación, y el que explica todos sus efectos y consecuencias es el siguiente: el representante ocupa el mismo lugar que hubiera ocupado el representado en la sucesión del difunto; tiene sus mismos derechos y obligaciones; concurre a la sucesión con las personas con las cuales hubiera concurrido el representado y excluye a quien él hubiera excluido (art. 3562 Ver Texto).

1120/815

815. CONSECUENCIAS.— Del principio señalado en el párrafo anterior se desprenden las siguientes consecuencias:

a) División por stirpes.— La división de la herencia se hace por stirpes, no por cabeza. Ejemplo: el causante ha tenido tres hijos: uno, Primus, que lo sobrevive; los otros dos, Secundus y Tertius, que han prefallecido dejando, respectivamente, uno y tres hijos, nietos del causante: Primus recibe un tercio de la herencia, el hijo de Secundus otro tercio y cada uno de los hijos de Tertius, una novena parte (un tercio de un tercio). Es una consecuencia clara del principio de que los representantes ocupan el lugar del representado.

Cuando concurren a la sucesión personas de diferente grado, esta solución no ofrece blanco a la crítica. Así, por ejemplo, si suceden al causante un hijo y tres nietos (habidos de otro hijo prefallecido), sería de toda injusticia que la división se hiciera por cabeza y que al hijo del causante le tocara un cuarto, cuando le hubiera correspondido la mitad, de haber vivido su hermano. Pero la justicia de la división per stirpe se hace más dudosa cuando han fallecido todas las personas de una misma generación. Supongamos que han prefallecido los dos hijos del causante, dejando el primero un hijo y el otro diez. A uno de los nietos le tocará la mitad de la herencia y a los otros, una vigésima parte. Es la solución expresamente establecida por los artículos 3557 Ver Texto y 3568 (ver nota 31). Estamos en desacuerdo con ella. Cuando todos los herederos son del mismo grado (en nuestro caso nietos), debería volverse al principio de la división por cabeza de la herencia entre los parientes del mismo grado. Si se examina el problema desde el punto de vista de la equidad, resulta injusto que unos nietos sean preferidos respecto a otros; desde el punto de vista social, está mal que se castigue a las familias de hijos numerosos; y si se examina el problema teniendo en cuenta el manido argumento del afecto presunto del causante, no hay motivo alguno para pensar que ha tenido más afecto respecto de unos nietos que de otros (ver nota 32). Con muy buen criterio, el Código brasileño sienta el principio de la división por cabeza entre los representantes de un mismo grado (art. 1604).

La lógica rigurosa de una solución deducida del principio de que los representantes ocupan el lugar del representado (que es el fundamento del los arts. 3557 Ver Texto y 3568) debería ceder en este caso ante las razones superiores que dejamos señaladas.

1120/816

816.— Si la representación se ejerciera a través de varios grados de parentesco, en cada uno de ellos, la división se hará por stirpes (art. 3563 Ver Texto). Ejemplo: el causante ha tenido dos hijos, A que le sobrevive, y B, prefallecido. A su vez, B ha tenido tres hijos, C y D, que le sobreviven y E, premuerto. E deja dos hijos, bisnietos del causante. Estos dos bisnietos tienen en conjunto, igual derecho a la herencia que cada uno de sus tíos (C y D); y

entre todos ellos, en conjunto, tienen igual derecho que A.

1120/817

817.— Del principio de la división por estirpe surge también esta consecuencia: que si uno de los herederos renuncia o es declarado indigno, su parte se distribuye sólo entre los herederos pertenecientes a la misma rama, pero no acrece la porción hereditaria de los que vienen a la herencia por derecho propio o en representación de otro heredero (ver nota 33).

1120/818

818. b) No se sucede al representado sino al causante.— El representante sucede al causante directamente (art. 3550 Ver Texto); no hay, pues, dos transmisiones (una del causante al hijo prefallecido, otra de éste a su descendiente), sino una sola. Ello explica que se pueda representar a aquel cuya sucesión se ha renunciado (art. 3552 Ver Texto), puesto que si el derecho a representar fuera sucesorio, la renuncia a la herencia importaría también renunciar a la representación.

De aquí surge esta importante consecuencia: no hay dos sucesiones; no es necesario tramitar la sucesión del padre para representarlo en la del abuelo; basta con adjuntar las partidas del Registro Civil que acrediten el parentesco (ver nota 34).

1120/819

819.— Una situación singular puede producirse en la ausencia con presunción de fallecimiento. Un descendiente de un presunto muerto, lo ha representado en la sucesión de su padre; luego se tiene noticia de que el ausente ha fallecido, pero después del causante. En este caso, en virtud del principio de la sucesión instantánea, habrá dos sucesiones, dos transmisiones hereditarias.

1120/820

820. c) Obligación de colacionar.— Los representantes deben colacionar lo que el difunto ha dado en vida al representado (art. 3564 Ver Texto), lo que se explica como consecuencia general del principio de que los representantes ocupan el lugar del representado y tienen todas sus obligaciones.

La última parte del artículo 3564 Ver Texto contiene un error de redacción. Dice que cuando los hijos vengan a la sucesión por representación, deben colacionar a la herencia lo que el difunto ha dado en vida a sus padres, aunque éstos hubiesen repudiado la sucesión. En el texto legal, las palabra éstos está referida a los padres, lo que no tiene sentido, puesto que se supone la hipótesis de que los padres han fallecido antes que el causante y no pueden, por tanto, haber repudiado su herencia. Ha habido un error en la transcripción de la fuente, el artículo 848, Código Napoleón, que dice así: "... pero si el hijo no viene a la herencia sino por representación, debe traer a ella lo que ha sido donado a su padre, aun en el caso de que él hubiera repudiado su herencia". Es claro que la palabra él alude al hijo y no al padre (ver nota 35). Lo que se ha querido afirmar con este texto es que los representantes deben colacionar lo que se donó al representado, aunque ellos no se hubieran beneficiado con la donación, como ocurre en el caso de que el hijo, haya repudiado la herencia de su padre. Es decir, que el deber de colacionar no se hace depender del beneficio que pueda haber recibido el representante, en virtud de la donación hecha a su ascendiente, sino de la mera circunstancia de que éste la haya recibido.

Es obvio agregar que no deberá colacionar si el representado ha sido dispensado de hacerlo (ver nota 36).

1120/821

821.— Puede ocurrir que, en vida del padre, el nieto reciba una donación del causante. Si más tarde el padre fallece o es declarado indigno o desheredado, o si renuncia a la sucesión, el nieto, aunque suceda por representación, no estará obligado a colacionar aquella donación, pues en la época en que se la hizo, él no era heredero forzoso (ver nota 37) y no pudo interpretarse la liberalidad como un anticipo de la herencia a la que en ese momento no tenía derecho. Pero si la donación de abuelo a nieto se hizo después de muerto el padre, el nieto debe colacionar porque ya era heredero forzoso (arg. art. 3476) (ver nota 38).

En los números 659 y siguientes tratamos con mayor amplitud el tema de la incidencia de la representación en la colación.

1120/822

822. d) Legítima.— Los representantes tienen derecho, en conjunto, a la legítima que hubiera correspondido a su representado (arts. 3562 Ver Texto y 3749 Ver Texto , Cód. Civ.).

1120/823

823.— Veamos ahora una hipótesis singular, que ha dado origen a discusiones: el causante deja dos nietos, hijos de un hijo único prefallecido. La fortuna del difunto era de \$ 500.000; en vida ha donado su porción disponible (\$ 100.000) a un tercero (o la lega en su testamento) y además, ha hecho un adelanto de herencia de otros \$ 100.000 al hijo, antes de su muerte. Ahora bien: como la legítima de los nietos, en conjunto, es de cuatro quintos de la herencia (\$ 400.000) y, en realidad, no reciben más que \$ 300.000, cabe preguntarse si pueden reclamar del tercero la integración de aquélla.

La solución depende de esta cuestión previa: si los nietos de estirpe única heredan por representación o por derecho propio (ver nota 39). En el primer caso, nada podrán reclamar del beneficiario de la donación o legado, pues ellos ocupan el lugar del representado, que ha recibido los \$ 100.000 que faltan para completar la legítima; si, en cambio, heredan por derecho propio, tienen derecho a impugnar la liberalidad. Hay que reconocer que esta última solución es injustísima. El causante se ve privado de su derecho de disponer libremente del quinto; el donatario o legatario se ve despojado, por un artificio lógico-jurídico, de bienes cuya propiedad le correspondía, no solamente en justicia, sino también por aplicación de los principios normales que rigen la sucesión de los bienes. Esta es, empero, la solución acogida por la jurisprudencia francesa (ver nota 40), que se ha mostrado indiferente ante la injusticia que se consume. Nosotros pensamos, en cambio, que el nieto hereda siempre por representación (véase n° 801); la liberalidad, por tanto, queda firme (ver nota 41).

1120/824

824-825. e) División de las deudas.— Los representantes tienen iguales obligaciones que el representado; responden, pues, por las deudas del causante, pero sólo por la parte que a cada uno le corresponde en la herencia (art. 3490 Ver Texto). Ejemplo: el causante ha tenido tres hijos, uno de ellos premuerto, que, a su vez, ha tenido tres hijos. Cada uno de estos nietos responde únicamente por la novena parte de las deudas.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: SALEME, Estudio de la representación sucesoria, Buenos Aires, 1939; FORNIELES, t. 2, núms. 8 y sigs.; LAFAILLE, t. 2, núms. 23 y sigs.; ZANNONI, t. 2; PÉREZ LASALA, t. 2; MAFFÍA, t. 2; VIOLA, Algunas reflexiones sobre el derecho de representación, tesis, Buenos Aires, 1944; GATTI, Estudios de derecho sucesorio, La representación en derecho sucesorio; CHANETON, El derecho de representación en la descendencia natural, L.L., t. 21, p. 245; PAILLOT, Etude sur la représentation successorale, París, 1935; BAUDRY y LACANTINEIRE y WAHL, t. 1, núms. 314 y sigs.; PLANIOL-RIPERT, t. 4, núms. 53 y sigs.; POLACCO, Sucesiones, ed. Buenos Aires, p. 43 y sigs.; MESSINEO, t. 7, § 197.

(nota 2) Puede verse un excelente resumen de los antecedentes históricos y el derecho comparado en GATTI, La representación en derecho sucesorio, núms. 4 y sigs.

(nota 3) Es la fórmula usada en el Cód. Civ. italiano, art. 467, y en el uruguayo, art. 1018.

(nota 4) C. Civ. Cap., Sala C, 11/12/1957, J.A., 1958-II, p. 439; C. Apel., Dolores, 13/2/1951, L.L., t. 62, p. 383.

(nota 5) ZANNONI, t. 2, n° 801; PORTAS, Conmoriencia y derecho de representación, L.L., t. 66, p. 893; BARBERO, Conmoriencia y derecho de representación, L.L., 1978-II, p. 599.

(nota 6) BARBERO, op. cit. en nota anterior.

(nota 7) La controversia ha sido especialmente viva en la doctrina italiana; en favor de la opinión de que los nietos heredan por derecho propio: POLACCO, L'unicità di stirpe in rapporto al diritto di rappresentazione en "Estudios en honor de Schupfer", vol. III, Torino, y Sucesiones, t. 1, p. 45; RICCI, t. 3, n° 35; BETTI, La successione ereditaria, p. 74; DEGNI, t. 1, p. 64; SANTORO PASSARELLI, Successione legittima, p. 19; GABBA, nota en Giur Italiana, 1902, 2, 723; es también la solución de la jurisprudencia francesa (véase PLANIOL-RIPERT, t. 4, n° 55) y lo resuelto por un Tribunal uruguayo (cit. por GATTI, Estudios de derecho sucesorio, p. 120, nota 81). Sostienen en cambio, la opinión de que también aquí se hereda por representación: VITALI, Successioni, t. 5, n° 100, p. 289; DE RUGGIERO, Istituzioni, t. 3, p. 598, nota: LOSANA, Digesto Italiano, Successione legittima, n° 75; GATTI, Estudios de derecho sucesorio. La representación en derecho sucesorio, p. 40. Agreguemos que en el derecho positivo italiano la cuestión ha perdido actualidad, porque el art. 469 dispone expresamente que la representación tiene lugar aun en el caso de unidad de stirpe (en el primer Proyecto, sin embargo, se adoptaba la solución opuesta).

(nota 8) POLACCO ha demostrado que los antecedentes históricos de la representación pugnan con la idea de aplicarlos a los herederos de una misma stirpe (véase Sucesiones, ed. Buenos Aires, t. 1, p. 45, nota, en la que se resume el estudio de dicho autor L'unicità di stirpe in rapporto al diritto di rappresentazione). Es claro que este argumento no tiene ningún peso para resolver la cuestión; muchas veces, las instituciones nacidas en vista a un fin determinado, han servido luego a otros, haciéndose más fecundas y ricas de contenido.

(nota 9) FORNIELES, t. 2, n° 11.

(nota 10) De acuerdo: FORNIELES, t. 2, nº 11; ZANNONI, t. 2, § 810; PÉREZ LASALA, t. 1, nº 204. Véase, en cambio, LAFAILLE, t. 2, nº 59.

(nota 11) Véase sobre el tema, ROCA SASTRE, El derecho de representación en la sucesión testada, Estudios de Derecho Privado, t. 2, p. 259 y sigs.

(nota 12) Bien entendido que sostenemos esta solución dentro de nuestro derecho positivo, que no permite otra; pero pensamos que más justo sería que también en este caso se admita la representación, como lo hacen otras legislaciones (véase nº 806).

(nota 13) C. Civ. 1ª Cap., 4/7/1936, J.A., p. 856; SPOTA, nota al fallo citado precedentemente; FORNIELES, t. 1, nº 24 bis.

(nota 14) De acuerdo: FORNIELES, t. 2, nº 24 bis (quien no hace distinción entre la legítima y la porción disponible); ZANNONI, t. 2, § 817; ESCOBAR, El derecho de representación en la sucesión testada, Revista de Derecho Privado, marzo de 1954, p. 205, en que critica un fallo del Tribunal Supremo del 6/12/1952, que decidió lo contrario.

(nota 15) De acuerdo: FORNIELES, t. 2, nº 24 bis.

(nota 16) C. Civ. 1ª Cap., 4/7/1936, J.A., t. 55, p. 856; SPOTA, que comenta el fallo, está de acuerdo, con la solución dentro de nuestro derecho positivo, aunque la critica.

(nota 17) De acuerdo: FORNIELES, t. 2, nº 24 bis; ZANNONI, t. 2, § 817.

(nota 18) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 1, nº 211. En contra: ZANNONI, t. 2, § 817.

(nota 19) CASTÁN TOBEÑAS sostiene conclusiones más o menos similares y cree (aunque sin mucha convicción, dentro del sistema positivo español) que puede llegarse a ellas por vía de interpretación de la voluntad del testador (El derecho de representación y mecanismos jurídicos afines en la sucesión testamentaria, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, agosto de 1942).

(nota 20) FORNIELES, t. 2, nº 24 bis; SPOTA, Inexistencia de la representación en la sucesión testamentaria, J.A., t. 55, p. 856; CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., en nota anterior BURGOS BOSCH, El derecho de representación en la sucesión testada, conferencia publicada por el Colegio Notarial de Barcelona, 1943; GIMÉNEZ ARNAU, El derecho de

representación en la sucesión voluntaria, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1940, p. 20.

(nota 21) C. Civ. Cap., Sala C, 20/7/1959, L.L., t. 97, p. 656; Sala E, 8/8/1961, J.A., 1961-V, p. 485; L.L., t. 104, p. 701 y E.D., t. 2, p. 279, con nota de jurisprudencia; DE GÁSPERI, t. 1, p. 252; FORNIELES, t. 2, p. 20, ap. 2; LAFAILLE, Sucesiones, p. 31. En contra, véase la opinión de SITLER, quien sostiene que el derecho de representación se tiene también en la segunda línea colateral (Lecciones y Ensayos, Facultad de Derecho de Buenos Aires, 1957, n° 3).

(nota 22) C. Civ. Cap., Sala F, 9/6/1959, L.L., t. 95, p. 528 y J.A., 1960-III, p. 118.

(nota 23) C. Civ. Cap., Sala D, 22/2/1956, J.A., 1956-II, p. 178.

(nota 24) C. Civ. Cap., Sala A, 11/11/1960, L.L., t. 101, p. 513 y J.A., 1961-I, p. 305; Sala F, 9/6/1959, L.L., t. 95, p. 528 y J.A., 1960-III, p. 118; Sup. Corte Buenos Aires, 8/5/1956, J.A., 1956-III, p. 96; id. 8/5/1956, J.A., 1956-III, p. 442; id. 29/11/1977, E.D., t. 78, p. 330; LAFAILLE, t. 2, n° 32; FORNIELES, t. 2, n° 13; PRAYONES, p. 220; SALAS, Vocación hereditaria de los parientes naturales colaterales, J.A., 1953-II, p. 401; POVIÑA, nota al fallo 18.200 en J.A., 1956-III, p. 96; VIOLA, Algunas reflexiones sobre el derecho de representación, Buenos Aires, 1944, p. 7; SALEME, De la representación sucesoria, n° 34; ZANNONI, t. 2, § 804.

(nota 25) DÍAZ DE GUIJARRO, Vocación hereditaria de todos los nietos naturales, J.A., 1951-III, p. 6, II. Véase también la opinión, no muy clara, de PORTAS, Vocación hereditaria del sobrino natural, L.L., t. 78, p. 280, texto a la nota 14.

(nota 26) POVIÑA, El hijo natural no hereda al hermano legítimo de su padre, J.A., 1956-III, p. 96.

(nota 27) DEMOLOMBE, t. 13, n° 393. Debemos añadir que la jurisprudencia y la doctrina francesa son absolutamente unánimes en exigir este requisito de la vocación sucesoria propia.

(nota 28) Sup. Corte de Buenos Aires, 3/9/1918, J.A., t. 2, p. 504; FORNIELES, t. 2, n° 15 (si bien critica la solución); SALEME, La representación hereditaria, n° 467; DEMOLOMBE, t. 13, n° 399; CHABOT, art. 744, n° 7; BEVILACQUA, art. 1625; PLANIOL-RIPERT, t. 4, n° 63.

(nota 29) FORNIELES, loc. cit. en nota anterior.

(nota 30) SALEME, La representación hereditaria, nº 47, d.

(nota 31) Naturalmente, ante disposiciones tan expresas, la jurisprudencia no ha podido dejar de aplicar el principio de la división por estirpes: C. Civ. 1ª Cap., 22/5/1940, J.A., t. 70, p. 866; C. Civ. 2ª Cap., 10/12/1928, J.A., t. 28, p. 1060 (véase, sin embargo, la disidencia del Dr. Senillosa).

(nota 32) De acuerdo: FORNIELES, t. 2, nº 9; MAFFÍA, t. 2, nº 709. En contra, es decir, de acuerdo con la solución legal: PÉREZ LASALA, t. 1, nº 203.

(nota 33) FORNIELES, t. 2, nº 10; SALEME, La representación sucesoria, nº 97.

(nota 34) Cáms. Civs. en Pleno, G.F., t. 24, p. 147; FORNIELES, t. 2, nº 13; SALEME, La representación sucesoria, nº 50. Puede verse en contra un fallo aislado, sin fundamentos: G.F., t. 82, p. 293.

(nota 35) Ya lo hizo notar SEGOVIA, t. 2, p. 564, nota 31; también LAFAILLE, t. 2, nº 57, y los autores citados por VÉLEZ en la nota; DEMOLOMBE, t. 13, nº 437 y CHABOT, t. 1, art. 739, nº 7.

(nota 36) MACHADO, t. 9, p. 297, nota.

(nota 37) MACHADO, loc. cit..

(nota 38) MACHADO, loc. cit.; FORNIELES, t. 1, nº 314; De GÁSPERI, t. 2, nº 260; C. Civ. 2ª Cap., G.F., t. 23, p. 74.

(nota 39) Así lo reconocen todos los autores que se ocupan del tema: véase FORNIELES, T. 2, nº 11; SALEME, La representación sucesoria, nº 98; MESSINEO, t. 7, § 196, nº 7; PLANIOL-RIPERT, t. 4, nº 55.

(nota 40) Véase jurisprudencia citada por PLANIOL-RIPERT, t. 4, nº 55. BAUDRY LACANTINERIE y WAHL opinan que el heredero puede elegir entre venir a la herencia

por derecho propio o en representación de su ascendiente (t. 1, nº 328); pero no expresan los fundamentos de tal solución, que parece inaceptable (de acuerdo en rechazarla, PLANIOL-RIPERT, t. 4, nº 55, p. 83, nota 3).

(nota 41) De acuerdo: FORNIELES, t. 2, nº 11.

1120/10070

CAPÍTULO X - EL ORDEN SUCESORIO (ver nota 1)

1120/826

826. IDEA GENERAL DEL ORDEN SUCESORIO.— Nuestro Código ha dispuesto el orden sucesorio sobre las siguientes bases generales: en primer término heredan los descendientes, luego los ascendientes y, por último, los colaterales. El cónyuge concurre con descendientes y ascendientes y excluye a los colaterales.

Dentro de cada línea, los parientes más próximos excluyen a los más lejanos, salvo el derecho de representación.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: FORNIELES, t. 2, núms. 25 y sigs.; LAFAILLE, t. 2, núms. 48 y sigs.; RÉBORA, t. 2, núms. 281 y sigs.; DE GÁSPERI, t. 3, núms. 320 y sigs.; MACHADO, t. 9, arts. 3565 y sigs.; POVIÑA, Sucesión de los conyuges y de los parientes colaterales, Buenos Aires, 1973; MARTÍNEZ PAZ, Introducción al derecho de la sucesión hereditaria, p. 179 y sigs.; PODETTI, La sucesión ab intestato y el grado hereditario, tesis, Buenos Aires, 1921; GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2; ZANNONI, Sucesiones, t. 2; PÉREZ LASALA, t. 2; MAFFÍA, t. 2.

1120/10080

§ 1.— Descendientes

1120/827

827. UBICACIÓN EN EL ORDEN SUCESORIO.— Los descendientes excluyen a los ascendientes (art. 3567 Ver Texto) y colaterales (art. 3585 Ver Texto); concurren con el cónyuge en los bienes propios del causante; en cuanto a los gananciales, el cónyuge

conserva la mitad a título de socio y en la otra mitad es excluido por los descendientes.

1120/828

828.— En cuanto a los hijos adoptivos, si la adopción es plena el hijo ocupa exactamente la posición del hijo legítimo y se extingue la vocación sucesoria respecto del padre de sangre (arts. 14 y 18 , ley 19134); si la adopción es simple, el hijo adoptivo tiene los derechos del hijo legítimo del adoptante y conserva la vocación sucesoria de sus padres por naturaleza (arts. 20 , 22 y 25 , ley 19134), de modo que hereda en las dos sucesiones.

1120/829

829. PORCIÓN HEREDITARIA.— Los hijos heredan por cabeza (art. 3565 Ver Texto), vale decir, dividiéndose la herencia en partes iguales. Si hay descendientes de hijos premuertos o excluidos de la sucesión, se aplican las reglas de la representación (art. 3566 Ver Texto), lo que importa la división por estirpes (véase nº 815).

1120/830

830-838. DERECHOS HEREDITARIOS DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES.— En otro lugar hemos expuesto la evolución histórica de la situación jurídica de los hijos nacidos fuera de matrimonio y la existencia de un vigoroso movimiento legislativo contemporáneo tendiente a suprimir toda diferencia entre hijos, cualquiera sea el origen de la filiación (Tratado de Derecho Civil, Familia, t. 2, nº 604). Se señaló también que uno de los aspectos salientes de esta evolución legislativa es la de concederles, en medida creciente, derechos hereditarios.

Cuando nuestro Código se dictó, era ya un principio incorporado a la legislación universal el reconocimiento de derechos hereditarios a los hijos naturales, es decir, los nacidos de padres que podían casarse en el momento de ser concebidos.

Las leyes españolas lo reconocieron desde muy antiguo (Fuero Real, L. 12, tít. 22, lib. 4), pero siempre que no hubiere descendientes legítimos (Partida 4, tít. 13, L. 8; Ley 9 de Toro) (ver nota 1). VÉLEZ introdujo una modificación al derecho vigente al admitir su vocación sucesoria, incluso en concurrencia con los hijos legítimos. Más aún: aunque la porción hereditaria era distinta; según la índole del vínculo, la naturaleza del derecho es idéntica: ambos son herederos. Se apartó así de la solución del Código Napoleón, que en la opinión predominante, no sancionaba en favor de los primeros un verdadero derecho hereditario,

sino un crédito contra los hijos legítimos (véase nota al art. 3579 Ver Texto) (ver nota 2).

Pero quedaban excluidos de la herencia los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos. Más tarde, la ley de matrimonio civil eliminó esta última categoría (art. 112 Ver Texto), de modo tal que el haber nacido de padre clérigo o de persona ligada con voto de castidad, no fue ya un impedimento para la vocación hereditaria.

En 1954 la ley 14367 marcó una importante etapa en la evolución de nuestro derecho positivo, estableciendo una doble y trascendental reforma en lo que atañe al derecho sucesorio: 1) Todos los hijos nacidos fuera de matrimonio, cualquiera sea el origen de su filiación, tienen vocación hereditaria; inclusive, la ley borra toda calificación entre los hijos nacidos fuera de matrimonio, lo que significa que a todos ellos, cualquiera sea su origen, debían reconocerse los derechos que el Código atribuía a los naturales. 2) En caso de concurrencia con hijos legítimos, la porción de los extramatrimoniales se elevaba del cuarto que fijaba el Código (art. 3579 Ver Texto) a la mitad (art. 8º, ley 14367).

Finalmente, la ley 23264 dictada en 1985 ha marcado la última etapa de esta evolución: los hijos tienen todos igual derecho hereditario, sean matrimoniales o extramatrimoniales. Y lo que se dice de los hijos, se aplica desde luego a todos los descendientes.

(nota 1) Sobre la antigua legislación española, véase: BORDA, La sucesión de los hijos naturales en la antigua legislación española, Seminario dirigido por el profesor Jakob, Buenos Aires, 1940; ROUSSE, Condition juridique des enfants naturels en Espagne, Toulouse, 1929.

(nota 2) La ley francesa del 26 de marzo de 1896 eliminó el problema, reconociendo a los hijos naturales el carácter de herederos.

1120/10090

§ 2.— Ascendientes

1120/839

839. IGUALACIÓN DE LOS ASCENDIENTES.— Otra de las reformas importantes introducidas por la ley 23264 , es la igualación de los derechos sucesorios de los ascendientes, sean matrimoniales o extramatrimoniales. En el régimen del Código Civil y de la ley 14367 , los padres adulterinos o incestuosos carecían de vocación sucesoria (ver

nota 1). Hoy la ley habla simplemente de ascendientes (arts. 3567 Ver Texto , 3571 Ver Texto y 3572, ref. por ley 23264), sin introducir distinción alguna, es decir, que todos ellos están equiparados, cualquiera sea el carácter de la relación paterno-filial.

Pero es necesario recordar que los padres extramatrimoniales sólo tienen vocación sucesoria si han reconocido al hijo durante la menor edad (art. 3296 bis Ver Texto). Sobre este tema remitimos al número 114 bis.

1120/840

840. UBICACIÓN EN EL ORDEN SUCESORIO.— Los ascendientes son excluidos por los descendientes (art. 3567 Ver Texto) y excluyen a los colaterales (art. 3585 Ver Texto). Concurren asimismo con el cónyuge tanto en los bienes propios del causante como en la mitad de los bienes gananciales que ingresan al acervo hereditario (art. 3571 Ver Texto , ref. por ley 17711).

1120/841

841. PORCIÓN HEREDITARIA.— La porción hereditaria de los ascendientes es la siguiente:

a) Concurrencia de los ascendientes entre sí. Los ascendientes en grado más próximo excluyen a los más lejanos (arts. 3568 Ver Texto y 3569); los de igual grado heredan al causante por cabeza y partes iguales, aunque sean distintas líneas. Así, por ejemplo, sobreviven al difunto el abuelo paterno y ambos abuelos maternos; heredan los tres por partes iguales. No hay aquí división por líneas o estirpes, como ocurre con los descendientes, por aplicación de los principios de la representación.

b) Concurrencia con el cónyuge. Los bienes propios del causante se dividen por mitades: una corresponde al cónyuge y otra a los ascendientes, que se la reparten por cabeza. En cuanto a los gananciales el cónyuge se queda con una mitad a título de socio; de la otra mitad —que es la que entra en la sucesión— le corresponde el cincuenta por ciento (50%) al cónyuge y el resto se divide entre los ascendientes por cabeza (art. 3571 Ver Texto , ref. por leyes 17711 y 23264).

c) Concurrencia con la nuera sin hijos. A la nuera que se encuentre en las condiciones fijadas por el artículo 3576 bis Ver Texto , le corresponderá una cuarta parte de lo que hubiera correspondido a su cónyuge (véase apartado b).

1120/842

842. PADRES ADOPTIVOS.— La ley 13252 negaba a los padres adoptivos, la vocación hereditaria para evitar que la adopción pudiera tener móviles subalternos. Pero en la mayor parte de los casos la solución resultaba injusta. Es poco probable que alguien adopte un hijo especulando en la eventual herencia de éste, porque lo que ocurre en el curso ordinario de la vida es que una persona por lo menos dieciocho años mayor que otra (diferencia mínima para poder adoptar), muera antes. Pero, si contrariando lo que es normal muere antes el hijo, es injusto que el padre adoptivo sea desplazado por el de sangre o por un colateral de tercero o cuarto grado que nunca se ocupó de él. Por lo general, el adoptado es una criatura desvalida y abandonada, de modo que no es posible pensar en una especulación económica. El peligro de que el adoptante pueda especular con los bienes recibidos por el adoptado de su familia de sangre, puede eliminarse excluyéndolo de esa herencia.

La solución de la ley 13252 recibió críticas poco menos que unánimes; y así fue que al dictarse la ley 17711 , se agregó un nuevo artículo, el 3569 bis Ver Texto , que reconoció la vocación sucesoria del padre adoptivo; esta disposición quedó derogada por la ley 19134 (art. 36), pero su vocación hereditaria se mantuvo.

1120/843

843.— La nueva ley distingue dos situaciones: la adopción plena y la simple.

En el primer caso, desaparece todo vínculo del adoptado con la familia de sangre y su posición jurídica es exactamente la del hijo legítimo del adoptante (art. 14). En consecuencia, el padre adoptivo hereda al hijo adoptivo. En cambio, los padres de sangre pierden su vocación sucesoria, ya que, según las palabras de la ley, el adoptado deja de pertenecer a su familia de sangre y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales (art. 14).

En la adopción simple el sistema legal es más complejo. Según el artículo 24 , el adoptante hereda ab-intestato al adoptado y es heredero forzoso en las mismas condiciones que los padres legítimos; pero ni el adoptante hereda los bienes que el adoptado hubiera recibido a título gratuito de su familia de sangre, ni ésta hereda los bienes que el adoptado hubiera recibido a título gratuito de su familia de adopción. En los demás bienes, los adoptantes excluyen a los padres de sangre.

En consecuencia, en la sucesión del hijo adoptado simplemente, deben formarse tres masas de bienes:

a) La compuesta por los bienes recibidos por el adoptado a título gratuito, de su familia de sangre; de estos bienes está excluido el adoptante aunque no hubiera ningún heredero por vínculo de sangre, de tal modo que la sucesión será deferida al Fisco; habiendo parientes de sangre, éstos heredan como si no hubiera habido adopción.

b) La compuesta por los bienes recibidos por el adoptado a título gratuito de su familia de adopción; de estos bienes están totalmente excluidos los parientes de sangre, de modo que aun en el caso de que no hubiera herederos en la familia adoptiva, aquéllos nada heredan, recibiendo la sucesión el Fisco.

c) La compuesta por los restantes bienes del adoptado. Respecto de esos bienes, los padres de adopción desplazan a los de sangre, pero si sólo hubiera padres de sangre (por haber premuerto los adoptivos) ellos heredan.

El sistema legal es, en líneas generales, justo y razonable. Cabe objetar, sin embargo, la solución que excluye a los padres adoptivos de los bienes que el adoptado hubiera recibido de su familia de sangre aun en el caso de que no haya herederos de esa familia; y que, asimismo, excluye a los parientes de sangre en los bienes recibidos por el adoptado de su familia adoptiva aunque no hubiera herederos de esta familia. La sucesión será recibida por el Fisco, lo que es injusto (ver nota 2). Como principio está bien formar masas patrimoniales separadas y que la familia adoptiva tenga preferencia sobre los bienes recibidos de ella por el adoptado y recíprocamente, que la familia de sangre sea preferida en los bienes que fueron recibidos de ella por el adoptado. Pero si no hay parientes de sangre en grado sucesorio, toda la herencia debería ser recibida por el padre adoptivo, cualquiera fuera el origen de los bienes; lo mismo cabe decir respecto de los padres de sangre, si no hubiere parientes adoptivos en grado sucesible.

Cabe agregar que la formación de estas tres masas de bienes no deja de tener sus problemas prácticos, pues los bienes suelen venderse, reemplazarse por otros y confundirse en su origen. Pero esta dificultad de prueba, que a veces puede ser seria, no es suficiente para prescindir de una solución cuya justicia es obvia.

Otra cuestión que suscita el texto legal que comentamos es la siguiente: establece que el padre adoptivo queda excluido de los bienes que el adoptado haya recibido de su familia de sangre. ¿Significa esto que tampoco hereda en los bienes recibidos por el adoptado de un hijo suyo?

Pensamos que eso significaría hacerle decir a la ley algo que no estuvo en su mente. Que lo recibido por el adoptado de su padre de sangre o de un abuelo o de un colateral revierta a su

madre u otros parientes consanguíneos, es justo. Pero que lo que el adoptado ha recibido de su hijo, pase al patrimonio de sus ascendientes de sangre y no a los padres adoptivos, contraría, creemos, el espíritu de la ley (ver nota 3)

1120/844

844.— La exclusión del padre adoptivo en los bienes recibidos por el hijo de su familia de sangre no juega cuando el adoptante hereda al adoptado en virtud del parentesco que lo liga a él. Supóngase que aquél sea tío del causante y que no haya otros parientes de sangre que lo desplacen. Su vocación sucesoria no depende en tal caso de la adopción. Si se le negara su derecho a la herencia, vendría a imponérsele un castigo por haber realizado un acto que la ley mira con beneplácito.

1120/845

845-853.— La prohibición de que el padre adoptivo herede ab intestato los bienes recibidos a título gratuito de su familia de sangre, no lo priva, por cierto, de heredarlos por disposición testamentaria; lo mismo cabe decir de los parientes de sangre respecto de los bienes recibidos por el adoptado de su familia adoptiva.

(nota 1) De acuerdo: S.T. Córdoba, 23/12/1976, J.A., 1977-IV, p. 163, con nota aprobatoria de TERÁN LOMAS; FASSI, La filiación después de las reformas de la ley 14367, L.L., t. 83, p. 893; FORNIELES, Hijos fuera de matrimonio, J.A., 1957-IV, Doctrina, p. 116; MORELLO, Derecho sucesorio de los parientes extramatrimoniales, n° 28; LÓPEZ DEL CARRIL, Sucesor del padre natural, J.A., 1961-VI, Doctrina, p. 76; ZANNONI, Sucesiones, t. 2, n° 177.

(nota 2) De acuerdo: MAFFÍA, nota en J.A., Doctrina, 1972, p. 520.

(nota 3) MAFFÍA, coincide en que ésa no ha sido la hipótesis que el legislador quiso contemplar (loc. cit. en nota anterior).

1120/10100

§ 3.— Cónyuge (ver nota 1)

1120/854

854. ANTECEDENTES HISTÓRICOS (ver nota 2).— El reconocimiento del derecho hereditario del cónyuge ha sido objeto de un largo proceso histórico. La tradición le era contraria. En el derecho romano primitivo, solamente la esposa in manu tenía vocación sucesoria, reputándose que ocupaba el lugar de una hija (loco filiae). Pero caída en desuso la manus hacia el final de la República, la esposa quedó excluida de la sucesión del marido, a menos, claro está, que él la instituyera heredera. Para atenuar este inconveniente y evitar la vacancia de las sucesiones, el pretor le concedió derechos sucesorios por vía de la bonorum possessio, pero solamente a falta de ascendientes, descendientes o colaterales. Más tarde, JUSTINIANO reconoció a la viuda pobre y sin dote derecho a la cuarta parte de los bienes del marido, aun en concurrencia con sus otros parientes, siempre que ellos fueran tres o más; si eran menos, le correspondía una parte igual. De cualquier modo, su parte no podía ser mayor que cien libras de oro; si concurría con hijos comunes, los bienes se le entregaban en usufructo; concurrendo con otros parientes, le pertenecían en propiedad (Novela 117). Independientemente de este beneficio destinado a evitar la miseria de la viuda, se reconocían al cónyuge, esposo o esposa, derechos hereditarios a falta de otros parientes (descendientes, ascendientes o colaterales) (Novela 118).

Este fue el sistema seguido fielmente por las Partidas (Partida 6, tít. 13, ley 7). También se lo siguió en Francia, en las comarcas de derecho escrito con el agregado de que también el marido gozaba de la cuarta; en las de derecho consuetudinario, la situación del cónyuge fue aún más dura, pues por lo común se le negaba todo derecho a concurrir con parientes legítimos del causante; en algunas regiones, sin embargo, se reconoció a la viuda un derecho de usufructo sobre una tercera parte de los bienes del marido. En el Código Napoleón el cónyuge era excluido por todos los parientes legítimos, incluso los colaterales; sólo en defecto de ellos heredaba (art. 767).

Esta larga resistencia a reconocer los derechos hereditarios al cónyuge, obedecía al propósito de evitar el traspaso de la fortuna de una familia a otra. Era una concepción feudal del derecho. Las fortunas (y sobre todo los bienes más importantes, que eran las tierras), se consideraban el patrimonio de una familia, se adquirían generalmente por herencia, eran el fruto de varias generaciones; se acrecentaban o disminuían paulatinamente, y rara vez eran el producto de un esfuerzo individual.

Pero cuando el capitalismo alteró de modo profundo las bases de la economía, la exclusión del cónyuge dejó de ser justa. Las fortunas se adquirían rápidamente, eran sobre todo el resultado del trabajo personal. En gran parte estaban compuestas por bienes muebles. Carecía ya de sentido reservarlos a los parientes de sangre, perjudicando al cónyuge que había colaborado con su esfuerzo y su compañía al logro de este bienestar.

La necesidad de emprender una radical reforma del sistema tradicional se hizo sentir muy vivamente en nuestro país hacia mediados del siglo pasado, cuando comenzó el gran auge

económico y surgieron de golpe multitud de grandes y pequeñas fortunas. Algunas provincias dictaron leyes favoreciendo la situación del cónyuge (La Rioja, 1855; Jujuy, 1856; Entre Ríos y Santa Fe, 1862); famosa es la de Buenos Aires, dictada en 1857, por la que se le reconoció un rango preferente a los colaterales, que quedaban excluidos por él. El Código Civil, según hemos de verlo, fue más allá todavía, reconociéndole la mitad de los bienes gananciales y permitiéndole concurrir, aun con los descendientes o ascendientes, a la herencia de los bienes propios del cónyuge premuerto.

En la legislación comparada se advierte una firme tendencia a consolidar cada vez más los derechos hereditarios de los cónyuges. Sin embargo, como un resabio de las viejas leyes, algunos códigos sólo les reconocen un derecho de usufructo, cuando concurren con descendientes o ascendientes, de tal modo que a la muerte del cónyuge supérstite el dominio se consolida en la persona de aquéllos. Con distintas variaciones y matices, es éste el sistema imperante en España (arts. 834 y sigs., Cód. Civ.), Italia (arts. 581 y sigs.), Francia (leyes del 9 de marzo de 1891 y 29 de abril de 1925); el Código suizo presenta la particularidad de ofrecer al cónyuge una opción entre un derecho de usufructo más extenso o un derecho de propiedad más reducido; así, por ejemplo, en el caso de concurrir con hijos del causante, puede optar entre el usufructo de la mitad de la herencia o la propiedad de la cuarta parte (art. 462).

1120/855

855. UBICACIÓN EN EL RANGO SUCESORIO.— Para establecer la ubicación del cónyuge en el rango sucesorio, es preciso distinguir los bienes propios de los gananciales.

En los bienes propios el cónyuge concurre con ascendientes y descendientes, y excluye a los colaterales (art. 3585 Ver Texto).

De los bienes gananciales recibe la mitad a título de socio; en la otra mitad, única que entra en la sucesión, el cónyuge es excluido por los descendientes (art. 3576 Ver Texto), concurre con los ascendientes (art. 3571 Ver Texto); y excluye a los colaterales (art. 3585 Ver Texto).

1120/856

856.— De lo dicho en el párrafo anterior se desprende que, si el causante ha dejado solamente bienes gananciales y hay descendientes, el cónyuge no hereda nada, pues según ya dijimos, la mitad de los gananciales con la cual se queda le corresponde a título de socio, y no de heredero. En otras palabras, en esta hipótesis el cónyuge pierde su calidad de heredero (ver nota 3).

856-1.— Hasta aquí hemos partido del supuesto de que la sociedad conyugal se disuelve a la época del fallecimiento de uno de los cónyuges. Pero supongamos este caso: se ha tramitado entre los cónyuges el juicio de separación; uno ha sido declarado culpable y el otro inocente (que como tal conserva derechos hereditarios respecto del culpable); la sociedad conyugal ha sido disuelta y liquidada con motivo de la sentencia de separación; el cónyuge inocente ha recibido la mitad que le corresponde como socio en los bienes gananciales. Ahora bien: muere el culpable dejando descendientes. La cuestión es ésta: ¿el cónyuge supérstite que ya recibió la mitad de los gananciales, es excluido por los descendientes en la otra mitad de los gananciales que recibió en su momento el causante?

Una primera lectura del artículo 3576 Ver Texto llevaría a contestar afirmativamente. En efecto, esa norma dispone que en todos los casos en que el viudo o viuda es llamado a la sucesión en concurrencia con descendientes, no tendrá el cónyuge sobreviviente parte alguna en la división de bienes gananciales que correspondieran al cónyuge prefallecido. Sin embargo, prevalece en nuestro derecho la solución contraria, es decir, que el cónyuge supérstite hereda también (en concurrencia con los descendientes del causante) una parte de la mitad de los bienes que al cónyuge premuerto le correspondieron en calidad de gananciales (ver nota 4). Y esto por la muy simple razón de que una vez liquidada la sociedad conyugal, los bienes que cada cónyuge recibió en carácter de gananciales, dejan de ser gananciales para convertirse en bienes propios de cada uno de los esposos. Y en los bienes propios, el cónyuge concurre por cabeza con los hijos y cuando concurre con ascendientes recibe la mitad de la herencia y la otra mitad se divide entre aquéllos.

Es necesario, sin embargo, tener en cuenta que si la separación se ha transformado en divorcio vincular, el cónyuge pierde el derecho sucesorio (art. 3574 Ver Texto).

856-2.— Supongamos ahora que la sociedad ha quedado disuelta en vida de los cónyuges, pero todavía no se ha liquidado a la muerte de uno de ellos. Compartimos la opinión de ZANNONI de que en ese caso debe aplicarse el artículo 3576 Ver Texto , porque en las relaciones entre los cónyuges subsistía la indivisión postcomunitaria y, por consiguiente, los bienes existentes en el patrimonio de cada uno de los cónyuges deben ser calificados de bienes propios o gananciales (ver nota 5).

1120/857

857. PORCIÓN HEREDITARIA.— Corresponde al cónyuge supérstite:

a) Concurrencia con descendientes. Le corresponde al cónyuge una parte igual a la de cada uno de los hijos (art. 3570 Ver Texto). En cuanto a los gananciales, el cónyuge se queda

con una mitad a título de socio y en el resto es excluido por los descendientes.

b) Concurrencia con ascendientes. En los bienes propios del causante, el cónyuge hereda la mitad, y la otra mitad la recibirán los ascendientes legítimos. En los gananciales, el cónyuge recibe, además de la mitad como socio, la mitad de la parte del difunto. El resto (o sea un cuarto de los gananciales) pasa a los ascendientes (art. 3571 Ver Texto , ref. por ley 23264).

1120/10110

A.— CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL CÓNYUGE

1120/858

858. ADVERTENCIA PREVIA.— El Código establece algunas causas de exclusión del cónyuge en la sucesión de su esposo prefallecido. Aunque el concepto es obvio, para mayor claridad de las ideas conviene decir que aquí sólo tratamos de la pérdida de la vocación hereditaria, y no de la pérdida del derecho de la mitad de los gananciales adquiridos durante el matrimonio. El derecho a la mitad de los gananciales se rige por principios propios, que han sido estudiados en otro lugar (Tratado de Derecho Civil, Familia, t. 1, Cap. V).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en nota 1456, véase POVIÑA, Sucesión de los cónyuges y de los parientes colaterales, Buenos Aires, 1973; SALAS, Derecho sucesorio del cónyuge, J.A., t. 52, p. 974; RODRÍGUEZ LARRETA, Derechos hereditarios de la mujer casada, Buenos Aires, 1892; ZANNONI, Sucesión del cónyuge, L.L., t. 134, p. 1176; BOSCAGE, Les droits des conjoints survivants dans le successions ab-intestad, Rouen, 1939; LE BRETON, Les principes de la dévolution successorale, Toulouse, 1932.

(nota 2) BIBLIOGRAFÍA: ARANGIO RUIZ, Instituciones de derecho romano, ed. Depalma, p. 613 y sigs.; BONFANTE, Instituciones de derecho romano, p. 212; DE GÁSPERI, Sucesiones, t. 3, n° 328; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, t. 1, n° 499; BOISSONADE, Histoire des droits de l'époux survivant, París, 1874.

(nota 3) SEGOVIA, t. 2, p. 542; MACHADO, t. 9, p. 334 y sigs.; CHANETON, La teoría del heredero sine re en el derecho romano y en el Cód. Civil argentino, J.A., t. 13, Doctrina, p. 33. En cambio, piensan que el cónyuge conserva su carácter de heredero (en este caso,

sine re), RODRÍGUEZ LARRETA, Derechos hereditarios de la mujer casada, p. 169; RÓMULO ETCHEVERRY, cit. por CHANETON en el estudio antes aludido; LAFAILLE, t. 2, n° 83. Véanse las críticas a la solución del Código de CHANETON y LAFAILLE, precitados. En cambio, véase en su apoyo SALAS, Derecho sucesorio del cónyuge, J.A., t. 52, p. 974.

(nota 4) C. Civ. 2ª Cap., 19/10/1939, J.A., t. 68, p. 387; C. Civ. Cap., Sala C, 12/3/1963, J.A., 1963-VI, p. 270. De acuerdo: ZANNONI, t. 2, § 861; LAGOMARSINO, nota en L.L., t. 145, p. 99; MÉNDEZ COSTA, Régimen sucesorio de los bienes gananciales, n° 134; GUAGLIANONE, Disolución y liquidación de la sociedad conyugal, n° 444.

(nota 5) ZANNONI, t. 2, § 862.

1120/10008

1.— Fallecimiento dentro de los treinta días del matrimonio (ver nota 1)

1120/859

859. EL PRINCIPIO Y LAS LIMITACIONES LEGALES Y JURISPRUDENCIALES.— Dispone el artículo 3573 Ver Texto que la sucesión deferida al viudo o viuda no tendrá lugar cuando, hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio, muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes, salvo que el matrimonio se hubiera celebrado para regularizar una situación de hecho. Veamos primero la regla general para detenernos luego en las limitaciones legales y jurisprudenciales. El propósito de la norma ha sido evitar esos matrimonios escandalosos, como los califica VÉLEZ en la nota, hechos en las antecelas de la muerte, para captar una herencia. El fin es bueno, pero el texto originario fue más allá de lo necesario, lo que ha dado lugar a una interesante jurisprudencia que ha reducido su aplicación a sus justos límites.

El artículo 3573 Ver Texto exige estas tres condiciones para excluir al cónyuge supérstite: 1) que el causante se hallare enfermo en el momento del matrimonio; 2) que muriese de esa misma enfermedad; si, por tanto, muere de otra enfermedad o de un accidente, no hay exclusión de la herencia; 3) que la muerte se produzca dentro de los treinta días del matrimonio; transcurrido este plazo, no hay ya pérdida del derecho hereditario, por más que se encuentren reunidas las otras condiciones legales.

1120/860

860.— Pero una cosa es evitar la captación de la herencia en el lecho de muerte y otra sancionar con la pérdida de los derechos hereditarios a quienes no han cometido ningún acto doloso ni repudiable al casarse con el enfermo. De ahí las siguientes y muy importantes limitaciones a la regla del artículo 3573 Ver Texto :

a) En primer lugar, no hay exclusión de la herencia, aunque se trate de un matrimonio in extremis, si se hubiere celebrado para regularizar una situación de hecho. Se trata de un agregado hecho al texto original por la ley 17711 . La hipótesis tenida principalmente en mira por la reforma es la del concubinato en que hubieran vivido los cónyuges. El originario artículo 3573 Ver Texto no contenía esta salvedad, no obstante lo cual la jurisprudencia la consagró (ver nota 2). Es una solución justa. La moral está interesada en que se regularicen las uniones de hecho; inclusive, es posible que haya hijos comunes que de esta manera quedan legitimados. Esto no es un acto vituperable, sino que, por el contrario, debe ser estimulado por la ley. Y desde otro punto de vista, es justo que la mujer que ha compartido largos años de vida con el causante y a quien éste ha elevado a la categoría de esposa, lo herede.

Es claro que será preciso demostrar un concubinato más o menos prolongado; no bastaría una unión sexual pasajera. Consideramos asimismo que, salvo casos muy peculiares, será necesario que la vida en común haya perdurado hasta el momento del matrimonio.

Es al cónyuge que pretende el mantenimiento de su vocación sucesoria a quien le corresponde la prueba del concubinato (ver nota 3).

Dijimos que la hipótesis tenida especialmente en mira al introducir el agregado al artículo 3573 Ver Texto , fue la del concubinato, que es la más frecuente. Pero la ley no se refirió expresamente al concubinato, sino que adoptó una fórmula flexible (regularizar una situación de hecho) que permite abarcar supuestos tales como el de un largo noviazgo o el del matrimonio contraído para legitimar la prole aunque no hubiera habido concubinato (ver nota 4).

b) Se ha resuelto también que debe tratarse de una enfermedad conocida por los cónyuges o manifiesta. Así, por ejemplo, si el causante falleció de un síncope cardíaco, pero ignoraba su enfermedad y aparentaba salud, el cónyuge superviviente no pierde la vocación hereditaria (ver nota 5); lo mismo se resolvió en un caso en que existía enfermedad al tiempo del matrimonio, pero nada hacía presumir el desenlace (ver nota 6).

La solución es lógica, porque la pérdida de la vocación hereditaria es una sanción que no es posible aplicar sino a quien real o verosímelmente debía saber el peligro de muerte que se cernía sobre la persona con la cual contraía matrimonio; y en este caso, nadie podía sospechar la existencia de tal peligro.

c) Por último, los tribunales han exigido que la prueba del hecho de que la enfermedad que llevó a la muerte del causante es la misma que padecía en el tiempo del matrimonio, sea clara y terminante (ver nota 7). No basta que ello resulte del certificado del Registro Civil, porque los empleados de esta oficina no están habilitados para apreciar el estado de salud, ni la gravedad del enfermo, ni la índole de sus males (ver nota 8); si el esposo padecía una enfermedad común en su edad, en el momento de contraer matrimonio, y el deceso fue súbito, sin que se sepa a ciencia cierta si murió de ese padecimiento, no hay exclusión (ver nota 9). Naturalmente, esa prueba corresponde al heredero que alega el hecho para excluir a la esposa (ver nota 10).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la general citada en la nota 1456, véase: DÍAZ DE GUIJARRO, El matrimonio in extremis y el concubinato anterior en relación a los derechos hereditarios del cónyuge superviviente, J.A., t. 48, p. 473; BOTTO, Interpretación y alcance del artículo 3573, Cód. Civil, J.A., t. 22, p. 261; CIFUENTES, Matrimonio durante la última enfermedad, J.A., Doctrina, 1972, p. 282; FERNÁNDEZ BOURREAU, Vocación hereditaria del cónyuge, J.A., 1977-III, p. 703.

(nota 2) C. Civ. 1ª Cap., 25/7/1932, J.A., t. 38, p. 1078; id. 22/11/1934, J.A., t. 48, p. 481; C. Civ. 2ª Cap., 13/6/1927, J.A., t. 25, p. 188; id. 18/10/1933, J.A., t. 43, p. 1121; id. 25/7/1946, J.A., 1946-IV, p. 224; C. Fed. Bahía Blanca, 20/12/1945; J.A., 1946-III, p. 169; Sup. Corte Buenos Aires, 28/2/1962, L.L., t. 106, p. 667 y J.A., 1962-III, p. 346. En contra: C. Civ. 1ª Cap., 17/9/1926, J.A., t. 22, p. 261, aunque, como se desprende de las citas de esta nota, este Tribunal volvió más tarde sobre ese pronunciamiento. Salvo la disidencia aislada de MACHADO, t. 9, p. 316, la doctrina nacional es unánime en sostener este punto de vista: FORNIELES, t. 2, n° 43; LAFAILLE, t. 2, núms. 92 y sigs.; DE GÁSPERI, t. 3, n° 333; RÉBORA, Sucesiones, t. 2, n° 323 DÍAZ DE GUIJARRO y BOTTO, trabajos citados en nota anterior.

(nota 3) De acuerdo: ZANNONI, L.L., t. 134, p. 1176.

(nota 4) De acuerdo: SPOTA, Sobre las reformas del Cód. Civil, p. 140; FERNÁNDEZ BOURREAU, Vocación hereditaria del cónyuge, J.A., 1977-III, p. 706; ZANNONI, t. 2, § 876. Ya sostenía esta opinión respecto del noviazgo, PRAYONES, Sucesiones, p. 184. De acuerdo: XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (1989). En contra: MAFFÍA, El derecho sucesorio en la Reforma, n° 47; POVIÑA, Sucesión de los cónyuges, n° 154.

(nota 5) C. Civ. 1ª Cap., 28/8/1931, J.A., t. 36, p. 614. De acuerdo: XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (1989).

(nota 6) Antigua C. Civ. de la Cap., Fallos, t. 103, p. 35.

(nota 7) C. Civ. 2ª Cap., 13/6/1927, J.A., t. 25, p. 188.

(nota 8) Fallo citado en nota anterior.

(nota 9) Fallo citado por DÍAZ DE GUIJARRO, nota en J.A., t. 48, p. 473.

(nota 10) C. Civ. 2ª Cap., 3/5/1950, L.L., t. 58, p. 762, y J.A., 1950-III, p. 493. La C. de Apel. de Mercedes resolvió que, presentado el caso, debe dictarse declaratoria de herederos en favor de la mujer y el que invoca la muerte dentro de los treinta días por la misma enfermedad, debe probar tales hechos por vía ordinaria (3/9/1955, J.A., 1955-III, p. 354). Esta solución no puede aprobarse sino con reservas. Cuando la captación de herencia sea evidente prima facie, no creemos que pueda dictarse declaratoria de herederos en favor de la mujer sin grave detrimento de la justicia.

1120/861

2.— Separación personal por sentencia judicial

861. EXCLUSIÓN DEL CÓNYUGE CULPABLE.— El cónyuge culpable de la separación personal pierde la vocación hereditaria (art. 3574 Ver Texto). Si ambos son culpables, quedan los dos recíprocamente privados de sucederse.

El artículo 3574 exige que haya sentencia que declare la culpabilidad, Puede ocurrir, sin embargo, que durante el trámite del juicio de separación personal, ya probada la culpabilidad de uno de los cónyuges, pero antes de la sentencia, se produzca el fallecimiento. ¿Pueden los herederos continuar la acción instaurada, para obtener la condena y con ella la exclusión de la herencia del cónyuge culpable? Una jurisprudencia reiterada ha decidido que la acción se extingue con el fallecimiento y que los herederos no pueden continuarla (véase Tratado de Derecho Civil, Familia, t. 1, nº 583). Pero, en la práctica, el problema se resuelve por otra vía. Como la iniciación de la demanda supone la separación de hecho de los cónyuges, esto permite excluir de la herencia al culpable (ver nota 1).

1120/862

862.— La reconciliación de los cónyuges hace cesar los efectos de la separación personal y permite al culpable recobrar la vocación sucesoria (ver nota 2).

1120/863

863. CÓNYUGE DECLARADO INOCENTE QUE LUEGO INCURRE EN UNA CAUSAL DE SEPARACIÓN.— Puede ocurrir que el cónyuge declarado inocente en el juicio de separación personal incurra más tarde en una causal de culpabilidad.

Se discutió en nuestra doctrina y jurisprudencia si cabía un nuevo juzgamiento de la culpa; la controversia ha quedado superada por la ley 17711 , y la ulterior reforma del artículo 3574 Ver Texto por ley 23515 , según el cual en todos los casos en que uno de los esposos conserva vocación hereditaria luego de la separación personal, la perderá si viviere en concubinato o incurriere en injurias graves contra el otro cónyuge.

¿Es necesario, para que los herederos excluyan al cónyuge supérstite, que el causante haya accionado en vida? Aunque la cuestión está discutida, no dudamos de la respuesta negativa. El artículo 3574 Ver Texto no condiciona la acción de los herederos a que ella haya sido intentada en vida, de modo que no se justifica legalmente este requisito. Además, cabe notar que si ya antes de la sanción de la ley 17711 la jurisprudencia había reconocido a los herederos el derecho de probar la inconducta del cónyuge supérstite (ver nota 3), tanto más habrá que admitirlo ahora que un texto legal lo consagra expresamente (ver nota 4).

En realidad, el artículo 3574 Ver Texto ha creado nuevas causales de indignidad, por lo cual son aplicables al caso los artículos 3297 Ver Texto y siguientes.

1120/11410

863 bis. SEPARACIÓN PERSONAL POR PRESENTACIÓN CONJUNTA.— La ley 23515 ha recogido de la ley 17711 la separación personal por presentación conjunta, que fuera regulada por la mencionada ley en el artículo 67 bis. Se discutió durante la vigencia de dicha disposición legal si podía declararse la culpabilidad de uno solo de los cónyuges cuando ambos lo declaraban así en su presentación conjunta. Terminó prevaleciendo en la jurisprudencia el criterio de que no era posible, dado que el artículo 67 bis disponía expresamente que la separación tendrá los mismos efectos que el divorcio por culpa de ambos.

Esta disposición ha sido eliminada por la nueva ley 23515 de modo que cobran renovada fuerza los argumentos de quienes sosteníamos que era posible declarar la culpa unilateral

de uno de los cónyuges cuando así lo reconocían ambos, con la consecuencia de que la separación personal decretada por el procedimiento de presentación conjunta no priva de vocación sucesoria al cónyuge declarado inocente (ver nota 5). Es claro que esa vocación sucesoria cesa si la separación personal se transforma en divorcio vincular (art. 217 Ver Texto , ref. por ley 23515).

(nota 1) Es el camino seguido prácticamente por nuestros tribunales. De acuerdo: FORNIELES, t. 2, n° 45; DE GÁSPERI, t. 3, n° 335.

(nota 2) La doctrina y la jurisprudencia son unánimes. Puede verse C. Civ. 1ª Cap., 11/5/1932, J.A., t. 38, p. 180.

(nota 3) C. Civ. Cap., Sala D, 9/5/1952, L.L., t. 67, p. 291; Sup. Corte Buenos Aires, 12/9/1961, J.A., 1962-I, p. 406.

(nota 4) De acuerdo: C.S.N., 1/9/1987, causa G-443; C. Civ. Cap., Sala E, 17/6/1975, E.D., t. 66, p. 299; MÉNDEZ COSTA, La exclusión hereditaria conyugal, n° 48; BOSSERT, nota en L.L., 1985-C, p. 874. En contra: ZANNONI, t. 2, § 883; CIFUENTES, nota en J.A., Doctrina, 1972, p. 768, n° III.

(nota 5) En ese sentido: LLAMBÍAS, Estudio de la reforma, p. 403; GOYENA COPELLO, Divorcio por mutuo consentimiento, p. 26; BELLUSCIO, Manual de Derecho de Familia, t. 1, n° 233; FERRER, Cuestiones de Derecho Civil, p. 247; REIMUNDÍN, nota en J.A., 1972-Doctrina, p. 735; MANCUSO, Examen y crítica de la reforma al Cód. Civil, t. 4, vol. 1, p. 191; MÉNDEZ COSTA, nota en J.A., t. 18-1973, p. 565; BARBERO, Daños y perjuicios derivados del divorcio, n° 31; ZANNONI, nota en L.L., t. 150, p. 378. Se pronunciaron en contra de la posibilidad de declarar la culpa de uno solo de los cónyuges; C. Civ. en pleno de la Capital, 18/5/1977, L.L., 1977-B, p. 432 (el Tribunal se pronunció por esta tesis por muy escasa mayoría: 10 votos contra 8); Sup. Corte Buenos Aires, 19/12/1978, E.D., p. 134.

1120/864

3.— Divorcio vincular

864. DIVORCIO VINCULAR.— El divorcio vincular hace cesar la vocación sucesoria recíproca (art. 217 Ver Texto , ref. por ley 23515). Esta norma que no admite excepciones, no parece justa en el caso de que hubiera mediado una simple separación personal,

transformada más tarde en divorcio vincular por pedido del cónyuge único culpable, como lo permite el artículo 238 Ver Texto (ref. por ley 23515). Pues entonces resultará que el cónyuge inocente de la separación que como tal conservaba la vocación sucesoria, la perderá por un acto unilateral del culpable.

1120/865

4.— Separación de hecho (ver nota 1)

865. LA NORMA LEGAL.— Según el artículo 3575 Ver Texto , cesa también la vocación hereditaria de los cónyuges entre sí, si estuviesen separados de hecho sin voluntad de unirse, o estando provisoriamente separados por juez competente.

La aplicación práctica de esta norma suscitó una larga cuestión. En efecto, el artículo 3575 privaba de vocación hereditaria cuando hay separación de hecho sin voluntad de unirse, pero no distinguía entre el culpable y el inocente de la separación. Durante largos años los tribunales interpretaron que, puesto que la ley no aludía para nada a la culpa, bastaba con la comprobación del hecho de la separación para poner fin a la vocación hereditaria, sin distinguir entre el culpable y el inocente (ver nota 2). Pero esta interpretación resultaba contraria al sistema establecido en el artículo 3574 Ver Texto para el caso de divorcio, que sólo sanciona con la pérdida de los derechos hereditarios al cónyuge culpable, sin que se advierta razón alguna para aplicar a una y otra situación soluciones distintas; y lo que es peor, resultaba repugnante al sentimiento de justicia. Una sanción como es la pérdida de la vocación sucesoria, debe imponerse al culpable de una conducta indigna, pero no a la víctima. La doctrina nacional levantó su protesta contra estas decisiones que aplicaban a ambos idéntica sanción (ver nota 3), lo que dio lugar a un vuelco de la jurisprudencia, que concluyó por admitir que sólo el cónyuge culpable de la separación de hecho es excluido de la herencia (ver nota 4). Esta solución fue consagrada expresamente por la ley 17711 y ratificada luego por la ley 23515 , que agregó al art. 3575 Ver Texto , el siguiente párrafo: Si la separación fuese imputable a la culpa de uno de los cónyuges, el inocente conservará la vocación hereditaria, siempre que no incurriere en las causales de exclusión previstas en el artículo 3574 Ver Texto , es decir, si viviere en concubinato o incurriere en injurias graves contra el otro cónyuge.

Pero, en la práctica, el problema suele presentar una gran complejidad, sobre todo porque se complica con cuestiones de prueba. Dejemos a éstas para más adelante; veamos ahora las directivas aplicadas por la jurisprudencia para resolver cuestiones de fondo:

a) Para que haya pérdida de la vocación hereditaria, la falta de voluntad de unirse debe existir en quien pretende derechos a la sucesión. Si, por el contrario, éste prueba que lejos de carecer de ese propósito procuró reconciliarse con el causante y demostró una voluntad permanente en ese sentido conserva sus derechos a la sucesión (ver nota 5).

En un caso se decidió que el hecho de que la esposa no haya declarado en forma muy explícita su voluntad de unirse, ni concurrido al lecho de muerte del marido, no autoriza a presumir la conformidad de ella con la separación, pues el motivo de ésta, que era la convivencia del causante con otra mujer, le impedía asumir una actitud atentatoria contra su dignidad (ver nota 6).

b) Si la separación ha sido de común acuerdo, o no pueden establecerse claramente sus causas, hay pérdida recíproca de la vocación hereditaria (ver nota 7).

c) Si el cónyuge supérstite, que ha dejado el hogar conyugal, demuestra que tenía motivos legítimos para hacerlo, conserva sus derechos (ver nota 8). Tal sería, por ejemplo, el caso de que el marido haya llevado a vivir su concubina al hogar; sería imposible pedir a la esposa que siguiera viviendo en él. Por ello se ha declarado, con razón, que la culpa de que la ley habla no consiste en la voluntad de mantener la separación, sino en el hecho que determinó esa separación (ver nota 9).

La voluntad de unirse no basta si el cónyuge separado vive en concubinato o incurriere en injurias graves contra el otro cónyuge (arts. 3574 Ver Texto y 3575).

1120/866

866.— Sin embargo, puede ocurrir que, cesado el motivo que dio lugar a la separación, el cónyuge culpable procure la reconciliación. Supongamos que el marido abandona a su esposa para vivir con otra mujer; más tarde, deja a su concubina y procura reanudar la vida conyugal, pero la esposa se opone. De acuerdo al nuevo párrafo del artículo 3575 Ver Texto , es preciso admitir que la cónyuge inocente no pierde la vocación sucesoria, porque conforme a dicho texto legal, para conservarla basta que la separación fuere imputable al otro cónyuge (ver nota 10). Y es explicable que la esposa herida en su dignidad se niegue a rehacer la convivencia.

1120/867

867. FALTA DE VOLUNTAD DE UNIRSE.— La falta de voluntad de unirse que la ley exige, supone una separación definitiva. No la hay si ella se funda en motivos de trabajo o cualquier otro, mientras los cónyuges mantengan vivo el deseo o la esperanza de reunirse. Así, por ejemplo, en un caso se decidió que no incurren en la sanción del artículo 3575 Ver Texto los cónyuges que se han separado para no quebrantar la armonía de la familia a causa de cuestiones suscitadas por los hijos de cada uno de ellos, si subsistía entre los esposos

recíproca consideración y cariño, y continuaban visitándose (ver nota 11)

1120/868

868. PRUEBA.— La falta de voluntad de unirse debe juzgarse severamente; sólo ante una prueba completa y categórica es posible admitirla (ver nota 12). Pero si se ha comprobado una real separación de hecho, incumbe al cónyuge supérstite que pretende la herencia probar que fue inocente en aquélla (art. 204 Ver Texto); de lo contrario, se presume que la culpa es común (ver nota 13). Igual conclusión se impone si no se pueden establecer claramente las causas de la separación (ver nota 14).

La circunstancia de que el causante diga en su testamento que se encuentra separado de hecho sin voluntad de unirse, no impide al supérstite probar que hubo de su parte deseos de reconciliación, o que fue inocente de la separación (ver nota 15); pero no es parte en la testamentaria, mientras no desvirtúe lo expresado en el testamento (ver nota 16). Esta solución nos parece irreprochable, pues la manifestación solemne del causante debe ser admitida como principio de prueba de la verdad de los hechos. A cargo del cónyuge supérstite queda alterar el estado de cosas que surge del testamento. No habiendo testamento, la cónyuge supérstite debe ser incluida en la declaratoria de herederos; los sucesores que pretendan que debe ser excluida por haber mediado separación de hecho, deben accionar por vía ordinaria (ver nota 17). Pero si las circunstancias del caso son tales que ponen de evidencia prima facie la separación de hecho y la culpabilidad del cónyuge (juicio de divorcio pendiente o finiquitado, hijos extramatrimoniales posteriores a la separación, etc.) debe excluirse de la declaratoria, sin perjuicio de su derecho de accionar por vía ordinaria por petición de la herencia (ver nota 18).

No corresponde dictar declaratoria de herederos a favor del cónyuge supérstite si en el sucesorio hay elementos acumulados que permitan afirmar que existe separación de hecho, debiéndose resolver primero en juicio ordinario si hay o no vocación sucesoria (ver nota 19). Sin embargo en otro caso se resolvió que no obstante estar separados de hecho, en principio le corresponde a la cónyuge el derecho de iniciar la sucesión (ver nota 20). Adviértase que el Tribunal dijo en principio, lo que significa que son las circunstancias del caso las que están determinando la solución, que se justifica a nuestro entender cuando prima facie resulta que no fue culpable o tuvo voluntad de unirse.

868-1. PERDÓN AL CÓNYUGE CULPABLE DE LA SEPARACIÓN.— Existe coincidencia en nuestra doctrina en que si el causante perdona al cónyuge culpable de la separación de hecho, éste recupera su vocación sucesoria (ver nota 21).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la general indicada en la nota 1456, véase SPOTA,

Separación de hecho entre cónyuges; sus efectos en materia sucesoria, J.A., 1942-I, p. 174; DÍAZ DE GUIJARRO, Efectos de la separación de hecho de los cónyuges, J.A., t. 20, p. 205; OVEJERO, La separación de hecho y sus efectos en el derecho a sucederse entre cónyuges, J.A., t. 42, p. 528.

(nota 2) C. Civ. 1ª Cap., 17/5/1926, J.A., t. 20, p. 205; antigua C. Civ. Cap., Fallos, t. 25, p. 366, t. 73, p. 94; t. 115, p. 96; t. 173, p. 59; Sup. Corte Buenos Aires, 26/2/1946, J.A., 1946-I, p. 586.

(nota 3) MACHADO, t. 9, p. 322; PRAYONES, Sucesiones, p. 187 y sigs.; FORNIELES, t. 2, núms. 47 y sigs.; RÉBORA, t. 2, p. 102; LAFAILLE, t. 2, n° 101; SPOTA, nota en J.A., 1942-I, p. 174; DÍAZ DE GUIJARRO, J.A., t. 20, p. 205; OVEJERO, J.A., t. 42, p. 528; BIBILONI, nota al art. 3146 del Anteproyecto. Habían sostenido antes la opinión contraria, SEGOVIA, t. 2, p. 543, nota 16; RODRÍGUEZ LARRETA, Derechos hereditarios de la mujer casada, p. 229; que hoy mantiene DE GÁSPERI, t. 3, n° 334.

(nota 4) C. Civ. Cap., Sala A, 22/5/1955, L.L., t. 80, p. 140; Sala B, 20/9/1962, J.A., 1963-IV, p. 24; Sala C, 22/7/1955, L.L., t. 79, p. 723; Sala E, 13/7/1961, causa 62.801; C. Civ. 2ª Cap., 12/2/1940, J.A., t. 69, p. 669; id. 8/6/1948, J.A., 1948-II, p. 629; C. Apel. Mercedes, 2/11/1948, J.A., 1948-I, p. 766; Sup. Corte Tucumán, 2/11/1948, J.A., 1949-I, p. 182. En la interpretación del art. 3575 Ver Texto, ha dicho la C. Civ. Cap., Sala E (14/7/1961, causa 4.508), que no debe ponerse el acento en la existencia o falta de culpa en la separación, sino en la falta de voluntad de unirse.

(nota 5) C. Civ. Cap., Sala C, 22/7/1955, L.L., t. 79, p. 723; C. Civ. 2ª Cap., 23/6/1937, J.A., t. 58, p. 375; Sup. Corte Tucumán, 2/11/1948, J.A., 1949-I, p. 182.

(nota 6) Sup. Corte Tucumán, 2/11/1948, J.A., 1949-I, p. 182.

(nota 7) C. Civ. 2ª Cap., 4/6/1940, J.A., t. 70, p. 872; id. 12/11/1941, J.A., 1942-I, p. 174; C. Apel. 2ª La Plata, 11/12/1962, E.D., t. 3, p. 950.

(nota 8) Sup. Corte Tucumán, 2/11/1948, J.A., 1949-I, p. 182; C. Apel. Mercedes, 19/12/1947, J.A., 1948-I, p. 766.

(nota 9) C. Civ. Cap., Sala C, 18/7/1978, L.L., 1978-D, p. 606 y Revista del Notariado, n° 762, p. 2327, con nota aprobatoria de ZANNONI.

(nota 10) C. Civ. Cap., Sala C., L.L., 1977-C, p. 205 y E.D., t. 77, p. 400. En nuestras primeras ediciones habíamos sostenido, en cambio, que en esta situación la falta de voluntad de unirse le hacía perder la vocación sucesoria al cónyuge inocente, a menos que éste iniciara el juicio de divorcio. El nuevo texto legal no autoriza ya tal interpretación.

(nota 11) C. Civ. 1ª Cap., 1/6/1933, J.A., t. 42, p. 528.

(nota 12) C. Civ. Cap., Sala A, 14/4/1970, L.L., t. 140, p. 196; Sala E, 15/9/1961, L.L., t. 104, p. 126; id. 13/7/1961, Doct. Jud. del 6/8/1961; C. Civ. 1ª Cap., 1/6/1933, J.A., t. 42, p. 528; id., 10/10/1946, L.L., t. 44, p. 755; id. 2/10/1990, L.L., fallo n° 89.710, con nota aprobatoria de GOWLAND.

(nota 13) C. Civ. Cap., Sala C, 21/9/1973, E.D., t. 58, p. 145; Sala D, 4/9/1964, E.D., t. 9, p. 813; Sala D, 5/9/1969, L.L., t. 140, p. 817; Sala E, 18/12/1964, E.D., t. 10, p. 753; id., 14/9/1961, L.L., t. 104, p. 126; 16/12/1959, L.L., t. 94, p. 278 y J.A., 1950-IV, p. 39; id., 14/7/1961, E.D., t. 1, p. 779; Sala F, 13/11/1973, L.L., t. 154, p. 273, J.A., t. 21, 1974, p. 543 y E.D., t. 53, p. 375; C. Civ. 2ª Cap., 4/9/1940, J.A., t. 71, p. 779; id., 8/6/1948, J.A., 1948-II, p. 629; MORELLO, nota en J.A., 1968-IV, p. 691 y sigs.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Separación de hecho entre cónyuges, p. 201.

Debemos agregar que antes de la sanción de la ley 23515, la cuestión estaba discutida y numerosos fallos habían declarado que el que pretende excluir al cónyuge separado de hecho debe probar su culpa; pero el nuevo art. 204 Ver Texto ha puesto fin a la cuestión disponiendo que el cónyuge que alega su inocencia en la separación, debe probarla.

(nota 14) C. Civ. 2ª Cap., 4/6/1940, J.A., t. 70, p. 872; id., 12/11/1941, J.A., 1942-I, p. 174.

(nota 15) C. Civ. 1ª Cap., 27/5/1942, J.A., 1942-I, p. 13; C. Civ. 2ª Cap., 5/9/1947, J.A., 1948-I, p. 504.

(nota 16) C. Civ. Cap., Sala B, 2/8/1954, J.A., 1954-IV, p. 192; Sala C, 23/12/1955, causa 38.331 (inérita); Sala D, 4/9/1964, E.D., t. 9, p. 813; C. Civ. 2ª Cap., 5/9/1947, J.A., 1948-I, p. 504. Lo contrario fue resuelto por la C. Civ. 1ª Cap., 27/5/1942, J.A., 1942-I, p. 13, quien le dio intervención en la testamentaria.

(nota 17) C. Civ. Cap., Sala C, 5/6/1952, L.L., t. 67, p. 19; C. Civ. 1ª Cap., 30/12/1937, L.L., t. 9, p. 83; C. Civ. 2ª Cap., 9/8/1937, L.L., t. 7, p. 538; Sup. Corte Buenos Aires, 18/8/1959, Acuerdos y Sentencias, 1959-II, p. 489; Sup. Corte Tucumán, 18/6/1949, J.A., 1949-IV, p. 34.

(nota 18) C. Civ. Cap., Sala D, 22/5/1963, L.L., t. 110, p. 776 y J.A., 1963-V, p. 250; id. 8/2/1954, L.L., t. 75, p. 773 y J.A., 1954-IV, p. 192. En este último caso el Tribunal consideró que bastaba la existencia de un juicio de divorcio en trámite en el que el causante imputa al cónyuge superviviente haber incurrido en causas de divorcio, para que éste deba accionar por vía ordinaria por petición de herencia, debiendo hasta entonces ser excluidos de la declaratoria. En contra, en este mismo supuesto: C. Civ. Cap., Sala C, 5/6/1952, L.L., t. 67, p. 19.

(nota 19) C. Civ. Cap., Sala D, 22/5/1963, L.L., t. 110, p. 776; J.A., 1963-V, p. 415.

(nota 20) C. Civ. Cap., Sala A, 22/2/1966. J.A., 1967-III, p. 176; L.L., t. 126, p. 67; y E.D., t. 18, p. 52.

(nota 21) MORELLO, Separación de hecho entre cónyuges, n° 213; GUASTAVINO, nota en J.A., 1968-II, p. 9, n° 11; MAFFÍA, nota en J.A., 1977-IV, p. 504; MÉNDEZ COSTA, La exclusión hereditaria conyugal, n° 83; ZANNONI, t. 2, § 893 (quien hace la salvedad de que el perdón debe surgir del mismo testamento).

1120/10018

5.— Ausencia con presunción de fallecimiento

868-2. CASO DE DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO POR NUEVO MATRIMONIO.— La declaración de ausencia con presunción de fallecimiento abre la sucesión del ausente, en la que el otro cónyuge goza de los derechos hereditarios que le corresponden por muerte del ausente. Pero supongamos que éste reaparece luego de que el cónyuge presente ha contraído nuevas nupcias, con lo que el anterior matrimonio ha quedado disuelto. Desde luego, el ausente reaparecido tiene derecho a que los que fueron declarados sus herederos —entre ellos el cónyuge— le restituyan sus bienes (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 1, núms. 286 y 294). El supuesto que ahora nos interesa considerar es el de la muerte de alguno de los ex cónyuges, cuyo matrimonio quedó disuelto por el nuevo matrimonio del cónyuge presente.

Pensamos que ambos cónyuges pierden la vocación hereditaria: el que volvió a casarse porque, al hacerlo, ha afirmado enfáticamente su voluntad de cortar todo vínculo con su cónyuge anterior y no podría luego pretender derechos a su herencia; el ausente reaparecido, porque su alejamiento sin enviar noticias durante un prolongado lapso será siempre o casi siempre culpable, y no puede reprochar a su cónyuge su decisión de disolver el vínculo. Sólo circunstancias muy excepcionales (secuestro, prisión en país enemigo) podrían hacer dudosa la solución.

1120/10120

B.— NULIDAD DEL MATRIMONIO

1120/869

869. REGLAS GENERALES.— La vocación hereditaria del cónyuge supone, como principio general, la existencia de un matrimonio válido. Pero esta regla no es absoluta, puesto que también la tiene el que ha contraído de buena fe un matrimonio nulo, hasta la sentencia de nulidad (arts. 221 Ver Texto y 222, ref. por ley 23515). Para precisar este concepto, veamos las distintas hipótesis posibles:

a) Mala fe de ambos cónyuges. No hay vocación hereditaria (art. 223 Ver Texto , ref. por ley 23515).

b) Buena fe de ambos cónyuges. Hay vocación hereditaria si el fallecimiento del causante se ha producido antes de la sentencia definitiva que declara la nulidad; si se ha producido después, no la hay. Es la solución que se desprende claramente del artículo 221 Ver Texto (ref. por ley 23515), según el cual este matrimonio produce, hasta el día en que se declara la nulidad, todos los efectos del matrimonio válido, respecto de la persona y los bienes de los cónyuges.

c) Buena fe de uno solo de los cónyuges. Hay vocación hereditaria para el cónyuge de buena fe, si el otro ha fallecido antes de la sentencia (art. 222 Ver Texto , ref. por ley 23515); el de mala fe, carece de todo derecho a la sucesión.

1120/870

870. CONFLICTO ENTRE EL CÓNYPUGE LEGÍTIMO Y EL PUTATIVO.— Si las reglas sentadas en el número anterior son claras, la vida práctica ofrece algunas hipótesis de solución muy difícil. Supóngase el caso de bigamia. Un hombre abandona a su mujer legítima y contrae nuevas nupcias con otra, ocultando su anterior matrimonio. Si el marido fallece antes de que se declare la nulidad de este segundo matrimonio, habría dos personas con vocación sucesoria: la esposa legítima y la putativa. ¿Cómo se resuelve este conflicto? La cuestión se discute en doctrina. Para algunos, ambos cónyuges tienen iguales derechos a la sucesión (ver nota 1). Conforme con un fallo de la Sala C de la Cámara Civil de la Capital, ambas esposas concurren en la siguiente proporción: dos tercios al cónyuge legítimo y un tercio al putativo (ver nota 2). Para otros, en fin, el esposo legítimo excluye al putativo (ver nota 3). Por nuestra parte, adherimos a esta solución. El derecho a la herencia,

cuando no hay matrimonio válido, tiene un carácter excepcional y es en cierta forma incongruente con la idea de la nulidad. Está bien que a la cónyuge de buena fe se le reconozca el status de esposa legítima, para no rebajarla a la categoría de concubina. Pero los derechos hereditarios constituyen un problema distinto, a tal punto que, después de la sentencia, ya no hay vocación ni para el cónyuge de buena fe. Antes de ese momento la ley se lo ha reconocido por razones de equidad, con un carácter excepcional y precario. Es natural, por tanto, que ese derecho ceda ante el cónyuge legítimo. Es ésta la solución adoptada por el Código Civil italiano (art. 584, 2º ap.), con lo que se puso fin a la controversia suscitada en aquel país (ver nota 4).

Es obvio que este problema sólo se presenta si la esposa legítima no ha perdido su vocación sucesoria por alguna de las causas que la ley establece, pues en tal caso no habría conflicto alguno (ver nota 5).

¿Qué ocurre si ambos matrimonios son anulados luego del fallecimiento del bígamo? En este caso, sin duda poco probable, habrá que dividir la herencia entre los esposos putativos por partes iguales. Nos ponemos únicamente en la hipótesis de que ambos sean de buena fe, pues si uno no lo fuera, no habría conflicto alguno, desde que él no tendría vocación sucesoria.

1120/871

871.— Hasta aquí nos hemos ocupado de la vocación sucesoria propiamente dicha. En cuanto al derecho sobre los bienes gananciales, la Sala D de la Cámara Civil de la Capital, ha resuelto el problema de la siguiente manera: la comunidad de la primera y legítima esposa abarca toda la duración del matrimonio y continúa hasta la muerte del marido, no obstante la segunda unión contraída por éste; la segunda esposa tendrá sus gananciales pero salvados que sean los de la primera esposa; o sea que mientras dura la segunda unión, el bígamo no tiene ningún derecho a los bienes adquiridos por él, puesto que una mitad corresponde a la cónyuge legítima y la otra a la putativa (ver nota 6).

(nota 1) C. Civ. 2ª Cap., G.F., t. 59, p. 42; C. Apel. Rosario, 11/12/1942; L.L., t. 29; p. 33; C. Apel. 1ª La Plata, 11/8/1944, L.L., t. 36, p. 450; FORNIELES, t. 2, nº 29; LAFAILLE, Sucesiones, t. 2, nº 89; DE GÁSPERI, Sucesiones, t. 3, nº 331; ZANNONI, L.L., 1977-B, p. 7; PLANIOL-RIPERT-ROUAST, t. 2, nº 329; BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, Des personnes, t. 3, nº 1920; DEMOLOMBE, t. 3, nº 378; MARCADÉ, t. 2, art. 202, nº 3; RICCI, t. 3, nº 76.

(nota 2) C. Civ. Cap., Sala C, 28/12/1976, E.D., t. 75, p. 494, L.L., 1977-B, p. 7, con nota

de ZANNONI, J.A., 1977-III, p. 111, con nota de MAFFÍA.

(nota 3) C. Apel. 2ª Santa Fe, 6/8/1956, Juris, t. 1, p. 490: C. Apel. Corrientes, 12/12/1960. J.A., 1961-VI, p. 231, con nota aprobatoria de GUASTAVINO; SPOTA, Tratado, Derecho de Familia, t. 2, vol. 1, p. 957; PIOTTI, Liquidación de la sociedad conyugal en caso de bigamia, p. 30 y sigs.; DEMANTE, t. 1, p. 288 bis: MAFFÍA, t. 2, n° 733; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 36, MAZZINGHI, Familia, t. 2, n° 373; MÉNDEZ COSTA, Régimen sucesorio de los bienes gananciales, p. 151. Sobre toda esta cuestión, véase la prolija nota de doctrina y jurisprudencia de MATTERA, E.D., t. 103, p. 94.

(nota 4) CICU, empero, criticaba la solución del Código con argumentos que no nos parecen convincentes (Successione legittima, p. 117).

(nota 5) CICU, loc. cit. en nota anterior.

(nota 6) C. Civ. Cap., Sala D, 18/12/1985, L.L., 1986-A, p. 254.

1120/10130

C.— NUERA VIUDA SIN HIJOS (ver nota 1)

871-1. DERECHO HEREDITARIO DE LA NUERA.— La ley 17711 introdujo un nuevo heredero, no previsto en el Código Civil. El artículo 3576 bis Ver Texto (que ha sido ratificado por la ley 23515) establece que la viuda que permaneciere en ese estado y no tuviere hijos, o si los tuvo, no sobrevivieren en el momento en que se abrió la sucesión de los suegros, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que hubieren correspondido a su esposo en dichas sucesiones. Este derecho no podrá ser invocado por la mujer en los casos de los artículos 3573 Ver Texto , 3574 y 3575. La nueva norma, tomada del artículo 2001 del Proyecto de 1936, ha querido proporcionar a la mujer que ha quedado viuda y sin hijos, algunos recursos, llamándola a una pequeña parte de la sucesión de sus suegros. La solución es justa, pues muchas veces la muerte del marido deja en el desamparo a la viuda. Si tuviese hijos, éstos heredarían a sus abuelos en representación de su padre y, durante su minoridad, la madre tendría el usufructo de esos bienes. Y si los hijos son mayores, pueden y deben ellos ayudar a su madre. Por eso la ley concede esta vocación sucesoria extraordinaria, sólo en el caso de viuda sin hijos.

La proporción que la ley le acuerda (un cuarto de la porción hereditaria del hijo), es lo bastante discreta como para no comprometer lo que le toca a los otros hijos y para ella significa una ayuda material y moral, plenamente justificada cuando se ha guardado fidelidad a la memoria del difunto, no contrayendo nuevas nupcias y llevando una vida

ordenada.

El derecho reconocido a la viuda, tiene un fundamento asistencial y se nutre de la idea de la solidaridad familiar. El carácter asistencial explica que se lo conceda a la viuda y no al viudo, porque se supone, con razón, que el hombre tiene más posibilidad de ganarse la vida que la mujer; es ésta la que a la muerte del marido suele quedar en un cruel desamparo. El fundamento asistencial del artículo 3576 bis Ver Texto no priva del derecho a la nuera con bienes de fortuna; la ley ha querido evitar odiosas cuestiones en torno a la existencia suficiente de bienes.

871-2. NATURALEZA DEL DERECHO DE LA NUERA.— La peculiaridad del derecho que la ley concede a las nueras, ha provocado divergencias respecto de su naturaleza jurídica:

a) De acuerdo con una primera opinión, la nuera es una legataria de cuota ex lege (ver nota 2). Para nosotros hay una contradicción esencial e irreparable en el concepto de legado ex lege. El legado es una disposición testamentaria; conceptualmente, está unida de modo insoluble con la voluntad del causante. No se concibe que pueda nacer de la ley. No es extraño que esta opinión haya sido desestimada por la mayoría de los autores que hasta el presente se han ocupado del tema (ver nota 3).

b) De acuerdo con una segunda opinión, la nuera es una legitimaria no heredera (ver nota 4). Se sostiene en apoyo de esta tesis, que la nuera carece de vocación al todo, característica del heredero. Ya veremos, sin embargo, que no es así, pues la tiene. Por otra parte, en nuestro derecho y no obstante el equívoco artículo 3354 Ver Texto , se admitió siempre por la opinión predominante, que la legítima es parte de la herencia, tesis que ha quedado definitivamente consagrada por la ley 17711 al suprimir dicho artículo.

c) Conforme con la opinión predominante (ver nota 5), que nosotros compartimos, la nuera es una heredera legitimaria. La circunstancia de que la ley haya fijado el quantum de la herencia con relación a otros herederos del mismo orden, no excluye el carácter hereditario. Como bien dice GUASTAVINO, la referencia legal a la cuarta parte debe entenderse con relación al supuesto de que existan otros herederos; pero si la nuera es la única pariente llamada a la sucesión y no hay tampoco heredero testamentario, debe admitirse su vocación a la totalidad (ver nota 6), es decir, que en tal supuesto desplaza al Fisco.

Este debate no es, por cierto, puramente académico. El reconocimiento del carácter de heredera de la viuda, además de la muy importante vocación potencial al todo, implica que ella puede eventualmente tener responsabilidad ultra vires si incurre en actos que entrañan la pérdida del beneficio de inventario; su vocación hereditaria está sometida a las causales de extinción establecidas en el art. 3576 Ver Texto bis, pero no a las causas de caducidad o

revocación propias de los legados; la nuera tiene derecho a intervenir en la administración y en la partición de la herencia (ver nota 7).

Debe desecharse, asimismo, la tesis de que la nuera entra a la sucesión de sus suegros por representación; se trataría según esa tesis de una representación anómala (ver nota 8). Pero la representación es una característica del derecho de los descendientes, quienes sucedan al causante en la misma parte que tenía el representado (art. 3549 Ver Texto). En nuestro caso faltan estas notas típicas de la representación; de donde surge que la nuera hereda por derecho propio (ver nota 9). La cuestión tiene importancia, porque si se tratara de una sucesión por representación, la nuera excluiría a todos los herederos excluidos por el hijo.

871-3. CONDICIONES LEGALES.— Para que la nuera pueda heredar a sus suegros, es necesario:

a) Que sea viuda al momento de la apertura de la sucesión; es irrelevante que contraiga matrimonio después de la muerte de los suegros y antes de haberse hecho la partición y adjudicación de los bienes, pues los trasposos hereditarios se producen ipso iure a la época del fallecimiento (ver nota 10). Pero cabe preguntarse qué ocurre en caso de indignidad o desheredación del marido ¿tiene derecho la nuera a su porción hereditaria? Desde luego, la solución es muy clara si el desheredado o indigno vive a la época de la apertura de la sucesión; la ley concede solamente a la viuda el derecho, de modo que es indudable que en esa hipótesis, ella queda excluida. Algo más dudosa es la solución si el marido indigno o desheredado ha premuerto. Por nuestra parte, pensamos que tampoco en este caso hereda la viuda, porque a ésta le corresponde la cuarta parte de lo que le hubiera correspondido al marido y si está excluido de la herencia, la viuda no puede pretender nada (ver nota 11).

A los efectos de la aplicación de esta norma debe reputarse viuda a la esposa cuyo marido ha sido declarado ausente con presunción de fallecimiento, siempre que el día presuntivo del fallecimiento se haya fijado en fecha posterior a la apertura de la sucesión del padre o madre del ausente (ver nota 12).

¿Conserva la vocación sucesoria la esposa cuyo matrimonio ha sido anulado, si ella era de buena fe? La respuesta negativa es, a nuestro juicio, clara; no importa que la sentencia que declara la nulidad sea anterior o posterior a la apertura de la sucesión (ver nota 13). La ley habla de viuda; y no lo es la mujer cuyo matrimonio se anuló.

Si la nuera contrae nuevo matrimonio que luego resulta anulado, igualmente pierde la vocación sucesoria respecto de su primer suegro, sea que lo contraiga de buena o de mala fe, porque en todo caso habría demostrado su voluntad de perder el derecho (ver nota 14).

b) Que la viuda no tuviere hijos o que si los tuvo, no sobrevivan a la época en que se abrió la sucesión de los suegros. La ley se refiere obviamente a los hijos habidos del matrimonio de la viuda con el cónyuge premuerto, porque sólo ellos representan a su padre en la sucesión del abuelo. Y ésta es precisamente la razón por la cual en este caso la nuera no hereda porque representando los hijos al padre premuerto, ocupan su lugar en la sucesión de su abuelo, por lo cual no habría de dónde extraer el cuarto de la viuda. En suma, la ley no quiere que la madre concorra con sus hijos a la sucesión del abuelo paterno de éstos. En consecuencia, la existencia de hijos de un matrimonio anterior no obsta a la vocación sucesoria de la viuda (ver nota 15). En cuanto a los hijos extramatrimoniales, hay que hacer una distinción: si ellos fueran anteriores al matrimonio, evidentemente no excluyen la vocación hereditaria de la viuda, haya o no tenido conocimiento el marido de la existencia de esos hijos. Pero si nacieron después, el solo hecho del nacimiento revela la inconducta moral sancionada con la pérdida del derecho hereditario, a menos que el marido, en conocimiento de los hechos, haya perdonado (ver nota 16).

En cuanto a los hijos adoptivos, si lo son sólo de la viuda, no obstan a la vocación hereditaria por las mismas razones que hemos dado respecto de los hijos de un matrimonio anterior; pero si son hijos adoptivos también del cónyuge premuerto, la viuda queda excluida, pues dichos hijos están equiparados a los de sangre y heredan por representación a los ascendientes del adoptante (arts. 14 y 25 , ley 19134) (ver nota 17).

¿Qué ocurre si los hijos comunes renuncian la herencia o son desheredados o declarados indignos? Aunque la cuestión es dudosa, nos inclinamos por reconocer el derecho sucesorio de la nuera por las mismas razones que hemos dado anteriormente respecto de los hijos de un matrimonio anterior: a los efectos sucesorios es como si esos hijos no existieran, pues no reciben nada de la herencia; y por ello recobra virtualidad el fundamento tuitivo de la norma (ver nota 18).

Si la viuda se hallare embarazada al momento de la apertura de la sucesión, su derecho dependerá ciertamente de que el hijo nazca con vida o no. Sólo en este último caso heredará (ver nota 19).

Finalmente, cabe considerar la hipótesis de que la nuera no tenga hijos, por haber prefallecido, pero sí nietos. Pensamos que como éstos heredan por representación y ocupan el lugar del padre premuerto, la nuera no hereda (ver nota 20).

c) Que la viuda no se encuentre en las situaciones previstas en los artículos 3573 Ver Texto , 3574 y 3575. Por consiguiente, no hereda si el marido premuerto hubiera fallecido dentro de los treinta días del matrimonio de la misma enfermedad que tenía al contraerlo, salvo que el matrimonio se hubiera celebrado para regularizar una situación de hecho; o si se hubiera divorciado de su marido y ella fuera declarada culpable o si, declarada inocente, hubiera incurrido con posterioridad en concubinato o injurias graves contra el otro cónyuge;

o si la nuera, inocente de la separación de hecho, hubiera incurrido en las mismas causales de exclusión mencionadas en los artículos 3573 Ver Texto , 3574 y 3575.

871-4. CONCURRENCIA CON OTROS HEREDEROS.— La cuestión no ofrece dificultad en caso de concurrencia con otros herederos a los cuales el hijo no desplaza (otros descendientes y cónyuge del causante). La solución es clarísima: la nuera toma la cuarta parte de lo que hubiera correspondido a su marido y el resto se divide entre los demás.

Algo más complicada es la solución si concurre con otros herederos a los cuales el hijo desplaza (ascendientes y colaterales). ¿Se aplica aquí el principio general del art. 3546 Ver Texto , según el cual el heredero más próximo excluye al más remoto? Indudablemente no. El propósito eminentemente tuitivo del artículo 3576 bis Ver Texto excluye esa solución. Este artículo le reconoce a la viuda sólo la cuarta parte de lo que hubiera correspondido al hijo; si éste es único y no hay otros descendientes, ni cónyuge, la herencia debe distribuirse de la siguiente manera: la nuera toma un cuarto del total y el resto se distribuye entre los demás herederos (ver nota 21).

Supongamos ahora que no haya otros herederos. En ese caso ¿tiene la nuera derecho a acrecer desplazando al Fisco? Aunque la cuestión está controvertida (ver nota 22), no dudamos de que, puesto que es heredera, tiene derecho a acrecer y por consiguiente, desplaza al Fisco.

871-5. COLACIÓN.— Ninguna duda hay de que la nuera debe colacionar las donaciones que le hubiere hecho su suegro después del fallecimiento de su marido, porque ya en esa época ostentaba la calidad de heredera potencial del causante. Tampoco es dudoso que ella no debe colacionar las donaciones que su suegro le hubiere hecho en vida de su marido, pues no siendo en esa época heredera potencial, no puede reputarse que el suegro haya tenido intención de hacer un anticipo de la herencia (ver nota 23).

Pero la solución se torna más dudosa cuando se trata de donaciones hechas por el causante a su hijo, que luego falleció. Puesto que la nuera no representa a su marido, parecería que ella está no obligada a colacionar. Sin embargo, no es así. La ley es terminante en el sentido de que a la nuera sólo le corresponde la cuarta parte de lo que le hubiera tocado a su marido en la herencia del suegro. Puesto que para calcular esa parte, deben incluirse los bienes recibidos en vida por el marido premuerto, es obvio que el cuarto que la ley le asigna a la nuera también debe ser calculado incluyendo tales bienes. De lo contrario, se producirían consecuencias injustísimas, que desvirtúan el fundamento del derecho de la nuera. Supóngase una persona que tiene dos hijos; a uno le hace adelanto total de la parte que le corresponde en la herencia, es decir, el cincuenta por ciento. Este hijo conserva o acrecienta esos bienes y a su muerte los transmite a su mujer; ésta recibirá pues esos bienes y además un cuarto del resto, con lo que el hijo vivo vendrá a recibir menos bienes que la nuera, que

ha incorporado a su patrimonio la mitad de los bienes del causante a título de única heredera del hijo premuerto y el cuarto de la mitad de los bienes dejados por el suegro a su muerte (ver nota 24).

En conclusión, la nuera debe colacionar los bienes recibidos en vida de su marido.

871-6. IINDIGNIDAD Y DESHEREDACIÓN DE LA NUERA.— La nuera puede ser declarada indigna por cualquiera de las causales establecidas en los artículos 3291 Ver Texto y siguientes, que son aplicables a todos los herederos.

Declarada indigna la nuera, ¿pueden sus hijos recoger la herencia por derecho de representación? La cuestión no puede plantearse si tuviera hijos del causante, o de un matrimonio posterior, porque en ambos casos ella queda excluida de la herencia. Pero sí se plantea si tiene hijos de un matrimonio anterior o hijos extramatrimoniales anteriores a su casamiento.

No obstante los términos generales del artículo 3301 Ver Texto , consideramos indudable que en este caso los descendientes de la nuera indigna no pueden invocar el derecho de representación. Se ha dicho ya que esta vocación hereditaria tiene carácter excepcional; que se ha concedido con un propósito asistencial y que por ello se reconoce sólo a la nuera y no al yerno. Sería contradictorio con todo ello que viniera a heredar un descendiente de la nuera (ver nota 25).

En cuanto a la desheredación, aunque la ley no ha previsto causales especiales, creemos que son aplicables por analogía las que permiten desheredar a los descendientes (art. 3747 Ver Texto). De cualquier modo, la amplitud del concepto de notoria inconducta moral, que basta para excluir a la nuera, permite comprender sin mayor violencia los supuestos de desheredación del artículo 3747.

Es aplicable a los descendientes de la nuera desheredada lo que hemos dicho respecto de los de la indigna; como éstos, no pueden representarla para pretender derechos hereditarios sobre la sucesión del suegro (ver nota 26).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: SALAS, La sucesión de la nuera, J.A., 1968-IV, Doctrina, p. 830; GUASTAVINO, Derecho sucesorio de la nuera, L.L., t. 134, p. 1343; MAFFÍA, El derecho sucesorio de la nuera, L.L., t. 134, p. 1317; MORENO DUBOIS, Naturaleza del derecho sucesorio otorgado a la viuda sin hijos, L.L., t. 132, p. 1432; GOYENA COPELLO, Acerca del derecho conferido a la nuera viuda sin hijos, L.L., t. 135, p. 1433; id., Sucesiones, t. 2, p. 535 y sigs.; VIDAL TAQUINI, Vocación sucesoria de la nuera,

E.D., t. 75, p. 805; GARBINO, El derecho hereditario de la nuera, Buenos Aires, 1976.

(nota 2) LLAMBÍAS, Estudio de la reforma del Código Civil, p. 463 y 464; MORENO DUBOIS, op. cit. en nota anterior; ZANNONI, t. 2, § 905, quien precisa su opinión diciendo que la nuera es una sucesora universal no heredera.

(nota 3) Véase en este sentido, SALAS, GUASTAVINO y MAFFÍA, op. cit. en nota; y LÓPEZ DEL CARRIL, Derecho sucesorio, p. 88.

(nota 4) GUAGLIANONE, La preterición de legitimarios, p. 46; MAFFÍA, El derecho sucesorio de la nuera, L.L., t. 134, p. 1317. Por el contrario, las VIª Jornadas de Derecho Civil (Santa Fe, 1977) declararon que no existe en nuestro derecho civil la posibilidad de legitimario no heredero. De acuerdo con esta tesis, REQUEIJO, El legitimario no heredero y las VIª Jornadas de Derecho Civil, E.D., t. 77, p. 851.

(nota 5) En este sentido: C. Civ. Cap., Sala F, 9/3/1972, L.L., t. 149, p. 350; id., 13/9/1974; E.D., t. 57, p. 411; C. Apel. Junín, 30/6/1969, L.L.; t. 140, p. 537, con nota aprobatoria de GUASTAVINO; C. Apel. Santa Fe, 25/4/1973; J.A., t. 19, 1973, p. 755 y L.L., t. 150, p. 584; GUASTAVINO, L.L., t. 134, p. 1343; LÓPEZ DEL CARRIL, Derecho sucesorio, p. 88; SALAS, J.A., 1968-IV, p. 830; POVIÑA, Sucesiones de los cónyuges y de los parientes colaterales, núms. 69 y sigs.; VIDAL TAQUINI, Vocación sucesoria de la nuera, E.D., t. 75, p. 805, nº 5; SPOTA, Sobre las reformas al Código Civil, p. 134; GARBINO, El derecho hereditario de la nuera, p. 42; PÉREZ LASALA, t. 2, nº 78.

(nota 6) GUASTAVINO, loc. cit., en nota anterior.

(nota 7) GUASTAVINO, loc. cit., en nota anterior.

(nota 8) GOYENA COPELLO, L.L., t. 133, p. 1077.

(nota 9) Es la opinión corriente: GUASTAVINO, L.L., t. 134, p. 1343, nº 10; SALAS, J.A., 1968-IV, p. 830, nº 2; MORENO DUBOIS, L.L., t. 132, p. 1432; LÓPEZ DEL CARRIL, Derecho sucesorio, p. 88; DE GÁSPERI, nota al art. 3296 de su Anteproyecto.

(nota 10) GUASTAVINO, L.L., t. 134, p. 1343, nº 14; ZANNONI, § 913.

(nota 11) En contra: GUASTAVINO, L.L., t. 134, p. 1343, ZANNONI, t. 2, § 912;

GARBINO, t. 89.

(nota 12) De acuerdo: MAFFÍA, El derecho sucesorio en la reforma, n° 63; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 80.

(nota 13) En cambio MAFFÍA, loc. cit., cree que si la sentencia de nulidad es posterior a la apertura de la sucesión, la mujer hereda.

(nota 14) De acuerdo: GOYENA COPELLO, L.L., t. 135, p. 1432; GARBINO, p. 73.

(nota 15) C. Apel, 1ª La Plata, 10/4/1973, J.A., 1974, t. 20, p. 614, con nota aprobatoria de MAFFÍA; GUASTAVINO, op. cit. en nota 1519, n° 15; SALAS, J.A., 1968-IV, p. 830, n° 6; MORENO DUBOIS, L.L., t. 132, p. 1432; LLAMBÍAS, Estudio de la reforma, p. 464; GARBINO, El derecho hereditario de la nuera, p. 75 y 83; ZANNONI, t. 2, § 913.

(nota 16) De acuerdo: GARBINO, El derecho hereditario de la nuera, p. 85, quien excluye con razón el supuesto de que el hijo fuera habido como fruto de un delito de violación.

(nota 17) Modificamos así la opinión sostenida en nuestra 3ª edición que estaba fundada en los textos de la ley 13252, ahora sustituida por la ley 19134.

(nota 18) De acuerdo: LLAMBÍAS, Estudio de la reforma, p. 466; GUASTAVINO, t. 134, p. 1343, n° 15; SALAS, J.A., 1968-IV, p. 830, n° 6; GARBINO, p. 8. En contra: LÓPEZ DEL CARRIL, Derecho sucesorio, p. 90; MAFFÍA, El derecho sucesorio en la reforma, n° 63; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 80.

(nota 19) De acuerdo: MAFFÍA, Derecho sucesorio en la reforma, n° 63, in fine; ZANNONI, t. 2, § 913.

(nota 20) De acuerdo: GUASTAVINO, op. cit. en nota anterior, n° 16; SALAS, J.A., 1968-IV, p. 830, n° 6; LLAMBÍAS, Estudio de la reforma, p. 406; GARBINO, p. 88.

(nota 21) De acuerdo: ZANNONI, t. 2, § 910; VIDAL TAQUINI y GUASTAVINO, loc. cit. en nota siguiente.

(nota 22) En el sentido de que desplaza al Fisco: C. Civ. Cap., Sala F, 9/3/1972; Sup. Corte Buenos Aires, 15/4/1980, J.A., 1980-IV, p. 32; GUASTAVINO, nota en L.L., t. 134, p. 1343, n° 18; GARBINO, El derecho hereditario de la nuera, p. 45 y 63; VIDAL TAQUINI, Vocación sucesoria de la nuera, E.D., t. 75, p. 805, n° 3; LÓPEZ DEL CARRIL, Derecho sucesorio, p. 89; ASTUENA, Revista del Notariado, n° 778, p. 1502; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 30, E.

En contra, sosteniendo que la nuera no desplaza al Fisco: C. Civ. Cap., en Pleno, 29/8/1983, E.D., t. 105, p. 524 y L.L., 1983-D, p. 176 (véase empero la importante disidencia de la minoría, particularmente el voto del Dr. Cifuentes); C. Civ. Cap., Sala D, L.L., 1978-B, p. 541, con nota aprobatoria de GOYENA COPELLO; MAFFÍA, El derecho sucesorio en la reforma, n° 61 y 62; LLAMBÍAS, Estudio de la reforma, p. 463; MORENO DUBOIS, L.L., t. 132, p. 1432.

(nota 23) GUASTAVINO, op. cit. en nota anterior; GARBINO, p. 100; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 82. En contra: ZANNONI, t. 2, § 907.

(nota 24) De acuerdo: GUASTAVINO, loc. cit. en nota anterior; GARBINO, p. 99; ZANNONI, t. 2, § 907.

(nota 25) De acuerdo: GARBINO, p. 122.

(nota 26) De acuerdo: GARBINO, p. 124.

1120/10140

§ 4.— Colaterales

1120/872

872. RANGO Y PORCIÓN SUCESORIA.— Ante todo, es preciso decir que, consecuente con su filosofía, la ley 23264 ha eliminado toda distinción entre colaterales legítimos y extramatrimoniales. Esta solución tiene una importante ventaja práctica: ha concluido con los complejos problemas a que daba lugar la sucesión de los colaterales ilegítimos (ver nota 1).

Los colaterales no heredan habiendo descendientes, ascendientes o cónyuge; el derecho queda limitado hasta el cuarto grado inclusive (art. 3585 Ver Texto , ref. por ley 17711). El Código Civil reconocía el derecho sucesorio hasta el sexto grado.

Los colaterales más próximos excluyen a los más lejanos, salvo el derecho de representación de los descendientes de los hermanos (art. 3585 Ver Texto). Los descendientes de los demás colaterales no tienen derecho de representación (véase nº 809). Los de igual grado heredan por cabeza (art. 3585).

1120/873

873.— Según el sistema del Código Civil, los hermanos de padre y madre excluían en la herencia del hermano al medio hermano (art. 3586 Ver Texto). Ejemplo: A, B y C son hermanos, nacidos el uno del primer matrimonio del padre, y los dos últimos del segundo. Muere B; C excluye a A de la herencia. Es lo que se conoce como privilegio de doble vínculo, que era una regla tradicional en nuestro derecho, pues contenida ya en la Novela 118, pasó a la antigua legislación española (Partida 6, tít. 13, ley 4; Fuero Juzgo, lib. 4, tít. 2 y 4, leyes 2, 3 y 5). Aunque tradicional, la solución era injusta. La ley 17711 modificó el artículo 3586 Ver Texto de la siguiente forma: El medio hermano, en concurrencia con los hermanos del padre y madre, hereda la mitad de lo que corresponde a éstos. Es la solución admitida por la mayor parte de los códigos modernos (Cód. Civ. francés, art. 752; italiano, art. 570; español, art. 949; portugués, art. 2001; mexicano, art. 1631; brasileño, art. 1614; uruguayo, art. 1027; chileno, art. 990; peruano, art. 829) y había sido propiciada por nuestros proyectos de reformas (Anteproyecto, art. 3586; Proyecto de 1936, art. 2007, inc. 2º, Anteproyecto de 1954, art. 730). Otros códigos, en cambio, asignan al medio hermano iguales derechos que al hermano de doble vínculo (Cód. Civ. venezolano, art. 829, inc. 3º; colombiano, art. 1051).

Va de suyo que, si no existen hermanos de doble vínculo, los medio hermanos se reparten la herencia por partes iguales (art. 3587 Ver Texto).

La regla del artículo 3586 Ver Texto se aplica sólo a los hermanos y no a los otros colaterales; en un caso se declaró que los tíos hermanos bilaterales del padre del causante no excluyen a los tíos que sólo eran hermanos unilaterales del padre (ver nota 2). Aplicada al nuevo régimen, esta jurisprudencia significa que ellos heredan porciones iguales.

1120/874

874.— Los descendientes de los hermanos o medio hermanos se reparten la herencia de acuerdo con las reglas del derecho de representación (art. 3587 Ver Texto).

1120/875

875-880. COLATERALES ADOPTIVOS.— En la adopción plena, el hijo adoptivo toma exactamente la posición de hermano de sangre con todos los derechos de tal. Ese parentesco lo tiene tanto respecto de los hijos de sangre del adoptante, como de los otros hijos adoptivos del mismo adoptante.

En la adopción simple, el hijo adoptivo carece de derechos hereditarios respecto de los hijos de sangre del adoptante, dado que esta adopción sólo crea vínculos de parentesco ente el adoptante y el adoptado, vínculo que no se extiende a los otros parientes del adoptante (art. 20 , ley 19134). En cambio, los hijos adoptivos de un mismo adoptante se reputan hermanos entre sí (art. 20 , ley 19134). Esto significa que entre ellos existe la misma vocación sucesoria que entre los hermanos por naturaleza (ver nota 3).

Tanto en la adopción plena como en la simple juega el privilegio del doble vínculo (véase nº 873); es decir, que si existen tres hijos adoptivos, dos de ellos adoptados por madre y padre y uno de ellos sólo por el padre, se aplica la solución del artículo 3586 Ver Texto (ref. por ley 17711) (ver nota 4).

(nota 1) Sobre este tema puede verse nuestra 5ª edición, núms. 876 a 880.

(nota 2) Sup. Trib. Misiones, 15/9/1958, J.A., 1960-V, p. 371, con nota aprobatoria de POVIÑA.

(nota 3) POVIÑA, Sucesión de los cónyuges y de los parientes colaterales, nº 231.

(nota 4) De acuerdo: MAFFÍA, nota en J.A., Doctrina, 1972, p. 521.

1120/10150

§ 5.— Sucesión del Fisco; herencias vacantes (ver nota 1)

1120/881

881. DERECHO DEL FISCO A LAS HERENCIAS VACANTES.— Cuando no hay parientes con derecho a la sucesión, o no se presentan a recogerla, o la renuncian, la sucesión se reputa vacante y sucede el Fisco.

Según el artículo 3539 Ver Texto la reputación de vacancia ocurrirá cuando después de citados por edictos durante treinta días a los que se crean con derecho a la sucesión, o después de pasado el término para hacer el inventario y deliberar, o cuando habiendo repudiado la herencia el heredero, ningún pretendiente se hubiese presentado. Cabe señalar la extraña mención de haber pasado el término del inventario y deliberación que parecía indicar que tal vencimiento obliga a tener al heredero como renunciante, cuando no es así (véase n° 318); en verdad, esa hipótesis nada tiene que ver con la vacancia de la herencia y debe considerarse no escrita.

1120/882

882.— El texto citado habla de que los pretendientes deben presentarse dentro del plazo de treinta días. Es obvio que significa que deben justificar su título, pues no podría bastar la mera presentación de quien invoca un derecho hereditario, pero no lo justifica. Empero, a veces el término de un mes es muy breve para acompañar la documentación que acredita el parentesco, sobre todo si es necesario agregar partidas extranjeras. Los jueces otorgan plazos razonables para que esas diligencias puedan cumplirse (ver nota 2). Pero, vencidos ellos, se declara la vacancia de la sucesión.

1120/883

883. NATURALEZA DEL DERECHO DEL FISCO.— Hemos aludido en otro lugar a la naturaleza del derecho del Fisco a las sucesiones vacantes, que suele ser objeto de controversias en la doctrina extranjera (ver nota 3). En la nuestra no cabe ninguna duda, porque los textos son claros: el Fisco no es un heredero sino que recibe el acervo sucesorio a título de dueño de los bienes vacantes. Remitimos sobre el punto al número 42.

1120/884

884. DESIGNACIÓN DE CURADOR.— Producida la vacancia, todos los que tengan reclamos que hacer contra la sucesión pueden solicitar se nombre curador de la herencia (art. 3540 Ver Texto). Según el artículo 6°, ley 4124, en la Capital Federal la curatela corresponde de pleno derecho al representante del Consejo de Educación, de tal modo que no se requiere designación especial. Las provincias han dictado disposiciones análogas en favor de los consejos locales de educación.

1120/885

885. INTERVENCIÓN DE LOS CÓNSULES EXTRANJEROS.— El artículo 1º, ley 163, concede a los cónsules extranjeros el derecho de intervenir en la sucesión de sus connacionales fallecidos en el país, sin dejar ascendientes, descendientes o cónyuges. El artículo 13 de la misma ley exige reciprocidad: los derechos que por esta ley se reconocen sólo serán acordados a las naciones que concedan iguales derechos a los cónsules y ciudadanos argentinos. Aun con esta reserva, la intervención de los cónsules extranjeros en las sucesiones vacantes es una anomalía, que sería bueno suprimir. Una fuerte corriente doctrinaria sostiene que esa ley ha quedado derogada por el Código Civil, que es posterior y cuyo artículo 22 Ver Texto dispone que “lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este Código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil, aunque anteriormente una disposición semejante hubiera estado en vigor, sea por una ley general, sea por una ley especial” (ver nota 4); pero la jurisprudencia ha mantenido esa intervención, considerando que la ley sigue vigente (ver nota 5).

La intervención consular queda estrictamente limitada a las medidas conservatorias y al nombramiento de un representante (art. 3º, ley 163). Su actuación, por lo demás, es conjunta con la del curador y representante del Consejo (ver nota 6).

1120/886

886. DERECHOS Y DEBERES DEL CURADOR.— El curador es el representante de la sucesión y, por tanto, le son aplicables, en principio, las reglas del mandato. Como medida de orden y de seguridad para los eventuales derechos que posteriormente pudieren presentarse, así como de los acreedores, el Código le ordena, en primer término, la confección de un inventario ante un escribano y dos testigos (art. 3541 Ver Texto). Al mismo tiempo, y siempre que sea posible, debe hacerse el avalúo (art. 734 Ver Texto , Cód. Proc.). La ley no ha dispuesto, sin embargo, como hubiera sido de desear, cuáles son las sanciones en que incurre el curador que no hubiera cumplido con esta obligación primordial. Entendemos que debe hacérselo responsable de los daños y perjuicios que para terceros pudieran resultar de su negligencia (ver nota 7).

1120/887

887.— Como regla general, el artículo 3541 Ver Texto establece que el curador ejerce activa y pasivamente todos los derechos hereditarios y sus facultades y deberes son los del heredero que ha aceptado la herencia con beneficio de inventario. Puede, por tanto, estar en juicio como actor y demandado, debe sustentar las demandas tendientes a evitar la prescripción o prevenir la insolvencia de los deudores, tiene derecho a hacer reparaciones necesarias o urgentes destinadas a la conservación de los bienes (art. 3383 Ver Texto); puede enajenar los bienes sucesorios (solamente en las condiciones de los arts. 3391 Ver Texto y sigs.); no puede constituir hipoteca u otros gravámenes reales, ni hacer transacciones, ni someter a árbitros sin autorización judicial (art. 3390 Ver Texto); es

responsable de toda falta grave en su administración (art. 3384 Ver Texto).

Pero no ha de creerse que la situación de ambos sea idéntica; no podría ser la misma, pues mientras el curador es un simple representante de la herencia, el beneficiario es heredero. Las principales diferencias son las siguientes: a) el heredero beneficiario administra con más libertad porque tiene derecho a recibir las sumas que se deben a la sucesión (art. 3383 Ver Texto), en tanto que el curador no puede hacerlo, debiendo los deudores hacer sus pagos mediante depósito judicial; b) tampoco está autorizado a realizar pagos ni a enajenar privadamente sus bienes; tales actos serían nulos; por el contrario, los realizados por el heredero beneficiario son válidos; si bien le hacen perder el beneficio (ver nota 8). Salvo estas diferencias, deben aplicarse los artículos 3382 Ver Texto y siguientes en lo que atañe a sus facultades (véase núms. 344 y sigs.).

1120/888

888. ACTOS REGULARES DEL CURADOR.— Los actos regulares del administrador son plenamente válidos y deben ser respetados por quienes tengan derecho a los bienes. En este sentido dispone el artículo 3542 Ver Texto que, establecido el curador de la sucesión, los que después vengán a reclamarla están obligados a tomar las cosas en el estado en que se encuentren por efecto de las operaciones regulares del curador.

Si, por el contrario, éste se hubiera excedido en sus atribuciones, sus actos serán nulos (ver nota 9), sin perjuicio de su responsabilidad personal por los daños que ocasionare.

En el Proyecto de 1936 se añade un atinado párrafo que entendemos es de plena vigencia actual, pues no hace sino poner en claro la posición jurídica en que se encuentra el que se presenta reclamando la herencia: “Si posteriormente se presentare alguna persona reclamando la sucesión declarada vacante, se procederá como en el caso de petición de herencia contra un heredero aparente” (art. 1984).

1120/889

889. PAGOS A LA SUCESIÓN.— El curador no puede recibir pagos de créditos de la sucesión, ni el precio de las cosas que se vendieron (art. 3541 Ver Texto). Esta norma ha sido refirmada por una clara disposición contenida en el artículo 3543 Ver Texto : Los pagos que hicieren los deudores hereditarios al curador de la herencia, no los eximen de sus obligaciones, a no ser que la suma pagada por ellos se hubiese convertido en beneficio de la sucesión.

Se desea evitar que el curador pueda entrar en posesión de los bienes y eventualmente disponer de ellos sin la intervención judicial, con lo que podría perjudicarse, bien a los derechohabientes que luego se presentasen, bien a los acreedores, bien al Fisco. La única excepción legal es el caso de que los fondos se hubieran invertido de modo que resultare un beneficio para la sucesión, porque entonces nadie podría invocar un perjuicio, ni sería justo que el deudor fuera obligado a pagar dos veces. La ley sólo exige que la inversión haya sido beneficiosa, pero no que el beneficio se mantenga en el momento de entregarse los bienes a quien tenga derecho a ellos. Así, por ejemplo, si se invirtieron en la reparación de un edificio, que luego se ha derrumbado por otra causa cualquiera (por ej., un incendio, una inundación), nada podrán reclamar los derechohabientes, aunque en definitiva ellos no reciban beneficio alguno de la inversión.

1120/890

890. DECLARACIÓN DE VACANCIA.— En todo juicio de herencia vacante hay dos períodos: uno en que la vacante simplemente se presume: durante él se designa el curador, se toman todas las medidas de conservación que hemos estudiado en los números anteriores; el otro, en que la herencia se declara vacante.

Dice el artículo 3544 Ver Texto que: cuando no hubiere acreedores a la herencia, y se hubiesen vendido los bienes hereditarios, el juez de la sucesión, de oficio o a solicitud fiscal, debe declarar vacante la herencia, y satisfechas todas las costas y el honorario del curador, pasar la suma de dinero depositada al Gobierno nacional o al Gobierno provincial.

La presunción de vacancia se mantiene, por tanto, sin carácter definitivo, mientras haya pretendientes de la herencia que se encuentren en pleito con el curador. Concluido el pleito en contra de las pretensiones del demandante, y pagadas sus deudas a los acreedores, la herencia se considera definitivamente vacante y los bienes pasan al Fisco. Ello sin perjuicio, naturalmente, de que con posterioridad algún heredero pueda instaurarle a éste juicio por petición de herencia.

1120/891

891.— Aunque del artículo 3544 Ver Texto , anteriormente transcripto, pudiera desprenderse la impresión de que todos los bienes vacantes deben ser realizados y que el Fisco sólo puede incorporar su precio a su patrimonio, ello no es así y no podría serlo, porque no hay razón alguna para obligarlo a venderlos, si estimara más conveniente quedarse con ellos. Es lo que resulta claramente del artículo 3588 Ver Texto , según el cual al Fisco le corresponden los bienes del difunto, sean raíces o muebles (ver nota 10).

1120/892

892. FRUTOS.— Si durante la presunción de vacancia, o después de declarada ella, se presentasen herederos legítimos o testamentarios y el Fisco se ve obligado a restituir los bienes, se lo considera poseedor de buena fe y no está obligado a restituir los frutos (ver nota 11).

1120/893

893. RESPONSABILIDAD INTRA VIRES.— En caso de que las deudas de una sucesión vacante excedan el monto de los bienes, el Estado responde solamente hasta el valor de ellos (art. 3589 Ver Texto). Es una solución impuesta por el buen sentido; la responsabilidad ultra vires sólo se concibe respecto de los herederos; no sería posible aplicarla, por tanto, a quien no es heredero y recibe solamente el saldo de la sucesión en su carácter de dueño de los bienes vacantes.

1120/894

894. GASTOS DE SEPELIO Y DE RITOS RELIGIOSOS HECHOS POR TERCEROS.— En caso de vacancia, el Estado responde por los gastos realizados por un tercero en concepto de sepelio del causante o de ritos religiosos, aun en el caso de que éstos fueran posteriores a la inhumación, si se adecuan a la condición jurídica del de cuius (ver nota 12).

1120/895

895. DERECHOS DEL DENUNCIANTE DE BIENES VACANTES.— Con el propósito de promover la denuncia de bienes vacantes, el Estado reconoce a los denunciante un porcentaje sobre el valor líquido de los bienes incorporados definitivamente al patrimonio estatal (decreto 15698 del 8 de agosto de 1951).

Las reglas fundamentales sobre este derecho son las siguientes:

1120/896

896. a) Quiénes pueden ser denunciante.— Puede ser denunciante cualquier persona de existencia visible o jurídica que no tuviera obligación legal de poner en conocimiento del Ministerio de Educación la existencia de bienes vacantes (art. 1º, decreto 15698). No

podrán ser considerados denunciante: 1) los abogados, procuradores y funcionarios del Ministerio de Educación; 2) los funcionarios o empleados que por razón de su oficio hubieran llegado a conocer la existencia de bienes vacantes; 3) las personas de existencia visible o jurídica que por tener en su poder bienes pertenecientes a una sucesión, se hallaran imposibilitadas de hacer entrega o transferencia de los mismos sin mandato judicial; 4) las personas que denunciaren la existencia de bienes o valores que, no obstante pertenecer al erario escolar, hubieran ingresado a la Caja de cualquier otra dependencia del Estado (art. 2º, decreto 15698).

De conformidad a lo dispuesto por esta norma, se ha declarado que el curador del causante insano no tiene derecho a recibir la compensación del denunciante, puesto que tiene la obligación legal de hacer la denuncia de bienes (ver nota 13).

1120/897

897. b) Porcentaje de retribución.— El porcentaje de retribución que corresponde al denunciante, deberá ajustarse a la siguiente escala calculada en pesos moneda nacional.

1 a 10.000 - 20%

10.000 a 50.000 18%

50.000 a 100.000 16%

100.000 a 200.000 14%

200.000 a 300.000 12%

300.000 en adelante 10%

Esta escala se calcula sobre el producto líquido (art. 8º, decreto 15698), entendiéndose por tal la suma neta que ingresare al tesoro escolar después de descontadas las deudas y cargas de la sucesión y los gastos causídicos (art. 9º). Cuando el Ministerio de Educación resolviera mantener ilíquidos los bienes, el porcentaje correspondiente al denunciante se determinará sobre la tasación judicial hecha en autos, previas las deducciones antes aludidas (art. 10).

1120/898

898. c) Prioridad de la denuncia.— Existiendo varias denuncias sobre los mismos bienes, la primera excluirá a las demás (art. 5º, decreto 15698).

1120/899

899. d) Carácter intransferible de la retribución.— La retribución al denunciante, es intransferible por contrato; sólo se acuerda personalmente al denunciante y a sus sucesores mortis causa (art. 14, decreto 15698).

1120/900

900. e) El denunciante no es parte en el sucesorio.— El denunciante no es parte en el sucesorio (ver nota 14); carece de título para iniciarlo y no puede pretender honorarios por el escrito presentado con tal objeto (ver nota 15).

1120/901

901. f) Obligación de prestar fianzas.— Para poder percibir el porcentaje, el denunciante deberá prestar fianza personal o real, a satisfacción del Ministerio de Educación por el monto percibido, para el caso de que hubiese obligación de restituir la suma ingresada a rentas generales en concepto de herencia vacante (art. 15, decreto 15698). Pero si más tarde, y no obstante la fianza, el Estado no pudiera obtener la restitución pagada, ese pago debe pesar sobre él y no sobre el heredero que obtuvo la devolución de los bienes (ver nota 16).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Véase además de la citada en nota 1456; AUBURTIN, *L'Etat heritier*, París, 1929; CHAVALIER, *L'évolution des droits de l'Etat dans les successions et la question de l'héritage*, París, 1925; MONTIGNY, *Les droits de l'Etat en matière successorale*, París, 1937; PETITEAU, *L'Etat héritier*, Besançon, 1929.

(nota 2) C. Civ. 1ª Cap., 20/6/1921, J.A., t. 6, p. 603; C. Civ. 2ª, 1/5/1919, J.A., t. 3, p. 383.

(nota 3) Véase sobre este punto autores citados en nota 1539.

(nota 4) FORNIELES, t. 2, n° 61; PRAYONES, p. 514; GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 483; SARMIENTO LASPIUR, Los cónsules extranjeros en las sucesiones de sus connacionales ante el derecho argentino, Boletín del Ministerio de Relaciones Exteriores, t. 32, p. 1; QUESADA, Dictamen fiscal, J.A., t. 13, p. 457; ROMERO DEL PRADO, Derecho Internacional Privado, t. 2, p. 237. En cambio piensan que no está derogada: LAFAILLE, t. 2, n° 150, nota 49; REBORA, t. 1, n° 123.

(nota 5) C.S.N, Fallos, t. 124, p. 44; id., Fallos, t. 139, p. 328; C. Civ. Cap., Sala A, 5/11/1959, causa 55.015; C. Civ. 2ª Cap., 2/7/1924, J.A., t. 13, p. 453; id., 27/8/1924, J.A., t. 13, p. 818; C. Civ. 1ª Cap., 22/10/1935, J.A., t. 48, p. 140.

(nota 6) Véase fallos citados en nota anterior.

(nota 7) De acuerdo: FORNIELES, t. 2, n° 60.

(nota 8) FORNIELES, t. 2, n° 60; LAFAILLE, t. 2, n° 155.

(nota 9) MACHADO, t. 9, p. 257, nota; FORNIELES, t. 2, n° 60.

(nota 10) De acuerdo: ZANNONI, t. 2, § 920; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 94; FORNIELES, t. 2, n° 62.

(nota 11) C. Civ. 2ª Cap., 18/2/1938, J.A., t. 61, p. 460. De acuerdo: FORNIELES, t. 2, n° 65; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 94.

(nota 12) C. Civ. Cap., Sala A, 30/8/1956, causa 29.106 (inédita).

(nota 13) C. Civ. Cap., Sala C, 25/6/1951, L.L., t. 63, p. 542.

(nota 14) C. Civ. Cap., Sala B, 5/6/1952, causa 6691 (inédita).

(nota 15) C. Civ. Cap., Sala A, 16/8/1960; causa 67.172 (inédita); Sala D, 6/11/1953, causa 16.544 (inédita).

(nota 16) C. Civ. Cap., Sala A, 18/9/1951, causa 28.713 (inédita).

1120/10160

CAPÍTULO XI - LA LEGÍTIMA (ver nota 1)

1120/10170

§ 1.— Conceptos generales

1120/902

902. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.— En el derecho romano primitivo, rigurosamente individualista, el testador tenía ilimitados poderes para disponer de sus bienes. Ninguna porción de la herencia estaba reservada necesariamente a sus hijos ni a su cónyuge. Esta situación se mantuvo hasta fines de la República. Ya por entonces, pareció chocante al sentimiento de justicia esta facultad sin restricciones para disponer de los bienes, que permitía dejar en la miseria a los hijos, sin ninguna razón fundada y por simple arbitrio caprichoso del padre. Se introdujo por aquella época un remedio que se llamó querella inofficiosi testamenti. Se partía de la ficción de que una exclusión injusta sólo podía emanar de una mente enferma; no era que se reputase demente al testador, ni que hubiera que producir la prueba de que éste lo estaba; bastaba esa simple apariencia de insania (color insaniae) derivada de la irrazonabilidad del acto, para que se hiciese lugar a la acción. El resultado era la caída de todo el testamento; los bienes se distribuían entonces como si aquél hubiera fallecido intestado. Recién en el derecho justineano, la legítima adquiere su configuración moderna; ya no cae todo el testamento, sino que el heredero forzoso tiene derecho a reclamar una parte de la herencia de la cual no puede ser privado sin justas causas.

1120/903

903. CONCEPTO.— Legítima es la parte del patrimonio del causante de la cual ciertos parientes próximos no pueden ser privados sin justa causa de desheredación, por actos a título gratuito.

Esta definición requiere explicaciones. Aunque el Código dice que la legítima es una parte de la herencia (art. 3591 Ver Texto), en rigor, el concepto es más amplio. Porque para calcular la legítima no se considera únicamente la herencia, es decir, el patrimonio dejado al fallecer, sino también los bienes donados en vida por el causante. Por lo tanto, los herederos forzosos, no sólo pueden atacar el testamento que ha afectado su porción legítima, sino también las donaciones.

No gozan de este privilegio todos los parientes con derecho sucesorio, sino solamente aquellos unidos muy estrechamente al causante: los descendientes, los ascendientes y el cónyuge. Son los herederos forzosos. La legítima varía según el orden del parentesco: es mayor para los descendientes que para los ascendientes, y éstos a su vez la tienen mayor que el cónyuge.

La parte de la cual el testador puede disponer libremente se llama porción disponible. Puede repartirla entre los herederos forzosos por partes iguales, puede asignarla toda a uno de ellos o a un extraño.

1120/904

904.— Durante siglos fue tema preferido de discusión, si era más conveniente el sistema de absoluta libertad de disposición de los bienes o si, por el contrario, era preferible establecer una legítima. En favor del primero se aducía que el derecho de propiedad es absoluto y por tanto, no es posible limitar las potestades del propietario; que da mayor coherencia y unidad a la familia, al robustecer considerablemente la autoridad paterna; que la posibilidad de dejar todos los bienes a un hijo (por lo común el mayor) permite mantener el rango y el poder de la familia; que se impide la subdivisión excesiva de los inmuebles, lo que importa inutilizarlos desde el punto de vista económico. Todos estos argumentos resultan hoy inactuales. Ya nadie concibe la propiedad como un derecho absoluto; la potestad del Estado de regular y limitar los derechos de los propietarios es en nuestros días indiscutible. En lo que atañe a la autoridad paterna, es indudable que su facultad para disponer libremente de sus bienes le permitía mantener una mayor sujeción de los hijos a su voluntad; pero no es deseable una autoridad fundada en el interés o en el miedo, ni fomentar un ejercicio arbitrario de ella, ni mantenerla aun después de que los hijos hayan llegado a la mayoría de edad. Por lo demás, como el causante tiene a su disposición la porción disponible, podrá premiar con ella al buen hijo, o favorecer al necesitado, sin incurrir en excesos o exclusiones repudiables. Ni puede hablarse ya de la conveniencia de mantener el rango de la familia, pues ello repugna a la conciencia democrática moderna. La posibilidad de que el padre, sin otra causa que una razón de orgullo o una pretensión de poderío, desherede a varios hijos para concentrar todos los bienes en cabeza del mayor, es inconciliable con el espíritu de igualdad de que están animadas las sociedades contemporáneas. En cuanto al peligro de la excesiva subdivisión, ello lo es sólo cuando conduce a dividir lo que constituye una unidad económica. La solución es, por tanto, declarar ésta indivisible, tal como lo hace el artículo 2326 Ver Texto (ref. por ley 17711).

La institución de la legítima responde a un poderoso sentimiento de justicia. Forma parte de la lucha contra el privilegio en que están empeñadas las masas en el mundo entero. La discusión en torno a ella está ya superada. Sólo en Inglaterra, la mayor parte de los Estados Unidos y Canadá se mantiene el sistema de la libre disposición de los bienes.

1120/905

905. INVOLABILIDAD DE LA LEGÍTIMA.— El testador no puede imponer ninguna limitación al goce de la legítima por los herederos forzosos. Y si impusiere algún gravamen o condición, se tendrán por no escritos (art. 3598 Ver Texto). La solución es lógica, porque el derecho a la legítima no proviene de la voluntad del causante, sino de la ley.

Los tribunales han cuidado de respetar rigurosamente este precepto. Por ello se ha resuelto que si una cláusula del testamento dispone que el albacea u otra persona administren los bienes comprendidos en la legítima, tal disposición es nula y los herederos forzosos pueden entrar en la administración inmediata de sus bienes (ver nota 2). Por iguales motivos se ha resuelto que el testador no puede privar al padre del menor, heredero forzoso, de la administración y usufructo de los bienes comprendidos en la legítima (ver nota 3). Esta situación suele producirse cuando testa el abuelo cuya hija ha fallecido y que se halla distanciado de su yerno, a quien desea privar de todo derecho sobre los bienes que deja a los nietos. En otro lugar hemos tratado detenidamente el problema (Tratado de Derecho Civil, Familia, t. 2, núms. 886 y 887).

Con igual fundamento se ha resuelto que se viola la prohibición de condicionar la legítima si el causante formó sociedad con tres de sus hijos y casi el total de sus bienes por noventa y nueve años y renovable, impidiendo así que los bienes lleguen materialmente a manos de los demás herederos (ver nota 4).

1120/906

906.— Pero el testador puede imponer a sus herederos forzosos la indivisión de todos los bienes, por un plazo no mayor de diez años; y si existieren menores, la indivisión puede extenderse hasta la mayoría de edad, pero en cuanto exceda de los diez años sólo puede referirse a un bien determinado y no a la totalidad de los que forman la sucesión (art. 51 Ver Texto , ley 14394). Esta norma, modificatoria del Código Civil, importa en verdad, una incongruencia con la idea de que la legítima no puede ser afectada por la voluntad del testador; el rigor de los principios ha cedido en este caso ante un propósito de protección de la familia.

El Código alemán ha adoptado del derecho romano una interesante institución, la *exheredatio bona mente* o limitaciones bien intencionadas a la legítima. Si el legitimario es un pródigo o está cargado de deudas, el causante puede conferir la administración de la legítima a un ejecutor testamentario, quien deberá entregar las rentas al heredero (art. 2338 Ver Texto); es necesario que el testamento indique la causa de tal medida y que tal causa exista realmente. La enmienda persistente permite al heredero reclamar el pleno goce de la legítima (ver nota 5)

1120/907

907-908.— Puede ocurrir que el testador haya impuesto una condición o cargo respecto de los bienes que componen la legítima y al mismo tiempo beneficie al heredero con toda o parte de la porción disponible a condición de que acepte aquel gravamen (ver nota 6) ¿Es válida esta cláusula? Indudablemente, la contestación debe ser afirmativa. La prohibición de establecer gravámenes o condiciones a la legítima se inspira en el deseo de proteger al legitimario; en el caso planteado, éste puede tener interés en someterse al cargo o condición, para obtener así la porción disponible. En definitiva, él sopesará qué le conviene más: si recibir la legítima sin cargo alguno (en cuyo caso pierde la manda de la porción disponible); o aceptar el cargo y quedarse con dicha porción disponible (ver nota 7).

1120/909

909. LA LEGÍTIMA FUTURA NO ES RENUNCIABLE.— Es de ningún valor toda renuncia o pacto sobre una legítima futura (art. 3599 Ver Texto), consecuencia lógica de la prohibición de los pactos sobre herencias futuras (arts. 1175 Ver Texto y 3311 Ver Texto).

Es claro que, si la renuncia hubiera sido onerosa, el renunciante que ahora reclama su legítima deberá colacionar lo que hubiera recibido por ella (art. 3599 Ver Texto , in fine). Esta disposición supone que el precio de la renuncia lo ha pagado el difunto; si lo hubieren pagado los otros herederos, no se puede hablar ya de colacionar, pero de todos modos, como el acto es nulo, deberá devolverles lo que hubiera recibido como precio (art. 1052 Ver Texto).

1120/910

910.— ¿Cómo se hace esa restitución? Pensamos que el legitimario que hubiese renunciado a la legítima y ahora la reclama invocando la nulidad del acto, debe soportar de su parte hereditaria un descuento correspondiente al valor de lo que haya percibido en razón del convenio; esta solución surge del texto del artículo 3599 Ver Texto , que habla de la

obligación de colacionar y la colación se hace efectiva mediante el descuento del valor (ver nota 8).

1120/911

911. LA LEGÍTIMA ES PARTE DE LA HERENCIA (ver nota 9).— La cuestión de si la legítima es parte de la herencia (*pars hereditatis*) o parte de los bienes (*pars bonorum*) ha podido plantearse en nuestro derecho a raíz de textos contradictorios cuyo origen es el siguiente: en Roma la legítima era *pars bonorum*; se satisfacía al legitimario haciéndole entrega del valor de los bienes que por ley le correspondía, sin que ello lo convirtiera en heredero. El sistema pasó a la antigua legislación española (Partida 6, tít. 6, ley 19) y en Francia a los países de derecho escrito, que adoptaron el derecho romano. En cambio, en los países de costumbre, se la consideró parte de la herencia. Este fue el sistema seguido por el Código Napoleón (arts. 913 y sigs.).

VÉLEZ SARSFIELD siguió al Código francés y a toda la doctrina de aquel país, estableciendo explícitamente en el artículo 3591 Ver Texto que la legítima es parte de la sucesión; pero en otra disposición, el artículo 3354 Ver Texto, tomado de distintas fuentes (ver nota 10), estableció que el legitimario puede renunciar a la herencia y conservar la legítima, solución que no se concibe si es una parte de la herencia, ya que ésta no puede aceptarse o renunciarse parcialmente. Hemos estudiado este problema en el número 275, para llegar a la conclusión de que el artículo 3354 Ver Texto importaba una anomalía dentro de la estructura general del Código y señalar como su supresión por la ley 17711 ha solucionado el conflicto. En consecuencia y de acuerdo al artículo 3591 Ver Texto, la legítima es parte de la herencia (ver nota 11).

De ello derivan las siguientes consecuencias:

a) La legítima debe ser satisfecha en especie (arg. art. 3475 bis Ver Texto), el legitimario tiene derecho a parte de los mismos bienes dejados por el causante, aunque, desde luego, nada obsta a que acepte su valor en dinero (ver nota 12).

b) El legitimario no puede renunciar a la herencia y conservar la legítima (véase nº 275).

1120/912

912. LEGISLACIÓN COMPARADA.— Hemos dicho que la legítima es una institución de vigencia, casi universal. Únicamente en Inglaterra, la mayor parte de los Estados Unidos y Canadá, firmemente aferrados a sus tradiciones, mantienen el principio de la absoluta

libertad de testar.

En México y en los países centroamericanos (Honduras, El Salvador, Panamá, Guatemala, Nicaragua), la noción clásica de la legítima ha sido sustituida por la obligación impuesta al causante de dejar a ciertos parientes una parte de sus bienes en concepto de alimentos. Es decir, el principio es la libertad de testar, aunque esa libertad no es absoluta, pues debe hacerse reserva de ciertos bienes en favor de determinados parientes con el propósito de evitarles el peligro de caer en la indigencia. El Código mexicano dispone que el causante está obligado a dejar alimentos a sus descendientes menores; a los mayores si están incapacitados para el trabajo, o a las hijas que no hayan contraído matrimonio; al esposo impedido de trabajar; a la esposa; a los ascendientes; a la concubina; a los colaterales dentro del cuarto grado menores de 18 años o incapacitados para el trabajo (art. 1368 Ver Texto). Este derecho sigue las reglas generales de la pensión alimentaria: no goza de él quien posee bienes suficientes (art. 1370 Ver Texto); sólo puede pretenderlos el que no tenga otros parientes más cercanos con posibilidad de darlos (art. 1369 Ver Texto). La cantidad será fijada por el juez y no podrá ser mayor de la mitad de lo que les hubiera correspondido en la sucesión intestada, ni menor de un cuarto (art. 1372 Ver Texto). Es una solución mezquina y chocante con los principios de justicia en que se funda la legítima. En Rusia, el causante no puede disponer de sus bienes sino en favor de las personas legalmente llamadas a sucederlo (art. 418 Ver Texto , Cód. Civil.); en ningún caso puede desheredar a su hijo menor de edad (art. 94 Ver Texto).

1120/913

913.— En los países que admiten la legítima, el monto de ella es variable, siendo de notar que la nuestra es la más alta. En algunos, hay entre la legítima y la porción disponible (de la cual el testador puede disponer sin limitación alguna), una tercera porción, de la que el testador puede disponer pero sólo para ser distribuida entre los herederos forzosos, lo que le permite mejorar a alguno o algunos de ellos, sin perder su derecho a distribuir entre extraños la porción libre (Cód. español, art. 808; colombiano, art. 1253; chileno, art. 1182).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: LAJE, La protección de la legítima, tesis, Buenos Aires, 1949; FORNIELES, t. 2, núms. 87 y sigs.; LAFAILLE, t. 2, núms. 178 y sigs.; DE GÁSPERI, t. 3, núms. 501 y sigs.; RÉBORA, t. 2, núms. 281 y sigs.; ZANNONI, t. 2; MAFFÍA, t. 2; PÉREZ LASALA, t. 2; GOYENA COPELLO, t. 2; FERRERO, Derecho de Sucesiones, Lima, 1993, p. 433 y sigs; VALLET DE GOYTISOLO, Apuntes de derecho sucesorio; Madrid, 1955; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, núms. 20 y sigs.; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, núms. 649 y sigs.; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, núms. 1656 y sigs.; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, núms. 1480 y sigs.; CICU, Successione legittima e dei legittimari, 1943; MESSINEO, Tratado, t. 7; BARASSI, Successione, núms. 89 y sigs.; KIPP, Sucesiones, t. 2, § 129 y sigs.

(nota 2) C. Civ. 2ª Cap., 15/11/1926, t. 23, p. 224; id., 9/11/1947, J.A., 1947-III, p. 528. De acuerdo: FORNIELES, t. 2, nº 91.

(nota 3) C. Civ. Cap., Sala B, 13/7/1953, L.L., t. 71, p. 725.

(nota 4) C. Civ., Sala A, 27/2/1978, L.L., 1978-B, p. 196 y E.D., t. 77, p. 351. En sentido coincidente con la doctrina de este fallo: C. Apel. Concepción del Uruguay, 9/2/1979, L.L., 1979-D, p. 237.

(nota 5) KIPP, Sucesiones, t. 2, § 138.

(nota 6) Esta cláusula se conoce con el nombre de Cautela Socini, tomada del jurista italiano MARIANUS SOZINUS (muerto en 1556), quien defendió su validez.

(nota 7) De acuerdo: LAJE, La protección de la legítima, núms. 84 y sigs.; PÉREZ LASALA, t. 2, nº 646; KIPP, Sucesiones, t. 2, § 132, p. 311.

(nota 8) De acuerdo: SEGOVIA, t. 2, art. 3599, nota 21; MACHADO, t. 9, p. 390; LAJE, La protección de la legítima, nº 68. LLERENA en cambio sostiene que la restitución debe hacerse en especie, pues se trata de un acto nulo y la nulidad arrastra la obligación de devolver (LLERENA, t. 9, nota al art. 3599). En la práctica, esta discrepancia sólo tendría interés en el caso improbable de que por la renuncia no se hubiera entregado una cosa distinta.

(nota 9) Sobre la naturaleza jurídica de la legítima, véase el eruditísimo estudio de VALLET DE GOYTISOLO, Apuntes de derecho sucesorio, Madrid, 1955; asimismo, ROCA SASTRE, Naturaleza jurídica de la legítima, en Estudios de derecho privado, t. 2, p. 109 y sigs.

(nota 10) Partida 6, tít. 6, ley 19; GOYENA, art. 840.

(nota 11) Así lo ha admitido la C. Civ. de la Cap. en pleno, 10/8/1953, J.A., 1953-IV, p. 15. En sentido concordante: MAFFÍA, t. 2, nº 832; GUASTAVINO, nota en L.L., t. 140, p. 536.

(nota 12) JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1685; JEANTET, Le droit de la reserve en nature, París, 1939; NAST, op. cit. por JOSSERAND, loc. cit..

1120/10180

§ 2.— Los herederos forzosos

1120/914

914. ENUMERACIÓN.— Según el artículo 3592 Ver Texto , tienen una porción legítima, todos los llamados a la sucesión intestada en el orden y modo determinado en los cinco primeros capítulos del título anterior. En estos capítulos se trata de los descendientes y ascendientes y del cónyuge. Todos ellos son herederos forzosos.

También lo son los padres e hijos adoptivos (ley 19134) y las nueras viudas sin hijos (art. 3576 bis Ver Texto).

1120/915

915. PORCIÓN LEGÍTIMA.— Las porciones legítimas que corresponden a estos herederos son las siguientes:

a) Descendientes. La legítima se eleva a las cuatro quintas partes del patrimonio del causante (art. 3593 Ver Texto) no importa que el heredero sea uno o varios. Es ésta la proporción más alta de la legislación comparada; parece conveniente dejar una mayor libertad al testador para poder mejorar a los hijos que necesitan ayuda, lo que permitirá una distribución más justa y humana de los bienes. El límite aceptado generalmente en el derecho extranjero es el de dos tercios y así se propuso en el Anteproyecto de BIBILONI, artículo 3163 y en el Proyecto de 1936, artículo 2010; en el Anteproyecto de 1954 se propicia la mitad si hay un solo descendiente; las dos terceras partes si son dos o tres y las tres cuartas si son más de tres (art. 692, inc. 1°).

Los hijos adoptivos tienen la posición de hijos de sangre (arts. 14 y 20 , ley 19134) y por lo tanto, su misma porción legítima.

1120/916

916. b) Ascendientes.— Se les reconoce derecho a las dos terceras partes del patrimonio del causante, cualquiera sea su número (art. 3594 Ver Texto). También en este caso nos parece elevada la legítima, sobre todo si se considera que al cónyuge le corresponde solamente la mitad. Habría que reducirla a este límite, tal como fue propuesto en los proyectos de reformas (Anteproyecto, art. 3163; Proyecto de 1936, art. 2010; Anteproyecto de 1954, art. 692, inc. 2º).

