

JOSÉ LUIS PÉREZ LASALA

**TRATADO
DE
SUCESIONES**

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Ley 26.994

Tomo I

PARTE GENERAL



**RUBINZAL - CULZONI
EDITORES**

ISBN 978-987-30-0507-7 (obra completa edición rústica)
ISBN 978-987-30-0510-7 (obra completa edición encuadernada)

Pérez Lasala, José Luis

Tratado de sucesiones : parte general - 1ª ed. - Santa Fe :

Rubinzal-Culzoni, 2014

v. 1, 1024 p. ; 23 x 16 cm

ISBN 978-987-30-0508-4 (edición rústica)

ISBN 978-987-30-0511-4 (edición encuadernada)

I. Derecho Civil

CDD 346

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

de RUBINZAL Y ASOCIADOS S. A.

Talcahuano 442 - Tel. (011) 4373-0544 - C1013AAJ Buenos Aires

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

*A TERESA, mi compañera entrañable, vivificadora
como el agua clara de un manantial*

1000

1000

1000

Con especial agradecimiento:

A la doctora AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, como autora del tema *El caudal relicto*, incorporado a nuestro *Derecho de Sucesiones*, año 1978.

A la doctora MARIEL MOLINA, colaboradora de la doctora KEMELMAJER, como autora de la actualización y ampliación del tema indicado, correspondiente al Capítulo VI de este Tratado.

Al doctor FERNANDO PÉREZ LASALA y a la doctora MARÍA VALERIA LIZÁRDEZ, por la colaboración como actualizadores de la jurisprudencia en las instituciones cuya regulación legal ha subsistido en forma similar en el nuevo Código.

PRÓLOGO

La ley nacional 26.994, de fecha 1° de octubre de 2014 (promulgada el día 7 del mismo mes y año) ha sancionado el Código Civil y Comercial de la Nación, que deroga el Código Civil de Vélez Sársfield del año 1869. El nuevo Código, como se explica en los Fundamentos del Libro Quinto, se elaboró sobre la base del proyecto del Código Civil de 1998, por una comisión integrada por los doctores Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, designada por decreto presidencial 191/2011. El Poder Ejecutivo antes de su envío al Congreso nacional realizó pequeñas reformas así como también el Senado de la Nación.

Circunscribiéndonos a la parte del Derecho de Sucesiones –Libro Quinto, artículos 2277 a 2531, y Libro Sexto, artículos 2643 a 2648– cabe afirmar que el nuevo ordenamiento ha respetado en su mayoría las instituciones contenidas en el Código de Vélez, utilizando un lenguaje sencillo y sintético. Se han elaborado normas sobre la base de las que existían, tratando de mejorarlas, y cuando éstas daban lugar a distintas interpretaciones, se han seguido las doctrinas predominantes. Hay artículos que regulan nuevas instituciones, fruto de la influencia de las últimas reformas del Código Civil francés y especialmente del Código Civil de Quebec del año 2008. Pero estas innovaciones principalmente se dan en casos particulares, que no afectan la armonía de las normas contenidas en el Código anterior. Como consecuencia de ello, las obras de Derecho Sucesorio seguirán influyendo en el estudio de muchas instituciones.

El nuevo Código Civil y Comercial representa una nueva etapa, cargada de interés. El Derecho Civil, con una tradición milenaria, ha ido evolucionando para adaptarse a los nuevos fenómenos históricos. Pero, con todo, cubre un ámbito con valores permanentes. Eso hace

que las instituciones de Derecho Civil se sigan apoyando en los ordenamientos jurídicos antiguos. Hay una guía histórica que nos convierte en osados si pretendemos omitirla. Esa guía histórica no es ajena al nuevo ordenamiento.

El *Tratado de Sucesiones* que presentamos enfoca las instituciones sucesorias en el contexto de las modernas corrientes doctrinarias, desarrollando los nuevos artículos dentro de las instituciones a que pertenecen.

Al analizar las instituciones en el marco del nuevo ordenamiento, las hemos tenido que conectar con la legislación derogada. Por eso, al analizar los nuevos artículos hemos ido relacionando cada uno de ellos con las soluciones que daba el Código de Vélez. En la primera etapa del nuevo Derecho Civil —que estamos viviendo— no se puede prescindir de la normativa que ha regido durante más de un siglo, máxime cuando muchas de sus instituciones han conservado su vigor, aunque los artículos hayan alterado sus formas buscando una mejor redacción.

En nuestra opinión, los juristas que han elaborado el nuevo Código han buscado la simplicidad de los conceptos, dejando sin legislar aspectos que han considerado accesorios u obsoletos. En esta tendencia de sintetización han abolido instituciones enteras, unas veces con acierto, otras sin él. Así, se ha suprimido el testamento cerrado, los testamentos especiales, los derechos sucesorios de la nuera viuda sin hijos. Se han desterrado los términos de aceptación beneficiaria y sin beneficio de inventario. Se ha suprimido, con fundamentos equivocados, la desheredación, privando a la persona gravemente ofendida de desheredar al legitimario ofensor. Al lado de la eliminación de estas instituciones, se han omitido muchos artículos que se referían a supuestos especiales dentro de ellas.

Como resultado, los artículos del nuevo Código Civil y Comercial son menos de la mitad de los existentes en el antiguo Código Civil. Esto ha dado lugar, desde nuestra perspectiva, a lagunas legislativas, espacios donde el jurista no tiene fijado el camino a seguir. Como contrapartida, esta situación abrirá un amplio campo a la doctrina y a la jurisprudencia para cubrir esos vacíos y brindar las soluciones más justas.

En nuestro trabajo no faltan las reflexiones valorativas, marcando unas veces la fortuna de normas concretas, marcando otras el desacierto,

que incluso puede llevar al retroceso en la evolución de nuestra legislación. Todo ello en el contexto del Libro de Sucesiones que, ciertamente, no es de los más meditados del nuevo Código. Sabemos, en todo caso, que la amplia libertad de la que dispone el legislador al elaborar un nuevo cuerpo legal, tiene como límite inexorable el no incurrir en contradicciones. Nuestra mirada en ocasiones crítica, sin duda, será replicada por otros juristas, surgirían nuevas interpretaciones, y de esta forma se irá formando una doctrina sólida que enriquecerá las nuevas instituciones.

En el desarrollo del *Tratado* hemos seguido el mismo orden empleado en nuestro *Derecho de Sucesiones*, publicado el volumen I en 1978 y el volumen II en 1981, por la editorial Depalma. La *Parte general* del Derecho de Sucesiones comprende el estudio de los principios generales del Derecho Sucesorio y el de las instituciones comunes a la sucesión intestada y testamentaria. La *Parte especial* comprende el estudio de las instituciones propias de la sucesión intestada y de la sucesión testamentaria. Aunque el nuevo Código entrará en vigencia el 1º de enero de 2016, nos expresamos como si ya rigiera.

Nuestra meta ha sido la sistematización de los conceptos y la claridad de la exposición. No sabemos si lo hemos logrado.

PARTE GENERAL

CAPÍTULO I

DERECHO DE SUCESIONES. SUCESIÓN Y ADQUISICIÓN

SUMARIO: I. *Derecho de Sucesiones*. 1. Derecho de Sucesiones: concepto. 2. Relaciones del Derecho de Sucesiones con otras partes del Derecho Civil. 3. Su situación dentro del Derecho Civil. 4. El Derecho de Sucesiones como sección del Derecho Civil. II. *Sucesión y adquisición*. 5. La sucesión universal *mortis causa*: precedentes romanos. 6. Concepto de sucesión universal *mortis causa*. 7. Consecuencias inmediatas de la sucesión universal. 8. Los dos aspectos del fenómeno sucesorio. 9. El heredero no es un simple sucesor. 10. La sucesión del heredero en el Derecho argentino. 11. La adquisición a título particular del legatario: precedentes. 12. Concepto de la adquisición a título particular del legatario. 13. La adquisición a título particular del legatario en el Derecho argentino. 14. Terminología de nuestro Código respecto al heredero y al legatario. 15. Sucesión legítima y testamentaria: concepto. 16. El problema de la compatibilidad o incompatibilidad de estas sucesiones. 17. Preferencia o subordinación de una sucesión respecto de la otra.

I. DERECHO DE SUCESIONES

1. Derecho de Sucesiones: Concepto

El Derecho de Sucesiones comprende el estudio de la sucesión *mortis causa* a título universal y las adquisiciones a título particular, con todas las particularidades y efectos que determina el ordenamiento jurídico. Como la sucesión en sentido técnico-jurídico no es más que la sucesión universal *mortis causa*, es decir, la del heredero, y no la del legatario, que es un simple adquirente, a esta parte del Derecho Civil estrictamente se le debería llamar Derecho de Sucesiones y de adquisiciones *mortis causa*. El término "Derecho de Sucesiones", como

se lo conoce habitualmente, responde a la parte más importante de su contenido, es decir, a la sucesión del heredero; de ahí también el nombre de "Derecho Hereditario", tan frecuentemente empleado.

El Derecho de Sucesiones —o también por antonomasia Derecho Hereditario— es, como dice Cicu¹, aquella parte del Derecho Civil que regula la situación jurídica que sigue a la muerte de una persona natural². Arias Ramos, en forma más explicativa, lo define como la sección del Derecho Privado constituida por un conjunto de normas, que regulan el destino que ha de darse a las relaciones jurídicas de una persona física cuando ésta muere, y rige también la creación de relaciones jurídicas nuevas, cuyo surgir estaba subordinado a la muerte de dicha persona³.

De estas definiciones surgen las siguientes notas típicas del Derecho de Sucesiones:

a) La misión fundamental del Derecho Sucesorio es determinar los efectos que produce el hecho de la muerte sobre las relaciones jurídicas que tenía el causante, regulando especialmente quién va a continuar las relaciones jurídicas y de qué modo.

b) El Derecho de Sucesiones es una materia de puro Derecho Privado, por lo cual sólo tiene por objeto la sucesión en las relaciones jurídico-privadas, no interesando el destino de las relaciones de Derecho Público. Esas relaciones jurídico-privadas, en principio, son patrimoniales; excepcionalmente se da la sucesión en algunos derechos y acciones extrapatrimoniales.

c) El causante es siempre una persona natural. La extinción de las personas jurídicas no provoca sucesión en sentido propio.

¹ CICU, Antonio, *Derecho de Sucesiones. Parte general*, trad. española, Bolonia, 1964, p. 17.

² BINDER, Julius, *Derecho de Sucesiones*, ed. española, Barcelona, 1953, p. 1, lo define como "el conjunto de normas jurídicas que, dentro del Derecho Privado, regulan el destino del patrimonio de una persona después de su muerte". En forma similar, PUIG PEÑA, Federico, *Tratado de Derecho Civil español*, Madrid, 1974, t. V, vol. 1, p. 26, define el Derecho Hereditario como "aquella rama jurídica que disciplina el sentido, alcance y efectividad de las relaciones surgidas con motivo de la muerte de una persona".

³ ARIAS RAMOS, *Derecho Romano*, Madrid, 1947, p. 515.

2. Relaciones del Derecho de Sucesiones con otras partes del Derecho Civil

El Derecho de Sucesiones se relaciona con las siguientes partes del Derecho Civil⁴:

a) Con la Parte general y particularmente con la teoría del negocio jurídico, de donde el testamento extrae tantos elementos aprovechables.

b) Con las dos grandes partes en que se divide el Derecho patrimonial: los derechos reales y los derechos de crédito, puesto que por efecto de la muerte del causante tiene lugar la transmisión de los derechos reales o de crédito y de las obligaciones de las cuales el difunto era titular, y eventualmente la constitución de nuevos derechos reales o de crédito, así como el nacimiento de cargas hereditarias.

c) Con el Derecho de Familia, en lo relativo a la sucesión *ab intestato* y a las legítimas, instituciones ambas basadas en el orden natural de los afectos familiares.

3. Su situación dentro del Derecho Civil

En el plan romano la sucesión *mortis causa* se incluye entre los modos de adquirir el dominio. Es el sistema que adoptó Gayo en las *Institutas* y que adoptó el Código Civil francés y los que siguieron sus huellas⁵.

Considerar la sucesión *mortis causa* como un modo de adquirir es inexacto desde todo punto de vista, porque la sucesión, por antonomasia, que es la del heredero, no es propiamente un modo de adquirir el dominio; más bien la adquisición es consecuencia de la subrogación. Aunque disimuláramos esta falta de tecnicismo, la sucesión no sólo es un modo de adquirir la propiedad sino los demás derechos reales e incluso los derechos de crédito o personales, y en general todos los derechos transmisibles por herencia. La sucesión hereditaria es, además, un medio para constituir relaciones jurídicas nuevas que no existían en el causante, ya patrimoniales, ya de carácter extrapatrimonial (establecimiento de tutelas, reconocimiento de hijos naturales, etc.).

⁴ CICU, ob. cit., p. 18.

⁵ Código Civil español (Libro 3, Tít. III); italiano de 1865, y la mayor parte de los sudamericanos.

Los pandectistas alemanes a partir de Hugo abandonaron este sistema, viniendo a considerar el Derecho de Sucesiones como una parte independiente, la última del Derecho Civil. Es el sistema de Savigny, aceptado por el Código Civil alemán, que coloca al Derecho de Sucesiones formando el último de los cuatro grandes tratados de la Parte especial del Derecho Civil. Se sitúa en último lugar porque se consideran las relaciones sucesorias como las más complejas de todas las civiles, ya que presuponen el conocimiento del Derecho patrimonial y del Derecho de Familia.

El nuevo Código Civil y Comercial sitúa el Derecho de Sucesiones formando el contenido del Libro Quinto, que titula: *Trasmisión de los derechos por causa de muerte*. Está dividido en once Títulos. En el Libro Sexto, el Título IV trata las *Disposiciones de Derecho Internacional Privado*, y en él se destina a *Sucesiones* la Sección 9ª. Contiene un total de 261 artículos.

El sistema de Savigny ha sido atacado modernamente por sectores doctrinales, habiendo tenido repercusiones legislativas. Así, en el Código Civil italiano de 1942 y en el Código Civil suizo, el Derecho de Sucesiones no ocupa la última parte del Código, sino el lugar inmediato siguiente al derecho de las personas y de la familia, quedando reguladas después la propiedad y las obligaciones.

Siguen esta huella los modernos Códigos de Portugal, Guatemala, etcétera. Se funda este criterio, a juicio de Castán⁶, "en la primacía que se atribuye, por su carácter fundamental, a las instituciones relativas a la persona y a la familia, base del Derecho Civil y de las cuales es un complemento la sucesión *mortis causa*". Este plan resulta criticable, a nuestro juicio, porque encierra una anomalía importante: como el Derecho de Sucesiones regula relaciones predominantemente patrimoniales, sería más lógico que su exposición siguiera a la de las relaciones patrimoniales básicas, los derechos reales y los de obligación.

4. El Derecho de Sucesiones como sección del Derecho Civil

Al producirse la muerte de una persona, el Derecho Civil entra a

⁶ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español, común y foral*, Madrid, 1969, t. VI, vol. 1, p. 27.

regular sus consecuencias jurídicas. Esta regulación forma un complejo de normas con principios y figuras propias, que se distinguen de las previstas en las otras partes del Derecho Civil. Así, son de destacar, como principios que informan el Derecho de Sucesiones, los siguientes:

a) La sucesión en sentido técnico-jurídico como subrogación en la posición jurídica de un sujeto.

b) La responsabilidad limitada (*intra vires hereditatis*), con importantes excepciones que la tornan ilimitada (*ultra vires hereditatis*).

c) La posesión hereditaria, que otorga los efectos de la posesión material, sin necesidad de *corpus* ni de *animus*.

d) La aceptación y la renuncia de la herencia con su peculiar significado, según los sistemas de adquisición *ipso iure* o de adquisición por aceptación.

La figura central del Derecho de Sucesiones es la del heredero, el sucesor *in locum et in ius* del causante. Esta figura no tiene parangón con las demás figuras que regula el Derecho Civil.

Estas circunstancias justifican la agrupación que los Códigos hacen de las normas del Derecho de Sucesiones, y que la doctrina somete a estudio unitario⁷. Las Facultades de Derecho, por otra parte, aceptan esta separación y en ellas se estudia el Derecho de Sucesiones en la parte final del Derecho Civil.

II. SUCESIÓN Y ADQUISICIÓN

5. La sucesión universal *mortis causa*: precedentes romanos

El término latino *successio* proviene del verbo *succedere*, y no significa simplemente seguir, sino seguir o continuar en una situación, donde dice más la carga asumida por el sucesor que el posible beneficio obtenido. Si trasladamos el significado gramatical al campo jurídico,

⁷ Al respecto afirma Cicu (ob. cit., p. 19) que está justificada la agrupación de las normas sucesorias en el Código Civil y el estudio unitario en la doctrina, no solamente porque toda la disciplina está ligada a un hecho de extrema importancia social, como es el de la desaparición de un sujeto de derecho, sino porque presenta figuras y principios que se distinguen, aun conservando afinidad, de los que son propios de las relaciones patrimoniales *inter vivos*.

llegaremos a la consecuencia de que *succedere* no indica el traspaso de un derecho, sino la entrada en una relación jurídica o en un conjunto de relaciones jurídicas⁸.

En el Derecho Romano antiguo y clásico no se concibe otra forma de *successio* que la *successio universal*, ya sea *inter vivos* (*conventio in manum; adrogatio*, etc.) ya *mortis causa* (*hereditas*). El heredero es sucesor universal, puesto que sucede *in locum* o *in locum et in ius*, es decir, en una posición jurídica unitaria, la del causante. La adquisición patrimonial por parte del sucesor se produce como consecuencia de ocupar el lugar del antecesor. A la *successio*, que confiere inmediatamente el título de *heres*, subsigue la adquisición mediata de los *bona*, verificada de una vez y en conjunto. Para los clásicos, el patrimonio —*bona*— es el patrimonio neto que implica la previa deducción de las deudas. La transmisión de las deudas es una consecuencia de la *successio*, y se produce como efecto independiente de la adquisición de los *bona*.

La característica más aparente de la *successio*, como dice Bonfante⁹, es que se adquiere el patrimonio del difunto en su conjunto, merced a un hecho único, sin hacer distinción entre la diversa naturaleza de los derechos: éste es el significado de la expresión *adquirere, transire per universitatem*¹⁰; pero la característica más íntima e importante es que continúa la relación misma del antecesor, y en todos los derechos así adquiridos continúa siempre para el sucesor el mismo título de adquisición del causante.

En la época antigua y clásica —afirma Iglesias¹¹— no existe sucesión particular, ni *inter vivos* ni *mortis causa*. Cuando se trasmite una cosa singular, ya *inter vivos* (venta, donación), ya *mortis causa* (legado), no cabe hablar de *successio*, sino de *adquisitio*, el legatario “adquiere” del heredero, único y verdadero sucesor, en el genuino

⁸ IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano*, Barcelona, 1965, p. 573.

⁹ BONFANTE, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano*, ed. española, Madrid, s/f, p. 553.

¹⁰ El *transire per universitatem* en el Derecho clásico sólo se refería a un hecho: a la adquisición de los *bona* en su conjunto, mediante un hecho único; no a la adquisición de la *universitas*.

¹¹ Ob. cit., p. 574.

sentido romano. Y “no sucede” ni al heredero ni al difunto, porque la sucesión a título particular es un concepto extraño a los juriscónsultos clásicos romanos.

Frente a la única forma de sucesión que concibieron los clásicos —la *successio universal*, que implica el reemplazo en la posición jurídica del antecesor y consiguiente adquisición del patrimonio—, aparece en la época posclásica y se continúa en la justiniana la adquisición de derechos singulares, empleándose la denominación de *successio in singula ius*, es decir, sucesión a título particular. Así las cosas, los juristas de la época justiniana contrapusieron a esta nueva *successio in singula ius* —en sentido propio es *adquisitio*— la *successio* clásica, a la cual denominaron *successio in universum ius*. Con todo, pensamos, junto con ilustres romanistas¹², que el cambio de terminología no supuso cambio esencial respecto de la *successio in locum et in ius*. El concepto de *successio in universum ius* siguió expresando el fenómeno de subentrar una persona en lugar de otra, implicando el reemplazo en la posición jurídica del antecesor.

Sólo con estas restricciones podemos admitir en la época de Justiniano estas clases de sucesiones: la sucesión universal (única en sentido propio), que puede ser *inter vivos* (ej., la *adrogatio*) y *mortis causa* (ej., la *hereditas*), y la sucesión particular (en sentido impropio), que a su vez puede ser *inter vivos* (ej., venta) y *mortis causa* (ej., legado).

La *hereditas* se concibe en esta época como *universitas* y comprende no sólo los bienes sino también las deudas¹³. La responsabilidad del heredero por las deudas del causante se ve como una consecuencia de la adquisición de la *universitas* hereditaria.

6. Concepto de sucesión universal *mortis causa*

Aunque diversos autores modernamente hablan de sucesión para referirse tanto a la sucesión universal como a la particular, entendemos que la verdadera sucesión, la sucesión en sentido técnico-jurídico, no

¹² Barbero, Redealli, Alberario, entre otros.

¹³ La *hereditas* se confunde con el patrimonio, entendido con esta nueva dimensión.

se da más que en la sucesión universal por causa de muerte, que típicamente es la del heredero¹⁴.

La sucesión universal *mortis causa* implica la existencia de dos sujetos: el difunto, de quien dimana la sucesión, y el sucesor. Al primero se le designa con los términos causante, *auctor*, *de cuius* (esta última expresión deriva de la contracción de la frase *is de cuius hereditate agitur*). Al segundo, con los de sucesor universal o heredero. Esta sucesión supone el reemplazo, subentrada o subrogación en la posición jurídica del causante, cualquiera que ella sea. El heredero sucede en la posición jurídica del *de cuius*, puesto que ocupa su lugar en las relaciones jurídicas de las que era titular y que no se extinguieron con su muerte¹⁵. Esa subrogación en la posición jurídica del causante se produce *uno ictu*, en bloque, de una sola vez, sin necesidad de las formalidades precisas para asumir por separado cada una de las titularidades del causante.

La sucesión en el sentido técnico expuesto requiere, además: a) que el cambio de sujeto no acompañe la extinción de las relaciones antiguas y la creación de otras nuevas, de igual contenido; b) que permanezcan inalterados los títulos constitutivos de las relaciones jurídicas del causante. Veámoslo:

a) El cambio de sujeto no lleva consigo la extinción de las relaciones jurídicas del causante y la creación en su lugar de otras nuevas, sino que dichas relaciones permanecen idénticas¹⁶.

Algunos autores han rechazado la posibilidad de una verdadera sucesión, al negar la permanencia de la relación jurídica ante el cambio de sujeto. En este sentido, Kunze¹⁷ sostuvo que si el derecho subjetivo se identifica por su objeto, contenido y sujeto, hay una contradicción lógica en afirmar que cambia el sujeto pero el derecho permanece uno y el mismo. Hay una razón lógico-jurídica por la cual es forzoso admitir,

¹⁴ En nuestro Derecho no cabe la sucesión universal *inter vivos*.

¹⁵ BARBERO, Doménico, *Sistema del Derecho Privado*, trad. española, Buenos Aires, 1967, t. V, p. 3; STOLFI, *Note sul concetto di successione*, en *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1949, p. 535; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil español cit.*, t. V; vol. 1, p. 14, nota 4; CAPILLA, LÓPEZ, ROCA, VALPUESTA y MONTÉS, *Derecho de Sucesión*, Valencia, 1992, p. 25.

¹⁶ CICU, *ob. cit.*, p. 20.

¹⁷ KUNZE, *Die Obligation un die Singularsuccession*, Leipzig, 1856, p. 15.

en el caso de una sustitución en el sujeto, que el derecho subjetivo del anterior titular se extingue, y en su lugar aparece otro derecho subjetivo, que nace *ex novo* en el adquirente. En sentido similar, estima Nicoló¹⁸ que la titularidad del heredero es atribuida por la norma a título originario, o sea, que no es sucesión en sentido técnico.

La doctrina dominante, como apunta Lacruz Berdejo¹⁹, se opone a estas concepciones por considerar que si bien pertenece a la esencia del derecho subjetivo el imputarse a un sujeto, éste no necesita ser invariablemente el mismo. El interés tutelado por el ordenamiento jurídico sigue siendo, a través del cambio de sujeto, el mismo interés individual, aunque no sea el interés del mismo individuo. Pretender sostener que el cambio de sujeto produce la extinción de la relación jurídica y la creación de otra nueva de igual contenido, va incluso contra el tenor mismo de la ley, que ha distinguido perfectamente la sucesión de la novación, considerando únicamente a esta última como medio de extinción de las obligaciones.

b) Los títulos constitutivos de las relaciones jurídicas del causante siguen siendo los mismos para el heredero. Esto es consecuencia de la inalterabilidad de los elementos de la relación jurídica ante el fenómeno sucesorio. La adquisición que efectúa el sucesor, como consecuencia de asumir la posición jurídica del *de cuius*, no altera la influencia del título mediante el cual adquirió el causante de su causahabiente. El heredero sigue siendo comprador, donatario, permutante, del derecho que se le ha transferido.

En la adquisición a título particular, ya sea *inter vivos*, ya *mortis causa*, cambia, además del sujeto, el título constitutivo, que es el acto que sirve para transmitir el Derecho. El comprador, donatario, permutante, legatario, adquieren el derecho sobre la base de un acto diferente del acto perfeccionado entre el causante y su causahabiente²⁰.

¹⁸ NICOLÓ, *Nuovo digesto italiano*, voz *Successione nei diritti*, t. XII, p. 115.

¹⁹ LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de Sucesiones. Parte general*, Barcelona, 1961, p. 8.

²⁰ Lacruz (ob. cit., p. 9), no comparte totalmente esta posición. Reconoce que en la adquisición a título particular existe la adición de un nuevo título, pero afirma que los anteriores siguen manteniendo sobre el derecho transmitido la eficacia fundadora que tenían antes.

Estas circunstancias nos permiten afirmar que, mientras el heredero asume la posición de parte que tenía el causante, el que recibe a título particular aparece como un tercero²¹.

7. Consecuencias inmediatas de la sucesión universal

El fenómeno sucesorio no agota su contenido con el simple ocupar la posición jurídica del causante, pues esto implica una serie de consecuencias inmediatas que se traducen en efectos concretos. Estas consecuencias son fundamentalmente tres: la adquisición de los bienes del causante, la asunción de las deudas y la adquisición de la posesión hereditaria²². Veamos:

a) La consecuencia más relevante es la adquisición de los bienes. El heredero adquiere porque sucede. Esta adquisición se produce, como en el Derecho Romano, de una vez, mediante un hecho único, *uno actu*.

En cuanto a la forma de adquisición, utilizada esta expresión en el sentido de cómo se reciben los bienes, el heredero adquiere comúnmente la universalidad o una parte alícuota de ellos. Excepcionalmente, cuando se acepta la institución de heredero en cosa cierta, al igual que la *institutio ex recerta* del Derecho Romano, también el heredero puede recibir cosas aisladas. Estos aspectos meramente adquisitivos, referentes a la forma de adquirir los bienes hereditarios, no son decisivos para determinar la cualidad de heredero y diferenciarla de la de legatario. Por eso, los denominados aspectos adquisitivos del fenómeno sucesorio.

b) El heredero, como consecuencia de ocupar la posición jurídica del causante, asume las deudas en proporción a los bienes recibidos.

El ocupar la posición jurídica del *de cuius* sirve de fundamento a la responsabilidad del heredero por las deudas del difunto, y explica satisfactoriamente la responsabilidad *ultra vires hereditatis* que puede limitarse por el acogimiento al beneficio de inventario. En el nuevo

²¹ MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, trad. española, Buenos Aires, 1956, t. VII, p. 18.

²² CICU, ob. cit., p. 21; BARBERO, ob. cit., p. 15, en sentido similar, pero sin mencionar la posesión hereditaria.

Código Civil y Comercial la responsabilidad del heredero, en principio, se limita a los bienes que recibe del causante o su valor (art. 2280, *in fine*), y excepcionalmente, ante determinadas conductas del heredero, la responsabilidad puede extenderse a sus propios bienes (art. 2321).

Todos los ordenamientos jurídicos modernos reconocen este efecto del fenómeno hereditario. Si las deudas del causante no las asumiera el heredero, cesarían como tales a la muerte del deudor, y esto ocasionaría mayor inseguridad en el tráfico jurídico y originaría desorden social. De ahí la necesidad de que las deudas pasen al heredero gravando la adquisición de los bienes.

c) Otra consecuencia de la subrogación del heredero en la posición jurídica del causante es la adquisición de la posesión hereditaria, que implica subentrar no sólo en las titularidades del *de cuius* sino en los estados posesorios que éste tuviera al momento de su muerte. Esta consecuencia no fue admitida en el Derecho Romano, porque consideró la posesión como un estado de hecho y no de derecho, y por eso no concibió la posesión sin la confluencia efectiva de los elementos que la componen, el *corpus* y el *animus*.

En el Derecho Moderno, al contrario, el heredero adquiere la posesión hereditaria, subentrando en los estados posesorios del causante, sin necesidad del elemento material que sustenta la posesión, el *corpus*. Así lo establece el nuevo Código (art. 2280, párr. 1°).

8. Los dos aspectos del fenómeno sucesorio

El artículo 2278 contiene el concepto de heredero: "Se denomina heredero a la persona a quien se trasmite la universalidad o una parte indivisa de la herencia; legatario, al que recibe un bien particular o un conjunto de ellos". Parecería que se agota el concepto de heredero y de legatario con la definición dada por el artículo, pero no es así.

El artículo 2280, último párrafo, determina que el heredero responde por las deudas del causante con los bienes hereditarios o con su valor. El artículo 2321 admite la responsabilidad del heredero con sus bienes propios en determinados casos. El artículo 2317 repite la obligatoriedad del heredero por el pago de las deudas del causante. La responsabilidad en el pago de las deudas también consta en otros artículos del Código,

por ejemplo, el artículo 2358. Los legatarios, en principio, no responden por las deudas del causante.

Por otra parte, el heredero tiene la posesión hereditaria desde el momento de la muerte del causante, según dispone el artículo 2280, párrafo 1º.

También el heredero está obligado a cumplir los legados hechos por el testador (art. 2494), incluso en el caso del legado de cosa cierta y determinada (art. 2498).

En la medida que el concepto dado en el artículo 2278 coordine con las demás normas señaladas, será fácil mantenerse en ese concepto. Pero en la sucesión testamentaria puede suceder que esa coordinación no exista. Por ejemplo: un testador (que no tiene herederos forzosos) deja la herencia por partes iguales a sus tres hermanos, A, B y C, pero ordena en el testamento que sus deudas sean pagadas exclusivamente por el heredero A. Como el heredero está obligado a pagar las deudas del causante, cabe preguntarse si B y C son herederos también. Preguntas similares se podrían hacer cuando no se dan alguno de estos aspectos propios del heredero, que hemos indicado.

Por eso la doctrina moderna, con textos legislativos similares a los nuestros²³, considera que lo propiamente sustantivo del heredero es suceder, subrogarse o subentrar en la posición jurídica del causante, como dice Doménico Barbero²⁴. Como consecuencia, el heredero adquiere los bienes hereditarios, responde por las deudas del causante y adquiere la posesión hereditaria. De ahí que podemos hablar de dos aspectos del fenómeno sucesorio: el aspecto sustantivo y el aspecto adquisitivo.

El aspecto sustantivo se refiere a la ocupación o subentrada del heredero en la posición jurídica del causante, que justifica la conti-

²³ Los artículos que definen al heredero en el Derecho italiano y en el Derecho español son similares a nuestro art. 2278. El art. 588 del Cód. Civ. italiano dice: "Las disposiciones testamentarias, cualquiera sea la expresión o la denominación usada por el testador, son a título universal y atribuyen la calidad de heredero, si comprenden la universalidad o una cuota de los bienes del testador. Las otras disposiciones son a título particular y atribuyen la calidad de legatario". El art. 660 del Código Civil español expresa: "Llámase heredero al que sucede a título universal, y legatario al que sucede a título particular".