1120/11420

916 bis. c) Padres adoptivos.— Puesto que el parentesco entre padres e hijos adoptivos está asimilado al legítimo (arts. 14 y 20 , ley 19134), es necesario admitir que la legítima de aquéllos es también de las dos terceras partes, pero con exclusión de los bienes que el hijo hubiera recibido de su familia de sangre, si la adopción fuera simple (art. 24 , ley 19134).

1120/917

917. d) Cónyuge.— La legítima del cónyuge es de la mitad de los bienes, aunque sean gananciales (art. 3595 Ver Texto). Pero si hay descendientes el cónyuge tiene legítima solamente sobre los bienes propios del causante, pues no hereda nada en los gananciales (art. 3576 Ver Texto).

1120/918

918-919. e) Nuera.— La nuera viuda y sin hijos tiene como legítima la cuarta parte de la que hubiera correspondido a su marido (art. 3576 bis Ver Texto).

1120/920

920. CONCURRENCIA DE VARIOS LEGITIMARIOS.— La regla general es que se aplican aquí los mismos principios que en la sucesión ab intestato (art. 3592 Ver Texto). De donde surgen estas dos consecuencias:

a) Los herederos que excluyen a otros en la sucesión ab intestato los privan también de la legítima. Así, por ejemplo, no tendrán legítima los ascendientes si hay descendientes; ni el cónyuge sobre los bienes gananciales (aunque sí sobre los propios), si hay descendientes.

b) Cuando concurren legitimarios de igual orden (por ej. varios descendientes), o de

distinto orden (por ej., descendientes o ascendientes) con cónyuge, la legítima se distribuye entre ellos en la misma proporción y siguiendo las mismas reglas que en la sucesión ab intestato.

Aquí cabe señalar una regla importante. Las legítimas no se acumulan. En muchos casos ello sería imposible; así por ejemplo, si concurren el cónyuge y los hijos del causante, excedería el monto de los bienes, puesto que al primero le toca la mitad y a los segundos las cuatro quintas partes de los bienes. Por tanto, se admite sin discrepancias que todas las porciones legítimas deben salir de la más elevada (dentro de las que concurren), dejando incólume la porción disponible (ver nota 1). Así, si concurren los hijos y el cónyuge, la legítima para todos en conjunto es de las cuatro quintas partes del patrimonio; ese monto debe distribuirse en la proporción fijada para la sucesión ab intestato.

Una sola excepción había a esta regla. El artículo 9º , ley 14367 disponía que en caso de concurrencia de hijos matrimoniales y extramatrimoniales, la porción disponible del causante se reducía al 10%. La ley 23264 ha derogado esta disposición con lo cual la porción disponible del padre es siempre el 20% concurren o no hijos matrimoniales con extramatrimoniales.

1120/921

921. LEGISLACIÓN COMPARADA.— El sistema de fijación de la legítima es muy variado. En Brasil se eleva a la mitad de la herencia y gozan de ella solamente los descendientes y ascendientes (art. 1721); el Código venezolano fija igual límite, pero incluye también en el beneficio al cónyuge (art. 884); el alemán fija la mitad para los descendientes, los padres y el esposo (art. 2303). Iguales legitimarios establece el Código peruano, pero la porción se eleva a los dos tercios (art. 725). Otros países varían el límite según el orden del parentesco o el número de parientes del mismo grado. En Italia, la legítima de los descendientes es la siguiente: mitad si hay un solo hijo legítimo; dos tercios si hay más (art. 339); los ascendientes tienen la mitad (art. 538) y el cónyuge el usufructo de los dos tercios de los bienes. En Uruguay, un hijo tiene la mitad de la herencia, dos hijos las dos terceras partes, tres o más hijos, tres cuartas partes (art. 887, Cód. Civil). En Suiza los descendientes tienen las tres cuartas partes de la herencia, el padre o madre la mitad, los hermanos un cuarto (art. 471). El Código español reconoce dos terceras partes a los descendientes legítimos (art. 808), la mitad a los ascendientes (art. 809) y al cónyuge una parte igual a cada hijo no mejorado (arts. 857 y 834). En Colombia los descendientes legítimos y los hijos naturales tienen derecho a las tres cuartas partes; los padres y el cónyuge a la mitad (art. 1242). En Chile el sistema es similar; pero el límite de tres cuartos beneficia tan sólo a los descendientes legítimos (art. 1184).

Según ya lo hemos dicho anteriormente (nº 913), en estos tres países últimamente nombrados el causante dispone de una porción de la legítima de los descendientes, para

mejorar a cualquiera de ellos.

(nota 1) Hay unanimidad en la doctrina y jurisprudencia; puede verse FORNIELES, t. 2, n° 90; LAFAILLE, t. 2, n° 210; RÉBORA, t. 2, n° 284, texto y nota 1; PRAYONES, p. 241, etc.

1120/10190

§ 3.— Modo de calcular la legítima

1120/922

922. BASE PATRIMONIAL PARA CALCULARLA.— La legítima se calcula en base a una masa patrimonial formada por todos los bienes dejados a la muerte, más las donaciones hechas en vida (art. 3602 Ver Texto). Previamente, habrá que hacer deducción de las deudas dejadas por el causante, puesto que los acreedores deben ser pagados en primer término.

Estas deudas se deducen de la herencia, pero no de las donaciones (véase n° 934). Sumados los bienes líquidos dejados por el causante a su muerte, más la donaciones hechas en vida, se tendrá el patrimonio sobre el cual debe calcularse la legítima.

Sin embargo, esta idea general requiere ser precisada. Es necesario saber cuáles bienes deben ser incluidos en el concepto de herencia a los efectos del cálculo de la legítima, cuáles liberalidades deben tenerse en consideración y cuáles deudas deben deducirse.

1120/10200

A.— BIENES HEREDITARIOS

1120/923

923. BIENES QUE INTEGRAN LA MASA HEREDITARIA A LOS EFECTOS DEL CÁLCULO DE LA LEGÍTIMA.— Hemos enumerado en otro lugar cuáles son los bienes que integran la sucesión (núms. 19 y sigs.). En principio, todos ellos deben incluirse en el

cálculo de la legítima. Sin embargo, deben hacerse algunas exclusiones:

1120/924

924.— a) Los créditos incobrables, ya sea por la insolvencia del deudor o por haberse prescrito la acción (ver nota 1). Se trata de un valor nulo, que sería injusto tomar en consideración. Pero si más tarde el deudor pagara, habría que efectuar una liquidación complementaria. Distinto es el caso de los créditos cuyo cobro es simplemente dudoso; éstos deben incluirse en la herencia, pero no por su valor real, sino por su valor venal (ver nota 2), salvo que los legatarios o donatarios dieran fianza a los herederos por los perjuicios que pudieran derivar de la imposibilidad de cobrarlos íntegramente (ver nota 3). Si el crédito es o no dudoso, es una cuestión de hecho que queda a criterio del juez.

1120/925

925.— b) Los créditos sujetos a condición suspensiva carecen de valor actual y no pueden tomarse en consideración; en caso de cumplimiento de la condición habrá que efectuar una liquidación complementaria (ver nota 4). Si se trata de una condición resolutoria el problema es aún más complicado; ocurrida la condición, tendría que reajustarse el monto de los legados y donaciones, disminuyéndolo proporcionalmente (ver nota 5); lo que, desde luego, puede traer graves inconvenientes prácticos y, más aún, si los legatarios o donatarios caen en insolvencia.

1120/926

926.— c) Los documentos y recuerdos de familia, que no tienen sino un valor afectivo (ver nota 6).

1120/927

927.— d) El seguro de vida contratado por el causante en beneficio de un tercero (ver nota 7); estos seguros no forman parte de la sucesión, y por tanto, no pueden ser tenidos en cuenta a los efectos de la legítima. Empero, las cuotas pagadas por el seguro deben reputarse como una liberalidad e incluirse a título de tales en la masa patrimonial formada para calcular la legítima (ley 3952, art. 1°).

1120/928

928.— e) Desde luego, tampoco hay que considerar los frutos devengados por los bienes con posterioridad al fallecimiento del causante, porque ellos no integran la sucesión (ver nota 8).

1120/929

929.— f) Más adelante tratamos el problema del legado o donación de usufructo o renta vitalicia (núms. 959 y sigs.).

1120/930

930.— En cambio, deben computarse los créditos del causante contra un heredero legítimo, que se extinguen por confusión en el momento de la muerte, y que por este motivo, en estricto derecho, no forman parte de la sucesión (ver nota 9). Esta solución se impone por una razón que hace a la esencia de la legítima; de lo contrario, uno de los herederos vendría a recibir beneficios que afectarían la porción de los restantes y que la ley ha querido mantener incólume.

1120/931

931.— Un caso dudoso es el referente a los inmuebles que ha empezado a usucapir el causante que, empero, no ha completado el término necesario para adquirir el dominio. Supongamos que los herederos continúan la posesión y llegan a obtenerlo. ¿Debe acreditarse este bien en el activo de la sucesión, a los efectos del cálculo de la legítima? Se han sostenido las tesis más opuestas: a) No debe incluirse porque es el heredero quien adquiere el dominio (ver nota 10). b) Debe incluirse, porque la prescripción, una vez cumplida, tiene efectos retroactivos al día en que ha comenzado la posesión (ver nota 11). Nos parece que ambas teorías adolecen de un excesivo rigorismo lógico y que su aplicación, en la práctica, puede acarrear consecuencias injustas. Supongamos que la prescripción veinteañal se ha cumplido poco meses después de morir el causante; sería del todo injusto no considerar ese valor dentro del activo sucesorio. Supongamos, por el contrario, que el causante ha empezado a poseer unos meses antes de morir; el heredero ha debido continuar la posesión hasta cumplir los veinte años. ¿Habría que incluir todo el bien en la sucesión, lo mismo que si el causante hubiera tenido la plena propiedad, que por el contrario fue adquirida casi exclusivamente por el heredero? Sin contar con todos los inconvenientes que presenta hacer una redistribución de los bienes a los diez o veinte años del fallecimiento del causante, como sería necesario efectuar si se admite que ese bien forma parte de la masa hereditaria y que ha de tenerse en cuenta para la fijación de la legítima.

Mucho más justa y práctica nos parece esta solución: en el momento del fallecimiento debe fijarse el valor venal de la posesión corrida hasta entonces, si recién se inicia, el valor será mínimo; si está terminada la usucapión, será aproximado al precio de la plena propiedad de la cosa. De esta manera se evitan también redistribuciones, tanto más enojosas cuando mayor sea el tiempo transcurrido entre la muerte y el momento en que ella se practica.

1120/932

932.— Los derechos intelectuales, marcas de fábrica, patentes de invención, deberán ser valuados y computarse así en la masa (ver nota 12).

1120/933

933-934. DEDUCCIÓN DE LAS DEUDAS.— De los bienes enumerados en el párrafo anterior es preciso deducir las deudas del causante; pues, como es lógico, sólo puede considerarse, a los efectos de la legítima, el activo líquido (art. 3602 Ver Texto). Esta deducción se hace solamente respecto de la masa hereditaria, pero no de las donaciones, ya que las liberalidades hechas en vida por el causante, no están afectadas al pago de sus deudas (ver nota 13). Por consiguiente, si el causante hubiera donado en vida \$ 1.000.000 y hubiera dejado a su muerte bienes por valor de \$ 1.000.000 y deudas por \$ 1.500.000, la masa patrimonial para calcular la legítima estará formada por \$ 1.000.000 donados en vida, puesto que las deudas han absorbido toda la herencia. En cambio, si las deudas sólo sumaran \$ 500.000 la masa patrimonial a considerar a los efectos de la legítima sería de \$ 1.500.000.

1120/935

935.— Las deudas deben ser probadas fehacientemente y, desde luego, no basta el reconocimiento de los herederos para admitirlas (ver nota 14), pues de lo contrario, éstos podrían simular y reconocer deudas en favor de terceros para afectar la porción disponible y lograr así una disminución de los legados y donaciones. Un ejemplo aclarará la cuestión:

El causante ha dejado una fortuna de \$ 10.000.000 y ha legado toda su porción disponible, o sea \$ 2.000.000. Los hijos del causante, en colusión con un tercero, lo hacen presentar en el sucesorio, reclamando un crédito de \$ 5.000.000: si esa acción prospera, el legado quedará reducido automáticamente a \$ 1.000.000. Se comprende entonces cómo no puede bastar el simple reconocimiento de los herederos para admitir la existencia de una deuda.

1120/936

936. DEUDAS QUE DEBEN DEDUCIRSE.— En principio, deben deducirse todas las deudas, de acuerdo con la regla general del artículo 3602 Ver Texto , que habla del valor líquido de los bienes. Pero algunos casos han suscitado dudas:

1120/937

937.— a) En cuanto a los impuestos: los personales (por ej., el impuesto a las ganancias), deben deducirse en su totalidad; los reales (por ej., contribución territorial), solamente en la parte correspondiente al período transcurrido hasta la muerte del causante (ver nota 15).

1120/938

938.— b) Si éste tuviera deudas litigiosas, habrá que reservar una cantidad suficiente para responder al pago de la deuda y costas del juicio; si se lo gana, habrá lugar a una nueva distribución (ver nota 16). Queda a salvo el derecho de los donatarios o legatarios a reclamar la distribución del importe litigioso, afianzando satisfactoriamente el reintegro de la parte que a ellos les ha tocado, si se pierde el pleito. Los acreedores podrán tener interés en esa solución cuando el examen del juicio les haga pensar que es muy probable perderlo.

1120/939

939.— c) Igual solución habrá que adoptar si la deuda estuviere sujeta a condición suspensiva. Pero consideramos justo reconocer a los legatarios el derecho a reclamar el pago íntegro de sus legados, si afianzan la restitución a que estarán obligados cuando la condición se cumpla. Si la condición fuere resolutoria, no hay dificultad: la deuda debe pagarse y deducirse de los bienes a los efectos de calcular la legítima; sin perjuicio de que, si después se cumple la condición y el valor de la deuda reingresa a la sucesión, sea distribuido su importe como corresponde legalmente.

1120/940

940.— d) Un problema interesante lo presentan las deudas aleatorias, tales como un renta vitalicia. Es imposible determinar su valor exacto, pues dependen de la duración de la vida del beneficiario. Parece razonable aceptar el valor que a esas deudas se les asigna en las tablas de las compañías que se dedican a este tipo de operaciones y deducirlas del acervo (ver nota 17).

1120/941

941.— d) Deben deducirse las deudas que tenía el causante con un heredero y que han quedado extinguidas por confusión, así como se incluyen los créditos extinguidos por confusión (véase nº 930) (ver nota 18).

1120/942

942.— f) Un problema delicado lo constituyen las obligaciones naturales . El caso típico es el de una deuda prescripta. ¿Debe o no computarse a los efectos del cálculo de la legítima? En principio, la respuesta será negativa. En efecto, el heredero tiene a su disposición un recurso para eludir el pago de esa obligación, evitando así que se afecte su legítima. Además, si se le reconociera la facultad de hacer valer su pago voluntario para el cálculo de la legítima, sería muy fácil una connivencia dolosa con el acreedor en perjuicio de los donatarios o legatarios. Sólo por excepción podría computarse el pago a estos efectos, si fuera evidente la obligación moral del causante o de sus herederos (ver nota 19). Es ésta una cuestión de apreciación judicial.

1120/943

943.— g) Cargas de la sucesión. Veamos ahora en qué forma se computan las cargas de la sucesión a los efectos del cálculo de la legítima.

1120/944

944.— 1) Gastos de sepelio. Según el artículo 3795 Ver Texto , los gastos de sepelio deben tomarse de la porción disponible; lo que significa que no se computan para calcular la legítima (ver nota 20).

Es preciso reconocer que la solución legal es mala; la obligación de pagar los gastos de sepelio debe pesar también sobre los legitimarios y no solamente sobre los donatarios y legatarios. Se trata de un deber moral que los herederos forzosos no deben rehuir.

1120/945

945.— 2) Honorarios de abogados partidores, inventariadores, peritos, gastos de sellado, etcétera. Se trata de gastos comunes, hechos en interés de todos y que, por tanto, deben ser soportados proporcionalmente por herederos y legatarios (ver nota 21); en cambio, no pesan sobre los donatarios, pues no los benefician en lo más mínimo, ya que su dominio está adquirido antes del fallecimiento del causante (ver nota 22) (véase n° 702).

Los honorarios particulares de los apoderados o letrados de los herederos o legatarios, son personales y no deben computarse.

1120/946

946.— 3) Los gastos de entrega del legado, no pueden afectar a la legítima; por tanto, son a cargo de la sucesión solamente en caso de que aquélla no se vea afectada (ver nota 23).

1120/947

947. VALUACIÓN DE LOS BIENES HEREDITARIOS.— Los bienes hereditarios deben ser valuados al día del fallecimiento, momento en el cual se concretan los derechos de herederos y legatarios (ver nota 24). El avalúo debe ser hecho judicialmente, previo dictamen pericial, con intervención de todos los interesados: herederos, legatarios y donatarios. No debe aceptarse como suficiente la valuación fiscal (ver nota 25).

(nota 1) Es opinión general: PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 56; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1694; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1530; AUBRY y RAU, t. 7, § 689; DE GÁSPERI, t. 3, n° 515.

(nota 2) PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 56; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1694; AUBRY y RAU, t. 7, § 689; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, n° 883; véase, sin embargo, KIPP, Sucesiones, t. 2, § 131, p. 290.

(nota 3) PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, loc. cit. en nota anterior; JOSSERAND, loc. cit. en nota anterior. Estos autores citan un fallo en que se resolvió así: Rec. 29/6/1861, Dalloz, 1862-I-288 y Sirey, 1862-I-716.

(nota 4) ZANNONI, t. 2, § 958; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 648; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 56; AUBRY y RAU, t. 7, § 684; KIPP, Sucesiones, t. 2, § 131, p. 290.

(nota 5) ZANNONI, t. 2, § 959; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 56, nota 1 de p. 65; KIPP, Sucesiones, t. 2, § 131, p. 290.

(nota 6) PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 56; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, n° 882; CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 1, n° 1530; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1694.

(nota 7) ZANNONI, t. 2, § 960; GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 628; JOSSERAND y COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, loc. cit. en nota anterior.

(nota 8) De acuerdo: ZANNONI, t. 2, § 956; MAFFÍA, t. 2, n° 842.

(nota 9) PÉREZ LASALA, t. 2, n° 648; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 57; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1694; KIPP, Sucesiones, t. 2, § 131, p. 290.

(nota 10) ROUSILHE, cit, por DEMOLOMBE, t. 19, n° 259.

(nota 11) DEMOLOMBE, loc. cit. en nota anterior; LAJE, La protección de la legítima, n° 240.

(nota 12) LAJE, La protección de la legítima, n° 267.

(nota 13) GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 629.

(nota 14) FORNIELES, t. 2, n° 97.

(nota 15) BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, núms. 921 y 922; HUC, t. 6, n° 172.

(nota 16) Véase PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 83, 4°.

(nota 17) GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 630; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 83, 5°.

(nota 18) PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 83, 3°; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, n° 918.

(nota 19) Véase, en sentido aproximadamente concordante, la opinión de LAJE, La protección de la legítima, núms. 334 y sigs.

(nota 20) BLOUSSON, La acción de reducción, p. 123; LAJE, La protección de la legítima, quien piensa que deben computarse (núms. 367 y sigs.).

(nota 21) C. Apel. Rosario, Sala 2ª, 10/5/1966, L.L., t. 123, p. 600; DE GÁSPERI, t. 3, n° 441; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 83, 7; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, n° 920; AUBRY y RAU, t. 7, § 684.

(nota 22) C. Civ. 2ª Cap., 13/9/1930, G.F., t. 88, p. 10; LAJE, La protección de la legítima, n° 379.

(nota 23) C. Civ. Cap., Sala B, 16/11/1956, J.A., 1957-II, p. 433.

(nota 24) C. Civ. Cap., Sala C, 15/12/1953, L.L., t. 75, p. 341; FORNIELES, t. 2, n° 78.

(nota 25) KIPP, Sucesiones, t. 2, § 131, p. 289.
1120/10210

B.— DONACIONES

1120/948

948. PRINCIPIOS GENERALES.— A los efectos del cálculo de la legítima deben considerarse todas las liberalidades hechas en vida por el causante. Se incluyen en este concepto las renunciaciones gratuitas, las donaciones hechas en las convenciones matrimoniales, la partición entre vivos.

1120/949

949.— Las donaciones hechas a los herederos forzosos no dan lugar a dificultad cuando su cómputo, a los efectos de calcular la legítima, es reclamado por otro heredero forzoso. Ninguna duda cabe de que deben ser tenidas en cuenta. Pero cuando el cómputo es pedido por un legatario, la cuestión es más difícil. Veamos un ejemplo. El causante ha dejado dos hijos; a ambos les ha dado en vida \$ 10.000.000 y deja a su muerte otros \$ 20.000.000. Hace testamento por el cual deja su porción disponible a un tercero. ¿Esta porción disponible se calculará sobre lo dejado por el causante a su muerte (\$ 20.000.000), o sobre el total, incluidas las donaciones a los hijos (\$ 40.000.000)?

De conformidad con los artículos 3593 Ver Texto y 3602 Ver Texto que disponen que la legítima se formará sumando a los bienes dejados al fallecimiento las donaciones, hechas en vida, que deben colacionarse, resultaría claro que la porción disponible debe calcularse sobre el total de \$ 40.000.000. Pero el artículo 3478 Ver Texto dice que la colación no es debida al legatario; este texto ha permitido sostener que el legatario no puede pretender que se compute lo dado en vida por el causante; la porción disponible, según este punto de vista, debe calcularse sobre los bienes dejados a la muerte, prescindiendo de las donaciones (ver nota 1). Es un evidente error de concepto y una injusticia. No se trata aquí de la colación, sino de la forma de computar la legítima. En cuanto a ésta la ley ha establecido un modo bien claro de calcularla; al hacerlo así, ha definido claramente los derechos de los herederos forzosos a una parte de la herencia y los del causante a disponer del resto. Se cuida a los primeros, pero también se respeta escrupulosamente el derecho del causante sobre la porción disponible. La tesis que combatimos conduce al absurdo que ha destacado FORNIELES: el causante que nada ha anticipado a sus hijos podría disponer íntegramente de su porción disponible; el que les hubiese donado algo en anticipo sólo podrá usarla en parte (ver nota 2)

Repetimos que esta operación no implica colacionar, sino solamente sentar las bases sobre las cuales ha de calcularse tanto la legítima como la porción disponible. Lo prueba el siguiente hecho: si los bienes dejados al fallecimiento no alcanzan para pagar el legado de cosa cierta (aunque el legado cupiera dentro de la porción disponible, considerando las donaciones hechas en vida), los herederos que aceptaron bajo beneficio de inventario (ver nota 3) no estarán obligados a responder sino con los bienes que quedaron a la muerte (ver nota 4); si se tratara de colación, estarían obligados a traer los bienes recibidos en vida hasta satisfacer el monto del legado. JOSSERAND explica con claridad tales efectos, diciendo que los legatarios se benefician con esta manera de calcular, gracias a la cual se encuentra agrandado el cuadro dentro del que se mueven, sin que, por otra parte, los bienes colacionables pueden caer bajo su mano (ver nota 5).

1120/950

950.— Merecen una consideración especial los siguientes casos:

a) Las donaciones remuneratorias deben ser incluidas en cuanto ellas han excedido el justo valor del servicio que se pretendía compensar o remunerar (ver nota 6) (art. 1832 Ver Texto); y las donaciones con cargo en la parte que exceden el valor del cargo, si éste fuera apreciable en dinero (art. 1832).

b) No deben incluirse a los efectos del cálculo de la legítima, los gastos hechos en favor de la educación de los hijos, aunque hayan importado fuertes erogaciones; los efectuados por alimentos voluntarios o enfermedad de terceros; los regalos de costumbre. Ninguno de estos gastos se halla sujeto a colación (art. 3480 Ver Texto) y este principio es aplicable analógicamente a la acción de reducción (ver nota 7); empero, el artículo 3480 Ver Texto dice que tampoco es colacionable el pago de la deuda de los ascendientes o descendientes; es obvio que, en este punto, la aludida norma no es aplicable a la legítima, pues de lo contrario habría un medio muy fácil de burlarla.

El artículo 2330 del Código Civil alemán comprende todas estas situaciones en una fórmula acertada: no se computan a los efectos del cálculo de la legítima las donaciones que responden a un deber moral.

c) En cuanto a los seguros constituidos a favor de terceros, ya dijimos anteriormente que la indemnización en sí no forma parte de la sucesión ni debe ser considerada a los efectos del cálculo de la legítima (véase nº 926); en cambio, las primas pagadas por el causante, que han beneficiado al destinatario del seguro, son una típica liberalidad sujeta a la acción de reducción (ley 3924, art. 1º) (ver nota 8)

1120/951

951.— Desde luego, quedan incluidas todas las donaciones ocultas bajo la apariencia de un contrato oneroso; en este caso, el cargo de la prueba correrá por cuenta de quien invoca la simulación (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 1189 y sigs.). Nos ocuparemos de esta hipótesis legal en los párrafos que siguen.

1120/952

952. CONTRATOS ENTRE EL CAUSANTE Y LOS HEREDEROS FORZOSOS: EL ARTÍCULO 3604.— Según el artículo 3604 Ver Texto , si el testador ha entregado por contrato, en plena propiedad, algunos bienes a uno de los herederos forzosos, cuando sea con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo, el valor de los bienes será imputado sobre la porción disponible del testador, y el excedente será traído a la masa de la sucesión. Esta imputación y esta colación no podrán ser demandadas por los herederos

forzosos que hubiesen consentido en la enajenación y en ningún caso por los que no tengan designada por la ley una porción legítima.

La primitiva disposición redactada de modo oscuro y deficiente, dio lugar a numerosas dificultades interpretativas que la reforma de la ley 17711 ha subsanado. Así, el artículo dice herederos forzosos donde antes decía herederos legítimos; además, habla de cuando sea con cargo de una renta vitalicia, mientras que antes hablaba de aunque sea con cargo de renta vitalicia. De tal modo, se ha solucionado un grave problema interpretativo, como luego veremos. Tal como ahora está redactado, el artículo se refiere a los contratos que, en apariencia, son onerosos; si, por el contrario, fueran ostensiblemente gratuitos, deben aplicarse las reglas de la colación, de tal modo que el valor de los bienes no se imputa a la parte disponible, sino a la porción hereditaria del beneficiario (ver nota 9).

Lo que omitió la reforma es sustituir la palabra testador por causante, que era la expresión correcta, ya que el precepto se aplica lo mismo en caso de sucesión testamentaria que ab intestato.

1120/953

953.— Lo que esta norma procura es evitar el perjuicio que para los otros coherederos puede provenir de ciertas enajenaciones disfrazadas de actos onerosos, hechas así con el propósito de beneficiar a uno de los herederos más allá de lo que permiten las legítimas de los otros. Un caso en que esa simulación resulta muy evidente es el que sigue: un padre vende a uno de sus hijos un valioso inmueble, con reserva de usufructo. El enajenante seguirá gozando de la propiedad como si fuera suya, y, al morir, el dominio quedará consolidado en su hijo predilecto, quedando el bien excluido de la masa que debe formarse para calcular la legítima. Similar es el caso de que el adquirente haya asegurado al enajenante una renta vitalicia. Resulta patente del acto mismo (no obstante su apariencia de onerosidad) el propósito de burlar la ley; y para evitar las dificultades propias de la prueba de la simulación, ésta sale al cruce de la maniobra y presume que se trata de actos gratuitos. Agreguemos que la fuente de nuestro artículo 3604 Ver Texto fue el artículo 918, Código francés, que dice así: “El valor en plena propiedad de bienes enajenados, sea con cargo de renta vitalicia, a fondos perdidos o con reserva de usufructo, será imputable a la porción disponible; y el excedente, si lo hay, será colacionado”. La jurisprudencia francesa ha resuelto que la presunción de gratuidad no admite prueba en contrario (ver nota 10).

VÉLEZ se sirvió de esta fuente, pero escribió aunque donde debía decir cuando, lo que alteraba totalmente el significado de la norma, que aparecía así aplicándose no a las situaciones excepcionales previstas en ella, sino a todo contrato, lo que convertía en irrazonable la solución. Algunos fallos se inclinaron por aplicar literalmente el artículo 3604 (ver nota 11), aunque otros (ver nota 12) y la doctrina predominante (ver nota 13), reducían el campo de aplicación del artículo 3604 a la hipótesis de venta con reserva de

usufructo o con cargo de renta vitalicia.

Es la solución claramente adoptada por la ley 17711 al sustituir aunque por cuando, con lo que se vuelve a la buena solución de la fuente, el Código francés.

1120/954

954.— Precisando así cuál es el campo de aplicación del artículo 3604 Ver Texto veamos ahora sus otras disposiciones. Establece que el valor de los bienes enajenados será imputado sobre la porción disponible y el excedente traído a la masa de la sucesión. Vale decir que, aunque se presume que el acto es gratuito, no debe colacionarse sino en cuanto exceda de la porción disponible. Se aparta así de la regla general según la cual toda donación hecha en vida se presume un anticipo de herencia (véase nº 639). Esta solución se justifica, pues si el causante ha ocultado la donación bajo la apariencia de un contrato oneroso, es porque deseaba eludir las disposiciones legales sobre colación; es evidente que su voluntad no era solamente darle un anticipo de su legítima, sino un valor que no se computara en ella. En esa donación disfrazada debe verse, cuando menos, una dispensa de la obligación de colacionar.

1120/955

955.— Agrega el artículo, que esa imputación y esa colación no podrán ser demandadas por los herederos legítimos que hubieren consentido en la enajenación y, en ningún caso, por los que no tengan designada por la ley una porción legítima. En la primera hipótesis, el acuerdo de los coherederos está indicando que la enajenación es real; la presunción de gratuidad cede ante esa conformidad; al darla pierden derecho a reclamos posteriores. Pero cabe preguntarse si dada la conformidad, no es posible ya probar la simulación, aunque se tenga la prueba inequívoca de ella. Consideramos que esta solución sería excesiva. La conformidad es hacer nacer una presunción juris tantum de la realidad del acto; pero esa presunción debe ceder ante la prueba de la simulación, vale decir que ha habido en verdad una donación (ver nota 14). Entendemos que sería nula la conformidad dada por el representante de un incapaz (ver nota 15).

El consentimiento puede ser prestado en forma expresa, como, por ejemplo, si se lo otorga en el acto del contrato o por otro documento posterior; o tácita, como ocurriría si la conducta del coheredero revela pleno conocimiento y aprobación del contrato (ver nota 16).

También se niega acción a quienes carecen de legítima, solución en general irreprochable, porque tampoco tendrían derecho a impugnar el acto si hubiera sido ostensiblemente gratuito. Hay, sin embargo, un caso en el que la solución es injusta. Supongamos que una

persona (no heredera) ha recibido una donación de \$ 200.000; posteriormente el causante le transfiere a su hijo único un bien que vale \$ 300.000, con reserva de usufructo; a la muerte deja \$ 500.000. Es decir que la fortuna del causante ha sido de \$ 1.000.000 y ha podido, por tanto, disponer de \$ 200.000, sin afectar la legítima de su hijo; pero como a su muerte ha dejado sólo \$ 500.000 y el donatario no tiene la acción del artículo 3604 Ver Texto , resultará que tiene que restituir \$ 100.000. Es evidente que la hipótesis no ha sido prevista por el legislador; hubiera sido justo atribuir al donatario también la acción del artículo 3604. Pero, de cualquier modo, creemos evidente que lo único que niega dicho artículo al donatario es la facultad de que él se ampare en la presunción juris et de jure de que el acto ha sido gratuito; siempre le quedará la posibilidad de probar la simulación por todos los medios de que puede valerse un tercero; y ya tendrá mucho ganado con poner de manifiesto la naturaleza del acto impugnado y el grado de parentesco, pues estas son presunciones, casi decisivas en un juicio ordinario de simulación (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 1189) (ver nota 17).

1120/956

956.— Nuestro artículo habla de los contratos celebrados con los herederos forzosos (ver nota 18). Así por ejemplo, el contrato celebrado con un colateral en cuarto grado no tiene por qué ser sospechoso; sin perjuicio del derecho del interesado a producir la prueba de la simulación (ver nota 19).

¿Qué ocurre si la enajenación ha sido hecha al cónyuge del heredero forzoso? Nos parece claro que no juega la presunción juris et de jure del artículo 3604 Ver Texto , que no puede sino aplicarse estrictamente a las personas indicadas en la ley (ver nota 20); sin perjuicio del derecho de los otros herederos a probar la simulación, prueba muy simplificada en este caso, por las circunstancias del vínculo y naturaleza del acto.

El acto de adquisición ha de efectuarse en una época en que el adquirente era heredero si el enajenante fallecía entonces; de lo contrario, no puede presumirse el fraude (ver nota 21). Pero si lo era en ese momento y ha dejado de serlo en el instante del fallecimiento, subsiste la presunción de liberalidad (ver nota 22); por ejemplo: el enajenante que carece de hijos transfiere el bien a sus padres; más tarde nace un hijo que vive a la época del fallecimiento del causante.

1120/957

957.— La presunción establecida en el artículo 3604 Ver Texto es juris et de jure. Así se desprende de la circunstancia de que dicho artículo no brinda la posibilidad de prueba en contrario y lo confirma la nota puesta al pie del artículo; es la solución lógica, pues se corta toda discusión sobre la naturaleza verdadera del acto y se evita que se preconstituyan

pruebas falsas para demostrar la onerosidad de un acto que en verdad ha sido gratuito (ver nota 23).

En lo que atañe a los demás contratos celebrados entre el causante y alguno de los herederos, están sujetos a las reglas generales de la simulación: si los restantes herederos pretenden que un contrato que aparece como oneroso es en realidad gratuito, deben probarlo (véase nº 667).

1120/958

958. MOMENTO DE LA VALUACIÓN.— Los bienes donados deben valuarse al tiempo de la apertura de la sucesión (art. 3602 Ver Texto , que a su vez remite al art. 3477 Ver Texto). El sistema anterior (valuación al tiempo en que se hicieron las donaciones) era injustísimo en épocas de inflación como la que vive el mundo contemporáneo (ver nota 24).

También en Italia se hace la valuación de los bienes donados al tiempo de la apertura de la sucesión (art. 556 Ver Texto , Cód. Civil).

(nota 1) C. Civ. 1ª Cap., 7/5/1930, J.A., t. 33, p. 89; id., 5/3/1936, J.A., J.A., t. 53, p. 217; C. Civ. 2ª Cap., 21/9/1925, J.A., t. 33, p. 89, en nota. De acuerdo: MACHADO, t. 9, p. 122.

(nota 2) FORNIELES, t. 1, nº 310. Tanto la doctrina nacional como la jurisprudencia y doctrina francesas apoyan este punto de vista: MARTÍNEZ RUIZ, La colación, núms. 174 y sigs.; CALATAYUD, Un caso de legítima y colación, G.F., t. 142, p. 29; LAFAILLE, t. 1, nº 497; PLANIOL-RIPERT, t. 4, nº 586; JOSSERAND, t. 3, vol. 2, nº 1103; AUBRY y RAU, § 630; DEMOLOMBE, t. 16, nº 290.

FORNIELES siguiendo a AUBRY y RAU, hace la salvedad que si el causante dispusiera de una parte alícuota de sus bienes (por ej., el quinto, el tercio), esa expresión debe interpretarse en el sentido de que se alude a los bienes que quedaban al morir. Este sería el sentido de la nota al art. 3478 Ver Texto , que tan mal ha sido interpretada (t. 1, nº 310, in fine). Pensamos que no hay ninguna razón decisiva para distinguir entre legado de cosa cierta y el de parte alícuota, como lo hace FORNIELES. Hay cuanto más un problema de interpretación de la voluntad del causante. Pero lo importante es que si el juez tiene el convencimiento de que la intención del causante fue dejar toda la porción disponible a un tercero, debe hacer cumplir esa voluntad, calculando dicha porción sobre todos los bienes dejados por el causante, incluso las donaciones hechas en vida.

(nota 3) Decimos con beneficio de inventario porque los herederos puros asumen la obligación de pagar los legados inclusive con sus bienes personales.

(nota 4) FORNIELES, t. 1, n° 310; MARTÍNEZ RUIZ, La colación, n° 173; PLANIOL-RIPERT, t. 4, núms. 584 y 586; JOSSERAND, t. 3, vol. 2, n° 1103.

(nota 5) JOSSERAND, loc. cit. en nota anterior.

(nota 6) FORNIELES, t. 2, n° 113.

(nota 7) FORNIELES, t. 2, n° 112; MAFFÍA, t. 2, § 844.

(nota 8) En el derecho francés se ha dado una solución distinta: las primas no se tienen en cuenta, salvo que se tratara de cantidades evidentemente exageradas en relación con la condición del asegurado y en tanto las primas no sobrepasen el capital del seguro (art. 68, ley del 13 de enero de 1930).

(nota 9) FORNIELES, t. 2, n° 132; C. Civ. 1ª Cap., 26/3/1933, J.A., t. 42, p. 714.

(nota 10) Véase jurisprudencia citada por PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 70. En la doctrina, algunos autores se inclinan por sostener que la presunción debe ser simplemente juris tantum: JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1701; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, n° 819; pero la mayoría está con la jurisprudencia: PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, loc. cit.; DÉMOLOMBE, t. 19, n° 517; AUBRY y RAU, t. 7, § 684 ter; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1533.

(nota 11) C. Civ. 1ª Cap., 22/8/1918, J.A., t. 2, p. 220; id., 26/3/1933, J.A., t. 42, p. 714; C. 4ª Civ. y Com. Mendoza, 28/11/1966, L.L., t. 126, p. 46; FORNIELES, t. 2, n° 133.

(nota 12) C.S.N., 15/5/1944, Fallos, t. 198, p. 323 Ver Texto ; C. Civ. Cap., Sala A, 14/3/1956, L.L., t. 83, p. 511 y J.A., 1956-II, p. 371; C. Civ. 2ª Cap., 23/12/1946, J.A., 1947-II, p. 36 y L.L., t. 46, p. 72; C. 1ª Apel. La Plata, 8/11/1946, J.A., 1947-I, p. 286; C. Apel. Rosario, 30/12/1937, J.A., t. 61, p. 555.

(nota 13) SEGOVIA, t. 2, p. 555, nota 32; MACHADO, t. 9, p. 405, en nota; RÉBORA, t. 2, n° 291; LAFAILLE, t. 2, n° 252; PRAYONES, p. 246; DE GÁSPERI, t. 2, págs. 293 y sigs.; COLMO, disidencia en J.A., t. 12, p. 122.

(nota 14) En este sentido, ZANNONI, L.L., t. 126, p. 46.

(nota 15) De acuerdo: MAFFÍA, t. 2, n° 870.

(nota 16) De acuerdo: CAMMAROTA, La colación y el art. 3604, Cód. Civil, n° 20.

(nota 17) PLANIOL-RIPERT-TRASBOT (t. 5, n° 70) y COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE (t. 3, n° 1535) parecen no haber advertido esta posibilidad que se ofrece al donatario perjudicado por la posterior enajenación del causante.

(nota 18) Esta era ya la interpretación corriente antes de que la ley 17711 cambiara las palabras herederos legítimos por forzosos. FORNIELES, t. 2, n° 131; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 68.

(nota 19) PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, loc. cit. en nota anterior.

(nota 20) De acuerdo: C. Civ. 2ª Cap., G.F., t. 11, p. 17; id., G.F., t. 16, p. 219. En contra, FORNIELES, t. 2, n° 139.

(nota 21) PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, loc. cit. en donde cita un fallo de la Corte de París en este sentido: 2/2/1881, Sirey, 1881, 2, 112.

(nota 22) Esta es la opinión de PLANIOL-RIPERT-TRASBOT para el caso, que entendemos análogo, de que el adquirente haya dejado de ser heredero por fallecimiento o renuncia (t. 5, n° 68).

(nota 23) C. Civ. 2ª Cap., 27/7/1932, J.A., t. 38., p. 1170; FORNIELES, t. 2, n° 136; MAFFÍA, t. 2, n° 866. Esta es la solución que ha prevalecido en el derecho francés; véase nota 1600.

(nota 24) De acuerdo: LAJE, La protección de la legítima, núms. 297 y sigs.

1120/10220

§ 4.— Legados de usufructo o renta vitalicia (ver nota 1)

1120/959

959. EL ARTÍCULO 3603.— Hasta aquí hemos supuesto el caso normal de que el legado o donación sea de cosa cierta o de cantidades de cosas. Pero, a veces, lo que se lega es una renta, el usufructo de un bien. ¿Cómo establecer su valor? En verdad, ese valor depende de la duración de la vida del beneficiario; es imposible saber a ciencia cierta si excederá o no del límite de la porción disponible del causante.

El artículo 3603 Ver Texto , inspirado en el Código francés (art. 917), ha resuelto el problema con una solución ingeniosa: si el valor del usufructo o renta vitalicia excede la cantidad disponible por el testador, los herederos tendrán opción a ejecutar la disposición testamentaria, o a entregar al beneficiario la cantidad disponible. Es decir, el heredero puede, o bien cumplir con la manda, tal como está dispuesta en el testamento, o bien entregar la porción disponible y desobligarse del pago de la renta o del usufructo. Es verdad que se altera lo dispuesto por el causante; pero suprime graves dificultades que de otra manera se presentarían.

Aunque la solución brindada por el artículo 3603 Ver Texto parece clara, ha provocado diversas cuestiones interpretativas. Veamos una primera dificultad:

a) Algunos autores piensan que, siendo este artículo una disposición de carácter excepcional (como que importa alterar las disposiciones del causante), sólo debe aplicarse en las circunstancias precisas establecidas en él. Para tener derecho a la oposición, el heredero deberá demostrar que el inmueble cuyo usufructo se ha legado, o el capital necesario para pagar la renta, exceden de la porción disponible. De lo contrario, está obligado a cumplir la manda, en la forma dispuesta por ella (ver nota 2).

b) Según la opinión que hoy debe considerarse predominante, y a la que nosotros adherimos, el artículo 3603 Ver Texto abre una opción al heredero en cualquier caso en que haya un legado de usufructo o renta vitalicia (ver nota 3). No hay necesidad alguna de producir prueba de que la manda excede la porción disponible. Es una manera de evitar toda incertidumbre, toda discusión sobre valores. Es lógico que el heredero sea el juez de sus propios intereses y, por otro lado, el legatario de nada puede quejarse si se le entrega la totalidad de la porción disponible, es decir, todo lo que el causante podía dejarle.

1120/960

960. ¿ES APLICABLE A LAS DONACIONES?.— Nuestro artículo 3603 Ver Texto , a diferencia de su fuente francesa, que también alude expresamente a las donaciones, sólo se

refiere a los legados. ¿Significa esto que la solución brindada por el texto no es aplicable a las libertades hechas por actos entre vivos? No lo creemos así. No hay ninguna razón para aplicar a una y otra liberalidad solución distinta. Por lo tanto, también tratándose de donaciones tiene el heredero la opción dispuesta por el artículo 3603 Ver Texto (ver nota 4).

1120/961

961. CASO DE QUE HAYA VARIOS LEGATARIOS.— Hasta aquí hemos supuesto que el donatario o legatario sea uno, y que también haya un solo heredero. Pero las cosas se complican bastante cuando son varios.

Algunos autores sostienen que el artículo 3603 Ver Texto sólo es aplicable cuando hay un donatario o legatario; pero si son varios, sean todos de usufructo o renta vitalicia, o los haya también en plena propiedad, el heredero deja de tener la opción que le reconoce el artículo 3603 (ver nota 5). Por nuestra parte, no encontramos asidero legal a ese punto de vista; no hay nada en el texto de nuestro artículo que nos obligue a limitarlo al caso de beneficiario único. Por el contrario, la ratio legis sigue siendo la misma: impedir que la legítima quede afectada; el heredero, en cuyo beneficio se ha establecido la opción, cumple entregando a los legatarios la porción disponible (ver nota 6). Por lo demás, lo normal es que haya varios legados; de aceptarse el punto de vista que impugnamos, la posibilidad de aplicar el artículo 3603 Ver Texto quedaría reducida a casos tan excepcionales que en realidad no significaría ninguna solución de interés general. En otras palabras, las dificultades que han querido eliminarse con esta ingeniosa solución quedarían en pie, en la enorme mayoría de los casos.

1120/962

962.— Los derechos de los herederos en su relación con los donatarios o legatarios tienen así una regulación simple y clara. Mucho más complejo es el problema de las relaciones de los donatarios o legatarios entre sí. Para dilucidarlo es preciso distinguir distintas hipótesis:

a) Hay varias rentas vitalicias o usufructos cedidos en vida por el causante. Como la regla es que a la primera donación sólo se llegará una vez anuladas todas las posteriores, es preciso proceder al avalúo de las rentas vitalicias. Para ello, el juez tendrá en consideración principalmente las tablas confeccionadas por las compañías que se dedican a esta clase de operaciones y que establecen el valor venal de una renta vitalicia, de conformidad al monto de ella y a la vida del beneficiario. En caso de usufructo, la base del cálculo es similar, aunque algo más complicada, porque previamente habrá que avaluar el producido del bien cuyo disfrute se ha cedido. La liberalidad debe valuarse al momento del fallecimiento del causante. Las rentas percibidas en vida se computarán independientemente del valor que se asigne a la renta vitalicia o usufructo en aquel momento.

Valuadas así las donaciones de rentas vitalicias o usufructo, se entregará al primer donatario la parte de capital en que ha sido valuado su derecho; cumplido éste, se pagará al segundo y así sucesivamente, hasta que quede colmada la porción disponible que el heredero ha entregado.

b) Hay donaciones de cosa cierta y otras de renta vitalicia. Se valúan estas últimas y se procede, como en el caso anterior, otorgando preferencia a las primeras liberalidades, sin distinguir si ha sido de cosa cierta o de renta vitalicia.

c) Hay cesiones en vida de usufructo o renta vitalicia y legados. Se procederá a la valuación de aquéllas y se pagarán los legados solamente en caso de que luego de satisfechas todas las liberalidades hechas en vida quedare algún saldo (ver nota 7).

d) Todos son legados de renta vitalicia o de usufructo. La solución es simple. se hace la valuación y la porción disponible se distribuye a prorrata de esos valores.

e) Hay legados de renta vitalicia o usufructo y otros de cosa determinada. De acuerdo al artículo 3795 Ver Texto , se pagarán primero los de cosa cierta y el saldo de la porción disponible se entregará al legatario de renta vitalicia o usufructo, salvo, claro está, que el testamento dispusiera que la reducción se hiciera a prorrata.

1120/963

963.— No hay ningún inconveniente en que el heredero pague a unos legatarios la renta y a otros entregue la parte proporcional de la porción disponible. Podría tener interés en el siguiente caso: uno de los beneficiados con la renta vitalicia es joven; el otro, anciano y enfermo. Podrá entregar al primero la parte proporcional de la porción disponible y pagar al segundo la renta, calculando que esta obligación no ha de pesar mucho tiempo sobre su patrimonio (ver nota 8).

1120/964

964.— Cabe hacer una observación final. Si de acuerdo con una opinión a que antes hemos aludido (nº 961), se aceptara que, en caso de haber varios donatarios o legatarios, deja de ser aplicable el artículo 3603 Ver Texto (tesis que nosotros hemos rechazado), se presentarían de todos modos las dificultades que hemos señalado en los párrafos anteriores y habría que adoptar iguales soluciones; sólo que el heredero sería el responsable de la entrega de los legados, de acuerdo con las reglas antedichas; mientras que, en la solución

que nosotros propugnamos, el heredero se libra de toda responsabilidad entregando la porción disponible y son los beneficiarios quienes tienen que hacer la partición de ella entre sí.

1120/965

965. CASO EN QUE HAY VARIOS HEREDEROS.— Si todos los herederos están de acuerdo en la opción, no hay problema; la cuestión se plantea cuando unos quieren cumplir la manda tal como la ha dispuesto el causante y otros quieren entregar la porción disponible.

Para esta hipótesis, hay varias soluciones posibles: a) decide la mayoría; b) decide el juez; c) no hay opción y la liberalidad debe cumplirse tal como fuera dispuesta por el causante; d) se divide el usufructo o renta vitalicia en proporción a la parte de cada legitimario; unos cumplirán haciendo abandono de la parte que les corresponde en la porción disponible; los otros pagarán la renta o el usufructo.

Por nuestra parte, pensamos que no es posible la división del legado, a menos que haya consentimiento del legatario; no es justo subordinar hasta tal punto los intereses de éste al arbitrio contradictorio de los legitimarios. Tampoco nos parece aceptable entregar la decisión a la mayoría o al juez pues la opción establecida en el artículo 3603 Ver Texto sólo se concibe en caso de acuerdo de los herederos. Es una facultad que puede ser ejercida conforme al libre arbitrio del legitimario, que pesa su conveniencia, su comodidad, y decide de acuerdo con ellas. Es, además, un remedio de carácter excepcional, porque lo ordinario es cumplir la manda tal como lo ha dispuesto el causante, sin alterar su naturaleza. No puede ponerse en manos del juez lo que es una facultad arbitraria del heredero; si la opción no se hace por la única persona a quien la ley autoriza a cambiar la naturaleza del beneficio, el juez no puede sustituirlo. El desacuerdo hace imposible la opción (ver nota 9).

Cabe señalar que el Código italiano ha adoptado precisamente la solución inversa: basta el requerimiento de uno solo de los legitimarios para que los demás estén obligados a entregar la porción disponible (art. 550 Ver Texto). Esta solución, que no carece de lógica, se funda en que es preciso dejar siempre a salvo el derecho a la plena propiedad de la legítima, sin cargas de ninguna naturaleza. Si uno solo de los legitimarios lo quiere así, los otros deben respetar su derecho (ver nota 10).

1120/966

966. RENTAS O USUFRUCTOS NO VITALICIOS.— Es obvio que si el heredero tiene la opción cuando la renta o el usufructo son vitalicios, con tanta mayor razón la tendrá cuando

el beneficio es a término. En cualquier caso, el beneficiario no tendrá motivo legítimo de queja, pues no puede pretender más que la porción disponible que el heredero le entrega (ver nota 11).

Cabe agregar que, cuando resulte indispensable valorar la renta o el usufructo a los efectos de la partición con los restantes beneficiarios, habrá que hacer la valuación, no ya en base a las tablas fundadas en el cálculo probable de la vida humana, sino sumando las rentas o frutos que se devengarán hasta el vencimiento del término.

1120/967

967. LEGADO O CESIÓN DE USO Y HABITACIÓN.— Pensamos que si en el caso del usufructo la ley autoriza al heredero a optar, debe, por analogía, reconocérsele igual derecho cuando el beneficio sea de uso o habitación (ver nota 12).

1120/968

968. OPORTUNIDAD DE LA OPCIÓN.— El Código no fija término para hacer la opción; por tanto, el beneficiario puede requerir que se lo fije judicialmente (arts. 620 Ver Texto y 752 Ver Texto , Cód. Civil). O le bastará con reclamar el cumplimiento del legado tal como se lo estipuló en el testamento; al contestar la demanda, el heredero debe hacer la opción. Si guarda silencio, significa que ha hecho renuncia tácita del derecho a optar por la entrega de la porción disponible (ver nota 13). A pedido suyo, el juez podrá concederle un plazo para reflexionar, lo que será particularmente oportuno en el caso de que no estén todavía fijados los bienes y las deudas.

Cabe preguntarse si el heredero puede optar por la entrega de la porción disponible, aun después de haber pagado algunas primeras cuotas de la renta vitalicia. Se ha sostenido la opinión afirmativa en razón de que la renuncia no se presume y de que el heredero ha podido darse cuenta más tarde, una vez realizado el inventario y avalúo de los bienes, que le conviene otra solución (ver nota 14). No participamos de tal opinión. Si respetable es el derecho del heredero, también lo es el del legatario: cuando aquél ha realizado actos que demuestren inequívocamente su voluntad de cumplir la manda, tal como lo dispuso el causante, no es posible autorizarlo a volver más tarde sobre sus pasos, cambiando a su arbitrio los derechos que ya había reconocido al legatario. El pago de las cuotas de la renta revela claramente la voluntad de renuncia del derecho de opción (ver nota 15).

1120/969

969. NATURALEZA Y EFECTOS DE LA OPCIÓN.— La entrega de la porción disponible por el heredero parece prima facie una dación en pago. Sin embargo, no es así, porque este medio de extinción de las obligaciones requiere necesariamente el consentimiento del acreedor y aquí no lo hay (ver nota 16). Es necesario admitir que se trata simplemente de una operación destinada a simplificar la partición, pero no afecta la naturaleza del derecho mismo del beneficiario (ver nota 17).

De este punto de partida surgen consecuencias importantes:

a) El donatario o legatario recibe la porción disponible directamente del causante y no del heredero.

b) El donatario o legatario no se convierte en propietario irrevocable de los bienes que se le entregan: 1) En primer lugar, responde por las deudas hereditarias en la medida en que el heredero debiera responder por ellas (ver nota 18). 2) Las cargas y condiciones a que estaba sujeta la manda conservan plena vigencia; de tal manera que, si el testador hubiere establecido una condición resolutoria a la renta vitalicia, cumplida esa condición se retrotrae a los herederos el dominio de la porción disponible (ver nota 19).

c) Los frutos pertenecerán al legatario desde la apertura de la sucesión y serán por su cuenta los deterioros y aumentos, salvo la responsabilidad de los herederos por los perjuicios originados en su culpa o dolo (ver nota 20).

1120/970

970. LEGADO DE NUDA PROPIEDAD.— Supongamos ahora que el legado o donación no sea de usufructo, sino de nuda propiedad. ¿Tiene también la opción el heredero? La cuestión ha sido discutida en el derecho francés, y como esta controversia ha repercutido en nuestro país, conviene detenerse en ella.

Algunos autores, siguiendo una vieja idea de LEBRUN, sostienen que el usufructo y la nuda propiedad no son sino dos aspectos de una misma cuestión; por tanto, si se reconoce al heredero el derecho de optar en el primer caso, también debe reconocérsele en el segundo (ver nota 21). Cabe notar que esta tesis conduce a consecuencias desfavorables para el heredero. En efecto: si éste no opta por la entrega en plena propiedad de la porción disponible, tendrá que reconocer el derecho de nuda propiedad, aunque exceda de esa porción.

Pero no ha sido ésta la opinión que ha prevalecido. En primer término, debe repetirse que la

opción del artículo 3603 Ver Texto es un recurso excepcional, como que importa alterar la voluntad del causante y, por tanto sólo puede aplicarse en el caso previsto, y no en otros. En segundo término, el legado de nuda propiedad es de naturaleza muy distinta al de usufructo vitalicio: éste tiene un término, la vida del beneficiario; el otro es perpetuo. El heredero tiene derecho a su porción legítima en plena propiedad, sin que el causante pueda retacear ese derecho, ni menos aún imponerle una disminución perpetua como la que resultaría del legado de nuda propiedad (ver nota 22). Por consiguiente, el heredero se libera entregando la nuda propiedad de la porción disponible, sin que el legatario pueda pretender que se lo indemnice en usufructo por la nuda propiedad que ha perdido, por resultar inoficiosa (ver nota 23).

BIBILONI siguió la buena doctrina (Anteproyecto, art. 3173); pero la Comisión redactora del Proyecto de 1936 prefirió el sistema de LEBRUN y DEMOLOMBE (art. 2013) ya abandonado en Francia (ver nota 24).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la general, indicada en nota 1555, véase LAJE, El otorgamiento gratuito de usufructos y rentas vitalicias, y Protección de la legítima, L.L., t. 77, p. 843.

(nota 2) En este sentido: FORNIELES, t. 2, nº 145; LAJE, La protección de la legítima, nº 537; DEMOLOMBE, t. 19, nº 442; MARCADÉ, t. 3, nota al art. 917; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, nº 131, 2.

(nota 3) De acuerdo: LAFAILLE, t. 2, nº 230; SEGOVIA, t. 2, art. 3605 de su numeración; LLERENA, t. 9, art. 3603, nº 1; MACHADO, t. 9, p. 400; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, nº 1549; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, nº 1706.

(nota 4) De acuerdo: LAFAILLE, t. 2, nº 231; PÉREZ LASALA, t. 2, nº 650; en contra: LAJE, El otorgamiento gratuito de usufructo y rentas vitalicias, núms. 11 y 13, L.L., t. 77, p. 843; MAFFÍA, t. 2, nº 850.

(nota 5) PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, nº 131, 4; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, nº 1549; AUBRY y RAU, t. 7, § 684 bis.

(nota 6) BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, nº 784; DEMOLOMBE, t. 19, nº 443; MARCADÉ, art. 917, nº 3; CICU, Successione legittima, p. 207 y sigs.

(nota 7) Véase núms. 981 y sigs.

(nota 8) De acuerdo: CICU, Successione legittima, p. 209.

(nota 9) De acuerdo: ZANNONI, t. 2, § 1037; LAFAILLE, t. 2, nº 232; MACHADO, t. 9, p. 400 y sigs., en nota. En cambio FORNIELES piensa que la decisión debe dejarse al juez (t. 2, nº 146).

(nota 10) Véase CICU, Successione legittima, p. 211.

(nota 11) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 2, nº 650.

(nota 12) ZANNONI, t. 2, § 1034; MAFFÍA, t. 2, nº 852; DEMOLOMBE, t. 19, nº 439; AUBRY y RAU, t. 7, § 684 bis; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, nº 131; LAJE, El otorgamiento gratuito de usufructos y rentas vitalicias, nº 19, L.L., t. 77, p. 843. Sostienen la divisibilidad del legado o donación: LLERENA, nota al art. 3603; AUBRY y RAU, t. 7, § 684 bis; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, nº 798; DEMOLOMBE, t. 19, nº 453; MARCADÉ, art. 917, nº 2; LAJE, La protección de la legítima, nº 550.

(nota 13) De acuerdo: ZANNONI, t. 2, § 1040.

(nota 14) LAJE, La protección de la legítima, núms. 571 y sigs.

(nota 15) De acuerdo: GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 640.

(nota 16) BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, nº 805; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, nº 132.

(nota 17) LAJE, El otorgamiento gratuito de usufructos y rentas vitalicias, nº 36, L.L., t. 77, p. 843; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, loc. cit. en nota anterior; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, loc. cit. en nota anterior.

(nota 18) GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 640; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, núms. 800 y sigs.; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, nº

132.

(nota 19) MACHADO, t. 9, p. 403, nota; LAJE, La protección de la legítima, núms. 577 y sigs.; AUBRY y RAU, t. 7, § 684 bis, nota; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 132. En contra: DEMOLOMBE, t. 19, n° 461; SEGOVIA, nota al art. 3605 de su numeración, t. 2, p. 579, quienes piensan que el dominio transmitido por el heredero es irrevocable.

(nota 20) LAJE, El otorgamiento gratuito de usufructos y rentas vitalicias, n° 39, L.L., t. 77, p. 843.

(nota 21) DEMOLOMBE, t. 19, n° 471; LAFAILLE, t. 2, n° 233; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 651.

(nota 22) Este es el punto de vista que ha triunfado en la jurisprudencia y la doctrina francesa: Cass. Civ., 7/7/1857, Dalloz, 1857.1.348 y Sirey, 1857.1.737; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 131; LAURENT, t. 12, n° 157; AUBRY y RAU, t. 7, § 684 bis; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, t. 1, n° 787. Entre nosotros lo sostiene LAJE, La protección de la legítima, n° 521 y El otorgamiento gratuito de usufructos y rentas vitalicias, n° 18, L.L., t. 77, p. 843. En contra: GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 641 y sigs.

(nota 23) Fallo citado en nota anterior.

(nota 24) Cabe decir, sin embargo, que el Código italiano (art. 550) y el venezolano (art. 885) han adoptado la solución que impugnamos.

1120/10230

§ 5.— Defensa de la legítima

1120/971

971. CÓMO ESTÁ DEFENDIDA LA LEGÍTIMA.— La preocupación legal de mantener incólume la legítima se traduce en disposiciones y recursos tendientes a impedir todo acto que lesione su integridad:

a) Esta prohibida toda cláusula o disposición que implique una restricción en la plena

propiedad de la legítima siendo nulas las cargas o gravámenes impuestos a ella por el causante (véase nº 905).

b) Es nula toda renuncia o pacto sobre la legítima futura (véase nº 909).

c) Cuando la legítima ha sido afectada por donaciones o legados del causante, el legitimario tiene a su disposición la acción de reducción, que es el remedio clásico contra las liberalidades inoficiosas.

d) Finalmente, contra la partición hecha por el causante (sea por donación o testamento) y de la que resulte afectada la legítima, el heredero tiene las siguientes acciones: 1) la de reducción, para asegurar el cumplimiento de la legítima (art. 3537); 2) la de rescisión, para lograr la anulación de la partición (art. 3536); 3) la de nulidad por preterición de la partición por donación, si el legitimario ha sido excluido totalmente (art. 3528).

1120/10240

§ 6.— Acción de reducción (ver nota 1).

1120/972

972. CONCEPTO.— Cuando las liberalidades del causante (sean donaciones o legados) excedan en conjunto la porción legítima de los herederos forzosos, deben ser reducidas de tal modo que esa porción quede intacta. La acción por la cual el heredero pretende el complemento de la legítima, se llama acción de reducción.

En rigor, esta defensa se ejerce a veces por vía de acción, a veces por vía de excepción. Se emplea la primera para obtener la restitución de bienes ya en poder de los beneficiarios (donaciones hechas en vida del causante y legados ya entregados a sus destinatarios). En cambio, se ejerce por vía de excepción cuando el heredero se niega a entregar el legado en cuanto él excede la porción disponible.

1120/10250

A.— QUIENES GOZAN DE LA ACCIÓN

1120/973

973. PRINCIPIO GENERAL.— Gozan de la acción de reducción todos los herederos forzosos (arts. 3601 Ver Texto y 1832 Ver Texto , inc. 1º, ref. por ley 17711). La reforma ha salvado el inconveniente que surgía de confrontar ambos textos, pues mientras el art. 3601 acordaba y acuerda la acción de reducción a todos los herederos forzosos, sin exclusión alguna, el artículo 1832, en su redacción anterior, señalaba que sólo podían ejercerla los ascendientes y descendientes, lo que implicaba excluir al cónyuge. Era de toda evidencia que se trataba de una simple inadvertencia del codificador y que, aun en el caso de las donaciones, la acción podría ser intentada por el cónyuge, pues de lo contrario, como dice FORNIELES, habría que suponer un derecho sin acción que lo defiende (ver nota 2). Esta solución se aceptaba entre nosotros como indiscutida (ver nota 3), y la nueva redacción del artículo 1832 la ha consagrado expresamente.

1120/974

974.— Sin embargo, respecto de las donaciones, el artículo 1832 Ver Texto , inciso 1º, establece una limitación importante: sólo pueden pedir la reducción los herederos forzosos que ya existían a la época de la donación. La solución es justa. Supóngase un hombre soltero, dueño de una considerable fortuna; es dadivoso, hace importantes donaciones. La ley no tiene por qué crearle obstáculos a su generosidad, en miras a la eventualidad de que más tarde tenga hijos; por lo demás, los donatarios que han recibido bienes de quien no tenía limitación para donar, han podido disponer de ellos, consumirlos. Si más tarde nace un hijo, sería injusto hacerles restituir lo que recibieron.

El artículo 1832, inciso 1º, habla de los herederos forzosos que existieren al tiempo de la donación; debe entenderse, por tanto, que un hijo extramatrimonial nacido antes, pero reconocido después de la donación, tiene la acción de reducción (ver nota 4). Lo mismo habría que resolver respecto de los padres cuya relación de parentesco hubiera sido demostrada con posterioridad a la donación hecha por el hijo difunto (ver nota 5).

Distinta es la situación del cónyuge que ha contraído matrimonio después de efectuadas las donaciones. Este acto es constitutivo de estado; y no sería posible que las liberalidades hechas por el causante quedaran afectadas por la acción de reducción del cónyuge cuyo título a la herencia es posterior a ellas. En cambio, el reconocimiento voluntario o judicial de un hijo extramatrimonial es declarativo de estado; el título en el cual el hijo funda su acción es anterior a las donaciones, si nació antes que ellas se hicieran, aunque el reconocimiento sea posterior (ver nota 6).

Por iguales motivos, si una reforma legislativa extendiera el carácter de herederos forzosos a otros parientes (lo que en nuestro país ha ocurrido con los hijos adulterinos e incestuosos, con los hijos y padres adoptivos y con la nuera viuda sin hijos), las donaciones hechas por el causante con anterioridad a la sanción de la ley no se verían afectadas por la existencia de estos nuevos legitimarios (ver nota 7).

Es necesario añadir que la ley 17711 agregó al inciso 1º del artículo 1832 Ver Texto un importante párrafo: Empero, si existieren descendientes que tuvieren derecho a ejercer la acción, también competará el derecho de obtener la reducción a los descendientes nacidos después de la donación. En este caso, los donatarios no pueden aducir ningún perjuicio, porque ya en el momento de hacerse la donación, existían herederos forzosos con derecho a pedir la reducción. Lo que ahora dispone la ley, con toda justicia, es que procediendo la acción (como en efecto procede por hacer descendientes al tiempo de la donación) su resultado beneficie a todos los descendientes por igual, cualquiera sea la fecha de su nacimiento. En otras palabras, la situación de los donatarios permanece idéntica; lo que se modifica es el derecho de los descendientes, que ahora son tratados en forma rigurosamente igualitaria.

1120/975

975.— El ejercicio de la acción de reducción implica un acto de aceptación tácita de la herencia, de tal modo que no podría exigirse del demandante un acto previo de aceptación formal para ejercerla (ver nota 8).

1120/976

976.— También pueden usar de la acción los acreedores de los herederos, por la vía subrogatoria (ver nota 9).

1120/977

977.— El donante no puede ejercer en vida la acción de reducción, puesto que es imposible saber si la legítima está o no afectada hasta el momento de la muerte, y porque la acción se concede en beneficio de los herederos y no del propio donante (ver nota 10). Tampoco pueden ejercerla los acreedores del difunto. En efecto: el interés de éstos sólo podría consistir en traer a la masa hereditaria los bienes donados en vida; la reducción de los legados no les interesa, simplemente porque éstos sólo pueden pagarse cuando sus créditos hayan sido satisfechos. Pero como los acreedores del causante no puede cobrarse de lo donado en vida por el difunto, es obvio que no tienen acción de reducción (ver nota 11).

¿Qué ocurre si el heredero ha logrado la restitución parcial de una donación por medio de la acción de reducción? ¿Pueden los acreedores del causante cobrarse de ese bien?

Hay que formular una distinción. Si el heredero es aceptante no beneficiario, los acreedores pueden caer sobre el bien en virtud del principio de que aquél responde con sus propios bienes por las deudas del causante. Si el aceptante es beneficiario, no podrán los acreedores embargar el bien, pues él no pertenece a la masa hereditaria, sino que vuelve a los herederos, en virtud de una vía legal creada en beneficio de ellos y no de los acreedores (ver nota 12).

1120/978

978. SITUACIÓN DE LOS DONATARIOS Y LEGATARIOS.— Ellos son los destinatarios de la acción; mal pueden, por tanto, ejercerla. Pero es indiscutible su interés en que las operaciones previas a la reducción se hagan de modo regular; por ello se les ha reconocido su derecho a intervenir en esas operaciones para defender sus derechos (ver nota 13).

1120/979

979. RENUNCIA A LA ACCIÓN.— La acción de reducción puede renunciarse expresa o tácitamente. Respecto de la primera forma, sólo cabe hacer una salvedad: que no es válida la renuncia formulada antes de la muerte del causante, desde que ello implica un pacto sobre una herencia futura. Sin embargo, en el caso de las enajenaciones con cargo de renta vitalicia o reserva de usufructo, que la ley presume simuladas, se permite la renuncia anterior a la muerte (art. 3604 Ver Texto , véase nº 955).

1120/980

980.— En cuanto a la renuncia tácita, es de plena aplicación a nuestro caso el principio de que la renuncia no se presume. Por consiguiente, la voluntad de declinar la acción debe ser inequívoca. Así, por ejemplo, hay acuerdo general en que el pedido de aprobación de un testamento que contiene mandas excesivas no importa renuncia (ver nota 14); porque ese pedido alude a las formas del testamento y es un trámite necesario para iniciar la sucesión.

En cambio, se discute si la entrega de un legado que daña la legítima importa renuncia tácita. Por nuestra parte, entendemos que tal acto tendrá valor de renuncia tácita únicamente si se demuestra que el heredero tenía pleno conocimiento de cuáles eran los bienes y las deudas dejadas por el causante, y cuáles las donaciones hechas en vida. Pero, de ordinario,

la entrega de un legado no es suficiente para presumir la intención de renunciar a la acción de reducción; las sucesiones suelen ser muy complejas y es difícil muchas veces establecer el haber líquido, tanto más si aparecen luego deudas que el heredero ignoraba en el momento de entregar el legado (ver nota 15).

1120/10260

B.— ORDEN EN QUE DEBE HACERSE LA REDUCCIÓN

1120/981

981. EL ARTÍCULO 3602.— Según este artículo, la reducción de las liberalidades hechas por el causante afectará en primer término a los legados; solamente en caso de que, dejados ellos sin efecto, todavía quede afectada la legítima en virtud de las donaciones hechas en vida, se reducirán éstas.

Se desea así proteger los derechos de quienes han recibido una transmisión legítima; entre un derecho ya adquirido y uno en expectativa (como es el de recibir un legado), la ley prefiere el primero. Con ello se favorece la seguridad de las transacciones y aun los eventuales derechos que pueden haber adquirido terceros de buena fe respecto de la cosa donada, puesto que también ellos son afectados por la acción de reducción.

Tenemos, pues, una primera regla: ante todo se reducen los legados, luego las donaciones. Veamos ahora en qué orden se opera la reducción en cada una de sus liberalidades.

1120/982

982. a) Legados.— Según el artículo 3795 Ver Texto , si la porción disponible no alcanzase a cubrir los legados, primero se pagarán los de cosa cierta, luego los remuneratorios y finalmente los de cantidad; lo que significa que los legados de cantidad serán los primeros alcanzados por la acción de reducción, luego vendrán los remuneratorios y por último los de cosa cierta.

En cada una de estas categorías, la reducción se hace a prorrata. Tal solución, que es la lógica, se desprende del artículo 3795 Ver Texto , in fine.

Hubiera sido más justo reducir a prorrata todos los legados, sin introducir entre ellos distinciones artificiosas. Este es el sistema preferido en la legislación comparada (Cód. Civ. francés, art. 926; italiano, art. 558; español, art. 820, inc. 2º; portugués, art. 1494; venezolano; art. 891; brasileño, art. 1727, inc. 1º; uruguayo, art. 890, inc. 2º).

1120/983

983.— No hay duda alguna de que el testador puede disponer que la reducción se haga en un orden distinto al establecido en el artículo 3795 Ver Texto , por la muy simple razón de que si él puede privar del legado a una persona con sólo omitirla en el testamento, tanto más podrá disponer que lo cobre si quedan bienes luego de cubiertas las legítimas y pagados los otros legados. En otras palabras, el artículo 3795 Ver Texto contiene una regla supletoria de la voluntad del causante, y no imperativa.

1120/984

984. b) Donaciones.— Aunque nuestro Código no resuelve expresamente el punto, es opinión admitida que las donaciones no se reducen a prorrata, sino en orden inverso a sus fechas. Vale decir, el heredero deberá atacar en primer lugar la última donación, luego la que le precede y así sucesivamente (ver nota 16). Esta solución, indudablemente acertada, se funda en que cuando el causante hizo la primera donación, no quedó con ella afectada su legítima; el acto era válido e inatacable. Si la legítima se vio comprometida es porque hizo otras donaciones posteriores, cuando ya no podía hacerlo.

Es una solución universalmente aceptada (Cód. Civ. francés, art. 923; italiano, art. 559; portugués, art. 1495; chileno, art. 1187; uruguayo, art. 890, inc. 4º; alemán, art. 2329).

¿Puede el causante disponer que la reducción se haga siguiendo un orden distinto? Evidentemente no; las donaciones que él ha hecho en vida son, en principio, irrevocables; ellas escapan ya al poder de la voluntad del causante (ver nota 17).

1120/985

985.— Las donaciones hechas simultáneamente deben reducirse a prorrata (ver nota 18). En este caso, y siempre que en el mismo acto de la donación el donante deje constancia de su voluntad de que una de ellas sea reducida antes que la otra, debe respetarse el orden que él fija, como ocurre con los legados, pues al aceptar la donación con esa condición, el donatario sabe que tendrá que someterse primero a los efectos de la acción de reducción

(ver nota 19). El caso es poco probable en la práctica.

1120/986

986. PRUEBA DE LA FECHA.— Lo dicho en los párrafos precedentes pone de relieve la importancia decisiva que para los distintos donatarios tiene la determinación de la fecha en que se han hecho las liberalidades. Si lo han sido por instrumento público, no hay problema; la fecha será la indicada en él, salvo, naturalmente, la posibilidad de impugnar por falsedad el instrumento. Pero los instrumentos privados en que se documenten donaciones de bienes muebles, no hacen fe respecto de los otros donatarios, mientras no hayan adquirido fecha cierta (ver nota 20). En tal caso, los interesados en demostrar que la donación se realizó en la fecha que pretenden, tienen a su cargo la prueba.

1120/987

987. INSOLVENCIA DE UNO DE LOS DONATARIOS.— Puede ocurrir que el último donatario (y, por tanto, el primero en sufrir la reducción) sea insolvente. Si la donación ha sido de bienes inmuebles, no hay problema, pues los herederos tienen a su disposición una acción persecutoria (véase nº 998); pero si se trata de sumas de dinero o de cosas fungibles o consumibles, se plantea esta cuestión: ¿Quién sufre los efectos de la insolvencia, los donatarios anteriores o los herederos? Se han propuesto tres soluciones:

a) El perjuicio debe recaer sobre el heredero, de tal modo que los donatarios anteriores no pueden ser molestados; esta solución, sostenida en algunos viejos fallos de los tribunales franceses, está hoy abandonada, pues no tiene fundamento sólido.

b) El perjuicio debe recaer sobre los donatarios anteriores, única manera de dejar incólume la legítima, puesto que las liberalidades del causante no pueden afectarla.

c) Finalmente, otros piensan que tan respetable es el derecho del legitimario como el del donatario y proponen el siguiente sistema, para distribuir entre todos el perjuicio de la insolvencia: la donación hecha al insolvente no se cuenta en la masa formada para calcular la legítima, de tal modo que el legitimario podrá hacer reducir las anteriores donaciones, aunque en una proporción menor. Un ejemplo aclarará la idea. El causante ha dejado al morir \$ 80.000 y ha hecho en vida dos donaciones, una primera de \$ 30.000 y otra de \$ 20.000. La masa sobre la que se calcula la legítima, asciende pues a \$ 130.000. Pero si demandado el último donatario, resultara insolvente, sólo se computará un capital de \$ 110.000. La legítima del hijo sobre esta suma asciende a \$ 88.000 y la porción disponible a \$ 22.000. El primer donatario tendrá que restituir \$ 8.000. Si en cambio, el cálculo se hiciera sobre \$ 130.000, la legítima sería de \$ 104.000 de tal modo que el primer donatario

debería restituir \$ 24.000, pudiendo conservar sólo \$ 6.000 (ver nota 21).

Pensamos que esta solución, aunque responde sin duda a un sentido de equidad, tiene el inconveniente de tropezar con la idea fundamental en que se basa la legítima y que es ésta: que el causante sólo puede disponer de una parte de sus bienes por actos a título gratuito y que el resto está garantizado a los herederos forzosos contra cualquier liberalidad. Por esta razón —y también porque es más simple y directa— la solución que hemos señalado con letra b) es la que ha predominado en la jurisprudencia y la doctrina francesas contemporáneas (ver nota 22).

1120/10270

C.— EFECTOS DE LA ACCIÓN

1120/988

988. NATURALEZA DE LA ACCIÓN: RESTITUCIÓN EN ESPECIE.— La acción de reducción puede concebirse de dos modos: a) como un título de crédito contra el donatario que ha recibido más de lo debido; en tal caso, la obligación del beneficiario se reduce a restituir el valor de lo que falta para completar la legítima, pero no la cosa misma ni una parte de ella; es el sistema seguido en el derecho alemán (ver nota 23); b) como una acción encaminada a la restitución en especie de la cosa donada. Este es el sistema de casi todas las leyes contemporáneas (Cód. Civ. francés, art. 930; italiano, art. 560; portugués, art. 1502; uruguayo, art. 895; chileno, art. 1200; venezolano, art. 893). Es también la solución de nuestro Código, como se desprende claramente del artículo 3955 (ver nota 24), que confiere efectos reipersecutorios a la acción de reducción, permitiendo que se reclame la cosa aun de terceros que la hubieron del donatario.

Consideramos conveniente la regla según la cual la restitución debe ser en especie, pues sólo así se puede asegurar a los herederos forzosos contra las maniobras de los donatarios. Supongamos que un padre, distanciado de sus hijos por vivir en concubinato con una mujer le hace donación a ésta de una parte sustancial de su patrimonio; luego la concubina, para eludir la acción de los hijos vende esos bienes y oculta el dinero. Los legitimarios quedarían burlados si no se reconoce el efecto reipersecutorio de la acción.

Pero no siempre la restitución en especie es posible o justa. Hubiera sido bueno que el Código reglamentara los distintos casos, como lo han hecho algunas legislaciones modernas (véase n° 995). En los números siguientes nos ocuparemos de los distintos problemas que suscita el ejercicio de la acción.

1.— Efectos respecto de las partes

1120/989

989. DONACIONES A EXTRAÑOS.— Se ha dicho ya que la restitución debe ser hecha en especie. En otras palabras, la acción de reducción resuelve el dominio transmitido por el causante, en la medida necesaria para respetar la integridad de la legítima.

FORNIELES, luego de admitir como cierto este principio, sostiene, sin embargo, que hay que reconocer al donatario la facultad de detener los efectos de la acción desinteresando al heredero forzoso por medio del pago de la suma necesaria para completar su legítima. Apoya su tesis en las siguientes razones: a) la acción del heredero forzoso quedaría destruida por falta de interés, puesto que se ha cubierto su legítima; b) el padre pudo enajenar a título oneroso y este acto hubiera sido inatacable por los herederos; si la donación es nula como tal, nada impide que valga como acto oneroso si el adquirente paga el precio; c) las ventajas prácticas del sistema son muy importantes: se da estabilidad a las adquisiciones y a las posteriores transmisiones del dominio, se evitan la constitución de condominios, diferencias en la apreciación del valor de los bienes, etcétera. (ver nota 25).

Disentimos de esta opinión. La ley permite la persecución de la cosa donada, lo que significa que la restitución debe ser en especie (ver nota 26); autorizar al donatario a pagar en dinero lo que falta para completar la legítima es desvirtuar el sistema legal que quiere que la división del acervo hereditario se haga en especie; es una solución que ha merecido una consagración prácticamente universal (véase n° 988).

1120/990

990.— Dijimos ya, que el Código ha establecido el principio de la restitución en especie, sin hacer distinciones de ninguna naturaleza. Debe entenderse, pues, que esta regla se aplica tanto a los bienes inmuebles como a los muebles (ver nota 27). Pensamos que hubiera sido preferible limitarla a los primeros (ver nota 28). Desde luego, no podrá reclamarse la especie, sino su equivalente, cuando se trata de cosas fungibles o consumibles.

Además, habrá algunos casos extremos en que los jueces tendrán que admitir el pago en dinero, aun tratándose de inmuebles. Supóngase que hechos los cálculos correspondientes, resulte que el donatario tiene que restituir una vigésima parte de la casa que le fue donada y en la que vive. La pretensión del heredero de constituirse en condómino de esa propiedad, con todos los inconvenientes del caso para el donatario, constituirá un verdadero abuso del

derecho. Habrá que admitir el pago en dinero, pero no al valor que la cosa tenía en el momento de la donación, sino en el momento del fallecimiento, puesto que el heredero tenía derecho a una parte actual y no a un valor pasado.

1120/991

991. Pérdida de la cosa.— ¿Qué ocurre si la cosa se ha perdido por caso fortuito o fuerza mayor? Entendemos que el donatario está libre de toda responsabilidad. En este caso, el principio de restitución en especie se vuelve en su favor, pues si lo que él tuviera que devolver es el valor recibido y no la cosa, poco importaría que ésta se hubiera perdido; desde que las cosas perecen para su dueño (*res perit domine*) (ver nota 29). Cuando la cosa se hubiere perdido por culpa del donatario, éste debe su valor (ver nota 30).

Si como resultado de la pérdida, el donatario ha recibido algún valor (por ej., la indemnización pagada por la compañía de seguros) o el bien le ha sido expropiado, debe contribuir con todo o parte de esa indemnización a la integración de la legítima.

1120/992

992. Frutos.— Ninguna duda cabe de que el donatario tiene derecho a los frutos, no ya en carácter de poseedor de buena fe, que lo es, sino como dueño. En efecto, mientras no se produjo la resolución de su derecho como consecuencia de la acción de reducción, su dominio fue pleno. La distinción tiene importancia porque el poseedor de buena fe sólo hace suyos los frutos percibidos por él (art. 2423), mientras que el dueño hace suyos los frutos devengados aunque no percibidos (ver nota 31).

Sobre este principio no cabe duda alguna. Pero es posible preguntarse si tal derecho cesa en el momento de abrirse la sucesión o cuando se entabla la acción de reducción. Puesto que la reducción no se opera de pleno derecho por la muerte del causante, juzgamos indiscutible que los frutos deben devolverse recién desde el día de la demanda (ver nota 32). Por lo demás, y desde el punto de vista de quienes sostienen que el dominio se resuelve de pleno derecho el día del fallecimiento (ver nota 33), cabe notar que al menos hasta el momento de la demanda, el donatario deberá ser considerado como poseedor de buena fe, puesto que mientras no se hagan las complicadas operaciones que requieren habitualmente la liquidación de una sucesión, el inventario, valuación de los bienes, etcétera, no se podrá saber si la legítima está o no afectada (ver nota 34).

1120/993

993.— Hay, sin embargo, un caso dudoso. Puede ocurrir que la donación se haya ocultado bajo la apariencia de un acto oneroso para eludir la reducción. Aun entonces podría sostenerse que el donatario es de buena fe, porque hasta el momento de la apertura de la sucesión no se podrá saber con seguridad si la donación ha sido o no inoficiosa. Pero habrá casos en que la confabulación del donatario y propósito de lesionar el derecho del legitimario sean demasiado evidentes; pensamos que habrá que considerar la posesión de mala fe y, por tanto, el demandado deberá restituir los frutos (ver nota 35).

1120/994

994. Mejoras.— El donatario debe ser indemnizado por el valor de todas las mejoras introducidas en la cosa, sean necesarias, útiles o simplemente voluntarias, pues en su carácter de dueño tenía pleno derecho a llevar a cabo aun estas últimas (ver nota 36). Consideramos que goza de un derecho de retener la cosa hasta que esas mejoras no le hayan sido pagadas (ver nota 37).

Es claro que si ha mediado mala fe (véase número anterior), sólo podrá exigir el pago de los gastos necesarios (art. 2440 Ver Texto), y el de las mejoras útiles en la medida del mayor valor existente (art. 2441 Ver Texto). Con respecto a las mejoras voluntarias, sólo tiene derecho a llevarlas, si puede hacerlo sin perjuicio de la cosa (art. 2441).

1120/995

995. Legislación comparada.— Es útil conocer la solución que al problema de la restitución de las donaciones inoficiosas han dado algunas legislaciones contemporáneas porque ellas podrán orientar una futura reforma de nuestro Código.

El Código italiano dispone que si la donación o legado fuera de cosas inmuebles, la reducción se hace separando del inmueble la parte que corresponde para integrar la legítima, si la separación se puede hacer cómodamente. Si la separación no se puede hacer cómodamente y el legatario o donatario tiene en el inmueble una excedencia mayor del cuarto de la porción disponible, el inmueble se debe dejar íntegramente en la herencia, salvo el derecho de obtener el valor de la porción disponible. Si la parte excedente no supera el cuarto, el legatario o donatario puede retener todo el inmueble compensando en efectivo al heredero (art. 560).

El Código venezolano establece una regla similar: cuando el legado sujeto a reducción no admita cómoda división, tendrá derecho a la finca el legatario, si la reducción no absorbe la mitad del valor de la finca y, en caso contrario, tendrán este derecho los herederos forzosos, pero aquél y éstos deberán abonarse sus respectivos haberes en dinero (art. 892).

El Código portugués establece la reducción en especie para los inmuebles, pero no para los muebles, en cuyo caso se debe solamente el valor (arts. 1497 y 1498). Para los primeros, se aplica una regla igual a la del artículo 892 del Código de Venezuela, citado precedentemente (art. 1499).

1120/996

996. DONACIONES A HEREDEROS.— El principio de la restitución en especie es incontestable en lo que atañe a las donaciones a extraños; pero no ocurre lo mismo cuando la donación ha sido hecha a un heredero forzoso. Se supone, naturalmente, que esa donación ha excedido la porción disponible, afectando la legítima de los otros herederos.

En opinión de algunos autores, el heredero forzoso no está obligado a restituir en especie y sólo debe los valores dados por el causante (ver nota 38). Esta opinión se funda en el artículo 3477 Ver Texto , según el cual los ascendientes y descendientes deben reunir a la masa hereditaria los valores dados en vida por el difunto. La nota es más explícita aún, pues dice: “Designamos los valores dados por el difunto y no las cosas mismas, como lo dispone el Código francés. La donación fue un contrato que transfirió la propiedad de las cosas al donatario, y éste ha podido disponer de ellas como dueño.”

No obstante lo dispuesto por el artículo 3477 Ver Texto , pensamos que también el heredero debe hacer la restitución en especie. La importancia de la cuestión hace necesario un análisis cuidadoso del tema.

a) En primer lugar, frente al texto del artículo 3477 Ver Texto , tenemos otros de los que surge claramente que la reducción debe hacerse en especie: artículos 1831 Ver Texto , 3601 Ver Texto y 3955 Ver Texto . Estos preceptos no establecen distinción alguna entre la hipótesis de donaciones hechas a extraños y a herederos. Ante el conflicto de estas disposiciones, debemos preferir la solución mejor, puesto que el resultado de la interpretación es uno de los elementos de juicio que más debe pesar en el ánimo de los jueces, cuya misión esencial es hacer reinar la justicia (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 1, n° 215). Ya hemos dicho anteriormente por qué es más justa la restitución en especie. La nota, aunque clara, no es un argumento decisivo; en realidad prueba demasiado, porque los fundamentos en que se basa la solución que propugna son aplicables, como ella misma lo dice, a todas las donaciones, lo que significaría que en todas ellas, sean hechas a herederos o a extraños, debería hacerse la restitución de los valores. Lo que ocurre es que después de escribir su nota, VÉLEZ cambió de pensamiento y admitió la restitución en especie en otros artículos. Por lo demás, ya se sabe, las notas no son ley no obligan al intérprete.

b) No hay ninguna razón de lógica o equidad que explique por qué los extraños deben restituir en especie y los herederos en valores. Por el contrario, la equidad está en favor de la restitución en especie también en este caso, pues así será menor el perjuicio que sufran los herederos perjudicados con donaciones inoficiosas del causante. La ley protege la legítima con igual vigor y firmeza, sin importarle quién es el destinatario de la liberalidad. Desde el punto de vista del heredero forzoso —cuyos derechos se trata de proteger—, ¿qué interesa que el beneficiario sea un extraño o un coheredero? No es admisible disminuir la protección en este último caso.

c) El artículo 3604 Ver Texto , que también se ha invocado en apoyo de la solución que impugnamos, no añade mucho a la cuestión. Es verdad que habla del valor de los bienes, pero es que a los efectos del cálculo de la masa hereditaria, de la legítima y de la porción disponible, no es posible omitir la referencia a los valores. Por el contrario, la palabra excedente que figura en el mismo texto, parece referirse a los bienes y no a los valores. De cualquier modo, la redacción es confusa y mal puede extraerse de ella un argumento en favor de una u otra tesis.

d) Hay otro argumento que juzgamos importante. El artículo 3536 Ver Texto autoriza a pedir la rescisión de la partición hecha por el causante, cuando ella afecta la legítima. Esa rescisión entraña la nulidad de la partición y el renacimiento del estado de indivisión de los bienes sucesorios, que deben ser redistribuidos en una nueva partición. Si en este caso la restitución debe hacerse en especie, ¿no es incongruente que la reducción se haga en valores? ¿Cómo se explica la aplicación de soluciones distintas, si el objeto de ambas acciones es siempre la integración y defensa de la legítima?

e) De cualquier modo, la cuestión desde el punto de vista económico, ha perdido bastante interés con los agregados de la ley 17711 al artículo 3477 Ver Texto del Código. Antes, en efecto, se debía restituir el valor de las donaciones a la época en que se hicieron; ahora, en cambio, los valores se computan al tiempo de la apertura de la sucesión. Los valores serán los reales en ese momento, con lo cual queda considerablemente limitada la posibilidad de que por no restituirse los bienes, sino sus valores, se perjudique a los demás herederos.

Ello no obstante, y en principio, opinamos que debe preferirse la restitución en especie. Tal solución es aceptada en los Códigos más modernos (italiano, art. 560; venezolano, art. 893).

1120/997

997. LEGADOS.— Respecto de los legados, hay que distinguir dos situaciones: si se han entregado o no a los beneficiarios. En el primer caso se aplican idénticas reglas a las de las donaciones; nos remitimos, pues, a lo dicho anteriormente. En el segundo, los herederos

pueden oponerse a entregar el legado en lo que él exceda la porción disponible. El orden en que la reducción ha de operarse ha sido tratado anteriormente (núms. 981 y sigs.).

El problema es delicado si el legado es de cosa cierta y la acción de reducción lo afecta sólo parcialmente. Algunos fallos han resuelto que la cosa debe ser entregada al legatario, quien debe a los herederos el importe del exceso de la porción disponible (ver nota 39). Esta jurisprudencia se funda en que el legatario adquiere el legado de cosa cierta vía recta, desde el mismo momento de la muerte del testador (art. 3766 Ver Texto).

Nos parece una doctrina insostenible. Los legitimarios tienen derecho a exigir su legítima en especie y ese derecho no puede serles negado por el testador. La doctrina que combatimos conduce a la negación de este principio liminar del derecho sucesorio. Supóngase el siguiente caso: el testador tiene un solo hijo y deja un solo bien a su muerte: la casa en que vive. La lega a un tercero. Este tercero que tiene derecho sólo a un quinto de la casa, se quedaría con ella y el heredero forzoso sólo tendría derecho a un crédito contra el legatario. Es una solución absurda. Es cierto que, conforme con el artículo 3766 Ver Texto los legatarios adquieren el dominio de la cosa legada desde el mismo momento de la muerte del causante; pero no menos cierto es que también los herederos son propietarios de los bienes que heredan desde el mismo momento de la muerte (art. 3420 Ver Texto). Siendo así, la solución es clara cuando la cosa es divisible: el heredero recibirá la parte de la cosa indispensable para completar su legítima y el legatario el resto. Pero el problema se complica singularmente cuando la cosa es indivisible. Pensamos que, en tal supuesto, no cabe sino adjudicar la cosa al heredero forzoso y reconocer un crédito al legatario por la parte que exceda de la legítima. En el ejemplo que antes hemos dado, el heredero se quedaría con la casa y el legatario recibiría un quinto de su valor. Esta es la única solución que respeta el derecho (que el testador no puede violar ni desconocer) del legitimario a recibir su legítima en especie (art. 3475 bis Ver Texto).

Sólo cabría apartarse de este principio en el caso extremo de que el derecho del legitimario sobre la cosa legada fuera mínimo. Así, por ejemplo, si para completar la legítima fuera necesario agregar solamente la vigésima o la centésima parte del valor de la cosa legada, la pretensión del heredero de que se le entregue la totalidad de la cosa sería abusiva y, por tanto, contraria al artículo 1071 Ver Texto . En este supuesto debería entregarse la cosa al legatario, reconociéndole al heredero un crédito por el saldo necesario para completar su legítima (ver nota 40)

2.— Efectos respecto de terceros

1120/998

998. INMUEBLES.— Cuando los inmuebles han sido transmitidos a terceros por el

donatario o legatario, los adquirentes sufren los efectos de la acción reipersecutoria y deben restituir el bien en la medida en que exceda la porción disponible. Es la solución que surge claramente del artículo 3955 Ver Texto . Cabe preguntarse si esta disposición ha sido modificada por el artículo 1051 Ver Texto (ref. por ley 17711), según el cual los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso quedan a cubierto de la nulidad del acto que sirvió de antecedente a su adquisición. La cuestión envuelve un problema interpretativo extremadamente delicado, tanto del punto de vista de la estimativa jurídica como de la compaginación de los textos legales.

Empecemos por el primero, que en definitiva tiene siempre un valor predominante en la interpretación de la ley. Supongamos una donación oculta bajo la apariencia de una venta. Al estudiar los antecedentes del dominio, el subadquirente de buena fe no tiene modo de saber el riesgo que se cierne sobre su derecho. Privarlo de su propiedad es a todas luces injusto. Pero la otra alternativa —negar los efectos reipersecutorios contra el adquirente de buena fe y a título oneroso— dejaría prácticamente desamparados a los legitimarios, pues sería muy simple burlar sus derechos. Un padre con hijos hace donación de todos sus bienes inmuebles a su concubina y si se quiere, para mayor seguridad, simula tratarse de una venta; luego la concubina los vende a un tercero (quizá con la complicidad de éste, que en la mayor parte de los casos será imposible probar) y sustrae el dinero a la acción de los herederos forzosos. Quedaría así consumado el despojo.

En otras palabras: si no se mantiene la plena vigencia del artículo 3955 Ver Texto , la protección de la legítima queda reducida hasta casi desaparecer, por lo menos en la vida práctica. Por ello, pensamos que la regla del artículo 1051 Ver Texto no es aplicable a nuestro caso (ver nota 41). En ella no se hace sino establecer un principio general, extremadamente beneficioso para la seguridad del tráfico jurídico; pero cada vez que las características propias de una acción revelen que no se la puede aplicar sin destruir la esencia de la institución protegida por la reipersecución, debe dejársela de lado y aplicar la regla específica que no ha sido derogada.

Pero si es necesario mantener los efectos reipersecutorios de esta acción, habría sido deseable que nuestro Código hubiera tomado de su modelo francés una solución que atenúa el rigor y los inconvenientes de esa regla. Así, el heredero, no puede ir contra el tercero, si antes no ha procurado hacerse pagar el valor de la cosa (calculado a la época de la apertura de la sucesión) por el propio donatario, haciendo ejecución de su bienes (art. 930 Ver Texto ; es también la solución del Código italiano, art. 560). Es decir, que sólo en caso de insolvencia del donatario se abre la acción contra el subadquirente. Además, se admite que el tercero puede paralizar la acción del heredero entregando el valor de los bienes a la época del fallecimiento del causante; en efecto: si el donatario hubiera sido solvente, el heredero habría tenido que contentarse con esa satisfacción, de tal modo que no es posible negar ese remedio al tercer subadquirente, a quien la ley desea otorgar una protección mayor (ver nota 42).

Infortunadamente, estas previsiones no figuran en nuestro Código. El heredero, pues, tiene derecho a perseguir la cosa aun respecto del tercer adquirente de buena fe, aunque el donatario sea solvente y pueda cobrarle su valor.

1120/999

999. GRAVÁMENES CONSTITUIDOS A FAVOR DE TERCEROS.— La resolución de la donación provoca la caducidad de todos los gravámenes constituidos a favor de terceros: hipotecas, usufructos, servidumbres, etcétera. El inmueble vuelve intacto a poder del heredero (ver nota 43). Es claro que si la resolución fuere parcial, el gravamen continuará afectando la parte que quede en poder del donatario o del subadquirente que lo constituyó. Queda, desde luego, a salvo el derecho de la persona a cuyo favor se ha constituido el gravamen para exigir del donatario la reparación de los daños y perjuicios. Pero esto es una cuestión ajena al heredero y a la acción de reducción.

1120/1000

1000. MUEBLES.— En lo que atañe a los bienes muebles, el efecto reipersecutorio de la acción queda paralizado por la regla del artículo 2412 Ver Texto , según el cual la posesión de buena fe de una cosa mueble crea en favor del que la posee la presunción de tener la propiedad de ella y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación, si la cosa no hubiere sido robada o perdida (ver nota 44). Sin embargo, los gravámenes reales que hubiera constituido el donatario sobre la cosa (por ej., una prenda) quedan resueltos por efecto de la resolución de la donación (ver nota 45).

1120/10280

D.— PRESCRIPCIÓN

1120/1001

1001. PLAZOS.— No obstante los efectos reipersecutorios de la acción de reducción, se admite generalmente que, en sustancia, es una acción personal, puesto que su objeto es la resolución de un contrato, la donación hecha por el causante. El derecho a perseguir la cosa no es sino un efecto de esa resolución (ver nota 46).

Esta es, sin duda, la concepción de VÉLEZ SARSFIELD. Por lo pronto, la nota al artículo

4023 Ver Texto cita la acción de reducción entre las que prescriben por diez años; y el artículo 3955 Ver Texto dice que el plazo para la prescripción de esta acción corre a partir de la fecha del fallecimiento del causante. Ahora bien: si el codificador la hubiera concebido como acción real, no hay prescripción, puesto que esta acción es perpetua como el dominio que protege. Si el artículo 3955 Ver Texto señala un comienzo del plazo de prescripción es porque se trata de una acción personal.

Esto sentado, es indiscutible que el plazo de prescripción es de diez años (art. 4023 Ver Texto y su nota). El término comienza a correr desde el fallecimiento del causante (art. 3955 Ver Texto). Ni el donatario, ni sus sucesores, podrán invocar la prescripción adquisitiva alegando la posesión de diez o veinte años, se atribuyan o no justo título y buena fe. Como el legitimario no ha podido actuar hasta el momento de la muerte del causante, es lógico que no pueda ser perjudicado hasta entonces por ningún término de prescripción (ver nota 47).

Pero si la donación está encubierta bajo la apariencia de un acto oneroso, el plazo de la prescripción es de dos años, puesto que la pretensión se funda en una acción de simulación (ver nota 48)

Tratándose de la acción dirigida contra una partición hecha por el causante, la prescripción se opera a los cuatro años (art. 4028 Ver Texto). Es una solución incoherente, pues no se ve qué motivos puede haber para fijar un plazo distinto.

1120/10290

§ 7.— Acción de rescisión

1120/1002

1002. REMISIÓN.— Cuando la partición ha sido hecha por el propio causante (sea por donación o testamento) el Código brinda otra acción en protección de la legítima; la de rescisión de la partición. Hemos tratado el tema en otro lugar, al que remitimos (núms. 745 y sigs.).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la indicada en nota 1555, véase: BLOUSSON, La acción de reducción, Buenos Aires, 1902.

(nota 2) FORNIELES, t. 2, nº 103.

(nota 3) C. Civ. 1ª Cap., 13/8/1943, J.A., 1943-III, p. 912; FORNIELES, loc. cit. en nota anterior; MACHADO, t. 5, p. 94; SEGOVIA, t. 1, p. 520, nota 79; LLERENA, t. 6, art. 1832, nº 1; LAJE, La protección de la legítima, nº 117.

(nota 4) FORNIELES, t. 2, nº 108; en contra: LLERENA, t. 6, comentario al art. 1832.

(nota 5) PÉREZ LASALA, t. 2, nº 963.

(nota 6) De acuerdo: LAJE, La protección de la legítima, nº 271.

(nota 7) MACHADO, t. 5, p. 94; LLERENA, t. 6, coment. al art. 1832, nº 7.

(nota 8) BLOUSSON, La acción de reducción, nº XIX; FORNIELES, t. 2, nº 109; LAJE, La protección de la legítima, nº 118; MESSINEO, t. 7. § 191, 6 bis.

(nota 9) FORNIELES, t. 2, nº 104; ZANNONI, t. 2, § 999; MAFFÍA, t. 2, nº 880; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, nº 1722; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, nº 102.

(nota 10) LLERENA, t. 6, nota al art. 1832, p. 72.

(nota 11) FORNIELES, t. 2, nº 105; LAJE, La protección de la legítima, nº 119; BLOUSSON, La acción de reducción, nº XIX; ZANNONI, t. 2, § 999; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, nº 101; Cód. Civ. italiano, art. 557.

(nota 12) Estas soluciones son admitidas generalmente: FORNIELES, t. 2, nº 106; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, nº 101; y más explícitamente en COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, nº 1554.

(nota 13) PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, nº 102; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, nº 1553.

(nota 14) FORNIELES, t. 2, nº 110; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, nº 128, 1,

quienes citan algunos viejos casos de jurisprudencia francesa en que así se ha decidido.

(nota 15) De acuerdo: AUBRY y RAU, t. 7, § 684 quater. DEMOLOMBE opina que la entrega del legado no impide la reducción (t. 9, n° 130), En cambio, FORNIELES sostiene que la entrega del legado supone, en principio, la renuncia de la acción de reducción, a menos que el heredero pruebe la ignorancia de la cantidad de bienes heredados (t. 2, n° 110); vale decir que, a su juicio, la entrega hace presumir la renuncia, a menos que el heredero pruebe que ignoraba el monto del haber líquido. Es una posición opuesta a la nuestra, pues consideramos que el acto en sí no hace presumir la renuncia y ponemos a cargo del legatario la prueba de que el heredero entregó el legado con pleno conocimiento del haber sucesorio.

(nota 16) C. Civ. Cap., Sala E, E.D., t. 104, p. 506; ZANNONI, t. 2, § 982; MAFFÍA, t. 2, n° 885; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 692; FORNIELES, t. 2, n° 116; LAFAILLE, t. 2, n° 228; RÉBORA, t. 2, n° 290; DE GÁSPERI, t. 3, n° 515; MACHADO, t. 5, n° 92; LLERENA, t. 6, art. 1831, n° 2. Sólo SEGOVIA ha sostenido que las donaciones deben reducirse a prorrata, salvo que se demuestre que el donante hizo las posteriores donaciones con ánimo de perjudicar a los primeros (t. 1, p. 495).

(nota 17) PÉREZ LASALA, t. 2, n° 692; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 109; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, n° 983; LAURENT, t. 12, n° 184.

(nota 18) PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 110.

(nota 19) PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, loc. cit. en nota anterior, quienes citan un fallo en este sentido (Civ., 20/4/1915, Dalloz, 1920.1.154).

(nota 20) PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 112; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1732; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1558.

(nota 21) Apoyan esta solución: FORNIELES, t. 2, n° 117; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, n° 1008; DEMOLOMBE, t. 18, n° 606.

(nota 22) De acuerdo: PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 116; AUBRY y RAU, t. 7, § 685 ter; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1734; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1560. En igual sentido: Cour de Cassation Civ., 11/1/1882, Dalloz, 1882.1.313 y Sirey. 1882.1.129.

(nota 23) KIPP, Sucesiones, t. 2, § 131, p. 292.

(nota 24) Cáms. Civiles en pleno, 11/6/1912, J.A., t. 5, p. 1.

(nota 25) FORNIELES, t. 2, n° 123; de acuerdo: LAFAILLE, t. 2, n° 247; RÉBORA, t. 2, n° 290; LAJE, La protección de la legítima, núms. 173 y sigs.

(nota 26) Véase, n° 988. De acuerdo: C. Civ. Cap., Sala F, 25/11/1965, E.D., t. 14, p. 744.

(nota 27) PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 55, n° 114; AUBRY y RAU, t. 7, § 685 ter; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, n° 1016; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1570; LAFAILLE opina que la restitución en especie sólo rige respecto de los muebles (t. 2, n° 246).

(nota 28) Así lo hace el Código portugués, art. 1497.

(nota 29) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 2, n° 696.

(nota 30) PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 3, n° 114 y nota 3, p. 115; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1574.

(nota 31) FORNIELES, t. 2, n° 126; DE GÁSPERI, t. 3, n° 515; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 696; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 115; DEMOLOMBE, t. 19, n° 609; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1571.

(nota 32) FORNIELES, t. 2, n° 1271; DEMOLOMBE, t. 19, n° 610; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 115; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 157; Cód. Civ. italiano, art. 561.

(nota 33) Esta opinión ha sido sostenida por GOYENA (nota a su art. 971 Ver Texto), pero no resiste el análisis. La resolución es consecuencia de una acción que puede o no intentarse; y como el ejercicio de esa acción es facultativo, mal puede decirse que la reducción se opera de pleno derecho (véase FORNIELES, t. 2, n° 127 y sus citas de DEMOLOMBE y PACIFICI-MAZZONI).

(nota 34) En este sentido, COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1571.

(nota 35) MESSINEO, t. 7, § 191, 2°.

(nota 36) JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1739; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1572.

(nota 37) Autores y loc. cit. en nota anterior.

(nota 38) FORNIELES, t. 2, n° 125; LAFAILLE, t. 2, n° 244; voto del Dr. ZAPIOLA en J.A., t. 5, p. 1 (el tribunal no se pronunció sobre el punto). Adviértase sin embargo que estas opiniones fueron vertidas antes de que el problema de la inflación viniese a alterar fundamentalmente la base económica en que se apoya esta tesis.

(nota 39) C. Civ. 2ª Cap., 8/7/1943, L.L., t. 32, p. 313; Sup. Corte Buenos Aires, 13/7/1954, L.L., t. 75, p. 667; C. Apel. 2ª La Plata, 30/9/1952, L.L., t. 68, p. 429; FASSI adhiere a esta doctrina, no sin importantes reservas: Tratado de los testamentos, t. 2, núms. 1170 y 1172.

(nota 40) Nos apartamos así de la solución que sostuviéramos en nuestras primeras ediciones (1ª a 3ª, n° 997).

(nota 41) De acuerdo: GUASTAVINO, La protección a terceros adquirentes, J.A., Doctrina, 1973, p. 111, n° 23; DEL CARRIL, Nulidad, E.D., t. 61, p. 1010, n° 43.

(nota 42) JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1738.

(nota 43) Es opinión unánime: DE GÁSPERI, t. 3, n° 521; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 121; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1567.

(nota 44) ZANNONI, t. 2, § 986; MAFFÍA, t. 2, n° 893; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 120; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1570; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1738; BARASSI, Successioni, n° 97 ter.

(nota 45) PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, loc. cit. en nota anterior; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, loc. cit. en nota anterior; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, núms. 1032 y sigs.

(nota 46) Sup. Corte Tucumán, 14/2/1939, J.A., t. 67; p. 592; FORNIELES, t. 2, n° 119; LAFAILLE, t. 2, n° 248; MACHADO, t. 11, p. 285, nota; LAJE, La protección de la legítima, n° 150; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 128; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, n° 1050.

(nota 47) De acuerdo: ZANNONI, t. 2, § 1001; MAFFÍA, t. 2, n° 894. Rechazamos pues, la opinión de LAFAILLE, para quien la acción de reducción prescribe para el donatario a los diez años, pero para los subadquirentes, recién cuando éstos han adquirido el dominio conforme a la prescripción larga (t. 2, n° 248). Esto sería colocar al sucesor en situación más favorable que el beneficiario, lo que no tiene sentido, tanto más si la transmisión hubiera sido a título oneroso y de buena fe.

(nota 48) C. Civ. Cap., 9/4/1945, J.A., 1945-II, p. 829; FORNIELES, t. 2, n° 120 bis; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 697.

1120/10300

§ 8.— Privación de la legítima

1120/1003

1003. CAUSAS; REMISIÓN.— El heredero forzoso puede ser privado de su legítima por las mismas causas por las que puede ser privado de la herencia: la indignidad y la desheredación. Hemos tratado estos temas en otro lugar y allí nos remitimos (véase núms. 74 y sigs. y núms. 152 y sigs.).

1120/10310

§ 9.— Supresión de la reserva

1120/1004

1004-1052. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE SU SUPRESIÓN POR LA LEY 17711. — El Código Civil en sus artículos 237 Ver Texto , 238 Ver Texto y 3590 Ver Texto y la Ley de Matrimonio Civil en sus artículos 115 y 116 admitían y legislaban sobre la reserva. ¿En qué consiste esta institución? Puede ocurrir que el viudo, que ha contraído segundas nupcias y ha tenido descendientes de ambos matrimonios, herede a uno de los hijos del primero; esos bienes quedan reservados para que, en ocasión de la muerte del progenitor, sean heredados por los hijos del primer matrimonio con exclusión de los del segundo. Ejemplo: A tiene tres hijos del primer matrimonio (B, C y D) y tres del segundo (E, F y G); muere en primer término B; sus bienes son heredados por A; al fallecimiento de éste, esos bienes no se reparten por partes iguales entre todos los hijos de A (como debería ocurrir de acuerdo con los principios de la sucesión legítima) sino únicamente entre C y D, hermanos de doble vínculo del dueño originario de los bienes.

El progenitor obligado a reservar se llama reservista; los hijos del primer matrimonio, reservatarios.

Esta institución, que nuestro codificador tomó del derecho romano (Código, L. 3, tít. 9, lib. 5; Novela 22, cap. 46) y de la antigua legislación española (L. 15 de Toro; 1.26, tít. 13, Partida 5ª, L. 7, tít. 4, Lib. 10 de la Novísima Recopilación), se originó en el sentimiento de hostilidad con que antiguamente se consideraba el casamiento de las viudas. Este prejuicio ha perdido vigencia en nuestros días; empero hay otras razones que pueden hacerse valer en apoyo de la reserva:

a) Parece justo que los bienes que una viuda ha heredado de su primer marido o de un hijo de éste (que probablemente los haya heredado también de su padre) no vayan a manos de los descendientes de otro hombre, sino de los de aquél.

b) Es de temer que el segundo esposo influya sobre el ánimo del reservista para inducirlo a disponer de los bienes reservables, con el propósito de beneficiarse o de favorecer a sus propios parientes, en perjuicio de los hijos del primer lecho. Así, por ejemplo, podría simular una venta en favor de un prestanombre, con lo cual quedarían despojados los hijos del primer matrimonio.

Estos argumentos, con ser importantes, no han parecido suficientes para justificar el mantenimiento de la institución de la reserva, que salvo en España y Paraguay, ha desaparecido de la legislación contemporánea. En verdad, presenta inconvenientes serios. Los bienes quedan indisponibles en poder del reservista; y si éste los enajena, los terceros adquirentes de buena fe están expuesto a una acción de restitución. En suma, se traba la libre disponibilidad de los bienes. Por ello, la doctrina le es desfavorable y se propuso la supresión en los proyectos de reformas, supresión que finalmente fue llevada a la práctica

por la ley 17711 . Podrá encontrarse un estudio completo de esta institución en nuestras ediciones 1ª y 2ª, números 1004 a 1052.

1120/10320

TERCERA PARTE - SUCESIÓN TESTAMENTARIA

1120/10330

CAPÍTULO XII - DEL TESTAMENTO EN GENERAL (ver nota 1)

1120/1053

1053. NOCIONES GENERALES.— La sucesión legítima ha precedido históricamente a la testamentaria (véase nº 789). En Roma el testamento aparece recién después de la Ley de las XII Tablas, y desde entonces ha sido universalmente admitido. La potestad de disponer de los bienes para después de la muerte es inseparable de la propiedad, puesto que ésta, eliminado el derecho de disposición, queda reducida a un simple usufructo. Y si sólo se permitiera la disposición por actos entre vivos, se obligaría al propietario que desea darles un destino en previsión de su muerte a hacer traspasos en vida o simular enajenaciones; es decir, se llegaría siempre al mismo resultado, sólo que por una vía falsa, a veces compleja y perjudicial. El testamento elimina todos estos inconvenientes y brinda la solución recta y simple.

1120/1054

1054. CONCEPTO Y CARACTERES.— El artículo 3607 Ver Texto define el testamento como el acto escrito, celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte.

Esta definición señala algunos de los caracteres del testamento, aunque no todos, Procuraremos integrar el concepto y precisar el significado de cada uno de esos caracteres.

1120/1055

1055. a) Es un acto jurídico unilateral.— El testamento queda perfeccionado con la sola declaración de voluntad del causante, sin necesidad de una voluntad receptiva o aceptante. Es verdad que la transmisión de derechos no se operará si el heredero instituido o el legatario repudian el beneficio; pero el derecho a recibir los bienes queda abierto para ellos antes de su aceptación. En otras palabras, el testamento es plenamente válido por la sola declaración de voluntad del difunto, lo que nada tiene que ver con la facultad de los beneficiarios de repudiar herencias o legados que les resulten inconvenientes.

1120/1056

1056. b) Es un acto solemne.— El testamento es un acto solemne, de tal modo que la omisión de las formas legales lo priva de todo efecto. Además, siempre será escrito; la forma verbal está prohibida (arts. 3607 Ver Texto y sigs.). De este tema nos ocuparemos más adelante (núms. 1129 y sigs.).

1120/1057

1057. c) Es un acto personalísimo.— Sólo puede ser otorgado personalmente por el causante; éste no puede dar poder a otro para testar, ni dejar ninguna de sus disposiciones al arbitrio de un tercero (arts. 1890 Ver Texto y 3619 Ver Texto).

Es ésta una solución tradicional, de fundamentos incontestables. Se desea asegurar que el testamento sea la expresión auténtica de la voluntad del causante; se quiere evitar que el representante traicione el pensamiento de aquél y disponga de sus bienes de una manera distinta a la que era su voluntad, cosa tanto más fácil cuanto que, habiendo muerto el mandante, será prácticamente imposible probar que se ha desviado del mandato y responsabilizarlo por las consecuencias de su culpa o dolo. Es, además, innecesario, pues no se advierte qué utilidad puede tener la delegación del poder de testar.

1120/1058

1058.— En el mismo orden de ideas, dispone el artículo 3711 Ver Texto que el testador nombrará por sí mismo al heredero; si se refiere al que otro nombrará por encargo suyo, la institución no vale. Tampoco el legado puede dejarse al arbitrio de un tercero; pero aquí el Código introduce una limitación al rigor de la regla general; admitiendo que el testador puede dejar a juicio del heredero el importe del legado y la oportunidad de entregarlo (art. 3759 Ver Texto).

1120/1059

1059. d) Es un acto de disposición de bienes.— El artículo 3607 Ver Texto define al testamento como un acto de disposición de bienes. Esto no es rigurosamente exacto, porque puede tener también otro objeto, tal como el reconocimiento de un hijo extramatrimonial o el nombramiento de un tutor. No por ello la definición del artículo 3607 debe considerarse incorrecta, puesto que, normalmente, tiene por objeto la disposición de bienes. Tan expresiva es esta nota de la función esencial del testamento, que en Italia, con motivo de la redacción del nuevo Código, se rechazó la propuesta de definirlo como un acto de última voluntad que contiene disposiciones patrimoniales y no patrimoniales, porque aunque esto es más rigurosamente exacto, se pensó que se desdibujaba el concepto tradicional y la función esencial que cumple (ver nota 2). Sobre este tema volveremos más adelante.

1120/1060

1060. e) Produce efectos después de la muerte del testador.— A diferencia de las liberalidades hechas por actos entre vivos, que producen sus efectos de inmediato, el testamento sólo está destinado a producir efectos después de la muerte del causante.

Si una liberalidad asumiese la forma de una donación destinada a no producir efectos sino después de la muerte del donante, tal declaración de voluntad será nula como contrato y valdrá sólo como testamento, si está hecha con las formalidades de estos actos jurídicos (art. 1790 Ver Texto).

1120/1061

1061.— Pero hay que admitir una excepción: el reconocimiento de hijos extramatrimoniales contenido en un testamento produce efectos desde el momento del acto mismo. Remitimos sobre esta cuestión al Tratado de Derecho Civil, Familia, 9ª ed., t. 2, número 720.

1120/1062

1062. f) Es un acto revocable.— Una característica esencial del testamento es su revocabilidad. Toda renuncia o restricción a este derecho es de ningún efecto (art. 3824 Ver Texto) (ver nota 3). Por eso se lo llama acto de última voluntad, porque es la última voluntad, expresada con las formalidades legales, la que prevalece.

En la nota al artículo 3613 Ver Texto , VÉLEZ SANSFIELD dice, con razón, que no por ello debe pensarse que el testamento, mientras vive su autor, es un simple proyecto, que sólo se convierte en un acto perfecto con la muerte. Por el contrario, se trata de un acto plenamente válido y perfecto desde que fue otorgado en legal forma; sólo que la ley permite su revocación en cualquier momento (véase también art. 3631 Ver Texto).

1120/1063

1063.— Una excepción tiene esta regla; el reconocimiento de hijos extramatrimoniales hecho por testamento es irrevocable. Así lo dispone el artículo 2º, ley 14367, que ha derogado en este punto lo que establecía el artículo 333, Código Civil, el cual hacía privar, aun en este caso, el principio de la revocabilidad del testamento. Y de una manera más general, se ha declarado que la revocación del testamento no impide admitir los efectos de las manifestaciones contenidas en él en cuanto al reconocimiento de hechos (ver nota 4).

1120/1064

1064. TESTAMENTOS CONJUNTOS.— El Código ha prohibido los testamento conjuntos, sea a favor de un tercero, sea a título de disposición mutua y recíproca (art. 3618 Ver Texto). Esta es una norma de vigencia casi universal (Cód. Civ. francés, art. 968; español, arts. 669 y 733; portugués, art. 1753; brasileño, art. 1630; peruano, art. 814; venezolano, art. 835; mexicano, art. 1296; uruguayo, art. 781; chileno, art. 1003, etc.). Solamente los pueblos germanos admiten el testamento conjunto o contractual (Cód. Civ. alemán, art. 2265; austríaco, arts. 583 y 1248; suizo, art. 512).

La prohibición contenida en el artículo 3618 Ver Texto parece ser una consecuencia casi necesaria del principio según el cual el testamento debe ser expresión libérrima de la última voluntad del causante. Desde el momento en que esa voluntad ha quedado encadenada a otra, el acto pierde la revocabilidad, que según veremos, está en su esencia.

Es claro que no puede confundirse testamento conjunto con simultáneo. Puede ocurrir, en efecto, que dos personas redacten sus testamentos en el mismo papel, uno a continuación del otro, o en el anverso y reverso de la misma hoja; y que en esos testamentos se instituyan recíprocamente como herederos para el caso de muerte. Tales testamentos son perfectamente válidos, porque cada uno de ellos es independiente y podría luego ser revocado libremente, sin afectar al otro (ver nota 5). Lo que está prohibido es que dos personas hagan su testamento en el mismo acto.

1120/1065

1065. TESTAMENTOS CONJUNTOS OTORGADOS EN EL EXTRANJERO (ver nota 6).— ¿Tienen validez entre nosotros los testamentos conjuntos hechos en el extranjero? La cuestión se vincula estrechamente con esta otra: la prohibición del testamento conjunto, ¿es puramente formal o también hace a la sustancia del acto? Es obvio que, si la prohibición del artículo 3618 Ver Texto fuera puramente formal, regiría la regla *locus regit actum*; el testamento sería válido en nuestro país, siempre que la ley del lugar donde se celebró lo permitiera. Pero es indudable que ella no obedece a una razón puramente formal; el codificador ha querido dejar incólume el principio de la revocabilidad del testamento y eliminar las influencias extrañas en el momento de la expresión de la última voluntad (ver nota 7). Siendo así, la norma del artículo 3618 Ver Texto adquiere un valor sustantivo y parece que debiera aplicarse a cualquier testamento, de tal modo que serían nulos entre nosotros los otorgados por extranjeros en su propio país (ver nota 8). Empero, una poderosa corriente doctrinaria (ver nota 9), que entre nosotros ha merecido recepción jurisprudencial en el único caso que se registra en nuestros anales (ver nota 10), se ha pronunciado en el sentido de la validez. Resulta, en efecto, sumamente duro declarar inválido un testamento que ha sido redactado de acuerdo con las leyes del país en que se otorgó; se burlaría así la voluntad del causante y se despojaría al heredero instituido de bienes que aquél quiso dejarle, sin una razón realmente convincente para llegar a un resultado tan grave. Es natural que los jueces se sientan inclinados por mantener la validez del testamento (ver nota 11). Consideramos que esta es la buena solución, pero con una salvedad: si el testamento conjunto hubiera sido revocado por otro posterior, aun en el caso de que la revocación fuera ineficaz de acuerdo con las leyes del lugar de la celebración del testamento (ver nota 12), tendrá pleno valor para los jueces argentinos. Esta es, nos parece, una manera de conciliar plenamente el principio de la revocabilidad del testamento (que es lo que a nuestro Código le interesa resguardar) con esa razón de equidad y justicia que impone reconocer la validez de una manifestación de última voluntad hecha de conformidad con las leyes del lugar del otorgamiento. En otras palabras: dejando a salvo el derecho de revocar, sin limitación alguna, el testamento, la cuestión de la redacción conjunta o separada se convierte en un problema puramente formal, lo que justifica la solución de nuestra jurisprudencia.

1120/1066

1066. DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA ACEPTADA EN EL MISMO ACTO.— Supongamos, ahora, no ya testamento conjunto, sino aquel en el que participa el heredero o legatario para expresar su consentimiento. ¿Es válido el acto? Podría argumentarse en contra diciendo que hay un pacto sobre herencias futuras, o bien que la participación del beneficiario hace temer que pueda haber influido en el ánimo del testador. Pero ninguna de estas objeciones resiste el análisis. No hay pacto, puesto que éste supone irrevocabilidad unilateral; y el testamento, aun aceptado por el beneficiario, siempre es revocable. Tampoco hay que temer la influencia del heredero, por la misma razón de que posteriormente y aun en forma secreta, el testador puede revocarlo.

Tal intervención es, pues, inocua; del punto de vista del testamento, porque no lo anula; del punto de vista del beneficiario, porque no lo obliga a aceptar la herencia. Toda vez que el testamento sólo produce efectos después de la muerte, no se concibe que alguien puede estar obligado con antelación, tanto más cuanto que hasta ese momento se ignora el patrimonio que dejará el causante y no se puede juzgar sobre la conveniencia de aceptar la herencia.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: FASSI, Tratado de los testamentos, Buenos Aires, 1970; FORNIELES, t. 2, núms. 154 y sigs.; GOYENA COPELLO, Tratado del derecho de sucesión, Buenos Aires, 1976, t. 2; LAFAILLE, t. 2, núms. 255 y sigs.; ZANNONI, Derecho de las sucesiones, t. 2; RÉBORA, t. 2, núms. 357 y sigs., 45; PÉREZ LASALA, t. 2; MAFFÍA, t. 3; DE GÁSPERI, t. 3, núms. 373 y sigs.; FERRERO, Derecho de sucesiones, Lima, 1993, p. 433 y sigs.; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, núms. 1267 y sigs.; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1; SOUM, La transmission de la succession testamentaire, París, 1957; CICU, Testamento, 2ª ed., Milano, 1947; MESSINEO, t. 7, § 181 y sigs.; BARASSI, Le successioni per causa di morte, 3ª ed., Milano, 1947; SOARES, Des testamentos no direito brasileiro, Río de Janeiro, 1941; KIPP, Sucesiones, t. 1, § 10 y sigs.; BEACH, Manual of the law of wills, San Francisco, 1888; ALEXANDER, Commentaries on the law of wills, San Francisco, 1917/18. En cuanto al derecho romano, es especialmente recomendable, la muy moderna y erudita obra de BIONDI, Sucesión testamentaria y donación, trad. española, Madrid, 1960.

(nota 2) Véanse estos antecedentes en CICU, Testamento, p. 8.

(nota 3) Por ello se ha declarado que la expresión “válido por un año”, incluida en un testamento, no le impide al causante volver a testar válidamente antes de cumplirse ese plazo; C. Civ. Cap., Sala B, 25/3/1955, L.L., t. 79, p. 261.

(nota 4) C. Civ. Cap., Sala E, 20/11/1962, L.L., t. 109, p. 661.

(nota 5) Nota del codificador al art. 3618 Ver Texto , C. Civil Cap., Sala A, 7/7/1976, L.L., 1976-D, p. 554; C. Apel. Junín, 7/8/1986; D.J., 1987-I, p. 273; FORNIELES, t. 2, nº 159; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, nº 27; ZANNONI, t. 2, § 1049 PÉREZ LASALA, t. 2, nº 110; DE GÁSPERI, t. 3, nº 378; MARCADÉ, t. 4, nota al art. 968; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, nº 528 y jurisprudencia allí citada; MESSINEO, t. 7, § 181, nº 5 bis. Compárese CICU, Testamento, nº 9.

(nota 6) BIBLIOGRAFÍA: ROMERO DEL PRADO, Invalidez en nuestra República de los testamentos mancomunados o recíprocos otorgados en países extranjeros cuyas leyes

los admiten, L.L., t. 43, p. 1063.

(nota 7) Es la opinión más generalizada: COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1759; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 2, n° 1855; MESSINEO, t. 7, p. 181, n° 5 bis; CICU, Testamento, n° 9; ROMERO DEL PRADO, nota en L.L., t. 43, p. 1063.

(nota 8) Sostienen esta opinión: ROMERO DEL PRADO, loc. cit. en nota anterior; ALCORTA, Curso de Derecho Internacional Privado, t. 2, p. 466; GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 176; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 2, n° 855. Estos autores citan un fallo de un tribunal de Florencia, Italia, en este sentido (Sirey, 1899, 4.5).

(nota 9) ZANNONI, t. 2, § 1052; MAFFÍA, t. 2, n° 508-i; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 112; MACHADO, t. 9, p. 457; FORNIELES, t. 2, n° 159 bis; AUBRY y RAU, t. 7, § 668; DEMOLOMBE, t. 21, núms. 40 y 476; es la tendencia seguida por los tribunales franceses: TOLOUSE, 11/5/1850; Dalloz, 1852.2.64; Caen 22/5/1850; Dalloz, 1853.2.171.

(nota 10) C. Civ. 2ª, Cap., 3/11/1948, J.A., 1948-IV, p. 451.

(nota 11) PLANIOL-RIPERT-TRASBOT hacen notar de una manera general y sin referencia concreta a la hipótesis de los testamentos otorgados en el extranjero, que la prohibición del testamento conjunto no tiene razón de ser si se admite la libre revocabilidad por cualquiera de los otorgantes, sin que su revocación afecte las disposiciones de última voluntad del otro. Y agregan que justamente porque carece de fundamento sólido, la jurisprudencia ha procurado restringir en lo posible su campo de aplicación (t. 5, n° 528).

(nota 12) De acuerdo: ZANNONI, t. 2, § 1053.

1120/10340

§ 1.— Capacidad para testar (ver nota 1)

1120/10350

A.— REGLA GENERAL

1120/1067

1067. EL ARTÍCULO 3606.— Dice este artículo que: Toda persona legalmente capaz de tener voluntad y de manifestarla, tiene la facultad de disponer de sus bienes por testamento. Se trata, en verdad, de una disposición inútil, pues bastaba con la aplicación de los principios generales sobre la capacidad de obrar, que se aplican a todos los actos jurídicos, incluido, desde luego, el testamento. La ley debió limitarse a aludir a los supuestos en que esas reglas generales están modificadas en razón de las peculiaridades propias de los testamentos.

Tampoco es exacto que toda persona legalmente capaz de manifestar su voluntad sea hábil para testar; este es un derecho que sólo tienen las personas naturales, pero no las jurídicas. En efecto, el testamento es un acto destinado a tener efectos después de la muerte del causante y las personas jurídicas no mueren. Ellas se disuelven; y desde luego, pueden disponer del destino de sus bienes para después de su disolución, conforme a sus estatutos; pero éste será siempre un acto entre vivos y no de última voluntad.

1120/1068

1068.— Finalmente, es preciso hacer notar que las normas referentes a la capacidad para testar no coinciden con las relativas a los actos jurídicos en general. En algunos casos son más amplias; la capacidad para testar se adquiere a los 14 años y no a los 21. En otros, las exigencias son mayores: para testar se requiere una perfecta razón (art. 3615 Ver Texto), una completa razón (art. 3616 Ver Texto). La insistencia sobre este concepto revela que la ley ha querido ser particularmente exigente en este punto. Ello permite al juez, dice con razón FORNIELES, moverse dentro de un terreno amplio, declarando incapaces a una serie de anormales, que sin ser propiamente alienados, no poseen una lucidez completa, como los débiles de espíritu, los seniles simples y, en general, los que se mantienen en una zona intermedia (ver nota 2). Pero la duda debe resolverse a favor del acto (ver nota 3).

1120/1069

1069. MOMENTO EN QUE DEBE EXISTIR LA CAPACIDAD.— La capacidad para testar se juzga en el momento en que se otorgó el testamento; no interesa si ella existía o faltaba en el instante de la muerte (art. 3613 Ver Texto ; véase la nota del codificador). Así, pues, será válido el testamento si lo otorgó una persona sana de espíritu, que después enloqueciera; y nulo si no era capaz, aunque después adquiriera o recuperase la capacidad. En el primer caso, la solución es obvia, pues no se advierte por qué motivo ha de anularse un acto que quedó perfecto al otorgarse con las formalidades legales por quien en ese momento era plenamente capaz. Sin embargo, podría presentarse una dificultad en los

testamentos ológrafos o cerrados. Supóngase que una persona aproveche de la demencia de otra para hacerle firmar un testamento por acto privado en el que le deja sus bienes y lo hace fechar en una época en que el testador era capaz. Indudablemente es un serio peligro. Pero la otra alternativa es no reconocer la validez sino a los testamentos por acto público, cuando el causante ha fallecido insano. Sería demasiado riguroso. Queda siempre a quienes han sido perjudicados por testamento, la posibilidad de probar su verdadera fecha, con lo que demostrarían la nulidad del acto; pero hay que reconocer que tal prueba es muy difícil de producir.

La recuperación de la capacidad por quien ha testado durante su minoridad o demencia ¿permite considerar que ha habido confirmación tácita del acto? Ya hemos dicho que el artículo 3613 Ver Texto resuelve expresamente la cuestión en sentido negativo, lo que es natural. La persona que recupera su salud puede muy bien ignorar lo que ha hecho durante su demencia y carecer de conciencia de que ha otorgado el testamento; de ahí que su silencio no puede ser nunca considerado como confirmación tácita, la que requiere, además, una ejecución total o parcial del acto (art. 1063 Ver Texto), que en nuestra hipótesis no podría existir, pues el testador nunca puede ejecutar el propio testamento.

1120/10360

B.— INCAPACES PARA TESTAR

1120/1070

1070. ENUMERACIÓN.— Son incapaces para testar los menores de 14 años, los dementes y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito. Además de estas incapacidades generales, que hacen a la aptitud mental del otorgante y que, por ello mismo, comprenden todos los testamentos, hay algunas inhabilitaciones referidas a ciertas formas. El sordo, el mudo y el sordomudo, sepan o no darse a entender por escrito, no pueden testar por acto público (art. 3651 Ver Texto); en cambio, pueden otorgar testamento ológrafo o cerrado. Por el contrario, los analfabetos, no pueden testar en estas últimas formas, que requieren la escritura de puño y letra del disponente; en cambio, pueden hacerlo por acto público.

¿Pueden testar en forma ológrafa los ciegos? La cuestión está controvertida (ver nota 4). Por nuestra parte, consideramos que, puesto que el Código no establece ninguna incapacidad sobre este punto, debe admitirse que los ciegos pueden emplear esta forma, tanto más cuanto que no advertimos la existencia de ningún riesgo grave en su utilización por quienes están privados de la vista.

1.— Menores de 14 años

1120/1071

1071. REGLA DEL ARTÍCULO 286.— El artículo 3614 Ver Texto , Código Civil, establecía que podían testar los menores que habían cumplido 18 años, apartándose así de la regla general de que la capacidad se adquiere a los 21 años. Se justifica que la ley sea menos rigurosa cuando se trata de testar que cuando se trata de actos entre vivos, porque en este último caso se corre el riesgo de que los jóvenes sean inducidos por su inexperiencia y probablemente por la actuación engañosa de terceros, a celebrar actos perjudiciales a sus intereses. Pero en el caso del testamento se trata de algo distinto: resolver el destino de sus bienes para después de su muerte.

La solución del artículo 3614 Ver Texto era, por tanto, razonable. Pero la ley 23264 redujo la edad que faculta a testar a los 14 años (art. 286). Aunque la cuestión es discutible, por nuestra parte pensamos que un menor de 14 o 15 años puede ser fácilmente influenciado por las personas que lo rodean, para obtener mandatos que las beneficien. Por lo tanto, creemos que era más prudente la solución originaria de nuestro Código.

Casi todas las legislaciones admiten un límite de edad menor para testar que el exigido para el otorgamiento de la capacidad en general. Establecen el límite de 18 años el Código italiano (art. 591); de 16 años, los códigos alemán (art. 2229), mexicano (art. 1306), brasileño (art. 1627, inc. 1º), venezolano (art. 837, inc. 1º), francés (art. 904), aunque en este último sólo puede disponer de la mitad de sus bienes mientras no haya llegado a la mayoría; lo fija en 14 años el Código español, cualquiera sea el sexo (art. 663, inc. 1º); en 14 años para los varones y 12 para las mujeres el uruguayo (art. 831, inc. 1º). En los Códigos chileno (art. 1005, inc. 1º) y colombiano (art. 1060, inc. 1º) se establece la edad de la pubertad siguiendo así el precedente de la legislación española (Partida 4ª, tít. 1, ley 13).

1120/1072

1072.— Los 14 años deben reputarse cumplidos a partir de la hora 0 del día siguiente al del onomástico, de acuerdo con las reglas sobre cómputos de los intervalos de tiempo (arts. 24 Ver Texto y sigs., Cód. Civ.) (ver nota 5); a diferencia de la mayoría de edad, que se adquiere a partir de la hora 0 del mismo día en que se cumple dicha edad, por aplicación de una regla excepcional (art. 128 Ver Texto ; véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 1, nº 491) (ver nota 6).

1120/1073

1073. MENORES EMANCIPADOS.— Cabe preguntarse si puede testar el menor emancipado que no ha cumplido 14 años. En el régimen del Código Civil, nos habíamos pronunciado por la negativa (véase nuestra 1ª y 2ª edición, n° 1073) de acuerdo con una calificada doctrina (ver nota 7). Pero luego de la profunda modificación del régimen de capacidad de los emancipados, que conforme al artículo 135 Ver Texto (ref. por ley 17711) pueden disponer libremente de sus bienes (con la única restricción de que si se trata de bienes adquiridos a título gratuito necesitan el consentimiento del cónyuge mayor o la autorización judicial) es obvio que debe reconocérseles capacidad para testar (ver nota 8), ya que esta forma de disposición de bienes no envuelve para el emancipado los riesgos de la disposición por actos entre vivos. Y, por cierto, ninguna distinción cabe formular según sea el origen gratuito u oneroso del título por el cual el emancipado adquirió los bienes.

Es claro que después de haberse rebajado a 14 años la edad que permite testar, la posibilidad de que un menor que no haya cumplido esa edad, sea emancipado, es mínima, tanto más si se tiene en cuenta el carácter absolutamente excepcional con que pueden autorizarse tales nupcias (véase art. 167 Ver Texto , segundo párrafo, Cód. Civil).

Cabe señalar que el Código venezolano (art. 837) autoriza el testamento hecho por menores emancipados, aunque no hayan cumplido el límite mínimo de edad requerido para ese acto.

2.— Dementes

1120/1074

1074. DEMENTES INTERDICTOS.— Si el causante se hubiera encontrado bajo una declaración judicial de demencia en el momento en que testó, el acto es nulo (art. 3613 Ver Texto). Es indiferente que más tarde recupere su capacidad; de cualquier modo, el testamento es inválido. Debe dejarse a salvo la hipótesis de los intervalos lúcidos, de la que nos ocuparemos más adelante (n° 1083).

1120/1075

1075. DEMENTES NO DECLARADOS.— El problema más delicado se presenta con referencia a los dementes no declarados. Las bases legales para la solución son las siguientes:

1120/1076

1076. a) Concepto de demencia.— Hemos dicho en otro lugar que, desde el punto de vista jurídico, demente es la persona que, a consecuencia de una perturbación de sus facultades mentales, carece de aptitud para dirigirse a sí misma y en sus relaciones de familia y para administrar sus bienes (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 1, n° 515). Pero este concepto, aplicado al testamento, exige un ajuste. En esta materia la ley es más exigente para convalidar el acto. Requiere que el otorgante se encuentre en su perfecta razón (art. 3615 Ver Texto), en su completa razón (art. 3616 Ver Texto); lo cual significa que los semialienados, los débiles de espíritu, los seniles simples, aunque no puedan ser calificados propiamente como dementes, son inhábiles para testar (ver nota 9). Este concepto es de particular importancia, pues brinda al juez la posibilidad de moverse dentro de límites más amplios para poder invalidar actos otorgados por personas, que, sin ser francamente alienados, se encuentran en una zona fronteriza, sea por debilidad de espíritu, o por hallarse circunstancialmente privados de su plena lucidez en razón de su enfermedad, del abuso de drogas o de su vejez. Permite, sobre todo, desconocer efectos a esos testamentos arrancados al moribundo, sea por un procedimiento de captación de voluntad o por engaños y aun violencias, que si bien permitirían por sí solas la declaración de nulidad del acto, en la práctica son muy difíciles de probar. En cambio, suele ser más sencillo demostrar la falta de perfecta razón del causante.

Cabe notar que el nuevo artículo 152 bis Ver Texto autoriza tácita pero claramente el testamento de los inhabilitados, al establecer que ellos no pueden realizar actos de disposición de sus bienes por actos entre vivos. En consecuencia, la simple inhabilitación de un débil mental no basta para anular el testamento; pero si la falencia de las facultades, sin llegar a la demencia, es grave, si se trata de estados fronterizos con la insania, entonces juegan los principios que acabamos de enunciar (ver nota 10).

1120/1077

1077. b) Diferencia con los actos entre vivos.— Muerta una persona, no se puede reclamar la nulidad de un acto entre vivos realizado por ella, en base a su demencia no declarada judicialmente, si ésta no surge del acto mismo que se impugna o no se ha iniciado el juicio de insania con anterioridad a la muerte (art. 474 Ver Texto , Cód. Civ.). La seguridad del comercio exige la adopción de este criterio tan severo. Pero esta disposición no rige si se desmostrare la mala fe de quien contrató con el fallecido, Esta reserva, agregada al artículo 474 Ver Texto por la ley 17711 se justifica plenamente por cuanto frente a la evidencia de la mala fe, no cabe protección legal. Muy distinta es la solución en materia de testamento; basta aquí la prueba de que el otorgante no estaba en su completa razón al tiempo de hacer sus disposiciones, para hacer viable la impugnación (art. 3616 Ver Texto).

1120/1078

1078. c) Presunción de salud.— La ley presume que el causante se encontraba en su sano juicio, mientras no se pruebe lo contrario (art. 3616 Ver Texto). A quien pide la nulidad del testamento le incumbe probar que el testador no se hallaba en su completa razón al tiempo de testar (ver nota 11). La duda debe resolverse en favor de la validez del acto (ver nota 12).

1120/1079

1079. PRUEBA.— La inhabilidad mental para testar puede probarse por todos los medios, inclusive testigos y presunciones. Pero la necesidad de evitar impugnaciones construidas sobre la base de testigos falsos o de prueba endeblés, hace que el juez deba examinarlas con criterio riguroso. Veamos algunos de los problemas más frecuentes:

1120/1080

1080. a) Testigos.— Esta prueba debe ser sometida a un riguroso juicio crítico para impedir nulidades fundadas en testigos de complacencia. A menudo los testimonios suelen ser contradictorios; los presentados por el impugnante del testamento afirman la insania del causante, mientras los de la parte contraria sostienen su normalidad. Habrá que tener presente la regla, cara a los romanos, según la cual los testigos deben pesarse y no contarse (ver nota 13). Entre quienes afirman que no han observado nada de anormal en el difunto y quienes refieren hechos concretos que revelan la falta de normalidad, debe más bien estarse a las manifestaciones de estos últimos, pues no haber notado anomalías no significa que no existieran, tanto más cuanto que hay locos razonadores y aparentemente lúcidos, que suelen llamar a engaño; salvo, claro está, que la asiduidad del trato o tipo de demencia hiciera imposible que ella pasare inadvertida al testigo. La opinión de que se trata de un demente carece de eficacia probatoria (salvo el caso de los testigos médicos, que veremos más adelante) a menos que se funde en hechos concretos; pues los testigos no son llamados para que opinen, sino para que relaten hechos que han presenciado (ver nota 14). La declaración del escribano público, frecuentemente contenida en el testamento, de que el otorgante se halla en pleno uso de sus facultades mentales, no tiene otro valor que el de un simple testimonio, de importancia muy relativa porque, como dice VÉLEZ SANSFIELD, el escribano no tiene por misión comprobar auténticamente el estado mental de los que otorgan testamento (nota al art. 3616 Ver Texto) (ver nota 15).

Una consideración especial merecen los testigos médicos, que han tratado al causante en su última enfermedad, o que lo han examinado durante la época en que testó. Si todos los médicos que declaran en autos tienen una opinión coincidente sobre el estado mental del causante, difícilmente el juez podrá apartarse de sus conclusiones, sobre todo si la autoridad científica y personal del facultativo contribuye a reforzar el crédito de sus opiniones (ver nota 16). Mucho más débil será esa prueba si el médico es uno solo o si, siendo varios, hay

contradicción entre ellos.

1120/1081

1081. b) Pericia médica.— La pericia médica, tan fundamental en el juicio de insania, tiene en nuestro caso un valor muy relativo. En efecto: no se trata ya de una enfermedad presente, cuyo estudio hacen los médicos con el enfermo adelante, sino de una cuyo diagnóstico debe hacerse sobre una base conjetural, porque el paciente ha fallecido. El juez debe apreciar tales pericias con sumo cuidado (ver nota 17); ellas se apoyan siempre en el análisis de la prueba producida en autos, pero no hay que olvidar que el estudio crítico de esas probanzas es la tarea propia del juez, no del perito. Ello no significa, sin embargo, que deban descartarse totalmente, pues pueden iluminar ciertos aspectos que resulten confusos o dudosos para un profano. Y cuando los tres peritos, incluso los designados por las partes, concuerdan, su dictamen adquiere un valor relevante (ver nota 18).

1120/1082

1082. c) Razonabilidad de las cláusulas testamentarias.— Un elemento de primera fuerza para juzgar el estado mental del testador, son las propias cláusulas testamentarias. Si ellas son razonables y responden a las afecciones presuntas de aquél, crean una presunción de salud mental (ver nota 19). Por el contrario, si ellas son irrazonables, si importan despojar de sus bienes a sus parientes y seres allegados del punto de vista afectivo, si contienen importantes mandas en favor de extraños, constituyen indicios serios de anormalidades psíquicas. También se tendrá en cuenta la redacción, si se trata de testamentos hechos de puño y letra del causante. Pero la redacción correcta no basta para inducir la salud mental, pues puede haber copiado literalmente un proyecto que se le ha puesto por delante; menos significado aún tendrá la correcta sintaxis en un testamento por acto público. Lo que en definitiva interesa es el contenido.

1120/1083

1083. INTERVALOS LÚCIDOS.— Según el artículo 3615 Ver Texto , los dementes pueden testar en un intervalo lúcido, siempre que sea suficientemente prolongado y cierto como para asegurar que la enfermedad ha cesado por entonces. Hemos tratado en otro lugar el problema y el concepto de intervalos lúcidos, sujeto hoy a revisión por la doctrina psiquiátrica (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 1, n° 520). Nos limitaremos ahora a dilucidar una cuestión que ha dividido profundamente a la doctrina nacional. Para algunos autores, el artículo 3615 Ver Texto sólo se aplica a los dementes no declarados; los que se hallan interdictos no podrán testar ni aun en intervalos lúcidos. (ver nota 20). Esta tesis se apoya en dos argumentos principales: a) En primer término, el demente declarado tal es un incapaz absoluto y, por tanto, inhábil para la celebración de cualquier acto jurídico. b) En

segundo término, la doctrina psiquiátrica sostiene hoy que no existen intervalos lúcidos, y que sólo puede hablarse de curación, a veces temporaria, de la enfermedad (ver nota 21); es conveniente, por tanto, reducir en lo posible el campo de aplicación de una norma que no tiene sustento científico, desde que no hay intervalos lúcidos.

Otros autores, opinan, por el contrario, que el artículo 3615 Ver Texto es aplicable a todos los dementes, estén o no declarados (ver nota 22). Adherimos sin vacilaciones a este criterio. Los fundamentos en que se apoya la opinión contraria no resisten el análisis. No es exacto que los incapaces absolutos estén privados de realizar validamente todo acto jurídico, pues son numerosos y a veces importantes, los que pueden celebrar (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 1, n° 459). Tampoco tiene importancia decisiva la opinión de la doctrina psiquiátrica sobre la impropiedad científica de los llamados intervalos lúcidos. Lo cierto es que existen ciertos tipos de enfermedades en que alternan períodos de demencia con otros de salud mental (ver nota 23). Y aunque la enfermedad se mantenga latente o larvada, el sujeto actúa exteriormente con plena lucidez y conciencia.

Pero lo decisivo es que el artículo 3615 Ver Texto habla de dementes en general, sin establecer ninguna distinción entre los declarados y los que no lo están. Es lógico que así sea. El fin de la ley es muy claro: convalidar las disposiciones testamentarias siempre que el juez tenga el pleno convencimiento de que, en el momento de otorgarlas, el testador estaba en pleno uso de su razón. No interesa que haya o no sentencia de interdicción: lo importante es que el autor se halle lúcido en el momento del otorgamiento.

1120/1084

1084.— Cuando se aduce un estado lúcido, la prueba corre a cargo de quien lo alega (ver nota 24). Esta regla es válida tanto en el caso de demencia declarada, como en el de no declarada, si el testador, desde algún tiempo antes de otorgar el acto, se hubiera hallado notoriamente en estado habitual de demencia (art. 3616 Ver Texto).

1120/1085

1085. TESTAMENTOS OTORGADOS POR INTERDICTOS ANTES DEL LEVANTAMIENTO DE LA INTERDICCIÓN.— Puede ocurrir que el demente, curado, solicite el levantamiento de la interdicción. Es examinado por los médicos que unánimemente lo declaran sano; pero antes de la sentencia, sintiéndose morir, testa. ¿Es válido este testamento? Si se rechaza la opinión de que el demente declarado tal puede testar en intervalos lúcidos, no hay forma de resolver el problema. Nosotros, que hemos adherido a la doctrina opuesta, pensamos que el juez puede considerarlo válido. En efecto, la pericia médica ha demostrado que el testador se encontraba en estado de plena lucidez: la similitud de este estado mental con el intervalo lúcido, es palmaria y hace aplicable la

misma solución legal. Avancemos un paso más. La prueba, aunque no del todo categórica, ha sido suficiente para que en Primera Instancia se levante la interdicción; pero la sentencia es apelada y antes del fallo definitivo, el incapaz testa y muere. Como el fallo de Primera Instancia no ha hecho cosa juzgada, pensamos que el juez ante el cual se plantea la nulidad del testamento debe examinar la prueba producida y convalidar el acto si tuviera la convicción de que el testador estaba lúcido (ver nota 25).

3.— Sordomudos que no saben darse a entender por escrito.

1120/1086

1086. EL ARTÍCULO 3617.— Según este artículo, no pueden testar los sordomudos que no sepan leer ni escribir. Con más propiedad, el artículo 153 Ver Texto declara incapaces a los sordomudos que no sepan darse a entender por escrito. Lo que interesa a los efectos de convalidar el testamento (como cualquier otro acto jurídico) no es una aptitud rudimentaria y casi automática para trazar letras y palabras; es necesario una escritura que permita exteriorizar el pensamiento y la voluntad y que indique, además, una plena comprensión de lo que se escribe. Con razón los tribunales han declarado nulos algunos testamentos en que el otorgante había trazado palabras que la prueba demostró que no eran sino una copia mecánica y no la expresión de una voluntad de disponer de los bienes (ver nota 26).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la general, indicada en nota 1689, véase MOLINAS, Edad y capacidad para testar, Revista de la Facultad de Derecho de Santa Fe, n° 38, 1943, p. 5; FERRER, Capacidad para testar, Revista de la Facultad de Derecho de Santa Fe, n° 39, 1941, p. 29; CORONA, Impugnación del testamento por incapacidad mental del testador, L.L., t. 68, p. 979; CODÓN, Estudio práctico de la incapacidad testamentaria por causa de enfermedad mental, J.A., t. 73, p. 945; CAVAGNA MARTÍNEZ, De la capacidad en los testamentos, Buenos Aires, 1938.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala E, 25/8/1976, E.D., t. 69, p. 245 y L.L., 1977-B, p. 331; Sala F, 19/11/1980, E.D., t. 92, p. 344; Sup. Corte Buenos Aires, 6/5/1980, E.D., t. 89, p. 419; FORNIELES, t. 2, n° 164; en contra, sosteniendo que el concepto de capacidad es siempre el mismo: LLAMBÍAS, voto en disidencia, C. Civ., Sala A, 20/9/1960, L.L., t. 101, p. 229; id., 25/10/1990, E.D., fallo n° 43.025.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala D, 15/2/1983, E. D., t 104, p 121.

(nota 4) En favor de la validez: SPOTA, t. 1, vol. 3, p. 354; LLERENA, t. 10, p. 7; SEGOVIA, t. 2, p. 592 y 604; RÉBORA, t. 2, p. 200; BUSTO, El testamento ológrafo del

ciego, Revista del Notariado, oct./dic., 1956, n° 32, p. 433; MESSINEO, t. 7, p. 86; DEMOLOMBE, t. 21, p. 72; AUBRY y RAU, t. 7, p. 92. En contra de la validez: SALVAT, 8° ed., t. 1, p. 323; ARAÚZ CASTEX, Parte general, t. 1, p. 272.

(nota 5) CICU, Testamento, p. 1096; en contra: GANGI, La successione testamentaria, t. 1, n° 43, quien opina que el plazo debe contarse hora por hora.

(nota 6) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 74, citando en su apoyo a ORGAZ, Personas individuales, p. 288, sostiene que el art. 128 Ver Texto sería aplicable por analogía para computar los 18 años (ahora hay que leer 14 años); en el mismo sentido: GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 32 y 33; ZANNONI, t. 2; § 1073; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 128.

(nota 7) De acuerdo: PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 198; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1396; CICU, Testamento, p. 106; GANGI, La successione testamentaria, t. 1, n° 43.

(nota 8) De acuerdo: GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 34. En contra: ZANNONI, t. 2, § 1073; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 75; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 129.

(nota 9) FORNIELES, t. 2, n° 164; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 130. En sentido semejante C. Civ. Cap., Sala B, 23/2/1962, L.L., t. 106, p. 113; Sala D, 17/3/1954, L.L., t. 75, p. 62 (supuesto de confusión mental y agotamiento físico); Sala E, 25/5/1973, E.D., t. 48, p. 468; id., 25/8/1976, E.D., t. 69, p. 245; Sala F, 19/11/1980, E.D., t. 92, p. 344; id., 1/9/1988, J.A., 1990-I, p. 652 Ver Texto ; Sala L, 25/4/1991, E.D., t. 143, p. 166 (supuesto de mudez y casi sordera); C. Apel. Junín, 21/2/1991, E.D., t. 143 (hemiplejia, afasia y lesión cerebral); C. Apel. Rosario, Sala II, 7/11/1961, L.L., t. 105, p. 754; Sup. Corte Buenos Aires, 4/4/1944, J.A., 1944-II, p. 407; id., E.D., 6/5/1980, E.D., t. 89, p. 419; id., 31/3/1981, E.D., t. 94, p. 692; C. Apel. 1ª San Martín, 5/4/1973, L.L., t. 153, p. 821 y E.D., t. 50, p. 158; id. 8/4/1975, E.D., t. 61, p. 163. Pero la jurisprudencia es en este sentido vacilante. Véase un excelente resumen en E.D., t. 2, p. 307; además, C. Civ. Cap., Sala B, 4/4/1975, L.L., 1975-D, p. 177, con nota de REIMUNDÍN.

(nota 10) De acuerdo: FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 90; ASTUENA, Revista del Notariado, n° 772, p. 1125 (quien con razón hace notar que esta solución es tanto más lógica cuando el carácter irrazonable de las disposiciones testamentarias hace presumir la ausencia de una “perfecta razón”). Comp. ZANNONI, t. 2, § 1081.

(nota 11) C. Civ. Cap., Sala A, 25/10/1990, E.D., t. 140, p. 428; Sala G, 24/7/1985, J.A., 1985-IV, p. 541 Ver Texto ; id., 29/4/1986; J.A., 1987-II, p. 500 Ver Texto .

(nota 12) C. Civ. Cap., Sala A, 20/3/1957, L.L., t. 86, p. 537 y J.A., 1957-III, p. 98; Sala C, 11/6/1951, L.L., t. 65, p. 661 y J.A., 1951-IV, p. 383; Sala D, 4/9/1964, J.A., 1965-I, p. 148; id., 15/2/1983; E.D., t. 104, p. 121.

(nota 13) BONNIER, Tratado de las pruebas, t. 1, n° 289.

(nota 14) Juez Dr. MADERO, 30/11/1939, G.F., t. 143, p. 207; FORNIELES, t. 2, n° 164.

(nota 15) En igual sentido: C. Civ. Cap., Sala C, 17/12/1979, Revista del Notariado, n° 772, p. 1121; Sala G, 27/6/1983, E.D., t. 107, p. 642; SPOTA, nota en J.A., 1942-II, p. 371, n° 13; MARCADÉ, t. 3, p. 405, n° 489.

(nota 16) Destacan el valor peculiar de esta prueba: C. Civ. Cap., Sala C, 26/5/1965, E.D., t. 12, p. 459; Sala D, 4/9/1964, J.A., 1965-I, p. 148; Sup. Corte Buenos Aires, 4/4/1944, J.A., 1944-II, p. 407; SPOTA, nota a este fallo n° 13.

(nota 17) C. Civ. 1ª Cap., 24/11/1942, L.L., t. 32, p. 738; C. Civ. Cap., Sala A, 25/10/1990, E.D., fallo n° 43.025; Sala D, 8/6/1951, in re, “Motto c/ Bianchi” (inérita); Sala E, 5/9/1992, E.D., t. 45, p. 228; Sala G, 17/12/1979, Revista del Notariado, n° 772, p. 1121; C. Apel. San Isidro, 5/4/1973, E.D., t. 50, p. 158; CORONAS, Impugnación del testamento por incapacidad mental del testador, Revista del Notariado, mayo-junio 1951, t. 173, n° 5; FORNIELES, t. 2, n° 164, 2; ZANNONI, t. 2, § 1082. Es también el criterio de la jurisprudencia uruguaya: L.L., Rep. V, p. 660 y Rep. VI, p. 700.

(nota 18) C. Civ. Cap., Sala D, 28/9/1956, J.A., 1956-IV, p. 498 y L.L., t. 86, p. 537.

(nota 19) C. Civ. Cap., Sala A, 20/8/1957, J.A., 1957-III, p. 98; Sala B, 4/4/1975, L.L., 1975-D, p. 177 con nota de REIMUNDÍN; Sala C, 11/6/1951, G.F., t. 203, p. 341; Sala D, 15/2/1983, E.D., t. 104, p. 121; Sala F, 9/4/1959, L.L., p. 320; juez Dr. MADERO, 30/11/1939, G.F., t. 143, p. 207; FORNIELES, t. 2, n° 164, 4.

(nota 20) Sostienen esta opinión: SPOTA, nota en L.L., t. 101, p. 229; MACHADO, t. 3, p. 132; PRAYONES y DASSEN, Testamento. Intervalos lúcidos, Buenos Aires, 1928; LAFAILLE, Sucesiones, t. 2, n° 268; MONTARCÉ LASTRA, La incapacidad de los alienados mentales, núms. 367 y sigs.; SPOTA, t. 1, vol 32, n° 819; LLAMBÍAS, voto en disidencia en fallo de la C. Civ. Cap., Sala A, 20/9/1960, L.L., t. 101, p. 229; LEÓN, A propósito de la capacidad de testar del alienado interdicto, Boletín Instituto de Derecho

Civil, Córdoba, año 9, n° 1, p. 7 y sigs.; CICHERO-TEZANOS PINTO, Testamento otorgado por el interdicto en un intervalo lúcido, Revista Facultad de Derecho de Buenos Aires, t. 10, p. 32 y sigs.; FERRER, Capacidad para testar, Revista Facultad de Derecho de Santa Fe, n° 32, § 1941, p. 29; ZANNONI, t. 2, § 1077 y 1078; C. Civ. 1ª Cap., 16/5/1932, J.A., t. 38, p. 209.

(nota 21) CARRILLO, Clasificación sanitaria de los enfermos mentales, p. 52; ROJAS, La psiquiatría en la legislación civil, p. 149 y sigs.

(nota 22) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, núms. 86 y 87; MOLINAS, Incapacidad civil de los insanos mentales, t. 2, p. 197 y sigs. (con amplio y convincente desarrollo del tema); ORGAZ, Personas individuales, p. 359; FORNIELES, t. 2, n° 167; RÉBORA, t. 2, n° 358; CALATAYUD, ¿Pueden testar los dementes interdictos?, Revista de Derecho Civil, t. 1, p. 295; LÓPEZ DEL CARRIL, Testamento y sanidad mental, L.L., 1977-D, p. 918; voto del Dr. TOBAL en el fallo de la C. Civ. 1ª Cap., 16/5/1932, J.A., t. 38, p. 209; SEGOVIA, t. 1, art. 922, nota 13; LLERENA, t. 9, p. 578 y sigs.; BREBBIA, Hechos y actos jurídicos, t. 1, p. 268, texto y nota 11; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 138; MAFFÍA, t. 3, n° 930. Esta tesis ha recibido consagración jurisprudencial en el fallo de la C. Civ. Cap., Sala A, 20/9/1960, L.L., t. 101, p. 229 (con disidencia de LLAMBÍAS).

(nota 23) ROJAS, La psiquiatría en la legislación civil, p. 149 y sigs.

(nota 24) C. Civ. Cap., Sala C, 11/6/1951, G.F., t. 203, p. 341.

(nota 25) De acuerdo: FASSI, Tratado de los testamentos, n° 87. Véase la opinión de GANGI, La successione testamentaria, t. 1, n° 48.

(nota 26) C. Civ. 1ª Cap., 16/5/1932, J.A., t. 38, p. 209; id., 21/9/1937, L.L., t. 8, p. 317.

1120/10370

§ 2.— La voluntad y el testamento

1120/1087

1087. EL PROBLEMA DE LA VOLUNTAD CON RELACIÓN AL TESTAMENTO.— Al tratar de los actos jurídicos en general, hemos visto cuál es el papel de la voluntad en su

génesis (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 828 y sigs.). Ahora debemos destacar que el papel de la voluntad debe ser considerado con criterio distinto, según se trate de contratos o de testamentos.

Cuando la ley reconoce fuerza obligatoria a los contratos, tiene en cuenta, sin duda, el respeto debido a la voluntad humana, pero también considera otros factores: la seguridad del comercio jurídico, el deber moral de respetar la palabra empeñada. Es precisamente en homenaje a estos factores que persisten los efectos obligatorios de los contratos, aunque cambie la voluntad de los contratantes (ver nota 1).

Pero tratándose del testamento, el problema es distinto. La validez que la ley reconoce a las disposiciones testamentarias no tiene otro punto de apoyo que la voluntad del causante. Aquí no puede hablarse de comercio jurídico ni de palabra empeñada; estos elementos que limitan el libre imperio de la voluntad en materia contractual, no juegan en los testamentos. No hay, en el acto, frente al testador, otra parte, cuyos derechos sean tan respetables como los de él mismo, tal como ocurre con los contratos. Por ello, las disposiciones de última voluntad son esencialmente revocables; el acto más solemne no impide volver al día siguiente sobre las cláusulas y alterarlas o dejarlas sin efecto.

En materia testamentaria, lo único que interesa es, pues, la voluntad del causante. Pero como en los contratos, aquí también esa voluntad debe juzgarse a través del prisma de la declaración. Justamente la preocupación por respetar la auténtica voluntad del causante, la necesidad de evitar que ella pueda ser deformada por pruebas fraguadas por los sucesores, ha impuesto la regla de que el testamento debe interpretarse a través del testamento mismo; sólo por excepción y con suma prudencia pueden admitirse pruebas extrañas a él, para poner en claro cláusulas oscuras o dudosas.

1120/1088

1088.— Se ha dicho que es inexacto que la voluntad sea el fundamento de la fuerza legal del testamento, pues justamente cuando él empieza a producir efectos, la que le ha dado nacimiento ya no existe (ver nota 2). Es que, en efecto, la fuerza obligatoria del testamento (como la de los contratos) no deriva de la voluntad de los otorgantes, sino de la ley, que confiere efectos jurídicos a ciertos hechos, por fundamentos que suelen variar según los casos. En el nuestro, el hecho al cual la ley reconoce fuerza obligatoria es la declaración de voluntad. En otras palabras, aquélla está presente en la génesis del acto, pero su fuerza obligatoria depende de la ley. Exactamente, lo mismo que ocurre con los contratos (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 830).

(nota 1) Dice TARDE: “En el momento en que se dice que mi voluntad me obliga, esa

voluntad ya no existe; ella me ha devenido extraña, de tal modo que es exactamente como si yo recibiera una orden de otro” (Le transformations du droit, 2ª ed. p. 121). Es éste un argumento incontestable para demostrar cómo el solo respeto de la voluntad no basta para explicar la persistencia del efecto obligatorio de los contratos.

(nota 2) CICU recuerda que ante esta dificultad, no faltó quien fundase la fuerza obligatoria de los testamentos en la inmortalidad del alma (Testamento, p. 2).

1120/10380

A.— DESACUERDO ENTRE LA VOLUNTAD REAL Y LA DECLARADA

1120/1089

1089. EL PROBLEMA.— En los testamentos, como en cualquier otro acto jurídico (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, nº 828), puede producirse un desacuerdo entre la intención y la voluntad declarada. Tal ocurre en los casos de error, dolo, violencia o simulación. Dejamos de lado las hipótesis de reserva mental (que prácticamente no es concebible en los testamentos), y las declaraciones que no importan una manifestación de voluntad jurídica; tal como sería el testamento hecho por una exigencia del libreto en una representación teatral. Estas hipótesis, que algunos juristas suelen plantearse a modo de ejercicio mental, no tienen vigencia práctica y carecen de todo interés jurídico.

En cambio, es menester detenerse en el error, el dolo, la violencia y la simulación.

1.— Error

1120/1090

1090. EL ERROR CON RELACIÓN A LOS TESTAMENTOS.— Al tratar de los actos jurídicos en general, hemos expuesto nuestra opinión de que el error no es ni puede ser una causa de nulidad de dichos actos (ver nota 1). Sin embargo, la cuestión debe ser reexaminada en materia de testamento, pues no juega aquí uno de los argumentos capitales que nos impulsan a negarle tales efectos. En los contratos, merece tanta protección el declarante como el recipiente de la declaración; el Derecho debe amparar a quien ha hecho fe en una declaración revestida de los recaudos legales, y a quien en virtud de su confianza en la palabra de otro contratante, ha ofrecido y quizá cumplido prestaciones equivalentes. Todo ese conjunto de circunstancias hace repugnante la idea de que el Derecho se coloque

de parte de quien se equivocó (pues eso significa conceder la nulidad del acto suscripto por error), y no de parte de quien obró en sus negocios con la debida seriedad, tomando todas las precauciones exigidas por la prudencia y el sentido de la responsabilidad, para evitar errores.

Pero en los testamentos no existe este problema. El beneficiario no puede invocar iguales derechos que el testador; en el fondo, lo único que interesa en nuestro caso es establecer la auténtica voluntad del causante y hacerle producir efectos. Pareciera que, por lo menos aquí, habría que admitir que el error es causa de nulidad de las disposiciones testamentarias. Pero en la práctica, ello no resulta posible. La razón fundamental es que no pueden hacerse valer contra las disposiciones testamentarias pruebas extrañas al testamento mismo (ver nota 2); de lo contrario sería fácil desvirtuar las disposiciones de última voluntad fraguando pruebas que demuestren supuestos errores del causante. Y si el error surge del propio testamento, entonces la invalidez de la cláusula se fundará en que el juez tiene el deber de hacer prevalecer la auténtica voluntad del causante; en otros términos, hay aquí tan sólo un problema de interpretación de la voluntad. Estas ideas quedarán más en claro cuando hagamos el análisis de los distintos supuestos. Adelantamos, sin embargo, que nuestra jurisprudencia no registra casos de nulidad de testamento por error; y que en la extranjera sólo se registran unos pocos, en los cuales la teoría del error ha sido mal aplicada.

Y aunque la doctrina clásica insiste en sostener, como principio, la anulabilidad de los testamentos por error (principio que, se ha dicho, no tiene vigencia práctica en la vida de los tribunales), se nota ya alguna reacción. Últimamente ALBALADEJO, ilustre catedrático de la Universidad de Barcelona, ha sostenido la tesis contraria, en base a razones similares a las aducidas por nosotros (ver nota 3), hallando un auspicioso eco en la doctrina de su país (ver nota 4).

1120/1091

1091. ERROR SOBRE LA PERSONA.— Las hipótesis que se plantean en teoría son las siguientes:

a) El causante ha querido designar heredero a Pedro y por error ha dicho Juan. Es el llamado error de expresión o de pluma, que no da lugar a la nulidad de la declaración de voluntad, sino a su rectificación (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 1137). Pero debemos tener presente la regla de que no es posible admitir pruebas extrañas al testamento mismo. El error sólo podrá rectificarse si el testamento brinda claros elementos para hacerlo (ver nota 5). Así por ejemplo, si la cláusula dijera: “Lego \$ 1.000.000 a mi sobrino Juan, que durante veinte años ha sido mi leal y eficaz secretario”; y quien ha sido el secretario durante todo ese tiempo ha sido su sobrino Pedro, debe rectificarse el error de expresión.

En el nuevo Código italiano se permite la rectificación cuando del contexto del testamento o por otros medios resultara de modo inequívoco cuál era la persona que el testador quería designar (art. 265 Ver Texto). Consideramos que admitir medios de pruebas extraños al testamento es extremadamente peligroso. En primer lugar, existe el riesgo de que los interesados puedan fraguar pruebas tendientes a demostrar una voluntad distinta de la real; en segundo término, es posible que el causante, para eludir la presión de las personas que rodean su lecho de enfermo, o aun atemorizado por ellas, haya manifestado su propósito de designar beneficiarios a algunos de ellos, cuando en realidad, deseaba beneficiar a otros. Mientras esa manifestación de voluntad no tenga las formalidades requeridas para los testamentos, carece de fuerza para oponerse a las cláusulas de disposición del último testamento.

b) El causante ha dejado sus bienes a Juan creyendo que era su hijo o sobrino, cuando en realidad no lo era. Es un supuesto de error sobre el motivo determinante o causa de la liberalidad (ver nota 6), que examinaremos en el número siguiente.

1120/1092

1092. ERROR SOBRE EL MOTIVO DETERMINANTE O CAUSA.— Cabe preguntarse si el error sobre el motivo determinante o causa de la liberalidad, puede determinar su anulación. Los ejemplos clásicos son los siguientes: a) El causante, ignorando que tenía un hijo en gestación, deja sus bienes a un tercero; o bien, b) creyendo que Pedro es su hijo o su nieto o la persona que le salvó la vida (cuando en realidad no es así), le deja sus bienes.

Como en los casos tratados anteriormente, la solución debe basarse en los términos del testamento; si de éste se desprende, de manera inequívoca, que el testador ha beneficiado a ciertas personas exclusivamente porque ignoraba que vivían otras (hijos, padres, cónyuges) o las ha beneficiado exclusivamente porque suponía en ellas un estado o una calidad que en verdad no poseen, la disposición testamentaria debe anularse (art. 3832 Ver Texto). Si, en cambio, el juez admite que ese no era el único y exclusivo motivo de la liberalidad, sino que concurrían con otros (afecto personal, gratitud, deseo de solventar una situación económica penosa) la manda conserva su validez (ver nota 7). Es claro que para llegar a este resultado no es necesario echar mano de la teoría del error; al juez le basta con llegar al convencimiento de que el hecho supuesto por el testador era una condición de su liberalidad; y naturalmente, faltando dicha condición, aquélla queda sin efecto. En el fondo, todo se reduce a un problema de interpretación de la declaración de voluntad del causante. Además, si no existe el motivo determinante de la liberalidad, ésta será nula por falta de causa (ver nota 8). Que el motivo de la invalidez es la falsa causa o la falta de ella y no el error, lo prueba el siguiente caso: supóngase que la causa existía al momento de testar, pero dejó luego de existir. La manda o institución hereditaria es nula por falta de causa, por más que no haya habido error (ver nota 9).

Si existe alguna duda acerca de si la calidad o condición supuesta por el testador en el beneficiario, fue o no la causa exclusiva de la liberalidad, la cuestión debe resolverse en el sentido de que no fue, pues es la solución que permite conferir validez al acto; es la regla del favor testamenti (ver nota 10).

El juez sólo podrá decretar la nulidad si llega a la conclusión de que el hecho supuesto por el testador ha sido determinante de su voluntad, en base a los términos mismos del documento (ver nota 11). Tampoco aquí podrán alegarse pruebas extrañas al testamento, como no sean corroborantes de una fuerte presunción surgida de él. Seguramente por ello es tan poco frecuente que los tribunales hayan anulado disposiciones testamentarias por este motivo (ver nota 12).

1120/1093

1093. ERROR SOBRE EL OBJETO.— Pueden presentarse las siguientes hipótesis:

a) El testador ha incurrido en un error de expresión, designando una cosa por otra. No hay aquí nulidad de la cláusula testamentaria; simplemente debe ser rectificada, siempre que se pueda reconocer cuál es la cosa que el testador ha tenido la intención de legar (art. 3764 Ver Texto). Este texto ha de entenderse, a nuestro juicio, en el sentido de que sólo es posible la rectificación cuando el error resulte del contexto mismo del testamento. No creemos que puedan hacerse valer pruebas extrañas a él, salvo quizá alguna hipótesis excepcional, en que esa prueba externa venga a aclarar el sentido dudoso del testamento (ver nota 13).

b) El testador ha legado una cosa que no le pertenece. El legado será nulo porque nadie puede legar sino sus propios bienes (art. 3752 Ver Texto). El error es en este caso indiferente, pues lo mismo sería nulo el legado si el testador supiera que la cosa no le pertenecía (art. 3752).

De más está decir que si sólo se trata de un error de expresión se aplican los principios señalados en el apartado anterior: la cláusula es válida, debiendo rectificarse el error. Tal ocurriría si el testador ha escrito que lega a un sobrino su casa de Montevideo 155 (que no le pertenece) cuando es evidente que quiso referirse a su casa de Montevideo 1550 (ver nota 14).

2.— Dolo (ver nota 15)

1120/1094

1094. EL DOLO Y LA CAPTACIÓN DE LA VOLUNTAD.— Todo lo dicho en relación al dolo con respecto a los actos jurídicos en general es aplicable a los testamentos (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 1145 y sigs.). Todo engaño determinante de una disposición testamentaria la vicia de nulidad.

Pero en materia testamentaria, el dolo suele asumir una forma que le es típica: la captación de voluntad. Es frecuentísimo que en torno al lecho del enfermo, los parientes, los amigos, los sirvientes, multipliquen sus atenciones en mira a ganarse su afecto o su agradecimiento, con la esperanza de ser recordados en el testamento. Mientras la conducta de los allegados se mantenga en ese terreno, no hay causa suficiente de nulidad, aunque las atenciones y cuidados no sean el fruto de un auténtico cariño y tengan sólo un fin especulativo (ver nota 16). El juez no puede penetrar en estos estados de conciencia, en los que por otra parte, suelen mezclarse con frecuencia el cariño con el interés: ello lo llevaría a un terreno resbaladizo, puesto que probar las intenciones es casi siempre imposible.

Pero el testamento deberá anularse cuando la captación de la voluntad del testador se ha logrado con medios o procedimientos reprobables, por maniobras o alegaciones falaces, tales como calumnias contra la familia, interceptación de la correspondencia, alejamiento de los parientes o de los domésticos fieles, intrusión incesante en los negocios del disponente, autoridad dominadora (ver nota 17).

Por lo general, esta conducta dolosa no consiste en un solo engaño circunstancial, sino en una maniobra prolongada en el tiempo, que hace perdurar el estado de sumisión de la voluntad del testador hasta su muerte. Y los jueces se mostrarán dispuestos a admitir este motivo de nulidad cuando las maniobras han sido facilitadas por la debilidad de espíritu, la enfermedad, el aislamiento o la avanzada edad del causante (ver nota 18).

La captación dolosa es causa de nulidad, sea que las maniobras estén enderezadas a beneficiar a su autor o a un tercero (ver nota 19).

3.— Violencia

1120/1095

1095. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES.— El testamento, como cualquier otro acto jurídico, es impugnado por violencia. Se aplican aquí las reglas generales que hemos tratado en otro lugar (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 1161 y sigs.).

Es necesario, sin embargo, tener en cuenta algunas circunstancias peculiares. Como el testamento es esencialmente revocable y la revocación puede surgir de un acto secreto, como es el testamento ológrafo o cerrado, se hace difícil admitir la violencia como causal de nulidad, si no se prueba que ella se mantuvo continuamente hasta el momento de la muerte. No queremos con ello sostener que para impugnar el testamento sea indispensable demostrar que la violencia se ha mantenido hasta el momento de la muerte; estrictamente, basta con la prueba de que ella se ejerció con ocasión del otorgamiento del acto pues el mero silencio posterior no implica confirmación (ver nota 20); pero los jueces deben ser muy reticentes para admitir la prueba de la violencia, si resulta que más tarde, pudiendo haber revocado el causante el testamento, no lo ha hecho.

4.— Simulación

1120/1096

1096. INTERPOSICIÓN DE PERSONAS.— La cuestión de si puede simularse un testamento ha sido objeto de prolongadas controversias en el derecho extranjero. Los autores que parten de la base de que la simulación exige un acuerdo de partes, niegan naturalmente que ella pueda darse, en los testamentos. Pero en nuestro derecho positivo tal acuerdo no es indispensable. La simulación tiene lugar, dice el artículo 955 Ver Texto , cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.

En materia testamentaria, la única hipótesis que tiene interés práctico es la de que aparezca como beneficiaria una persona que en realidad no es la verdadera destinataria de los bienes; es lo que se llama interposición de personas. El problema que se plantea es el siguiente: ¿puede admitirse la prueba de que la verdadera voluntad del causante no era dejar el beneficio a la persona que aparece designada en el testamento, sino a otra?

En principio, la respuesta debe ser afirmativa. Pero el juez deberá ser sumamente riguroso en la apreciación de la prueba, admitiendo solamente la que tiene un carácter pleno e inequívoco. En particular, hay que evitar el peligro de reconocer fuerza probatoria a documentos escritos por el causante con el propósito de engañar a quienes lo rodean (quizá para evitar represalias personales o cediendo a la presión de sus instancias) o a documentos que revelan una voluntad luego modificada en el testamento. Por esta razón son muy contados los casos en que se ha admitido la simulación (ver nota 21).

El Código italiano es particularmente riguroso en lo que atañe a la interposición de personas. Niega la acción para demostrar que la disposición hecha en favor de una persona es solamente aparente y que en realidad el verdadero beneficiario es otro, aun en el caso de que algunas expresiones del testamento puedan indicar o hacer presumir que se trata de persona interpuesta. Pero si el beneficiario aparente ha transferido espontáneamente los bienes a la persona querida por el testador, no puede luego repetirlos (art. 627 Ver Texto). Como se ve, no se niega de modo radical la posibilidad de una simulación; pero ella podrá hacerse valer únicamente cuando el beneficiario aparente, luego de haber hecho entrega de los bienes, pretenda cobrarlos.

1120/1097

1097.— La interposición de personas ocurre prácticamente en dos casos: a) Cuando se quiere ocultar, por razones de discreción o pudor el nombre del verdadero beneficiario, tal como ocurriría con el legado hecho a la amante; pero en la realidad de la vida, este modo de liberalidad es muy poco usado por los riesgos que importa; mucho más segura y frecuente es la transferencia de bienes en vida. b) Cuando se quiere dejar bienes a personas legalmente incapaces para recibirlos del testador, por ejemplo, sus tutores o confesores. Es claro que, en esta última hipótesis, la simulación tiene un objeto ilícito; el incapaz para recibir los bienes carece de acción para reclamarlos del heredero aparente (ver nota 22). Pero las personas a quienes los bienes hubieran correspondido en caso de ser nula la manda pueden impugnarla, demostrando su carácter simulado, con lo cual evitan que los bienes queden en manos del beneficiario aparente.

5.— Acción de impugnación

1120/1098

1098. QUIÉNES TIENEN LA ACCIÓN.— Pueden impugnar el testamento por falsa causa (error en la causa), dolo, violencia o simulación, aquellas personas a las cuales la nulidad beneficia de modo inmediato; en otras palabras, quienes recibirán los bienes en caso de prosperar la acción de nulidad (ver nota 23). En cambio, el testador no puede impugnarlo; sería inútil concederle esta acción, desde que él tiene una vía simple para invalidar el acto, como es la revocación.

La rectificación del error de expresión sólo puede ser pedida por el beneficiario de esa rectificación.

1120/1099

1099. EXTENSIÓN DE LA NULIDAD.— La nulidad puede ser parcial, ya que las cláusulas de un testamento son separables (arts. 1039 Ver Texto , 3630 Ver Texto , 3715 Ver Texto , 3730 Ver Texto). Si la falta de causa, dolo, la violencia o la simulación sólo han herido una de las disposiciones testamentarias, las restantes permanecen en vigor.

Hay que tener presente, sin embargo, en los casos de dolo y violencia, que el autor del hecho ilícito suele disimular su intervención induciendo u obligando al testador a beneficiar también a terceros para no aparecer él como único beneficiario lo que podría ser un importante indicio de ilegítimo accionar. Es claro que, en tal caso, no sólo será nula la manda que beneficia al autor del hecho, sino también todas las demás. Para que éstas sean válidas, es necesario que traduzcan la expresión de la voluntad del causante.

1120/1100

1100. CONFIRMACIÓN.— El testamento o legado anulable puede ser confirmado expresa o tácitamente por los herederos o legatarios que tienen derecho a impugnarlo. La confirmación expresa debe hacerse de conformidad con las reglas generales establecidas en los artículos 1061 Ver Texto y siguientes del Código Civil. La confirmación tácita resulta del cumplimiento del legado por el heredero que tendría derecho a impugnarlo, si se demuestra que conocía el vicio de que adolecía (ver nota 24); o bien si se deja transcurrir el plazo de la prescripción (ver nota 25).

El otorgante no puede confirmar el testamento impugnado por alguno de los vicios que tratamos; es indispensable que otorgue uno nuevo (ver nota 26) (arg. art. 3829 Ver Texto).

1120/1101

1101. PRESCRIPCIÓN.— La acción para impugnar el testamento por falsa causa, dolo o violencia prescribe a los dos años desde que el vicio fue conocido por la persona que intenta la acción (art. 4030 Ver Texto) (ver nota 27); la acción por simulación prescribe en igual plazo a contar desde que el aparente titular del derecho hubiera intentado desconocer la simulación (art. citado, ref. por ley 17711).

El plazo de dos años es aplicable al caso de que se alegue “captación y sugestión” de la voluntad del causante (ver nota 28).

(nota 1) Véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 1130 y sigs; y más

extensamente, Error de hecho y de derecho, 2ª ed., Buenos Aires, 1950.

(nota 2) C. Civ. Cap., Sala A, 30/9/1959, causa 50.737 (inédita); C. Civ. 2ª Cap., 13/11/1940, L.L., t. 20, p. 759; ALBALADEJO, De nuevo sobre el error de las disposiciones testamentarias, en Estudios de Derecho Civil, p. 482 y sigs. Adviértase bien que lo que decimos en el texto no se opone a la admisibilidad de las pruebas extrañas al testamento para interpretarlas; porque una cosa es valerse de esos elementos de juicio para aclarar el sentido de cláusulas dudosas y otra la pretensión de oponerlos al testamento para privarlo de efectos o desnaturalizarlo (véase en este sentido: JOSSERAND, t. 3, vol. 3, nº 1553; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, nº 1766 y jurisprudencia citada; GANGI, La successione testamentaria, t. 3, nº 700).

(nota 3) ALBALADEJO, El error de las disposiciones testamentarias, en Estudios de Derecho Civil, Barcelona, 1955, p. 423 y sigs.

(nota 4) LACRUZ, Notas a la traducción; DE BINDER, Derecho de sucesiones, Barcelona, 1953, p. 88; VIÑAS, Los vicios de la voluntad testamentaria, Ilustre Colegio Notarial de Valencia, Conferencias de 1948, Valencia, 1949, p. 461 y 462.

(nota 5) PÉREZ LASALA, t. 2, nº 156.

(nota 6) Así lo dicen, con razón, PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, nº 184; de acuerdo: ALBALADEJO, De nuevo sobre el error de las disposiciones testamentarias, en Estudios de Derecho Civil, Barcelona, 1955, p. 478, nota 19.

(nota 7) C. Civ. Cap., Sala A, 30/6/1959, causa 50.737; id., 22/12/1960, L.L., t. 10, p. 337; ZANNONI, t. 2, § 1091. Es la solución del Código italiano, art. 624.

(nota 8) La jurisprudencia francesa, dicen PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, sólo ha anulado los testamentos cuando un tribunal ha llegado a la conclusión de que el hecho supuesto por el testador era condición implícita impuesta por él o cuando ha estimado que las liberalidades se basaban en una falsa causa o no tenían causa alguna (t. 5, nº 185).

(nota 9) De acuerdo: GANGI, La successione testamentaria, t. 1, nº 284.

(nota 10) C. Civ. Cap., Sala A, 30/6/1959, causa 50.737.

(nota 11) C. Civ. Cap., Sala A, 30/6/1959, causa 50.737; id., 22/12/1960, L.L., t. 102, p. 377. De acuerdo FORNIELES, t. 2, nº 388; LAFAILLE, t. 2, nº 683. En cambio, sostienen que ninguna norma exige que el motivo determinante esté expresado en el mismo testamento: ZANNONI, t. 2, § 1092; FASSI, Tratado de los testamentos, nº 1923.

(nota 12) En nuestro país no hemos encontrado registrado ningún caso. En Francia los casos son pocos y muy viejos (véanse autores citados en nota anterior). Es clásico (y muy discutido) un fallo de la Corte de París en que se anuló un testamento en el cual se legaban los bienes a los pobres, declarándose “que no tenía herederos y que nadie debía cosa alguna”; pero muerto el testador, surgieron herederos legítimos (9/2/1867, Dalloz, 1867.2.195).

(nota 13) De acuerdo con nosotros: MAFFÍA, t. 3, nº 1347; FORNIELES, t. 2, nº 388. En el sentido de que pueden admitirse pruebas extrañas al testamento: GOYENA COPELLO, t. 2, p. 238, in fine y p. 239.

(nota 14) De acuerdo: ZANNONI., t. 2, § 1093.

(nota 15) BIBLIOGRAFÍA: Además de la general, indicada en nota 1689, véase: PESCHAUD, De la captación del testamento, tesis, París, 1929; COSSIO, Dolo y captación de herencia en las disposiciones testamentarias, Anuario de Derecho Civil, Madrid, abril/junio 1962, p. 277 y sigs.

(nota 16) Cám Civ. Cap., Sala A, 23/3/1965, J.A., 1965-III, p. 51 y L.L., t. 118, p. 520; Sala C, 23/4/1976, L.L. 1976-C, p. 408; Sala D, 26/8/1974, L.L., t. 156, p. 635; Sala D, 23/4/1976, L.L., 1976-D, p. 407; Sala G, 24/7/1985, J.A., 1985-IV, p. 541; id., 27/6/1983, E.D., t. 107, p. 642; GANGI, La successione testamentaria, t. 1, nº 269.

(nota 17) C. Civ. Cap., Sala A, 7/6/1976, L.L., 1976-D, p. 554; id., 23/3/1965, E.D., t. 12, p. 467; Sala D, 23/4/1976, L.L., 1976-D, p. 407; Sala F, 12/9/1979, E.D., t. 89, p. 633; Sala G, 27/6/1983, E.D., t. 107, p. 642; JOSSERAND, t. 3, vol., 3, nº 1381. En el mismo sentido: FORNIELES, t. 2, nº 171; ZANNONI, t. 2, § 1096; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, núms. 187 y sigs.; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, núms. 267 y sigs.; AUBRY y RAU, t. 7, § 651; MESSINEO, t. 7, § 187, nº 7; GANGI, La successione testamentaria, t. 1, nº 269.

(nota 18) COSSIO, Dolo y captación de herencia en las disposiciones testamentarias, Anuario de Derecho Civil, Madrid, abril/junio 1962, p. 285; GANGI, La successione testamentaria, t. 1, nº 270.

(nota 19) Esta solución es admitida en el caso de captación de la herencia, aun en las legislaciones en las cuales el dolo de un tercero no es causa de nulidad de los contratos: PLANIOL-RIPERT, t. 5, nº 190; JOSSERAND, t. 3, nº 1382; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, nº 267; GANGI, La successione testamentaria, t. 1, nº 271; BARASSI, p. 253.

(nota 20) La doctrina es unánime: PÉREZ LASALA, t. 2, nº 147; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, nº 191; DEMOLOMBE, t. 18, nº 400; KIPP, Sucesiones, vol. 1, § 22, p. 172; ROCA SASTRE, adiciones a la obra de KIPP, t. 1 p. 177.

(nota 21) Nuestra jurisprudencia no los registra. En Francia se citan algunos, no muy numerosos (véase jurisprudencia cit. por PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, nº 176); haciendo aún la prueba más difícil, la mayor parte de los tribunales exige la demostración de que ha habido acuerdo formal entre el testador y el beneficiario aparente (autores y loc. cit.).

(nota 22) PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, nº 174; MESSINEO, t. 7, § 187, nº 4 ter.

(nota 23) La doctrina es unánime; véase PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, nº 102; KIPP, Sucesiones, vol. 1, § 22, p. 162; ROCA SASTRE, adiciones a la obra de KIPP, vol. 1, p. 175; MESSINEO, t. 7, § 187, nº 10.

(nota 24) Es la solución admitida por el Código italiano, art. 590, y por la jurisprudencia española (véase la citada por ROCA SASTRE, adiciones a la obra de KIPP, Sucesiones, vol. 1, p. 177).

(nota 25) KIPP, Sucesiones, vol. 1, p. 177; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, nº 191.

(nota 26) KIPP, Sucesiones, vol. 1, § 22, p. 172; ROCA SASTRE, adiciones a la obra de KIPP, vol. 1, p. 177.

(nota 27) C. Civ. Cap., Sala C, 26/3/1965, E.D., t. 12, p. 454, nº 6481 y L.L., t. 118, p. 353; ZANNONI, t. 2, § 1101; PÉREZ LASALA, t. 2, nº 158. Respecto del plazo de la prescripción en el caso de simulación (en que también ha prevalecido la jurisprudencia que lo fija en dos años), véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, nº 1190.

(nota 28) C. Civ. Cap., Sala C, 26/3/1965, E.D., t. 12, p. 454, nº 6481 y L.L., t. 118, p.

353; PÉREZ LASALA, t. 2, nº 158.
1120/10390

B.— INTERPRETACIÓN DE LOS TESTAMENTOS (ver nota 1)

1120/1102

1102. EL PROBLEMA.— La interpretación de los testamentos envuelve un problema de naturaleza peculiar, distinto al de la interpretación de los contratos. En éstos, la misión fundamental del juez es desentrañar el significado de la declaración de voluntad, en su sentido gramatical, normal; el interesado no podría probar más tarde que su intención era distinta de la que surge del significado propio y corriente de las palabras. Si se equivocó, debe sufrir las consecuencias de su ligereza, pues la confianza en la palabra empeñada, la seguridad de los negocios, la lealtad que debe presidir las relaciones jurídicas entre los hombres, estarían en peligro si los contratantes pudieran aducir que entendían expresar una cosa distinta de la que dijeron (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 896 y sigs.). Nada de esto ocurre en los testamentos. La declaración de voluntad del causante no está destinada al comercio jurídico, no existe de intereses; no hay una contraparte que ha confiado en una declaración de voluntad y que por ello se ha embarcado en un negocio, ha comprometido bienes, ha concebido legítimas esperanzas. Por lo tanto, la misión del juez no es desentrañar el significado normal y corriente de las palabras empleadas, sino indagar cuál ha sido la verdadera intención del causante (ver nota 2). Por ello, si el testador emplease palabras en un sentido peculiar, distinto de su significado normal, el juez debe apartarse de éste y hacer cumplir su voluntad real (ver nota 3). Empero, es una regla de prudencia y de buena interpretación la de que las cláusulas testamentarias han de entenderse en su sentido gramatical, en tanto no se demuestre acabadamente que la voluntad del causante era distinta (ver nota 4).

1120/1103

1103.— Lo que decimos obliga a rever el problema de la interpretación; particularmente importante es establecer en qué medida son aplicables a nuestra hipótesis las reglas generales interpretativas relativas a los actos jurídicos en general (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 897 y sigs.).

La buena fe, ese primer y gran principio rector de la interpretación de los actos jurídicos tiene, en nuestro caso, un sentido distinto. En materia contractual, la buena fe significa lealtad, confianza en la palabra empeñada; quiere decir que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad producirá en un caso concreto sus efectos usuales, los mismo que ordinaria y normalmente ha producido en casos iguales (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, nº 897). Pero en materia testamentaria, no cabe hablar del deber de

lealtad del declarante, que es el autor de una liberalidad. Por ello, cuando se afirma que la interpretación del testamento debe hacerse de buena fe, quiere significar que el intérprete ha de indagar honestamente la verdadera intención del causante, sin valerse de una palabra o expresión equívoca para desvirtuarla (ver nota 5). Ello obligaría a tener en cuenta todas las circunstancias del caso y aun razones de equidad (ver nota 6); a interpretar las cláusulas, no de manera aislada sino de acuerdo al contexto general del testamento (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, nº 901).

También es aplicable la regla según la cual, si una cláusula permite dos interpretaciones, de las cuales una significa la nulidad del acto o cláusula y otra su validez, es menester preferir esta última y hacerle producir efectos (ver nota 7), tal como ocurriría si una de las dos interpretaciones lleva a la contradicción o al absurdo. Es el principio llamado favor testamenti. Esta misma regla conducirá a interpretar la cláusula testamentaria en el sentido que no choque contra prohibiciones legales, como podría ocurrir, por ejemplo, en materia de sustituciones hereditarias.

En cambio, no son aplicables las reglas interpretativas que tienden a conciliar intereses opuestos que en nuestro caso no existen (ver nota 8), como por ejemplo, la de que las palabras deben interpretarse en el sentido que les confiere el uso y la práctica en el lugar donde tiene que ejecutarse el acto (art. 218 Ver Texto , inc. 6º, Cód. Com.; véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, nº 900). En nuestro caso interesa más bien el significado que tienen en el ambiente en donde el causante ha vivido.

1120/1104

1104. ADMISIBILIDAD DE PRUEBAS EXTRAÑAS AL TESTAMENTO.— Una de las cuestiones clásicas en materia sucesoria es la de si pueden o no admitirse pruebas extrañas al testamento, para demostrar cuál ha sido la verdadera voluntad del causante. La jurisprudencia y doctrina antiguas eran contrarias a su admisión, pues se temía que se desvirtuara la verdadera voluntad del causante, con pruebas que quizá los interesados habían preconstituido. La experiencia demostró, sin embargo, que el rechazo indiscriminado y absoluto de pruebas externas conducía a resultados injustos; por ello hoy se las admite, aunque con carácter sumamente restrictivo.

El principio general sigue siendo que el testamento es un documento autónomo (ver nota 9), que debe interpretarse por sí mismo (ver nota 10). Solamente cuando los elementos de valoración contenidos en él no sean suficientes, cuando el análisis del documento considerado íntegramente no ha eliminado las dudas acerca de la verdadera voluntad del causante, podrán admitirse pruebas extrañas (ver nota 11).

Por consiguiente tales pruebas no serán admisibles:

- a) Cuando las cláusulas del testamento sean claras (ver nota 12);
- b) Cuando su admisión conduzca a desnaturalizar la cláusula del testamento, so color de interpretación (ver nota 13);
- c) Cuando se pretende oponer las pruebas externas a las palabras contenidas en el testamento, aduciendo que el causante se expresó erróneamente. Así, por ejemplo, si se instituye heredero a Pedro, no podrá demostrarse por pruebas externas que se trata de Juan, y la rectificación no podrá hacerse, a menos que el propio testamento contenga claros elementos de juicio que la impongan (véase nº 1091); lo mismo ocurre si se aduce error sobre el objeto del legado (véase nº 1093).
- d) Cuando se pretende suplir con pruebas externas una voluntad inexpresada en el testamento. Por más que se demuestre acabadamente que el causante quiso hacer una cierta liberalidad y que la omisión en el testamento fue involuntaria, la prueba sería ineficaz porque la voluntad de aquél carece de la forma requerida por la ley para que produzca efectos (ver nota 14).

1120/1105

1105.— La prueba externa podrá, pues, admitirse en caso de duda que no pueda resolverse por el testamento mismo. En esta hipótesis, será particularmente importante reconstruir los hechos y circunstancias en que el causante hizo su testamento; su carácter, condiciones personales, cultura, educación, etcétera; sus relaciones con los miembros de la familia, los parientes, y los beneficiados con legados o cargos; y, en general, reconstituir todas las circunstancias de hecho que sirvan para iluminar el pensamiento y la voluntad del causante (ver nota 15).

Así, por ejemplo, en un caso presentado ante nuestros tribunales, se resolvió que para la interpretación de la frase de un testamento, se puede recurrir a otros anteriores, revocados por el nuevo, en que aparecen frases análogas, pero más claras que las que el causante usó en su definitiva disposición de última voluntad (ver nota 16).

Otro caso de relativa frecuencia en que procede la prueba extrínseca es cuando el testador ha designado al beneficiario de una manera familiar o incompleta. Por ejemplo, lego a Guillermo mi automóvil, a Pepe el cuadro de Fader. La prueba extrínseca puede demostrar quién es Guillermo o Pepe.

Debe admitirse todo género de pruebas: documental, de testigos, de presunciones (ver nota 17).

1120/1106

1106. DUDAS ACERCA DE LA VALIDEZ JURÍDICA DE LA CLÁUSULA O DE SU EXTENSIÓN.— Hemos aludido anteriormente al principio del favor testamenti (nº 1103). Significa que, en caso de duda, debe estarse por la validez del testamento. Supongamos ahora que se trata no ya del testamento en sí mismo, sino de una cláusula que mejora a uno de los herederos o beneficia a un tercero (legado o cargo). También aquí juega aquel principio.

Un caso dudoso se presenta cuando la cláusula ha sido redactada en forma de ruego. Esta cláusula ¿importa un legado o cargo, es decir, una disposición exigible o, por el contrario, sólo se está en presencia de una simple recomendación o ruego no obligatorio? Si lo que está en duda es la existencia misma del legado, el favor es debido al legatario (ver nota 18); en el caso aludido habrá que aceptar que se está en presencia de una disposición obligatoria, a menos que sea de toda evidencia que lo único que ha querido hacer el testador es una recomendación no obligatoria.

En cambio, si se trata, no ya de la existencia, sino de la extensión del legado, la duda favorece al heredero. Así lo dispone expresamente el artículo 3765 Ver Texto : en caso de duda sobre la mayor o menor cantidad de lo que ha sido legado o sobre el mayor o menor valor, se debe juzgar que es la menor o de menor valor (ver nota 19).

1120/1107

1107. JURISPRUDENCIA.— Veamos algunas reglas sentadas por nuestros tribunales. Las disposiciones de última voluntad deben interpretarse de buena fe, teniendo en cuenta los usos sociales, y ateniéndose al sentido más conforme con las necesidades de la vida, aunque para ello sea necesario apartarse del significado que más estrictamente se ceñiría a la literalidad de los términos empleados (ver nota 20); haciendo uso, si es necesario, del criterio de un profano de buena fe (ver nota 21); debe tenerse en cuenta el fin económico del testador, tratando de que se cumpla (ver nota 22); el testamento debe ser interpretado analizando y coordinando todas sus disposiciones (ver nota 23); entre una interpretación que, atendiendo el aspecto puramente gramatical, conduzca a anular una manda, y otra que, determinando la voluntad real, mediante un estudio inteligente de las palabras empleadas, permita lograr la validez y no la nulidad de la disposición testamentaria, debe estarse a esto último (ver nota 24); en la duda debe preferirse la interpretación que le permita producir efectos (ver nota 25).

1120/1108

1108. ALGUNAS HIPÓTESIS PARTICULARES; REMISIÓN.— La falta de conocimientos jurídicos de la mayor parte de las personas que otorgan su testamento en forma privada, cuando no la falta de cultura general de muchas de ellas, hacen muy frecuentes los problemas de interpretación. A veces emplean palabras atribuyéndoles un significado distinto al jurídico; por ejemplo, llamando legado a lo que es institución hereditaria. Otras, designan imprecisamente a los beneficiarios, ya sea utilizando solamente el nombre de pila (lo que es particularmente confuso cuando hay más de un pariente con ese nombre), ya sea empleando expresiones generales, tales como “mis sobrinos”, “mis parientes”, “mis primos”. Otras veces señalan defectuosamente la cosa legada, o bien utilizan palabras que dejan la duda sobre si la cláusula contiene un simple ruego o una expresión definitiva de voluntad. La labor de exégesis es especialmente delicada, porque ya no está presente el autor de la declaración para que diga cuál fue su verdadera intención; empero, los tribunales han admitido algunos criterios interpretativos, fundados en la lógica y en la equidad, que facilitan al magistrado la dilucidación de la mayor parte de estos problemas. Por razones de método, tratamos de cada uno de ellos en otro lugar, al que remitimos (ver nota 26).

1120/1109

1109. LA INTERPRETACIÓN DE LOS TESTAMENTOS Y EL RECURSO DE CASACIÓN.— Al tratar de los actos jurídicos en general, dijimos que la tendencia en la doctrina y jurisprudencia universales era muy definida en el sentido de abrir el recurso de casación contra las decisiones de los jueces de instancia sobre la interpretación de las declaraciones de voluntad (tendencia a la que, desgraciadamente, no se han plegado algunos tribunales de nuestras provincias: veáse Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, nº 895, texto y nota 1129). Pero el problema es diferente cuando lo que ha de interpretarse es un testamento porque, en ese caso, no se trata ya de dilucidar el significado normal y corriente de una declaración de voluntad, sino de indagar la intención del causante. Parecería que éste es un problema típicamente de hecho y que, por ende, no cabría la casación. Pero la práctica ha demostrado que la cuestión no es tan sencilla. Así, por ejemplo, los tribunales franceses si bien han sentado reiteradamente el principio de que en esta materia no es recurrible la decisión del juez de los hechos, han concluido por abrir el recurso en caso de que la decisión del tribunal, so color de interpretación, signifique desnaturalizar las disposiciones testamentarias (ver nota 27). Se comprende que, con esta jurisprudencia, el Tribunal de Casación tiene un contralor casi pleno de todas las decisiones de los tribunales de instancias, pues cada vez que esté en desacuerdo con la interpretación del inferior, dirá que se han desnaturalizado los términos del testamento.

Consideramos que la cuestión debe resolverse sobre otras bases. Si lo que está en juego es

la interpretación propiamente dicha, vale decir, dilucidar el significado jurídico de las expresiones empleadas, se trata de un problema de derecho y el recurso es procedente. Particularmente claro resulta ello, cuando el tribunal de instancia ha hecho la interpretación apartándose de la aplicación de las reglas jurídicas que la rigen; así, por ejemplo, si ha prescindido del artículo 3765 Ver Texto , que establece que, en caso de duda, debe considerarse que se ha legado la cosa menor o de menor valor; si ha prescindido de la consideración de todo el contexto del testamento, interpretando una cláusula aisladamente; si ha olvidado el principio del favor testamenti; si ha interpretado la expresión “mis parientes” en contra de lo dispuesto en el artículo 3791 Ver Texto ; etcétera.

En cambio, cuando se trata de la valoración de la prueba producida para demostrar la verdadera intención del causante, no cabe casación, puesto que éste es un problema de hecho (ver nota 28). Ello ocurrirá siempre que se hayan de apreciar las pruebas externas al testamento; por ejemplo, para investigar quién ha sido designado beneficiario cuando no se ha empleado su nombre legal; o para indagar el sentido que tiene la expresión “mi sobrino”, “mi secretario” (ver nota 29), etcétera. Bien entendido que, si lo que se discute no es ya la valoración de las pruebas producidas, sino la procedencia de la pruebas externas, cabe la casación, pues nuevamente estaríamos en presencia de un problema de derecho.

Como puede apreciarse, aun en la interpretación de los testamentos, el papel del Tribunal de Casación es muy importante.

Empero, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, fiel a la doctrina seguida respecto de los actos jurídicos en general (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 895), ha negado indiscriminadamente la procedencia del recurso de inaplicabilidad de la ley en lo que atañe a la interpretación del testamento, que considera como cuestión de hecho (ver nota 30).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: FERRER, *Cómo se interpretan los testamentos*; Buenos Aires, 1994; DANZ, *Interpretación de los negocios jurídicos*, Madrid, 1926; BEAL, *Cardinal rules of legal interpretation*, 3ª ed., London, 1924; HEATIN KELKE, *An epitome of rules for interpretation of deeds*, London, 1901; VANDENBROUCQUE, *L'interpretation des testaments*, París, 1928; BARRAU, *L'interpretation des testaments*, Bordeaux, 1927; GANGI, *La successione testamentaria*, t. 3, núms. 683 y sigs.; MESSINEO, t. 7, § 185; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, núms. 1551 y sigs.; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1766.

(nota 2) C. Civ. Cap., Sala B, 8/8/1960, L.L., t. 100, p. 621, y J.A., 1960-V, p. 519; Sala C, 21/6/1990, L.L., fallo n° 90.219 (el tribunal interpretó que el legado de “dinero efectivo” incluía los dólares dejados por el testador).

(nota 3) DANZ, Interpretación de los negocios jurídicos, p. 337; BEAL, Legal interpretation, p. 534 y 590; BETTI, El negocio jurídico, p. 259.

(nota 4) C. Civ. Cap., Sala A, 26/2/1973, J.A., t. 19, 1973, p. 272; Sala C, 19/3/1981, E.D., t. 93, p. 670; Sala B, 30/5/1985, E.D., t. 115, p. 585 y L.L., 1986-A, p. 752; Sala F, 9/5/1985, L.L., 1985-E, p. 65. Así lo dispone el art. 675 del Cód. Civ. español.

(nota 5) C. Civ. Cap., Sala A, 26/2/1973, J.A., t. 19, 1973, p. 272; C. Civ. 1ª Cap., 19/10/1932, J.A., t. 39, p. 767; id., 4/6/1941, L.L., t. 23, p. 147; FERRER, Cómo se interpretan los testamentos, nº 61; DANZ, Interpretación de los negocios jurídicos, p. 351; GANGI, La successione testamentaria, nº 690; BEAL, Legal interpretation, p. 534.

(nota 6) GANGI, La successione testamentaria, nº 690.

(nota 7) Este principio está contenido en el Cód. Com. (art. 218 Ver Texto , inc. 3º), pero la jurisprudencia, con razón, lo ha considerado aplicable también en materia civil, C. Civ. Cap., Sala D, 21/2/1969, J.A., t. 3, 1969, p. 449; Sala C, 19/3/1981, E.D., t. 93, p. 670; C. Civ. 2ª Cap., 18/3/1949, J.A., 1949-II, p. 138. Su aplicación en materia de testamento es clásica, C. Civ. 1ª Cap., 4/6/1941, L.L., t. 23, p. 147; C. Apel. Rosario, 22/8/1993, L.L., t. 15, p. 773; ZANNONI, t. 2, § 1324; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, nº 397; GANGI, La successione testamentaria, t. 1, nº 691; MESSINEO, t. 7, § 185, nº 3; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, nº 1552 bis; DANZ, Interpretación de los negocios jurídicos, p. 336; BEAL, Legal interpretation, p. 603; BORRELL y SOLER, t. 5, p. 86.

(nota 8) MESSINEO, t. 7, § 185, nº 3.

(nota 9) C. Civ. Cap., Sala A, 26/2/1973, J.A., t. 19, 1973, p. 272; MESSINEO, loc. cit. en nota anterior.

(nota 10) C. Civ. Cap., Sala A, 26/2/1973, J.A., t. 19, 1973, p. 272; C. Civ. 1ª Cap., 30/5/1934, J.A., t. 46, p. 601; id., 13/7/1939, J.A., t. 67, p. 143; C. Civ. 2ª Cap., 13/11/1940, L.L., t. 20, p. 759, LEGÓN, La voluntad liberal pura en los testamentos, J.A., t. 53, p. 299; HUC, t. 4, nº 266; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, nº 1552 bis; GANGI, La successione testamentaria, t. 3, núms. 698 y sigs.; MESSINEO, t. 7, § 185, nº 3; CICU, Testamento, p. 119, etc.

(nota 11) C. Civ. Cap., Sala A, 26/2/1973, J.A., t. 19, 1973, p. 272; C. Civ. Cap., Sala B, 8/8/1960, J.A., 1960-IV, p. 519 y L.L., t. 100, p. 621; id., 23/5/1956, causa 31.844 (inédita);

Sala F, 8/10/1982, L.L., 1982, L.L., 1983-A, p. 290; Sala G. 21/2/1990, L.L., 1990-E, p. 422; C. 2ª Apel. La Plata, 8/11/1940, J.A., t. 73, p. 114; C. Apel. Rosario, 12/9/1944, R.S.F., t. 10, p. 23; MESSINEO, t. 7, § 85, n° 3; GANGI, La successione testamentaria, n° 700; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1553.

(nota 12) Véase fallos y autores en nota anterior.

(nota 13) JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1553; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1766.

(nota 14) GANGI, La successione testamentaria, t. 3, n° 700; MESSINEO, t. 7, § 185, n° 3.

(nota 15) GANGI, La successione testamentaria, t. 3, n° 698; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, p. 1553; BEAL, Legal interpretation, p. 573.

(nota 16) C. Civ. 2ª Cap., 13/7/1939, J.A., t. 67, p. 143.

(nota 17) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 401.

(nota 18) JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1553, 4 y jurisprudencia allí citada.

(nota 19) Véase la crítica de LEGÓN a este artículo (J.A., t. 53, p. 299).

(nota 20) C. Civ. 1ª Cap., 19/10/1932, J.A., t. 39, p. 797. Conf.: DANZ, Interpretación de los negocios jurídicos, p. 351; BEAL, Legal interpretation, p. 534.

(nota 21) C. Civ. 1ª Cap., 4/6/1941, L.L., t. 23, p. 147. Conf.: BEAL, Legal interpretation, p. 534.

(nota 22) C. Civ. Cap., Sala B, 8/8/1960, J.A., 1960-V, p. 519 y L.L., t. 100, p. 621; C. 1ª Apel. La Plata. 21/12/1945, J.A., 1946-I, p. 185. Conf.: DANZ, Interpretación de los negocios jurídicos, p. 339.

(nota 23) C. Civ. Cap., Sala B, 2/8/1954, L.L., t. 75, p. 773; C. Civ. 1ª Cap., G.F., t. 169,

p. 147; C. Civ. 2ª Cap., 5/9/1944, L.L., t. 36, p. 113 y J.A., 1944-IV, p. 445; C. 2ª Apel. La Plata, 8/1/1940, J.A., t. 73, p. 114; id., 22/8/1944, L.L., t. 35, p. 958; C. Apel. Rosario, 12/9/1944, R.S.F., t. 10, p. 23; id., 29/12/1945, R.S.F., t. 12, p. 61.

(nota 24) C. Civ. 2ª Cap., 18/3/1949, J.A., 1949-II, p. 138; art. 2084, Cód. Civ. alemán.

(nota 25) C. Civ. 1ª Cap., 4/6/1941, L.L., t. 23, p. 147; C. Apel. Rosario, 22/8/1939, L.L., t. 15, p. 773. Conf.: BEAL, Legal interpretation, p. 603.

(nota 26) Sobre las dificultades para determinar si el testamento contiene una institución hereditaria o un legado de cuota, véase nº 1337; sobre las imprecisiones en la designación del heredero o legatario, véase núms. 1353 y sigs.; sobre la imprecisión en la designación de la cosa legada, nº 1421; sobre el carácter obligatorio o suplicatorio de la cláusula, nº 1319.

(nota 27) COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, nº 1766 y jurisprudencia allí citada; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, nº 1553; BARRAU, L'interpretation des testaments, p. 875 y sigs. Semejante es la jurisprudencia de los tribunales españoles; el recurso se abre siempre que sea muy manifiesto el error de interpretación, de tal modo que contrarie ostensiblemente la voluntad del testador (véase los fallos citados por BORRELL y SOLER, t. 5, p. 84, nota 2).

(nota 28) De acuerdo: ZANNONI, t. 2, § 1328; MAFFÍA, t. 3, nº 1066. En concordancia con las ideas sostenidas en el texto, GANGI afirma que la casación no es procedente cuando el tribunal de instancia ha ajustado su interpretación a las normas legales y cuando ha fundado en forma suficiente y lógica su decisión, para decirlo con otras palabras, el recurso sólo debe admitirse cuando la decisión es infundada o cuando se ha violado alguna de las normas interpretativas legales (La successione testamentaria, t. 3, nº 704).

(nota 29) COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, nº 1766.

(nota 30) Sup. Corte Buenos Aires, 13/6/1954, J.A., 1954-IV, p. 181.

1120/10400

§ 3.— Objeto

1120/1110

1110. DISPOSICIONES PATRIMONIALES Y NO PATRIMONIALES.— Por su esencia y su origen, el testamento es un acto de disposición de bienes. Esa es también su función normal. Sin embargo, la práctica ha hecho que el testador vuelque en él declaraciones o disposiciones de carácter no patrimonial, de la más variada índole: la declaración solemne de pertenecer a tal religión o de no pertenecer a ninguna, la disposición acerca de sus honras fúnebres, del destino que se dará al cadáver, consejos a la esposa e hijos, reconocimiento de hijos extramatrimoniales, designación de tutor o curador para sus hijos incapaces, etcétera. De estas disposiciones, hay algunas que carecen de interés jurídico, tales como la declaración de morir en el seno de tal religión, los consejos sobre la educación a los hijos, los ruegos o súplicas hechas a los herederos o legatarios, que éstos pueden o no cumplir según su criterio. Otras, en cambio, tienen pleno valor jurídico, tales como el reconocimiento de un hijo extramatrimonial o la designación de tutor para sus hijos. También debe reputarse jurídicamente válida la cesión de algún órgano, por ejemplo, la córnea o el corazón, para después de la muerte (ver nota 1).

Cabe preguntarse si un acto que llenase las formas de un testamento, pero tuviese exclusivamente disposiciones de orden no patrimonial, debe ser considerado tal. En la doctrina italiana, se distingue entre testamento formal (que sería todo acto que reviste las formalidades legales, haya o no disposiciones de bienes) y testamento sustancial (que requiere la disposición de bienes) (ver nota 2). Por nuestra parte, consideramos que, si la disposición conserva todos los caracteres propios del testamento y, en particular, la revocabilidad y la producción de efectos para después de la muerte, el acto debe reputarse testamento, contenga o no disposiciones patrimoniales; tal sería el caso de la designación de tutor o curador testamentario. Si, en cambio, la declaración de voluntad no es revocable y tiene efectos en vida, el acto no puede considerarse testamento, por más que llene las formalidades de tal y así lo haya llamado el declarante. Así ocurriría con un acto destinado exclusivamente a reconocer un hijo extramatrimonial (ver nota 3).

De cualquier modo, esta discusión es puramente doctrinaria; lo que en definitiva interesa es que el testamento no requiere para su validez la existencia de cláusulas de disposición de bienes (ver nota 4).

1120/1111

1111.— En lo que atañe a las cláusulas de disposición de bienes, el testamento puede tener por objeto instituir heredero, o solamente establecer legados, sin institución hereditaria. En este último caso, bien puede ocurrir que no haya heredero, o que lo haya determinado por la ley.

1120/1112

1112. LEY APLICABLE.— El contenido del testamento, su validez o invalidez legal, se juzga por la ley en vigor en el domicilio del testador al tiempo de su muerte (art. 3612 Ver Texto).

(nota 1) De acuerdo: MAZZEAUD, Los contratos sobre el cuerpo humano, Anuario de Derecho Civil de Madrid, enero/marzo 1953, p. 85; BORRELL-MACIÁ, La persona humana, nº 56; ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, t. 1, vol. 1, § 114, nota 8.

(nota 2) MESSINEO, t. 7, § 181, nº 2; BARASSI, Le successioni per causa di morte, nº 99. En contra: CICU, Testamento, p. 10.

(nota 3) CICU sostiene que en la ley italiana hay dos conceptos de testamento: uno estricto, que requiere la disposición de bienes; otro amplio, que alude a todo acto de última voluntad, tenga o no repercusión sobre los bienes (loc. cit. en nota anterior).

(nota 4) Sobre este punto hay plena coincidencia doctrinaria; el art. 759, Cód. italiano, lo ha dispuesto expresamente.

1120/10410

§ 4.— Capacidad para recibir por testamento

1120/1113

1113. PRINCIPIO GENERAL.— En principio, toda persona, sea de existencia natural o jurídica, tiene derecho a suceder por testamento (art. 3733 Ver Texto). Las personas jurídicas lo son desde el momento en que han recibido la autorización del Estado; empero, es válida la institución hereditaria o el legado hecho en favor de una persona jurídica aún no existente, cuando se lo hace con el fin de fundarlas y requerir luego la autorización (art. 3735 Ver Texto). Si la persona natural no naciera viva (art. 74 Ver Texto) o si la entidad a fundarse no recibiera la autorización del Estado, queda sin efecto la disposición hecha en su favor.

Sólo pueden recibir por testamento las personas existentes en el momento de la apertura de la sucesión. Es inválida, por tanto, la institución hereditaria o el legado hecho en favor de una persona aún no concebida o en favor de personas fallecidas, o cuya personería jurídica

se ha extinguido.

Sin embargo, el Código establece algunas incapacidades, que estudiaremos enseguida.

1120/1114

1114. LEGISLACIÓN COMPARADA.— El principio de que solamente las personas concebidas en el momento del fallecimiento del causante pueden recibir por testamento, es mantenido rígidamente en la mayor parte de las legislaciones (Cód. español, art. 745; mexicano, art. 1313; uruguayo, art. 835; chileno, art. 962; colombiano, art. 1019), en tanto que otras, si bien lo establecen como regla general, admiten algunas excepciones. Así, el Código italiano (art. 462) y el brasileño (art. 1718) admiten la validez de la disposición testamentaria hecha en favor de la prole no concebida de una persona viva al tiempo de la apertura de la sucesión; el Código suizo (art. 545) reconoce la validez de las cláusulas de sustitución hecha en favor de una persona que no vive aún al tiempo del fallecimiento del causante.

1120/1115

1115. INCAPACES.— Son incapaces para recibir por testamento:

a) Tutores. Los tutores nada pueden recibir por testamento de los menores que mueran bajo su tutela; y aun después de cesada la minoridad, la incapacidad se mantiene hasta el momento en que las cuentas de la tutela no estén aprobadas (art. 3736 Ver Texto). Se ha querido así evitar una posible captación de herencia por parte del tutor. Quedan exceptuados, sin embargo, los ascendientes que han sido tutores de sus descendientes (art. 3737 Ver Texto). En este caso, la ley presume que el beneficio se funda en el afecto derivado del parentesco y no en una captación maliciosa. La excepción beneficia tanto a los ascendientes legítimos como a los extramatrimoniales, puesto que la ley no hace ninguna distinción (ver nota 1).

El artículo 3736 Ver Texto mantiene la incapacidad hasta el momento de la aprobación de las cuentas de la tutela. Pero es indudable que esta disposición debe ser interpretada en el sentido de que basta la presentación y el depósito del saldo, si las cuentas son correctas (ver nota 2); pues no sería justo que una demora en la aprobación judicial, no imputable al tutor, lo perjudique tan gravemente. Pero no bastará la mera presentación de las cuentas, si luego se demuestra que la rendición tiene fallas que obligan a desaprobala.

Si las cuentas se hubieren aprobado antes de la apertura de la sucesión, pero después de ésta

se anulare la aprobación y se demostrare la incorrección de la cuentas rendidas, subsiste la incapacidad (ver nota 3).

Supongamos ahora que las cuentas no se hubieren rendido, pero hubiere transcurrido el plazo de prescripción de la acción de rendición de cuentas. Parece razonable considerar que vencido ese plazo cesa la incapacidad, pues ya nadie tendrá acción para cuestionar la corrección del desempeño y de la administración del tutor (ver nota 4). En realidad, si el pupilo, llegado a su mayoría, no ha reclamado que se le rindan cuentas, revela con su conducta una aprobación tácita, que se refuerza con la misma disposición testamentaria.

1120/1116

1116.— La ley nada dice de los curadores de los dementes que hubieran testado en un intervalo lúcido; y como las incapacidades son de interpretación restrictiva, forzoso será concluir que no hay incapacidad alguna, con tanta mayor razón cuanto que es más de temer la influencia que pueda tenerse sobre un menor que sobre una persona mayor que ha recobrado plenamente su lucidez mental (ver nota 5).

1120/1117

1117.— Según el artículo 3738 Ver Texto , el segundo marido de la viuda que se ha vuelto a casar y que conserva indebidamente la tutela de sus hijos del primer matrimonio, es incapaz de recibir por testamento de éstos. Esta disposición fue derogada por la ley 11357 (ver nota 6); puesto que ella permitía a la viuda que contrae segundas nupcias, mantener la patria potestad sobre los hijos menores del primer matrimonio (art. 3º, inc. 1º). La incapacidad establecida en el artículo 3738 Ver Texto era una sanción para la madre que había incurrido en un hecho ilícito (como era en el Cód. Civ. la retención indebida de la tutela) y para su marido, cómplice de esa conducta ilegal; es natural que al desaparecer la ilicitud del proceder, quede sin efecto la sanción. Hoy el artículo 3º Ver Texto , inciso 1º, ley 11357 ha sido derogado, pero la ley 23264 mantuvo la solución de dicha norma (art. 264 Ver Texto , Cód. Civil).

1120/1118

1118. b) Confesores, sus parientes, iglesias y comunidades. (ver nota 7)— Son incapaces de suceder y recibir legados los confesores del testador en su última enfermedad; los parientes de ellos dentro del cuarto grado si no fueren parientes del testador; las iglesias en que estuviesen empleados, si no fuere la iglesia parroquial del testador, y las comunidades a que ellos perteneciesen (art. 3739 Ver Texto). También aquí la incapacidad se funda en el peligro de la captación de la voluntad del causante.

Es natural que estén exentos de la incapacidad los parientes del confesor que lo son también del causante, pues es lógico presumir que el beneficio se ha hecho entonces en atención al parentesco personal; y lo mismo puede decirse del legado hecho a la parroquia del testador. Pero la circunstancia de ser el confesor pariente del causante no lo libera de la incapacidad.

1120/1119

1119.— La incapacidad afecta al confesor en la última enfermedad del causante; quedan excluidos de ella los que sólo le dieron la extremaunción o dijeron misa en su casa, si no lo confesaron (ver nota 8). También están excluidos los confesores habituales, si no lo fueran en la última enfermedad.

Es indiferente que el testamento sea anterior o posterior a la confesión; aun en el primer caso, hay peligro de influencia indebida, puesto que la manda o institución hereditaria pone de manifiesto la existencia de una vinculación poderosa entre el testador y el sacerdote, vinculación que las circunstancias hacen sospechosa (ver nota 9).

La jurisprudencia francesa ha resuelto que, por última enfermedad, debe entenderse aquella de la que murió el causante, de tal modo que, si el confesor lo atendió durante una enfermedad crónica pero luego murió de otra, el testamento otorgado durante la primera en favor del confesor es válido, aunque esa enfermedad se haya prolongado hasta el deceso (ver nota 10).

1120/1120

1120.— Igual incapacidad tiene el ministro protestante que asiste al testador en su última enfermedad (art. 3740 Ver Texto). Y aunque la ley habla solamente del ministro protestante, es obvio que también están comprendidos en los términos de esta disposición los sacerdotes de cualquier religión, cristiana o no, que hayan asistido al causante. El peligro de captación es el mismo en todos los casos (ver nota 11). Va de suyo que la prohibición legal no sólo afecta al sacerdote, sino también a sus parientes e iglesias o comunidades, lo mismo que en el caso del confesor católico (ver nota 12).

Empero, es evidente que, si el sacerdote ha prestado asistencia religiosa a su mujer, no constituye esto un impedimento para recibir por testamento, puesto que por su doble condición de sacerdote y marido le debe asistencia y consuelo (ver nota 13).

1120/1121

1121. c) Escribano y testigos del testamento por acto público.— Carecen de todo valor las disposiciones contenidas en favor del escribano y los testigos de un testamento por acto público, o en favor de sus parientes o afines dentro del cuarto grado (art. 3664 Ver Texto).

La prohibición legal no alcanza, empero, a los parientes del escribano o testigos, que también lo son del causante (ver nota 14). Es verdad que no hay ninguna disposición expresa que haga esta salvedad; pero es indudable la aplicación analógica del artículo 3739 Ver Texto , puesto que existen idénticas razones para fundar en uno u otro caso la misma solución. Sin embargo, un importante fallo de la Sala E de la Cámara Civil de la Capital, ha resuelto que el artículo 3664 Ver Texto establece una presunción de que el escribano o los testigos han influido en favor de sus parientes, presunción que puede ser destruida por prueba en contrario que demuestre que los legados son el resultado de un acto espontáneo y madurado del testador (ver nota 15).

No alcanza igual incapacidad al escribano o testigo del testamento cerrado. Es lógico que así sea, pues como este testamento es secreto, la posibilidad de que ellos ejerzan sobre el otorgante una influencia ilegítima, es considerablemente menor.

1120/1122

1122. d) Oficiales del buque.— En caso de que se otorgue testamento marítimo, son nulos los legados hechos a favor de los oficiales del buque que no fueren parientes del testador (art. 3686 Ver Texto). Tanto más si se trata de una institución hereditaria (ver nota 16). La inhabilidad no juega en el caso de que el testamento se hubiera otorgado en cualquier otra forma, aunque sea durante la navegación (ver nota 17).

1120/1123

1123.— El artículo 3734 Ver Texto dice que no pueden adquirir por testamento las corporaciones no permitidas por la ley. Es una disposición superflua, porque, siendo indispensable la personería para adquirir derechos o contraer obligaciones, es obvio que las entidades no permitidas por la ley carecen de todo derecho, inclusive el de recibir por herencia.

1120/1124

1124.— La indignidad no es una incapacidad propiamente hablando, aunque nuestro Código así la califique (véase n° 71, b).

1120/1125

1125. ADOPCIÓN.— Si la adopción es plena, los padres tienen exactamente los derechos que tendrían en la sucesión de un hijo legítimo, cualquiera sea el origen de los bienes (art. 14 , ley 19134); y los padres de sangre quedan totalmente excluidos de la sucesión de un hijo respecto del cual han perdido todo vínculo de parentesco. Si la adopción es simple, los padres adoptivos carecen de vocación sucesoria legítima con relación a los bienes que el hijo adoptivo hubiere recibido de la familia de sangre a título gratuito; y recíprocamente, los parientes de sangre pierden la vocación sucesoria respecto de los bienes que el adoptado hubiere recibido de su familia adoptiva (art. 24 , ley 19134). Ello no es obstáculo, empero, para que puedan recibirlos por testamento. Se trata del desconocimiento de la vocación sucesoria legal, pero no de una incapacidad para recibir la herencia deferida testamentariamente.

1120/1126

1126. SIMULACIÓN.— Es posible que, conociendo las prohibiciones legales, el causante trate de disimular el destinatario, disponiendo en favor de una persona interpuesta o prestanombre. Siempre que pueda demostrarse que el verdadero destinatario es un incapaz, la disposición es nula (art. 3741 Ver Texto). Como en cualquier simulación, se admite todo género de pruebas (art. citado). Más aún, en ciertos casos la ley presume la simulación: reputa personas interpuestas al padre y madre, los hijos y descendientes y el cónyuge de la persona incapaz (art. citado).

Esta presunción ¿es juris et de jure o juris tantum? Según la opinión seguida por algunos autores, la presunción legal no admite prueba en contrario (ver nota 18). El principal fundamento de esta tesis es que los autores citados por VÉLEZ al pie del artículo 3741 Ver Texto así lo sostienen. Nos parece un argumento harto débil, porque el valor interpretativo de las fuentes es muy relativo (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 1, núms. 209-212). Además, MACHADO ha hecho notar que la opinión de los autores franceses no debe ser tenida en cuenta en esta materia, porque ellos trabajan teniendo en consideración un texto (art. 1352 Ver Texto) que no existe en nuestro Código; y de los cinco autores citados en la nota, cuatro son de aquella nacionalidad.

Más importante es reparar en que el artículo 3741 Ver Texto es una norma vinculada con la incapacidad para recibir por testamento y con la nulidad de las disposiciones testamentarias; cuando están de por medio una incapacidad o una nulidad, la interpretación de la ley debe ser restrictiva, vale decir, que debe tender a favorecer la aptitud jurídica y la

validez del acto. Por último, resulta a todas luces inconveniente ligar al juez con preceptos rigurosos o normas rígidas; y sería ilógico que los magistrados autolimitasen su propio poder decisorio, cuando no existe ningún texto expreso que los obligue a ello. En suma: sostenemos que siempre que los interesados produzcan una prueba decisiva y completa de que la disposición testamentaria ha sido sincera y no simulada, cede la presunción establecida en el artículo 3741 (ver nota 19).

Entendemos que la presunción legal no juega cuando el pariente del incapaz es al propio tiempo pariente del causante; el artículo 3739 Ver Texto es de evidente aplicación analógica (ver nota 20).

1120/1127

1127.— El artículo 3741 Ver Texto habla también de la simulación consistente en la disposición de bienes, disfrazada bajo la apariencia de un contrato oneroso. Aunque la norma aludida vincula esta cuestión con la incapacidad para recibir por testamento, es evidentemente ajena a ella. Cuando un traspaso gratuito de bienes se disimula bajo la apariencia de un contrato oneroso (generalmente venta), el acto sincero no es de última voluntad, no es un testamento, sino una donación; y para considerar su validez o nulidad habrá que juzgarlo a la luz de las reglas legales de este contrato (ver nota 21).

1120/1128

1128.— Declarada la nulidad del acto simulado, la persona interpuesta es reputada como poseedora de mala fe y debe devolver los frutos percibidos desde que entró en posesión de los bienes (art. 3742 Ver Texto).

(nota 1) De acuerdo: MACHADO, t. 10, p. 91, nota.

(nota 2) De acuerdo: SEGOVIA, t. 2, art. 3738 de su numeración, nota 7. En contra: MACHADO, t. 10, p. 86 y sigs.; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 474; MAFFÍA, t. 3, n° 959; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 234.

(nota 3) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 475.

(nota 4) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 478; AUBRY y RAU, t. 7, § 649.

(nota 5) MACHADO, t. 10, p. 90.

(nota 6) FORNIELES, t. 2, nº 407; LAFAILLE, t. 2, nº 604; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, nº 481.

(nota 7) BIBLIOGRAFÍA: Además de la general, véase BOUSIER, L'incapacité des médecins, pharmatiens et ministres du culte, Mazenne, 1933.

(nota 8) MACHADO, t. 10. p. 94, nota.

(nota 9) En el sentido de que sólo el testamento posterior a la confesión hace incapaz de suceder al sacerdote: PÉREZ LASALA, t. 2, nº 234.

(nota 10) BOUSIER, L'incapacité des médecins, pharmatiens et ministres du culte, Mazzene, 1933.

(nota 11) LAFAILLE, t. 2, nº 605; PÉREZ LASALA, t. 1, nº 234; RÉBORA, nº 115. En contra: FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, nº 493; MAFFÍA, t. 3, nº 965.

(nota 12) MACHADO, t. 10. p. 98, nota.

(nota 13) SEGOVIA, t. 2, art. 3742 de su numeración, nota 15; MACHADO, t. 10, p. 98, nota; DEMOLOMBE, t. 18, núms. 543 y sigs.

(nota 14) C. Civ.Cap., Sala C, 8/3/1957, L.L., t. 86, p. 654; J.A., 1957-II, p. 253 y E.D., t. 13, p. 22. De acuerdo: GUASTAVINO, J.A., 1965-VI, p. 29 (nota al fallo 11.157); FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, nº 496; PÉREZ LASALA, t. 1, nº 234.

(nota 15) C. Civ. Cap., Sala E, 29/5/1955, L.L., t. 120, p. 175, con nota aprobatoria de ACUÑA ANZORENA y E.D., t. 13, p. 6 y J.A., 1965-IV, p. 29, con nota aprobatoria de GUASTAVINO.

(nota 16) SEGOVIA, t. 2, nota 141, p. 595; RÉBORA, Sucesiones, t. 1, § 117; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, nº 498.

(nota 17) RÉBORA, Sucesiones, t. 1, § 117; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 499.

(nota 18) LLERENA, t. 10. art. 3741, n° 2; FORNIELES, t. 2, n° 413; DE GÁSPERI, t. 3, n° 500; en el mismo sentido C. Civ. Cap., Sala C, 8/3/1957, L.L., t. 86, p. 654 y J.A., 1957-II, p. 253, pero con la salvedad de que esa presunción no se extiende a quienes también son parientes del causante.

(nota 19) De acuerdo: MACHADO, t. 10. p. 102 y sigs.; SEGOVIA, t. 2, art. 3743 de su numeración, nota 18; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 242; GUASTAVINO, nota en J.A., 1965-VI, p. 15 y sigs.; parece concordar también con esta opinión MAFFÍA, t. 3, n° 974. En contra FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 505.

(nota 20) C. Civ. Cap., Sala C, 8/3/1957, L.L., t. 86, p. 654 y J.A., 1957-II, p. 253.

(nota 21) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 1, n° 242.

1120/10420

CAPÍTULO XIII - FORMAS DE LOS TESTAMENTOS (ver nota 1)

1120/1129

1129. ES UN ACTO SOLEMNE.— El testamento es un acto escrito (art. 3607 Ver Texto) y solemne (art. 3632 Ver Texto); por más auténtico que sea, no produce ningún efecto jurídico si no está revestido de las formas prescriptas por la ley; más aún, tampoco tendrá valor un testamento en el que anunciase sus disposiciones por simple referencia a un acto o documento desprovisto de las formalidades requeridas para los testamentos (art. 3632 Ver Texto).

Todas las formalidades exigidas por la ley para el otorgamiento de este acto, tienen carácter solemne, de tal modo que la omisión de cualquiera de ellas da lugar a la nulidad (ver nota 2), salvo que expresamente estuviese dispuesto lo contrario.

Que el testamento es acto solemne, es principio admitido hoy universalmente. Se funda en razones que parecen difíciles replicar: la necesidad de evitar que se confunda un simple proyecto, un borrador sujeto a nuevas reflexiones, con la voluntad definitiva y última del

causante; además, el cumplimiento de esas formas contribuye a salvaguardar, en lo que humanamente resulta posible, la espontaneidad de la declaración de voluntad, así como su sinceridad y ponderación. El cumplimiento de las formas llama la atención del otorgante sobre la trascendencia del acto que va a realizar.

1120/1130

1130. RIGOR Y LIBERALIDAD EN LA CONSIDERACIÓN DE LAS FORMAS.— La solemnidad del testamento se apoya, como se ve, en razones sólidas.

Este convencimiento de la necesidad de mantener el carácter solemne del testamento ha engendrado en jueces y juristas un rigorismo exagerado, un verdadero fetichismo por todas las exigencias formales. La más mínima desviación de los términos de la ley (o de lo que los intérpretes creen que son los términos de la ley), basta para declarar la nulidad de un testamento. No faltan magistrados —dice FORNIELES— que sienten placer en destruir la obra del testador (ver nota 3). Nuestra jurisprudencia registra algunos casos muy expresivos de esa mentalidad; así, por ejemplo, se ha declarado la nulidad de testamentos en los que el escribano se ha limitado a consignar que los testigos eran mayores de edad, cuando el Código exige que se exprese la edad de los testigos (art. 3657 Ver Texto) (ver nota 4); en otro caso se resolvió que la exigencia del artículo 3662 Ver Texto (según el cual si el testador por acto público sabe firmar y no puede hacerlo, debe consignarse la causa que se lo impide), no debe reputarse cumplida con la mención contenida en la escritura de que no firmaba “por encontrarse imposibilitado por causa de imposibilidad física”; según el tribunal, debió especificarse claramente cuál era la causa concreta (enfermedad, accidente, herida) que le impedía hacerlo (ver nota 5); en otro caso se resolvió que la declaración de no poder firmar es un hecho personalísimo que ha de figurar en boca del testador, no bastando que el escribano lo afirme como declaración propia (ver nota 6).

Entre dos soluciones posibles, estos jueces no vacilaron en preferir aquella que conducía al desconocimiento de la voluntad del causante y al despojo de los herederos instituidos. Refiriéndose a fallos semejantes, dice ROGUIN que ellos “constituyeron un ejemplo típico de la inflexibilidad bárbara con que los hombres de ley se complacen en asombrar al público” (ver nota 7).

Enseña DANZ con su habitual agudeza, que el fin de los preceptos formales no es poner trabas ni restringir la voluntad del testador, sino precisar qué declaraciones constituyen su voluntad definitiva; pues estas formas no son un fin en sí y el más alto deber de los jueces es hacer que la intención del causante no se estrelle contra esos preceptos. Y agrega: no hay que olvidar que también la ley ha de interpretarse de buena fe; el olvido de tan elementales y prudentes consideraciones ha dado lugar a fallos a veces monstruosos (ver nota 8).

Felizmente se advierte una poderosa reacción contra esta ciega intransigencia (ver nota 9). Por lo pronto, los tribunales de la Capital, volviendo sobre su anterior jurisprudencia, han declarado que basta que la escritura diga que el testigo es mayor de edad, para reputar cumplida la exigencia del artículo 3657 (ver nota 10); y en general, hay una mayor elasticidad para interpretar las exigencias de orden formal (ver nota 11). La nulidad no debe declararse sino cuando se han omitido aquellas formalidades que sirven para asegurar la verdad y autenticidad del acto, sin que el juez deba hacer de cada palabra, de cada coma de la ley, una trampa en la que naufrague la voluntad del causante y los derechos de los beneficiarios (ver nota 12).

1120/1131

1131. LAS DISTINTAS FORMAS Y SU EFICACIA.— El Código reconoce formas ordinarias y especiales de testamento. Las primeras son las normales y están al alcance de todos (salvo algunas inhabilidades peculiares, que en su momento se estudiarán): son los testamentos ológrafo, cerrado y por acto público (art. 3622 Ver Texto). Los testamentos especiales son los que pueden otorgarse en ciertas circunstancias de excepción, tales como guerras, viaje por mar, residencia en el extranjero, peste o epidemia, previstos en los artículos 3672 Ver Texto y siguientes.

Todos éstos tienen la misma eficacia jurídica (art. 3623 Ver Texto); sólo debe hacerse la salvedad de que algunos testamentos especiales conservan su vigencia únicamente durante un cierto lapso de tiempo, luego de pasado el acontecimiento que permitió al testador usar de esa forma (véanse núms. 1239 y 1252).

1120/10430

§ 1.— Disposiciones comunes

1120/1132

1132.— El Código contiene algunas disposiciones de orden formal que son comunes a todos los testamentos. Las estudiaremos antes de entrar a considerar cada forma en particular.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Véase la citada en nota 1689.

(nota 2) FORNIELES, t. 2, n° 325.

(nota 3) FORNIELES, t. 2, n° 324.

(nota 4) C. Civ. 2ª, 31/5/1943, J.A., 1943-III, p. 122; la jurisprudencia de la antigua Cámara Civil de la Capital era concordante con este criterio (véase Boletín del Instituto de Enseñanza Práctica, Facultad de Buenos Aires, t. 8, n° 36, p. 41).

(nota 5) C. Civ. 2ª Cap., 20/11/1933, J.A., 1980-II, t. 4, p. 223.

(nota 6) C. Civ. y Com. Santa Fe, 29/9/1977, J.A., 1980-II, p. 39, con nota en desacuerdo de Ferrer.

(nota 7) ROGUIN, t. 3, n° 1384, cit. por FORNIELES, t. 2, n° 324. DANZ protesta también contra estos fallos basados en “la glorificación de conceptos artificiales”, y dice que es ella “la que engendra el orgullo de muchos juristas que fallan desdeñosamente contra el sentimiento jurídico del pueblo, porque así lo exige el concepto que ellos se inventan y que llaman “lógicamente necesario”; y si el profano se lleva las manos a la cabeza, aterrado ante la sentencia, le despachan con una sonrisa de superioridad y diciéndole: “¿Qué sabes tú de esto!” (La interpretación de los negocios jurídicos, trad. esp., 1926, p. 139).

(nota 8) La interpretación de los negocios jurídicos, trad. esp. 1926, p. 351 y 352. El eminente autor alemán hace suyas estas palabras de ENNECCERUS: “El que se incline a admitir tales absurdos resultados, contrarios a todo sentimiento de justicia, nada más que por el prurito de dejar a salvo su teoría, piense por un momento que se trata de sus propios hijos, de su propia mujer. Y entonces sentirá tal vez que dichos preceptos, si el legislador los hubiera dictado a conciencia, serían sencillamente monstruosos” (p. 353, nota 1).

(nota 9) Esta tendencia es mundial, FORNIELES, t. 2, n° 324 y JOSSERAND, *La desolennisation du testament*, Recueil Hebdomadaire de Dalloz, 1932, p. 73. Es sorprendente que un jurista moderno como FASSI, adopte una posición de rigidez formalista, que es incompatible con el espíritu del nuevo derecho: véase *Tratado de los testamentos*, t. 2, núms. 1990 y sigs. (especialmente núms. 1991 y 2002).

(nota 10) C. Civ. 1ª Cap, causa 27.572; C. Civ. Cap., Sala D, 5/6/1951, L.L., t. 63, p. 360.

(nota 11) Notable ejemplo de esa mayor flexibilidad es el fallo de la Sala E, citado en

nota 1804.

(nota 12) FORNIELES, t. 2, n° 324. De acuerdo con este criterio de flexibilidad en la apreciación de las exigencias formales, C. Civ. Cap., Sala A, 30/6/1959, L.L., t. 96, p. 60; Sup. Trib. La Pampa, 20/7/1961, J.A., 1962-III; p. 229; GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 58 y sigs.

1120/10440

A.— FIRMA

1120/1133

1133. CÓMO DEBE FIRMARSE.— La firma es un elemento esencial del testamento ológrafo cerrado, y aun del testamento por acto público, a menos, en este último caso, que el testador no supiere o no pudiese firmar.

Según el artículo 3633 Ver Texto , la firma debe escribirse con todas las letras que componen el nombre o apellido. Y agrega que el testamento no se tendrá por firmado cuando se ha suscripto con el apellido o con letras iniciales; sin embargo, una firma irregular e incompleta se considerará suficiente cuando la persona estuviese acostumbrada a firmar de esa manera en todos sus actos públicos y privados. Esta última hipótesis es, desde luego, la normal. En la práctica, el carácter maquinal y la frecuencia del uso de la firma, el deseo del firmante de definir su personalidad o de evitar falsificaciones, hacen que frecuentemente la escritura degenera en rasgos en los cuales se hace difícil encontrar semejanza con las letras que componen el verdadero nombre. Basta, sin embargo, que sea esa la manera habitual de suscribir sus actos públicos o privados, para que se la repute válida (ver nota 1).

La simple inicialización del testamento, el estampado de una rúbrica o firma no habitual, no es suficiente; la ley reputa, con prudente criterio, que sólo se trata de un proyecto de testamento; pues si fuese su voluntad definitiva, es indudable que el testador hubiera firmado como lo hace habitualmente, para que no quepa duda de la validez del acto.

Cabe preguntarse qué ocurre si el testador escribe al pie del documento su nombre completo, de una manera no habitual. La primera parte del artículo 3633 Ver Texto parecería indicar que es válido; empero, pensamos que no es así. No es el nombre, sino la firma del testador lo que convalida el acto; es ella la que le imprime fuerza legal. El nombre escrito de modo no habitual es tan inocuo como las simples iniciales (ver nota 2). Empero,

no conviene adoptar en esta materia reglas demasiado estrictas; es el juez quien, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, decidirá si la escritura estampada por el causante tiene o no el carácter de firma suficiente para convalidar el acto (ver nota 3).

1120/1134

1134.— Es posible que una persona haya usado durante toda su vida civil un nombre que no le corresponda; no obstante ello, la firma del testamento sería válida, si fuere su manera habitual (ver nota 4). De igual manera, debe considerarse válida la firma estampada con el seudónimo teatral o cinematográfico, si tiene gran difusión y ha sido usado en todos o en la mayor parte de sus actos (ver nota 5). En cambio, no basta escribir al pie “vuestro padre”, “tu esposo” (ver nota 6).

1120/1135

1135. LUGAR DE LA FIRMA.— Normalmente, la firma debe ir al pie del documento; empero, se la ha considerado válida cuando va al margen (ver nota 7), sobre todo si ello se debe a falta de lugar (ver nota 8). Si, en cambio, la firma va al medio del documento, sólo pueden aceptarse como testamento las cláusulas anteriores, pero no las posteriores (ver nota 9) (art. 3645 Ver Texto). Algunos tribunales franceses han admitido la validez de testamentos ológrafos en los cuales la firma se había puesto en el sobre (ver nota 10), lo que nos parece excesivo, pues facilita los fraudes, permitiendo que los interesados pongan en un sobre firmado por el testador, quizá con un objeto distinto, un simple proyecto no firmado de testamento. Si éste consta de varias hojas, basta con que se haya puesto la firma al pie de la última (ver nota 11), aunque una medida de prudencia aconseja firmar todas.

1120/1136

1136. MOMENTO DE LA FIRMA.— Carece de interés el momento de la firma. Un testamento puede haberse escrito y permanecer por largo tiempo como simple proyecto. En el momento en que el testador lo firma, integra su voluntad de disposición. El acto es plenamente válido (ver nota 12).

(nota 1) De acuerdo: ZANNONI, t. 2, § 1112; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 196; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 131.

(nota 2) De acuerdo: ZANNONI, t. 2, § 1113.

(nota 3) En Francia, la Corte de Casación declara válida la firma cuando no deja dudas sobre la identidad del autor, ni sobre la voluntad de aprobar las disposiciones 5/10/1959), *Revue Trimestrielle*, enero/marzo 1960, pero hay que tener en cuenta que la condición de habitualidad no es exigida por el art. 970, Cód. Napoleón.

(nota 4) KIPP, *Sucesiones*, vol. 1, § 13, p. 87.

(nota 5) ZANNONI, t. 2, § 1114; FASSI, *Tratado de los testamentos*, n° 136; KIPP, *Sucesiones*, vol. 1, § 13, p. 87.

(nota 6) GOYENA COPELLO, *Sucesiones*, t. 2, p. 82; ZANNONI, t. 2, § 1116; FASSI, n° 134; KIPP, loc. cit. en nota anterior; en contra: PÉREZ LASALA, t. 2, n° 198; GANGI, *La successione testamentaria*, t. 1, n° 101.

(nota 7) C. Civ. 2ª Cap., 25/10/1944; J.A., 1944-IV, p. 767; FORNIELES, t. 2, n° 346; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 540; MESSINEO, t. 7, § 182, n° 2 bis; CICU, *Testamento*, p. 53. Los autores italianos sólo admiten la firma marginal en caso de que falte espacio, pues el art. 602 del Código de ese país exige expresamente que la firma vaya al final.

(nota 8) De acuerdo: MAFFÍA, t. 3, n° 1119; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 199.

(nota 9) FASSI, *Tratado de los testamentos*, t. 1, n° 220; ZANNONI, t. 2, § 1120; CICU, *Testamento*, p. 53; MESSINEO, t. 7, § 182, n° 2 bis.

(nota 10) París, 17/5/1901, *Dalloz*, 1902, 2, 66; Bourges, 15/1/1908; *Sirey*, 1908, 2, 136; Besançon, 15/11/1921, *Dalloz*, 1922, 2, p. 101. En sentido contrario: París, 30/12/1921, *Dalloz*, 1922, 2, 35; Vendôme, 9/8/1884, *Sirey*, 1885, 2, 220; FORNIELES aprueba la jurisprudencia que se inclina por la validez (t. 2, n° 347).

(nota 11) Sup. Corte Buenos Aires, 22/11/1949, J.A., 1950-I, p. 188; FORNIELES, t. 2, n° 342; FASSI, *Tratado de los testamentos*, t. 1, n° 222; ZANNONI, t. 2, § 1120; KIPP, *Sucesiones*, vol. 1, § 13, p. 89.

(nota 12) PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 541; MESSINEO, t. 7, § 182, n° 2 bis.

1120/10450

B.— TESTIGOS

1120/1137

1137. INTERÉS.— Los testigos son necesarios en todos los testamentos, excepción hecha del ológrafo. Su participación en el acto tiende a asegurar su seriedad, la libertad con que el testador ha actuado, la autenticidad de sus disposiciones. Es necesario decir, sin embargo, que en la mayor parte de los casos, los testigos poco o nada contribuyen a resguardar esos propósitos (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 1, n° 1034). Quizá su mantenimiento se justifica solamente en los testamentos especiales; pero en los otorgados por acto público o cerrados su intervención es inoperante. Se conservan más que todo por una razón de tradición jurídica.

Es bueno tener presente esta circunstancia para no ser demasiado exigente con el cumplimiento de formalidades nimias, tales como la mención de la edad de los testigos, el requisito de la residencia, del conocimiento del causante, etcétera.

1120/1138

1138. ¿SON APLICABLES LAS REGLAS GENERALES RELATIVAS A LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS?— El Código contiene, en los artículos 3696 Ver Texto y siguientes, diversas normas relativas a la capacidad de los testigos testamentarios. Cabe preguntarse si estas normas tienen autonomía, vale decir, si sólo ellas rigen la capacidad de los testigos testamentarios; o si, por el contrario, las disposiciones generales del artículo 990 Ver Texto, relativo a los testigos de los instrumentos públicos en general, son aplicables supletoriamente. La cuestión tiene importancia, porque en el artículo 990 se mencionan incapacidades no previstas en los artículos 3696 Ver Texto y siguientes, tales como las de los dependientes de otras escribanías, los comerciantes fallidos no rehabilitados, los religiosos y los que por sentencia están privados de ser testigos en los instrumentos públicos.

a) La opinión de que el artículo 990 es aplicable en materia testamentaria ha sido sostenida por MACHADO (ver nota 1) y por DE GÁSPERI (ver nota 2), quienes afirman que en tanto la regla de carácter general no sea expresamente derogada, mantiene su vigencia.

b) La mayor parte de nuestros autores se inclina, sin embargo, por considerar que el artículo 990 Ver Texto no es aplicable a esta materia (ver nota 3). Las razones que pueden invocarse

en favor de tal opinión son, a nuestro juicio, decisivas: 1) En primer término, todo lo atinente a la capacidad de los testigos en los testamentos ha sido objeto de una prolija reglamentación en los artículos 3696 Ver Texto y siguientes; si el codificador hubiera entendido que era aplicable el artículo 990, se hubiera limitado a remitirse a él, modificándolo en lo que creyera pertinente; lejos de ello, ha reproducido algunas incapacidades contenidas en aquella norma, lo que revela que consideraba que no era aplicable a esta materia, pues de lo contrario la repetición no tendría sentido. 2) Es lógico que ella se legisle de manera autónoma, porque no todos los testamentos que requieren testigos son instrumentos públicos; así ocurre con el cerrado. 3) Pero lo que, sobre todo, nos parece obvio, es que teniendo esta formalidad de los testigos un valor práctico hartamente discutible, no es posible acumular más incapacidades que las que expresamente establece la ley; sería, por ejemplo, inicuo que un testamento se anulase por el único motivo de que uno de los testigos era comerciante fallido o empleado de otra escribanía.

1120/1139

1139. INCAPACIDADES DE CARÁCTER GENERAL.— Naturalmente, la regla general es la capacidad. Aunque no hubiera sido necesario decirlo, el artículo 3696 Ver Texto establece que pueden ser testigos todas las personas a quienes la ley no prohíbe serlo.

No pueden ser testigos en el testamento:

a) Los menores de edad (art. 3705 Ver Texto). Después de la sanción de la ley 17711 no puede haber la menor duda de que debe desestimarse la opinión antes sostenida por algunos autores (ver nota 4) de que también los emancipados estaban comprendidos en la inhabilidad. Pues siendo tan amplias las atribuciones que hoy tienen los emancipados, carecería de sentido prohibirles ser testigos en los testamentos, tanto más cuanto que ellos pueden otorgarlos (véase nº 1073).

Hay alguna incongruencia en esta exigencia de la mayor edad para ser testigo en los testamentos, mientras se permite testar desde los 14 años. Sin embargo, en el caso de los testamentos militares, la ley permite ser testigos a las personas de 18 años, si tuvieran el grado de sargento en adelante (art. 3675 Ver Texto).

b) Los que se hallen privados de su razón, por cualquier causa que sea (art. 3709 Ver Texto); quedan comprendidos en la prohibición, no sólo los dementes propiamente dichos, sino también los ebrios o los que están bajo el efecto de una droga que los priva de su plena conciencia. Es claro que, si al impugnar el testamento, se aduce que uno de los testigos sufría un estado pasajero de privación de su discernimiento, los jueces deberán ser muy severos en la apreciación de la prueba. Agrega el artículo 3709 Ver Texto , que los dementes no pueden ser testigos ni aun en los intervalos lúcidos. A nuestro entender, esta norma es

aplicable únicamente a los dementes declarados tales en juicio; respecto de los no declarados, su capacidad se presume (art. 140 Ver Texto), de tal modo que sólo si se probara que estaban locos en el momento de atestiguar el acto, podrá éste ser impugnado (ver nota 5). Además, el estado lúcido del testigo permitirá casi siempre (y aun en el caso de dementes declarado) invocar el artículo 3697 Ver Texto (véase nº 1144) en apoyo de la validez del acto.

c) Los ciegos, los sordos y los mudos (art. 3708 Ver Texto); se ha considerado que las personas que adolecen de tales defectos no están en condiciones para atestiguar que lo escrito corresponde exactamente a los deseos del testador.

El artículo 3705 Ver Texto exigía que el testigo de los instrumentos públicos fuese varón. Esta incapacidad de las mujeres ha quedado suprimida por la ley 11357 , solución que quedó ratificada por la ley 17711 .

1120/1140

1140. INCAPACIDADES DE ORDEN ESPECIAL.— El Código contiene, además, algunas incapacidades de orden especial; mientras las anteriores incapacidades inhiben de ser testigos en cualquier testamento, éstas se refieren a ciertos actos u otorgantes en particular.

No pueden ser testigos:

a) Los que tengan su residencia fuera del distrito en que se otorga el testamento (art. 3701 Ver Texto). La ley habla de residencia y no de domicilio; de tal modo que sería hábil un testigo que, aunque domiciliado en otro lugar, residiera temporariamente en donde se otorgó el testamento (ver nota 6). Se trata de facilitar la comparecencia posterior del testigo, cuando se ponga en cuestión la validez del testamento. Aun así, es preciso reconocer que se trata de una exigencia injustificada, no sólo porque el testigo puede ser compelido a declarar en cualquier lugar que se encuentre, sino también porque el hecho de que él tenga su residencia en el lugar del otorgamiento, cuando el testamento se firmó, no significa que la tenga en el momento en que debe ser llamado a atestiguar. Es un requisito inútil que debe suprimirse.

La norma se refiere únicamente a los testamentos cerrados y por acto público; pero no a los especiales, en los cuales las circunstancias extremas en que se otorgan no permiten por lo común cumplir con la residencia (ver nota 7).

b) Los que no entiendan el idioma nacional y el idioma en que se extendió el testamento (art. 3700 Ver Texto). Con razón dice MACHADO que esta exigencia no es aplicable al testamento cerrado, porque el testador ha podido hacerlo en un idioma no conocido por el escribano y testigos, siendo perfectamente válido si en la cubierta se ha escrito en castellano que el contenido de aquel pliego es un testamento (ver nota 8).

c) Los ascendientes o descendientes del testador (art. 3702 Ver Texto); en cambio, de acuerdo con la misma disposición legal, no es impedimento ser pariente colateral o afín, siempre que él no recibiese ningún beneficio en el testamento.

d) Los herederos instituidos en el testamento, los legatarios y los que reciban algún favor por las disposiciones del testador (art. 3706 Ver Texto). Bien entendido, sin embargo, que en este caso la prohibición de la ley no implica nulidad del testamento, sino simplemente la caducidad del beneficio que el acto contenga en favor del testigo. Tal es la solución clara y prudente que resulta del artículo 3664 Ver Texto (ver nota 9), según el cual ni el escribano ni los testigos podrán aprovecharse de lo que el testamento contenga en su favor; lo que implica, desde luego, aceptar la validez del acto.

e) Los parientes del escribano dentro del cuarto grado, los dependientes de su oficina y sus domésticos (art. 3707 Ver Texto). En cambio, no hay prohibición para los dependientes de otros escribanos, como lo establece el artículo 990 Ver Texto para los instrumentos públicos en general (véase nº 1138), ni para los parientes del escribano adscripto (ver nota 10).

La ley no habla del cónyuge del escribano, que lógicamente debió incluirse dado que sus vínculos con el notario son más estrechos que los de los parientes o dependientes; la omisión de la ley permite evitar la declaración de nulidad en este caso (ver nota 11).

1120/1141

1141.— En cambio, el parentesco existente entre los testigos, cualquiera que sea, no les impide actuar conjuntamente como tales en un testamento (art. 3703 Ver Texto). Tampoco es obstáculo la circunstancia de que el testigo sea nombrado en el testamento albacea, tutor o curador (art. 3704 Ver Texto). Ni es causa de inhabilidad la amistad íntima del testigo con el causante o con el escribano (ver nota 12).

1120/1142

1142. CONOCIMIENTO POR EL ESCRIBANO.— Los testigos deben ser conocidos por el escribano; pero esa falta de conocimiento puede ser suplida por la atestiguación de dos

personas que aseguren la identidad de sus personas y la residencia de ellos (art. 3699 Ver Texto). Es esta otra exigencia inútil; debería bastar la identificación por medio de documentos personales.

La intervención de testigos que, a su vez, dan fe de la identidad y de la residencia de un tercero para que éste pueda ser testigo del acto, es una posibilidad remota, pues más simple es que ellos mismos se desempeñen como tales. Sólo podría tener aplicación práctica la norma en el caso de que a estas personas les faltase alguna de las condiciones requeridas para los testigos de los testamentos, por ejemplo, la residencia, lo cual no les impide atestiguar que conocen a otro que la tiene. En la práctica, no se los utiliza nunca.

1120/1143

1143. CONOCIMIENTO DEL TESTADOR POR LOS TESTIGOS.— ¿Deben los testigos conocer al testador? Entendemos que no, porque se trata de testigos instrumentales, no de conocimiento; su misión es atestiguar que presenciaron el acto, que el testador dictó sus disposiciones, que oyó la lectura y que firmó; para ello no es menester el conocimiento del testador, si por ello se entiende haber tenido con él una relación o vinculación anteriores (ver nota 13). Algunos viejos fallos sostenían que era menester ese conocimiento, aunque no era indispensable que la escritura lo dijera (ver nota 14). En esa forma, esta exigencia jurisprudencial no fue nunca causal de nulidad porque, salvo casos muy especiales, es prácticamente imposible producir la prueba de que el testigo no conoció al causante.

1120/1144

1144. ERROR COMÚN SOBRE LA CAPACIDAD DE LOS TESTIGOS.— La incapacidad del testigo no perjudica el acto si, según la opinión común, fuere tenido por capaz (art. 3697 Ver Texto). Al disponerlo así, el Código guarda coherencia con la norma general del artículo 991 Ver Texto (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 1033). Con ello se salvan nulidades injustas y muchas veces imposibles de evitar. No basta, empero, la simple creencia del escribano, sino que es menester una opinión general, una suerte de posesión de estado. Pero, naturalmente, ésta es una cuestión de hecho que los jueces deberán resolver de acuerdo con las circunstancias del caso y recordando siempre que deben preferir las soluciones que tiendan a convalidar el acto y a evitar nulidades por razones puramente formales.

Esta disposición es particularmente aplicable al demente declarado o no, aparentemente lúcido y que lleva vida normal; o al descendiente cuyo parentesco con el testador se ignorara, por no haber reconocimiento de su estado de familia.

1120/1145

1145. TIEMPO AL CUAL DEBE EXISTIR LA CAPACIDAD.— La capacidad de los testigos debe existir al tiempo de la formación del testamento (art. 3698 Ver Texto). Así, por ejemplo, la nulidad de un testamento en el que intervino un testigo demente, no queda purgada por la circunstancia de que haya recuperado la razón; por el contrario, no perjudica al acto el hecho de que el testigo sano haya caído posteriormente en estado de demencia o padezca de ceguera, mudez o sordera sobreviniente, o que el residente en el lugar haya mudado su residencia.

1120/10460

C.— CONFIRMACIÓN DE UN TESTAMENTO NULO POR DEFECTOS DE FORMA

1120/1146

1146. QUIÉN PUEDE CONFIRMAR UN TESTAMENTO.— El testador no puede confirmar por un acto posterior las disposiciones contenidas en un testamento nulo por sus formas, sin reproducirlas, aunque dicho acto esté revestido de todas las formalidades requeridas para la validez de los testamentos (art. 3629 Ver Texto). En otras palabras, la ley exige la reproducción íntegra de todas las cláusulas que se quiere convalidar. Es claro que esto no es ya una confirmación, sino un nuevo testamento. Lo que significa que el causante no puede confirmar un testamento nulo; si el acto anterior no reviste todas las formas de la ley, debe otorgar uno nuevo (ver nota 15).

Pero mientras el propio causante no puede confirmar el testamento, sí pueden hacerlo los herederos. Esa confirmación resulta ordinariamente de la ejecución del legado por el heredero, conociendo el vicio que lo invalida (ver nota 16). Puede también resultar de un acto expreso (ver nota 17) o del transcurso del término de la prescripción de la acción para reclamar la nulidad (ver nota 18).

Cabe preguntarse si cualquier defecto de forma autoriza la confirmación. Pensamos que la respuesta debe ser afirmativa; únicamente las omisiones que hagan a la existencia misma del acto impedirían hacerlo, puesto que los actos inexistentes no pueden ser convalidados por los interesados (véase Tratado de Derecho Civil, Parte general, t. 2, nº 1263). A nuestro juicio, solamente la falta de firma y la omisión total de la forma escrita permiten considerar inexistente el testamento (ver nota 19).

1147. INTERÉS JURÍDICO DE LA CONFIRMACIÓN.— El problema de la confirmación interesa desde un doble punto de vista:

a) En primer término, en las relaciones entre el heredero que ha cumplido con la manda contenida en un testamento nulo y el beneficiario de ella. Confirmado el acto, el heredero carece de derecho a reclamar la devolución del legado. Está de más decir que la confirmación por uno de los coherederos no obliga a los restantes, quienes podrán reclamar del legatario la restitución del legado en la parte que a ellos les hubiera correspondido de la cosa.

b) En segundo término, del punto de vista fiscal. Este interés se comprenderá con el siguiente ejemplo: puede ocurrir que el causante, en el momento de morir, disponga verbalmente de uno de sus bienes en favor de un extraño a la familia. Los hijos, pese a no estar obligados jurídicamente a cumplir con ese deseo paterno, consideran que lo están moralmente y lo respetan. Como en esta hipótesis, de testamento oral, el acto debe reputarse inexistente, no hay confirmación posible y, por tanto, habrá que pagar dos impuestos: uno referente a la sucesión del causante y otro a la donación de sus herederos al tercero. En cambio, si se trata de una nulidad basada en un defecto subsanable y hay confirmación propiamente dicha, la transmisión del bien se opera directamente del causante al beneficiario y el Fisco percibe este solo impuesto (ver nota 20).

(nota 1) MACHADO, t. 10, p. 7.

(nota 2) DE GÁSPERI, t. 3, n° 468.

(nota 3) SEGOVIA, t. 2, p. 599, nota 1; LLERENA, t. 10, art. 3696, nota 1; RÉBORA, t. 2, n° 378; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 145. Esta opinión ha sido seguida por la C. Civ. Cap., Sala C, 26/8/1974, L.L., t. 156, p. 635 y E.D., t. 57, p. 243.

(nota 4) LAFAILLE, t. 2, n° 420; DE GÁSPERI, t. 3, n° 468; LLERENA, t. 10, art. 3705, n° 1. Sin embargo, aun después de la sanción de la ley 17711 siguen esta opinión FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 158; ZANNONI, t. 2, § 1183.

(nota 5) MACHADO, t. 10, p. 27, nota; ZANNONI, t. 2, § 1183; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 205.

(nota 6) DE GÁSPERI, t. 3, n° 473.

(nota 7) MACHADO, t. 16, p. 16, nota.

(nota 8) MACHADO, t. 16, p. 15, nota.

(nota 9) FORNIELES, t. 2, n° 374; RÉBORA, t. 2, n° 378, in fine; véase también MACHADO, t. 10, n° 22, nota.

(nota 10) Sup. Corte Buenos Aires, 9/9/1963, E.D., t. 8, p. 329.

(nota 11) De acuerdo: ZANNONI, t. 2, § 1183; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 206. En contra: FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 162.

(nota 12) C. Civ. 1ª Cap., 21/12/1927, J.A., t. 26, p. 1064; LAFAILLE, t. 2, n° 426.

(nota 13) C. Civ. Cap., Sala C, 26/8/1974, E.D., t. 57, p. 243 y L.L., t. 156, p. 635; LAFAILLE, t. 2, n° 415; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 155; ZANNONI, t. 2, § 1185; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 211.

(nota 14) C. Civ. 2ª Cap., 22/11/1926, J.A., t. 23, p. 253; C. Civ. 31/5/1920, J.A., t. 23, p. 263, en nota.

(nota 15) De acuerdo ZANNONI, t. 2, § 1189; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, núms. 1995 y 1996.

(nota 16) C. Civ. 2ª Cap., 2/6/1920, J.A., t. 4, p. 371; FORNIELES, t. 2, núms. 327 y sigs.; PÉREZ LASALA, t. 2, núms. 182 y sigs.; es también la solución imperante en la jurisprudencia francesa: Rec. 9/7/1873, D.P., 1874, 1, 219; Civ. 10/11/1874, D.P., 1875, 1, 40; 9/1/1884, D.P., 1884, 1, 231; París, 3/12/1897, D.P., 1898, 2, 59 (fallos citados por JOSSERAND, t. 3, n° 1295, quien critica esta solución; véase especialmente n° 1296). Comp.: ZANNONI, t. 2, § 1190. El Código italiano ha consagrado claramente la confirmación expresa o tácita de los testamentos nulos por defectos de forma (art. 590).

(nota 17) Confróntese la opinión de FORNIELES, t. 2, n° 328.

(nota 18) Código italiano precitado.

(nota 19) C. Civ. 1ª Cap., 6/7/1931, J.A., t. 36, p. 307.

(nota 20) FORNIELES, t. 2, nº 329.

1120/10470

D.— PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA RECLAMAR LA NULIDAD POR DEFECTO DE FORMA

1120/1148

1148. TÉRMINO.— El Código no fija el término para reclamar la nulidad de un testamento nulo por defecto de forma. La antigua Cámara Civil 1ª de la Capital resolvió, a nuestro juicio con razón, que la acción de nulidad implica una petición de herencia y que, por tanto, la única prescripción oponible es la usucapión de veinte años cumplida por el heredero que se encuentra en posesión de la herencia (ver nota 1).

(nota 1) C. Civ. 1ª Cap., 6/7/1931, J.A., t. 36, p. 107; de acuerdo, FORNIELES, t. 2, nº 331. En contra, sosteniendo que la acción tiene carácter personal, que prescribe a los 10 años, PÉREZ LASALA, t. 2, núms. 520 y 521.

1120/10480

E.— LEY APLICABLE A LAS FORMAS

1120/1149

1149. EN CUANTO AL TERRITORIO.— En materia de forma de los actos jurídicos, rige el principio locus regit actum (art. 12 Ver Texto , Cód. Civ.), regla que también es aplicable en materia testamentaria (arts. 3634 Ver Texto y 3638 Ver Texto). Por consiguiente, los testamentos deben tener las formas requeridas en el lugar del otorgamiento, cualquiera sea

la nacionalidad o el domicilio del causante.

Sin embargo, esta materia ha sido tratada con criterio amplio por el codificador, en el deseo de evitar nulidades por causas puramente formales. Por ello se dispone en el artículo 3638 Ver Texto que el testamento otorgado fuera del país tendrá efectos en la República si fuere otorgado en las formas prescriptas: a) por la ley del lugar en que reside; b) por las leyes de la nación a que pertenece el disponente (caso excepcional que en nuestro Código acepta la aplicación de la ley nacional); y c) por las leyes argentinas.

1120/1150

1150.— Se ha sostenido que un testamento nuncupativo (verbal) hecho en el extranjero de acuerdo con la ley del lugar (por ej., en Alemania o Suiza), no sería válido en nuestro país (ver nota 1). Tal opinión nos parece insostenible frente a los términos expresos del artículo 3638 Ver Texto , que admite expresamente la forma del lugar en que se encuentra el otorgante.

Por lo demás, siempre que haya duda acerca de si un defecto formal es o no causa de nulidad, debe estarse a la solución que permite hacerle producir efectos al acto.

1120/1151

1151.— Para los signatarios del Tratado de Montevideo rige el principio de que el testamento debe estar redactado en las formas del país en el cual se encuentran ubicados los bienes (arts. 44 y 45).

1120/1152

1152.— Con respecto a la cuestión suscitada sobre la validez en nuestro país, de los testamentos conjuntos otorgados en el extranjero, véase número 1065.

1120/1153

1153. EN CUANTO AL TIEMPO.— Según el artículo 3625 Ver Texto , la validez del testamento depende de la observancia de la ley que rija al tiempo de hacerse. Una ley posterior no trae cambio alguno, ni a favor ni en perjuicio del testamento, aunque sea dada viviendo el testador.

Esta regla, lógica en cuanto atañe a las nuevas leyes que contienen formalidades no exigidas en el momento de testar, es injusta e irrazonable si se la aplica también a las nuevas leyes que eliminan alguna formalidad antes no requerida. En efecto: si el testamento se ha redactado de conformidad a lo que ahora la ley reputa suficiente, no hay porqué anularlo en razón de una exigencia formal ya desaparecida (ver nota 2). Es ésta una disposición que debe reformarse.

(nota 1) DE GÁSPERI, t. 2, n° 403; ROMERO DEL PRADO, Derecho Internacional Privado, t. 2, p. 230.

(nota 2) FORNIELES, t. 2, n° 339; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 119; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 176. En contra GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 181.

1120/10490

§ 2.— Testamento ológrafo (ver nota 1)

1120/1154

1154. CONCEPTO.— Se llama testamento ológrafo al que ha sido enteramente escrito, fechado, y firmado de puño y letra del testador (art. 3639 Ver Texto). Es una forma de testar admitida ya por la Novela Teodosiana (año 139 después de Cristo) (ver nota 2) y que pasó de ella a la antigua legislación española (Fuero Juzgo, ley 15, tít. 5, lib. 2; Partida 6ª, tít. I, ley 7); en nuestros días es admitido casi universalmente.

1120/1155

1155. VENTAJAS E INCONVENIENTES.— Esta aceptación casi universal del testamento ológrafo se explica por las numerosas ventajas que comporta: a) En primer término, significa una garantía de secreto; son bien sabidos los intereses e influencias que se mueven tras de una eventual herencia; el causante tiene así un medio de disponer de sus bienes sin que nadie se entere y sin riesgo de sufrir presión alguna para alterar sus disposiciones. b) Es una forma cómoda de testar, que no obliga a recurrir al escribano, que permite al testador reflexionar tranquilamente sobre sus disposiciones y rehacerlas siempre que lo crea conveniente; a veces, la persona que se siente morir no podrá o no tendrá tiempo de llamar al escribano (particularmente si vive en el campo). El testamento ológrafo le permite

resolver esas dificultades. c) Es más barato que el testamento por acto público, pues no hay que pagar gastos de escritura ni honorarios del escribano. d) Es más simple desde el punto de vista formal que el testamento por acto público; éste puede resultar nulo por cualquier omisión quizá imputable solamente al escribano y que el otorgante no ha podido prever; la omisión de la expresión de la edad de los testigos, su incapacidad u otros defectos de la escritura, pueden provocar la nulidad. En nuestro caso, basta con que todo acto haya sido escrito, fechado y firmado de puño y letra del testador, para que se tengan por satisfechas las exigencias de orden formal.

1120/1156

1156.— Pero el testamento ológrafo no está exento de inconvenientes. En primer término, existe el riesgo de la destrucción por los herederos legítimos o por las personas a las que beneficiaba un testamento anterior. Es fácil, en efecto, que los miembros de la familia del difunto, en posesión de sus llaves y papeles, encuentren un testamento que los perjudica y lo destruyan. Es también más fácil la captación de la voluntad, la violencia y aun la falsificación, cuando no interviene en el acto un escribano; pero estos riesgos, aunque en grado menor, existen también en el testamento por acto público. De cualquier modo, estos peligros no son de tal entidad que justifiquen la prohibición legislativa de la forma ológrafa, cuyas ventajas son tan decisivas.

1120/1157

1157. REQUISITOS.— Los requisitos formales del testamento ológrafo son tres: a) escritura de puño y letra del testador; b) fecha; c) firma. Nos ocuparemos de ellos en los párrafos siguientes.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en nota 1689, véase: MATTERA, Testamento ológrafo (investigación de jurisprudencia), L.L., t. 110, p. 204; SALEILLES, Des formes du testament olographe, Revue Trimestrielle, 1903, t. 2, p. 587; BERTON, Traité pratique du testament olographe, París, 1893; GIRAUL, Les particularités du testament olographe, París, 1930; BOURDILLON, Etude comparé de la forma du testament olographe français et du testament anglais, París, 1937; ASTRALDI, La nullità formale del testamento olografo, Padova, 1940; MECHEM, The integration of holographic wills, New Carolina Law Review, t. 12, 1934, p. 213 y sigs.

(nota 2) Solamente era válido en caso de que el testador instituyese herederos a sus propios hijos; bastaba que el testador instituyese de puño y letra la cuota de los hijos y la fecha (BONFANTE, Instituciones de derecho romano, trad. esp., p. 589, texto y nota 1).

1120/10500

A.— ESCRITURA

1120/1158

1158. ESCRITURA AUTÓGRAFA.— La característica esencial del testamento ológrafo es que debe ser escrito todo entero, fechado y firmado de puño y letra del testador. Se trata de una exigencia esencial; la intervención, aunque sea parcial, de un tercero, anula el acto (arts. 3639 Ver Texto y 3640).

Sobre esta exigencia formal del testamento ológrafo es necesario puntualizar lo siguiente:

1120/1159

1159.— a) Si contiene algo escrito por mano extraña es nulo, siempre que lo escrito haya sido por orden o consentimiento del testador (art. 3640 Ver Texto) (ver nota 1). Esta disposición es aparentemente ilógica. Pareciera, en efecto, que lo que debe aceptarse es lo que se ha escrito por orden del testador, anulándose lo que se ha intercalado sin su voluntad. Sin embargo el precepto es razonable, la ley quiere asegurarse de que lo escrito sea la expresión de la voluntad libre del causante; toda escritura por mano ajena se hace sospechosa; de ahí la nulidad, aunque el favorecido pruebe que la intercalación fue hecha por orden del difunto. Pero si esta intercalación es extraña a la voluntad del testador, si fue hecha sin su consentimiento (y probablemente después de su muerte, aunque la prueba de este hecho sea muchas veces difícil de producir), el acto no es nulo, pues de lo contrario, los interesados en privarlo de efectos tendrían un medio sencillo para lograr sus propósitos. En este caso, lo único desprovisto de efectos son las intercalaciones, pero el testamento autógrafo conserva todo su valor.

1120/1160

1160.— b) ¿Es válido el testamento si, aunque escrito de puño del testador, se demuestra que su mano ha sido guiada por un tercero? Es ésta una hipótesis más teórica que posible en la realidad de la vida; porque si la mano ha sido realmente guiada por un tercero, será tan diferente la escritura a la ordinaria del testador, que sin duda la pericia caligráfica no podrá establecer la identidad de rasgos necesaria para reconocer la autenticidad. Empero, desde el punto de vista formal hay que decidir, indudablemente, que esta circunstancia no invalida el

acto porque, de cualquier modo, la escritura ha sido autógrafa; el que pretende la nulidad debe probar la fuerza o el dolo (ver nota 2). En la jurisprudencia italiana se ha presentado el caso de una persona que fue ayudada por otra para evitar el temblor del pulso; la doctrina se inclinaba por la validez (ver nota 3).

1120/1161

1161.— c) El mismo tema de la intervención de un tercero en la redacción del testamento ológrafo, hace surgir otra cuestión: ¿es válido el testamento autógrafo del causante, que lo ha copiado de un proyecto formulado por un tercero, o lo ha escrito bajo su redacción? Adelantamos desde ya que, desde el punto de vista formal, es plenamente válido; empero, se lo podrá impugnar desde otro punto de vista, si se demuestra que hubo captación de la voluntad del testador, o que éste era incapaz de comprender el significado de lo que escribía (ver nota 4). Salvo estas hipótesis, el testamento es válido (ver nota 5), pues muy bien puede ocurrir que el causante haya solicitado consejo a un experto, o simplemente a una persona de mayor capacidad o experiencia sobre la forma de redactar el testamento, y que le haya pedido un borrador sobre la base de ideas suministradas por él mismo.

Por razones similares se ha juzgado nulo el testamento escrito por un analfabeto que ha dibujado letras que alguien le escribió como modelo (ver nota 6). En este caso, la imposibilidad del causante de comprender lo que escribe le quita seriedad al acto y hace presumir fundadamente un engaño.

1120/1162

1162.— d) El testamento debe ser escrito con caracteres alfabéticos (art. 3641 Ver Texto). El Código ha eliminado así la discusión existente en otros países sobre la validez de los hechos en taquigrafía, o en caracteres para ciegos (escritura Braille) o a máquina (ver nota 7). Ninguno de estos medios es válido entre nosotros. En cambio, hay que admitir la validez de los redactados en caracteres ideográficos, por ejemplo, la escritura china, japonesa, etcétera, pues si se admite cualquier idioma (art. 3641 Ver Texto), no es concebible que se excluyan éstos (ver nota 8).

Las abreviaturas usuales y aun desacostumbradas son admisibles si su sentido es claro (ver nota 9). En todo caso, lo que resulte ilegible se tiene por inválido, pero no perjudica el resto del testamento (ver nota 10).

Las fechas y cantidades pueden ser escritas en números y no en letras (ver nota 11).

¿Es válido el testamento escrito con rasgos no habituales? GANGI lo pone en duda, y afirma que lo decisivo es determinar si se trata de una expresión seria de la voluntad (ver nota 12). Nos parece que no es admisible una objeción fundada en tal circunstancia, si se prueba que la escritura perteneció al causante (ello será bastante difícil, si se ha empleado rasgos no habituales); lo que confiere seriedad al acto, lo que le pone el sello de última voluntad, es la firma habitual. Si ésta ha sido estampada debe tenerse el acto por serio y válido (ver nota 13).

1120/1163

1163.— e) El testamento puede ser redactado en cualquier lengua (art. 3641 Ver Texto). Inclusive hay que admitir el que lo ha sido en un idioma muerto, tal como el latín o el griego. La única exigencia es que se trate de una lengua conocida, que pueda traducirse al idioma nacional (ver nota 14); debe ser, además, un idioma familiar al testador, pues si no lo fuera, quedaría con ello probado que ha copiado, sin entenderla, una escritura que se la ha puesto adelante.

1120/1164

1164.— f) Es indiferente el medio de escritura empleado, que puede ser tinta o lápiz, en papel sellado o simple (ver nota 15). Puede admitirse incluso el testamento en un lienzo, una madera, una pared, una pizarra, ya sea con carbón, tiza, punzón, etcétera., si las circunstancias del caso revelan la seriedad del acto (ver nota 16)

1120/11430

1164 bis.— g) No se requiere más que un solo ejemplar; pero la redacción en varios no perjudica la validez (ver nota 17) (arg. art. 3649 Ver Texto). Cabe preguntarse, empero, qué ocurre si entre los diversos ejemplares hay diferencias. Esta es una cuestión de interpretación, que el juez debe resolver de acuerdo con las circunstancias del caso.

1120/1165

1165.— h) No se requiere que haya sido redactado en una sola hoja, o en hojas unidas; pueden estar separadas bastando que la firma vaya al pie de la última (ver nota 18); es claro que el juez deberá apreciar si existe relación intelectual, ilación entre el final de una hoja y el comienzo de otra (ver nota 19), pues de lo contrario podrían los interesados unir páginas de documentos distintos, por ejemplo, el comienzo de un testamento revocado con el final del último.

1120/1166

1166.— i) Puede haber sido escrito en un solo acto o en distintos, separados entre sí por intervalos más o menos prolongados. El artículo 3647 Ver Texto dispone que el testador no está obligado a redactar el testamento de una sola vez, ni bajo la misma fecha: si escribe sus disposiciones en épocas diferentes puede datar y firmar cada una de ellas separadamente, o poner a todas la fecha y la firma del día en que termine el testamento.

1120/11440

1166 bis.— j) Las enmendaduras, correcciones, interlineados o notas marginales no perjudican la validez del testamento, si son de puño y letra del causante. No es necesario que las correcciones o entrelíneas sean salvadas al final (ver nota 20). Sin embargo, un exceso de correcciones, interlíneas o tachaduras crea una fuerte presunción de que no se trata de un testamento definitivo sino de un proyecto (ver nota 21).

1120/1167

1167.— k) No es necesario que contenga la declaración formal de que se trata del testamento; basta una clara disposición de los bienes para después de la muerte. Las instrucciones dadas a un tercero o a la familia, que no revelen un propósito actual y definitivo de testar, no son jurídicamente válidas.

1120/1168

1168.— l) No es necesario que se mencione el lugar en que se ha otorgado; la indicación errónea o falsa del lugar no perjudica el acto (art. 3644 Ver Texto).

1120/1169

1169. TESTAMENTO HECHO EN LIBROS DEL CAUSANTE O POR CARTA.— El artículo 3648 Ver Texto contiene una disposición que ha provocado serios problemas exegeticos. Dice así: El testamento ológrafo debe ser un acto separado de otros escritos y libros en que el testador acostumbra escribir sus negocios. Las cartas, por expresas que sean respecto a la disposición de los bienes, no pueden formar un testamento ológrafo. De los términos de este artículo pareciera desprenderse que en ningún caso tienen validez los

testamentos hechos en los libros del testador o por carta, por más que estén cumplidas todas las exigencias de autografía, fecha y firma. Pero la aplicación rigurosa de esta norma conduciría a consecuencias inaceptables. Veamos algunos ejemplos. Una persona que se encuentra en su escritorio y se siente morir, no teniendo otro papel a mano, escribe su testamento en sus libros de comercio; si después de escrito, tiene la precaución de separar la hoja del libro, el testamento será indiscutiblemente válido; pero si no lo hace, sería nulo, según el criterio que combatimos. Otro caso. Un padre dirige a sus hijos una carta así encabezada: “Queridos hijos: esta carta contiene mi testamento”, y a continuación expresa las disposiciones de su puño y letra, la fecha y cierra el documento: “vuestro padre”, firmando a continuación. Es obvio que declarar la nulidad en tal caso, importaría una grave violación de la justicia y la voluntad del causante. Lo que el codificador se propuso al establecer esta norma no es otra cosa que evitar que cualquier anotación hecha en los libros de comercio, cualquier promesa contenida en alguna carta, sea tomada como testamento. Es posible, en efecto, que una persona, al escribir a otra, le prometa dejarle, para después de su muerte, tal o cual bien; ello no implica un acto de disposición, por más que la promesa sea concreta.

En suma, la exigencia de que el testamento debe ser un acto separado de los demás escritos o libros del testador, debe entenderse en el sentido de separación intelectual, no material; de tal modo que el testamento es válido aunque sea escrito en un libro o libreta del testador, si su redacción prueba que se trata de un acto autónomo, no obstante estar materialmente agregado a ese libro (ver nota 22). En la hipótesis de las cartas, debe aceptarse que el testamento redactado bajo tal forma es válido, siempre que el juez tenga el convencimiento de que se trata realmente de un testamento y no de una simple promesa hecha al destinatario, que no importa una expresión actual y definitiva de disponer a su favor (ver nota 23). De cualquier modo, y aunque estas soluciones han sido consagradas ya por la jurisprudencia, es indudable la conveniencia de derogar el artículo 3648 Ver Texto , permitiendo expresamente el testamento por carta o hecho en los libros del causante. Tal es lo que se propone en el Anteproyecto (art. 3205) y en el Proyecto de 1936 (art. 2038).

(nota 1) Se ha declarado que no altera la validez del testamento que se hayan hecho “retoques” a algunas letras por una mano extraña o que sólo se corrija la ortografía sin alterar el sentido ni agregar palabras a lo escrito por el causante: C. Apel. La Plata, 13/9/1963, J.A., 1964-I, p. 157.

(nota 2) PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 534; MICHAUD, Les testaments olographes faits avec la participación de una main étrangère, Revue Critique, 1930, p. 91; CICU, Testamento, p. 37; véase en un sentido distinto, GANGI, La successione testamentaria, t. 1, n° 80, quien sostiene que si la mano ha sido enteramente guiada por un tercero, el testamento es nulo; hace la excepción de una ayuda destinada solamente a evitar el temblor del pulso.

(nota 3) CICU, Testamento, p. 37; GANGI, La successione testamentaria, t. 1, n° 35.

(nota 4) Hay acuerdo general sobre esta solución: C. Civ. 1ª Cap., 16/5/1932, J.A., t. 38, p. 209; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 534; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1273; GANGI, La successione testamentaria, t. 1, n° 82; MESSINEO, t. 7, § 182, n° 2 bis; CICU, Testamento, p. 35 y sigs.

(nota 5) Autores citados en nota anterior.

(nota 6) RÉBORA, t. 2, n° 366; GANGI, La successione testamentaria, t. 1, n° 81.

(nota 7) El problema se discute en Italia (GANGI, La successione testamentaria, t. 1, n° 85; MESSINEO, t. 7, § 182, n° 2 bis) y en Alemania (KIPP, Sucesiones, t. 1, § 13, p. 83, nota 9); en cambio, la jurisprudencia francesa se ha inclinado decididamente por la validez de los testamentos taquigrafiados o hechos con escritura para ciegos, pero la escritura a máquina ha dado lugar a fallos contradictorios (véase jurisprudencia citada por PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 533 y por JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1273; este autor citado en último término critica, con razón, los fallos que aceptan la escritura a máquina).

(nota 8) De acuerdo: ZANNONI, t. 2, § 1127; LAFAILLE, t. 2, n° 310.

(nota 9) KIPP, Sucesiones, t. 1, § 13, p. 83.

(nota 10) KIPP, loc. cit. en nota anterior.

(nota 11) C. Paz Cap., 20/12/1955, L.L., t. 81, p. 323; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 181; ZANNONI, t. 2, § 1128.

(nota 12) GANGI, La successione testamentaria, t. 1, n° 85.

(nota 13) La Sala D, C. Civ. Cap., declaró simulado e inválido un testamento escrito y firmado con letra y signatura no habituales, J.A., 1958-II, p. 527.

(nota 14) GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 63; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 533; GANGI, La successione testamentaria, t. 1, n° 85.

(nota 15) La doctrina es unánime sobre este punto.

(nota 16) RÉBORA, t. 2, n° 366; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 185; GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 65; ZANNONI, t. 2, § 1132; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 2, n° 1907; GANGI, La successione testamentaria, t. 1, n° 83.

(nota 17) PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 533.

(nota 18) C. Civ. Cap., Sala C, 11/6/1951, L.L., t. 65, p. 661; Sup. Corte Buenos Aires, 22/11/1949, J.A., 1950-I, p. 188; FORNIELES, t. 2, n° 342; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 185; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 533; GANGI, La successione testamentaria, t. 1, n° 84.

(nota 19) Véase autores y fallos citados en nota anterior.

(nota 20) C. Civ. Cap., Sala A, 8/5/1979, E.D., t. 84, p. 512; id., Sala C, 11/10/1978, E.D., t. 80, p. 774; ZANNONI, t. 2, § 1133; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 186; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 542.

(nota 21) FASSI, loc. cit. en nota anterior.

(nota 22) Antigua C. Civ. Cap., Jurisprudencia Civil, t. 82, p. 237; LAFAILLE, t. 2; RÉBORA, t. 2, n° 364; MACHADO, t. 9, p. 531, nota; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 173; GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 66 y sigs.; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 280.

(nota 23) C. Civ. Cap., Sala B, 19/11/1990, E.D., fallo n° 43.173; Sala C, 29/4/1974, E.D., t. 57, p. 525 (el tribunal hizo suyo el dictamen del Fiscal de Cámara en el cual se transcribe nuestro texto); Cám. Civ. 2ª Cap., 24/10/1927, G.F., t. 71, p. 5; C. Civ. 1ª Cap., 17/12/1929, J.A., t. 36, p. 1706; id., 14/12/1932, J.A., t. 40, p. 428; RÉBORA, t. 2, n° 364; ZANNONI, t. 2, § 1131; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 280; LAFAILLE, t. 2, n° 315; GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 68 y sigs.; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 175, quien empero sostiene que en la duda el juez debe inclinarse por la invalidez. En contra: Sup. Corte Buenos Aires, A.S., serie 1, t. 4, p. 269; FORNIELES, t. 2, n° 354; MACHADO, t. 9, p. 532, nota; MAFFÍA, t. 3, n° 1094 (quien empero reconoce que la interpretación que propiciamos es más apetecible). En la jurisprudencia de Italia, Francia, Alemania, España, etc., países en los que no hay un texto como nuestro art. 3648, ha desaparecido toda

cuestión al respecto, admitiéndose sin vacilación estos testamentos.

1120/10510

B.— FECHA

1120/1170

1170. EXIGENCIA DE LA FECHA; MODO DE MENCIONARLA.— Bajo pena de nulidad, el testamento ológrafo debe estar fechado (art. 3639 Ver Texto). Esta exigencia se explica por un doble motivo: en primer lugar, porque como el testamento posterior revoca el anterior, es indispensable saber cuál de los dos ha de prevalecer; en segundo término, porque es el elemento sustancial que permitirá decidir, si el testador era o no capaz en el momento de redactarlo.

1120/1171

1171. FECHA INCOMPLETA.— Cabe preguntarse si una fecha incompleta, expresada con mes y año, pero no con día, es válida. Sobre el punto, se han sostenido dos tesis opuestas:

a) Conforme con la primera, el testamento es irremediamente nulo, cualesquiera sean las circunstancias particulares del caso. Los argumentos esgrimidos en favor de esta tesis son los siguientes: a) las exigencias formales en materia testamentaria tienen carácter abstracto; son solemnidades absolutas, que la ley desvincula de toda investigación particular o contingente y de toda consideración referida al caso concreto para respetarla o no; b) si bien es verdad que el art. 3639 Ver Texto sólo exige la existencia de fecha, sin entrar en otras precisiones, sí lo hace el art. 3542 Ver Texto que dispone que las indicaciones de día, mes y año pueden ser reemplazadas por enunciaciones perfectamente equivalentes. Por tanto no es posible prescindir de ella aunque no se ponga en duda la capacidad del testador o no existan otros testamentos (ver nota 1).

b) Conforme con la segunda opinión, a la que nosotros adherimos, la falta de día no invalida la fecha expresada en mes y año, salvo en los casos en que en ese mes el testador hubiera hecho otro testamento o hubiera caído en interdicción o ella le fuera levantada. Los argumentos en favor de esta tesis, nos parecen decisivos. Las formalidades más rigurosas tienen siempre una finalidad, una razón de ser. Una norma carente de fundamento y toda justificación, no sería ya una norma jurídica sino una pura arbitrariedad y, como tal,

inconstitucional. Se comprende bien la razón por la cual la exigencia formal de que el testamento sea escrito y firmado por el testador: se quiere asegurar que ese documento sea la verdadera y libre voluntad del testador. Pero, ¿cuál es el fundamento de la exigencia de fecha? La respuesta es también clarísima: es necesario saber si este testamento es la expresión de la última voluntad del causante y si éste era capaz en el momento de otorgarlo. Pero si el causante no hubiera otorgado otro testamento en ese mismo mes y año; si no se ha puesto en cuestión su capacidad, la omisión del día en que se lo otorgó carece de toda trascendencia, de todo significado jurídico. Luego de alguna jurisprudencia vacilante, hoy los tribunales se inclinan decididamente por esta solución (ver nota 2).

Todavía se puede agregar otra consideración en torno a la supuesta exigencia formal de que se mencione inexcusablemente el día. El artículo 3639 Ver Texto , que contiene la exigencia de que el testamento sea “fechado”, no menciona el día; y cuando una persona envía a otra una carta que dice “mayo de 1994” nadie puede afirmar seriamente que no está fechada. Es verdad que en el caso del testamento, los defensores de la teoría que impugnamos destacan que el artículo 3642 Ver Texto menciona expresamente la indicación del día, mes y año en que se lo hace; pero este artículo no dispone que el testamento deba indicar día, mes y año, sino que todos estos datos pueden ser reemplazados por enunciaciones perfectamente equivalentes, que fijen de una manera precisa la fecha del testamento. Y es que la precisión del día puede ser indispensable en el caso de que el causante haya otorgado en ese mismo mes y año otro testamento o que en ese tiempo haya sido declarado demente. En ese caso, según ya lo hemos dicho, es indispensable la enunciación del día del otorgamiento, para poder determinar si ese testamento fue realmente la última voluntad del causante, o si éste era capaz de otorgarlo. Pero no mediando esas circunstancias, la enunciación del día es completamente superflua.

Cabe agregar que algunos fallos convalidaron testamentos en los cuales las primeras cifras del año estaban impresas, habiéndose completado la fecha de puño y letra del testador (ver nota 3).

1120/1172

1172. FALTA DE FECHA.— Cabe preguntarse qué ocurre si no se trata ya de una fecha incompleta, sino de falta total de fecha. La Cámara Civil de la Capital reunida en tribunal plenario ha resuelto que la falta total provoca la nulidad del testamento ológrafo (ver nota 4). Adherimos, en principio, a la doctrina del tribunal. Una falta total de fecha supone prescindir de un elemento formal exigido expresamente por la ley, y que, como lo hemos señalado en el número 1170, tiene importantes fundamentos. Pero hemos dicho que adherimos a tal tesis en principio, porque si el tribunal, teniendo en cuenta los términos concluyentes, inequívocos, motivados del testamento y apoyados en pruebas externas llegara a la conclusión de que ésa fue indudablemente la última voluntad del causante, debe invalidarlo como tal.

Así lo resolvió la Sala F de la Cámara Civil de la Capital en el siguiente caso: una causante soltera, de humilde condición, sin parientes con vocación hereditaria ni problemas en cuanto a su salud mental y que no había otorgado otros testamentos dejó la casa de su propiedad a una amiga. El tribunal convalidó el testamento en una decisión que evitó se despojara a la heredera instituida de su casa (en beneficio del Fisco, ya que no había parientes en grado sucesorio de la causante), con un hondo sentido de justicia (ver nota 5).

1120/1173

1173. LA NULIDAD POR FECHA INCOMPLETA O FALTA DE FECHA NO PUEDE DECLARARSE DE OFICIO.— Algunos tribunales han declarado de oficio la nulidad de testamentos en estos casos (ver nota 6). Razones decisivas imponen rechazar tal solución. Sabido es que sólo las nulidades absolutas pueden ser declaradas de oficio por los jueces; y la nulidad es absoluta cuando está fundada en un interés de orden público, social (ver nota 7). En nuestro caso, no existen otros interesados en la nulidad que aquellas personas que heredarían los bienes en caso de anularse el testamento. Es decir, se trata de un interés particular y la nulidad es claramente relativa por lo que sólo pueden pedirlo los interesados (art. 1048 Ver Texto) (ver nota 8).

Además, el artículo 3463 Ver Texto establece que la fecha puede acreditarse por pruebas externas, siempre que la omisión haya sido involuntaria; por lo tanto, dice FERRER, la falta de fecha no es un defecto que torne rígidamente nulo el testamento con sólo procederse a su constatación, porque siempre deja pendiente la posibilidad de la apreciación judicial sobre la base de la presentación de pruebas por la parte interesada (ver nota 9).

1120/11450

1173 bis. FECHA FALSA.— A veces el testador antedata o posdata deliberadamente el documento. ¿Es ésta una causa de nulidad?

Se han sostenido dos opiniones encontradas: a) es nulo, porque hay interés en la verdad de la fecha para establecer la capacidad del testador y cuál es el último testamento; b) es válido desde el punto de vista formal, pues falsa o verdadera, el causante ha cumplido con la exigencia de la fecha. La primera opinión es mantenida por la jurisprudencia francesa; pero los inconvenientes prácticos son tan serios que, sobre todo después de un importante trabajo de SALEILLES en que se impugnaba ese punto de vista (ver nota 10), los tribunales han circunscripto tanto la posibilidad de probar la falsedad de la fecha, que en la práctica pocos

testamentos se anulan por esta razón (ver nota 11). En cambio, en Italia la jurisprudencia se inclinó decididamente en el sentido de la validez, no obstante que la opinión contraria prevalecía en la doctrina (ver nota 12). El Código italiano ha resuelto el problema con un sabio precepto que, a nuestro entender, brinda la justa solución: solamente se podrá demostrar la falta de coincidencia entre la fecha del testamento y la real en caso de que surjan cuestiones acerca de la capacidad del testador o de la prioridad entre distintos testamentos, u otras cuestiones cuya solución dependa de la fecha real (art. 602). Ello significa que la fecha falsa no es un defecto formal del testamento; pero, naturalmente, se permite probar la verdadera a los interesados en demostrar que el causante era incapaz cuando lo otorgó, o que hay otro posterior. Si la prueba es aceptada como suficiente por el tribunal, el testamento será válido, pero no ya por vicio de forma, sino por falta de capacidad o por revocación.

Apoyamos sin reservas esta solución, prevaleciente también en el derecho alemán (ver nota 13) y en el belga (ver nota 14). No comprendemos qué motivo formal o de cualquier otro orden puede justificar la nulidad de un testamento cuya fecha ha sido deliberadamente falseada por el testador. Mientras sea indiferente desde el punto de vista de los eventuales derechohabientes la exactitud de la fecha, mientras sea inoperante que lo haya otorgado tiempo antes o tiempo después, no hay por qué permitir la prueba de la falsedad, ni admitir ninguna impugnación por este motivo. Tan sólidas y sensatas razones han motivado que dicho punto de vista esté prevaleciendo hoy en casi todo el mundo, a pesar de la opinión de los teóricos que no quieren aceptar que una fecha falsa es, no obstante, una fecha (ver nota 15).

1120/1174

1174.— En suma, la falsedad de la fecha, por sí misma, no es causa de nulidad. Pero si envuelve un fraude a la ley, si en la verdadera fecha el causante no pudo válidamente otorgar ese testamento, entonces sí se admite la prueba de la falsedad y la consiguiente declaración de nulidad. Las hipótesis más importantes son las siguientes: a) que se cuestione la capacidad del testador; b) que haya otros testamentos y sea necesario establecer la fecha del último; c) que haya sobrevenido alguna causa legal de revocación, por ejemplo, el matrimonio del difunto.