²⁴ Ob. cit., p. 3.

nuación de las relaciones jurídicas del causante, con sus consecuencias inmediatas de adquirir los bienes, responder de las deudas y adquirir la posesión hereditaria. El subrogarse en la posición jurídica del causante es una nota esencial y distintiva del heredero, que no se da en el legatario. La adquisición de los bienes y la responsabilidad por las deudas no son más que consecuencias de esa subrogación, del suceder en sentido técnico-jurídico. Por eso se dice que el heredero "adquiere" porque "sucede". Este aspecto sustantivo, si bien pone su acento en la idea de subentrar en la posición jurídica del causante, abarca también, como vemos, a las consecuencias que de ello derivan.

El aspecto adquisitivo, en cambio, se refiere a la forma de transmisión o adquisición de los bienes. Es decir, sólo apunta al aspecto adquisitivo y dentro de él a la circunstancia de cómo se transmiten los bienes hereditarios. La transmisión de esos bienes siempre se produce cuando hay un solo heredero o cuando son varios, en un sólo instante, *uno actu*. Pero pueden presentar estas variedades o formas: transmisión de la totalidad de los bienes, de una parte alícuota de ellos, o de alguno en particular. La primera modalidad es privativa del heredero; la segunda, en principio, también es propia del heredero; la tercera forma de adquirir es la del legatario.

Si bien el heredero recibe la totalidad o una parte alícuota de los bienes, pueden existir legatarios que excepcionalmente, en nuestra opinión, reciban una parte alícuota de ellos (ver N° 105); inversamente, si bien el legatario adquiere normalmente bienes concretos, puede ocurrir que el heredero también los reciba así, cuando se acepta la *institutio ex re certa*.

El nuevo Código suprime la figura del legatario de cuota.

9. El heredero no es un simple sucesor

El heredero, por lo pronto, pese a ocupar la posición jurídica del causante, no asume todas las titularidades que éste tenía. La muerte determina necesariamente la extinción de algunos derechos, los cuales lógicamente no pasan al heredero. De ahí que no se pueda hablar de asunción absoluta de la posición jurídica del causante, sino de una asunción en los derechos transmisibles del causante. Aún más, el heredero

puede no suceder en derechos transmisibles si éstos han sido sustraídos a él para ser destinados a título particular (legados de cosa cierta). En este sentido podemos decir que, al menos cuantitativamente, en cuanto a las titularidades del causante, el heredero es menos que un sucesor, ya que no es tal en esas titularidades no transmisibles o sustraídas a él. Faltan, pues, en estos casos bienes que pertenecían al causante.

Por otra parte, el heredero es más que un simple sucesor, puesto que le incumben posiciones nuevas que no tuvo el causante. El heredero adquiere derechos que no existían en el *de cuius*; por ejemplo, tiene derecho a colacionar, a pedir la reducción de donaciones, está obligado a pagar los legados y las cargas impuestas por el causante en su testamento, etcétera. La doctrina²⁵ dice, en este sentido, que al heredero le incumben posiciones originarias.

En definitiva, es la del heredero una situación compleja que no coincide con la del causante; de ahí la insuficiencia del concepto de sucesor para comprender la figura del heredero. Por eso, si bien se puede hablar de sucesión en los derechos, en las obligaciones y en la posesión, hay que tener presente que muchos de los derechos y obligaciones del causante desaparecen con él, otros pueden ser sustraídos al heredero mediante la creación de algunos legados: faltan en esos casos bienes del causante. Pueden nacer, en fin, nuevos derechos y obligaciones que no existían en el heredero.

10. La sucesión del heredero en el Derecho argentino

Para su mejor análisis distinguiremos el aspecto sustantivo y el aspecto adquisitivo, a los cuales ya hemos hecho referencia:

A) *Aspecto sustantivo*. El concepto de sucesión en la posición jurídica del causante ha sido aceptado implícitamente por nuestro Código Civil y Comercial, con sus consecuencias inmediatas: la adquisición de bienes, la responsabilidad por las deudas y la posesión hereditaria.

Efectivamente, el artículo 2280, párrafo 1º del Código Civil y Comercial declara que los herederos "continúan" en las relaciones jurídicas del causante o, lo que es lo mismo, continúan en los derechos y acciones

²⁵ LACRUZ, ob. cit., p. 52.

que tenía el causante. Pero esa continuación presupone que los herederos se subrogan (o subentran) en la posición jurídica del causante. Es el mismo concepto romano del *succedere*: la entrada en una relación jurídica o en un conjunto de relaciones jurídicas. Por eso decimos que la sucesión, por parte del heredero, en la posición jurídica del causante, está implícita en el nuevo Código, al igual que en el Código derogado.

Las consecuencias inmediatas de la sucesión están especialmente reconocidas en el Código: a) Adquisición de los bienes y, en general, todos los derechos y acciones que tenía el causante (art. 2280, párr. 1º, parte 1ª); b) responsabilidad por las deudas del causante (art. 2280, último párrafo, y art. 2321); c) adquisición de la posesión hereditaria (art. 2280, párr. 1º, parte 2ª).

B) *Aspecto adquisitivo*. El heredero adquiere la universalidad o una parte alícuota de la herencia (art. 2278). Aclaramos que el término universalidad al que se refiere la norma no responde a la teoría de la *universitas iuris*, considerado como un ente abstracto independiente de los elementos que lo componen. No nos ofrece duda que el término universalidad está tomado en el sentido de totalidad del patrimonio. El heredero también puede recibir una parte alícuota o parte indivisa de la herencia: se lo podrá llamar heredero parciario.

La figura del legatario a la que se refería el artículo 3719 del Código Civil de Vélez no está prevista expresamente en el nuevo Código, pero, a nuestro juicio, puede inducirse por vía doctrinaria.

Para terminar, cabe agregar que la forma de recibir el heredero la materia hereditaria, el todo o una parte alícuota de los bienes del causante, por oposición al legatario que recibe bienes particulares, en principio sirve para distinguir uno del otro, pero este criterio no es decisivo, pues, en nuestra opinión, puede haber herederos en cosa cierta y legatarios de parte alícuota, como veremos más adelante.

11. La adquisición a título particular del legatario: precedentes

Ya vimos que en el Derecho Romano la única y verdadera sucesión

era la sucesión universal. La sucesión particular, ya *inter vivos*, ya *mortis causa*, más que una *successio* era una *adquisitio*, porque no implicaba para el adquirente situarse en la posición jurídica del transmitente. Pero aclarado el verdadero sentido de la expresión, no hay inconveniente en emplear la denominación de sucesión particular, como lo hicieron los mismos romanos a partir de la época posclásica.

El concepto romano de sucesión a título particular *mortis causa* venía dado, en forma negativa, por la carencia del título de heredero, con independencia del contenido de la atribución patrimonial. El heredero, sucesor universal *mortis causa*, era aquel que tenía el título de heredero (en la sucesión testamentaria era indispensable el nombramiento de heredero). Eso implicaba colocarse en la posición del causante, siendo la adquisición de los bienes y la asunción de las deudas una consecuencia de ello. El legatario, sucesor particular *mortis causa*, carecía del título de heredero; por tanto, no se colocaba en la posición jurídica del causante. Era un mero adquirente de bienes. Incluso el legatario podía no recibir atribución patrimonial alguna (como en el *legatum debiti*).

12. Concepto de adquisición a título particular del legatario

Nos referimos aquí al legatario en cuanto es sucesor a título particular, que es uno de los aspectos que puede tener. En efecto, como veremos al estudiar los legados, el legatario puede no ser sucesor (ej., legado de reconocimiento de deuda). De ahí que el aspecto que vamos a tratar del legatario sea únicamente el de sucesor particular, cuando inviste esa cualidad.

En el Derecho moderno la problemática es diferente a la del Derecho Romano. Los términos "sucesor universal" y "sucesor particular" se refieren al aspecto formal de cómo se reciben los bienes. El sucesor universal es el que recibe el todo o una parte alícuota del patrimonio del causante; el sucesor particular es el que recibe bienes concretos. Normalmente estos términos coinciden, respectivamente, en la sucesión *mortis causa*, con los de heredero y legatario, pero no es necesario ni sustancial (ver N° 97 y ss., y N° 105).

13. La adquisición a título particular del legatario en el Derecho argentino

El nuevo Código Civil y Comercial argentino define al sucesor particular en el artículo 2278, en los siguientes términos: "Se denomina [...] legatario, al que recibe un bien particular o un conjunto de ellos".

El legatario en nuestro Derecho normalmente es un sucesor particular, un mero adquirente de bienes concretos. Como legatario no ocupa la posición del causante, no responde por las deudas del causante, a no ser que no haya bienes suficientes en la herencia (art. 2319) o que se atribuyan como carga del legado (art. 2500), ni adquiere la posesión hereditaria.

14. Terminología del Código de Vélez respecto al heredero y al legatario

En el Derecho Romano los herederos eran tanto los herederos *ab intestato*, como los testamentarios. En los primeros el título de *heres* lo otorgaba la ley; en los segundos, el testador. Esta concepción fue recogida por el viejo Derecho castellano y aceptada por el Código de Vélez. Según el artículo 3280 de dicho Código, coordinado con el artículo 3279, son herederos no sólo los legítimos sino también los instituidos en testamento, aunque no sean parientes del testador.

En el Derecho germánico, en cambio, los únicos herederos eran los legítimos, es decir, los parientes de sangre. El testamento sólo servía para disponer legados. Una serie de máximas dieron testimonio de esta concepción: *Solus Deus heredem facere potest, non homo; Heres gignuntur, non scribuntur*, etcétera. Lo mismo sucede en el Código francés.

Este Código reconoce tres clases de legados: los legados universales, los legados a título universal y los legados particulares (art. 1002, Cód. Civ.):

a) El legado universal comprende todos los bienes del causante o una porción de ellos. El legatario universal —que es el equivalente de nuestro heredero testamentario— responde *ultra vires hereditatis*, tiene la *saisine* o posesión hereditaria, cuando no concurre con herederos reservatarios y, por tener vocación al todo, goza del derecho de acrecer (art. 1003, Cód. Civ.).

b) El legado a título universal comprende una cuota de los bienes del causante. Los legatarios a título universal —equivalentes a nuestros legatarios de cuota— no responden ultra vires, sino con el valor de los bienes recibidos, no tienen la *saisine*, y por no tener vocación al todo carecen del derecho de acrecer (art. 1010, Cód. Civ.).

c) El legado a título particular comprende bienes concretos y determinados del causante (art. 1010, *in fine*, Cód. Civ.). Los legatarios a título particular equivalen a los legatarios del mismo nombre en nuestro Derecho.

Las legislaciones modernas, pese a la mayor o menor influencia que en ellas pudiera haber tenido el Código de Napoleón, rechazan esta concepción de origen germano, aceptando en cambio la romana, que considera heredero tanto al legítimo como al instituido en testamento aunque no sea pariente del testador. Así, el Código Civil alemán (arts. 2087 y ss.), el Código Civil suizo (art. 487), el italiano (arts. 587 y ss.), el español (art. 763), etcétera.

Lo mismo sucede en el nuevo Código.

15. Sucesión legítima y testamentaria: concepto

Atendiendo al origen por el cual se opera la sucesión *mortis causa*, puede ser ésta legítima o legal y testamentaria, según que la sucesión provenga de la ley o de la voluntad del hombre manifestada en testamento. El nuevo Código recoge expresamente esta clasificación en el artículo 2277, párrafo 1º, al decir que “La muerte real o presunta de una persona causa la apertura de su sucesión y la sucesión y la transmisión de su herencia a las personas llamadas a sucederle por el testamento o por la ley”.

En torno de la relación entre ambas especies de sucesiones se suscitan en la doctrina dos problemas: a) el de la compatibilidad o incompatibilidad de ambas; b) el de la preferencia o subordinación en que está colocada la una respecto de la otra. Lo analizaremos a continuación.

16. El problema de la compatibilidad o incompatibilidad de estas sucesiones

A) *Precedentes históricos*. El Derecho Romano proclamó la in-

compatibilidad de la sucesión testada e intestada en su célebre regla: *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, es decir, nadie puede morir en parte testado y en parte intestado. Por ello, el causante sólo podía ser heredero o *ex testamento* o *ab intestato*. La consecuencia inmediata era que si el testador había dispuesto sólo de una parte de su patrimonio instituyendo herederos, la fuerza expansiva del título que ostentaban hacía que los herederos instituidos adquirieran también aquella parte del patrimonio sobre la cual no había dispuesto el testador. Sólo se abría la sucesión *ab intestato* en caso de que no existiera testamento o que existiendo careciera de eficacia o que ninguno de los instituidos llegase a ser heredero.

La imposibilidad de la coexistencia de la sucesión legítima con la sucesión testamentaria es —como dice Cicu²⁶— consecuencia lógica del principio por el cual quien era llamado en calidad de heredero adquiría por ello todo el patrimonio del difunto, de suerte que no había sitio para la sucesión de otro heredero.

La regla de incompatibilidad entre ambas sucesiones subsistió a lo largo de toda la historia del Derecho Romano, si bien tuvo limitadas excepciones en la institución del testamento militar y en los supuestos en que se hacía lugar a la rescisión por parte de la institución de heredero en virtud del ejercicio de la *querela inofficiosi testamenti*²⁷.

La brecha hacia la compatibilidad de ambas sucesiones se origina en el antiguo Derecho castellano en la ley primera del título 19 del Ordenamiento de Alcalá, que derogó la exigencia de la institución de heredero en el testamento, al considerar subsistentes los legados efectuados por el testador aunque no hubiese nombrado heredero. Esto hizo pensar a algunos autores²⁸ que, a la vez, derogaba la regla *nemo pro parte testatus pro parte intestatus*, y ese pensamiento fue aceptado por la doctrina de la época de la codificación.

B) *La compatibilidad de sucesiones en el Código Civil y Comercial argentino*. La compatibilidad entre la sucesión legítima y la testamen-

²⁶ Ob. cit., p. 23.

²⁷ VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Apuntes de Derecho Sucesorio*, Madrid, 1955, p. 128.

²⁸ Tello, Fernández Ceballos, Pichardo.

taria está expresamente aceptada en el artículo 2277, párrafo 1º, última parte del Código Civil y Comercial: "Si el testamento dispone sólo parcialmente de los bienes, el resto de la herencia se defiende por la ley".

Según este precepto, si el testador no dispone por testamento sino de una parte de su patrimonio, la parte restante pasa a los herederos legítimos, abriéndose respecto de ella la sucesión intestada.

17. Preferencia o subordinación de una sucesión respecto de la otra

A) *Precedentes históricos.* En el Derecho Romano la sucesión testamentaria tenía preferencia sobre la intestada, por ser considerada ésta como supletoria de aquélla. En dicho Derecho siempre fue preferida la sucesión testada, y sólo cuando ésta fallaba se recurría a la intestada, o sea, cuando el *de cuius* no había hecho testamento, cuando el testamento carecía de eficacia o cuando el heredero testamentario no había podido o querido aceptar la herencia.

En el Derecho germánico, al contrario, se consideraba la sucesión legítima como preferente. Este Derecho no admitía más herederos que los legítimos, es decir, los parientes de sangre. De ahí la máxima de que sólo Dios hace al heredero. La sucesión testamentaria, en cambio, sólo servía para otorgar legados, para disponer particularmente de bienes dentro del margen de la libre disposición.

Cada una de estas tendencias históricas ha influido en los modernos ordenamientos jurídicos, en los que se discute vivamente la mayor o decisiva influencia de una u otra legislación.

B) *La posición del Código Civil.* En un orden teórico la sucesión testamentaria aparece prevalente sobre la sucesión intestada. El concepto de heredero, columna vertebral del Derecho Sucesorio, tiene en la sucesión testamentaria una gran amplitud, pues pueden ser herederos tanto los herederos de sangre como los extraños. Cuando falla la sucesión testamentaria, aparece subsidiariamente la sucesión intestada.

En cambio, en el terreno de la práctica jurídica nos parece que la sucesión intestada adquiere mayor dimensión que la testada. En nuestro país no está muy arraigada la sucesión testamentaria, lo que implica

afirmar que las personas que mueren dejando bienes, en su inmensa mayoría, no hacen testamento. Las causas son múltiples, aunque pensamos que el factor determinante proviene de la escasa libertad que la ley concede al testador que deja legitimarios a su muerte, especialmente hijos. Nuestra ley fija una legítima alta cuando hay descendientes, que alcanza a los dos tercios del caudal hereditario. La limitación a la facultad de testar en estos casos es todavía grande, pues sólo permite al testador disponer de un tercio de la herencia. Mayor práctica tiene el testamento en las sucesiones en las que no hay legitimarios, pues en ese campo el testador tiene la más absoluta libertad para disponer el destino de sus bienes para después de su muerte.

No dudamos de que esta práctica adversa al testamento mejoraría si la ley aceptara un régimen de mejoras como el que rigió en nuestro Derecho Histórico. Es decir, estableciendo una legítima larga y dentro de ella una porción sobre la que el testador podría mejorar a sus descendientes. Con esta sola modificación legal, el testamento vendría a ser lo que fue en tiempos históricos: un instrumento para distribuir los bienes —tratándose de descendientes— conforme a las necesidades y particularidades de cada heredero, que lo tornarían en un instrumento de justicia y equidad. Como consecuencia, la función notarial adquiriría una dimensión que, en este supuesto, ahora no la tiene, pese a haberse disminuido las legítimas de los descendientes a dos tercios.

CAPÍTULO II

BASES HISTÓRICAS Y FUNDAMENTO DEL DERECHO DE SUCESIONES

SUMARIO: I. *Bases históricas del Derecho de Sucesiones*. 18. Derecho Romano. Orígenes del Derecho de Sucesiones. 19. Evolución posterior del Derecho de Sucesiones. 20. Rasgos generales de la evolución. 21. Derecho germánico: organización de la propiedad. 22. Orígenes del Derecho Sucesorio germánico. 23. Origen de la sucesión testamentaria. 24. Evolución posterior. 25. Rasgos generales de su evolución. 26. Síntesis comparativa de los sistemas históricos romano y germánico. 27. El elemento cristiano. 28. Derecho anglosajón. II. *Fundamento del Derecho de Sucesiones*. 29. Fundamento del Derecho de Sucesiones: introducción. 30. Fundamento filosófico-jurídico del Derecho de Sucesiones: teoría del Derecho natural y de la creación legal. 31. Fundamento inmediato del Derecho de Sucesiones: presupuesto. 32. Teorías positivas: teoría del reconocimiento de la voluntad del testador, de la copropiedad familiar y del interés colectivo. 33. Teorías negativas: teorías socialistas clásicas y socialistas modernas. 34. Apreciación crítica.

I. BASES HISTÓRICAS DEL DERECHO DE SUCESIONES

18. Derecho Romano: orígenes del Derecho de Sucesiones

La gravitación que las instituciones romanas del Derecho Sucesorio han tenido en las legislaciones modernas ha dado extraordinario interés al estudio del origen y evolución del Derecho Sucesorio Romano. La esencia de la sucesión universal y su antítesis con la sucesión a título particular —ha dicho Ferrara¹— no puede ser entendida y penetrada

¹ *Estudio sobre la sucesión a título universal y particular con especial aplicación a la legislación española*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1923, ps. 321 y ss.

profundamente si no es indagando el concepto de herencia como se ha desarrollado en el Derecho Romano, y que constituye la clave del ordenamiento sucesorio moderno.

Los autores difieren acerca del origen del Derecho Sucesorio Romano. No obstante, pueden reducirse a tres las teorías sobre el particular²:

a) Según una primera teoría, sostenida por Pernice, Lenel, Korosec, Kohler, Wergler, la herencia primitiva debió componerse de una serie de objetos materiales que constituyeron una primitiva comunidad familiar. El *heres suus* devenía señor de los bienes del causante por su participación en la comunidad familiar (el *extraneus* no participaba de ella y sólo llega a *heres* con la toma de posesión de los bienes). El testamento primitivo era un testamento de legados, siendo la institución de heredero en testamento producto de una evolución posterior. Las obligaciones eran en tales tiempos intrasmisibles.

b) Según otra teoría, defendida por Sohm, Jors-Kunkel, Perozzi, Arangio Ruíz, el origen del Derecho Sucesorio Romano estaba en la comunidad familiar, que se disolvía al fallecimiento del *paterfamilias*, dividiéndose en tantas nuevas comunidades cuantos descendientes tenía aquél. El punto de partida —escriben Jors-Kunkel³— de la evolución histórica del Derecho Hereditario debió ser en Roma, como en otros pueblos, la sucesión “legal” de los miembros de la familia del difunto (*sui heredes*). Por el fallecimiento del *paterfamilias*, el poder único que ejercía sobre todos los individuos de la casa se dividía en tantas ramas cuantos eran los descendientes, que a su vez constituían como jefes nuevas familias; pero, al mismo tiempo que la potestad familiar, pasaban a ellos ciertas cargas y derechos ligados a ésta, como eran el deber del culto familiar de los antepasados (*sacra*), las obligaciones de protección respecto de los libertos y clientes y extranjeros, y probablemente también las deudas de las cuales el difunto, como jefe de la casa, respondía.

² ARIAS RAMOS, ob. cit., p. 521; LACRUZ, *Estudios de Derecho Civil*, Barcelona, 1958, p. 569.

³ JÖRS-KUNKEL, *Derecho Privado Romano*, ed. española, Barcelona, 1937, p. 435.

Sólo era posible instituir extraños en defecto de los *sui*; en esos casos la institución suponía una *adoptio in hereditatem*, que se verificaba por medio del testamento comicial; el testamento *per aes et libram*, que surgió después, sólo sirvió para hacer disposiciones singulares. Únicamente cuando se hizo posible instituir arbitrariamente heredero cambió la misión de este testamento.

c) La tesis de Bonfante⁴, a la que se adhirieron Scialoja, Solazzi, Los Pina, etcétera, ha tenido una enorme repercusión, no sólo entre los romanistas italianos, sino de todos los países. Es la única teoría que sirve —como afirma Iglesias⁵— para explicar de modo convincente el misterio de la prehistoria romana, y consecuentemente los diversos principios del Derecho Sucesorio Romano en las épocas siguientes.

Parte Bonfante de la imposibilidad de asimilar el sistema romano al de los otros pueblos arios. La equiparación de la primitiva familia romana —según él— a otro tipo cualquiera de familia es un error, porque ésta se presenta como un hecho aislado y diferente de todo cuanto lo rodea.

La sucesión testamentaria —según este autor— debió preceder históricamente a la sucesión intestada, a través de la designación que hacía el *pater* del heredero en la soberanía del grupo familiar, verdadero germen del testamento. El heredero era sucesor en la potestad soberana del grupo familiar. Coincidiendo con este punto de vista, el *ius civile* consideró como sucesión regular y prevaleciente la testamentaria, según resulta de la misma calificación negativa dada a la sucesión intestada: *successio ab intestato*. En las XII Tablas se dice "*si intestato moritur qui suus heres nec escit adgnatus proximus familiam habeto si adgnatus nec escit gentiles famillias habeto*" (si no hay testamento o *heredes sui*, se confiere a los *adgnatus* o, a falta de éstos, a los *gentiles*).

Con la designación del nuevo jefe —que asumirá la jefatura tras la muerte del *paterfamilias*— se evita la disgregación de la familia. Por el testamento el *paterfamilias* designa de entre los *sui* el más digno para continuar la jefatura política de la familia. La adquisición del *suus* no era el fin directo de la sucesión hereditaria sino la consecuencia

⁴ En varios trabajos, en especial, *Istituzioni di Diritto Romano*, Roma, 1934, p. 543.

⁵ IGLESIAS, ob. cit., p. 571.

y efecto de la transmisión de aquella soberanía. La designación no puede recaer más que sobre un *suus*. Si el *paterfamilias* no tiene entre los *sui* a uno que sea digno para asumir la soberanía del grupo, puede recurrir a la *adrogatio* (que actúa como presupuesto del testamento).

La tesis de Bonfante cuenta también con detractores, como Perozzi⁶ y Arangio Ruiz⁷, quienes objetan, sobre todo, que el elemento de más relieve en la sucesión romana es, no la designación de un heredero como sustituto en la jefatura del grupo familiar, sino la posición de los *sui*, es decir, de los descendientes inmediatamente sujetos a la potestad del *pater*, los cuales son herederos sin necesidad de aceptación.

Los citados Perozzi y Arangio Ruiz y los alemanes Jörs-Kunkel coinciden con Bonfante en la apreciación general de que la primitiva sucesión romana tuvo un carácter familiar, pero se separan de él al estimar que el origen de la *hereditas* romana está, no en la designación que el *pater* hacía del heredero en la potestad soberana del grupo familiar (designación que es germen de la sucesión testamentaria), sino en la sucesión legal de los *sui heredes* con la consiguiente división de la familia.

19. Evolución posterior del Derecho de Sucesiones

Sea cualquiera el origen de la *hereditas* romana, resulta incuestionable que hay que admitir su primitivo sentido familiar, sustituido después por un carácter marcadamente patrimonial.

La transformación de la antigua sucesión de sentido familiar en sucesión marcadamente patrimonial se efectúa en el momento en que se conceden derechos hereditarios a personas que no integraban la casa y que por ello no estaban llamadas a suceder en la potestad doméstica (*heredes extranei*). El deber del culto familiar de los antepasados (*sacra*) y las obligaciones de protección con respecto a los libertos, clientes y extranjeros, se concentran dentro del círculo de las personas integrantes del hogar doméstico y no pasan con la herencia a los herederos extraños (*extranei*). Con todo, la sucesión no perdió

⁶ PEROZZI, *Istituzioni di Diritto Romano*, Roma, 1928, t. II, ps. 452 y ss.

⁷ ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, Napoli, 1941, p. 508.

su carácter personalista, ya que el heredero se colocaba en la propia esfera personal del causante⁸.

Realizada esta interesante transformación, estamos en presencia de la propia herencia romana caracterizada por dos rasgos fundamentales, prueba de la persistencia de los efectos de la antigua sucesión de tipo familiar: a) El principio de la sucesión universal, en cuya virtud el heredero adquiriría bienes hereditarios de una sola vez y en conjunto, y de él es una consecuencia la distinción radical que se hacía entre la herencia (*hereditas*) y la adquisición de objetos singulares por legado (*legatum*). En el sistema romano, a diferencia del germano, todos los bienes del causante están sometidos a un mismo régimen, sin hacer distinción de masas patrimoniales dentro de la universalidad. b) La responsabilidad personal e ilimitada (*ultra vires*) del heredero por razón de las deudas del causante; si bien Justiniano convirtió esa responsabilidad ilimitada en una responsabilidad limitable mediante la creación del beneficio de inventario⁹.

20. Rasgos generales de la evolución

El Derecho Hereditario Romano, al igual que otras secciones del Derecho Romano y acaso más ostensiblemente que ellas, fue sufriendo con el correr de los siglos importantes transformaciones que pueden enmarcarse en tres grandes etapas:

1º) Hubo primitivamente un Derecho Hereditario regulado por el *ius civile*, formalista, rígido, apoyado en las bases de la propiedad quiritaria y de la familia agnaticia presidida por la idea de la *potestas*.

El modo de adquirir la herencia en el *ius civile* variaba según los herederos. Los *heredes sui et necessarii*, que eran las personas sometidas directamente a la potestad del *pater* por vínculo agnaticio, y los *heredes necessarii*, que eran los esclavos del causante instituidos en su testamento, adquirirían la herencia *ipso iure*, en el momento de la muerte del *de cuius*. En cambio, los *heredes extranei*, que eran los *agnados no heredes sui*, necesitaban para adquirir la herencia un acto de aceptación. Para evitar los inconvenientes de la adquisición auto-

⁸ JÖRS-KUNKEL, ob. cit., p. 436.

⁹ CASTÁN, *La dogmática de la herencia y su crisis actual*, Madrid, 1960, p. 20.

mática de los primeros, el pretor concedió a los *heredes sui* el *ius abstinendi*, y a los *heredes necessarii* el *beneficium separationis*.

Todos ellos podían ser instituidos en testamento, dando lugar a la sucesión testamentaria. En defecto de testamento, adquirirían la herencia *ab intestato* (lógicamente esta última forma de adquisición no podía tener lugar para los esclavos).

Ambas formas de designación de heredero, la testamentaria y la *ab intestato*, eran incompatibles entre sí. El título de heredero era testamentario o *ab intestato*, pero no podía ser en parte uno y otro. Esta incompatibilidad se plasmó en la conocida regla *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*.

2º) Siguió después otro período que se prolonga durante toda la época clásica, en el cual se proyecta sobre el Derecho de Sucesiones el dualismo del *ius civile* y del *ius honorarium*, tan característico de todas las instituciones romanas. Al lado del *ius civile*, el pretor moldea con sus disposiciones un Derecho Sucesorio honorario, suavizando formalismos y evitando rigideces.

La herencia del *ius honorarium* es llamada *bonorum possessio*, y consiste en la posesión de las cosas hereditarias concedidas por el pretor a determinadas personas, posesión que unas veces responde a los viejos principios de la familia agnaticia y otras a los nuevos del parentesco cognaticio y del vínculo matrimonial.

Según la opinión dominante —como dice Iglesias¹⁰—, la obra del pretor no tiene por objeto al principio reformar el Derecho Sucesorio del *ius civile*, sino regular la posición de las partes en una controversia hereditaria. La *bonorum possessio* no es sino la adjudicación interina de las cosas hereditarias, a fin de facilitar la instauración del proceso cuando es dudosa o equívoca la situación de hecho sobre la que este mismo ha de centrarse. Importa en tal caso que el pretor designe al que ha de poseer la herencia y ha de ocupar, por tanto, la posición más favorable de demandado. El pretor en esas circunstancias confiere la posesión a aquel que considera como heredero según el *ius civile*, y que si resulta no serlo perderá la *bonorum possessio* ante el ejercicio de la *hereditatis petitio*. Se dice entonces que la *bonorum possessio* es *sine re*.

¹⁰ IGLESIAS, ob. cit., p. 576.

En la época clásica, la función del pretor se hace fundamentalmente correctora, confiriendo los bienes hereditarios a personas que no son herederas conforme al *ius civile*. Para que tal concesión no resulte superflua, el magistrado mantiene la *bonorum possessio* frente a los herederos civiles. Entonces aparece la *bonorum possessio cum re*.

Por eso, al principio, el *bonorum possessor* puro y simple prevalece sobre el heredero civil: la adjudicación de las cosas hereditarias es provisional, *sine re*. Poco a poco muchos casos de *bonorum possessio sine re* se vuelven *cum re*, de tal forma que en el choque entre el heredero civil y el *bonorum possessor* resulta victorioso este último.

3º) Disposiciones de la época imperial preparan la última etapa representada por el Derecho Romano justiniano, en el cual desaparece el dualismo entre el Derecho Civil y el Derecho pretoriano. El Derecho Sucesorio ofrece entonces características similares a las de los ordenamientos modernos que han seguido las huellas romanas.

21. Derecho germánico: organización de la propiedad

La evolución de la propiedad entre los germanos se caracteriza por el tránsito de la propiedad colectiva a la propiedad familiar. Las tierras arables —dice Ellul¹¹— eran sorteadas entre las *sippes* cada año, y el jefe de la *sippe* repartía entre las familias los lotes, que se llamaron *Hufe* o *Sors*.

La propiedad, pues, era colectiva con una tendencia a evolucionar hacia la fijación de zonas de cultivo. Es probable que los territorios atribuidos a cada *sippe* fuesen fijándose poco a poco en manos de éstas, no siendo sometidos a nuevos sorteos cada año, ni a nuevos repartos entre las familias que componían las *sippes*. De este modo fue apareciendo la propiedad familiar. Pero la aparición de la propiedad familiar no borró la propiedad colectiva, sino que subsistió con ella¹².

Las tierras no cultivadas (bosques, páramos) continuaron siendo

¹¹ ELLUL, Jacques, *Historia de las instituciones de la antigüedad*, ed. española, Madrid, 1970, p. 503.

¹² En el siglo I un texto de Tácito —*Moribus germanorum*— nos confirma la coexistencia de la propiedad de la tierra como de la *sippe*, junto con la propiedad familiar que comprendía la casa y el huerto.

completamente colectivas. Recibieron la denominación de *allmend o mark*. Cada uno las utilizaba bajo el control de los demás.

La propiedad familiar estaba constituida por la casa y un trozo de terreno circundante, y se denominó *hof o bool*. Esta forma era ya propiedad privada pero no individual, como lo prueba el hecho de que el jefe de familia no podía enajenar la tierra sin la autorización de todos los miembros de la familia.