1120/1175

1175.— En todos los casos, la falsedad puede surgir del propio cuerpo de la escritura; por ejemplo, si se aludiera en él a hechos ocurridos después de la fecha, o se hubiera redactado en un papel sellado emitido posteriormente; o bien de pruebas externas al testamento (ver nota 16), que el juez debe apreciar con suma prudencia (arg. art. 3643 Ver Texto , que alude

a la fecha errónea).

Consideramos que basta con la demostración de la falsedad de la fecha para anular el acto, sin que sea dable exigir al impugnante la prueba de la verdadera que, por lo común, le será imposible (ver nota 17), por lo demás, las circunstancias del caso (por ej., existencia de una incapacidad temporaria o de otros testamentos), hacen presumir que la falsedad obedece a un propósito de fraude. Ese fraude casi siempre provendrá de terceros que han captado la voluntad del testador o se han prevalido de su incapacidad.

1120/1176

1176. FECHA ERRÓNEA.— Las dudas y controversias suscitadas en torno a la fecha falsa, desaparecen casi completamente cuando la fecha es simplemente errónea. Por ejemplo: el testador ha creído testar el 15 de mayo, cuando en realidad lo hacía el 14; ha puesto 1857 por 1957. Nuestro Código consagra una solución admitida universalmente al disponer que una fecha errada no perjudica el acto (art. 3443 Ver Texto).

Se admite la rectificación de la fecha cuando existan elementos dentro del testamento, y aun por pruebas externas a él (art. 3643 Ver Texto , in fine). Naturalmente, esta prueba sólo podrá considerarse cuando exista algún interés en demostrar una fecha distinta de la real.

Adviértase que, a diferencia de la fecha falsa, en cuyo caso no es necesario probar nada más que la falsedad (véase número anterior) aquí el impugnante del testamento deberá demostrar también la verdadera, si quiere fundar en ella un pedido de nulidad. Tal solución se desprende claramente del artículo que comentamos. ¿Pero cómo saber si la fecha fue deliberadamente falseada, o simplemente es el resultado de un error? Es esta una cuestión de prueba, que el juez debe apreciar libremente, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Pero es preciso reconocer que, en la práctica, será muchas veces imposible determinar si ha habido falsedad o error; lo que ha pasado por la mente del difunto mientras redactaba secretamente su testamento ológrafo, será siempre impenetrable para el juez. Si la duda subsiste, habrá que considerar que la fecha ha sido errónea y no falsa, porque esta solución es la que más favorece la validez del acto.

1120/1177

1177. LUGAR DE LA FECHA.— Normalmente, la fecha se pone al comienzo del acto o al final, antes de la firma. No hay inconveniente tampoco en que vaya en el cuerpo del testamento (ver nota 18). Pero cabe preguntarse si es válida una fecha puesta después de la

firma o al margen del documento. Se acepta unánimemente que también así queda cumplido el requisito legal y que, por tanto, el testamento es válido (ver nota 19). El juez sólo deberá cuidar de que esa fecha sea parte del cuerpo de la escritura y no corresponda a otros documentos puestos a continuación.

1120/1178

1178. TESTAMENTO DATADO EN DIFERENTES ÉPOCAS.— Según el artículo 3647 Ver Texto , el testador no está obligado a redactar su testamento de una sola vez, ni bajo la misma fecha. Si escribe sus disposiciones en diferentes épocas, puede datar y firmar cada una de ellas separadamente o poner a todas la fecha y la firma, el día en que termine su testamento.

Esta disposición tenía una gran importancia práctica antes de la reforma del artículo 3828 Ver Texto por la ley 17711 , pues todo testamento posterior revocaba totalmente los anteriores. Si, pues, cada cláusula fechada y firmada por separado era considerada como un testamento autónomo, todas las cláusulas anteriores quedaban revocadas. En cambio, si se las reputaba como cláusulas distintas de un solo testamento, las anteriores subsistían. Esta fue la solución adoptada por el artículo 3647 Ver Texto , para el supuesto de que las distintas cláusulas, aunque fechadas y firmadas, en distinto momento formaran un solo cuerpo. Hoy la cuestión ha perdido interés porque el testamento posterior sólo revoca los anteriores en cuanto sean incompatibles. Es indiferente, por tanto, que las cláusulas separadas se reputen como disposiciones de un mismo testamento o como testamentos separados: todas subsisten a menos que haya contradicción entre las primeras y las últimas, en cuyo caso prevalecen éstas.

(nota 1) C. Civil 2ª Cap., 5/12/1927, J.A., t. 26, p. 1132; id., 19/8/1941, L.L., t. 23, p. 884; C. Civil 1ª Cap., 27/7/1937, J.A., t. 61, p. 60 (con importante disidencia del Dr. Tobal); C. Apel. Bahía Blanca, 20/5/1960, L.L., t. 101, p. 1008; FERRER, “La fecha incompleta en el testamento ológrafo”, Revista de Jurisprudencia Provincial, junio de 1993, p. 550; ZANNONI, Sucesiones, t. II, p. 1137; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, nº 1991; GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 72 y sigs.; RÉBORA, Sucesiones, t. 2, p. 286; MAFFÍA, Sucesiones, t. 2, nº 1112.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala K, 25/6/1933, L.L. 1993-E, p. 76; C. Civ. y Com. Morón, Sala II, 18/6/1992, Revista de Jurisprudencia Provincial, junio de 1993, año 3, nº 6, p. 569; Sup. Corte Buenos Aires, 3/10/1961, E.D., t. 2, p. 165; C. Apel. Mercedes, 21/7/1964, E.D., t. 8, p. 551; FORNIELES, Sucesiones, t. 2, nº 350. PÉREZ LASALA, Sucesiones, nº 283. Por nuestra parte, hemos desarrollado este punto de vista con más prolijidad en nuestro artículo La fecha del testamento ológrafo, L.L. diario del 14/12/1993.

(nota 3) C. Civ. Cap., Sala F, 22/12/1992 (inédito); juez Dr. Etcheverry, 2/10/1949 (inédito).

(nota 4) 14/4/1980, L.L. 1980-B, p. 356.

(nota 5) 14/6/1977, J.A. 1977-III, p. 222, con nota aprobatoria de LEZANA y L.L. 1977-C, p. 338.

(nota 6) C. Civ. 1ª Cap., 14/12/1937, J.A., t. 60, p. 820; Corte Sup. Salta, 2/11/1977, J.A. 1978-III, p. 50 (en los dos casos faltaba la fecha); S.t. Entre Ríos, 20/9/1914, J.A., t. 28, p. 595, en nota (falta el día de la fecha). Otros fallos, en cambio, han sostenido que la nulidad del testamento en estos casos no puede decretarse de oficio: antigua C. Apel. Buenos Aires, 1/12/1904, Fallos, t. 170, p. 319; C. Fed. Bahía Blanca, 19/10/1944, J.A. 1945-II, p. 162 y L.L., t. 37, p. 459.

(nota 7) La doctrina es unánime; véase nuestro Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 1246 y sigs.

(nota 8) Así lo sostiene con especial referencia al testamento, BELLUSCIO, “La teoría de la inexistencia y su particular aplicación al testamento”, en Estudios de Derecho Privado en homenaje a Pedro León, nº 14.

(nota 9) FERRER, op. cit., en nota 1884. Es una opinión tanto más importante cuanto que este autor es firme defensor de la nulidad de los testamentos con fecha incompleta. En el mismo sentido parece inclinarse FASSI, pues sostiene que tratándose de falta de fecha, hay que extremar el análisis, pues ella puede estar contenida en enunciaciones que aun con ayuda de pruebas externas determinen la fecha en que el testamento fue otorgado: Tratado de los testamentos, t. 2, nº 1828. Y es obvio que si los interesados tienen derecho a demostrar con ayuda de pruebas externas la fecha del testamento, la nulidad no puede declararse de oficio.

(nota 10) SALEILLES, L'article 970 du Code Civil français et le 2231 du Code Civil allemand, Revue Trimestrielle, 1903, p. 587.

(nota 11) Sobre la evolución de la jurisprudencia francesa y los recursos puestos en práctica para evitar nulidades, véase PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, nº 537; y JOSSERAND, t. 3, vol. 3, nº 1277, 3. El autor mencionado en último término cita, adhiriendo a sus conclusiones, un fallo en el que se sostuvo que sólo en el caso de fraude

podría probarse la falta de coincidencia entre la fecha escrita y la real; es ni más ni menos, la solución del Código italiano, que nosotros propugnamos.

(nota 12) Véase, además, del artículo de SALEILLES citado en nota 1893, GANGI, *La successione testamentaria*, t. 1, núms. 91 y sigs. Llama la atención las reservas con que los autores italianos han acogido la solución del Código y los esfuerzos tendientes a limitar la aplicación del art. 602 (véase especialmente, CICU, *Testamento*, p. 43 y sigs.; MESSINEO, t. 7, § 182, n° 2 ter). En cambio GANGI, aunque lamenta la solución del Código, critica el empeño de estos autores por desviarse de la solución legal (op. cit. precedentemente). BARASSI, aplaude el art. 602, sosteniendo que revela buen sentido práctico y respeto por la voluntad del testador (*Le successioni per causa di morte*, p. 351, in fine, 352).

(nota 13) Una ley de 1938 ha acogido una solución similar a la del art. 602, Código italiano, (GANGI, *La successione testamentaria*, t. 1, p. 123, nota 1).

(nota 14) Sobre la jurisprudencia belga, que se ha inclinado en este sentido, véase el artículo de SALEILLES, citado en nota 1893.

(nota 15) De acuerdo: ZANNONI, t. 2, § 1138; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 285; FORNIELES, t. 2, n° 351. En contra, LAFAILLE, t. 2, n° 319.

(nota 16) La cuestión está controvertida: admiten pruebas externas: JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1277, 3; GANGI, *La successione testamentaria*, t. 1, n° 96. Sostienen que la falsedad sólo puede probarse por elementos de juicio intrínsecos al testamento: PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 537.

(nota 17) También esta cuestión es dudosa. De acuerdo con nuestra opinión: CICU, *Testamento*, p. 47; GANGI, *La successione testamentaria*, t. 1, n° 94.

(nota 18) GOYENA COPELLO, *Sucesiones*, t. 2, p. 73 y sigs.; ZANNONI, t. 2, § 1140; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 287; FASSI, *Tratado de los testamentos*, t. 1, n° 202; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 536; BAUDRY-LANCANTINERIE y COLIN, *Des donations*, t. 2, n° 1938; GANGI, *La successione testamentaria*, t. 1, n° 97; MESSINEO, t. 7, § 182, n° 2 bis; CICU, *Testamento*, p. 43; BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, p. 352.

(nota 19) Autores citados en nota anterior y C. Civ. Cap., Sala D, 23/11/1957, L.L., t. 91, p. 392 y J.A., 1958-II, p. 527; Sup. Corte Buenos Aires, 24/4/1945, J.A., 1945-II, p. 636; C. Apel. Rosario, 10/10/1956, Junín, t. 10, p. 189.

1120/10520

C.— FIRMA

1120/1179

1179. REMISIÓN.— Todo lo atinente a la firma ha sido tratado en los números 1133 y siguientes, a los que nos remitimos.

1120/10530

D.— FORMALIDADES SUPERFLUAS

1120/1180

1180. SON INOCUAS.— La escritura de puño y letra del causante, la fecha y la firma, son los únicos requisitos esenciales del testamento ológrafo. Pero no hay inconveniente en añadir otras para dar más seguridad al acto; así, por ejemplo, podrá ponerle su sello, hacer intervenir testigos, depositarlo en poder de un escribano (art. 3649 Ver Texto). Pero, desde el punto de vista formal, todo ello es inocuo; no importará, pues, que el sello sea ilegible, que los testigos sean incapaces, que el escribano haya devuelto el testamento depositado en sus manos. De cualquier modo, siempre será válido.

1120/10540

E.— FUERZA PROBATORIA DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO

1120/1181

1181. ¿ES UN ACTO PÚBLICO O PRIVADO?.— Una cuestión delicada es la de la naturaleza del testamento ológrafo. ¿Se trata de un acto público o de un acto privado? Como el problema tiene una gran trascendencia práctica, desde el punto de vista de su fuerza probatoria, conviene dilucidarlo detenidamente.

a) Según una primera opinión, el testamento ológrafo es un acto privado, puesto que no interviene en su otorgamiento ningún oficial público. El artículo 3650 Ver Texto , según el

cual “vale como acto público y solemne” no quiere decir que lo sea, sino que vale como si fuera tal. La consecuencia de este punto de vista es que el testamento carece de autenticidad; quien lo invoca, debe probar que la firma corresponde al causante, si alguien se opone a sus pretendidos derechos sucesorios. En otras palabras, la carga de la prueba recae sobre quien invoca el testamento y no sobre quien lo niega (ver nota 1). Pero se admite sin discusiones que, demostrada la autenticidad, el testamento ológrafo prueba la verdad de la fecha.

b) Otros autores, menos ortodoxos y más prácticos, sostienen que, aun cuando el testamento ológrafo es un acto privado, la ley le reconoce una fuerza probatoria similar a la de los instrumentos públicos; de tal modo que una vez protocolizados, tienen a su favor presunción de autenticidad y quien los impugna debe correr con la prueba de su falsedad (ver nota 2).

c) Finalmente, según una tercera opinión, que por nuestra parte compartimos, el testamento ológrafo es un acto público. Pensamos que la tesis que ve en él un acto privado parte de la idea muy generalizada, pero errónea, de que el instrumento público, para ser tal, requiere ser otorgado con intervención de un oficial público; aunque esto es lo que ordinariamente sucede y aunque esa intervención es lo que hace lógico reconocerle autenticidad, no menos cierto es que, a veces, la intervención del oficial público es suplida por la ley por otras exigencias formales; en el artículo 979, en donde se enumeran los instrumentos públicos, se citan algunos en los que no interviene ningún oficial público (incs. 3º, 8º y 9º). En suma, lo que configura un instrumento público, no es la intervención del oficial público, sino su autenticidad. Aparte de este argumento, que reputamos básico, hay otros, fundados en los textos del Código, que no tienen réplica: a) El artículo 3650 Ver Texto dice que el testamento ológrafo vale como acto público y solemne; o esta expresión significa que es equivalente a un acto público (lo que jurídicamente es lo mismo que decir que es un acto público) o no significa nada. 2) El artículo 3623 Ver Texto dice que los testamentos ológrafos, cerrados y públicos, gozan todos de la misma eficacia jurídica. Es claro, pues, que para nuestra ley, el testamento ológrafo, una vez protocolizado, es un acto público (ver nota 3). Decimos una vez protocolizado, porque la ley exige esta diligencia previa para que se lo pueda hacer valer (art. 3692 Ver Texto). La protocolización debe ser ordenada por el juez luego que dos testigos hayan reconocido la firma y letra del testador (art. citado). Es claro, pues, que en lo que atañe al testamento ológrafo, la garantía de autenticidad emanada de ordinario en los instrumentos públicos de la intervención del oficial público, está dada por el reconocimiento hecho por los testigos. En este caso peculiar, el legislador ha considerado suficiente ese reconocimiento para presumir la autenticidad. Por consiguiente, quien la niega corre con el cargo de la prueba.

Esta tesis, según la cual estamos en presencia de un instrumento público, es la única que explica por qué la fecha del testamento ológrafo debe tenerse por verdadera, sin necesidad de que se adquiera fecha cierta por alguno de los medios indicados en el artículo 1035 Ver Texto , Código Civil, para los instrumentos privados.

Agreguemos que, del punto de vista práctico, tal opinión no difiere de la que hemos señalado con letra b), pero sitúa el problema en su verdadero encuadre jurídico. En la práctica de nuestros tribunales, el que impugna un testamento ológrafo protocolizado corre con el cargo de la prueba.

(nota 1) Sup. Corte Buenos Aires, 5/9/1944, J.A., 1944-IV, p. 703. Es ésta la doctrina corriente —aunque no unánime— en Italia (GANGI, *La successione testamentaria*, n° 105; BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, p. 353; MESSINEO, t. 7, § 182, n° 2 ter, K; CICU, *Testamento*, p. 59); en contra, DEGNI y D'AVANZO (cit. por GANGI, op. cit., núms. 104 y 105) y en Francia (PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 549; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1280; BAUDRY-LANCANTINERIE y COLIN, *Des donations*, t. 2, núms. 1987 y sigs., etc.). Pero es de advertir: 1) que en aquellos Códigos no hay los textos que en nuestro país obligan a desestimar esta solución; 2) que la jurisprudencia francesa ha introducido una limitación a este principio en favor del legatario (o heredero testamentario) universal cuando de pleno derecho tiene la saisine por no existir herederos legítimos y a partir del momento en que se le hayan entregado los bienes (véase autores citados).

(nota 2) Esta es la opinión más corriente en nuestra doctrina: FORNIELES, t. 2, núms. 355 y 356; LAFAILLE, t. 2, n° 328; SEGOVIA, t. 2, p. 603, nota 59; PRAYONES, *Nociones de Derecho Civil*, p. 358; FASSI, *Tratado de los testamentos*, t. 1, núms. 225 y sigs.

(nota 3) Esta tesis ha sido desarrollada prolijamente por LEGÓN, *Equiparación jurídica de las formas ordinarias de testar*, J.A., t. 49, p. 274; en el mismo sentido, 1ª Instancia Cap. 5/6/1928, J.A., t. 49, p. 274; MACHADO, t. 9, p. 533, nota; ZANNONI, t. 2, § 1144; D'AVANZO, cit. por GANGI, *La successione testamentaria*, t. 1, n° 104.

1120/10550

F.— PROTOCOLIZACIÓN

1120/1182

1182. SU NECESIDAD.— El artículo 3692 Ver Texto dispone que el testamento ológrafo debe siempre ser protocolizado. Sin esta diligencia previa no podrá iniciarse el juicio testamentario (ver nota 1)

La protocolización evita la pérdida o deterioro del testamento. Pero no es este el único fundamento de la diligencia, como se ha pretendido (ver nota 2). Es la formalidad que permite reconocerle autenticidad, convertirlo en un instrumento público. Si, en efecto, sólo se tratara de la seguridad, no sería necesaria la intervención del juez, ni menos aún, que éste, antes de ordenar la diligencia, disponga su reconocimiento por dos testigos (art. 3692 Ver Texto); bastaría con que el interesado lo llevara directamente a un escribano y le solicitara su inserción en el protocolo.

Empero, se ha declarado que no es imprescindible la protocolización notarial de un testamento ológrafo, la que puede ser sustituida por su protocolización judicial (ver nota 3).

1120/1183

1183. PROCEDIMIENTO.— El testamento ológrafo debe ser presentado ante el juez del último domicilio del causante (art. 3691 Ver Texto). La persona que lo presente deberá ofrecer dos testigos que lo examinen y reconozcan la letra y firma del testador. Resultando identidad en concepto de los testigos, el juez rubricará el principio y el fin de cada página y ordenará la protocolización (art. 3692 Ver Texto).

Si el testamento ológrafo estuviere en sobre cerrado, el sobre será abierto por el juez y luego se procederá en la forma antes indicada (art. 3692 Ver Texto).

El escribano que ha de hacer la protocolización debe ser designado de oficio por el juez (ver nota 4).

1120/1184

1184. OPOSICIÓN A LA PROTOCOLIZACIÓN.— Llenados prima facie los requisitos formales de fecha, escritura y firma, y reconocido el testamento por dos testigos, no es viable la oposición a la protocolización del testamento (ver nota 5). Todas las impugnaciones de forma o de fondo contra aquél, deben hacerse luego de cumplida esa diligencia (ver nota 6).

Es claro que la oposición sería viable si el testamento careciera de fecha o de firma, fuera escrito a máquina, etcétera, es decir que adoleciera de un defecto sustancial y grosero. No basta, empero, que la fecha sea incompleta (ver nota 7), pues esto constituye un problema que debe quedar librado a la discusión posterior.

Nuestra jurisprudencia registra un caso en que se denegó la protocolización en las siguientes circunstancias: la poseedora del testamento manifestó ignorar qué personas podían conocer la autenticidad de la firma; y si bien luego presentó dos testigos que, aunque no muy explícitos, declararon sobre la identidad de la escritura, habían ocurrido entre tanto otros hechos importantes; se había tramitado la sucesión del causante en base a un testamento por acto público de fecha anterior al que ahora se intentaba protocolizar, por lo que se dio intervención a los herederos instituidos en aquél, los cuales ofrecieron una abundante prueba testimonial de personas muy calificadas que declararon que la letra y la firma eran completamente distintas de las usadas por el testador; y el juzgado, para mejor proveer, cotejó personalmente la firma con la estampada en varios instrumentos públicos, notando una diferencia apreciable entre una y otras (ver nota 8). La solución es irreprochable, justamente porque la protocolización es algo más que un medio de garantizar la conservación del testamento; es también una manera de conferirle autenticidad; y es obvio que el tribunal no podía ordenarla cuando había tan importantes evidencias de que era falso. Sin perjuicio, naturalmente, del derecho de quien lo presentaba de demostrar su autenticidad en juicio ordinario.

(nota 1) C. Civ. 2ª Cap., 17/11/1919, J.A., t. 3, p. 1023.

(nota 2) Así los sostiene FORNIELES, t. 2, n° 357.

(nota 3) 1ª Instancia Santa Fe, 3/6/1980, L.L., 1981-A, p. 533, con nota aprobatoria de BARBERO. En sentido concordante, GOYENA COPELLO, Curso de procedimiento sucesorio, 3ª ed., p. 374.

(nota 4) C. Civ. 1ª Cap., 20/7/1934, J.A., t. 47, p. 93; id., 23/6/1933, J.A., t. 42, p. 829; C. Civ. 2ª Cap., 4/4/1932, J.A., t. 37, p. 1390.

(nota 5) C. Civ. 2ª Cap., 12/8/1938, J.A., t. 63, p. 526 y L.L., t. 11, p. 632.

(nota 6) C. Civ. 1ª Cap., 21/2/1940, J.A., t. 69, p. 610 y L.L., t. 17, p. 686.

(nota 7) C. Fed. Bahía Blanca, 19/10/1944, J.A., 1945-II, p. 162.

(nota 8) Caso citado por FORNIELES, t. 2, n° 357.

§ 3.— Testamento por acto público

1120/1185

1185. NOCIÓN GENERAL.— El testamento puede otorgarse también por escritura pública. Como tal, está regido por las disposiciones generales de los artículos 997 Ver Texto y siguientes (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 1011 y sigs.); pero, además el Código ha consagrado para el caso particular de los testamentos, algunas formalidades que deben observarse bajo pena de nulidad.

El testamento por acto público ofrece algunas ventajas respecto del ológrafo o cerrado: la intervención de un experto, como el escribano, es casi siempre una garantía de que no se harán mandas inoficiosas o que, por cualquier otro motivo, no puedan cumplirse; brinda una mayor seguridad, haciendo imposible la destrucción por los parientes que han sido afectados por las disposiciones del testamento. Pero, por otra parte, tiene graves inconvenientes. Impera en esta materia un rígido formalismo; la más mínima desviación de las formas impuestas por la ley suele entrañar nulidad. Numerosísimos testamentos han quedado invalidados por esta razón. Mientras no se modifique el estrecho criterio imperante en la ley y la jurisprudencia, los abogados harían bien en aconsejar a sus clientes que testen siempre por testamento ológrafo o cerrado. Otro inconveniente, a veces importante, del testamento por acto público, es que no permite guardar el secreto de las disposiciones de última voluntad tan seguramente como en el acto privado. La intervención del escribano, de los testigos, del amanuense que lo redacta, hacen siempre posible la divulgación.

Pero hay un caso en que la escritura pública será la única forma posible; cuando el testador no sepa o no pueda firmar, ya que, tanto el testamento ológrafo como el cerrado, deben ser firmados de puño y letra.

1120/1186

1186. INCAPACIDADES.— Además de las incapacidades generales para testar (véase núms. 1070 y sigs.), el Código establece algunas especiales para el testamento por acto público. Según el artículo 3651 Ver Texto no pueden usar de esta forma, el sordo, el mudo y el sordomudo. Tal disposición ha sido objeto de justas y unánimes críticas. En el derecho francés, de donde ha sido tomada, se explica que los mudos no puedan usar de esta forma, porque en aquella legislación el testamento debe ser siempre dictado por el causante (art. 972, Cód. Napoleón); pero en la nuestra, el testador puede entregarle al escribano una

minuta escrita (art. 3656 Ver Texto), de tal modo que la incapacidad del mudo no tiene sentido. Tampoco lo tiene la del sordo, aunque se la pretenda justificar con la explicación de que no puede oír la lectura del acto que debe hacer el escribano antes de la firma; pues, si no puede oír, en cambio puede leer lo que está escrito, que es suficiente. Solamente los sordomudos, que no sepan darse a entender por escrito deberían estar impedidos de testar por acto público (ver nota 1). Así se propone en el Anteproyecto de BIBILONI (arts. 3210 y 3211) y en el Proyecto de 1936 (art. 2042).

En cambio, los ciegos pueden hacerlo (art. 3652 Ver Texto). El codificador ha creído conveniente decirlo de modo expreso, para evitar toda duda sobre el punto. La ley no obliga a que en la escritura se deje constancia de la ceguera (ver nota 2).

(nota 1) De acuerdo: ZANNONI, t. 2, § 1150.

(nota 2) C. Civ. Cap., Sala C, 17/12/1979, Revista del Notariado, nº 772, p. 1119.

1120/1187

1187. MODO DE ORDENAR LAS DISPOSICIONES AL ESCRIBANO.— Según el artículo 3656 Ver Texto , el testador puede usar cualquiera de estas tres formas para ordenar al escribano sus disposiciones de última voluntad: dictarlas, darle el testamento ya escrito, o darle las disposiciones que debe contener para que él las redacte en la forma ordinaria.

El dictado del testamento en el acto mismo de su redacción es una modalidad desaparecida en nuestras costumbres; en la práctica, el causante da sus instrucciones al escribano antes del acto, sea verbalmente o por escrito, para que éste tenga preparada la escritura en el acto de testar (véase nota al art. 3656 Ver Texto) (ver nota 1). Ninguna disposición exige que el escribano guarde copia de la minuta o instrucciones del testador, lo que es perfectamente razonable, pues el acto basta por sí mismo para demostrar que ésas son las últimas y verdaderas disposiciones del causante (ver nota 2).

1120/1188

1188. CÓMO SE DESARROLLA EL ACTO.— Entregadas las instrucciones verbalmente o por escrito al escribano, éste redacta la escritura. Escrito ya el testamento en el protocolo, se desarrolla el acto solemne; en presencia de los testigos, que deben ver al causante, el

escribano da lectura del testamento y luego lo firman el otorgante, los testigos y él mismo (art. 3658 Ver Texto).

(nota 1) De acuerdo: C. Civ. Cap., 23/4/1976, L.L., 1976-D, p. 407 y Revista del Notariado, n° 749, p. 1382, con nota aprobatoria de PELOSI; C. Civ. 1ª Cap., 28/10/1927, J.A., t. 26, p. 124; id., 21/12/1927, J.A., t. 26, p. 1063; C. Civ. 2ª Cap., 26/6/1933, J.A., t. 42, p. 829; FORNIELES, t. 2, n° 369; RÉBORA, t. 2, n° 379.

(nota 2) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 252; MAFFÍA, t. 3, n° 1134.

1120/10570

A.— ENUNCIACIONES QUE DEBE CONTENER LA ESCRITURA

1120/1189

1189. DE NUEVO SOBRE EL FORMALISMO EN LOS TESTAMENTOS.— Al tratar de las enunciaciones de las escrituras públicas, nos encontraremos a cada paso con fallos y opiniones doctrinales inspirados en un estrecho formalismo, que no vacila en fulminar de nulidad los testamentos, no obstante que ello importe un agravio al buen sentido y a la justicia; así es como han dictado sentencias que despojan de sus bienes a las personas a las cuales el causante quiso premiar por su lealtad, su devoción personal, o a quienes quiso favorecer por cualquier otro motivo, para entregarlos en contra de la voluntad clara e indudable de aquél, a quienes quizá fueron desleales o enemigos, no obstante el parentesco. Todo, porque el testamento no dice expresamente que los testigos vieron al causante, aunque ello surja necesariamente de la manera como se desarrolló el acto; o porque dice que el testigo es mayor de edad y no menciona su edad precisa. Ya hemos tratado anteriormente este tema (n° 1130). Pero, en materia de testamento por acto público, es tan grave la cuestión, son tan numerosos los declarados nulos por defectos formales, que no es posible dejar de llamar enérgicamente la atención sobre el problema. Es verdad que ya se ha operado alguna reacción en nuestra jurisprudencia; pero mientras los jueces tienden felizmente a hacer una aplicación más inteligente, humana y justa de la ley, se advierte en los juristas de gabinete una tendencia contraria. Sorprende la lectura del Anteproyecto de BIBILONI (arts. 3211 y sigs.) y del Proyecto de 1936 (arts. 2043 y sigs.) en los cuales el formalismo es mucho más riguroso que en el Código Civil. Si tal legislación se aprobara, el testamento ya no sólo sería una trampa para el testador, sino también para el propio escribano. En cambio, el Anteproyecto de 1954 propone una simplificación del formalismo (art. 749). Tan delicado se ha vuelto el mecanismo de estos testamentos, que en países como Francia e Italia, en donde las leyes establecen expresamente la responsabilidad civil

del escribano por los daños y perjuicios derivados de la anulación (ver nota 1)., algunos notarios suelen negarse a autorizarlos y procuran convencer a sus clientes de que lo hagan en forma privada (ver nota 2), aunque pierdan sus honorarios. Se trata, pues, de ese tipo de leyes que ni los mismo expertos pueden manejar con seguridad.

1120/1190

1190. ENUMERACIÓN.— El testamento por acto público debe contener las siguientes enunciaciones:

a) El lugar y fecha (art. 3657 Ver Texto);

b) El nombre, residencia y edad de los testigos (art. 3657 Ver Texto). En este caso, la ley exige la mención expresa de estas circunstancias, bajo pena de nulidad, de tal modo que no bastaría, por ejemplo, comprobar que el testigo residía efectivamente en el lugar, si ello no se mencionó en la escritura. El requisito de la edad contenido en esta norma ha dado lugar a numerosas nulidades porque, en muchos casos, los escribanos se limitan a hacer constar “mayor de edad”. Una desdichada jurisprudencia había decidido que tal constancia era insuficiente para cumplir con el requisito del artículo 3657 Ver Texto y que era indispensable expresar la edad exacta (ver nota 3). Muchos testamentos fueron anulados en aras a este estrecho e inútil rigorismo formalista. Lo que a la ley le interesa dejar puntualizado es si el testigo es mayor de edad, porque de tal mención surge su capacidad para serlo. La finalidad se cumple, pues, con esa manifestación. Felizmente, así lo han entendido muchos tribunales, que terminaron por admitir como suficiente la indicación de la mayor edad, aunque no se haya precisado el número de años (ver nota 4).

c) Conforme con los artículos 3656 Ver Texto y 3657, la escritura debe expresar si el testador ha dictado al escribano su testamento o si le ha dado por escrito sus instrucciones. Una aplicación rigurosa de estos textos, induciría a decidir que el testador no puede dar verbalmente sus instrucciones al escribano. Sin embargo, hay unanimidad en el sentido de que basta con las instrucciones verbales aunque no sean dictadas palabra por palabra, lo que es lógico si se piensa que redactada la escritura, el escribano debe leerla en presencia de tres testigos, al testador, quien la firma, manifestando así que esa es su voluntad (ver nota 5). Más aún, el dictado del testamento en el acto mismo de su redacción, es una modalidad desaparecida de nuestra práctica notarial (ver nota 6).

Basta pues, que en la escritura quede constancia de que el testador ha dado sus instrucciones al escribano ya sea verbalmente o por escrito.

d) En caso de que el testador no supiere o no pudiese firmar, debe dejarse constancia de ello, así como también de la razón por la cual no puede hacerlo. Tratamos este punto más adelante (nº 1193). Igual constancia debe hacerse respecto de los testigos (art. 3658 Ver Texto).

e) Finalmente, debe expresarse que el testamento ha sido leído en presencia de los testigos y el otorgante (art. 3658 Ver Texto) (ver nota 7).

Esta norma no establece quién debe leer el testamento y se ha discutido quién debe leerlo, si el escribano bajo pena de nulidad (ver nota 8), o si puede leerlo un tercero, generalmente un empleado de la escribanía (ver nota 9). Por nuestra parte participamos de esta última opinión, pues en materia de formalidades no es posible ir más allá de lo que la propia ley exige.

En cambio, no es indispensable que el testamento exprese: a) que los testigos han visto al testador (sobre este punto remitimos al nº 1199); b) que el escribano conoce a los testigos (ver nota 10); FORNIELES aprueba la jurisprudencia que así lo ha declarado, sosteniendo, a nuestro juicio con razón, que el reconocimiento de los testigos por el escribano no es propiamente una solemnidad, ni mira a la forma, de tal modo que no cae dentro del artículo 3672 Ver Texto , según el cual el cumplimiento de las formalidades debe resultar del acto mismo y no de una prueba extraña a él (ver nota 11).

(nota 1) Ley francesa del 25 ventoso, año XI y ley italiana del 25 de mayo de 1879.

(nota 2) DE GÁSPERI, t. 3, nº 418.

(nota 3) C. 2ª Civ. Cap., 31/5/1943, J.A., 1943-III, p. 122; véase la jurisprudencia concordante con este criterio, de la antigua C. Civ. Cap., en Boletín del Instituto de Enseñanza Práctica, t. 8, nº 36, p. 41. De acuerdo: FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, nº 258.

(nota 4) C. Civ. 1ª Cap., causa nº 27.752; C. Civ. Cap., Sala D, 5/6/1951, L.L., t. 63, p. 115; Sala C, 13/4/1973, E.D., t. 49, p. 757 (el escribano no dejó constancia de que los testigos eran mayores de edad, pero sí que eran hábiles, lo que el tribunal, con razón consideró suficiente); de acuerdo con este punto de vista; FORNIELES, t. 2, nº 371; SPOTA, nota en J.A., 1946-IV, p. 360; C. Apel. 4ª Córdoba, 25/8/1972, C.J. XXIV, p. 306; MAFFÍA, t. 3, nº 1138.

(nota 5) C. Civ. Cap., Sala D, 23/4/1976, L.L., 1976, p. 408; Sup. Corte Buenos Aires, J.A., t. 58, p. 975; C. Civ. y Com. Rosario, Sala 3, J.A., 1966-I, p. 18; C. Apel. 2ª, San Nicolás, 11/4/1979, L.L., 1979-C, p. 123; FORNIELES, t. 2, n° 359; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 259; PÉREZ LASALA, Derecho de las sucesiones, t. 2, n° 235; MAFFÍA, Tratado de las sucesiones, t. 3, n° 1139.

(nota 6) Así lo destacan la C. Civ. Cap., Sala D, y FORNIELES, citados en nota anterior.

(nota 7) Antigua C. Civ. Cap., Jurisprudencia Civil, t. 14, p. 47; RÉBORA, empero, opina que la omisión de la constancia de la lectura no es causal de nulidad.

(nota 8) ZANNONI, t. 2, § 1161; FERNÁNDEZ CERETTI, La lectura de las escrituras y en particular de los testamentos, Revista del Notariado, n° 775, p. 19.

(nota 9) SEGOVIA, t. 2, p. 606; MACHADO, t. 3, p. 235 y t. 9, p. 555.

(nota 10) C. Civ. 1ª Cap., 22/11/1926, J.A., t. 23, p. 253.

(nota 11) FORNIELES, t. 2, n° 366.

1120/10580

B.— FIRMA

1120/1191

1191. REQUISITO ESENCIAL.— La firma de la escritura por el testador, los testigos y el escribano, es requisito esencial para la validez del acto (art. 3658 Ver Texto).

Sólo está excusado de hacerlo el otorgante, cuando no supiere o no pudiese firmar; pero si, sabiendo firmar, dijere que no lo hace por no saber hacerlo, el acto es nulo, aunque esté firmado por otra persona o por un testigo a su ruego (art. 3660 Ver Texto).

Sobre todo lo atinente a la firma en sí, remitimos a los números 1133 y siguientes.

1120/1192

1192. CASO DE QUE NO SEPA FIRMAR.— Si el testador no supiese firmar, podrá hacerlo por él otra persona o alguno de los testigos; en este último caso, dos de ellos por lo menos deben saber firmar (art. 3661 Ver Texto). Cuando el que firma por el testador es uno de los testigos, basta que firme el acto una sola vez; es innecesario que estampe dos firmas, una como testigo y otra por el otorgante (ver nota 1).

Cuando la firma sea puesta a nombre del otorgante por una persona que no sea testigo, la ley no requiere en él ninguna condición personal especial; por consiguiente, no les son aplicables las incapacidades establecidas para los testigos en particular; pero desde luego, debe tratarse de una persona capaz y se la debe individualizar de la misma forma que a los testigos (ver nota 2).

Aunque basta con la firma del testigo, o de un tercero por el testador, en la práctica, como un signo más de autenticidad, los escribanos acostumbran a hacerle estampar al pie la impresión digital. Es una buena costumbre, que debería tener sanción legislativa.

1120/1193

1193. CASO DE QUE NO PUEDA FIRMAR.— Lo expresado en el párrafo anterior es de entera aplicación al caso de que el testador no pueda firmar; pero, además, la escritura deberá expresar la causa por la cual no pueda firmar (art. 3662 Ver Texto).

Esta última exigencia dio lugar, hace algunos años, a un fallo desdichado. La escritura decía que el causante no podía firmar “por causa de imposibilidad física”. El tribunal consideró insuficiente esta manifestación para tener por cumplida la exigencia del artículo 3662 Ver Texto ; a su juicio, era preciso determinar con mayor precisión la enfermedad o accidente que lo inhabilitaba para hacerlo (ver nota 3). Así se creó una exigencia formal más rigurosa que la misma ley o, mejor dicho, se sancionó una causal de nulidad que la ley no contenía. Más tarde los tribunales han admitido como suficiente la manifestación de que no firmaba por “encontrarse en el proceso postoperatorio del mal que padece” (ver nota 4), o “por encontrarse imposibilitado para hacerlo por causa de enfermedad (ver nota 5), o ”por hallarse físicamente imposibilitado (ver nota 6), o simplemente “por hallarse imposibilitado para hacerlo (ver nota 7), o ”dado el estado de salud en que se encuentra" (ver nota 8).

Está fuera de toda cuestión que, cualquiera de esas manifestaciones, importa cumplir con el artículo 3662 Ver Texto , porque señala la causa por la cual no se puede firmar (ver nota 9); sin embargo los escribanos harían bien en especificar prolijamente el motivo por el cual no

firma (ver nota 10). Una razón de seriedad profesional obliga a puntualizar con precisión por qué se prescinde de un requisito tan esencial como la firma. Pero de ahí a convertir una manifestación más o menos imprecisa, en un motivo de nulidad del testamento, hay una gran distancia.

Basta cualquier causa atendible, por ejemplo, el temblor de la mano, un reumatismo o neuritis aguda que impida trazar los rasgos, una gran excitación nerviosa, etcétera.

El ciego puede negarse a firmar la escritura. Es verdad que materialmente no está imposibilitado de suscribirla; pero firmar es estampar el nombre y la rúbrica con plena conciencia del lugar donde se pone y pleno conocimiento de lo que se firma, y un ciego no puede tener esa conciencia y ese conocimiento (ver nota 11).

1120/1194

1194.— ¿Qué ocurre si el otorgante ha dicho que no podía firmar y luego se demuestra que ello era falso y que, en verdad, podía hacerlo?

Consideramos que este delicado problema exige formular una distinción: a) Si la causa invocada fuera notoriamente falsa (por ej., decir que es manco cuando no lo es), el testamento debe ser anulado. Esa notoria falsedad pone en evidencia, o bien que el testador no estaba presente y que, por lo tanto, el acto es fraguado; o bien que, estándolo, ha invocado una causa a todas luces inexacta para eludir la firma. Téngase presente que, si el causante dice que no firma por no saber hacerlo y esa manifestación es falsa, el acto es nulo (art. 3660 Ver Texto); y no se ve qué motivos habría para aplicar a este caso una solución distinta. b) Si, en cambio, la causa no fuera notoriamente falsa (por ej., si se adujera un excesivo temblor en el pulso, una extrema debilidad física), consideramos que no debería admitirse la prueba de la falsedad, porque ello abriría innumerables cuestiones sobre la validez de los testamentos y comprometería la estabilidad y seguridad del acto (ver nota 12). Sin perjuicio de que los impugnantes puedan atacar el testamento por razones de fondo y demostrar la falsedad de la manifestación contenida en él como una prueba más de la falsedad del acto, de la violencia ejercida sobre el testador, etcétera.

En suma: no es posible sentar sobre el particular reglas fijas; es preferible que el tribunal juzgue y decida cada caso de acuerdo con las circunstancias peculiares.

No invalida el testamento la circunstancia de que en él se exprese que el otorgante no pudo firmar por padecer de una cierta enfermedad, cuando en realidad adolecía de otra (ver nota 13). El escribano no es médico, no garantiza la certeza del diagnóstico; tampoco avala la verdad de lo que se le manifiesta. El se limita a comprobar que existe un impedimento

físico y a expresar la causa que indica el otorgante.

(nota 1) C. Civ. Cap., Sala A, 30/6/1959, L.L., t. 96, p. 60; ZANNONI, t. 2, § 1163.

(nota 2) ZANNONI, t. 2, § 1163; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 268; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 237.

(nota 3) C. Civ. 2ª Cap., 20/11/1933, J.A., t. 44, p. 223.

(nota 4) C. Civ. Cap., Sala E, 24/11/1976, E.D., t. 73, p. 481.

(nota 5) C. 2ª Civ. Cap., 25/7/1946, J.A., 1946-IV, p. 224.

(nota 6) C. Apel. Rosario, 10/6/1965, J.A., 1966-I, p. 18.

(nota 7) C. Civ. 2ª Cap., 5/8/1947, J.A., 1947-III, p. 203. Sorprendentemente un fallo de la C. Apel. Mercedes marca una regresión al considerar insuficiente “por manifestar encontrarse momentáneamente imposibilitado”: 24/8/1965, L.L., t. 120, p. 821 y J.A., 1966-I, p. 64.

(nota 8) C. Apel. San Nicolás, 11/4/1979, L.L., 1979-C, p. 123.

(nota 9) De acuerdo: ZANNONI, t. 2, § 1164.

(nota 10) C. Civ. Cap., Sala E, 24/11/1976, E.D., t. 73, p. 481, fallo en que se cita y se adhiere a nuestra opinión.

(nota 11) C. Civ. 2ª Cap., 27/6/1918, J.A., t. 1, p. 896; en sentido concordante C. Civ. 2ª Cap., 22/11/1926, J.A., t. 23, p. 253; FORNIELES, t. 2, n° 363; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 233.

(nota 12) De acuerdo: ZANNONI, t. 2, § 1165; LAFAILLE considera que en ningún caso la manifestación falsa de no poder firmar es un motivo de nulidad, del punto de vista formal (t. 2, n° 360) y aunque en general estamos de acuerdo con sus consideraciones, creemos

indispensable admitir una solución distinta para el caso de falsedad notoria.

(nota 13) C. Civ. Cap., Sala C, 9/5/1942, causa n° 2315 (inédita).

1120/10590

C.— DISPOSICIONES RELATIVAS AL ESCRIBANO

1120/1195

1195. INCAPACIDAD.— El escribano pariente del testador en línea recta, en cualquier grado que sea, y en la línea colateral hasta el tercer grado de consanguinidad y de afinidad inclusive, no puede concurrir a la redacción del testamento (art. 3653 Ver Texto). Si lo hiciera el testamento es nulo (art. 985 Ver Texto , Cód. Civil).

1120/1196

1196. DISPOSICIONES HECHAS A FAVOR DEL ESCRIBANO.— El escribano, su esposa y sus parientes consanguíneos o afines dentro del cuarto grado no podrán aprovecharse de lo que en él se disponga a su favor (art. 3664 Ver Texto). Es una norma moralizadora, destinada a prevenir el peligro de que el autorizante se valga de su intervención en el acto para obtener algún beneficio.

En cambio, puede ser designado albacea; el artículo 3848 Ver Texto lo permite expresamente. Es una lamentable inconsecuencia legal (ver nota 1). El albacea tiene derecho a percibir honorarios, de modo que tal designación suele importar un beneficio importante, mayor quizá que un legado. Muchos son los casos en que, a través del albaceazgo, el escribano no sólo ha recibido importantes ventajas, sino que se ha convertido en un factor, de perturbación en las relaciones entre los herederos.

Se justifica, por tanto, un pronunciamiento de la Cámara Civil de la Capital que declaró la nulidad absoluta y manifiesta de la cláusula testamentaria según la cual se atribuía al albacea (que era el escribano ante el cual se otorgó el acto) el carácter de apoderado de todos los herederos y legatarios excluyendo de la herencia a quien se negare a otorgar el poder necesario para el ejercicio de dicha representación; de igual modo se le reconocía atribución para la designación de inventariadores, tasadores y partidores, bajo apercibimiento de la misma sanción para el heredero o legatario que se opusiere. Dijo el tribunal, con razón, que en tales condiciones, el escribano aparecía como interesado en el

acto que otorgaba, lo que es contrario al artículo 985 Ver Texto , Código Civil (ver nota 2).

1120/10600

D.— DISPOSICIONES RELATIVAS A LOS TESTIGOS

1120/1197

1197. APLICACIÓN DE LAS REGLAS GENERALES.— Son aplicables aquí las reglas generales relativas a los testigos en los testamentos, establecidas en los artículos 3696 Ver Texto y siguientes (véase núms. 1121 y 1137 y sigs.). Pero, además, en lo que atañe específicamente a los testamentos por acto público, el Código establece algunas reglas peculiares, que estudiaremos a continuación.

1120/1198

1198. NÚMERO Y RESIDENCIA DE LOS TESTIGOS.— Los testigos en un testamento por acto público deben ser tres (art. 3654 Ver Texto). Ello no significa que no pueda haber más; es simplemente un número mínimo, ya que las formalidades superfluas no perjudican el acto (art. 3628 Ver Texto).

Con respecto a la residencia, el artículo 3654 Ver Texto dice que deben tenerla en el lugar, el artículo 3655 Ver Texto alude al municipio y, finalmente, el artículo 3701 Ver Texto , manifiesta que deben residir en el distrito. Las expresiones usadas en la ley no son muy técnicas ni precisas; y quizá sea ésta una ventaja, para conferir alguna flexibilidad en la apreciación de tal circunstancia. Pensamos que, otorgándose un testamento dentro del ejido de una municipalidad, basta que el testigo resida en ella; si se otorga en el campo, o en un pueblo de campaña, es suficiente que resida dentro del partido o departamento provincial correspondiente a ese lugar.

1120/1199

1199. VISTA DEL TESTADOR.— Contiene el artículo 3658 Ver Texto una disposición que ha dado lugar a dificultades: Bajo pena de nulidad, el testamento debe ser leído al testador en presencia de testigos, “que deben verlo”. ¿Qué es lo que deben ver los testigos, el testador o el testamento? De la redacción no resulta claro, pero nuestra jurisprudencia y doctrina (ver nota 3) lo han interpretado en el sentido de que lo que debe ver el testigo es al

testador, pues así se desprende con claridad de su fuente, que es el Proyecto de GOYENA (art. 565).

Sin duda VÉLEZ SARSFIELD no imaginó las infortunadas consecuencias que de este requisito, en realidad superabundante, habrían de derivarse. Algunos fallos han exigido, no sólo que el testigo vea al testador, sino también que la escritura diga que lo ha visto. (ver nota 4). Es una exigencia pueril, porque si la escritura debe ser leída ante los testigos y el otorgante, si debe ser firmada en un mismo acto por unos y otro, es absolutamente inevitable que lo hayan visto, a menos de ser ciegos (en cuyo caso no pueden ser testigos, art. 3708 Ver Texto). La manifestación expresa de que lo vieron carece de todo sentido. Así lo han reconocido, finalmente, nuestros tribunales (ver nota 5).

1120/1200

1200. FIRMA.— Los testigos deben firmar la escritura. Esta exigencia es ineludible, si todos saben firmar. Pero la ley admite que hasta dos de los tres testigos no sepan hacerlo, en cuyo caso el tercero firmará por ellos, debiendo dejarse constancia expresa en la escritura de esa circunstancia (art. 3658 Ver Texto). Pero si el testador no supiere o no pudiere firmar, por lo menos dos de los testigos deben saber hacerlo (arts. 3661 Ver Texto y 3662).

¿Qué ocurre si alguno afirma no saber firmar, cuando en realidad sabe hacerlo? Sin duda no es ésta una causa de nulidad, pues la ley no la ha establecido expresamente, como en cambio lo dispuso respecto del testador. Se explica que así sea, porque es muy grande la diferencia entre la importancia de la firma del propio testador y la de un testigo. De cualquier modo, otros han firmado por él y ha estado presente en el acto.

1120/1201

1201. ¿EN QUÉ MOMENTO DEBEN ESTAR PRESENTES LOS TESTIGOS?.— Según el artículo 3654 Ver Texto , el testamento debe ser hecho ante escribano público y tres testigos. La expresión debe ser hecho ¿significa que los testigos deben estar presentes en el momento en que el notario escribe o hace escribir por un amanuense las disposiciones testamentarias? Aunque alguna vez se ha manifestado duda sobre el significado del texto, ha terminado por privar el buen sentido: hoy se admite unánimemente que los testigos sólo deben estar presentes en el momento en que se lee y firma el testamento (ver nota 6). En la práctica, jamás se hallan presentes mientras se lo pasa al protocolo, diligencia ésta que se cumple siempre en la escribanía reservadamente.

(nota 1) De acuerdo: LAFAILLE, t. 2, nº 343; ROCHA, La designación de albacea en

favor del escribano ante quien se otorga el testamento, Revista del Círculo de Escribanos, 1919, n° 314, p. 34. Ambos propugnan la derogación del art. 3848 Ver Texto y la incapacidad para su albacea.

(nota 2) C. Civ. Cap., Sala A, 20/9/1960, J.A., 1961-III, p. 118 y L.L., t. 101, p. 229.

(nota 3) Tanto la jurisprudencia como la doctrina son unánimes; véase LAFAILLE, t. 2, n° 357; RÉBORA, t. 2, n° 380; DE GÁSPERI, t. 3, n° 425, etc.

(nota 4) Antigua C. Civ. Cap., Jurisprudencia Civil, t. 121, p. 373; Sup. Trib. Santa Fe, cit. por RÉBORA, t. 2, n° 380, nota 8.

(nota 5) Antigua C. Civ. Cap., Jurisprudencia Civil, t. 48, p. 158 y 166; t. 141, p. 230; Sup. Corte Buenos Aires, 28/8/1890, Acuerdos y Sentencias, Serie 3, t. 5, p. 191; id., 28/10/1902, Acuerdos y Sentencias, Serie 5, t. 5, p. 45; C. Civ. 1ª Tucumán, 13/6/1960, L.L., t. 101, p. 956. De acuerdo: RÉBORA, t. 2, n° 380; FORNIELES, t. 2, n° 360; ZANNONI, t. 2, § 1161, nota 143-1. En cambio véase la opinión rigurosamente formalista de LAFAILLE, t. 2, n° 357 y de MACHADO, t. 9, p. 555.

(nota 6) C. Civ. 1ª Cap., 28/10/1927, J.A., t. 26, p. 124; id., 21/12/1927, J.A., t. 26, p. 1063; C. Civ. 2ª Cap., 26/6/1933, J.A., t. 42, p. 829; Sup. Corte Buenos Aires, 28/8/1890, Acuerdos y Sentencias, Serie 3, t. 5, p. 191; FORNIELES, t. 2, n° 362; LAFAILLE, t. 2, n° 359; RÉBORA, t. 2, n° 379; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 227.

1120/10610

E.— TESTAMENTO EN IDIOMA EXTRANJERO

1120/1202

1202. FORMALIDADES ESPECIALES.— El Código autoriza a testar en idioma extranjero, cuando el testador no pueda hacerlo en idioma nacional (art. 3663 Ver Texto). Es decir que si puede expresarse en castellano, el escribano no debe admitir que se haga en otro idioma.

¿Pero qué ocurre si el otorgante manifiesta que no puede expresarse en idioma nacional y

luego resulta que sí puede hacerlo? Indudablemente, no hay en esto una causa de nulidad. Es muy posible que, aun conociendo el castellano, tenga un conocimiento más exacto y preciso de su propia lengua y por ello haya hecho esa manifestación. De cualquier modo, como el testamento debe ser redactado en ambos idiomas, hay una garantía completa de que él expresa la verdadera voluntad del causante que es, en definitiva, lo que interesa dejar a salvo.

1120/1203

1203.— En tal caso, deben cumplirse las siguientes formalidades, independientemente de todas las otras requeridas para los testamentos por acto público:

a) Es necesaria la presencia de dos intérpretes, que harán la traducción al castellano (art. 3663 Ver Texto). La ley no dice si ellos deben firmar el acto, de tal modo que la omisión de su firma no es causal de nulidad; pero una razón de seriedad obliga a los escribanos a hacerlos firmar (ver nota 1).

La ley no requiere expresamente que el intérprete posea título de traductor público y en muchas localidades sería imposible conseguirlos; pero donde los hubiere, los escribanos no deberían admitir otros intérpretes, por más que la falta de título no sea causa de nulidad de la escritura.

b) El testamento debe escribirse en el idioma nacional y en el del testador (art. 3663 Ver Texto). En este punto, el Código se aparta de las reglas generales del artículo 999 Ver Texto el cual, para las escrituras públicas otorgadas por personas que no hablen el idioma nacional, exige solamente una minuta y su traducción, las que se agregan al protocolo, pero no se transcriben en él. Aquí, en cambio, debe transcribirse en el protocolo la versión del testamento en ambos idiomas.

c) Los testigos deben entender uno y otro idioma (art. 3663 Ver Texto).

Adviértase que la ley dice entender; no se requiere pues que hablen, ni que dominen ambos idiomas. A nuestro criterio, los jueces deberían ser muy flexibles en la apreciación de esta circunstancia, y tener en cuenta que lo que más interesa en ellos es el conocimiento del idioma extranjero, ya que la fidelidad de la traducción está principalmente garantizada por la intervención de los traductores.

1120/1204

1204. DIVERGENCIAS ENTRE AMBAS VERSIONES.— No obstante las precauciones tomadas por la ley para evitarlo (intervención de dos traductores, testigos que entiendan ambos idiomas) es posible que haya divergencia entre el testamento redactado en idioma nacional y el extranjero. En tal caso, sin duda poco probable, deberá estarse a lo dispuesto en el de la lengua del otorgante, que expresa su verdadera voluntad (ver nota 2).

(nota 1) De acuerdo: ZANNONI, t. 2, § 1168.

(nota 2) De acuerdo: MAFFÍA, t. 3, n° 1145; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 290.

1120/10620

F.— TESTAMENTOS OTORGADOS EN DISTRITOS RURALES

1120/1205

1205. ANTE QUIÉN PUEDE OTORGARSE.— En nuestra dilatada campaña puede presentarse el problema de que no haya en el lugar escribano ante quien testar. El Código lo ha previsto, permitiendo hacerlo ante el juez de paz o, en su defecto, ante uno de los miembros de la municipalidad. El artículo 3655 Ver Texto dispone: En los pueblos de campaña y en la campaña, no habiendo escribano, en el distrito de la municipalidad donde se otorgare el testamento, debe éste ser hecho ante el juez de paz del lugar y tres testigos residentes en el Municipio. Si el juez de paz no pudiese concurrir, el testamento debe hacerse ante alguno de los miembros de la municipalidad con tres testigos.

Actualmente, esta es una disposición muerta. La facilidad de los medios de comunicación permite el traslado a las ciudades donde hay escribano, si es que se quiere testar por acto público; de lo contrario, se lo hace en forma privada. Empero, quizá convenga mantener esta forma, en previsión de algún caso extremo; por ejemplo, algún analfabeto que se sienta morir, y que no pueda trasladarse a la escribanía ni llamar al escribano, dadas las distancias. Se justifica, por tanto que la admitan el Anteproyecto de BIBILONI (art. 3208, inc. 2°), el Proyecto de 1936 (art. 2041) y el Anteproyecto de 1954 (art. 750).

1120/11460

1205 bis.— ¿Qué debe entenderse por miembro de la municipalidad? La ley no lo dice, pero el artículo 3690 Ver Texto , que habla de oficial municipal autoriza una interpretación amplia, Pensamos que cualquier empleado de la comuna puede autorizar el testamento. Esta interpretación se acomoda al espíritu de la ley, que es el de facilitar la facción del testamento en este caso excepcional (ver nota 1).

1120/1206

1206. FORMALIDADES.— Este testamento debe ser otorgado con las mismas formalidades establecidas en los artículos 3657 Ver Texto y siguientes para los testamentos por acto público. En cambio, pensamos que ni el juez de paz ni el miembro de la municipalidad deben llenar las demás formalidades correspondientes a las escrituras públicas, pues estas son exigencias impuestas solamente al escribano, y porque no es posible recargar a funcionarios legos con el cumplimiento de formalidades que sólo un técnico debe conocer. Con los requisitos establecidos en este capítulo del Código (Del testamento por acto público) quedan sobradamente llenados los recaudos formales necesarios para dar seriedad al acto.

1120/1207

1207. PROTOCOLIZACIÓN.— A pedido de parte, el testamento hecho ante el juez de paz, o ante un oficial municipal, debe mandarse protocolizar sin necesidad de ninguna otra diligencia previa (art. 3690 Ver Texto); vale decir, sin reconocimiento por testigos de la firma, como es necesario en el testamento ológrafo. La intervención del oficial público le confiere ya autenticidad; la protocolización, en este caso, sólo se propone evitar el peligro de pérdida o deterioro.

(nota 1) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 2, n° 246.

1120/10630

§ 4.— Testamento cerrado

1120/1208

1208. CONCEPTO.— A la par del testamento ológrafo y por acto público, existe una tercera forma que podríamos calificar de intermedia, porque participa de ciertos caracteres de aquellos dos. Es el testamento cerrado, llamado por los romanos *místico*.

Aunque luego precisaremos las exigencias formales, podemos adelantar un concepto general sobre él: el testamento debe estar firmado por el testador, pero puede ser escrito por un tercero o a máquina; tampoco es necesaria la fecha; el pliego debe ponerse en un sobre cerrado y entregarse a un escribano en presencia de cinco testigos, manifestando que ese sobre contiene el testamento; el sobre debe ser fechado y firmado por el escribano y los testigos.

Esta forma tiene sobre el testamento por acto público la ventaja de que permite resguardar mejor el secreto; sobre el ológrafo, que asegura la conservación, impidiendo que lo destruyan quienes se vean afectados por sus disposiciones. Pero la verdad es que se trata de una forma híbrida, que exige formalidades engorrosas, como la intervención de nada menos que cinco testigos, además del escribano. Las personas que prefieren guardar el secreto, usan el ológrafo; quienes no quieren o pueden utilizar esa forma, testan por acto público. El testamento cerrado ha muerto en nuestras costumbres. Es razonable, pues, que en el Proyecto de 1936 y en el Anteproyecto de 1954 se lo haya eliminado, desde que no responde a ninguna necesidad práctica. También lo han eliminado el Código alemán y el suizo. En los demás se mantiene, más que nada, por una razón de tradición jurídica.

1120/1209

1209. CAPACIDAD.— La capacidad para otorgar testamento cerrado se rige desde luego, por los principios generales que hemos estudiado en otro lugar (véase núms. 1067 y sigs.). Pero las características propias de esta forma imponen ciertas incapacidades peculiares; en consecuencia, no pueden otorgar testamento cerrado:

1120/1210

1210.— a) Los analfabetos (art. 3665 Ver Texto); se explica que así sea porque el testamento tiene que ser firmado por el testador y esta firma debe ser puesta conscientemente; un analfabeto, por más que haya aprendido a dibujar los caracteres de su nombre, no puede leer lo que signa, y por tanto, no tiene conciencia de su contenido.

1120/1211

1211.— b) El caso de los ciegos merece una consideración especial. El artículo 3665 Ver

Texto prohíbe usar de esta forma a los que no sepan leer. Cuando la ceguera es sobreviniente a una enfermedad o accidente, no puede decirse en rigor, que el ciego no sabe leer, sino que no puede hacerlo. Pero, de cualquier modo, hay consenso unánime en que la ceguera, sea o no de nacimiento, impide usar esta forma, pues se trata de que el otorgante pueda leer lo que firma y estampar conscientemente su signature (ver nota 1).

1120/1212

1212.— ¿Qué ocurre si el ciego ha contraído su impedimento después de escribir y firmar el pliego, pero antes de presentarlo al escribano y de suscribir el acta en el sobre? Pensamos que el testamento es válido porque, en definitiva, lo que interesa es que el testador tenga conciencia de que el pliego al cual ha puesto su firma contiene sus auténticas disposiciones de última voluntad (ver nota 2); y basta para ello con que pueda leer en el momento de firmarlo. En apoyo de la tesis contraria, se ha dicho que si el testador no ve en el momento de presentar el pliego al escribano, no puede tener la seguridad de que sea realmente ese el sobre que contiene su voluntad y puede ser víctima de un error o de una sustitución fraudulenta de un pliego por otro (ver nota 3). El argumento no resiste el análisis. Sin descartar totalmente la posibilidad de un error o fraude, hay que reconocer que ella es muy remota y no mayor que la que existe, por ejemplo, en el testamento por acto público, en que el ciego puede ser inducido a firmar algo que no responde a su voluntad y a lo que se le ha leído; no obstante lo cual, los ciegos pueden testar en esa forma (art. 3652 Ver Texto). La ley hace fe en la intervención del escribano público, mientras no se pruebe la falsedad del acto. Además, no debe olvidarse que, por hipótesis, el testamento ha sido leído (y quizá escrito) y firmado por el causante cuando veía, y que ello hace imposible la sustitución. De cualquier modo, el problema es más teórico que práctico, pues no se conoce ningún caso en que se haya presentado esa dificultad.

1120/1213

1213.— Cabe preguntarse si el ciego no podría escribir su testamento con caracteres Braille. Pensamos que sí. En nuestro caso no es indispensable, como en el testamento ológrafo, el uso de la escritura alfabética, puesto que ningún texto lo impone. Por lo demás, el artículo 3665 Ver Texto priva de testar en forma cerrada a los que no saben leer; pero los ciegos saben y pueden leer la escritura Braille. Ello da plena seguridad de que el documento refleja su voluntad. No se ve, entonces, por qué había de invalidarse tal testamento (ver nota 4).

1120/1214

1214.— En cambio, la sordera o la mudez no constituyen incapacidades (arts. 3668 Ver Texto y 3669). Bien entendido que el mudo debe escribir de su puño y letra el testamento;

de tal modo que si a esa inhabilidad física se une la imposibilidad de escribir, no podría testar de esta manera. Volveremos sobre el punto más adelante (nº 1217).

1120/10640

A.— FORMALIDADES

1120/1215

1215. DISTINTAS ETAPAS DE LA CONFECCIÓN.— En la confección del testamento cerrado hay que distinguir dos etapas: la primera es la escritura y firma del pliego interior que lo contiene; la segunda es el acta que hay que levantar en el sobre cerrado ante escribano y cinco testigos. Nos ocuparemos de ellas separadamente.

1120/1216

1216. PLIEGO INTERIOR.— Respecto del pliego interior que contiene el testamento, la ley ha establecido las siguientes formalidades:

1120/1217

1217. a) Escritura.— A diferencia del testamento ológrafo, el cerrado no exige ser escrito de puño y letra del testador (arts. 3665 Ver Texto y 3666 y nota al primero): puede ser dictado por él a un tercero o escrito a máquina (ver nota 5).

Pero la escritura de puño y letra será indispensable si el otorgante es mudo (art. 3668 Ver Texto). La idea es que, si el testador no puede hablar, no ha podido dictarlo a un tercero. El fundamento de esta disposición es pueril; basta con que el mudo sepa leer, para que pueda corroborar que lo que firma es la expresión auténtica de su voluntad. La circunstancia de ser mudo no impide que pueda haber dado a un tercero sus instrucciones por escrito, para que éste, con letra más legible, mejor ortografía y redacción, dé forma definitiva a su voluntad.

¿Puede el mudo hacer su testamento a máquina? Indudablemente sí, no obstante que el artículo 3668 Ver Texto parecería impedirlo, pues dispone que debe hacerlo de su puño y letra. Ya se ha dicho cuál es el fundamento de la prohibición legal: se parte del supuesto de

que, si el testamento no está escrito por el causante, debe estarlo por un tercero, que es precisamente lo que la ley quiere evitar, pues se desconfía de un documento que el otorgante no ha escrito y no ha podido dictar. Pero aquí no se trata de la escritura hecha por un tercero, sino por el propio testador. La escritura a máquina es una hipótesis no prevista por VÉLEZ SARSFIELD, simplemente porque en la época en que se redactó el Código no se la conocía; es obvio, pues, que el artículo 3668 Ver Texto no puede ser aplicado contra toda razón a un supuesto que no tomó en cuenta el legislador (ver nota 6). Si quien no es mudo está autorizado a escribir a máquina su testamento, no hay motivo alguno para privar de ese derecho a quien lo es (ver nota 7).

1120/1218

1218. b) Firma.— Es un requisito esencial del testamento cerrado (art. 3666 Ver Texto). Quien no sabe firmar, no puede usar esta forma. Se trata, desde luego, de la firma conscientemente estampada y no del dibujo que pueda trazar un analfabeto. Para todo lo referente a este requisito, remitimos a los números 1133 y siguientes.

1120/1219

1219. c) Idioma.— El pliego puede ser redactado en cualquier idioma, nacional o extranjero. En este punto, no hay ninguna limitación legal (ver nota 8).

1120/1220

1220. d) Fecha.— En cambio, y a diferencia del ológrafo, no es necesaria la fecha (nota al art. 3666 Ver Texto). Se explica que así sea, porque ya el sobre la lleva (art. 3666). Más aún, la fecha estampada en el pliego interior es inoperante: la única que produce efectos legales es la del sobre (ver nota 9) El problema puede tener una gran importancia en el siguiente caso: una persona firma y fecha el pliego interior de su testamento místico; luego hace otro testamento ológrafo o por acto público; finalmente, se decide por la primera expresión de voluntad y entonces lo envuelve en un sobre y lo entrega al escribano para que redacte el acta que prescribe el artículo 3666, diciéndole que ese es su testamento. Aunque el pliego interior fue escrito antes que el segundo, el hecho de entregarlo al escribano, con la manifestación antedicha, hace revivir el acto que había quedado revocado y revoca los testamentos otorgados en el tiempo intermedio en cuanto sean incompatibles con él (ver nota 10).

Más delicada es la hipótesis de que el testador haya estado demente a la época de la fecha del pliego interior, y sano en el momento de entregarlo al escribano. Pensamos que, en este caso, la entrega del pliego con la manifestación expresa de que ese es su testamento,

importa una confirmación del acto (ver nota 11). No se opone a tal solución el artículo 3629 Ver Texto , según el cual no se puede confirmar un acto nulo por sus formas, sin reproducirlas, pues aquí no se trata de una nulidad formal sino sustancial.

Por otra parte, se trata de una formalidad superflua y, como tal, inoperante (art. 3628 Ver Texto). No importa, pues, que esa fecha sea falsa o verdadera. Así, por ejemplo, si el pliego interior contuviera una fecha posterior a la del sobre cerrado, lo que probaría palpablemente su falsedad, no por eso se perjudica la validez del acto que, empero, debe considerarse otorgado siempre el día expresado en el sobre.

1120/1221

1221. EL SOBRE CERRADO.— La segunda etapa en la confección del testamento místico, es la entrega del sobre cerrado al escribano, en presencia de cinco testigos, para la suscripción del acta. Las formalidades que prescribe la ley son las siguientes:

1120/1222

1222. a) Enunciaciones que debe contener.— El acta debe extenderse en el sobre que contiene el testamento y expresará: 1) el nombre y residencia del testador y de los testigos; si el testador no pudiese firmar, también se indicará el nombre y la residencia del que hubiera firmado por él; 2) la manifestación del testador de que ese sobre contiene su testamento; 3) el lugar, día, mes y año en que se realiza la diligencia; 4) finalmente, el escribano deberá dar fe de que el acto ha pasado en su presencia (art. 3666 Ver Texto).

1120/1223

1223. b) Firma.— El acto deberá ser firmado por el testador, por todos los testigos que puedan hacerlo y por el escribano. Si el testador no pudiese firmar por alguna causa sobrevenida con posterioridad a la firma del pliego interior, lo hará por él otra persona o alguno de los testigos (art. 3666 Ver Texto). Cabe preguntarse qué ocurre si el testador manifestara que no puede firmar, cuando en verdad puede hacerlo. La ley no ha previsto el caso y, por tanto, no creemos posible sancionar de nulidad al acto. De cualquier modo, la autenticidad del testamento tiene una doble garantía: que el pliego interior está firmado por el testador y que éste ha manifestado ante el escribano público y cinco testigos que ese es su testamento. La imposibilidad de firmar puede deberse a una inhibición o excitación nerviosa momentánea; basta, pues, con la manifestación del testador para que se tenga por cierto el hecho. En otras palabras, no sería posible admitir la prueba de que el testador podía firmar en ese momento, para impugnarlo.

A diferencia de lo que ocurre en el testamento por acto público, en nuestro caso no es necesario dejar constancia de la causa por la cual el testador no puede firmar.

1120/1224

1224. c) Los testigos.— Los testigos deberán ser cinco (art. 3666 Ver Texto), aunque, desde luego, un número mayor no perjudica la validez del acto (art. 3628 Ver Texto). Tres de ellos, por lo menos, deberán saber firmar; en este caso, firmarán a ruego por los que no saben hacerlo (art. 3666 Ver Texto). Pero, si todos saben firmar, todos deben hacerlo (art. citado).

Se ha discutido si se aplican o no a los testigos del testamento cerrado las inhabilidades de los artículos 3696 Ver Texto y siguientes y en particular, la referida a las personas que reciben algún favor por las disposiciones del testador (art. 3706 Ver Texto). Nos parece que la generalidad con que están redactados estos artículos, que no se refieren sólo al testamento por acto público sino a los testamentos en general, elimina toda duda acerca de que también deben aplicarse a los cerrados (ver nota 12).

1120/1225

1225. d) Actuación del escribano.— Según el artículo 3666 Ver Texto , el acta debe ser extendida por el escribano; en base a este texto, la doctrina nacional se inclina por considerar que ella debe ser hecha de su puño y letra y no por un amanuense (ver nota 13). Nos parece este un excesivo rigor formalista. Cuando se dice que una escritura debe ser extendida u otorgada por un escribano, no significa ello que deba ser escrita de su puño y letra (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 1011); basta que él intervenga en el acto, que éste se realice en su presencia y que lo firme. Todo ello es garantía bastante de seriedad. Y aunque el acta labrada en el sobre cerrado no es una escritura pública (sino solamente un instrumento público) puesto que no se extiende en el protocolo, nos parece de toda evidencia que aquellas conclusiones son de entera aplicación a nuestro caso. Pensamos, pues, que si el sobre hubiera sido escrito por un amanuense, el testamento es válido.

Luego de firmado, el testamento queda en poder del escribano, quien a la muerte del testador, está obligado a ponerlo en manos de las personas interesadas, siendo responsable por los daños y perjuicios que su omisión ocasione (art. 3671 Ver Texto).

1120/1226

1226. e) Unidad del acto.— La entrega y suscripción del testamento cerrado debe hacerse en un acto sin interrupción por otro acto extraño, a no ser por breves intervalos, cuando algún accidente lo exigiera (art. 3667 Ver Texto).

1120/10650

B.— VALOR PROBATORIO

1120/1227

1227. APERTURA Y PROTOCOLIZACIÓN.— Se ha dicho ya que todos los testamentos tienen la misma eficacia legal (art. 3623 Ver Texto). Es claro que el cerrado, lo mismo que el ológrafo, debe ser protocolizado para que goce de autenticidad. Sobre la cuestión de si el testamento cerrado debe ser considerado como instrumento público o privado, remitimos a lo dicho en el número 1181.

El testamento místico deberá abrirse ante el juez competente, que es el del último domicilio del causante (art. 3691 Ver Texto). Pero antes de proceder a la apertura, el escribano y los testigos deben reconocer sus firmas y las del testador, declarando al mismo tiempo si el testamento está cerrado como lo estaba cuando aquél lo entregó (art. 3694 Ver Texto).

Si no pueden comparecer todos los testigos, por muerte o por ausencia fuera de la provincia, bastará el reconocimiento de la mayor parte de ellos y del escribano (art. 3694 Ver Texto). Si por iguales causas no pudiesen comparecer el escribano, el mayor número de los testigos o todos ellos, el juez lo hará constar así y admitirá la prueba por cotejo de letra (art. 3695 Ver Texto). No creemos que sea indispensable ordenar un cotejo por peritos calígrafos, pues si para los testamentos ológrafos basta con dos testigos que reconozcan la escritura y la firma del causante, no hay por qué ser más severo con el testamento cerrado.

Cumplidas estas diligencias previas, se procederá como en el caso del ológrafo: el juez rubricará el principio y el fin de cada página, lo mandará protocolizar y dará a los interesados las copias que pidiesen (art. 3695 Ver Texto).

1120/1228

1228. VALIDEZ COMO OLÓGRAFO DEL TESTAMENTO NULO COMO CERRADO.

— Dispone el artículo 3670 Ver Texto que el testamento cerrado que no pudiese valer como tal por falta de alguna de las solemnidades que debe tener, valdrá como testamento ológrafo si estuviese todo él escrito y firmado por el testador.

Algunos autores opinan que, aunque el citado artículo sólo habla de la escritura y firma, también se requiere que esté fechado, ya que ésta es una condición de la validez del testamento ológrafo (ver nota 14).

Tal opinión nos parece insostenible: a) En primer lugar, la ley sólo exige la escritura y la firma; el texto es claro y concreto, de tal modo que no es posible añadir, por vía de interpretación, un requisito no establecido en aquélla. b) De ser exacta la opinión que combatimos, el artículo 3670 Ver Texto sería una disposición perfectamente inútil; en efecto, si todas las formalidades de los testamentos ológrafos estaban llenadas, es inoperante que se hubiere o no cerrado, que interviniese o no el escribano y los testigos, pues el artículo 3628 Ver Texto dispone expresamente que el empleo de formalidades inútiles o sobreabundantes no vicia el testamento, por otra parte regular, aunque esas formas, en el caso de haberlas supuesto necesarias, no pudiesen ser consideradas como cumplidas válidamente. Si, pues, el testamento llena todas las formas del ológrafo, no interesa que se hayan cumplido o no las formalidades del místico. Si se quiere dar algún significado al artículo 3670 Ver Texto, hay que admitir que dispone lo que estrictamente dice su texto; vale decir, que basta la escritura y la firma. c) No tiene valor el argumento de que la doctrina francesa exige la fecha, porque allá no hay ningún texto como nuestro artículo 3670 Ver Texto y, por consiguiente, no era posible prescindir de ese requisito. d) Es razonable que en este caso se prescinda de la fecha, porque la entrega del testamento ante escribano y testigos, con la manifestación de que ésa es su última voluntad, implica una afirmación de que se trata de una disposición definitiva y no de un simple proyecto, como puede pensarse que es el ológrafo mientras no esté fechado; en tal caso, no interesa que alguno de los testigos sea incapaz, o que el sobre no contenga todas las enunciaciones que la ley exige. De cualquier modo, el testamento vale como ológrafo. Es una manera de evitar nulidades por motivos intrascendentes.

Producido este supuesto, debe considerarse que el testamento carece de fecha. No puede admitirse como tal la estampada en la cobertura, porque si el acta escrita en ella es nula, debe reconocerse que sus enunciaciones no tienen efecto alguno. Ello significa que ese testamento sólo tendrá valor cuando no exista otro del causante; si lo hay, aunque la fecha de éste sea anterior a la estampada en el sobre cerrado, debe prevalecer el testamento fechado (ver nota 15).

(nota 1) La doctrina es unánime: LAFAILLE, t. 2, n° 370; DE GÁSPERI, t. 3, n° 437; MACHADO, t. 9, p. 579, nota; DEMOLOMBE, t. 21, n° 392; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 575; GANGI, La successione testamentaria, t. 1, n° 133; etc.

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

(nota 3) DEMOLOMBE, t. 21, n° 392; MACHADO, t. 9, p. 580, nota; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 297. Aunque en forma dubitativa, asiente también con este criterio, DE GÁSPERI, t. 3, n° 417.

(nota 4) De acuerdo: ZANNONI, t. 2, § 1213; MAFFÍA, t. 3, n° 1153; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 297; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 575.

(nota 5) De acuerdo: GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 122; PRAYONES, p. 367; ZANNONI, t. 2, § 1171; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 266-A; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 303.

(nota 6) Es principio admitido hoy por la doctrina más autorizada, que los jueces pueden apartarse de la solución contenida en una norma de carácter general, cuando resulta evidente que una determinada consecuencia (justamente la que motiva el fallo), no ha sido prevista por el legislador (ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, Parte General, t. 1. vol. 1, p. 224; CASTÁN TOBEÑAS, Teoría general de la investigación y aplicación del derecho, Madrid, 1947, p. 279.

(nota 7) En contra: FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 305.

(nota 8) MACHADO, t. 9, p. 588, nota; GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 123; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 306.

(nota 9) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 308; ZANNONI, t. 2, § 1171; GANGI, La successione testamentaria, t. 1, n° 135; CICU, Testamento, p. 77.

(nota 10) FASSI, loc. cit. en nota anterior; GANGI, La successione testamentaria, n° 135; CICU, Testamento, p. 77.

(nota 11) GANGI, loc. cit. en nota anterior; CICU, loc. cit. en nota anterior.

(nota 12) De acuerdo: DE GÁSPERI, t. 2, p. 327. En cambio, sostienen que el art. 3706 Ver Texto no es aplicable a los testamentos cerrados a menos que se pruebe que los testigos

sabían que estaban beneficiados en el testamento, SEGOVIA, t. 2, p. 601, nota 14 y GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 128.

(nota 13) LAFAILLE, t. 2, n° 375; PRAYONES, p. 372; DE GÁSPERI, t. 3, n° 448; MACHADO, t. 9, p. 591; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 312.

(nota 14) En este sentido: LAFAILLE, t. 2, n° 381; GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 131; ZANNONI, t. 2, § 1175; MAFFÍA, t. 3, n° 1158; MACHADO, t. 9, p. 594, en nota; DE GÁSPERI, t. 3, n° 451; cabe señalar que los dos autores citados en último término no tratan expresamente la cuestión, pero dan por sentado que el testamento debe estar fechado.

(nota 15) FASSI se inclina por la validez del testamento que tendría la fecha indicada por el escribano en el sobre: Tratado de los testamentos, t. 1, n° 315.

1120/10660

§ 5.— Testamentos especiales (ver nota 1)

1120/1229

1229. SU RAZÓN DE SER.— Circunstancias extraordinarias permiten usar de medios también extraordinarios para testar. Es posible que existan motivos graves que impidan utilizar las formas ordinarias; la ley ha previsto algunos casos que merecen un tratamiento especial. La idea es facilitar en esas hipótesis el otorgamiento del testamento.

Estas formas extraordinarias o especiales son el testamento militar, el marítimo, el consular y el que se otorga en caso de peste o epidemia.

1120/10670

A.— TESTAMENTO MILITAR

1120/1230

1230. ORIGEN Y CONCEPTO.— El derecho romano era extremadamente formalista en lo que atañe a los testamentos (ver nota 2); se comprende, pues, que no era fácil cumplir con las numerosas y prolijas formalidades legales cuando una persona se encontraba en una expedición militar. Para un pueblo guerrero como aquél, era este un problema importante. Los militares fueron totalmente liberados de las formas; bastaba simplemente la expresión de la voluntad, debidamente comprobada (ver nota 3). A ello se añadían otros privilegios importantes, que no aludían ya a la forma, sino al contenido del testamento (ver nota 4). Eran todas medidas destinadas a favorecer al estado militar.

Del derecho romano, esta institución ha pasado a la legislación moderna, claro está que con las modificaciones impuestas por los tiempos. Hoy lo admiten casi todos los códigos (francés, arts. 981 y sigs.), italiano (arts. 619 y sigs.), español (arts. 716 y sigs.), portugués (art. 1944), uruguayo (arts. 813 y sigs.), colombiano (arts. 1098 y sigs.), venezolano (arts. 875 y sigs.), mexicano (arts. 1579 y sigs.), brasileño (arts. 1660 y sigs.), etcétera. El Código alemán y el suizo no lo legislan, puesto que, admitiendo el testamento nuncupativo en circunstancias extraordinarias, era innecesario tratar en particular del militar.

Pero la importancia de esta forma en el derecho actual ha disminuido considerablemente. En Roma el testamento ológrafo no se aceptó sino tardíamente y con carácter excepcional (ver nota 5); además, el analfabetismo era lo normal, de tal modo que aun admitido el testamento ológrafo, no era esta una gran ayuda para los militares. Actualmente, la posibilidad de usar esa forma y la reducción notable del analfabetismo, ha quitado buena parte de su interés práctico. Pero, de cualquier modo, se justifica su mantenimiento. Es posible, en efecto, que el militar sea analfabeto o esté herido y no pueda utilizar la forma ológrafa; o que, aun pudiéndolo hacer, quiera dar más seguridad a la expresión de su última voluntad.

1120/1231

1231. CUÁNDO PUEDE OTORGARSE EL TESTAMENTO MILITAR.— Solamente puede usarse de esta forma en tiempo de guerra (art. 3672 Ver Texto). No debe reputarse necesaria una declaración formal, tanto más cuanto que las guerras modernas suelen iniciarse de hecho. Basta, pues, la existencia de hostilidades.

También es posible hacerlo en una guerra civil (ver nota 6). El artículo 3672 Ver Texto , en efecto, no hace ninguna distinción; y desde luego, parece razonable no hacerla, porque el militar que se encuentra empeñado en una guerra fratricida puede encontrarse en las mismas dificultades que si se trata de una lucha contra una nación extranjera, para expresar su última voluntad.

1120/1232

1232.— Con el buen propósito de ser explícito, el artículo 3672 Ver Texto ha complicado la inteligencia de la disposición. Dice así: En tiempo de guerra, los militares que se hallen en una expedición militar, o en una plaza sitiada, o en un cuartel o guarnición fuera del territorio de la República Esta frase fuera del territorio de la República ¿es aplicable a todo el período anterior, y significa que, en todo caso, es indispensable que así ocurra para poder testar militarmente? Evidentemente, no. Se alude solamente a la hipótesis del cuartel o guarnición, de tal modo que, en los otros casos, no interesa que el militar esté dentro o fuera del territorio del país, siempre que se trate de época de guerra (ver nota 7). Aun referida a la guarnición o cuartel, esa frase es simplemente enunciativa y no significa que los militares que se encuentren en un cuartel dentro del país no puedan utilizar esta forma. Aquí el argumento a contrario es inadmisibile. Pues si se dan las condiciones generales de aplicación de la norma, no hay por qué excluir a los que se encuentran en sus cuarteles. De lo contrario, podría darse esta situación absurda: un herido es traído del frente a un hospital de sangre, donde hace su testamento militar, que es incuestionablemente válido; en cambio, si antes de ir al hospital pasa, por razones de urgencia, falta de organización de los transportes, etcétera, por un cuartel, no podría testar mientras estuviese en él, pero sí inmediatamente antes o después de retirado de allí (ver nota 8).

1120/1233

1233.— No basta, en cambio, la mera declaración de guerra, si no hay acciones militares y si el que pretende usar de tal forma no está empeñado directa o indirectamente en ellas. El artículo 3672 Ver Texto alude a los que se hallen en una expedición militar. La guerra ha cambiado mucho desde la época en que el Código se dictó; ya no se puede hablar solamente de expedición militar, porque las acciones no se circunscriben hoy a los cuerpos del ejército propiamente dicho, sino que comprenden numerosos y complejos servicios auxiliares. Por eso decíamos que basta que una persona se encuentre empeñada directa o indirectamente en la acción militar. En cambio, quien se hallara en nuestro país en uso de licencia, lejos del teatro de la guerra y sin ningún impedimento para usar las formas ordinarias, no puede testar militarmente.

1120/1234

1234. QUIÉNES PUEDEN HACERLO.— Pueden testar en esta forma los militares, los voluntarios, rehenes o prisioneros, los cirujanos militares, el cuerpo de intendencia, los capellanes, los vivanderos, los hombres de ciencia agregados a la expedición y los demás individuos que van acompañando o sirviendo a dichas personas (art. 3672 Ver Texto). La enunciación es, como se ve, amplia. Deben considerarse comprendidos todos los que, militares o civiles, se encuentren empeñados en una acción guerrera. Creemos que también lo están los afectados al servicio secreto, si de las circunstancias en que deben desempeñar

su misión resulta la imposibilidad o la dificultad notoria de usar de las formas ordinarias.

1120/1235

1235. FORMALIDADES.— Las formalidades requeridas para esta clase de testamento son las siguientes:

a) Se exige siempre que sea escrito (arg. arts. 3607 Ver Texto y 3674 Ver Texto y nota al art. 3676 Ver Texto); ni en este caso, nuestra ley admite el testamento oral.

b) Debe ser otorgado ante un oficial que tenga por lo menos el grado de capitán, o ante el intendente del ejército, o ante el auditor general (art. 3672 Ver Texto); empero, si el que desea testar está enfermo o herido, puede hacerlo ante el capellán o el médico que lo asiste (art. 3673 Ver Texto); y si se encuentra en un destacamento, ante el oficial que lo mande, aunque sea de grado inferior al de capitán (art. 3673 Ver Texto). En estos casos extremos, no se justificaría la exigencia del grado de capitán, intendente o auditor general.

La ley habla solamente del capitán; pero, desde luego, debe admitirse que también puede testarse ante los marinos o aeronautas que tengan la jerarquía equivalente (ver nota 9). El caso de los marinos fue previsto, porque para ellos existe el testamento marítimo, pero éste es inaplicable si se ven envueltos en una acción terrestre. Y, desde luego, no podía preverse el caso de la aviación militar, que no existía en la época en que se sancionó el Código.

c) Deben intervenir por lo menos dos testigos (art. 3672 Ver Texto), mayores de edad; pero basta que tengan 18 años cumplidos si ostentaran la clase de sargento u otra superior (art. 3675 Ver Texto).

d) El acto debe ser firmado por el testador, por el funcionario ante quien se otorga y por los testigos (art. 3674 Ver Texto). Si el testador no supiere o no pudiere firmar, se hará constar esta circunstancia y firmará por él uno de los testigos; de éstos, uno al menos deberá saber firmar (art. 3674).

1120/1236

1236.— Puede ocurrir que el testador desee hacerlo en forma secreta o cerrada. En tal caso actuará como autorizante (ministro de fe, dice el art. 3678 Ver Texto) cualquiera de las personas ante las cuales ha podido otorgar testamento abierto (art. citado).

Esta es la única liberación de las formas del testamento cerrado; en consecuencia, debe admitirse que quien lo elige debe cumplir con todos los recaudos de los artículos 3665 Ver Texto y siguientes, inclusive los cinco testigos (ver nota 10).

1120/1237

1237.— Finalmente, dice el artículo 3678 Ver Texto que las personas que pueden otorgar testamento militar o marítimo pueden también hacerlo en forma ológrafa. Es una disposición desde todo punto de vista superflua e inútil, pues la posibilidad de utilizar una forma especial, no significa que no pueda hacerse uso de las ordinarias.

1120/1238

1238. MEDIDAS DE SEGURIDAD.— Dispone el artículo 3677 Ver Texto que si el testador falleciere, el testamento militar deberá ser mandado al cuartel general y, con el visto bueno del jefe de estado mayor, que acredite el grado o calidad de la persona ante quien se ha hecho, se mandará al Ministerio de Guerra y el ministro de ese departamento lo remitirá al juez del último domicilio del testador, para que lo haga protocolizar. Si no se conociere el domicilio del testador, lo remitirá al juez de la Capital, con el mismo fin.

En este caso, la protocolización deberá ordenarse sin más trámite y sin necesidad de reconocimiento de la firma por el oficial ante el cual se otorgó, ni por los testigos. El informe del Ministerio de Guerra es suficiente para tener por acreditada prima facie la autenticidad del testamento y la habilidad del funcionario que intervino. Por lo demás, las mismas circunstancias de la guerra harían generalmente imposible la comparecencia, ante el juez, de dichas personas. Una razón de prudencia y seguridad aconseja la protocolización inmediata del testamento, debiendo quedar para después la dilucidación de cualquier impugnación relativa a las formas.

1120/1239

1239. CADUCIDAD.— El testamento militar es un remedio excepcional, que sólo se justifica por las circunstancias en que fue otorgado. No reúne, de modo plenamente satisfactorio, todos los requisitos que sería de desear para rodear de plenas garantías la expresión de la última voluntad. Por ello, tales testamentos valen solamente en tanto se mantengan las condiciones excepcionales que los legitiman. Pasados noventa días de la fecha en que cesaron, respecto del testador, las circunstancias que lo habilitan para testar militarmente, ese testamento caduca y carece de todo efecto; solamente vale, por tanto, si el testador hubiere fallecido antes de vencido ese plazo (art. 3676 Ver Texto).

El punto de partida de este plazo es cuestión que queda sujeta al prudente arbitrio judicial. La ley sólo brinda una directiva general: cesación de las circunstancias que lo autorizaron a testar militarmente. Algunas veces, será la terminación del estado de guerra; empero, ello puede ser insuficiente, si no obstante haber concluido las hostilidades, el testador no ha sido desmovilizado. Otras, el plazo empezará a correr aun antes de la terminación de la guerra; por ejemplo, si el soldado ha sido dado de baja por inhabilidad física u otra razón, y se reintegra a su medio habitual, en el que puede usar sin inconveniente alguno, de las formas ordinarias para testar.

1120/10680

B.— TESTAMENTO MARÍTIMO

1120/1240

1240. CONCEPTO.— Lo mismo que la guerra, también el viaje por mar supone, muchas veces, la imposibilidad de usar las formas ordinarias del testamento. Por ello la ley facilita el acto a quienes se encuentren embarcados. Y también como en el caso de la guerra, este testamento caduca si el que lo otorgó viviera más de noventa días después de transcurridas las circunstancias que le permitieron usar de esta forma.

1120/1241

1241. QUIÉNES PUEDEN HACER TESTAMENTO MARÍTIMO.— Todos los que naveguen en un buque de bandera nacional, sea de guerra o mercante, pueden usar esta forma. No se distingue entre los individuos de la tripulación o los pasajeros. Basta la circunstancia de encontrarse embarcado para poder hacerlo. Tampoco hay que distinguir entre la navegación por alta mar o fluvial. VÉLEZ SANSFIELD, que tuvo como modelo en este punto el Código de Chile (art. 1048, véase nota a nuestro art. 3679 Ver Texto), suprimió las palabras de éste que exigen la navegación por alta mar. Es, sin duda, una supresión deliberada porque, aunque menos probable, también puede ocurrir la urgencia de testar en una navegación fluvial (ver nota 11). El caudal de nuestros ríos y la importancia del tránsito por ellos, justifica esta solución, que es excepcional, pues en la legislación comparada sólo se admite esta forma de testamento en los viajes por mar (códigos: francés, art. 988; italiano, art. 611; alemán, art. 2251; mexicano, art. 1583; brasileño, art. 1636; uruguayo, art. 817, en cambio el Código venezolano, como el nuestro, no distingue entre el viaje por mar o por río, art. 867). Cabe señalar que el Código italiano autoriza también este testamento en los viajes por aeronave (art. 616).

Va de suyo que tampoco debe distinguirse entre la navegación de cabotaje y la de altura.

La ley habla únicamente de barcos de guerra o mercantiles. ¿Significa esto que a bordo de un barco de placer no es posible usar de tal forma? Sería esta una interpretación demasiado restrictiva; el Código no ha previsto la hipótesis, simplemente porque en la época en que se dictó no se había difundido esta actividad deportiva. Pero, en verdad, las circunstancias son perfectamente análogas y no se ve motivo para no aplicar la misma solución (ver nota 12). Es claro que debe tratarse de una navegación que signifique una verdadera dificultad para llegar a tierra y hacer uso de los medios ordinarios. En el nuevo Código italiano se habla simplemente de viaje por mar, sin mencionar la marina mercante o de guerra, lo que permite extender sin dificultad la norma a los barcos de placer.

Lo dispuesto para el testamento marítimo es aplicable al hecho en aeronave. El artículo 85 del Código Aeronáutico dispone que “el comandante de la aeronave registrará en los libros correspondientes los nacimientos, defunciones, matrimonios y testamentos ocurridos, celebrados o extendidos a bordo y remitirá copia auténtica a la autoridad competente”.

1120/1242

1242.— Nuestro Código habla únicamente de los barcos de bandera nacional. Ello no significa que no pueda testarse de este modo en los de bandera extranjera, pero entonces se deberá usar de las formas exigidas en la legislación del país a que el barco pertenece.

1120/1243

1243.— Finalmente, la ley exige como condición indispensable que el testamento se haya otorgado durante la navegación. Pero puede ocurrir que en ese tiempo el barco toque algún puerto. ¿Puede, durante la estada en él, otorgarse testamento marítimo? Hay que distinguir dos hipótesis: a) si se trata de puerto extranjero, el artículo 3685 Ver Texto dispone que no se podrá usar de esta forma cuando en este puerto hubiere cónsul de la República, pues en tal caso deberá otorgarse el testamento consular que prevé el artículo 3636 Ver Texto ; b) si se trata de puerto nacional, el testamento otorgado a bordo es nulo, ya que el artículo 3679 Ver Texto exige que el barco se encuentre en navegación, lo que es lógico, puesto que no habría inconveniente alguno para usar de las formas ordinarias. Por excepción, consideramos que debe admitirse la validez del acto cuando en ese puerto no hay escribanos. Se daría entonces un caso similar al del artículo 3685 Ver Texto , que resulta así aplicable por analogía.

1120/1244

1244.— No hay otras exigencias legales. En particular, no es necesario que el testador se encuentre enfermo, sí en peligro de muerte. Se aplica tanto en tiempo de paz, como de guerra.

1120/1245

1245. FORMALIDADES.— Las formalidades requeridas por la ley son las siguientes:

a) Forma escrita. Ya hemos dicho que nuestro Código no admite en ningún caso el testamento oral o nuncupativo; también en este caso debe hacerse por escrito. Puede ser hecho de puño y letra del testador, del autorizante o de un tercero; puede también escribirse a máquina. Sobre este punto la ley no establece ninguna limitación. Debe estar fechado (art. 3679 Ver Texto).

1120/1246

1246. b) Ante quién se otorga.— En los buques de guerra, debe otorgarse ante el comandante (art. 3679 Ver Texto); en los mercantes, ante el capitán, sus segundos o el piloto (art. 3683 Ver Texto). Esta última disposición es también aplicable a los viajes de placer, en los cuales, según nuestro criterio, también es permitido testar en esta forma (véase nº 1230).

1120/1247

1247. c) Testigos.— Los testigos deben ser por lo menos tres (art. 3679 Ver Texto). Se exige aquí un número mayor que en el testamento militar porque se supone, razonablemente, que es más fácil encontrar testigos hábiles en un barco que durante una acción de guerra.

1120/1248

1248. d) Firma.— El acto debe ser firmado sobre todo por el testador; la ley no lo dice expresamente, sin duda por una inadvertencia, pero es obvio que así debe serlo (ver nota 13). Sólo podrá faltar su firma si no supiere o no pudiese hacerlo. Tal es la solución que se desprende de la aplicación de los artículos 3661 Ver Texto , 3662 y 3674 Ver Texto . En este

caso, deberá firmar por él un tercero o uno de los testigos (véase arts. citados); pero la omisión de la expresión de que no sabe o no puede firmar no es una causa de nulidad, ya que la ley no lo exige expresamente (ver nota 14). También deberá firmar el acto el funcionario autorizante y todos los testigos que sepan hacerlo; de los tres testigos, por lo menos dos deben saber firmar (art. 3666 Ver Texto). Pero la omisión de la firma a ruego no es causa de nulidad, ya que la ley no la exige expresamente en este caso. Por lo demás, bastante prueba de la autenticidad del acto la constituye la intervención del funcionario autorizante y de los testigos.

1120/1249

1249. e) Duplicado.— El testamento marítimo debe ser extendido por duplicado, con las mismas firmas que el original (art. 3679 Ver Texto). Esta formalidad tiende a asegurar la conservación del documento. Con tal fin, la ley dispone que uno de los ejemplares será entregado por el capitán del buque al agente diplomático o cónsul argentino del primer puerto a que arribe el barco, conservando otro en su poder (art. 3681 Ver Texto). En los tiempos en que la navegación era azarosa y los medios de comunicación inseguros, este procedimiento brindaba un considerable margen de probabilidades de que, por lo menos alguno de los ejemplares, llegaría a destino. Esos peligros son hoy mucho menores, pero no por eso han desaparecido.

Hemos destacado el carácter y fundamento del duplicado para poner de relieve que no se trata de una solemnidad que haga al acto mismo, sino a la conservación del instrumento. Por consiguiente, si se hubiera omitido hacer por duplicado el testamento, ello no es causa de nulidad del acto (ver nota 15).

¿Qué ocurre si el cotejo de ambos documentos revela que hay diferencias entre ellos? La hipótesis, aunque no muy probable, es posible. Habrá que tener presente entonces, que ambos documentos son de igual valor; y si hay diferencias, el juez procurará armonizar sus disposiciones. Es una tarea de interpretación, en la que no solamente deberán tomarse en cuenta las cláusulas que difieren, sino el contexto general del testamento. Si la diferencia consiste en que uno de ellos contiene una manda que el otro omite, habrá que admitir la validez de esa disposición y que el silencio guardado en el otro es una omisión involuntaria. Es una solución impuesta por el buen sentido.

1120/1250

1250.— Si el que puede otorgar testamento marítimo prefiere hacerlo cerrado se observarán las solemnidades prescriptas para éstos, actuando como ministro de fe el comandante del buque o su segundo, ante tres testigos, de los cuales por lo menos dos sepan firmar (art. 3682 Ver Texto). Adviértase que, en este punto, hay una inconsecuencia legal. Respecto del

testamento militar cerrado, la única diferencia con la forma cerrada ordinaria es que no se otorga ante el escribano, sino ante las autoridades militares; por lo demás deben cumplirse todas las restantes exigencias formales (art. 3678 Ver Texto), incluso, claro está, los cinco testigos. En cambio en el marítimo, en que es más fácil la obtención de testigos (y por ello en la forma abierta se exigen tres y no dos como en el militar), se requieren tres.

1120/1251

1251. MEDIDAS DE SEGURIDAD.— Como en el caso del testamento militar, la ley dispone diversas medidas tendientes a asegurar la conservación.

El testamento se conservará entre los papeles más importantes del buque y se hará mención de él en el diario (art. 3680 Ver Texto). Cabe preguntarse qué ocurre si el capitán olvida cumplir con esta diligencia. ¿Es nulo el testamento? Indudablemente no, porque la medida no se relaciona con las solemnidades del acto, sino con la seguridad y conservación del instrumento (ver nota 16).

Si el buque, antes de volver a la República, arribase a un puerto extranjero en que haya un agente diplomático o un cónsul argentino, entregará a ese agente un ejemplar del testamento y él lo remitirá al Ministerio de Marina, para los efectos que se ha dispuesto acerca del testamento militar (art. 3681 Ver Texto), es decir, para que éste lo curse al juez competente con miras a su protocolización. Si el buque volviese a la República, lo entregará al capitán del puerto, para que lo remita a iguales efectos al Ministerio de Marina (art. 3681 Ver Texto).

Nuestra ley nada dispone acerca del otro duplicado. MACHADO opina que debe conservarse entre los papeles del buque, salvo el derecho de los interesados de reclamar su entrega para sacar testimonio y devolverlo (ver nota 17). Más razonable nos parece la entrega de ese duplicado al juez competente. Es la solución admitida en la legislación comparada; en este sentido la mayor parte de los códigos disponen que, en caso de haber hecho entrega de uno de los duplicados a un agente consular extranjero, el capitán deberá entregar el otro al llegar al puerto nacional; y en caso de haber llegado directamente a puerto nacional, deberá entregar ambos ejemplares a la autoridad competente (Código italiano, art. 613; francés, art. 992; uruguayo, art. 820; mexicano, art. 1588, etc.). Para más seguridad, el Código francés dispone que ambos documentos se enviarán por correo separados.

1120/1252

1252. CADUCIDAD.— Dispone el artículo 3684 Ver Texto que el testamento marítimo no

valdrá sino cuando el testador hubiese fallecido antes de desembarcar o antes de los noventa días subsiguientes al desembarco. No se tendrá por desembarco bajar a tierra por corto tiempo, para reembarcarse en el mismo buque.

Se trata de una norma flexible, cuya aplicación a cada caso concreto ha sido dejada librada al prudente arbitrio judicial. El magistrado deberá apreciar las circunstancias del caso y resolver si el tiempo del desembarco ha sido tal que justifique que corra el plazo de caducidad.

La ley habla de reembarco en el mismo buque. Es un error, hubiera sido preferible hablar simplemente de reembarco, porque es posible que el marinero que llega hoy en una nave, salga al día siguiente en otra. La circunstancia de ser uno u otro el barco, en nada influye sobre las dificultades que ha podido tener para otorgar el testamento ordinario en ese breve tiempo; por el contrario, quizá el cambio las hace mayores. Pensamos, pues, que la norma no debe interpretarse literalmente; al hablar de desembarco y reembarco en la misma nave, la ley ha querido dar la idea de una estada fugaz, que no permita ocuparse de su testamento. Pero si esta misma circunstancia se da cuando el reembarco es en otra nave, la solución debe ser la misma.

1120/1253

1253.— Los noventa días ¿deben contarse desde el momento en que el barco llegó a puerto, desde que el testador pudo desembarcar o desde que desembarcó efectivamente? Aceptamos la última interpretación, porque es la que más favorece la validez del acto (ver nota 18).

1120/1254

1254. LEGADOS A FAVOR DE LOS OFICIALES DEL BUQUE.— Los legados hechos a favor de los oficiales del buque son nulos, si ellos no fuesen parientes del testador (art. 3686 Ver Texto). De esta norma nos hemos ocupado al tratar de las incapacidades para recibir por testamento (véase nº 1129).

1120/1255

1255. EMPLEO DE LAS FORMAS ORDINARIAS.— Según el artículo 3687 Ver Texto , las personas que pueden hacer testamento marítimo, pueden hacerlo también en forma ológrafa. Era innecesario decirlo, pues las formas especiales constituyen un favor y no una imposición de la ley, de tal modo que los interesados, si quieren y pueden, están facultados

para usar también de las ordinarias.

1120/10690

C.— TESTAMENTO CONSULAR

1120/1256

1256. EL ARTÍCULO 3636.— Los argentinos que se encontraren en país extranjero, de tránsito o domiciliados en él, y los extranjeros domiciliados en la Argentina que se encuentren en tránsito en un país extranjero, pueden testar ante el ministro plenipotenciario de la República, el encargado de negocios o el cónsul, en presencia de dos testigos (art. 3636 Ver Texto) (ver nota 19)

Cabe agregar que, de acuerdo al artículo 15, ley 4712, los cónsules argentinos en el extranjero pueden autorizar los mismos actos que los escribanos, disposición que, en lo que atañe al testamento, viene a ratificar lo dispuesto por el artículo 3636. Pensamos que, habiendo cónsul, el testamento debe otorgarse ante él, en atención a que ésta es una de sus funciones específicas, de acuerdo al artículo 15, ley 4712; y que sólo a falta o por imposibilidad de ese funcionario, debería otorgarse ante el ministro o el encargado de negocios. Pero, de cualquier modo, la circunstancia de que se otorgara ante ellos, pudiendo haberlo hecho ante el cónsul, no es una causal de nulidad, atenta la facultad expresa reconocida en el artículo 3636.

1120/1257

1257. FORMALIDADES.— El artículo 3636 Ver Texto se limita a establecer ante quién debe otorgarse el testamento, sin expresar qué formalidades deben llenarse. Pero es indudable que deben cumplirse las establecidas por el Código para los testamentos por acto público (ver nota 20).

Sin embargo, la ley establece algunas diferencias:

a) Basta con dos testigos (en vez de tres), argentinos o extranjeros residentes en el lugar (art. 3636 Ver Texto). Cuando esta disposición exige la residencia en el lugar ¿se refiere únicamente a los testigos extranjeros, o también a los argentinos? La doctrina acepta, a nuestro juicio con buen criterio, que la residencia en el lugar sólo debe exigirse a los

extranjeros; los argentinos, por el contrario, pueden tenerla allí o en nuestro país (ver nota 21).

b) El testamento abierto será rubricado al principio y fin de cada página por el jefe de la legación o por el cónsul, si no hubiese legación (art. 3637 Ver Texto).

c) Finalmente, el testamento que no hubiese sido hecho ante el jefe de la legación, deberá llevar el visto bueno de éste, si existiese un jefe de legación (art. 3637 Ver Texto). Es muy dudoso que esta disposición sea aplicable después que la ley 4712, artículo 15, ha permitido a los cónsules a autorizar los mismos actos que los escribanos; ello significa que el acto queda perfecto con la sola intervención del cónsul. Cuanto más será necesario la intervención del funcionario competente del Ministerio de Relaciones Exteriores que legalice la firma del cónsul o del Jefe de la Legación. De cualquier manera, este visto bueno es extraño al testamento en sí mismo, de modo que su omisión no perjudica la validez del acto (ver nota 22).

1120/1258

1258.— El artículo 3637 Ver Texto , después de aludir al visto bueno y a la rúbrica al principio y al fin de cada página, agrega: si no existiese un consulado ni una legación de la República, estas diligencias serán llenadas por un ministro o cónsul de una nación amiga.

Esta disposición ha dado lugar a dificultades. ¿Se refiere la intervención del ministro o cónsul de la nación amiga al otorgamiento de todo el acto o sólo al visto bueno y rúbrica puestas después que el testamento se ha otorgado ante el jefe de legación o cónsul argentino? Esta última interpretación ha sido sostenida por MACHADO (ver nota 23); pero así la disposición carece de lógica y de sentido, porque si se otorga el testamento ante el ministro o cónsul argentino, en ese mismo acto cumplirá con el requisito de la firma, y la intervención del funcionario extranjero será inútil. No queda sino admitir que lo que esta disposición ha querido decidir es que en el caso previsto en ella, todo acto puede otorgarse ante un funcionario extranjero.

1120/1259

1259. MEDIDAS DE SEGURIDAD Y PROTOCOLIZACIÓN.— El jefe de legación o a falta de éste, el cónsul, remitirá una copia del testamento abierto o de la carátula del cerrado al ministro del Relaciones Exteriores de la República, y éste, abonando la firma del jefe de la legación o del cónsul en su caso, lo remitirá al juez del último domicilio del difunto en la República, para que lo haga incorporar en los protocolos de un escribano del mismo domicilio. No conociéndose el domicilio del testador en la República, el testamento será

remitido por el ministro de Relaciones Exteriores a un juez de primera instancia de la Capital para su incorporación en los protocolos de la escribanía que el mismo juez designe (art. 3637 Ver Texto).

Si se tratara de testamento abierto, el juez dispondrá la protocolización sin más trámite; si fuera cerrado, se procederá a abrirlo ante los herederos, en la forma que hemos señalado en otro lugar (véase nº 1183). Pensamos que la citación a la audiencia para la apertura deberá hacerse por edictos, dado que el juez no puede tener conocimiento de quiénes son los herederos, cuando se trata de un testamento que le ha llegado por la vía indicada.

1120/10700

D.— TESTAMENTO EN CASO DE EPIDEMIA

1120/1260

1260. EL ARTÍCULO 3689.— En la antigüedad, las pestes o epidemias tenían efectos devastadores; la gente huía del contacto de los enfermos. Se comprende que, en tales condiciones, era muy difícil encontrar escribanos y testigos que se prestasen a acudir al lado del pestoso para recibir sus disposiciones de última voluntad. Por ello las leyes facilitaban tales testamentos, haciendo menos rigurosas las formalidades y exigiendo menos testigos.

Esta atenuación del formalismo, en caso de peste o epidemia, ha pasado al derecho moderno, aunque el problema no es el mismo. Nuestro Código dispone que, si por este motivo, no se encontraren en el pueblo o lazareto escribano ante el cual pueda hacerse el testamento por acto público, podrá hacerse ante un municipal o ante el jefe del lazareto, con las demás solemnidades prescriptas para los testamentos por acto público (art. 3689 Ver Texto).

La única diferencia con este último es, por tanto, la persona ante quien se otorga; las restantes formalidades son exactamente las mismas. Esta disposición es objetable. Dadas las circunstancias extremas en que se otorga el testamento, hubiera sido lógico una atenuación del formalismo; además, si tantos testamentos se han anulado por defectos de forma, cuando los autoriza un experto, como es el escribano, bien se comprenderá cuán difícil es que un lego acierte con el cumplimiento de todos los sutiles requisitos formales establecidos por nuestra ley. Felizmente, el progreso de la medicina ha disminuido a proporciones casi despreciables el problema que procura resolverse con el artículo 3689 Ver Texto ; pero, de cualquier modo, no ha desaparecido completamente, y si el caso está

previsto y legislado, lo lógico es hacerlo de manera que la norma preste realmente utilidad. Por ello casi todos los códigos que legislan sobre este testamento, introducen atenuaciones al rigorismo formal del testamento ordinario por acto público (véase códigos alemán, art. 2250; suizo, art. 506; italiano, art. 609; venezolano, art. 865; uruguayo, art. 811; chileno, art. 1035; colombiano, art. 1092).

1120/1261

1261.— El artículo 3689 Ver Texto dice que el testamento se otorgará ante el jefe del lazareto o ante un municipal. La ley no precisa este concepto. Entendemos, por tanto, que es hábil todo empleado municipal, cualquiera sea su categoría. Ya que la ley no distingue, hay que preferir la interpretación que más favorece la validez del acto y que brinda mayores facilidades para resolver las dificultades que se presentan al enfermo contagioso que quiere testar.

(nota 1) Véase GONZÁLEZ RAMÍREZ, Testamentos especiales, E.D., t. 25, p. 887.

(nota 2) Véase MAYNZ, Cours de droit romain, t. 3, § 449; ARANGIO RUIZ, Instituciones de derecho romano, ed. Buenos Aires, p. 587 y sigs.; BONFANTE, Instituciones de derecho romano, ed. Madrid, § 203.

(nota 3) BONFANTE, Instituciones de derecho romano, § 203.

(nota 4) Así, por ejemplo, puede testar el militar aunque sea sordomudo o esté condenado a muerte, y puede instituir personas incapaces: no tiene lugar en el testamento militar la regla nemo pro parte testatus, ni el derecho de acrecer; varios testamentos militares son válidos, si son compatibles; el militar puede testar bajo condición o a término; no está obligado a respetar los herederos necesarios, ni la cuarta falcidia; no tiene obligación de instituir formalmente al heredero (BONFANTE, § 203, p. 589, nota 2).

(nota 5) BONFANTE, loc. cit..

(nota 6) LAFAILLE, t. 2, n° 386; MACHADO, t. 9, p. 597.

(nota 7) De acuerdo: LAFAILLE, t. 2, n° 386; DE GÁSPERI, t. 3, n° 454; MACHADO, t. 9, p. 597, nota; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 304.

(nota 8) Véase en sentido más o menos concordante, MACHADO, t. 9, p. 598, quien hace la salvedad del caso que en el cuartel hubiese escribano.

(nota 9) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 2, n° 307.

(nota 10) De acuerdo: DE GÁSPERI, t. 3, n° 460; SEGOVIA, 1ª ed., t. 2, p. 593, nota 129. PÉREZ LASALA sostiene que bastan dos testigos, t. 2, n° 309.

(nota 11) De acuerdo: DE GÁSPERI, t. 3, n° 461; LAFAILLE, t. 2, n° 393; MACHADO, t. 9, p. 609, nota.

(nota 12) En contra sosteniendo que la ley se refiere estrictamente a los buques de guerra y mercantes, GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 144.

(nota 13) DE GÁSPERI, t. 3, n° 461; MACHADO, t. 9, p. 609; RÉBORA, t. 2, n° 393.

(nota 14) MACHADO, loc. cit. en nota anterior.

(nota 15) De acuerdo: MACHADO, t. 9, p. 610, nota.

(nota 16) MACHADO, t. 9, p. 611, nota.

(nota 17) MACHADO, t. 9, p. 612.

(nota 18) De acuerdo: MACHADO, t. 9, p. 615; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 326.

(nota 19) No obstante los términos claros de la ley que alude sólo a los argentinos y a los extranjeros domiciliados en nuestro país, GOYENA COPELLO entiende que cualquier extranjero puede usar esta forma de testar: Sucesiones, t. 2, p. 156.

(nota 20) De acuerdo: ZANNONI, t. 2, § 1149; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 237; DE GÁSPERI, t. 3, n° 404; MACHADO, t. 9, p. 500; SEGOVIA, 2ª ed., t. 2, p. 596, nota 26 y LLERENA, t. 10, art. 3637, piensan que puede ser otorgado con las formas dispuestas en nuestras leyes o en las leyes del país donde el acto se otorga, para el

testamento por acto público.

(nota 21) MACHADO, t. 9, p. 501, nota; DE GÁSPERI, t. 3, n° 404; PÉREZ LASALA, t. 2, n°296.

(nota 22) MACHADO, t. 9, p. 502, nota.

(nota 23) MACHADO, t. 9, p. 502, nota. En nuestras primeras ediciones (1ª a 4ª) habíamos adherido a la interpretación de MACHADO. Pero una nueva reflexión nos persuade de que esta interpretación es errónea.

1120/10710

§ 6.— Testamentos otorgados en el extranjero

1120/11470

1261 bis. NECESIDAD DE PROTOCOLIZARLOS.— Los testamentos otorgados en el extranjero, sea por instrumento público o privado, no pueden hacerse valer en la Argentina sin previa protocolización (ver nota 1). Esta solución tiene un fuerte apoyo en el artículo 1211 Ver Texto , cuya aplicación analógica al caso han consagrado los tribunales (ver nota 2).

Cuando se trata de testamentos ológrafos, no basta protocolizar la traducción, sino que es necesario hacer lo propio con el original en idioma extranjero (ver nota 3).

(nota 1) C. Civ. Cap., Sala A, 28/10/1959, causa n° 56.708 (inédita); C. Civ. 2ª Cap., 30/5/1950, L.L., t. 60, p. 373; GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 167; LAFAILLE, Sucesiones, t. 2, p. 287. En contra: ROMERO DEL PRADO, nota en L.L., t. 60, p. 373; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 341.

(nota 2) Fallos citados en nota anterior.

(nota 3) C. Civ. Cap., Sala A, 27/10/1959, causa n° 60.401.

1120/10720

CAPÍTULO XIV - DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS EN GENERAL

1120/10730

§ 1.— Conceptos generales

1120/1262

1262. EL CONTENIDO DEL TESTAMENTO.— Hasta aquí nos hemos ocupado de las formas de los testamentos; ahora trataremos de su contenido.

Se ha dicho ya que el testamento es normal y principalmente, un acto de disposición de bienes (véase nº 1059). Esto no significa, sin embargo, que no pueda contener disposiciones de carácter extrapatrimonial. Las más importantes, entre estas últimas, son el reconocimiento de hijos extramatrimoniales y el nombramiento de tutor, cuyo estudio ha sido hecho en otro lugar (Tratado de Derecho Civil, Familia, 9ª ed., t. 2, núms. 707 y 988 y sigs.). También suele contener consejos del difunto a sus hijos, pedidos o ruegos formulados a sus herederos o parientes, declaraciones solemnes de pertenecer a tal credo religioso, etcétera; pero éstas no pueden calificarse como disposiciones, porque no tienen obligatoriedad y no entran, por tanto, en el plano de lo jurídico.

1120/1263

1263. EL TESTAMENTO COMO ACTO DE DISPOSICIÓN DE BIENES.— Esta es la función jurídica normal del testamento. La disposición de los bienes se puede realizar por cuatro vías: a) la institución hereditaria, que tiene lugar cuando se deja a una persona todo el patrimonio o una parte alícuota de él, sin designar porciones; lo que caracteriza al heredero y lo distingue del legatario de cuota es que tiene, en potencia, una vocación al todo del acervo hereditario; del tal modo que, si uno de los coherederos renuncia la herencia o es incapaz de recibirla, los restantes acrecen sus cuotas en esa parte; b) el legado de cuota; al legatario se le asigna una cuota fija del acervo sucesorio; carece del derecho de acrecer, de tal modo que en ningún caso podrá recibir más que lo que se ha asignado; c) el legado particular, que importa la asignación de una cosa concreta y no de una parte del patrimonio. Adviértase que decimos cosa concreta y no cierta, pues el legado puede ser de

cosas inciertas, como las que se designan por peso, cantidad o medida; d) el cargo impuesto a un heredero o legatario en favor de un tercero.

Todos estos conceptos serán desarrollados oportunamente. Por ahora, basta con lo dicho para dar una idea de los modos que pueden asumir las disposiciones testamentarias.

1120/1264

1264. EL TESTAMENTO PUEDE CONTENER UNA DISPOSICIÓN TOTAL O PARCIAL DE LOS BIENES.— Imperaba en Roma la regla *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*: nadie puede morir en parte testado y en parte intestado. No se concebía, en efecto, que pudiera coexistir la sucesión testamentaria al lado de la legítima; bastaba, pues, con que el testador dejase uno solo de sus bienes a una persona, para que ella se transformara en heredero con vocación al todo, de tal modo que excluía totalmente a los herederos legítimos (ver nota 1). Esta regla, que parece poco comprensible para la ciencia jurídica moderna, era, sin embargo, la consecuencia lógica de la concepción romana de la herencia. En ella, la institución de heredero es lo esencial y la adquisición del patrimonio una consecuencia. La herencia no servía en un principio como traspaso patrimonial, sino como traspaso de la soberanía sobre la familia romana; por ello, cuando había ya un jefe designado de una determinada manera (en el caso, por testamento), era inconcebible que pudiera haber al mismo tiempo otro designado de modo diferente (en el caso, por disposición de la ley fundada en el parentesco) (ver nota 2).

En el derecho moderno, todo esto carece de significado. La institución hereditaria no tiene otro contenido que una transmisión de bienes; y no se ve qué inconveniente puede haber en que una parte de esos bienes se transmita de acuerdo a la voluntad del testador y otra conforme con el orden sucesorio legal. Por ello, el artículo 3607 Ver Texto dispone que el testamento puede contener una disposición total o parcial de los bienes, admitiendo así una regla que hoy es universal.

1120/1265

1265. LEY APLICABLE.— El contenido del testamento, su validez o invalidez legal, se juzgan según la ley en vigor en el domicilio del testador al tiempo de su muerte (art. 3612 Ver Texto). Es una regla concordante con el artículo 3283 Ver Texto , referido al derecho de sucesión en general.

Pese a la generalidad de sus término, hay que tener presente que, de acuerdo al principio de la pluralidad de sucesiones, habrá que aplicar siempre la ley argentina a todo lo referente a la transmisión de bienes inmuebles, o de bienes con situación permanente en el país. Hemos

tratado detenidamente esta materia en los números 43 y siguientes a los que remitimos.

(nota 1) Solamente se admitió en el derecho imperial una excepción en favor del testamento militar, excepción que tenía carácter de privilegio (Digesto, L. 6, De test. mil., 29, 1).

(nota 2) BONFANTE, Instituciones de derecho romano, § 190.

1120/10740

§ 2.— Modalidades de las disposiciones testamentarias (ver nota 1)

1120/1266

1266. APLICACIÓN DE LAS REGLAS GENERALES.— El testamento, como cualquier acto jurídico, puede contener condiciones, plazos o cargos. Son pues, de aplicación los principios generales estudiados en otro lugar (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 1043 y sigs.). Sin embargo, las características propias del testamento originan problemas que son peculiarísimos. Esa aplicación de las normas generales debe, pues, hacerse con sumo cuidado, porque en muchos casos no se avienen con la naturaleza de las disposiciones de última voluntad. De ahí que los códigos modernos hayan dedicado a este problema una atención especial, reglamentándolo minuciosamente (italiano, arts. 638 y sigs.; venezolano, arts. 913 y sigs.; mexicano, arts. 1344 y sigs.).

Hay que hacer, sin embargo, una salvedad. La legítima no puede ser sometida a condición, plazo o cargo, porque el derecho a ella no surge de la voluntad del difunto, sino de una ley imperativa, cuya aplicación no puede ser retaceada por disposición del testador (art. 3598 Ver Texto).

1120/1267

1267. CRÍTICA DEL MÉTODO DEL CÓDIGO.— En toda esta materia, el Código ha seguido un método desordenado. Trata de la condición, el plazo y el cargo en materia de obligaciones, cuando debía haberlo hecho con relación a los actos jurídicos en general, con lo que hubieran quedado comprendidos los testamentos, sin perjuicio de establecer respecto de ellos alguna regla especial.

En lo que les atañe, se advierte un evidente desorden. Así, por ejemplo, trata del plazo y el cargo con referencia exclusiva a los legados, cuando debió hacerlo con relación a las disposiciones testamentarias en general, pues también la institución hereditaria puede estar sujeta a ellas. La circunstancia de que tengan más frecuente aplicación práctica en los legados, no justifica el método seguido. En cambio, de la condición trata de un modo general (arts. 3608 Ver Texto y sigs.). Este desorden dificulta la comprensión y aplicación del sistema legal (ver nota 2).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: FORNIELES, t. 2, núms. 176 y sigs.; LAFAILLE, t. 2, núms. 258 y sigs.; MACHADO, t. 9; ZANNONI, t. 2; PÉREZ LASALA, t. 2; MAFFÍA, t. 3; GATTI, Modalidad de la voluntad testamentaria, Montevideo, 1954; DEMOLOMBE, t. 18; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, núms. 268 y sigs.; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, núms. 1526 y sigs.; CICU, Testamento, Milano, 1951; GANGI, La successione testamentaria, t. 3, núms. 479 y sigs.; MESSINEO, t. 7, § 185; BARASSI, Le successioni per causa di morte, núms. 141 y sigs.; KIPP, Sucesiones, vol. 1, § 45.

(nota 2) De acuerdo con nuestra crítica, ZANNONI, t. 2, § 1254; PÉREZ LASALA, t. 2, nº 341.

1120/10750

A.— CONDICIÓN

1120/1268

1268. REMISIÓN A LAS REGLAS GENERALES.— El artículo 3610 Ver Texto dispone que todo lo establecido respecto de las obligaciones hechas bajo condición, es aplicable a las disposiciones testamentarias. Remitimos, por tanto, a nuestro Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, números 1044 y siguientes.

Sin embargo, hay que señalar que la naturaleza peculiar de las disposiciones de última voluntad obliga a considerar de modo peculiar algunos de los problemas relativos a esta modalidad.

1.— Condiciones imposibles, ilícitas o contrarias a las buenas costumbres (ver nota 1)

1120/1269

1269. REGLA LEGAL.— Según el artículo 3608 Ver Texto toda condición legal o físicamente imposible o contraria a las buenas costumbres anula la disposición a que se halle impuesta. Puesto que el artículo 3610 Ver Texto declara aplicable a esta materia todo lo dispuesto sobre las condiciones en las obligaciones, la regla parece inútil, porque no hace sino repetir la solución del artículo 530 Ver Texto (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 1056). Se explica, sin embargo, que VÉLEZ SARSFIELD haya reiterado la norma de modo expreso, pues en esta materia existe una controversia nacida en el derecho romano y que se mantiene viva aún en nuestros días. En teoría es posible sostener dos soluciones opuestas: a) según la primera, la condición de una cosa imposible, ilícita o contraria a las buenas costumbres anula la disposición testamentaria; b) según otra, esta condición debe tenerse por no escrita, de tal modo que la disposición conserva plena vigencia; solamente en los contratos tales condiciones viciarían la obligación misma.

Este último fue el sistema que prevaleció en Roma, donde fue propugnado por la escuela saviniana, en contra de la opinión de los proculeyanos, que sostenían la nulidad de la disposición testamentaria. En la legislación moderna, tienen por no escrita la condición ilícita o imposible, el Código francés (art. 900), el italiano (art. 634), el español (art. 792), el venezolano (art. 914), el portugués (art. 1743). Consideran en cambio, nula la disposición: el Código suizo (art. 482), el mexicano (art. 1347), el uruguayo (arts. 947 y 1410), el chileno (arts. 1480 y 1481). Según ya dijimos, nuestro Código se ha adscripto a esta última solución. Se explica que así sea, porque en el momento en que se lo redactó, los más ilustres juristas franceses criticaban la solución del artículo 900 del Código Napoleón y la jurisprudencia había empezado su labor para limitar su esfera de aplicación (ver nota 2). Bajo la influencia de tales opiniones, VÉLEZ se inclinó por la nulidad de la disposición testamentaria, con lo que innovó sobre el sistema hasta entonces imperante en nuestra legislación, ya que las Partidas habían seguido la tradición romana de tener por no escritas las condiciones ilícitas o inmorales (Partida 6, tít. 4, ley 3).

1120/1270

1270.— En favor del sistema de nuestra ley se arguye: a) No hay ningún motivo para desviarse en este caso del principio general, según el cual la condición de un hecho ilícito, imposible, o contrario a la moral, anula la obligación. b) La condición no es algo extrínseco, que venga de afuera y se agregue a un querer ya formado independientemente; por el contrario, entra a formar parte de la osatura del acto, es un elemento inseparable del querer; de tal modo que no es posible desmembrar el beneficio de la condición, sin contrariar la voluntad del causante (ver nota 3). c) Cuando el difunto deja un beneficio a

una persona, con la condición de que realice un acto imposible, por ejemplo, que toque el cielo con la mano, es evidente que tiene el propósito de no legarle nada.

Tales argumentos nos parecen en extremo débiles; pensamos que la solución del Código constituye un grave error y que debe volverse al sistema romano-hispánico que mantiene la validez del testamento. Hay, en efecto, una profunda diferencia entre el negocio entre vivos y el testamento. Veamos un ejemplo. Una persona celebra un importante contrato de trabajo con una compañía, que lo nombra administrador de alguno de sus establecimientos; una de sus cláusulas establece como condición que el administrador ha de permanecer célibe o de mudar de religión. Está bien que la ilicitud de esta cláusula importe la nulidad de todo el contrato, porque hay en esto una convención contraria a la moral. Resulta repugnante que una persona trafique con sus sentimientos, con sus ideas religiosas; tales convenciones deben ser nulas. Muy distinto es el caso de la disposición testamentaria. Se instituye heredero a un sobrino, con la condición de que no se case. El instituido no ha tenido parte en esa cláusula, no ha negociado su libertad, no hay en su conducta nada repudiable. Lo único repudiable es la condición, que debe tenerse por no escrita; de lo contrario, la sanción no recae sobre el autor y culpable de la condición inmoral (que en este caso es solamente el causante), sino en quien carece de toda culpa (ver nota 4).

Por lo demás, cuando el testador pone una condición ilícita, la mayor parte de las veces será por error de derecho, porque no sabía que estaba prohibida. De lo contrario, habría que suponer que ha querido burlarse del beneficiario (ver nota 5). Lo prudente, por tanto, es considerar que, de haber sabido las consecuencias que tal condición trae aparejada, el testador no la hubiera puesto; su voluntad se respetará mejor convalidando el acto de disposición, que anulándolo. El argumento basado en que la condición de un hecho imposible (por ej., tocar el cielo con la mano), pone de manifiesto una voluntad de no hacer a esa persona ningún beneficio, no tiene ninguna eficacia en orden al planteo general del problema. Cuando, en efecto, se trata de una condición absurda, tal como la del ejemplo señalado, es evidente que no hay voluntad de hacer el legado; éste debe anularse, pero no porque la condición sea imposible sino porque, en realidad, no hay tal legado. La voluntad rectamente interpretada del causante pone de manifiesto, en efecto, que su propósito fue no hacer la liberalidad. Distinto es cuando se trata de un hecho humanamente posible; cuando el causante ha pretendido inducir al beneficiario a seguir una conducta ilícita, haya o no tenido conciencia el causante de esa ilicitud. En tal caso, lo prudente es tener por no escrita la condición.

Cabe agregar, finalmente, que nuestro Código es contradictorio. Así, por ejemplo, la condición de no enajenar los bienes es ilícita; pero no por ello la liberalidad es inválida, sino que se tiene por no escrita (art. 3781 Ver Texto). No se concibe por qué razones hay de seguirse distinta solución cuando el causante impone la de mudar o no mudar de religión, de no casarse, de no mudar de domicilio, etcétera.

1271.— Juzgando, como lo hacemos nosotros, que la solución de nuestra ley es mala, es necesario restringir en lo posible el campo de aplicación del artículo 3608 Ver Texto , en procura de evitar nulidades injustificadas.

1120/1272

1272. CONDICIONES ESPECIALMENTE PROHIBIDAS Y EN PARTICULAR LAS RELATIVAS AL MATRIMONIO.— Son condiciones especialmente prohibidas las designadas en el artículo 531 del Código (art. 3609). En verdad, es en los testamentos en donde más frecuentemente se dan las hipótesis previstas en el artículo 531, que son las siguientes:

a) Habitar siempre un lugar determinado o sujetar la elección de domicilio a la voluntad de un tercero (inc. 1º). La elección del domicilio se vincula íntimamente con la libertad humana, de tal modo que toda restricción de ese derecho resulta inadmisibles.

Cabe preguntarse si la condición de vivir siempre en la Argentina, o en América, es violatoria de esta norma. Creemos que no, y que sólo la condición que restrinja de modo intolerable la libertad de cambiar el domicilio debe reputarse ilícita. De lo contrario, y so color de proteger tal libertad del beneficiario, se le provocaría la gravísima lesión patrimonial de privarlo de la herencia. Otra solución podría admitirse si, como ocurre en otras legislaciones, la ilicitud de la condición sólo significase invalidez de ella pero no de la disposición testamentaria. Con tanto mayor razón debe reputarse lícita la condición de no abandonar el país, o de no viajar a Europa durante cierto tiempo, hasta cumplir cierta edad, por ejemplo, 25 ó 30 años. Aquí no hay limitación para siempre (como dice el art. 531, inc. 1º), sino temporaria del derecho de residir o cambiar de residencia (ver nota 6).

b) Mudar o no mudar de religión (inc. 2º); juega aquí la libertad de conciencia, celosamente protegida por nuestro ordenamiento jurídico y que quedaría afectada en ambas hipótesis. Véanse otras condiciones vinculadas con la libertad de cultos en los números 1296 y siguientes.

c) Casarse con determinada persona o con aprobación de un tercero, o en cierto lugar o en cierto tiempo o no casarse (inc. 3º).

d) Vivir célibe perpetua o temporalmente, o no casarse con persona determinada, o separarse personalmente o divorciarse vincularmente (inc. 4º). Estos dos incisos protegen el derecho a contraer matrimonio, base de la familia legítima, y a elegir libremente el

cónyuge. Su aplicación práctica suscita numerosas cuestiones que interesa dilucidar.

1120/1273

1273.— Ante todo, es evidente que, con el buen propósito de proteger el matrimonio, la ley ha ido demasiado lejos. No se justifica la prohibición de la condición de casarse en determinado lugar. No se afecta con ello la elección del cónyuge, ni tampoco se obliga a desplazamientos onerosos, que pueden constituir eventualmente una dificultad, desde que el casamiento puede hacerse por poder. Pensamos, pues, que este inciso debe interpretarse de conformidad con su fundamento, que es evitar todo obstáculo o inconveniente a la celebración del matrimonio; en consonancia con este criterio, sólo sería nula la disposición testamentaria si significase para los cónyuges un inconveniente apreciable; como, por ejemplo, si el testador pusiera como condición que el matrimonio se celebrase personalmente en Italia.

1120/11480

1273 bis.— Con respecto a la prohibición de contraer matrimonio, la interpretación de la cláusula debe ser, en principio, estricta, pues el interés tutelado es de primordial importancia. Pero esa estrictez no debe ser llevada a límites que no se compaginan con la intención del testador, ni con el propósito que inspira la prohibición legal. Un interesante caso decidido por la Cámara Civil de la Capital ha planteado en sus justos términos el problema. Se trataba de una cláusula por la cual se legaba la renta de una propiedad a seis hermanas solteras, con la condición de que, a medida que casaran, la parte en la renta correspondiente a las que contrajeran matrimonio acrecería la de las solteras, a la última de las cuales se legaba la plena propiedad del inmueble. Aparentemente, hay un legado con condición de no casarse. Pero la intención del testador no fue esa. No se propuso castigar con la pérdida del legado a quien se casase, sino brindar un sostén económico a las sobrinas solteras. Así lo juzgó el tribunal que declaró a la validez de la cláusula testamentaria (ver nota 7). Esa interpretación se adecua con el sistema de las leyes de previsión que establecen la caducidad de la pensión para las hijas solteras que contraen matrimonio (ley 4349, art. 52, inc. 3º; ley 11575, art. 52, inc. c; ley 14397, art. 29, incs. a y b).

1120/1274

1274.— Adviértase que la ley prohíbe la condición de casarse con determinada persona, o no casarse; en cambio, no prohíbe la de casarse, cuando no se impone a determinada persona como cónyuge. Esta condición es, por tanto, válida (ver nota 8).

1120/1275

1275.— Igualmente es válida la condición de que la beneficiaria se encontrase soltera a la época de deferirse la sucesión (ver nota 9). En este caso no se impone ninguna restricción a la legataria: si está soltera en ese momento, adquiere definitivamente el legado, sin que su matrimonio posterior tenga sobre su derecho ninguna influencia; si está casada, lo pierde también definitivamente. Pero en ningún caso la disposición significa una presión sobre su conducta o sus sentimientos. Y no resulta inmoral una cláusula que, como ésta se halla inspirada en el deseo de proveer a las necesidades económicas de una mujer soltera.

1120/1276

1276.— ¿Es lícita la condición de que el heredero se case o no se case por determinada religión? Es indudable que los incisos 3º y 4º del artículo 531 se refieren solamente al casamiento civil, que es el único que interesa a la ley; podrá pensarse, por tanto, que tales condiciones son válidas (ver nota 10). Opinamos empero, que afectan la libertad de conciencia y de cultos y que, por tanto, son ilícitas.

1120/1277

1277.— La prevención con que otrora se juzgaban las segundas nupcias puso en cuestión la licitud de la condición impuesta a la viuda de no volver a casarse. Se sostenían sobre el punto varias teorías: a) para unos era siempre válida (ver nota 11); b) para otros era válida solamente cuando el beneficiario de la liberalidad tenía hijos (ver nota 12); c) o solamente cuando era impuesta por el causante a su propia viuda; d) o cuando los motivos eran respetables (por ej. proteger a la viuda, o a los hijos, conservar una industria o comercio para la familia, etc.), pero no cuando eran reprobables (por ej., si estuviese inspirada en celos póstumos) (ver nota 13). Nuestro Código ha barrido con todas estas distinciones, algunas excesivamente sutiles. En cualquier caso, la prohibición de contraer nupcias es ilícita; el artículo 531 no hace ninguna distinción entre las primeras y las segundas. Es razonable que así sea. Resulta intolerable cualquier limitación a ejercer este derecho natural de contraer matrimonio. La lamentable es que en nuestra ley la prohibición de tal condición esté sancionada con la pérdida del beneficio, y no con la simple nulidad de la condición, que debería tenerse por no escrita.

1120/1278

1278.— Desde luego, es ilícita la condición de vivir en concubinato, porque lleva implícita la de no casarse, que el artículo 531 prohíbe expresamente. En cambio, es lícita la condición de no vivir en concubinato (ver nota 14).

1120/1279

1279. CRITERIO PARA JUZGAR LA IMPOSIBILIDAD O INMORALIDAD DE LAS CONDICIONES.— La enumeración del artículo 531 no es, por cierto, limitativa. Corresponde a los jueces determinar cuándo debe reputarse imposible o contraria a las buenas costumbres la condición impuesta por el causante (art. 3609 Ver Texto , in fine).

1120/1280

1280.— Con respecto al criterio con que se debe juzgar la imposibilidad, reproducimos aquí lo que se dijo para los actos jurídicos en general: debe tratarse de una imposibilidad objetiva y absoluta, derivada de la naturaleza de las cosas (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 1057 y nota 1360). La imposibilidad subjetiva, en efecto, no es otra cosa que una dificultad que a veces el sujeto no podrá superar; pero otras veces, sí. Así, por ejemplo, el causante deja un legado con la condición de que el beneficiario le haga un retrato. El legatario no es pintor, pero puede estudiar y aprender lo suficiente como para cumplir en un tiempo más o menos prolongado con la condición.

Puede ocurrir que la liberalidad estuviese subordinada a la condición de hacer algo, dentro de un término fijo, que es insuficiente. Así, por ejemplo, construir una bóveda al causante dentro de los treinta días de su muerte. Si el tenor del testamento revela que la voluntad es seria y no envuelve una simple burla (como sería, por ej., la condición de terminar la bóveda dentro de las 24 horas de su fallecimiento), debe entenderse que no hay sino un error del cálculo del causante y es preciso reconocer al beneficiario el derecho de pedir al juez que prolongue ese plazo lo indispensable para hacer posible el cumplimiento de la condición (ver nota 15).

1120/1281

1281.— La imposibilidad debe existir al tiempo en que se otorgó el testamento; la imposibilidad sobreviniente, antes o después del fallecimiento, no anula la disposición testamentaria (ver nota 16). La condición debe tenerse por no escrita. Pero tampoco sería ilícita la condición que, imposible al tiempo de testar, ha devenida posible más tarde. Así, por ejemplo, si el testador impone al beneficiario demente la condición de casarse; si más tarde cura y se casa, la disposición debe cumplirse. Ello se explica porque, según ya lo dijimos, la imposibilidad de la condición debe ser absoluta; la circunstancia de que posteriormente se haya vuelto posible, demuestra que no tenía ese carácter.

1120/1282

1282.— La condición de no hacer un hecho ilícito, inmoral o imposible es válida (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 1058 y sigs.).

1120/1283

1283. LICITUD O ILICITUD DE CIERTAS CONDICIONES.— Algunas condiciones usuales en los testamentos han provocado dudas acerca de su licitud o ilicitud. Veamos los casos más importantes:

1120/1284

1284. a) Condición de no impugnar el testamento.— ¿Es lícita la condición impuesta al beneficiario de no impugnar el testamento? Tales cláusulas deben ser miradas con desconfianza; a veces procuran impedir que el legitimario impugne un testamento que lo perjudica; y más comúnmente se dan cuando ha habido captación de la voluntad por un tercero. Así, por ejemplo, una persona logra obtener del causante, débil y enfermo, que lo instituya heredero; para evitar el riesgo de que los herederos legítimos impugnen el testamento aduciendo la insania del testador, o las maniobras tendientes a captar su voluntad, incluye algunas mandas en favor de aquéllos, con la condición de que no lo impugnen y bajo pena de perder sus beneficios si así lo hicieren.

No cabe ninguna duda que tales cláusulas deben tenerse por no escritas si tienden a impedir que el heredero legal defienda su legítima, puesto que el derecho a ésta surge de la ley y no de la voluntad de las parte. Igualmente debe aceptarse que tal condición, no impide a los beneficiarios atacar el testamento por vicios de forma, por falta de capacidad del disponente o del heredero instituido (ver nota 17), o por dolo o violencia ejercida sobre el testador (ver nota 18). Hay un interés público comprometido en que tales cuestiones se diluciden. Toda prohibición de impugnar el testamento por estas causales debe tenerse por no escrita (ver nota 19).

Pero la disposición testamentaria es válida. En este caso, el artículo 3608, que dispone la nulidad, no puede aplicarse, pues hacerlo conduciría a consecuencias francamente inadmisibles. Si, en efecto, la condición fuera la expresión de la voluntad plena y cabal del testador, que sólo ha querido evitar inútiles cuestiones entre los herederos, sería injusto privar al legatario de lo que el causante ha querido dejarle, so pretexto de que la condición es nula, cuando voluntariamente la acata. Si, por el contrario, el heredero impugna el testamento y su demanda es rechazada, es inconveniente privarlo del beneficio, pues la sociedad está interesada en no poner obstáculos a la investigación de hechos que puedan ser delictivos; y si se admite la invalidez de la condición, muchas veces los que tienen interés

en impugnar el testamento se abstendrán de hacerlo (no obstante las serias sospechas de dolo, violencia o demencia del causante), ante el riesgo de perderlo todo, incluso el legado que se les hace en el testamento en cuestión.

Esta condición de no impugnar el testamento tampoco puede afectar el derecho de plantear judicialmente cuestiones acerca de la interpretación de sus términos (ver nota 20).

En la doctrina se admite que, dejando a salvo las situaciones antes aludidas, la condición de no impugnar el testamento es válida (ver nota 21). Pero no se advierte, entonces, qué papel podría desempeñar, ni cuál sería su vigencia práctica. Si, en efecto, el testamento puede ser impugnado porque ataca la legítima, por vicios de orden formal o sustancial (como son los que afectan la libre expresión de la voluntad testamentaria) por falta de capacidad en el causante o en los beneficiarios; si, además, no hay obstáculos en plantear cualquier cuestión relativa a la interpretación del acto, no queda ya margen alguno para aplicar prácticamente la cláusula de no impugnar el testamento.

1120/1285

1285. b) Condición de no enajenar.— La condición de no enajenar es ilícita y se tendrá por no escrita (art. 3781 Ver Texto). Se quiere evitar así los inconvenientes del dominio inalienable, que significa sustraer la cosa de la circulación económica. Cabe notar que, mientras el artículo 3781 Ver Texto dice que esta condición se tendrá por no escrita, el artículo 2613 Ver Texto permite imponer la de no enajenar los bienes legados por un término no mayor de diez años. Estas disposiciones no son contradictorias y pueden conciliarse de la siguiente manera: si la cláusula de no enajenar no fija término, debe tenerse por no escrita; si fija un término menor de diez años, es válida; finalmente, si lo fija mayor, debe reducirse al término indicado (ver nota 22).

Adviértase que, en este punto, el Código ha seguido la buena doctrina; tal condición, no obstante ser ilícita, no anula la disposición testamentaria, sino que la tiene por no escrita.

Es necesario agregar que la condición de no enajenar a persona determinada es válida (art. 1364 Ver Texto).

1120/1286

1286.— El artículo 3781 Ver Texto , al sentar el principio de que la cláusula de no enajenar debe tenerse por no escrita, deja a salvo el caso en que la enajenación comprometa los derechos de terceros. Se trata de una norma de interpretación equívoca. ¿Cuándo debe

reputarse que la enajenación compromete los derechos de terceros?

1) Si se interpreta la norma con amplitud, podría sostenerse que mientras haya un legado impago, la condición de no enajenar impuesta a los herederos es válida, puesto que la enajenación de los bienes del acervo sucesorio disminuye la garantía del cumplimiento de las mandas. Pero, indudablemente, no es éste el sentido de la ley; el artículo 3781 Ver Texto se refiere específicamente a los legados, de tal modo que no es esa la hipótesis tenida en cuenta por el legislador.

2) Debe tratarse, pues, de un interés particular del tercero referido a ese bien. Tal podría ocurrir en situaciones como las siguientes: el causante ha legado un importante bien inmueble con la condición de que legatario pase una renta vitalicia a un tercero (ver nota 23); un bien ha sido legado bajo una condición resolutoria cualquiera, a la que se agrega la de no venderlo. En el primer caso, la prohibición de enajenar tiende a asegurar al heredero que la cosa legada volverá a su poder en caso de cumplimiento de la condición resolutoria. En ambas hipótesis la condición de no enajenar es lícita.

1120/1287

1287.— Supuesto que la condición de no enajenar sea válida (bien porque es por término menor de 10 años, bien porque procura proteger los intereses de terceros), ¿es embargable el bien por los acreedores del heredero o legatario?. FORNIELES opina que no, porque la inembargabilidad es complemento necesario de la inalienabilidad; de lo contrario, el beneficiario podría hacer directamente (contrayendo deudas y luego dejándose ejecutar) lo que no puede hacer en forma directa (ver nota 24). Aunque el argumento es poderoso, disintimos de tal conclusión; una cosa es la enajenación voluntaria y otra la venta forzosa, por más que ésta pueda envolver a veces una maniobra del legatario destinada a eludir la prohibición contenida en el testamento. Si el testador no puede impedir que sus propios acreedores ejecuten el bien que tiene el propósito de legar, no se ve cómo puede impedir que los acreedores del heredero o legatario ejecuten a su sucesor. La voluntad del causante estaría produciendo, después de la muerte, efectos que no pudo tener en vida.

1120/1288

1288.— En el caso de que la cláusula de no enajenar hubiera sido impuesta para proteger derechos de terceros, consideramos que el beneficiario tiene facultades para limitar su vigencia a la medida necesaria para que esos derechos queden debidamente asegurados. Así, por ejemplo, si se hubiere legado un importante establecimiento rural, con cargo de pasar una renta vitalicia y con la condición de no enajenar, el legatario podría vender parcialmente el bien, siempre que conservase lo necesario para garantizar el cumplimiento de la renta. El derecho a la enajenación, y los límites en que pueda ser ejercido, deben

resolverse judicialmente con intervención del tercero beneficiario.

1120/1289

1289. c) Prohibición de hipotecar.— Aunque la ley no lo ha previsto, es indudable que la prohibición de hipotecar debe considerarse sujeta a las mismas reglas (ver nota 25). En efecto: no podría admitirse una prohibición indefinida que, por serlo, se transmitiera también a los sucesores universales o particulares del beneficiario, privando a la propiedad de uno de sus caracteres esenciales, el de disponer de la cosa. En suma: toda restricción al derecho de propiedad por un término mayor de diez años es ilícita y debe tenerse por no escrita. Esta conclusión es aplicable a la prohibición de preñar o gravar la propiedad con otros derechos reales, la de arrendar la cosa, etcétera.

1120/1290

1290. d) Condición de no dividir la herencia.— La cláusula de no dividir la herencia tampoco puede tener una duración mayor de diez años; pero si se tratare de un bien determinado, o de un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o cualquier otro que constituya una unidad económica, el lapso de la indivisión podrá extenderse hasta que todos los herederos alcancen la mayoría de edad, aunque ese término exceda los diez años. Todo término mayor debe entenderse reducido a estos plazos (art. 51 Ver Texto , ley 14394).

1120/1291

1291. e) Condición captatoria o recíproca.— ¿Es válida la condición impuesta en el testamento, por la cual se subordina la liberalidad a que el beneficiario haya instituido, a su vez, heredero o legatario al testador? En el derecho romano se consideró nula la institución hereditaria o el legado, pues se juzgaba inmoral que la disposición de bienes no estuviese inspirada en el afecto, sino en la especulación. Esa solución es consagrada hoy en numerosos códigos (italiano, art. 635; español, art. 794; portugués, art. 1741; venezolano, art. 917; brasileño, art. 1667; colombiano, art. 1117; chileno, art. 1059; mexicano, art. 1349).

Cabe preguntarse si también en nuestro derecho es nula la disposición que contiene la condición captatoria. Creemos que no. En primer lugar, las nulidades son de interpretación restrictiva, de tal modo que no podría fundarse la invalidez en la circunstancia de que la cláusula es inmoral, si esa inmoralidad no fuere patente. No es éste el caso. No vemos nada de inmoral en la circunstancia de que dos personas se instituyan recíprocamente herederas y que una de ellas, o las dos, hagan de esa reciprocidad una condición de validez. Lo que

nuestra ley prohíbe es el testamento conjunto, porque él tiene como consecuencia limitar la libre revocabilidad del acto (véase n° 1064). Pero si cada uno de los que redactan su testamento mantiene, como en nuestro caso, el derecho a revocarlo, nada se opone a la validez de la cláusula de reciprocidad. Más aún: si algo pudiera verse de condenable en dicha cláusula, es la conducta del testador, que ha pretendido inducir al otro a otorgar un testamento recíproco; pero resulta que, por hipótesis, esa persona ha fallecido cuando el caso se plantea. Sería injusto hacer recaer sobre el beneficiario la culpa del testador (ver nota 26).

Los jueces deben cuidarse del riesgo de convertirse en moralistas demasiado severos. Sólo cuando existe una conciencia general de que un determinado acto es repugnante a las buenas costumbres, puede intervenir el magistrado para impedir sus efectos (véase sobre el punto, Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 857).

1120/1292

1292. f) Cláusula resolutoria para el caso de que el beneficiario muera sin hijos o sin descendientes.— Para comprender claramente el problema, es conveniente un ejemplo. Se instituye heredero a Juan, pero sus derechos hereditarios quedan sujetos a la acción resolutoria de que fallezca sin hijos. En otras palabras, solamente si a su muerte tiene hijos o descendientes, la herencia queda definitivamente consolidada en la persona de estos. Es la famosa cláusula *sine liberis decesserit*, cuya validez ha sido objeto de vivas discusiones (ver nota 27). En nuestro derecho es indudable que tal condición es nula, porque importa dar un heredero al heredero, ya que al morir Juan sin hijos, los bienes no pasarán a sus herederos legítimos, o a los que él instituya por testamento, sino a los herederos legítimos del primer causante, o a las personas que éste designó en su testamento. Es un caso de sustitución fideicomisaria de herederos, expresamente prohibida por los artículos 3723 Ver Texto y 3724, Código Civil. Cabe agregar, empero, que la institución de heredero no es en este caso nula; lo único inválido es la condición y la consiguiente institución (art. 3730 Ver Texto).

1120/1293

1293. g) Condición de repudiar una herencia.— Si se trata de una sucesión abierta ya en el momento del fallecimiento del causante que impone esta condición, hay acuerdo general en que ella es lícita (ver nota 28). Pero se discute su validez cuando se trata de una herencia no abierta. Algunos autores sostienen que es lícita, porque las herencias futuras no pueden aceptarse ni repudiarse (ver nota 29). El argumento no resiste el análisis. Cuando se impone al heredero o legatario la condición de repudiar tal otra herencia, no se le exige un pronunciamiento actual, que carecería de todo valor jurídico (art. 3311 Ver Texto), sino una decisión a tomar en el momento en que se abra la otra sucesión, lo cual es perfectamente lícito (ver nota 30).

1120/1294

1294. h) Condición de aceptar la herencia renunciando al beneficio de inventario.— La doctrina francesa está concorde en que tal condición es ilícita, pues la facultad de aceptar bajo beneficio de inventario es de orden público (ver nota 31). Allá se resuelve muy simplemente el problema, aplicando el artículo 900, Código Napoleón y teniendo por no escrita la condición. ¿Pero es aplicable esta solución entre nosotros? No lo creemos. De juzgar ilícita tal condición, deberíamos aceptar que la institución de heredero es nula (ver nota 32). Es una conclusión demasiado fuerte. No vemos por qué habría de privarse al heredero del derecho de recoger la herencia, aviniéndose a cumplir la condición que lo obliga a aceptar renunciando al beneficio de inventario.

1120/1295

1295. i) Condición que impone al usufructuario un administrador.— Se ha discutido la licitud de la condición impuesta al usufructuario de que el bien cuyo usufructo le ha sido legado sea administrado por un tercero. Consideramos que la administración de la cosa no es de la esencia del usufructo y que no hay inconveniente en disponer que sea ejercida por un tercero (ver nota 33). Esta solución, que podría ser discutible en países cuya legislación sanciona con la invalidez la condición ilícita, no lo es en el nuestro, en que la sanción alcanza, no ya a la condición, sino a la disposición misma.

1120/1296

1296. j) Condiciones que afectan la libertad de conciencia.— Hemos dicho ya que es ilícita la condición de mudar o no mudar de religión (art. 531, inc. 2º, véase nº 1272). De igual modo debe reputarse ilícita la condición de abrazar el estado sacerdotal, o de no hacerlo (ver nota 34); también aquí se afecta seriamente el principio de la libertad de conciencia. Sin embargo, la cláusula podría reputarse válida si resulta indudable que el disponente no ha entendido presionar sobre la conciencia del beneficiario; tal sería, por ejemplo, el legado de una biblioteca de teología a un pariente para el caso de que se ordene sacerdote (ver nota 35). Aquí el legado tendría como fundamento la circunstancia de haber abrazado ese estado y no pretende impulsar al heredero a obrar en contra de su conciencia.

Asimismo, debe considerarse ilícita la condición impuesta al beneficiario de educar a sus hijos en el culto de una determinada religión o en el ateísmo, ya que no sólo se afecta la libertad de conciencia, sino también el derecho inalienable de los padres de dirigir la educación espiritual y moral de sus hijos (ver nota 36).

Se vincula con éste, otro problema muy delicado; supóngase que el causante hubiera impuesto como condición la educación del menor en un determinado colegio religioso. Si de las circunstancias del caso surge que la condición envuelve una presión respecto de la educación religiosa del menor, debe tenerse por ilícita; si, en cambio, la condición no violenta la conciencia del padre o del hijo, como resultaría probado, por ejemplo, de la circunstancia de que el menor estaba cursando sus estudios en otro colegio, también religioso o que la religión le era impartida privadamente, sino que se proponía asegurarle una educación mejor, por considerar el causante superiores los métodos educativos o el cuerpo de profesores del colegio indicado, la condición es lícita. Lo mismo debe decirse de la condición impuesta de que el menor se eduque en un colegio del Estado y, por tanto, laico. Las circunstancias del caso pondrán de relieve su licitud o ilicitud.

1120/1297

1297.— La condición impuesta en un legado hecho a una entidad privada, con destino a una escuela, de impartir enseñanza religiosa, debe reputarse válida. Por el contrario, debe verse en esta disposición una aplicación de la libertad de enseñanza; si el causante ha podido, en vida, destinar ciertos bienes para la creación y organización de una escuela religiosa, no se ve por qué no podría hacerlo después de muerto. Pero si el legatario fuere el Estado, la condición debe reputarse ilícita, ya que, de acuerdo con la ley de educación común, las escuelas oficiales deben impartir enseñanza laica. El legado será nulo (ver nota 37).

1120/1298

1298. k) Otras condiciones.— Deben reputarse ilícitas: la condición de abstenerse de ejercer los derechos cívicos o políticos (ver nota 38), los derechos derivados del ejercicio de la patria potestad (ver nota 39), o del estado de familia (ver nota 40); la de no ejercer las acciones de estado, por ejemplo, el reconocimiento o desconocimiento de la filiación (ver nota 41), etcétera. En cambio, no serían ilícitas las condiciones de no ejercer derechos patrimoniales derivados del estado de familia, salvo las que afecten la legítima, que deben tenerse por no escritas (art. 3598 Ver Texto).

Asimismo, debe considerarse ilícita la condición de abrazar una profesión inmoral (ver nota 42), pero no si fuere honesta (ver nota 43). Es lícita la condición de no seguir una determinada carrera o profesión, por ejemplo, la de abogado, médico, artista, músico (ver nota 44); pero no la de no seguir ninguna profesión (ver nota 45).

1120/1299

1299. CONDICIONES DE HECHOS IMPOSIBLES, ILÍCITOS O INMORALES QUE NO INVALIDAN LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA.— Ocurre a veces que la condición se vincula con hechos imposibles, ilícitos o inmorales, pero no por ello es ilícita. Esto sucede cuando se trata de la condición negativa de tales hechos, pues con ella se procura que el beneficiario ajuste su vida o sus actos a un proceder honorable. Ejemplo: “lego a mi sobrino Pedro \$ 100.000 si no vive en concubinato”.

Esta solución tiene carácter general en materia de disposiciones testamentarias; vale decir, se aplica tanto a las disposiciones suspensivas negativas como a las resolutorias negativas. Es necesario destacarlo, porque en lo que atañe a los actos entre vivos, hemos admitido una solución distinta para el primer caso (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 1059). No es difícil justificar el diferente trato legal de ambas hipótesis. Veamos un ejemplo de condición suspensiva negativa en un acto entre vivos: “prometo pagarle \$ 100.000 si hasta el 31 de diciembre de 1960 no has cometido ningún delito”. El indudable que el promitente ha perseguido un propósito sano, el de reforzar los motivos que el beneficiario tiene para vivir honestamente; pero lo que resulta inmoral es que alguien reclame luego una suma de dinero por no haber cometido un delito; tal pretensión no puede ser amparada por los jueces (ver nota 46).

Supongamos ahora, que esta cláusula está contenida en un testamento. El propósito del disponente es siempre honesto y además el beneficiario no ha tenido ninguna participación en la declaración de voluntad que es el testamento. No resulta honorable aceptar contractualmente la promesa de una suma de dinero, contra la de no delinquir; pero si el beneficiario no ha intervenido en el acto, si no ha especulado con el temor del promitente de que pueda seguir una conducta deshonesto o delictiva, si no se trata de un reclamo hecho contra el promitente arrepentido, que ahora se niega a pagarlo, sino que sólo se procura obtener el cumplimiento de la libre y honesta disposición hecha por el causante; entonces no se advierte por qué motivos habría de invalidarse la disposición testamentaria o el legado (ver nota 47).

1120/1300

1300.— Téngase en cuenta que, en los casos aludidos en el párrafo anterior, la condición es lícita, aunque se vincule con un hecho imposible, ilícito o inmoral. Hay otras hipótesis en que la condición es en sí misma ilícita, pero no por ello la disposición es inválida, sino que aquélla debe tenerse por no escrita; tal es lo que ocurre con la condición de no enajenar, no hipotecar o no dividir los bienes hereditarios, o la de no impugnar el testamento. Nos hemos ocupado de ellas en los números 1284 y siguientes.

1120/1301

1301.— Finalmente, hay que cuidarse de no invalidar una disposición testamentaria en virtud de contener condiciones que sólo en apariencia, y debido al lenguaje impropio usado por el testador, resultan legalmente imposibles; por ejemplo, la condición de preñar un inmueble en favor de un tercero. Es obvio que tal condición no podrá cumplirse; pero si de lo que se trata es de hacer cumplir la voluntad rectamente interpretada del causante, habrá que admitir que lo que éste ha querido es gravar el inmueble con un derecho real de garantía y que ha escrito prenda por error de expresión o de derecho. La condición es válida y debe cumplirse del modo que el causante entendió disponerlo, es decir, hipotecando el inmueble.

2.— Condiciones suspensivas y resolutorias

1120/1302

1302. CUESTIÓN ACERCA DE LA INSTITUCIÓN HEREDITARIA BAJO CONDICIÓN RESOLUTORIA.— Ninguna duda hay de que el legado puede hacerse bajo condición suspensiva o resolutoria; tampoco la hay acerca de que la institución hereditaria puede supeditarse a una condición suspensiva. Pero ¿puede supeditársela también a una resolutoria? El derecho romano no lo admitía, porque se juzgaba que, una vez adquirida la calidad de heredero, no podía ya perderse (*semel heres semper heres*) (ver nota 48). En el derecho moderno ha prevalecido, sin embargo, el sistema opuesto (Cód. Civil italiano, art. 633; alemán, arts. 2075 y 2313; austríaco, art. 708); y ésta es sin duda, la solución que debe aceptarse en nuestro derecho positivo: el artículo 3610 Ver Texto establece que es aplicable a las disposiciones testamentarias lo dispuesto acerca de las obligaciones condicionales; al hablar de disposiciones testamentarias, la ley no distingue entre institución hereditaria y legado, ni entre condición resolutoria o suspensiva, de tal modo que el texto es aplicable a todas (ver nota 49). Es la buena solución. En efecto: si se admite que la institución hereditaria puede hacerse bajo condición suspensiva, no tiene sentido negar que pueda hacerse bajo resolutoria, porque la condición que es suspensiva para el heredero instituido, es resolutoria para los legítimos y viceversa. Un ejemplo pone en claro esta idea. Designo heredero a Pedro con la condición suspensiva de que se reciba de abogado antes de cumplir los 30 años. Entretanto, y mientras esa condición no se cumpla, recogerán la herencia mis sucesores legítimos, para los cuales el acaecimiento de aquél hecho tendrá efectos resolutorios (ver nota 50).

1120/1303

1303. EFECTOS DE LAS CONDICIONES SUSPENSIVAS Y RESOLUTORIAS.— Todo lo atinente al efecto de las condiciones ha sido tratado en otro lugar (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 1072 y sigs.). Aquí nos ocuparemos solamente de un problema peculiar de la institución de heredero.

Cuando éste ha sido instituido bajo condición resolutoria, ninguna duda hay de que entra de inmediato en plena posesión y goce de la herencia, la que revertirá a los herederos legítimos en caso de cumplimiento de la condición. Pero se discute cuál es el destino de los bienes mientras esté pendiente la condición suspensiva.

a) FORNIELES sostiene que, si hay albacea, corresponde a éste tomar la posesión de los bienes y administrarlos hasta que quede fijado el dominio; las rentas se depositarán judicialmente y el heredero instituido bajo condición suspensiva tendrá una intervención amplia. Si no hay albacea, el juez designará un curador a los bienes, por aplicación de los artículos 486 y siguientes, el cual procederá con las mismas facultades y restricciones antes señaladas (ver nota 51).

b) Por nuestra parte, disentimos de tal opinión. La condición suspensiva tiene como efecto suspender el nacimiento del derecho (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 1048 y 1078). Si, por tanto, el heredero instituido no ha nacido aún, es obvio que los bienes deben ser entregados a los herederos legítimos, que tienen pleno derecho a ellos mientras la condición no se cumpla. De lo contrario, durante todo ese lapso, los bienes carecerían de dueño, lo que es contrario a nuestro sistema sucesorio. Es claro que debe reconocerse a los herederos bajo condición suspensiva la facultad de ejercer todas las medidas conservatorias de sus eventuales derechos que crean menester (art. 546; Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 1079 y sigs.) (ver nota 52). El artículo 486, citado por FORNIELES, no es aplicable, pues se refiere a las herencias vacantes y éste no es el caso.

1120/1304

1304.— En los códigos italiano (arts. 641 y sigs.) y español (arts. 801 y sigs.) se sigue un sistema que puede considerarse intermedio. Hasta que la condición se cumpla o, por el contrario, hasta que sea cierto que no se cumplirá, se designa un administrador de los bienes, nombramiento que debe recaer en los coherederos cuando entre ellos y el heredero condicional haya derecho de acrecer; en defecto de coherederos testamentarios debe nombrarse al presunto heredero legítimo.

1120/1305

1305.— Agreguemos, finalmente, que respecto de los legados no se presenta problema alguno. Durante la pendencia de la condición suspensiva, el heredero toma la posesión de la cosa legada, sin perjuicio de las medidas de seguridad autorizadas por el artículo 546 en favor del acreedor condicional.

1306. CARÁCTER SUSPENSIVO O RESOLUTIVO DE CIERTAS CONDICIONES.— Con frecuencia el texto de la cláusula no permite establecer con seguridad si la condición tiene carácter suspensivo o resolutorio. Por ejemplo: instituye heredero a Diego, con la condición de que se reciba de abogado. Naturalmente habrá que indagar la verdadera voluntad del causante a través de todo el contexto del testamento. Pero si éste no brinda ningún otro elemento de juicio que permita establecer su voluntad, pensamos que en caso de duda debe considerarse la condición como resolutoria, porque es la condición que permite producir más inmediatos y plenos efectos, ya sea a la institución hereditaria, ya sea al legado (ver nota 53). Esta regla, sin embargo, no debe tener un carácter absoluto. Veamos las hipótesis posibles:

a) Condición de no hacer o no dar por un tiempo indeterminado; por ejemplo, la de que el heredero no viaje nunca en avión. Es evidente que debe reputarse que la institución está sometida a la condición resolutoria de que el beneficiario viaje en avión. Bajo la apariencia de una condición negativa se está en presencia de una condición afirmativa resolutoria (ver nota 54). De considerarla suspensiva se daría la absurda consecuencia de que el instituido no podría nunca gozar de su herencia. Esta solución ha sido expresamente consagrada en el artículo 638 del Código italiano.

b) Igual solución debe seguirse para el caso de que se imponga la condición de hacer o dar por un tiempo indeterminado; por ejemplo, decir misas todos los domingos por el alma del testador (ver nota 55).

c) No es tan clara la solución cuando se trata de una condición de hacer o dar dentro de un plazo determinado; por ejemplo, instituyo heredero a Pedro, con la condición de que se reciba de abogado antes de cumplir 30 años. Pensamos que, a falta de otro elemento de juicio que indique una voluntad contraria, debe admitirse que se trata de una condición resolutoria negativa; vale decir, el designado entra de inmediato en posesión de la herencia, pero su derecho queda resuelto si antes de esa edad no se ha recibido. Esta solución se conforma con la regla de interpretar la manda en el sentido que le permita producir más plenos e inmediatos efectos.

d) Queda, por último, a considerar la condición de no hacer o no dar en un plazo determinado; por ejemplo, la condición de no viajar a Europa hasta cumplidos los 25 años. Pensamos que, en tal caso, la condición debe considerarse suspensiva; es la solución que, a nuestro juicio interpreta mejor la voluntad del causante. Ello es tanto más evidente cuanto más corto sea el plazo fijado; pero debe admitirse también para términos más prolongados, salvo que las circunstancias particulares del caso aconsejen otra cosa (ver nota 56).

1120/1307

1307. CONDICIÓN RESOLUTORIA POR TIEMPO INDETERMINADO.— La condición resolutoria negativa (no hacer o no dar) y la positiva (hacer o dar) por tiempo indeterminado, plantean problemas complejos. No se sabe, hasta la muerte del heredero instituido o legatario, si se operará o no la resolución de su derecho; y no tendrán ellos la libre disposición de los bienes, porque los herederos legítimos, que eventualmente sucederán si la condición se cumple, tienen derecho a adoptar las medidas conservatorias del caso (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 1090).

El derecho romano había resuelto este problema con un recurso práctico y eficaz. Se daba como definitivamente cumplida la condición, siempre que el heredero instituido afianzase la devolución de los bienes para el caso de que se produjese el acontecimiento del cual pendían los derechos; era la llamada caución muciana (Digesto, 28, 7, ley 4, 1), que ha pasado a algunas legislaciones modernas, tales como el Código italiano (art. 639) y el uruguayo (art. 950) (ver nota 57).

Nuestro Código no ha legislado sobre el punto. ¿Significa esto que el heredero o legatario instituido bajo condición resolutoria por tiempo indeterminado no puede nunca obrar como dueño, no puede gravar o enajenar los bienes que le fueron legados? ¿No podrá autorizársele a disponer libremente de dichos bienes ni aunque afiance su devolución o el pago de los daños consiguientes? Parecería, en efecto, que a falta de una disposición expresa de la ley que admita la caución muciana, es imposible aceptarla, porque el heredero eventual puede aducir que él no tiene interés en el valor de las cosas, sino en las cosas en sí; tal alegación no carece de fundamento, desde que, en materia sucesoria, el valor afectivo, el significado familiar del patrimonio hereditario, suele tener una importancia relevante. No obstante ello, creemos que el heredero instituido bajo condición resolutoria por tiempo indeterminado tiene derecho a ofrecer fianza por el valor de los bienes y a obtener de esta manera que ellos sean librados de toda medida que como el embargo, la inhibición, etcétera, impidan su libre disposición. De lo contrario, y por vía de la imposición de esta condición resolutoria, vendría a violarse la norma del artículo 3781 Ver Texto , que prohíbe la condición de no enajenar, puesto que los bienes quedarán indisponibles en poder del deudor, toda vez que el heredero eventual lo embargue, que es lo que generalmente ocurrirá, pues tiene derecho a hacerlo y es prudente que lo haga.

1120/1308

1308. CADUCIDAD DE LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA HECHA BAJO CONDICIÓN SUSPENSIVA POR MUERTE DEL BENEFICIARIO.— Según el artículo 3799 Ver Texto , el legado caduca cuando está sujeto a condición suspensiva y el legatario muere antes del cumplimiento de la condición; de tal modo que no pasa a sus herederos si

posteriormente acaece la condición (art. 3771 Ver Texto). Pero si ésta no es a la disposición misma, sino a la ejecución o pago, el legado debe considerarse como puro y simple a los efectos de su transmisión a los herederos del legatario (art. 3772 Ver Texto). Difícil resulta justificar esta última disposición, pues no se comprende cómo una condición puede ser puesta al pago de una liberalidad, y no a la liberalidad en sí misma. Si el derecho al legado ha nacido en el instante de la muerte del causante y lo único que se ha diferido es su pago, no estamos ya en presencia de una condición, sino de un término (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 1097), La verdad es que, en este punto, VÉLEZ SANSFIELD, llevado a error por las sutilezas excesivas de los autores que le sirvieron de fuente, ha confundido condición suspensiva con plazo incierto, como lo prueban los citados artículos en que ambas modalidades aparecen indeferenciadas (ver nota 58).

Pensamos que los artículos 3771 Ver Texto , 3772 y 3799 Ver Texto , aunque referidos únicamente a los legados, son aplicables también a la institución hereditaria. Las situaciones son análogas y no hay razón para aplicarles diferentes soluciones (ver nota 59). Remitimos sobre este punto al número 1310.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la citada en nota 1994, véase DEMOLOMBE, t. 18, núms. 193 y sigs., cuyo estudio del tema es clásico; y BARTIN, *Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux moeurs*, París, 1887.

(nota 2) Los jurisconsultos franceses vieron en el art. 900 una solución política, destinada a impedir en los testamentos cláusulas contrarias al nuevo derecho, tales como las que fuesen contrarias a la libertad religiosa, al derecho de elegir libremente su profesión o contraer matrimonio; pero cuando el temor del retorno al antiguo régimen fue decayendo, la solución del art. 900 pareció ilógica, pues contrariaba la regla general, que era la nulidad del acto. De ahí que los más eminentes juristas la criticaban y procuraban reducir en lo posible su campo de aplicación. En ese sentido: DEMOLOMBE, t. 18, n° 305; MARCADÉ, nota al art. 900; TOULLIER, t. 5, n° 247; DURANTON, t. 8, núms. 109 y sigs. Posteriormente, la jurisprudencia ha resuelto de modo uniforme que no obstante lo dispuesto en el art. 900, la disposición testamentaria debe anularse si se demuestra que ha sido la causa impulsora y determinante de la liberalidad (véase jurisprudencia citada por PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 273 y JOSSERAND, t. 3, vol. 3, núms. 1544 y sigs.). El Código italiano ha consagrado expresamente este sistema al establecer que la disposición será anulada cuando ella haya sido el solo motivo determinante de la liberalidad (art. 626).

(nota 3) BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, 1947, p. 409.

(nota 4) POLACCO, (De las Sucesiones, ed. Bosch, t. 1, p. 467) critica este argumento diciendo que es antijurídica la idea de castigar al difunto; nosotros diríamos que además de

antijurídica es absurda, pues no se ve cómo el cumplimiento de su legado puede significar una pena para el causante; pero adviértase que nosotros no decimos que la pena deba o pueda caer sobre él, sino que la nulidad sólo se explica como pena para el culpable y que no siéndolo el beneficiario, el legado debe ser válido. De acuerdo con nosotros, ZANNONI, 7. 2, § 1275; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 358; FASSI, n° 1214.

(nota 5) MACHADO, t. 9, p. 424, quien sostiene vigorosamente esta opinión.

(nota 6) De acuerdo; ZANNONI, t. 2, § 1258.

(nota 7) C. Civil Cap., Sala D, 1/4/1963, L.L., t. 110, p. 377, y E.D., t. 4, p. 483.

(nota 8) De acuerdo: BUSSO, t. 3, art. 531, n° 21; ZANNONI, t. 2, § 1258.

(nota 9) Sup. Corte Buenos Aires, 21/8/1931, J.A., t. 36, p. 778.

(nota 10) Así lo sostiene, en efecto, MESSINEO, t. 7, § 185, n° 1.

(nota 11) DEMOLOMBE, t. 28, n° 250.

(nota 12) Es la solución admitida por el Código colombiano, art. 1133; chileno, art. 1075.

(nota 13) Códigos citados en nota anterior; Código español, art. 793.

(nota 14) Esta es la solución seguida por la jurisprudencia francesa; véase la citada por PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 275.

(nota 15) MACHADO, t. 9, p. 425.

(nota 16) Véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 1057, texto y nota 1359; GANGI piensa, en cambio, que la imposibilidad debe juzgarse al tiempo de la apertura de la sucesión (La successione testamentaria, t. 3, n° 487).

(nota 17) GANGI, La successione testamentaria, t. 3, n° 490; GATTI Modalidad de la

voluntad testamentaria, n° 48; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, n° 140. En contra: FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 1216.

(nota 18) AUBRY y RAU, t. 7, § 692.

(nota 19) De acuerdo, GOYENA COPELLO, t. 2, p. 312. En contra: MAFFÍA, t. 3, n° 1007; ZANNONI, t. 2, § 1264, quien reconoce que de lege ferenda es más justa la solución que nosotros propiciamos.

(nota 20) Es la solución del Código uruguayo, art. 951. En contra: FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 1219.

(nota 21) GANGI, La successione testamentaria, t. 3, n° 490; GATTI, Modalidad de la voluntad testamentaria, n° 48. En contra, siguiendo nuestra opinión, GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 312.

(nota 22) C. Civil 1ª Cap., 28/12/1938, J.A., t. 64, p. 814; FORNIELES, t. 2, n° 258; ZANNONI, t. 2, § 1277; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 361; MAFFÍA, t. 3, n° 1006; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1597; MACHADO, t. 10, p. 216, en nota.

(nota 23) FORNIELES, t. 2, n° 259, considera que éste es un caso de aplicación de esta norma; en igual sentido, C. Civil Cap., 18/5/1979, Revista del Notariado, n° 769, p. 165.

(nota 24) FORNIELES, t. 2, n° 260, quien cita en su apoyo a WAGNER, Revue Trimestrielle, t. 6, p. 349.

(nota 25) De acuerdo: ZANNONI, t. 2, § 1260; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 277. En contra: PÉREZ LASALA, t. 2, n° 361.

(nota 26) De acuerdo: ZANNONI, t. 2, § 1262; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 362; MAFFÍA, t. 3, n° 1009; DEMOLOMBE, t. 18, n° 213. En contra: DE GÁSPERI, t. 4, n° 578; GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 321.

(nota 27) Véanse opiniones en favor y en contra en la nota 2148.

(nota 28) La doctrina es unánime: ZANNONI, t. 2, § 1265; PÉREZ LASALA, t. 2, n°

362; GOYENA COPELLO, t. 2, p. 319; DE GÁSPERI, t. 4, n° 577, b; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, n° 122; DEMOLOMBE, t. 18, n° 276, etc.

(nota 29) GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 319; DEMOLOMBE t. 18, p. 277; DURANTON, t. 8, n° 146.

(nota 30) De acuerdo: AUBRY y RAU, t. 9, § 692; TOULLIER, t. 5, n° 269.

(nota 31) DEMOLOMBE, t. 18, n° 317; DEMANTE, t. 4, n° 16 bis.

(nota 32) Así lo piensa DE GÁSPERI, t. 4, n° 577, e). En contra sosteniendo que sólo la condición es nula y que la institución de heredero se mantiene, GOYENA COPELLO, t. 2, p. 313.

(nota 33) GANGI, La successione testamentaria, t. 3, n° 490.

(nota 34) GANGI, La successione testamentaria, t. 3, n° 490; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, n° 176; MARCADÉ, art. 900, núms. 3 y 5; DEMANTE, t. 3, n° 16 bis, DEMOLOMBE considera ilícita la condición de ordenarse sacerdote, pero lícita la de no ordenarse: t. 18. núms. 259 y 260.

(nota 35) BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, loc. cit. en nota anterior.

(nota 36) DEMOLOMBE, t. 18, n° 262.

(nota 37) Esta es la solución admitida en la jurisprudencia francesa, en donde el problema es similar; véase la citada por PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 280.

(nota 38) DE GÁSPERI, t. 4, n° 577; DEMOLOMBE, t. 18, n° 237; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, n° 179.

(nota 39) DE GÁSPERI, loc. cit. en nota anterior; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, n° 122; DEMOLOMBE, t. 18, n° 238.

(nota 40) BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, loc. cit. en nota anterior;

DEMOLOMBE, t. 18, n° 238.

(nota 41) BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, n° 122.

(nota 42) BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, n° 176.

(nota 43) BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, loc. cit. en nota anterior; DEMOLOMBE, t. 18, núms. 263 y 264; AUBRY y RAU, t. 7, § 692.

(nota 44) DEMOLOMBE, t. 18, n° 267.

(nota 45) DEMOLOMBE, t. 18, n° 267; DURANTON, t. 8, n° 135.

(nota 46) De acuerdo: BUSSO, coment. art. 532, n° 10; SALVAT, Obligaciones, 4ª ed., n° 654; COLMO, Obligaciones, n° 216; MACHADO, t. 2, p. 211, nota.

(nota 47) De acuerdo: MESSINEO, t. 7, § 185, n° 1; AZZARITI y MARTÍNEZ, Successione per causa di morte, p. 340 y 479, nota 3. Es también la conclusión que se desprende del criterio mantenido por la doctrina y la jurisprudencia francesa, según la cual la ilicitud de la condición depende de la honestidad o deshonestidad del móvil que ha inspirado al testador para hacer la liberalidad.

(nota 48) BONFANTE, Instituciones de derecho romano, 207; MAYNZ, t. 3, 387; GIRARD, p. 820.

(nota 49) De acuerdo: GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 323; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1235; FORNIELES, t. 2, n° 176; MAFFÍA, t. 3, n° 1015; GATTI, Modalidad de la voluntad testamentaria, núms. 25 y sigs. (aunque su opinión se refiere al derecho uruguayo, es aplicable al nuestro, porque los textos son similares). En contra: MACHADO, t. 9, p. 431. La solución que nosotros propugnamos es la triunfante en otros países en donde no hay tampoco textos expresos que resuelvan la cuestión: para España, véase ROCA y SASTRE, adiciones al Derecho de Sucesiones de KIPP, t. 1, § 20, p. 143; VALVERDE, t. 5, p. 168, n° 3; MANRESA, t. 6, p. 149; para Suiza, ROSSEL y MENTHA, t. 2, p. 66; para Francia, HUC, t. 6, n° 9.

(nota 50) Prevenimos, sin embargo, contra la opinión muy generalizada de que siempre y con referencia a cualquier acto jurídico, la condición suspensiva envuelve desde el ángulo

opuesto una condición resolutoria y viceversa. Por el contrario, éste es uno de los casos excepcionales en que se da ese efecto. Hemos estudiado el punto en Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 1049.

(nota 51) FORNIELES, t. 2, n° 177; ZANNONI, t. 2, § 1279; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 346.

(nota 52) De acuerdo: GATTI, Modalidad de la voluntad testamentaria, n° 29, 10°. Comp.: FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 1255 y MAFFÍA, t. 3, n° 1017.

(nota 53) GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 324; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 354.

(nota 54) MESSINEO, t. 7, § 185, n° 1.

(nota 55) GANGI, La successione testamentaria, t. 3, n° 502.

(nota 56) GANGI, La successione testamentaria, t. 3, n° 499.

(nota 57) El Código uruguayo ha legislado sobre la caución muciana, bien que limitándola a la hipótesis de la condición negativa (no hacer o no dar), lo que se conforma con la tradición romana, pero no se justifica desde el punto de vista lógico (véase art. 950 Ver Texto del citado Código). El Código italiano ha resuelto mejor el problema. El art. 639 Ver Texto dispone con carácter general, para toda condición resolutoria: “Si la disposición testamentaria está sujeta a condición resolutoria, la autoridad judicial, siempre que juzgue oportuno ordenarlo, puede imponer al heredero o legatario prestar idónea garantía a favor de aquellos a los cuales la herencia o el legado deberá devolverse en caso de que la condición se verifique”.

(nota 58) Véase, sobre este punto, FORNIELES, t. 2, núms. 293 y 294.

(nota 59) De acuerdo: ZANNONI, t. 2, § 1280; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1239.

1120/10760

B.— PLAZO

1309. ¿PUEDE LA INSTITUCIÓN HEREDITARIA SUJETARSE A PLAZO?.— Dos sistemas opuestos se siguen en este punto en la legislación comparada:

a) De acuerdo con el primero, que hunde sus raíces en el derecho romano y en la antigua legislación española (Partida 6, tít. 3, Ley 15) la institución hereditaria no puede sujetarse a plazo, sea suspensivo o resolutorio. Es el sistema seguido por los códigos: italiano (art. 637), mexicano (art. 1380), venezolano (art. 916) y brasileño (art. 1665), que lo tienen por no escrito.

b) Otras leyes, en cambio, lo admiten: tal es el caso del Código español (art. 805). En el Código chileno también se permite el término, pero si es resolutorio se considera que la asignación testamentaria constituye un usufructo a favor del asignatario (art. 1087) (ver nota 1).

Nuestro Código ha guardado silencio. A falta de una norma expresa que regule el punto, consideramos que es válido el término puesto a una institución de heredero, sea suspensivo o resolutorio. Diversas razones imponen, a nuestro juicio, tal solución:

a) El Código establece que lo dispuesto respecto de la condición en las obligaciones es aplicable a las disposiciones testamentarias (art. 3610 Ver Texto); nada dice en cambio del plazo, del que sólo trata con referencia a los legados. Es natural suponer que VÉLEZ entendía no innovar en materia de plazo con respecto a la legislación vigente, que, de conformidad a una regla tradicional, originada en el derecho romano, no admitía el plazo en la institución hereditaria. Si hubiera querido innovar, sin duda habría establecido una regla clara e inequívoca.

b) Para la lógica jurídica, resulta difícil conciliar la institución hereditaria con el plazo. He aquí un heredero instituido bajo plazo resolutorio. Es heredero, pero también lo es el legítimo, cuyos derechos están sujetos a plazo suspensivo; porque, a diferencia de la condición, el plazo no difiere el nacimiento del derecho, sino simplemente su exigibilidad (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 1097). Es decir, habrá dos herederos simultáneos sobre la misma parte de la herencia. Esto no ocurre en la condición, pues mientras el acontecimiento futuro e incierto no acaece, sólo el heredero que está gozando de la herencia bajo condición resolutoria, es realmente tal; el otro tiene a lo más un derecho de expectativa, pero no es actualmente heredero. Si, pues, en la institución hereditaria a plazo hay dos herederos ¿quién afronta el pago de las deudas del causante? Lo actuado judicialmente o extrajudicialmente por el heredero a plazo resolutorio ¿es oponible al otro,

cuyos derechos están en suspenso? Es claro que la ley podría reglamentar esos efectos (cosa que la nuestra no hace), pero no se ve ninguna ventaja práctica ni provecho económico en aceptar una modalidad tan contraria a la idea de la institución hereditaria. Se comprende que, cuando lo que se transmite es una cosa en particular, el derecho del adquirente puede someterse a plazo; pero cuando es un complejo de derechos y obligaciones, el plazo introduce la confusión, porque está en juego no solamente el interés de los herederos, sino también el de terceros, particularmente los acreedores.

c) Finalmente, la institución de heredero a plazo, envuelve una sustitución hereditaria prohibida por la ley (ver nota 2).

Por tanto, el plazo en la institución hereditaria debe tenerse por no escrito. Es el sistema de nuestra tradición jurídica y el que se ajusta a las tendencias legislativas más modernas. Estas consideraciones son aplicables en un todo a los legados de cuota.

1120/1310

1310. EL PLAZO DE LOS LEGADOS.— En cambio, ningún inconveniente hay en que los legados de cosa determinada sean sometidos a plazo. Por ejemplo, se lega a una persona una renta vitalicia (plazo resolutorio incierto), o una suma de dinero a entregar a los dos años de la muerte del causante (plazo suspensivo cierto).

Aquí son, pues, aplicables los principios generales relativos a los actos jurídicos que hemos estudiado en otro lugar (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 1, núms. 1097 y sigs.). Pero en materia de plazo incierto, los artículos 3771 Ver Texto y 3799 Ver Texto traen una curiosa innovación respecto de aquellas reglas generales: se lo asimila a la condición suspensiva. En síntesis, el sistema del Código es el siguiente: a) si el plazo es incierto, el legado caduca cuando el legatario fallece antes del cumplimiento (art. 3799 Ver Texto) y, por consiguiente, sus derechos no pasan a los legatarios; b) si es cierto, el legado queda adquirido desde el momento del fallecimiento del causante, de tal modo que, aunque el legatario muera antes del vencimiento del término, transmite su derecho a sus propios herederos.

Si bien hemos de decir, en descargo de VÉLEZ SANSFIELD, que al aceptar tales soluciones no hizo sino seguir las ideas de los juristas más autorizados de su época (ver nota 3), no por ello estas disposiciones son menos confusas y contradictorias (ver nota 4). No hay ninguna razón para tratar con criterio diferente el plazo cierto del incierto porque, en ambos casos, lo único que se difiere es la exigibilidad del legado (ver nota 5); este error llevó de la mano a asimilar el plazo incierto a la condición suspensiva (art. 3771 Ver Texto), lo que no se justifica, porque el primero no hace sino diferir el pago, y la segunda poner en duda la existencia misma del legado. En el primer caso, lo único incierto es el

momento del pago, pero el derecho del legatario ha nacido en el instante de la muerte del causante; en cambio, el derecho al legado bajo condición suspensiva no nace hasta que ésta se cumple.

A dicha confusión de conceptos, el artículo 3772 Ver Texto agrega otra: dice que, si el plazo incierto no ha sido puesto a la disposición misma, sino a la ejecución o pago, el legado debe considerarse puro y simple y se transmite por lo tanto a los herederos del legatario. Pero es que, por definición, el plazo no puede ponerse sino a la ejecución o pago. Si lo incierto no es el momento del pago, sino la obligación de hacerlo, entonces no hay plazo, sino condición (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 1103).

Y justamente porque es así, porque el plazo no puede ser puesto sino a la ejecución o pago del legado, este artículo viene a borrar lo dispuesto en los artículos 3771 Ver Texto y 3779 Ver Texto : siempre que haya plazo en el sentido propio de la palabra, sea cierto o incierto, el legatario adquiere el legado desde la muerte del causante y transmite sus derechos a sus herederos aun que fallezca antes del cumplimiento (ver nota 6).

(nota 1) En el derecho alemán también se admite el plazo: KIPP, Sucesiones, t. 1, § 45.

(nota 2) De acuerdo: GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 324; DE GÁSPERI, t. 4, n° 568; ZANNONI, t. 2, § 1284; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 364; MAFFÍA, t. 3, n° 1025. En contra: FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1297.

(nota 3) Véase los citados por VÉLEZ en las notas a los arts. 3771 Ver Texto y 1779 Ver Texto y DEMOLOMBE, t. 22, n° 309.

(nota 4) Véase en este sentido la crítica de FORNIELES, t. 2, n° 293.

(nota 5) De acuerdo: ZANNONI, t. 2, § 1287; FORNIELES, t. 2, n° 293.

(nota 6) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 2, n° 366.

1120/10770

C.— CARGO (ver nota 1)

1.— Nociones generales

1120/1311

1311. TÉCNICA LEGISLATIVA DEL CÓDIGO.— También aquí debemos señalar los defectos de técnica legislativa que pusiéramos de manifiesto con motivo de la condición (véase nº 1268). Al tratar de los legados remite a lo dispuesto respecto de las donaciones con cargo (art. 3774 Ver Texto) y legisla sobre la inejecución de las cargas impuestas al legatario (art. 3841 Ver Texto). Estas normas, por cierto insuficientes, debieron referirse a las disposiciones testamentarias en general, pues también la institución hereditaria puede estar gravada con cargo. Apenas si el artículo 3608 Ver Texto contiene una referencia incidental al cargo con relación a cualquier disposición testamentaria.

1120/1312

1312. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES.— Son aplicables en materia sucesoria los principios generales relativos al cargo, que hemos estudiado en otro lugar (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, nº 1113). Pero es aquí donde el modo tiene aplicación más frecuente y rica. Ello exige que volvamos a detenernos en la materia y tratemos problemas que son peculiares del derecho sucesorio.

1120/1313

1313. CONCEPTO Y DIFERENCIA CON OTRAS INSTITUCIONES JURÍDICAS.— El cargo es una obligación accesoria impuesta al heredero o legatario (ver nota 2). Por ejemplo, impongo a mi heredero el cargo de construir una bóveda, de pasar una renta vitalicia a un tercero, etcétera. Aunque el concepto es claro, no siempre resulta fácil distinguirlo del legado o de la condición, sobre todo en ciertas zonas marginales en que esas instituciones tienden a confundirse. Procuraremos deslindar precisamente estas nociones.

1120/1314

1314. a) Diferencias con el legado.— En términos generales, la distinción es simple:

1) El legado es una disposición autónoma y directa; el cargo es accesorio de la disposición principal e indirecto, puesto que el beneficiario sólo puede reclamar su pago a través de quien ha sido gravado con él (quizá un legatario) y no necesariamente de los herederos del

difunto. No hay que exagerar, sin embargo, el alcance de estos caracteres, de los que algunos autores han pretendido sacar conclusiones excesivas: según ellos, la nulidad de la disposición principal trae aparejada la nulidad del cargo (ver nota 3). No podemos compartir este punto de vista. Se admite generalmente, y con toda razón, que en caso de renuncia del heredero o legatario, a quienes se les ha impuesto el cargo, o de caducidad del legado por incumplimiento del cargo, la obligación de cumplir con él recae sobre el que lo ha sustituido en la propiedad de los bienes (ver nota 4). Fuera de estas hipótesis, sólo quedaría la de nulidad por incapacidad del legatario; está fuera de duda que no hay motivo valedero alguno para aplicar reglas distintas a las que se admiten para los casos anteriores; el cargo deberá ser cumplido por quien reciba los bienes. Se excluye, claro está, el caso en que la carga tenga carácter personal y sólo pueda ser cumplida por el heredero o legatario a quien se impuso.

Además, hay que tener en cuenta que, por más indirecta que sea la liberalidad, ella proviene del causante y es con respecto a él que debe juzgarse si el beneficiario tiene o no capacidad para recibir el testamento (ver nota 5).

2) Por lo mismo que el legado es una disposición autónoma; jamás su incumplimiento por el heredero puede aparejar la caducidad de la institución hereditaria, en tanto que el incumplimiento del cargo puede determinarla, lo que ocurre si ha sido la causa final de la disposición testamentaria (art. 3841 Ver Texto).

3) El legado es siempre una disposición de bienes; el cargo puede consistir también en una obligación de hacer o no hacer.

4) El legatario es siempre un tercero, con relación al heredero; el beneficiario del modo puede ser un tercero, el difunto, o aun el propio heredero o legatario.

5) El legado grava siempre la masa de la herencia; el cargo puede pesar sobre uno de los coherederos u otro legatario particular.

6) El legado debe ser hecho en beneficio de una persona determinada y actual; el modo puede, en cambio, beneficiar a personas determinadas (mi sobrino Pedro) o indeterminadas (cargo de hacer un hospital o un camino) presentes o futuras; así, por ejemplo, sería válida una carga en favor de una persona aún no concebida en el momento de fallecer el causante (ver nota 6).

La distinción entre ambos es, pues, muy simple cuando el cargo ha sido impuesto a un legatario y no al heredero, o cuando lo ha sido a uno solo de los herederos habiendo varios; no será posible dudar de que se trata de un cargo y no de un legado, desde que éste sólo

puede reclamarse de los herederos, que están todos obligados en proporción a sus respectivas porciones.

Más sutil es la distinción cuando el heredero es uno; todavía puede señalarse una diferencia si el objeto es una cosa cierta porque, siendo legado, la transmisión de la propiedad de la cosa se opera ipso jure en el momento de la muerte del causante; mientras que el beneficiario del cargo adquiere la cosa por tradición hecha por el heredero. Pero si el objeto fuera cualquier otro (cosas indeterminadas, sumas de dinero, derechos reales, alimentos, etc.), el cargo funciona como legado (ver nota 7).

1120/1315

1315.— A veces será dudoso si el testador ha dispuesto una carga o legado. Pensamos que la duda debe ser resuelta en el sentido que permite conferir validez al beneficio, pues así se cumple mejor con la voluntad del testador. La cuestión puede tener el mayor interés tratándose de personas indeterminadas o futuras, o si se plantea la cuestión de la revocación por incumplimiento.

1120/1316

1316. b) Diferencia con la condición.— La diferencia con la condición aparece, por lo común, nítida. Esta, es un acontecimiento futuro e incierto del cual depende la adquisición o pérdida de un derecho; el cargo es una obligación accesoria impuesta a una liberalidad. Estas nociones, tan distintas, se aproximan cuando la condición consiste en un hecho que depende de la voluntad del beneficiario de la disposición testamentaria. El mismo hecho puede ser impuesto como carga o como condición; así, por ejemplo, lego a mi sobrino Luis mi estancia de Córdoba con la condición (o bien con cargo) de que entregue \$ 50.000 a Diego. Aun así, la disposición resulta en principio simple: el incumplimiento de la condición significa la pérdida de la liberalidad, no así el incumplimiento del cargo, que sólo da lugar a una sanción del interesado por incumplimiento de la obligación (art. 560 Ver Texto , Cód. Civil; véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, n° 1118).

Hay, sin embargo, un caso en que ambas instituciones tienden a confundirse: cuando el cargo ha sido la causa final de la liberalidad, porque entonces su incumplimiento también puede dar origen a la pérdida de la institución hereditaria o el legado (art. 3841 Ver Texto). Pero aun aquí es posible señalar una diferencia: el heredero o el legatario jamás pueden ser compelidos al cumplimiento del hecho establecido como condición; la única sanción posible es la pérdida de su derecho; en cambio, si hay cargo que sea causa final de la liberalidad, no sólo el heredero o legatario podría ser privado de su beneficio, sino que podría ser compelido a cumplirlo.

1120/1317

1317.— Todavía puede señalarse otra diferencia: si la condición señala término, el vencimiento de éste supone la pérdida ipso jure del derecho hereditario o del legado (art. 539 Ver Texto); en cambio, el que tiene sobre sí el cumplimiento de un cargo, debe ser puesto en mora (ver nota 8).

1120/1318

1318.— Puede presentarse la duda de si la obligación de dar o hacer, ha sido impuesta al heredero o legatario con el carácter de condición o cargo. Desde luego, si estas palabras están empleadas expresamente, o si de otro modo la voluntad del causante resulta clara, debe estarse a ella. Las palabras si, siempre que, indican condición, salvo que lo contrario resulte del contexto del testamento; con cargo de que, a fin de que, para que, indican cargo (ver nota 9).

Se han hecho oír algunas críticas sobre el valor interpretativo de estas palabras (ver nota 10), que creemos injustas; pues las palabras tienen un significado y lo natural y prudente es pensar que el causante las ha empleado en su sentido propio. Siempre, claro está, que no haga de ello una regla rígida; se trata simplemente de una guía, que sirve para interpretar la voluntad del causante, en tanto del contexto del testamento no resulta una voluntad distinta.

1120/1319

1319. c) Diferencia con los simples pedidos o ruegos.— A veces el testamento contiene simples pedidos o ruegos hechos por el causante al heredero o legatario. Estas cláusulas no tienen valor jurídico, puesto que su cumplimiento no es exigible; mucho menos podrá pretenderse el decaimiento de la institución hereditaria o del legado por incumplimiento (ver nota 11). La diferencia con el cargo es neta.

Pero muchas veces se presenta la duda de si la expresión utilizada por el testador importa un cargo o un simple ruego. Es frecuente, en efecto, que los testadores, por una razón de deferencia, consideración, delicadeza de trato, utilicen una fórmula que tiene la apariencia de un ruego, pero que en verdad importa una manifestación de voluntad. Así, por ejemplo, cuando el testamento dice “deseo que”; o cuando, aun empleando la palabra ruego o pido, el contexto de la frase indica una voluntad concreta, como ocurriría si la cláusula testamentaria dijera: “Ruego a mi heredero que entregue la suma de \$ 10.000, lo antes que le sea posible, a mi fiel servidor Pedro”. La duda debe resolverse en el sentido de la obligatoriedad de la cláusula, pues, en definitiva, éste es el modo en que se cumplirá mejor

con la voluntad del causante (ver nota 12).

Con plausible criterio humano un tribunal francés consideró que la disposición por la cual el causante rogaba a sus herederos “no dejar en la miseria” a cierta persona, importaba un legado de alimentos (ver nota 13).

Según D’AGUESSEAU, “de los testadores puede decirse lo que antiguamente se decía de los reyes, que ellos ordenan cuando ruegan” (ver nota 14).

1120/1320

1320. EN BENEFICIO DE QUIÉN SE PUEDE ESTABLECER EL CARGO.— El cargo puede ser establecido en favor de la memoria o del alma del testador (por ej., el de hacer un monumento, construir una bóveda, decir misas); o en beneficio de terceros (entregar a alguien una suma de dinero o pasarle una pensión de alimentos o una renta); o del propio heredero o legatario (por ej., un legado para que estudie abogacía); o con un propósito de bien público (por ej., construir un hospital, hacer un puente, un camino, etc.).

1120/1321

1321. QUIÉN PUEDE RECLAMAR SU CUMPLIMIENTO.— La regla general es que puede reclamar el cumplimiento todo el que tenga o represente un interés legítimo. Por lo tanto, hay que distinguir las hipótesis consideradas en el párrafo anterior.

a) Si el cargo ha sido establecido en favor de la memoria o del alma del testador, su cumplimiento puede ser demandado: 1) por el albacea, en su carácter de ejecutor testamentario; 2) por los herederos (ver nota 15); 3) por algunos interesados indirectos en que se cumpla la voluntad del causante. Así, por ejemplo, si el testador hubiera dispuesto que la bóveda ordenada en el cargo llevase una escultura de determinado artista, éste tendría interés en el cumplimiento de la cláusula testamentaria (por más que no haya sido la intención del causante beneficiario) y puede pedir el cumplimiento de la manda (ver nota 16).

b) Si el cargo ha sido establecido en favor de terceros, su cumplimiento puede ser exigido: 1) por el favorecido con el cargo; 2) por el albacea; 3) por los herederos (o coherederos, si hubiere sido puesto a uno de ellos); 4) por los acreedores del beneficiario del cargo, en ejercicio de la acción subrogatoria (ver nota 17).

c) Si ha sido establecido con un fin de bien o de beneficencia pública, pueden exigir su cumplimiento el albacea, los herederos y el Ministerio Fiscal en representación del Gobierno nacional o provincial. La personería del Estado en estos casos es indiscutible y necesaria, sobre todo cuando la manda ha sido puesta a herederos que no tienen ningún interés en cumplirla y a quienes no habría forma de compelerlos, si no se reconociera esa personería al Ministerio Fiscal (ver nota 18).

d) Queda por considerar el caso de que la manda haya sido establecida en favor del propio heredero o legatario a quien se le impone. Por ejemplo: lego \$ 10.000 a mi sobrino Luis para que se costee un viaje de estudios a Europa. En este caso, parece indudable que nadie puede exigir el cumplimiento de la carga (ver nota 19); no quedaría al albacea o herederos otro medio de compulsión que demandar la resolución del beneficio, siempre que la carga haya sido la causa final de la disposición.

1120/1322

1322. CARÁCTER Y EFECTOS DE LA ACCIÓN POR CUMPLIMIENTO.— La acción por cumplimiento del cargo es de carácter personal; ello significa que la cosa transmitida en herencia (o legada) no está afectada con carácter real; en consecuencia, si el heredero (o el legatario) la vende o constituye sobre ella derechos reales de servidumbre, hipoteca, prenda, esos actos son firmes para el acreedor del cargo (ver nota 20).

1120/1323

1323. NECESIDAD DE MORA.— El incumplimiento del cargo no se produce ipso jure; el heredero o legatario debe ser puesto en mora y antes de llenar este requisito no podrá demandarse judicialmente el cumplimiento ni la revocación de la disposición que lo contiene. Antes de la ley 17711 esa solución era inequívoca, pues el principio general era que no había mora sin interpelación (ver nota 21). La ley aludida, al reformar el artículo 509 Ver Texto sentó el principio de que en las obligaciones a plazo, la mora es automática. Ahora bien: comúnmente, los cargos no tienen plazo y en tal supuesto, la exigencia de la interpelación se acomoda a los principios generales. Pero aun habiendo plazo debe admitirse que la interpelación es necesaria para colocar en mora al heredero o legatario. Puede ignorarse el domicilio del beneficiario del cargo o haber desaparecido o no tener interés en su cumplimiento. A veces el pago del cargo exigirá complicadas operaciones previas para determinar si la herencia es o no deficitaria (porque si lo es, el cargo no debe cumplirse) o si el cargo afecta la legítima. Todo ello aconseja mantener el requisito de la interpelación, aunque el cargo tenga plazo de cumplimiento. Es ésta una hipótesis no prevista por el artículo 509 Ver Texto, que, por tanto, no es aplicable al caso. Refuerza esta solución la subsistencia del artículo 1854 Ver Texto (aplicable a los legados, conforme con el art. 3774 Ver Texto) que exige la previa constitución en mora.

1120/1324

1324. CARGOS INMORALES, ILÍCITOS O CONTRARIOS A LAS BUENAS COSTUMBRES.— Los cargos inmorales, ilícitos o contrarios a las buenas costumbres anulan la disposición testamentaria en que hubieran sido impuestos. Si esta solución es deplorable en materia de condición (véase n° 1269), en nuestro caso es ya francamente inexplicable. El cargo no hace a la adquisición misma del derecho, como la condición, sino que es un elemento accesorio separado de él; por tanto, su nulidad no debería en ningún caso dar lugar a la invalidez de la institución de heredero o legado (ver nota 22).

1120/1325

1325. LA LEGÍTIMA Y EL CARGO; REDUCCIÓN DE LEGADOS.— Sabido es que el testador no puede disminuir el pleno goce de la porción legítima con ninguna condición, plazo ni cargo (n° 905). Por tanto, los herederos forzosos sólo estarán obligados a cumplirlos con la porción disponible de sus bienes.

Veamos ahora algunas situaciones peculiares, cuando el cargo ha sido puesto a un legado.

Supongamos que el legatario haya cumplido con el cargo en favor de un tercero; luego resulta que el legado afecta la legítima. Es indudable que el legatario no está obligado a restituir más que el sobrante del legado, luego de pagado el cargo; la restitución de éste debe reclamarla directamente el heredero contra el beneficiario (ver nota 23). Imaginemos que el legado deba reducirse parcialmente: esa reducción ¿afecta también el cargo? He aquí el legado de un inmueble que vale \$ 200.000, afectado con el cargo de pagar a un tercero \$ 100.000. El heredero, en ejercicio de la acción de reducción, obtiene del legatario la restitución de \$ 100.000 para completar su legítima. El problema consiste en saber si esa reducción debe ser íntegramente soportada por el legatario, o si éste puede pedir del beneficiario del cargo una contribución proporcional. FORNIELES, no obstante sus reservas sobre la injusticia de la solución legal, piensa que el artículo 1854 Ver Texto (aplicable a los legados por disposición del artículo 3774 Ver Texto) resuelve la cuestión en el primer sentido (ver nota 24). Nosotros no lo creemos así. La aludida disposición ordena que el donatario (en nuestro caso el legatario) sólo responda del cumplimiento de los cargos con la cosa donada (legada). Sin duda ello significa que, en tanto la cosa legada alcance, el cargo debe ser cumplido íntegramente. Pero esa norma no prevé el caso de reducción del legado; se supone, por el contrario, que éste ha sido entregado íntegramente. Y entonces, es lógico que el cargo se cumpla totalmente, sin entrar a juzgar si el testador advirtió que el cumplimiento del cargo absorbía todo o casi todo el legado, y si es justo dejarle alguna proporción al legatario. Ese sería un problema insoluble; el artículo 1854 Ver Texto corta toda cuestión y lo hace de un modo razonable. Muy diferente es el caso de que exista una reducción del legado, no prevista por el causante, pues, en efecto, debe partirse de la base

de que ella no ha sido prevista, ya que, de lo contrario, no habría hecho una disposición de bienes carentes de eficacia. En ese caso, es indudable que el causante ha querido dejar tanto al legatario y tanto al beneficiario del cargo; si el legado debe ser reducido, es justo que ambos se perjudiquen en proporción de sus respectivos beneficios. Solamente debe admitirse la reducción exclusiva del legado cuando la carga ha sido la causa final de él, porque, en tal caso, es indudable que la voluntad del causante ha sido que se cumpla ella en primer término (ver nota 25).

1120/1326

1326. LÍMITES EN LA RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO Y DEL LEGATARIO.
— En esta materia hay que deslindar la situación del heredero y la del legatario.

El heredero que ha aceptado la herencia lisa y llanamente está obligado a cumplir los cargos, incluso con su patrimonio (ver nota 26), solución lógica, puesto que ambos patrimonios se han confundido y el cargo hace nacer la acción personal contra el heredero. Si hubiera aceptado con beneficio de inventario, no compromete, desde luego, su responsabilidad personal y puede hacer abandono de los bienes hereditarios.

Distinta es la situación del legatario. Tiene derecho a hacer abandono del legado y, en todo caso, no responde sino hasta el límite de la cosa legada, y si ella peca por caso fortuito, queda exento de toda responsabilidad (art. 1854 Ver Texto).

1120/1327

1327. EL CARGO NO CONFIERE PRIORIDAD AL LEGADO QUE GRAVA RESPECTO DE LOS DEMÁS.— El orden en el pago de los legados está dado por el artículo 3795 Ver Texto , según el cual, salvo disposición en contrario del testador, deben pagarse en primer término los de cosa cierta, luego los de compensación de servicios, y por último, los de cantidad. La circunstancia de que uno de los legados esté gravado con un cargo, no le confiere prioridad alguna; así, por ejemplo, un legatario de cantidad no puede pretender que se pague su legado antes del de cosa cierta, fundándose en el cargo que lo grava (ver nota 27). La cuestión tiene importancia, desde luego, en el caso de que los bienes no alcancen para satisfacer todos los legados.

2.— Revocación de la disposición testamentaria por incumplimiento del cargo

1120/1328

1328. EN QUÉ CASO PROCEDE.— Si bien el principio general es que la inejecución de los cargos sólo da derecho a demandar su cumplimiento, hay un caso en que puede dar lugar a la revocación: cuando ellos han sido la causa final de la disposición testamentaria (art. 3841 Ver Texto), es decir, cuando han sido el motivo principal y determinante de ella.

Resulta en verdad difícil de concebir que esta disposición pueda tener aplicación práctica en otra hipótesis que los legados, que es, en efecto, la prevista por el artículo 3841 Ver Texto ; pues la institución hereditaria trasciende habitualmente de lo que puede significar una obligación de dar o hacer impuesta como cargo. Con todo no cabe descartar totalmente la posibilidad de que, también en su caso, el cargo haya sido la causa final y determinante.

1120/1329

1329. CUMPLIMIENTO IMPOSIBLE.— La revocación es procedente, aunque el cumplimiento del cargo haya llegado a ser imposible por causas completamente independientes de la voluntad del heredero o legatario, siempre que hubiera sido puesto en mora con anterioridad al acontecimiento que hizo imposible el cumplimiento. Así lo establece el artículo 1850 Ver Texto para los cargos impuestos a las donaciones, aplicables a los legados conforme con la remisión del artículo 3842 Ver Texto . Por el contrario, si aún no había sido puesto en mora, la disposición testamentaria no es revocable.

Esta distinción se funda en que, hasta el momento de la puesta en mora, el heredero o legatario no debe reputarse culpable del incumplimiento (ver nota 28). Nos parece una explicación insatisfactoria. Si el incumplimiento del cargo, causa final, se ha hecho imposible, debe, o bien revocarse en todo caso el legado, o bien mantener en todo caso su validez (salvo el supuesto, a que se aludirá más adelante, de que el cumplimiento se haya vuelto imposible por un hecho del legatario); pero no se concibe que se arbitren soluciones distintas según que el legatario haya o no incurrido en mora; porque, cuando se revoca el legado (o, por el contrario, se lo mantiene) por imposibilidad de cumplir el cargo, es porque se parte de la base de que ésa ha sido la voluntad del causante. Pero no se concibe que la voluntad del testador sea distinta según que el legatario haya sido o no puesto en mora.

Si el cumplimiento se ha vuelto imposible por un hecho imputable al legatario, no juega el artículo 1850 Ver Texto : el legado es revocable, haya o no constitución en mora, porque ese hecho del legatario equivale al incumplimiento voluntario (ver nota 29).

1120/1330

1330. INEJECUCIÓN PARCIAL.— En principio, la ejecución del cargo debe ser

completa. Pero esta regla no es rigurosa, como en materia de condición (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, nº 1063). Como aquí la voluntad presunta del causante juega un papel decisivo, la jurisprudencia y la doctrina admiten que los jueces puedan apreciar si lo que resta por ejecutar es de tal importancia y gravedad que justifique la revocación. Y, por tanto, sería posible rechazar una demanda de revocación, si aunque no completas, las prestaciones realizadas por el heredero o legatario fueran importantes, y si a criterio del juez esa sanción resultase excesiva (ver nota 30).

1120/1331

1331. QUIÉN PUEDE PEDIR LA REVOCACIÓN.— Según el artículo 3842 Ver Texto , la revocación de los legados por inejecución de las cargas se rigen por las disposiciones relativas a las donaciones; a su vez el artículo 1852 Ver Texto establece que la revocación de la donación por inejecución de las cargas sólo puede ser demandada por el donante y sus herederos.

Por consiguiente, la revocación de las disposiciones testamentarias puede ser pedida: 1) por los herederos; respecto de ellos, el artículo 1852 Ver Texto es expreso; 2) por el albacea, que es el executor testamentario y quien, por así decirlo, representa la voluntad del difunto; es, pues, indudable que si el artículo 1852 Ver Texto autoriza al donante a pedir la revocación también debe tener este derecho el albacea; 3) finalmente, pensamos que también lo tiene el Fisco, cuando el testamento sólo contiene una disposición parcial de bienes, pasando el remanente al Estado en carácter de vacantes. Es verdad que el Estado no es heredero (véase nº 42), pero su interés en la revocación es análogo al de éste, porque la consecuencia de ella será que los bienes que componen el legado pasen a engrosar su patrimonio.

La ley niega expresamente al tercer beneficiario del cargo el derecho a pedir la revocación del legado (art. 1853 Ver Texto), puesto que él carece de todo interés en dicha sanción; de tal modo que su petición sólo podría estar inspirada en su resentimiento o en su deseo de causar daño al heredero o legatario. Su acción tendría un móvil injusto, que el derecho no puede amparar.

Cabe notar, finalmente, que la revocación del legado debe ser demandada judicialmente, no bastando la mera declaración de voluntad del heredero (arts. 559 Ver Texto y 1849 Ver Texto) (ver nota 31). Se explica que así sea porque la cuestión de si el legatario ha dado o no cumplimiento suficiente o si ha mediado o no imposibilidad de cumplir, envuelve cuestiones de hecho y de derecho que sólo pueden ser dilucidadas y resueltas por el juez.

1120/1332

1332. EFECTOS.— Los efectos de la caducidad de la disposición testamentaria son los siguientes:

a) El que sustituye al heredero o legatario en la propiedad de los bienes asume la obligación de cumplir con el cargo, salvo que se trate de una obligación de carácter personal, que sólo pueda ser cumplida por la persona a quien el causante se la impuso (ver nota 32). Aunque esta solución no se halla expresamente establecida en el Código, es de toda evidencia que no cabe admitir otra, sin que pueda alegarse contra ella el principio de que el cargo es una obligación personal impuesta al heredero o legatario sobre el cual pesa. Un caso práctico lo demuestra: un legatario que ha recibido un bien que vale \$ 150.000, ha omitido cumplir con el cargo de entregar a un tercero \$ 100.000; si el heredero demanda la revocación del legado, no puede pretender quedarse con el bien y no pagar el cargo, lo que sería a todas luces inmoral.

1120/1333

1333.— b) Tratándose de bienes inmuebles, quedan sin efecto las transmisiones de dominio, constitución de servidumbres o hipotecas, hechas por el heredero o legatario (art. 1855 Ver Texto). En materia de muebles este efecto sólo se producirá si se prueba que el adquirente de los derechos sobre la cosa (comprador, acreedor prendario) conocía las cargas impuestas y sabía que no estaban cumplidas (art. 1856 Ver Texto).

Sin embargo, los terceros adquirentes de la cosa pueden impedir los efectos de la revocación, ofreciendo ejecutar las obligaciones impuestas al legatario, si las cargas no debiesen ser ejecutadas personalmente por aquél (art. 1857 Ver Texto).

1120/1334

1334.— c) Con respecto a los frutos, la revocación no afecta los percibidos por el heredero o legatario antes de entablada la demanda. El suyo es un dominio resoluble, regido por tanto por la regla del artículo 557 Ver Texto , que así lo dispone (ver nota 33).

Algunos autores sostienen que también se pierden los frutos a partir del requerimiento o puesta en mora por incumplimiento del cargo (ver nota 34). No lo creemos así. Mientras no le sea demandada la revocación, el heredero o legatario es indiscutiblemente un poseedor de buena fe, puesto que todavía no está en cuestión la propiedad sobre la cosa. El sigue siendo dueño con todos los atributos de tal. La demanda por incumplimiento lo pone en mora sólo respecto de los daños y perjuicios que la falta de ejecución en tiempo propio ha ocasionado al beneficiario del cargo (por ej., los intereses de una suma de dinero).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la general indicada en nota 1994, véase: GATTI, Modalidades de la voluntad testamentaria, Montevideo, 1954; SCUTO, Il modus nel diritto civile italiano, Palermo, 1909; ACUÑA ANZORENA, Revocación de los actos de beneficencia por incumplimiento de los cargos, J.A., t. 57, p. 700.

(nota 2) Es una definición limitada a las sucesiones. Respecto a los actos jurídicos en general, véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, n° 1113.

(nota 3) GATTI, Modalidad de la voluntad testamentaria, n° 80; GANGI, La successione testamentaria, t. 2, n° 370.

(nota 4) El propio GANGI (loc. cit. en nota anterior) lo admite, con lo cual incurre, a nuestro entender, en una palmaria contradicción. En el mismo sentido: FORNIELES, t. 2, n° 181; MESSINEO, t. 7, § 185, n° 26.

(nota 5) JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1531.

(nota 6) JOSSERAND, loc. cit. en nota anterior.

(nota 7) FORNIELES, t. 2, n° 181.

(nota 8) Véase n° 1323.

(nota 9) COLMO, Obligaciones, n° 249; C. Civil Cap., Sala E, 8/2/1983, L.L., 1983-C, p. 579 (“para qué”). Ya el derecho romano admitió este significado de las palabras sí (sí) y ut (para qué) en un texto del Digesto (D. 35, 1, ley 80) que inspiró una disposición análoga de las Partidas (Partida 6, tít. 6, ley 21). No deja de ser interesante esta venerable tradición jurídica que reconoce a las palabras su significado propio, que algunos se empeñan en oscurecer con sutilezas jurídicas.

(nota 10) Véase ACUÑA ANZORENA, nota en J.A., t. 57, p. 700, n° 3; DEMOLOMBE, t. 20, n° 567; GATTI, Modalidad de la voluntad testamentaria, n° 84. JOSSERAND propone el siguiente criterio interpretativo: el cargo tiene un carácter económico y objetivo que tiende a imprimir a los bienes comprendidos en la liberalidad cierta afectación, un estatuto jurídico determinado, mientras que la condición interesa sobre todo a la persona, al

estatuto personal del favorecido; pero el mismo autor reconoce que su criterio falla en algunos casos (t. 3, vol. 3, nº 1534). Nos parece una idea confusa.

(nota 11) C. Apel. 2ª La Plata, 29/8/1941, J.A., 1942-I, p. 524; GANGI, La successione testamentaria, t. 3, nº 518.

(nota 12) FERRER, Cómo se interpretan los testamentos, nº 103. Es la solución que ha prevalecido en la doctrina y jurisprudencia francesa; véase VANDENBROUCQUE, L'interprétation des testaments, p. 19 y sigs., y jurisprudencia allí citada; DEMOLOMBE, t. 21, nº 51; AUBRY y RAU, § 665.

(nota 13) Cit. por VANDENBROUCQUE, L'interprétation des testaments, p. 19-20.

(nota 14) Trib. de Besançon, 31/3/1909, cit. por VANDENBROUCQUE, L'interprétation des testaments, p. 56.

(nota 15) De acuerdo: FORNIELES, t. 2, nº 181; GATTI, Modalidad de la voluntad testamentaria, nº 103.

(nota 16) GATTI, Modalidad de la voluntad testamentaria, nº 105.; GANGI, La successione testamentaria, t. 2, nº 314.

(nota 17) BUSSO, t. 3, art. 560, nº 17; GATTI, Modalidad de la voluntad testamentaria, nº 105.

(nota 18) C. Civil 2ª Cap., 28/12/1945, J.A., 1946-I, p. 869; FORNIELES, t. 2, nº 181; GATTI, Modalidad de la voluntad testamentaria, nº 150; SCUTTO, Il modus nel diritto civile italiano, nº 140.

(nota 19) GATTI, Modalidad de la voluntad testamentaria, nº 150.

(nota 20) C. Civil 2ª Cap., 16/7/1934, J.A., t. 46, p. 184; id. 24/9/1942, J.A., 1942-IV, p. 398; id., 23/12/1935, L.L., t. 1, p. 709; FORNIELES, t. 2, nº 189.

(nota 21) C. Civil 1ª Cap., 16/3/1937, J.A., t. 57, p. 700; ACUÑA ANZORENA, nota al pie del fallo citado; FORNIELES, t. 2, nº 184.

(nota 22) De acuerdo: ZANNONI, t. 2, § 1303; PÉREZ LASALA, t. 2, núms. 313 y 383; PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, 3ª ed., nº 3699.

(nota 23) FORNIELES, t. 2, nº 190.

(nota 24) FORNIELES, t. 2, nº 190.

(nota 25) FORNIELES, t. 2, nº 191.

(nota 26) FASSI, nº 1329; GATTI, Modalidad de los actos jurídicos, nº 87; GANGI, La successione testamentaria, t. 3, nº 154. En contra: PÉREZ LASALA, t. 2, nº 370.

(nota 27) C. Civil 2ª Cap., 31/8/1936, J.A., t. 55, p. 562; FORNIELES, t. 2, nº 188.

(nota 28) ACUÑA ANZORENA, nota en J.A., t. 57, p. 700.

(nota 29) GANGI, La successione testamentaria, t. 2, nº 514.

(nota 30) C.S.N., 16/3/1920, J.A., t. 1, p. 90; ACUÑA ANZORENA, nota en J.A., t. 57, p. 700, nº 10; PÉREZ LASALA, t. 2, nº 380; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, nº 1609.; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, p. 489.

(nota 31) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, nº 1347; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, nº 726.

(nota 32) FORNIELES, t. 2, nº 186; MESSINEO, t. 7, § 185, 21.

(nota 33) PÉREZ LASALA, t. 2, nº 382; ACUÑA ANZORENA, nota en J.A., t. 57, p. 700, nº 17; MACHADO, t. 5, p. 136; DEMOLOMBE, t. 20, nº 611; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 1, núms. 1579 y sigs.; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, nº 1621.

(nota 34) ACUÑA ANZORENA, loc. cit. en nota anterior; MACHADO, t. 5, p. 136;

JOSSERAND, t. 3, vol. 3, nº 1621.

1120/10780

CAPÍTULO XV - INSTITUCIÓN DE HEREDEROS (ver nota 1)

1120/1335

1335. INSTITUCIÓN TESTAMENTARIA.— Nuestro Código siguiendo la tradición romano-hispánica, permite la institución de heredero por testamento (art. 3710 Ver Texto). La regla seguida por la antigua legislación francesa, según la cual sólo Dios hace heredero (que significa que no hay otros herederos que los legítimos), no tiene cabida entre nosotros. Bien entendido, sin embargo, que no es indispensable que el testamento contenga institución hereditaria; puede limitarse a disponer algunos legados sobre determinados bienes y, en tal caso, el remanente pasará a los herederos legítimos, siguiendo el orden de las sucesiones ab-intestato (art. 3710). Entre nosotros no rige la regla nemo pro parte testatus (véase núms. 1264).

1120/1336

1336.— No existe entre los herederos legítimos y los testamentarios ninguna diferencia que haga a la esencia de la calidad de tales; ambos, dice el artículo 3713 Ver Texto , gozan de los mismos derechos. Pero la situación de ellos no es perfectamente idéntica; el propio artículo 3713 señala dos diferencias:

a) El heredero testamentario no tiene la posesión hereditaria de pleno derecho; pero ello no señala en verdad una diferencia específica con los herederos legítimos porque, entre estos, sólo la gozan de pleno derecho los parientes en línea recta y el cónyuge (arts. 3410 Ver Texto y sigs.). b) Los herederos testamentarios, a diferencia de los legítimos, no están obligados a colacionar las donaciones que en vida les hubiera hecho el testador. Queda todavía por señalar una tercera diferencia, no recordada en el artículo 3710: los hijos del heredero testamentario no gozan del derecho de representación, pues la disposición testamentaria caduca si el heredero a cuyo favor se ha hecho no sobrevive al testador (art. 3799 Ver Texto ; véase nº 1569).

1120/1337

1337. HEREDERO Y LEGATARIO DE CUOTA.— Anteriormente hemos precisado las diferencias entre el heredero y el legatario de cuota: a) Ante todo, y ésta es la diferencia esencial, el heredero tiene una vocación al total de la herencia, un derecho de acrecer; de tal modo que, si uno de los coherederos instituidos ha muerto antes que el causante, o si renuncia a la herencia, la parte de aquél se ve acrecida con los bienes que hubieran correspondido al último. b) El heredero tiene responsabilidad ultra vires si ha renunciado o perdido el beneficio de inventario, en tanto que el legatario sólo responde con los bienes heredados (ver nota 2).

1120/1338

1338.— La diferencia entre ambas situaciones jurídicas tiene, como se ve, las mayores consecuencias. Interesa, pues, sobremanera saber con precisión si la cláusula testamentaria importa institución hereditaria o legado de cuota. Ello no será siempre fácil, porque los profanos ajenos a estas sutilezas jurídicas suelen emplear palabras equívocas o, lo que es peor, utilizan una palabra con el significado jurídico de otra.

El procedimiento a seguir para indagar el verdadero sentido de las disposiciones es a nuestro entender el siguiente:

a) En primer término, es menester considerar las palabras empleadas por el testador. Si en el testamento se dice heredero o legatario habrá que admitir que lo que se quiso expresar es lo que estas palabras significan. Sólo cuando del contexto de aquél resulte que ellas fueron erróneamente empleadas habrá que recurrir a otros métodos de indagación de la voluntad del causante (ver nota 3).

b) Eso ocurre, por ejemplo, en los siguientes casos: 1) cuando se instituye a una persona heredera de una cosa cierta y determinada es sólo un legatario (art. 3716 Ver Texto), puesto que el heredero sucede, no en cosas ciertas, sino en toda la herencia o en una parte alícuota de ella; 2) si de las cláusulas testamentarias se desprende que el causante reconoce a uno de los llamados legatarios el derecho de acrecer, habrá que admitir que es heredero, no obstante el nombre que le haya atribuido el testador (ver nota 4); 3) el legado de remanente importa institución hereditaria (art. 3720 Ver Texto).

c) Finalmente, tenemos que considerar la norma del artículo 3719 Ver Texto , cuya interpretación ha dado lugar a dificultades. Establece que la disposición de los bienes del causante con asignación de partes debe entenderse como legado de cuota y no como institución hereditaria. Pero cabe preguntarse si esta regla es de aplicación rigurosa, o si, por el contrario, es meramente interpretativa de la voluntad del causante y si, por tanto, podrá admitirse que, no obstante la asignación de cuotas, los beneficiarios son herederos y no legatarios, cuando es claro que esa es la voluntad del causante. La primera tesis ha sido

sostenida en algunos fallos, que han resuelto atribuir carácter de legatario al beneficiario de una cláusula en la que instituía como “únicos y universales herederos” a personas a las cuales se les asignaba a continuación su parte en los bienes (ver nota 5). Tal punto de vista no resiste el análisis. De ser exacto significaría que jamás podría instituirse herederos por testamento por partes desiguales, lo que es contrario al texto expreso de los artículos 3721 Ver Texto y 3727 Ver Texto . Y si se puede designar herederos por partes desiguales, no hay otra forma de hacerlo que asignando esas cuotas o partes. Es obvio, por tanto, que el artículo 3719 Ver Texto tiene solamente un valor interpretativo: en caso de duda, la asignación de partes significa legado de cuota y no institución de heredero (ver nota 6).

1120/1339

1339.— Todas estas dificultades y cuestiones ponen de manifiesto la inconveniencia de mantener el legado de cuota como institución intermedia entre el heredero y el legado de la cosa determinada. Su distinción con la institución hereditaria es una sutileza jurídica que escapa a la mayor parte de los profanos. Y si lo que desea es cumplir en la forma más cabal la voluntad del causante, no se ve que sea éste el modo de hacerlo. Los ejemplos dados en el número anterior demuestran cómo esa voluntad ha naufragado muchas veces por la interferencia de esta figura híbrida y sin interés jurídico que es el legado de cuota. Lo natural y lo simple, lo que está al alcance de cualquier mentalidad no jurídica, lo que llena todas las necesidades fundamentales de la transmisión de bienes por testamento, es lo siguiente: o bien se deja a una persona todo el patrimonio, o una parte alícuota de él, en cuyo caso se lo instituye heredero, con el consiguiente derecho de acrecer y la responsabilidad por deudas; o bien se le transmite un derecho o cosa determinados, en cuyo caso es simple legatario. Es la solución clara y simple de los códigos alemán (art. 2087) e italiano (art. 558), que han eliminado al legatario de cuota, cuya sobrevivencia sólo se explica en la legislación contemporánea por una razón de tradición jurídica, puesto que, repetimos, no consulta ninguna necesidad práctica. Es también el sistema propugnado por BIBILONI (Anteproyecto, nota al art. 3261 y por el Proyecto de 1936, art. 2066).

1120/1340

1340. COEXISTENCIA DE HEREDEROS TESTAMENTARIOS Y LEGÍTIMOS.— Nuestro Código, como todas las legislaciones contemporáneas, se ha apartado de la regla romana según la cual nadie podía morir en parte testado y en parte intestado (nemo pro parte testatus) (art. 3710 Ver Texto). Por consiguiente, no hay ningún inconveniente legal ni lógico en que coexista un heredero testamentario con uno legítimo. Nuestra jurisprudencia lo ha admitido reiteradamente (ver nota 7).

Pero esa coexistencia origina problemas que conviene tratar distinguiendo la hipótesis de herederos forzosos y no forzosos.

1120/1341

1341. a) Heredero legítimo no forzoso.— Ordinariamente, la institución de heredero por testamento desplaza a los eventuales herederos legítimos no forzosos. Eso ocurrirá siempre que no haya asignación de partes, pues una de las notas esenciales del derecho de los herederos es la vocación al todo. Pero puede ocurrir que el causante designe herederos asignando partes que no cubran el total. Por ejemplo, “designo único heredero en la mitad de mis bienes a Pedro”. Es indudable que, si no se ha dispuesto de los restantes bienes, ellos pasarán a los herederos legítimos. Habría, pues, un caso de coexistencia de herederos legítimo y testamentario; sólo que se discute si esa cláusula testamentaria importa institución de heredero o un legado de cuota. En este último sentido se pronunció la Cámara Civil 1ª de la Capital en el caso de un testamento que disponía textualmente lo que dice nuestro ejemplo (ver nota 8). De conformidad con este criterio, por tanto, siempre que hubiera un sobrante de herencia, luego de asignadas las cuotas a los beneficiarios, ese sobrante pasa a los herederos legítimos, que son los únicos herederos del causante; los otros sólo serían legatarios de cuota, cualquiera fuera el nombre que les hubiera dado el testador.

No compartimos tal criterio. Creemos que lo fundamental en esta materia es la interpretación de la voluntad del causante (ver nota 9). Si lo que éste ha querido es que su herencia sea compartida por la persona designada en el testamento y sus herederos legítimos, ninguna duda hay de que tal voluntad debe producir plenos efectos y que todos ellos son herederos.

1120/1342

1342. b) Herederos forzosos.— Si coexisten herederos forzosos omitidos en el testamento y herederos testamentarios, debe salvarse la legítima, pagarse las mandas y entregar el resto al heredero instituido (art. 3715 Ver Texto , ref. por ley 17711).

¿El legitimario omitido en el testamento es también heredero?

La cuestión se vincula, desde luego, con la de si la legítima es pars bonorum o pars hereditatis, sobre la que hemos tratado en otro lugar (véase nº 911). La duda que podía haber sobre esta cuestión en el Código Civil, ha quedado disipada por la ley 17711 , que derogó el artículo 3354 Ver Texto . Hoy el legitimario debe siempre considerarse heredero. Ya lo había resuelto así la Cámara Civil de la Capital, reunida en tribunal plenario, al decidir que el titular de la porción legítima lo es en su calidad de heredero del causante y tiene derecho a que se lo declare tal, si fue omitido en el testamento (ver nota 10).

Supuesto que la porción disponible se haya dejado a quien no es heredero legítimo, suele presentarse el problema de si lo que se ha dejado es un legado o se ha hecho una institución hereditaria. Nuestra jurisprudencia ha resuelto, luego de alguna vacilación que el legado de la porción disponible es un legado de cuota y no una institución hereditaria (ver nota 11); salvo, claro está, que el causante exprese claramente su voluntad de instituir heredero y no simple legatario (ver nota 12).

1120/1343

1343. INSTITUCIÓN DEL PROPIO HEREDERO FORZOSO.— Ocurre con frecuencia que el testamento instituye herederos a los propios legitimarios. Naturalmente, esto no modifica en lo más mínimo el título de aquéllos; pero no por ello debe pensarse que tal institución está desprovista de todo efecto jurídico. Por el contrario, lo tiene en el orden procesal, pues permite seguir el procedimiento de los juicios testamentarios, que a veces supone una considerable ventaja para los herederos y porque elimina el problema de la prueba del vínculo, que suele ofrecer dificultades, sobre todo si es preciso traer partidas del extranjero.

1120/11490

1343 bis. CASO DE SUCESIÓN TESTAMENTARIA SIN INSTITUCIÓN DE HEREDEROS.— Si el testamento sólo dispone legados sin instituir herederos, y los hay forzosos, habrá que tramitar la sucesión intestada en la que estos defenderán sus legítimas. Pero si no hay herederos forzosos y presumiblemente los legados absorben la totalidad del patrimonio del causante, no corresponde abrir la sucesión intestada hasta que se liquiden los bienes (ver nota 13); sólo si queda un excedente podrán promoverla los herederos legales no forzosos.

1120/10790

§ 1.— Forma de la institución

1120/1344

1344. NO SE EXIGE INSTITUCIÓN EXPRESA.— Nuestra ley no exige términos sacramentales, ni fórmulas solemnes para la institución de heredero; lo fundamental, más que las palabras empleadas, es que la persona o personas designadas sucedan en la universalidad de los bienes al causante. Habrá, pues, institución hereditaria:

1120/1345

1345.— a) Cuando expresamente lo disponga así el causante. Si el testador designa heredero a una persona, debe tenérselo por tal, a menos que del contexto resulte que la palabra haya sido usada con evidente error (ver nota 14), como ocurriría si se lo designa heredero de una cosa cierta y determinada, por ejemplo “de mi biblioteca, de mis cuadros, de mis manuscritos”. En tales casos, es obvio que se trata de un legado y así lo dispone expresamente el artículo 3716 Ver Texto .

1120/1346

1346.— b) Cuando, aun sin emplearse la palabra heredero, se deja a una o varias personas la universalidad de los bienes (art. 3717 Ver Texto). Por ejemplo, “dejo todos mis bienes a mis sobrinos Pedro y María”. La cuestión no suscita dificultades cuando la cláusula no contiene asignación de partes; pero cuando la contiene, se provoca la duda que hemos tratado en el número 1341. En definitiva el problema debe resolverse de la siguiente forma: si hay asignación de cuota sin institución expresa de herederos, hay simple legado de cuota, aunque se disponga de todos los bienes (art. 3719 Ver Texto); pero si hay institución expresa, hay heredero y no legatario.

Puesto que, lo que en definitiva configura al heredero es la circunstancia de recibir la universalidad de los bienes del causante, no importan en este caso las palabras empleadas; así, por ejemplo, la expresión “lego todos mis bienes a Fulano” significa institución hereditaria (ver nota 15), porque la palabra legado ha sido utilizada con evidente error.

No hay inconveniente en que se instituya heredera a una persona en todos sus bienes, salvo en uno determinado. Si no se especifica quién es el destinatario de éste, se reputa legado a los herederos legítimos (ver nota 16).

1120/1347

1347.— El legado de todos los bienes muebles, o de todos los inmuebles, ha dado lugar a prolongadas controversias en la doctrina extranjera (ver nota 17). Pensamos que, en nuestro derecho positivo, la cuestión es clara: puesto que lo que define al heredero es una vocación al todo y esa vocación no existe en nuestro caso, ya que el legatario sólo puede pretender la totalidad de los muebles o de los inmuebles, no hay institución de heredero (ver nota 18). Tampoco es legado de cuota, porque la parte alícuota supone una fracción aritmética (una mitad, un tercio, un cuarto). Es, por tanto, un legado particular.

1120/1348

1348.— Tampoco hay institución hereditaria cuando se lega una masa de bienes, designada por un factor común que vincula a todos los elementos integrantes. Así, por ejemplo, el legado de los bienes que se posea en una provincia o país determinado (lego a Pedro todos mis bienes situados en Córdoba, o en Francia), o todos los bienes que se encuentren en el domicilio del causante, o los deferidos a éste por una herencia anterior no liquidada, o los adquiridos con el producido del trabajo personal del causante, o los que integran un fondo de comercio. En todos estos casos, el legado está limitado siempre a un sector del patrimonio del causante y, por tanto, no hay institución hereditaria (ver nota 19). Pero es necesario formular una reserva. Si se demuestra que aquél no tiene otros bienes que los que allí se indican (es decir, los ubicados en Córdoba, los ganados con el producto de su trabajo personal), hay a nuestro juicio institución hereditaria, porque se trata de un legado de todo el patrimonio.

1120/1349

1349.— c) Cuando, después de haber hecho a una o muchas personas legados particulares, el testador lega lo restante de sus bienes a otra persona (art. 3720 Ver Texto). Es lo que se llama legado de remanente, que importa institución hereditaria, cualquiera sea la importancia de los bienes que quedan luego de pagados los anteriores legados (art. cit.).

Adviértase que la ley habla de legados particulares. Lo que se ha querido significar es que, si los anteriores son de cuota, el legado del residuo no es ya institución hereditaria, sino otro legado de parte. Así por ejemplo, “lego la mitad de mis bienes a Pedro, la cuarta parte a Juan y el resto a Luis”. En verdad, ésta no es sino una forma de asignar también al último una cuarta parte.

En virtud de ello, la Cámara Civil 1ª de la Capital ha decidido que, si el legado de remanente se encuentra precedido de legados de cuota y de cosas determinadas, no importa institución hereditaria (ver nota 20). Nos parece una solución discutible. Si todos los otros legados son de cuota, es lógico que el de residuo sea reputado legatario de la cuota restante; pero, cuando hay otros legados de cosa determinada, no se puede decir que reste una cuota. La situación parece encuadrar muy bien dentro de los términos del artículo 3720 Ver Texto . Pero en esta materia no conviene sujetarse a reglas demasiado rígidas. Las circunstancias del caso, el contexto del testamento, el destino de los bienes, la eventual responsabilidad del legatario de residuo, son todos los elementos de juicio que deberá tener en cuenta el juez para adoptar la solución más equitativa, sin ligarse a fórmulas prefijadas y tal vez injustas en la hipótesis particular. Como aquí la interpretación de la voluntad del causante juega un papel decisivo, podrá adoptar, sin escándalo, a veces una solución, a veces otra.

Así, por ejemplo, si lo que estuviera en cuestión fuera la responsabilidad del legatario de remanente frente a los acreedores de la herencia, será justo tenerlo como simple legatario de cuota, para evitar la responsabilidad ultra vires que podría resultar, por ejemplo, de la enajenación de algún bien del sucesorio. Si, por el contrario, estuviera en cuestión el destino de los bienes que forman los otros legados (por ej., si el otro legatario de cuota ha fallecido antes del causante y por no haber heredero legítimos, esos bienes debieran pasar al Fisco), será justo considerarlo heredero. No hay que alarmarse demasiado si las soluciones que propugnamos no parecen ajustarse a una perfecta sistemática. En derecho, dice FORNIELES, el amor por la simetría produce los mayores inconvenientes; y agrega que hay que rechazar cualquier teoría que importe una generalización y resolver cada caso de acuerdo con lo que él pide (ver nota 21). Pues el jurista y el juez no deben buscar la simetría, sino la justicia.

En cambio merece ser aprobado un fallo de la Cámara Civil de la Capital, Sala F, que decidió que no hay institución hereditaria cuando el causante dispone la venta de un bien y ordena hacer con su producido distintas mandas, legando su remanente a una persona (ver nota 22). Es obvio que para que el legado de remanente tenga aquel significado, debe referirse al remanente de todos los bienes del causante y no a lo que reste de un determinado bien.

1120/1350

1350.— Se vincula estrechamente con esta cuestión el significado jurídico del legado de la porción disponible. La cuestión tiene importancia, sobre todo cuando el heredero forzoso ha muerto antes que el testador, pues si se considera heredero a quien ha recibido el legado de aquella porción, tendrá derecho a la totalidad de los bienes, desplazando a los otros herederos legítimos no forzosos. Como en el caso anterior, pensamos que el problema no debe decidirse sobre la base de reglas generales y absolutas puesto que, en definitiva, todo se resuelve en una cuestión de interpretación de la voluntad del causante (ver nota 23). Los tribunales han declarado reiteradamente, a nuestro juicio con razón, que si el testamento instituye heredero a quien lo es forzoso, y luego lega la porción disponible a un tercero, esta cláusula significa legado y no institución hereditaria (ver nota 24). En efecto: los términos usados por el testador, la distinción precisa entre herederos y legados, obliga a pensar que el causante ha empleado estas palabras en su sentido propio.

1120/1351

1351.— d) Supongamos ahora que una persona hace legados de cosas particulares, que absorben todos sus bienes; luego establece expresamente entre los legatarios el derecho de acrecer. ¿Significa esto institución hereditaria? MACHADO entiende que los legatarios deben reputarse herederos (ver nota 25). No lo creemos así. Mientras no se atribuya la totalidad, o una parte alícuota, o el saldo restante de todo el patrimonio, no hay institución

de herederos. ¿Qué ocurre, en efecto, si luego aparecen bienes que no estaban incluidos en el testamento? Atribuirlos a los legatarios de cosa determinada sería imposible; ellos corresponderán a los herederos legítimos.

1120/1352

1352. LA DESIGNACIÓN DE HEREDERO ES INDELEGABLE.— La designación de heredero es indelegable; no puede hacerse por poder, ni dejarse supeditada a la indicación de otra persona (art. 3619 Ver Texto). Es una manera de asegurar que ese acto es la expresión auténtica de la voluntad del causante y que ella no ha sido falseada por el tercero. En particular, no sería posible que el testador dejara librada al albacea la designación del heredero.

Nuestra jurisprudencia registra un caso interesante relativo a este punto. El causante, luego de hacer distintos legados, dispuso que el sobrante fuera distribuido entre las sociedades de beneficencia que indicaran los albaceas. Una tía del difunto impugnó el testamento, alegando que la disposición del sobrante en la forma que lo hacía importaba institución de herederos, de acuerdo con el artículo 3720 Ver Texto ; ello significaba que la designación del heredero quedaba delegada en el albacea, lo que es contrario a lo dispuesto por el artículo 3619 Ver Texto . No obstante el evidente rigor lógico de la argumentación, la Cámara Civil 1ª de la Capital, con muy buen criterio, rechazó la demanda de nulidad sosteniendo que, en realidad, la disposición testamentaria significaba un legado para los pobres, único caso en que nuestra ley permite la indeterminación del beneficiario (art. 3722 Ver Texto) (ver nota 26). Se salvó así, con una interpretación inteligente, la disposición del testamento y se cumplió con los fines benéficos perseguidos por el causante.

1120/1353

1353. EL HEREDERO DEBE SER DESIGNADO INEQUÍVOCAMENTE.— El heredero debe ser designado con palabras claras, que no dejen dudas sobre la persona instituida; si las hubiere entre dos o más individuos, ninguno de ellos será tenido por tal (art. 3712 Ver Texto).

Es bueno, en efecto, que la designación sea hecha de tal modo que evite toda duda. Lo general y lo conveniente es que se indique al heredero por su nombre completo; pero ésta no es una exigencia indispensable; bastaría con designarlo con el sobrenombre (ver nota 27) o con decir “mi sobrino Juan” o “mi primo Pedro”, si no hay otros parientes de igual grado y con el mismo nombre de pila; o “al médico que me ha asistido en mi última enfermedad”. Incluso podría designarse heredero a una persona que el causante ignora quién es, siempre que la determinación resulte clara e inequívoca; es decir, personas que son inciertas en el momento de morir el causante, pero que pueden llegar a ser ciertas. Ello

ocurre en los casos en que la persona del heredero depende de una condición; por ejemplo, "instituyo heredero a quien se case con mi sobrina María, o al "primer poeta argentino que gane el Premio Nobel" (ver nota 28).

La exigencia legal de la designación de heredero ha de ser clara e inequívoca no debe llevarse a extremos demasiado rigurosos. Así, los tribunales han declarado que cuando se ha designado genéricamente como herederos a los sobrinos, debe entenderse que se trata de los carnales (ver nota 29); que un error material en el nombre del instituido no es causa de nulidad, si se puede individualizar al heredero (ver nota 30). La jurisprudencia francesa ha resuelto, a nuestro juicio con razón, que las palabras sobrinos, primos, incluyen a los parientes de ambos sexos, pero sobrinas, primas, aluden solamente a las de sexo femenino (ver nota 31). Supuesto que se instituya herederos a los hijos de mi hermano Juan ¿quedan comprendidos, tanto los legítimos, como los extramatrimoniales? La cuestión es dudosa (ver nota 32) y creemos que debe ser resuelta de acuerdo con las circunstancias del caso: si, por ejemplo, no ha habido posesión de estado, si los hijos extramatrimoniales no han sido reconocidos por su padre o si, aun reconocidos, no formaban parte, en la realidad de la vida, de la familia legítima, debe reputarse que la institución hereditaria favorece únicamente a los legítimos; si, por el contrario, vivían todos en común y el propio causante ha dado a todos sus sobrinos un trato similar, la institución deben favorecer por igual a todos ellos.

1120/1354

1354.— Si el testador dejara su patrimonio a sus "herederos legítimos", debe entenderse que se refiere a los que lo son en el momento de su muerte, a menos que del texto surja claramente que se refiere a los que tienen ese carácter al otorgar el testamento; por ejemplo, "dejo todos mis bienes a mis actuales herederos legítimos" (ver nota 33).

Si la cláusula dijera "dejo mis bienes a mis herederos legítimos, Juan Pérez, Pedro Pérez y Diego González", debe entenderse que esas personas designadas nominalmente, y no los herederos legítimos que puedan tener un grado preferente, ya sea en el momento en que testó, ya sea en el de morir el causante, son los designados para recoger la herencia" (ver nota 34).

1120/1355

1355.— En un testamento se dejó legados a nombre de ciertas personas "y si ellos muriesen antes que yo, a sus herederos". El tribunal entendió que la cláusula beneficiaba a los herederos ab intestato y no a los testamentarios (ver nota 35). Nos parece la interpretación prudente, mientras no se demuestre que el causante conocía el testamento en que se desplazaba a los herederos legítimos y que era a los testamentarios a quienes quería beneficiar.

La cláusula que instituye herederos, o deja un legado “a mis hijos”, debe entenderse en el sentido de descendientes, a menos que resulte lo contrario del contexto del testamento o de pruebas externas suficientemente convincentes (ver nota 36). En consecuencia, también los nietos del padre premuerto se benefician con la cláusula.

1120/1356

1356.— Hemos dicho ya que, corroborando esta exigencia de la determinación precisa del heredero, el artículo 3712 Ver Texto establece que, si la designación dejase duda entre dos o más individuos, ninguno de ellos será tenido por heredero. Tal sería el caso de que la cláusula dejase todos sus bienes a su sobrino Pedro y resulta que tiene dos sobrinos así llamados. No hay que exagerar, sin embargo el alcance de esta norma. Así, por ejemplo, LAFAILLE sostiene que si el mismo testamento no contiene otros elementos para individualizar al heredero, no habrá forma de impedir la nulidad, por más que luego pudiera probarse, con la mayor certeza, que el favorecido era uno de ellos (ver nota 37). Hay en esta tesis una manifestación más de ese espíritu ciegamente formalista que en materia de testamentos ha inducido a tantos despojos, a tantas soluciones injustas. Siempre que sea indudable cuál ha sido la persona a la cual el causante ha querido designar, la institución es válida. Supongamos el caso de que uno de los sobrinos llamado Pedro se haya ausentado definitivamente del país, haya cortado relación, incluso epistolar, con su familia y viva, desde hace treinta años atrás en Europa, sin que se tengan noticias de él; el otro sobrino Pedro, ha vivido permanentemente en el mismo hogar del causante. Es indudable que éste, y no el primero, ha sido designado heredero. El caso es extremo, sin duda, pero sirve bien para demostrar a qué conclusiones puede llegarse con la ciega adhesión a criterios estrictamente formalistas. En suma: siempre que resulte indudable quién es el beneficiario, aunque haya una homonimia, debe hacerse producir efectos a la institución hereditaria.

1120/1357

1357. INSTITUCIÓN HEREDITARIA EN FAVOR DE LOS POBRES O DEL ALMA DEL TESTADOR.— Puede ocurrir que una cláusula testamentaria instituya herederos a los pobres o al alma del testador; no obstante los términos empleados, no hay institución hereditaria, pues no se concebiría, en el primer caso, la designación de un número indeterminado e incierto de herederos; y en el segundo, es obvio que el alma del testador no tiene personería jurídica como para ser el titular del patrimonio. Por ello la ley dispone que la institución hereditaria en favor de los pobres será considerada un legado a favor de los pobres del pueblo de su residencia; y la hecha en favor del alma, se aplicará a sufragios y limosnas (art. 3722 Ver Texto).

El albacea tiene facultades para distribuir estos bienes entre los pobres, de acuerdo con su

prudente criterio; pero el fiscal, en su carácter de representante del Estado interesado en que se cumplan estas mandas que tienen un objeto de beneficencia general, puede vigilar el destino de los fondos y hacer que se cumpla realmente la voluntad del causante; inclusive se le ha reconocido el derecho de reclamar la transferencia de los bienes a su nombre, puesto que el Estado es el encargado de los objetos de beneficencia pública (véase nº 1410).

En el Anteproyecto de BIBILONI se crea en cada provincia un fondo general con cargo de ser invertido en estas obras (art. 3268).

1120/1358

1358. ASIGNACIÓN DE PARTES.— El testador puede asignar a los herederos partes iguales o desiguales en la herencia (arts. 3721 Ver Texto y 3727 Ver Texto); pero, si no las designa, todos las tendrán iguales (art. 3721). Supongamos que el testador hubiera designado herederos a su hermano Juan y a sus sobrinos Pedro y Diego, hijos de otro hermano prefallecido. Si no hay asignación de partes, cada uno recibe un tercio, sin que el hermano pueda alegar que a él le corresponda la mitad y la otra a sus sobrinos, pues aquí la división no se hace por estirpes (ver nota 38). Siempre, claro está, que el testador no haya dispuesto claramente la división en esta forma. Así, por ejemplo, en un testamento se había dispuesto que la herencia se repartiría entre los hijos de una hermana, por un lado, y por el otro, entre los de una sobrina; la Cámara Civil 2ª de la Capital resolvió que la partición se hiciera por estirpes y, dentro de cada estirpe, por cabeza (ver nota 39).

1120/1359

1359.— Supongamos ahora que el testamento tiene asignación de partes para algunos de los herederos y para otros deja la restante. Por ejemplo: “instituyo heredero en una tercera parte a Pedro, en otra parte a Juan y en la restante a Diego”. La solución es clara: también éste es heredero en una tercera parte, y si son dos o más los herederos cuya parte no se ha fijado, se repartirá entre ellos lo restante en porciones iguales (ver nota 40). Pero las cosas se complican cuando las partes atribuidas a los primeros herederos cubren todo el patrimonio o lo exceden, cosa que puede ocurrir por error de cálculo o de pluma, sobre todo cuando los herederos son numerosos y la especificación de las parte complicada. He aquí un testamento que dice lo siguiente: “Dejo tres quintos de mi herencia a Pedro, dos quintos a Juan y la parte restante a Diego”. Nos parece excelente la solución adoptada en algunas legislaciones (Cód. Civil alemán, art. 2092; austríaco, art. 558): se considera que el testador ha querido dejar al último una parte igual a la menor de las otras. Por tanto, se la suma a las anteriores y, como ese total excede el patrimonio ($3/5$ más $2/5$ más $2/5$) se reducen proporcionalmente todas las partes.

Y aunque nuestro Código no ha previsto el caso ni la solución, como de alguna manera hay

que resolverlo, no vemos otra, para hacerlo con equidad y justicia, que ésta (ver nota 41).

En el Anteproyecto de Babiloni se establecen expresas estas reglas (art. 3264).

1120/1360

1360.— Más simple es el caso de que todos los herederos tengan cuotas asignadas, pero ellas exceden el total, o no las cubren completamente. En el primer caso, deberán reducirse proporcionalmente todas las porciones; en el segundo, aumentar de la misma manera. Siempre claro está, que se trate de institución hereditaria y no de legado de cuota (problema interpretativo al que hemos aludido anteriormente, n° 1337); pero si fuera legado de cuota, no habría lugar a acrecimiento en el caso de que el conjunto de aquéllas no alcance a cubrir el total; el residuo se gobernaría entonces por las normas de la sucesión legítima. Estos principios han sido acogidos expresamente en los proyectos de reformas (Anteproyecto, arts. 3263 y sigs.; Proyecto de 1936, art. 2068).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: FORNIELES, t. 1, núms. 194 y sigs.; LAFAILLE, t. 2, núms. 435 y sigs.; DE GÁSPERI, t. 3, núms. 522 y sigs.; RÉBORA, t. 2, núms. 396 y sigs.; ZANNONI, t. 2; PÉREZ LASALA, t. 2; MAFFÍA, t. 3; GOYENA COPELLO, t. 2; IBARGUREN, Institución de heredero, Buenos Aires, 1898; CICU, Testamento, Milano, 1951; GANGI, La successione testamentaria, t. 2, núms. 349 y sigs.; MESSINEO, t. 7, § 184.

(nota 2) Véase núms. 17 y 1394.

(nota 3) Sup. Corte Buenos Aires, 15/5/1945, L.L., t. 39, p. 210 y J.A., 1945-II, p. 662; C. Apel. 1ª La PLata, 23/6/1947, J.A., 1947-III, p. 141; FORNIELES, t. 2, n° 205.

(nota 4) FORNIELES, t. 2, n° 203; ZANNONI, t. 2, § 1323.

(nota 5) C. Civil 1ª Cap., 8/3/1933, J.A., t. 41, p. 320; id., 13/5/1942, J.A., 1942-III, p. 458; C. Civil 2ª Cap., 31/8/1943, L.L., t. 31, p. 818; FORNIELES, Jorge, La institución de herederos, con asignación de partes, E.D., 1962-I, p. 1060.

(nota 6) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala A, 29/5/1980, E.D., t. 89, p. 367; id., 29/5/1980, E.D., t. 89, p. 800; Sala B, 24/4/1979, E.D., t. 80, p. 800; Sala C, 16/12/1976, E.D., t. 72, p. 348; Sala F, 10/9/1959, E.D., t. 2, p. 35; C. Apel. Mercedes, 18/3/1955, L.L., t. 78, p. 365;

Sup. Corte Buenos Aires 15/5/1945, L.L., t. 39, p. 210 y J.A., 1945-III, p. 662; C. Apel. 1ª La Plata, 23/6/1947, J.A., 1947-III, p. 141; ZANNONI, t. 2, § 1309; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 219; MAFFÍA, t. 3, n° 1182; FORNIELES, t. 2, núms. 204 y 205; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 544.

(nota 7) C. Civil Cap., Sala D, 29/6/1956, J.A., 1956-III, p. 294; C. Civil 1ª Cap., 11/5/1932, J.A., t. 38, p. 180; C. Civil 2ª Cap., 2/3/1921, G.F., t. 31, n° 57; id., 6/7/1939, J.A., t. 67, p. 252; id., 20/5/1949, J.A., 1949-III, p. 81; C. Apel. Rosario, 6/11/1926, J.A., t. 23, p. 568; etc. En contra: RÉBORA, t. 2, n° 397.

(nota 8) C. Civil 1ª Cap., 16/3/1923, J.A., t. 10, p. 48. FORNIELES está en desacuerdo con las conclusiones del fallo (t. 2, n° 205).

(nota 9) Véase en este sentido, DÍAZ DE GUIJARRO, Los elementos subjetivo y objetivo del derecho de acrecer, J.A., 1947-III, p. 141.

(nota 10) C. Civil Cap. en pleno, 10/8/1953, J.A., 1953-IV, p. 15.

(nota 11) C. Civil 2ª Cap., 15/9/1938, J.A., t. 64, p. 831; C. Civil 2ª Cap., 20/10/1943, J.A., 1943-IV, p. 228; C. 1ª Apel. La Plata, 23/6/1947, J.A., 1947-III, p. 141.

(nota 12) Sup. Corte Buenos Aires, 15/5/1945, L.L., t. 39, p. 210 y J.A., 1945-II, p. 662; C. 1ª Apel. La Plata, 23/6/1947, J.A., 1947-III, p. 141.

(nota 13) C. Civil Cap., Sala A, 22/6/1961, causa 71.578 (inédita); Sala D, 18/8/1957, causa 4513 (inédita); C. Civil 1ª Cap., 26/10/1949, J.A., 1949-IV, p. 783, y L.L., t. 57, p. 247; id., 20/12/1938, J.A., t. 64, p. 799; LAFAILLE, Sucesiones, t. 2, p. 299; LLERENA, t. 10, p. 107.

(nota 14) Sup. Corte Buenos Aires, 15/5/1945, L.L., t. 39, p. 210 y J.A., 1945-II, p. 662; FORNIELES, t. 2, n° 205.

(nota 15) C. Apel. Dolores, 12/2/1948, J.A., 1948-I, p. 636; FORNIELES, t. 2, n° 198; MACHADO, t. 10, p. 40, nota.

(nota 16) KIPP, Sucesiones, § 44, p. 262.

(nota 17) Puede verse un excelente resumen de las distintas posiciones asumidas por los autores en esta materia, en GATTI, De las mandas o legados, n° 43, texto y nota 118.

(nota 18) De acuerdo: GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 207; MACHADO, t. 10, p. 47. En Italia se debatió vivamente este problema; mientras en la doctrina las opiniones estaban divididas, la jurisprudencia se inclinó a considerar que tales legados importaban institución hereditaria; en el Código de 1942 la cuestión ha sido resuelta expresamente en el sentido de que no la hay, puesto que para que exista es necesario un legado de la universalidad de los bienes o de una cuota parte de ellos (art. 588 Ver Texto). Anteriormente sostenía esta opinión GANGI, Legati, t. 1, p. 59; BONFANTE, Intituzione nella universalità del beni immobili o mobili, Scritti Giuridici Varii, t. 1, p. 509; LEZANA, Successione testamentaria, art. 790, p. 9; POLACCO, t. 1, p. 9; en cambio, consideraban que había institución hereditaria: CICU, La nozione di erede, p. 165; PACIFICI-MAZZONI, t. 11, n° 3, p. 2; VITALI, Successioni, t. 2, n° 1371. En Francia, el art. 1010 lo considera como legado a título universal.

(nota 19) C. Civil Cap., Sala A, 6/8/1974, E.D., t. 58, p. 146; GATTI, De las mandas o legados, n° 44; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 617 y jurisprudencia allí citada; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1860.

(nota 20) C. Civil 1ª Cap., 10/6/1929, J.A., t. 30, p. 73. En contra y de acuerdo con nuestra opinión, GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 208.

(nota 21) FORNIELES, t. 2, n° 179. El autor hace esta afirmación con motivo del cargo en las disposiciones testamentarias, y, en carta dirigida al autor de esta obra, aprueba la solución sostenida en el texto. En cambio, FORNIELES (h.), critica nuestra solución y sostiene que en esta hipótesis hay un legado de cuota: La institución de herederos con asignación de parte, E.D., 1962-I, p. 1060. Esta crítica motivó nuestra réplica: Reflexiones en torno a la interpretación de la ley (a propósito de la institución de herederos con asignación de partes), E.D., t. 2, p. 1073.

(nota 22) C. Civil Cap., Sala F, 8/9/1959, causa 56.723.

(nota 23) Sup. Corte Buenos Aires, 15/5/1945, L.L., t. 39, p. 210 y J.A., 1945-II, p. 662; C. Apel. 1ª La Plata, 23/6/1947, J.A., 1947-III, p. 141.

(nota 24) C. Civil 1ª Cap., 15/9/1938, J.A., t. 64, p. 831; C. Civil 2ª Cap., 20/10/1943, J.A., 1943-IV, p. 228; C. 1ª Apel. La Plata, 23/6/1947, J.A., 1947-III, p. 141.

(nota 25) MACHADO, t. 10, p. 41, nota.

(nota 26) C. Civil 1ª Cap., 4/6/1941, L.L., t. 23, p. 147.

(nota 27) FERRER, Cómo se interpretan los testamentos, nº 98; VANDENBROUCQUE, L'interprétation des testaments, p. 32, quien cita en este sentido un fallo del tribunal de Metz, 21/3/1922.

(nota 28) FORNIELES, t. 2, nº 192; ZANNONI t. 2, § 1208; AUBRY y RAU, t. 7, § 655; GOYENA, cit. por FORNIELES y que ha sido fuente del art. 3621.

(nota 29) C. Civil 2ª Cap., 27/8/1924, J.A., t. 13, p. 816.

(nota 30) C. Apel. Dolores, 23/9/1926, J.A., t. 22, p. 598.

(nota 31) Trib. Dix, 6/5/1954, Dalloz, 56.2.40 y Sirey, 55.2.57; Bordeaux, 14/6/1859, Dalloz, 59.2.201 y Sirey, 60.2.321, cit. por PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, nº 595.

(nota 32) La jurisprudencia francesa ha resuelto que la expresión “hijos” no comprende a los naturales, salvo disposición expresa en contrario (véase PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, loc. cit., en nota anterior).

(nota 33) GANGI, La successione testamentaria, t. 2, nº 357.

(nota 34) GANGI, La successione testamentaria, t. 2, nº 358.

(nota 35) Trib. de Chateaudun, 8/7/1910, cit. por VANDENBROUCQUE, L'interprétation des testaments, p. 41.

(nota 36) Trib. de Poitiers, 8/10/1858, D.P.; 59.2.108, cit. por VANDENBROUCQUE, L'interprétation des testaments, p. 38; KIPP, Sucesiones, t. 1, § 19, p. 136; DANZ, La interpretación de los negocios jurídicos, p. 364.

(nota 37) LAFAILLE, t. 2, nº 442.

(nota 38) Sup. Corte Buenos Aires, 18/9/1928, J.A., t. 28, p. 493.

(nota 39) C. Civil 2ª Cap., 18/9/1922, J.A., t. 9, p. 466.

(nota 40) MACHADO, t, 10, p. 51, nota.

(nota 41) GANGI, propugna también esta solución en el derecho italiano, ante el silencio de los textos del Código (La successione testamentaria, t. 2, n° 365).

1120/10800

§ 2.— Preterición de herederos forzosos (ver nota 1)

1120/1361

1361. CONCEPTO Y EFECTOS.— Nada se opone en nuestra ley a que los herederos legítimos coexistan con los testamentarios; pero cuando los herederos forzosos han sido totalmente omitidos en un testamento en que se instituye otro, se produce la llamada preterición, que en el sistema de VÉLEZ autorizaba al legitimario desplazado a pedir la nulidad de la institución hereditaria (art. 3715 Ver Texto).

Al disponer la nulidad de la institución hereditaria, VÉLEZ SARSFIELD siguió la tradición romano-hispánica. Al principio, el derecho romano fulminaba de nulidad el testamento en que había preterición, pero luego aquella se limitó a la institución hereditaria; el testamento mantenía su validez en todo lo restante: legados, fideicomisos, etcétera (Novela 115, cap. 4, 9). Esa era también la solución de la ley de Toro (ver nota 2).

1120/1362

1362-1363.— La solución del Código no se justificaba. Mientras no se esté en la zona en que el régimen de transmisión de bienes tiene carácter imperativo, la voluntad del causante debe recuperar todo su imperio (ver nota 3), y la preocupación del legislador y de los jueces debe ser prestarle el máximo de vigencia práctica. En otras palabras, salvada la porción legítima, la voluntad del testador es soberana. Estas consideraciones dieron lugar a una

jurisprudencia que en estos últimos años se hizo muy firme, en el sentido de que la preterición no daba lugar a la nulidad de la institución hereditaria, sino sólo a su reducción en forma de que se salve la legítima del heredero forzoso (ver nota 4). Era prescindir del artículo 3715 Ver Texto . La ley 17711 vino a consagrar la solución de la jurisprudencia y a eliminar la anomalía de que los jueces prescindieran de un texto legal. Dice el artículo 3715 en su nueva redacción: La preterición de alguno o todos los herederos forzosos, sea que vivan a la fecha del testamento o que nazcan después de otorgado, no invalida la institución hereditaria; salvada que sea la legítima y pagadas las mandas, el resto debe entregarse al heredero instituido.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Véase LLAMBÍAS, La preterición del heredero forzoso y la nulidad de la institución hereditaria, J.A., 1953-IV, p. 423; COLOMBO, Efecto de la preterición del heredero forzoso, L.L., t. 74, p. 781; BENDERSKY, Ineficacia del negocio jurídico por preterición del legitimario, L.L., t. 102, p. 560; FASSI, La preterición de herederos forzosos en la reforma del Código Civil, E.D., t. 22, p. 943; VALLET DE GOYTISOLO, El deber formal de instituir herederos o legitimarios y el régimen de la preterición en los derechos civiles españoles, Madrid, 1966.

(nota 2) Las Partidas, en cambio, mantenían el régimen romano primitivo de la nulidad de todo el testamento (Partida 6, tít. 8, ley 1).

(nota 3) Véase, sin embargo, la defensa de FASSI al sistema del Código: E.D., t. 22, p. 945, nº 8.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala A, 28/3/1960, J.A., 1960-IV, p. 63 y L.L., t. 102, p. 561; Sala E, 22/12/1960, L.L., t. 102, p. 421; Sala D, 16/10/1961, L.L., t. 104, p. 171 y J.A., 1962-II, p. 540; C. Civil 1ª Cap., 30/12/1941, J.A., 1942-I, p. 716; C. Apel. Rosario, 6/11/1926, J.A., t. 23, p. 568; C. Fed. Resistencia, 19/6/1953, J.A., 1953-IV, p. 426. De acuerdo: LLAMBÍAS, nota al fallo citado en último término; SEGOVIA, t. 2, p. 633, nota 19; FORNIELES, quien adhirió a esta solución en su 4º ed., nº 216 bis; BENDERSKY, nota al fallo nº 46.366, L.L., t. 102, p. 560. La Sup. Corte de Buenos Aires, quien anteriormente se había pronunciado en igual sentido (16/8/1955, J.A., 1956-II, p. 28), modificó luego su jurisprudencia decidiéndose por la nulidad total (13/9/1960, J.A., 1961-IV, p. 63). Después de la Reforma y aplicando la doctrina del art. 3715, C. Civil Cap., Sala E, 24/5/1978, E.D., fallo nº 31.445.

§ 3.— Sustitución de herederos (ver nota 1)

1120/1364

1364. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.— La sustitución es una disposición testamentaria por la cual un tercero es llamado a recibir una herencia en defecto de otra persona o a continuación de ella. El espíritu individualista del derecho romano, el amplísimo campo de acción que en él se reconocía a la voluntad del dueño y, desde luego, del causante, favoreció un gran desarrollo de esta institución que permitía al testador reglar el destino de los bienes por varias generaciones según lo recuerda VÉLEZ SARSFIELD en la nota al artículo 3724 Ver Texto . En Roma se reconocían seis clases de sustituciones: 1) la vulgar, única permitida en nuestra ley; 2) la pupilar, por la cual el padre hace su testamento y el testamento de su hijo impúber, nombrándole heredero para el caso de que muera antes de llegar a la pubertad; 3) la ejemplar, por la cual los padres hacen el testamento de sus hijos púberes, dementes o imbeciles, para el caso de que ellos mueran sin haber recobrado la razón; 4) la recíproca, hecha entre todos los herederos instituidos, por la cual se llama a los unos a falta de los otros, sea vulgar, sea pupilar, sea ejemplarmente; 5) la fideicomisaria, de la cual, por su importancia, nos ocuparemos más adelante (núms. 1366 y sigs.); 6) y, finalmente, la compendiosa, que comprende a la vez una sustitución vulgar y una fideicomisaria; así, por ejemplo, nombro heredero a Pedro y, cuando él muera, sea su heredero Juan; si Pedro ha muerto antes que el causante, se está en presencia de una sustitución vulgar; si muere después, es fideicomisaria.

Estas sustituciones pasaron luego a la antigua legislación española (Partida 6, tít. 5).

1120/1365

1365. EL ARTÍCULO 3724.— Nuestro Código ha puesto fin a un sistema complicado, que prolonga más allá de límites razonables el imperio de la voluntad del causante, creando serios trastornos en la circulación de los bienes. Según el artículo 3724 Ver Texto , solamente la sustitución vulgar queda permitida; es decir, se autoriza al causante a designar un heredero en sustitución del nombrado en primer término, para el caso de que éste no pueda o no quiera aceptar la herencia.

No obstante la prohibición clara de la ley, los hombres no cejan en el propósito de seguir gobernando el destino de sus bienes después de su muerte; con frecuencia los testamentos contienen cláusulas que, si no importan propiamente una sustitución prohibida, tienen con ella mucha similitud. Se hace indispensable, por tanto, precisar ajustadamente los conceptos, para saber cuándo estamos en presencia de una disposición testamentaria válida o nula.

1120/10820

A.— DE LAS SUSTITUCIONES PROHIBIDAS Y EN PARTICULAR DE LA FIDEICOMISARIA

1120/1366

1366. CONCEPTO.— Según ya lo dijimos, hay sustitución cuando una persona es llamada a la herencia en defecto de otra (que no puede o no quiere recibirla), o a continuación de otra. Esta última, que importa dar un heredero al heredero, es lo que nuestra ley prohíbe (art. 3723 Ver Texto). Suele asumir distintas formas: sustitución fideicomisaria típica, recíproca, de residuo; o bien aparece disimulada bajo el nombre de condición resolutoria, u otras cláusulas análogas. Pero, de cualquier modo, nuestro derecho ofrece una guía segura para configurar la sustitución prohibida, cualquiera que sea su apariencia jurídica: el causante pretende darle un heredero a su heredero. Tal cláusula será siempre inválida.

De todas las sustituciones prohibidas, la fideicomisaria es la que reviste mayor importancia histórica y en el derecho comparado. Conviene detenerse en ella, indagar su origen y poner de relieve cuáles han sido los motivos de la prohibición legal.

1120/1367

1367. ORIGEN HISTÓRICO DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.— La sustitución fideicomisaria nació en el derecho romano como un medio de eludir las incapacidades para recibir por testamento. Se instituía heredero a una persona interpuesta, de la confianza del causante, a quien se rogaba que entregara los bienes al verdadero destinatario. No había acción para obligar al heredero instituido a que entregara los bienes a la persona querida por el causante. De ahí el nombre de la institución, que proviene de fiducia: fe, confianza. Más tarde, ya en la época de Augusto, se abrió a los verdaderos herederos una acción para exigir del fideicomisario la entrega de los bienes. Pero pronto la institución sirvió para un nuevo papel económico; se trataba ahora de impedir que el heredero dispusiera de los bienes que se le dejaban, obligándolo a conservarlos y devolverlos después de su muerte, a la persona indicada por el causante.

Fue con esta función que la sustitución fideicomisaria adquirió un gran desarrollo; era un medio de asegurar que el heredero pródigo no dilapidara sus bienes y los conservara de por vida, sin peligro de quedar en el desamparo; era también un medio de asegurar la conservación de los bienes dentro de la familia. Por éste último motivo gozó de gran favor

en Francia en donde sirvió de medio para mantener una nobleza rica y conservar sin desmedro la propiedad de las tierras de las que dependían el esplendor del apellido y el poder político. Las sustituciones se disponían por varias generaciones, para mejor lograr esos fines; de tal modo que se había llegado a crear un orden sucesorio testamentario paralelo y predominante sobre el legítimo.

1120/1368

1368. MOTIVOS DE LA PROHIBICIÓN LEGAL.— Se comprende que, llegado ese extremo, la sustitución fideicomisaria no podía subsistir. En primer lugar, es una forma de crear manos muertas, propiedades inalienables, extraídas de la circulación económica, beneficiosas quizá para una persona o familia, pero contrarias al interés social. Además, según ya se dijo, importan crear un orden sucesorio voluntario, que se superpone al legal y lo desvirtúa, con todos los inconvenientes del caso, entre los cuales el más notorio es que desaloja un régimen igualitario y democrático en la distribución de la herencia, por otro fundado en la desigualdad y el privilegio. Las sustituciones fideicomisarias sin límite de tiempo eran una expresión de conceptos feudales, pero resultan incompatibles con las ideas democráticas actuales. Es chocante, dicen COLIN y CAPITANT, que el hombre, cuya vida es breve, pueda, por su voluntad, reglar el destino de sus bienes por generaciones sucesivas más o menos lejanas y encadenar así indefinidamente la libertad de sus descendientes (ver nota 2). La Revolución Francesa suprimió radicalmente estos fideicomisos por ley del 14 de noviembre de 1792 y muchas legislaciones actuales, entre ellas la nuestra, siguen esta solución (códigos francés, art. 893; mexicano, art. 1473; venezolano, art. 706; uruguayo, art. 858.).

1120/1369

1369.— Es claro que los inconvenientes sociales de la sustitución fideicomisaria son mucho menores cuando sólo se la autoriza con relación al primer heredero, y no para los sucesivos. Y tiene sin duda la ventaja de que asegura la conservación de los bienes en poder del fideicomisario, eliminando el peligro de la prodigalidad o de falta de capacidad en la administración. Se explica así que se haya visto un renacer moderado de esta institución en numerosas legislaciones modernas, que sólo la autorizan en primer grado o en beneficio de personas que vivan a la muerte del testador (véase códigos: alemán, arts. 2100 y sigs.; suizo, art. 488; español, art. 781; brasileño, arts. 1733-1739). El Código italiano es aún más restrictivo, pues sólo la autoriza cuando se ha instituido herederos en primer término a los hijos o hermanos y cuando la sustitución se hace en favor de los hijos de ellos (art. 692).

1120/1370

1370. ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.— La sustitución fideicomisaria típica está configurada por los siguientes caracteres: 1) Una doble institución de heredero, respecto de los mismos bienes, a título de propiedad y en virtud de una voluntad única. 2) Obligación de conservar los bienes, impuesta al primer heredero, para restituirlos, a su muerte, al segundo. 3) Orden sucesivo, ya que la obligación de restituir se refiere al momento de la muerte del primer heredero (ver nota 3).

Adviértase que no solamente se le da un heredero al heredero, sino que se le impone la obligación de conservar los bienes en favor del segundo instituido. En el fondo, el primer instituido no es sino un usufructuario, pues aunque teóricamente es el titular de la propiedad, no ostenta los atributos definatorios de ésta, que son precisamente los de disponer y gravar.

1120/1371

1371.— Aun a riesgo de caer en redundancia, creemos oportuno repetir que, si bien estos tres elementos deben estar reunidos para configurar la sustitución fideicomisaria típica, en nuestro derecho positivo ella es prohibida aunque falte el segundo, es decir, aunque no se imponga al instituido en primer término la obligación de conservar y la sustitución de heredero se opere solamente respecto de los bienes que quedaren a su muerte (véase n° 1391). MESSINEO dice que, aun en este caso, no es impropio hablar de la obligación de conservar, porque el instituido en primer término no tiene ya plena facultad de disposición sobre los bienes, desde que, por lo menos mortis causa, no puede hacerlo (ver nota 4). Nos parece una idea poco clara, Obligación de conservar significa imposibilidad de enajenar, gravar; pero si el primer instituido conserva íntegramente sus atribuciones de vender, donar, hipotecar, no se ve cómo puede decirse con propiedad que pesa sobre él la obligación de conservar (ver nota 5).

1120/1372

1372. CLÁUSULAS TESTAMENTARIAS QUE GUARDAN ANALOGÍA CON LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.— La prohibición de la sustitución fideicomisaria ha dado lugar a que las personas incluyan en sus testamentos ciertas cláusulas que guardan analogía con ella. Es una tendencia natural del hombre, dicen PLANIOL y RIPERT, especialmente entre las personas de buen corazón y enérgicas, el pretender regir, para lo futuro, la suerte de sus parientes, cuando observan que los más allegados carecen de voluntad o de inteligencia (ver nota 6). A veces esas disposiciones, aun rozando el fideicomiso, son válidas; otras, caen ya dentro de la prohibición legal. Vamos a ver las hipótesis más importantes o más frecuentes.

1120/1373

1373. a) Legado de usufructo.— A veces, una persona, temiendo la prodigalidad de su heredero, le lega únicamente el usufructo de sus bienes, de por vida, instituyendo heredero en la nuda propiedad a un tercero. La situación de éste es, como se ve, muy semejante al sustituto del fideicomiso, porque recibirá el goce pleno de los bienes recién a la muerte del legatario. Semejante, pero no igual. No hay, por lo pronto, transmisión del mismo derecho, porque a uno se le lega el usufructo y a otro la propiedad; falta así el primero y fundamental carácter de la sustitución fideicomisaria. El heredero de la nuda propiedad lo es desde el primer momento, sin lapso de tiempo alguno entre el fallecimiento del causante y la adquisición de su derecho: él puede enajenar o gravar la nuda propiedad. Por todo ello, hay acuerdo universal en que este legado no importa sustitución fideicomisaria y es, por tanto, válido. Nuestro Código ha consagrado expresamente tal solución en el artículo 3717 Ver Texto .

Pero si las bases legales de la solución son claras, en la práctica las cuestiones suelen complicarse por la forma imprecisa en que, a veces, están redactadas las cláusulas testamentarias. Empero, la jurisprudencia ha procurado siempre convalidar estos legados de usufructo, no obstante tener algún color de sustitución fideicomisaria: así, por ejemplo, se ha declarado válido el legado del usufructo de un campo a dos personas, con el agregado de que al fallecimiento de ellas, quedará para un tercero; se interpretó que éste era, desde el comienzo, el legatario de la nuda propiedad (ver nota 7); si la cláusula testamentaria dice que el causante instituye a su esposa heredera usufructuaria de todos los bienes, y a continuación agrega que la instituye heredera absoluta en ciertos bienes, debe entenderse que en los primeros, sólo se le confería un legado de usufructo y que la nuda propiedad se legaba a los heredero legítimos (ver nota 8).

1120/1374

1374. b) Disposiciones testamentarias condicionales.— Tanto la institución testamentaria como el legado sujeto a condición son válidos, no obstante que ellos suponen establecer dos herederos o legatarios que se suceden unos a otros. En efecto: si la condición es resolutoria, el heredero testamentario, ocurrido el evento, deberá entregar los bienes al heredero legítimo; y lo contrario sucede en la condición suspensiva. Pero hay aquí una diferencia fundamental: que la sucesión de derechos entre los herederos no se produce por causa de muerte sino por haber acontecido un hecho extraño a ella. Es decir, no se da un heredero al heredero, sino que se lo priva a éste de sus derechos, en razón de un acontecimiento futuro e incierto, que no es la muerte.

1120/1375

1375.— Por ello mismo, debe considerarse que implica sustitución fideicomisaria y que,

por tanto es nula, la condición de que, en caso de morir sin hijos el heredero, los bienes pasarán a otro que se designa también en el testamento. Esta famosa cláusula, llamada si sine liberis decesserit, ha provocado renovadas controversias en la doctrina extranjera (ver nota 9); pero en nuestra legislación positiva es evidentemente ilegal, porque contraría la prohibición de dar heredero al heredero, contenida en el artículo 3723 Ver Texto . En efecto, si el instituido muere sin hijos, los bienes no pasarán a sus herederos legítimos, ni a los que él designe por testamento, sino al indicado por el primer causante.

En vano se aducirá que, como consecuencia del efecto resolutorio de la condición, el sustituto se considera como si hubiera sido heredero del primer causante y desde el momento de su muerte (ver nota 10). Se trata de un simple recurso de técnica jurídica, con el cual se pretende encubrir la realidad, que es la sustitución prohibida por los artículos 3723 Ver Texto y 3724.

1120/1376

1376. c) Legados a término.— Nos referimos exclusivamente a los legados a término, pues opinamos que, en nuestro derecho, la institución hereditaria no puede estar sujeta a plazo (véase n° 1309). En algunos casos, estos legados tienen una gran semejanza con la sustitución prohibida, sobre todo cuando lo que se lega es la propiedad, y el plazo es prolongado. Supongamos que se lega un inmueble por un plazo de veinte años, al cabo de los cuales el derecho se resuelve y la propiedad pasa a los herederos legítimos. Tales cláusulas tienen muchos de los inconvenientes de la sustitución y, en particular, la inalienabilidad por tan largo lapso. Es indudable, sin embargo, que no hay sustitución, porque no se da un heredero al heredero; la resolución del derecho se produce con entera independencia de la muerte del primer beneficiario.

Pero si el legado se hubiera sujetado al término incierto de la muerte del legatario, entonces habría sustitución fideicomisaria, pues están reunidos en este caso todos los caracteres que la configuran (ver nota 11).

1120/1377

1377. d) Disposiciones testamentarias con cargo.— El cargo presenta analogías con la sustitución prohibida, cuando consiste en la entrega de bienes que deberá hacerse a la muerte del heredero o legatario. Por ejemplo: lego mi casa a Pedro con cargo de que a su muerte la legue a Juan; o bien: lego mi casa a Pedro con cargo de que, a su muerte, deje \$ 50.000 a Juan.

Se advertirá que, entre los dos ejemplos, hay una diferencia fundamental: en el primero, se

trata de los mismos bienes; bajo el nombre de cargo, lo que testador trata es de dar un heredero a su heredero. La cláusula será nula. Pero en el segundo se trata de bienes diferentes: falta entonces la primera condición requerida para que haya sustitución prohibida (véase nº 1370). Será, pues, siempre válido el cargo al heredero de entregar a su muerte, a un tercero, bienes distintos de los que recibe (ver nota 12).

Tampoco habrá nulidad si el cargo consiste en transmitir el bien legado a un tercero, pero no ya a la muerte del legatario, sino luego de transcurrido un cierto plazo (ver nota 13).

1120/1378

1378. e) Sustituciones recíprocas.— Se lega a dos personas un bien, estipulándose que, a la muerte del primero, todo irá a poder del sobreviviente. Indudablemente hay sustitución prohibida, desde que se da heredero al heredero o legatario (ver nota 14).

Sin embargo, ningún impedimento habría para que esa sustitución recíproca se hiciera tan solo con respecto al legado de usufructo, puesto que el artículo 3818 Ver Texto lo permite expresamente (ver nota 15).

1120/1379

1379. f) Rentas vitalicias sucesivas.— Tampoco hay inconveniente en que el testador designe varios beneficiarios sucesivos de rentas vitalicias. Por ejemplo: instituyo heredero a Juan y le impongo el cargo de que pase una renta vitalicia de \$ 1000 mensuales a su hermana Marta; fallecida ésta, deberá pasarla a María.

No hay aquí ni sombra de sustitución hereditaria, pues ninguno de los sucesivos beneficiarios de la renta vitalicia será nunca heredero del causante, ni se le impone un sucesor al heredero instituido (ver nota 16).

1120/1380

1380. FIDEICOMISO DE COSAS FUNGIBLES.— ¿Es válido el fideicomiso de cosas fungibles? Se trata de saber si el causante, que ha legado pongamos por caso \$ 100.000 a un pariente, puede imponerle la obligación de dejar, a su muerte, igual suma de dinero a un tercero. Algunos autores se inclinan por la validez de tal cláusula, sosteniendo que aquí falta uno de los requisitos de la sustitución fideicomisaria, a saber, la identidad de los bienes; en efecto, tratándose de cosas fungibles, el heredero instituido en primer término no

está obligado a entregar las mismas cosas; él cumple entregando otras de igual especie, calidad y cantidad (ver nota 17). No compartimos este punto de vista que nos parece fundado en una sutileza jurídica. La verdad sustancial es que, en esos bienes, el causante ha designado un heredero a su legatario; como que, si la cláusula fuera válida, a la muerte de éste los \$ 100.000 irán a poder de la persona designada en el testamento y no de los herederos del legatario. Que se trate de los mismos billetes, o de otros, es un hecho sin ninguna trascendencia jurídica ni económica y que no puede servir de apoyo a una solución que significaría apartarse de lo dispuesto por el artículo 3723 Ver Texto .

La autoridad de los tratadistas franceses, que suele citarse en su apoyo, no puede invocarse válidamente en este caso, porque los textos legales son diferentes. En el Código Napoleón, para que la sustitución sea legítima, debe contener la obligación de conservar y, evidentemente, no puede hablarse que existe tal obligación cuando se trata de cosas fungibles. Esta es la razón por la cual aquellos autores juzgan válido el fideicomiso de cosas fungibles (ver nota 18). Aun así, la jurisprudencia se ha apartado últimamente de la opinión de los clásicos diciendo que también en este caso hay fideicomiso prohibido (ver nota 19). Con cuánta mayor razón debe admitirse esta solución en nuestro derecho, en el que la obligación de conservar no es necesaria para configurar la sustitución prohibida.

1120/1381

1381. SUSTITUCIÓN DE RESIDUO.— En nuestro derecho positivo, no es válida la sustitución hereditaria, ni aunque se refiera únicamente a lo que quede de los bienes a la muerte del primer instituido (art. 3732 Ver Texto). En otras palabras: aunque no se imponga al heredero la obligación de conservar los bienes, la sustitución es nula. Ejemplo: instituyo heredero a Pedro y dispongo que, si a la muerte de éste conservara alguno de los bienes, ellos pasarán a Juan.

Nuestro Código ha resuelto así, de modo expreso, un problema que ha suscitado dificultades en otros países, particularmente en Francia. Sin embargo, allá ha terminado por imponerse la solución contraria (ver nota 20). Y es que los más graves inconvenientes de la sustitución fideicomisaria típica no se dan en este caso, puesto que el primer instituido no está en la obligación de conservar sus bienes, y no se generan, por tanto, manos muertas. Pero aun así, importa en la práctica derogar el orden sucesorio legítimo por el dispuesto por el causante, lo que no parece aceptable. El testador estaría disponiendo de bienes, que ya no son suyos, desde que su propiedad ha pasado al primer instituido (ver nota 21).

1120/1382

1382. PREMUERTE DEL PRIMER INSTITUIDO EN UNA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.— Supongamos ahora que el testamento contenga una sustitución

fideicomisaria típica: instituyo heredero a Pedro; a su muerte lo herederá Juan. Pero antes del fallecimiento del testador, Pedro, el primer instituido, muere. ¿Es válida la institución en favor de Juan? Ninguna duda cabe de que lo es. La prohibición del fideicomiso, lo hemos dicho, se propone evitar inconvenientes tales, como las manos muertas, la derogación del orden sucesorio legítimo y su reemplazo por el dispuesto por el causante. Nada de esto hay en nuestro caso (ver nota 22).

1120/1383

1383. HIPÓTESIS DE PERSONAS JURÍDICAS.— Supongamos ahora que se instituya heredero o legatario a una persona jurídica, agregándose que, en caso de disolución, los bienes pasarán a tal otra entidad de existencia natural o ideal.

Sostenemos que es indispensable hacer una distinción que, en nuestro caso, adquiere una importancia fundamental: 1) Si el legado o institución hereditaria no importa la obligación de conservar los bienes y se dispone el ulterior destino tan sólo de los que quedaren, la cláusula debe reputarse válida. En efecto: no hay aquí sustitución en sentido propio; es imposible asimilar de modo tan absoluto las personas naturales con las jurídicas. Estas no mueren, se extinguen; no tienen herederos, sino sucesores. No se trata, pues, de dar un heredero al heredero. Y si se admite que los estatutos de las personas jurídicas puedan prever el destino de los bienes ¿qué inconveniente hay en que, al aceptar una herencia o legado, se acepte también el destino previsto por el testador, modificando en este punto lo dispuesto por los estatutos? (ver nota 23). 2) Pero si el legado impone la obligación de conservar, entonces la cláusula es inválida en cuanto exceda los plazos de inalienabilidad permitidos por la ley; bien entendido que la invalidez, no surge de una pretendida sustitución fideicomisaria, que no existe, sino de la ineficacia de la cláusula de no enajenar (ver nota 24).

1120/1384

1384. EFECTOS DE LA SUSTITUCIÓN PROHIBIDA.— La existencia de una cláusula testamentaria que imponga una sustitución prohibida no perjudica la validez de la institución hecha en primer término (art. 3730 Ver Texto); lo único nulo es la ulterior sustitución (ver nota 25). Es decir, el heredero instituido en primer término mantendrá todos sus derechos y a su muerte su sucesión se regirá por el orden legítimo, o por su propio testamento, con entera independencia de lo dispuesto en el testamento que lo instituyó a él.

1120/1385

1385. CLÁUSULAS DE NO ENAJENAR.— El artículo 3732 considera de ningún valor

las cláusulas testamentarias que declaren inenajenable todo o parte de la herencia. Empero, las cláusulas pueden tener una validez temporaria. Hemos tratado el tema en otro punto, al que remitimos (núms. 1285 y sigs.).

1120/10830

B.— SUSTITUCIÓN VULGAR (PERMITIDA)

1120/1386

1386. CONCEPTO.— Hay sustitución vulgar cuando se ha instituido un segundo heredero para el caso de que el primero no pueda o no quiera aceptar la herencia. No puede, en caso de incapacidad o indignidad, o fallecimiento real o presunto; no quiere, si renuncia. Es la única sustitución que permite nuestra ley (arts. 3724 Ver Texto y 3725).

Responde al deseo de asegurar un heredero al causante y como no causa ninguno de los inconvenientes de la sustitución fideicomisaria (inenajenabilidad de los bienes, sustitución del orden legítimo por otro fundado en la voluntad del causante), no hay motivo alguno para prohibirla. Es, más bien, un plausible acto de previsión. Y, desde luego, nada se opone a que se nombren varios sustitutos sucesivamente, y siempre para el caso de que los primeros no quisieran o no pudieran aceptar (arg. art. 3728 Ver Texto).

1120/1387

1387. ACCIÓN DEL SUSTITUTO.— El sustituto tiene acción para hacer declarar la indignidad o la incapacidad del instituido en primer término (ver nota 26) y para instar al instituido a que acepte o repudie la herencia (ver nota 27).

1120/1388

1388. SUSTITUCIONES SIMULTÁNEAS MÚLTIPLES.— Mientras se esté en el terreno de la sustitución vulgar, la voluntad del testador es soberana. No hay inconveniente, por tanto, en que un heredero sea sustituido por varios, ni que varios lo sean por uno solo (art. 3726 Ver Texto). Por ejemplo: designo heredero a Pedro y, en caso de que no quiera o no pueda aceptar, designo a Juan y a Diego; o bien designo mis herederos a Juan y Diego y, en caso de que ninguno de ellos pueda o quiera aceptar, nombro a Pedro.

1120/1389

1389.— El artículo 3727 Ver Texto contiene una disposición confusa. Dice así: Cuando el testador sustituye recíprocamente los herederos instituidos en partes desiguales, tendrán éstos en la sustitución las mismas partes que en la institución, si el testador no ha dispuesto lo contrario. Cabe observar, en primer término, que normalmente no tiene sentido hablar de sustitución recíproca entre herederos. Si uno de ellos no puede aceptar (por carecer de capacidad), o no quiere hacerlo (y, por tanto, renuncia), el otro recibirá toda la herencia no por efecto de la sustitución sino como consecuencia de la vocación al todo, que es propia del heredero. Solamente en caso de que la imposibilidad de aceptar provenga de una indignidad, podría jugar la sustitución para impedir que la parte del indigno pase a sus hijos.

También podrá jugar esta sustitución recíproca en caso de los legados de cuota, pues entonces no hay derecho a acrecer.

1120/1390

1390.— Si hubiere varias sustituciones simultáneas los sustitutos tendrán la misma parte que el instituido al que reemplazan, salvo que el testador hubiere dispuesto otra cosa. Por ejemplo: lego la mitad de mis bienes a Juan y la otra mitad a Pedro; si Juan no quiere o no puede aceptar lo sustituirá Diego, y Pedro será sustituido por Luis y Jorge. A falta de los dos designados en primer término, heredará una mitad Diego y la otra mitad, Luis y Jorge.

Cuando varios sustituyen a uno solo, se presume que todos tienen partes iguales, salvo que el causante hubiera dispuesto expresamente lo contrario (art. 3721 Ver Texto).

1120/1391

1391. CONDICIÓN JURÍDICA DEL SUSTITUTO.— El heredero sustituto queda sujeto a las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido, si no aparece claramente que el testador quiso limitarlas a la persona de éste (art. 3729 Ver Texto). Se presenta aquí en última instancia, un problema de interpretación de la voluntad del causante; así, por ejemplo, si la condición tiene referencia a cualidades, profesión o circunstancias del instituido, habrá que inclinarse a pensar que el testador quiso limitarlas a su persona, salvo que lo contrario resulte del mismo testamento (ver nota 28).

1120/10840

C.— LEGADOS

1120/1392

1392. SE RIGEN POR IGUALES PRINCIPIOS.— Todo lo establecido respecto de la sustitución hereditaria es aplicable a los legados (art. 3731 Ver Texto).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Véase la bibliografía citada en nota 2095, y además: POVIÑA, Sustitución fideicomisaria, Revista de la Facultad de Derecho de Tucumán, 1954, n° 11, p. 71 y sigs.; ALBALADEJO, Sustituciones hereditarias, Oviedo, 1956; ROCA SASTRE, Institución fideicomisaria, en Estudios de Derecho Privado, t. 2, p. 29 y sigs.

(nota 2) COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1970.

(nota 3) En la doctrina hay acuerdo universal acerca de los caracteres que configuran la sustitución fideicomisaria: FORNIELES, t. 2, n° 208; POVIÑA, Sustitución fideicomisaria, Revista de la Facultad de Derecho de Tucumán, 1954, n° 11, p. 71 y sigs., n° 3; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, núms. 1868 y sigs.; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, núms. 1976 y sigs.; MESSINEO, t. 7, § 184, n° 2 ter; BARASSI, Le successioni per causa di morte, 3ª ed., p. 449 y sigs.

(nota 4) MESSINEO, t. 7, § 184, 2 ter.

(nota 5) Este es el sentido en que la obligación de conservar es interpretada en la doctrina y jurisprudencia francesas.

(nota 6) PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 282.

(nota 7) C. Civil 1ª Cap., 23/12/1938, J.A., t. 64, p. 802.

(nota 8) C. Civil 2ª Cap., 13/4/1934, J.A., t. 46, p. 303.

(nota 9) Por la nulidad: GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 214; POLACCO, t. 1, p. 394; ASCOLI, Sostituzione fideicomisaria, Rivista di Diritto Civile, 1911, p. 723; CALIENDO, La condizione sine liberis decesserit apposta all'instituzione clausula si sine liberis decesserit, Giurisprudenza Italiana, 1932, t. 1, p. 302. Por la validez: POVIÑA, Sustitución fideicomisaria, Revista de la Facultad de Derecho de Tucumán, 1954, n° 11, p. 71, n° 17; ZANNONI, t. 2, § 1238; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1237; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 2, n° 3160; BUTERA, La clausula si héres cum liberis vel sine liberis decesserit, Foro Italiano, 1929, t. 1, p. 129; GANGI, Legati, t. 1, p. 204; GATTI, Modalidad de la voluntad testamentaria, n° 51; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 288 y COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, núms. 1980 y sigs.; piensan que hay que atenerse a la voluntad del causante y sólo en el caso de que éste haya querido ocultar tras de esta cláusula una sustitución prohibida, debe tenérsela por nula. Pero, en verdad, no concebimos cómo pueda interpretarse la voluntad del causante sino de la única manera posible: que, para el caso de que el heredero muera sin hijos, le da un heredero. Es justamente lo que prohíbe la ley. Si en la doctrina francesa ha podido sostenerse otro punto de vista (y adviértase que la jurisprudencia casi siempre ha invalidado estas cláusulas) es porque allá los textos no son tan categóricos como los nuestros.

La opinión de FASSI no es clara, pues en el n° 581 se pronuncia por la nulidad, pero en el n° 1237 parece aproximarse a la opinión de PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, que hemos citado.

(nota 10) POVIÑA, loc. cit. en nota anterior; ZANNONI, t. 2, § 1239.

(nota 11) FORNIELES, t. 2, n° 209; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 583; ZANNONI, t. 2, § 1240; MAFFÍA, t. 3, n° 1195, c.

(nota 12) POVIÑA, Sustitución fideicomisaria, Revista Facultad de Derecho de Tucumán, 1954, n° 11, p. 71, n° 18; ZANNONI, t. 2, § 1241; MARCADÉ, art. 896, n° 460; HUC, t. 6, n° 19, BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 2, n° 3117; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 292; DEMOLOMBE, t. 127. Sin embargo y a pesar de la opinión prácticamente unánime de los clásicos, la jurisprudencia francesa ha vuelto sobre sus anteriores decisiones declarando que el cargo impuesto al legatario de entregar a su muerte una suma de dinero a un tercero, comporta una sustitución prohibida (véase jurisprudencia cit. por COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1984, C).

(nota 13) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 584.

(nota 14) ZANNONI, t. 2, § 1245; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 414. Es la solución de la jurisprudencia francesa (véase la cit. por PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 291, 1, autores que formulan algunas reservas); tanto más debe admitirse entre nosotros si se

consideran los términos expresos del art. 3742, último apartado. Empero, POVIÑA se inclina por la solución contraria, sosteniendo que esta cláusula puede interpretarse como un legado de usufructo en favor del que muera primero y de nuda propiedad en favor del último sobreviviente (Sustitución fideicomisaria, Revista de la Facultad de Derecho de Tucumán, 1954, n° 11, p. 71, n° 28). Por este camino, podría llegarse siempre a considerar que en cualquier sustitución fideicomisaria, el primer instituido es simplemente un usufructuario y el segundo un legatario de la nuda propiedad.

(nota 15) C. Civil 1ª Cap., 23/12/1938, J.A., t. 64, p. 802.

(nota 16) POVIÑA, Sustitución hereditaria, Revista de la Facultad de Derecho de Tucumán, 1954, n° 11, p. 71 y sigs.; ZANNONI, t. 2, § 1244; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 414.

(nota 17) POVIÑA, loc. cit. en nota anterior; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 414.

(nota 18) BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 2, n° 3115; MARCADÉ, t. 3, art. 896, n° 460; DEMOLOMBE, t. 18, n° 127. Estos autores fundan expresamente su solución en la obligación de conservar que pesa sobre el fideicomisario y que no se concibe tratándose de cosas fungibles.

(nota 19) Rec. 16/6/1911, D.P., 1913.1.382; París, 26/4/1934, Revue Trimestrielle, 1934, p. 870 (cit. COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1984, C).

(nota 20) La jurisprudencia francesa ha admitido, con firmeza, pero también con mesura, la validez de esta cláusula; así, no se reputa válida la sustitución de residuo hecha en favor de una persona que no esté concebida en el momento de fallecer el testador; ni tampoco si se dispone que el favorecido en primer término no podrá enajenar más que en caso de necesidad justificada, porque esto revela que el testador ha querido imponerle la conservación de los bienes, lo que está prohibido (véase jurisprudencia citada por JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1872; y por PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 301).