Esas dos clases de propiedad —la comunal de pastos y bosques y la de la pequeña familia— coexistieron con posterioridad a la invasión del Imperio Romano.

La propiedad particular entre los germanos no fue precisamente la individual, sino la colectiva de la pequeña familia que forma la comunidad doméstica.

Esta idea de la comunidad doméstica sigue operando aun después de la aparición de la propiedad individual¹³. De ahí que se pueda afirmar que entre los germanos la propiedad nunca llegó a ser completamente individual.

Estas transformaciones de la propiedad entre los germanos están íntimamente relacionadas con el nacimiento y ulterior evolución de sus derechos sucesorios.

22. Orígenes del Derecho Sucesorio germánico

En los Derechos primitivos germánicos no había sucesión ni herencia en sentido propio, sino un simple acrecentamiento entre los miembros de la comunidad. En la época de la propiedad privada de la pequeña familia, el señor de la casa y los hijos formaban una comunidad respecto de los bienes de ella, si bien aquél tiene una posición preeminente de gobierno y disfrute. La muerte de un comunero supone el acrecentamiento de las porciones de los demás. Al morir el padre, los hijos continúan como propietarios, no pudiéndose hablar por ello de herencia. No habiendo hijos el patrimonio revierte a la *sippe*¹⁴.

¹³ En la época de la invasión ya tenía vigencia este tipo de propiedad individual.

¹⁴ En la *Lex Frisiorum*, en vez de la *sippe*, recibe los bienes el Rey.

La herencia en sentido propio nace cuando se estima que el padre es el titular "individual" de los bienes, el propietario único de la fortuna familiar. En esa fase jurídica, que ya tenía vigencia en la época de la invasión, los hijos ya no tienen un derecho actual de comuneros en vida del padre, sino una mera expectativa sucesoria, un derecho expectante a recibir a la muerte del padre la parte de que hubieran sido titulares en la antigua comunidad. Esta expectativa se llama *Wartrecht*, que constituyó la más antigua manifestación de la reserva o legítima germana. Lo analizaremos al estudiar los precedentes de la legítima germana.

23. Origen de la sucesión testamentaria

El testamento surgió en una época histórica muy avanzada. Los visigodos y los burgundios fueron los primeros en utilizarlo hacia el siglo V. El testamento no contenía institución de heredero, sólo servía para disponer de bienes a título singular y siempre dentro de la porción de libre disposición que correspondía al causante.

El origen de la porción de libre disposición (*Freiteil*) lo encuentran los autores en la antigua *Totentil* germánica, que la componían los objetos que se enterraban con el cadáver para servirle en el viaje a la otra vida, según la concepción pagana, y que en la versión cristiana, en vez de servir al cuerpo, acompañaban a su alma en forma de sufragios para facilitarle el ingreso en la vida eterna: es lo que se denominó *Seelteil*.

El heredero sigue determinado necesariamente por el parentesco de sangre: de ahí que la designación de heredero por negocio jurídico sea únicamente posible mediante aquellos negocios —como la adopción— que tienden a crear un vínculo de parentesco, y no a designar directamente un sucesor. La adopción o prohijamiento siempre tuvo un carácter subsidiario, al permitírsele recurrir a ella únicamente a quienes no tenían descendencia.

La institución de heredero testamentario no se admitió en el Derecho germánico hasta la recepción del Derecho Romano. En la práctica jurídica de algunos pueblos germanos —como los longobardos— hay testamentos de tipo romano que llevan la cláusula conformada con

juramento de invariabilidad, de la cual debió derivar —como afirma Lacruz¹⁵— la sucesión contractual, rechazada por el Derecho Romano.

24. Evolución posterior

Aunque no hubo un Derecho germánico único, sino una pluralidad de ordenamientos según los distintos pueblos bárbaros, en ellos se aprecian características comunes debido a que dichos ordenamientos tuvieron un origen común en el Derecho primitivo de los pueblos indogermánicos.

La invasión del Imperio Romano por los bárbaros enfrentó dos ordenamientos jurídicos distintos: el de los bárbaros vencedores y el de los romanos vencidos. Los pueblos bárbaros aplicaron el sistema personalista de las leyes, por lo que cada pueblo mantuvo su propio Derecho: había así un Derecho que regía a los vencedores y otro que regía a los vencidos.

Pero la evolución natural hizo que las interferencias entre uno y otro Derecho fueran cada vez más intensivas. Así se sancionaron cuerpos legales mixtos que se aplicaron tanto a los romanos como a los pueblos bárbaros. Los bárbaros acabaron por asimilar en gran medida la superior cultura jurídica de los romanos, y por ello les rigió fundamentalmente el Derecho Romano prejustiniano (el del Código de Teodosio), mezclado en diversos aspectos con los usos y costumbres germánicas.

Más tarde, durante los siglos XI a XIII, con la recepción del Derecho Romano, se difunde en toda Europa el *Corpus Iuris* de Justiniano. Pero a lo largo de los siglos, pese a la gran influencia romanista, han perdurado y evolucionado ciertas instituciones del Derecho germánico, muchas de las cuales se han incorporado a los códigos modernos.

25. Rasgos generales de su evolución

Para delimitar a grandes rasgos las características principales del Derecho germánico, analizaremos tres aspectos esenciales que marcan sendas diferencias con el Derecho Romano: la carencia de una sucesión

¹⁵ *Derecho de Sucesiones...* cit., p. 24.

general, pues es típico del Derecho germánico la escisión de la sucesión en masas patrimoniales diferentes; el modo de adquisición de la herencia, y la forma como responde el heredero por las deudas del causante:

a) *Masas patrimoniales diferentes.* Característica de la sucesión intestada es la división en masas patrimoniales diferentes, muchas veces gravadas con propias deudas. Se separan así los bienes muebles de los inmuebles, y entre éstos los propios y los adquiridos; además para determinadas especies de muebles hay una sucesión especial. Así, el equipo de guerra o arreos militares (*hereditas errorum*) correspondía al pariente varón más próximo; los objetos de la mujer destinados a los quehaceres domésticos (*gerade*) correspondían al pariente femenino más próximo.

Surge así un Derecho Hereditario sobre patrimonios separados muy distinto del Derecho Sucesorio Romano. De todos modos la sucesión hereditaria germana no es una sucesión de cosas singulares sino de conjuntos patrimoniales. Aunque al heredero sólo se defiera una clase de bienes o una cuota de ellos, éstos pasan a él como una unidad. Por esa razón —dice Planitz¹⁶— el heredero tiene una acción de herencia que está dirigida a la entrega de todo el patrimonio separado que a él le corresponde.

Con la recepción del Derecho Romano esta descomposición del caudal hereditario en patrimonios separados fue debilitándose y se llegó a un sistema de “sucesión general” (el cual, con todo, no fue idéntico al del Derecho Romano).

b) *Modo de adquisición.* La adquisición de la herencia se producía *ipso iure*, en el momento de la muerte del causante (similar a la adquisición de los *sui heredes* y de los *heredes necessarii* romanos). Esta adquisición automática la expresaba el aforismo “el muerto hace heredar al vivo”, *le mort saisit le vif* o *Der Tot erbt den lebendigen*. Por eso, el heredero, aunque sobreviviera un solo instante al causante, trasmite a sus propios herederos la herencia recibida. Consecuentemente, no hay, en principio, herencia yacente, pues no existe intervalo entre la muerte y la adquisición por parte del heredero.

¹⁶ PLANITZ, *Principios de Derecho Privado germánico*, ed. española, Barcelona, 1957, p. 346.

No sólo se adquieren *ipso iure* los derechos hereditarios, sino la posesión de los bienes hereditarios, o sea, la *gewere*. La *gewere* aquí no representa un poder de hecho sobre los bienes, sino un derecho a poseer, que se denomina *gewere ideal*.

c) *Responsabilidad por las deudas*. "El Derecho germánico —dice Binder¹⁷— presumiblemente ha partido de la base de que el heredero no responde en principio por las deudas del causante [...] Posteriormente fue ampliando este estrecho punto de vista. El heredero no debía responder ciertamente con su propio patrimonio por las deudas de su causante, empero sí con los bienes heredados, apareciendo así dichas deudas como un gravamen tácito de la masa de la herencia".

Posteriormente, este principio germánico de la responsabilidad limitada entra en conflicto con la responsabilidad ilimitada pero limitable por el beneficio de inventario del Derecho Romano. "Y bajo la influencia de esta contraposición —prosigue Binder— se desarrolló en los derechos particulares un sistema jurídico especial, que aparece regulado con mucha claridad en el Derecho territorial prusiano: el heredero respondía fundamentalmente sólo con la masa de la herencia; pero debía perder el derecho, derivado de este principio de limitada responsabilidad, de relegar a los acreedores del caudal relicto, si omitía el otorgamiento de un inventario del mismo dentro del plazo que le hubiera fijado el tribunal, a instancia de uno de los acreedores. El derecho al beneficio de inventario romano quedó combinado así con el principio alemán de la responsabilidad limitada". Este sistema vino a ser el que sirvió de base al Código Civil alemán de 1900.

26. Síntesis comparativa de los sistemas históricos romano y germánico

Se han formulado diversas tesis en torno de las diferencias entre los dos grandes sistemas legislativos históricos del Derecho de Sucesiones, el romano y el germánico:

a) La mayoría de los civilistas franceses y los nuestros¹⁸ explican

¹⁷ BINDER, ob. cit., p. 207.

¹⁸ JOSSERAND, Louis, *Derecho Civil*, ed. española, Buenos Aires, 1951, t. III, vol. 2, p. 176; BORDA, *Sucesiones*, 1970, t. I, N° 13.

la contraposición entre uno y otro sistema centrandó el concepto romano de la herencia en la idea de continuación de la persona del difunto por el heredero y el concepto germánico en la idea de sucesión en los bienes, o más sintéticamente, hablando en el primer sistema de sucesión en la persona y en el segundo de sucesión en los bienes.

Las expresiones "sucesión en la persona" y "sucesión en los bienes", referidas respectivamente al Derecho Romano y al germánico, son simplistas e inexactas, pues tanto la *hereditas* romana como la germana registran —como dice Castán¹⁹— elementos personales y patrimoniales. La herencia romana, aunque en sus orígenes pudiese tener un marcado acento personalista, evolucionó considerablemente en un sentido patrimonial. A su vez, la herencia germánica no estuvo exenta de cargas extrapatrimoniales: así ocurrió con el primitivo *Totentheil* o parte del muerto (objetos necesarios para la otra vida, que el heredero debía colocar sobre la tumba del causante), que luego se transformó en *Seelteil* o tesoro del alma (sufragios para el alma, obligación que se atribuyó a la Iglesia actuando en nombre de los herederos), la *Blutrache* o venganza de la sangre, que correspondió en principio a la *sippe* y luego al heredero más próximo, etcétera. Cuando estas primitivas obligaciones desaparecen, subsisten como obligaciones personales ciertas exigencias de continuidad personal que se traducen en funciones de ejecución, administración y liquidación.

b) En la doctrina española, Roca Sastre²⁰ ve la esencia del Derecho Hereditario Romano en la *successio* y la del germánico en la que él llama *adquisitio per universitatem*. En el sistema romano el heredero se subroga en la misma posición jurídica del causante: ocupa su puesto y lugar. Sólo por efecto de la subrogación el heredero se hace titular activo de los derechos del causante y titular pasivo de las deudas u obligaciones de éste, con la sola excepción de los derechos y obligaciones personalísimos. Por tanto, el *heres* primeramente obtiene el título personal de sucesor; en virtud de ese título se subroga en la posición jurídica del de *cuius*; a consecuencia de ésta, el sucesor adquiere los bienes y derechos y asume las deudas y obligaciones.

¹⁹ CASTÁN, *La dogmática...* cit., p. 17.

²⁰ ROCA SASTRE, *Crítica institucional del Código Civil*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, 1940, p. 498.

En el sistema germano el heredero adquiere todo el activo patrimonial del causante, pero con el gravamen de las deudas hereditarias. El heredero no se subroga en la posición jurídica del causante, sino que simplemente adquiere bienes o derechos. No hay, pues, un *succedere in locum*, sino una *acquisitio*, pero esa *acquisitio* es *per universitatem* o sea, que merced a ella el heredero adquiere un conjunto de bienes o derechos en bloque y en virtud de un título jurídico único. El heredero germano adquiere un patrimonio relicto, pero ese patrimonio no está formado por derechos y obligaciones del causante; sólo comprende los primeros; las segundas, es decir, el pasivo, actúan únicamente como una carga del activo.

No consideramos convincente la posición de Roca Sastre, pues la mayoría de la doctrina germana²¹ entiende que las deudas de la herencia son deudas personales del heredero. En el Derecho germánico el heredero también subentra en la posición jurídica del causante; ocupa su puesto y lugar, si bien limitando la responsabilidad por las deudas al caudal hereditario²². En el Derecho moderno germano el heredero puede llegar incluso a responder ilimitadamente por las deudas del causante, al faltar a determinadas prescripciones legales.

c) En la doctrina italiana, Ferrara²³ establece una contraposición entre el concepto romano de herencia y el concepto germano, caracterizando al primero como un concepto más jurídico que económico, que ve en la herencia una unidad abstracta (integrada por todas las relaciones patrimoniales activas y pasivas del difunto), independiente de su contenido material, y al segundo como un concepto empírico y práctico, que concibe la herencia como una suma material de bienes (pueden formar distintas masas), en la que las deudas no forman parte de ella, sino que aparecerían como una carga que debe sufrir el heredero.

La tesis de Ferrara sólo es aceptable con reservas. Por lo pronto, en la herencia romana clásica no se dan esas características, ya que no se consideró como una unidad abstracta, ni las deudas formaron parte de ella. La diferenciación de Ferrara tiene más sentido si la

²¹ BINDER, ob. cit., p. 215.

²² LACRUZ, *Estudio de Derecho Civil* cit., p. 585.

²³ FERRARA, *Estudio sobre la sucesión a título universal y particular* cit., p. 323.

referimos a la herencia del Derecho Romano bizantino. Con todo, tal concepción no deja de ser más que una explicación doctrinal.

Lo que sí resulta cierto es que la herencia romana abarcaba todo el patrimonio del difunto, en tanto que la herencia germánica se podía dividir en distintas masas patrimoniales; existía la posibilidad —que no se daba en el Derecho Romano— de una pluralidad de sucesiones con relación a un mismo causante. Pero esta diferencia más que cualitativa era cuantitativa. La herencia romana abarcaba todo el patrimonio del causante; la herencia germana era plural, correspondiendo a la pluralidad de masas patrimoniales que competían a un mismo causante.

d) Esta diferenciación cuantitativa es marcada en forma novedosa por Binder²⁴, para quien los caracteres entre el Derecho Romano y los Derechos históricos germanos están determinados por la diferente posición adoptada por ambos frente a la propiedad. “El Derecho Romano —dice— conoce solamente una forma de propiedad, que consiste en un señorío absoluto del *paterfamilias* sobre todo el patrimonio sometido a su poder. El Derecho germano, en cambio, no llega a ese concepto de la propiedad unitario y abstracto, no confiando el patrimonio al libre arbitrio del *Hausherr*. Al concepto romano de propiedad corresponde no sólo la unicidad de sucesión, sino también la libertad de testar del causante. A la múltiple caracterización de la propiedad germánica según su fin y destino y a su vinculación a la continuidad familiar, corresponde el distinto ordenamiento sucesorio de las diferentes masas patrimoniales (origen de las llamadas sucesiones especiales) y la ausencia de una sucesión basada en la voluntad del *Hausvater*”. Estos rasgos distintivos generales entre ambos sistemas van a desaparecer con la recepción del Derecho Romano y la posterior evolución hasta la época de la codificación, quedando reducidas las diferencias a las instituciones particulares.

En efecto, con la recepción del Derecho Romano —prosigue Binder— se introduce en Alemania, en su total amplitud, la propiedad individual romana, y por consiguiente la libertad de testar y la sucesión universal. Ello, sin embargo, no lleva a la total anulación del Derecho Sucesorio

²⁴ BINDER, ob. cit., p. 2.

germánico. Ciertamente que el Derecho común ha sido preponderantemente Derecho Romano, pero en los Derechos particulares ha permanecido vivo en buena parte el Derecho Sucesorio germánico.

En una apreciación muy general, la relación entre las dos clases de materia jurídica, es decir, los dos datos históricos con que ha sido concluido el Derecho alemán vigente, puede resumirse así: al Derecho Romano pertenecen los principios más generales del Derecho Sucesorio, la unidad de la sucesión y la libertad de testar. Dentro de ese marco general corresponde preponderantemente la regulación de las instituciones particulares al germánico. En algunas partes de la regulación legal, principalmente de carácter técnico, se hallan figuras jurídicas totalmente nuevas.

27. El elemento cristiano

En la evolución histórica del Derecho Hereditario no se puede prescindir de la influencia del cristianismo, porque modificó en algunos aspectos el Derecho Romano y germánico, mediante una serie de principios morales y religiosos que han sobrevivido a los ordenamientos modernos.

La influencia del cristianismo se verifica principalmente por medio de la doctrina de los padres de la Iglesia y del Derecho Canónico.

A la patristica se debe la defensa de la libertad de disponer. Como señala Lacruz²⁵, frente al principio de indisponibilidad de los bienes por el cabeza de familia (*Hausvater*) que establecen los Derechos germánicos, la Iglesia, proclamando el valor expiatorio y meritorio de la limosna, invita a los fieles a entregar a la hora de la muerte una parte de su patrimonio a obras pías, como una exigencia religiosa y moral que debe ser cumplida libremente.

Al Derecho Canónico se debe la afirmación abstracta de la libertad del querer en cualquier sujeto de derecho. Como aplicación surgió el principio fundamental del Derecho Sucesorio de que "debe cumplirse la voluntad racional del difunto, bajo pecado mortal", *voluntas ratiobnabilis defunctorum sub mortali peccato observari debet*.

²⁵ LACRUZ, *Derecho de Sucesiones...* cit., p. 25.

San Agustín desarrolló la idea de San Jerónimo de que Cristo debe ser considerado como un hijo junto con los demás hijos. Esta idea fue la que abrió el camino a la libertad de disponer de los Derechos germánicos, si bien limitada a una reducida parte de la herencia. Al principio, parece ser que esta parte de libre disposición sólo podía ser destinada a fines piadosos; por eso no se podía hablar propiamente de "libre" disposición. Dentro de esta tónica, esa porción que el causante podía reservarse para fines piadosos era igual a la que correspondía a sus hijos. La Iglesia era considerada como un hijo más. En una época más tardía el causante pudo destinar esa porción libre a los fines que él deseara, pudiéndola desvincular del destino piadoso que antes tenía. Las cuotas variaron según los Derechos locales; una parte *pro capite* (igual que sus hijos), un quinto, un décimo, etcétera²⁶.

Se comprende así que el Derecho Canónico haya facilitado extraordinariamente las formas de los testamentos, luchando contra el excesivo formalismo de ellos como contrario a la ley divina. Siguiendo en esa corriente, admite, en contra del Derecho Romano, delegar a un tercero la facultad de testar. Finalmente, mantiene la validez de las cláusulas del testamento no afectadas por vicios, aun cuando se anule el testamento por desheredación o preterición. El testamento —concluye Lacruz²⁷— viene así a perder la importancia que tenía en el Derecho Romano como negocio jurídico, y queda reducido a un simple medio instrumental que sirve para conservar la libertad de testar.

28. Derecho anglosajón

El sistema anglosajón que hoy rige en la mayoría de los países del *Commonwealth* y en los Estados Unidos de América constituye un sistema original y propio, cuyos orígenes se encuentran en el Derecho germánico y en el Derecho feudal. Comparando el Derecho continental europeo con el Derecho anglosajón, podríamos decir, con Cossio y Corral²⁸, reduciendo la oposición a una fórmula, que el De-

²⁶ BRUNNER, Heinrich, *Historia del Derechos germánico*, Barcelona, 1936, p. 244.

²⁷ LACRUZ, ob. cit., p. 25.

²⁸ *La concepción anglosajona del Derecho*, en *Revista de Derecho Privado*, abril de 1947, ps. 233 y ss.

recho continental es Derecho Romano transformado por la glosa, y el Derecho inglés, Derecho germánico sin deformar por la recepción. La influencia del Derecho feudal, en virtud, sobre todo, de las vinculaciones inmobiliarias (*settlements*), se ha mantenido hasta 1925.

El fenómeno hereditario se concibe como algo estrictamente adquisitivo: sólo es un modo de adquirir que exige previamente el pago de las deudas y cargas sucesorias²⁹. Las personas con derecho a heredar por sucesión intestada son propiamente los *next-of-kin* (parientes próximos), es decir, los herederos de sangre. El testamento es, a su vez, un acto de disposición de bienes que sólo sirve para instituir legatarios.

Dado este aspecto esencial y únicamente adquisitivo, en el Derecho anglosajón no hay herederos en el sentido latino de la palabra: no existe un continuador de las relaciones jurídicas del causante, ni hay adquisición *ipso iure* desde el momento de la muerte del causante, ni se plantea el problema de la responsabilidad ni *ultra* ni *intra vires*, ni existe posesión hereditaria.

Con todo, el Derecho anglosajón no puede prescindir de la problemática que crea la muerte del causante en el complejo de las relaciones jurídicas que éste tuviere. Para resolver esos problemas articula una institución de especial relieve, a cargo del llamado *personal representative*, que actúa como liquidador y administrador.

La misión fundamental del *personal representative* es la liquidación

²⁹ Rheinstein ha señalado que el Derecho Civil de base romana regula el Derecho de Sucesiones en virtud de estimar que la muerte del causante es un hecho que no afecta a la relación crédito y deuda, de manera que ésta subsiste con su nuevo deudor, que es el heredero, colocado en el mismo lugar que el anterior deudor o sujeto pasivo de la relación obligatoria, el causante; afirma que el *common law*, al contrario, considera que el fallecimiento del causante señala el momento oportuno para satisfacer sus deudas y, en general, para extinguir el pasivo de su patrimonio a base de su activo. Si la tradición romanista funda el Derecho Sucesorio en el criterio de que la posición jurídica que ocupaba el causante se mantendrá en lo posible inalterada, a base de colocar en su lugar al heredero; el sistema angloamericano, en cambio, estima que los sucesores no pueden ser más que meros destinatarios del remanente o saldo activo que pueda quedar después de la liquidación de la herencia. Por ello, en el Derecho angloamericano, los bienes del fallecido pasan ante todo a un ejecutor o administrador que tiene la misión de liquidar el patrimonio relicto y de incluir el saldo activo restante a los beneficiarios (RHEINSTEIN, Max, cit. por PUIG BRUTAU, *Fundamentos del Derecho Civil*, Barcelona, 1961, t. V, vol. 1, p. 9).

de la herencia, es decir, reducir a puro activo la fortuna del causante, para lo cual debe inventariar los bienes, pagar las deudas, las cargas y los impuestos sucesorios, no dejando en ella sino un saldo definitivo representado por elementos concretos, inmediatamente disponibles y transmisibles. Este procedimiento de liquidación se efectúa necesariamente con intervención de los tribunales.

El *personal representative* puede ser designado en el testamento; de no ser así el nombramiento es hecho por el tribunal, el cual ordinariamente elige a la persona que mayores derechos tiene sobre el patrimonio.

El heredero no asume las titularidades del causante a la muerte de él, pues entre el causante y el heredero se sitúa el *personal representative*, a modo de intermediario. Aun en el caso de que no haya un *executor* nombrado en el testamento, cuando el juez nombra al *personal representative* lo que se retrotrae a la fecha del fallecimiento es el nombramiento de él. Hasta tanto se produce el nombramiento judicial del *personal representative*, hay un período de vacancia en que los bienes, por un procedimiento de neta influencia feudal, retornan a la Corona, considerada como guardiana de los bienes hereditarios.

La existencia, pues, del *personal representative*, intermediario entre el causante y los herederos, borra el fenómeno de la sucesión hereditaria latina e impide considerar, ni siquiera con el valor de imagen, la continuación de la personalidad del *de cuius* a los herederos³⁰.

II. FUNDAMENTO DEL DERECHO DE SUCESIONES

29. Fundamento del Derecho de Sucesiones: introducción

Los autores modernos en general no tratan el fundamento del De-

³⁰ Dice Espinar Lafuente (*La herencia legal y el testamento*, Barcelona, 1956, p. 104) que en los casos en que el *personal representative* adquiere ante el juez el compromiso de responder personalmente de las deudas, adquiere una posición jurídica casi equivalente a la del heredero del sistema continental o latino. Diferimos de esta apreciación, como en general de las que pretenden ver similitudes entre el *personal representative* inglés y el sucesor universal del sistema latino, porque el primero no adquiere ninguno de los bienes, es un simple *bonorum emptor*.

recho Sucesorio por considerarlo un problema metajurídico, ajeno al Derecho Civil³¹. Compartimos este punto de vista en cuanto al fundamento último o filosófico-jurídico del Derecho de Sucesiones, pero no si lo referimos al fundamento inmediato, que cae dentro del Derecho Civil o al menos está muy vinculado con él.

No obstante lo dicho, vamos a referirnos someramente al fundamento último del Derecho de Sucesiones, según las grandes doctrinas del Derecho natural y de la creación de la ley, para luego analizar a grandes rasgos las teorías que se han formulado sobre su fundamento inmediato.

30. Fundamento filosófico-jurídico del Derecho de Sucesiones: teoría del Derecho natural y de la creación legal

Aparecen como teorías contrapuestas la que funda mediatamente el Derecho de Sucesiones en el Derecho natural y la que lo funda en la ley civil. Veámoslo.

a) *Teoría del Derecho natural*. Dentro de la corriente cristiana del Derecho natural, Santo Tomás de Aquino sostiene que "es de Derecho natural que los padres alleguen riquezas para los hijos y que éstos sean sus herederos"³². Suárez considera igualmente que es de Derecho natural que los hijos sucedan *ab intestato* a los padres³³. Más modernamente, Tapparelli, siguiendo las huellas de Santo Tomás, afirma que el Derecho Sucesorio de los hijos se funda en el Derecho natural, basándose en el amor de los padres que tiende a procurar para los hijos el bien que procuran para sí³⁴.

Esta corriente es recogida por los pontífices romanos en diversas

³¹ Por ejemplo: LACRUZ, *Derecho de Sucesiones...* cit., p. 14; POLACCO, Vittorio, *De las sucesiones*, trad. española de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1950, p. 29.

³² *Summa theológica, supple*, q. 67, art. 1°.

³³ *Tratado de las leyes*, ed. española, Madrid, 1918, t. II, p. 182.

³⁴ TAPPARELLI, Luis, *Ensayo teórico del Derecho natural apoyado en los hechos*, ed. española, Madrid, 1884, t. II, N° 1524, p. 371. Deber del padre —dice— es querer especialísimamente para sus hijos el bien que para sí mismo quiere, y este amor no es sólo semejante en su tendencia, sino poco inferior en su intensidad al amor de sí mismo, pues los hijos forman con el padre una unidad natural, luego debe el padre procurar a sus hijos el bien que procura para sí.

oportunidades. León XIII en la encíclica *Rerum novarum* habla del deber natural del padre de familia de atender a sus hijos y de prepararles los medios para defenderse en la vida. Y esto no lo puede hacer sino poseyendo bienes útiles que pueda transmitir en herencia a sus hijos. Pío XII en la encíclica *Quadragesimo Anno* igualmente afirma que siempre ha de quedar intacto e inviolable el Derecho natural de poseer privadamente y transmitir por medio de la herencia.

Los filósofos de la escuela racionalista del Derecho natural sostienen también el fundamento natural del Derecho de Sucesiones, y son muchos los que extienden el fundamento natural de la sucesión intestada a la sucesión testamentaria. Para Grocio³⁵, el origen de la sucesión testada está unido al *ius disponendi*, facultad característica del derecho de propiedad. Si no existiera la facultad de disponer por testamento, el derecho de propiedad se vería menoscabado. El testamento, en cuanto a sus formas, es una creación del Estado, no así en lo que atañe al fondo, por ser éste de Derecho natural. En sentido similar se manifiestan Locke y Leibniz³⁶.

Los autores franceses de la época de la codificación, en general, encuentran también el fundamento último del Derecho de Sucesiones en el Derecho natural, si bien difieren en el fundamento inmediato. Unos, refiriéndose a la sucesión intestada lo limitan al derecho de los hijos a recibir los bienes de los padres; otros lo extienden a otros grados de parentesco (línea ascendente y limitadamente a la colateral). Todos ellos consideran igualmente como de derecho natural la facultad de testar³⁷.

b) *Teoría de la creación legal*. Sostiene esta teoría que el Derecho Sucesorio se fundamenta, no en el Derecho natural, sino en la ley civil. El Derecho de Sucesiones existe únicamente por la ley del Estado, que es la que crea ese Derecho, y no la ley natural.

En esta corriente milita Montesquieu al afirmar que el orden de las sucesiones depende de los principios del Derecho político y Civil. La ley natural manda a los padres que alimenten a sus hijos, pero no

³⁵ *De iure belli ac pacis*, Libro II, Caps. VI y VII.

³⁶ Leibniz, después de reconocer la facultad de testar como Derecho natural, funda directamente la sucesión en la inmortalidad del alma.

³⁷ Treilhard, Tronchet, Laurent, Troplong, etc.

que éstos sean sus herederos. Es verdad que el orden político o civil pide a menudo que los hijos sucedan a sus padres, pero no siempre lo exige³⁸. Rousseau sostiene igualmente que el fundamento del Derecho de Sucesiones está en la ley civil, proviniendo su existencia de la ley positiva. Propugna que el soberano haga respetar la herencia de padre a hijo y de pariente a pariente, pero no por responder a una ley natural, sino por ser equitativo y útil que los bienes se enajenen lo menos posible en las familias³⁹. Para ambos, lógicamente, el testamento es una creación del legislador, producto del progreso de los pueblos.

Las ideas de Montesquieu y en especial de Rousseau influyeron en la opinión de los hombres de la Revolución Francesa, como Chabot, Simeón, Robespierre, Mirabeau, etcétera.

31. Fundamento inmediato del Derecho de Sucesiones: presupuesto

Antes que nada corresponde aclarar que el derecho de propiedad representa el presupuesto del Derecho de Sucesiones. Aun más, para que exista un Derecho de Sucesiones en el sentido que venimos exponiendo tiene que existir la propiedad privada (no pública), individual (no familiar). Con razón expresa Binder⁴⁰ que no es concebible el Derecho de Sucesiones en el sentido que actualmente se da a esta locución, en un ordenamiento que no reconozca la propiedad individual, o en el cual sólo se reconozca la propiedad del grupo familiar o tribal.

Por esta simple consideración, los autores que niegan la propiedad individual combaten el Derecho de Sucesiones, pues éste no se puede concebir sin aquélla. Igualmente en los ordenamientos jurídicos que han proscrito la propiedad privada, han hecho lo mismo con el Derecho Sucesorio.

Todavía podríamos agregar que las distintas variaciones históricas del Derecho de Sucesiones han estado estrechamente vinculadas con las distintas formas de concebir el derecho de propiedad, que es una

³⁸ *Del espíritu de las leyes*, t. II, Libro XXVI, Cap. VI, p. 199.

³⁹ *Oeuvres complètes*, Hachette, Paris, 1864, t. I, p. 585.

⁴⁰ BINDER, ob. cit., p. 1.

de las bases en que se asienta el ordenamiento social. Por ejemplo, a la concepción de la propiedad en la época feudal correspondió un Derecho de Sucesiones basado en la primogenitura y la masculinidad; a la propiedad de la Revolución Francesa correspondió un Derecho de Sucesiones que imponía un reparto más equitativo de los bienes entre los hijos.

Como hemos dicho, la propiedad individual es un presupuesto del Derecho de Sucesiones, pero ello no implica que el fundamento de aquélla se confunda con el de éste. Son instituciones diferentes, con fundamentos propios cada una. Esto no impide en modo alguno que la propiedad sea presupuesto de la sucesión. Sólo podemos decir impropriadamente que el fundamento de la sucesión está en la propiedad en el sentido que venimos exponiendo, es decir, que el reconocimiento de la propiedad es necesario para admitir la sucesión, porque ésta se basa precisamente en ese reconocimiento.