(nota 21) Modificamos así la opinión sostenida en anteriores ediciones (1ª a 6ª).

(nota 22) De acuerdo: juez SANTILLÁN VILLAR, 7/2/1950, J.A., 1950-III, p. 27; FORNIELES, t. 2, n° 213; ZANNONI, t. 2, § 1247; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 287; AUBRY y RAU, t. 7, § 694, nota 65 y 66; DEMOLOMBE, t. 18, p. 184; HUC, t. 6, n° 29 in fine.

(nota 23) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 2, n° 414.

(nota 24) En el derecho francés la cuestión sólo se plantea en el último caso, pues allá se admite la sustitución en el residuo. La discusión se ha trabado en torno a si hay o no sustitución fideicomisaria, lo que nos parece erróneo, pues según decimos en el texto, el problema debe decidirse a la luz de la validez de la cláusula de inenajenabilidad. En la práctica, las decisiones de la jurisprudencia francesa coinciden con nuestras conclusiones (véase la citada por PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 299, quienes manifiestan su acuerdo).

(nota 25) C. Civil Cap., Sala C, 13/10/1987, L.L., fallo n° 86.425.

(nota 26) MACHADO, t. 10, p. 63.

(nota 27) ALBALADEJO, Sustituciones hereditarias, p. 83.

(nota 28) De acuerdo: ALBALADEJO, Sustitución vulgar, p. 77.

1120/10850

CAPÍTULO XVI - LEGADOS

1120/10860

I. LEGADOS DE CUOTA (ver nota 1)

1120/1393

1393. CONCEPTO Y REMISIÓN.— VÉLEZ SANSFIELD, influido por el sistema nada claro del Código Napoleón, introdujo entre el heredero y el legatario particular una figura híbrida, que ha dado lugar a no pocas discusiones y dificultades en nuestro derecho: el legatario de parte alícuota.

Hemos visto en otro lugar la controversia suscitada sobre si este legatario tiene carácter de sucesor universal o singular (núms. 17 y sigs.); hemos dicho también que esta institución no tiene actualmente justificación lógica ni jurídica, y que existe un acuerdo general en eliminarla en una futura reforma de nuestra legislación (nº 1339); por último, hemos estudiados los criterios a cuya luz debe resolverse el problema relativo a las dudas sobre si el testador ha instituido heredero o legatario de cuota (nº 1338). Ahora nos ocuparemos de trazar con mayor precisión los perfiles jurídicos de este último, señalando cuáles son sus derechos y sus obligaciones.

1120/1394

1394. DIFERENCIAS CON EL HEREDERO.— El legatario de cuota, como el coheredero, tiene derecho a una parte alícuota de todo el patrimonio dejado por el causante. Pero lo separan de él algunas diferencias sustanciales:

a) En primer término, carece del derecho de acrecer (ver nota 2). Su parte en la herencia está siempre limitada a la proporción que le ha fijado el causante; de tal modo que, si uno de los coherederos o colegatarios resulta incapaz para suceder, o renuncia a la herencia, el legatario de cuota no se beneficia con ello. La parte del renunciante pasará a los herederos legítimos o testamentarios.

b) En segundo lugar, en ningún caso responde ultra vires; su responsabilidad está limitada a los bienes hereditarios (ver nota 3). Por ello ha podido decir VALLET DE GOYTISOLO que mientras los herederos son llamados a todo el patrimonio del causante, con su activo y pasivo, los legatarios de cuota están llamados a una fracción del activo, después de liquidada la herencia (ver nota 4).

c) Mientras los herederos son condóminos de los bienes que integran la herencia, desde el mismo momento de la apertura de ésta, los legatarios de cuota sólo adquieren la propiedad desde la partición (ver nota 5).

d) En un fallo de la Cámara Civil 1ª de la Capital se ha consagrado otra diferencia: los herederos hacen suyos los frutos desde la apertura de la sucesión (art. 3417 Ver Texto), en tanto que los legatarios de cuota tienen derecho a ello solamente desde el momento en que han reclamado de los herederos la entrega del legado (ver nota 6).

e) El legatario de cuota no puede invocar en su favor el privilegio del heredero, en virtud del cual los domiciliados en el país tomarán de los bienes situados en él una porción equivalente de los ubicados en el extranjero, de los que hayan sido excluidos en virtud de leyes o costumbres locales (art. 3470 Ver Texto). Así lo decidió la antigua Cámara Civil 2ª

de la Capital (ver nota 7).

Los legatarios de cuota no gozan de pleno derecho de la posesión hereditaria, no tienen derecho a pedir colación, ni juega respecto de ellos el derecho de representación; pero esto no constituye una diferencia específica con los herederos, puesto que los testamentarios no gozan tampoco de esos privilegios (véase nº 1336).

1120/1395

1395. DERECHOS Y OBLIGACIONES.— Los derechos y obligaciones de los legatarios de cuota son los siguientes:

a) Entrega y goce de la parte. Los legatarios no gozan de su parte en la herencia, de pleno derecho; tienen que solicitar la entrega a los herederos o albaceas (ver nota 8). Esta entrega dependerá, naturalmente, del proceso de partición y liquidación de los bienes, desde que la parte fijada por el causante sólo puede calcularse sobre el patrimonio líquido, es decir, el que resta luego de pagadas las deudas.

Antes de la partición, los legatarios de cuota, no tienen un derecho de propiedad sobre ninguno de los bienes que componen la herencia (ver nota 9), ni pueden reivindicarlos sin haber entrado en la posesión material de ellos (ver nota 10).

1120/1396

1396. b) Contribución al pago de las deudas.— Los legatarios de cuota contribuyen al pago de las deudas de la herencia, en proporción a su parte; del mismo modo contribuyen a las bajas o cargas, tales como los gastos causídicos, honorarios de los profesionales intervinientes, etcétera (ver nota 11). Se ha declarado expresamente que el artículo 3796 Ver Texto , que exime a los legatarios de contribuir a las deudas y cargas de la herencia cuando ésta es solvente, se aplica sólo a los legatarios particulares, y no a los de cuota (ver nota 12).

Ello significa que la cuota correspondiente al legatario debe calcularse sobre el saldo líquido de la herencia. Incluso ha llegado a afirmarse que se trata de un simple legado de cantidad, y que el legatario no es sino un acreedor de la sucesión (ver nota 13). Es una exageración evidente. Ante todo, tiene una responsabilidad directa por las deudas que han quedado impagas después de habersele entregado el legado; además, el legatario tiene derecho a exigir la partición en especie de las cosas que quedaren luego de pagadas las deudas, lo que revela que no se trata de un simple crédito, sino de un derecho a parte de la

herencia. Por último, la extensión con que la actual jurisprudencia le reconoce el derecho a intervenir en la administración de los bienes no se compagina con la idea de considerarlo como simple acreedor.

1120/1397

1397. c) Administración de la herencia.— Las facultades de los legatarios de cuota, en lo que atañe a la administración del caudal hereditario mientras dura el estado de indivisión, se han ido admitiendo cada vez con mayor amplitud y firmeza en nuestra jurisprudencia. Hay ya pronunciamientos reiterados en el sentido de que debe ser oído en todo lo que atañe a la designación de administrador de la sucesión, a la custodia del caudal y a las operaciones de inventario y avalúo (ver nota 14). Más aún: la Cámara Civil de la Capital, ha llegado a declarar que el legatario de cuota participa de la junta convocada para disponer lo atinente a la administración y custodia de la herencia, en paridad con los herederos legítimos (ver nota 15).

Son de todo punto de vista plausibles tales fallos que no hacen sino reconocer el legítimo interés del legatario de cuota en las operaciones tendientes a liquidar las deudas y realizar la partición, puesto que del acierto y honestidad con que se lleven a cabo dependerá el monto del legado y el plazo de su entrega.

Desde luego, esas atribuciones serán tanto mayores en el caso de que no haya herederos; y si tampoco hay albacea, los legatarios de cuota tendrán a su cargo exclusivo la administración del caudal, salvo el derecho de los legatarios particulares para vigilar su gestión en la medida de su interés.

1120/1398

1398. d) Intervención en el juicio sucesorio.— La intervención del legatario de cuota en el juicio sucesorio ha sido admitida cada vez con mayor amplitud por nuestra jurisprudencia. Tiene carácter de parte (ver nota 16); interviene en paridad con los herederos en cuanto se refiere a la administración y custodia del caudal, y participa en la junta convocada para designar administrador, y en las operaciones de inventario y avalúo (ver nota 17); interviene en el remate o venta de un bien (ver nota 18); en el incidente promovido por un legatario particular sobre la entrega del legado (ver nota 19); en el juicio de nulidad de testamento (ver nota 20); en los juicios entre terceros y la sucesión (ver nota 21); debe ser oído en la designación del partidor (ver nota 22); puede observar las cuentas aceptadas por los herederos (ver nota 23); éstos no pueden liquidar por sí solos la testamentaría sin intervención suya (ver nota 24), lo que significa que es parte también en la partición, en la que su interés es tan directo e inmediato (ver nota 25). Las actuaciones en que se prescindió de citarlo, son nulas (ver nota 26).

1399. e) Frutos.— Los legatarios de cuota tienen derecho a los frutos de la herencia en proporción a su parte, pero sólo desde el momento en que hubieren reclamado la entrega del legado (ver nota 27); bien entendido que para interponer ese reclamo, no es necesario esperar a que se haya hecho la partición (ver nota 28), porque de lo contrario los herederos se estarían beneficiando injustificadamente con los frutos de bienes que en verdad no les pertenecen.

Al decir que no es necesario esperar a que se haya hecho la partición para reclamar el legado, es preciso dejar en claro que, naturalmente, la entrega no podrá hacerse efectiva hasta después que aquella se haya llevado a cabo; pero, a partir del momento mismo de la apertura de la sucesión, el legatario de cuota podrá interponer su reclamación, lo que tendrá por efecto poner en mora a los herederos y hacer nacer su derecho a los frutos.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: FORNIELES, Sucesiones, t. 2, núms. 266 y sigs.; LAFAILLE, Sucesiones, t. 2, núms. 493 y sigs.; DE GÁSPERI, Sucesiones, t. 4, núms. 583 y sigs.; MACHADO, t. 10, p. 125 y sigs.; ZANNONI, t. 2; PÉREZ LASALA, t. 2; MAFFÍA, t. 3; GATTI, De las mandas o legados, Montevideo, 1947; FERRERO, Derecho de sucesiones, Lima, 1993, p. 559 y sigs.; DÍAZ CRUZ, Los legados, Madrid, 1951; PLANIOL-RIPERT-ROUAST, t. 5; JOSSERAND, t. 3, vol. 3; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 2; GANGI, La successione testamentaria, Milano, t. 2, núms. 366 y sigs.; id., I legati, Padova, 1933; MESSINEO, t. 7, § 199 y 200; CICU, Testamento, Milano, 1951.

(nota 2) Unanimidad en la doctrina y jurisprudencia; puede verse: C. Civil 1ª Cap., Sala D, 9/10/1977, L.L., 1977-D, p. 606; C. Civil 1ª Cap., 26/4/1939, J.A., t. 66, p. 154 y L.L., t. 14, p. 832; C. Civil 2ª Cap., 14/10/1949, L.L., t. 57, p. 219 y J.A., 1950-II, p. 77; id., 21/12/1925, J.A., t. 18, p. 1110; C. 2ª Apel. La Plata, 23/6/1947, J.A., 1947-III, p. 141; etc.

(nota 3) Unanimidad en la doctrina y jurisprudencia; puede verse: C. Civil 1ª Cap., 28/6/1948, L.L., t. 52, p. 319; C. Civil 2ª Cap., 14/10/1949, t. 57, p. 219 y J.A., 1950-II, p. 77; C. Civil 2ª La Plata, 8/4/1949, L.L., t. 54, p. 677; etc.

(nota 4) VALLET DE GOYTISOLO, Apuntes de derecho sucesorio, p. 252 y sigs. Dejamos desde luego a salvo nuestra opinión de que el pasivo no forma parte del patrimonio como parece entenderlo este autor. Lo que no obsta a la claridad del concepto por él expresado.

- (nota 5) C. Civil 1ª Cap., 26/4/1939, J.A., t. 66, p. 154. Comp.: MAFFÍA, t. 3, n° 1208.
- (nota 6) C. Civil 1ª Cap., 26/4/1939, J.A., t. 66, p. 154 y L.L., t. 14, p. 832.
- (nota 7) C. Civil 2ª Cap., 29/10/1943, J.A., 1943-IV, p. 228.
- (nota 8) C. Civil 1ª Cap., 26/4/1939, J.A., t. 66, p. 154 y L.L., t. 14, p. 832.
- (nota 9) C. Civil 1ª Cap., 26/4/1939, J.A., t. 66, p. 154.
- (nota 10) Sup. Corte Buenos Aires, 15/10/1918, J.A., t. 2, p. 666.
- (nota 11) C. Civil 1ª Cap., 28/6/1948, L.L., t. 52, p. 319; C. Apel. 2ª La Plata, 8/4/1949, L.L., t. 54, p. 677. FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 775.
- (nota 12) C. Apel. 2ª La Plata, 8/4/1949, L.L., t. 54, p. 677.
- (nota 13) FORNIELES, t. 1, n° 30.
- (nota 14) C. Civil Cap., Sala B, 4/11/1953, L.L., t. 74, p. 492 y J.A., 1955-I, p. 114; Sala D, 29/6/1956, J.A., 1956-III, p. 294; Sala A, 17/4/1956, L.L., t. 82, p. 638. Anteriormente sólo se le reconocía facultades para vigilar la administración, pero no para intervenir en la designación de administrador (C. Civil 2ª Cap., 3/9/1945, J.A., 1945-III, p. 884.
- (nota 15) C. Civil Cap., Sala D, 19/6/1956, J.A., 1956-III, p. 294; id., 26/11/1964, L.L., t. 118, p. 47.
- (nota 16) C. Civil Cap., Sala A, 5/9/1958, J.A., 1959-I, p. 411; Sala D, 20/9/1977, L.L., 1977-D, p. 605; C. Civil 1ª Cap., 23/5/1935, J.A., t. 50, p. 491; id., 23/10/1931, J.A., t. 36, p. 1380; C. Civil 2ª Cap., 19/8/1929, J.A., t. 30, p. 709; id., 7/12/1918, J.A., t. 2, p. 906; y todos los fallos que se citan en las notas siguientes. En contra, algunos fallos aislados: C. Apel. San Nicolás, 30/12/1946, L.L., t. 45, p. 462.

(nota 17) C. Civil Cap., Sala A, 16/12/1959, causa 61.657; C. Civil Cap., Sala B, 4/11/1953, L.L., t. 74, p. 492 y J.A., 1955-I, p. 114; Sala D, 29/6/1956, J.A., 1956-III, p. 294; Sala A, 17/4/1956, L.L., t. 82, p. 638.

(nota 18) C. Civil Cap., Sala A, causa 61.657; C. Civil 2ª Cap., 24/12/1943, L.L., t. 33, p. 158; C. Apel. La Plata, Sala II, 26/11/1948, J.A., 1949-I, p. 111.

(nota 19) C. Civil 1ª Cap., 13/9/1922, J.A., t. 9, p. 390.

(nota 20) C. Civil Cap., Sala A, 5/9/1958, J.A., 1959-I, p. 411.

(nota 21) C. Civil Cap., Sala B, 19/2/1962, J.A., 1962-II, p. 487.

(nota 22) C. Civil 2ª Cap., 19/10/1942, J.A., 1942-IV, p. 473.

(nota 23) C. Civil 1ª Cap., 18/6/1945, J.A., 1945-III, p. 359.

(nota 24) C. Civil 1ª Cap., 10/6/1929, J.A., t. 30, p. 74.

(nota 25) C. Civil Cap., Sala A, causa 61.657. De acuerdo con todo lo sostenido en este párrafo: MAFFÍA, t. 3, n° 1211.

(nota 26) C. Civil Cap., Sala A, 5/9/1958, J.A., 1959-I, p. 411.

(nota 27) C. Civil 1ª Cap., 26/4/1939, J.A., t. 66, p. 154 y L.L., t. 14, p. 832. La Cámara Apel. 2ª Tucumán le reconoce ese derecho a partir de la muerte del causante, 22/11/1962, J.A., 1963-II, p. 19.

(nota 28) Fallo citado en nota anterior.

1120/10870

II. LEGADOS PARTICULARES

1400. CONCEPTO Y CARACTERES.— Los legados particulares tienen un contenido tan múltiple y variado, que algunos autores, desesperando de encontrar una formulación unitiva de su concepto, se han contentado con definirlos negativamente, como toda disposición testamentaria que no importe institución hereditaria ni legado de cuota (ver nota 1). Pero no se adelanta nada con ello; la idea es demasiado vaga y significa una renuncia a penetrar en la esencia del legado. Por otra parte, también el cargo es una disposición testamentaria que quedaría comprendida en los términos, excesivamente latos, de aquella definición. Aun a riesgo de no ser rigurosamente exacto, juzgamos indispensable intentar otra que exprese un concepto claro, que arroje luz sobre la sustancia de la institución. Entendemos por legado una liberalidad hecha en un testamento, por la que se transmiten al beneficiario derechos o excepciones de carácter patrimonial, sobre objetos particulares.

De aquí resultan los siguientes caracteres:

a) Ante todo, es una liberalidad. Hay que tener presente, sin embargo, que no en todos los casos hay verdadera liberalidad; así, por ejemplo, no la hay en los legados remuneratorios, sobre todo si el legado no supera notoriamente la importancia de los servicios que se retribuyen; tampoco la hay, cuando los cargos impuestos al legado insumen su valor. Por ello, algunos autores sostienen que ésta no es una característica del legado (ver nota 2). Pero no se puede renunciar a ver en él una liberalidad, sin descartar la nota más frecuente y la que más tipifica la institución y explica el por qué de numerosas reglas legales que la rigen. Prescindiendo de este elemento, la definición corre el riesgo de resultar incolora (ver nota 3).

b) Importa la transmisión de derechos y excepciones de carácter patrimonial. Lo normal es la transmisión de derechos (de propiedad, usufructo, uso y habitación, créditos); pero hemos agregado también excepciones, porque en el legado de remisión de deuda lo que se da es precisamente un derecho a oponerse a las acciones de los herederos que puedan pretender el cobro de la deuda que el legatario tenía con el causante.

c) Por último, el legado debe referirse a objetos particulares. No bastaría en nuestro derecho expresar que el legatario es un sucesor a título particular, porque también lo es el legatario de cuota. Por eso decimos sobre objetos particulares. Con ello indicamos, no solamente el legado de cosa cierta, sino también el de cosas indeterminadas, el de crédito, derechos reales, etcétera; en suma, toda atribución patrimonial que no sea una parte alícuota de la herencia.

1401. DISTINCIÓN CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS.— Para delimitar con precisión el concepto de legado, conviene distinguirlo de otras figuras con las cuales tiene puntos de contacto:

1120/1402

1402. a) Con la donación.— La donación es un contrato; produce sus efectos desde el momento de la celebración; es, en principio, irrevocable. El legado es un acto unilateral mortis causa, produce sus efectos recién a partir del fallecimiento del testador, es revocable en todo momento según la libre voluntad del disponente.

Pero hay entre estas instituciones un rasgo común, que las aproxima: ambas constituyen una liberalidad. Por eso, la ley aplica a los legados algunas reglas de la donación; así, por ejemplo, el legatario está sujeto a la acción de reducción, cuando el legado excede la porción disponible; el legatario de cosa cierta no tiene derecho a la garantía de evicción (art. 3780 Ver Texto), el heredero no es responsable de la insolvencia del deudor, cuando ese crédito hubiere sido el objeto de un legado (art. 3786 Ver Texto), las cláusulas que disponen legados se interpretan restrictivamente (art. 3765 Ver Texto).

1120/1403

1403. b) Con el cargo; remisión.— Hemos trazado en otro lugar el paralelo entre ambas instituciones y allí nos remitimos (nº 1314).

1120/1404

1404. c) Con el acreedor hereditario.— Cuando el legado no recae sobre una cosa determinada (en cuyo caso la propiedad se transmite ipso jure al legatario en el momento de la muerte) importa un crédito contra los herederos. Y si lo que se ha legado es una suma de dinero, la semejanza entre el acreedor de la herencia y el legatario es notoria. No es de extrañar, por tanto, que la ley suela concederles iguales derechos, tales como el de pedir la separación de patrimonios (art. 3436 Ver Texto), el de hacer efectiva la responsabilidad ultra vires del heredero no beneficiario (art. 3343 Ver Texto). Con todo, hay entre ellos diferencias sustanciales: 1) El acreedor hereditario debe ser pagado con preferencia a cualquier legatario; en la mayor parte de los casos esta regla estará fundada en la evidentísima razón de que el derecho del causante de legar sus bienes está condicionado al previo pago de sus deudas; la ley debe tratar en un plano de preferencia a quien sólo procura recobrar lo que es suyo en relación al que pretende que se le haga efectiva una

liberalidad (ver nota 4). Cabe agregar que esta solución no varía por la circunstancia de que el crédito del acreedor se haya originado en una donación; también aquí habría una liberalidad, y desde este punto de vista, donatario y legatario se encuentran en un pie de igualdad. Pero la preferencia del donatario se funda en que, con anterioridad a la muerte del causante, ya había adquirido definitivamente sus derechos, de los cuales aquél no podía disponer de nuevo por testamento. 2) El acreedor hereditario cuyo título es oneroso, puede exigir el pago aun postergando a los herederos forzosos; en cambio la legítima prevalece sobre los legados cuyo pago puede hacerse sobre la porción disponible (arts. 3591 Ver Texto , 3605 Ver Texto , 3797 Ver Texto). 3) Como consecuencia de lo anterior, el legatario es responsable ante los acreedores del pago de sus créditos, bien que sólo hasta el valor de la cosa legada.

1120/1405

1405. d) Con los simples ruegos.— Es de aplicación lo que decimos en otro lugar sobre la diferencia entre simples ruegos y cargos (véase nº 1319).

(nota 1) En este sentido: GANGI, *Legati*, p. 24; STOLFI, t. 6, p. 67; ROSSEL y MENTHA, t. 3, p. 544.

(nota 2) GATTI, *De las mandas o legados*, nº 27.

(nota 3) La mayor parte de los autores están de acuerdo sobre este punto; entre otros, véase FORNIELES, t. 2, nº 226; MESSINEO, t. 7, § 199, nº 1.

(nota 4) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala A, 28/2/1963, E.D., t. 4, p. 628; GOYENA COPELLO, *Sucesiones*, t. 2, p. 228.

1120/10880

§ 1.— Sujetos del legado

1120/10890

A.— EL GRAVADO

1120/1406

1406. SOBRE QUIÉN PESA EL LEGADO.— En nuestro derecho, el legado pesa sobre los herederos y legatarios de cuota; es decir, sobre el conjunto de la masa hereditaria. Ha seguido el Código en este punto el sistema del derecho romano clásico (ver nota 1), que fuera adoptado también por el Código Napoleón (ver nota 2). En el derecho moderno, en cambio, tiende a privar la idea de que el gravado por el legado puede ser tanto un heredero como otro legatario particular, aunque se admite que normalmente y a falta de disposición expresa en contrario, lo es el primero (Cód. Civil alemán, art. 2147; español, art. 857; suizo, art. 484; italiano, art. 662; mexicano, art. 1394; uruguayo, art. 905). A nuestro juicio, este sistema parte de un error de concepto sobre la naturaleza del legado. Las mandas se distinguen de los cargos precisamente en que aquéllas importan una transmisión directa de derechos del testador al beneficiario, en tanto que los segundos se traducen en un derecho de reclamar del gravado el pago de la liberalidad. Por tanto, si el pago del legado se pone a cargo exclusivo de un legatario particular, o de un heredero (con prescindencia de los demás), deja de ser un beneficio directo, para transformarse en un crédito que se puede reclamar de alguien, no en carácter de heredero y sucesor, sino de obligado. Hay cargo, no legado.

En suma: para que haya legado particular, éste debe pesar sobre la herencia, en su conjunto, y cada uno de los herederos o legatarios de cuota debe contribuir a su pago en proporción a su parte en la sucesión (art. 3776 Ver Texto); desde el momento que la obligación de pagarlo se impone por el causante a uno de los herederos con exclusión de los otros, o a un legatario particular, estaremos en presencia de un cargo (ver nota 3).

Esta es la idea clara y simple establecida por nuestro Código. No solamente todo su articulado está inspirado en ella, sino que el artículo 3798 Ver Texto establece que los obligados al pago de los legados son los llamados a recibir la sucesión o una parte alícuota de ella.

Sólo por excepción la manda grava a otro legatario particular, en el caso de que el derecho legado a uno sea accesorio de la cosa dejada a otro; así, por ejemplo, si se lega la cosecha de uva de 1970 a Juan, habiéndose legado la viña a Pedro; o si se lega una servidumbre sobre un inmueble; o un derecho de usufructo, uso o habitación.

1120/10900

B.— EL LEGATARIO

1120/1407

1407. DETERMINACIÓN PRECISA DEL BENEFICIARIO.— El legatario debe ser designado con palabras claras, que no dejen duda sobre la persona del beneficiario; si la disposición dejara duda entre dos o más individuos, ninguno de ellos será tenido por legatario (art. 3712 Ver Texto). Se trata de una norma común a los herederos y legatarios, cuyo estudio hemos hecho en otro lugar (núms. 1353 y sigs.).

De igual modo, la designación debe ser hecha en el propio testamento, siendo nula toda cláusula que deje librada la elección al arbitrio de un tercero (art. 3619 Ver Texto).

Sin embargo, hay algunos casos que han merecido de la ley un tratamiento especial. Nos ocuparemos de ellos a continuación.

1120/1408

1408. LEGADOS EN FAVOR DE PARIENTES INDETERMINADOS.— Puede ocurrir que el legado se haga en favor de los parientes del causante, sin otra calificación que permita individualizarlos. El artículo 3791 Ver Texto prevé el caso, disponiendo: Lo que se legue indeterminadamente a los parientes, se entenderá legado a los parientes consanguíneos del grado más próximo según el orden de la sucesión ab intestato, teniendo lugar el derecho de representación. Si a la fecha del testamento hubiese habido un solo pariente en el grado más próximo, se entenderán llamados al mismo tiempo los del grado inmediato.

Conviene hacer algunas observaciones:

1) Al admitir la existencia de un derecho de representación, la ley parece apartarse aquí de dos principios del derecho sucesorio: que el derecho de representación no tiene lugar sino en la sucesión legítima y que el legado caduca con la muerte del legatario. Pero lo que ocurre es que no se puede hablar propiamente de un derecho de representación sino de una interpretación de la voluntad del causante. Se interpreta que, cuando se lega una cosa a los parientes, se desea que esos bienes sigan la suerte de la sucesión legítima.

2) Si a la fecha del testamento (y no de la apertura de la sucesión) hubiera un solo pariente de grado más próximo, la ley llama también a los del grado inmediato siguiente, considerando que si su deseo hubiere sido favorecer únicamente a aquél, no hubiera escrito

parientes en plural e indeterminadamente. Por el contrario, si a la fecha del testamento hubiere varios, pero no quedare más que uno al fallecimiento, pensamos que sólo éste es beneficiario, sin coparticipación de los herederos del grado inmediato siguiente.

3) Todos los parientes de igual grado tendrán derecho al legado por partes iguales; los que concurren por representación, tienen todos en conjunto una parte igual a la de cada heredero de grado más próximo; estas hipótesis no ofrecen duda. Pero supongamos que concurren el heredero de grado más próximo con varios del grado inmediato. Esta circunstancia no altera el principio de que, no habiendo asignación de partes, todos los beneficiarios tienen porciones iguales (arg. art. 3721 Ver Texto).

1120/11500

1408 bis. LEGADOS CON FACULTAD DE ELECCIÓN.— En nuestra legislación, el legatario debe ser designado directamente por el causante, quien no puede delegar a otro la designación del beneficiario (art. 3619 Ver Texto). Sería por tanto nulo el legado de una suma de dinero hecha en favor de un estudiante de derecho o de una joven pobre, cuya elección quedará a cargo del heredero.

Sin embargo, la jurisprudencia ha atenuado la aplicación de esta regla, bien sea prescindiendo de ella en algunos casos (como en los legados de beneficencia), bien sea reconociendo la validez de ciertos procedimientos que, por un rodeo, permiten lograr el fin querido por el causante.

1120/1409

1409. a) Legados de beneficencia.— A menudo los testamentos contienen legados de beneficencia, sin determinación precisa de los beneficiarios. Así, por ejemplo, la cláusula dice: “Lego \$ 1.000.000 para la construcción de un hospital”, “para las sociedades de beneficencia”, “para los pobres”.

Estas disposiciones son plenamente válidas, no obstante la indeterminación del beneficiario. Así, el legado a los pobres se reputa hecho en favor de “sociedades de beneficencia” indeterminadas (ver nota 4). Quien deba cumplir el legado (sea el heredero, el albacea, el Estado) no tiene una facultad de elección del beneficiario, sino de distribución del dinero.

El legado es válido incluso cuando fuera hecho en favor de las instituciones de beneficencia que indiquen los albaceas, porque según lo resolvió con prudente acierto la Cámara Civil 1ª

de la Capital, en el fondo, se trata de un legado de favor de los pobres, válido aunque la elección de los beneficiarios quede en definitiva a criterio de un tercero (ver nota 5).

1120/1410

1410.— Empero, estos legados con beneficiarios indeterminados presentan con frecuencia el inconveniente de que quienes deben cumplirlos (que son los herederos), tienen interés en no hacerlo para seguir gozando de esos bienes. Nuestra jurisprudencia ha resuelto el problema reconociendo personería al Estado para intervenir en el juicio testamentario, y obligar al heredero a cumplir la manda. Y ha declarado con acierto que si el heredero o albacea no han cumplido con los legados de beneficencia (en el caso, construcción de un asilo para pobres y otro para crónicos), inscribiendo, por el contrario, los bienes destinados a esos fines a su propio nombre, al Estado incumbe todo lo conducente al cumplimiento de las mandas, en su carácter de encargado de los objetos de beneficencia pública (art. 3860 Ver Texto , Cód. Civil; y ley 3727, art. 9º, inc. 16), a cuyo fin puede reclamar la transferencia a su nombre de los inmuebles en cuestión (ver nota 6). Más aún, se ha declarado que el legado a los pobres o en favor de “sociedades de beneficencia” indeterminadas, debe reputarse hecho en favor del Estado, con cargo naturalmente de que éste le dé el destino querido por el testador (ver nota 7). Y llevando esta solución a sus límites extremos, la antigua Cámara Civil de la Capital decidió que la cláusula por la cual se dispone que “todos los demás bienes restantes deberán ser realizados por sus albaceas, quienes destinarán esos fondos para beneficencia, para menesterosos y necesitados, a criterio exclusivo de sus albaceas y sin que ellos tengan obligación alguna de dar cuenta a nadie de sus actos”, importa instituir como legatario de remanente al Estado; las funciones de los albaceas concluyen con la realización del haber sucesorio, cuyo saldo debe ser entregado al Estado (ver nota 8).

Nos parece ésta una conclusión excesiva. La ejecución del testamento corresponde en principio a los herederos y albaceas, y no vemos motivo suficientemente poderoso para apartarse de esta solución cuando el testamento ha dejado librada, de manera expresa, la distribución de esos bienes al criterio de los herederos o del albacea (ver nota 9). Esta fue la tesis de la minoría en el fallo que comentamos. Sin perjuicio de reconocer al Estado el derecho de intervenir y vigilar la inversión y distribución de esos fondos, para asegurarse de que se hacen con seriedad y de que la voluntad del causante no ha sido burlada con una distribución arbitraria, negligente o dolosa.

En cambio, juzgamos acertado otro pronunciamiento de la Cámara Civil 1ª de la Capital, en el cual se declaró que el legado del remanente de los bienes “para construir hospitales” importa una institución hereditaria en favor del Estado (ver nota 10). Aquí la voluntad del causante no podía cumplirse cabalmente sino mediante la entrega de esos bienes al Estado, a cuyo cargo debía estar el ulterior funcionamiento de los hospitales.

1120/1411

1411. b) Legados alternativos.— ¿Es válido el legado en favor de dos o más personas, hecho en forma alternativa? Por ejemplo, lego mi casa de Córdoba a Juan o Pedro. La cuestión había suscitado una viva controversia en Roma, hasta que JUSTINIANO la resolvió con un precepto práctico y equitativo, según el cual la conjunción disyuntiva o debía juzgarse erróneamente empleada por el testador en lugar de y; de tal modo que el legado se reputaba hecho conjuntamente en favor de todas las personas allí indicadas (ver nota 11). El Código italiano considera que se trata de una facultad de elección conferida al encargado de cumplir el legado, que, en este caso, es válido (art. 631).

Creemos que lo más equitativo es la solución del derecho romano; no obsta a su aplicación la circunstancia de que no exista un texto como el de JUSTINIANO (ver nota 12), pues como aquí estamos en el campo de la interpretación de la voluntad del causante, no hay inconveniente en que el juez atribuya a la cláusula ese sentido (ver nota 13).

1120/1412

1412. c) Modo de eludir la prohibición de delegar la elección de legatario.— A veces el verdadero fin perseguido por el testador no se puede cumplir sino delegando la facultad de elección en un tercero; tal sería el caso de que se quisiera estimular a un estudiante pobre y capaz con una suma de dinero que le permita continuar los estudios. El causante no podría, por anticipado, designar la persona que todos los años se encontrara en esas condiciones. Ahora bien: si la cláusula dijera: “lego la suma de \$ 5.000 para ser entregados todos los años a un estudiante pobre y capaz, a elección del albacea”, la disposición sería nula, porque hay delegación de la elección del legatario. Pero el testador puede seguir otra vía para llegar al mismo resultado: establecer el beneficio no en un legado, sino en un cargo. Por ejemplo instituyo heredero a Juan con el cargo de otorgar todos los años una beca de \$ 5.000 en beneficio de un estudiante que reúna tales o cuales condiciones. Pues, a diferencia del legatario, el beneficiario por un cargo no tiene por qué ser una persona determinada (ver nota 14).

Pero tal procedimiento sólo debe ser convalidado por los jueces cuando el testador no haya podido evitarlo, es decir, cuando sus propósitos no podrían cumplirse sino delegando la facultad de elección del beneficiario. Sí, en cambio, implica un puro mandato para elegir un beneficiario (por ej., dejo \$ 100.000 para la persona que indique el albacea) la cláusula caería bajo la prohibición del artículo 3619 Ver Texto , sea que el causante la haya llamado cargo o legado.

1120/1413

1413. PRELEGADO (ver nota 15).— Se llama prelegado al hecho en favor de uno de los herederos y cuyo pago se encuentra a cargo de la masa (ver nota 16).

Se trata de una institución de vieja tradición jurídica, como que deriva del derecho romano, sobre la cual nuestro Código no ha legislado. Empero, es obvio que debe ser admitido, desde que la voluntad del testador gobierna toda la sucesión testamentaria, en cuanto no se oponga a principios de orden público que, en el caso, evidentemente no están comprometidos.

El prelegado tiene por objeto asignar un bien determinado a uno de los herederos y asignárselo a título de legatario, no de heredero.

De este principio se desprenden importantes consecuencias:

a) La condición o cargo impuesto a la institución hereditaria no alcanza al prelegado y las impuestas a éste no afectan a aquélla. Ejemplo: instituyo herederos a Pedro y Diego, con la condición de que terminen sus estudios universitarios antes de cumplir los treinta años; lego a Pedro \$ 100.000: este legado no está sujeto a condición (ver nota 17).

b) Las deudas y cargas de la herencia deben ser satisfechas en primer término con la porción que corresponde a los herederos, en su carácter de tales; sólo si la sucesión fuera insolvente, responde el prelegado de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 3796 Ver Texto y 3797 (ver nota 18).

c) Si habiendo herederos instituidos en partes desiguales, se les ha dejado un prelegado sin designación de partes, éstas deben reputarse iguales. Ejemplo: instituyo heredero a Juan en dos tercios de mis bienes y a Pedro en un tercio; les lego a ambos \$ 100.000; esta suma se dividirá por partes iguales (ver nota 19).

d) El renunciante a la herencia puede aceptar el legado (art. 3355 Ver Texto) y viceversa (ver nota 20), dado que ambos beneficios son independientes entre sí.

e) El prelegatario puede reclamar la entrega del legado aun antes de hecha la partición de la herencia; y si el objeto del prelegado es una cosa cierta y determinada, pertenece al prelegatario desde el momento de la muerte del causante (ver nota 21).

1414.— El prelegado, puesto que grava toda la herencia pesa también, parcialmente, sobre el propio legatario (ver nota 22). Supuesto que los herederos sean Juan, Pedro y Diego, y se haya legado, además, \$ 100.000 a Juan, la obligación de pagarlos recaerá en una tercera parte en el propio beneficiario; en otras palabras: los otros dos herederos, en conjunto, sólo tendrán obligación de pagar dos tercios.

En el derecho romano se había decidido que en la parte que gravaba al beneficiario, el legado era considerado una porción de la herencia. O sea que, en esa parte, el prelegado no produciría ningún efecto, desde que no alteraba el título por el cual el heredero la recibía (ver nota 23). Pero en el derecho moderno se acepta que todo el prelegado, incluso en la parte que corresponde pagar al propio beneficiario, es recibido a título de legado (ver nota 24). Vale decir, las soluciones que hemos visto en el párrafo anterior se aplican a todo el prelegado, inclusive la parte a cargo del beneficiario.

1120/1415

1415.— Es preciso no confundir el prelegado con la asignación de un bien determinado hecha por el causante, para ser incluido dentro de la porción de ese heredero. Por ejemplo, instituyo herederos por partes iguales a Pedro y Juan; es mi voluntad que la porción de Juan esté integrada, entre otros bienes, por mi casa de Buenos Aires. La cosa atribuida a Juan no queda separada de los otros bienes que componen la herencia, sino que, simplemente, dispone que integrará la parte de uno o más coherederos. Tales asignaciones hacen sólo a la división de los bienes entre los herederos (ver nota 25), pero en modo alguno están regidas por las reglas de los legados.

Muchas veces será dudoso si la intención del causante ha sido hacer un prelegado o una simple asignación integrante de la porción de un heredero. La cuestión debe ser resuelta por el juez, de acuerdo con las circunstancias del caso y la voluntad presunta del testador. Empero, si estos elementos de juicio no dieran una solución clara, pensamos que debe considerarse que hay una simple atribución de un bien a la porción del heredero y no un prelegado; de esta manera, se favorece una solución que tiende a mantener las porciones hereditarias fijadas por el causante y a conservar el equilibrio entre los coherederos (ver nota 26).

1120/1416

1416. INCAPACIDAD E INDIGNIDAD; REMISIÓN.— El legatario está afectado por los mismos motivos de incapacidad e indignidad que el heredero; remitimos, por tanto, a los números 81 y siguientes y 1113 y siguientes.

(nota 1) MAYNZ, Cours de droit romain, t. 3, § 501; ARANGIO RUIZ, Instituciones, p. 638. Posteriormente, sin embargo, se admitió que cualquier beneficiario de una liberalidad testamentaria, podía ser gravado con un legado (véase MAYNZ, loc. cit.).

(nota 2) Véanse arts. 1017 Ver Texto y sigs.; los autores franceses no tratan especialmente el punto; pero la exposición del tema está permanentemente dominada por la idea de que el deudor es heredero y no otra persona. Véase especialmente, JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1516, 2.

(nota 3) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 2, n° 425. En la doctrina y jurisprudencia francesa se admite, empero, que el legado puede ser puesto a cargo de uno de los herederos o establecerse la solidaridad entre ellos (véase JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1516; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 642). Sin duda, el testador puede hacerlo; sólo que, en nuestro concepto, deja de ser legado para convertirse en cargo.

(nota 4) C. Civil 1ª Cap., 4/6/1941, L.L., t. 23, p. 147.

(nota 5) C. Civil 1ª Cap., 4/6/1941, L.L., t. 23, p. 147.

(nota 6) C. Civil 2ª Cap., 28/12/1945, J.A., 1946-I, p. 869.

(nota 7) C. Civil 1ª Cap., 4/6/1941, L.L., t. 23, p. 147.

(nota 8) C. Civil 2ª Cap., 28/12/1945, J.A., 1946-I, p. 899.

(nota 9) En sentido concordante: ORÚS, Legado de beneficencia, J.A., 1958-IV, Doctrina, p. 32.

(nota 10) C. Civil 1ª Cap., 29/10/1926, J.A., t. 22, p. 933.

(nota 11) MAYNZ, t. 3, p. 622.

(nota 12) Escrúpulo este que a GATTI le impide aceptar esta solución en el derecho

positivo uruguayo (De las mandas o legados, nº 60, b).

(nota 13) ZANNONI, (t. 2, § 1339) y FASSI (t. 1, nº 786) sostienen que ésta es una cuestión de interpretación de la voluntad del testador y que en última instancia debe reputarse que el orden de llamamiento supone un orden preferente.

(nota 14) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 2, nº 427. Es la solución que se ha impuesto en la jurisprudencia y doctrina francesas; véanse JOSSERAND, t. 3, vol. 3, nº 1346; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3 nº 1830; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, nº 600.

(nota 15) BIBLIOGRAFÍA: GATTI, De las mandas o legados, núms. 66 y sigs., GANGI, La successione testamentaria, t. 2, núms. 378 y sigs.; DE DIEGO, El prelegado en el derecho romano y en el derecho moderno, Madrid, 1927; ECUTO, La teoria del prelegato nel diritto romano, Palermo, 1909; BONFANTE, Il prelegato e la successione, Scritti giuridici varii, Torino, 1916, t. 1, p. 443 y sigs.

(nota 16) Algunos autores sostienen que también habría prelegado si su pago se pusiera a cargo de uno solo de los coherederos o de varios de ellos (MESSINEO, t. 7, § 206, nº 5). Pero esta idea resulta difícil de comprender. Si lo que quiere el testador es favorecer a uno de los coherederos en un bien determinado, ¿por qué ha de poner a cargo de uno de los coherederos su pago y entrega, cuando el legado surte efectos directos? Si el testador pusiera el beneficio a cargo de uno o varios herederos, hay cargo, no legado. Muy diferente es el papel del prelegado a cargo de la masa. Pues en este caso, dicha manda se rige jure legati y no jure hereditatis (de acuerdo, GANGI, La successione testamentaria, t. 2, nº 378).

(nota 17) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, nº 789; GATTI, De las mandas o legados, nº 71; GANGI, La successione testamentaria, t. 2, nº 382; MESSINEO, t. 2, § 206, nº 5. Véase la opinión dubitativa de DE DIEGO, El prelegado en el derecho romano y moderno, p. 65.

(nota 18) GATTI, loc. cit. en nota anterior; ZANNONI, t. 2, § 1335; GANGI, loc. cit. en nota anterior.

(nota 19) GATTI, loc. cit. en nota anterior.

(nota 20) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, nº 787; ZANNONI, t. 2, § 1335; GANGI, La successione testamentaria, t. 2, nº 382. En cambio, en el derecho uruguayo la renuncia a la herencia implica renunciar también al prelegado (art. 1076 Ver Texto , Cód.

Civil).

(nota 21) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 791; GANGI, La successione testamentaria, t. 2, n° 384.

(nota 22) De acuerdo: FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 791.

(nota 23) GANGI, La successione testamentaria, t. 2, n° 379.

(nota 24) Tal es la solución del Código italiano, art. 661; del alemán, art. 2150; del austríaco, art. 648.

(nota 25) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 790; GANGI, La successione testamentaria, t. 2, n° 383; GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 229; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 428.

(nota 26) De acuerdo, FASSI, loc. cit., en nota anterior.

1120/10910

§ 2.— Objeto de los legados

1120/10920

A.— REGLAS GENERALES

1120/1417

1417. COSAS Y DERECHOS QUE PUEDEN LEGARSE.— Según el artículo 3751 Ver Texto pueden legarse todas las cosas y derechos que estén en el comercio. Es necesario que se trate de objetos de contenido patrimonial y que sean enajenables; así, por ejemplo no se podrá legar el nombre del causante, ni su jubilación, ni un usufructo o cualquier otro derecho vitalicio, puesto que no puede disponerse de esos derechos, que terminan con la muerte (sobre esta materia véase núms. 19 y sigs.).

Por hallarse fuera del comercio, no es posible legar el cadáver; sin perjuicio de lo cual, toda persona mayor de 18 años puede disponer para después de su muerte la ablación de órganos o materiales anatómicos de su propio cuerpo para ser implantados en otros seres humanos o con fines de estudio o investigación (art. 17 , ley 23464). Esa disposición puede hacerse por testamento o por otro acto fehaciente.

Tampoco puede legarse el bien de familia (art. 37 Ver Texto , ley 14394). Se ha querido que el bien permanezca en indivisión entre los herederos legítimos, sin que las previsiones de la ley, protectora de la familia, puedan ser desvirtuadas por el testador.

1120/1418

1418.— Pueden legarse cosas o hechos presentes o futuros (art. 3751 Ver Texto). Aunque la ley no permite legar cosas ajenas, es decir, lo que es propiedad de otro, en cambio no ve obstáculo en que se leguen las cosas que todavía no existen y que, por tanto, no pertenecen al causante ni en el momento de otorgar el testamento, ni en el de la muerte, pero tampoco pertenecen a otra persona. Así, por ejemplo, no hay inconveniente en legar la producción de un establecimiento rural o comercial, o la renta de títulos que se devengue durante un cierto número de años posteriores a la muerte del causante. Naturalmente, la validez del legado queda supeditada a la circunstancia de que esas cosas lleguen a existir; de lo contrario el heredero nada deberá (ver nota 1). Tal el caso de que se haya perdido la cosecha, o que el comercio haya dado quebranto. Pero si la cosa no llegare a existir por culpa del heredero, el legatario tendrá derecho a los daños y perjuicios (ver nota 2).

1120/1419

1419.— ¿Puede legarse un hecho del heredero? La cuestión se discute en la doctrina extranjera (ver nota 3); pero, en nuestro derecho está fuera de toda cuestión que no es posible (ver nota 4). El artículo 3751 Ver Texto se refiere únicamente a cosas o derechos, que, además deben pertenecer al causante (art. 3752 Ver Texto). Y el hecho del heredero no es una cosa o derecho que pertenezca al testador. La cláusula testamentaria que obligara al heredero a hacer algo, es un cargo no un legado. Si se acepta que también el hecho del heredero es un legado, la distinción entre legado y cargo resulta imposible.

En cambio, no hay inconveniente en legar los servicios o hechos de un tercero. Si la persona se hubiera comprometido con el causante a hacerle algo (por ej., un cuadro, una obra, un trabajo), la prestación puede ser legada, porque se trata de un hecho creditorio del causante y, como tal, comprendido en el concepto del artículo 3751 Ver Texto . Hay algunos casos dudosos. Así, por ejemplo, el causante lega a un actor el papel principal en su

comedia póstuma. ¿Es legado o cargo? La cuestión es discutible (ver nota 5); pero lo cierto es que la cláusula es válida, cualquiera sea el nombre que le haya dado el causante (ver nota 6).

1120/1420

1420. LA COSA LEGADA DEBE PERTENECER AL TESTADOR.— Según el artículo 3752 Ver Texto el testador no puede legar sino sus propios bienes; empero, esta regla sólo se aplica al legado de cosas ciertas y determinadas, y aun en este caso la ley brinda al testador un recurso para eludir la prohibición.

Estudiamos este punto más adelante (núms. 1431 y sigs.).

1120/1421

1421. DETERMINACIÓN DEL OBJETO.— En principio, el objeto legado debe ser designado por el causante; en este sentido dice expresamente el artículo 3759 Ver Texto que el legado no puede dejarse al arbitrio de un tercero. Sin embargo, esta regla se aplica con mucha elasticidad. Lo que no se puede es dejar enteramente al arbitrio del heredero, o de un tercero, la determinación del legado; por ejemplo, lego a Pedro cualquier bien de mi herencia a elección de mi hijo Juan. Quedaría así sujeta a la voluntad del heredero la elección del bien más valioso, o del más insignificante. Pero la ley permite que el causante pueda autorizar al heredero, y aun al legatario, a elegir la cosa legada, si ésta es indeterminada, pero comprendida dentro de un género o especie (arts. 3756 Ver Texto y 3757); e inclusive, puede dejar librado al juicio del heredero el importe y la oportunidad de entregarlos (art. 3759 Ver Texto).

1120/1422

1422. DUDA SOBRE EL OBJETO LEGADO.— En caso de duda sobre la mayor o menor cantidad de lo que ha sido legado, o sobre el mayor o menor valor, se debe juzgar que es la menor o de menor valor (art. 3765 Ver Texto). En suma, la duda se resuelve en favor del heredero. La solución está fundada en el principio de que las liberalidades son de interpretación restrictiva.

1120/1423

1423. PROHIBICIÓN DE ENAJENAR EL OBJETO LEGADO; REMISIÓN.— Hemos

tratado el punto en los números 1285 y siguientes, a los que remitimos.

(nota 1) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 815; GANGI, La successione testamentaria, t. 2, n° 386.

(nota 2) FASSI, loc. cit. en nota anterior y la nota 89 que va al pie.

(nota 3) En la doctrina francesa predomina la opinión negativa: PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 603; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1868; por la afirmativa: BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 2, n° 2571. En cambio, en la doctrina italiana predomina la opinión afirmativa: GANGI, La successione testamentaria, t. 2, n° 410; PACIFICI MAZZONI, p. 326; DEGNI, La successione testamentaria, t. 2, p. 49. Sin embargo MESSINEO (t. 7, § 199, n° 7) y CICU (Testamento, p. 236 y sigs.) no obstante enumerar prolijamente las cosas o derechos que pueden ser objeto de legado, no se refieren al hecho del heredero, lo que induce a pensar que no lo consideran posible. Véase, también en sentido afirmativo, GATTI, De las mandas o legados, n° 215.

(nota 4) De acuerdo: GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 236; ZANNONI, t. 2, § 1373; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 431; DE GÁSPERI, se refiere incidentalmente al tema, transcribiendo un párrafo de TROPLONG en que se admiten tales legados (t. 4, n° 588).

(nota 5) En el sentido de que es legado: COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1868; de que es cargo: PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, § 603.

(nota 6) Están de acuerdo en este punto los autores citados en nota anterior, y así lo decidió un fallo del Tribunal del Sena, 12/3/1914, Gaz. Trib., 8/4/1914, confirmado por la Corte de París, 6/3/1920, Dalloz, 1922.2.59.

1120/10930

B.— LEGADO DE COSA CIERTA

1.— Reglas generales

1120/1424

1424. CONCEPTO E INTERÉS PRÁCTICO.— El legado de cosa cierta es el que tiene un objeto material cierto y determinado; por ejemplo, mi reloj, mi biblioteca, mi casa habitación, mi estancia. No quedan comprendidos en este concepto los bienes en sentido propio, vale decir, los derechos, porque no son corporales; ni tampoco las cosas designadas sólo por su especie o género: por ejemplo dinero, trigo, vino; ni las designadas sólo por su cantidad: un caballo, un toro, mil ovejas.

Es el legado típico, el más frecuente y el más perfecto del punto de vista de los derechos que confiere al legatario desde la muerte del testador. En efecto; el legatario de cosas determinadas es propietario de ellas desde ese momento y le pertenecen los frutos y aumentos o deterioros de la cosa (art. 3766 Ver Texto).

1120/1425

1425. ESTADO EN QUE SE DEBE LA COSA; ACCESORIOS Y MEJORAS.— La cosa legada se debe en el estado en que se encuentre al tiempo de la muerte del testador, comprendiendo los útiles necesarios para su uso, que existan en ella (art. 3761 Ver Texto).

Hay en esta norma dos cuestiones que trataremos por separado: los accesorios puestos en la cosa para su servicio o mejor utilización y las mejoras o deterioros experimentados por ella.

a) Con respecto a los accesorios, el artículo 3761 dispone que se comprenden en la cosa legada los útiles necesarios para su uso; tales, por ejemplo, los muebles de una casa, los instrumentos de labranza de una estancia, las haciendas que la pueblan, etcétera. Aunque el concepto es suficientemente claro, el codificador ha querido subrayar que en tales accesorios no deben considerarse incluidos todos los bienes muebles que pueden encontrarse en la cosa principal en el momento de fallecer el causante, sino solamente los que se hallaren en ella y estuvieran destinados a su uso; por ello agrega: Si se lega una casa con sus muebles o con todo lo que se encontrase en ella, no se entenderán comprendidos en el legado sino los muebles que forman el ajuar de la casa y que se encuentran en ella; y así, si se legase de la misma manera una hacienda de campo, no se entenderá que el legado comprende otras cosas que las que sirven para el cultivo y beneficio de la hacienda y que se encuentran en ella (art. 3763 Ver Texto).

Cabe agregar que el mismo efecto tendría el legado si sólo se limitase a legar la casa o la estancia (sin agregar “con todo lo que se encontrase en ella”) por efecto de lo dispuesto en el artículo 3761 Ver Texto . Es claro que en esta materia rige soberana la voluntad del testador; estas normas no son sino interpretativas, de tal modo que aquél podría disponer

que el legado se limitase al edificio o al campo y que los muebles en el primer caso, las haciendas e instrumentos de labranza en el segundo, se entreguen a otro legatario, o queden de propiedad a los herederos. Pero si no hay una voluntad claramente expresada, la ley interpreta la del testador en el sentido de que la cosa comprende todos los accesorios destinados a su uso o explotación.

En cambio, no forman parte del legado los objetos que no están al servicio de la cosa. Así, por ejemplo, por más que el testamento dijese que se lega una casa “con todo lo que se encuentre en ella”, no estarán comprendidos los efectos personales del causante: ropa, alhajas, dinero, documentos y papeles, el automóvil que se encontraba en el garage en el momento del fallecimiento, etcétera.

Según el artículo 2323 Ver Texto , en los muebles de una casa no deben considerarse comprendidos el dinero, los documentos y papeles, las colecciones científicas o artísticas, los libros y sus estantes, las medallas, las armas, los instrumentos de artes y oficios, las joyas, ninguna clase de ropa de uso, los granos, caldos, mercaderías, ni en general otras cosas que las que forman el ajuar de una casa. ¿Es aplicable esta disposición al legado de una casa “con todo lo que en ella se encuentra”? Así lo considera DE GÁSPERI (ver nota 1); pero creemos que una aplicación rigurosa e indiscriminada de este precepto a nuestro caso, conduciría a desconocer la verdadera intención del causante. Está bien que se excluyan del legado los efectos personales de aquél, según dijimos anteriormente; pero cuando se lega una casa con todo lo que en ella se encuentra, entendemos que se han legado también las bibliotecas, las colecciones artísticas o científicas. El artículo 2323 Ver Texto no es aplicable sino con reservas, porque aquí no se trata de saber cuáles son los muebles de una casa, sino de indagar la voluntad presunta del causante y el sentido de la cláusula “con todo lo que en ella se encuentra”.

b) Con respecto a las mejoras o deterioros, el principio es que la cosa debe entregarse en el estado en que se encontraba en el momento de fallecer el testador (art. 3761 Ver Texto), es decir, que aquéllos benefician o perjudican al legatario, no al heredero.

Este es, decíamos, el principio general. Es también la solución lógica y justa, no sólo porque lo accesorio debe seguir la suerte de lo principal, sino también porque si el causante ha introducido mejoras en la cosa legada, sin modificar el testamento, hay que interpretar tal acto en el sentido de que su voluntad ha sido la de beneficiar al legatario con ese aumento de valor, pues de lo contrario hubiera modificado sus disposiciones de última voluntad.

Pero el codificador ha creído necesario apartarse de ese principio, cuando las mejoras adquieren un valor extraordinario. El artículo 3762 Ver Texto dispone que, si la cosa legada es un predio, los terrenos y los nuevos edificios que el testador le haya agregado después del testamento no se comprenden en el legado. Cabe decir, ante todo, que esta excepción a

la regla general debe considerarse rigurosamente limitada a las hipótesis contempladas en aquella norma, o sea, que se hayan realizado construcciones o agregado otros terrenos. Pero las mejoras comunes de una casa, por ejemplo, una modernización, la instalación de un ascensor, etcétera, siguen la suerte de la cosa principal y pertenecen al legatario, y no al heredero (ver nota 2). Lo mismo debe resolverse si la agregación de terrenos no deriva de adquisiciones del testador, sino que resulta naturalmente, por aluvión (ver nota 3).

La solución de nuestro Código es criticable. No vemos motivo para apartarse, aun en estos casos, del principio de que la cosa legada se debe en el estado en que se encuentra en el momento del fallecimiento (ver nota 4). En el Proyecto de 1936 se distingue entre los accesorios del suelo, incluso edificios, que se consideran comprendidos en el legado, y los terrenos agregados con posterioridad al testamento, que no se comprenden (art. 2095 Ver Texto , inc. 2º).

1120/1426

1426. LEGISLACIÓN COMPARADA.— Siguen el sistema de nuestro Código, el Código Civil uruguayo (art. 929), el chileno (art. 1119) y el colombiano (art. 1177). En las restantes legislaciones, todo lo edificado y plantado al suelo como accesorio de lo principal forma parte del legado; en cambio, el problema de los terrenos agregados por el propietario ha merecido soluciones distintas. Así, el Código francés (art. 1019), el venezolano (art. 908), el peruano (art. 764), el mexicano (art. 1404) los excluyen del legado. El italiano establece a nuestro juicio, la solución más acertada: según el artículo 667, si el fundo legado ha sido beneficiado con acrecimientos posteriores al testamento, estos son debidos al legatario, si son contiguos al fundo y constituyen con él una unidad económica. Finalmente, otras legislaciones se limitan a sentar el principio general de que la cosa legada se debe con todos sus accesorios, comprendiendo, por tanto, también los terrenos agregados con posterioridad al testamento (códigos alemán, art. 2164; suizo, art. 485; español, art. 883).

1120/1427

1427. CASO EN QUE LOS EDIFICIOS O TERRENOS AGREGADOS TENGAN MAYOR VALOR QUE EL INMUEBLE LEGADO.— Dispone el artículo 3762 Ver Texto que, si lo agregado por el testador al predio, después de otorgar su testamento, formase con aquél, al tiempo de abrirse la sucesión, un todo que no pueda dividirse sin grave pérdida, y las agregaciones valiesen más que el predio en su estado anterior, sólo se deberá al legatario el valor del predio; si valiesen menos se deberá todo ello al legatario, con el cargo de pagar el valor de las agregaciones, plantaciones o mejoras.

En otras palabras: si las agregaciones o mejoras valiesen más que el inmueble, el legatario sólo tendrá derecho a reclamar el pago del precio del terreno; por el contrario, si valiesen

menos tendrá derecho a quedarse con todo, pagando al heredero el valor de las mejoras. Esta solución únicamente se aplicará si las mejoras no fueran separables del predio sin grave pérdida; pues, si lo fueran, el heredero sólo tendrá derecho a reclamar la cosa y no su valor. Tal podría ser, por ejemplo, el caso de que el testador hubiera construido en su terreno una casa de madera, desarmable.

Si el heredero y el legatario no pudieren ponerse de acuerdo respecto del valor relativo del predio y las mejoras (pretendiendo el heredero que las mejoras valen más y el legatario lo contrario) la cuestión, que es muy importante porque decide el derecho de propiedad sobre todo, debe ser sometida a decisión judicial (ver nota 5).

1120/1428

1428.— De lo dicho en el artículo anterior resulta que, si el valor del predio es mayor que las mejoras, estamos en presencia de un legado de cosa cierta; y si ocurre a la inversa, el legado será del crédito, pues se resuelve en el derecho del legatario a reclamar del heredero una suma de dinero.

Pero este cambio de naturaleza del objeto legado no se produce ipso jure a la muerte del causante. El legado de un inmueble sigue siendo legado de cosa cierta hasta el momento en que se hayan establecido los valores respectivos, y más aún, hasta que el heredero haya pagado íntegramente el valor del predio legado (ver nota 6). La cuestión tiene una gran importancia práctica, por la preferencia legal que tiene el legado de cosa cierta. Así, por ejemplo, el heredero no podrá enajenar el inmueble antes de pagar su precio y, si lo hiciera, el legatario tiene derecho de reivindicarlo, puesto que él es propietario ipso jure de la cosa desde el momento del fallecimiento (ver nota 7). Por igual motivo, pensamos que los frutos de la cosa (en tanto ellos derivan del inmueble mismo y no de las mejoras), se deben al legatario hasta el momento en que el heredero le pague el precio (ver nota 8).

1120/11510

1428 bis. LEGADO DE UNA HACIENDA DE CAMPO.— Dispone el artículo 3763 Ver Texto que si se legase una “hacienda de campo” no se entenderá que el legado comprende otras cosas que las que sirven para el cultivo y beneficio de la hacienda y que se encuentran en ella.

Esta expresión “hacienda de campo” no es corriente en testamentos argentinos. Como lo hace notar FASSI lo habitual es legar un campo, una estancia, una chacra (ver nota 9). ¿Cómo deben entenderse estos legados?

Si se lega “un campo” debe entenderse que no comprende sino el terreno y lo adherido al suelo; si se lega “una estancia” se comprenderá además del suelo los útiles de labranza y los animales para esas tareas, pero no comprenderá los animales de cría o engorde que se encuentran en la estancia (ver nota 10). Es lo que resulta de la letra clara del artículo 3763 Ver Texto .

1120/1429

1429. IMPUESTOS.— Los impuestos sobre la cosa legada (contribución territorial, pavimentos, alumbrado, barrido y limpieza, etc.) corren por cuenta del legatario desde el fallecimiento del causante, momento en el cual adquiere la propiedad (ver nota 11).

1120/1430

1430. ERROR SOBRE EL NOMBRE DE LA COSA LEGADA.— El error sobre el nombre de la cosa legada no afecta la validez de la manda, si se puede reconocer cuál es la cosa que el testador ha tenido la intención de legar (art. 3764 Ver Texto). Se trata de un simple error de expresión que puede y debe rectificarse, siempre que haya elementos de juicio suficientes como para precisar la intención del causante. Sobre el problema de si pueden utilizarse pruebas extrañas al testamento para indagar cuál ha sido la cosa que se ha querido legar, véase número 1104.

2.— Legado de cosa ajena (ver nota 12)

1120/1431

1431. SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL ARTÍCULO 3752.— Dispone el artículo 3752 Ver Texto que el testador no puede sino legar sus propios bienes y que el legado de una cosa ajena, cierta y determinada, es nulo, sepa o no el testador que no es suya.

Así enunciada, esta regla parece tener una proyección mucho más vasta que la que en realidad tiene. Es necesario, por tanto, circunscribir cuidadosamente su alcance y aplicación.

a) En primer término, hay que admitir que esta regla tiene fundamentalmente un carácter interpretativo. Ello resulta claro si se estudian sus orígenes históricos y fundamento de la disposición. En el derecho romano se hacía la siguiente distinción: si el testador sabía que

la cosa era ajena, el legado era válido y se traducía en la obligación impuesta al heredero de procurarse la cosa y entregarla al legatario; si no lo sabía, se reputaba que había error esencial que invalidaba la manda. VÉLEZ SANSFIELD alude a esa solución y afirma que la experiencia demostró que ella hacía surgir mil cuestiones sobre si el testador sabía o no que la cosa era ajena (nota al art. 3752 Ver Texto) (ver nota 13). El codificador cortó con estas cuestiones y dispuso que, en todos los casos, el legado es nulo; pero, al propio tiempo, dispuso en el artículo 3754 Ver Texto que: si el testador ordenare que se adquiriera una cosa ajena para darla a alguna persona, el heredero debe adquirirla y darla al legatario. ¿Qué es esto sino el legado de una cosa ajena? En vano se argüirá que en este caso no hay tal, sino una carga impuesta al heredero, porque el legado de cosa ajena es siempre eso; y lo que se trata de saber es precisamente si es válida la cláusula testamentaria que impone al heredero la obligación de comprar una cosa a otro y entregarla al beneficiario.

Esta disposición aclara el sistema de nuestro Código: no hay inconveniente en legar la cosa ajena, siempre que en el testamento se imponga expresamente al heredero la obligación de adquirirla y entregarla al legatario; pero si el testamento se limita a legar una cosa ajena el legado es nulo, porque la ley ha querido evitar toda cuestión acerca de si el causante sabía o no que la cosa no le pertenecía (ver nota 14). En suma, VÉLEZ SANSFIELD no ha querido sino evitar, en este caso particular, los problemas prácticamente insolubles que derivan de la aplicación de la teoría del error.

Empero, el problema ha sido resuelto con mayor claridad y mejor técnica jurídica en el artículo 651 del Código italiano, según el cual el legado de cosa perteneciente al heredero o a un tercero, es nulo, salvo que del propio testamento, o de otra manifestación escrita del testador resulte que éste sabía que la cosa pertenecía al heredero o tercero.

Hay que agregar que si el heredero no pudiese adquirir la cosa por haberse rehusado a enajenarla su dueño o por haber pedido por ella un precio excesivo, la obligación del heredero se resuelve en el pago de su justo precio (art. 3754 Ver Texto). Pero si la cosa ajena se perdiese sin culpa del heredero, el legado se extingue por cuanto la obligación legal de su conversión no opera alternativamente sino en los supuestos del artículo 3754 Ver Texto (ver nota 15).

b) Aún así entendido, esta regla sólo se refiere a las cosas ciertas y determinadas; en consecuencia, aunque sean ajenas, es válido el legado de cosas indeterminadas o señaladas por su cantidad o su género (nota al art. 3752 Ver Texto). Es natural que así sea; cuando se lega dinero, títulos, un automóvil, un caballo de carrera, un juego de muebles, no se lega lo que es propiedad de Pedro o Diego, sino cosas que tienen circulación comercial; respecto de ellas, no puede plantearse el problema de si el causante sabía o no que pertenecían a otro, pues lo que él ha legado es una cosa cualquiera dentro de ese género o especie. Es obvio, pues, que el legado se traduce en una obligación impuesta al heredero de procurar la cosa y entregarla al legatario.

En la nota al artículo 3752 Ver Texto se dice que la prohibición contenida en esta norma no se aplica tampoco a los legados alternativos. A nuestro juicio, este párrafo del codificador no puede ser interpretado sino en el sentido de que, cuando se legan dos cosas en forma alternativa y una de ellas es ajena, el legado será válido, puesto que el heredero tendrá la obligación de entregar la que pertenecía al causante. Pero es evidente que, si ambas son ajenas (y además, ciertas y determinadas), el legado será nulo (ver nota 16).

c) La regla del artículo 3752 Ver Texto no se aplica cuando el causante tiene sobre la cosa un derecho eventual o condicional (ver nota 17). Tal sería el caso de que tuviera sobre ella un derecho de propiedad sujeto a condición suspensiva, no cumplida todavía en el momento de su fallecimiento.

d) Por último, el artículo 3752 Ver Texto no impide legar las cosas futuras (art. 3751 Ver Texto), es decir, las que no pertenecen al testador, pero tampoco a terceros.

1120/1432

1432. LEGADO DE COSAS PERTENECIENTES AL HEREDERO.— Se discute si las cosas pertenecientes al heredero pueden ser legadas por el causante. En el antiguo derecho se sostenía la validez de tales cláusulas, y aún hoy esta opinión tiene sus partidarios (ver nota 18). Se aduce en favor de ellas: a) que el heredero forma con el causante casi una sola persona y sus cosas pueden ser miradas por éste como si fueran propias; b) que el causante es libre de imponer cargas al heredero y que, en el fondo, ésta no es sino una carga de la cual, en todo caso, puede librarse renunciando la herencia. Tales argumentos no parecen convincentes. La cosa perteneciente al heredero es siempre ajena respecto del causante y no hay motivo, por tanto, para apartarse de lo dispuesto en el artículo 3752 Ver Texto (ver nota 19). Y quizás es en este caso cuando más prudente resulte la invalidez decretada por la ley, porque muchas veces la vida en familia, sobre todo si es muy solidaria, hace perder la noción de lo tuyo y lo mío y el causante puede haber dispuesto de una cosa del heredero creyendo que le pertenecía. Si, en cambio, del testamento resulta claro que el causante sabía quién era el titular del derecho, y no obstante ello dispone que el heredero la entregue a un tercero, el caso debe ser asimilado, a nuestro entender, a la orden de comprar una cosa de un tercero y entregarla al legatario; el heredero está obligado a entregar la cosa (ver nota 20).

¿Puede el heredero negarse a entregar la cosa, ofreciendo pagar su justo precio? Pensamos que no. El artículo 3754 Ver Texto , que admite esta solución cuando el propietario es un tercero y se niega a venderla o exige un precio excesivo, no es aplicable en este caso. Aquí, el cumplimiento de la disposición testamentaria depende de la voluntad del heredero y no de un extraño, de tal manera que aquél no podrá aducir que encuentra un obstáculo insalvable para cumplir con la manda. De cualquier modo, siempre le quedaría el recurso de

renunciar a la herencia para evitar su cumplimiento (ver nota 21).

1120/1433

1433. MOMENTO EN QUE DEBE TENER LA PROPIEDAD EL TESTADOR.— Según el artículo 3752 Ver Texto , el legado de cosa ajena, cierta y determinada, es de ningún valor, aunque después adquiriese la propiedad de ella. Eso significa que la exigencia de la titularidad del derecho se refiere al momento del testamento; y que la nulidad de la manda no queda purgada por la posterior adquisición de la cosa por el causante, de tal modo que ella integra el acervo sucesorio en el momento de abrirse la sucesión.

Se trata de una norma que carece de todo fundamento razonable y que ha sido objeto de justas críticas en nuestra doctrina (ver nota 22). No se explica en modo alguno que la adquisición ulterior de la cosa no convalide el legado, puesto que ese acto significa una ratificación inequívoca de la manda. Esta disposición está además, en contradicción con el régimen general del Código en materia de actos celebrados respecto de cosas ajenas; así, por ejemplo, la nulidad de la venta de una cosa ajena queda cubierta por la adquisición ulterior del propietario (art. 1330 Ver Texto); si una persona constituye o transmite un derecho real que no tenía en el momento de la constitución o transmisión, el acto será válido si adquiriese ese derecho con posterioridad (art. 2504 Ver Texto).

Con razón, en los proyectos de reformas se ha dispuesto que la adquisición ulterior de la cosa legada convalida la manda (Anteproyecto, art. 3282 y Proyecto de 1936, art. 2090).

1120/1434

1434.— Cabe agregar que si la cosa perteneciera al causante en el momento de testar, pero luego, antes de su muerte, la enajenara, el legado queda revocado (véase núms. 1611 y sigs.).

1120/1435

1435. OBLIGACIÓN IMPUESTA AL HEREDERO DE ADQUIRIR UNA COSA AJENA.— La obligación impuesta al heredero de adquirir una cosa ajena (circunloquio con que en nuestro derecho se designa al clásico legado de cosa ajena) es, según ya lo hemos dicho, válida (art. 3754 Ver Texto). Pero esta obligación impuesta al heredero puede suscitar algunos problemas prácticos importantes:

a) Es posible que el dueño no quiera venderla o pidiese por ella un precio excesivo; en tal caso, el heredero sólo está obligado a entregar al legatario el justo precio de la cosa (art. 3754 Ver Texto). Ese justo valor se fijará judicialmente, previa tasación.

b) Puede ocurrir que el propio legatario haya comprado la cosa antes del testamento: el artículo 3754 Ver Texto , último apartado, dispone que el heredero deberá pagar al legatario su precio únicamente si la adquirió a título oneroso y a precio equitativo. No habrá obligación alguna si la adquisición fue a título gratuito.

Como es obvio, cuando la ley dice, en tal caso, no se deberá su precio sino cuando la adquisición hubiese sido a título oneroso y a precio justo, no significa ello que, si el legatario hubiera pagado un precio excesivo, el heredero nada le debe, sino que solamente le debe su justo valor.

El artículo que comentamos se refiere a la compra hecha por el legatario antes del testamento (ver nota 23). ¿Qué ocurre si la compró después del testamento y antes de la muerte? No vemos ninguna razón para aplicar una solución distinta, pues la analogía es evidente (ver nota 24). No importa tampoco que el legatario supiera, antes de morir el causante, lo que estaba dispuesto en su testamento, pues es posible que quiera, de esa manera, asegurarse de que la cosa no se perderá o destruirá (ver nota 25). De cualquier modo, el heredero está siempre seguro de que él no pagará más del justo precio.

Tampoco varía la solución si la compra ha sido hecha después de la muerte del causante (ver nota 26). Ninguna duda cabe de ello si el legatario ignoraba el testamento, puesto que no habría razón para apartarse de lo dispuesto en el artículo 3754 Ver Texto . Algo más dudoso es el caso de que el legatario la comprara con pleno conocimiento del legado. El procedimiento normal es que la compra sea hecha por los herederos y que ellos la entreguen al legatario; por lo tanto, éste deberá primero poner en mora a los herederos y sólo en el caso de que, no obstante esa intimación, aquéllos no cumplieran la manda, podrá adquirirla directamente. Puede ocurrir, en efecto, que por dificultades en la testamentaria o simplemente por pasividad de los herederos, la manda no se cumpla y el tercero corra el riesgo de quedarse sin la cosa legada. Si no obstante haber sido puestos en mora, los herederos no cumplen, parece lógico aplicar la solución del artículo 3754 Ver Texto . Pero juzgamos que es requisito indispensable la puesta en mora previa; pues si bien los herederos están siempre garantizados con la disposición que sólo los obliga a pagar el justo precio, pueden ellos tener interés en tratar personalmente la operación, ya que la experiencia indica las ventajas que suelen obtener los compradores que discuten personalmente el precio.

c) El artículo 3754 Ver Texto no ha previsto el caso de que sea el heredero quien la haya comprado. En tal situación estará obligado a entregar la cosa, lo mismo que si siempre le hubiera pertenecido (véase nº 1432).

3.— Legado de cosa indivisa

1120/1436

1436. EL PRINCIPIO.— El legado de cosa que se tiene en comunidad con otro vale sólo por la parte de que es propietario el testador (art. 3753 Ver Texto). Las otras partes no podría legarlas, simplemente porque no le pertenecen. Sin perjuicio, naturalmente, de que el causante disponga que los herederos compren las porciones de los restantes condóminos, a fin de que la cosa se entregue íntegra al legatario; sería aquí también aplicable el artículo 3754 Ver Texto (véase nº 1431) (ver nota 27).

La aplicación de estas reglas no ofrece la menor dificultad, si el estado de condominio no se modifica hasta el momento de la entrega del legado. Pero si el condominio cesa, las cosas se complican bastante.

1120/1437

1437. CASO DE CESACIÓN DEL CONDOMINIO DESPUÉS DEL TESTAMENTO.— Para dilucidar con claridad las engorrosas cuestiones que se plantean en esta materia, es indispensable distinguir dos hipótesis:

1120/1438

1438. a) El condominio ha cesado antes de la muerte del causante.— Esa cesación puede haber ocurrido porque la cosa ha sido íntegramente adjudicada al causante, o porque lo ha sido al otro condómino. Examinaremos ante todo la primera hipótesis. ¿Debe reputarse legada toda la cosa, o solamente la parte que el causante tenía en el momento de testar? La última opinión ha sido sostenida por algunos autores, sobre la base del artículo 3752 Ver Texto , según el cual el legado de cosa ajena es nulo, aunque más tarde el testador adquiriese la propiedad de ella (ver nota 28). Pero esta opinión no resiste el análisis. Es decisivo para resolver la cuestión en el sentido de que debe reputarse legada toda la cosa, el artículo 2695 Ver Texto que dispone el efecto retroactivo de la división del condominio en estos términos expresos: la división entre los copropietarios es sólo declarativa y no traslativa de la propiedad, en el sentido de que cada condómino debe ser considerado como que hubiere sido, desde el origen de la indivisión, propietario exclusivo de lo que hubiere correspondido. Si pues, la ley lo estima propietario exclusivo ya en el momento de otorgar el testamento, no se ve cómo el legado puede limitarse a una parte. Todavía podría agregarse que, sin duda, esta es la voluntad presuntiva del causante. Cuando él ha legado

una cosa en la que tiene sólo una parte (por ej., su casa habitación, que la tiene en copropiedad con sus hermanos) y luego compra las partes restantes, manteniendo el legado que deja la cosa a un tercero, es evidente que su intención es dejar a éstos el todo y no una parte. Finalmente, si es unánime la reprobación que ha merecido la solución del artículo 3752 Ver Texto (véase nº 1433), lo menos que puede hacer el intérprete es limitar estrictamente su aplicación al caso previsto en esa norma (ver nota 29).

Bien entendido que estas soluciones tienen en el fondo carácter interpretativo; en otras palabras, si del contexto del testamento surge claramente que el causante sólo quería legar una parte de la cosa, es esa parte y no el todo lo que le corresponderá al legatario. Era casi redundante decirlo, puesto que en esta materia impera soberana la voluntad del testador.

Supongamos ahora que la cosa ha sido adjudicada al otro condómino. Está fuera de duda que el legado es entonces ineficaz: ya sea que se considere que hay nulidad por tratarse de la disposición de una cosa ajena (puesto que del efecto retroactivo de la partición resulta que esa cosa lo ha sido siempre y totalmente), ya sea que se reputa que hay caducidad del legado por enajenación de la cosa (puesto que el consentimiento prestado a la adjudicación importa la enajenación de los derechos que se tenía sobre una parte de ella), lo cierto es que el legado carece de todo efecto (ver nota 30).

1120/1439

1439. b) El condominio ha cesado después de la muerte del causante.— También aquí hay que distinguir dos hipótesis:

1) Si la cosa fuere una sola, el legatario quedará colocado en el lugar y grado del causante y, en adelante, se encontrará en estado de indivisión con los otros condóminos y será parte necesaria en la división (ver nota 31).

2) Pero si la cosa fuere integrante de una masa de bienes (por ej., lego un bien perteneciente a la herencia de mi madre en la cual yo tengo solamente una parte todavía indivisa), la cuestión es mucho más oscura. En la doctrina francesa se ha debatido ampliamente el problema y se han propuesto estas soluciones: a) Según una primera opinión, el legado surtiría efecto en toda eventualidad: en especie y por la totalidad de la cosa, si el bien es adjudicado a los herederos del causante; en dinero efectivo equivalente al valor de la parte que correspondía al causante, si la cosa ha sido adjudicada al condómino (ver nota 32); esta opinión no ha tenido eco jurisprudencial, porque no es equitativa para los herederos del causante, que resultan seriamente perjudicados si la cosa se les adjudica a ellos y no se benefician en nada si entra en el lote de los coherederos del causante. b) Según otros autores, si la cosa legada forma luego parte del lote que pertenece a la sucesión, corresponde en su totalidad al legatario; si, por el contrario, pasara a integrar el lote de los

coherederos del causante, hay legado de cosa ajena que es, por lo tanto, nulo; este criterio se apoya en una aplicación rigurosa del principio del efecto retroactivo de la partición (ver nota 33). c) Finalmente, una tercera opinión, que hoy predomina francamente en la doctrina y la jurisprudencia francesas, sostiene que el legado de una cosa que integra una masa patrimonial valdrá en todos los casos, pero sólo por la parte de que el testador estaba investido al hacer el testamento (ver nota 34). Adherimos a esta última solución. Nos parecen decisivas las palabras de BIBILONI: “Si hemos resuelto que el comunero de cosas singulares es sucedido por el legatario, que divide a título propio, como sucesor, no podemos aceptar que haya igualdad de situaciones con el legatario de un bien perteneciente a la sociedad conyugal, a la sucesión, a la sociedad particular, porque no es de la familia ni le liga el afecto social. Es un extraño. ¿Cómo va a dividir? ¿Cómo va a compensar la parte adjudicada? ¿Cómo va a tomar sobre sí deudas comunes para simplificar la liquidación? Es un peligro consentirle intervención en negocios ajenos. Aceptamos la solución de AUBRY y RAU. Hay legado de valor y no legado de parte indivisa. El causante no puede haber querido que su esposa, sus hijos, tengan que discutir todas sus relaciones jurídicas con este extraño” (ver nota 35). Porque, desde luego, la aceptación del punto de vista de que los derechos del legatario dependen de la partición, obliga a darle intervención en ella, ya que de lo contrario podría ser burlado muy fácilmente por los herederos, a quienes les bastaría poner la cosa legada en la hijuela de los coherederos del causante (recibiendo en cambio otros bienes o valores) para hacer perder todos sus derechos al legatario.

Todavía es posible señalar algunos inconvenientes más de la solución que hace depender la validez del legado de la partición. Si se trata de una cosa divisible, es indudable que ella se partirá entre los coherederos en proporción a su parte hereditaria, única manera de no perjudicar al legatario con la adjudicación de una parte menor, ni a los coherederos con la de una parte mayor. Ejemplo: se trata de dividir un campo de 1.000 hectáreas, en el que el causante tenía 1/3. Al practicarse la partición, el legatario se opondrá, con todo derecho, a cualquier división en que no figure, dentro de la hijuela correspondiente al causante, por lo menos la tercera parte de ese campo; a su vez, los herederos del testador, no aceptarán una partición que les asigne una porción mayor, pues ello sería en beneficio del legatario y no de ellos. Es decir, se llegaría siempre a la solución que propugnamos, o sea, asignar al legatario nada más que la parte que el causante tenía en la cosa indivisa.

Pero, supongamos ahora que sea indivisible: una alhaja, un solitario, un cuadro del Greco. No hay otra forma posible de partición que asignarle un valor, formar otros lotes equivalentes y sortearlos. Así, pues, dependerá del azar el derecho del legatario y de los herederos.

Para evitar este problema, el artículo 3283 del Anteproyecto dispone que, si la cosa legada estuviese comprendida en una masa patrimonial común a varios, valdrá como legado de cantidad por el valor de la parte que pertenecía al causante, a menos que éste resolviera otra cosa. Es también la solución propuesta en el Proyecto de 1936 (art. 2089).

1440. LEGADO DE COSA GANANCIAL (ver nota 36).— Los bienes gananciales constituyen un condominio, si bien de naturaleza muy particular (véase Tratado de Derecho Civil, Familia, 9ª edición, t. 1, n° 286). Por ello, el legislador ha creído oportuno seguir aquí un sistema diferente. El legado de cosa ganancial es válido por la totalidad de la cosa, pero la parte del otro cónyuge será salvada en la cuenta de división de la sociedad (art. 3753 Ver Texto , ref. por ley 17711).

Es necesario precisar el sentido de la reforma introducida por la ley 17711 . El texto originario autorizaba solamente al marido a legar bienes gananciales, agregándose que la parte de la mujer será salvada en la cuenta particionaria.

El nuevo texto legal coloca en situación de igualdad al marido y a la mujer, al reconocer a ambos el mismo derecho y lo limita a los gananciales cuya administración esté reservada al cónyuge que testa. La reforma es, pues, necesaria; pero ya que se reformaba el artículo, es de lamentar que no se hubiera hecho una modificación más sustancial (ver nota 37). Porque el sistema legal no es acertado.

Por lo pronto, ha suscitado dificultades la inteligencia del texto. Así, FASSI sostiene que aunque el legado represente todo o casi todo el haber ganancial, el cónyuge superviviente tiene sólo un crédito a su favor, ya que la cosa legada debe entregarse al legatario en especie. Así, agrega, si el marido lega un bien ganancial de su administración que vale \$ 1.000.000 y el haber líquido de la masa de gananciales asciende a \$ 1.500.000, el legatario se queda con la cosa legada y debe compensar al cónyuge abonándole la suma de \$ 250.000 (ver nota 38). No podemos compartir una interpretación que conduce a consecuencias inaceptables. Supongamos que el único bien dejado por el causante sea la casa en que vivió con su esposa, casa adquirida durante el matrimonio con el producto de su trabajo personal, es decir, un bien ganancial de administración reservada del marido. Lega la casa a un pariente lejano. La mujer no tendrá otro derecho que una suma de dinero. No parece posible admitirlo.

A nuestro juicio, la entrega en especie del legado sólo procede si es posible compensar también en especie al cónyuge en la cuenta particionaria. Supongamos una sucesión toda compuesta de gananciales; hay esposa e hijos. A la esposa le corresponde el 50% y a los hijos una legítima de cuatro quintos de la mitad correspondiente al causante, lo que en nuestro ejemplo, es el 40% del haber total. Queda un 10% de ese total (20% del haber sucesorio propiamente dicho) como porción disponible. Si el marido lega un bien cuyo valor es del 5% del total, ese legado debe entregarse al legatario y como a la esposa le correspondía la mitad de su valor, esa mitad debe compensarse en especie en la cuenta particionaria, para integrar su parte. Supongamos ahora que exceda de la porción disponible (en nuestro caso el 10% del total). Si el legado es divisible, se entregará al legatario en

especie, la parte de que el causante pudo disponer. Si es indivisible, la cosa debe ser entregada al cónyuge supérstite (o a los otros herederos, según resulte de la cuenta particionaria), reconociendo al legatario un crédito por el importe de la porción disponible. Esta es la única interpretación que permite conciliar este texto con el principio liminar de la división en especie, que rige tanto para la partición hereditaria como para la de la sociedad conyugal (arts. 1313 Ver Texto y 3475 bis Ver Texto). Pues es evidente que el artículo 3753 Ver Texto no se ha propuesto trastocar todos los principios en que se funda la partición sino solamente establecer cómo debe cumplirse el legado de gananciales en el supuesto de que tales principios no se alteren.

Todos estos problemas se habrían evitado si el artículo 3753 hubiera establecido la regla inversa, es decir, que el cónyuge supérstite tiene el derecho de hacerse adjudicar el bien en especie, con obligación de entregar al legatario el valor faltante en dinero.

1120/1441

1441.— Los cónyuges sólo pueden legar los gananciales cuya administración les está reservada. Esto ha quedado claro en la nueva redacción del artículo 3753. Es la solución lógica, pues es inconcebible que puedan legar los bienes cuya administración y disposición está reservada por la ley al otro cónyuge (ver nota 39). Sin embargo, pensamos que tal legado no está desprovisto de efecto: debe entenderse que el legatario recibirá del cónyuge supérstite el valor de la mitad del bien en la medida que no exceda la porción disponible (ver nota 40). Y, desde luego, la acción de impugnación del legado la tiene sólo el cónyuge supérstite, salvo la acción de reducción de los demás herederos legitimarios, en la medida que el legado afecte su legítima.

1120/11520

1441 bis.— Cabe preguntarse si el artículo 3753 Ver Texto es aplicable aun después de disuelta la sociedad conyugal y antes de la liquidación. Por ejemplo, luego de fallecida la esposa y antes de liquidada la sociedad conyugal, fallece el marido dejando un legado de un bien ganancial. Se discute si este legado es válido únicamente por la parte que correspondía al causante, considerando que se trata del legado de una cosa que se tiene en condominio con terceros (los herederos de la esposa); o si, por el contrario, es válido por el todo, estimándose que, no liquidada la sociedad conyugal, el bien sigue siendo ganancial.

Esta última solución adoptada en un fallo del Superior Tribunal de Santa Fe (ver nota 41), no resiste el análisis. El artículo 3753 Ver Texto supone la subsistencia de la sociedad conyugal en el momento del fallecimiento del causante; desde que ella se ha disuelto, no hay, estrictamente hablando, bienes gananciales, sino indivisos. A partir de ese momento, el marido pierde sobre ellos el poder de disposición y sólo tiene una administración limitada,

vigilada por el otro cónyuge o sus herederos. Hay, además, otro argumento que nos parece decisivo. Quienes han considerado el problema, lo han hecho únicamente en la hipótesis de premuerte de la esposa. Pero la sociedad conyugal puede haberse disuelto también por divorcio. He aquí un marido que, divorciado de su esposa, y deseando perjudicarla, lega a un tercero un establecimiento de campo. ¿La esposa estará obligada a respetar esa manda íntegramente, perdiendo el derecho a la partición en especie, si la sociedad todavía no ha sido liquidada? Esta es, en efecto, la consecuencia inadmisibles que se desprende de la opinión que impugnamos (ver nota 42). Es decir, el marido podría hacer, por vía de legado, lo que no puede hacer por actos entre vivos.

1120/1442

1442. CÓMO SE IMPUTA EL LEGADO DE GANANCIALES.— Si el patrimonio dejado por el causante está compuesto exclusivamente de gananciales, el legado se imputará a su parte, cuidando de dejar incólumes los derechos que corresponden al cónyuge como socio y como heredero.

Cuando la herencia está compuesta de bienes propios y gananciales, pensamos, con FORNIELES (ver nota 43), que hay que hacer esta distinción: si el legado es de cosa cierta y ella es propia o ganancial, se retraerá de la masa a la cual pertenece; pero si consiste en una suma de dinero, se deducirá proporcionalmente de las dos.

4.— Legado de cosa gravada (ver nota 44)

1120/1443

1443. LA CUESTIÓN.— Dispone el artículo 3755 Ver Texto que, si la cosa legada estaba empeñada o hipotecada antes o después del testamento, o gravada con usufructo, servidumbre u otra carga perpetua, el heredero no está obligado a librarla de las cargas que la gravan.

Respecto del usufructo, servidumbre o cualquier otro derecho real que no sea de garantía, ninguna duda cabe sobre la interpretación: el heredero no está obligado a liberar la cosa, de tal modo que el legatario debe soportar la carga que recibe junto con ella; y si quiere librarse del gravamen, queda a su exclusivo cargo convenir esa liberación con el titular del derecho.

Pero la cuestión se complica singularmente cuando se trata de un derecho real de garantía (hipoteca, anticresis, prenda, debentures); pues estos gravámenes son accesorios de un

crédito en dinero, lo que, como veremos, introduce un factor de confusión.

Dos opiniones se han sostenido sobre el significado de este texto:

a) Según la primera, la deuda pesa sobre los herederos y no sobre el legatario; pero éste no puede exigir de aquéllos la liberación inmediata del gravamen, sino que debe esperar el vencimiento de los plazos estipulados por el causante. En apoyo de esta tesis se aduce: 1) tal interpretación es la que se ajusta rigurosamente al texto legal; lo único que el artículo 3755 Ver Texto dispone es que el heredero no está obligado a liberar la cosa del gravamen, lo que no significa decir que el pago de la deuda esté a cargo de los herederos y no de los legatarios; 2) esta es la solución que más se aproxima al sistema del derecho romano (Inst. Lib. 2, tít. 20, 5) y a la antigua legislación española (Partida 6, tít. 9, ley 11), en los que, no solamente la deuda estaba a cargo de los herederos, sino que estos debían entregar la cosa al legatario libre del gravamen; 3) es también la solución aceptada unánimemente en el derecho francés, cuyo artículo 1020 ha servido de fuente al nuestro (ver nota 45).

b) Según una segunda opinión, que ha prevalecido en la jurisprudencia (ver nota 46) y en un importante sector doctrinario (ver nota 47), y a la que nosotros adherimos, el pago de la deuda pesa sobre el legatario y no sobre el heredero: 1) el significado del artículo 3755 Ver Texto es claro en el sentido de que la cosa legada pasa al legatario con todas las cargas que la gravan; es verdad que, en el caso de la hipoteca o la prenda, puede hacerse la distinción entre la obligación y el gravamen real; pero ésta es una sutileza jurídica para la mayor parte de los profanos que redactan su testamento, quienes piensan que lo que está gravando la cosa es su deuda; 2) si precisamente de lo que se trata es de interpretar la voluntad presunta del causante, es indudable que, cuando se lega una cosa, hay que entender que se lo hace con los accesorios y las cargas, con sus ventajas e inconvenientes; 3) la nota puesta al pie por el codificador es clarísima; dice partir del principio de que las liberalidades deben interpretarse restrictivamente y que el legatario debe recibir la cosa tal como se halle con los gravámenes que ella reconoce; y si se dijera que las notas no tienen fuerza de ley y que su valor interpretativo es muy discutible, habrá que reconocer que, por lo menos, ella neutraliza la eficacia del argumento derivado de las otras fuentes, que se inclinan por el sistema que combatimos; 4) la opinión que ha prevalecido en Francia no puede hacerse valer en nuestro derecho porque, si bien el artículo 1020 es similar a nuestro artículo 3755 Ver Texto, allí media un texto, el artículo 874, que no existe en el derecho argentino y que decide claramente la cuestión en el sentido de que la deuda está a cargo de los herederos.

Haciendo aplicación de este criterio, la Sala A de la Cámara Civil de la Capital ha resuelto que la deuda por aportes jubilatorios relativa a los obreros y empleados de una fábrica y negocio, pesa sobre el legatario de ellos (ver nota 48).

1444.— La interpretación acogida en el párrafo anterior requiere ser precisada. Decimos que la deuda está a cargo del legatario y no del heredero; bien entendido, sin embargo, que ello es así en tanto el valor de la cosa cubra la obligación. Si, por el contrario, la deuda y sus accesorios (intereses y gastos de justicia), excediesen el valor de la cosa, ese excedente no pesa sobre el legatario, sino sobre los herederos (ver nota 49), puesto que su responsabilidad está estrictamente limitada al valor del legado. En cualquier caso, el legatario tendrá siempre el derecho de abandono (ver nota 50), pero si de la liquidación resultare algún sobrante, éste le pertenece (ver nota 51).

FORNIELES sostiene que el acreedor puede dirigir su acción por el total de la obligación, bien sea directamente contra el legatario, bien contra el heredero, salvo el derecho de éste para reclamar del legatario el reintegro de lo que haya satisfecho (ver nota 52). No compartimos esta solución. Si se admite que la deuda pesa sobre el legatario (en la medida del valor de la cosa legada), no vemos cómo puede reclamarse el pago al heredero, cuya obligación sólo es eventual y nace cuando, ejecutada la cosa, quede algún saldo deudor. Por otra parte, la demanda al legatario es la vía directa; y no hay razón para conceder acción ab initio contra quien sólo está obligado subsidiariamente.

(nota 1) DE GÁSPERI, t. 4, nº 596.

(nota 2) De acuerdo: ZANNONI, t. 2, § 1383; FORNIELES, t. 2, nº 245.

(nota 3) De acuerdo: MACHADO, t. 10, p. 155, nota; DE GÁSPERI, t. 4, nº 596; GATTI, De las mandas o legados, nº 265; ZANNONI, t. 2, § 1383; PÉREZ LASALA, t. 2, nº 457.

(nota 4) De acuerdo: LAFAILLE, t. 2, núms. 526 y sigs.

(nota 5) MACHADO, t. 10, p. 155; GATTI, De las mandas o legados, nº 265 bis.

(nota 6) PÉREZ LASALA, t. 2, nº 457; MACHADO, t. 10, p. 154; GATTI, De las mandas o legados, nº 265 ter.

(nota 7) Véase autores citados en nota anterior.

(nota 8) En contra: ZANNONI, quien sostiene que operada la conversión no tendrá el legatario derecho a los frutos pues esa conversión resuelve ex tunc el dominio atribuido al

legatario: t. 2, § 1383.

(nota 9) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 856.

(nota 10) De acuerdo: FASSI, loc. cit., en nota anterior; ZANNONI, t. 2, § 1385; LLERENA, t. 10, n° 3, p. 174. En contra: MACHADO, t. 10, p. 158.

(nota 11) C. Civil 1ª Cap., 21/5/1941, J.A., t. 74, p. 818; C. Civil 2ª Cap., 16/5/1950, L.L., t. 59, p. 332; id., 27/7/1950, L.L., t. 59, p. 232; FORNIELES, t. 2, n° 246 bis; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 457, in fine.

(nota 12) BIBLIOGRAFÍA: Además de la general indicada en nota 2168, véase: LEGROS, Du legs de la chose d'autrui, Rennes; NALTET, Du legs de la chose d'autrui, Le Mans, 1922; ROCA SASTRE, Legado de cosa ajena, en Estudios de Derecho Privado, Madrid, t. 2, p. 209 y sigs.

(nota 13) Podrá argüirse que éste no fue el único fundamento tenido en cuenta por VÉLEZ y que, como él mismo lo afirma en la aludida nota, la venta de una cosa ajena, sabiendo lo que es, es el legado ilusorio. Es decir, que el art. 3752 Ver Texto no tiene un sentido interpretativo, sino que dispone en todo caso la nulidad, por el solo hecho de ser la cosa ajena y porque este hecho hace ilusorio o imposible el legado. Pero el art. 3754 Ver Texto, al que aludimos en el texto demuestra que lo único que pretendió el codificador (no obstante que la nota al art. 3752 Ver Texto podría hacer pensar otra cosa) es invalidar el legado de cosa ajena mientras no se tuviera la seguridad de que, no obstante saberlo, el testador quiso poner a cargo del heredero la obligación de entregarla al legatario.

(nota 14) En sentido concordante, véase JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1507.

(nota 15) De acuerdo: ZANNONI, t. 2, § 1397; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 1060.

(nota 16) De acuerdo: MACHADO, t. 10, p. 129; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 829.

(nota 17) PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 604; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1869.

(nota 18) Véase POTHIER, Donations, nº 160; RICARD, Donations, t. 1, p. 527. En la doctrina moderna sostienen esta opinión: COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 2, nº 1869. En igual sentido: PÉREZ LASALA, t. 2, nº 467.

(nota 19) Véase en este sentido, GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 251; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, y jurisprudencia allí citada; art. 651, Cód. Civil italiano; GATTI, De las mandas o legados, nº 107.

(nota 20) En este sentido: Civ., 25/2/1925, D.P., 1925.1.185, con nota de SAVATIER; es también la solución del Código italiano, art. 651.

(nota 21) De acuerdo: ZANNONI, t. 2, § 1395. El derecho español, en cambio, permite al heredero optar por el pago del justo precio (véase ROCA SASTRE, Legado de cosa ajena, en Estudios de Derecho Privado, t. 2, p. 206).

(nota 22) Véase LAFAILLE, t. 2, nº 501; MACHADO, t. 10, p. 128; DE GÁSPERI, t. 4, p. 593; FORNIELES, t. 2, nº 234; MAFFÍA, t. 3, nº 1237; PÉREZ LASALA, t. 2, nº 467.

(nota 23) MACHADO demuestra, con un prolijo análisis de las fuentes, que las palabras “antes del testamento” son un mero error de redacción (t. 10, p. 137 y sigs.). La comprobación es interesante. Pero como nosotros tenemos muy limitada confianza en el valor interpretativo de las fuentes, preferimos llegar a igual conclusión (es decir, la aplicación de la norma a las adquisiciones hechas después del testamento) por las razones de sentido común que damos en el texto. Comp.: MAFFÍA, t. 3, nº 1241.

(nota 24) De acuerdo: GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 249; ZANNONI, t. 2, § 1398; PÉREZ LASALA, t. 2, nº 468.

(nota 25) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 2, nº 468.

(nota 26) De acuerdo: ZANNONI, t. 2, § 1398; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, nº 1062.

(nota 27) De acuerdo: ZANNONI, t. 2, § 1399.

(nota 28) MACHADO, t. 10, p. 130; LLERENA, nota al art. 3753; DE GÁSPERI, t. 4, nº 594.

(nota 29) De acuerdo: GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 253; FORNIELES, t. 2, n° 236; LAFAILLE, t. 2, n° 507; ZANNONI, t. 2, § 1400. En contra, aunque no sin reservas, FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 869.

(nota 30) La doctrina es unánime; véase MACHADO, t. 10, p. 130, nota; DE GÁSPERI, t. 4, n° 594; ZANNONI, t. 2, § 1402; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 471; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 606; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1505.

(nota 31) GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 254; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 606 y jurisprudencia allí citada; BIBILONI, nota al art. 3283 del Anteproyecto.

(nota 32) DEMOLOMBE, t. 21, n° 695. Entre nosotros siguieron esta opinión MACHADO, t. 10, p. 133 y ZANNONI, t. 2, § 1403. Véase FASSI, Tratado de los testamentos, n° 881.

(nota 33) En este sentido PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 606; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, t. 2, n° 2528; MARCADÉ, t. 4, art. 1021, n° 142. Era también el sistema predominante en la jurisprudencia francesa, que sin embargo últimamente ha virado hacia el tercer sistema (véase la citada por PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, loc. cit. y por COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1870). Entre nosotros sostiene esta opinión ARGAÑARAZ, El legado de bien ganancial, L.L., t. 56, p. 929, III. En igual sentido, GATTI, De las mandas o legados, n° 106.

(nota 34) AUBRY y RAU, t. 5, § 675 y 676; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1505, 3; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1870 y fallos citados por estos autores: Trib. Epinal, 30/4/1931, Gaz. Pal. 27 de junio de 1931; Nancy, 3/11/1934, D.H., 1935.28; y París, 12/11/1943, Sem. Jur. 1944, n° 2546). En nuestra doctrina, GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 255; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 881; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 470.

(nota 35) BIBILONI, nota al art. 3283 del Anteproyecto.

(nota 36) BIBLIOGRAFÍA: FASSI, El legado del bien ganancial y la reforma del Cód. Civil, E.D., t. 22, p. 953; ARGAÑARAZ, Legado de bien ganancial, L.L., t. 56, p. 929; LAFAILLE, El legado sobre bienes gananciales, J.A., t. 75, p. 767.

(nota 37) Cómo nosotros integramos la comisión reformadora, nos reconocemos pasibles

del reproche de no haber ahondado la reforma.

(nota 38) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 886. Este autor sostiene que este derecho de legar gananciales, se limita a un solo bien; de tal modo que si el testador hubiera legado varios bienes a una sola persona, el heredero debe elegir qué legado se entrega; si hay varias, habrá que preferir a una procurando interpretar la voluntad del testador (loc. cit.). Nos parece una interpretación desprovista de todo fundamento legal y lógico. Probablemente el autor se ha dejado llevar por su deseo de limitar en lo posible la aplicación de una norma que, tal como él la interpreta, conduce a consecuencias tan injustas.

(nota 39) Aunque la situación era confusa en la redacción anterior, ya la doctrina admitía la solución consagrada ahora expresamente: LAFAILLE, t. 2, n° 511; ARGAÑARAZ, Legado de bien ganancial, L.L., t. 56, p. 929, VI, in fine.

(nota 40) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 888. En contra, sosteniendo que carece de todo valor pues se trataría del legado de una cosa ajena: ZANNONI, t. 2, § 1408. Pero es que un bien ganancial, aunque sea de administración reservada del cónyuge supérstite, no es una cosa ajena para el testador no administrador; es una cosa que pertenece a ambos cónyuges, aunque la administración esté reservada a uno. Tan es así que a la muerte del no administrador, la mitad del valor del bien entra en su sucesión.

(nota 41) Sup. Trib. de Santa Fe, 8/8/1941, J.A., t. 75, p. 767; LAFAILLE, anota el fallo y aprueba sus conclusiones.

(nota 42) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala E, 18/5/1959, J.A., 1959-IV, p. 102; ARGAÑARAZ, El legado de gananciales, L.L., t. 56, p. 929; LLERENA, t. 10, p. 161, n° 9; LAURENT, t. 22, n° 37.

(nota 43) FORNIELES, t. 2, n° 238; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 1086.

(nota 44) BIBLIOGRAFÍA: GUAGLIANONE, Legado de cosa gravada, Revista Jurídica de Buenos Aires, 1958-II, p. 87 y sigs.

(nota 45) Sostienen esta opinión: SEGOVIA, t. 2, p. 622; RÉBORA, t. 2, n° 406, nota 21 bis; RAYCES, nota en G.F., t. 101, p. 207; GUAGLIANONE, Legado de cosa gravada, Revista Jurídica de Buenos Aires, 1958-II, p. 87 y sigs.; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 931; ZANNONI, t. 2, § 1412.

(nota 46) C. Civil Cap., Sala A, 28/2/1963, E.D., t. 4, p. 628; Sala C, 25/6/1953, L.L., t. 71, p. 526; C. Civil 1ª Cap., 21/5/1941, J.A., t. 74, p. 818; C. Civil 2ª Cap., 14/11/1932, J.A., t. 40, p. 167; C. 1ª Apel. La Plata, 27/6/1924, J.A., t. 13, p. 265; id., 13/3/1925, J.A., t. 15, p. 427.

(nota 47) FORNIELES, t. 2, núms. 248 y sigs.; LAFAILLE, t. 2, núms. 516 y sigs.; MACHADO, t. 10, p. 140; LLERENA, t. 10, p. 164; PRAYONES, p. 420; PÉREZ LASALA, t. 2, nº 464; GOYENA COPELLO, t. 2, p. 260. Comp.: MAFFÍA, t. 3, nº 1264.

(nota 48) C. Civil Cap., Sala A, 28/2/1963, E.D., t. 4, p. 628.

(nota 49) C. Civil 1ª Cap., 21/5/1941, J.A., t. 74, p. 818; FORNIELES, t. 2, nº 256; MACHADO, t. 10, p. 141, nota; PÉREZ LASALA, t. 2, nº 464.

(nota 50) C. Civil 1ª Cap., 21/5/1941, J.A., t. 74, p. 818; C. Civil 2ª Cap., 14/11/1932, J.A., t. 40, p. 167; FORNIELES, t. 2, nº 256.

(nota 51) FORNIELES, loc. cit., en nota anterior.

(nota 52) FORNIELES, t. 2, nº 256.

1120/10940

C.— LEGADO DE GENERO

1120/1445

1445. CONCEPTO.— El artículo 3756 Ver Texto autoriza el legado de cosas indeterminadas, pero comprendidas en algún género o especie determinada por la naturaleza. Conviene aclarar este concepto, expresado en forma un tanto vaga.

Como dice FORNIELES, las palabras género y especie no tienen un sentido absoluto, sino variable, porque denotan un cierto número de caracteres comunes a las cosas o individuos, que cambian según el punto de vista que se tome. Así, por ejemplo, los mamíferos

constituyen una especie del género animal; las vacas, una especie del género mamífero, etcétera. Pero cuando la ley habla de género o especie, no se refiere a lo que podría llamarse género remoto, sino al próximo es decir a aquel en el que los caracteres comunes de los individuos tornan más factible la elección y no convierten el objeto del legado en algo completamente indeterminado (ver nota 1). Así, por ejemplo, el legado de un animal sería nulo, porque significa tanto como dejar el objeto del legado al arbitrio de un tercero, lo que está prohibido por el artículo 3759 Ver Texto ; en cambio, sería válido el de un caballo.

Dice al artículo 3756 Ver Texto , que el género o especie deben estar determinados por la naturaleza. Por tanto, la disposición no se aplica a los creados por el hecho del hombre, tales como un automóvil, una heladera, un tractor.

El legado de un inmueble, una casa, un campo, ¿debe considerarse de género? Opinamos que, en nuestro derecho, la exigencia del artículo 3756 Ver Texto , según la cual el género debe estar determinado por la naturaleza, decide la cuestión en el sentido negativo (ver nota 2), puesto que no es aquélla la que ha dividido la tierra para formar fincas rurales o urbanas, sino la industria del hombre.

Tampoco hay legado de género, sino alternativo, si la cláusula dijera: “lego uno de mis caballos o uno de mis toros”, pues entonces la cosa estará circunscripta, no solamente al género, sino a las que, formando parte de él, pertenecen al causante (ver nota 3).

1120/1446

1446.— Precisar con exactitud este concepto tiene la mayor importancia jurídica, porque el legado de género es válido aunque no exista la cosa dentro del patrimonio del deudor (art. 3756 Ver Texto); en cambio, el legado de un género no determinado por la naturaleza sino por el hecho del hombre (una casa, un camión, un motor), es válido solamente si existe en el patrimonio del causante (ver nota 4). En efecto, si esa cosa es única dentro de la herencia, estaríamos en presencia de una cosa cierta y determinada, pues pese a la forma de la cláusula testamentaria (un automóvil), es obvio que el causante no ha podido referirse sino al único que posee. Si, por el contrario, hay varios, o muchos, estamos en presencia de un legado alternativo, perfectamente válido (art. 3758 Ver Texto). Tal sería el caso de un fabricante de camiones que dejase un camión a un legatario, o de un propietario de numerosas casas que dejase una casa. FORNIELES opina que, si el testador dice “dejo una casa”, o “un camión”, la manda es nula, porque habría objeto indeterminado; en cambio, si dijese “dejo una de mis casas” o “uno de mis campos” sería válido porque el legado se refiere entonces a una cosa determinada y todo el problema reside en averiguar cuál es la cosa legada, lo que se consigue con auxilio del artículo 3756 Ver Texto , es decir, entregando el inmueble de menor valor (ver nota 5). No compartimos este punto de vista. Cuando el propietario de numerosos inmuebles lega una casa, es obvio que se refiere a una

de las suyas, no a las de otro; cuando el fletero que posee una numerosa flota de camiones lega un camión, es indudable que se refiere a cualquiera de los suyos. Esta es la solución que interpreta realmente la voluntad del causante.

1120/1447

1447. NATURALEZA DEL LEGADO.— El legado de cosa indeterminada no transmite un derecho de propiedad sobre la cosa; es, simplemente, un crédito que el legatario tiene contra el heredero (ver nota 6); es un derecho a exigirle que le entregue o procure la cosa legada.

De ahí surgen estas consecuencias: a) el legatario de cosa indeterminada no adquiere la propiedad de ella desde el momento de la muerte, como ocurre en el caso de cosa cierta (véase n° 1424), sino solamente cuando el heredero se la entrega; b) tampoco recibe los frutos sino a partir del momento en que puso en mora al heredero (véase n° 1517); c) el heredero debe la cosa, aunque ella no exista en el patrimonio del causante; d) el heredero no puede alegar pérdida de la cosa para eximirse de la obligación de entregar (ver nota 7).

1120/1448

1448. ELECCIÓN DE LA COSA.— En los legados de género, la elección de la cosa corresponde al heredero, quien cumplirá con entregar una que no sea de calidad superior o inferior tomando en consideración el capital hereditario y las circunstancias personales del legatario (art. 3756 Ver Texto). Basta, pues, con que la calidad de la cosa no sea inferior; pero, eso sí, habrá que tomar en cuenta el caudal hereditario y las circunstancias o calidades personales del legatario. Así, por ejemplo, si el causante dejase una gran fortuna y la persona a quien lega un caballo, tuviera dedicación a los de raza, el heredero no cumpliría con entregarle uno de calidad mediocre, sino uno de raza, aunque no fuera de gran pedigree.

1120/1449

1449.— Este es el principio general, aplicable cuando el causante se limita a hacer el legado de género, sin determinar quién tiene derecho a la elección. Pero puede ocurrir que deje expresamente la elección al heredero, o por el contrario, al legatario. En el primer caso, aquél cumple entregando lo peor de la especie; en el segundo, el beneficiario puede elegir lo mejor (art. 3757 Ver Texto).

1120/1450

1450. CANTIDAD Y OPORTUNIDAD DE LA ENTREGA DEJADA A JUICIO DEL HEREDERO.— Según el artículo 3759 Ver Texto , el testador puede dejar librado al juicio del heredero el importe del legado y la oportunidad de entregarlo. El sentido de esta disposición necesita ser aclarado. Es preciso decir que no sería posible un legado absolutamente indeterminado, de cantidad; por ejemplo, si el testamento dice: “dejo a Juan el dinero que quiera entregarle mi hijo y heredero”, tal disposición es nula (art. 3759 Ver Texto). Pero no hay inconveniente en que el testador haga a Juan un legado de “las vacas que necesite para poblar su campo, dejando la cantidad y oportunidad de la entrega librados a juicio de mi hijo Pedro”.

No debe creerse que esta cláusula significa una puerta abierta para que el heredero cumpla o no, a su libre arbitrio, el legado. Por el contrario, si él no entregase la cantidad necesaria para cumplir razonablemente el objeto del legado (en nuestro ejemplo, poblar el campo), ni lo entregase en un plazo razonable, el legatario podrá reclamar que se fije judicialmente la cantidad y el plazo (ver nota 8).

El legatario sólo podrá reclamar contra la suma fijada por el heredero, cuando sea patente su falta de equidad (ver nota 9); pequeñas diferencias de criterio no autorizan la revisión judicial.

1120/1451

1451. LEGADO DE COSAS FUNGIBLES Y EN PARTICULAR DE DINERO.— El legado de cosas fungibles, cuya cantidad no se determine de algún modo, es de ningún valor (art. 3760 Ver Texto). Esta disposición se vincula estrechamente con el artículo 3759 Ver Texto , que hemos estudiado en el párrafo anterior. Para que sea nula, es necesaria una indeterminación total del objeto; por ejemplo, lego a Juan dinero o vino o trigo. Pero si el testamento dice: lego a Juan el dinero necesario para que pueda vivir con decoro, o para que haga un viaje a Europa, el legado es válido, pues la cantidad está determinada de algún modo, según la expresión del artículo 3760, ya que lo está por el objeto del legado.

De igual modo sería nulo el legado “del dinero que mi hijo quiera dar a Juan”, pero no el de “dinero que Juan necesite” pues aquí las necesidades están dando una base, todo lo incierta que se quiera, pero base al fin, para fijar una suma.

El legado de dinero es exigible aun cuando no haya dinero en la herencia (ver nota 10); como la entrega del legado debe pedirse (art. 3767 Ver Texto), si el heredero es remiso en entregarlo, el legatario debe constituirlo en mora y desde ese momento corren intereses (ver nota 11).

El legado de una suma fijada en moneda extranjera puede pagarse en esa moneda, que no es sustituible por moneda nacional (art. 619 Ver Texto , Cód. Civil, ref. por ley 23928). Si se legan ciertas monedas determinadas (por ej., las monedas de oro que están en mi caja de seguridad) no se trata de un legado de dinero sino de cosa determinada, que hay que cumplir en especie (ver nota 12).

La inflación ha traído un delicado problema: ¿debe indexarse la suma legada a partir de la fecha del testamento hasta la entrega de ella al legatario? La cuestión tenía una importancia fundamental en épocas de inflación aguda. Y no obstante que en el momento de publicarse esta edición, la inflación se ha reducido drásticamente, la cuestión conserva su interés sobre todo cuando ha transcurrido largo tiempo entre el momento en que se testó y el de la muerte del causante. Conviene por tanto, recordar cómo el problema ha sido resuelto por los tribunales. Algunos resolvieron que la suma fijada en el testamento debe ser indexada. En ese sentido se ha dicho que en vista del fin económico del testador, resulta procedente resolver que la real y auténtica intención de él fue dejar a los beneficiarios el valor adquisitivo de los importes mencionados en el testamento y no esas sumas nominales que a la fecha de la sentencia carecen de toda significación (ver nota 13).

Otros tribunales han considerado que no cabe actualizar la suma legada puesto que si el causante tenía posibilidad de hacer un nuevo testamento hasta el momento de su deceso y no lo hizo quiere decir que su voluntad era mantener la suma legada (ver nota 14). ZANNONI adhiere a esta postura dejando a salvo el supuesto de que el testador se hubiera visto impedido de modificar el testamento por circunstancias imprevisibles, como por ejemplo, que haya sido declarado demente (ver nota 15).

La ley 23928 (llamada de convertibilidad) ha brindado un fuerte argumento a quienes piensan que la suma fijada en el testamento no debe actualizarse. En efecto, dispone que el deudor de una obligación de dar sumas de dinero, cumple su obligación dando el día del vencimiento la cantidad nominalmente expresada y que en ningún caso se admitirá la actualización, indexación o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa (art. 7°). Argumento fuerte, pero no decisivo. La ley citada ha tenido fundamentalmente en vista las obligaciones convencionales o legales. A nuestro juicio, el supuesto de sumas de dinero fijadas en un legado, no ha sido tenido en cuenta por el legislador. Además, el fundamento de la prohibición de toda indexación o repotenciación de las deudas, es que esas cláusulas convencionales o legales alimentaban la inflación. Pero es inimaginable que la suma de dinero fijada en un legado (hipótesis desprovista de todo significado en la economía del país), pueda alimentar la inflación.

Queda en pie, sin embargo, el otro argumento: el testador, en vista del deterioro de la suma fijada, pudo haberla modificado por otro testamento posterior. Si no lo hizo, es porque no quiso modificarlo. El principio, por tanto, no puede ser otro que mantener inalterada la

suma fijada en el testamento. Pero pueden ocurrir circunstancias especiales que justifiquen, no ya una indexación, pero sí una razonable actualización. Así podría ocurrir si poco tiempo después de testar, el causante ha sufrido un accidente que lo priva de lucidez mental, razón por la cual no ha podido otorgar un nuevo testamento; o si es evidente que tuvo en cuenta el valor de cambio de la suma fijada; como ocurriría si la disposición testamentaria dijera “lego a Pedro la suma de x pesos, para que pueda cumplir su deseo de viajar a Europa” o “para que se compre un automóvil” y luego resultara que la desvalorización del dinero hace imposible cumplir esos fines.

En suma, lo realmente esencial es interpretar la voluntad del causante y hacerle producir efectos. Adoptar posturas rígidas conduce a resultados injustos.

1120/11530

1451 bis.— Agrega el artículo 3760 Ver Texto que si se lega la cosa fungible, señalando el lugar en que ha de encontrarse, se deberá la cantidad que allí se encuentre al tiempo de la muerte del testador, si él no ha designado la cantidad; y si la ha designado, hasta la cantidad designada en el testamento. Si la cantidad existente fuese menor que la designada, sólo se deberá la existente, y si no existe allí cantidad alguna de la cosa fungible, nada se deberá.

La Sala F de la Cámara Civil de la Capital ha resuelto que el legado de acciones de una sociedad anónima es de cosa fungible y por tanto, si ellas no existen en el patrimonio del causante en el momento de fallecer, los herederos deben adquirirlas y entregarlas al legatario (ver nota 16).

1120/1452

1452. EVICCIÓN.— Si ocurriere la evicción respecto de los objetos que integran el género, el legatario puede reclamar otra de las cosas comprendidas en él (art. 3780 Ver Texto).

1120/10950

D.— LEGADOS ALTERNATIVOS

1120/1453

1453. REGLAS APLICABLES.— Se llaman legados alternativos aquellos que ofrecen al heredero, o en su caso, al legatario, la oportunidad de elegir entre dos o más objetos. Ejemplo: lego mi biblioteca o mi colección de cuadros, un capital determinado o una renta vitalicia.

Según el artículo 3758 Ver Texto , se observará respecto de ellos lo dispuesto para las obligaciones alternativas. Sin hacer un estudio minucioso del problema, que corresponde a la parte de obligaciones, conviene exponer las reglas generales.

En principio, la elección del objeto corresponde al heredero (art. 637 Ver Texto), pero nada obsta a que el causante otorgue ese derecho al legatario (art. 641 Ver Texto). Cada uno de ellos puede elegir libremente lo que más le convenga; el heredero no está sujeto a la regla de los legados de género en que debe entregar un objeto de mediana calidad (art. 3756 Ver Texto). Puede, por tanto, dar lo peor, así como el legatario, en su caso, puede reclamar lo mejor (ver nota 17).

El derecho de elección no es personalísimo; se transmite a los herederos y cesionarios del titular (sea éste el heredero o el legatario) (ver nota 18).

Si el derecho correspondiera a varias personas (por ser varios los herederos o colegatarios) y ellas no se ponen de acuerdo en la elección, deberá deferirse ésta a decisión judicial (ver nota 19), que deberá tener preferentemente en cuenta la opinión de la mayoría, salvo razones muy sustanciales en apoyo del criterio minoritario.

1120/1454

1454. a) Caso de que la facultad de elección esté a cargo del heredero.— Si uno de los objetos no pudiera entregarse, sea o no culpa del heredero, debe prestarse el que ha quedado. Si ninguno puede entregarse y uno o varios de ellos lo ha sido por culpa del heredero, éste tiene la obligación de entregar el valor del último que hubiese dejado de poder ser prestado (art. 639 Ver Texto).

1120/1455

1455. b) Caso de que la facultad de elección fuere dejada al legatario.— Si una de las cosas se hubiere perdido por culpa del deudor, el acreedor podrá reclamar, bien la cosa que hubiera quedado, bien el valor de la que se hubiese perdido. Si se han perdido las dos por culpa del deudor, el legatario puede reclamar el valor de cualquiera de ellas (art. 641). Pero si el cumplimiento del legado se ha hecho imposible sin culpa del deudor, la obligación

queda extinguida (art. 642).

Cualquiera sea quien tenga la facultad de elección, si uno de los objetos no podía ser legado, se entiende que el otro es debido por el heredero (art. 638).

1120/1456

1456.— El legatario a quien pertenezca el derecho de elección puede exigir que se le exhiban todas las cosas entre las cuales puede optar (ver nota 20).

1120/1457

1457. IRREVOCABILIDAD DE LA OPCION.— Hecha la opción, el legado queda definitivamente fijado; la elección es irrevocable, salvo dolo o violencia (ver nota 21). Pensamos, sin embargo, que si ha sido hecha por testamento, ella es revocable, como lo es siempre el acto de última voluntad en su aspecto patrimonial (ver nota 22).

1120/10960

E.— LEGADO DE DERECHOS REALES

1120/1458

1458. DISTINTOS MODOS Y CASOS.— Al hablar del legado de derechos reales, aludimos únicamente a los que constituyen un desmembramiento de la propiedad; el del dominio lo hemos tratado bajo el nombre tradicional y cómodo de legado de cosas, sean ciertas o indeterminadas.

Los derechos reales pueden legarse de tres modos distintos: como legado de derechos ya constituidos, como legado de derechos a constituirse y como legado de liberación de derechos reales (ver nota 23).

1120/1459

1459. a) Legado de derechos reales ya constituidos.— Se trata de transmitir derechos que el causante tiene sobre bienes de terceros. Desde luego, hay que excluir el usufructo, el uso y la habitación, que no son transmisibles mortis causa, puesto que se extinguen a la muerte del titular (arts. 2920 Ver Texto y 2969 Ver Texto); en cambio, no habría inconveniente en que se transmitiera una servidumbre, una hipoteca, una prenda. Pero en cuanto a los derechos reales de garantía, hay que hacer la salvedad de que no podrían transmitirse sino juntamente con el crédito al cual acceden (ver nota 24).

1120/1460

1460. b) Legado de derechos reales a constituirse.— El ejemplo típico y frecuentísimo, es el legado de usufructo: el causante deja a su heredero (o a otro legatario) la nuda propiedad de un inmueble y lega a un tercero el usufructo. También pueden legarse las servidumbres, el uso y la habitación. Pero ¿puede hacerse lo propio con los derechos reales de garantía? Para comprender el problema, conviene un ejemplo: el causante, que tiene varios acreedores, lega a uno de ellos, en garantía de su crédito, la constitución de una hipoteca sobre el inmueble. La cuestión fue muy discutida en la doctrina italiana, pero el Código de 1942 la resolvió con todo acierto, en sentido negativo (art. 2821 Ver Texto), juzgando que de esta manera el deudor altera la situación de los acreedores quirografarios, modificando la condición paritaria que la ley les reconoce y que es equitativa (ver nota 25); sería tanto como autorizar al causante a disponer que ciertos acreedores se pagaran antes que otros, lo que es inadmisibles (ver nota 26). En vano se argüirá que, si el causante ha podido constituir esa hipoteca en vida, no hay razón para que no pueda hacerlo también después de muerto. Sí la hay, y muy importante. Cuando una persona constituye una hipoteca sobre los bienes por un acto entre vivos, es siempre por exigencias del acreedor y como único medio de conseguir un crédito o una prórroga del plazo de una deuda. Teóricamente, podría hacerlo también sin que medien estas circunstancias, como ocurriría si por un pacto de liberalidad quisiera favorecer la situación de ese acreedor frente a los otros restantes. Pero tal acto constituiría un fraude y estaría sujeto a impugnación por vía de la acción pauliana. En el caso del legado, la constitución de una hipoteca o una prenda en estas condiciones, siempre importará una intención de perjudicar o defraudar a los otros acreedores, a quienes la ley confiere un trato paritario.

1120/1461

1461.— ¿Puede legarse un derecho real sobre un bien de un tercero? Tratándose de desmembraciones del dominio, consideramos que deben seguirse aquí las reglas relativas al legado de cosa ajena (ver nota 27); por tanto, tal disposición sería nula. Pero si el causante ordenare al heredero que contrate con el propietario de tal predio la constitución de un usufructo o una servidumbre en favor de un legatario, el heredero debe hacerlo; y si no pudiese constituirlo porque el propietario se niega o pide un precio excesivo, sólo estará obligado a pagar al beneficiario la justa indemnización por la privación del beneficio (arg. art. 3754 Ver Texto) (ver nota 28). En cuanto a la hipótesis de que la cosa sobre la cual

deba constituirse el derecho pertenezca al heredero o legatario, son aplicables las soluciones indicadas en los números 1432 y siguientes (referentes al mismo problema con respecto al legado de cosa ajena).

1120/1462

1462. c) Legado de liberación de derechos reales.— Es aplicable sobre todo a los derechos reales de garantía. El causante, acreedor hipotecario, libera a su deudor del mencionado gravamen. Bien entendido que el derecho real de garantía no significa una remisión de deuda; la obligación del deudor se mantiene, sólo que los acreedores quedan convertidos en acreedores simplemente quirografarios (ver nota 29). Algunos casos podrán ser dudosos sobre si el causante ha querido solamente liberar al deudor de la hipoteca o prenda, o también de la deuda. El Código establece algunas reglas interpretativas; así, por ejemplo, si se legare la cosa que se tiene en prenda, se entiende remitida también la deuda, si no constare ella en instrumento público o privado; pero si lo hubiere y no se legare, se entenderá remitido solamente el derecho de prenda (art. 3782 Ver Texto).

También es posible legar la liberación de una servidumbre; pero no la del usufructo, uso y habitación. Esta cláusula testamentaria sería inoperante, porque la muerte del usufructuario o usuario opera siempre la extinción de sus derechos (arts. 2920 Ver Texto y 2969 Ver Texto).

1120/10970

F.— LEGADO DE DERECHOS CREDITORIOS

1120/1463

1463. LEGADO DE CRÉDITOS CONTRA TERCEROS.— En un sentido amplio hay legado de crédito siempre que la manda tenga por objeto algún derecho creditorio de que el causante sea titular, no importa que el deudor sea un tercero o el propio legatario. En un sentido más restringido, se llama legado de crédito al primer caso, designándose como legado de liberación al segundo.

El causante puede legar cualquier derecho creditorio contra terceros, con las únicas excepciones de los que no son transmisibles mortis causa (véase núms. 19 y sigs.).

El legado comprende solamente la deuda subsistente en el momento de la muerte (art. 3786 Ver Texto). Esto significa que, si en el tiempo que transcurre entre el testamento y la muerte, el crédito se hubiera disminuido, el legatario sólo podrá reclamar el saldo existente; y si se hubiera cancelado, el legado es nulo por falta de objeto.

Supongamos, sin embargo, que la deuda hubiera sido pagada sin conocimiento del causante. Por ejemplo, ha emprendido un viaje durante el cual muere; en ese tiempo, el deudor consigna. Desde luego, mientras no haya sentencia, la consignación no extingue la obligación, de modo tal que, si el fallecimiento se produjese en ese ínterin, no hay duda de que el legatario tiene derecho a que se le entregue lo consignado. Pero puede ocurrir que el juicio haya tramitado en rebeldía y en la ignorancia del causante, y que la sentencia que admite la consignación haya quedado firme antes de la muerte. ¿El legado subsiste o ha caducado? Creemos que si lo fundamental en esta materia es interpretar del modo más fiel la voluntad presunta del causante, habrá que concluir que el legado subsiste y que el legatario podrá reclamar de los herederos el dinero consignado (ver nota 30).

1120/1464

1464.— En el legado quedan incluidos, salvo manifestación expresa en contrario, todos los accesorios del crédito: gravámenes hipotecarios o prendarios, fianzas, intereses vencidos, etcétera (arts. 3786 Ver Texto y 1458 Ver Texto).

El artículo 3786 contiene una frase de redacción equívoca, aunque su significado no arroja dudas. Dice que el legado comprende sólo la deuda y los intereses vencidos a la muerte del testador. La palabra sólo no alude a los intereses, sino a lo que subsiste de la deuda; pues sería absurdo interpretar el texto en el sentido de que no se deben al legatario los posteriores a la muerte del causante, ya que si se le deben los anteriores, tanto más se le deberán desde que él es titular del derecho (ver nota 31).

De más está decir que, si el crédito estuviese sujeto a condición, plazo o cargo, se transmite a los legatarios con esas modalidades.

1120/1465

1465.— El legatario tiene todas las acciones que tenía el acreedor (art. 3786). El heredero cumple entregándole los instrumentos en que el crédito constara y no es responsable por la insolvencia del deudor (art. citado). Es claro que su negativa a entregarle los títulos de la deuda lo hace responsable de los daños y perjuicios, si por ejemplo, el deudor cayera en insolvencia en ese tiempo (ver nota 32).

1120/1466

1466.— El crédito pasa directamente del causante al legatario: es la solución que surge con claridad del artículo 3786 Ver Texto cuando expresa que aquél tiene todas las acciones que tendría el heredero (ver nota 33). Es muy importante puntualizarlo, porque de esta transmisión directa surgen importantes efectos: el deudor sólo podrá ampararse en la compensación de créditos que tuviese él contra el causante, pero no en los que tenga contra el heredero (ver nota 34); éste no puede exigir al deudor el pago del crédito (ver nota 35), a menos que el legado fuera total o parcialmente ineficaz (como ocurriría si los bienes no alcanzasen para cubrir las deudas, o si el legado afectase la legítima).

1120/1467

1467.— El legado de créditos que no pertenecen al causante sino a un tercero se rige por las mismas reglas del legado de cosas ajenas (ver nota 36): carece de validez, aunque el testador podría ordenar a sus herederos la adquisición del crédito y su traspaso al legatario (ver nota 37).

1120/1468

1468. LEGADO DE LIBERACIÓN.— Es la remisión de la deuda hecha por el causante a su deudor. Puede asumir dos formas: bien sea con una declaración expresa en ese sentido, bien sea legándole el título o instrumento en que ella conste (art. 3782 Ver Texto). El legado de la cosa tenida en prenda importa también remisión de deuda si no existiere título o instrumento en que ella constare; si existiere y no se legare, sólo se entiende remitido el derecho de prenda (art. 3782).

1120/1469

1469.— El legado de liberación comprende todos los accesorios, tales como derechos reales de garantía, fianzas, intereses, etcétera (ver nota 38). La cosa dada en prenda o entregada en anticresis deberá ser devuelta al deudor, la inscripción de la hipoteca debe cancelarse. El fiador queda liberado (art. 3785 Ver Texto); pero naturalmente la remisión de lo accesorio (garantías reales, fianzas, intereses) no importa liberación de la deuda (art. citado).

1120/1470

1470.— El legado de remisión de deuda no comprende las contraídas después del testamento (art. 3783 Ver Texto). Pero hay que tener presente que ésta es sólo una norma interpretativa de la voluntad del causante. Ningún inconveniente hay en que el testamento diga que se lega a Fulano todas las sumas de dinero que llegara a adeudarme en el momento de la muerte, o, más ampliamente, que libera a todos los deudores que tenga a su fallecimiento, ya que los derechos futuros pueden ser objeto de legado (art. 3751 Ver Texto) (ver nota 39).

Como es natural, habrá que distinguir cuidadosamente lo que es una deuda nueva de lo que no es sino novación, documentación o prórroga de una anterior, que aunque posterior al testamento, queda comprendida en la liberación (ver nota 40).

1120/1471

1471.— La remisión de deuda, hecha a uno de los codeudores solidarios, causa la liberación de todos los codeudores, a menos que expresamente estuviera restringida a la parte del legatario (art. 3784 Ver Texto).

1120/1472

1472. RECONOCIMIENTO DE DEUDA.— El reconocimiento de deuda hecho en el testamento es reputado como un legado, mientras no se pruebe lo contrario (art. 3788 Ver Texto). Se trata de una disposición muy importante, cuyos principales efectos son los siguientes: 1) El titulado acreedor no ocupa en la liquidación y partición de los bienes sucesorios el rango de tal, sino el menos favorecido de legatario. 2) Los herederos forzosos pueden pedir la reducción, si la cantidad que se reconoce como deuda afecta su legítima. 3) El reconocimiento de la deuda puede ser revocado por un testamento posterior (art. 3788 Ver Texto).

Naturalmente, se trata de una simple presunción y en tanto el acreedor no pruebe que realmente lo es (art. citado). Pero la cláusula testamentaria no sirve, por sí misma, como reconocimiento de deuda.

A veces la cláusula testamentaria contiene una orden impuesta al heredero de pagar a un tercero tal suma de dinero, fijando o no el plazo. Es una forma, más circunstanciada y precisa, del reconocimiento de la deuda y está sujeta, por tanto a las mismas reglas (ver nota 41).

1120/1473

1473. ERROR SOBRE LA DEUDA.— Puede ocurrir que el causante haya reconocido u ordenado pagar una deuda que no existe. En este caso, hay que distinguir dos hipótesis: a) si se prueba que el causante sabía que la deuda no existía, la disposición vale como legado (arg. art. 3788 Ver Texto); b) si se prueba que el causante reconoció la deuda sin ánimo de hacer una liberalidad, sino porque creía que la deuda existía, la disposición se tendrá por no escrita; y si manda pagar más de lo que la deuda importa, el exceso tampoco es debido, ni como legado (art. 3789 Ver Texto). La disposición es inobjetable, puesto que el reconocimiento de deuda carece de causa y, por tanto, es nulo.

1120/1474

1474. LEGADO HECHO AL ACREEDOR.— Una de las cuestiones clásicas del derecho antiguo era si el legado hecho por el causante a su acreedor debía o no presumirse como compensatorio de su deuda. La cuestión fue resuelta en el Código francés en el sentido de que, salvo manifestación expresa en contrario, no se entenderá hecho en compensación (art. 1923, inc. 1º), solución acogida por el art. 3787 Ver Texto , según el cual lo que el testador legare a su acreedor no puede compensarse con la deuda.

La duda más frecuente se presentaba con los legados remuneratorios; así, por ejemplo, el hecho por el causante a su médico de cabecera, a sus servidores. La ley presume el animus donandi; por tanto, ellos pueden reclamar lo que se les adeuda por servicios y, además, el legado. Es claro que el artículo 3787 Ver Texto dejaría de ser aplicable si la cláusula testamentaria dijese claramente que el legado tiene por objeto pagar los servicios y que el legatario nada podrá reclamar de la sucesión por la misma causa (ver nota 42); porque si la voluntad del testador es clara y precisa, ella debe prevalecer.

Pero puede resultar dudosa la siguiente cláusula: “lego a Juan \$ 10.000 en pago de sus fieles servicios” (ver nota 43) ¿Debe considerarse que el legatario no puede reclamar también de la sucesión sus sueldos impagos? Es indudable que sí puede hacerlo. En este caso la palabra “pago” no está empleada en sentido de cumplimiento de una obligación sino de retribución de una deuda de gratitud. Pero hay casos que serán más dudosos; por ejemplo, lego a mi médico, en retribución de sus servicios profesionales, la suma de \$ 10.000. La cuestión debe resolverse de acuerdo con las circunstancias del caso, pero sin perder de vista la regla del artículo 3787 Ver Texto que no admite la compensación, salvo una declaración muy expresa e inequívoca en ese sentido.

1120/1475

1475.— Supongamos ahora que se ha dado el caso excepcional de que el legado deba imputarse al pago de la deuda. Al legatario y deudor le quedan dos caminos: o bien aceptar el legado, o bien repudiarlo y cobrar su crédito. Para ello tendrá en cuenta el monto de ambos y la prelación de que gozan los acreedores respecto de los legatarios y aun de los herederos forzosos.

1120/10980

G.— LEGADO DE PRESTACIONES PERIÓDICAS

1.— Reglas generales

1120/1476

1476. CONCEPTO Y NATURALEZA.— El legado de prestaciones periódicas otorga al legatario el derecho a recibir ciertos bienes (generalmente una suma de dinero) en cada período fijado por el causante. Ejemplos típicos son la renta vitalicia y el legado de alimentos. Aunque menos frecuente, encuadra también dentro de esta figura el legado de los frutos de una cosa. El causante puede fijar el período de un mes, trimestre, semestre, año, etcétera.

La nota típica y definatoria de esta manda, es que, en verdad, no se trata de un solo legado, sino de tantos como períodos sucesorios deban pagarse. El primer legado es puro y simple y se adquiere en el momento de fallecer el causante; pero los otros son condicionales y están sujetos a que el beneficiario viva en el momento de iniciarse cada período (arts. 3793 Ver Texto y 3794 y nota a este último) (ver nota 44).

De lo cual derivan las siguientes consecuencias:

1120/1477

1477. a) Derechos de los legatarios.— El legatario adquiere definitivamente el derecho a que se le pague toda la cantidad correspondiente a cada término, si sobrevive al comienzo de él; los términos se cuentan desde el momento del fallecimiento del causante (art. 3793 Ver Texto). Si, por ejemplo, éste ha fallecido el 15 de agosto, dejando un legado de alimentos pagaderos mensualmente, la primera mensualidad se deberá desde el momento del deceso y las otras a partir del 15 de los meses subsiguientes; y si el legatario falleciera

un día 16, los herederos deberán pagar a sus sucesores la mensualidad íntegra. En vano aducirían que el objeto del legado ya no puede cumplirse, porque el alimentario ha fallecido, pues la suma correspondiente a todo el período quedó definitivamente incorporada a su patrimonio desde que sobrevivió a su comienzo (art. 3793 Ver Texto) (ver nota 45).

Si el legado consistiera en la renta de un determinado bien, el legatario puede solicitar su embargo, pues de lo contrario a los herederos les bastaría con enajenar el bien para hacer imposible el cumplimiento del legado (ver nota 46).

1120/1478

1478. b) Prescripción.— La prescripción corre respecto de cada período, de tal modo que son necesarias tantas prescripciones como términos o períodos (art. 3794 Ver Texto); el momento del fallecimiento del causante es sólo el comienzo de la prescripción del primero. El término de la prescripción es de cinco años, por aplicación del artículo 4027 Ver Texto , inciso 3° (ver nota 47).

1120/1479

1479. MODALIDADES.— Puede consistir en una renta fija (por ej., \$ 1.000 mensuales) o variable. La variación puede depender de una escala fijada en el testamento (que prevea, por ej., un 10% de aumento anual) o de la desvalorización de la moneda conforme al valor dólar o a los índices oficiales de encarecimiento de la vida. Pero si la renta es fija el legatario no podrá pedir aumento (ver nota 48), salvo lo que se dice más adelante del legado de alimentos (n° 1482). Puede consistir también el legado en la renta de un bien; y en ese caso, el legatario puede pedir el embargo del bien en resguardo de su derecho (ver nota 49), pues de lo contrario a los herederos les bastaría con enajenar el bien para hacer imposible el cumplimiento del legado.

La prestación periódica puede tener un plazo extintivo (por ej., 5, 10 años) o ser vitalicia o estar sujeta a una condición resolutoria. Pero si el testamento no establece la duración del legado (por ej., lego a Juan \$ 1.000 mensuales) se entiende que es vitalicio (ver nota 50).

1120/1480

1480. LEGADO DE UNA CANTIDAD ÚNICA A SATISFACERSE POR PERÍODOS.— El legado de cuotas periódicas debe distinguirse cuidadosamente del de una suma fija a satisfacerse en períodos sucesivos. Por ejemplo, lego \$ 100.000 a pagarse en diez

anualidades de \$ 10.000. En tal caso, el legado es uno solo y se adquiere definitivamente en el momento del fallecimiento del causante, aunque su pago esté sometido a plazos escalonados. Por tanto, los herederos del legatario podrán reclamar su pago íntegro aunque el legatario falleciere antes del vencimiento de todas las cuotas (ver nota 51).

2.— Legado de alimentos

1120/1481

1481. EL ARTÍCULO 3790.— El legado de alimentos es una de las variedades más típicas del de prestaciones periódicas. El Código lo ha legislado en una disposición incompleta e insuficiente, que deja sin resolver importantes cuestiones. Dice el artículo 3790 Ver Texto que el legado de alimentos comprende la instrucción correspondiente a la condición del legatario, la comida, el vestido, la habitación, la asistencia en las enfermedades hasta la edad de dieciocho años, si no fuese imposibilitado para procurarse los alimentos. Si lo fuese, el legado durará la vida del legatario.

Esta disposición contempla la hipótesis de que el beneficiado tenga menos de 18 años y que no se haya fijado el monto. Pero puede ocurrir que sea mayor o que el monto esté establecido. Veamos en primer término el problema de la edad.

a) Si el legatario fuere menor de 18 años, se aplicará el artículo 3790 Ver Texto : la pensión cesará cuando cumpla esa edad, a menos que se encuentre imposibilitado para procurarse los alimentos, tal como ocurrirá en caso de invalidez, enfermedad, desocupación social que hiciera imposible procurarse trabajo, etcétera.

b) Si el legatario fuere mayor de edad, hay que distinguir a nuestro juicio dos situaciones distintas: 1) si en la época de hacerse el testamento el legatario adoleciera de una enfermedad o invalidez que lo imposibilitara para el trabajo, el legado debe entenderse válido y vigente mientras dure esa incapacidad; 2) pero si, en aquel momento fuera apto para el trabajo, debe entenderse que la pensión dura hasta su muerte, en tanto se mantengan sus necesidades, sin que interese si está o no imposibilitado para procurarse trabajo (ver nota 52). En efecto, cuando el testador ha dejado una pensión de alimentos a una persona capaz para trabajar, debe entenderse que su voluntad ha sido dejarle una renta mínima en tanto tuviera necesidades y sin indagar si las sufre o no por su culpa. En el fondo, es lo mismo que legarle una renta vitalicia (que no depende de la aptitud de trabajo del legatario) con la condición de que, si dejara de necesitarla, no se le seguirá pagando.

1120/1482

1482. MONTO QUE DEBE PAGARSE.— Puede ocurrir que el testamento haya fijado el monto de los alimentos, o que no lo haya hecho.

a) Si lo ha fijado, es esa suma la que se debe y no otra; de tal modo que el heredero no podrá probar que es excesiva para las necesidades del alimentado; ni éste que no le alcanzan para cubrirlas (ver nota 53). Pero este principio no es riguroso; hay que tener presente que el monto fijado por el causante generalmente sólo será un valor indicativo de lo que él juzga necesario para asegurar al legatario un cierto tenor de vida; y particularmente cuando la desvalorización monetaria es acentuada, los jueces pueden modificar la suma indicada en el testamento, pues sólo se cumplirá la voluntad del causante en lo sustancial y no meramente en lo formal (ver nota 54). En épocas de inflación no sería posible prescindir de esta solución, sin quebrantar gravemente la equidad y burlar la voluntad del causante, que ha sido asegurar al legatario un cierto nivel de vida. Por lo pronto, la mención de que esa suma se pasará en concepto de alimentos está indicando cuál es el propósito; si sólo hubiera querido dejarle una renta fija, sin consideración a sus necesidades, no tendría sentido tal palabra.

b) Si el testamento se ha limitado a dejar una pensión de alimentos, sin fijar el monto, ella debe comprender lo suficiente para la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en las enfermedades, teniendo en cuenta la condición del legatario (art. 3790 Ver Texto). Es una aplicación de los principios generales de la obligación alimentaria (véase Tratado de Derecho Civil, Familia t. 2, n° 1209).

Un elemento de juicio muy importante para la determinación del monto es la suma que el causante acostumbraba pasar en vida al legatario como ayuda o alimentos; salvo que circunstancias especiales indiquen lo contrario, se entenderá legada esa suma (ver nota 55).

También habrá que tener en consideración el estado, condición, nivel de vida del legatario y la cuantía del acervo sucesorio (ver nota 56).

1120/1483

1483. ¿DEPENDE EL LEGADO DE ALIMENTOS DE LA NECESIDAD DEL LEGATARIO?.— Se discute si la necesidad del legatario es o no una condición de la validez y subsistencia del legado de alimentos. Por nuestra parte, no concebimos alimentos sin necesidad. Si lo que el causante ha querido es dejar una mensualidad, sin consideración a los bienes de fortuna del beneficiario, la llamará renta, que es su nombre propio. Pero cuando se dice alimentos, se vincula de una manera íntima e indisoluble el beneficio con las necesidades del legatario (ver nota 57). Por tanto, el legado de alimentos se suspenderá si el legatario obtiene medios de vida suficientes y renacerá si cae nuevamente en la pobreza.

1120/1484

1484. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES.— No obstante sus semejanzas, la prestación alimentaria originada en un legado no tiene igual naturaleza jurídica que la legislada en los artículos 367 Ver Texto y siguientes, Código Civil. En este último caso, el derecho alimentario tiene su origen en la ley, en tanto que en el primero surge de la voluntad del testador; de ahí que mientras el alimentante legal no puede fijar a su arbitrio el monto de la pensión, el causante sí puede hacerlo.

Empero, en ambos casos se contempla un mismo problema: el de resolver las necesidades vitales del beneficiario. Por ello, las reglas generales de la obligación alimentaria deben aplicarse subsidiariamente al legado de alimentos; así, los herederos no pueden cumplir el legado en especie, sino en dinero (véase Tratado de Derecho Civil, Familia, 9ª ed., t. 2, nº 1194) (ver nota 58); el monto fijado por sentencia judicial o por convenio entre el heredero y el legatario nunca tendrá fuerza definitiva y la suma podrá ser modificada si aumentan o disminuyen las necesidades del legatario (véase Tratado de Derecho Civil, Familia, 9ª ed., t. 2, nº 1196 bis) (ver nota 59)

Se aplican asimismo, de más está decirlo, las reglas relativas a los legados de prestaciones periódicas, particularmente en lo que atañe al monto en que se adquiere cada cuota y a la prescripción (arts. 3793 Ver Texto y 3794; véase núms. 1476 y sigs.) (ver nota 60).

1120/1485

1485. LEGADOS DE EDUCACIÓN.— Estrechamente vinculados a los legados de alimentos están los llamados de educación. En un caso presentado en nuestros tribunales, la antigua Cámara Civil 1ª de la Capital declaró que el legado de educación no comprende los restantes rubros propios del de alimentos y, en particular, los gastos de asistencia médica (ver nota 61). No creemos que la cuestión deba resolverse en términos tan sencillos; el alcance del legado de educación no puede reducirse estrictamente a los gastos de colegio, libros o cuadernos. También el decoro en el vestir forma parte de la educación; y, desde luego, si el beneficiario (quizá menor de edad) carece de todo medio de subsistencia, también debe comprender los otros gastos de alimentación, pues no se comprende cómo podría educarse una persona si carece de lo elemental para comer y subsistir (ver nota 62).

Será, pues, necesario tener en cuenta las circunstancias personales del beneficiario. Si, por ejemplo, viviera en el seno de su familia, decorosamente, el legado debe limitarse a lo necesario para los estudios excluyendo otros gastos como alimentación propiamente dicha, asistencia médica, ropa; si carece de amparo, el legado de educación se confundirá

prácticamente con el de alimentos.

Si no se hubiera fijado un término en el testamento, corresponde hacerlo judicialmente a pedido del heredero, pues no es admisible que el beneficiario prolongue indefinidamente sus beneficios no estudiando, es decir, contrariando la mira del legado (ver nota 63). Aplicando este criterio se declaró extinguido el beneficio de un estudiante cuya carrera, de cursarse normalmente, debía concluir en tres años y que a los once años sólo había aprovechando el primer año de estudios (ver nota 64).

1120/1486

1486. FORMA.— El legado de alimentos no requiere términos legales. En un caso muy interesante, el Tribunal Supremo español decidió que importaba legado de alimentos la cláusula testamentaria en la que el causante recomienda con mucho interés a su hija que conserve siempre a su lado a una antigua sirvienta, procurando que no carezca de las cosas más precisas mientras viva (ver nota 65).

(nota 1) FORNIELES, t. 2, n° 266; en sentido concordante, GATTI, De las mandas o legados, n° 112; MANRESA, t. 6, p. 679.; VITALI, t. 2, n° 1471.

(nota 2) FORNIELES, t. 2, n° 267.

(nota 3) MANRESA, t. 6, p. 709.

(nota 4) Véase en este sentido, GATTI, De las mandas o legados, n° 116.

(nota 5) FORNIELES, t. 2, n° 268.

(nota 6) MESSINEO, t. 7, § 199, n° 7.