32. Teorías positivas: teoría del reconocimiento de la voluntad del testador, de la copropiedad familiar y del interés colectivo

Estas teorías son denominadas positivas, porque, a diferencia de las negativas, encuentran un fundamento inmediato al Derecho de Sucesiones. Todas ellas dan sus soluciones dentro del campo del Derecho Civil o del Social y Económico, y es ahí donde encuentran la justificación inmediata del Derecho de Sucesiones.

a) *Teoría del reconocimiento de la voluntad del testador.* Esta teoría enfoca la justificación del Derecho Sucesorio desde el punto de vista del causante, entendiéndolo que la sucesión testada se deriva directamente de la voluntad expresa del difunto, y la intestada se deriva de su voluntad presunta, viniendo a ser esta última como una especie de testamento tácito⁴¹.

Derivar la sucesión testada de la voluntad expresa del testador supone, a nuestro juicio, reconocer a esa voluntad el derecho de disponer de los bienes para después de la muerte. Así como el Derecho positivo reconoce el derecho de propiedad y la facultad de disponer de él por actos entre vivos, al admitir el Derecho de Sucesiones no hace más

⁴¹ CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derechos de Sucesiones*, Madrid, 1969, p. 31.

que reconocer el *ius disponendi* del propietario con efectos para después de su muerte. El reconocimiento de tal facultad es algo que requiere la personalidad del hombre y el derecho de propiedad⁴².

La sucesión intestada encuentra su justificación en la voluntad presunta del causante. La ley, al regular la sucesión intestada, no hace más que reconocer la voluntad presunta del causante, formulada según el uso más general. "La ley, como dice Troplong⁴³, examina aquello que el difunto hubiera hecho si él hubiera tenido tiempo de dictar sus disposiciones últimas, y decide de esa voluntad presumida, según la costumbre de otros padres de familia, conforme a las voces naturales del corazón humano".

Esta teoría fue predominante entre los escritores del siglo XVII, representantes de la llamada escuela racionalista del Derecho natural, y los juristas franceses del siglo XVIII, autores de la codificación, y sigue teniendo en nuestros días gran predicamento, a pesar de las críticas de que ha sido objeto⁴⁴.

b) *Teoría de la copropiedad familiar*. El punto de partida de esta teoría radica en estimar que los bienes de los que usa y disfruta el grupo familiar constituyen una copropiedad, cuyos titulares son los miembros de la comunidad doméstica. Al enfocar la justificación del Derecho Sucesorio desde el punto de vista del interés familiar, pasa a segundo término la consideración de la voluntad del causante. De ahí la mayor importancia que en esta concepción tiene la sucesión legítima respecto de la testamentaria.

Aunque algunos autores pretenden encontrar el origen de esta teoría en la situación de los *sui* del Derecho Romano, que formaban con sus progenitores un *cuasi dominium*, la mayoría entronca el origen con la propiedad colectiva familiar del Derecho germánico histórico.

Miraglia⁴⁵ afirma que la sucesión intestada "tiene su principio en los vínculos de sangre o en el organismo ético de la familia, que se

⁴² Kipp (*Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1951, p. 1), afirma que sin derecho de sucesión la propiedad privada no se hallaría completa; en cuanto a los bienes por nosotros adquiridos no llegaríamos a ser más que usufructuarios vitalicios.

⁴³ *Droit Civil expliqué. Donations entre vifs et testament*, t. I, p. 60.

⁴⁴ Son partidarios de ella Grocio, Puffendorf, Troplong, Savigny, etc.

⁴⁵ *Filosofía del Derecho*, trad. de La España Moderna, Madrid, s/f., t. II, p. 359.

refleja en la comunidad de bienes". Pero este condominio no debe concebirse a la manera romana, en la que cada condómino tiene una *pars* alícuota igual a la de los otros, pues la familia es una sociedad desigual, o sea, compuesta por superiores e inferiores. Miraglia encuentra el fundamento de la sucesión testamentaria en el respeto a la voluntad del causante.

Filomusi-Guelfi⁴⁶ considera como fundamento de la sucesión legítima el concepto ético de propiedad familiar, que no sería ni el propio condominio del Derecho Romano ni la copropiedad del Derecho germánico. En el mismo sentido se manifiesta Coviello⁴⁷.

De Ruggiero⁴⁸ entronca el fundamento de la sucesión legítima al principio de la comunidad doméstica y a un reconocimiento de los derechos o de las legítimas expectativas que durante la comunidad tienen sobre el patrimonio familiar los miembros de la familia.

En la actualidad muchos autores admiten el fundamento familiar del Derecho de Sucesiones, sin necesidad de basarlo en la idea de la copropiedad familiar. Así, Pascual Marín advierte en las orientaciones actuales del Derecho Sucesorio una acentuación del entronque de la sucesión con la familia⁴⁹. Ripert y Boulanger consideran, en sentido similar, que la sucesión es ante todo una institución de orden familiar⁵⁰.

c) *Teoría del interés general*. Esta teoría —como dice Bettini⁵¹— encuentra la justificación del Derecho de Sucesiones en el interés general (político, o económico). El Derecho Sucesorio cuando está convenientemente regulado beneficia a la sociedad, pues la posibilidad que tienen los individuos de transmitir sus bienes los incita poderosamente al trabajo y al ahorro, produciendo y aumentando la riqueza. El Derecho Sucesorio es así un factor de progreso económico. Sin él desaparecería el estimulante necesario de la vida económica y se re-

⁴⁶ *Diritto ereditario*, Roma, 1909, t. I, p. 3.

⁴⁷ *Successioni*, Napoli, 1935, t. II, p. 34.

⁴⁸ *Instituciones del Derecho Civil*, ed. española, Madrid, s/f, t. II, vol. 2, p. 320.

⁴⁹ *Manual de introducción a la ciencia del Derecho*, Barcelona, 1959, p. 528.

⁵⁰ *Tratado de Derecho Civil*, trad. de García Daireaux, Buenos Aires, 1965, t. X, vol. I, p. 15.

⁵¹ BETTINI, Antonio B., *Fundamento del Derecho de Sucesiones*, en L. L. 125-936.

sentiría la riqueza pública, porque, cubiertas las necesidades propias, nadie tendría interés alguno en el trabajo y consiguiente aumento de la producción. La sucesión por causa de muerte responde -dicen en sentido similar Díaz-Picazo y Gullón⁵²- a una necesidad social que se encuentra en la necesidad de la seguridad, que exige la continuación de las relaciones jurídicas que tenía el causante.

La utilidad, centrada en el interés de la sociedad, debe presidir para esta teoría el Derecho Sucesorio. Ese mismo interés puede llevar a respetar los afectos del propietario hacia sus parientes y su libertad de disposición por medio del testamento.

33. Teorías negativas: teorías socialistas clásicas y socialistas modernas

Dentro de estas teorías socialistas cabe distinguir dos posiciones, una extrema, que corresponde a las teorías socialistas clásicas, y otra moderada, que corresponde a las teorías socialistas modernas. Veámoslas.

a) *Teorías socialistas clásicas.* Los socialistas clásicos, enemigos de la propiedad privada, combaten, como es lógico, el Derecho de Sucesiones. Niegan la herencia por las mismas razones que niegan la propiedad. "La propiedad, según Proudhon⁵³, es un robo. En su forma actual solamente una parte ínfima se origina en el trabajo, proviniendo su mayor parte del Derecho Sucesorio, de las rentas injustificadas, de la ilegítima apropiación capitalista al emplear para la explotación de sus bienes el trabajo de los obreros y recompensarlo por medio de un salario que deja de pagar una cierta cantidad de trabajo. El capital y la propiedad serían así acumulación del trabajo robado. De ahí que la propiedad privada debe ser abolida y por consecuencia también la sucesión y especialmente el testamento".

La herencia, para los sostenedores de estas teorías, repugna a la justicia, porque origina desigualdades económicas y sociales entre los individuos, que si bien pueden explicarse y admitirse cuando son re-

⁵² DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, 2001, vol. IV, p. 297.

⁵³ Cit. por BETTINI, p. 965.

sultado de sus distintas aptitudes y capacidad de trabajo, no se justifican cuando provienen de la acción de otros hombres, y sin intervención alguna de los llamados sucesores o herederos.

Lassalle⁵⁴ se opone al Derecho de Sucesiones, basándose no ya en argumentos económicos sino jurídicos. A su juicio, el Derecho de Sucesiones se funda en dos ideas anticuadas: la absurda continuación de la voluntad del muerto y la copropiedad aristocrática de los bienes de la familia romana. Afirma al respecto que el principio filosófico de la inmortalidad del alma es la fuente del testamento romano: es la necesidad de la continuación de los *sacra*, de que alguien continúe la voluntad del difunto. El testamento romano aparece así como un aspecto necesario del espíritu romano. La desaparición del espíritu romano ha despojado, para este autor, al testamento de todo sentido, porque después de muerto el testador ya no puede tener voluntad y por tanto no puede tampoco formar un vínculo jurídico. De ahí que se impone su abolición. Abolido el testamento, debe desaparecer asimismo la sucesión *ab intestato*, pues no reconocida la voluntad expresa, menos puede aceptarse la voluntad tácita individual.

b) *Teorías socialistas modernas*. Los socialistas modernos se limitan; por lo general, a negar el Derecho de Sucesiones con respecto a la tierra y a los medios de producción, reconociéndolo para los bienes de consumo y de goce, cuya propiedad admiten⁵⁵.

34. Apreciación crítica

Las tesis expuestas referidas al fundamento inmediato del Derecho de Sucesiones se centran en aspectos parciales, si bien valederos; pero resultan insuficientes para explicar el fundamento del Derecho de Sucesiones en su integridad.

En nuestra opinión, las teorías positivas marcan los diferentes aspectos que sirven de base al fundamento inmediato del Derecho de

⁵⁴ Cit. por CASTÁN, p. 30.

⁵⁵ Polacco (ob. cit., p. 29), dice en el mismo sentido que "la sucesión hereditaria en sí y por sí ya no es blanco de las saetas disparadas por el socialismo. Lo que éste pide hoy día es la socialización del suelo y de los medios de producción; deja lugar en cuanto a lo demás, esto es, en cuanto a los bienes de consumo y de goce, a la propiedad individual y por tanto también a su transmisión por causa de muerte".

Sucesiones, siendo conveniente a estos efectos distinguir la sucesión testamentaria y la intestada.

La sucesión testamentaria tiene su justificación en el respeto a la voluntad del causante, y en especial en el reconocimiento del *ius disponendi*, para que surta efectos después de su muerte. Ahora bien, esta voluntad no es omnimoda, pues la ley normalmente le pone límites en virtud de la institución de las legítimas. El interés familiar está presente en la institución de las legítimas, que marca un límite a la facultad de testar.

La sucesión intestada tiene su justificación en el respeto a la voluntad presunta del causante. Esa presunta voluntad implica un reconocimiento al orden natural de los afectos. Circunscribiéndonos a la pequeña familia, formada por padre, hijos y hermanos que viven o han vivido bajo un mismo techo, cabe hablar de un orden natural de afectos del causante, basado en la idea aristotélica de que el cariño en primer lugar desciende, luego asciende y por último se colateraliza. En este orden natural de los afectos debe tener un lugar preferente el cónyuge, como uno de los pilares de la pequeña familia. Por eso, en principio, las legislaciones reconocen como primeros destinatarios de la herencia a los descendientes; si éstos no existen, los bienes hereditarios van a los ascendientes, y, en su defecto, a los colaterales, poniendo generalmente como tope el cuarto grado. El cónyuge como pilar de la pequeña familia recibe herencia, ya plasmada en nuestro Derecho en bienes sucesorios, ya en usufructos sobre determinada porción de bienes, como sucede en otras legislaciones como la española.

Quienes niegan que la sucesión intestada se base en la presunta voluntad del causante dicen que éste puede no haber hecho testamento, no porque quisiera ajustarse a la regulación de la ley, sino por muchas causas accidentales que le hayan impedido testar, indecisión, desconocimiento de la proximidad de la muerte, enfermedad grave, etcétera. En todos esos casos puede ocurrir que la regulación legal no corresponda para nada a la que habría sido su voluntad. Se agrega que en los casos de falta de edad y en especial de perturbación de las facultades mentales no se puede hablar de una voluntad válida para el Derecho. La consecuencia a que llegan es que cuando la ley llama a suceder no interpreta la voluntad del causante sino que la suplanta, que la

sustituye. A esto hay que contestar —como dice Polacco⁵⁶— que cuando se habla de la presunta voluntad del causante, no se entiende que caso por caso el legislador se haga siempre su portavoz, sino que se toma al hombre medio con el orden natural de los afectos y sobre él se regula la vocación de los llamados a suceder.

Ahora bien, ese orden natural de los afectos se quiebra en algunos casos en nuestra legislación a partir de la ley 23.264, cuyos principios acepta el nuevo Código: nos referimos al supuesto de que existan grupos de parientes legítimos e ilegítimos en la línea colateral. El afecto no existe, por lo general, entre los hermanos legítimos y los extramatrimoniales, y a la inversa y con mayor motivo, tampoco entre los descendientes de unos y otros. Si tratamos de buscar un fundamento a la vocación de esos nuevos herederos, no encontraríamos más que un vínculo biológico —consanguinidad en línea colateral—, tan insuficiente y tan alejado de los fundamentos de afecto que deben justificar el derecho a heredar en la sucesión intestada.

Este reconocimiento del orden natural de los afectos lleva consigo la protección del interés familiar, incluyendo en la familia no sólo los unidos por vínculos biológicos sino por vínculos adoptivos. Además, la protección de las legítimas, cuando el causante hubiese hecho donaciones excesivas, reafirma la presencia de ese interés familiar.

En todo el fenómeno sucesorio, tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada, está latente también el interés social, no sólo porque se protege al individuo y a la familia, sino porque el Estado resulta beneficiado en un doble sentido: uno abstracto, representado por el estímulo que el Derecho Sucesorio representa para el trabajo y la producción; otro concreto, representado por el impuesto sucesorio. No obstante, cabe consignar que, en sentido contrario al aspecto concreto indicado, hay una tendencia a suprimir ese impuesto, que se plasma en muchas de nuestras legislaciones provinciales. En España sucede lo mismo en algunas autonomías. Ídem en el Derecho soviético.

Consideramos, en fin, que el Derecho de Sucesiones es una institución conveniente y necesaria, siempre que se conjuguen armoniosamente las exigencias individuales, familiares y sociales.

⁵⁶ POLACCO, ob. cit., p. 36.

Es prueba elocuente de la conveniencia de la sucesión para el Estado la evolución que han sufrido, en general, las legislaciones socialistas, que si bien en un principio negaron radicalmente el Derecho Sucesorio, lo admitieron después y lo ampliaron en sucesivas reformas⁵⁷.

⁵⁷ El Derecho soviético empezó negando la posibilidad de la herencia (decreto del 17-4-1918). En 1922 el Código Civil la admitió tanto en su modalidad legal como testamentaria. El límite máximo de 10.000 rublos que imponía a la herencia el art. 416 del citado Código, fue suprimido el 22-1-1926 por una ordenanza del Comité Central Ejecutivo de la Unión. Después de la Constitución de 1936, que proclama en su artículo 10 que el derecho a suceder en la propiedad personal de los ciudadanos está salvaguardado por la ley, las leyes del 14 de marzo y 19 de junio de 1945 han reforzado radicalmente el Derecho de Sucesiones. El Código Civil del año 2001, que entró en vigencia en marzo de 2002, ha puesto al Derecho soviético a la altura de los códigos europeos más avanzados: consideramos que en su redacción tuvo gran influencia el Código Civil alemán.

CAPÍTULO III

LEY QUE RIGE LAS SUCESIONES. PROCESO SUCESORIO. JUEZ COMPETENTE Y FUERO DE ATRACCIÓN

SUMARIO: I. *Ley que rige el Derecho de Sucesiones*. 35. Planteo. 36. Sistemas en el Derecho Internacional Privado. 37. Sistema argentino anterior a la sanción del nuevo Código: teorías. 38.A) Teoría de la unidad de la sucesión. 39.B) Teoría pluralista. 40.C) Teoría mixta. 41. Sistema argentino en el nuevo Código Civil y Comercial. 42. Las legítimas, ¿suponen una excepción a la ley del domicilio? 43. Leyes fiscales. 44. Tratados de Montevideo. 45. Legislación comparada. II. *Proceso sucesorio*. 46. Proceso sucesorio: concepto. 47. Caracteres. 48. Etapas del proceso sucesorio. 49. Clases de procesos sucesorios: introducción. 50.A) Proceso sucesorio intestado. 51.B) Proceso sucesorio testamentario. 52.C) Proceso sucesorio mixto. 53. Requisitos para la apertura del proceso. 54. Quiénes son parte legítima para iniciar el proceso sucesorio. 55. Medidas de seguridad. 56. Simplificación de los procedimientos. 57. Personas que intervienen en el proceso sucesorio. III. *Juez competente*. 58. Juez competente: supuestos. 59. Caso en que haya un solo heredero. 60. Determinación del domicilio. 61. Acumulación de diferentes procesos sucesorios de un mismo causante, iniciados en una misma jurisdicción. 62. El escrito inicial y la regulación de honorarios. 63. Acumulación de diferentes procesos sucesorios de un mismo causante, iniciados en diferentes jurisdicciones. 64. Acumulación de diferentes procesos sucesorios de distintos causantes. IV. *Fuero de atracción*. 65. Fuero de atracción: concepto y caracteres. 66. Fundamento. 67. Supuestos de actuación del fuero de atracción. 68. Acciones no atraídas por el sucesorio.

I. LEY QUE RIGE EL DERECHO DE SUCESIONES

35. Planteo

La determinación de la ley o de las leyes que deben regir el fenómeno sucesorio es un problema que pertenece al ámbito del Derecho Internacional Privado. Por eso, nos limitaremos a reseñar los sistemas

principales admitidos por la doctrina internacionalista, con sus correspondientes repercusiones legislativas, y a exponer brevemente el sistema positivo argentino¹. El nuevo Código Civil y Comercial sitúa el tema al final del Código, en el Libro Sexto (arts. 2643 a 2648).

36. Sistemas en el Derecho Internacional Privado

Tres sistemas principales se destacan al respecto:

A) *Sistema de la unidad sucesoria*. Dentro de este sistema analizaremos los siguientes aspectos:

a) *Concepto*. El sistema de la unidad de la sucesión implica que una sola ley determina la forma y las personas a las cuales se ha de transmitir el patrimonio. Esto no quiere decir que haya de ser un solo juez el que aplique esa ley única, pues ella puede ser aplicada por los jueces de los lugares donde estén situados los bienes. Sin embargo —como dice Vico²—, lo más común es que los sistemas que adoptan la unidad de la ley consagren también la universalidad del juicio sucesorio sometiéndolo a un solo juez.

Esa ley única no puede ser otra que la ley personal del causante, ya sea la de su nacionalidad o la de su domicilio. Para los países de inmigración, como el nuestro, la ley personal es la ley del último domicilio del causante³.

b) *Fundamento*. El sistema de la unidad de sucesión se apoya en

¹ VICO, Carlos, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 1961, t. II, ps. 12 y ss.; ROMERO DEL PRADO, Víctor N., *Derecho Internacional Privado*, Córdoba, 1961, t. II, p. 409; ALCORTA, Amancio, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 1927, t. II, p. 377; SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano*, Madrid, 1879, t. VI, p. 288; SIMÓ SANTOJA, Vicente L., *Derecho Sucesorio Comparado*, Madrid, 1968, ps. 169 y ss.; GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*.

² Ob. cit., p. 12.

³ En cambio, no podría ser ley única de la situación de los bienes, porque solamente habría una ley cuando todos los bienes estuviesen situados en el mismo país, y no cuando estuviesen en países diferentes. Tampoco podría ser la ley personal de los herederos, porque existiendo varios herederos éstos podrían pertenecer a distinta nacionalidad o tener domicilios en diferentes países a la muerte del causante.

los siguientes argumentos: 1) Lo que se trasmite por sucesión es el patrimonio, entendido como un todo ideal independiente de los elementos que lo componen; a ese patrimonio, por ser un objeto ideal, no podría asignársele un *locus rei sitæ*. La sucesión debe ser única, como lo era el patrimonio del causante. El sistema de la unidad de la sucesión viene así a concordar con la naturaleza jurídica del patrimonio. 2) Las leyes sucesorias pertenecen a los estatutos personales, pues tienen por objeto la persona y sólo se ocupan de los bienes accesoriamente. No se sucede en los bienes sino en la persona⁴. 3) El derecho de sucesión consiste en la transmisión del derecho del difunto a otras personas, lo cual constituye una manifestación del poder de voluntad del hombre, más allá del término de la vida. Esta voluntad continúa obrando unas veces expresamente (sucesión testamentaria), otras tácitamente (sucesión *ab intestato*). La sucesión *ab intestato* descansa en la voluntad presunta del causante. Se concibe muy bien que esta presunción varíe según diversas legislaciones, pero no se concebiría que en un caso dado se presuman en el difunto diferentes voluntades para las diversas partes de sus bienes. Por ejemplo, que haya querido tener respecto de su casa otro heredero que respecto de su finca rústica, cuando no haya hecho aclaración expresa de ello por testamento. 4) El sistema de la unidad, que lleva a la aplicación de la ley extranjera, no afecta a la soberanía nacional, aunque se trate de inmuebles. Una cosa es el régimen de la organización de la propiedad y otra quiénes tienen derecho a ella. Cuando no se perjudique el principio político y económico con arreglo al cual se organiza la propiedad, nada impedirá que el extranjero o el domiciliado fuera del país suceda en los bienes que le pertenecen con arreglo a la ley de su nacionalidad o de su domicilio, sin más excepción que cuando esa ley extranjera ofenda el orden público del país de la situación de los bienes. 5) El sistema de la pluralidad dificulta la resolución de las cuestiones relativas a la equitativa repartición de las deudas de la herencia, cuando las personas llamadas a suceder son diversas según los países. En la obligación de colación y en el derecho de acrecer el sistema pluralista puede acarrear también graves dificultades⁵.

⁴ SAVIGNY, ob. cit., p. 288.

⁵ FIORE cit. por ROMERO DEL PRADO, ob. cit., p. 415.

B) *Sistema del fraccionamiento o la pluralidad sucesoria*. Igualmente distinguiremos aquí los siguientes aspectos:

a) *Concepto*. Este sistema hace regir la transmisión sucesoria por la ley del lugar de situación de los bienes. Habrá, pues, tantas leyes como países en que existan bienes pertenecientes al patrimonio del causante. En este sistema se consideran las cosas como principal y la persona como accesoria; por eso no se hace distinción entre bienes muebles e inmuebles, aplicándose a todos la ley del lugar en que están al momento de la muerte del causante.

b) *Fundamento*. Los sostenedores del sistema de la pluralidad esgrimen los siguientes argumentos, contrapuestos a la teoría unitaria: 1) La concepción del patrimonio como objeto ideal, que forma una *universitas iuris* independiente de los elementos que la componen, se considera superada en el Derecho moderno. La herencia no es una *universitas iuris*, sino un conglomerado de elementos que no tiene otro vínculo común que el de haber pertenecido a un mismo sujeto. Sobre el derecho que se tiene sobre esos elementos no existe un superderecho, ideal y abstracto, puesto que las leyes no reconocen efecto alguno a esa entidad imaginaria. 2) No es cierto que las leyes sucesorias tengan por objeto la persona y sólo se ocupen accesoriamente de los bienes. Los aspectos patrimoniales de la sucesión, como son la adquisición de los bienes y la responsabilidad por las deudas del causante, ocupan un lugar preeminente. No se puede decir que en el Derecho de Sucesiones, que es un Derecho eminentemente patrimonial, lo más importante sea la persona y los bienes lo accesorio. 3) Se acepta que la sucesión intestada se funda en buena medida en la presunta voluntad del causante, pero este principio no es absoluto, pues la institución de la legítima supone precisamente una valla al libre arbitrio del testador, que a veces, en casos concretos, se erige como principio que se contrapone a su misma voluntad. Además resulta aceptable que cada Derecho positivo regule la sucesión intestada conforme a las presunciones que le parezcan más apropiadas a las relaciones de familia, pero ese principio sólo puede pretender tener vigencia dentro de la ley del lugar en que están los bienes del causante. Si el causante quiere dar un destino diferente a los bienes, siempre tendrá el remedio del

testamento. No es exacto —dice Alcorta⁶— que las sucesiones dependan de la voluntad del hombre. No domina en el régimen de las sucesiones dicha voluntad, como no domina en el régimen de los contratos. La voluntad no hace la ley, sino que al contrario se amolda a los principios establecidos por ella, teniendo en vista razones de alto interés social. 4) Toda ley de sucesión es una ley política, que interesa al orden público. El Derecho Privado en materia de sucesión responde a la realidad político-social de los Estados en determinado momento histórico; Quintana expresó, en el congreso de Montevideo, en este sentido, que “según que el gobierno es de privilegio o democrático, la idea de monopolio o de la igualdad domina en las leyes sucesorias. Todas aparecen, en un grado más o menos remarcable, como instrumento del que el legislador se sirve para hacer predominar tal o cual principio de organización social o política. Hay, por consiguiente, un positivo interés público en que la ley propia rija toda sucesión acerca de los bienes situados dentro de cada país”. Este orden se acepta no sólo al organizar la propiedad, sino al determinar los órdenes sucesorios, las concurrencias, las exclusiones, etcétera. 5) Los problemas que puedan surgir en la repartición de las deudas, la colación o el derecho de acrecer —perfectamente superables⁷— se compensan por la mayor facilidad en el trámite en el sistema pluralista, pues se evita tener que liquidar los bienes manejándolos desde largas distancias. 6) Siendo la sucesión un título traslativo de dominio de los bienes que componen el acervo hereditario, constituye un derecho real que debe gobernarse por la misma ley que regula todos los derechos reales; estando los derechos reales regidos por la ley de situación de los bienes, esa misma ley tiene que regir las sucesiones. 7) El derecho del Fisco a las sucesiones vacantes dentro del país, basado sobre el dominio eminente del Estado, es un nuevo fundamento en favor de la territorialidad de la ley de las sucesiones, pues ese derecho importaría un verdadero despojo del Fisco del país del fallecido, si la herencia hubiera sido discernida con arreglo a la ley personal del causante⁸.

⁶ Ob. cit., p. 377.

⁷ Ver los arts. 46 y ss. del Tratado de Montevideo.

⁸ QUINTANA, Actas del Congreso de Montevideo, ps. 418 y ss.

C) *Sistema mixto*. Distinguiremos los siguientes aspectos, al igual que hemos hecho precedentemente.

a) *Concepto*. Entre los sistemas de la unidad y pluralidad de sucesiones se han estructurado concepciones mixtas. Según éstas se aplica a los inmuebles la ley del lugar de su situación y a los muebles la ley personal del causante, que puede ser la nacional o la domiciliaria.

b) *Fundamento*. El fundamento de esta teoría se halla en la distinta naturaleza de los bienes que pueden formar el acervo hereditario, siendo de aplicación los respectivos argumentos que hemos expuesto en las teorías anteriores.

37. Sistema argentino anterior a la sanción del nuevo Código: teorías

Por la trascendencia del problema enunciaremos brevemente las teorías que se defendieron en nuestro Derecho, que nos servirán para entender mejor las normas del nuevo Código, que surgieron como reacción al sistema que nos regía.

Aparentemente el sistema argentino se enrolaba en el sistema unitario de la ley del domicilio, al decir en el artículo 3283 que "El derecho de sucesión al patrimonio del difunto, es regido por el derecho local del domicilio que el difunto tenía a su muerte, sean los sucesores nacionales o extranjeros".

Peró he aquí que las notas de los artículos 3283 y 3598, así como los artículos 10 y 11 del Código Civil de Vélez, introdujeron excepciones tan importantes que convirtieron la pretendida regla del artículo 3283 en excepción.

Ante este panorama legislativo confuso los autores encontraron diferentes interpretaciones, que dieron lugar, principalmente, a tres teorías.

38.A) Teoría de la unidad de la sucesión

Este sistema responde a la concepción del patrimonio como *universitas iuris*, recogida en materia de sucesiones en el artículo 3281. El artículo 10 no regía en materia de sucesiones, porque —según esta

teoría— se refería a una especie determinada de bienes, no a la universalidad de la cual pueden formar parte. En otros términos, el artículo 10 consideraba los inmuebles *ut singuli*, y el artículo 3283 como integrantes de la *universitas iuris*. De ahí que los sostenedores de esta teoría no veían en el artículo 10 una excepción al principio contenido en el artículo 3283, como tampoco veían excepción alguna en el artículo 11, en lo relativo a los muebles de situación permanente, que también se excluían del régimen del artículo 3283, por ser considerados igualmente *ut singuli*.

Esta teoría ha sido sostenida por la gran mayoría de nuestros traductores de Derecho Internacional Privado⁹. Excepcionalmente la han apoyado algunos civilistas¹⁰.

La presente teoría reconoce excepciones que no desvirtúan el carácter general de la regla. Son éstas:

1) *Existencia de herederos extranjeros y argentinos*. Según el artículo 3470: "En el caso de división de una misma sucesión entre herederos extranjeros y argentinos o extranjeros domiciliados en el Estado, estos últimos tomarán de los bienes situados en la República una porción igual al valor de los bienes situados en país extranjero de que ellos fuesen excluidos por cualquier título que sea, en virtud de leyes o costumbres locales". La norma, como se ve, contenía un criterio territorialista, que busca evitar el posible perjuicio a los herederos argentinos o extranjeros domiciliados en la Argentina, cuando las leyes extranjeras los priven de bienes hereditarios. Los autores que sostienen la teoría de la unidad aceptan unánimemente esta excepción.

2) *Algunos autores admiten también la excepción de las legítimas*. Calandrelli¹¹ dice que la excepción al principio de la personalidad, aplicado por el artículo 3283, se encontraba en la institución legislada

⁹ VICO, ob. cit., ps. 24 y ss.; ROMERO DEL PRADO, ob. cit., ps. 413 y ss.; ARGÚAS, Margarita y LAZCANO, Carlos, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 1926, p. 227; CALANDRELLI, Alcides, *El régimen de las sucesiones según la legislación y jurisprudencia argentina*, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1924, t. II, p. 277; GODSCHMIDT, ob. cit., p. 593.

¹⁰ RÉBORA, Juan Carlos, *Derecho de Sucesiones*, Buenos Aires, 1932, t. II, p. 550.

¹¹ Ob. cit., p. 312.

en los artículos 3591 y 3592 y en la disposición del artículo 3598 que, al declarar sin valor las restricciones, gravámenes o condiciones impuestos por el testador a las porciones legítimas establecidas en los cinco artículos 3593 a 3597, limitaba la autonomía de la voluntad que gobierna la sucesión testamentaria.

39.B) Teoría pluralista

Esta teoría aplica a cada bien relicto, ya sea mueble o inmueble, la ley de la situación. Habrá tantos procesos sucesorios como países en que estén situados esos bienes. Este sistema —dice Werner Goldschmidt¹²— es poco frecuente, pero se encuentra en los Tratados de Montevideo que siguen el sistema absoluto del fraccionamiento.

40.C) Teoría mixta

La teoría mixta aplica la ley del domicilio (posición unitaria) y la ley de situación de los bienes (posición pluralista). Ésta es la posición defendida por los civilistas y por algún internacionalista. Es, por otra parte, la que tiene el apoyo casi unánime de nuestros tribunales.

Esta teoría admite dos variantes: una restringida que incluye en la ley de situación de los bienes sólo a los inmuebles, y otra amplia que incluye en la ley de situación de los bienes, los inmuebles y los muebles de situación permanente. Veamos:

A) *Tesis restringida*. Esta tesis —sostenida por Fornieles¹³— parte esencialmente de la distinción entre bienes muebles e inmuebles, sometiendo a los primeros a la ley del domicilio y a los segundos a la ley de la situación.

El Código —según este autor— sentaba en el artículo 3283 la doctrina de la unidad y consagraba el domicilio como estatuto de la persona. La unidad es, pues, la regla. Pero esta regla tiene importantes excepciones, que ponen en tela de juicio precisamente el carácter de regla frente a esas excepciones. Esas excepciones serían las siguientes:

1) *Bienes inmuebles*. La primera excepción tiene lugar cuando se

¹² Ob. cit., p. 580.