(nota 7) De acuerdo, MAFFÍA, t. 3, n° 1268.

(nota 8) MACHADO, t. 10, p. 150, nota.

(nota 9) Véase KIPP, Sucesiones, t. 2, § 105, p. 161.

(nota 10) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 1028.

(nota 11) FASSI, loc. cit., en nota anterior.

(nota 12) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 1025; GATTI, De las mandas o legados, n° 122 ter; ZANNONI, t. 2, § 1420.

(nota 13) C. Civil Cap., Sala E, 3/9/1980, E.D., t. 92, p. 417; id., 1/12/1982, E.D., t. 104, p. 568; C. Apel. Mar del Plata, 7/4/1981, E.D., t. 95, p. 208 y L.L., 1981-C, p. 274.

(nota 14) C. Civil Cap., Sala A, 6/7/1979, L.L., 1979-D, p. 454.

(nota 15) ZANNONI, t. 2, § 1425.

(nota 16) C. Civil Cap., Sala F, 6/4/1961, causa 67.825 (inédita).

(nota 17) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 823.

(nota 18) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 823; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 609.

(nota 19) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 823; MESSINEO, t. 7, § 200.

(nota 20) GATTI, De las mandas o legados, n° 151; PACIFICI MAZZONI, t. 7, p 247; KIPP, Sucesiones, n° 106, p. 161.

(nota 21) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 823; SALVAT, Obligaciones, 4ª ed., n° 576; MACHADO, t. 2, p. 360, nota; GATTI, De las mandas o legados, n° 150. Es también el principio consagrado por el Código español, art. 877; el chileno, art. 1117; el italiano, art. 666; el brasileño, art. 1701; el venezolano, art. 938; etc.

(nota 22) En sentido contrario se pronunció el Tribunal Supremo de España, en el caso en

que la elección se había hecho por un testamento que luego se revocó, modificando la opción. El tribunal juzgó que aquel acto era irrevisable (cit. por DÍAZ CRUZ, Los legados, p. 113.

(nota 23) GATTI, De las mandas o legados, n° 157; GANGI, La successione testamentaria, t. 2, n° 403; DEGNI, t. 2, p. 46.

(nota 24) GANGI, La successione testamentaria, t. 2, n° 403.

(nota 25) BARASSI, Le successioni per causa di morte, n° 146, p. 434; véase en contra la opinión de GANGI, La successione testamentaria, t. 2, n° 403, quien ante el texto expreso del art. 2821, Código italiano, sostiene que su aplicación debe limitarse solamente a la hipoteca quedando excluida la prenda.

(nota 26) De acuerdo con esta solución, GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 272; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 491.

(nota 27) De acuerdo: GANGI, La successione testamentaria, t. 2, p. 403.

(nota 28) En contra, sosteniendo que el heredero no debe pagar nada en la hipótesis de que el propietario se niegue, GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 273.

(nota 29) GANGI, La successione testamentaria, t. 2, n° 403; GATTI, De las mandas o legados, n° 157 quater; Código austríaco, art. 666.

(nota 30) MACHADO, t. 10, p. 218, nota.

(nota 31) MACHADO, t. 10, p. 218, nota; GATTI, De las mandas o legados, n° 178; ZANNONI, t. 2, § 1438. Lo cual no quiere decir, sin embargo, que el causante no pueda suponer expresamente que, en el crédito, no están comprendidos los intereses posteriores a su muerte (GATTI, loc. cit.; ZANNONI, loc. cit.), lo que debe interpretarse como un legado de liberación de intereses en favor del deudor.

(nota 32) MACHADO, t. 10, p. 219, nota; ZANNONI, t. 2, § 1353, nota 45.

(nota 33) FORNIELES, t. 2, n° 274; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 498; FORNIELES, n° 980.

(nota 34) FORNIELES, loc. cit. en nota anterior.

(nota 35) DÍAZ CRUZ, Los legados, p. 273, quien cita en el mismo sentido a TRAVIESAS.

(nota 36) DÍAZ CRUZ, Los legados, p. 271; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 500.

(nota 37) De acuerdo: FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 976.

(nota 38) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 983.

(nota 39) MACHADO, t. 10, p. 210, nota; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 983; GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 278; GANGI, La successione testamentaria, t. 2, n° 405.

(nota 40) FORNIELES, t. 2, n° 279.

(nota 41) No compartimos las distinciones excesivamente sutiles de MACHADO, t. 10, p. 225 y nota.

(nota 42) MACHADO, t. 10, p. 220. FASSI, en cambio, piensa que el art. 3787 Ver Texto establece una mera presunción juris tantum que cede ante prueba en contrario (Tratado de los testamentos, t. 1, n° 792). Nos parece que de esta manera se quita claridad al sistema legal y se abre la puerta para que los herederos intenten una prueba externa al testamento extremadamente peligrosa.

(nota 43) MACHADO, t. 10, p. 221.

(nota 44) Nuestro codificador acogió así el sistema predominante en doctrina; véase autores citados en la nota al art. 3794 y GATTI, De las mandas o legados, n° 124; MACHADO, t. 10, p. 235; STOLFI, t. 6, n° 1563; PACIFICI MAZZONI, t. 7, n° 141; DE GÁSPERI, t. 4, n° 614.

(nota 45) GATTI, De las mandas o legados, n° 132; GOYENA COPELLO, Sucesiones, t.

2, p. 283.

(nota 46) C. Civil Cap., Sala E, 18/5/1979, E.D., t. 86, p. 243.

(nota 47) De acuerdo: ZANNONI, t. 2, § 143; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 1038.

(nota 48) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 1033.

(nota 49) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 1036.

(nota 50) PÉREZ LASALA, t. 2, n° 486; MACHADO, t. 10, p. 228, nota; GATTI, De las mandas o legados, n° 128; PACIFICI MAZZONI, t. 7, p. 272.

(nota 51) Véase nota al art. 3794; MACHADO, t. 10, p. 235; GATTI, De las mandas o legados, n° 125.

(nota 52) De acuerdo: GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 285; ZANNONI, t. 1, § 1433; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 1050; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 490; MAFFÍA, t. 3, n° 1297.

(nota 53) MACHADO, t. 1, p. 227.

(nota 54) De acuerdo: FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 1045; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 491; MESSINEO, t. 7, § 200, n° 2.

(nota 55) Es la solución seguida por diversos códigos (español, art. 879; chileno, art. 1134, uruguayo, art. 993) que FORNIELES juzga con razón aplicable en nuestro derecho, aunque falte un texto expreso, pues se trata de un importante indicio para interpretar la voluntad del causante. En el mismo sentido, FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 1045.

(nota 56) De acuerdo: FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 1046. Así lo dispone el Cód. Civil español, art. 879, inc. 4°.

(nota 57) De acuerdo: MACHADO, t. 10, p. 227, nota; ZANNONI, t. 2, § 1433; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 490; DEGNI, t. 2, p. 47. Consideran, en cambio, que la necesidad no es una condición del legado: GANGI, La successione testamentaria, t. 2, n° 408; D'AVENZO, cit. por GANGI, loc. cit.; GATTI, siguiendo a STOLFI (t. 6, n° 1567), sostiene que la necesidad es requisito esencial toda vez que el testador no determinó la forma ni la cuantía ni el término de duración; o cuando habiendo determinado la forma o la cuantía, no fijó el término de duración (De las mandas o legados, n° 130); pero no sería esencial si se fijó la cuantía y el término.

(nota 58) De acuerdo: MACHADO, t. 10, p. 229, nota.

(nota 59) De acuerdo: MACHADO, t. 10, p. 229, nota.

(nota 60) MACHADO, t. 10, p. 228, nota.

(nota 61) C. Civil 1ª Cap., 26/7/1922, J.A., t. 9, p. 90.

(nota 62) De acuerdo: GOYENA COPELLO Sucesiones, t. 2, p. 287.

(nota 63) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 1053.

(nota 64) C. Civil 1ª Cap., 9/9/1938, L.L., t. 12, p. 687.

(nota 65) 15/12/1920, cit. por DÍAZ CRUZ, Los legados, p. 352.

1120/10990

H.— LEGADO DE BENEFICENCIA (ver nota 1)

1120/1487

1487. FAVOR CON QUE LOS TRATA LA LEY: INDETERMINACIÓN DEL SUJETO Y DEL OBJETO.— El propósito piadoso que inspira los legados de beneficencia ha movido al legislador y a la jurisprudencia a crear un régimen de favor. Respecto de ellos, no rige el principio de que el objeto debe ser determinado. El artículo 3792 Ver Texto brinda a los

jueces las más amplias facultades para hacer uso de su prudente arbitrio si el testador no hubiese determinado la cuota, cantidad o especie; el magistrado deberá fijarlo conforme a la naturaleza del fin perseguido y a la parte disponible de los bienes del causante, para que la voluntad de éste se cumpla en la medida de lo posible (ver nota 2).

Tampoco es indispensable la determinación precisa del legatario; hemos tratado este tema en otro lugar (nº 1409).

En lo que atañe a las atribuciones del Estado respecto de estos legados, véase número 1410.

1120/11000

I.— LEGADOS MODALES

1120/1488

1488. REMISIÓN.— Hemos tratado de la condición, el plazo y el cargo con relación a las disposiciones testamentarias en general en los números 1266 y siguientes, a los que remitimos.

(nota 1) Véase ORÚS, Legado de beneficencia, J.A., 1958-IV, sec. doct., p. 32; del mismo autor, Legado de beneficencia, J.A., 1969-III, p. 560.

(nota 2) C. Civil Cap., Sala B, 25/7/1969, L.L., t. 136, p. 738; Sala D, 31/8/1960, J.A., 1960-IV, p. 45; GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 289.

1120/11010

§ 3.— Adquisición y entrega del legado

1120/11020

A.— MOMENTO EN QUE SE ADQUIERE

1120/1489

1489. DERECHO AL LEGADO Y DERECHO SOBRE EL OBJETO LEGADO.— En la adquisición del legado es preciso distinguir el derecho al legado y el derecho sobre el objeto legado. El primero se adquiere desde el momento mismo de la muerte del causante cualquiera sea la naturaleza de la manda; importa una facultad de exigir de los herederos la entrega de la cosa o derecho. Carece de relevancia que el legado sea puro o simple, o sometido a condición; en cualquier supuesto el legatario hace suyo el derecho y lo transmite a sus herederos en caso de fallecimiento.

1120/1490

1490.— Distinta es la adquisición del objeto legado. En primer término habrá que distinguir entre los puros y los simples, y los que están sujetos a condición suspensiva; en este último caso, el objeto sólo se adquirirá si se produce el evento futuro e incierto.

También hay que distinguir según que el legado sea o no de cosa cierta:

1120/1491

1491. a) Legado de cosa cierta.— El legatario adquiere el dominio de la cosa desde el momento mismo de la muerte del testador (art. 3766 Ver Texto). De este principio derivan importantísimas consecuencias: 1) adquiere desde ese momento los frutos y productos (art. 3766); 2) los impuestos sobre la propiedad corren por su cuenta (ver nota 1); 3) también son a su cargo los riesgos de la cosa (art. citado); 4) puede reivindicar la cosa común antes de que le haya sido entregada la posesión (art. 3775 Ver Texto); 5) su derecho no es ya susceptible de prescripción, salvo la usucapión por terceros; 6) puede disponer de la cosa, venderla, gravarla, etcétera, aun antes de la entrega de la posesión; y a la inversa, el heredero carece de todos estos derechos; 7) sus acreedores pueden ejecutarla y embargarla, no así los acreedores de los herederos (ver nota 2).

1120/1492

1492. b) Legados de cosas indeterminadas, fungibles, sumas de dinero, créditos, etcétera.—

Todas las mandas que no son de cosa cierta o de remisión de deuda importan un derecho creditorio del beneficiario, no son, en esencia, sino la facultad de exigir a los herederos la entrega de algo, pero no hay una transferencia inmediata y directa de la propiedad. En el legado de cosa cierta, la transmisión del dominio se hace por sucesión; en cambio, en el de cosas indeterminadas se opera por tradición. De donde surgen las siguientes consecuencias: 1) el legatario adquiere los frutos o intereses sólo desde el momento de la puesta en mora (véase nº 1517); 2) la pérdida de alguna o de todas las cosas de una especie determinada, habidas en la herencia, no exime al heredero de su obligación de pagar el legado (art. 3766 Ver Texto); vale decir, los riesgos corren por cuenta del heredero hasta el momento de la entrega o de la elección de la cosa por el legatario, si fuere legado alternativo y le hubiere sido atribuido el derecho de elegir (véase nº 1455); 3) su crédito contra el heredero para exigir la entrega del legado prescribe en el plazo general establecido en el artículo 4023 Ver Texto ; 4) hasta el momento de la entrega de la cosa no tiene sobre ella derecho de propiedad, ni puede reivindicarla de terceros, ni sus acreedores pueden embargarla; salvo el caso del legado alternativo con facultad de elección para el legatario, en cuyo caso, a nuestro entender, el derecho de propiedad queda fijado desde el momento que se ha hecho la elección.

Cabe preguntarse si los legados de derechos reales deben considerarse en la condición jurídica de los de cosa cierta o en la de los restantes, que hemos considerado en este párrafo. GATTI opta por la primera solución, salvo que se trate de derechos reales de garantía, los cuales deben seguir la suerte del crédito al que acceden (ver nota 3). Creemos que, por lo menos en nuestro derecho, tal opinión no es admisible. La condición jurídica del legado de cosa cierta es un régimen de excepción y, como tal, sólo aplicable al caso previsto por el artículo 3766 Ver Texto , que es el de la transmisión de un derecho de propiedad.

1120/1493

1493. c) Legados de remisión de deuda.— Gozan de un régimen especial, pues no se trata de transmitir una cosa ni un derecho, sino de liberar al deudor de su obligación. Producen plenos efectos desde el momento mismo de la muerte y ni siquiera está obligado el legatario a pedir la entrega del título en que consta la deuda, aunque tiene derecho a hacerlo (art. 3769 Ver Texto).

1120/1494

1494. ACEPTACIÓN DEL LEGADO.— La ley presume la aceptación del legado (art. 3804 Ver Texto). Es claro que puede repudiarlo pero, en tanto no lo haga, se lo tiene por aceptante. Pero si el legatario hubiera manifestado expresa o tácitamente su voluntad de aceptar el legado, no puede ya renunciarlo en razón de las cargas que lo hicieran oneroso (art. 3805 Ver Texto); sin embargo, si desea desembarazarse de un legado inconveniente en

razón de las cargas que lo gravan, puede abandonar la cosa legada (arts. 3774 Ver Texto y 1854 Ver Texto).

Nuestra ley ha establecido así un sistema simple y claro, que resuelve acertadamente los problemas que, en otras legislaciones, se presentan sobre el ejercicio del derecho de aceptación. La aceptación presumida por la ley en nada perjudica al legatario desde que él conserva el derecho de renunciarlo y, en última instancia, de hacer abandono; pero fija de modo claro sus relaciones con los herederos y los acreedores, que, salvo voluntad expresa en contrario, deben tenerlo por aceptante. Se explica pues, que se haya negado a los herederos el derecho de exigir al legatario una declaración expresa, bajo apercibimiento de tenerlo por renunciante (ver nota 4).

1120/1495

1495.— El legatario no puede aceptar una parte del legado y repudiar otra; tampoco puede aceptar uno libre y repudiar otro con cargo (art. 3807 Ver Texto). La ley juzga, con razón, que el cargo impuesto en uno de los legados no puede separarse, por lo menos en la intención del testador, del conjunto de beneficios otorgados a ese legatario. Por igual motivo, pensamos que no sería posible aceptar un legado con cargo y repudiar otro, también oneroso. Pero ningún inconveniente habría en aceptar un legado y repudiar otro, si ambos fueran sin cargo (ver nota 5). De igual modo, debe reputarse plenamente válida la cláusula testamentaria que autorice al legatario a aceptar y rechazar otro aunque fueran con cargo (ver nota 6).

1120/1496

1496. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO AL LEGADO.— La prescripción del derecho a reclamar el legado debe ser examinada con relación a los distintos casos:

a) Legado de cosa cierta. La propiedad de la cosa es adquirida por el legatario ipso jure, en el momento mismo del fallecimiento del causante (art. 3766 Ver Texto); de donde se desprende que su derecho a reclamar el legado es imprescriptible, ya que el derecho de propiedad no se pierde con el no uso; salvo naturalmente, que alguien hubiera adquirido la propiedad por usucapión, si fuera inmueble, o por posesión a justo título y buena fe, si fuere mueble (art. 2412 Ver Texto).

1120/1497

1497. b) Legado de cosas indeterminadas, dinero, créditos.— Puesto que todos estos

legados no son en esencia sino un derecho creditorio conferido contra los herederos, el derecho a reclamar el objeto del legado prescribe a los diez años, según la regla del artículo 4023 Ver Texto (ver nota 7).

1120/1498

1498. c) Legados de liberación.— No hay prescripción en este caso. Los efectos del legado se consuman íntegramente al dejar liberado al deudor, que no tiene por qué reclamar nada; así la circunstancia de que no hubiese pedido la entrega o devolución de los instrumentos en que constare su deuda, no lo priva de su derecho a acogerse a la remisión hecha por el testador (art. 3769 Ver Texto).

1120/11030

B.— ENTREGA DEL LEGADO

1120/1499

1499. POSESIÓN DEL OBJETO LEGADO.— La posesión del objeto legado debe ser pedida siempre a los herederos aunque consista en cosa cierta y determinada (art. 3767 Ver Texto). A primera vista, parecería que esta regla es contradictoria con el principio de que el legado de cosa cierta transmite ipso jure la propiedad al legatario en el instante de la muerte, pues no parece lógico que el propietario deba pedirla a quien no lo es. Sin embargo, es una solución de la que no debe prescindirse. Puesto que el heredero se encuentra en posesión de los bienes hereditarios, es natural que le sea reclamada la entrega, pues el legatario que se apodera directamente de ellos usaría de vías de hecho que es necesario evitar; además, el heredero tiene interés en comprobar la eficacia del legado, en oponerse a hacer efectiva una manda antes de verificar si no se lesiona su legítima o si los bienes alcanzan para pagar las deudas.

1120/1500

1500.— La obligación de pedir la entrega rige aun en el caso de que el legatario se encontrare en posesión de la cosa por un título cualquiera (art. 3768 Ver Texto), por ejemplo, como condómino, arrendatario, depositario, acreedor prendario o anticresista.

Esta disposición, tomada de AUBRY y RAU (ver nota 8), se funda en un evidente error de

concepto. En el derecho francés el pedido de la cosa tiene sentido, porque sólo a partir de ese momento los frutos pertenecen al legatario; pero nuestro sistema legal es distinto, ya que los frutos le pertenecen desde el fallecimiento del causante (art. 3766 Ver Texto). No se explica entonces que quien es propietario ipso jure desde la apertura de la sucesión y que, además, detenta, por cualquier motivo, la cosa, deba pedir su entrega al heredero. Si la manda es inválida, si afecta la legítima, es el heredero quien debe tomar la iniciativa y reclamar la devolución (ver nota 9). Y en la práctica ocurrirá siempre así, pues el heredero no tiene medio de obtener la restitución de lo que el legatario detenta, sino demandando su entrega. Adviértase bien que el artículo 3768 Ver Texto , no obliga al legatario a devolver la cosa, para luego volverla a reclamar, lo que sería absurdo.

Se ha declarado que el albacea legatario no tiene obligación de pedir la entrega del legado al heredero (ver nota 10). Es una solución razonable ya que es el ejecutor testamentario y tiene derecho a entregar los legados a terceros beneficiarios; siendo así, es natural que pueda tomar posesión de su propio legado.

1120/1501

1501.— También debe pedir la entrega el legatario de crédito. La circunstancia de que él reciba ipso jure las acciones y derechos correspondientes al causante (art. 3786 Ver Texto) no impide el cumplimiento de este requisito legal, como no lo impide en el legado de cosa cierta, no obstante que la propiedad de ella se transmite también de pleno derecho. Las razones son las mismas: la necesidad de que el heredero pueda verificar la eficacia de la manda (ver nota 11). No cabe duda de que éste es el sistema de nuestro Código, que sólo excluye de la obligación de pedir la entrega a los legatarios de remisión de deuda (arts. 3768 Ver Texto y 3769).

La entrega se hará efectiva, normalmente, dando los documentos en que conste el crédito; si no los hubiere será preciso la cesión de derechos y acciones.

Pero consideramos que, aun antes de la entrega de los documentos, el legatario podría accionar contra el deudor, ya que él adquiere ipso jure las acciones del causante (véase n° 1466), de la misma manera que el legatario de cosa cierta pudo reivindicarla contra terceros. Esto se explica porque la entrega no hace la titularidad del derecho, sino que se vincula con las relaciones entre el heredero y los legatarios.

1120/1502

1502.— ¿Puede eximir el causante al legatario de la obligación de pedir la entrega de la posesión al heredero? Es indudable que no porque, según ya lo dijimos, esa solución está

fundada en la necesidad de evitar que el legatario pretenda hacerse justicia por su propia mano y en el derecho del heredero de verificar la eficacia de la manda. Todo ello escapa a la voluntad del causante, puesto que tiene un fundamento de orden público (ver nota 12).

1120/1503

1503.— ¿Qué ocurre si, no obstante la obligación impuesta por el artículo 3767 Ver Texto , el legatario ha tomado por sí la posesión de la cosa? Desde luego, hay que reconocer al heredero un derecho para reclamar la devolución, derecho que puede ejercerse en tanto no haya transcurrido el término de un año, propio de las acciones posesorias (ver nota 13). Vencido este plazo, sólo podrá reclamar la restitución si ataca la validez o eficacia del legado (ver nota 14). Sin embargo, la toma de posesión hecha públicamente a vista y paciencia del heredero, debe considerarse como una demanda y entrega tácita (ver nota 15).

1120/1504

1504. QUIÉN DEBE ENTREGAR LOS LEGADOS.— Esta cuestión se vincula muy estrechamente con otra que hemos tratado con anterioridad, la del sujeto pasivo o gravado (nº 1406). Dijimos entonces que, en nuestro derecho, el legado pesa sobre la masa; en principio, pues, son los herederos y legatarios de cuota quienes deben entregarlo, sin perjuicio de que lo haga también el albacea, en su carácter de ejecutor testamentario.

Excepcionalmente, el pago puede exigirse del legatario particular de la cosa, si el reclamante ha sido beneficiado con un derecho accesorio de ella o con un derecho real sobre ella. Así, el pago de un legado de usufructo, de uso y habitación de servidumbre puede ser reclamado al legatario del inmueble; de igual modo, si el legado consiste en los frutos de un bien dejado a otro (la cosecha de uva o de trigo de 1970, el producido de un establecimiento comercial o de una estancia, o de las rentas de títulos, etc.) (ver nota 16).

1120/1505

1505. TIEMPO DE ENTREGA.— Salvo que el legado esté sujeto a término o condición, el legatario tiene derecho a exigir su entrega desde el momento de la muerte del causante.

Sin embargo, la cuestión se complica en la práctica porque los herederos suelen dilatar la entrega aduciendo la necesidad de liquidar previamente las deudas y dejar a salvo la porción legítima. En numerosos casos planteados judicialmente, sostuvieron que no tenían obligación de proceder a la entrega hasta practicada la partición que pusiera en claro el monto de las deudas y el importe de las legítimas. Las Cámaras Civiles de la Capital,

reunidas en tribunal plenario, pusieron fin a la cuestión declarando que la entrega de los legados no se encuentra supeditada a la partición de la herencia (ver nota 17). De esta manera se evita, sobre todo en las sucesiones complicadas, que los herederos puedan dilatar por largo tiempo la entrega de las mandas.

Pero no es ésta una regla de aplicación rigurosa; por el contrario, el juez, habida cuenta de las circunstancias, podrá autorizar la retención del legado; tal ocurrirá por ejemplo, si resulta evidente la insolvencia de la sucesión o la lesión de la legítima de los herederos forzosos. Pero, en tal caso, el legatario tendrá derecho: 1) a pedir al juez que fije a los herederos un plazo para practicar el inventario y avalúo operaciones en las que él será parte, como que su interés en vigilarlas resulta evidente (ver nota 18); 2) a que se le entregue la tenencia provisional (no la propiedad, si ni siquiera la posesión strictu sensu) de la cosa, en tanto se realizan aquellas operaciones (ver nota 19); esta regla sólo es aplicable, desde luego, al legado de cosa cierta o de derechos reales. En un caso se dispuso, no la entrega de la cosa, sino el depósito judicial de sus rentas, en tanto se debatían las cuestiones planteadas (ver nota 20). También se ha declarado que la sola existencia de un juicio de nulidad del testamento en que se instituyen legados, no impide la entrega de estos en tanto no se haya trabado una medida cautelar (ver nota 21).

1120/1506

1506. LUGAR DE PAGO.— El Código no establece ninguna regla relativa al lugar de pago de los legados. En consecuencia, es aplicable el artículo 747, según el cual el pago debe hacerse, si se tratare de cuerpo cierto, en el lugar en que éste se encontraba en el momento de nacer la obligación (en el caso, el fallecimiento del causante); y en cualquier otra hipótesis, en el domicilio del deudor en el momento en que la obligación debe cumplirse (en el caso, el último domicilio del causante) (ver nota 22). Esto facilita la ejecución del testamento, pues son los legatarios quienes deben acudir al lugar en que tramita el sucesorio para obtener la entrega, y no el heredero al domicilio del legatario.

1120/1507

1507. FORMA DE LA ENTREGA.— La entrega del legado no está sujeta a ninguna formalidad; basta con la simple ejecución (art. 3770 Ver Texto), sin necesidad de ningún instrumento escrito.

Inclusive debe admitirse que hay entrega del legado cuando el legatario ha tomado posesión pública de él, a vista y paciencia del heredero, sin que éste se opusiera (ver nota 23).

1120/1508

1508. GASTOS DE LA ENTREGA.— Según el artículo 3767 Ver Texto , in fine, corren por cuenta de la sucesión los gastos de entrega del legado. La jurisprudencia ha interpretado esta norma en el sentido de que sólo alude a los gastos de entrega material del objeto (ver nota 24); en consecuencia, corren por cuenta del legatario y no de la sucesión: los gastos y honorarios devengados con motivo de la presentación del legatario en la sucesión (ver nota 25), a menos que mediara resistencia injusta de los herederos que hiciera indispensable el reclamo judicial (ver nota 26); pero no los honorarios y gastos comunes del sucesorio, que corren por cuenta de la sucesión (ver nota 27).

Dentro del concepto de gastos de entrega, se juzgan comprendidos: los del traslado de la cosa al lugar de pago, para hacer efectivo el legado, los gastos de protocolización del testamento y de inscripción en el Registro de la Propiedad (ver nota 28), los de mensura y deslinde de un inmueble del cual se ha legado sólo parte (ver nota 29), los de búsqueda de la cosa extraviada (ver nota 30). También lo están los honorarios y costas del juicio de reivindicación seguido por el legatario contra el tercero detentador de una cosa cierta, puesto que son indispensables para ponerlo en posesión de ella, siempre que el legatario haya triunfado en el pleito; si, por el contrario, fuera derrotado, los gastos del juicio son de su cuenta exclusiva, porque ello significa que no tuvo razón para litigar y no puede cargar a la sucesión con gastos en los que no debió incurrir (ver nota 31).

1120/1509

1509. CLÁUSULA “LIBRE DE TODO GRAVAMEN”.— La cláusula muy frecuente por la cual el causante dispone que el legado debe entregarse libre de todo gravamen, significa que la sucesión debe cargar con los honorarios y otros gastos devengados con motivo de la presentación del beneficiario en la sucesión para reclamar su legado (ver nota 32).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala C, 8/5/1984, E.D., t. 112, p. 436; C. Civil 1ª Cap., 21/5/1941, J.A., t. 74, p. 818; C. Civil 2ª Cap., 16/5/1950, L.L., t. 59, p. 232; FORNIELES, t. 2, n° 246 bis; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 964.

(nota 2) GATTI, De las mandas o legados, n° 241.

(nota 3) GATTI, De las mandas o legados, n° 239. En igual sentido: ZANNONI, t. 2, § 1375 y 1376.

(nota 4) C. Civil Cap., Sala C, 30/11/1959, causa 61.721 (inédita).

(nota 5) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1388; MACHADO, t. 10, p. 272. Este autor sostiene que para que se aplique la prohibición de repudiar un legado con cargo y aceptar otro libre, ambos deben haber sido hechos en el mismo testamento. Esta exigencia no está expresada en la ley y no parece razonable. Los beneficios del causante forman un conjunto y quien quiere beneficiarse con ellos debe afrontar las cargas. La solución es equitativa. De acuerdo con MACHADO: ZANNONI, t. 2, § 1360.

(nota 6) ZANNONI, t. 2, § 1360; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 808.

(nota 7) De acuerdo: MAFFÍA, t. 3, n° 1307.

(nota 8) AUBRY y RAU, t. 7, § 718. Es un punto de vista compartido por la generalidad de los autores franceses.

(nota 9) De acuerdo: MACHADO, t. 10, p. 168 y sigs., nota; FORNIELES, t. 2, n° 241; GATTI, De las mandas o legados, n° 244, nota 507; DÍAZ CRUZ, Los legados, p. 590.

(nota 10) C. Civil Cap., 7/2/1883, J.A., t. 2, p. 543. En contra: FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 949.

(nota 11) De acuerdo: MANRESA, t. 6, p. 697; VALVERDE, t. 5, p. 325; DÍAZ CRUZ, Los legados, p. 273.

(nota 12) Es unánime la doctrina en este sentido: FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 800; PÉREZ LASALA, n° 458; DÍAZ CRUZ, Los legados, p. 587; GATTI, De las mandas o legados, n° 245; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 2, n° 2434; DEMOLOMBE, t. 21, n° 622; MARCADÉ, t. 4, n° 128; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 642, etc.; el Código italiano lo dispone expresamente, art. 649, in fine.

(nota 13) GATTI, De las mandas o legados, n° 246; STOLFI, t. 6, n° 1599; PACIFICI-MAZZONI, t. 7, p. 148 y sigs.; GANGI, La successione testamentaria, t. 2, n° 440.

(nota 14) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 2, n° 458.

(nota 15) PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, núms. 642-645 y jurisprudencia allí citada.

(nota 16) De acuerdo: MAFFÍA, t. 3, n° 1309.

(nota 17) C. Civiles Cap., en pleno, 29/8/1916, J.A., t. 5, p. 49. En igual sentido: C. Civil Cap., Sala A, 24/2/1960, L.L., t. 98, p. 246; Sala C, 13/6/1978, L.L., 1978-D, p. 130; Sala F, 18/5/1961, L.L., t. 105, p. 340; Sup. Corte Buenos Aires, 21/7/1961, E.D., t. 8, p. 863.

(nota 18) FORNIELES, t. 2, n° 242.

(nota 19) C. Civil 1ª Cap., 18/11/1919, J.A., t. 3, p. 1012; id., 20/5/1925, J.A., t. 15, p. 853. FASSI Tratado de los testamentos, t. 1, n° 951.

(nota 20) C. Civil 1ª Cap., 6/3/1919, J.A., t. 3, p. 125.

(nota 21) C. Civil Cap., Sala C, 3/12/1976, E.D., t. 73, p. 541.

(nota 22) De acuerdo: MAFFÍA, t. 3, n° 1311.

(nota 23) MACHADO, t. 10, p. 173, nota; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 458; es también la solución admitida en la jurisprudencia francesa: véase la citada por PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 465.

(nota 24) C. Civil Cap., Sala C, 10/4/1980, E.D., t. 88, p. 782; id., 29/11/1983, E.D., t. 107, p. 715; Sala D, 6/5/1963, L.L., t. 110, p. 493, id., 31/12/1963, L.L., t. 114, p. 804, C. Civil 1ª Cap., 5/12/1938, J.A., t. 64, p. 761; id., 22/12/1939, J.A., t. 69, p. 293; C. Civil 2ª Cap., 5/7/1924, J.A., t. 15, p. 565; id., 10/11/1933, J.A., t. 44, p. 211; Sup. Corte Buenos Aires, 26/8/1947, J.A., 1947-IV, p. 69; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1112.

(nota 25) Véase fallos citados en nota anterior. De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 2, n° 458.

(nota 26) C. Civil 1ª Cap., 5/12/1938, J.A., t. 64, p. 761; Sup. Corte Buenos Aires, 26/8/1947, J.A., 1947-IV, p. 69; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 458.

(nota 27) C. Civil Cap., Sala C, 2/11/1951, L.L., t. 64, p. 621.

(nota 28) C. Civil 1ª Cap., 22/12/1939, J.A., t. 69, p. 293.

(nota 29) GATTI, De las mandas o legados, nº 278.

(nota 30) GANGI, Legati, t. 2, nº 272.

(nota 31) MACHADO, t. 10, p. 179, nota; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, nº 1112.

(nota 32) C. Civil Cap., Sala A, causa 79.273 (inédita); C. Civil Cap., Sala D, 18/8/1954, G.F., t. 212, p. 451.

1120/11040

C.— ACCESORIOS Y FRUTOS

1120/1510

1510. ESTADO EN QUE SE DEBE ENTREGAR LA COSA: ACCESORIOS Y MEJORAS.— La cosa legada se debe en el estado en que se encontraba al tiempo de la muerte del testador (art. 3761 Ver Texto); los aumentos y accesorios corresponden al legatario, y son por cuenta de éste los deterioros y disminuciones.

En cuanto a las agregaciones de tierra y nuevos edificios hechos por el causante después del testamento, véase el número 1425.

1120/1511

1511.— Con respecto a las pérdidas o deterioros posteriores al fallecimiento del causante y cuando todavía la cosa se encontraba en poder de los herederos, se aplican las reglas generales sobre responsabilidad: aquéllos responderán por los daños causados por su culpa o negligencia, pero no por los originados en fuerza mayor (véase art. 3766 Ver Texto).

1120/1512

1512. FRUTOS.— ¿Desde cuando se deben los frutos de la cosa legada? Es necesario distinguir los siguientes casos:

1120/1513

1513. a) Legado de cosa cierta.— Los frutos se adquieren desde el momento mismo del fallecimiento del causante (art. 3766 Ver Texto), lo que es lógico, pues en este caso la transmisión de la propiedad se produce ipso jure en aquel momento. Lo mismo ocurre con los productos (ver nota 1).

1120/1514

1514.— Los frutos pendientes a la muerte del causante ¿pertenecen al heredero o al legatario? Supongamos que el legado consistiera en una casa alquilada y que el inquilino adeudara varios meses. Pensamos que pertenecen a los herederos; según el artículo 3766 Ver Texto los legatarios los hacen suyos sólo desde la muerte del causante, de modo que los anteriores están excluidos. El artículo 3786 Ver Texto no podría aplicarse por analogía, porque establece un régimen de excepción, aplicable únicamente a los legados de crédito (ver nota 2).

1120/1515

1515.— Supongamos ahora que el causante haya percibido por adelantado los frutos. Ejemplo: ha cobrado un semestre adelantado y ha fallecido un mes después, ¿deben los herederos al legatario los cinco meses restantes, que corresponden a un período posterior a la muerte? La jurisprudencia ha decidido con razón que el legatario nada puede reclamar en ese concepto (ver nota 3), por la razón muy evidente de que, desde el momento que el causante ha percibido esa suma, confundiéndola con sus restantes bienes y quizá gastándola, debe resumirse su intención de excluirla del legado; tanto más cuanto que la cosa debe entregarse en el estado en que se encontrare (art. 3761 Ver Texto).

1120/1516

1516.— Sin embargo, se ha seguido un criterio distinto en el supuesto de los dividendos de acciones; en la especie, se trataba de una sociedad anónima cuya asamblea, con posterioridad a la muerte del testador, distribuyó dividendos por un período anterior, el

tribunal decidió que correspondía a los legatarios (ver nota 4). FORNIELES aprueba el fallo, diciendo que los dividendos, más que frutos, son un accesorio del capital (ver nota 5). Pero ésta es una sutileza jurídica, sin mayor fundamento; en verdad, no vemos motivos serios para aplicar aquí una solución distinta a la relativa a los frutos de cualquier otra cosa cierta y determinada.

1120/1517

1517. b) Legado de cosas indeterminadas.— Los frutos se deben únicamente desde que el legatario reclamó la cosa, vale decir, desde que el heredero fue puesto en mora. La regla se aplica a cualquier legado de cosa indeterminada y, en particular, a los de sumas de dinero (ver nota 6).

Pero si los herederos ocultaron al legatario la existencia del legado, los frutos se deben desde la fecha de la apertura de la sucesión, pues no es posible que aquéllos saquen un beneficio de su mala fe ni que al legatario lo perjudique una inactividad que no se originaba en su negligencia, sino en la ignorancia de la existencia del legado.

1120/1518

1518. c) Legado de créditos.— Corresponden al legatario, no sólo los intereses posteriores al fallecimiento, sino también los vencidos con anterioridad (art. 3786 Ver Texto). Se quiere con ello que el deudor tenga relación únicamente con el legatario y que su deuda no resulte dividida luego con los herederos (a quienes corresponderían los intereses vencidos), con todos los inconvenientes del caso. Salvo, desde luego, que el causante dispusiera otra cosa.

1120/1519

1519. d) Legado de remisión de deuda.— El legado de remisión de deuda comprende también los intereses vencidos a la época del fallecimiento del causante, salvo disposición expresa en contrario. En efecto: esos intereses han pasado a engrosar la deuda, constituyendo una sola obligación con el capital del que se hace remisión (ver nota 7).

1120/11050

D.— RESPONSABILIDAD DE LOS HEREDEROS Y LEGATARIOS DE CUOTA

1120/1520

1520. EL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD “ULTRA VIRES”.— Los herederos responden ultra vires por el pago de los legados (art. 3776 Ver Texto); naturalmente, esta regla no se aplica al caso de la aceptación con beneficio de inventario, que luego de la ley 17711 es el supuesto normal. Operada la confusión de los bienes hereditarios y de los personales de los herederos, era lógico establecer la misma solución para cualquier obligación del heredero, fuera por el pago de las deudas del causante o de los legados.

En cambio, los legatarios de cuota sólo responden en la medida de los bienes recibidos.

1120/1521

1521. DIVISIÓN DE LA OBLIGACIÓN.— La obligación de pagar el legado se divide entre los herederos y legatarios de cuota en proporción de su parte en la herencia (art. 3776 Ver Texto); y solamente con respecto a esa parte su responsabilidad será ilimitada. La insolvencia de algunos de los coherederos corre por cuenta del legatario. Pero si la cosa legada es indivisible, la obligación es solidaria (art. citado). No hay propiamente solidaridad en este caso, sino una indivisibilidad de la obligación que proviene de la naturaleza de las cosas y de la voluntad de las partes o de la ley (ver nota 8); de todas maneras, la solución legal es clara: el legatario podrá reclamar la cosa de cualquiera de los herederos, sin perjuicio, naturalmente, del derecho del heredero que ha realizado el pago para reclamar de sus coherederos el reintegro del valor correspondiente a la parte de éstos (arg. arts. 3505 Ver Texto a 3508) (ver nota 9). Tal obligación se mantiene aun en el caso de que se hubiere practicado ya la partición y la cosa hubiere quedado en la hijuela de uno de los herederos (art. 3778 Ver Texto), aunque, en este caso, el legatario preferirá, sin duda, dirigir su acción contra el que la tenga en su poder. También aquí queda a salvo el derecho del heredero que la ha pagado, de hacer reformar la partición y exigir de sus coherederos el reintegro de la parte que a ellos correspondía (arts. 3505 Ver Texto a 3508).

Pero el principio de la división de la deuda no es de orden público.

El causante puede imponer a sus herederos la obligación de pagar en forma solidaria una deuda divisible (ver nota 10).

1120/1522

1522.— ¿Puede el causante poner a cargo de uno solo de los herederos el pago del legado? Entendemos que no. Desde el momento que el beneficio otorgado en el testamento se pone a cargo de uno de los coherederos o legatarios, y no de la masa hereditaria, deja de ser legado para convertirse en cargo (véase nº 1406). En otras palabras: ningún inconveniente hay en que el testador disponga que tal o cual beneficio será pagado por uno de los coherederos o legatarios, pero ello constituirá un cargo. La distinción es importante, sobre todo cuando se trata de un cuerpo cierto; si es legado, el beneficiario adquiere la propiedad de la cosa ipso jure en el momento de la muerte, con todas sus implicancias jurídicas (derecho a reivindicar la cosa, a percibir los frutos, etc.); si es cargo, la propiedad de la cosa se adquirirá sólo en el momento de la tradición hecha por el gravado al beneficiario (ver nota 11).

Distinto es el caso de la obligación solidaria, pues aunque el beneficiario puede reclamar todo el legado de cualquiera de los herederos, en realidad pesa sobre la masa, desde que el que ha pagado tiene acción de reintegro contra los coherederos.

1120/1523

1523. PÉRDIDA O DETERIORO DE LA COSA.— Los herederos responden por los deterioros o pérdidas de la cosa legada y de sus accesorios, ocurridos con posterioridad a la muerte del testador en dos casos: a) cuando la pérdida ha ocurrido por culpa del heredero; b) cuando ha ocurrido después de la puesta en mora, a menos que la pérdida o deterioro hubiera sucedido igual, aun cuando la cosa hubiera sido entregada al legatario (art. 3779 Ver Texto).

Si la culpa es de uno de los coherederos, sólo él responde por la cosa, quedando los demás coherederos liberados de toda obligación (art. 3777 Ver Texto). Esta disposición alude únicamente a los legados de cosas divisibles; pero es evidente que se aplicará con tanta mayor razón a las indivisibles (ver nota 12); si la ley ha aludido solamente a las primeras, es porque en este caso la cuestión podría ser dudosa. No obstante algunas observaciones que desde el punto de vista de la lógica jurídica se han formulado contra la solución legal (ver nota 13), nos parece una prudente limitación de la responsabilidad de los herederos.

1120/1524

1524.— Desde el momento de la mora, no solamente corren a cargo de los herederos los daños derivados de su culpa o negligencia, sino también el caso fortuito. Sólo podrían liberarse de responsabilidad demostrando que la cosa se hubiera perdido o deteriorado igualmente en poder del legatario (art. 3779 Ver Texto).

Es necesario advertir que para que el heredero incurra en mora, debe mediar interpelación del legatario, ya que éste está obligado a pedir la entrega (arts. 3767 Ver Texto y 3768). La solución se justifica porque el pago del legado exige muchas veces medir la cuantía de la cesación, examinar si es solvente, a veces liquidar bienes para pagarlo, etcétera. No se justificaría una mora de pleno derecho computada al fallecimiento del causante (ver nota 14).

1120/1525

1525. EVICCIÓN Y VICIOS REDHIBITORIOS.— En principio, los herederos y legatarios de cuota no responden por evicción ni por los vicios ocultos de la cosa; es natural que así sea, pues ésta es la regla en las transmisiones a título gratuito (véase sobre donaciones, art. 1835 Ver Texto). Sin embargo, esta regla debe ser precisada y delimitada en su aplicación:

a) Tiene vigencia rigurosa en el legado de cosas ciertas (art. 3780 Ver Texto) y en el de crédito (pues el heredero no responde por la insolvencia del deudor, art. 3786 Ver Texto).

b) En cambio, cuando se trata de cosas indeterminadas o de legados alternativos, la solución varía. Consideraremos primero la evicción y luego los vicios redhibitorios.

Respecto de la evicción, el artículo 3780 Ver Texto dispone que sucedida la evicción, el legatario puede demandar la otra cosa de la especie indicada o la segunda de las cosas comprendidas en la alternativa. VÉLEZ sostiene esta solución diciendo que puesto que la cosa que sufrió la evicción resultó ser ajena, el legado era de ningún valor (nota al 3780); de donde surge que la única forma de cumplir la voluntad del causante es entregándole al legatario la otra cosa de la alternativa, única que pudo legar. Es una solución de justicia discutible. Al hacer el legado, el testador partió de la base de que todas las cosas eran de él; quería transmitirle una de ellas al legatario para dejarle la otra al heredero. Con la solución del artículo 3780 Ver Texto , el heredero se quedará sin una cosa ni la otra. Parecería más justo, por consiguiente, que una vez hecha la elección, ésta se reputara definitiva, dado que su carácter irrevocable convierte al legatario de cosa alternativa en uno de cosa cierta (ver nota 15). En suma, pensamos que también aquí debería imperar la regla, propia de las liberalidades, de la falta de responsabilidad por evicción. Salvo, claro está, la hipótesis de que, correspondiendo la elección al heredero, haya elegido éste la cosa respecto de la cual él sabía que se cernía un peligro de evicción. La prueba de que él tenía conocimiento de este peligro corresponde al legatario, pues la buena fe se presume.

¿Se aplica la solución del artículo 3780 Ver Texto a los vicios redhibitorios? Pensamos que la respuesta negativa es indudable. Ante todo, recordemos que el fundamento del artículo 3780 es que como una cosa ajena no puede legarse, sólo el otro legado es válido. En materia de vicios redhibitorios, tal fundamento es inaplicable, pues ambas cosas, sean o no

viciosas, son de propiedad del causante. Y entonces recobra toda su fuerza el principio de que, una vez operada la elección, el legado de cosa alternativa o indeterminada se convierte en legado de cosa cierta. Pero siempre quedaría al legatario el derecho de pedir la otra cosa legada si prueba que el heredero, a quien correspondía la elección, sabía que la cosa elegida tenía los vicios ocultos.

1120/11540

1525 bis.— Aunque el artículo 3780 no alude al supuesto de legados con cargos y remuneratorios, parece razonable aplicar las reglas de las donaciones; por consiguiente, si el legado es con cargo, el heredero responde por evicción en la medida que el cargo se ha cumplido (véase Tratado de Derecho Civil, Contratos, t. 2, n° 1554); si es remuneratorio, responde en la medida de los servicios prestados (art. 2150 Ver Texto) (ver nota 16). Y, por cierto, responde también el heredero cuando el legatario ha sido derrotado en el juicio sobre la propiedad de la cosa porque aquél no le ha proporcionado el título por malicia o simple negligencia (ver nota 17).

1120/11060

E.— ORDEN EN QUE DEBEN PAGARSE LOS LEGADOS

1120/1526

1526. CÓMO SE ESTABLECE LA MASA SOBRE LA CUAL SE HAN DE PAGAR LOS LEGADOS.— Los legados, como son una liberalidad del causante, ocupan el rango inferior entre las obligaciones que pesan sobre los herederos. Antes que ellos deben pagarse: a) las deudas del causante (art. 3797 Ver Texto); b) las cargas de la sucesión (art. 3795 Ver Texto); c) las deudas del heredero, si los legatarios no pidieron separación de patrimonios (art. 3436 Ver Texto) (ver nota 18) o si el heredero no ha perdido el beneficio de inventario, ya que mientras goza de él, su patrimonio está separado del que pertenecía al causante y sus acreedores no pueden pretender derechos sobre la sucesión mientras no hayan sido pagados los acreedores y legatarios del causante (ver nota 19). Pero es muy injusto que la pérdida del beneficio de inventario imputable al heredero repercuta sobre los derechos de los legatarios, posponiéndolos respecto de los acreedores del heredero; ésta es, sin embargo, una consecuencia del sistema adoptado por VÉLEZ de la confusión automática del patrimonio del causante y del heredero salvo que éste goce del beneficio de inventario; d) finalmente, será necesario dejar a salvo la legítima de los herederos forzosos (art. 3797 Ver Texto).

Sobre el saldo que queda una vez realizadas estas deducciones se pagarán los legados en el orden establecido en el artículo 3795 .

1120/1527

1527. ORDEN DE PAGO.— Cuando los bienes dejados por el causante no alcanzasen a cubrir los legados, se pagarán estos en el siguiente orden: primero los de cosa cierta, luego los hechos en compensación de servicios y el resto se distribuirá a prorrata entre los legatarios de cantidad (art. 3795 Ver Texto).

Desde luego, el texto legal se pone en la hipótesis de que los bienes hereditarios no alcanzasen a cubrir los legados y que el heredero hubiera aceptado bajo beneficio de inventario, pues si renunció o perdió el beneficio responde con sus bienes personales por la totalidad de las mandas; o bien que, en la hipótesis de haber perdido el beneficio, sus propios bienes tampoco alcancen para satisfacer los legados.

Veamos ahora los distintos problemas que pueden presentarse en la interpretación de esta norma.

1120/1528

1528.— a) ¿Qué debe entenderse por legado de cosa cierta? Según algunos autores, no sólo están comprendidos en este concepto las cosas propiamente dichas, sino todos los legados que tengan un objeto determinado, como el de crédito (ver nota 20). Disentimos de esta opinión:

1) En primer lugar, el artículo 3795 Ver Texto habla de cosas ciertas, y esta palabra tiene un sentido jurídico preciso: objeto material susceptible de valor económico (art. 2311 Ver Texto). 2) En segundo término, los privilegios son de interpretación restrictiva. 3) Por último, si se admite que la discriminación hecha en el artículo 3795 Ver Texto es injusta (véase nº 1532), es preciso sostener, en caso de duda, la interpretación que favorezca el trato igualitario de los legatarios (ver nota 21). No se ve por qué habría de darse preferencia al acreedor a quien se lega un crédito de \$ 100.000 contra un tercero, sobre aquél al cual se le lega directamente los \$ 100.000. Iguales consideraciones pueden hacerse respecto del legado de remisión de deuda.

Algo más delicado es el problema con referencia al legado de derechos reales, pues, si bien no se trata de una cosa, también es difícil encuadrarlos dentro del concepto de legados de cantidad, que es el tercero y el último orden del artículo 3795 Ver Texto . Empero,

consecuentes con la idea de que las preferencias son de interpretación restrictiva y que el principio debe ser la reducción a prorrata, opinamos que también ellos quedan excluidos de esta categoría privilegiada.

En cambio el legado de cosa fungible que se encuentra en un lugar determinado es de cosa cierta, puesto que su ubicación precisa la distingue de las restantes de su mismo género (ver nota 22).

Supongamos ahora que el legado consistiera en un predio sobre el propio inmueble; el heredero sólo estaría obligado a pagar el valor (art. 3762 Ver Texto). ¿Debe reputarse que hay un legado de cantidad y, por tanto, que el beneficiario no puede alegar el orden de preferencia establecido en el artículo 3795 Ver Texto ? No lo creemos así. La circunstancia de que la ley confiere al heredero una facultad de opción, traducida en el derecho de quedarse con el inmueble y pagar el valor del legado, no modifica la naturaleza jurídica de éste, ni le hace perder su condición de legado preferido (ver nota 23).

1120/1529

1529.— b) En segundo lugar, deben pagarse los legados remuneratorios. Muchas veces se presentará la duda acerca del carácter del legado. Ejemplo: lego a Juan, mi fiel servidor, la suma de \$ 20.000, luego se comprueba que el beneficiario ha percibido su sueldo hasta el último día. ¿Se trata de una recompensa por los servicios prestados, o de una manda nacida del afecto personal? Estrictamente parecería difícil hablar de legado remuneratorio, pues los servicios han sido ya pagados y el testamento no dice que la manda tiene tal carácter. Sin embargo, la alusión a los servicios prestados nos induce a pensar que deben estimarse remuneratorios, y que gozan, por tanto, de la preferencia legal.

Naturalmente, si se trata de servicios impagos, el beneficiario tendrá derecho a reclamar, no ya el legado, sino el pago de su crédito, con el cual logrará una considerable mejora en el rango de preferencia, pues no sólo se ubicará antes que los legados de cosa cierta, sino también antes que los herederos forzosos y los acreedores del heredero.

Si el legado remuneratorio es de cosa cierta goza del privilegio de estos, dado que el carácter remuneratorio no podría perjudicar al legatario sin grave injusticia (ver nota 24).

1120/1530

1530.— c) Finalmente, se pagarán los restantes legados a prorrata. En esta categoría entran los de cosas indeterminadas, de cantidad de cosas (particularmente los de sumas de dinero),

de créditos, remisión de deuda, derechos reales y de prestaciones periódicas, como los de alimentos y rentas vitalicias, los de acciones (ver nota 25). La circunstancia de que el legado sea con cargo, no le otorga preferencia alguna (ver nota 26).

¿Cómo se hará para prorratar un legado de alimentos o de renta vitalicia con los restantes? Pensamos que será necesario asignarle un valor de capital, para cuyo fin es posible servirse de las tablas que confeccionan las compañías de seguro y capitalización, sobre la base del monto de la renta periódica y la edad del beneficiario. Establecido así el valor venal del legado, se lo prorratará con los restantes y se entregará al beneficiario en forma de capital, no de renta.

1120/1531

1531.— El orden establecido en el artículo 3795 Ver Texto no es imperativo; el titular puede disponer otro, cualquiera sea la naturaleza del legado (ver nota 27). Si él ha podido no hacer el legado de cosa cierta, tanto más podrá disponer que se pague luego de uno remuneratorio, de una suma de dinero, etcétera.

1120/1532

1532. CRÍTICA AL SISTEMA DEL CÓDIGO.— El orden de preferencia establecido en el Código es arbitrario e injusto. Arbitrario, porque no hay razón valedera para señalar preferencias entre las distintas mandas; lo natural y prudente es reducirlas a todas proporcionalmente, tal como lo resuelve la mayor parte de los códigos modernos (italiano, art. 483; suizo, art. 486; peruano, art. 770; alemán, art. 2189; francés, art. 927) (ver nota 28). Injusto, porque puesto a establecer un orden, es inexplicable que los legados remuneratorios sean postergados por los de cosa cierta y que no se haya fijado preferencia ninguna en favor de los alimentos (ver nota 29). Se aduce, es verdad, que el legado de cosa cierta transmite la propiedad desde la muerte del testador, lo que explicaría el trato preferencial (ver nota 30). Pero la razón no es valedera. Lo adquiere de ese modo, pero ello no obsta a su reducción, si hay que completar la legítima o pagar las deudas de la herencia y aun las personales del heredero (salvo el caso de separación de patrimonios); de igual modo, debería admitirse su reducción proporcional, si concurre con otros legados.

Sorprende, pues, que los proyectos de reformas hayan mantenido una disposición tan falta de equidad (Anteproyecto, art. 3317; Proyecto de 1936, art. 2099).

1120/11070

F.— ACCIONES Y MEDIOS DE GARANTÍA DEL LEGATARIO

1120/1533

1533. ACCIONES DEL LEGATARIO.— El legatario tiene contra el heredero las siguientes acciones:

a) Una personal por entrega del legado. Corresponde a todos los legatarios de cosa cierta o indeterminada, o de cantidades de cosas. Los legatarios de crédito o de remisión de deuda pueden pedir los instrumentos o títulos en que consten las obligaciones (art. 3769 Ver Texto); pero, en este caso, la entrega de los mencionados documentos no es esencial para el goce del legado. En efecto: el legatario de crédito tiene ipso jure todas las acciones que correspondían al causante (art. 3786 Ver Texto), y el de remisión de deuda puede oponerse al cobro que contra él intentaren los herederos, le hayan o no devuelto el título de la deuda (arg. art. 3769 Ver Texto).

La cláusula contenida en el testamento según la cual se prohíbe a los legatarios que susciten pleitos, reclamaciones, etcétera, con motivo de los bienes legados, no obsta para que aquéllos demanden lo que les pertenece (ver nota 31); de lo contrario habría que admitir que la voluntad de legar no ha sido seria, ya que se priva al beneficiario de los medios de hacerla efectiva.

1120/1534

1534.— b) Los legatarios de cosa cierta tienen, además de la acción personal, las acciones reales correspondientes al dominio adquirido ipso jure en el instante de la muerte del causante (art.3766 Ver Texto). De ellas, la más importante es la reivindicatoria, que puede ejercerse contra los terceros que la detenten, aun antes de la entrega de la cosa, si bien con citación del heredero (art. 3775 Ver Texto). La citación a juicio del heredero se justifica porque él puede pretender derecho sobre la cosa legada, bien sea por impugnación de la validez de la manda, bien sea por insuficiencia de los bienes restantes para pagar las deudas y satisfacer su legítima.

1120/1535

1535.— Tienen también las acciones posesorias derivadas del dominio (ver nota 32); la transmisión ipso jure de la propiedad lleva consigo el traspaso de la posesión aun antes de la entrega por el heredero que no es más que un simple detentador de ella.

1120/1536

1536.— ¿Puede reivindicarse la cosa contra el heredero que se niega a entregarla? Desde luego, hay que tener presente que el legatario tiene a su disposición una acción personal para lograr la entrega de la cosa; y mientras el heredero no discuta el derecho de propiedad del legatario, no se explicaría la acción reivindicatoria. Pero si aquél adujera que la cosa le corresponde a título propio, y no como sucesor del causante, es obvio que procede la reivindicación (ver nota 33).

1120/1537

1537.— ¿El heredero puede reivindicar la cosa de terceros poseedores? Es preciso distinguir las siguientes hipótesis:

1) Si el legado es de cosa cierta, la acción reivindicatoria corresponde exclusivamente al legatario, puesto que, siendo éste el titular del derecho de propiedad desde el momento mismo de la muerte del causante, el heredero carecería de título para intentarla (ver nota 34). Es claro que si él sostiene, por cualquier motivo, que el legado es inválido o ha caducado, puede reivindicar, con citación del legatario, para que éste también se defienda de su reclamación (ver nota 35).

2) En cambio, si el legado es alternativo, el heredero podría reclamarlo de terceros mientras no se hubiera llevado a cabo la opción.

1120/1538

1538.— c) Otras acciones: En caso de pérdida o deterioro de la cosa, imputable al heredero, el legatario tiene una acción por reparación de los daños y perjuicios (ver nota 36); si el causante hubiera dejado la cantidad y la oportunidad de entrega librada al criterio del heredero, el legatario tiene acción para reclamar la fijación judicial de la cantidad y el plazo (véase nº 1450); si se trata de servidumbres, tiene la acción confesoria (ver nota 37).

1120/1539

1539. MEDIOS DE GARANTÍA.— Las garantías más importantes de que goza el legatario son las siguientes:

a) Puede pedir la separación de patrimonio (art. 3436 Ver Texto) a fin de evitar que los acreedores de los herederos sean pagados antes que él.

b) Puede embargar preventivamente los bienes de la herencia. En efecto: el artículo 3773 Ver Texto autoriza al legatario bajo término o condición suspensiva a ejercer los actos conservatorios de sus derechos; con tanta mayor razón podrán hacerlo los legatarios puros y simples. Además, el caso encuadra dentro de los términos del artículo 209 Ver Texto , inciso 2º, Código Procesal, pues se trata de un crédito documentado en un instrumento que, después de protocolizado, tiene autenticidad (ver nota 38).

Es claro que este embargo no impedirá la liquidación de los bienes sucesorios y el pago de las deudas u otros legados que tengan preferencia; se trará, pues, al solo efecto de asegurar los legítimos derechos del legatario, pero sin obstruir el proceso de liquidación.

El legatario podrá embargar inclusive los bienes personales del heredero, si hubiera aceptado la herencia pura y simplemente, puesto que entonces su responsabilidad es personal (art. 3776 Ver Texto).

c) Se le reconoce derecho a intervenir en el juicio sucesorio en lo que atañe a la defensa de sus intereses (véase nº 1540).

d) Tiene derecho a intervenir en los pleitos en que se ataca la validez del testamento que contiene el legado (art. 3862 Ver Texto); es nula la sentencia que declara la nulidad sin intervención de los legatarios, siendo insuficiente la citación por edictos (ver nota 39).

e) En cuanto a la garantía de evicción, remitimos al número 1525.

1120/1540

1540. INTERVENCIÓN EN EL JUICIO SUCESORIO.— La cuestión de la intervención del legatario particular en el juicio sucesorio ha dado lugar a una nutrida jurisprudencia, un tanto vacilante. Los tribunales han sentado como regla general el principio de que los legatarios particulares no son parte en el juicio sucesorio (ver nota 40), con las siguientes salvedades: a) Debe aceptarse su personería para vigilar los actos que puedan importar la disminución del legado, tales, por ejemplo, el pago de deudas del causante (ver nota 41); o para defender su derecho (ver nota 42). b) Igual solución debe admitirse si aquél ha repartido todos sus bienes en legados particulares (ver nota 43) o si el único legado, en

razón de las deudas, absorbe prácticamente la totalidad de la herencia (ver nota 44); en tales casos los herederos legítimos no pueden abrir la sucesión ab intestato y es a los legatarios a quienes corresponde la tramitación del juicio testamentario (véase nº 1343 bis y jurisprudencia allí citada). c) También puede presentarse a reclamar la entrega de su legado (sobre las costas de su actuación judicial, véase nº 1508).

No pueden iniciar el juicio sucesorio, a menos que los herederos se muestren inactivos (ver nota 45).

(nota 1) De acuerdo: ZANNONI, t. 2, § 1387.

(nota 2) FORNIELES, t. 1, nº 263; ZANNONI, t. 2, § 1387.

(nota 3) C. Civil 1ª Cap., 31/5/1935, J.A., t. 50, p. 503; de acuerdo: FORNIELES, t. 2, nº 263; ZANNONI, t. 2, § 1387; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, nº 959; PÉREZ LASALA, t. 2, nº 457.

(nota 4) C. Civil 1ª Cap., 13/7/1926, J.A., t. 21, p. 125.

(nota 5) FORNIELES, t. 2, nº 263, c.

(nota 6) C. Civil 1ª Cap., 26/4/1939, J.A., t. 66, p. 154 y L.L., t. 14, p. 832; C. Civil 2ª Cap., 13/3/1931, J.A., t. 35, p. 343, id., 22/5/1939, J.A., t. 66, p. 667; id., 28/12/1945, J.A., 1946-I, p. 869. PÉREZ LASALA opina que los frutos se deben desde la elección de la cosa, t. 2, nº 480.

(nota 7) GATTI, De las mandas o legados, nº 272.

(nota 8) MACHADO, t. 10, p. 194, nota; DE GÁSPERI, t. 4, nº 629; Anteproyecto de BIBILONI, art. 3306.

(nota 9) LAFAILLE, t. 2, nº 568.

(nota 10) MACHADO, t. 10, p. 198, nota; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, nº 1516; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, nº 1873 y jurisprudencia allí citada.

(nota 11) En las legislaciones que admiten que el gravado pueda ser incluso un legatario particular no hay, desde luego, ningún inconveniente en que el causante ponga el legado a cargo de uno solo de los herederos; aun en el derecho francés lo admite así JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1516, in fine.

(nota 12) MACHADO, t. 10, p. 198, nota.

(nota 13) FORNIELES, t. 2, n° 230.

(nota 14) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1108.

(nota 15) GATTI, De las mandas o legados, n° 286; PACIFICI-MAZZONI, t. 7, n° 52, p. 131.

(nota 16) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 1120; SEGOVIA, t. 2, nota 63, p. 633.

(nota 17) FASSI, loc. cit., en nota anterior; AUBRY y RAU, t. 6, § 722.

(nota 18) En contra: ZANNONI, t. 2, § 1453 y nota 214.

(nota 19) FASSI sostiene que no habiendo pedido la separación de patrimonios, los legatarios tienen un rango igual, no inferior al de los acreedores del heredero (Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1147).

(nota 20) ZANNONI, t. 2, § 1450; FORNIELES, t. 2, núms. 274 y 299, autor que cita en su apoyo a MANRESA, t. 6, n° 599 y a SÁNCHEZ ROMAN, t. 6, p. 1316.

(nota 21) Esta razón de justicia, y la idea de que el art. 3795 Ver Texto debe ser interpretado restrictivamente, movió a la C. Civil Cap., Sala A, a declarar que el legado de acciones, aunque sean indeterminadas, es de cosa cierta (24/2/1960, L.L., t. 98, p. 246, con nota en desacuerdo de BENDERSKY); en igual sentido, Sala F, 6/4/1961, causa 67.825 (inédita). De acuerdo con nuestra opinión: PÉREZ LASALA, t. 2, n° 443.

(nota 22) FORNIELES, t. 2, nº 299.

(nota 23) GATTI, De las mandas o legados, nº 265 ter; MACHADO, t. 10, p. 154. En contra, juzgando que hay legado de cantidades de cosas, FORNIELES, t. 2, nº 299.

(nota 24) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, nº 1168.

(nota 25) C. Civil Cap., Sala A, 24/2/1960, L.L., t. 98, p. 246.

(nota 26) C. Civil 2ª Cap., 31/8/1936, J.A., t. 55, p. 562.

(nota 27) La doctrina es unánime: FORNIELES, t. 2, 1, 301; ZANNONI, t. 2, § 1449; GANGI, La successione testamentaria, t. 2, nº 478, in fine; art. 2189, Cód. Civil alemán; art. 927, Cód. Civil francés; Proyecto de Reformas de 1936, art. 2099.

(nota 28) En los dos códigos señalados en último término no se fija expresamente la regla de la reducción a prorrata, sino que disponen que el causante puede fijar el orden de prelación, lo que se ha interpretado en el sentido de que si no lo hace, deben reducirse a prorrata (KIPP, Sucesiones, t. 2, § 112, p. 199; DEMOLOMBE, t. 21, nº 661; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, nº 1727; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, nº 104). De acuerdo con nuestra crítica, MAFFÍA, t. 3, nº 1320.

(nota 29) El Código mexicano reconoce la prioridad de los legados remuneratorios y confiere también un rango preferencial, inmediatamente después de los de cosa cierta, a los legados de alimentos o educación (art. 1414); semejante es el sistema español (art. 887). El Código chileno establece este rango: 1) legados de alimentos hechos a personas respecto de las cuales el testador está legalmente obligado; 2) mejoras hechas a los descendientes legítimos; 3) legados de obras pías o de beneficencia; 4) los expresamente exonerados por el testador de contribuir al pago de deudas; 5) los que recaen sobre una cosa dada en vida por el testador al legatario; 6) los restantes a prorrata.

(nota 30) MACHADO, t. 10, nº 237, texto.

(nota 31) Así lo decidió el Supremo Tribunal de España, 13/10/1903, cit. por DÍAZ CRUZ, Los legados, p. 599.

(nota 32) De acuerdo: GATTI, De las mandas o legados, nº 291 bis; GANGI, La

successione testamentaria, t. 2, n° 464; MESSINEO, t. 7, § 199, n° 15. En contra: MACHADO, t. 10, p. 178, nota y PÉREZ LASALA, t. 2, n° 452, quienes reputan que estas acciones no pueden ejercerse mientras no se ha tenido posesión efectiva.

(nota 33) MACHADO, t. 10, p. 176; GATTI, De las mandas o legados, n° 291.

(nota 34) MACHADO, t. 10, p. 178, nota; GATTI, De las mandas o legados, n° 290, 4.

(nota 35) MACHADO, loc. cit., en nota anterior.

(nota 36) GANGI, La successione testamentaria, t. 2, n° 463.

(nota 37) JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1516, 1.

(nota 38) C. Civil Cap., Sala A, 2/9/1952, causa 7992 (inérita).

(nota 39) C. Civil Cap., Sala A, 29/12/1967, L.L., t. 130, p. 432, con nota de LEZANA.

(nota 40) C. Civil de la Capital en pleno, 29/8/1916, J.A., t. 5, p. 49.

(nota 41) Sup. Corte Buenos Aires, 28/4/1953, L.L., t. 70, p. 667.

(nota 42) C. Civil 2ª Cap., 16/5/1927, J.A., t. 30, p. 886.

(nota 43) C. Civil 1ª Cap., 20/5/1925, J.A., t. 20, p. 1935; Sup. Corte Buenos Aires, 31/7/1945, J.A., 1945-IV, p. 226.

(nota 44) C. Civil 1ª Cap., 20/2/1925, J.A., t. 25, p. 853.

(nota 45) C. Civil Cap., Sala C, 18/9/1956, L.L., t. 85, p. 160; C. Apel. 1ª Mercedes, 6/12/1955, L.L., t. 86, p. 570 y J.A., 1956-II, p. 303.

1120/11080

§ 4.— Responsabilidad del legatario por las deudas del causante

1120/11090

A.— SUCESIÓN SOLVENTE

1120/1541

1541. EL PRINCIPIO.— Cuando la sucesión es solvente, los legatarios no son responsables por las deudas y cargas que ocasione (art. 3796 Ver Texto). En otras palabras, estas obligaciones pesan sobre los herederos y legatarios de cuota, pero no sobre los legatarios particulares. No importa que las deudas y cargas sumadas a los legados absorban la totalidad del acervo sucesorio: nadie tocará al heredero, que queda convertido en un mero liquidador de la herencia, si es que se le da intervención en ella (ver nota 1). Esta disposición se explica porque, mientras no haya herederos forzosos, el testador ha podido distribuir todos sus bienes entre personas que carecen de vocación sucesoria legítima y puede hacerlo a título de institución hereditaria o de simple legado (ver nota 2).

1120/1542

1542.— Por cargas de la sucesión se entienden los gastos necesarios devengados con motivo de la muerte del causante (sepelio, partición, honorarios, etc.).

1120/1543

1543. CASOS EN QUE EL LEGATARIO ES RESPONSABLE.— Aun siendo solvente la sucesión, el legatario responde por las deudas del causante en las siguientes hipótesis:

a) Cuando el testador así lo ha dispuesto en el propio testamento (art. 3798 Ver Texto in fine) (ver nota 3). La voluntad del causante es soberana; puede disponer que el legatario afrontará las deudas proporcionalmente al valor agregado, o hasta cierto límite.

b) Cuando la deuda grava con un derecho real de garantía (hipoteca, prenda, anticresis, etc.)

la cosa legada (véase núms. 1443 y sigs.).

c) Cuando las deudas forman parte de un complejo de bienes legado como conjunto; por ejemplo, el legado de un fondo de comercio, de una sociedad, de una herencia recibida por el causante, o de una parte de ella (ver nota 4). En cambio, si la deuda ha sido contraída en razón de la adquisición o mejora de un bien particular, ella pesa sobre la sucesión (art. 3796 Ver Texto); tal ocurre si el causante lega una cosa comprada a plazos y a su muerte quedan impagas algunas cuotas. Hay casos dudosos; supongamos que el causante ha legado una estancia, con todos sus accesorios; que tenía abierta una cuenta corriente en alguna casa proveedora de implementos agrícolas (lo que es frecuente), cuenta que a su muerte arrojaba un saldo deudor. ¿La deuda pesa sobre la sucesión o sobre el legatario? Pensamos que una razón de equidad obliga a hacerla pesar sobre éste; en el fondo, un establecimiento agrícola-ganadero es una verdadera empresa comercial y, como tal, asimilable al legado de un fondo de comercio. Con todo, la cuestión es dudosa frente a los términos del artículo 3796 Ver Texto .

d) Cuando de la naturaleza misma del legado se desprenda la obligación de pagar otros legados; por ejemplo, si a Juan se lega una viña y a Pedro se lega la cosecha que ella produzca en 1995; si al primero se lega un inmueble y al segundo un derecho de servidumbre sobre el mismo.

En todos estos casos, la responsabilidad del legatario está limitada al valor de los bienes; el legatario incluso puede hacer abandono de la cosa legada (arts. 3774 Ver Texto y 1854 Ver Texto).

1120/11100

B.— SUCESIÓN INSOLVENTE

1120/1544

1544. PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL LEGATARIO.— Ordinariamente y siguiendo el proceso normal de liquidación de bienes de la herencia, el heredero pagará primero las deudas y cargas, y luego los legados, en el orden establecido en el artículo 3795 Ver Texto . Y si pagadas las deudas, los bienes no alcanzaren a cubrir los legados, es obvio que éstos se pagarán parcialmente, en la medida que aquéllos alcancen. No hay en esta hipótesis problema de responsabilidad del legatario, sino de reducción de su legado para satisfacer esas obligaciones. Pero puede ocurrir que aquél ya haya sido pagado, sea por imprevisión del heredero, por cálculo erróneo, o porque más tarde han aparecido

nuevas deudas. Para que surja la responsabilidad del legatario, es menester, pues, que haya sido abonado antes que los acreedores o que otros legatarios de rango preferente o igual al suyo; o bien que se trate de un legado de remisión de deuda, en los cuales no se plantea el problema de la entrega.

1120/1545

1545. LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD.— El legatario sólo es responsable por el valor de la cosa legada; carece de responsabilidad ultra vires (art. 3501 Ver Texto). Más aún, tiene derecho a hacer abandono de la cosa, para eludir el pago de las cargas y deudas (arts. 3774 Ver Texto y 1854 Ver Texto). Es claro que si la cosa se hubiera deteriorado en su poder y por su culpa, no cumplirá con el abandono, sino que tendrá que completar el valor recibido.

1120/1546

1546.— Los legatarios responden en proporción de sus respectivos legados (art. 3501 Ver Texto). Pero supongamos que uno de ellos resulta insolvente. ¿Son responsables por su parte los restantes legatarios?

Veamos un ejemplo: el causante ha hecho dos legados de \$ 100.000 cada uno, que han sido entregados a sus destinatarios; la deuda impaga suma \$ 100.000. La cuestión es saber si el acreedor puede reclamar íntegramente esa suma del legatario no insolvente, o sólo puede exigirle la mitad. Aunque la cuestión es dudosa, nos inclinamos por la última solución; en primer término, porque el artículo 3501 Ver Texto dice que los legatarios contribuyen en proporción de cada legado y aunque el caso de insolvencia no está expresamente previsto, no vemos una razón decisiva para apartarse de esa solución. Hay que tener presente, además, que si la sucesión se hubiera liquidado siguiendo el orden normal (primero pago de las deudas, luego de los legados), el legatario hubiera recibido, en nuestro ejemplo, \$ 50.000. Si no se siguió tal orden es, o bien por una negligencia del propio acreedor que no se presentó a tiempo en la sucesión (en cuyo caso no es justo que su incuria perjudique al legatario), o bien por culpa del heredero que se apresuró indebidamente a pagar los legados (en cuyo caso, el acreedor deberá dirigir su acción contra él —arg. art. 3402 Ver Texto —, y no contra el legatario) (ver nota 5).

1120/1547

1547. EL LEGATARIO RESPONDE CON EL VALOR DE LOS BIENES.— El legatario

no responde con la cosa legada misma, sino por su valor (art. 3501 Ver Texto). De lo contrario, si aquélla perece en manos del legatario (que la ha enajenado, destruido, deteriorado) se vería exento de responsabilidad, lo que no es justo.

De lo dicho se desprende que la acción del acreedor contra el legatario no es una acción de nulidad del pago hecho por el heredero, sino de contribución al pago de las deudas del causante (ver nota 6).

1120/1548

1548. INSOLVENCIA POSTERIOR A LA APERTURA DE LA SUCESIÓN.— Puede ocurrir que la sucesión sea solvente en el momento de abrirse; pero que luego caiga en insolvencia por pérdida o disminución del activo. Supongamos ahora que los legatarios hayan sido pagados antes que se produjera la falencia. ¿Pueden los acreedores hereditarios reclamar de ellos la contribución al pago de sus créditos? Algunos autores les niegan tal derecho, sosteniendo que la acción de los acreedores no puede prosperar más que cuando el pago es indebido y que sólo tiene ese carácter cuando, en el momento de hacerse, no había bienes para abonar todas las deudas (ver nota 7). No compartimos tal opinión. Hemos dicho ya que la acción de los herederos no es de nulidad, sino de contribución al pago de las deudas. Es, pues, irrelevante la circunstancia de que el heredero haya procedido de acuerdo a derecho al hacer el pago, circunstancia que, por el contrario, sería decisiva si se tratara de una acción de nulidad. Aquí se trata de un principio elemental de equidad y justicia, que quiere que se respete la preferencia de los acreedores. Lo primero será que éstos satisfagan sus créditos; luego habrá lugar para las liberalidades.

De más está decir que si aún no hubieran cobrado ni los acreedores ni los legatarios, los bienes se liquidarán en el orden establecido en el artículo 3795 Ver Texto .

1120/1549

1549. LA ACCIÓN CONTRA LOS LEGATARIOS ES SUBSIDIARIA.— La obligación de pagar las deudas pesa, en primer lugar, sobre los herederos; en consecuencia, los acreedores no podrán demandar a los legatarios sin antes justificar la insolvencia de los primeros (ver nota 8).

Hay una inversión de este orden (siendo en consecuencia principal la responsabilidad del legatario y subsidiaria la del heredero), cuando el legado consiste en un complejo de bienes y deudas tales como un fondo de comercio, una sucesión, etcétera (véase nº 1543); o en una cosa gravada con derecho real de garantía (véase nº 1543).

1120/1550

1550. PRESCRIPCIÓN.— La acción de los acreedores para reclamar de los legatarios el valor de los bienes recibidos prescribe a los tres años contados desde que la cosa les fue entregada (art. 3398 Ver Texto).

1120/1551

1551. RESPONSABILIDAD FRENTE A LOS COLEGATARIOS.— Si el legado se hubiera entregado sin respetar el orden o el prorrateo establecido por el artículo 3795 Ver Texto , los legatarios afectados tienen el derecho de reclamar el reintegro del valor recibido. Como en el caso de los acreedores, su acción es subsidiaria, pues el obligado en primer término es el heredero.

Algunas veces la naturaleza del legado impone a un legatario particular una responsabilidad directa frente al colegatario; tal ocurre si se hubiera legado una estancia a una persona y el producido de ella durante uno o dos años a otra; o si se legara a una cierto inmueble y a otra un derecho real sobre él, tal como una servidumbre, etcétera.

1120/1552

1552. RESPONSABILIDAD FRENTE AL HEREDERO.— Eventualmente, el legatario es responsable frente al heredero por los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa, en el tiempo intermedio entre la apertura de la sucesión y la entrega. Las relaciones entre ambos se rigen por los principios generales inherentes a la posesión de mala fe, puesto que el heredero sabe que la cosa no le pertenece (véase arts. 2435 Ver Texto y sigs.).

El problema asume considerable importancia cuando la tenencia de la cosa en poder del heredero se prolonga en razón de que el legado ha sido hecho bajo término o condición suspensiva. Entonces será necesario aplicar los principios aludidos en otro lugar (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 1083 y sigs.).

(nota 1) Decimos si es que se le da intervención en ella porque, en efecto, la jurisprudencia ha resuelto que cuando los legados absorben la totalidad del acervo, el heredero legítimo no forzoso no es parte en el sucesorio (Sup. Corte Buenos Aires, 31/7/1945, J.A., 1945-IV, p. 226). Distinta debe ser la solución si el heredero fuera

testamentario.

(nota 2) GATTI (De las mandas o legados, n° 304) impugna esta solución, que es prácticamente universal, sosteniendo que lo razonable sería hacer pesar las deudas y cargas proporcionalmente entre los legatarios y herederos. No nos parece justo, pues mejor se cumple la voluntad del causante dando cumplimiento a las cláusulas concretas y expresas de su testamento, que imponen al heredero la obligación de entregar tal o cual cosa. Sin dejar de considerar que a veces el sistema conduce a soluciones injustas; como ocurre, por ejemplo, cuando por circunstancias evidentemente no previstas por el causante y quizá posteriores a su muerte, se produce la insolvencia de la sucesión; el heredero instituido queda privado de todo derecho sobre los bienes, lo que no estuvo seguramente en la intención del testador.

(nota 3) Esta disposición se refiere únicamente al caso de contribución al pago de los legados; pero es obvio que debe aplicarse también a las deudas. Es una solución admitida sin discrepancia alguna: GATTI, De las mandas o legados, n° 305; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1524; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 663; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1876; MESSINEO, t. 7, § 199, n° 11, GANGI, La successione testamentaria, t. 2, n° 470.

(nota 4) De acuerdo: MACHADO, t. 10, p. 241; GATTI, De las mandas o legados, n° 306; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1524; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 2, n° 2574; MARCADÉ, t. 4, n° 146; DEMOLOMBE, t. 21, n° 657; GANGI, La successione testamentaria, t. 2, n° 470.

(nota 5) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 2, n° 448. El Código uruguayo, art. 1175, lo dispone expresamente.

(nota 6) GATTI, De las mandas o legados, n° 310.

(nota 7) GATTI, De las mandas o legados, n° 311 y autores que él cita en su nota 673; FABRES, p. 133; IRURETA GOYENA, t. 3, n° 257; B. ERRAZURIS, t. 5, p. 399. A nuestro modo de ver, la tesis de GATTI es contradictoria con la opinión que también sostiene que la acción de los acreedores no es de nulidad, sino simplemente de contribución al pago de las deudas.

(nota 8) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 2, n° 450; GATTI, De las mandas o legados, n° 310, 3.

1120/11110

§ 5.— Derecho de acrecer (ver nota 1)

1120/1553

1553. CONCEPTO.— Derecho de acrecer es el que permite a los legatarios, en virtud de la voluntad presunta del causante, aprovechar de la parte de su colegatario, cuando éste no quiere o no puede recogerla (véase art. 3811 Ver Texto).

Según un concepto difundidísimo en la doctrina y que el propio VÉLEZ acoge en la nota al artículo 3812 Ver Texto , más que un acrecimiento hay un no decrecimiento. Dicha idea se explica de la siguiente forma: el ejercicio de esta facultad supone que la cosa legada lo ha sido íntegramente a cada uno de los colegatarios; si ellos no pueden hacer efectivo su derecho al todo, es porque se les opone otro derecho igual; pero, desaparecido este obstáculo por renuncia o incapacidad del colegatario, aquél se ejerce plenamente (ver nota 2). La idea no es inexacta; pero adolece de los inconvenientes de las explicaciones demasiado sutiles y complicadas, y no ha conseguido desplazar la clásica. La idea del acrecimiento es más directa y tan verdadera como la otra; la institución sigue llamándose derecho de acrecer.

1120/1554

1554.— Antes de seguir adelante, conviene hacer una observación respecto del método seguido por nuestro Código. Trata conjuntamente el derecho de acrecer de los herederos y los legatarios. Es un error; el heredero siempre lo tiene; en razón de la naturaleza misma de su vocación sucesoria; en cuanto a los legatarios de cuota, nunca lo tienen, pues el asignatario de una parte de la herencia con derecho de acrecer es un heredero, por más que el testamento lo llame legatario (véase n° 1338) (ver nota 3).

En consecuencia, las disposiciones de los artículos 3810 Ver Texto y siguientes sólo tienen interés respecto de los legados particulares.

1120/1555

1555. CARÁCTER EXCEPCIONAL.— Es necesario decir que el derecho de acrecer entre los colegatarios tiene carácter excepcional; la regla es que la caducidad del legado aprovecha a los herederos (art. 3809 Ver Texto). Sólo la voluntad del causante puede

impedir el pleno vigor de este principio. Esa voluntad puede ser expresa, lo que ocurre cuando el testador ha dispuesto explícitamente que la caducidad del legado beneficiará a los colegatarios y no a los herederos; o bien tácita, cuando la ley presume, por la forma en que ha sido hecho el legado, o por el objeto sobre el cual recae, que la intención del testador ha sido beneficiar a los colegatarios y no a los herederos. De esta última hipótesis nos ocuparemos en los párrafos siguientes.

1120/11120

A.— CUANDO TIENE LUGAR EL ACRECIMIENTO

1120/1556

1556. **DISTINTOS CASOS.**— Aparte de la hipótesis de que el causante haya dispuesto expresamente el derecho de acrecer entre los colegatarios, estos lo gozan en los siguientes casos:

a) **Conjunción re e verbis.** Hay acrecimiento cuando varios legatarios son llamados conjuntamente a la misma cosa, por el total y sin asignación de partes (arts. 3812 Ver Texto y 3813). Por ejemplo: lego a Pedro y Juan mi campo de Córdoba. Si, por el contrario, el testamento dijera: lego a Juan un tercio y a Pedro dos tercios de mi campo de Córdoba, no hay acrecimiento, porque la cláusula contiene asignación de partes (ver nota 4). Esta conjunción era llamada por los romanos re e verbis, porque existía en la cosa (mismo objeto) y en las palabras (misma cláusula testamentaria).

1120/1557

1557. b) **Conjunción re tantum.**— También hay acrecimiento cuando el mismo objeto es legado, sin asignación de partes, a varios colegatarios (art. 3813 Ver Texto); por ejemplo, lego mi campo de Córdoba a Juan; también lo lego a Pedro. No importa que el legado haya sido hecho por disposiciones separadas del mismo acto, y aun por distintos testamentos (art. 3816 Ver Texto). Claro está que si en el segundo testamento se lega a Pedro lo que en el primero se legó a Juan, este legado queda revocado. Pero puede ocurrir que el segundo testamento deje a salvo o confirme el primer legado sin perjuicio de atribuir la misma cosa a Pedro. Tampoco interesa que la cosa sea o no divisible (art. citado) (ver nota 5).

1120/1558

1558. c) Conjunción verbis tantum.— Esta conjunción tiene lugar cuando el causante ha legado una cosa por la misma cláusula testamentaria, pero asignando partes; por ejemplo: lego la mitad de mi campo a Pedro y la otra mitad a Luis. La regla es que no hay acrecimiento (art. 3814 Ver Texto). Pero la cuestión se complica cuando la cláusula deja una misma cosa a varias personas, estableciendo que todas tendrán partes iguales. ¿Hay o no derecho de acrecer? Ello ha dado lugar a una larga polémica doctrinaria, que VÉLEZ SARSFIELD quiso resolver con una infortunada disposición, el artículo 3815 Ver Texto , que deja las cosas tan oscuras como antes.

1) Según algunos, si el testador ha dicho “lego tal fundo por partes iguales” ha hecho asignación de partes y por consiguiente no hay acrecimiento; en cambio, si ha dicho “lego tal fundo a Juan y a Pedro para que lo partan por partes iguales” habría derecho de acrecer, porque aquí sólo se contempla la ejecución del legado (ver nota 6). A esta opinión se adscribió VÉLEZ, estableciendo en el artículo 3815 Ver Texto que la asignación de partes que sólo tengan por objeto la ejecución del legado, o la partición entre los legatarios de la cosa legada en común, no impide el derecho de acrecer. Es una distinción sutil, propia de los juristas que se complacen en partir un cabello en dos. Si de lo que se trata es de interpretar la voluntad del causante, hay que reconocer que los que redactan un testamento no tienen tanta fineza mental. Para ilustrar su pensamiento, dice en la nota que si la cláusula dijera “para que gocen y dispongan de mis bienes por partes iguales”, esta cláusula accesoria no impediría el derecho de acrecer. Pero el concepto sigue siendo oscuro.

2) Algunos autores han pulido la idea, sosteniendo que el juez debe examinar el conjunto de la disposición y dilucidar si la asignación de partes es principal y dispositiva, en cuyo caso no hay acrecimiento, o si es accesoria o reglamentaria, en cuyo caso lo hay (ver nota 7). Es una opinión más aceptable, no tanto por su mayor claridad, pues la distinción sigue siendo sutil, sino porque en definitiva deja enteramente librada al juez la interpretación de la cláusula.

3) Por nuestra parte, pensamos que no es posible atarse a las palabras ni a las ideas preconcebidas. Lo único esencial es la interpretación de la voluntad del causante; y esa interpretación surgirá, no sólo del detalle de las palabras empleadas, sino de todo el contexto del testamento y de las circunstancias del caso, de las relaciones entre el causante y los colegatarios, del fundamento de la manda, etcétera. Pero es indudable que el atribuir una cosa a dos o más personas por partes iguales no impide el derecho de acrecer. Es igual decir: dejo a Juan y a Pedro mi campo de Azul por partes iguales, o para que se lo dividan por partes iguales. Para cualquier testador que no sabe de discusiones bizantinas, pero que tiene sentido común, lo mismo da decir una cosa que otra. La intención ha sido idéntica, la solución debe ser igual. En principio, pues, hay que reconocer en todos los casos el derecho de acrecer (ver nota 8). El artículo 3815 Ver Texto no es un obstáculo insalvable para la solución que propugnamos, pues se trata de una norma supletoria, que cede ante la voluntad del causante (art. 3819 Ver Texto); y, por tanto, si el juez está convencido de que esa voluntad ha sido la de establecer el derecho de acrecer, debe hacerla privar sobre el aludido

texto.

Muy distinto es decir: lego un tercio de mi campo a Juan y dos tercios a Pedro; o lego a Juan la parte que está al Sur de la vía ferroviaria y a Pedro la que está al Norte; o lego a Juan la mitad Este y a Pedro la mitad Oeste. En todos estos casos hay un legado perfectamente diferenciado.

1120/1559

1559. LEGADO DE USUFRUCTO.— Lo dicho en los números anteriores se aplica a cualquier legado y no solamente a los que transfieren la propiedad; incluso, claro está, el de usufructo. Por tanto, si un legado de usufructo ha sido hecho conjuntamente a dos o más personas y una de ellas no quiere o no puede recibirlo, su parte acrece la de las demás. ¿Pero qué ocurre si, después de aceptado por todos, uno de ellos muere? ¿Su parte acrece la de los colegatarios o se consolida con la nuda propiedad? La cuestión, que ha dado lugar a debates doctrinarios y a distintos sistemas legislativos (ver nota 9), ha sido resuelta por nuestro Código en el sentido de que el derecho de usufructo se consolida con la nuda propiedad, a menos que el testador haya manifestado expresa o implícitamente su intención de que el usufructuario sobreviviente goce de la integridad del usufructo (art. 3818 Ver Texto). Digamos de paso que esta norma en cuanto dispone, como principio, que el derecho del usufructuario fallecido se consolida con la propiedad, no se compagina con la idea de que el derecho de acrecer es en realidad un no decrecimiento (véase nº 1553); pues, en efecto, si lo que lo caracteriza es una vocación al todo, la falta de uno de los legatarios debería beneficiar a los otros. Empero, creemos que la solución del Código es práctica y se adecua mejor al interés social de no desmembrar la propiedad.

La misma solución es aplicable al caso de que uno de los usufructuarios renuncie a su derecho o lo pierda por incumplimiento de la condición o cargo.

1120/1560

1560. CASO DE SUSTITUCIÓN.— La circunstancia de que el testador haya designado a alguien sustituto de un legatario, no impide el derecho de acrecer pero ambas instituciones funcionan sucesivamente: si uno de los colegatarios no puede o no quiere aceptar, lo reemplaza su sustituto; entre éste y los demás colegatarios, funciona el derecho de acrecer (art. 3817 Ver Texto y su nota).

1120/1561

1561. CARÁCTER SUPLETORIO DE LAS NORMAS SOBRE ACRECIMIENTO.— Todas las normas relativas al acrecimiento son supletorias de la voluntad del causante; en consecuencia, habrá derecho de acrecer, aunque se trate de legados con asignación de partes o aun sobre cosas diversas, si así lo dispone el causante: por ejemplo, lego a Juan mi casa y a Pedro mi estancia, con derecho a acrecer entre ambos; y por el contrario no lo habrá, aunque el legado sea conjunto: por ejemplo, lego a Pedro y a Juan mi estancia, sin derecho de acrecer entre ellos. Así lo dispone el artículo 3819 Ver Texto .

No es preciso que la palabra acrecer sea usada por el causante de modo expreso, sea para consagrar el derecho o para excluirlo; basta que su voluntad en ese sentido esté claramente formulada, como podría resultar de la expresión del deseo que la parte o el legado hecho a unos beneficie, mejore, aumente o pase a los otros, en caso de que uno no pueda o no quiera aceptar (ver nota 10).

1120/11130

B.— EFECTOS

1120/1562

1562. PRINCIPAL EFECTO.— El efecto fundamental del derecho de acrecer es que la parte del colegatario excluido pasa a engrosar la de los otros.

¿El acrecimiento se opera ipso jure, por efecto de la exclusión del colegatario, o es necesaria la aceptación del que ve acrecida su porción? Aunque la cuestión se discute (ver nota 11), nos parece que el acrecimiento de pleno derecho se conforma mejor con la idea de la vocación al todo de los colegatarios. De cualquier modo, la cuestión no tiene mayor importancia práctica en nuestro derecho, que presume la aceptación de los legatarios, tanto más cuanto que la responsabilidad eventual por las cargas está limitada al valor de lo recibido.

1120/1563

1563.— La porción vacante se divide entre todos los otros colegatarios en proporción a la parte que cada uno está llamado a tomar en el legado (art. 3820 Ver Texto).

1120/1564

1564. CARGOS.— El acrecimiento impone a los legatarios que se benefician con él la obligación de cumplir las cargas que les estaban impuestas (art. 3821 Ver Texto); salvo que fueran de naturaleza meramente personal que, desde luego, no pasan a los colegatarios (art. 3822 Ver Texto).

1120/1565

1565. TRANSMISIÓN DEL DERECHO DE ACRECER.— Los colegatarios a cuyo favor se abre o puede abrirse el derecho de acrecer, lo transmiten a sus herederos con las porciones que en el legado les pertenecen (art. 3823 Ver Texto). Una cosa es, en efecto, que el legatario no haya podido o querido aceptar, en cuyo caso hay acrecimiento en favor de los colegatarios; y otra que, habiendo podido hacerlo y no habiendo manifestado su voluntad de repudiarlo, haya fallecido. En este caso, su porción en la cosa pasa a los herederos, conjuntamente con su derecho de acrecer.

El nuevo Código italiano ha aceptado expresamente la idea del acrecimiento ipso jure (art. 676) siguiendo la opinión dominante de los comentaristas del viejo Código.

1120/11550

1565 bis. EXTINCIÓN DEL DERECHO DE ACRECER.— El derecho de acrecer se extingue cuando todos los herederos o legatarios han aceptado la herencia o legados (ver nota 12).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: FASSI, Derecho de acrecer, L.L., t. 92, p. 845; BELTRÁN DE HEREDIA, El derecho de acrecer, Madrid, 1956; ROCA SASTRE, El llamado derecho de acrecer, en Estudios de Derecho Privado, Madrid, 1948, t. 2, p. 217 y sigs.

(nota 2) GATTI, De las mandas o legados, nº 389; DEMOLOMBE, t. 21, p. 364; MARCADÉ, t. 4, nº 191; DE RUGGIERO, t. 3, p. 562; POLACCO, t. 1, p. 376.

(nota 3) Hay sin embargo un supuesto excepcional en que el legatario de cuota, sin revestir el carácter de heredero tiene derecho de acrecer: lo tiene si dos o más legatarios fueren instituidos en la misma alicuota; C. Civil Cap., Sala C, 1/4/1980, E.D., t. 88, p. 477; ZANNONI, t. 2, § 1312, nota 205.

(nota 4) Es claro que si luego de asignar la parte de cada legatario al testamento agrega “con derecho de acrecer entre ellos, debe reconocerse este derecho, pues en suma se trata de un problema de interpretación de la voluntad del testador.

(nota 5) De acuerdo: ZANNONI, t. 2, § 1313, nota 207; PÉREZ LASALA, t. 1, n° 221; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 1, n° 549.

(nota 6) AUBRY y RAU, t. 7, § 726; TROPLONG, t. 4, núms. 2174 y sigs.; DURANTON, t. 9, n° 507; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1747.

(nota 7) DEMOLOMBE, t. 2, n° 373; MARCADÉ, t. 4, n° 195; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 731; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 2, n° 2907.

(nota 8) De acuerdo: FORNIELES, t. 2, n° 319; GOYENA COPELLO, t. 2, p. 295. Véanse las críticas de DE GÁSPERI, coincidentes con las nuestras, al art. 3815 (t. 4, n° 637). El art. 944, Cód. Civil venezolano y el art. 983, Cód. Civil español, establecen explícitamente que la expresión “por parte iguales” no impide el derecho de acrecer.

(nota 9) De acuerdo con la solución del art. 3818: AUBRY y RAU, t. 6, § 717; DEMOLOMBE, t. 22, n° 389; TOULLIER, t. 2, art. 1044, p. 93, n° 8; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 2, n° 2923; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1748. Por el acrecimiento en favor de los legatarios hasta la muerte del último: MARCADÉ, t. 4, n° 199; TROPLONG, t. 4, n° 2184; Cód. Civil uruguayo, arts. 513 y 1049; chileno, arts. 790 y 1154; brasileño, art. 1716; venezolano, art. 948; español, art. 521.

(nota 10) De acuerdo: FORNIELES, t. 2, n° 315; GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 297.

(nota 11) El nuevo Código italiano ha aceptado expresamente la idea del acrecimiento ipso jure (art. 676), siguiendo la opinión dominante de los comentaristas del viejo Código (GANGI, Legati, n° 469; DEgni, p. 164; DE RUGGIERO, t. 3, p. 564; STOLFI, t. 6, n° 560). En igual sentido: GATTI, De las mandas o legados, n° 394; DÍAZ CRUZ, Los legados, p. 575. Por el contrario, la doctrina francesa se inclina en el sentido de que el acrecimiento debe ser aceptado: DEMOLOMBE, t. 22, n° 396; AUBRY y RAU, t. 6, § 726; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 2, n° 2918; JOSSERAND, t. 3, vol. 2, n° 1749. MARCADÉ es una excepción (t. 4, n° 196).

(nota 12) FASSI, El derecho de acrecer, L.L., t. 92, p. 845, núms. 51 y 52; AUBRY y RAU, t. 7, § 727.

1120/11140

CAPÍTULO XVII - INEFICACIA DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS (ver nota 1)

1120/1566

1566. DISTINTAS CAUSAS QUE PRIVAN TOTAL O PARCIALMENTE DE EFECTOS A LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS.— Las disposiciones testamentarias pueden verse privadas de efectos por causas de distinta naturaleza:

a) Ante todo, por estar afectadas de nulidad. La invalidez puede fundarse en un defecto formal, en la incapacidad del testador o del beneficiario, en los vicios de dolo o violencia, en la falta de causa, en la indeterminación del beneficiario o del objeto legado, en la delegación de la designación de beneficiario. Hemos tratado estos temas en otro lugar (ver nota 2).

En cuanto a los efectos de la nulidad, son aplicables las reglas relativas a los actos jurídicos en general (Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 1264 y sigs.). Sólo cabe destacar aquí que, mientras en los contratos la regla es que la nulidad de una de las cláusulas trae aparejada la de todo el acto, en los testamentos no ocurre lo mismo, pues tratándose de cláusulas separables, la validez de una no afecta a las restantes (arts. 3620 Ver Texto , 3715 Ver Texto , 3730 Ver Texto , Cód. Civil). Así, por ejemplo, la nulidad de un legado por incapacidad o indeterminación del beneficiario no afecta la validez de los restantes.

Mientras en la nulidad la causa de la ineficacia es originaria, vale decir, concomitante con el otorgamiento del acto, en las que veremos a continuación es posterior o sobreviniente.

b) Por caducidad, es decir, por una causal de ineficacia sobrevinida con posterioridad al acto y que es independiente de la voluntad del testador.

c) Por revocación, la ineficacia deriva aquí de la voluntad expresa o presunta del causante.

d) Finalmente, puede ocurrir que el beneficiario sea desplazado total o parcialmente por otra persona con mejor derecho a los bienes dejados por el causante; ello ocurrirá si éstos no alcanzan para pagar las deudas, o si la institución hereditaria o el legado afectan a la legítima, o si los bienes no alcanzan para cubrir todos los legados, en cuyo caso éstos deben reducirse en la forma establecida por el artículo 3795 Ver Texto .

Puesto que de la nulidad y de la reducción nos hemos ocupado anteriormente, trataremos ahora de las restantes causales de ineficacia.

Pero previamente trataremos de algunas hipótesis frecuentes de ineficacia de ciertas disposiciones testamentarias.

1120/11560

1566 bis. CLÁUSULAS USUALES INVÁLIDAS.— Por distintos motivos que hemos tratado en su lugar, se han declarado inválidas:

a) Las cláusulas que privan del derecho de administración y usufructo a los padres de los herederos forzosos del causante (véase Tratado de Derecho Civil, Familia, t. 2, nº 886).

b) Las que designan el abogado que atenderá la sucesión (véase nº 1658, ap. 4).

c) Las que confieren a los albaceas facultades que exceden el ejercicio normal del albaceazgo (véase nº 1642).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: LAFAILLE, t. 2, núms. 663 y sigs.; MACHADO, t. 2, p. 315 y sigs.; DE GÁSPERI, t. 4, núms. 621 y sigs.; ZANNONI, t. 2; PÉREZ LASALA, t. 2; MAFFÍA, t. 3; DÍAZ CRUZ, Los legados, Madrid, 1951; GATTI, De las mandas o legados, Montevideo, 1947; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5; DEMOLOMBE, t. 22; JOSSERAND, t. 3, vol. 3; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 2; GANGI, La successione testamentaria, t. 3, núms. 580 y sigs.; CICU, Testamento, p. 141 y sigs.; BARASSI, Le successioni per causa di morte, núms. 157 y sigs.

(nota 2) Sobre la nulidad por defectos de forma, véase núms. 1129 y sigs.; por dolo o violencia, núms. 1094 y sigs.; por falsa causa, núms. 1092; por indeterminación del beneficiario, núms. 1353 y sigs.; por indeterminación del objeto, nº 1421; por delegación de

la designación de beneficiario, nº 1352.

1120/11150

§ 1.— Caducidad

1120/1567

1567. OBSERVACIÓN AL MÉTODO DEL CÓDIGO.— El Código trata de la caducidad con referencia a los legados (art. 3799 Ver Texto), cuando en verdad se trata de normas aplicables tanto a ellos como a la institución hereditaria. Este error de técnica deriva de que, en las fuentes francesas, seguidas principalmente por VÉLEZ en esta materia, el heredero testamentario se llama legatario, de donde ha surgido la consiguiente confusión terminológica.

1120/1568

1568. DISTINTOS MOTIVOS DE CADUCIDAD.— Las disposiciones testamentarias caducan por muerte del beneficiario anterior a la del causante o al cumplimiento de la condición suspensiva impuesta en el testamento, por incumplimiento de la condición, por pérdida o destrucción del objeto legado y por renuncia del beneficiario.

1120/11160

A.— PREMORIENCIA DEL BENEFICIARIO

1120/1569

1569. MUERTE ANTERIOR A LA DEL CAUSANTE.— La institución hereditaria y el legado caducan cuando el beneficiario muere antes que el testador (art. 3799 Ver Texto). La razón es obvia, pues se trata de liberalidades que se presumen hechas intuitae personae; por lo demás, no se explicaría que el beneficiario de la manda pueda transmitir a sus herederos bienes que no le pertenecían a la época de su fallecimiento.

Igual solución debe aplicarse a los legados hechos en favor de personas jurídicas que se han disuelto, o perdido su personería antes del fallecimiento del causante (ver nota 1).

También caduca la disposición testamentaria hecha en favor de la persona por nacer, si no naciera con vida (arts. 70 Ver Texto y 74 Ver Texto , Cód. Civil). Por analogía, es preciso considerar caduco el legado hecho para fundar una persona jurídica, que luego no ha podido constituirse; salvo, empero, que se trate de un legado con fines de beneficencia, en cuyo caso, si existe imposibilidad de constituir la persona jurídica, los bienes deben pasar al Estado para que tome a su cargo el cumplimiento de la manda (ver nota 2).

Idéntico efecto produce la declaración de muerte presunta; el día presuntivo del fallecimiento servirá para determinar si la disposición testamentaria ha caducado.

1120/1570

1570. CASOS EN QUE NO HAY CADUCIDAD.— No obstante la premuerte del beneficiario, no hay caducidad en los siguientes casos:

a) Si la disposición testamentaria ha sido hecha en favor de una persona y sus herederos (art. 3800 Ver Texto); es obvio que en tal caso el legado pasa a éstos. No era necesario decirlo expresamente, pues se trata de un simple caso de sustitución vulgar, perfectamente lícita.

¿Qué ocurre si el beneficiario ha designado herederos testamentarios, distintos de los legales? ¿A quiénes corresponderá el legado? Esta es, desde luego, una cuestión de interpretación de la voluntad del causante, que corresponde al juez dilucidar; pero a falta de todo otro elemento de juicio, habrá que aceptar como herederos a los testamentarios, desde que los legítimos han dejado de serlo por disposición del beneficiario de la manda.

b) Si el legado se hubiere hecho al título o a la cualidad de que el legatario estaba investido, más que a su persona (art. 3801 Ver Texto); por ejemplo, si la manda se hiciera en favor del cura de la parroquia, Fulano de Tal; o del Presidente de la Sociedad de Beneficencia, Mengano. En estos casos, el verdadero destinatario del legado no es la persona designada sino la entidad. Es claro que, frecuentemente, será dudoso si la intención del causante es beneficiar a la persona o a la entidad. SEGOVIA piensa que la duda debe resolverse en el sentido de que el legado ha sido hecho en favor de la persona y no del título, porque ésta es la interpretación más favorable al heredero (ver nota 3). Pero lo fundamental no es tanto favorecer al heredero como interpretar rectamente la voluntad del causante; así, si el legatario es extraño, o no tiene vínculos bastantes con el causante, se interpretaría mejor su voluntad atribuyéndole el deseo de beneficiar, no a su persona, sino a la institución (ver

nota 4).

1120/1571

1571. MUERTE ANTERIOR AL CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN SUSPENSIVA O DEL TÉRMINO INCIERTO.— También caduca el legado por la muerte del beneficiario ocurrida con anterioridad al cumplimiento de la condición suspensiva o del término incierto (art. 3799 Ver Texto). Hemos hecho el estudio de esta disposición en el número 1308.

1120/11170

B.— INCUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN SUSPENSIVA

1120/1572

1572. EL ARTÍCULO 3802.— Dispone este artículo que el legado caducará cuando falte la condición suspensiva a que estaba subordinado. Es una simple aplicación de los principios generales relativos a esta modalidad de los actos jurídicos (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 1088 y 1089).

1120/11180

C.— PÉRDIDA DEL OBJETO LEGADO

1120/1573

1573. FUNDAMENTO.— La pérdida de la cosa provoca la caducidad del legado (art. 3803 Ver Texto), porque éste queda sin objeto. Es claro que debe tratarse de una cosa cierta y determinada (art. citado), puesto que el género nunca perece, y, por tanto, no cabe alegar este motivo de caducidad en el legado de cosas indeterminadas. En el legado alternativo será menester la pérdida de todas las cosas entre las cuales hay que optar. Cabe recordar que el legado de cosas relativamente indeterminadas (por ej., uno de mis caballos, de mis carneros, etc.) es, en esencia, un legado alternativo y no de género (véase nº 1445) y, por tanto, la pérdida de todas las cosas comprendidas en él es perfectamente posible y determina la caducidad de la manda.

Por pérdida no sólo debe entenderse la destrucción material del objeto, sino también su desaparición del patrimonio del causante; tal es el caso de la expropiación o venta forzosa (ver nota 5).

Los problemas derivados de la pérdida de la cosa deben ser estudiados con relación a dos hipótesis posibles: que ella haya ocurrido antes o después de la muerte del causante.

1120/1574

1574. PÉRDIDA ANTERIOR AL FALLECIMIENTO DEL CAUSANTE.— Es la hipótesis típica; la caducidad del legado se produce cualquiera sea la causa de la pérdida o destrucción, trátase de un hecho del testador, de un tercero o un caso fortuito (art. 3803 Ver Texto).

La pérdida debe ser total (art. citado); si sólo se trata de una destrucción parcial, el legado seguirá vigente con relación a lo que quede de la cosa (ver nota 6). Si, por ejemplo, se lega una casa, que luego es destruida por el fuego, el legado se mantiene sobre el terreno del cual aquélla era un accesorio. La transformación de la cosa por el propietario se vincula más bien con la revocación y allí será tratada (nº 1619).

¿Y si el propietario ha destruido la casa legada y construido otra en el mismo terreno? Pensamos que, siendo la casa accesorio del terreno sobre el cual está edificada, lo que en verdad se legó es el inmueble, que no fue destruido; el legado mantiene su validez, salvo que de las circunstancias del caso y de la conducta del testador pudiera inferirse su voluntad de revocar (ver nota 7).

1120/1575

1575.— ¿Tiene derecho el legatario a los accesorios de la cosa destruida? La mayor parte de los autores se inclina por sostener que no lo tiene, porque los accesorios no han sido legados independientemente de la principal y, si ésta perece, no hay ya accesorios (ver nota 8). Destruída la tela, el legatario no tendría derecho al marco; destruida la piedra, no tendría derecho al engarce del anillo. La cuestión no nos parece tan clara. A veces lo accesorio, con ser tal, tiene importancia y significación económica. Cuando se lega un anillo, se deja todo, la piedra y el engarce; si éste es de oro o platino tiene un valor que no ha podido dejar de ser tenido en cuenta por el causante y no puede negarse que forma parte de la manda. Nos inclinamos, pues, por considerar que la manda se mantiene sobre lo accesorio, salvo que su insignificancia u otras circunstancias del caso permitieran presumir una voluntad contraria

del testador (ver nota 9).

1120/1576

1576.— Supongamos que la cosa ha sido destruida por un tercero. ¿Quién tiene la acción de daños y perjuicios, el legatario o los herederos? Predomina la opinión de que la tienen los herederos (ver nota 10). Se aduce que el legado ha quedado sin objeto; pero la equidad de esta solución es muy discutible. ¿No sería acaso más justo considerar que se ha operado una subrogación real y que en virtud de ella el derecho a la cosa legada queda transferido a la indemnización? Así lo dispone el artículo 2169, Código Civil alemán.

La indemnización debida por la compañía de seguros ofrece características similares. En cierto modo puede decirse que ocupa el lugar de la cosa; y creemos equitativo reconocer al legatario el derecho a reclamarla para sí (ver nota 11).

1120/1577

1577.— Supongamos ahora que la indemnización, sea por concepto de seguros o por acción seguida contra el autor del daño, haya entrado ya al patrimonio del causante, es decir, haya sido percibida por éste. Es indudable que esa suma se ha confundido con los restantes bienes del de cujus y que si no ha legado el equivalente en dinero de la cosa destruida debe presumirse su voluntad de no hacer revivir el legado (ver nota 12).

1120/1578

1578. PÉRDIDA POSTERIOR AL FALLECIMIENTO DEL CAUSANTE.— Es preciso distinguir según que el legado sea o no condicional.

a) Si el legado no está sujeto a condición, la adquisición se opera ipso jure en el momento de la muerte; no hay ya cuestión posible sobre el derecho del legatario a los restos y accesorios de la cosa, ni sobre su acción para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios contra el tercero autor de la destrucción o contra la compañía de seguros. La responsabilidad del heredero se rige por los principios que hemos estudiado en otro lugar (nº 1520).

b) Si la destrucción se ha producido después de la muerte del causante, pero antes del cumplimiento de la condición, el legatario nada podrá reclamar, si la pérdida se ha producido por caso fortuito (art. 3803 Ver Texto). Pero si se produce por culpa del

heredero, o de un tercero, éstos deberán indemnizar al legatario por la pérdida, en virtud del principio de la retroactividad de la condición (ver nota 13). Por igual razón, si la cosa ha sido enajenada por los acreedores, el legatario podrá reclamar su precio de los herederos (ver nota 14).

1120/1579

1579. HURTO DE LA COSA LEGADA.— No hay aquí destrucción de la cosa, sino pérdida para el causante y el legatario, lo que desde el punto de vista económico, es parecido, aunque no igual.

Si la cosa fuera hurtada antes de la apertura de la sucesión, el legatario la adquiere ipso jure en el momento de la muerte, porque ella no ha salido, legalmente, del patrimonio del causante. Tiene entonces las acciones penales y civiles que tendría el de cujus para recuperarla y para cobrar la indemnización del causante. Si la cosa fuera hurtada después de la muerte del causante, el legatario era dueño cuando el delito se cometió y le corresponden con tanta mayor razón esas acciones; e inclusive, puede reclamar daños y perjuicios al heredero si el hurto fue posible por su culpa o negligencia.

Si la cosa perteneciera a un tercero y el causante hubiera ordenado a los herederos su adquisición para entregarla al legatario, el hurto debe equipararse, a nuestro entender, al caso de imposibilidad de adquirir la cosa por negativa del dueño a venderla o por imponer éste condiciones excesivas (véase nº 1435). Los herederos estarán obligados a pagar al legatario su justo precio (ver nota 15).

1120/11190

D.— RENUNCIA

1120/1580

1580. LA RENUNCIA DEL LEGATARIO.— Las disposiciones testamentarias caducan, finalmente, por renuncia del beneficiario (art. 3804 Ver Texto). Sobre la renuncia de la herencia hemos tratado en otro lugar (núms. 260 y sigs.); ahora aludiremos a los legados.

1120/1581

1581. a) Forma.— Ninguna exigencia formal contiene nuestro Código; la renuncia puede ser hecha por instrumento privado o público, oralmente o por escrito. Inclusive, puede ser tácita (ver nota 16); sin embargo, sobre este punto hay que tener presente que, como la ley presume aceptado el legado (art. 3804 Ver Texto), los actos de los cuales puede inferirse la renuncia deben ser inequívocos y alejar la menor sombra de duda. Así, por ejemplo, no basta la simple inacción; en cambio, creemos que el consentimiento prestado por el legatario, sin salvedad ninguna, para que el heredero venda la cosa legada, debe ser interpretado como renuncia tácita (ver nota 17).

1120/1582

1582. b) Oportunidad.— El legado puede renunciarse en cualquier tiempo, aun después de la aceptación, si es puro y simple; pero si tuviere cargas que lo hicieren oneroso, la aceptación es definitiva y no cabe ya la renuncia (art. 3805 Ver Texto); queda a salvo, sin embargo, el derecho de abandono (ver nota 18).

El sistema seguido en ese punto por el Código, resulta confuso. Si se permite el abandono (y es lógico que así sea, porque lo contrario sería establecer la responsabilidad ultra vires también respecto de los legatarios), es inexplicable que no se admita la renuncia posterior a la aceptación, si el legado tiene cargas. Lo razonable es permitir la renuncia en todo tiempo, salvo el derecho de los herederos y beneficiarios de los cargos para reclamar del legatario la consiguiente indemnización por las disminuciones o deterioros de las cosas mientras estuvieran en su poder.

1120/1583

1583. c) Revocabilidad.— La renuncia es revocable mientras no se haya hecho partición entre los herederos (art. 3806 Ver Texto). Aunque el Código habla solamente de partición, es obvio que, si ella no ha comprendido la cosa legada, el legatario está todavía a tiempo de retractarse (ver nota 19). Si el heredero fuera uno solo, como no hay partición, la renuncia toma carácter definitivo desde el momento en que se la hace.

Más claro y jurídico hubiera sido establecer en cualquier hipótesis el principio de la irrevocabilidad de la renuncia. Los herederos no deben estar sometidos a las dudas, vacilaciones o caprichos del legatario; es conveniente que ellos puedan contar con la seriedad de las declaraciones de voluntad hechas por aquél. En el Proyecto de 1936 la renuncia es siempre irrevocable (art. 2119).

Por ello encontramos razonable la decisión de considerar que el pedido de tasación y venta

del inmueble legado, hecho por los herederos después de la renuncia del legatario, equivale a un acto de partición que impide la revocación (ver nota 20).

1120/1584

1584. d) Indivisibilidad.— No puede aceptarse una parte del legado y rechazarse otra (art. 3807 Ver Texto). Esta regla sólo puede tener aplicación cuando el legatario pretenda, de esta manera, desligarse parcialmente del cumplimiento de los cargos, de tal modo que el beneficiario de ellos tendría que dividir su acción entre él y los herederos para exigir el pago; pero en los legados sin cargo no tiene razón de ser. No se ve ningún motivo por el cual el legatario no pueda aceptar sólo \$ 50.000 de los \$ 100.000 legados; o no pueda aceptar la mitad del campo que le dejó el causante (ver nota 21).

Si el legatario hubiera fallecido sin aceptar, no hay inconveniente en que algunos de sus herederos acepten el legado y otros lo repudien, porque los que aceptan lo hacen por el todo, de modo que no hay una adquisición parcial (ver nota 22).

1120/1585

1585.— Tampoco puede aceptarse un legado libre de cargo y repudiarse el que es oneroso (art. 3807 Ver Texto), solución lógica, porque los beneficios otorgados por el causante forman un conjunto y se supone que al otorgarlos ha tenido en mira el cargo impuesto. Es concebible, sin embargo, que el testador, en previsión de que pudiera renunciarse un legado demasiado oneroso, faculte al legatario a aceptar ambos o uno solo de ellos. Tal cláusula sería indiscutiblemente válida (ver nota 23).

Pero si todos los legados fueran libres de cargo, nada se opone a que el legatario acepte uno y rechace otro (véase nº 1495).

1120/1586

1586. e) Acciones de los acreedores del legatario.— Los acreedores del legatario pueden aceptar el legado que él hubiese repudiado (art. 3808 Ver Texto). Se trata de un caso de fraude y, por tanto, deben hallarse reunidos los requisitos propios de la acción revocatoria (véase Tratado de Derecho Civil, Parte General, t. 2, núms. 1201 y sigs.).

Si el legatario no hubiere renunciado al legado, sus acreedores pueden, por vía de subrogación, aceptarlo y adoptar todas las medidas tendientes a lograr la incorporación de

la cosa al patrimonio del legatario: pedido de la entrega al heredero, elección en el legado alternativo, reivindicación contra terceros poseedores, acción de daños y perjuicios contra el culpable de la pérdida o destrucción, etcétera.

1120/1587

1587. f) Nulidad.— Aun después de la partición, el legatario podrá accionar por nulidad de su renuncia, si ella adoleciera de dolo o violencia (ver nota 24).

(nota 1) MACHADO, t. 10, p. 251, nota; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1362; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 528.

(nota 2) Véase la jurisprudencia citada en nuestro n° 1410; en sentido concordante, MACHADO, t. 10, p. 251; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1362; MAFFÍA, t. 3, n° 418; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 528.

(nota 3) SEGOVIA, t. 2, nota 96 al art. 3803 de su numeración.

(nota 4) MACHADO, t. 10, p. 256.

(nota 5) FASSI sostiene que el legatario tiene derecho a la indemnización (Tratado de los testamentos, t. 1, n° 1369). Evidentemente no es así, si la indemnización ha sido percibida por el testador. Es dudoso, en cambio, el supuesto de que la cosa haya sido expropiada antes de la muerte y pagada después de ella. En este supuesto nos inclinamos por la solución de FASSI.

(nota 6) MACHADO, t. 10, p. 259; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1375; SEGOVIA, t. 2, nota 100, p. 640; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 532; GATTI, De las mandas o legados, n° 340.

(nota 7) De acuerdo: GATTI, De las mandas o legados, n° 340 ter., quien cita la opinión, que juzga antojadiza, de TROPLONG, según el cual sólo debería mantenerse la validez de la demanda si la nueva casa se ha construido en el mismo lugar y con los mismos materiales de la otra (n° 2142). En sentido concordante: FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1375; GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 393.

(nota 8) GATTI, De las mandas o legados, n° 340 d; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 2, núms. 2869; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1583; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1910; GANGI, I legati, n° 455; PACIFICI-MAZZONI, t. 7, n° 115.

(nota 9) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 2, n° 532; FASSI, n° 1376.

(nota 10) MACHADO, t. 10, p. 259 y sigs.; GATTI, De las mandas o legados, n° 340, a; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 2, n° 2868; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1584; MARCADÉ, t. 4, n° 168; GANGI, La successione testamentaria, t. 2, n° 532; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 716.

(nota 11) En contra: GATTI, De las mandas o legados, n° 340, f; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 716, quienes, sin embargo, se pronuncian en forma dubitativa y dejando a salvo la hipótesis de que pueda inducirse la voluntad del causante de sustituir la cosa por la indemnización.

(nota 12) MACHADO, t. 10, p. 261; GATTI, De las mandas o legados, n° 340, f.

(nota 13) Esta solución, que se desprende a contrario sensu del art. 3804 Ver Texto , in fine, es admitida unánimemente; puede verse: MACHADO, t. 10, p. 262, nota in fine; GATTI, De las mandas o legados, n° 341; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 532; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1910; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 2, n° 2878.

(nota 14) GATTI, De las mandas o legados, n° 341.

(nota 15) Confróntense las opiniones de GANGI, I legati, t. 2, n° 299 y GATTI, De las mandas o legados, n° 342 que, empero, trabajan sobre textos distintos a los de nuestro Código en materia de legado de cosa ajena.

(nota 16) De acuerdo: MACHADO, t. 10, p. 265, nota; DE GÁSPERI, t. 4, n° 628; LLERENA, t. 10, art. 3804, n° 1; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1381; en el sentido que debe ser expresa, LAFAILLE, t. 2, n° 698.

(nota 17) MACHADO, loc. cit. en nota anterior; DE GÁSPERI, t. 4, n° 628.

(nota 18) LAFAILLE, t. 2, n° 700; MACHADO, t. 10, p. 268 y sigs., nota. Comp. FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1384.

(nota 19) MACHADO, t. 10, p. 271, nota; LLERENA, t. 10, art. 3806, n° 1.

(nota 20) C. Civil 1ª Cap., 24/6/1936, L.L. t. 3, p. 77.

(nota 21) MACHADO, t. 10, p. 272, nota; SEGOVIA, nota 107 al art. 3809 de su numeración.

(nota 22) MACHADO, t. 10, p. 274, nota.

(nota 23) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1387.

(nota 24) MACHADO, t. 10, p. 269, nota; LLERENA, t. 10, art. 3805, nota 1.

1120/11200

§ 2.— Revocación (ver nota 1)

1120/1588

1588. REVOCACIÓN EXPRESA.— La revocación es el acto por el cual el testador deja sin efecto una disposición anterior. Puede ser expresa o tácita. La primera resulta de una declaración de voluntad en que así la dispone. Debe estar contenida en un testamento posterior; es inválida cualquier manifestación formulada en instrumento público o privado que no tenga aquella forma (art. 3827 Ver Texto).

1120/1589

1589. REVOCACIÓN TÁCITA; CONCEPTO Y DISTINTAS CAUSALES.— Hay revocación tácita cuando la ley presume la intención del testador de dejar sin efecto las disposiciones testamentarias. Según el Código, importan revocación tácita, la destrucción del testamento por el causante, el matrimonio posterior, la enajenación de la cosa legada, la inejecución de los cargos impuestos al beneficiario y la ingratitud de éste (arts. 3824 Ver

Texto y sigs.). Esta materia pudo haberse tratado con un mayor rigor metodológico. El concepto de revocación debió haberse reservado para los actos del causante que hicieran presumir su voluntad de dejar sin efecto la disposición testamentaria; tal como ocurre en las cuatro primeras causales enumeradas. Pero cuando la privación de efectos se funda, no en un acto del testador, sino en la conducta del beneficiario, no hay propiamente revocación, sino una ineficacia derivada de un hecho que está en la raíz del acto mismo, en la voluntad originaria del causante. Si la ley priva de efectos a una manda por inejecución de las cargas o por ingratitud, es porque supone que en el ánimo del causante era una condición implícita el cumplir con las primeras o no incurrir en la segunda. En la revocación propiamente dicha hay un cambio en la voluntad del causante; en estos otros casos, es la voluntad primera, la misma que inspiró la disposición testamentaria, la que permite fundar la invalidez.

Ello explica que la privación de efectos se produzca ipso jure en la revocación judicial que establezca la existencia de la ingratitud, o que declare que las cargas han sido la causa final de la disposición y que no han sido cumplidas. De estas causales de ineficacia nos hemos ocupado en otro lugar (sobre ingratitud, véase núms. 74 y sigs.; sobre inejecución de las cargas, n° 1328); aquí trataremos de las causales de revocación propiamente dicha.

1120/11570

1589 bis. EFECTOS.— La revocación priva de efectos al testamento en todas sus partes. Este principio fue aplicado por el codificador hasta sus últimas consecuencias, llegando a considerar inválido el reconocimiento de filiación hecho por testamento revocado (art. 333). Esta solución es injustificable y la ley 14367 declaró, con razón, que el reconocimiento de la filiación, aun testamentario, no puede revocarse (art. 2°).

De una manera general, es preciso hacer esta distinción: el testamento revocado queda privado de todos sus efectos en cuanto acto de disposición de bienes; pero si el acto contiene otras manifestaciones, tales como reconocimiento de hijos, reconocimiento de obligaciones, etcétera, estas manifestaciones no son alcanzadas por los efectos de la revocación (ver nota 2).

1120/1590

1590. FALSA CAUSA.— En el mismo Título referente a la revocación de los testamentos, se incluye, un artículo según el cual toda disposición testamentaria fundada en una falsa causa o en causa que no tiene efectos, queda sin valor alguno (art. 3832 Ver Texto). Bien entendido, que ésta no es causal de revocación, sino de nulidad, como que el acto carece de causa. Su ubicación en este Título es un error de método que debe corregirse.

1120/1591

1591. LEY APLICABLE A LA REVOCACIÓN.— Dispone el artículo 3825 Ver Texto que la revocación de un testamento hecho fuera de la República por persona que no tiene su domicilio en el Estado, es válida, cuando es ejecutada según la ley del lugar en que el testamento fue hecho o según la ley del lugar en que el testador tenía a ese tiempo su domicilio; y si es hecho en la República, cuando es ejecutada según la disposición de este Título.

Esta disposición confusa ha tenido origen en una errónea traducción del artículo 554 del Proyecto de Código para Nueva York, según lo puso de manifiesto BIBILONI (nota al art. 3342 del Anteproyecto). No tiene sentido que la revocación se rija por la ley del lugar en que el testamento fue hecho, puesto que se trata de un nuevo acto y su forma, por consiguiente, debería seguir el principio *locus regis actum* (art. 12 Ver Texto , Cód. Civil). Para mayor confusión, el Código agrega que también será válida la revocación si fuera hecha según la ley del lugar en que el testador tenía a ese tiempo su domicilio. ¿A qué tiempo se refiere? ¿Al del otorgamiento del testamento, al de la revocación o al de la muerte del testador? Ante la duda, nos inclinamos por esta última solución, puesto que el contenido del testamento, su validez y efectos se rigen por la ley del último domicilio del causante (arts. 3283 Ver Texto y 3612 Ver Texto) (ver nota 3). Por idéntica razón pensamos que esa ley debe predominar si ella estableciera un modo o causa de revocación no previsto por la ley del lugar en que el testamento fue hecho, o viceversa.

Empero, cuando la revocación afecta inmuebles ubicados en la República Argentina, debe ser hecha de conformidad a las leyes nacionales para tener efectos en nuestro país (ver nota 4).

Toda esta confusión revela que hubiera sido más prudente no establecer ninguna disposición especial sobre este punto, dejando que la revocación se gobierne, en cuanto a sus formas y efectos, por los principios generales del mismo Código (ver nota 5).

1120/11210

A.— TESTAMENTO POSTERIOR

1120/1592

1592. LA NORMA LEGAL.— Según el artículo 3828 Ver Texto en su redacción originaria,

el testamento posterior anulaba el anterior en todas sus partes, si no contenía confirmación del primero. La solución era injusta, pues resulta aventurado extraer de cualquier testamento posterior la conclusión de que el causante ha querido revocar el anterior en todas sus partes. Lo lógico es reputar revocado el anterior sólo en cuanto sea incompatible con las disposiciones del último (ver nota 6). Esta es la solución de las legislaciones modernas (códigos francés, art. 1036; alemán, art. 2258; suizo, art. 511; italiano, art. 682; portugués, art. 2313; peruano, art. 801; venezolano, art. 991; uruguayo, art. 1005; chileno, art. 1215; colombiano, art. 1273). La ley 17711 consagró este criterio al modificar el artículo 3828 de la siguiente forma: El testamento posterior revoca al anterior, sólo en cuanto sea incompatible con las disposiciones de éste.

1120/1593

1593. INCOMPATIBILIDAD CON EL TESTAMENTO ANTERIOR.— El principio general es que no ha mediado intención revocatoria y en la duda deben considerarse compatibles las disposiciones contenidas en todos los testamentos (ver nota 7).

Hay incompatibilidad cuando una misma cosa es legada a dos personas distintas o cuando en un primer testamento se hace un legado de liberación y en el segundo se lega el mismo crédito a otra persona (ver nota 8). No hay incompatibilidad entre un primer testamento que instituye heredero y otro que hace un legado (ver nota 9) o, a la inversa, entre un primer legado de cosa cierta o de cuota y la subsiguiente institución hereditaria (ver nota 10); subsiste el nombramiento de albacea hecho en un primer testamento, si en el segundo no se nombra uno nuevo (ver nota 11).

A veces la incompatibilidad resultará de una absoluta imposibilidad material de cumplir ambos testamentos; otras, de una intención clara del testador. Se admite que para decidir si ha mediado o no intención revocatoria en el causante, puede inclusive recurrirse a pruebas extrínsecas al testamento mismo (ver nota 12), pero habrá que hacerlo con el cuidado a que nos hemos referido en los números 1104 y 1105.

De cualquier modo, en caso de duda debe considerarse que ambos testamentos son compatibles (ver nota 13).

1120/1594

1594. DIVORCIO POSTERIOR AL TESTAMENTO.— El divorcio posterior al testamento no lo revoca. Así se decidió en un caso en que el causante había testado en favor de los hijos de su esposa (ver nota 14). Aunque reputamos acertada la solución dada al caso, no creemos que ella pueda generalizarse indiscriminadamente. Así, por ejemplo, si el causante

hubiera testado en favor de su mujer y luego se divorciara de ella invocando graves causales que demuestran que ha cesado todo vínculo afectivo entre ellos (y quizás odio), creemos prudente considerar revocado el testamento. En cambio, si se tratara de un divorcio por mutuo acuerdo o fundado en una causal objetiva, parece justo considerar que no ha habido revocación tácita, porque no obstante la separación o el divorcio puede subsistir una buena relación e incluso afecto, entre los cónyuges.

En suma, debe interpretarse la voluntad del causante y, en caso de duda, decidir que no ha habido revocación dado que la ley no ha previsto este caso de invalidación del testamento.

1120/1595

1595. NULIDAD Y CADUCIDAD DEL SEGUNDO TESTAMENTO.— Supóngase que el segundo testamento contiene disposiciones incompatibles con las del primero; pero luego el segundo testamento resulta nulo o sus disposiciones caducan. ¿Reviven las cláusulas del testamento anterior que habían quedado sin efecto por incompatibilidad? La regla general es que si el segundo testamento pone de manifiesto una voluntad clara de cambiar las disposiciones de última voluntad, el acto anterior queda revocado, aunque el segundo testamento no llegara a tener efectos (ver nota 15); si, por el contrario, tal voluntad no existe, el testamento anterior conserva su fuerza. Estamos siempre en el plano de la interpretación de la voluntad presunta del causante. Veamos las principales aplicaciones:

1120/1596

1596. a) Nulidad formal.— Si el segundo testamento es nulo por defecto de forma, el anterior conserva su fuerza (art. 3830 Ver Texto). Esta es una consecuencia del principio, tan celosamente mantenido en nuestro Código, de que no puede hablarse de disposiciones de última voluntad, si el acto carece de las formalidades requeridas por la ley. En otras palabras: si esas formalidades no están reunidas, no hay testamento, ni, por tanto, revocación (art. 3827 Ver Texto).

1120/1597

1597. b) Caducidad de las disposiciones.— Puede ocurrir que las disposiciones del segundo testamento hayan caducado por cualquiera de los motivos que la ley establece (premuerte del heredero o legatario, incumplimiento de la condición suspensiva, renuncia del beneficiario), o que los beneficiarios resulten incapaces o indignos; no obstante la ineficacia del testamento, es obvia la voluntad del causante de mudar sus disposiciones. El testamento anterior queda revocado en cuanto sea incompatible con el posterior (art. 3828 Ver Texto).

1120/1598

1598. c) Incapacidad del testador.— Puede ocurrir que el causante, hábil a la fecha del primer testamento, se haya vuelto incapaz cuando otorgó el segundo: no hay revocación, pues mal podría hablarse de la voluntad de revocación de un demente (ver nota 16).

1120/1599

1599-1600. d) Nulidad por dolo o violencia.— Ninguna duda cabe de que, si el segundo testamento fue otorgado bajo la presión de una intimidación, el primero subsiste, pues tampoco hay una voluntad de revocar. Son aplicables aquí las consideraciones que hace el codificador en la nota al artículo 3838 Ver Texto con referencia al efecto revocatorio de la enajenación de la cosa ajena. No tan clara es la hipótesis del dolo; con todo, pensamos que, probado que ha existido captación de la voluntad del causante mediante recursos ilegítimos, la declaración de nulidad del segundo testamento hace revivir el primero (ver nota 17).

En cuanto a la muy improbable nulidad por falsa causa (véase nº 1092), la solución es dudosa; creemos que el nuevo testamento, aunque fundado en una causa inexistente, ha demostrado la voluntad de rectificar las anteriores disposiciones y que, por tanto, éstas son nulas.

1120/1601

1601. RETRACTACIÓN DEL SEGUNDO TESTAMENTO.— La retractación, hecha en forma testamentaria, del segundo testamento, hace revivir el primero, en lo que hubiera quedado revocado sin necesidad de declaración expresa (art. 3831 Ver Texto). Esta norma supone: un primer testamento; un segundo testamento que revoca el primero (sea expresamente, sea tácitamente por incompatibilidad de sus disposiciones); y un tercer testamento que revoca el segundo. El primer testamento revive. Basta, pues, la retractación del segundo, aunque ninguna alusión se haga respecto del primero (ver nota 18). Esta retractación debe tener forma testamentaria, ya que un testamento no puede ser revocado sino por otro (art. 3827 Ver Texto).

Empero, si la retractación hecha en el tercer testamento contuviese nuevas disposiciones, no revive el primer testamento si no se expresara esta intención (art. citado). Pero esta norma debe interpretarse en un sentido laxo: la revocación subsiste si las nuevas disposiciones del tercer testamento son incompatibles con las contenidas en el primer testamento, pero no si no lo son (ver nota 19).

1120/11220

B.— DESTRUCCIÓN O CANCELACIÓN DEL TESTAMENTO

1120/1602

1602. CONDICIONES DE APLICACIÓN DE ESTE MOTIVO DE REVOCACIÓN.— Según el artículo 3833 Ver Texto , la cancelación o destrucción del testamento ológrafo, hecha por el mismo testador, o por otra persona por su orden, importa su revocación. Por destrucción debe entenderse la aniquilación material del instrumento; por ejemplo, que el causante lo haya quemado o roto en pedazos. En este último caso, es posible la reconstrucción del instrumento, pero la revocación subsiste porque es evidente la voluntad del causante de privarlo de efectos. Cancelación significa la invalidación por tachaduras o por inscripciones cruzadas puestas por el causante (por ej., anulado, cancelado, etc.), que revelen su voluntad de dejar sin efecto el acto (ver nota 20). Las líneas cruzadas sobre la escritura revocan el testamento, aunque éste resulte todavía legible (ver nota 21). El mismo efecto tiene tachar o rayar la firma (ver nota 22).

1120/1603

1603.— Para que la destrucción o cancelación del testamento cause su revocación, es indispensable:

a) Que haya sido hecha por el causante o por otra persona por orden suya (art. 3833 Ver Texto). Sólo así puede hablarse de voluntad de revocar. Si, en cambio, ella se ha producido por un simple accidente o por el hecho de un tercero, no hay revocación y el testamento producirá todos sus efectos si pueden conocerse sus disposiciones (art. 3834 Ver Texto). Tal sería el caso de que un tercero hubiera rasgado en varios pedazos el testamento ológrafo; éste puede reconstruirse y producirá todos sus efectos. Pero los presuntos beneficiados con el testamento destruido no podrían probar las disposiciones por testigos o cualquier otra prueba ajena al testamento mismo (ver nota 23) (art. 3837 Ver Texto); de tal modo que si la destrucción fuese total, aun llevada a cabo por terceros, invalida el testamento (ver nota 24).

Muchas veces será difícil probar si ha sido destruido por el testador o por un tercero. La ley presume, salvo prueba en contrario, que ha sido roto o cancelado por el causante, si se lo encuentra en su casa (art. 3835 Ver Texto). ¿Pero qué ocurre si se hallara en poder de un

tercero? Algunos autores sostienen que la presunción se invierte en este caso y que, por tanto, debe aceptarse que la destrucción o cancelación no es obra del causante, salvo prueba en contrario (ver nota 25). Más lógico, empero, parece presumir en todo caso que la cancelación es obra del causante; ante un testamento que se presenta con signos exteriores de revocación, son los interesados quienes deben demostrar que ellos no emanan del causante. En otras palabras: el que invoca un testamento lacerado o tachado tiene siempre a su cargo la prueba de que no fue el causante quien lo rasgó o testó (ver nota 26). Pero los jueces serán menos rigurosos en la consideración de la prueba si el documento se encontraba en poder de terceros. La Cámara Civil 2ª de la Capital ha declarado que los jueces deben ser cuidadosos en la apreciación de la prueba de que la destrucción es obra de terceros, si bien se admite cualquier medio, incluso las presunciones (ver nota 27).

Tampoco habrá revocación si la destrucción hecha por el causante no puede considerarse voluntaria; como ocurriría si es demente al tiempo de la destrucción (ver nota 28).

1120/1604

1604. b) Que el testamento ológrafo esté redactado en un solo ejemplar.— Si hubiera varios, la destrucción o cancelación de uno no afecta la validez de los restantes (art. 3833 Ver Texto).

La Cámara Civil de la Capital resolvió un interesante caso. El testamento se había otorgado en dos ejemplares, uno de los cuales quedó en poder del testador y otro en el del heredero. En el ejemplar que el causante retuvo, puso una nota marginal revocándolo, nota que reunía todos los requisitos formales del testamento. El tribunal declaró revocado el testamento, afirmando que el artículo 3833 Ver Texto , en cuanto exige la destrucción o cancelación de todos los ejemplares, sólo es aplicable en caso de que la voluntad revocatoria no sea evidente (ver nota 29). A nuestro juicio, hubiera bastado con la consideración de que la nota marginal reunía todos los requisitos de un testamento ológrafo, ya que ese testamento posterior revocaba los anteriores.

1120/1605

1605. c) Que la destrucción o cancelación sea total o de partes esenciales del testamento.— Esta es una regla admitida en forma casi unánime en la doctrina (ver nota 30), no obstante lo cual algunos fallos han declarado que basta una destrucción parcial hecha por el testador para invalidar todo el testamento (ver nota 31). No parece razonable esta jurisprudencia; si el causante sólo ha tachado una cláusula, si ha destruido una parte no esencial, no se advierte por qué motivo habría de considerarse revocado todo el testamento (ver nota 32). Es claro que, si lo destruido o cancelado es la fecha o la firma, todo el testamento resulta invalidado, porque queda afectado un requisito esencial para la validez formal del acto.

¿Qué ocurre si el tercero no ha cumplido con las instrucciones del causante de destruir el testamento? Pensamos que éste mantiene su validez, sin perjuicio de la acción de daños y perjuicios que puedan tener los interesados en la revocación contra el tercero que no cumplió la orden (ver nota 33). Si se admitiera como prueba suficiente de la revocación la carta dirigida al tercero al cual se le encarga la destrucción o el poder otorgado con el mismo fin, se invalidaría el principio según el cual el testamento sólo puede ser revocado por otro. Pero si la carta ha sido escrita, fechada y firmada de puño y letra del causante, debe ser considerada como testamento ológrafo que revoca al anterior.

1120/1606

1606. TESTAMENTO CERRADO.— La rotura hecha por el testador del sobre que contiene un testamento cerrado importa su revocación, aunque el pliego quede sano y reúna las formalidades requeridas para los ológrafos (art. 3836 Ver Texto).

Es natural que la destrucción de la envoltura del testamento cerrado signifique su revocación, si el instrumento no reúne todas las formalidades del ológrafo; pero reuniéndolas, no se justifica en modo alguno la solución legal (ver nota 34).

Pero si la rotura del sobre fuera hecha por un tercero, el testamento vale aunque no reúna todos los requisitos formales del testamento ológrafo, pues no sería admisible que la voluntad del causante expresada ajustándose a las formas legales pudiera ser invalidada por la obra de un extraño (ver nota 35).

1120/11230

C.— MATRIMONIO POSTERIOR

1120/1607

1607. REGLA LEGAL.— Según el artículo 3826 Ver Texto , todo testamento hecho por persona que no esté actualmente casada, queda revocado desde que contraiga matrimonio. Esta solución se apoya en una voluntad presunta del causante de que desea revocar el testamento, fundada en que el matrimonio ulterior supone un desplazamiento de afectos y deberes. Es posible que el testador no haya revocado su testamento de modo expreso por

imprevisión, porque pensaba hacerlo después y una muerte súbita o una incapacidad mental se lo han impedido; la ley pone fin a estas dudas y considera revocado el testamento. Si el causante quiere mantener sus disposiciones, debe redactar uno nuevo.

Pero por lo mismo que esta solución se basa en la voluntad presunta del causante de que desea revocar el testamento, no hay revocación si se prueba que la voluntad del causante es precisamente la contraria. Por ello se resolvió que si el testamento contiene una declaración del causante de que las mandas son de conocimiento de su futura esposa, quien no se opone, el ulterior matrimonio con la persona aludida no revoca el testamento (ver nota 36) dado que la manifestación hecha por el testador prueba que al hacer el testamento tuvo en cuenta su inminente matrimonio, no obstante lo cual persistía en su voluntad de legar (véase asimismo, nº 1609).

1120/1608

1608. MATRIMONIO NULO.— La revocación supone un matrimonio válido (ver nota 37), pues, en principio, los actos nulos no producen efecto alguno. Pero supongamos que se trata de un matrimonio putativo, el cual, respecto del cónyuge de buena fe, produce todos los efectos del matrimonio válido hasta la declaración de nulidad (arts. 221 Ver Texto y 222, ref. por ley 23515). La mayor parte de nuestros autores sostiene que también aquí hay nulidad, pero sólo respecto del testamento otorgado por el cónyuge de buena fe (ver nota 38). Por nuestra parte, consideramos que para resolver este problema es indispensable no perder de vista lo que aquí se trata, que es interpretar la voluntad presunta del causante; por tanto, habrá que distinguir diversas hipótesis: a) Si la nulidad ha sido declarada en vida del cónyuge de buena fe, esa sentencia extingue el efecto revocatorio, pues el matrimonio putativo sólo produce los efectos del válido hasta el momento en que el fallo se dicta (arts. 221 Ver Texto y 222, ref. por ley 23515). La misma circunstancia de que, después de declarada la nulidad, el testador haya mantenido sin tocar su testamento, revela su voluntad de confirmar el acto. Muy distinta es la situación cuando existe un matrimonio válido, porque éste supone tal cambio en los afectos y deberes del causante, que resulta lógico presumir su voluntad de revocar el testamento; pero cuando no existen, ni la nueva familia, ni los nuevos afectos, no hay por qué presumir la revocación. b) Si la nulidad ha sido declarada después de muerto el cónyuge de buena fe, en virtud de una acción iniciada por el propio causante, tampoco hay revocación, porque la iniciación de la demanda revela la inexistencia de esos nuevos afectos que son el fundamento de la ineficacia del testamento anterior. Pero si la acción ha sido iniciada por otra persona, si el cónyuge de buena fe ha mantenido hasta el final de su vida su unión con el otro, el matrimonio putativo tiene iguales efectos que el válido y revoca, por tanto, el testamento. De lo cual se desprende una conclusión aparentemente paradójica: que el testamento otorgado por el cónyuge de buena fe queda privado de efectos, en tanto que es válido el otorgado por el de mala fe. Parecería que la lógica del sistema legal favorece al último. No obstante ello, la solución es razonable. Quien se casa de buena fe y defiende hasta el último instante de su vida el matrimonio así contraído, está en las mismas condiciones que quien contrae un matrimonio válido; su buena fe, su amor al esposo o a la esposa hacen igualmente lógica la presunción

de revocar el testamento en un caso como en otro. En cambio, para el cónyuge de mala fe el matrimonio no produce otro efecto que el de imponerle algunas obligaciones expresamente especificadas por la ley (art. 223 Ver Texto , ref. por ley 23515).

1120/1609

1609. CASO EN QUE EL BENEFICIARIO DEL TESTAMENTO ES EL CÓNYPUGE.— Supongamos ahora que el beneficiario del testamento anterior al matrimonio es la misma persona con la que luego el causante contrae nupcias. ¿Queda revocado el testamento? Nuestra jurisprudencia registra un caso muy singular. Una persona había testado en favor de su concubina; y pocos días antes de morir contrajo enlace con ella. El tribunal la excluyó de la herencia porque había muerto antes de los treinta días del casamiento de la misma enfermedad que tenía al contraerlo, razón por la cual carecía de vocación hereditaria legítima, y porque el testamento había quedado revocado por el subsiguiente matrimonio (ver nota 39). Es un excelente ejemplo de los extremos a que pueden conducir los métodos de interpretación fundados en la aplicación mecánica y ciega del texto de la ley y en una lógica desprovista de sentido común. La revocación es un acto por el cual el testamento queda sin efectos en virtud de una voluntad del causante expresa o presumida por la ley.

Cuando el causante se casó con su concubina, no hizo sino ratificar su voluntad de dejarle sus bienes; resulta, pues, inconcebible que precisamente ese acto sirva para despojar a la persona a quien quiso asegurar su herencia por dos vías distintas: una, en virtud del testamento en que le dejó todos sus bienes; otra, el matrimonio que la convertía en su heredera legítima. Tiene lógica presumir la revocación cuando el testamento favorece a otras personas, pero si la beneficiaria es la misma con la cual luego el testador casó, es obvio que no hay revocación (ver nota 40).

1120/1610

1610. MATRIMONIO CELEBRADO EN EL EXTRANJERO.— Como el contenido del testamento, su validez y efectos se rigen por la ley del lugar del último domicilio del causante (arts. 3283 Ver Texto y 3612 Ver Texto), la revocación por subsiguiente matrimonio se rige por la ley de ese lugar; y por consiguiente, no habrá revocación si ella no lo establece. Pero en todo lo que atañe a los bienes inmuebles ubicados en la Argentina, rige la ley nacional, de tal modo que el matrimonio revoca el acto, aunque no lo dispusiera así la ley del último domicilio (ver nota 41).

1120/11240

D.— ENAJENACIÓN DE LA COSA LEGADA (ver nota 42)

1120/1611

1611. EL PRINCIPIO LEGAL.— La enajenación de la cosa legada causa la revocación del legado, aunque ella resulte nula y la cosa vuelva al dominio del testador (art. 3838 Ver Texto). Se supone que quien se ha desprendido de ella ha puesto de manifiesto implícitamente su voluntad de dejar sin efecto la manda, puesto que ese acto es incompatible con el cumplimiento de la última.

Por enajenación debe entenderse cualquier acto que transfiera la propiedad de la cosa, sea a título gratuito u oneroso (art. 3838 Ver Texto): venta, permuta, dación en pago, donación. En cambio, la constitución de un derecho real de garantía, aunque el préstamo absorbiera la totalidad del valor de la cosa, no obsta a la validez del legado, que mantiene su vigencia (art. 3839 Ver Texto).

No importa que la enajenación se haya hecho con pacto de retroventa; aun así el legado queda revocado (art. 3838 Ver Texto). Más delicado es el problema de las enajenaciones sometidas a condición. Ninguna duda cabe que, si la condición es resolutoria, la venta queda revocada, pues el acto produce de inmediato todos sus efectos y la cosa sale del patrimonio del testador (ver nota 43). En cambio, la venta hecha bajo condición suspensiva, ha dividido la opinión de los autores. Para unos, la enajenación revoca siempre el legado, cualquiera sea el carácter de la condición (ver nota 44); para otros, en cambio, la revocación sólo se producirá si acaece la condición, pues únicamente entonces la cosa habrá salido del patrimonio del causante (ver nota 45). Por nuestra parte, nos inclinamos por la primera solución, puesto que aun la venta hecha bajo condición suspensiva, se cumpla ésta o no, pone de manifiesto la intención de prescindir de la manda. Tal interpretación tiene en nuestro derecho positivo un apoyo firme en el texto del artículo 3838 Ver Texto , según el cual toda enajenación produce la revocación, sin distinguir entre las simples y las condicionales, ni entre las condiciones resolutorias o suspensivas.

Puesto que el legado queda revocado, es decir, sin efecto, el legatario no puede pretender se le entregue el precio aún no pagado al abrirse la sucesión (ver nota 46), ni la cosa recibida en permuta.