¹³ FORNIELES, *Tratado de las sucesiones* cit., t. I, N° 37.

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

El artículo se refería, dentro de la generalidad de sus términos, a la transmisión sucesoria de los inmuebles en cuanto disponía que la *lex rei sitæ* rige los modos de transferirlos. En el artículo 2524, inciso 6º, la sucesión aparecía como uno de los modos de adquirir el dominio. Y agregaba que el título a una propiedad raíz sólo puede ser adquirido o transferido conforme a las leyes de la República. La sucesión es igualmente título para transferir. Ya dijimos que la sucesión es a la vez título y modo. Que el Codificador quiso excluir de la regla del artículo 3283 a la transmisión sucesoria de los inmuebles es algo que cae fuera de la duda ante la sola lectura de la nota al artículo 3283, en la que se decía expresamente que "puede llamarse una excepción a este principio general, lo que está dispuesto respecto a la transmisión de los bienes raíces que forman parte del territorio del Estado, y cuyo título debe ser siempre transferido en conformidad a las leyes de la República, artículo 10 de este Código".

2) *Caso en que haya herederos extranjeros y argentinos.* El artículo 3470, ya transcrito, preveía el supuesto de que una misma sucesión se divida entre extranjeros y argentinos (o extranjeros domiciliados en el país, que se equiparan a los argentinos). Estos últimos tomarán de los bienes situados en el país el equivalente de los que fueran excluidos por las leyes extranjeras. Este artículo, de carácter territorialista, constituía otra excepción al principio del artículo 3283, pues abarcaba tanto a bienes muebles como inmuebles. Representaba, pues, en materia de inmuebles un caso más de aplicación de la ley territorial.

B) *Tesis amplia.* La particularidad de esta variante está en que en materia de bienes muebles se distingue entre bienes muebles que tienen situación permanente y los que el propietario lleva consigo o que son de su uso personal, aplicando a los primeros la ley de situación, y a

los segundos la ley del domicilio. Dicho en otros términos, consideraba que el artículo 11 era de aplicación en materia sucesoria.

Según esta tesis —defendida por la mayoría de los civilistas¹⁴—, el pretendido principio contenido en el artículo 3283 no es tal, pues las excepciones son tantas que la regla general queda convertida en excepción. El Derecho de Sucesiones se regiría así por el principio de la situación de los bienes, salvo contadas excepciones en las que entraría a jugar la ley del último domicilio del causante.

El artículo 11 —según esta tesis— determinaba que los bienes muebles que tienen situación permanente se deben regir por las leyes del lugar en que están situados. Sus sostenedores entendieron que si se admite que el Derecho Sucesorio de los inmuebles se rija por la ley territorial, a igual conclusión hay que llegar respecto de los muebles de situación permanente. Los artículos 10 y 11 se referían a las leyes que deben regir las relaciones que gobiernan los inmuebles y muebles, respectivamente. Ambos artículos comenzaban utilizando la misma construcción de frases, y si bien el artículo 11 no especifica las circunstancias aclarativas que contiene el artículo 10, es porque resulta innecesario, pues éstas se sobreentienden en el segundo. Pretender que el primero rija las transmisiones sucesorias, y no el segundo, era algo que no surgía del análisis de estas normas.

La jurisprudencia, en muchas oportunidades, ha admitido esta teoría distinguiendo los bienes muebles de situación permanente y los de uso personal. Sin embargo, no podemos decir que se haya trazado una línea definitiva, ante las vacilaciones de los pronunciamientos judiciales. Se ha tratado de caracterizar la categoría diciendo que para determinar si un bien mueble tiene situación permanente en la República debe atenderse a la intención de su titular, la cual puede ser inferida de la naturaleza de aquél, de las condiciones y circunstancias en que se le ha dado ubicación, y de la norma como se ha comportado a su respecto¹⁵. Así, las alhajas que el causante llevaba consigo al

¹⁴ LAFAILLE, Héctor, *Curso de Derecho Civil. Sucesiones*, Buenos Aires, 1932, Nº 68 y ss.; BORDA, ob. cit., Nº 47; ZANNONI, *Derecho de Sucesiones*, Buenos Aires, 1970, p. 134.

¹⁵ CCiv. 1º Cap., sala I, 30-12-41, J. A. 1942-1-716.

momento de su muerte están sometidas a la ley del domicilio de ese causante¹⁶. En el mismo sentido se ha considerado que los depósitos bancarios, de dinero en cuenta corriente, a plazo fijo, en cajas de ahorro existentes a nombre del causante, no revisten el carácter de permanentes a que se refería el artículo 11 y su transmisión se rige por la ley del domicilio del causante¹⁷.

En cambio, los valores y acciones emitidos por sociedades extranjeras radicadas en el exterior, se rigen por las leyes del país en que están situadas, aunque la sociedad que respecto de ellas se desempeña como fiduciaria o mandataria tenga su domicilio en el país¹⁸. Igualmente debe ser reputado bien mueble de situación permanente el crédito garantizado con hipoteca sobre un inmueble situado en la República¹⁹; no así el crédito quirografario resultante de haber pagado como fiador una deuda contraída por el afianzado en el extranjero²⁰. En el mismo sentido, las rentas provenientes del arrendamiento de un inmueble, en su calidad de créditos, deben considerarse de situación permanente²¹. En estos últimos casos la aplicación del artículo 11 ha obligado a la iniciación del juicio sucesorio en el país.

41. Sistema argentino en el nuevo Código Civil y Comercial

A) *Jurisdicción*. El nuevo Código sitúa las normas de Derecho Internacional Privado en el último libro: Libro Sexto, Título IV, Capítulo 3, Sección 9ª. Los temas de Derecho Sucesorio abarcan los artículos 2643 al 2648.

El artículo 2643 dice así: "*Jurisdicción*. Son competentes para entender en la sucesión por causa de muerte, los jueces del último domicilio del causante o los del lugar de situación de los bienes inmuebles en el país respecto de éstos".

Los jueces que pueden entender en la sucesión por causa de muerte

¹⁶ CCiv. 1ª Cap., 30-9-56, L. L. 4-162.

¹⁷ CCiv. 1ª Cap., sala II, 17-7-31, J. A. 36-253.

¹⁸ CNCiv., sala D, 22-12-57, L. L. 90-447.

¹⁹ CFed. de La Plata, 15-12-64, J. A. 1965-3-433.

²⁰ CCiv. 1ª Cap., sala I, 30-12-41, J. A. 1942-I-716.

²¹ ZANNONI, ob. cit., p. 127.

son los del país del último domicilio del causante o los del país de situación de los bienes inmuebles.

Jurisdicción no es lo mismo que competencia, aunque son conceptos relacionados. La competencia es la medida de la facultad jurisdiccional de los jueces de un determinado Estado. Los Estados determinan la "competencia" en su Derecho interno y los jueces la cumplen dentro del territorio de su Estado²².

Los jueces competentes dentro del país para entender en el juicio sucesorio son, según el artículo 2336, los del último domicilio del causante, sin perjuicio —dice el artículo— de lo dispuesto en la Sección 9ª, Capítulo 3, Título IV, del Libro Sexto.

B) *Ley aplicable*. El artículo 2644 regula la ley aplicable en la materia de sucesiones. Dice así: "*Derecho aplicable*. La sucesión por causa de muerte se rige por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento. Respecto de los bienes inmuebles situados en el país, se aplica el Derecho argentino".

El nuevo Código, influenciado por la idea de la *universitas* que veía en la herencia un todo ideal, ha consagrado en este artículo el sistema de la unidad, haciendo regir el Derecho de Sucesiones por la ley del último domicilio del causante.

Esta ley no se aplica respecto de los bienes inmuebles situados en el territorio del Estado argentino, para los cuales siempre rige la ley argentina. La norma resulta de especial interés cuando el causante, con bienes inmuebles en el país, tiene su domicilio al tiempo de su muerte en un país extranjero. Aquí se aplica la ley argentina, y por eso los herederos, sean o no extranjeros, tienen necesariamente que iniciar el juicio sucesorio ante el juez competente argentino. Si el causante tiene bienes inmuebles en otros países, no se aplica la ley argentina respecto de ellos. Si ese causante tiene bienes muebles en el país, por muy valiosos que sean, tampoco se aplica la ley argentina.

Para delimitar el amplio campo que rige la ley del último domicilio del causante, basta citar, a título ejemplificativo, algunos supuestos:

²² ROMERO DEL PRADO, *Derecho Internacional Privado* cit., t. III, p. 280.

a) El orden de suceder, o sea, la determinación de las personas que son llamadas por ley.

b) La determinación de los que son excluidos por indignidad, de conformidad con las causales de la institución.

c) La cuantía de los derechos sucesorios; por ejemplo, la cuantía que corresponde al cónyuge cuando concurre con otros herederos, los hermanos de doble vínculo y de vínculo simple, etcétera.

d) Los derechos y obligaciones entre coherederos, por ejemplo, el derecho de evicción o el de colación.

e) La validez intrínseca de las disposiciones de última voluntad. Por ejemplo, la admisión o no de una sustitución fideicomisaria.

Ahora bien, esta ley del domicilio no se aplica en lo referente a la sucesión de inmuebles situados en el país; para ello se aplica la ley argentina.

42. Las legítimas, ¿suponen una excepción a la ley del domicilio?

Cabe preguntarse si la norma contenida en el artículo 2644, referente a la ley del domicilio, admite la excepción de las legítimas, que es una institución de derecho imperativo en nuestro país. El tema sólo tiene interés cuando las legítimas son violadas a través de gravámenes impuestos por el testador, o a través de disposiciones testamentarias que no cubren la legítima de alguno de los legitimarios o como consecuencia de donaciones inoficiosas.

Por ejemplo, un testador inglés, con domicilio en Inglaterra, donde existe libertad de testar, dispone en el testamento de todos sus bienes a favor de un hijo, no dejándoles nada a los otros dos hijos. Entre sus bienes está una estancia en la Provincia de Buenos Aires. Los hijos o alguno de ellos tendrán que iniciar el juicio sucesorio, respecto del inmueble situado en Argentina. Los dos hijos a quienes el testador inglés no les dejó nada, podrían iniciar la acción de reducción sobre la estancia, para salvar sus legítimas. Obviamente para ello tendrán que probar ante el juez argentino la muerte del causante, el caudal neto hereditario y el monto faltante de su legítima.

Del ejemplo se puede deducir nuestra posición. En principio, no

existe una excepción a la ley del domicilio respecto a las legítimas. Pero si hay bienes inmuebles en el país, rige la ley argentina. En el ejemplo dado, los dos hijos pueden ejercer la acción de reducción sobre el inmueble, hasta cubrir el monto de sus legítimas violadas. Esto es así porque hay un inmueble en nuestro país al que hay que aplicar la ley argentina. Pero si el causante, en vez de dejar una estancia, dejara sólo ganado, pese a haberse violado las legítimas, no se puede ejercer la acción de reducción contra el ganado, porque ese ganado es una cosa mueble; al no ser inmuebles, rige la ley del último domicilio del causante, que no es la argentina, sino la inglesa.

En síntesis, las legítimas no constituyen una excepción más a la ley del domicilio del causante, sino que pueden llegar a defenderse cuando cabe ejercer la acción de reducción respecto de inmuebles situados en el país, sobre los cuales rige la ley argentina. El problema se resuelve por aplicación de nuestra ley, sin que se pueda decir, a nuestro juicio, que las legítimas constituyen una verdadera excepción a la ley del domicilio.

43. Leyes fiscales

Las leyes fiscales en materia sucesoria son territorialistas. Nadie discute la facultad de cada Estado para gravar con impuestos cualquier clase de bienes que estén en su territorio, sean muebles o inmuebles. Es un derecho de contribución que forma parte de la soberanía; como dice Fornieles²³.

44. Tratados de Montevideo

El Congreso de Derecho Internacional celebrado en el año 1888 en Montevideo adoptó el sistema de la pluralidad absoluta. Lo acordado en el Congreso fue objeto del tratado de 1889, firmado por cinco países: Argentina, Uruguay, Perú, Bolivia y Paraguay, de tal forma que dicho tratado —ratificado por las correspondientes leyes de los Estados signatarios— es ley para esos Estados.

En el año 1940 tuvo lugar el segundo tratado de Montevideo, en el que se hicieron algunas modificaciones al de 1889.

²³ Ob. cit., N° 37.

Las normas del Derecho Sucesorio están contenidas en los artículos 44 a 50 (la numeración coincide en ambos tratados), que transcribimos a continuación.

Según el artículo 44 del tratado de 1889: "La ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate, rige la forma del testamento. Ello no obstante, el testamento otorgado por acto público en cualquiera de los Estados contratantes será admitido en todos los demás". El artículo 44 del tratado de 1940 sustituyó la expresión "testamento otorgado por acto público" por "testamento abierto o cerrado otorgado por acto solemne". Es decir, el segundo tratado amplió el campo de aplicación de la ley de los Estados signatarios al testamento cerrado. El nuevo Código ha suprimido la figura del testamento cerrado.

El artículo 45 determinó las materias del Derecho de Sucesiones que se habían de regir por la ley territorial. Dice así: "La misma ley de la situación rige: a) la capacidad para testar; b) la del heredero o legatario para suceder; c) la validez y efectos del testamento; d) los títulos y derechos hereditarios de los parientes y del cónyuge supérstite; e) la existencia y proporción de las legítimas; f) la existencia y monto de los bienes reservables; g) en suma, todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria". El artículo 45 del tratado de 1940 suprimió el inciso a, por entender que la capacidad para celebrar un acto no puede quedar sometida a la ley de situación de los bienes, sino a la del domicilio. También se suprimió el inciso d, por razones de técnica jurídica, ya que la enunciación de los parientes y del cónyuge supérstite resultaba incompleta. Por último, con respecto al inciso f, se cambió la expresión "bienes reservables" por "bienes disponibles", por considerar que la primera expresión encerraba un error de interpretación.

Los artículos 46 a 50 son consecuencia de los principios generales que contienen los dos anteriores. El tratado de 1940 no los modificó, con excepción de un último párrafo que se agregó al artículo 48²⁴.

²⁴ Transcribimos estos artículos, con la modificación del artículo 48. Art. 46: "Las deudas que deben ser satisfechas en algunos de los Estados contratantes, gozarán de preferencia sobre los bienes existentes al tiempo de la muerte del causante". Art. 47: "Si dichos bienes no alcanzaren para la cancelación de las deudas mencionadas, los acreedores cobrarán un saldo proporcionalmente sobre los bienes dejados en otros

Por último, cabe recordar que los tratados internacionales tienen en la constitución vigente un valor supralegal (art. 75, CN).

45. Legislación comparada

En la legislación comparada se dan tres sistemas: el unitario, el territorialista y el mixto:

a) Siguen el sistema unitario, rigiendo la sucesión por la ley de la nacionalidad del causante en el momento de su muerte: Alemania (art. 24, ley de introducción al Cód. Civ.), España (art. 9º, Nº 8, Cód. Civ.), Portugal (art. 62, Cód. Civ.), Italia (art. 23, disposiciones preliminares al Cód. Civ.), Grecia (art. 28, Cód. Civ.), Polonia (art. 28, ley del 2-8-1926), Suecia (arts. 1º y 2º, ley del 5-3-1937), Checoslovaquia (arts. 40 a 43, ley del 11-3-1948), Albania (art. 7º, ley de introducción al Cód. Civil), Perú (art. 8º, Cód. Civ.).

Adoptan la ley del domicilio, entre otras, las legislaciones de los siguientes países: Dinamarca, Noruega, Brasil (art. 10, ley de introducción al Cód. Civ.), Nicaragua (art. 939, Cód. Civ.), El Salvador (art. 956, Cód. Civ.).

b) El sistema de la territorialidad estricta lo adoptan los siguientes países: Méjico (art. 14, Cód. Civ.), Panamá (art. 631, Cód. Civ.), Uruguay (art. 2400, Cód. Civ.), Venezuela (art. 10, Cód. Civ.).

c) Por último, entre las legislaciones que rigen los bienes inmuebles por la ley de la situación y los muebles por la ley nacional del difunto,

lugares, sin perjuicio del preferente derecho a los acreedores locales". Art. 48: "Cuando las deudas deban ser canceladas en algún lugar en que el causante no haya dejado bienes, los acreedores exigirán su pago proporcionalmente sobre los bienes dejados en otros lugares, con la misma salvedad establecida en el artículo precedente. Los créditos con garantía real quedan exentos de lo dispuesto en este artículo y en los dos anteriores". Art. 49: "Los legados de bienes determinados por su género y que no tuvieren lugar designado para su pago se rigen por la ley del domicilio del testador al tiempo de su muerte; se harán efectivos sobre los bienes que deje en dicho domicilio, y en defecto de ellos o por su saldo, se pagarán proporcionalmente en todos los demás bienes del causante". Art. 50: "La obligación de colacionar se rige por la ley de la sucesión en que ella sea exigida. Si la colación consiste en algún bien raíz o mueble, se limitará a la sucesión de que ese bien dependa. Cuando consista en alguna suma de dinero, se repartirá entre todas las sucesiones a que concurra el heredero que deba la colación proporcionalmente a su haber en cada una de ellas".

se encuentran las de los siguientes países: Austria (art. 300, Cód. Civ.), Bolivia (art. 3º, Cód. Civ.).

Los países en que los inmuebles se rigen por la ley de situación y los muebles por la ley del domicilio del causante, son los siguientes, entre otros: Bélgica (art. 3º, Cód. Civ., en 10 referente a inmuebles; la regla de los muebles es jurisprudencial), Francia (art. 3º, Cód. Civ.; íd., Bélgica), Chile (arts. 955 y 16, Cód. Civ.), Colombia (arts. 1012 y 20, Cód. Civ.), Costa Rica (art. 4º, Cód. Civ.), Ecuador (arts. 1017 y 15, Cód. Civ.). En general los Estados Unidos de América.

II. PROCESO SUCESORIO

46. Proceso sucesorio: concepto

El proceso sucesorio es un procedimiento que tiene por fin la distribución del haber líquido hereditario entre los herederos o beneficiarios, según lo que determine el testamento o en su defecto la ley, previa aprobación judicial del testamento o previo reconocimiento de la calidad de herederos *ab intestato*.

Entendemos que el fin del procedimiento sucesorio, en principio, es la distribución del haber líquido hereditario, lo que presupone la determinación del activo y la del pasivo; una vez pagadas las deudas se procede a esa distribución. Naturalmente que todas estas operaciones requieren la previa aprobación judicial del testamento, o, en su defecto, el reconocimiento de la calidad de herederos. Existiendo testamento puede suceder que no exista institución de herederos, en cuyo caso este proceso tendrá por fin realizar la distribución entre los beneficiarios, que podrán ser legatarios o destinatarios de cargos impuestos a éstos.

En forma similar, Graciela Medina considera que el verdadero objeto del proceso sucesorio es la distribución de los bienes del causante y no la determinación de los sucesores, pero lo cierto es que, tal como está legislado en nuestro Derecho procedimental, en el proceso sucesorio *ab intestato*, previo a la distribución de los bienes se identifica a los herederos, y en el proceso testamentario, se aprueba formalmente el testamento²⁵.

²⁵ MEDINA, Graciela, *Proceso sucesorio*, Santa Fe, 1996, t. I, p. 25.

En el caso de heredero único, más que de distribución habría que hablar de atribución judicial de la herencia, sin que eso signifique variación de los fines normales del proceso sucesorio.

El artículo 2335 del nuevo Código expresa: "El proceso sucesorio tiene por objeto identificar a los sucesores, determinar el contenido de la herencia, cobrar los créditos, pagar las deudas, legados y cargas, rendir cuentas y entregar los bienes". Esta minuciosidad innecesaria contenida en la norma reproduce textualmente el artículo 776 del Código Civil de Quebec, que curiosamente no se refiere al proceso sucesorio sino a la liquidación de la herencia. El artículo 2335 omite algo que es fundamental: la resolución judicial que declara herederos (es más que la simple identificación) o que aprueba formalmente el testamento.

En determinadas circunstancias —si todos los herederos fueren capaces y hubiere conformidad entre ellos— el Código Procesal Civil de la Nación permite que una vez aprobado el testamento o dictada la declaratoria de herederos, los trámites ulteriores puedan continuar extrajudicialmente. El artículo 698, 1ª parte dice: "*Sucesión extrajudicial*. Aprobado el testamento o dictada la declaratoria de herederos, en su caso, si todos los herederos fueran capaces y, a juicio del juez, no mediare disconformidad fundada en razones atendibles, los ulteriores trámites del procedimiento sucesorio continuarán extrajudicialmente a cargo del o de los profesionales intervinientes". En ese caso, el fin enunciado de distribución del haber líquido hereditario entre los herederos o beneficiarios se consigue fuera del ámbito judicial, circunscribiéndose entonces la actuación judicial a la aprobación del testamento o, en defecto de testamento, al reconocimiento de la calidad de herederos.

47. Caracteres

Los caracteres del proceso sucesorio son los siguientes:

a) Es un proceso voluntario, por contraposición al contradictorio, puesto que no requiere un pronunciamiento judicial que decida la litis. El proceso sucesorio no está destinado a resolver ninguna controversia sino a dar certeza a determinadas situaciones jurídicas, tales como la calidad de herederos, la composición del patrimonio, la deducción de las deudas, la partición del caudal neto.

No obstante, en la etapa de inventario, avalúo y partición, el proceso puede tornarse contencioso cuando media conflicto de intereses. Las normas del mismo proceso sucesorio están previendo la posible contienda cuando se cita a las partes para la formación de inventario, el cual puede ser impugnado; cuando se hace el avalúo que también puede ser impugnado; cuando se presenta al sucesorio la adjudicación de bienes hereditarios, etcétera. La misma declaratoria de herederos puede ser impugnada si contiene herederos aparentes o si excluye de ella a herederos reales. Estas cuestiones se tramitan por la vía incidental o, incluso, por el juicio sumario. Pero estos problemas controvertidos no le hacen perder al proceso sucesorio su carácter de voluntario, porque el fin normal de éste no es dirimir controversias.

b) Es un proceso universal, porque tiene por objeto la distribución de la totalidad de un patrimonio. En este proceso, por ser universal, el juez tiene competencia para resolver todas las cuestiones que se susciten entre los herederos o entre éstos y terceros, que se vinculen a la vocación hereditaria o a los bienes dejados por el causante. Una de las consecuencias de esta universalidad es el fuero de atracción, al cual luego nos referiremos²⁶.

48. Etapas del proceso sucesorio

El proceso sucesorio encierra normalmente tres etapas: a) apertura del proceso sucesorio; b) declaratoria de herederos o aprobación del testamento; c) operaciones periciales de inventario, avalúo, división, partición y adjudicación²⁷. Paralelamente, desde la apertura del proceso hasta la adjudicación coexiste el problema de la administración judicial.

En el presente capítulo estudiaremos la primera etapa, es decir, la referente a la apertura del proceso con todos los problemas conexos. La etapa de la declaratoria de herederos y de la aprobación del tes-

²⁶ Conforme a su contenido —dice Jesús Cuadrao— los procesos se clasifican en singulares y universales. En los primeros se trata del interés de una o más personas con relación a una acción o cosa determinada; en los segundos en virtud del fuero de atracción, se ventila a un mismo tiempo diferentes acciones pertenecientes a diversas personas para la liquidación y distribución de un activo común (*Código Procesal Civil de la Nación*, Buenos Aires, 1969, p. 751).

²⁷ CORNEJO, Raúl J., *El proceso sucesorio*, Buenos Aires, 1977, p. 9.

tamento la analizaremos en el Capítulo XI, referente a la investidura de heredero. La tercera y última etapa la desarrollaremos en el Capítulo XV, atinente a la partición de la herencia. El problema de la administración de la herencia, en fin, será estudiado en el Capítulo XIV, referente a la comunidad hereditaria.

Todos estos temas de procedimiento se analizarán conectando las normas del nuevo Código con las del Código Procesal Civil de la Nación.

49. Clases de procesos sucesorios: introducción

El proceso sucesorio puede tener como base la sucesión intestada o la sucesión testamentaria. El trámite es muy similar, puesto que el fin del proceso en ambos casos es la distribución del remanente líquido, previo reconocimiento del título (testamento o ley) en que se funda la vocación. No obstante, existen leves variantes que permiten hablar —con cierta impropiedad— de imprimir al sucesorio el trámite de la sucesión *ab intestato* o de la sucesión testamentaria.

La principal diferencia radica en que en la sucesión testamentaria basta la comprobación de la validez de las formas extrínsecas del testamento. En el caso del testamento ológrafo se requiere, además, como trámite previo, la protocolización. En la sucesión intestada, en cambio, se debe probar el vínculo con el causante.

Otra diferencia surge de la exigencia de la publicación de edictos, exigida en la sucesión intestada en todos los casos, y no en la sucesión testamentaria (salvo que se desconozca el domicilio de los herederos). Esta diferencia —que surge del Código Procesal Civil de la Nación, artículo 699— carece de razón de ser, porque aun existiendo testamento debe citarse por edictos a todos los que se consideren con derecho a la sucesión, como herederos, legatarios, acreedores, etcétera, ya que el testamento puede ser falso o nulo. En este último sentido se pronuncia Fernández²⁸. Es más, pensamos que dada la trascendencia del problema de esta omisión legislativa, los jueces, de conformidad con las facultades que le confiere el artículo 34, N° 5, inciso b, *in fine*, del CPCCN, deben ordenar siem-

²⁸ FERNÁNDEZ, Raymundo L., *Código de Procedimiento Civil y Comercial comentado*, Buenos Aires, 1955, t. I, p. 526.

pre la publicación de edictos en las sucesiones testamentarias. Hay Códigos Procesales que ordenan dicha publicación sin distinguir entre la sucesión testamentada e intestada, como el de la Provincia de Mendoza, en cuyo artículo 318, inciso 3º, se establece que en el auto de apertura del proceso sucesorio se dispondrá la publicación edictal a todos los interesados desconocidos o de ignorado domicilio cinco veces en un mes.

Pues bien, con estos reducidos límites, cabe decir que existen dos clases de procesos sucesorios: el testamentario y el intestado. Juzgamos que se puede hablar también de un tercer proceso sucesorio, el mixto, en el cual se contiene el trámite de una sucesión parcialmente testamentaria y de una intestada en el resto del patrimonio del causante.

Estos procesos los expondremos sintéticamente en los parágrafos siguientes.

50.A) Proceso sucesorio intestado

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se limita, en su esfera propia de actuación, a determinar el trámite que hay que imprimir al juicio sucesorio, según sea la sucesión intestada o testamentaria. Remarcamos que la diferencia radica principalmente en que en el proceso intestado se exige siempre la notificación edictal para que tomen conocimiento del proceso los que se consideren con derechos sobre los bienes hereditarios, en tanto que en el proceso testamentario, en principio, resulta innecesaria esa publicación edictal. Veamos:

a) *Supuestos en que proceden.* El artículo 699 del CPCCN encabeza las disposiciones del Capítulo II, *Sucesiones "ab intestato"*. Dice, en su párrafo 1º, 1ª parte: "Cuando el causante no hubiere testado o el testamento no contuviere institución de heredero, en la providencia de apertura del proceso sucesorio, el juez dispondrá la citación de todos los que se consideraren con derecho a los bienes dejados por el causante, para que dentro del plazo de treinta días lo acrediten". La norma prevé estos dos supuestos:

1) Cuando no hubiere testamento. Éste es el único caso en que se abre plenamente la sucesión intestada, tramitándose el correspondiente proceso intestado.

2) Cuando el testamento no contuviere institución de heredero. En este segundo supuesto, por existir testamento se deben cumplimentar los trámites del juicio sucesorio testamentario, y además las publicaciones edictales que impone la ley procesal en el juicio intestado. Lo analizaremos después.

Cabe agregar que también procede la sucesión intestada cuando el testamento es ineficaz, ya sea por nulidad, por caducidad o por revocación.

Difícilmente puede haber sucesión intestada por renuncia del heredero testamentario después de iniciado el proceso sucesorio, pues éste implica la aceptación del heredero.

El artículo 2340, párrafo 1º, en forma similar, dispone: "Si no hay testamento, o éste no dispone de la totalidad de los bienes, el interesado debe expresar si el derecho que pretende es exclusivo o si concurren otros herederos".

b) *Citación de los interesados*. Los presentantes deben denunciar, si tienen conocimiento de ello, la existencia de otros herederos y sus domicilios. A los presentantes les bastará con acreditar su propia vocación, no teniendo obligación de probar la vocación de los demás.

El artículo 699, párrafo 2º, dispone las dos formas de notificación:

"1º La notificación por cédula, oficio o exhorto a los herederos denunciados en el expediente que tuvieren domicilio conocido en el país". La notificación debe efectuarse solamente por cédula. La referencia al oficio o exhorto quedó derogada por la ley 22.172, que estableció que en los casos en que el heredero denunciado se domicilia en extraña jurisdicción, se debe cursar cédula en los términos de la ley 22.172, quedando sin efecto la utilización por exhorto u oficio.

Del texto transcrito surge que si se denuncia la existencia de un heredero domiciliado fuera del país, no es obligatoria la citación, a no ser que de las circunstancias del expediente se infiera que se tiene conocimiento del domicilio del heredero denunciado. En ese caso la citación debe cursarse por medio de exhorto. En cambio, si no se conoce su domicilio, corresponde que se dicte declaratoria de herederos sin que el heredero denunciado sea citado al proceso²⁹.

"2º. La publicación de edictos por tres días en el Boletín Oficial

²⁹ MEDINA, ob. cit., p. 203.

y en otro diario del lugar del juicio, salvo que el monto del haber hereditario no excediere, *prima facie*, de la cantidad máxima que correspondiere para la inscripción del bien de familia, en cuyo caso sólo se publicarán en el Boletín Oficial. Si el haber sobrepasare, en definitiva, la suma precedentemente indicada, se ordenarán las publicaciones que correspondan”.

La citación edictal es el medio adecuado para citar a las personas de domicilio desconocido. El precepto subordina la publicación en el otro diario a que el haber hereditario exceda el valor que correspondiere para la inscripción del bien de familia; pero resulta que, con posterioridad a la sanción de este artículo, el decreto 2080/80 (reglamentario de la ley 17.801) eliminó el valor máximo para la constitución del inmueble en bien de familia. De ahí la indirecta inaplicabilidad de la norma procesal. Algunos tribunales han adoptado como criterio práctico exigir la publicación en el otro diario cuando el causante ha dejado más de un inmueble. Pensamos, no obstante, que debe tenerse por vigente la doble publicidad (en el Boletín Oficial y otro diario), por cuanto el citado decreto no puede suprimir esa publicidad determinada por ley.

Dejamos aclarado, por último, que la incomparecencia del heredero citado por cualquier medio impide que se lo incluya en la declaratoria de heredero, sin que sea necesario designar defensor oficial.

El nuevo Código se refiere a la notificación en el artículo 2340, párrafo 2° que dice: “Justificado el fallecimiento, se notifica a los herederos denunciados en el expediente, y se dispone la citación de herederos, acreedores y de todos los que se consideren con derecho a los bienes dejados por el causante, por edicto publicado un día en el diario de publicaciones oficiales, para que lo acrediten dentro de los treinta días”. Entendemos que la mayor exigencia contenida en el Código Procesal, por tratarse precisamente de un problema procesal, debe quedar vigente.

51.B) Proceso sucesorio testamentario

Cuando el causante ha dejado testamento que abarca todos sus bienes, procede imprimir el trámite del proceso testamentario:

- a) *Supuestos en que procede.* En todo caso, el solicitante deberá

acompañar el testamento o indicar el lugar en que se halla (art. 689, párr. 2º, CPCCN). Cuando el testamento es por escritura pública, el trámite busca en forma directa su aprobación formal, en tanto que el testamento ológrafo requiere un trámite previo, el de la protocolización.

b) *Citación*. Presentado el testamento (o su protocolización), el juez dispondrá la notificación personal de los herederos instituidos, de los demás beneficiarios y del albacea, para que se presenten dentro de los treinta días (art. 707, párr. 1º, CPCCN). El medio normal es la notificación por cédula.

Si se ignorase el domicilio de las personas mencionadas, se procederá en la forma dispuesta en el artículo 145 del Código de forma. Este artículo se refiere a la notificación por edictos; el artículo 146 regla la publicación de esos edictos, y el artículo 147 la forma de los edictos.

La diferencia con el proceso intestado en materia de notificación es manifiesta: en el proceso intestado la notificación edictal debe efectuarse siempre; en cambio, en el trámite testamentario, sólo se notifica por edicto si las personas instituidas fueran de domicilio desconocido.

El cumplimiento de los requisitos para la apertura del proceso testamentario como del proceso intestado lo realizaremos en el número subsiguiente.

52.C) Proceso sucesorio mixto

El artículo 699 del CPCCN prevé un supuesto de proceso sucesorio mixto, cuando el testamento no contuviere institución de heredero. Decimos mixto porque se tramita como sucesión testamentaria por existir testamento (art. 704) y como sucesión intestada por imponerlo así el artículo 699.

La jurisprudencia ha aceptado este punto de vista. Así ha declarado: "si el testamento carece de institución de heredero y de su texto no resulta que un determinado campo haya sido objeto del legado, la transmisión de ese campo se rige por las reglas de la sucesión intestada"³⁰.

Ahora bien, el simple hecho de que el testamento no contenga institución de heredero, no implica necesariamente que se abra la sucesión intestada que prevé el Código Civil, pues puede suceder que

³⁰ J. A. 30-73.

ese testamento —sin institución de heredero— agote el caudal relicto a través de los legados.

Entonces, cabe preguntarse: ¿por qué la ley procesal se refiere al testamento que no contiene institución de heredero para exigir las publicaciones edictales, propias de la sucesión intestada? Simplemente porque ese supuesto abre importantes posibilidades a la existencia de bienes no comprendidos en los legados particulares. Si esos bienes llegan a existir, evidentemente se abrirá la sucesión intestada.

La sola posibilidad de que pueda existir, al final, un remanente hace procedente la apertura del proceso *ab intestato*. La jurisprudencia ha aceptado esta postura declarando que “la sola posibilidad de que pueda existir un remanente que, de acuerdo a las cláusulas testamentarias, no irá a parar a los legatarios, hace procedente la apertura del juicio *ab intestato*, sin que sea oportuno postergar ese temperamento para cuando se sepa en concreto si queda o no remanente”³¹.

En nuestra opinión, cabe un segundo supuesto de proceso mixto. Tiene lugar cuando en el testamento hay institución de herederos por cuotas (art. 2278, Cód. Civ. y Com.) que no agotan el total del acervo sucesorio. Por ejemplo, si el testador estableciera que instituye herederos a A y B en la mitad de la herencia, sin expresar nada sobre la otra mitad; hay una cuota de bienes de la cual el testador no ha dispuesto; sobre ella se abrirá la sucesión intestada³².

En este caso no cabe entrar a considerar la “posibilidad” de que haya bienes remanentes, pues la existencia de ese remanente surge de la misma disposición testamentaria. Por tratarse de un proceso mixto, se cumplimentarán las exigencias propias de la sucesión testamentaria y las exigencias edictales de la sucesión intestada.

Obviamente en estos procesos mixtos, el juez dictará declaratoria de herederos si se han presentado sucesores intestados acreditando su vínculo, y siempre referida a la porción no dispuesta en el testamento, y aprobará el testamento formalmente en la parte dispuesta por éste.

³¹ L. L. 2-839, J. A. 54-506.

³² En el Capítulo IX estudiaremos la inexistencia del derecho de acrecer cuando el heredero es instituido por cuotas.

53. Requisitos para la apertura del proceso

Los requisitos generales para la iniciación del proceso sucesorio, tanto sea intestado como testamentario, son dos: la comprobación del fallecimiento del causante y la justificación del carácter de parte legítima para solicitar la apertura del proceso. El artículo 689, párrafo 1º, del CPCCN dice expresamente: "Quien solicitare la apertura del proceso sucesorio, deberá justificar, *prima facie* su carácter de parte legítima y acompañar la partida de defunción del causante".

Aparte de estos requisitos generales existen otros propios de cada uno de los procesos intestados o testamentarios. Veamos:

a) *Proceso "ab intestato"*. Si el causante no hubiere hecho testamento, el solicitante deberá denunciar el nombre y domicilio de los herederos. El artículo 689, último párrafo, dice al respecto: "Cuando el causante hubiere fallecido sin haber testado, deberá denunciarse el nombre y domicilio de los herederos o representantes legales conocidos".

b) *Proceso testamentario*. Si se inicia el proceso testamentario el solicitante deberá acompañar el testamento o indicar el lugar en que se halla. El artículo 689, párrafo 2º, expresa en este sentido: "Si éste hubiere hecho testamento y el solicitante conociere su existencia, deberá presentarlo, cuando estuviese en su poder, o indicar el lugar donde se encontrare, si lo supiere". Las particularidades del trámite según las clases de testamentos son éstas:

1) *Testamento ológrafo*. Cuando se trate de un testamento ológrafo, su protocolización es un trámite previo a la apertura del proceso sucesorio. Como el testamento ológrafo debe ser hecho de puño y letra del testador (art. 2477, párr. 1º, Cód. Civ. y Com.), se requiere para su protocolización la prueba de que el cuerpo del testamento y la firma pertenecen al testador.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en concordancia con estas normas civiles, impone el ofrecimiento de dos testigos al que presenta el testamento ológrafo. El artículo 704, párrafo 1º dice en este sentido: "Quien presentare testamento ológrafo deberá ofrecer dos testigos para que reconozcan la firma y letra del testador". El artículo 704, párrafo 2º, 1ª parte, establece: "El juez señalará audiencia a la que citará a los beneficiarios y a los presuntos herederos cuyos domicilios fueren

conocidos...” El artículo 704, párrafo 3º del CPCCN expresa: “Si el testamento ológrafo se acompañare en sobre cerrado, el juez lo abrirá en dicha audiencia en presencia del secretario”. A su vez, el artículo 705 del CPCCN expresa: “Si los testigos reconocieren la letra y firma del testador, el juez rubricará el principio y fin de cada una de las páginas del testamento y designará un escribano para que lo protocolice”. El nombramiento de escribano es una facultad del juez, con exclusión de la voluntad del testador³³. La designación del escribano es privativa del juez³⁴. Sin embargo, no hay inconveniente para que el juez designe al escribano nombrado por el testador, siempre que esa designación no ocasione conflictos entre las partes intervinientes³⁵.

Si la testimonial resultare dudosa o contradictoria no habrá ningún inconveniente —como dice Cornejo³⁶— para que depongan otros testigos o que se recurra a la prueba pericial caligráfica. Si por circunstancias especiales no se encontraren testigos, habrá que recurrir a la pericia caligráfica.

El artículo 706 contempla el caso de oposición a la protocolización: “Si reconocida la letra y la firma del testador por los testigos, se formularen objeciones sobre el cumplimiento de las formalidades prescritas, o reclamos que no se refieran a la validez del testamento, la cuestión se sustanciará por el trámite de los incidentes”. Estas oposiciones se refieren a la validez formal. Las oposiciones que versaren sobre la validez o nulidad del testamento se harán por los trámites del juicio ordinario³⁷.

La protocolización se efectuará extendiendo una escritura pública, suscrita por el juez, que contendrá el testamento con todas las actuaciones judiciales, que serán agregadas al protocolo.

El artículo 2339, párrafo 2º del nuevo Código dispone: “Si el testamento es ológrafo, debe ser presentado judicialmente para que se proceda, previa apertura si estuviese cerrado, a dejar constancia del estado del documento, y a la comprobación de la autenticidad de la

³³ CCiv. 1º Cap., sala I, 18-6-45, L. L. 39-200; íd., 24-5-50, L. L. 59-98.

³⁴ FASSI, Santiago C., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación...*, t. III, p. 319.

³⁵ MEDINA, ob. cit., p. 296.

³⁶ Ob. cit., p. 80.

³⁷ Conf. CUADRAO, ob. cit., p. 805.

escritura y la firma del testador, mediante pericia caligráfica. Cumplidos estos trámites, el juez debe rubricar el principio y fin de cada una de sus páginas y mandar a protocolizarlo. Asimismo, si algún interesado lo pide, se le debe dar copia certificada del testamento. La protocolización no impide que sean impugnadas la autenticidad ni la validez del testamento, mediante proceso contencioso”.

2) *Testamento por escritura pública*. Cuando se trate de testamento por escritura pública bastará agregar el testamento al sucesorio. El juez, previa vista al agente fiscal (art. 119, inc. 2º, Ley 1893 de Organización de los Tribunales de la Capital Federal), será quien dictaminará acerca de la validez del testamento en cuanto a sus formas extrínsecas, abrirá el proceso sucesorio.

El artículo 2339, párrafo 1º expresa: “Si el causante ha dejado testamento por acto público, debe presentárselo o indicarse el lugar en donde se encuentre”.

54. Quiénes son parte legítima para iniciar el proceso sucesorio

El artículo 689, párrafo 1º, del CPCCN se limita a decir que quien solicitare la apertura del proceso sucesorio deberá justificar, *prima facie*, su carácter de parte legítima. Pero el precepto no determina quiénes son parte legítima, dejando a los jueces la tarea de determinar en cada caso si el que solicita la apertura del proceso sucesorio reúne o no esta cualidad, de conformidad con los principios y normas que rigen el Derecho Sucesorio. He aquí los que pueden ser considerados, en principio, parte legítima:

A) *Herederos*. Los herederos son los llamados a recibir la herencia (art. 2279). Por eso son las personas que, antes que nadie, tienen el derecho de promover el juicio sucesorio. Tienen esta personería tanto los herederos testamentarios como los *ab intestato*. También la tienen los herederos con vocación legitimaria propiamente dicha, como serían los contemplados en el artículo 2444.

Tales herederos no sólo deben tener vocación sino delación hereditarias, de tal forma que deben darse los presupuestos subjetivos de la delación, es decir, no ser incapaces, indignos ni desheredados. Dentro

del grupo de los herederos se pueden presentar casos especiales, que reseñaremos brevemente:

a) *Herederos incapaces, o con capacidad restringida, emancipados y fallidos.* Llevando consigo la promoción del proceso sucesorio la aceptación de la herencia, para determinar la capacidad, a efectos de iniciar el proceso, hay que estar a las normas que regulan la aceptación. Así:

1) Tratándose de herederos sujetos a patria potestad, tutela o curatela, los padres, tutores o curadores serán los habilitados para iniciar los trámites del proceso sucesorio (art. 100, Cód. Civ. y Com.).

Las personas por nacer tienen aptitud para suceder, siempre que nazcan con vida (art. 2279, inc. b, Cód. Civ. y Com.). La jurisprudencia en una oportunidad declaró que "la madre durante el embarazo puede iniciar el juicio sucesorio del padre natural del hijo por nacer, sin que en esa oportunidad procesal pueda ser objeto de pronunciamiento la extensión del derecho que tenga para intervenir en dicho juicio"³⁸.

2) Las personas con incapacidad o con capacidad restringida, necesitarán la actuación de un curador (art. 32, última parte, Cód. Civ. y Com.).

3) La promoción del proceso sucesorio —que implica aceptación de la herencia—, por la trascendencia que lleva consigo, debe incluirse entre los actos que el emancipado puede realizar con autorización judicial (art. 29, Cód. Civ. y Com.).

4) Los fallidos pueden promover también el proceso sucesorio, puesto que tienen capacidad para aceptar o repudiar herencias (art. 111, ley 24.522).

b) *Herederos condicionales.* Los herederos instituidos bajo condición suspensiva, como veremos oportunamente, carecen de vocación mientras no se cumpla la condición. No obstante, pueden adoptar medidas conservatorias de su derecho para el caso de que la condición se cumpla.

Entendemos, como Alsina³⁹, que el heredero condicional tiene facultad para pedir la apertura de la sucesión, ya que ésta es una medida conservatoria de su derecho.

³⁸ L. L. 7-571.

³⁹ ALSINA, *Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, 1972, t. VI, p. 671.

Si la condición fuese resolutoria, no hay problema alguno para que el heredero promueva el juicio sucesorio.

c) *Herederos sustitutos*. En la sustitución vulgar el derecho del heredero llamado en segundo término está subordinado a que falle la vocación del llamado en primer lugar. Hasta tanto esta vocación no falle, el sustituto no puede abrir el juicio sucesorio, sin perjuicio de la posibilidad que tiene para intimar al primer llamado para que acepte o repudie la herencia, según el artículo 2289.

d) *Herederos de heredero*. Si el heredero fallece después de su causante pero antes de iniciarse el juicio sucesorio de ese causante, el heredero de ese heredero está legitimado para iniciar el juicio sucesorio del causante, siempre que haya sido declarado heredero en la sucesión del segundo. Por ejemplo: una persona A fallece en el año 2003, dejando dos hijos, B y C; el hijo B fallece después que su padre en el año 2004, pero antes de iniciar el juicio de A, que se hace en el año 2005, dejando dos hijos D y E. Los nietos (D y E) pueden iniciar el juicio sucesorio de su abuelo A, siempre que hayan sido declarados herederos de su padre B. Pueden iniciar el juicio sucesorio de su abuelo para proteger el derecho de su padre en esa sucesión. En ese caso D y E deben de unificar su actuación bajo una sola representación.

Es lo que dice el artículo 695 del CPCCN: "Si falleciere un heredero o presunto heredero, dejando sucesores, éstos deberán acreditar su carácter y comparecer, bajo una sola representación, dentro del plazo que el juez fije. Se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en el artículo 54".

El supuesto analizado es ajeno al derecho de representación, que en el caso más típico implica la premuerte del representado.

e) *Herederos por representación*. Si el heredero fallece antes que el causante, heredan por representación los descendientes del heredero en la sucesión del abuelo. Estos representantes están legitimados para iniciar el juicio sucesorio del abuelo (art. 2427, Cód. Civ. y Com.). El tema lo analizaremos en el Capítulo VIII.

Refiriéndonos a todos estos supuestos, cabe decir que el heredero *ab intestato* que promueve el proceso sucesorio, necesita justificar su vocación mediante la presentación de las respectivas partidas, demos-

trativas del vínculo hereditario. Si esa prueba no se pudiera aportar integralmente, necesitará demostrar al menos, *prima facie*, su carácter de heredero, con el compromiso de completar la prueba faltante antes de la declaratoria de herederos. Si el que abre el proceso es un heredero testamentario, acompañará el testamento o indicará en poder de quién se halla, no necesitando acreditar el vínculo con el causante si lo tuviera.

B) *El cónyuge superviviente*. El cónyuge superviviente puede promover la sucesión del cónyuge premuerto por el hecho de ser siempre heredero en los bienes propios (art. 2433), o por ser socio en los bienes gananciales (art. 498), o por ser heredero de la totalidad de los bienes si no hay descendientes ni ascendientes (art. 2435).

La legitimación del cónyuge para iniciar el juicio sucesorio ha sido reconocida unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia⁴⁰.

En el caso de divorcio vincular, el cónyuge superviviente carece siempre de vocación hereditaria (art. 2437). No obstante podrá iniciar el juicio sucesorio si la sociedad conyugal no estuviese liquidada, a los solos efectos de obtener esa liquidación. En este sentido la jurisprudencia ha declarado que es en el sucesorio del cónyuge donde debe tramitarse la liquidación de la sociedad conyugal⁴¹.

El cónyuge separado de hecho sin voluntad de unirse o cuando medie una decisión judicial que implique cese de la convivencia, tampoco podrá promover la sucesión de su cónyuge (art. 2437), con la salvedad indicada precedentemente.

C) *Los acreedores*. Están legitimados para abrir el juicio sucesorio los acreedores del causante⁴² y los acreedores del heredero⁴³. Los primeros tienen interés porque desde el momento de la muerte del causante se convierten en acreedores de los herederos (art. 2280, párr. 3º y arts. 2317 y 2321, párr. 1º). Los segundos también tienen interés porque normalmente la herencia acrecentará el patrimonio de su deudor que sirve como garantía de sus créditos (art. 2364).

⁴⁰ MEDINA, ob. cit., p. 114.

⁴¹ J. A. 44-898.

⁴² J. A. 69-910; 76-732; L. L. 60-756; 60-360.

⁴³ J. A. 1959-IV-52; L. L. 98-595.

Los acreedores del causante pueden iniciar el proceso sucesorio con el fin de determinar las personas contra quienes deben accionar y en especial la certeza del vínculo que une a los herederos con el causante, que los legitima como herederos. Este reconocimiento judicial de la calidad de herederos que el juez del sucesorio hace en la declaratoria de herederos resulta de todo punto indispensable para que los acreedores puedan demandar a los herederos que no sean ascendientes, descendientes o cónyuges.

Sintetizando, los acreedores del causante pueden dirigirse contra los herederos que tienen la investidura judicial de pleno derecho, sin que éstos le puedan oponer la falta de personería porque no se ha iniciado el juicio sucesorio. Los acreedores, en cambio, no podrán demandar a los herederos que no tuvieran la investidura judicial de pleno derecho hasta tanto el juez no otorgue ésta en la declaratoria de herederos, a no ser que dichos herederos hubieren aceptado la herencia⁴⁴.

En todo caso, los herederos, si no han aceptado ni repudiado la herencia, gozan del derecho a que se los intime por el término de 30 días para que acepten o repudien (art. 2289) antes de ser demandados. De esta forma dichos herederos podrán rechazar la demanda en tanto en cuanto no se les ha efectuado dicha intimación.

El derecho de los acreedores a iniciar el proceso sucesorio está condicionado en el tiempo, pues las leyes procesales establecen plazos mínimos durante los cuales dichos acreedores no pueden abrirlo. Algunos Códigos Procesales, como el de la Nación, imponen plazos a contar de la muerte del causante, durante los cuales no se puede abrir el juicio (art. 694); otros, como el de la Provincia de Mendoza, exigen un previo emplazamiento a los herederos para que abran el juicio sucesorio (el art. 317 del CPC de Mendoza, fija 30 días). La finalidad es evitar por parte de los acreedores apresuramientos injustificados que priven a los herederos de su natural derecho a iniciar este proceso. Cuando han transcurrido determinados plazos desde la muerte del causante o desde la intimación, sin que los herederos hayan iniciado el proceso, las leyes procesales autorizan a los acreedores para abrir el proceso, por considerar a aquéllos negligentes.

⁴⁴ *In extenso*, Cap. XI.

El artículo 694 del CPCCN dice, recogiendo parcialmente las ideas expuestas: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3314 del Código Civil, los acreedores sólo podrán iniciar el proceso sucesorio después de transcurridos cuatro meses desde el fallecimiento del causante. Sin embargo, el juez podrá ampliar o reducir ese plazo cuando las circunstancias así lo aconsejaren. Su intervención cesará cuando se presente al juicio algún heredero o se provea a su representación en forma legal, salvo inacción manifiesta de éstos, en cuyo supuesto los acreedores podrán activar el procedimiento". El artículo mencionado que corresponde en el nuevo Código es el 2289.

Por lo demás, la norma contenida en el artículo 694 cuenta los cuatro meses desde el fallecimiento, eximiendo a los acreedores de todo tipo de intimación a los herederos "para iniciar el juicio sucesorio". Vemos con disfavor esta norma que en muchos casos puede sustraer el comienzo del juicio sucesorio a sus destinatarios naturales, los herederos, sin que el simple transcurso de esos 4 meses pueda considerarse decisivo para inducir negligencia de los herederos. La intimación del artículo 2289 puede, en determinados casos, paliar estas consecuencias negativas.

De configurarse el supuesto de que el acreedor desconozca la existencia de herederos o el domicilio de éstos —como dice Graciela Medina⁴⁵— se deberá dar intervención al Consejo Nacional de Educación, y si este último guarda silencio, podrá iniciar el proceso sucesorio. De no proceder de este modo su actuación será considerada nula⁴⁶.

En cuanto a los requisitos que deben acreditar los acreedores, cabe decir que no es necesario que los créditos estén en escrituras públicas o en documentos privados reconocidos por el deudor. Basta que el crédito sea verosímil. La jurisprudencia ha dicho al respecto que "para autorizar la apertura del proceso sucesorio por el acreedor no es necesario que exista sentencia que reconozca el carácter invocado, cuando los antecedentes traídos al juicio permiten que pueda verosímelmente ser tenido por tal"⁴⁷.

D) *Los legatarios*. Los legatarios particulares son meros acreedores

⁴⁵ Ob. cit., p. 112.

⁴⁶ CNCiv., sala F, 3-10-80, E. D. 92-239.

⁴⁷ L. L. 3-993.

de los herederos, a quienes deben pedir la entrega del objeto legado (en el legado de cosa cierta y determinada también hay que pedir la entrega de la cosa, aunque el legatario sea propietario de ella desde el momento de la muerte del causante), deben cumplir las exigencias que prevén los códigos procesales para los acreedores. Una vez cumplidas esas exigencias estarán legitimados para incoar el proceso sucesorio. Entendemos, pues, de aplicación analógica del artículo 694, y por ello deberán trascurrir 4 meses desde la muerte del causante, sin perjuicio de la intimación que prevé el artículo 2289.

En cambio, si se admite la figura de los legatarios de cuota, éstos pueden iniciar el juicio sucesorio sin necesidad de esperar plazo alguno. Los legatarios de cuota forman parte de la comunidad hereditaria; son copropietarios de los bienes junto con los herederos. Nada más natural entonces que se les reconozca el derecho de abrir el proceso sucesorio.

En cuanto a los requisitos que deben acreditar, se limitan a la presentación del testamento en que se los designe legatarios, esto sin perjuicio de los trámites de protocolización, si se tratare de un testamento ológrafo.

E) *Fiduciario y fideicomisarios*. El artículo 1667, inciso a, establece que el contrato de fideicomiso debe versar sobre bienes determinados y no sobre universalidades. En cambio, el artículo 2493, referido al fideicomiso testamentario, expresa que el testador puede disponer un fideicomiso sobre toda la herencia, una parte indivisa o bienes determinados. El fiduciante (causante) trasmite la propiedad fiduciaria a otro (sucesor fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designa en el testamento (beneficiario) y a transmitirla, al cumplimiento de un plazo o condición, al beneficiario o al fideicomisario.

Tanto el fiduciario (en forma directa e inmediata) como el fideicomisario (en forma indirecta y mediata) son sucesores a título universal o particular del causante (fiduciante).

Cuando son sucesores universales, pueden iniciar el juicio sucesorio. Cuando lo que se someta a fideicomiso sean bienes determinados, pensamos que pueden iniciar el juicio con los condicionamientos que hemos aplicado a los legatarios particulares, similares a los condicionamientos de los acreedores del causante (letras C y D).

F) *Los cesionarios*. El cesionario está facultado también para promover el juicio sucesorio, sea la cesión total o parcial.

Una jurisprudencia, que estimamos equivocada, considera como acreedor al cesionario parcial, dándole únicamente el derecho que le asiste al acreedor para activar los trámites del proceso sucesorio cuando haya negligencia del heredero⁴⁸. En nuestra opinión, el cesionario, aunque sea parciario, forma parte de la comunidad hereditaria, y como tal puede promover el juicio sucesorio sin las exigencias requeridas para los acreedores.

Los cesionarios acreditarán su legitimación, presentando la escritura pública de cesión (art. 1618, inc. a), debiendo probarse además la vocación hereditaria del cedente.

G) *El albacea*. Para determinar si el albacea tiene o no facultad para iniciar el proceso sucesorio, corresponde distinguir que haya o no herederos:

a) Cuando hay herederos corresponde a éstos, y no al albacea, la apertura de la sucesión, con prescindencia de lo que diga el testador. Existiendo herederos, el albacea, más que un ejecutor testamentario, es un encargado de controlar el cumplimiento por los herederos de la voluntad del causante, siendo su misión, pues, de vigilancia⁴⁹.

La jurisprudencia ha declarado, con toda exactitud, que "la facultad otorgada por el causante de iniciar la testamentaria que invoca el albacea, además de no fundarse en ninguna disposición legal, excede sus atribuciones normales, que son sólo de vigilancia y control en el cumplimiento de la voluntad del causante, y no de iniciación y dirección del juicio, las que corresponden a los herederos como dueños del acervo que se trasmite desde el momento del fallecimiento del *de cuius*"⁵⁰. En el mismo sentido ha dicho que "la cláusula del testamento que confiera al albacea el trámite del sucesorio con exclusión de los herederos, sería inválida, pues éstos son los facultados para realizarlo

⁴⁸ L. L. 6-192; 9-694; 17-91; 18-901; J. A. 1959-268.

⁴⁹ CAFFERATA, José I., *El albacea testamentario en el Derecho argentino*, Córdoba, 1952, p. 70; MAFFÍA, *Manual de Derecho Sucesorio*, Buenos Aires, 1975, t. II, p. 343.

⁵⁰ L. L. *Digesto jurídico*, t. I, p. 1158, N° 339.

en primer término [...] de modo que por inactividad manifiesta podría sustituirlos aquél"⁵¹. En términos más absolutos ha declarado la Cámara 3ª Civil de Apelaciones de Mendoza que "el albacea que no inviste la calidad de heredero carece de facultades en nuestro ordenamiento procesal para iniciar el juicio sucesorio, porque el artículo 317, inciso 1º, del CPC determina que el proceso sucesorio sólo puede ser iniciado por quien tenga derecho a la sucesión, y el albacea no heredero carece de tal derecho"⁵².

Existiendo herederos, el albacea sólo puede iniciar el proceso sucesorio ante una negligencia manifiesta de los herederos⁵³. Naturalmente que esa negligencia hay que probarla, y creemos que el trascurso del tiempo no es prueba suficiente de ella. Se necesita además una intimación a los herederos para que inicien el juicio sucesorio. Aunque tanto el plazo de intimación como el trascurso del tiempo desde el fallecimiento del causante quedan librados al arbitrio judicial, podría servir de guía el plazo de intimación de los 30 días o los 90 días que da el artículo 2289 del Código Civil y Comercial y el de 4 meses desde la muerte del causante que prevé el artículo 694 del CPCCN.

La jurisprudencia se ha manifestado en este sentido ampliamente, estimando que sólo puede iniciar el albacea el juicio sucesorio cuando medie inactividad de los herederos⁵⁴. En el mismo sentido el citado fallo de la Cámara Civil de Mendoza declaró que "el albacea no heredero, como tercero interesado, necesita cumplir la intimación a los herederos prevista en el artículo 317, inciso 5º, del CPC".

b) Cuando no hay herederos testamentarios ni intestados, entonces las facultades del albacea son más amplias⁵⁵ y, en nuestra opinión, tiene facultad para promover el proceso sucesorio, pues en ese caso le corresponde la representación de los bienes de la herencia, necesaria para cumplir las mandas ordenadas por el testador (art. 2529).

⁵¹ L. L. *Digesto jurídico*, t. I, p. 1158, N° 338.

⁵² *Jurisprudencia de Mendoza*, Segunda Serie, N° 1, p. 80.

⁵³ POCCARD, *Intervención del albacea en el juicio testamentario*, en J. A. Sec. Doctrina 45-66; BORDA, ob. cit., t. II, N° 1658.

⁵⁴ L. L. *Digesto jurídico*, t. I, p. 1158, N° 338; J. A. Rep. general 1972-620, N° 55; L. L. 86-570; E. D. 37-177.

⁵⁵ BORDA, ob. cit., N° 1661.

No obstante esta delimitación precisa de las funciones del albacea, algún autor, como Rébora⁵⁶, no impone condicionamientos al albacea para iniciar el juicio sucesorio. Los tribunales, por su parte, han llegado a dictar resoluciones que tergiversan conceptos fundamentales y quitan a los herederos los legítimos intereses que les corresponden. Así, se ha declarado que “el derecho del albacea para promover el juicio sucesorio resulta del testamento mismo en que consta su designación, pues es el ejecutor de la voluntad del causante”⁵⁷. Y también, sin imponer limitaciones, que “el albacea debe respetar para promover la declaratoria de herederos el término de luto y llanto del artículo 3357 del Código Civil”⁵⁸ (en el nuevo Código, art. 2289, párr. 2º). Esta última orientación jurisprudencial, que consideramos equivocada, ha permitido la corruptela del albaceazgo, con la secuela de abusos que indica Fornieles⁵⁹.

La legitimación procesal del albacea —cuando ésta exista— surge de la presentación del testamento en que se lo designa.

H) *Cónsules extranjeros*. La ley 163, del 30 de septiembre de 1865, en su artículo 1º facultaba a los cónsules extranjeros, en caso de fallecimiento de algún connacional, a intervenir en su juicio sucesorio, nombrando un albacea (albacea dativo), a condición de que no deje ascendientes, descendientes ni cónyuges legítimos, públicamente reconocidos como tales residentes en el país, o si ha testado, a condición de que los herederos estuviesen ausentes, y ausente también el albacea testamentario.

Esta ley, en nuestra opinión, ha sido derogada por el nuevo Código, al haber abolido indirectamente la figura del albacea dativo. Nos referiremos al tema al tratar el albaceazgo (Nº 1345).

Aclaremos que un importante sector de la doctrina⁶⁰ sostuvo, ya antes, que esa ley quedó derogada por el Código Civil, que es posterior, en virtud de lo que disponía el artículo 22 del Código.

De todos modos, la intervención consular quedaba estrictamente

⁵⁶ Ob. cit., t. III, p. 234.

⁵⁷ G. F. 146-88.

⁵⁸ Rep. L. L. XXI, p. 1204, Nº 52.

⁵⁹ Ob. cit., t. II, Nº 432.

⁶⁰ Ob. cit., t. II, Nº 61.

limitada a las medidas conservatorias y al nombramiento de un representante (art. 3º). El nuevo Código no menciona a los cónsules extranjeros.

1) *El Estado*. Cuando no existe testamento válido ni hay herederos *ab intestato*, el Estado recibe la herencia del causante en virtud del dominio eminente que ejerce sobre las cosas sin dueño (art. 2441, párr. 1º, Cód. Civ. y Com.).

En estos casos entran a regir las normas sobre la sucesión vacante. Los organismos oficiales a donde van a parar los bienes actúan por medio de sus representantes, los cuales están capacitados para promover el juicio sucesorio.

55. Medidas de seguridad

Las medidas de seguridad consisten en ciertos recaudos que se pueden tomar antes de iniciar el proceso sucesorio o en cualquier etapa de éste, con el fin de preservar los bienes que constituyen la herencia.

El artículo 690, párrafos 3º y 4º, dice en este sentido: "A petición de parte interesada, o de oficio, en su caso, el juez dispondrá las medidas que considere convenientes para la seguridad de los bienes y documentación del causante. El dinero, los títulos, acciones y alhajas se depositarán en el banco de depósitos judiciales. Respecto de las alhajas se adoptará la misma medida, salvo que los herederos decidieren que quedaren bajo su custodia". El artículo 690 impone, con carácter obligatorio, que el dinero, los títulos y acciones se depositen en el banco de depósitos judiciales. Respecto de las alhajas, esta medida no es obligatoria, pues los herederos pueden convenir que queden en custodia.

Estas medidas de seguridad pueden ser de diversas clases: inventario provisorio de los bienes; depósito de los bienes; designación de un administrador provisorio; etcétera.

Todas ellas deben cumplir con los siguientes requisitos: prueba de la muerte del causante; prueba del riesgo de su patrimonio; prueba del derecho del solicitante⁶¹.

Las medidas de seguridad se decretan directamente, sin proceso

⁶¹ MEDINA, ob. cit., p. 172.

contradictorio. No tienen plazo de caducidad y no requieren contracautela. Las diferencias con las medidas precautorias son, pues, manifiestas.

El nuevo Código Civil y Comercial se refiere a las medidas urgentes en el artículo 2327.

56. Simplificación de los procedimientos

El artículo 691 del CPCCN dice: "Cuando en el proceso sucesorio el juez advirtiere que la comparecencia personal de las partes y de sus letrados podría ser beneficiosa para la concentración y simplificación de los actos procesales que deban cumplirse, de oficio o a pedido de parte, señalará una audiencia a la que deberán concurrir personalmente, bajo apercibimiento de imponer una multa de mil a diez mil pesos moneda nacional en caso de inasistencia injustificada. En dicha audiencia el juez procurará que las partes establezcan lo necesario para la más rápida tramitación del proceso".