1120/1612

1612.— En lo que atañe a las enajenaciones simuladas, hay que distinguir la simulación absoluta de la relativa. En el primer caso, el acto nada tiene de verdadero; la cosa no ha salido del patrimonio del causante y, por lo tanto, el legado mantiene su validez. Si la

simulación es relativa y esconde un modo de enajenación bajo la apariencia de otro (por ej., una donación bajo la forma de compraventa) habrá revocación, pues el acto real también importa enajenación; pero si el acto real no importa enajenación, la manda mantiene su validez; tal ocurriría, por ejemplo, si se realiza un contrato de compraventa para disimular un mutuo (ver nota 47).

1120/1613

1613.— ¿Basta el boleto de compraventa para considerar que la cosa ha sido enajenada, en el sentido del artículo 3838 Ver Texto ? La cuestión está controvertida. FORNIELES, apoyándose en un fallo de la Corte de Casación de París, sostiene que no hay revocación mientras no exista un acto consumado; un simple proyecto, una intención manifestada pero no ejecutada, no basta (ver nota 48). Esta opinión fue seguida por algunos fallos de las antiguas Cámaras Civiles de la Capital (ver nota 49); pero, luego, los tribunales volvieron sobre esa jurisprudencia declarando que el boleto de compraventa suscripto por el causante determina la revocación del legado, puesto que pone de manifiesto una voluntad explícita de no cumplirlo (ver nota 50).

Compartimos este punto de vista que se ajusta mejor a la esencia jurídica de la revocación; en el fondo, lo que interesa es indagar la voluntad presunta del testador; y es obvio que cuando éste firma un boleto de compraventa, expresa su voluntad de enajenar la cosa legada y, por tanto, de dejar sin efecto la manda. No se trata de una mera intención, de un acto querido, pero no realizado, sino de uno consumado, que ha pasado del plano meramente psicológico al de los negocios jurídicos (ver nota 51).

1120/1614

1614.— La enajenación parcial de la cosa, deja subsistente el legado en la parte que el testador conserva a su muerte (ver nota 52).

La Sala E de la Cámara Civil de la Capital hizo una acertada aplicación de este principio en el siguiente caso: el testador había legado un inmueble “con sus construcciones, parque, muebles y cuadros”; luego enajenó el inmueble, pero conservó los muebles y cuadros hasta su muerte. El tribunal resolvió que el legado subsistía respecto de ellos (ver nota 53).

1120/1615

1615. ENAJENACIÓN HECHA AL LEGATARIO.— Puede ocurrir que la cosa haya sido enajenada al propio legatario. En tal caso, será necesario distinguir entre la transferencia de

dominio hecha a título oneroso o gratuito. En el primer supuesto es indudable que se opera la revocación, pues la venta o permuta ponen de manifiesto la intención de no hacer la liberalidad contenida en el testamento (ver nota 54); en consecuencia, si la cosa ha vuelto a poder del causante, el legatario no podrá reclamar el cumplimiento de la manda; y si aún adeudase una parte del precio, los herederos tienen derecho a exigírselo.

Pero en materia de transferencia a título gratuito, se impone una solución distinta: la persona que hace un legado y más tarde dona la misma cosa al legatario, no hace sino ratificar su voluntad de hacer la liberalidad; en el fondo, no hay sino un cumplimiento anticipado del legado. Mal podría verse en esto una revocación (ver nota 55). La cuestión tiene interés cuando la cosa legada haya vuelto a propiedad del causante, por ser nula la donación o por haberla vuelto a adquirir por otro título.

Algunos autores sostienen, empero, que si la donación se ha hecho bajo cargas o condiciones no contenidas en el legado, debe tenerse por operada la revocación, porque habría algo semejante a una novación por cambio de causa (ver nota 56). Por nuestra parte creemos más prudente no sentar reglas absolutas en este punto y dejar librado al criterio del juez la decisión de si las cargas o condiciones son de tal importancia que indiquen que la donación no ha sido una ratificación del legado.

1120/1616

1616. READQUISICIÓN POSTERIOR DE LA COSA.— El legado queda revocado aunque la enajenación sea nula y aunque la cosa vuelva, por cualquier título (sucesión, compra, etc.) al dominio del causante (art. 3838 Ver Texto). La solución es lógica, pues la revocación se funda en una voluntad presunta del causante de dejar sin efecto la manda y, a ese fin, basta con el acto de enajenación. Empero, hay que notar que si la nulidad se fundara en la falta de voluntad de enajenar, no hay revocación (véase los números siguientes).

1120/1617

1617. REQUISITO DE LA VOLUNTARIEDAD DE LA ENAJENACIÓN; CASOS EN QUE NO HAY REVOCACIÓN.— La revocación se funda, ya lo hemos dicho, en la voluntad presunta del causante de dejar sin efecto la manda; es obvio, por tanto, que la enajenación debe ser voluntaria; faltando este requisito, no hay revocación. En consecuencia, no la provocan:

a) Las ventas forzosas, como por ejemplo, la originada en una expropiación o en un pedido de división del condominio hecho por alguno de los copropietarios (ver nota 57); pero si la venta de la cosa común hubiera sido provocada por el propio causante, hay revocación.

Es claro que si la cosa ha salido definitivamente del patrimonio del causante, el legado habrá caducado por pérdida de la cosa y en tal caso, los efectos, desde el punto de vista del legatario, son los mismos. Pero si posteriormente la cosa volviera al patrimonio del causante, el legado sería plenamente válido (art. 3840 Ver Texto).

b) Las enajenaciones hechas bajo intimidación (ver nota 58); en cambio, no bastaría la prueba del dolo. Es posible, en efecto, que el causante haya sido engañado por el adquirente sobre las ventajas que para él tendría la operación y que, en virtud de ese engaño, haya prestado su consentimiento. No por ello ha quedado menos clara su voluntad de disponer de la cosa y aquí precisamente reside el fundamento de la revocación (ver nota 59).

c) Las enajenaciones hechas por un demente, pues en tal caso no puede presumirse una voluntad de revocar.

d) La enajenación hecha por el representante legal del testador. Si la cosa no vuelve al patrimonio del testador, el legado habrá caducado; pero si retorna, la manda conserva su vigencia y el beneficiario puede reclamar su cumplimiento (ver nota 60).

Puede ocurrir que el curador del testador insano, por lo común su pariente próximo y eventual heredero, provoque o realice la venta con el propósito de hacer caducar el legado; el precio ingresará al patrimonio del incapaz y la manda quedará sin efecto. Si tal propósito fraudulento se demostrara (lo que no es sencillo, sobre todo teniendo en cuenta que la enajenación debe hacerse con intervención judicial), es indudable que el legatario tiene contra el curador una acción de daños y perjuicios (ver nota 61).

1120/1618

1618.— En cambio, la venta hecha por necesidad urgente no impide el efecto revocatorio de la alienación (ver nota 62).

1120/11250

E.— TRANSFORMACIÓN DE LA COSA LEGADA

1120/1619

1619. ¿LA TRANSFORMACIÓN DE LA COSA IMPORTA CADUCIDAD O REVOCACIÓN?— Nuestro Código no trata de la transformación de la cosa como causa de ineficacia del legado, pero en la nota al artículo 3803 Ver Texto , VÉLEZ SANSFIELD asimila esta hipótesis a la pérdida o destrucción de la cosa, vale decir, que ve en ella un motivo de caducidad. Sin embargo, es preciso distinguir dos situaciones: a) si la transformación se produce por caso fortuito, por el hecho de un tercero, o por un acto involuntario del testador, hay caducidad, pues la razón de la ineficacia del legado no es la voluntad presunta del causante, sino la imposibilidad de cumplir la manda por pérdida o destrucción de la cosa; b) si, en cambio, ella ha sido hecha voluntariamente por el causante, hay revocación (ver nota 63); el caso guarda una estrechísima analogía con la venta de la cosa; en ambas hipótesis el testador ha realizado un acto incompatible con el cumplimiento de la manda.

La importancia de la cuestión reside en que, si se trata de caducidad, la recuperación de la forma o especie primera (bajo la cual se hizo el legado) importa revivir la manda, que será exigible por el beneficiario; en cambio, los efectos de la revocación son definitivos y el legado queda ineficaz, aunque el propio testador vuelva la cosa a su anterior forma (ver nota 64).

1120/1620

1620. CONCEPTO DE TRANSFORMACIÓN.— Para que haya transformación es menester que la cosa haya perdido su forma y denominación anterior (ver nota 65). Tal ocurrirá, por ejemplo, si se hubiera hecho un legado de lana y luego el testador la convierte en género; o si se legase madera y luego se construyera con ella un buque (nota al art. 3803 Ver Texto). No bastan, en cambio, modificaciones y agregaciones que no alteren las características sustanciales de la cosa; tales como si se agregaran piedras a un anillo, o se lo hiciera cambiar de forma; pero si con el oro de un anillo se ha hecho un par de gemelos, hay transformación.

En el derecho romano se admitía que, si la cosa transformada podía volver fácilmente a su estado anterior, no había revocación; tal como si se lega un lingote de plata y luego se hace un vaso con él (nota al art. 3803 Ver Texto). Pero esta distinción parece algo sutil y, en la práctica, daría lugar a innumerables dificultades. Parece más lógico admitir que en cualquier caso de transformación el legado queda revocado.

En lo que atañe a los inmuebles, no se concibe la transformación, porque no se puede alterar la sustancia, que es el suelo; la destrucción del edificio y la construcción de uno nuevo no importa revocación, porque él no es sino un accesorio de la cosa legada, que es el inmueble por naturaleza (ver nota 66). Salvo, empero, lo dispuesto por el artículo 3762 Ver

Texto para el caso de que las nuevas construcciones valgan más que el suelo (véase nº 1427).

1120/1621

1621. RÉGIMEN LEGAL.— La transformación operada por hecho fortuito, por terceros, o involuntariamente por el testador, se rige por las normas relativas a la caducidad por pérdida o destrucción de la cosa (véase núms. 1573 y sigs.).

La realizada voluntariamente por el testador importa una revocación a la que se aplican las normas sobre la enajenación de la cosa; en consecuencia, la recuperación de la forma primitiva no significa que reviva el legado (ver nota 67) (nº 1616), la transformación parcial deja subsistente el legado respecto de la porción no transformada (nº 1614), la revocación se opera aunque la transformación se haya hecho por necesidad urgente del propietario (ver nota 68) (véase nº 1618), etcétera.

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Además de la general indicada en nota 2448, véase para el derecho angloamericano: DURFEE, Revocation of will by subsequent change in the condition of circumstances of the testator, Michigan Law Review, t. 40, nº 3, enero 1942, p. 406 y sigs.

(nota 2) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala E, 20/11/1962, L.L., t. 109, p. 661. En el caso se resolvió que el reconocimiento de que la concubina había colaborado en la adquisición de los bienes, puede hacerse valer contra el autor del testamento, a pesar de que él no había fallecido todavía y de que lo había revocado por acto posterior. Véase, en contra, sentencia del Tribunal Supremo español del 11/4/1916, que resolvió que el reconocimiento de deuda queda sin efecto por revocación del testamento en que se hizo. PUIG BRUTAU, que la cita, pone en duda el acierto de tal solución (t. 5, vol. 2, ps. 197 y 199).

(nota 3) De acuerdo: LAFAILLE, t. 2, nº 694; FORNIELES, t. 2, nº 386. ZANNONI, en cambio, se inclina por considerar el tiempo en que el testamento fue hecho: t. 2, § 1494.

(nota 4) Véase doctrina citada en nota 2514.

(nota 5) De acuerdo: DE GÁSPERI, t. 4, nº 648; ZANNONI, t. 2, § 1494.

(nota 6) La aplicación rigurosa del art. 3828 Ver Texto dio lugar a consecuencias tan

injustas que motivaron una reacción jurisprudencial que culminó con un plenario de la C. Civil Cap., que declaró que el otorgamiento de un testamento posterior no significa necesariamente la revocación de otro anterior no mentado en aquél, si por las circunstancias del caso aparece indudable la voluntad del otorgante de mantener la eficacia de las disposiciones primitivas (28/2/1961, L.L., t. 102, p. 34 y J.A., 1961-IV, p. 314).

(nota 7) C. Civil Cap., 19/3/1981, L.L., 1981-C, p. 355; FASSI, La revocación tácita de los testamentos en la reforma del Cód. Civil, E.D., t. 22, p. 975, n° 9; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1648. Recomendamos el prolijo trabajo de FASSI, del cual nos hemos valido para las referencias a la doctrina francesa incluidas en esta nota y las siguientes.

(nota 8) FASSI, op. y loc. cit. en nota anterior; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 712.

(nota 9) FASSI, op. y loc. cit. en nota 2480; MESSINEO, t. 7, n° 186.

(nota 10) FASSI, op. y loc. cit. en nota 2480; JOSSERAND, t. 3, n° 1646.

(nota 11) FASSI, op. y loc. cit. en nota 2480.

(nota 12) C. Civil Cap., Sala E, 28/5/1982, L.L., 1982-D, p. 6; FASSI, op. y loc. cit. en nota 2480; LLAMBÍAS, La reforma, p. 510, nota 642.

(nota 13) C. Civil Cap., Sala C, 19/3/1981, E.D., t. 93, p. 670; ZANNONI, t. 2, § 1482; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1412.

(nota 14) C. Apel. C. C. de Junín, 3/12/1992, Revista de Jurisprudencia Provincial, año 3, n° 9, setiembre 1993.

(nota 15) ZANNONI, t. 2, § 1485.

(nota 16) Unanimidad en la doctrina: MACHADO, t. 10, p. 376, nota; LLERENA, t. 10, art. 3830, nota 2; DE GÁSPERI, t. 4, n° 655; LAFAILLE, t. 2, n° 672; ZANNONI, t. 2, § 1484, etc.

(nota 17) De acuerdo: DE GÁSPERI, t. 4, n° 655.

(nota 18) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala E, 20/7/1962, Doct. Jud., 14/8/1962; ZANNONI, t. 2, § 1486.

(nota 19) C. Civil Cap., Sala E, 20/7/1962, E.D., t. 5, p. 69; Sup. Corte Buenos Aires, 9/5/1945, J.A., 1945-II, p. 583; ZANNONI, t. 2, § 1486; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1422.

(nota 20) C. Civil Cap., Sala E, 24/4/1974, L.L., t. 156, p. 285; FORNIELES, t. 2, n° 390; ZANNONI, t. 2, § 1487; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 549.

(nota 21) GANGI, La successione testamentaria, t. 2, n° 602; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1423; ZANNONI, t. 2, § 1487.

(nota 22) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1423; MACHADO, t. 10, p. 331; ZANNONI, t. 2, § 1487.

(nota 23) FORNIELES, t. 2, n° 392; DE GÁSPERI, t. 4, n° 657; MACHADO, t. 10, p. 346, nota; LLERENA, t. 10, art. 3834.

(nota 24) La jurisprudencia francesa admite que si la destrucción del testamento ha sido posterior al fallecimiento del causante, su contenido puede probarse por cualquier medio (Corte de París, 31/1/1957, Revue Trimestrielle, abril-junio de 1957; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1655; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 714; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1903). En nuestra doctrina adhiere a este punto de vista, no obstante lo dispuesto por el art. 3837 Ver Texto , FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1428. ZANNONI sostiene que hay que distinguir dos hipótesis diferentes: si la destrucción total del testamento ocurrida por caso fortuito o fuerza mayor o por el hecho de un tercero, fue de conocimiento del testador, no podrá probarse por otros medios el contenido del testamento, ya que en ese caso es lógico presumir la revocación desde que el causante, con conocimiento de ese hecho, no redactó un nuevo testamento; pero si la destrucción por caso fortuito o por el hecho de un tercero hubiera sido ignorada por el testador, podrá probarse por otros medios el contenido del testamento (t. 2, § 1490; de acuerdo, FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1428). Pero esta solución no es admisible en nuestro derecho en el cual la última voluntad del causante sólo puede probarse por el testamento y habiendo desaparecido éste, no puede probarse por otros medios. Sin embargo, nuestra jurisprudencia registra un caso muy singular en el que el tribunal admitió otra prueba. Se trataba de un testamento ológrafo agregado al expediente que se extravió después de haberse ordenado su protocolización; sin embargo, se había conservado una fotocopia cuya autenticidad estaba certificada por el secretario actuante. El tribunal admitió

esta fotocopia como prueba suficiente de la última voluntad del causante (C. Civil Cap., Sala C, 26/8/1980, E.D., t. 90, p. 768). Creemos que las singularísimas circunstancias que rodearon el caso, justifican la decisión del tribunal.

(nota 25) JOSSERAND, t. 3, vol. 3, nº 1655; AUBRY y RAU, t. 7, § 725; DE GÁSPERI, t. 4, nº 657; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, nº 1439.

(nota 26) BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 2, nº 2786; es también la solución del art. 684, Cód. Civil italiano.

(nota 27) C. Civil 2ª Cap., 26/2/1940, J.A., t. 69, p. 682.

(nota 28) GANGI, La successione testamentaria, t. 2, nº 602; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, nº 1438.

(nota 29) C. Civil Cap., Sala F, 6/8/1963, L.L., t. 111, p. 702.

(nota 30) FORNIELES, t. 2, nº 391; LAFAILLE, t. 2, nº 693; RÉBORA, t. 2, nº 431; DE GÁSPERI, t. 4, nº 657; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, nº 714 y jurisprudencia allí citada; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, nº 1655; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 2, nº 2788; es también la solución del art. 684, Cód. Civil italiano y la de nuestros proyectos de reformas: BIBILONI, art. 3349; Proyecto de 1936, art. 2083.

(nota 31) C. Civil 2ª Cap., 27/3/1931, J.A., t. 35, p. 386; id., 26/2/1940, J.A., t. 69, p. 682.

(nota 32) De acuerdo: ZANNONI, t. 2, § 1488; FORNIELES, t. 2, nº 391; PÉREZ LASALA, t. 2, nº 550.

(nota 33) De acuerdo: COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, nº 1903; GANGI, La successione testamentaria, t. 3, nº 603. En contra: MACHADO, t. 10, p. 334, nota; comp. DEMOLOMBE, t. 22, nº 250.

(nota 34) De acuerdo: LAFAILLE, t. 2, nº 689. Comp.: FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, nº 1440. En contra: GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 377 y sigs.

(nota 35) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, nº 1445.

(nota 36) C. Civil Cap., Sala D, 27/5/1963, J.A., 1963-III, p. 575 y L.L., t. 111, p. 487, con nota aprobatoria de MARTÍNEZ RUIZ. De acuerdo: FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1398; GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 375.

(nota 37) C. Civil Cap., Sala D, 27/7/1960, J.A., 1960-V, p. 505 y autores citados en nota 2516.

(nota 38) RÉBORA, t. 2, n° 432; LAFAILLE, t. 2, n° 677; DE GÁSPERI, t. 4, n° 660; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1400. Comp.: MACHADO, t. 10, p. 327 y sigs. y PÉREZ LASALA, t. 2, n° 559.

(nota 39) Sup. Corte Buenos Aires, serie 1, t. 9, p. 81. Agreguemos que la doctrina y jurisprudencia posterior se pronunció en el sentido de que el casamiento in extremis no priva de derechos hereditarios si los contrayentes han sido concubinos (véanse las citas de nuestra nota 1468); y esta solución fue expresamente adoptada por el nuevo art. 3573 Ver Texto (ref. por ley 17711).

(nota 40) De acuerdo: C. Civil Cap., Sala A, 19/2/1981, E.D., t. 93, p. 364; C. Apel. Lomas de Zamora, 10/5/1979, L.L., 1979-C, p. 539; FORNIELES, t. 2, n° 43; LAFAILLE, t. 2, n° 681; GUAGLIANONE, Revocación del testamento por ulterior matrimonio del disponente, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de Santa Fe, 1959, p. 321 y sigs.

(nota 41) Juzgado de Primera Instancia de la Cap., 25/4/1933, G.F., t. 104, p. 7; FORNIELES, t. 2, n° 386.

(nota 42) BIBLIOGRAFÍA: QUINTEROS, Revocación del legado por enajenación de la cosa, Buenos Aires, 1954; FASSI, Revocación del legado por enajenación de la cosa, L.L., t. 126, p. 399; HERNÁNDEZ GIL, Revocación tácita del legado, L.L. española, diario del 13/3/1981.

(nota 43) La situación es similar a la venta con pacto de retroventa, que el art. 3838 Ver Texto decide expresamente en el sentido de que hay revocación. Sobre este punto, la doctrina nacional y extranjera es unánime.

(nota 44) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1460; MACHADO, t. 10, p. 350, nota; ZANNONI, t. 2, n° 1501; GANGI, La successione testamentaria, t. 3, n° 614; DEGNI, La successione a causa di morte, t. 2, p. 185; DURANTON, t. 9, p. 459.

(nota 45) PÉREZ LASALA, t. 2, nº 566; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, nº 713, p. 769, nota 3; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, nº 1653; DEMOLOMBE, t. 22, p. 217; MARCADÉ, t. 4, nº 177; AUBRY y RAU, t. 7, § 725; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 2, nº 2762. Comp.: GATTI, De las mandas o legados, nº 355. QUINTEROS sostiene una tesis ecléctica: el juez, valorando las circunstancias del caso, debe decidir si hay o no revocación (La revocación del legado por enajenación de la cosa, nº 10). Por más que seamos muy partidarios de la latitud de las facultades judiciales, no creemos que pueda admitirse esta tesis sin ninguna directiva que ayude a resolver el caso, pues ello sería fuente de incertidumbre y semillero de pleitos.

(nota 46) C. Civil Cap., Sala E, 25/10/1960, L.L., t. 103, p. 973, nº 7079-S.

(nota 47) GATTI, De las mandas o legados, nº 357; GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 387; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, nº 1463; GANGI, La successione testamentaria, t. 3, nº 615; DÍAZ CRUZ, Los legados, p. 657; HERNÁNDEZ GIL, La Ley Española, diario del 13/3/1981. ZANNONI, sostiene que en caso de simulación absoluta ilícita, la enajenación importa la revocación del legado, pues careciendo el testador de acción para dejar sin efecto el acto simulado, debe presumirse voluntad revocatoria (t. 2, § 1500).

(nota 48) FORNIELES, t. 2, nº 394 y nota en J.A., 1956-III, p. 516, donde trata el tema más ampliamente. En el mismo sentido: GATTI, De las mandas o legados, nº 394. Cabe notar que FORNIELES cita en su apoyo a varios autores franceses, que, empero, o no tratan el tema (como PLANIOL-RIPERT-TRASBOT) o lo tratan muy de paso (como JOSSERAND, t. 3, vol. 3, nº 1651; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, nº 1901) o aluden a la hipótesis de una promesa de donación, hecha en instrumento privado y no aceptada (HUC, t. 6, nº 383), hipótesis diferente a la de los boletos de compraventa. Aun así, muchos autores se pronuncian por la revocación: BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 2, nº 2767; DEMOLOMBE, t. 22, núms. 227 y 228; AUBRY y RAU, t. 7, § 725, nota 40.

(nota 49) C. Civil 1ª Cap., 29/9/1931, J.A., t. 35, p. 976; C. Civil 2ª Cap., 3/9/1914, J.A., t. 35, p. 978, en nota.

(nota 50) C. Civil Cap., Sala A, 8/6/1971, L.L., t. 146, p. 126; Sala C, 5/7/1956, L.L., t. 83, p. 711 y J.A., 1956-III, p. 516; id., 10/2/1976, E.D., t. 67, p. 348; Sala D, 27/5/1963, Doct. Jud., nº 1972; Sala F, 20/11/1962, J.A., 1963-I, p. 370 y L.L., t. 111, p. 547; id., 31/3/1977, E.D., t. 81, p. 763. De acuerdo: FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, nº 1470; QUINTEROS, Revocación del legado por enajenación de la cosa, núms. 44 y sigs.; GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 387; PÉREZ LASALA, t. 2, nº 570.

(nota 51) No compartimos la tesis excesivamente sutil de QUINTEROS, que piensa que si el boleto contenía sólo seña, no hay revocación del legado, ya que al estar autorizado el arrepentimiento, ello significa que la voluntad de vender no es definitiva; pero si se ha pagado una suma a cuenta de precio o ha habido principio de cumplimiento, el legado queda revocado (Revocación del legado por enajenación de la cosa, núms. 32 y sigs.). Nos parece una tesis inconvincente. Quien firma un boleto de venta tiene siempre intención de enajenar. La seña no es otra cosa que una cláusula usual, que la prudencia indica incluir en los contratos como medio de prevenir circunstancias imprevistas; pero no que no haya voluntad de vender.

(nota 52) LAFAILLE, t. 2, n° 712; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 713; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1650; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 2, n° 2780.

(nota 53) C. Civil Cap., Sala E, 8/9/1966, L.L., t. 126, p. 399, en nota aprobatoria de FASSI.

(nota 54) La doctrina es unánime: DE GÁSPERI, t. 4, n° 661; ZANNONI, t. 2, § 1505; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 569; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 713; AUBRY y RAU, t. 7, § 725; DEMOLOMBE, t. 22, n° 219; GATTI, De las mandas o legados, n° 354.

(nota 55) PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 713; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1654; DEMOLOMBE, t. 22, n° 354; MACHADO, t. 10, p. 352.

(nota 56) Véanse JOSSERAND y MACHADO, loc. cit. en nota anterior.

(nota 57) Unanimidad en la doctrina.

(nota 58) Véase nota al art. 3838 Ver Texto . La doctrina nacional y extranjera es también unánime. Cabe notar, sin embargo, que en el nuevo Código italiano la circunstancia de que la venta sea anulable por cualquier vicio del consentimiento no la priva de su efecto revocatorio (art. 686); pero como la misma disposición autoriza la prueba de que el causante no tenía intención de revocar, ello será muy fácil demostrarlo en el caso de la violencia.

(nota 59) De acuerdo: GATTI, De las mandas o legados, n° 356, b, texto y nota 788; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 2, n° 2771; DEMOLOMBE, t. 22,

nº 223; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, nº 1901; DÍAZ CRUZ, Los legados, p. 655; PACIFICI-MAZZONI, t. 6, nº 356; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, nº 1651, quien sin referirse al dolo o al error, dice solamente que la venta hecha bajo violencia no causa revocación. En cambio, no hacen distinción entre los diferentes vicios del consentimiento, DE GÁSPERI, t. 4, nº 661 y GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 387. FASSI no distingue entre los llamados vicios del consentimiento pero sostiene que sólo hay nulidad si ellos recaen sobre la intención de enajenar el bien y no sobre la naturaleza del acto o la persona del adquirente (Tratado de los testamentos, t. 2, nº 1462). Comp.: ZANNONI, t. 2, § 1499, quien sostiene que no es posible sentar una regla general y que la hipótesis de dolo debe resolverse según que las circunstancias del caso indiquen si hubo o no voluntad revocatoria.

(nota 60) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, nº 1465; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, nº 713; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 2, nº 2776; GATTI, De las mandas o legados, nº 360 bis; GANGI, La successione testamentaria, t. 2, nº 612.

(nota 61) PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, nº 713; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 2, nº 2776; DEMOLOMBE, t. 22, nº 240; HUC, t. 6, nº 381.

(nota 62) GANGI, La successione testamentaria, t. 3, nº 611.

(nota 63) En sentido concordante: GATTI, De las mandas o legados, nº 361; ZANNONI, t. 2, § 1507; PÉREZ LASALA, t. 2, nº 576; en el Código italiano está legislado como revocación tácita y asimilada a la alienación (art. 686).

(nota 64) ZANNONI, t. 2, § 1507; PÉREZ LASALA, t. 2, nº 576; GANGI, La successione testamentaria, t. 3, nº 617; GATTI, De las mandas o legados, nº 360; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 2, nº 2774; DÍAZ CRUZ, Los legados, p. 639.

(nota 65) Nota al art. 3803; GANGI, La successione testamentaria, t. 3, nº 617; MESSINEO, t. 7, § 199, nº 13; BARASSI, Le successioni per causa di morte, 3ª ed., p. 454; Código uruguayo, art. 946; español, art. 869.

(nota 66) Nota al art. 3803; Código uruguayo, art. 946.

(nota 67) GANGI, La successione testamentaria, t. 3, nº 617. En contra: GATTI, De las mandas o legados, nº 382; DÍAZ CRUZ, Los legados, p. 644, quienes sostienen que la

revocación quedaría sin efecto si el causante hubiera vuelto voluntariamente la cosa a su estado anterior. Tal opinión no guarda coherencia con la esencia de la revocación, que importa una voluntad expresa o tácita de dejar sin efecto la manda; una vez operado este efecto, el legado no puede revivir sino por un nuevo testamento.

(nota 68) GANGI, *La successione testamentaria*, t. 3, nº 619.

1120/11260

CAPÍTULO XVIII - ALBACEAS (ver nota 1)

1120/11270

§ 1.— Conceptos generales

1120/1622

1622. CONCEPTO.— Albacea es la persona designada por el testador para hacer cumplir sus disposiciones de última voluntad. Por ello se lo llama también ejecutor testamentario. Ocurre con frecuencia que los herederos del causante, cuyos intereses son contrapuestos a los de los legatarios o beneficiarios de los cargos, suelen no cumplir estas disposiciones, o lo hacen de mala gana, reduciendo su alcance o demorando su pago. La experiencia ha demostrado que es conveniente que alguien de la confianza del causante haga cumplir sin dilaciones ni retaceos su última voluntad. Otras veces, la intervención del albacea es un arbitrio destinado a evitar cuestiones entre coherederos mal avenidos; finalmente, puede ocurrir que no haya herederos, en cuyo caso el ejecutor testamentario es casi indispensable para proceder a la liquidación de los bienes, tramitar el sucesorio y pagar deudas y legados.

1120/1623

1623. NATURALEZA JURÍDICA (ver nota 2).— La naturaleza jurídica del albaceazgo ha suscitado una larga controversia, como suele ocurrir siempre que una institución no encaja de modo perfecto en los moldes de las otras instituciones típicas. Expondremos a continuación solamente las teorías que han tenido mayor repercusión doctrinaria y legislativa.

1120/1624

1624. a) Teoría del mandato.— Según la opinión dominante, a la que nosotros adherimos, el albaceazgo es un mandato post mortem, de naturaleza especial; el ejecutor testamentario es el mandatario del causante, designado por él para hacer cumplir sus disposiciones de última voluntad. En nuestro derecho positivo es poco menos que imposible discutir la validez de esta doctrina, apoyada en textos expresos, como los artículos 1870, inciso 7º, 3850 y 3855, a los que puede añadirse la nota al artículo 3844 Ver Texto (ver nota 3). Hemos dicho que es un mandato de naturaleza peculiar, puesto que, en efecto, deben señalarse algunas diferencias, en verdad no esenciales, con el mandato típico: 1) éste concluye con el fallecimiento del mandante (art. 1963 Ver Texto , inc. 3º), en tanto que el albaceazgo comienza a producir efectos en ese momento. Empero, ésta no es una diferencia sustancial, por lo menos en nuestro derecho positivo, porque según el artículo 1980 Ver Texto la muerte no pone fin al mandato cuando el negocio que forma su objeto debe ser cumplido después de ocurrida aquélla; 2) el mandatario puede ser nombrado verbalmente o por escrito, en forma expresa o tácita (art. 1873 Ver Texto), en tanto que el albacea sólo puede ser nombrado en forma expresa y por testamento (art. 3845 Ver Texto); 3) los incapaces pueden ser mandatarios (art. 1897 Ver Texto), pero no albaceas (art. 3846 Ver Texto); 4) el mandato puede ser sustituido por el mandatario (art. 1924 Ver Texto), en tanto que el ejecutor testamentario no puede hacer lo propio con sus facultades (art. 3855 Ver Texto); 5) los mandatarios no son solidariamente responsables, a menos que así lo disponga expresamente el mandato (art. 1920 Ver Texto), mientras que los albaceas designados para obrar en común sí lo son (art. 3870 Ver Texto).

La idea del albaceazgo concebido como mandato no ha satisfecho a muchos; se objeta que el mandato es un contrato y la designación de albacea un acto de última voluntad; que el mandato importa representación y no se concibe que pueda representarse a un muerto. Esto explica que haya entre una y otra institución las importantes diferencias que hemos puesto de relieve. De ahí que se hayan buscado otras explicaciones de su esencia jurídica.

1120/1625

1625. b) Teoría de la representación.— Puesto que puede haber representación sin mandato (padres, tutores, curadores) y mandato sin representación (prestanombres, comisionistas), algunos autores sostienen que el albacea es un representante. ¿Pero de quién? 1) Según una primera teoría, el albacea representa al difunto (ver nota 4), teoría difícil de digerir, pues no se concibe la representación de un muerto, de alguien que ya ha dejado de ser persona, sujeto de derecho y obligaciones. 2) Para otros, es un representante de la herencia, concebida como persona jurídica (ver nota 5); pensamos que es una idea inaceptable. Nosotros hemos admitido la idea de que la sucesión, en tanto permanece en estado de indivisión, es una entidad jurídica (véase nº 507); pero si la indivisión ha terminado, o si el heredero es uno solo, los sucesores son los únicos titulares de los derechos y obligaciones. Aquí no tendría sentido hablar de representación de la masa. Y lo más grave es que esta

teoría da una idea falsa de la institución; porque el albacea no tiene por objeto proteger o cuidar una masa patrimonial, sino hacer que se cumpla fielmente la voluntad del testador, aunque ello signifique una dispersión de los bienes y atente contra los intereses de la masa, concebida como unidad jurídica y económica. 3) Para otros, es un representante de los legatarios (ver nota 6), idea que se funda en el hecho de que, con frecuencia, el albacea es designado para protegerlos contra el incumplimiento de las mandas por el heredero. Pero la teoría no resiste el análisis, porque muchas veces el albacea se opone a las pretensiones de los legatarios o los obliga a cumplir con los cargos, lo que no se concebiría si fuera un representante (ver nota 7). 4) Tampoco es aceptable concebirlo como un representante de los herederos (ver nota 8), pues justamente en la mayor parte de los casos, la designación del ejecutor testamentario tiende a evitar los abusos de aquéllos y vigilar su actuación; la existencia de un albacea afecta la situación jurídica de los herederos, pues importa arrebatarles funciones que les pertenecen (ver nota 9).

1120/1626

1626. c) Teoría del oficio.— Para algunos autores (ver nota 10), el albaceazgo sería un oficio o cargo establecido en la ley. La idea no es en sí misma errónea, pero, a nuestro juicio, es inexpresiva y no brinda ningún elemento para penetrar en la esencia de la institución.

1120/1627

1627. d) Institución sui generis.— Para otros es una institución sui generis que no puede identificarse con ninguna de las otras figuras típicas. Dentro de esta corriente podemos situar la opinión de BEUDANT, según la cual la naturaleza jurídica del albaceazgo es compleja y difiere según se lo considere en relación al causante, a los herederos y a los legatarios y otros beneficiarios de disposiciones testamentarias: frente al primero, es un mandatario póstumo; frente a los segundos, es un vigilante o contralor; frente a los terceros, es un defensor sin título (ver nota 11). Por su parte PUIG BRUTAU dice que el albaceazgo es pura y simplemente el albaceazgo; que no es asimilable al mandato, ni a la representación, ni a ninguna otra figura más o menos similar; que tiene su sustantividad propia y que debe fundarse en el reconocimiento de las siguientes cualidades que son inherentes a su naturaleza: 1) deriva su autoridad del testador; 2) tiene una posición independiente de los herederos; 3) sus actos producen efectos respecto de los bienes de la herencia y de quienes están interesados en ellos; 4) desplaza a los herederos en algunas de sus atribuciones; 5) terminada su gestión, debe dar cuenta a los herederos (ver nota 12).

1120/1628

1628. e) Nuestra opinión.— Por nuestra parte, pensamos que la teoría que mejor explica la

naturaleza jurídica del albaceazgo es la que ve en él un mandato post mortem. En rigor, se trata de un mandato sin representación, pues quien lo confiere ha muerto ya cuando el ejecutor testamentario entra en funciones; y no se concibe la representación de una persona que no existe.

Las atribuciones del albacea tienen su origen en un acto de voluntad del testador; es un encargo, una misión, importa el cumplimiento de órdenes o instrucciones. ¿Qué es todo esto sino un mandato, tómesese esta palabra en su acepción gramatical o jurídica? Al considerarlo como tal se penetra de inmediato en la esencia del albaceazgo y se lo configura con precisión y acierto.

Es, pues, plausible el criterio aceptado por nuestro Código.

1120/1629

1629. CARACTERES.— El albaceazgo tiene los siguientes caracteres:

a) Es voluntario, tanto del punto de vista del testador como del albacea; el primero puede o no designar ejecutor testamentario (art. 3844 Ver Texto); éste puede o no aceptar el cargo (art. 3865 Ver Texto).

b) Es personalísimo, no puede ser delegado, ni es posible sustituir el cargo (art. 3855 Ver Texto), lo que es natural, pues la designación importa un acto de confianza personal del causante. Ello no impide, sin embargo, que el albacea pueda designar mandatarios para que obren a su nombre, siempre que ellos actúen bajo sus órdenes inmediatas y bajo su responsabilidad personal (art. 3855). Por iguales motivos, la función no se transmite a los herederos del albacea (art. citado).

Empero, si un funcionario ha sido nombrado albacea por su calidad de tal, sus poderes pasan a la persona que lo sucede en la función (art. 3866 Ver Texto).

c) Es oneroso, puesto que tiene derecho a honorarios (art. 3872 Ver Texto).

d) Es testamentario, tiene su origen en una designación contenida en el testamento. Es verdad que nuestro derecho reconoce también albaceas dativos y convencionales (véase núms. 1703 y sigs.); pero, en realidad, se trata de una manera impropia de designar a mandatarios que cumplen funciones análogas a las de los ejecutores testamentarios. En su sentido propio y clásico, no hay otros albaceas que los designados por testamento.

1120/1630

1630. QUIÉNES PUEDEN DESIGNAR ALBACEAS.— Puesto que la designación de albaceas no es sino una consecuencia de la facultad de disponer de los bienes por testamento, forzoso será concluir que pueden hacerlo todos los que tienen capacidad para testar (ver nota 13). Tal conclusión está implícitamente admitida en el artículo 3844 Ver Texto , que reconoce al testador, sin distinción ninguna, la atribución de nombrarlo.

La facultad de designar albacea es indelegable; sería nula la cláusula testamentaria que disponga que desempeñará el cargo la persona indicada por un tercero (ver nota 14).

1120/1631

1631. QUIÉNES PUEDEN SER DESIGNADOS ALBACEAS.— Sólo pueden ser designados albaceas las personas que tengan capacidad de obligarse (art. 3846 Ver Texto).

La capacidad debe tenerse al tiempo de ejercer el albaceazgo, de modo que no importa que sea incapaz a la fecha del testamento en que se lo nombró (art. citado). La disposición es lógica, pues lo que interesa es la aptitud en el momento de desempeñar el cargo. Por igual motivo cesará si, pese a ser capaz en el momento de asumir sus funciones, cae más tarde en estado de demencia.

Supongamos que el albacea designado no sea capaz en el momento de abrirse la sucesión, pero sí más tarde, cuando los herederos aún no han iniciado la sucesión, o cuando no han concluido de cumplir con el testamento; como por ejemplo ocurriría si el menor llega a la mayoría de edad seis meses después de morir el causante, o si el demente recupera la razón. ¿Puede el albacea ocupar sus funciones o, por el contrario, debe reputarse que quien carecía de capacidad en el momento de la muerte no puede pretender el albaceazgo en adelante? Parecería que la primera solución es la que mejor contempla la voluntad del causante y la que más se adecua al texto legal que exige la capacidad al tiempo de ejercer el albaceazgo (ver nota 15).

1120/1632

1632.— De acuerdo con la regla del artículo 3846 Ver Texto , no pueden ser albaceas los menores, los dementes, los sordomudos que no saben darse a entender por escrito.

Después de la sanción de la ley 17711 que ha ampliado tan notablemente el campo de la capacidad de los emancipados, no cabe dudar de que pueden ser albaceas desde que tienen plena capacidad para obligarse (ver nota 16).

Los religiosos profesos, que no pueden contratar (art. 1160 Ver Texto), están, por ende, inhabilitados para ser albaceas (ver nota 17).

En cuanto a los inhabilitados pensamos que no pueden ser albaceas, dado que tienen seriamente restringida su capacidad de obligarse. A este argumento, fundado en el artículo 3846 Ver Texto , podemos añadir que la situación de inferioridad psicofísica en que se encuentran los inhabilitados (con la relativa excepción del pródigo) hace gravemente inconveniente su desempeño como albacea (ver nota 18).

1120/1633

1633.— En cambio, pueden ser albaceas: a) las mujeres casadas (ley 11357, art. 1º Ver Texto , ref. por ley 17711); ha quedado derogado el artículo 3847 Ver Texto , Código Civil, que exigía autorización marital; b) las personas fallidas o concursadas, puesto que no son incapaces propiamente dicho (ver nota 19). Su inhabilidad para disponer de los bienes que integran la masa y para obligarse con ellos deriva del desapoderamiento (ver nota 20); en lo demás, conservan su capacidad. Empero, el artículo 3864 Ver Texto reconoce a los herederos la facultad de pedir la destitución del albacea que ha quebrado en sus negocios. Por lo mismo que se trata de una facultad que puede o no ser ejercida, es indudable que nuestro Código no ve un obstáculo insalvable en la condición del fallido; pero como ella importa una considerable disminución de su responsabilidad eventual, ha concedido a los herederos el derecho a pedir la separación del cargo.

1120/1634

1634.— ¿Pueden ser albaceas las personas jurídicas? La cuestión está controvertida. Algunos autores lo niegan, sosteniendo que se trata de un cargo otorgado en razón de la confianza hacia una persona humana (ver nota 21); pero actualmente prevalece la opinión contraria (ver nota 22). En verdad, lo único que exige la ley es capacidad para obligarse, capacidad de que están dotadas las personas jurídicas; por lo demás, no es exacto, por lo menos en nuestro derecho positivo, que el testador, al nombrar albacea, se funde exclusivamente en la confianza depositada en una persona humana, puesto que el artículo 3866 Ver Texto autoriza el nombramiento fundado en la consideración del cargo y establece que, en tal caso, los poderes pasan a quien lo sucede en la función; si, por lo tanto, es posible designar albacea al Presidente de la Sociedad de Beneficencia, ¿por qué no admitir que ésta misma pueda serlo? Empero, no toda persona jurídica está habilitada para ejercer

el cargo, pues en virtud del principio de la especialidad, su capacidad es limitada y especial, de tal modo que no podrían adquirir derechos y desempeñar funciones que no estén de acuerdo con su destino (ver nota 23). Así, no podría ser albacea una sociedad comercial, pero sí una asociación civil de beneficencia o de socorros mutuos.

1120/1635

1635.— No hay inconveniente legal en que el cargo de albacea sea desempeñado por un heredero o legatario (art. 3848 Ver Texto); tampoco es obstáculo la incapacidad para recibir legados; en particular, la ley autoriza a desempeñar el cargo a los testigos que intervienen en el testamento y al escribano ante el cual se otorgó (art. citado).

1120/1636

1636.— La situación del indigno merece una consideración especial. En primer término, hay que excluir de nuestro análisis el caso de que el testamento sea posterior al hecho que importa indignidad, porque entonces la designación ulterior supone el perdón (art. 3297 Ver Texto). Pero si el testamento ha sido anterior, pensamos que el indigno no puede ser albacea, porque este es un cargo de confianza y es lógico suponer que, de haber sabido el testador la conducta del albacea, no lo hubiera designado como tal; porque resulta chocante la idea de que el indigno pueda asumir el papel de ejecutor de la voluntad de la persona a la cual ha agraviado tan gravemente; y, por fin, porque si se considera justo excluirlo de la herencia, no se explica que reciba parte de esos bienes a título de honorarios (ver nota 24).

En suma: el que incurrió en una causal de indignidad puede ser albacea si se produjo el perdón del ofendido, o si no se ejerció en tiempo la acción para hacer declarar la indignidad; caso contrario, a pedido de los herederos interesados, debe ser separado del cargo (ver nota 25). En tal caso, pensamos que no tiene derecho a honorarios por las tareas realizadas antes de la separación, puesto que la indignidad es una sanción y no resulta admisible que el indigno pueda obtener un beneficio por su actuación en un cargo que no merece desempeñar (ver nota 26).

1120/1637

1637. FORMA DE LA DESIGNACIÓN.— La designación de albacea debe hacerse por testamento (art. 3845 Ver Texto); cualquier forma testamentaria es válida, puesto que todas tienen la misma eficacia legal (art. 3623 Ver Texto). No es indispensable que el nombramiento se haga en el mismo testamento cuya ejecución se desea asegurar (art. 3845 Ver Texto); de tal modo que podría hacerse por un testamento aparte, otorgado a ese solo efecto.

Si en el último testamento se dijera que el nombramiento se hace para asegurar el cumplimiento de las disposiciones contenidas en otros anteriores, basta con ello para tenerlos por confirmados (ver nota 27).

El nombramiento puede estar sujeto a condición o a término (ver nota 28); ejemplo típico de la primera hipótesis es la designación de albaceas sucesivos (véase nº 1688), en cuyo caso los nombrados en último término sólo entran en funciones en caso de imposibilidad, renuncia o muerte del primero.

1120/1638

1638. REVOCACIÓN.— La designación de albacea es revocable, como lo es toda disposición testamentaria relativa a los bienes; la revocación sólo podrá hacerse por otro testamento (ver nota 29).

1120/1639

1639. ACEPTACIÓN DEL CARGO.— La aceptación puede ser expresa o tácita; esta última resulta de cualquier acto que implique el desempeño del cargo (ver nota 30).

¿Qué ocurre si el albacea guarda silencio, sin pronunciarse por la aceptación o renuncia? Nuestra ley no ha previsto el caso; pensamos que, si ello ocurre, los interesados tienen derecho a reclamar del juez la fijación de un plazo dentro del cual el albacea expresará si acepta o no, bajo apercibimiento de tenerlo por renunciante (ver nota 31). Es la única manera razonable de concluir con una incertidumbre perjudicial, permitiendo la actuación sin cortapisas de los herederos, o bien la de los otros albaceas designados subsidiariamente. Esta es la solución de la mayor parte de las legislaciones extranjeras (Código italiano, art. 702, inc. 3º; alemán, art. 2202, inc. 2º; uruguayo, art. 969; chileno, art. 1276). Otros códigos presumen aceptado el cargo si el albacea no se pronuncia dentro de cierto tiempo de haber tenido conocimiento de su designación (español, art. 968; suizo, art. 517).

Nada se opone a que el albacea designado por el testamento renuncie el cargo y acepte la institución hereditaria o legado, con que es favorecido o viceversa (ver nota 32), a menos que el beneficio esté condicionado a la aceptación de dicho cargo.

1120/1640

1640. RENUNCIA.— El albacea puede renunciar el cargo antes de haberlo aceptado, o después de estar en funciones, sin necesidad de expresar los motivos de su actitud, pues no se trata de una carga pública de desempeño obligatorio. En este sentido debe entenderse el artículo 3865 Ver Texto cuando dice que el albaceazgo termina por dimisión voluntaria.

Pero la renuncia no debe ser intempestiva y si lo fuera, responde por los daños que causare (ver nota 33).

(nota 1) BIBLIOGRAFÍA: Son capitales en esta materia las obras de GATTI, *Albaceas*, Montevideo, 1956; y de CAFFERATA, *El albacea testamentario en el Derecho argentino*, Córdoba, 1952. Además, véase PEREDA, *De los albaceas*, Montevideo, 1928; FORNIELES, t. 2, núms. 415 y sigs.; LAFAILLE, t. 2, núms. 619 y sigs.; MACHADO, t. 10, p. 318 y sigs.; ZANNONI, t. 2; PÉREZ LASALA, t. 2; MAFFÍA, t. 3; ALBALADEJO GARCÍA, *La ocupación del cargo de albacea, separata de la Revista Notarial de Madrid*, abril-junio, 1956; FERRERO, *Derecho de sucesiones*, Lima, 1993, p. 607 y sigs.; THOMAS, *Des pouvoirs des exécuteurs testamentaires*, Paris, 1930; GOYOT, *L'exécuteur testamentaire dans la jurisprudence et dans la pratique notarial française*, Paris, 1914; MONNIER, *Les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire*, Paris, 1927; BUNNAG, *Les exécuteurs testamentaires dans le droit anglais*, Paris, 1930; BUCON, *Les obligations du trustee en droit anglais*, Paris, 1938; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, núms. 1563 y sigs.; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, núms. 675 y sigs.; VAUGHAM WILLIAMS, *A treatise on the law of executors and administrators*, London, 1873; KIPP, *Sucesiones*, t. 2, § 116 y sigs.

(nota 2) BIBLIOGRAFÍA: GATTI, *Albaceas*, núms. 22 y sigs.; PEREDA, *De los albaceas*, núms. 4 y sigs.; BONFIGLIO, *L'esecuzione testamentaria. Natura giuridica e fondamento con riguardo alli istituti giuridici affini*, Catania, 1926; MESSINEO, *Contributo alla teoria della esecuzione testamentaria*, Padova, 1931.

(nota 3) Nuestra doctrina es unánime: FORNIELES, t. 2, n° 415; CAFFERATA, *El albacea testamentario*, p. 17 y sigs.; LAFAILLE, t. 2, n° 621; RÉBORA, t. 2, n° 438; FASSI, *Tratado de los testamentos*, t. 2, n° 1553; MAFFÍA, t. 3, n° 1430; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 586. Véase también: C. Civil Cap., Sala G, 5/3/1981, J.A., 1981-III, p. 647; id., 12/2/1982, L.L., 1982-D, p. 492; C. Civil 2ª Cap., 27/4/1942, L.L., t. 26, p. 503; id., 29/7/1932, J.A., t. 38, p. 1147; C. Civil 1ª Cap., 14/3/1932, J.A., t. 37, p. 1004; juez Dr. ABELENDA, 14/4/1936, L.L., t. 2, p. 162; C. 1ª Apel. La Plata, 21/11/1944, L.L., t. 37, p. 509; Sup. Trib. Entre Ríos, 10/12/1936, L.L., t. 5, p. 647; C. 1ª Apel. Córdoba, cit. por CAFFERATA, *El albacea testamentario*, p. 23. En el mismo sentido: GATTI, *Albaceas*, núms. 47 y sigs.; PEREDA, *Albaceas*, n° 5; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 676; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1563; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, núms. 1878-1879; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, *Des*

donations, t. 2, n° 2610; AUBRY y RAU, t. 7, § 711; GANGI, La successione testamentaria, t. 3, n° 719; GARCÍA GOYENA, t. 2, p. 155; DE DIEGO, t. 3, p. 259; BORRELL y SOLER, t. 5, p. 342. La idea es acogida expresamente por el Cód. Civil suizo (art. 517, inc. 2º) y el alemán (art. 2218).

(nota 4) Es una idea muy común entre los autores que sostienen la teoría del mandato; el propio VÉLEZ la sostiene en la nota al art. 3844; en igual sentido: C. 1ª Apel. La Plata, 21/11/1944, L.L., t. 37, p. 509.

(nota 5) KIPP, Sucesiones, vol. 2, § 116, p. 214.

(nota 6) PACIFICI MAZZONI, t. 6, Parte I, p. 583.

(nota 7) De acuerdo: C. Civil 1ª Cap., 14/3/1932, J.A., t. 37, p. 1004; C. Civil 2ª Cap., 21/7/1932, J.A., t. 38, p. 1147.

(nota 8) Teoría que sostuvo ZACHARIAE, cit. por VÉLEZ en la nota al art. 3844, quien rebate tal opinión; véase en concordancia con el codificador, C. Civil 2ª Cap., 20/7/1932, J.A., t. 38, p. 1147.

(nota 9) BINDER, cit. por GATTI, Albaceas, n° 36.

(nota 10) MESSINEO, Contributo alla teoria della esecuzione testamentaria, Padova, 1931, núms. 60 y sigs. y Tratado, t. 7, § 188; BETTI, Teoría general del negocio jurídico, n° 73; FERRERO, Derecho de sucesiones, p. 609; ROCA SASTRE, adiciones a KIPP, Sucesiones, t. 2, p. 216 y sigs. Esta fue recogida en el Código italiano de 1942 que, en diversas disposiciones, habla de oficio (arts. 704, 707, 708, 710, 711 y 712).

(nota 11) BEUDANT, Cours de droit civil français, t. 7, n° 365.

(nota 12) PUIG BRUTAU, Fundamentos de derecho civil, t. 5, vol. 1, p. 441 y 446.

(nota 13) CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 26; GATTI, Albaceas, n° 74; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1570.

(nota 14) GATTI, Albaceas, n° 74; AZZARTI y MARTÍNEZ, Successioni per causa di

morte, nº 309. En la doctrina española ALBALADEJO GARCÍA ha sostenido con muy buenos argumentos, la posibilidad de delegar en un tercero la elección de la persona que desempeñará el albaceazgo (La ocupación del cargo de albacea, Madrid, 1956, p. 14 y sigs.); pero hay que tener en cuenta que en el derecho español, a diferencia del nuestro, el albaceazgo es delegable (art. 909), lo que brinda un fuerte punto de apoyo a esa tesis.

(nota 15) PEREDA, Albaceas, nº 46; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 2, nº 2609; DEMOLOMBE, t. 22, nº 31; ALBALADEJO GARCÍA, La ocupación del cargo de albacea, p. 70.

(nota 16) En nuestras ediciones anteriores a la reforma de la ley 17711 nos habíamos pronunciado en contra de la capacidad de los emancipados para ejercer el albaceazgo, de acuerdo con LLERENA, t. 10, art. 3846; MACHADO, t. 10, p. 385, nota; GATTI, Albaceas, nº 81; así lo proyectaba BIBILONI, art. 3356 y la Comisión de 1936, art. 2126; ALBALADEJO GARCÍA, La ocupación del cargo de albacea, p. 55. Esta es también la ocupación corriente en el derecho francés: PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, nº 677; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 2, nº 2605; DEMOLOMBE, t. 22, nº 29; AUBRY y RAU, § 711; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, nº 1665, etcétera. En favor de la aptitud de los emancipados para ejercer el albaceazgo: SEGOVIA, nota al art. 3848 de su numeración; LAFAILLE, t. 2, nº 630; ZANNONI, t. 2, § 1538; PÉREZ LASALA, t. 2, nº 592. Aun después de la sanción de la ley 17711 mantiene la opinión contraria a la capacidad de los emancipados, FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, nº 1574.

(nota 17) MACHADO, t. 10, p. 386; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, nº 1577; ZANNONI, t. 2, § 1545; GOYENA COPELLO, t. 2, p. 434; PÉREZ LASALA, t. 2, nº 593.

(nota 18) De acuerdo: ZANNONI, t. 2, § 1529; PÉREZ LASALA, t. 2, nº 593.

(nota 19) De acuerdo: CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 41 y sigs.; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, nº 1576; SEGOVIA, art. 3848 de su numeración, nota 3. Comp. MACHADO, t. 10, p. 386, nota.

(nota 20) ORGAZ, Personas individuales, p. 196; GATTI, Albaceas, nº 84.

(nota 21) DE GÁSPERI, t. 4, nº 675; CESTAU, De los albaceas en el Derecho Civil uruguayo, nº 33 (cit. por GATTI, Albaceas, nº 83, nota 48).

(nota 22) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, nº 1578; GATTI, Albaceas, nº 83; ZANNONI, t. 2, § 1542; MAFFÍA, t. 3, nº 1433, c; ALBALADEJO GARCÍA, La

ocupación del cargo de albacea, p. 58; GANGI, *La successione testamentaria*, t. 3, n° 722; MESSINEO, t. 7, § 188, n° 4 bis; KIPP, *Sucesiones*, t. 2, p. 222; ROCA SASTRE, adiciones a la obra de KIPP, t. 2, p. 226; ROSSEL y MENTHA, t. 2, n° 994. El art. 733, Cód. peruano establece que los bancos pueden ser albaceas con arreglo a su ley especial.

(nota 23) FASSI, *Tratado de los testamentos*, t. 2, n° 1578; GATTI, loc. cit. en nota anterior.

(nota 24) De acuerdo: GOYENA COPELLO, *Sucesiones*, t. 2, p. 434; CAFFERATA, *El albacea testamentario*, p. 40; en contra: GATTI, *Albaceas*, n° 91; FASSI, *Tratado de los testamentos*, t. 2, n° 1585; ZANNONI, t. 2, § 1545, si bien sostiene que de lege ferenda es preferible la solución que nosotros propiciamos; en igual sentido se pronuncia PÉREZ LASALA, t. 2, n° 592.

(nota 25) CAFFERATA, loc. cit., en nota anterior; MANRESA, *Comentarios al Cód. Civil español*, t. 6, p. 835; ALBALADEJO GARCÍA piensa que los textos del Cód. Civil español no permiten esta conclusión, si bien admite las poderosas razones morales que la apoyan (*La ocupación del cargo de albacea*, p. 65).

(nota 26) En contra: GATTI, *Albaceas*, n° 91.

(nota 27) CAFFERATA, *El albacea testamentario*, p. 53; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 589.

(nota 28) ALBALADEJO GARCÍA, *La ocupación del cargo de albacea*, p. 8 y sigs.

(nota 29) PEREDA, *Albaceas*, n° 20.

(nota 30) CAFFERATA, *El albacea testamentario*, p. 45; FASSI, *Tratado de los testamentos*, t. 2, n° 1589; GATTI, *Albaceas*, n° 97. Cabe agregar que CAFFERATA añade que el albaceazgo se entiende aceptado mientras no se lo renuncie (loc. cit.). Hay aquí una contradicción con la afirmación de que la aceptación puede ser tácita y que ésta resulta de cualquier acto que implique el desempeño de las funciones; pues si el cargo se presume aceptado, no hay para qué hablar de aceptación tácita. Tampoco se conforma ello con la tesis del mismo autor —que nosotros compartimos— de que los interesados pueden pedir al juez la fijación de un plazo para que el albacea se pronuncie en un sentido u otro; pues si la aceptación se presume, no tiene sentido obligarlo a pronunciarse. Por lo demás, no parece excesivo presumir la aceptación, incluso del silencio del albacea. Si ello fuera así, sus responsabilidades comenzarían desde el mismo momento del fallecimiento del causante, tenga o no conocimiento de él y de su designación como albacea. Es, desde luego, una

solución inaceptable. De acuerdo con nuestra opinión, GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 436.

(nota 31) CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 45. En cambio consideran que este apercebimiento no es posible y que la intimación debe limitarse a hacer saber al albacea que en caso de silencio, la sucesión tramitará como si no hubiere albacea, FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1591 y GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 437 y MAFFÍA, t. 3, n° 1437.

(nota 32) ALBALADEJO GARCÍA, La ocupación del cargo de albacea, p. 28.

(nota 33) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1593; CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 45.

1120/11280

§ 2.— Facultades del albacea

1120/1641

1641. DISTINTOS CASOS.— Las facultades del albacea deben ser consideradas con relación a dos hipótesis: que el testador las haya fijado expresamente, o que no haga ninguna referencia a ellas, limitándose a la designación.

1120/11290

A.— FACULTADES SEÑALADAS EN EL TESTAMENTO

1120/1642

1642. REGLA LEGAL.— El principio es que el causante puede otorgar al albacea todas las facultades que estime necesarias para el cumplimiento de su misión (art. 3851 Ver Texto). Empero, él no podría atribuirle facultades que excedieran su cometido de ejecutor testamentario, o que lesionaran los legítimos derechos de los herederos; por eso la aludida disposición agrega que la atribución de facultades debe ser con arreglo a las leyes. En la

nota que va al pie de este artículo dice VÉLEZ SARSFIELD que “el mandato hecho al albacea restringe los derechos de administración y libre disposición que pertenecen a los herederos en su calidad de propietarios y, por tanto, no puede extenderse más allá de las disposiciones de la ley y de los límites indispensables a su objeto. Decimos con arreglo a las leyes, pues el testador no podría, por ejemplo, darle facultad para que distribuyese los bienes a su arbitrio, porque tal disposición sería a favor de personas inciertas”.

Así, aunque el causante dé al albacea la facultad de vender los bienes de la sucesión, él no podrá hacerlo sino cuando sea indispensable para la ejecución del testamento y de acuerdo con los herederos o autorizado por el juez (art. 3856 Ver Texto ; véase nº 1651); es inválida la facultad que se confiera al albacea de distribuir el remanente de los bienes en la forma en que lo estime conveniente (ver nota 1); o la de reconocer deudas del causante o efectuar su pago sin la conformidad de los herederos (ver nota 2); o la de privar a los herederos forzosos de los derechos de administración y disposición de los bienes (ver nota 3); o la que lo exime de rendir cuentas (art. 3868 Ver Texto). De igual modo, sería inválida la facultad atribuida al albacea de promover y tramitar el juicio sucesorio, habiendo herederos (ver nota 4) (véase nº 1658); o la de hacer la partición de los bienes hereditarios o designar peritos tasadores o partidores, máxime si los herederos estuvieron de acuerdo sobre la forma de hacerlo (véase nº 1658); o la de vender los bienes sin sujetarse a la formalidad de la subasta pública (véase nº 1653).

1120/1643

1643. LEGISLACIÓN COMPARADA.— Contienen una disposición similar a nuestro artículo 3851 los códigos: español (art. 901); alemán (arts. 2207 y sigs.); portugués (art. 1894) y brasileño (art. 1761). En cambio, los códigos: uruguayo (art. 987); colombiano (art. 1355) y chileno (art. 1298) no permiten al causante ampliar las atribuciones legales de los albaceas.

1120/11300

B.— FACULTADES DEL ALBACEA CUANDO EL CAUSANTE NO LAS HA FIJADO

1.— Caso en que hay herederos

1120/1644

1644. CRITERIO RESTRICTIVO.— El papel legal del albacea difiere según que existan o

no herederos, sean legítimos o instituidos. Es natural que habiéndolos, sus atribuciones sean considerablemente menores, porque los herederos son propietarios ipso jure de los bienes dejados por el causante, y es necesario evitar una colisión con sus legítimos derechos de dueños. Como bien dice CAFFERATA, en tal caso el albacea no es propiamente un ejecutor testamentario (papel que deben desempeñar los herederos), sino más bien un encargado de vigilar el cumplimiento de su voluntad por aquéllos (ver nota 5).

La jurisprudencia ha sido firme en mantener la actuación de los albaceas dentro de límites razonables y, sobre todo, en impedir los abusos en que tan frecuentemente incurrían. Por ello, y como principio general, se ha declarado que, habiendo herederos, las atribuciones del albacea deben interpretarse restrictivamente (ver nota 6), convirtiéndolo en un mero supervisor de la voluntad del causante (ver nota 7).

El problema tiene especial importancia en lo que atañe a la administración y disposición de los bienes; numerosos fallos han resuelto que los herederos no pierden tales facultades (ver nota 8) y se han declarado nulos los actos realizados por albaceas que habían asumido funciones indebidamente; así, por ejemplo, es nulo el contrato de locación celebrado por él (ver nota 9). Pero no cabe duda que la existencia de un albacea supone alguna limitación al derecho de administración y disposición del heredero, como lo señala la nota al artículo 3851 Ver Texto . Esas restricciones son las siguientes: a) debe quedar en poder del albacea la parte de la herencia necesaria para pagar deudas y legados (art. 3852 Ver Texto); b) puede vender bienes de la sucesión con igual objeto, y siempre que estén reunidas las circunstancias señaladas en el artículo 3856 Ver Texto ; c) debe pagar las mandas (art. 3859 Ver Texto); d) debe realizar el inventario de los bienes (art. 3857 Ver Texto).

De éstas y otras atribuciones de los albaceas, nos ocuparemos en los números siguientes.

1120/1645

1645. ATRIBUCIONES.— Las atribuciones de los albaceas, habiendo herederos, son las siguientes:

a) Posesión de los bienes. Habiendo herederos legítimos o instituidos, la posesión de los bienes les corresponde a ellos; pero debe quedar en poder del albacea tanta parte de la herencia cuanta sea necesaria para el pago de deudas y legados (art. 3852 Ver Texto). Cabe notar que, correspondiendo a los herederos la posesión de pleno derecho, es el albacea quien debe pedirles la entrega de la parte indispensable para cumplir con esa función. En caso de desacuerdo entre ellos sobre la cantidad de bienes indispensables a tal objeto, la cuestión debe decidirla el juez de la sucesión (ver nota 10). Y si los herederos tuviesen justo temor sobre la seguridad de los bienes que han de entregarse al albacea, podrán pedirle las seguridades necesarias (art. 3853 Ver Texto), que consistirán en fianzas (ver nota 11) o

embargos preventivos (ver nota 12). Pero, para que estas medidas se otorguen, es indispensable, como lo dice la ley, que haya un motivo de justo temor, que el juez apreciará soberanamente; no basta la mera desconfianza infundada de los herederos, pues no ha de olvidarse que el albacea ha sido designado por el causante justamente porque confía en su honestidad. Consideramos que habría justo motivo para exigir seguridades, si el albacea hubiera sido declarado en concurso o quiebra y los herederos no quisieran hacer uso del derecho de pedir su destitución.

1120/1646

1646. b) Pago de legados.— EL albacea debe pagar las mandas con conocimiento de los herederos; y si éstos se opusieren, debe suspenderse el pago hasta que se resuelva la cuestión entre herederos y legatarios (art. 3859 Ver Texto). Se explica que el albacea sólo pueda pagar los legados con intervención de los herederos, pues éstos pueden alegar la nulidad de la manda, la incapacidad del legatario, la afectación de su legítima y, en general, cualquier motivo que la haga total o parcialmente ineficaz. Por esta misma razón conviene dirigir la demanda para el pago del legado simultáneamente contra el albacea y el heredero, pues si sólo se dirige contra el primero, de cualquier modo éste deberá dar intervención a los sucesores universales, si quiere eludir su eventual responsabilidad por daños y perjuicios (ver nota 13). Pero la demanda entablada sólo contra el heredero está bien dirigida, puesto que es el deudor y él no podrá excepcionarse alegando que debió citarse también al albacea (ver nota 14).

Si hubiese legados para objetos de beneficencia pública o destinados a obras de piedad religiosa, debe ponerlos en conocimiento de las autoridades que presiden esas obras (art. 3860 Ver Texto).

1120/1647

1647.— El pago de un legado hecho sin conocimiento de los herederos es nulo y el albacea es responsable por los daños y perjuicios causados a aquéllos, si el legado fuera total o parcialmente ineficaz (ver nota 15).

1120/1648

1648. c) Pago de deudas.— ¿Están facultados los albaceas para pagar las deudas del causante? Algunos textos parecerían autorizar la respuesta afirmativa, particularmente el artículo 3852 Ver Texto , que dispone que deben quedar en poder del albacea los bienes necesarios para pagar las deudas y legados; pero, en aparente contradicción con él, el artículo 3862 Ver Texto dice que los albaceas son ajenos a los pleitos que puedan suscitarse

entre los herederos y los acreedores de la sucesión. Sin embargo, no es difícil conciliar estos textos. El albacea puede pagar las deudas de la sucesión, cuando no haya cuestión sobre ellas, ni los herederos se opongan. Pero a la inversa de lo que ocurre con los legados, no es ésta una función típica de su ministerio, pues no concierne a la ejecución del testamento. Y aun en el caso de que éste le hubiera atribuido expresamente la facultad de pagarlas, el albacea no podrá hacerlo sin el consentimiento de los herederos (ver nota 16), quienes pueden tener legítimos motivos para impugnar esos pretendidos créditos que, aun reconocidos en el testamento, podrían envolver una manda inoficiosa. Va de suyo que tampoco podrá reconocer deudas (ver nota 17); más aún, tampoco podría ser autorizado por el testador para reconocerlas, porque ello equivaldría a delegarle el derecho de beneficiar a personas que no han sido designadas legatarios, lo que es contrario al carácter indelegable de la facultad de testar (ver nota 18).

De lo dicho se desprende que los acreedores no pueden demandar al ejecutor por el cobro de sus deudas (ver nota 19) y que éste es totalmente ajeno al juicio respectivo (art. 3862 Ver Texto).

1120/1649

1649. d) Cargas.— El albacea puede demandar a los herederos y legatarios por la ejecución de las cargas que el testador les hubiere impuesto en atención a su memoria (art. 3861 Ver Texto), tales como la construcción de una bóveda, el encargo de misas por su alma, etcétera.

¿Podría cumplir directamente con esa disposición del causante, en caso de que tuviere en su poder recursos o medios suficientes para hacerlo? La cuestión es dudosa. De cualquier modo, creemos prudente reducir las atribuciones del albacea a exigir el cumplimiento por los herederos, cuyos intereses podrían verse lesionados si esa disposición afectase su legítima (ver nota 20). A lo que podría agregarse que, siendo esta disposición un cargo impuesto a los herederos, son ellos los que deben cumplirla. Empero, si el testamento atribuyera expresamente al albacea la facultad de ejecutarla, creemos que puede hacerlo, con conocimiento de los herederos que tendrían oportunidad de dejar a salvo sus legítimos intereses.

1120/1650

1650.— Si bien el artículo 3861 Ver Texto faculta expresamente al albacea para demandar el cumplimiento de las cargas en favor de la memoria del causante o de su alma, nada dice de las establecidas en favor de terceros. Una fuerte corriente doctrinaria considera que también debe reconocérsele la facultad de exigir el cumplimiento de estas disposiciones (ver nota 21). Sin desconocer que la cuestión es dudosa, nos inclinamos por la solución

contraria. Mientras el legado afecta directamente la masa hereditaria, el cargo pesa sobre la persona del gravado, sea heredero o legatario; en el primer caso, es natural que el albacea tenga amplias facultades y que pueda inclusive vender o hacer vender los bienes hereditarios para lograr el pago. En el segundo caso, en cambio, hay una relación personal y directa entre el gravado con el cargo y el beneficiario. Parece prudente, por tanto, que la actividad del albacea se limite a poner en conocimiento del beneficiario el contenido del testamento, a fin de que él defienda sus intereses en la forma que crea oportuna (ver nota 22). La interpretación que sostenemos tiene en nuestro derecho positivo un fuerte apoyo en el artículo 3861 Ver Texto que, según lo señalamos anteriormente, sólo reconoce esta facultad en el caso de que el cargo sea impuesto en interés del propio testador.

Empero, es sin duda válida la autorización contenida en el testamento para que el albacea demande el cumplimiento de las cargas (ver nota 23). Una cosa es que normalmente no tenga esta función y otra el reconocimiento del derecho del testador a atribuírsela por cláusula expresa.

Puede ocurrir finalmente que el obligado a cumplir con las cargas sea el propio albacea (en su calidad de heredero o legatario). En tal supuesto, el cumplimiento de ellas puede ser demandado no sólo por los beneficiarios, sino también por los herederos (ver nota 24).

1120/1651

1651. e) Venta de bienes.— Según el artículo 3856 Ver Texto el testador puede dar al albacea la facultad de vender sus bienes muebles o inmuebles; pero el albacea no podrá usar de este poder sino cuando sea indispensable para la ejecución del testamento y de acuerdo con los herederos o autorizado por juez competente.

¿Significa esta disposición que sólo cuando el albacea está autorizado expresamente en el testamento puede vender los bienes? Evidentemente, no. Aun en el caso de que tal facultad no hubiera sido mencionada, podría proceder a la venta si ello fuera indispensable para pagar los legados; esta facultad se desprende implícitamente del artículo 3851 Ver Texto , según el cual el ejecutor testamentario tendrá todos los poderes que, de acuerdo con las circunstancias, sean necesarios para la ejecución de la voluntad del testador (ver nota 25).

De cualquier manera, esa venta no puede hacerse sino con la conformidad de los herederos y, en caso de oposición, con la del juez (art. 3856 Ver Texto). Si hubiera legatarios de cuota, también debe requerirse su conformidad, puesto que su interés en la operación es similar al de los herederos (ver nota 26).

1120/1652

1652.— Habiendo conformidad de los herederos, serán ellos los que designen los bienes que han de venderse en primer término; y aun en el caso de que se opusieran y la venta fuera decidida por el juez, debe dárseles la oportunidad de indicar el orden de la venta (ver nota 27). En caso de silencio, o no habiendo herederos ni legatarios de cuota, el orden será decidido por el juez (ver nota 28); de cualquier modo, parece prudente no disponer la venta de los inmuebles sino en último término (ver nota 29).

1120/1653

1653.— La venta deberá hacerse en pública subasta; a menos que los interesados, mayores de edad, convinieran por unanimidad que se hiciera en forma privada (ver nota 30). Habiendo incapaces, la subasta será siempre indispensable, salvo las hipótesis excepcionales de los artículos 441 Ver Texto y 442, Código Civil (véase Tratado de Derecho Civil, Familia, t. 2, núms. 1093-1095).

¿Podría el testador dispensar al albacea de la subasta pública y autorizarlo a vender en forma privada? A nuestro juicio, tal cláusula sería nula, pues no hay que olvidar que, en definitiva, los herederos son los propietarios de los bienes desde el momento del fallecimiento del causante; su interés y la seguridad de su propiedad pasan a ocupar un primer plano en este problema de la liquidación del patrimonio del causante. La dispensa de la subasta pública que a nadie beneficia y que puede prestarse a serios abusos (abusos que son los que han desprestigiado el albaceazgo), no puede convalidarse.

Con tanta mayor razón habrá que aceptar esta solución habiendo incapaces (ver nota 31).

1120/1654

1654.— El albacea no puede adquirir los bienes de la testamentaría (art. 1361 Ver Texto , inc. 3º); el acto sería nulo y el ejecutor testamentario se haría pasible de remoción, a pedido de parte interesada (ver nota 32).

La Cámara de Apelaciones de Mendoza ha declarado, con razón, que esta disposición sólo se refiere a los bienes que están bajo la custodia del albacea, o que se venden a su pedido o por su gestión; pero no es nula la venta hecha al ejecutor testamentario por el heredero forzoso de un bien que formaba parte de su legítima y que, por tanto, no está a su cuidado (ver nota 33). Además, la prohibición no rige cuando el albacea es comunero, es decir, cuando reúne en sí la calidad de tal y la de heredero (ver nota 34). Sería muy injusto, en efecto, que uno de los herederos no pudiese adquirir los bienes de la sucesión, hecho que lo

colocaría en situación de desigualdad respecto de los restantes.

1120/1655

1655. f) Contestaciones relativas a la validez del testamento.— El albacea tiene derecho a intervenir en las contestaciones relativas a la validez del testamento (art. 3862 Ver Texto). Se explica que así sea, pues se trata de defender las disposiciones de última voluntad del causante.

Pero adviértase que la ley no le impone la obligación de intervenir en esos pleitos, ni de sostener la validez del testamento, sino que solamente le confiere la facultad de hacerlo (ver nota 35). Puede ocurrir que aquél tenga evidentes fallas formales o que, puesta en cuestión la salud mental del causante en el momento en que lo redactó, el propio albacea designado tenga serias dudas sobre el particular; es lógico dejar librada a su criterio la intervención en el juicio. En definitiva, son los directamente interesados en la cuestión (herederos y legatarios) los que deben dilucidarla.

Iguales reglas se aplican al caso de que lo impugnado no sea ya todo el testamento, sino solamente algunas de sus disposiciones (art. 3862 Ver Texto).

Pero no puede promover la nulidad del testamento en que se lo designa. Es lógico que así sea, pues quien sostiene que el testamento es nulo no puede invocar una personería emanada del propio testamento, para impugnarlo. A menos, claro está, que el causante lo hubiera designado en dos testamentos, en cuyo caso puede impugnar uno de ellos. Y, desde luego, si el albacea designado es heredero, puede en este carácter impugnar el testamento (ver nota 36).

1120/1656

1656. g) Demandas promovidas por la sucesión.— En principio, el albacea es extraño a las acciones promovidas por los herederos, o por el administrador judicial a nombre de la sucesión contra terceros (ver nota 37). Pero si la acción tiende a hacer ingresar bienes sin los cuales no podría cumplirse la voluntad del testador, tiene personería para demandar (ver nota 38).

1120/1657

1657. h) Demandas contra la sucesión.— Los albaceas no pueden intervenir en los pleitos

que promueven los acreedores de la sucesión u otros terceros (art. 3862 Ver Texto); aquí no está en juego el cumplimiento de la voluntad del causante y, por tanto, no se explicaría su intervención.

Aun en el caso de que tuviera fundados motivos para sospechar que la demanda es el resultado de una colusión fraudulenta entre los herederos y un tercero para perjudicar a los legatarios, sus atribuciones no van más allá de prevenir a éstos para que defiendan sus derechos. Es la solución muy razonable que se desprende del texto claro del artículo 3862 Ver Texto .

Algo más delicado es el problema de las acciones por reconocimiento de filiación que se promovieran contra la sucesión. Habiendo herederos, no cabe duda que sólo ellos son parte en el juicio (ver nota 39) (véase Tratado de Derecho Civil, Familia, 9ª ed., t. 2, nº 669); pero, si no los hubiere, pensamos que el albacea puede intervenir.

1120/1658

1658. i) Intervención en el juicio sucesorio.— Dice FORNIELES, con razón, que no siempre es necesario que el albacea intervenga en el juicio sucesorio y que es por una verdadera corrupción que entre nosotros todas sus actividades se realizan allí (ver nota 40). Sobre todo cuando los legatarios se han presentado al expediente defendiendo su derecho, el albacea debería limitarse a vigilar los trámites.

Empero su intervención suele ser constante en todos los trámites del juicio. Se explica que así sea porque tales actividades reportan importantes honorarios, sobre todo cuando se hace patrocinar por letrados. Es necesario decir que la jurisprudencia no ha sido todo lo firme que hubiera sido de desear en reprimir estos abusos; con todo, se va diseñando cada vez más enérgicamente un sistema restrictivo, destinado a ponerles coto:

1) El albacea tiene derecho a iniciar el juicio sucesorio, pero solamente en el caso de que los herederos se muestren inactivos (ver nota 41); en consecuencia, si los herederos legítimos, ignorando el testamento, han iniciado la sucesión ab intestato, pero luego, ante la presentación de aquél por el albacea, han adecuado de inmediato el trámite al procedimiento testamentario, debe considerarse que son ellos y no el albacea quienes iniciaron la sucesión (ver nota 42). Estos principios se aplican aun en el caso de que el testamento hubiera otorgado expresamente al albacea el derecho de tramitar la sucesión, pues habiendo herederos, ellos no pueden ser privados de tal atribución (ver nota 43).

2) El trámite del juicio corresponde a los herederos; sólo en caso de manifiesta inactividad podría actuar el albacea para acelerar el procedimiento; y salvo esa hipótesis, carece de

atribuciones para proponer tasadores o partidores, por más que el testamento le reconociese “las más amplias facultades” para llenar su cometido (ver nota 44).

3) Si el albacea designase apoderado para intervenir en el juicio, los honorarios de éste son a su exclusivo cargo, salvo cuando la sustitución del poder hubiera sido absolutamente indispensable (véase nº 1683).

4) El albacea no tiene atribuciones para representar y patrocinar como abogado a los herederos aunque el testamento le haya encargado expresamente hacerlo; la función del albacea tiene su límite señalado por la naturaleza de su misión, que es vigilar que se cumplan las disposiciones de bienes contenidas en el testamento; pero aquí se trata de la defensa de los intereses de los herederos y ésta es cuestión que les atañe sólo a ellos (ver nota 45). Claro está que nada se opone a que los herederos otorguen poder para representarlos al albacea designado por el causante.

De más está decir que si ha de reputarse inválida la cláusula del testamento que encarga al albacea la tramitación del sucesorio como letrado de los herederos, tanto más ha de serlo cuanto el testamento se limita a designar abogado para que tramite la sucesión, sin atribuirle el cargo de albacea. El cargo de abogado patrocinante supone la confianza del patrocinado; en consecuencia, existiendo herederos, forzosos o no, la cláusula que designe un abogado para tramitar la sucesión no tiene otro alcance que conferirle dichas atribuciones, en tanto no sea reemplazado por los herederos (ver nota 46). A esto cabe añadir todavía la consideración de que el abogado puede ser negligente o incapaz, y no es posible que los herederos deban soportarlo. Por último, no se ve cómo puede conciliarse con la ética profesional la actitud de un abogado que insiste en conservar el patrocinio, cuando su defendido ya no lo quiere.

1120/11580

1658 bis. j) Transacciones.— Los albaceas no pueden hacer transacciones en cuanto a los derechos y obligaciones de la testamentaria, sin autorización del juez competente y previa audiencia de los interesados (art. 841 Ver Texto , inc. 4º). De más está decir que si la transacción compromete los derechos de los herederos, el albacea, que no tiene la representación de ellos, no puede hacerla ni con autorización judicial.

1120/1659

1659. CASO DE QUE NO HAYA LEGADOS, CARGOS, NI PASIVO HEREDITARIO.— En caso de que el testamento no contenga legados ni cargas, y la sucesión carezca de pasivo, la intervención del albacea es en rigor innecesaria y debe decretarse su cesación, a

pedido de parte interesada (ver nota 47).

1120/1660

1660. MODO DE HACER CESAR LA INTERVENCIÓN.— De lo dicho en el párrafo anterior se desprende que los herederos pueden hacer cesar la intervención del albacea pagando deudas y legados, o depositando en autos la suma para ello (ver nota 48).

2.— Caso en que no hay herederos

1120/1661

1661. AMPLITUD DE FACULTADES.— Cuando no hay herederos, las facultades del albacea son amplísimas. Según el artículo 3854 Ver Texto , le corresponde en tal caso la posesión de la herencia. Pero esta norma necesita ser aclarada; no se trata de reconocerle la posesión hereditaria en sentido propio, de la que sólo puede gozar el heredero, sino de atribuirle la tenencia de los bienes (ver nota 49). En la nota del artículo 3854 Ver Texto dice VÉLEZ SARFIELD que aquéllos quedan en poder del albacea en calidad de depósito o secuestro, para satisfacer con ellos los derechos constituidos en el testamento. En otras palabras: el albacea tomará posesión precaria de los bienes al solo efecto de liquidarlos y cumplir con los legados y cargos.

A falta de herederos tramita la sucesión y asume la representación de la herencia; es contra él que deben dirigirse las demandas de los acreedores o legatarios (ver nota 50); es el administrador de los bienes hereditarios y está facultado para provocar su venta judicial a fin de pagar las deudas y legados (ver nota 51).

En su carácter de administrador puede contraer obligaciones a nombre de la sucesión; tales, por ejemplo, la designación de empleados o dependientes que fueran indispensables para el manejo y liquidación del caudal. Estas obligaciones recaen sobre la sucesión y no sobre el albacea (ver nota 52).

Sin embargo, no puede reconocer deudas del causante, porque ello equivaldría a reconocerle el derecho de beneficiar a personas que no son legatarias (ver nota 53); pero puede reconocer las deudas que se hubieran originado en su propia administración, ya que si tiene facultad para contraerlas, debe tenerla para reconocerlas.

- (nota 1) C. Civil 1ª Cap., 8/5/1936, J.A., t. 46, p. 163.
- (nota 2) Sup. Corte de Buenos Aires, 22/5/1945, J.A., 1945-III, p. 555.
- (nota 3) C. Civil Cap., Sala B, 7/12/1957, L.L., t. 86, p. 687.
- (nota 4) C. Civil Cap., Sala A, 5/11/1964, L.L., t. 118, p. 881; id., 30/6/1985, L.L., fallo n° 84.193; Sala F, 10/9/1959, causa 58.630 (inérita).
- (nota 5) CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 70.
- (nota 6) C. Civil Cap., Sala A, 17/4/1956, L.L., t. 82, p. 638; Sala C, 28/3/1963, causa 87.169 (inérita); C. Civil 2ª Cap., 24/8/1938, J.A., t. 63, p. 570; C. Apel. 1ª La Plata, 21/11/1944, L.L., t. 37, p. 509; Sup. Trib. Entre Ríos, 10/12/1926, L.L., t. 5, p. 674 y fallos citados en la nota 2581. La doctrina es unánime: CAFFERATA, loc. cit. en nota anterior; FORNIELES, t. 2, núms. 427 y sigs.; LAFAILLE, t. 2, n° 633; ZANNONI, t. 2, § 1553.
- (nota 7) C. Civil Cap., Sala D, 19/4/1983; E.D., t. 105, p. 625; Sala E, 15/2/1979, E.D., t. 84, p. 520; Sala G, 12/2/1982, L.L., 1982-D, p. 492.
- (nota 8) C. Civil Cap., Sala A, 17/4/1957, L.L., t. 82, p. 638; C. Civil 1º Cap., 15/11/1926, J.A., t. 23, p. 224; C. Civil 2ª Cap., 24/8/1938, J.A., t. 63, p. 570.
- (nota 9) C. Civil 2ª Cap., 24/8/1938, J.A., t. 63, p. 570.
- (nota 10) CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 79.
- (nota 11) CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 80.
- (nota 12) C. Civil 1ª Cap., 9/9/1942, J.A., 1942-IV, p. 244.
- (nota 13) PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 691.
- (nota 14) THOMAS, Des pouvoirs des exécuteurs testamentaires, p. 60.

- (nota 15) CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 82; DEMOLOMBE, t. 22, n° 68.
- (nota 16) Sup. Corte Buenos Aires, 22/5/1945, J.A., 1945-III, p. 555; FORNIELES, t. 2, n° 428; CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 96 y sigs.
- (nota 17) Fallo citado en nota anterior. FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1689.
- (nota 18) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1690.
- (nota 19) CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 97; DEMOLOMBE, t. 22, n° 75.
- (nota 20) Aunque por otras razones, coincide con nuestra conclusión CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 88, quien cita un fallo de la C. Civil 2ª Cap., que por las circunstancias muy peculiares del caso no permite extraer conclusiones generales.
- (nota 21) GATTI, Albaceas, n° 206; JOSSERAND, t. 3, vol. 3, n° 1570; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 1880.
- (nota 22) De acuerdo: FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1679; ZANNONI, t. 2, § 1557; MAFFÍA, t. 3, n° 1445.
- (nota 23) En este sentido, véase KIPP, Sucesiones, t. 2, § 126; FASSI, loc. cit. en nota anterior.
- (nota 24) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1681; ZANNONI, t. 2, § 1557.
- (nota 25) CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 103; FORNIELES, t. 2, n° 428; DE GÁSPERI, t. 4, n° 682.
- (nota 26) C. Civil 2ª Cap., 31/8/1943, L.L., t. 31, p. 818; CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 105.
- (nota 27) CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 104; PLANIOL-RIPERT-

TRASBOT, t. 5, n° 691; BAUDRY LACANTINERIE y COLIN, Des donations, t. 2, n° 2651; DEMOLOMBE, t. 22, n° 73; GATTI, Albaceas, n° 195.

(nota 28) CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 105.

(nota 29) Algunas leyes lo disponen expresamente; tal por ejemplo, el Código uruguayo, art. 983.

(nota 30) CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 105; MAFFÍA, t. 3, n° 1440.

(nota 31) La jurisprudencia francesa, empero, se ha inclinado en el sentido de convalidar tales poderes conferidos al albacea, aun en caso de que existan menores: Trib. de París, 22/7/1901, D.P., 1907.2.385; Trib. Amiens, 7/9/1906, cit. por THOMAS, Des pouvoirs des exécuteurs testamentaires, p. 82.

(nota 32) CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 106.

(nota 33) C. Apel. Mendoza, 12/11/1934, J.A., t. 48, p. 1011.

(nota 34) GATTI, Albaceas, n° 200.

(nota 35) De acuerdo, FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1683; GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 445.

(nota 36) De acuerdo en todo lo dicho en este párrafo, FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 279, quien agrega que el albacea heredero para impugnar el testamento debe previamente renunciar al albaceazgo. No lo creemos así. Lo que no puede es ejercer el albaceazgo mientras mantenga su acción y no haya recaído sentencia que declare válido el testamento.

(nota 37) C. Civil 1ª Cap., 7/6/1932, G.F., t. 118, p. 65; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1693.

(nota 38) C. Civil 2ª Cap., 3/4/1941, L.L., t. 22, p. 295; Sup. Trib. Santa Fe, 5/6/1942, J.A., 1942-III, p. 293; CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 95 y sigs.; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1693.

(nota 39) C. Civil Cap., Sala D, 21/11/1956, J.A., 1957-II, p. 29; C. Civil 1ª Cap., 8/6/1942, J.A., 1942-III, p. 375.

(nota 40) FORNIELES, t. 2, n° 432.

(nota 41) C. Civil Cap., Sala A, 12/3/1959, causa 52.141; id., 30/7/1985, L.L., 1985-D, p. 131; Sala B, 11/1/1948, causa 46.854; Sala B, 30/5/1957, L.L., t. 88, p. 155; Sala F, 10/9/1959, causa 58.630; C. Civil Mercedes, 6/12/1955, L.L., t. 86, p. 571 (el tribunal resolvió que la promoción del juicio sucesorio hecho por el albacea dos días después del fallecimiento del testador, sin invocar ninguna razón de urgencia que justifique su prisa, no puede privar sobre la actividad evidente de los herederos que lo iniciaron 17 días después de la muerte); de acuerdo: POCCARD, Intervención del albacea en el juicio testamentario, J.A., t. 45, Doctrina, p. 46; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 607.

(nota 42) C. Civil Cap., Sala B, 4/11/1953, J.A., 1955-I, p. 113.

(nota 43) C. Civil Cap., Sala F, 10/9/1959, causa 58.630.

(nota 44) C. Civil Cap., Sala A, 4/7/1961, causa 72.373 (inédita); Sala B, 28/11/1958, L.L., t. 93, p. 175 (sec. índice por materias); Sala E, 17/2/1984, E.D., t. 109, p. 141; C. Civil 2ª Cap., 22/2/1933, J.A., t. 41, p. 137; C. Apel. 2ª La Plata, L.L., t. 95, p. 237 (peritos martilleros); en sentido concordante: C. Civil 1ª Cap., 8/2/1928, J.A., t. 27, p. 46; POCCARD, Intervención del albacea en el juicio testamentario, J.A., t. 45, Doctrina, p. 46; ZANNONI, t. 2, § 1560; GOYENA COPELLO, t. 2, p. 444 y nota 790; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 607.

(nota 45) C. Civil Cap., Sala A, 5/11/1964, J.A., 1965-I, p. 278; de acuerdo: Sala C, 12/11/1965, E.D., t. 13, p. 1; J.A., 1966-I, p. 166; y L.L., t. 121, p. 619.

(nota 46) C. Civil Cap., Sala A, fallo citado en nota anterior; Sala F, causa 5863. En contra: C. Civil Cap., Sala C, 23/2/1955, L.L., t. 80, p. 511.

(nota 47) C. Civil Cap., Sala A, 24/11/1959, causa 60.815 (inédita); C. Civil 1ª Cap., 22/8/1938, J.A., t. 63, p. 499; id., 13/6/1945, J.A., 1945-III, p. 593; FORNIELES, t. 2, n° 427.

(nota 48) FORNIELES, t. 2, n° 430; CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 99. Para GOYENA COPELLO no es posible hacer cesar la intervención del albacea hasta que los acreedores y legatarios hayan recibido el pago de sus créditos y legados: Sucesiones, t. 2, p. 462.

(nota 49) La doctrina es unánime: FORNIELES, t. 2, n° 425; CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 77; DE GÁSPERI, t. 4, n° 683; SEGOVIA, t. 2, nota 19 al art. 3856 de su numeración; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 596; MACHADO, t. 10, p. 402; LLERENA, t. 10, art. 3854; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 685; AUBRY y RAU, t. 6, § 711; THOMAS, Des pouvoirs des exécuteurs testamentaires, p. 49.

(nota 50) C. Civil Cap., Sala F, 9/3/1961, Doct. Jud. del 21/3/1961 y autores citados en nota siguiente.

(nota 51) FORNIELES, t. 2, n° 426; DE GÁSPERI, t. 4, n° 683.

(nota 52) KIPP, Sucesiones, t. 2, § 118, p. 230 y 231.

(nota 53) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1689.

1120/11310

§ 3.— Obligaciones y responsabilidades

1120/1662

1662. INVENTARIO.— La primera obligación del albacea es asegurar los bienes dejados por el testador y hacer su inventario (art. 3857 Ver Texto).

En caso de que haya herederos ausentes o incapaces, el inventario debe ser judicial (art. 3857 Ver Texto); pero si todos fueran mayores, puede hacerse privadamente (ver nota 1). Tanto en un caso como en otro, es indispensable que se haga con citación de los herederos, legatarios y otros interesados (art. 3857).

El albacea debe realizarlo por sí mismo o por apoderado designado especialmente para ello

(ver nota 2); pero no hay inconveniente en que solicite al juez la designación de oficio, pues de lo que en definitiva se trata es de garantizar el fiel cumplimiento de esta medida de seguridad, no hay duda alguna de que así asegura la seriedad del procedimiento (ver nota 3).

1120/1663

1663.— ¿Pueden los herederos realizar el inventario sin intervención del albacea? Ninguna duda hay de que lo pueden hacer por su cuenta, desde que son los principales interesados en él (ver nota 4); más aún, si el albacea hubiera sido moroso en cumplir con la diligencia, no podrá pedir luego la facción de uno nuevo (ver nota 5), si no se denuncia que han quedado bienes sin inventariar (ver nota 6).

1120/1664

1664.— Si bien la ley exige la citación de los herederos, legatarios y otros interesados (art. 3857 Ver Texto), la mera omisión de algunos de ellos no basta para pedir la nulidad de la diligencia si no se aduce alguna irregularidad en su facción (por ej., omisión u ocultación de bienes), puesto que de lo contrario faltaría un interés legítimo en los impugnantes (ver nota 7).

1120/1665

1665.— El testador no puede dispensar al albacea de la obligación de hacer el inventario (art. 3858 Ver Texto). Nuestro Código resuelve así, de un modo expreso, una cuestión controvertida en el derecho francés. Es una disposición razonable, puesto que el inventario es el punto de partida para apreciar la responsabilidad del albacea frente a herederos y legatarios; y por más confianza que en él tenga el causante, no se trata ya de sus intereses, sino de los de sus sucesores.

Algunos fallos han declarado que, si bien el testador no puede dispensar al albacea de la obligación de hacer el inventario, en cambio sí pueden hacerlo los herederos, legatarios y acreedores (ver nota 8).

1120/1666

1666.— El artículo 3857 Ver Texto alude, en su primera parte, a la obligación del albacea de hacer asegurar los bienes dejados por el causante. Desde luego, la principal medida que

debe tomar con ese objeto es el inventario. Pero también puede poner en resguardo algunos bienes, hacer sellar los papeles del de cujus y tomar otras medidas urgentes de seguridad (ver nota 9).

1120/1667

1667. RENDICIÓN DE CUENTAS.— El albacea estará obligado a rendir cuentas de su administración, aunque el testador lo hubiese eximido de hacerlo (art. 3868 Ver Texto). Se explica que así sea, porque se trata de un mandatario y, como tal, está sujeto a esa obligación elemental, sin la cual procedería a título de dueño.

El Código habla de que está obligado a rendir cuentas a los herederos (art. citado). Ellos son, en efecto, los principales interesados, pero no los únicos. Se reconoce el derecho a exigir las cuentas al Fisco en su carácter de sucesor de las vacantes (ver nota 10), a los legatarios (ver nota 11) y a los acreedores (ver nota 12).

Pero si el albacea nada administró, si su función se limitó a controlar el cumplimiento del testamento por los herederos o a intervenir en las acciones promovidas sobre la validez del testamento, no se le puede exigir la rendición de cuentas (ver nota 13).

1120/1668

1668.— Si bien el causante no puede eximir al albacea de la obligación de rendir cuentas, sí pueden hacerlo los interesados directamente en ellas (herederos, legatarios, acreedores) (ver nota 14). Es claro que bastaría que uno de ellos las pidiera, para que deban rendirse (ver nota 15).

1120/11590

1668 bis.— La rendición de cuentas debe hacerse ante el juez de la sucesión. Pero si todos los herederos fueran mayores y capaces, pueden aceptar una rendición privada y aun eximir al albacea de presentarla (ver nota 16). Lo que no puede hacer el testador, lo pueden los herederos porque ellos son los dueños actuales de sus bienes y nada les impide renunciar a su derecho de exigir las cuentas.

1120/1669

1669.— Al presentar su rendición, el albacea tiene derecho a deducir los gastos hechos en el ejercicio de su función (art. 3873 Ver Texto) así como los honorarios que se le hubiesen regulado (art. 3872 Ver Texto).

1120/1670

1670.— Finalmente, el artículo 3874 Ver Texto dispone que, examinadas las cuentas y deducidas las expensas legítimas, el albacea pagará o cobrará el saldo que en su contra o a su favor resultare, según lo dispuesto respecto de los tutores en iguales casos. En este sentido, el artículo 466 dispone que esos saldos devengarán el interés legal, vale decir, la tasa pasiva fijada por el Banco de la Nación Argentina (sobre este tema, véase nuestro Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, 7ª ed., t. 1, n° 493-2).

1120/1671

1671. OTRAS OBLIGACIONES.— El albacea tiene a su cargo la obligación de pagar las mandas (art. 3859 Ver Texto) y las deudas (art. 3852 Ver Texto), de poner en conocimiento de las autoridades correspondientes la existencia de legados de beneficencia o de piedad religiosa (art. 3860 Ver Texto), de hacer conocer a los beneficiarios de los cargos las disposiciones testamentarias en su favor. De estos temas nos hemos ocupado en los números 1646 y siguientes.

1120/1672

1672. RESPONSABILIDAD.— Según el artículo 3869 Ver Texto el albacea es responsable de su administración ante los herederos y legatarios, si por falta en el cumplimiento de sus obligaciones hubiese comprometido sus intereses. Aunque el texto sólo alude a los herederos y legatarios, resulta obvio que su responsabilidad existe respecto de todas las personas a quienes haya perjudicado con su culpa o dolo en el cumplimiento de sus obligaciones; entre ellos están también comprendidos los acreedores de la sucesión y los beneficiarios de cargos (ver nota 17).

La responsabilidad del albacea surge de su calidad de mandatario y se rige por los principios que gobiernan este contrato (ver nota 18).

El testador no puede eximirlo de dicha responsabilidad; no hay texto expreso que así lo disponga, pero es la consecuencia lógica del artículo 3868 Ver Texto , según el cual el causante no puede dispensarlo de la obligación de rendir cuentas; tal obligación, en efecto, está impuesta en mira de hacer efectiva la responsabilidad.

(nota 1) FORNIELES, t. 2, n° 433; CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 115; POCCARD, nota en J.A., t. 45, Doctrina, p. 66; MACHADO, t. 10, p. 424.

(nota 2) C. Apel. 2ª La Plata, 11/4/1944, J.A., 1944-II, p. 62.

(nota 3) C. Civil Cap., Sala A, 11/11/1960, causa 64.556 (inédita). En contra, fallo citado en nota anterior, en cuyo caso el tribunal consideró que se trataba de una obligación personalísima cuyo cumplimiento correspondía exclusivamente al albacea.

(nota 4) C. Apel. 2ª La Plata, 11/4/1944, J.A., 1944-II, p. 62; C. 1ª Apel. La Plata, 14/9/1945, J.A., 1945-IV, p. 452; C. Apel. Santa Fe, 28/3/1921, J.A., t. 7, p. 59; FORNIELES, t. 2, n° 433.

(nota 5) Así lo resolvió la C. Civil 1ª Cap., 12/12/1946, J.A., 1947-I, p. 150 en un caso en que el inventario se había hecho en el juicio de insania del causante.

(nota 6) CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 113; ZANNONI, t. 2, § 1563.

(nota 7) C. Civil 2ª Cap., 31/12/1943, L.L., t. 31, p. 818; CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 116.

(nota 8) C. Civil 1ª Cap., 12/12/1946, J.A., 1947-I, p. 150; C. Apel. Santa Fe, 28/3/1921, J.A., t. 7, p. 59.

(nota 9) MACHADO, t. 10, p. 422; CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 109 y sigs.

(nota 10) MACHADO, t. 10, p. 458; CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 118; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1701.

(nota 11) C. Civil 1ª Cap., 16/9/1942, L.L., t. 28, p. 306; FASSI, loc. cit. en nota anterior.

(nota 12) CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 118, quien reconoce este derecho a

“todo interesado”.

(nota 13) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1700.

(nota 14) CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 120.

(nota 15) PÉREZ LASALA, t. 2, n° 616.

(nota 16) FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1705; PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 697.

(nota 17) De acuerdo: MAFFÍA, t. 3, n° 1457; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 617.

(nota 18) MACHADO, t. 10, p. 433; CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 123.

1120/11320

§ 4.— Retribución del albacea

1120/11330

A.— HONORARIOS

1120/1673

1673. PRINCIPIO LEGAL.— El ejecutor testamentario tiene derecho a una comisión que se gradúa según su trabajo y la importancia de los bienes de la sucesión (art. 3872 Ver Texto). Nuestro Código acepta así el carácter oneroso del albaceazgo, solución seguida por la mayor parte de las legislaciones modernas (Cód. Civil alemán, art. 2221; códigos: suizo, art. 517; mexicano, art. 1741; brasileño, art. 1776; peruano, art. 793; chileno, art. 1302; uruguayo, art. 991). Pocas son las leyes que mantienen el principio de la gratuidad (Cód. Civil español, art. 908; italiano, art. 711; portugués, art. 1892); el Código Napoleón guarda

silencio, pero la jurisprudencia ha impuesto el sistema de la gratuidad (ver nota 1).

Esta tendencia legislativa a reconocer la onerosidad del albaceazgo, no es sino una expresión de esa sensibilidad moderna que quiere que todo servicio se pague en dinero contante y sonante. No importa que aquí juegue principalmente un deber moral, el de hacer honor a esa suprema manifestación de amistad y confianza que es el encargo de hacer cumplir la voluntad póstuma; también el ejecutor testamentario debe ser pagado. El albaceazgo se ha convertido entre nosotros —dice con razón MACHADO— no en un servicio que se presta al amigo que desaparece, sino en un negocio lucrativo, donde se reciben buenos honorarios, desnaturalizando así la especialidad de esta gestión, que debe ser desinteresada (ver nota 2). Es lamentable, pues, que nuestra ley no haya acogido el principio de la gratuidad, principio que debería complementarse con el reconocimiento de la facultad del testador de fijarle alguna retribución. Puede ocurrir, en efecto, que las tareas sean muy engorrosas y complejas y que el propio causante estime justo compensar el trabajo (ver nota 3).

1120/1674

1674.— ¿Qué ocurre si el testador dispusiera que el desempeño del cargo será gratuito? ¿Tiene, no obstante ello, derecho a la comisión el albacea? La hipótesis es de todo punto de vista excepcional, al extremo de que nuestros repertorios de jurisprudencia no registran fallos. Empero, pensamos que el albacea no tiene derecho a honorarios, desde que ha aceptado el cargo conociendo la condición impuesta por el causante, lo que importa una renuncia tácita a la retribución (ver nota 4). Es la solución expresamente establecida en el Código alemán (art. 2221).

1120/1675

1675. CÓMO SE FIJA LA COMISIÓN.— El monto de la retribución del albacea debe ser considerado con relación a dos supuestos: que el testamento la fije, o que no lo haga, en cuyo caso es preciso la regulación judicial.

1120/1676

1676. a) El testamento la fija.— Si el testamento la determina, debe estarse a lo dispuesto en él. El albacea no podrá impugnarla por baja, ni renunciar a ella reclamando la regulación judicial; si aceptó el cargo, acepta también la remuneración establecida por el testador (ver nota 5).

Tampoco pueden impugnarla los herederos por alta; pues aunque sea a todas luces exagerada en relación a los trabajos efectuados, habrá en todo caso una liberalidad, un legado, que aquéllos deben respetar. Únicamente si afectase la legítima de los herederos forzosos podrían éstos reclamar su reducción (ver nota 6).

Por último, también los legatarios pueden tener interés en impugnar por alta la comisión; ello ocurrirá cuando los bienes hereditarios no alcancen a cubrir la totalidad de los legados. En tal caso, la diferencia entre la retribución justa (según apreciación judicial) y la fijada por el causante, debe ser considerada como legado remunerativo (ver nota 7) y ocupará el rango que corresponde a éstos en la distribución del haber sucesorio.

1120/1677

1677.— La retribución fijada por el causante tiene en mira una tarea totalmente llevada a cabo; por tanto, si ha quedado inconclusa (sea por renuncia, muerte, etc.), los honorarios deben reducirse en proporción a lo realizado (ver nota 8).

1120/1678

1678. b) Regulación judicial.— Si el testamento no estableciera la retribución del albacea, el juez debe fijarla teniendo en consideración el trabajo realizado y la importancia de los bienes de la sucesión (art. 3872 Ver Texto).

El primer elemento de juicio a considerar es el trabajo realizado; si, por ejemplo, no hay herederos y el albacea tiene la posesión y administración de los bienes, es obvio que la remuneración debe ser mayor; si, en cambio, hay herederos y sus tareas se han limitado a un simple contralor, el honorario será menor, por más que los bienes sean iguales en uno y otro caso.

El segundo elemento a considerar es el caudal de la herencia. Dice FORNIELES, con razón, que lo que debería tenerse en cuenta es el monto de los bienes que el albacea está encargado de defender, pues ocurre a menudo que en una sucesión importante hay sólo un pequeño legado y que el albacea debe intervenir nada más que para obtener su cumplimiento (ver nota 9). La impropiedad con que la ley se ha expresado no es un inconveniente insalvable, a nuestro entender, para que los jueces tengan en cuenta únicamente los intereses confiados al albacea, a los efectos de regular sus honorarios; favorece esta interpretación la directiva legal de tener en cuenta el trabajo efectuado que, por cierto será muy simple y reducido, cuando se limita a hacer cumplir algunos legados o mandas.

La antigua Cámara Civil 2ª de la Capital declaró, con razón, que no es aplicable a los albaceas el arancel profesional de los abogados (ver nota 10).

1120/1679

1679.— Al fijar los honorarios, el tribunal deberá considerar cuidadosamente las tareas desempeñadas, para evitar abusos que son frecuentes. Sólo las tareas específicamente comprendidas entre las atribuciones del ejecutor testamentario deben ser remuneradas. Así, en un caso en que había herederos instituidos que tramitaban normalmente el juicio sucesorio se declaró que la intervención del albacea en dicho trámite, que se superponía a la de los herederos y que era ajena a la función de vigilancia que le correspondía, no le da derecho a reclamar honorarios (ver nota 11).

Pero, si habiendo herederos, el albacea se ha desempeñado como administrador de la herencia, corresponde regularle honorarios como tal, independientemente de los que corresponden al ejecutor testamentario (ver nota 12).

1120/1680

1680. LOS HONORARIOS DEL ALBACEA SON A CARGO DE LA MASA.— Los honorarios del albacea deben considerarse una carga de la masa hereditaria, sea que los haya fijado el causante o el juez (ver nota 13).

1120/1681

1681. HONORARIOS DEL LETRADO Y APODERADO DEL ALBACEA.— Es ésta una cuestión que ha dado lugar a los mayores abusos. Los albaceas, con frecuencia, se hacen representar y patrocinar en el juicio testamentario, provocando así la fijación de cuantiosos honorarios. Se ha dicho en otro lugar que se advierte hoy una tendencia en los tribunales a limitar la actuación de los albaceas en el juicio testamentario (véase nº 1658); pero, supuesto que su actuación haya sido legítima, es necesario dilucidar quién debe hacerse cargo de los honorarios de los profesionales intervinientes. Trataremos por separado la situación de los letrados y apoderados.

1120/1682

1682. a) Honorarios de los letrados (ver nota 14).— El principio general admitido por

nuestros tribunales es que los honorarios del letrado están a cargo de la masa (ver nota 15); es justo que así sea, porque su trabajo beneficia a los sucesores del causante, tanto más cuanto que la intervención de un letrado en el sucesorio es legalmente imprescindible (art. 45, arancel profesional).

Si el albacea es letrado y actúa en el doble carácter, tiene derecho a que se regulen los honorarios correspondientes a ambas investiduras (ver nota 16).

Supongamos ahora que el albacea abogado se haga patrocinar con otro letrado: ¿quién debe cargar con estos honorarios? La jurisprudencia es contradictoria (ver nota 17). Por nuestra parte, pensamos que los trabajos que han beneficiado a la masa son a cargo de ésta, pero al regular luego los honorarios del albacea se tendrá en cuenta que él no cumplió con esa tarea. Lo que en verdad importa es evitar una superposición de honorarios que perjudique a los herederos.

1120/11600

1682 bis.— Los juicios sostenidos por el albacea en defensa de la validez de un testamento declarado nulo son a su cargo, puesto que, en definitiva, han sido contrarios al interés de la sucesión (ver nota 18). Además, si el testamento en que se instituyó albacea es nulo, no puede pretender que la sucesión cargue con sus honorarios ni los de su letrado. Sin embargo, en un caso en que la nulidad se fundó en un defecto formal, pero no había duda de que el causante había querido disponer de sus bienes, tal como lo establecía el testamento anulado, el tribunal resolvió, aplicando una solución de equidad, que los honorarios del abogado que lo había patrocinado fueran a cargo de la masa (ver nota 19). Nos parece una solución más que dudosa. No comprendemos cómo un testamento nulo puede dar pie a que se pongan a cargo de la masa los honorarios del albacea designado en él o los de su patrocinante. Lo que ocurre es que si el tribunal consideró que no había duda de que el causante había querido disponer de sus bienes tal como lo establecía el testamento anulado, debió esforzarse en encontrar una vía para escapar a la nulidad puramente formal (véase núms. 1130 y sigs.). Pero si el albacea hubiera defendido con éxito la validez de un testamento impugnado por los herederos, los honorarios de su abogado son a cargo de la masa (ver nota 20).

1120/1683

1683. b) Honorarios del apoderado.— Puede considerarse definitivamente incorporada a nuestra jurisprudencia la regla de que los honorarios de los apoderados del albacea son a cargo de éste y no de la sucesión (ver nota 21). Esta solución parecería contradictoria con la opuesta, admitida para los letrados (ver nota 22); pero se explica que así sea, pues, en principio, el albaceazgo es indelegable y si el ejecutor testamentario designa por comodidad

o, incluso, por necesidad, un apoderado, no debe hacer pesar sus honorarios sobre la masa, sino que debe afrontarlos personalmente. Hay, además, otra razón que justifica la diferente solución respecto de los letrados; y es que la intervención de estos es ineludible en el juicio sucesorio (art. 45, arancel profesional), de tal modo que los herederos obtienen un positivo beneficio con su actuación, sobre todo si se piensa que, de no actuar el letrado designado por el albacea, lo mismo hubiera debido intervenir otro, lo que significa que no hay un recargo en los gastos del trámite del juicio. Por el contrario, la actuación del apoderado puede omitirse.

Si el apoderado del albacea hubiera percibido de la masa los honorarios que le fueron fijados judicialmente, el albacea sólo tendrá derecho a que se regulen los suyos por las tareas indelegables de contralor y vigilancia; y, al hacerlo, se tendrá en cuenta que su apoderado ya cobró los honorarios correspondientes a la actuación judicial (ver nota 23).

1120/11340

B.— LEGADOS EN FAVOR DEL ALBACEA

1120/1684

1684. RETRIBUCIÓN AL ALBACEA Y LEGADOS HECHOS EN SU FAVOR.— Se vinculan estrechamente con la remuneración del albacea los legados hechos en su favor por el causante. Generalmente, éstos no son otra cosa que una retribución, por lo común generosa, de la tarea que se le encomienda. Decimos generalmente, porque es también posible que el legado se haga no como retribución de la tarea del albacea, sino en razón del parentesco o afecto hacia el beneficiario.

Ahora bien: es de la mayor importancia establecer si el legado ha tenido en mira la retribución de las tareas que se le confieren, porque siendo así se producen las siguientes consecuencias legales: a) el albacea no puede pretender el legado sin aceptar y desempeñar el cargo (art. 3849 Ver Texto); b) el ejecutor testamentario carece de derecho a otra retribución (ver nota 24). Ambas soluciones son perfectamente lógicas: la primera porque, si el legado ha sido hecho en miras al trabajo que se impone al albacea, es obvio que, cuando éste no lo realiza, no puede pretender el legado; la segunda, porque aunque el testamento llame legado y no comisión a la suma de dinero u otro bien dejado al albacea, ello no quita que su intención ha sido retribuirle las tareas que le impone.

La dificultad suele consistir en establecer si el legado ha sido hecho en mira al cargo que se le confiere o si es independiente de él. Es ésta una cuestión de interpretación de la voluntad

del causante, que el juez debe resolver de acuerdo con las circunstancias del caso. La jurisprudencia de nuestros tribunales suministra algunas directivas: a) Si hay parentesco consanguíneo y una gran vinculación afectiva entre el testador y el albacea (en el caso, se trataba de un sobrino nieto y ahijado), debe presumirse que el legado no se hizo en mira a la ejecución del cargo (ver nota 25). b) Si el legado está contenido en una cláusula que se limita a mencionar el cargo conferido a los albaceas y el importe de aquél, agregando a renglón seguido la recomendación del exacto cumplimiento de la misión confiada, debe presumirse que la manda fue hecha en mira de la ejecución del testamento, aunque se demuestre que hubo gran confianza, amistad y afecto entre el testador y el albacea (ver nota 26); esta decisión parece tanto más razonable cuanto que siempre, o casi siempre, el albacea es una persona de la amistad y confianza del causante. La gran desproporción entre el valor del legado y la comisión que correspondería al albacea (sea más o menos de lo justo) es un indicio de que la manda no ha sido hecha en mira a la ejecución del testamento (ver nota 27).

En caso de duda, debe presumirse que el legado hecho al albacea es remuneratorio (ver nota 28).

1120/1685

1685. CUMPLIMIENTO PARCIAL DEL ALBACEAZGO.— Puede ocurrir que el albacea haya cumplido de manera parcial. Algunos autores sostienen que carece de todo derecho al legado, que sólo se debe cuando la misión se ha llenado enteramente (ver nota 29). Es una conclusión a todas luces exagerada; el trabajo realizado debe pagarse, de modo que lo equitativo es entregar al albacea una parte del legado proporcional a la tarea cumplida (ver nota 30). Es claro que si el legado fuera indivisible (por ej., una piedra preciosa, una casa), nada podrá reclamar el albacea, salvo, sin embargo, su derecho a pedir la regulación de su comisión (ver nota 31).

Pensamos que estas conclusiones son aplicables, no solamente al caso de que las tareas hayan quedado inconclusas, sin culpa del albacea (muerte, incapacidad), sino también cuando la cesación le es imputable (destitución, renuncia voluntaria), porque de todas maneras el trabajo realizado y útil debe pagarse.

Si el hecho determinante de la destitución ha perjudicado a los herederos o legatarios, ellos tendrán contra el albacea la acción por reparación de los daños, que quizá compense o exceda el monto de los honorarios, pero que, de cualquier modo, es independiente del derecho a una justa retribución (ver nota 32).

1120/1686

1686. ORDEN DE PREFERENCIA EN EL PAGO.— Mientras la comisión del albacea forma parte de las cargas de la sucesión y, como tal, tiene preferencia respecto de cualquier legado, los remuneratorios ocupan un rango posterior a los de cosa cierta en la distribución del acervo hereditario (art. 3795 Ver Texto).

Puesto que la manda hecha al albacea con miras a la ejecución del testamento es indudablemente un legado remuneratorio, ¿significa ello que si los bienes del sucesorio no alcanzan a cubrir los legados de cosa cierta, el albacea nada podrá reclamar por sus trabajos? Tal conclusión sería intolerable, desde que la retribución del albacea forma parte de los gastos causídicos a cargo de la sucesión. Pensamos, pues, que si los legatarios de cosa cierta pretendieran hacerse fuertes en su derecho de preferencia, debe reconocerse a los albaceas el derecho a renunciar al legado y reclamar la regulación judicial de sus honorarios (ver nota 33).

1120/1687

1687. LEGADO HECHO AL ALBACEA INCAPAZ PARA DESEMPEÑAR EL CARGO.— Dispone el artículo 3850 Ver Texto que es válido el legado hecho a un individuo que no puede ser ejecutor testamentario, aunque el mandato no tenga efecto. Esta regla ha sido enunciada en términos demasiado absolutos (ver nota 34), pues no tiene sentido que el legado hecho indudable y exclusivamente en pago de las tareas que se encomiendan al albacea, pueda ser cobrado por quien no pudo realizarlas por ser incapaz, por más que no le sea imputable el incumplimiento. En definitiva, pensamos que el artículo 3850 Ver Texto no hace sino fijar un criterio interpretativo; pero si el juez ha llegado a la conclusión cierta de que el legado no es otra cosa que una retribución por las tareas a desempeñar, el incapaz que no ha podido cumplirlas no puede reclamarlo.

(nota 1) Véase jurisprudencia citada por PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 698 y por COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. 3, n° 2591.

(nota 2) MACHADO, t. 10, p. 432.

(nota 3) De acuerdo: PÉREZ LASALA, t. 2, n° 619. Es la solución admitida por el Código italiano, art. 711; el español, art. 908; el portugués, art. 1892.

(nota 4) De acuerdo: GATTI, Albaceas, n° 264; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1726.

(nota 5) De acuerdo: MACHADO, t. 10, p. 451 y sigs.; GATTI, Albaceas, n° 265; FASSI, loc. cit. en nota anterior. En contra: CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 131, quien reconoce la facultad de renunciar a la comisión fijada en el testamento y pedir regulación judicial.

(nota 6) GATTI, Albaceas, n° 266; FASSI, loc. cit. en nota 2649.

(nota 7) GATTI, loc. cit. en nota anterior.

(nota 8) C. Civil Cap., Fallos, t. 7, p. 483; CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 132; MACHADO, t. 10, p. 452; PARRY, Derecho del albacea legatario a percibir honorarios, J.A., t. 27, p. 795.

(nota 9) FORNIELES, t. 2, n° 439; de acuerdo: CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 135.

(nota 10) C. Civil 2ª Cap., 22/11/1948, L.L., t. 53, p. 47.

(nota 11) C. Civil 1ª Cap., 22/11/1940, J.A., t. 73, p. 907.

(nota 12) C. Civil Cap., Sala B, 16/11/1956, L.L., t. 86, p. 159; ZANNONI, t. 2, § 1579; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 620.

(nota 13) C. Civil 2ª Cap., 27/5/1941, J.A., t. 74, p. 877; CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 133; ZANNONI, t. 2, § 1577; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 621; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1745.

(nota 14) BIBLIOGRAFÍA: SALAS, Honorarios del letrado del albacea, J.A., t. 65, p. 825.

(nota 15) C. Civil 1ª Cap., 18/2/1921, J.A., t. 6, p. 74; id., 20/6/1930, J.A., t. 34, p. 118; C. Civil 2ª Cap., 18/11/1925, J.A., t. 18, p. 636; id., 18/6/1930, J.A., t. 33, p. 542; id., 23/5/1934, J.A., t. 46, p. 672.

(nota 16) C. Civil Cap., Sala B, 16/11/1956, L.L., t. 86, p. 159; GATTI, Albaceas, n° 282

y jurisprudencia uruguaya allí citada.

(nota 17) En el sentido de que son a cargo del albacea: antigua C. Civil Cap., 30/12/1902, Jurisprudencia Civil, t. 150, p. 519; implícitamente, C. Civil 1ª Cap., 9/3/1931, J.A., t. 35, p. 271. En el sentido de que son a cargo de la sucesión: C. Civil 2ª Cap., 18/6/1930, J.A., t. 33, p. 542; id., 31/3/1939, J.A., t. 65, p. 825.

(nota 18) C. Civil 2ª Cap., 28/12/1931, J.A., t. 37, p. 348.

(nota 19) C. Civil 1ª Cap., 3/12/1918, J.A., t. 2, p. 889.

(nota 20) C. Civil 1ª Cap., 3/12/1918, J.A., p. 889.

(nota 21) C. Civil Cap., Sala A, 12/2/1970, E.D., t. 37, p. 56; Sala D, 8/4/1980, E.D., t. 89, p. 676; C. Civil 1ª Cap., 24/4/1922, J.A., t. 8, p. 313; id., 18/2/1921, J.A., t. 6, p. 74; id., 29/10/1945, J.A., 1945-IV, p. 691; C. Civil 2ª Cap., 18/6/1930, J.A., t. 33, p. 542; id., 23/5/1934, J.A., t. 46, p. 672. ALBARRACÍN GODOY, que está en desacuerdo con esta solución, cita fallos de la Cámara de Mendoza, en que se declararon a cargo de la sucesión los honorarios del apoderado del albacea (véase Procurador del albacea, J.A., 1950-II, Doctrina, p. 70). Comp. MAFFÍA, t. 3, n° 1462.

(nota 22) Así lo sostiene ALBARRACÍN GODOY, art. cit. en nota anterior.

(nota 23) C. Civil 1ª Cap., 5/5/1940, J.A., t. 70, p. 86.

(nota 24) C. Civil 1ª Cap., 3/9/1918, J.A., t. 2, p. 417; C. Civil 2ª Cap., 30/5/1928, J.A., t. 27, p. 795; CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 129; PRAYONES, nota en J.A., t. 2, p. 418; PARRY, nota en J.A., t. 27, p. 795. En contra: VILLEGAS BASABILVASO, Albacea-legatario, Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, 1928, t. 7, p. 74.

(nota 25) C. Apel. 1ª La Plata, 13/11/1934, J.A., t. 48, p. 631.

(nota 26) C. Civil 2ª Cap., 13/12/1938, L.L., t. 12, p. 1117.

(nota 27) PÉREZ LASALA, t. 2, n° 623; CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 127; DEMOLOMBE, t. 22, n° 14.

(nota 28) Nota al art. 3489, según la cual se presume que el legado al albacea lleva implícita la aceptación del cargo o, en otras palabras, se ha hecho en miras a su desempeño. En contra: ZANNONI, t. 2, § 1571; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1571.

(nota 29) PLANIOL-RIPERT-TRASBOT, t. 5, n° 698.

(nota 30) Es el principio aceptado en nuestra doctrina y jurisprudencia cuando se trata de retribución fijada por el causante (C. Civil Cap., Fallos, t. 7, p. 483; CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 132; MACHADO, t. 10, p. 452; PARRY, Derecho del albacea legatario a percibir honorarios, J.A., t. 27, p. 795). Y el legado hecho en mira a la ejecución del testamento no es sino una forma de retribución. De acuerdo, GATTI, Albaceas, n° 224.

(nota 31) De acuerdo: MAFFÍA, t. 3, n° 1463.

(nota 32) De acuerdo: PEREDA, Albaceas, n° 70 y GATTI, Albaceas, n° 253, quienes sostienen esta solución para el caso de que la separación obedezca a una acción culpable del albacea; en la legislación uruguaya la conducta dolosa hace perder el derecho a la retribución (art. 989). Comp.: FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, núms. 1731 y sigs.

(nota 33) No se contradice esto con lo sostenido en otro lugar (n° 1276) de que los legatarios no pueden renunciar a la retribución fijada por el causante y pedir la regulación judicial. Es inadmisibles, en efecto, que quien ha aceptado el cargo conociendo la retribución que se le ha fijado, lo renuncie más tarde pidiendo la fijación judicial porque juzgue ahora que ésta le conviene más. Distinto es el caso de que él se vea forzado a pedir la fijación de sus honorarios, para no quedar injustamente postergado en el pago de sus tareas cumplidas inclusive en beneficio de los legatarios que luego pretenden excluirlo.

(nota 34) Así lo señalan, criticándola, SEGOVIA, t. 2, art. 3852 de su numeración, nota 12; LLERENA, t. 10, art. 3850; LAFAILLE, t. 2, n° 642; DE GÁSPERI, t. 4, n° 680.

1120/11350

§ 5.— Pluralidad de albaceas

1120/1688

1688. ALBACEAZGO SUCESIVO.— El causante puede nombrar uno o varios ejecutores testamentarios. Si se designasen varios se entenderá —salvo disposición expresa en contrario— que el cargo debe ser ejercido en el orden de los nombramientos (art. 3870 Ver Texto); es decir, que sólo en caso de renuncia, incapacidad, destitución o muerte del primero, actuará el segundo y así sucesivamente. Esta solución se explica porque la actuación conjunta de varias personas suele ser motivo de conflictos, divergencias, demoras en el cumplimiento de la misión encomendada, todo ello en perjuicio de herederos y legatarios.

En esta hipótesis, sólo el primero ejerce el cargo y nadie más que él tiene las responsabilidades consiguientes.

1120/1689

1689.— ¿Qué ocurre si el albacea designado en primer término se limita a guardar silencio, sin aceptar el cargo, pero tampoco renunciarlo? Pensamos que las personas interesadas (herederos, legatarios, acreedores y albaceas designados en grado posterior) pueden pedir la fijación judicial de un término dentro del cual debe manifestar su voluntad, bajo apercibimiento de tenerlo por renunciante (véase nº 1639).

1120/1690

1690. ALBACEAZGO CONJUNTO.— Si bien la regla es el desempeño sucesivo del cargo, el testador puede disponer la actuación conjunta (art. 3870 Ver Texto). Los principales problemas que provoca esta hipótesis se refieren al modo de actuación y a la responsabilidad de los albaceas.

1120/1691

1691. a) Modo de actuación.— Los albaceas deben actuar de común acuerdo (art. 3870 Ver Texto); si se plantean discordancias entre ellos, decidirá el juez la conducta a seguir (art. cit.); no son éstos problemas que puedan decidirse por mayoría, pues no se trata de intereses propios de los albaceas, sino ajenos.

La designación de varios albaceas conjuntos no exige ineludiblemente la actuación simultánea de todos, para cada acto propio de su misión. Uno de ellos puede obrar a nombre de los restantes (art. 3871 Ver Texto); y debe presumirse que, cuando actúa uno

ante el silencio de los demás, éstos han prestado consentimiento para que lo haga en su nombre (ver nota 1). La cuestión tiene mucha importancia desde el punto de vista de la responsabilidad.

La renuncia, muerte, incapacidad, destitución, ausencia de uno de ellos, no impide que los restantes cumplan su cometido (ver nota 2) (art. 3871 Ver Texto).

El testador puede asignar funciones independientes a cada albacea, limitando de ese modo su actuación (ver nota 3).

1120/1692

1692. b) Responsabilidad.— La responsabilidad de los albaceas conjuntos es solidaria (art. 3870 Ver Texto); esta regla debe aplicarse aun en el caso de que uno de ellos obrara por los demás, sea que exista consentimiento expreso de los restantes o que éstos se hayan limitado a guardar silencio (ver nota 4).

1120/1693

1693. PLURALIDAD DE ALBACEAS PARA DISTINTAS FUNCIONES.— Finalmente, nada obsta a que el causante designe varios albaceas, indicando a cada uno funciones distintas. Ellos deben desempeñar su cometido con entera independencia, sin que la responsabilidad emergente de la actuación de uno pueda afectar la de los restantes (ver nota 5).

(nota 1) CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 66; RÉBORA, nota en J.A., t. 3, p. 21.

(nota 2) C. Civil 1ª Cap., 2/12/1918, J.A., t. 3, p. 21; en contra, C. Apel. 1ª La Plata, que resolvió que si uno de los “albaceas mancomunados” no acepta el cargo, caduca la designación del otro (24/7/1956, J.A., 1957-III, p. 59).

(nota 3) CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 63; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, nº 1603.

(nota 4) CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 66; RÉBORA, nota en J.A., t. 3, p.

21; MACHADO, t. 10, p. 447 y sigs., nota.

(nota 5) CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 63.

1120/11360

§ 6.— Fin del albaceazgo

1120/1694

1694. CAUSAS.— El albaceazgo concluye: a) por la ejecución completa de su misión; b) por la incapacidad sobreviniente del albacea; c) por su muerte; d) por su destitución; e) por renuncia voluntaria; f) cuando el testamento en virtud del cual el albacea viene desempeñando el cargo es revocado por otro conocido posteriormente, o es declarado nulo.

1120/1695

1695. a) Ejecución completa del testamento.— Es la forma normal de la terminación del albaceazgo (art. 3865 Ver Texto). La cuestión de si el testamento ha sido o no cumplido enteramente es un problema de hecho, librado a la apreciación del magistrado. Se plantea con alguna frecuencia por el empeño de los herederos en poner fin a la intervención del albacea, y de éste en prolongar su actuación, a veces muy fructífera.

Procede declarar terminada la misión del albacea si en el testamento no se establecen cargas, mandas o legados de ninguna especie, y los herederos instituidos se han presentado a juicio a ejercer sus derechos (ver nota 1); o cuando, habiendo legados y deudas, aquéllos los pagasen totalmente o depositan en el expediente bienes suficientes para atender a ellos (véase núms. 1659 y sigs.).

1120/1696

1696.— Nuestro Código no fija el término dentro del cual deben cumplirse las tareas del albacea, criterio también seguido por los códigos alemán y suizo. Pero la mayor parte de las legislaciones modernas establecen un plazo con el propósito de evitar dilaciones a las que son proclives los ejecutores testamentarios y que redundan en perjuicio de herederos y legatarios (Cód. Civil español, arts. 904 y sigs.; portugués, art. 103; brasileño, art. 1757;

uruguayo, art. 992; peruano, art. 796; mexicano, art. 1737; francés, art. 1026; italiano, art. 703; hay que advertir, sin embargo, que los dos códigos citados en último término no fijan plazo al albaceazgo en sí mismo, sino a la posesión de los bienes hereditarios por el ejecutor testamentario).

1120/1697

1697. b) Incapacidad sobreviniente.— La incapacidad sobreviniente del albacea pone término a sus funciones (art. 3865 Ver Texto). Es natural que así sea, puesto que la incapacidad para disponer de los bienes es un impedimento para desempeñar el cargo (art. 3846 Ver Texto). La declaración de demencia, la condena penal a más de tres años de prisión o reclusión, la profesión en órdenes monásticas regulares, tienen este efecto.

Ocurrida la incapacidad, la cesación en el cargo se opera ipso jure, sin necesidad de declaración judicial (ver nota 2).

Durante la tramitación del juicio de insania debe reconocerse a los herederos el derecho a pedir al juez la suspensión del albacea en el ejercicio de sus funciones, particularmente cuando haya peligro para los bienes que están a su cuidado (ver nota 3).

1120/1698

1698. c) Muerte.— El albaceazgo termina con la muerte del designado (art. 3865 Ver Texto), puesto que se trata de un cargo de confianza que no pasa a los herederos. Sólo en el caso de que un funcionario haya sido designado albacea por su calidad de tal, sus poderes pasan a la persona que lo sucede en la función (art. 3866 Ver Texto).

La circunstancia de que los herederos del albacea no lo sucedan en el cargo no significa, empero, que permanezcan totalmente ajenos a las consecuencias jurídicas de su actuación: ellos tienen obligación de rendir cuentas si no lo hubiera hecho el albacea, son responsables por los daños y perjuicios emergentes de la gestión de aquél y tienen, finalmente, derecho a reclamar los honorarios por él devengados y el pago de los gastos hechos durante la gestión (ver nota 4).

1120/1699

1699. d) Destitución.— El albacea puede ser destituido por el juez, a pedido de parte interesada, siempre que hubiera incurrido en alguna de las causales previstas por la ley. El

art. 3864 Ver Texto parecería reconocer este derecho únicamente a los herederos; pero es evidente que no se puede negarlo a los legatarios, y aun a los acreedores, quizá tan interesados como los primeros en una gestión honesta y diligente (ver nota 5). También puede hacerlo el Fisco, tratándose de sucesiones vacantes.

Las causales establecidas en el artículo 3864 Ver Texto son las siguientes: 1) Incapacidad para el cumplimiento del testamento; no se trata aquí de la capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones, sino de la idoneidad para desempeñar el cargo. Así, por ejemplo, si se tratara de un analfabeto y el testamento fuera de ejecución compleja; si por sus enfermedades se encontrara en la imposibilidad de desempeñarse con eficacia (ver nota 6). 2) Mala conducta; por tal debe entenderse la “mala gestión” (ver nota 7), la gestión dolosa o negligente. Se ha hecho aplicación de esta causal de destitución en un caso en que se juzgó que había incompatibilidad entre el cargo de albacea y el de contador de una sociedad, pues el executor testamentario había pedido una suspensión de procedimientos en beneficio exclusivo de la firma de que era empleado y en perjuicio para la sucesión (ver nota 8); cuando el albacea aparezca interesado en el éxito de las gestiones de los que litigan contra la sucesión (ver nota 9), cuando ha vendido bienes sin autorización de los herederos ni del juez, y ha demorado indebidamente el pago de deudas y legados (ver nota 10); si no incluyó en el inventario una importante cantidad de mercaderías, ni los documentos, papeles y títulos de propiedad del causante (ver nota 11). 3) Quiebra en los negocios; no es ésta una causal de cesación ipso jure en el cargo, pues el fallido o concursado no es un incapaz strictu sensu; pero la ley acuerda con buen criterio a los interesados el derecho a pedir la destitución, puesto que debe suponerse que el quebrado carece de responsabilidad para hacer frente a la responsabilidad eventual que pueda derivar de su gestión (ver nota 12).

La enemistad entre el albacea y el heredero no es motivo suficiente para pedir la separación del cargo (ver nota 13).

1120/1700

1700.— La destitución debe ser pedida en el sucesorio (ver nota 14); el juez abrirá el incidente a prueba cuando no obren en autos las constancias de los hechos en que se funda la acción.

1120/1701

1701. e) Renuncia voluntaria.— El albacea puede renunciar el cargo en cualquier momento (art. 3865 Ver Texto), sin necesidad de aducir justos motivos, pues se trata de una gestión de desempeño voluntario y no de una carga obligatoria. Sin perjuicio, naturalmente, de la responsabilidad eventual ante los herederos o legatarios por los daños y perjuicios que les

hubiera ocasionado el cumplimiento de su misión.

1120/1702

1702. f) Nulidad o revocación del testamento.— Puede ocurrir que el albacea haya desempeñado durante algún tiempo su cargo en virtud de la designación contenida en un testamento que luego fue declarado nulo, o que fuera revocado por otro descubierto posteriormente. La nulidad de la designación no impide que se reconozca la justa retribución por los trabajos que beneficiaron a la sucesión.

(nota 1) C. Civil 2ª Cap., 5/12/1934, J.A., t. 48, p. 848.

(nota 2) De acuerdo: GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 463; ZANNONI, t. 2, § 1581; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 625 B. CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 141, sostiene que ésta es una causal de destitución y que debe ser declarada por el juez a pedido de parte interesada. Indudablemente, no es éste el sistema de nuestra ley. En el art. 3865 Ver Texto la hipótesis de cesación por incapacidad está tratada independientemente de la destitución; y es lógico que así sea, porque la destitución obedece a causales que pueden o no ser invocadas por los interesados y se funda en hechos cuya gravedad e importancia están sujetos a la apreciación judicial (salvo el caso de falencia). La incapacidad pone fin al albaceazgo, lo pidan o no los herederos, y obedece a causales rígidas, insusceptibles de apreciación por parte del juez. En la destitución es necesaria la decisión judicial; la cesación por incapacidad se produce ipso jure.

(nota 3) MACHADO, t. 10, p. 465; GATTI, Albaceas, n° 225.

(nota 4) De acuerdo, GATTI, Albaceas, n° 223; CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 142; DEMOLOMBE, t. 22, n° 105.

(nota 5) CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 146.

(nota 6) De acuerdo: GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 465; ZANNONI, t. 2, § 1583; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 625 D; FASSI, Tratado de los testamentos, t. 2, n° 1759.

(nota 7) C. Civil Cap., Sala F, 21/9/1972, E.D., t. 45, p. 453; C. Civil 2ª Cap., 20/7/1949, L.L., t. 56, p. 123. En ambos casos el tribunal rechazó, con razón, la tesis de que la expresión de mala conducta se refiere exclusivamente a la conducta dolosa, como lo

sostienen algunos autores franceses a los que ha seguido MACHADO (t. 10, p. 144). De acuerdo con el criterio de los fallos citados: C. Paz Let. Cap., 9/11/1949, G.F., 1949-IV, p. 156; CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 144; ZANNONI, t. 2, § 1583.

(nota 8) C. Civil 2ª Cap., 20/7/1949, L.L., t. 59, p. 123.

(nota 9) C. Paz Let. Cap., 9/11/1949, G.F., 1949-IV, p. 156.

(nota 10) C. Civil 1ª Cap., 25/8/1926, J.A., t. 21, p. 795.

(nota 11) Sup. Trib. Corrientes, J.A., t. 21, p. 795, en nota.

(nota 12) GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 465; ZANNONI, t. 2, § 1583; FASSI, t. 2, n° 1759.

(nota 13) CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 142; GATTI, Albaceas, n° 248.

(nota 14) Los tribunales alemanes no admiten esta causal, salvo en casos muy excepcionales (véase KIPP, Sucesiones, t. 2, § 125, p. 271, n° 6).

1120/11370

§ 7.— Albaceazgos anómalos

1120/11380

A.— ALBACEAS DESIGNADOS POR HEREDEROS Y LEGATARIOS

1120/1703

1703. EL ARTÍCULO 3867.— Establece el artículo 3867 Ver Texto que, cuando el testador no ha nombrado albacea, o cuando el nombrado cesa en sus funciones por cualquier causa

que sea, los herederos y legatarios pueden ponerse de acuerdo para nombrar un ejecutor testamentario; pero si no lo hicieren, los acreedores de la sucesión u otros interesados no pueden pedir el nombramiento del albacea.

Esta norma importa una verdadera anomalía; el albacea es el encargado de cumplir la voluntad del testador, y actúa independientemente y a veces en contra de los intereses de los herederos. Si éstos y los legatarios se ponen de acuerdo en la designación de una persona que ha de correr con el trámite del juicio y el cumplimiento del testamento, no hacen otra cosa que designar un mandatario. Por tanto, se le aplicarán las reglas del mandato común y no las del albaceazgo (ver nota 1). Sus facultades serán las que ellos les confieren y no las previstas en los artículos 3852 Ver Texto , 3854 Ver Texto , 3855, 3856 y 3862 Ver Texto . Para poner término a su mandato, bastará con que así lo resuelvan los mandantes, siendo por tanto inaplicables los artículos 3864 Ver Texto , 3865 y 3868 Ver Texto . No hay inconveniente en que los incapaces desempeñen el poder (art. 1897 Ver Texto).

El artículo 3867 Ver Texto es una disposición carente de toda vigencia práctica. Jamás los herederos y legatarios se ponen de acuerdo para la designación de un albacea; cuando más, designan un apoderado para el sucesorio o para llevar a cabo los actos relativos a la liquidación de los bienes, pago de los legados, partición, etcétera.

1120/11390

B.— ALBACEAZGO CONSULAR (ver nota 2)

1120/1704

1704. LA LEY 163.— La preocupación por favorecer la inmigración europea, estableciendo garantías en favor de los extranjeros radicados en nuestro país, dio lugar a la sanción de la ley 163, que autoriza la intervención de los cónsules extranjeros en el juicio sucesorio. Es una intromisión inaceptable, que importa, puede así decirse, legalizar la desconfianza en la justicia de nuestro país. Es verdad que la aplicación queda sujeta a la condición de reciprocidad (art. 13); pero esta disposición es más que nada una pantalla para encubrir la lesión de nuestra soberanía, porque siendo el nuestro un país con fuertes corrientes inmigratorias, cuyos ciudadanos sólo por excepción se radican y hacen fortuna en el extranjero, las probabilidades de la aplicación de la reciprocidad son muy escasas. Y lo singular es que nuestros tribunales han considerado que esta ley sigue en vigencia cuando existen importantes razones para considerarla derogada. Hemos tratado el punto en otro lugar (nº 885).

1120/1705

1705. NOMBRAMIENTO DE ALBACEA.— El artículo 3º, ley 163, autoriza al cónsul del respectivo país a nombrar albacea dativo en las sucesiones de extranjeros fallecidos en el nuestro, siempre que estuvieren reunidas estas condiciones:

a) En las sucesiones ab intestato, es preciso que el causante no haya dejado en el país descendientes, ascendientes ni cónyuges legítimos, públicamente reconocidos como tales (art. 1º). La existencia de herederos colaterales no impide la designación de albacea, si bien sus funciones son más reducidas (véase nº 1310).

No es necesario que se demuestre la existencia de herederos extranjeros ausentes, pues si el cónsul debiera acreditar este extremo, la mayoría de las veces su intervención sería tardía y estéril (ver nota 3).

b) En las testamentarias, es preciso que fueran extranjeros y estuvieren ausentes los herederos y que también esté ausente el albacea, si hubiera alguno designado por el causante (art. 1º).

1120/1706

1706.— La primera condición para que el cónsul extranjero pueda pretender intervención en el juicio sucesorio y designar albacea dativo, es la prueba de que el causante era extranjero (ver nota 4); debe reprobarse un fallo que declaró que no era necesaria la prueba documental, cuando el causante ha sido tenido generalmente por extranjero (ver nota 5), pues es evidente que la tan anómala intervención del cónsul no debe autorizarse sino cuando se encuentran reunidos los requisitos legales. La ley 163 debe interpretarse restrictivamente.

1120/1707

1707. CONDICIÓN DE RECIPROCIDAD.— No menos fundamental es la condición de que el país al que el causante y el cónsul pertenecen reconozca iguales derechos a los cónsules y ciudadanos argentinos (art. 13).

Han celebrado tratados de reciprocidad con nuestro país sobre esta materia los siguientes: Inglaterra (Tratado del 2 de febrero de 1825, art. 13); Portugal (Tratado del 9 de agosto de

1852, art. 14); Estados Unidos (Tratado del 27 de julio de 1853, art. 19); Chile (Tratado del 31 de enero de 1856, art. 26); Paraguay (Tratado del 29 de julio de 1856, art. 16); Prusia (Tratado del 19 de setiembre de 1857, art. 9º); Perú (Tratado de 1877, art. 15); Italia (Tratado del 28 de diciembre de 1885, art. 13); Francia (Protocolo del 26 de febrero de 1889), y España (Tratado del 10 de febrero de 1869) (ver nota 6).

1120/1708

1708. FUNCIONES DE LOS ALBACEAS DATIVOS.— Las funciones de los albaceas dativos designados por los cónsules deben considerarse con relación a dos hipótesis posibles:

1120/1709

1709. a) Que no existan herederos colaterales en el país.— En tal caso, sus funciones son, en principio, las establecidas para los albaceas en general en los artículos 3851 Ver Texto y siguientes, Código Civil. Fundamentalmente, consisten en adoptar las medidas conservatorias de los derechos de los herederos ausentes (ver nota 7); así, por ejemplo, sellar los bienes muebles y papeles del finado (art. 3º, inc. 1º, ley 163), practicar el inventario, asegurar los bienes, determinar el activo sucesorio mediante oficios a los bancos o al Registro de la Propiedad (ver nota 8), demandar la indemnización por accidente del trabajo ocurrido al causante (ver nota 9).

Intervienen en las cuestiones que se susciten sobre el derecho a la herencia o sobre el cobro de las deudas del causante (art. 10), lo que significa que pueden contestar las demandas entabladas por alguno de estos motivos contra la sucesión (ver nota 10).

No pueden pagar deudas o legados, para lo cual sería preciso la autorización de los herederos.

1120/1710

1710. b) Que haya herederos colaterales en el país.— En el caso, sus funciones son mucho más reducidas y quedan limitadas a la representación del interés de los ausentes (art. 9º). Se trata de una mera función de contralor, a fin de evitar el perjuicio de sus connacionales. Pero toda la iniciativa en el juicio sucesorio, en la partición de los bienes, pago de las deudas y legados, etcétera, queda en manos de los herederos colaterales (ver nota 11).

Conviene agregar una advertencia. De la lectura del artículo 9º, ley 163, parecería desprenderse que sólo en caso de que los herederos colaterales designasen un albacea dativo, las funciones del consular quedarán reducidas a la simple representación de los herederos ausentes. Es obvio, sin embargo, que no es indispensable para conseguir este efecto, la designación de un albacea dativo, que no es otra cosa que un simple mandatario (véase nº 1303): basta con que los herederos colaterales se presenten por sí o por apoderado al sucesorio.

1120/1711

1711.— En cualquier caso, los albaceas consulares desempeñarán el cargo sujetándose a las leyes del país (art. 8º).

1120/1712

1712. CESACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL ALBACEA CONSULAR.— La intervención del albacea consular cesa:

a) Con la presentación de los herederos ausentes, cuyo interés se desea proteger mediante la intervención del albacea consular (ver nota 12). Cabe advertir que, hasta pasado un año de la muerte del interesado, y hasta pagadas todas las deudas contraídas por él en el país, no se podrán entregar los bienes a los herederos ausentes (art. 11, ley 163).

b) Con la declaración de vacancia de la herencia, pues los bienes pasan entonces a propiedad del Estado (art. 12). Hay, sin embargo, un lapso durante el juicio sucesorio, en que la herencia está reputada, pero aún no declarada vacante (art. 733 Ver Texto , Cód. Procesal). En tal hipótesis, la representación de la sucesión la tiene el curador de los bienes, designado de conformidad al artículo 733, Código Procesal. Los tribunales han declarado, sin embargo, que la actuación del curador no excluye totalmente la del albacea consular, pero la limita a una función rigurosamente conservatoria de los bienes; así, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y la pasividad del curador, se lo ha autorizado a pedir algunas medidas conservatorias (ver nota 13).

c) Cuando los colaterales residentes en el país fueran declarados únicos y universales herederos.

d) Cuando el albacea testamentario ausente se presentara en los autos sucesorios (ver nota 14).

(nota 1) C. Civil Cap., Sala A, 31/7/1974, E.D., t. 58, p. 145; MACHADO, t. 10, p. 438, nota; CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 151; RÉBORA, t. 2, n° 444. Comp.: GOYENA COPELLO, Sucesiones, t. 2, p. 475; ZANNONI, t. 2, § 1528.

(nota 2) BIBLIOGRAFÍA: Además de la general, indicada en nota 2542, véase: QUESADA, Dictamen fiscal, J.A., t. 13, p. 457; RÍOS, Intervención de los cónsules en las sucesiones de extranjeros, J.A., t. 17, Doctrina, p. 8; ROSENBUSCH, La ley 163 y la actuación del albacea consular, J.A., 1945-II, p. 491.

(nota 3) En este sentido, C. Civil 1ª Cap., 13/5/1942, J.A., 1942-II, p. 960.

(nota 4) C. Civil 1ª Cap., 23/5/1922, J.A., t. 8, p. 443.

(nota 5) C. 1ª Apel. La Plata, 20/10/1925, J.A., t. 18, p. 361.

(nota 6) Véase ROMERO DEL PRADO, Manual de derecho internacional privado, t. 1, p. 236; CALANDRELLI, Cuestiones de derecho internacional privado, t. 1, p. 198; QUESADA, Dictamen fiscal, J.A., t. 13, p. 457; CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 160.

(nota 7) C. Civil 2ª Cap., 27/8/1924, J.A., t. 13, p. 818; id., 25/9/1944, L.L., t. 36, p. 160.

(nota 8) C. Civil 2ª Cap., 25/9/1944, L.L., t. 36, p. 116.

(nota 9) C. Civil 1ª Cap., 20/12/1943, J.A., 1944-I, p. 419 y L.L., t. 33, p. 116; C. Civil 2ª Cap., 8/3/1945, J.A., 1945-II, p. 491.

(nota 10) C. Civil 1ª Cap., 21/8/1944, L.L., t. 35, p. 802 y J.A., 1944-IV, p. 92; C. Civil 2ª Cap., 1/2/1924, J.A., t. 13, p. 453; de acuerdo: CAFFERATA, El albacea testamentario, p. 166. En contra: C. Civil 2ª Cap., 27/8/1924, J.A., t. 13, p. 818.

(nota 11) De acuerdo: ZANNONI, t. 2, § 1531; PÉREZ LASALA, t. 2, n° 626.

(nota 12) C. Civil 2ª Cap., 8/3/1922, J.A., t. 8, p. 165.

(nota 13) C. Civil 1ª Cap., 9/6/1942, J.A., 1943-I, p. 403; y con alguna mayor amplitud, C. Civil 2ª Cap., 25/4/1946, L.L., t. 42, p. 541; id., 2/7/1924, J.A., t. 13, p. 453; id., 8/11/1934, J.A., 48, p. 556; Fiscal Dr. QUESADA, J.A., t. 13, p. 460.

(nota 14) De acuerdo con todo este párrafo: PÉREZ LASALA, t. 2, nº 626.