La orientación de este artículo, emplazado significativamente al comienzo de la regulación del proceso sucesorio, responde al anhelo de imprimir mayor celeridad al trámite del proceso. La audiencia busca la concentración y simplificación de los actos procesales. Se ha considerado —como dice Cuadrao⁶²— que la inmediación entre el juez y los interesados puede contribuir a superar causas de demora que no siempre obedecen a motivos realmente justificados.

57. Personas que intervienen en el proceso sucesorio

No todos los que tienen personería para iniciar el proceso sucesorio —como dice Alsina⁶³— pueden continuar interviniendo en él hasta su terminación; otras personas que no pueden iniciarlo están facultadas para intervenir, unas veces en forma amplia y otras en forma limitada. De ahí la necesidad de examinar cada caso por separado, estableciendo en cada uno de ellos los límites de la intervención.

A) *Herederos*. Los herederos son los principales interesados en la

⁶² Ob. cit., p. 784.

⁶³ Ob. cit., p. 680.

marcha del proceso sucesorio, ya que son los titulares de los bienes que componen la herencia desde el momento de la muerte del causante.

Los herederos pueden tomar intervención en cualquier etapa del proceso, aun cuando hubiere vencido la publicación de edictos; pero deberán aceptar el procedimiento en el estado en que se halla⁶⁴, salvo que existieren vicios de nulidad.

La intervención del heredero cesa por renuncia de la herencia⁶⁵, por comprobación de una causal de indignidad⁶⁶, por cesión total de los derechos hereditarios⁶⁷, etcétera. Sin embargo, si luego de efectuada la cesión se plantease alguna cuestión que pusiere en peligro su condición de heredero cedente, consideramos que puede presentarse de nuevo en el proceso para defender su carácter de heredero, que la cesión no le hace perder.

Los herederos del heredero también intervienen en el proceso sucesorio. Si durante la tramitación del proceso sucesorio, pero antes de la partición, muere uno de los herederos, sus sucesores tomarán su lugar en el juicio, a condición de que actúen bajo una sola representación y de que justifiquen su carácter de herederos con la declaratoria a su favor o con el testamento en que se los instituye.

El artículo 695 del CPCCN dice en este sentido: "Si falleciere un heredero o presunto heredero, dejando sucesores, éstos deberán acreditar ese carácter y comparecer, bajo una sola representación, dentro del plazo que el juez fije. Se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en el artículo 54". Esta norma procesal exige a los herederos el cumplimiento de estos tres requisitos: a) acreditar el carácter de herederos del fallecido con la declaratoria o con el testamento; b) unificar la personería; c) hacerlo dentro del término que fije el juez.

La intervención de estos herederos cesa por las mismas causas que el heredero al cual suceden.

B) *Cónyuge*. La personería del cónyuge para intervenir en el proceso

⁶⁴ J. A. 33-1120.

⁶⁵ J. A. 17-124.

⁶⁶ L. L. 20-188.

⁶⁷ J. A. 48-655.

sucesorio proviene de su carácter de heredero o de su carácter de socio para liquidar la sociedad conyugal mantenida con el causante.

Su intervención cesa en los mismos supuestos que se aplican a los demás herederos, y por su carácter de socio, una vez finalizada la distribución y adjudicación de los bienes de la sociedad conyugal.

C) *Acreedores*. El principio general —como dice Alsina⁶⁸— es la falta de personería de los acreedores para intervenir en la tramitación del juicio sucesorio, una vez que se han presentado los herederos.

No obstante, cuando medie manifiesta inacción de los herederos, los acreedores afectados pueden activar el procedimiento (art. 694, *in fine*)⁶⁹. Pero su intervención cesa cuando el heredero continúa los trámites del juicio.

Por otra parte, el principio general de falta de personería se entiende sin perjuicio del derecho que les concede el artículo 2359 de oponerse a la entrega a los herederos de sus porciones hereditarias, hasta no quedar pagados sus créditos.

La cesación de la intervención de los acreedores se produce, pues, cuando se presente al juicio algún heredero o se provea su representación en forma legal, y cuando, después de su intervención, a consecuencia de la inactividad de los herederos, éstos prosiguen los trámites del juicio.

D) *Legatarios*. Los legatarios particulares no son parte en el juicio, pero tienen personería a los efectos de solicitar la entrega de los legados y de discutir los actos que puedan afectar sus legados.

Cesa la intervención de los legatarios cuando se entregan los objetos legados.

En cuanto a los posibles legatarios de cuota, nos remitimos al N° 54, D.

E) *Cesionarios*. Los cesionarios, sean totales o parciales, intervienen en el proceso sucesorio.

Cesa su intervención por las mismas causales que cesa la del heredero.

⁶⁸ Ob. cit., p. 681.

⁶⁹ J. A. 32-283; 55-53; 57-787.

F) *Albacea*. La extensión de las funciones del albacea varía según existan o no herederos. Si hay herederos su función es de mera vigilancia y control de cumplimiento de las disposiciones del testador. La intervención en el proceso sucesorio está limitada, pues, a esa función de vigilancia y control. En cambio, si no hay herederos, al albacea le corresponde la posesión material de los bienes que deben entregar a los beneficiarios. Su intervención en el proceso sucesorio tiene en este caso una gran trascendencia.

En ningún caso el albacea es parte en las demandas de los acreedores contra la sucesión ni en las entabladas por los herederos contra los terceros⁷⁰.

El albacea cesa en sus funciones una vez ejecutado el testamento, a más de las causas que pueden afectar a la persona misma del albacea. En este sentido dice el artículo 2531, párrafo 1º del Código Civil y Comercial: "El albaceazgo concluye por la ejecución completa del testamento, por vencimiento del plazo fijado por el testador y por la muerte, incapacidad sobreviniente, renuncia o destitución del albacea".

G) *Herencia vacante*. La autoridad encargada de recibir la herencia vacante debe ser notificada de la apertura de una sucesión promovida como vacante. Declarada vacante la herencia, se nombra curador, quien recibirá los bienes inventariados (arts. 2441 y 2442). Después de liquidados, el curador rendirá cuentas al Estado que debe recibir los bienes. Concluida la liquidación, el juez ordenará entregar los bienes al Estado (art. 2443).

Entendemos que antes de la declaración de vacancia la única intervención que tiene la autoridad encargada de recibir la herencia vacante (apoderado del Consejo Nacional de Educación) se da con la notificación de la apertura de la sucesión. El Ministerio Público (agente fiscal) interviene hasta obtener la declaración de vacancia; después de esa etapa es cuando interviene en forma excluyente el curador de los bienes.

El nuevo Código ha suprimido la etapa de la reputación de vacancia (art. 2441).

H) *Ministerio Público (Agente fiscal)*. Interviene para controlar los

⁷⁰ J. A. 34-273; 51-496.

requisitos legales que hacen al vínculo del presunto heredero con el causante (sucesión intestada) o que hacen a las formalidades externas del testamento (sucesión testada). Interviene siempre en las cuestiones de competencia, aunque hubiera cesado con anterioridad su intervención⁷¹. El artículo 119 de la Ley de Organización de Tribunales de la Capital Federal reglamenta sus funciones. La actuación del Ministerio Público está prevista en el artículo 103 del nuevo Código, respecto de personas menores de edad y de personas con capacidad restringida.

El artículo 693, inciso 1° del CPCCN se refiere a la cesación de su intervención en el proceso sucesorio. Dice así: "El Ministerio Público cesará de intervenir una vez aprobado el testamento, dictada la declaratoria de herederos, o reputada vacante la herencia".

D) *Tutores especiales*. El artículo 109 del Código Civil y Comercial establece que los jueces darán a los menores tutores especiales en los casos que el mismo artículo enumera. Los casos referidos al tema son los contenidos en los incisos a, y c: "Corresponde la designación judicial de tutores especiales en los casos siguientes: a) cuando existe conflicto de intereses entre los representados y sus representantes [...] c) cuando existe oposición de intereses entre diversas personas incapaces que tienen un mismo representante legal..."

El artículo 693, inciso 2° del CPCCN se refiere a la cesación de esos tutores: "Los tutores *ad litem* cesarán de intervenir cuando a sus pupilos se les designe representante legal definitivo, o desaparezca la incapacidad o la oposición de intereses que dio motivo a su designación".

III. JUEZ COMPETENTE

58. Juez competente: supuestos

El artículo 3284, 1ª parte del Código Civil de Vélez, disponía: "La jurisdicción sobre la sucesión corresponde a los jueces del lugar del último domicilio del difunto". El vocablo "jurisdicción" estaba mal empleado, siendo el término "competencia" el que correspondía.

El precepto consideraba competente para entender en la sucesión

⁷¹ ALSINA, ob. cit., p. 687.

del causante al juez de su último domicilio. Aunque no determinaba si el último domicilio era el que había tenido dentro del país o si se incluía también al que hubiese tenido en el extranjero, la doctrina en general circunscribía el artículo al primer caso.

El nuevo artículo 2336, párrafo 1º, en forma similar expresa: "La competencia para entender en el juicio sucesorio corresponde al juez del último domicilio del causante..."

Así, cabe distinguir estos dos supuestos:

a) Causante con último domicilio en el país. El domicilio es el factor determinante para atribuir la competencia territorial. La solución legal reporta considerables ventajas, pues permite concentrar ante un solo juez todo lo relativo al pago de las deudas y a la distribución de los bienes. Los acreedores, así, acudirán a un solo juez, ante el cual todos los herederos podrán hacer valer sus defensas.

La competencia para entender en el proceso sucesorio pertenece a los tribunales ordinarios de la Capital Federal y de cada una de las provincias. Está excluida la intervención de los jueces federales en toda la República⁷².

Dentro de la justicia ordinaria, el sucesorio deberá tramitarse ante el fuero civil o ante el civil y comercial, según estén o no separados estos fueros.

La competencia atañe más al orden judicial que al orden público⁷³. No se puede prorrogar por razón de la materia ni del monto, aun cuando medie conformidad de todos los interesados⁷⁴. En cambio, se permite la prórroga de la competencia territorial dentro de una misma provincia. Se ha declarado en este sentido que dentro de un territorio de una provincia puede aceptarse la prórroga de la competencia territorial⁷⁵. La única prórroga que se admite es, pues, la territorial dentro de una misma provincia, pero no las establecidas por razón de la materia y del monto.

b) Causante con último domicilio en el extranjero habiendo dejado

⁷² Ley 927; L. L. 18-505, J. A. 78-387.

⁷³ DE IRIONDO, Luis V., *Fuero de atracción*, en E. D. 7-470, N° 29; CORNEJO, ob. cit., p. 45.

⁷⁴ L. L. 26-704; J. A. 36-256.

⁷⁵ BORDA, ob. cit., N° 52; Rep. L. L. 10-137, N° 55; Rep. L. L. 6-182, N° 66.

bienes en nuestro país. En este caso consideramos que no rige el artículo 2336, por lo cual no habría disposición legal aplicable.

En tal supuesto se decidió que es competente el juez del lugar en que están situados los bienes⁷⁶. Si los bienes no se hallan situados en un solo lugar, podría discutirse si es competente el juez del lugar en donde están los bienes más valiosos o el juez de cualquiera de los lugares en donde existan bienes. Esta última es la solución más aceptable, porque tanta consideración merecen unos bienes como los otros⁷⁷.

59. Caso en que haya un solo heredero

Decía el artículo 3285: "Si el difunto no hubiera dejado más que un solo heredero, las acciones deben dirigirse ante el juez del domicilio de este heredero, después que hubiere aceptado la herencia". La norma constituía una excepción al principio de la competencia sucesoria atribuida al juez del último domicilio del causante por el artículo 3284, y se establecía para beneficio del heredero. Los acreedores deben dirigir sus acciones personales contra el heredero ante el juez del domicilio de éste, en vez del domicilio del causante.

El nuevo artículo 2336, párrafo 3º modifica el contexto del artículo 3285 del Código de Vélez, y establece, en beneficio de los acreedores, que éstos pueden dirigirse, a su opción, ante el juez del domicilio del causante o ante el juez del domicilio del heredero. Dice así: "Si el causante deja sólo un heredero, las acciones personales de los acreedores del causante pueden dirigirse, a su opción, ante el juez del último domicilio del causante o ante el que corresponda según el domicilio del heredero único".

En nuestra opinión, la norma debe entenderse vinculando a los acreedores con la iniciación del juicio sucesorio. Tanto en el Código Civil, con sus correspondientes leyes procesales, como en el nuevo Código, los acreedores del causante, en principio, no podrán iniciar el proceso sucesorio: su derecho está condicionado en el tiempo, pues esos acreedores sólo podrán iniciar el proceso sucesorio después de transcurridos 4 meses desde el fallecimiento del causante (art. 694, CPCCN).

⁷⁶ J. A. 3-729.

⁷⁷ BORDA, ob. cit., N° 54; CORNEJO, ob. cit., p. 12.

Pues bien, si el heredero único no ha iniciado el juicio sucesorio, los acreedores —pasados los 4 meses— podrán iniciarlo ante el juez del domicilio del causante o ante el juez del domicilio del heredero, a su elección, siguiendo las pautas del artículo 2336, último párrafo. Pero creemos que esa opción no la tiene el acreedor si el heredero ya ha iniciado el proceso sucesorio. Admitir lo contrario posibilitaría a los acreedores cambiar la competencia, eligiendo un juez distinto al del heredero, con todos los perjuicios que puede provocar.

Entendemos que el artículo 2336, párrafo 3º no es aplicable cuando el único heredero tiene su domicilio en el extranjero, existiendo bienes en la República.

60. Determinación del domicilio

El artículo 2336, párrafo 1º considera competente al juez del último domicilio del causante. El artículo 2643 también habla del último domicilio del causante. Estas normas aluden en particular al domicilio real del causante, que es el lugar de su residencia habitual (art. 73, párr. 1º, Cód. Civ. y Com.).

En algunos casos el domicilio legal, al que se refiere el artículo 74 del Código Civil y Comercial, determina el lugar en que corresponde abrir el juicio sucesorio: tal el caso de los incapaces que tienen el domicilio de sus representantes (art. 74, inc. d). Así también los transeúntes o las personas de ejercicio ambulante lo tienen en el lugar de su residencia actual (art. 74, inc. c).

En principio, el domicilio que consta en la partida de defunción es el domicilio real, y ante el juez de ese domicilio se deberá iniciar el juicio sucesorio. El domicilio consignado en la partida de defunción no necesariamente responde al último domicilio del causante: piénsese en la muerte acaecida en una gira comercial o turística. Por eso la jurisprudencia ha resuelto reiteradamente que se admite prueba en contrario⁷⁸. Cuando no se puede determinar con precisión el último domicilio, puede considerarse que éste es el que consta en la partida de defunción⁷⁹.

⁷⁸ CNCiv., sala F, 2-9-77, E. D. 75-449; sala A, 12-4-91, E. D. 147-378; sala E, 18-11-93, J. A. 1994-II-280.

⁷⁹ CSJN, J. A. 48-728; J. A. 53-273.

En caso de duda o cuando no pueda determinarse cuál es el domicilio del causante, deberá acudirse al último domicilio conocido (art. 76).

En el caso especial de que el último domicilio del causante haya estado en el extranjero, dejando bienes inmuebles en el país, rige el artículo 2644, última parte, del nuevo Código, a los efectos de aplicar la ley argentina. Si hay varios inmuebles en distintos lugares, consideramos que será juez competente el del lugar en donde se encuentra cualquiera de los inmuebles.

61. Acumulación de diferentes procesos sucesorios de un mismo causante, iniciados en una misma jurisdicción

El Código Civil y Comercial no regula el tema, dejándolo librado a los códigos procesales.

Sucede con frecuencia que la sucesión de un mismo causante la inician distintos interesados en una misma jurisdicción y ante diferentes jueces, con mayor o menor diferencia de tiempo. Tratándose de la sucesión de una sola persona se impone la acumulación de procesos, pues la liquidación y distribución de un caudal hereditario no puede hacerse sino en un solo juicio.

El fundamento de la acumulación de procesos sucesorios de un mismo causante se funda primordialmente en el principio de evitar resoluciones contradictorias y secundariamente en el principio de economía procesal⁸⁰. En este sentido la jurisprudencia ha declarado: La acumulación de dos o más procesos de un mismo causante tiene por fin asegurar que la trasmisión del patrimonio heredado se efectúe de acuerdo con el orden sucesorio. De allí que su régimen es de orden público, pues tiende a evitar el escándalo jurídico que se produciría en el supuesto de que, frente a un mismo causante, se tenga por herederos a distintas personas⁸¹.

El tema central consiste en dilucidar cuál es el juez del juicio acumulante y cuál el del acumulado. La determinación del juicio acumulante se resuelve en virtud de criterios prácticos de economía pro-

⁸⁰ MEDINA, ob. cit., p. 80.

⁸¹ Ver CNCiv., sala E, 21-9-70, Rep. Der. 13-180, sum. 82.

cesal. El juez que ha entendido en el proceso que está más avanzado es el que debe seguir entendiendo, sin que importe la prioridad de la iniciación⁸². La idea directriz viene dada aquí por el interés judicial más que por el interés de las partes, evitando la reproducción de trámites ya cumplidos. Por eso el juicio acumulante debe ser el que está más avanzado. La prioridad sólo se otorga si el que inició el proceso más avanzado está legitimado para actuar procesalmente. Esta regla se aplica tanto si ambas sucesiones son *ab intestato*, como si ambas son testamentarias.

En el caso de que los trámites realizados en los distintos expedientes tuviesen un similar avance, hay que distinguir:

1) Que las dos sucesiones sean intestadas o testamentarias; en ese caso debe considerarse juicio acumulante el que se inició primero⁸³. No obstante, la jurisprudencia ha declarado en el caso de dos sucesiones testamentarias que, ante igual avance, se debe preferir el juicio iniciado por el heredero al juicio iniciado por el legatario de cuota: "Si ambas testamentarias fueron iniciadas en la misma fecha y se encuentran en igualdad de condiciones, corresponde acumular los autos promovidos por la legataria de cuota a los iniciados por los hijos del causante, habida cuenta del carácter de herederos forzosos de éstos y la concreta denuncia de bienes que efectuaron"⁸⁴.

2) Que una sea testamentaria y otra intestada; en ese caso debe considerarse acumulante el proceso que contiene la sucesión testamentaria⁸⁵. La razón está en que en ésta frecuentemente hay que cumplir trámites especiales que hacen conveniente que siga entendiendo el juez del proceso testamentario. Aún más, para que se justifique la sucesión intestada debe haber, al menos, un remanente no regulado por la sucesión testamentaria; de lo contrario la sucesión intestada está mal iniciada.

El artículo 696 del CPCCN dice en este sentido: "Cuando se hubiesen iniciado dos juicios sucesorios, uno testamentario y otro *ab intestato*, para su acumulación prevalecerá, en principio, el primero. Quedará a criterio del juez la aplicación de esta regla, teniendo en

⁸² L. L. 44-516; L. L. 7-174; BORDA, ob. cit., N° 53 bis.

⁸³ L. L. 22-70.

⁸⁴ CNCiv., sala C, 25-4-68, E. D. 22-609.

cuenta el grado de adelanto de los trámites realizados y las medidas útiles cumplidas en cada caso, siempre que la promoción del proceso y su sustanciación no revelare el propósito de obtener una prioridad indebida. El mismo criterio se aplicará en caso de coexistencia de juicios testamentarios o *ab intestato*".

El principio de que el juicio acumulante se determina por el mayor grado de avance o por la prioridad en su iniciación, se aplica siempre que no haya habido propósito de obtener una prioridad indebida. Pero la ley procesal no determina en qué consiste la prioridad indebida, ni la jurisprudencia lo establece con precisión, aunque sus fallos nos ayuden a comprender el concepto. La prioridad indebida se relaciona con la falta de la buena fe procesal. El caso típico que no ofrece duda es la prioridad que pueda pretender el que inicia el proceso sucesorio sin tener legitimación para ello. Por ejemplo: un albacea inicia el juicio sucesorio existiendo herederos no negligentes.

Pero puede haber prioridad indebida, aunque el presentante revista el carácter de parte legítima, si inicia el juicio sucesorio intestado, sin acompañar la partida de defunción. Así se pronunció la Cámara Nacional Civil, sala F⁸⁶: "Una nota indicativa de la prioridad indebida en la promoción del proceso sucesorio (art. 722, Cód. Proc.), consiste en la iniciación del juicio sin acompañar la partida de defunción, pese a que el artículo 714 del Código Procesal Civil de la Nación, al referirse a los requisitos de iniciación con claridad meridiana menciona que debe acompañar, quien solicitare la apertura del sucesorio, la partida de defunción del causante".

En cambio, consideramos que aunque la prioridad indebida normalmente se vincula con la prontitud en el inicio del proceso sucesorio, esta prontitud por sí no es suficiente para afirmar que haya prioridad indebida. Es verdad que esa prontitud puede ir asociada con el propósito de obtener los honorarios de iniciación del juicio sucesorio, pero eso por sí solo no ataca la buena fe procesal.

La norma contenida en el artículo 696 no se puede aplicar cuando quien inicia la sucesión intestada no tenga ningún derecho hereditario.

⁸⁵ L. L. 64-30; J. A. 71-555; L. L. 102-12; BORDA, ob. cit., N° 53 bis.

⁸⁶ 10-9-79, E. D. 85-307.

(piénsese en el caso de que esa persona sea un heredero no legitimario y que el testador, sin herederos forzosos, haya dispuesto de todos sus bienes en favor de extraños). Por eso cuando decimos que uno inicia la sucesión testamentaria y otro la intestada, sobrentendemos que el segundo tiene derechos hereditarios.

62. El escrito inicial y la regulación de honorarios

El escrito inicial es el que sirve para obtener el auto de apertura de la sucesión. Ese escrito legitima al profesional presentante para obtener el cobro de honorarios por la iniciación del proceso sucesorio. El escrito de un juicio sucesorio debe bastar por sí solo para que el juez pueda declarar abierta la sucesión. Los requisitos del escrito de iniciación están previstos en el artículo 689 del CPCCN, que transcribimos: "Quien solicitare la apertura del proceso sucesorio, deberá justificar, *prima facie*, su carácter de parte legítima y acompañar la partida de defunción del causante. Si éste hubiere hecho testamento y el solicitante conociere su existencia, deberá presentarlo, cuando estuviese en su poder, o indicar el lugar donde se encontrare, si lo supiere. Cuando el causante hubiere fallecido sin haber testado, deberá denunciarse el nombre y domicilio de los herederos o representantes legales conocidos".

El tema guarda relación con lo expuesto sobre la acumulación de distintos procesos sucesorios de un mismo causante, aunque las soluciones no son idénticas, pues el profesional que actúa en el juicio acumulante no necesariamente es el que obtiene el cobro de los honorarios por la apertura de la sucesión. El problema, en nuestra opinión, es simple:

1) Cuando hay varios procesos intestados iniciados por distintas personas legitimadas para ello, sólo uno de esos expedientes es el que inicia el proceso sucesorio del causante, que indefectiblemente tiene que ser el primero en el tiempo. La prioridad de la iniciación tiene que tener, en este aspecto, prioridad absoluta. Los 9 días de luto que prevé el artículo 2289 no representan, en principio, obstáculo alguno para la iniciación antes de ese plazo del juicio sucesorio.

El hecho de que el proceso iniciado en segundo lugar esté más

avanzado, podrá justificar su carácter de acumulante, a efectos de que siga entendiendo el juez ante el cual se cumplieron la mayor cantidad de trámites; pero esa circunstancia no puede servir para borrar el derecho del que abrió la sucesión del causante. No es congruente afirmar que el que inició primeramente la sucesión no la abrió porque luego se retrasó o porque no fue tan diligente. Se trata de dos problemas diferentes que es preciso deslindar: uno es el referente al carácter de juicio acumulante, que por razones de economía procesal o del buen orden judicial se le otorga, en principio, al más avanzado; otro es el problema de cuál es el que inicia la sucesión del causante, a los efectos de percepción de los honorarios por parte de los profesionales intervinientes, que indefectiblemente tiene que ser el primero en el tiempo (se entiende siempre que el que lo inició estuviera legitimado para ello). Los profesionales que actuaron en él serán los que percibirán los honorarios por la iniciación del juicio sucesorio, y devengarán más honorarios en la medida que prosigan el juicio realizando otros trabajos de beneficio común. Los trámites más avanzados del proceso sucesorio iniciado en segundo lugar, una vez realizada la acumulación, servirán en la medida que no se superpongan a los ya efectuados en el otro, y los trabajos de beneficio común en él realizados devengarán en esa medida honorarios para los profesionales actuantes.

2) Cuando se trata de dos juicios sucesorios testamentarios basados en el mismo testamento, el profesional que inició el primer juicio tiene prioridad absoluta para el cobro de los correspondientes honorarios. Diferentemente, cuando se trata de procesos iniciados con distintos testamentos del mismo causante, la apertura real la produce el proceso que contiene el último testamento. Los profesionales intervinientes devengarán los honorarios de la apertura del proceso sucesorio. Empero, si el último testamento complementa al primero, de manera que los dos son válidos, los profesionales que intervengan en ambos devengarán honorarios por la apertura por ser trabajos de beneficio común.

3) Cuando haya un proceso testamentario y otro intestado del mismo causante, no importa la prevalencia procesal del proceso testamentario sobre el intestado, que hemos señalado a los efectos de determinar cuál es el juicio acumulante. En principio, tiene derecho a los hono-

rarios de la apertura del proceso sucesorio el profesional que inició el primer juicio, pero, a nuestro juicio, con estas reservas:

a) Si hay un testamento que disponga de todo el patrimonio del causante, no hay cabida para la sucesión intestada, en cuyo caso el profesional que inició primero el juicio sucesorio intestado no recibe los honorarios por la apertura de ese proceso, que fue mal iniciado; los honorarios los recibirá el profesional que inició la sucesión testamentaria, aunque la inicie después.

b) En cambio, si el testamento ha dejado de disponer de una parte del patrimonio, por ese remanente se abre la sucesión intestada, y la prioridad para el cobro de los honorarios la tendrá el que inició primero el proceso sucesorio, sea testamentario o intestado.

¿Qué ocurre si los dos expedientes se inician al mismo tiempo? Entendemos que en ese caso los dos expedientes abrieron válidamente la sucesión del causante, considerándose los trabajos de los profesionales actuantes en ambos como de beneficio común; esto, lógicamente, sin perjuicio de la acumulación pertinente.

Es necesario que las partes que iniciaron los distintos procesos estén legitimadas para hacerlo. Por eso, los honorarios por la iniciación del juicio sucesorio corresponderán a los profesionales de la parte legitimada, no importando que ese proceso se hubiera iniciado después. Por ejemplo, si un proceso sucesorio lo ha iniciado un heredero no negligente y otro el albacea los profesionales que intervienen en el proceso iniciado por el albacea, no percibirán honorarios por la iniciación de ese juicio sucesorio, pero sí los profesionales del juicio iniciado por el heredero. Estos resultados no se darán cuando el albacea ha iniciado juicio sucesorio, ante la inactividad manifiesta de los herederos, después de haberlos intimado para que promovieran el proceso, pues en este caso el albacea está legitimado para abrirlo.

63. Acumulación de diferentes procesos sucesorios de un mismo causante, iniciados en diferentes jurisdicciones

Como se trata de un mismo causante, es necesario acumular los distintos procesos sucesorios. Es de aplicación el principio de unidad de sucesión previsto en el artículo 2336, párrafos 1º y 2º. El juez

competente para entender en el proceso sucesorio será el del último domicilio del causante, no pudiendo coexistir dos o más procesos sucesorios de un mismo causante en distintas jurisdicciones.

Efectuada la denuncia correspondiente y no estando en discusión el lugar del último domicilio del causante, el único juez competente será el del último domicilio del causante. A estos efectos el juez competente deberá solicitar la inhibición del juez incompetente.

64. Acumulación de diferentes procesos sucesorios de distintos causantes

La acumulación de diferentes juicios sucesorios de distintos causantes puede tener lugar cuando hay un caudal hereditario común y los mismos herederos; es decir, cuando concurren las dos identidades, la objetiva y la subjetiva. Por ejemplo: cuando se acumula la sucesión del padre y de la madre, siendo los hijos sus herederos. La jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido: La acumulación de sucesiones sólo procede cuando se trata de los mismos herederos y existe identidad de masa hereditaria, puesto que resulta lo más adecuado que un mismo juez entienda en tales circunstancias.

Esta acumulación sólo se produce cuando los causantes hubieran tenido el último domicilio dentro de una misma jurisdicción, pues de otra manera se violaría la regla de la competencia prevista en el artículo 2336, párrafo 2º, del nuevo Código⁸⁷. Esta regla es de orden público y no puede ser alterada por las partes.

IV. FUERO DE ATRACCIÓN

65. Fuero de atracción: concepto y caracteres

Como consecuencia del carácter universal, el proceso sucesorio ejerce el fuero de atracción, en cuya virtud corresponde al juez que entiende en el proceso el conocimiento de las acciones vinculadas a la persona y al patrimonio del causante⁸⁸.

⁸⁷ MEDINA, ob. cit., p. 88.

⁸⁸ ALSINA, ob. cit., p. 692; ACUÑA ANZORENA, *El fuero de atracción del juicio sucesorio en las acciones deducidas por acreedores de la sucesión*, en L. L.

El fuero de atracción tiene por fin la concentración ante un mismo juez —el que entiende del sucesorio— de todas las acciones seguidas contra el patrimonio del causante, pues resulta conveniente, desde todo punto de vista, que el juez del sucesorio conozca también las demandas dirigidas contra el patrimonio que compone el acervo hereditario.

Esta regla no es absoluta, pues en su regulación positiva el fuero de atracción no comprende todas las acciones que puedan afectar a la herencia, excluyéndose las acciones reales.

Por lo demás, el fuero de atracción no puede ser renunciado por las partes, pues iría contra el orden judicial.

De conformidad con lo dicho, podríamos asignar al fuero de atracción los siguientes caracteres:

a) *Es parcial en un doble sentido*: porque sólo funciona cuando los herederos o beneficiarios tienen el carácter de demandados, y porque no abarca todas las acciones que se puedan dirigir contra los herederos, excluyéndose las acciones reales.

El fuero de atracción se ejerce sobre las acciones personales pasivas, es decir, no comprende: 1) las acciones reales que son de competencia del juez de la situación de la cosa, conforme a los principios comunes⁸⁹. No se podría concebir, por ejemplo, que una acción reivindicatoria sobre algún bien de la herencia fuera atraída por el juez del sucesorio. La exclusión del fuero de atracción comprende tanto las acciones reales iniciadas contra los bienes de la herencia como las que iniciaron los herederos, sobre esos bienes, contra terceros, es decir, actúa tanto activa como pasivamente la exclusión; 2) las acciones personales activas⁹⁰, pues el fuero de atracción sólo se ejerce cuando los herederos son demandados, porque se ha creado para beneficio de los acreedores de la sucesión.

b) *Afecta el orden judicial*. La mayoría de nuestros autores atribuyen a las normas sobre el fuero de atracción el carácter de orden público⁹¹. En el mismo sentido la jurisprudencia ha declarado reiteradamente

11-1157; QUINTANA TERÁN, Guillermo, *El fuero de atracción del juicio sucesorio*, en L. L. 118-1072; DE IRIONDO, ob. cit., E. D. 7-461.

⁸⁹ J. A. 15-745; 48-211; L. L. 87-499.

⁹⁰ J. A. 9-694; 24-501.

⁹¹ ALSINA, ob. cit., p. 693.

que el fuero de atracción es de orden público, ya que tiende a liquidar fácilmente el patrimonio hereditario, tanto en beneficio de los acreedores como de la sucesión⁹².

No obstante, pensamos, con De Iriondo⁹³, que es más adecuado y da mayor realismo a las normas de competencia, dentro de las cuales se encuentra el fuero de atracción, considerarlas integrando el orden judicial; hacen más al orden judicial que al orden público. No creemos que el hecho de que determinadas acciones sean o no atraídas por el juez del sucesorio pueda estrictamente ser considerado como una cuestión de orden público. El problema interesa más a un pequeño grupo de personas que a la colectividad. Es un problema de orden judicial, pero nada más. El cambio de concepto en la forma indicada, en nuestra opinión, no afecta a las consecuencias que normalmente se le atribuyen al fuero de atracción.

c) *Es irrenunciable*. Por afectar al orden judicial las partes no pueden renunciar al fuero de atracción, ni puede ser dejado sin efecto por acuerdo entre ellos.

66. Fundamento

El fuero de atracción tiene, en nuestra opinión, como único fundamento la economía judicial. Concentrando ante el juez que entiende en el sucesorio las acciones personales que se vinculan con los bienes que componen el acervo hereditario, se consigue la más rápida y eficaz administración de justicia⁹⁴.

67. Supuestos de actuación del fuero de atracción

El fuero de atracción del juez del sucesorio está reglado en el artículo 2336, párrafo 2º, que contempla una serie de supuestos que deben entablarse ante el juez del último domicilio del causante. Dice así: "El mismo juez conoce de las acciones de petición de herencia, nulidad de testamento, de los demás litigios que tienen lugar con motivo de la administración y liquidación de la herencia, de la ejecución de las disposiciones testa-

⁹² CSJN, *Fallos*: 211:449; 195:485; L. L. 105-961; 70-117.

⁹³ Ob. cit., p. 470.

⁹⁴ En el mismo sentido: DE IRIONDO, ob. cit., p. 469, nota 21.

mentarias, del mantenimiento de la indivisión, de las operaciones de partición, de la garantía de los lotes entre los copartícipes y de la reforma y nulidad de la partición". Así, el mismo juez conoce en:

1) *Acciones de petición de herencia*. La acción de petición de herencia la ejerce el que invoca el carácter de heredero, y la dirige contra el que está en posesión material de los bienes hereditarios invocando título de heredero. Por ejemplo: un causante muere sin testamento. Un hijo del causante inicia la acción contra sus tíos (hermanos del causante) que fueron declarados herederos y que están en posesión material de la herencia; en ese caso los demandados serán excluidos totalmente de la posesión de los bienes. Pero si el causante no tiene herederos forzosos y un hermano inicia la acción contra otros hermanos que fueron declarados herederos y que están en posesión material de la herencia, los demandados no son excluidos de la herencia sino que concurren con los otros hermanos del causante.

En el primer caso el actor deberá solicitar la revocación de la declaratoria de herederos; en el segundo bastará pedir la ampliación de la declaratoria de herederos.

Esta acción puede ejercerse una vez terminado el proceso sucesorio, en cuyo supuesto a la acción de petición de herencia se acumulará la acción de nulidad de la partición. Nos remitimos al Capítulo XIX.

2) *Acción de nulidad del testamento*. El nuevo Código contiene una norma sobre la nulidad del testamento: el artículo 2467 que contiene siete incisos, entre los cuales citamos la violación de una prohibición legal; los defectos de forma (a su vez, previsto en el art. 2474, Cód. Civ. y Com.); la falta de razón del testador, etcétera. La acción de nulidad del testamento está prevista en el artículo 2469.

Esta acción, en algunos supuestos se puede ejercer aunque se haya terminado el proceso sucesorio, en cuyo caso se debe acumular la acción de nulidad de la partición.

3) *Acciones que tienen lugar con motivo de la administración y liquidación de la herencia*. Por ejemplo, acción de remoción del administrador (art. 2351); las acciones de impugnación del inventario y avalúo (art. 2344); las acciones de postergación de la partición (art. 2365).

4) *La ejecución de las disposiciones testamentarias*. Por ejemplo,

la acción para la entrega de los legados (art. 2499); la acción para exigir el cumplimiento de las cargas impuestas al legatario.

5) *El mantenimiento de la indivisión.* Este mantenimiento puede ser impuesto por el testador (art. 2330), o por pacto de indivisión entre los herederos (art. 2331) o por el cónyuge (art. 2332) o por un heredero (art. 2333). Todos los problemas que surjan como consecuencia del mantenimiento de la indivisión o de sus posibles prórrogas, así como de la división de los bienes antes de los plazos citados, las entiende el juez del sucesorio.

6) *Las operaciones de partición.* Estas operaciones, en principio, ponen término a los actos de administración y liquidación. El juez del sucesorio entiende en los conflictos de la propia partición, cuya esencia se traduce en la asignación de lotes (arts. 2377 y 2389); en los reclamos cuando se viola el principio de partición en especie (art. 2374), o en los temas conexos a la partición, por ejemplo: licitación de bienes (art. 2372), colación (art. 2385) y reducción (art. 2444).

7) *Acciones por evicción o vicios ocultos.* Las acciones sustentadas en la garantía por evicción de los bienes adjudicados (art. 2404) o por vicios ocultos (art. 2407) así como también por los casos de exclusión de la garantía por evicción (art. 2406).

8) *Las acciones de reforma y nulidad de la partición.* El artículo 2408 del Código Civil y Comercial establece las causas de nulidad.

9) *Acciones de los acreedores antes de la división de la herencia.* Aunque el artículo —que consideramos ejemplificativo— no nombre las acciones personales de los acreedores del difunto antes de la división de la herencia, deben incluirse en él. No se concibe que los acreedores del causante puedan ejercer sus acciones para obtener el cobro de sus créditos ante un juez distinto del que tramita el juicio sucesorio. No puede olvidarse que esos acreedores pueden oponerse a la entrega de los lotes, si no son pagados sus créditos (art. 2359).

Entendemos que quedan excluidas del fuero de atracción las acciones reales.

Antes de la sanción del nuevo Código, la doctrina y la jurisprudencia consideraban que habían acciones personales que eran atraídas por el juez del sucesorio. Entendemos que esas acciones —no enumeradas en el artícu-

lo 2336— deben quedar sujetas al fuero de atracción, dentro de la armonía del nuevo Código. Así la jurisprudencia ha resuelto que son atraídas por el juez del sucesorio no solamente las obligaciones derivadas de obligaciones contraídas por el propio difunto, sino también por el administrador de la herencia o por el albacea en ejercicio de sus funciones⁹⁵.

Se pueden citar, a título de ejemplo, como comprendidas en el fuero de atracción: la demanda por escrituración, aun con domicilio constituido en el boleto de compraventa en otra jurisdicción⁹⁶, la demanda por desalojo⁹⁷, la demanda contra el fiador fallecido en un contrato de locación⁹⁸, la acción por cobro del impuesto de los inmuebles que componen la herencia⁹⁹, la acción por nulidad de un contrato celebrado por el causante¹⁰⁰.

En algunos casos comprendidos en esta disposición el fuero de atracción subsiste después de la partición. Así, se ha declarado que la atracción por el juez del sucesorio subsiste no obstante haberse realizado la partición, en la demanda por escrituración de un bien vendido por el causante¹⁰¹.

En cuanto a la acción hipotecaria, la jurisprudencia en un principio rechazó el fuero de atracción en virtud de lo dispuesto en la nota al artículo 3284¹⁰²; pero los últimos pronunciamientos de los tribunales de la Capital —como señala Borda¹⁰³— han resuelto que está sujeta a dicho fuero, pues la garantía hipotecaria es accesoria del crédito personal¹⁰⁴. En la actualidad la Corte Suprema de la Nación ha vuelto a la vieja tesis de que no hay atracción¹⁰⁵.

⁹⁵ L. L. 18-201; 11-1157.

⁹⁶ J. A. 71-525.

⁹⁷ L. L. 69-20.

⁹⁸ L. L. 77-677.

⁹⁹ G. F. 99-381.

¹⁰⁰ J. A. 12-856.

¹⁰¹ L. L. 58-685.

¹⁰² L. L. 24-524; L. L. 18-1002.

¹⁰³ Ob. cit., t. I, N° 61.

¹⁰⁴ L. L. 76-364; 84-169; en contra: CCiv. 1ª Cap., sala D, 14-6-67, y CSJN,

Fallos: 246:170.

¹⁰⁵ CSJN, 23-11-82, "Zamorano De Braccia, María c/Melchiondo, Luis y otra", L. L. 1983-B-749; MEDINA, ob. cit., p. 63.

68. Acciones no atraídas por el sucesorio

Como ya hemos dicho, quedan sustraídas al fuero de atracción las acciones reales; por ejemplo, la acción reivindicatoria, la confesional, los interdictos, etcétera.

Por otra parte, hay acciones personales que no están comprendidas en el fuero de atracción. Enumeremos las más caracterizadas¹⁰⁶, que creemos también excluidas en el nuevo ordenamiento civil:

a) *Acción de expropiación*. Según el artículo 21 de la ley 21.549 establece que, tratándose de bienes inmuebles, será competente el juez federal del lugar donde se halle el bien a expropiar con jurisdicción en lo contencioso administrativo.

Tratándose de bienes muebles, será competente el juez del lugar en que estén o el domicilio del demandado, a elección del actor.

b) *Acciones relacionadas con el contrato de trabajo*. El artículo 265 de la ley 20.744 establece que la sucesión del empleador no atrae las acciones judiciales que tenga promovidas o que promoviere el trabajador por créditos u otros derechos provenientes de la relación laboral contraída entre el causante y el trabajador.

c) *Acciones relacionadas con las sociedades*. No son atraídas por el sucesorio las cuestiones referentes a la disolución y liquidación de sociedades comerciales de las que el difunto formaba parte¹⁰⁷. Ni tampoco los conflictos societarios, aunque se admite la atracción cuando se trata de cuestiones referentes a sociedades de hecho en las que el causante formaba parte.

d) *División de condominio*. Tampoco se considera atraída por el sucesorio la acción de división de condominio de un bien que pertenecía parcialmente al causante¹⁰⁸.

¹⁰⁶ MEDINA, ob. cit., p. 69.

¹⁰⁷ L. L. 92-617; J. A. 1942-III-288.

¹⁰⁸ CNCiv., sala D, 16-7-62, E. D. 3-194; SCJBA, 23-3-2002; 12-11-2008, L. L. Online, AR/JUR/44139/2009.

CAPÍTULO IV

HEREDERO Y LEGATARIO

SUMARIO: I. *Hereditario*. 69. Justificación de la figura del heredero. 70. Naturaleza jurídica de la sucesión del heredero: teorías. 71. Teoría de la continuación de la personalidad del causante: antecedentes históricos. 72. Formulación moderna. 73. Fenómenos que explican esta teoría. 74. Crítica de la teoría. 75. Teoría de la representación: concepto. 76. Teoría de la sucesión en la posición jurídica del causante: precedentes romanos. 77. Formulación moderna. 78. Teoría de la adquisición de una *universitas iuris*: precedentes. 79. Formulación moderna. 80. Fenómenos que explican la teoría. 81. Crítica de la teoría de la *universitas*. 82. Teoría de la adquisición de la totalidad o de una suma de bienes: concepto. 83. Teorías intermedias. 84. El problema de la naturaleza jurídica de la herencia en el Derecho argentino. 85. Titularidades que asume el heredero. II. *Legatario*. 86. Justificación de la figura del legatario. 87. El legatario y sus diferencias esenciales con el heredero. 88. El legado como atribución voluntaria y los legados legales. 89. Variedad del contenido de los legados. 90. Legados que suponen atribución patrimonial. 91. Legados que no suponen atribución patrimonial.

I. HEREDERO

69. Justificación de la figura del heredero

La figura del heredero satisface una exigencia social, la de poner en el puesto del difunto a una persona que continúe las relaciones jurídicas de éste. Su función, como dice Barbero¹, es la de continuar entre vivientes la subjetividad jurídica del *de cuius*. Eso implica la necesidad de que un sujeto —el heredero— asuma la titularidad de las relaciones jurídicas transmisibles de otro —causante— una vez que éste muera, sin ruptura de continuidad.

¹ Ob. cit., p. 3.

Esta exigencia –como dice Cicu²– de continuidad presenta tres aspectos, el de los derechos, el de las obligaciones y el de la posesión: a) La extinción del derecho de propiedad sobre las cosas les privaría a éstas del sujeto, convirtiéndolas en *res nullius* y haciendo que puedan ser adquiridas por el primer ocupante. Los derechos reales sobre cosa ajena (servidumbres reales) correrían la misma suerte, pues dependerían de la apropiación del primer ocupante del fundo dominante, convertido en *res nullius*. La extinción de los derechos de créditos, garantizados o no con derechos reales, crearía un enriquecimiento injustificado en los deudores que se verían beneficiados con la extinción de sus deudas no pagadas. b) La extinción de las obligaciones del causante por su muerte, aparte del perjuicio particular a sus acreedores, destruiría las bases del crédito –fundamentales en toda sociedad moderna– y haría imposible el tráfico jurídico. c) Por último, si se extinguiera la posesión de las cosas del causante, éstas quedarían en la condición de cosas no poseídas por nadie, con los inconvenientes que vimos en la letra a.

Todo ello provocaría el trastorno y hasta el caos social, que la figura del heredero impide con su función continuadora de las relaciones jurídicas del causante.

Todavía existirían otras razones para justificar la existencia del heredero: la necesidad de la existencia de una persona a la cual puedan reclamar los legatarios el cumplimiento de las disposiciones testamentarias y, en general, todos aquellos que tienen algún derecho contra la herencia; la conveniencia de que haya alguien encargado de velar por el exacto cumplimiento de las obligaciones impuestas a los legatarios con cargos, etcétera³.

70. Naturaleza jurídica de la sucesión del heredero: teorías

La determinación de la naturaleza jurídica de la herencia, o, mejor, de la sucesión del heredero, ha suscitado numerosas dificultades que han originado diversas teorías.

Unas, llamadas teorías subjetivas, tratan de explicar la naturaleza del fenómeno hereditario vinculándola con la personalidad del causante

² Ob. cit., p. 51.

³ LACRUZ, *Derecho de Sucesiones...* cit., p. 33.

(teoría de la continuación de la personalidad del causante, de la representación, de la ocupación de la posición jurídica del *de cuius*). Otras, llamadas teorías objetivas, buscan la explicación en el objeto de transmisión hereditaria (teoría de la *universitas iuris*, de la adquisición de la totalidad o de una suma indeterminada de bienes). Por último, recientemente han surgido otras teorías llamadas intermedias, que contemplan integralmente el fenómeno sucesorio, introduciendo nuevos aspectos unificadores. Veamos estas diferentes teorías.

71. Teoría de la continuación de la personalidad del causante: antecedentes históricos

Esta teoría pertenece al grupo de las teorías subjetivas, pues centran la explicación del fenómeno hereditario en la personalidad del causante. Según ella, el heredero es un continuador de la personalidad del causante.

El origen de esta teoría lo encuentran los autores en un texto de la Novela 48 de Justiniano, según el cual *nostris legibus uno quodammodo videtur esse personam hæredis et eius qui in eum transmittit hæreditatem*, es decir, según nuestras leyes es "en cierto modo" una sola la persona del heredero y la de aquel que le transmitió la herencia⁴.

Pero en los textos romanos no se afirma la continuación de la personalidad del causante por el heredero como una teoría científica, sino que se presenta como una ficción o, más exactamente, como una imagen⁵.

En la Edad Media los comentaristas de Justiniano —glosadores y posglosadores— repiten, a modo de imagen, la identificación entre causante y el heredero⁶.

El Código de las Siete Partidas recogió la imagen justiniana, afirmando que "según derecho como una persona es contada la del heredero y la de aquel a quien heredó"⁷.

⁴ En esa novela se puede leer también que *cum natura pater et filius eadem persona pene intelliguntur*, y que el heredero *idem fere cum defuncto esse videtur*.

⁵ LACRUZ, ob. cit., p. 37.

⁶ La glosa, comentando la Novela 48, expresa que *unam fingi personam testatori et heredis*. Azón, en el mismo sentido, afirma que *eadem persona heres et defunctus censeatur*.

⁷ Partida 7, Título 9, ley 13.

En la Edad Moderna el concepto de continuación de la personalidad fue perdiendo su consideración de imagen para convertirse en una teoría científica e incluso filosófica. Esto ocurre a partir de Grocio y aún más desde Leibniz⁸.

72. Formulación moderna

La teoría de la continuación de la personalidad del causante fue aceptada casi sin discusión por los pandectistas alemanes, como Glück, Savigny, Ihering. Para Savigny⁹ la herencia es un derecho de sustitución de la personalidad del difunto, la cual se considera como inmanente y perdurable en el heredero. Los civilistas franceses también siguieron esta teoría, siendo sus principales exponentes Aubry y Rau, y lo mismo varios autores italianos, como Stolfi, Messineo, etcétera.

Dentro de esta idea central, hay autores que se refieren no ya a la continuación de la "personalidad jurídica" del causante, sino más concretamente a la continuación de la "personalidad patrimonial" del *de cuius*¹⁰.

El Derecho argentino recogió esta teoría en el artículo 3417 del Código Civil de Vélez. El nuevo Código no la menciona, y de su articulado no se puede inducir.

73. Fenómenos que explican esta teoría

La teoría de la continuación de la personalidad del causante pretende explicar los siguientes fenómenos hereditarios¹¹:

- a) La confusión de patrimonios, pues el heredero al ser continuador de la personalidad del causante, une el patrimonio de él al suyo propio.
- b) La responsabilidad ilimitada del heredero por las deudas del

⁸ Grocio dice que el heredero *personam defuncti refert non in meritis, quæ sunt mere personalis, sed in bonis*. Leibniz reconoce la inmortalidad del alma como última razón de la efectividad del testamento: *Testamenta mero iure nullius essent momento nisi anima esset immortalis*.

⁹ *Sistema del Derecho Romano* cit., t. I, p. 251.

¹⁰ Se pueden ver estos matices en FERRARA, *Estudio sobre la sucesión a título universal y particular* cit., p. 323.

¹¹ LACRUZ, ob. cit., p. 38.

causante. Si la responsabilidad sólo estuviera vinculada a los bienes recibidos, dichos bienes serían el límite de esa responsabilidad.

c) La transmisión de la posesión hereditaria, pues al continuar el heredero la personalidad del difunto recibe de él no sólo las titularidades jurídicas sino los estados posesorios, tal como existían en vida del causante, sin necesidad de aprehensión material por parte del heredero.

74. Crítica de la teoría

La idea de la continuación de la personalidad del causante, que sirve para explicar el fenómeno sucesorio, se halla actualmente casi abandonada en la doctrina extranjera.

La supervivencia de la personalidad del *de cuius* es insostenible técnicamente. Personalidad —dice Lacruz¹²— significa capacidad; pero he aquí que el heredero no deriva su capacidad del difunto, y al adquirir la herencia no duplica su personalidad. Además, cabe preguntarse, ¿cuándo termina la personalidad continuada?: ¿con la confusión de patrimonios, o con la prescripción de las acciones hereditarias, o con la muerte del heredero, o se continua a su vez en la persona de los sucesores perpetuándose a través de las generaciones? Núñez Lagos¹³ señala “la insepulta” personalidad del causante como uno de los comodines barajados en España para explicar los fenómenos sucesorios.

Barassi¹⁴, en el mismo sentido, afirma que “el fenómeno de la supervivencia es absolutamente erróneo. En realidad la personalidad cesa al cesar la persona física: la personalidad jurídica se extingue con la muerte de su titular, y subsiste en su lugar el patrimonio, el cual conserva su cohesión, como conglomerado de relaciones jurídicas aun después de la muerte de su titular”.

Por su parte, Ferrara¹⁵ expresa que esta teoría reposa sobre una ficción, porque la personalidad jurídica del difunto se extingue con la

¹² Ob. cit., p. 39.

¹³ NÚÑEZ LAGOS, *El Derecho Sucesorio ante la tradición española y el Código Civil*, en separata *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1951, p. 2.

¹⁴ *Istituzioni di Diritto Civile*, 2ª ed., Milano, 1921, p. 549.

¹⁵ Ob. cit., p. 325.

muerte, y no se puede considerar sobreviviente y traspasándose al heredero. Éste recibe el patrimonio del *de cuius*, no su personalidad.

Es muy dudoso —dice Lasarte¹⁶— que quienes afirmaban la continuación de la personalidad, ahora tan criticada, desconocieran que recurrían a un artificio. Pensamos, simplemente, que no supieron expresar la idea sirviéndose de la figura jurídica de la “subrogación” del heredero en la posición jurídica del causante, que es la sostenida por la doctrina moderna.

Se explica, pues, que esta teoría, basada en imágenes y metáforas, esté en franca decadencia en nuestros días en que los juristas procuran la explicación de los fenómenos jurídicos sobre bases realistas. La ocupación de la posición jurídica del causante, como veremos oportunamente, da un fundamento satisfactorio a todos los efectos que nacen de la sucesión, es decir, la adquisición de los bienes con la consiguiente confusión de patrimonios, la responsabilidad ilimitada por las deudas del causante, la adquisición de la posesión hereditaria.

75. Teoría de la representación: concepto

Esta teoría, que representa una variante de la anterior, ha tenido menor repercusión. Según ella, el heredero actúa como un representante del difunto, y por ello ha de continuar sus relaciones jurídicas y responder de sus obligaciones.

Difícilmente se puede encontrar el germen de esta teoría en el Derecho Romano. Sólo algunos textos clásicos, tratando de la herencia yacente, aseguran que *haereditas non haeredis personam sed defuncti sustinet*¹⁷.

La doctrina moderna, en general, rechaza la teoría de la representación por no servir para explicar el fenómeno sucesorio, ya que en la representación hay que obrar por cuenta y en nombre de otro, mientras que en esta pretendida representación hereditaria el heredero actúa por cuenta propia y en nombre propio, y los derechos adquiridos por él lo son para él y no para el difunto.

¹⁶ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil*, Madrid, 2001, t. VII, p. 41.

¹⁷ Digesto 41, I, 34.

De ahí que decir que el heredero es un representante del causante, no es más que una imagen, una expresión sin contenido real, que no alcanza a explicar lo que realmente es el fenómeno hereditario.

76. Teoría de la sucesión en la posición jurídica del causante: precedentes romanos

Como reacción contra la teoría objetiva de la herencia, como *universitas iuris*, de tanto predicamento en el pasado, han surgido nuevas teorías subjetivas que, con diversos matices, encuentran la esencia del fenómeno hereditario en la sucesión en la posición jurídica del causante. Estas teorías responden fundamentalmente a la idea clásica romana de la *successio*.

Successio en el Derecho Romano no significa otra cosa que reemplazo en la posición jurídica¹⁸. El heredero clásico es *sucesor*, pues sucede *in locum et in ius*, es decir, en una posición jurídica unitaria, vinculada al universo de la familia. La sucesión, que confiere inmediatamente el título de *heres*, lleva como consecuencia la adquisición de los *bona*, como también la asunción de las deudas.

77. Formulación moderna

En la doctrina italiana, Barbero¹⁹ afirma que si bien ha desaparecido la concepción del Derecho Romano clásico, basada en la atribución formal del título de heredero, ha perdurado, sin embargo, el concepto de herencia como sucesión, perfectamente compatible con la función predominante patrimonial que ha asumido la herencia.

La herencia —dice Barbero— es estructuralmente sucesión, sucesión en la posición jurídica de una persona difunta. El heredero esencialmente sucede, y al suceder como heredero adquiere el patrimonio del difunto en las voces activas y subentra en la titularidad de las relaciones pasivas.

En la doctrina española, Roca Sastre, con gran acierto, estima fun-

¹⁸ Scialoja (*Diritto ereditario romano*, Roma, 1934, p. 64), decía que el sucesor sigue al antecesor, como una onda sigue a la otra, valiéndose de la imagen horaciana.

¹⁹ Ob. cit., ps. 3, 7 y 10.

damental el aspecto de sucesión en la posición jurídica del causante, afirmando que "el heredero se subroga en la misma posición jurídica que tenía el causante; ocupa su puesto y lugar. Sólo por efecto de esta subrogación el heredero deviene titular activo de los derechos, créditos y acciones del causante, y titular pasivo de las deudas u obligaciones del mismo, con la sola excepción de los derechos y obligaciones personalísimos"²⁰.

El nuevo Código Civil y Comercial, en nuestra opinión, acepta esta teoría, que viene a ser el presupuesto que explica la continuación de los derechos y de los estados posesorios del causante en los herederos.

78. Teoría de la adquisición de una *universitas iuris*: precedentes

Esta teoría pertenece al grupo de las llamadas teorías objetivas, porque centran la explicación del fenómeno sucesorio en el objeto transmitido. La teoría tiene su origen en las escuelas romanistas, que la extrajeron de algunos textos romanos de la época bizantina, que aluden a la *universitas* como *successio in universum ius* o *successio in universitatem*.

En el Derecho Romano antiguo y clásico la palabra *successio* significaba subentrar *in locum et in ius* de un sujeto. Suponía, en otras palabras, ocupar el puesto del predecesor, no sólo para las ventajas sino también para asumir las cargas que de él derivaban. El heredero, por suceder *in locum et in ius*, adquiría todas las cosas en conjunto e igualmente las deudas. La recepción *uno actu* —en un acto único— de los bienes (*transire universitatem*), como la recepción de las deudas, son consecuencias de la *successio*, pero no se identifican con ella.

Bonfante²¹ estima que fueron los compiladores bizantinos quienes tomaron de la filosofía griega estoica la idea de la *universitas*, que ha servido de base a esta teoría. *Universitas* vino a significar, no ya una totalidad o un conjunto de bienes, excluidas las deudas, sino una unidad orgánica, esto es un complejo de cosas, derechos y obligaciones concebidos como un objeto único, que explica la sucesión en los bienes y en las deudas, en el patrimonio como una unidad de activo y pasivo.

²⁰ Crítica institucional del Código Civil cit., p. 512.

²¹ Instituciones de Derecho Romano cit., p. 557.

Esta concepción llegó a ser predominante en el Derecho común anterior a la codificación y fue aceptada por muchos Códigos europeos.

79. Formulación moderna

La concepción de la *universitas* ve a la herencia como una unidad global, como una universalidad (*universitas iuris*) que abraza el conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas. Este conjunto de relaciones jurídicas pasan por el difunto formando un todo ideal, independiente de los elementos singulares que la integran, y constituye un objeto de derecho.

Esta teoría cuenta todavía con partidarios²². Pero hay que reconocer que aun los propios autores que admiten la noción de la *universitas* suelen mantenerla con un alcance limitado y con prudentes reservas. Así, Biondi²³ hace notar que el heredero es siempre titular de las "singulares relaciones" que correspondían al difunto y puede ejercer sin más las respectivas acciones; sólo desde determinados puntos de vista y para determinados fines se consideran tales relaciones con un perfil unitario. En el mismo sentido, Messineo²⁴ reconoce que "no en todos los sentidos ni a todos los respectos, debe considerarse la herencia como *universum ius*; así ocurre en algunas relaciones y negocios en que la herencia asume el papel de objeto de relaciones jurídicas (donación de herencia, cesión de herencia, usufructo de herencia y similares). En tales casos la herencia se considera como una suma de elementos patrimoniales que es asumida como objeto de la determinada relación, y que son los elementos que, en el caso concreto, la componen".

Pero hoy día se puede decir que está superada por otras concepciones que explican con mejor fortuna el fenómeno hereditario. Los impugnadores de la doctrina de la *universitas* son hoy día muy numerosos. Citemos a título de ejemplo a Binder en Alemania, a Bonfante y Barbero en Italia, a Núñez Lagos y Lacruz Berdejo en España, etcétera.

²² En España: De Diego, Iglesias Santos, etc. En Alemania: Savigny Windscheid, Bruns, etc. En Italia: Ferrara, De Ruggiero, Biondi, Messineo, etc.

²³ *Universitas e successio*, en *Studi in onore di Pietro de Francisci*, Milano, 1955, vol. IV, p. 24.

²⁴ *Manual de Derecho Civil y Comercial* cit., t. VII, p. 28.

El Derecho argentino aceptó esta teoría en el artículo 3281 del Código de Vélez y la recogieron ampliamente los autores, pero tampoco faltaron detractores. Tuvo la particularidad en nuestro Derecho de aparecer vinculada a la teoría de la continuación de la personalidad del causante.

El nuevo Código la abandona por completo; cuando algún artículo se refiere a la universalidad de la herencia, la expresión se toma en el sentido de toda la herencia o de todos los bienes que la componen. Puede verse, en este sentido, el artículo 2278.

80. Fenómenos que explican la teoría

La teoría de la *universitas* pretende explicar los diversos problemas que plantea la sucesión hereditaria²⁵:

a) La teoría de la *universitas* explica la distinción entre la herencia (sucesión universal) y el legado (sucesión particular). El heredero sucede en la unidad orgánica de las relaciones del *de cuius*, con independencia de los elementos que la constituyen (bienes, derechos, deudas). El legatario adquiere bienes particulares que se desvinculan del patrimonio al cual pertenecían y separados ingresan al patrimonio legatario.

La unidad conceptual del patrimonio como universalidad —dice De Ruggiero²⁶— no se disgrega aunque dos o más personas sean llamadas a la herencia. Cada coheredero es sucesor en el *universum ius*, pues la cuota que percibe cualitativamente es igual al todo, careciendo de importancia el que la cuantía sea igual (cuotas cuantitativamente iguales) o distinta (cuotas cuantitativamente desiguales).

b) Como la herencia es una unidad orgánica compuesta de bienes, derechos y deudas, el mero hecho de ser heredero justifica la asunción por parte de él de las deudas del causante, que aparecen incluidas en la *universitas*.

c) Como el heredero sucede en la unidad orgánica de las relaciones del *de cuius*, prescindiendo de los elementos que la constituyen (bienes

²⁵ LACRUZ, ob. cit., p. 41.

²⁶ *Instituciones de Derecho Civil* cit., t. II, vol. 2, p. 317.

y deudas), la herencia con un pasivo superior al activo (*hereditas damnosa*) continúa siendo herencia.

d) Como la *hereditas* constituye una unidad independiente de los elementos que la constituyen, hace posible que el heredero adquiriera la posesión hereditaria, que no requiere la aprehensión material de la cosa.

e) Por último, la *universitas* hereditaria justifica los negocios jurídicos como la cesión de la herencia y en especial las acciones que afectan a la herencia como un todo, como la acción de petición de herencia. Mediante esta última acción el heredero afirma —según esta teoría— que la *hereditas*, como complejo unitario, le pertenece.

81. Crítica de la teoría de la *universitas*

La teoría que considera la herencia como una *universitas iuris* se manifiesta cada vez más inconsistente²⁷. Nos referimos en primer lugar a la crítica de la teoría del patrimonio y después a su aplicación a la herencia:

A) *El patrimonio como universitas iuris*. La demolición de esta teoría comienza por sus cimientos, la concepción del patrimonio como *universitas iuris*. La teoría del patrimonio como *universitas iuris*, inspirada por Zachariæ y desarrollada por Aubry y Rau²⁸, descansa en la premisa de la identificación de la persona con el patrimonio. El patrimonio se concibe como un atributo de la personalidad. Esta idea confusa es repetida, sin ser explicada, por Aubry y Rau bajo distintas expresiones: la idea del patrimonio se deduce directamente de la personalidad; el patrimonio es en su más alta expresión la personalidad misma del hombre considerada en sus relaciones con los objetos exteriores; el patrimonio es un poder jurídico considerado de una manera absoluta y desprendido de los límites del tiempo y del espacio; etcétera.

La identificación del patrimonio con la persona se consigue, como explica Forniels²⁹, por medio del juego de dos abstracciones:

a) En primer lugar, se hace del patrimonio una universalidad

²⁷ CICU, ob. cit., p. 23.

²⁸ *Manuel de Droit français*, 4ª ed., t. VI, ps. 229 y ss.

²⁹ *Tratado de las sucesiones* cit., 3ª ed., t. I, nota 6.

distinta de los elementos que la componen. Tales elementos son considerados como valores y por ello asumen el carácter de cosas fungibles, perdiendo su individualidad. Las deudas forman parte de ese patrimonio.

b) En segundo lugar esa universalidad comprende no sólo los bienes considerados como valores, sino "la facultad" para adquirirlos. De ahí que abarque tanto a los bienes presentes como a los futuros. "Siendo el patrimonio en su más alta expresión —dicen Aubry y Rau, refiriéndose a este aspecto³⁰—, la persona misma del hombre considerada en sus relaciones con los bienes que puede o sobre los que podría ejercer derechos, abarca no solamente *in actu* los bienes ya adquiridos, sino *in potencia* los bienes a adquirir..."

Sentadas estas premisas tan artificiales surgen las siguientes consecuencias: 1) Toda persona tiene necesariamente un patrimonio, aunque no posea bienes, porque conserva la facultad de adquirirlos. 2) Cada persona no tiene más que un patrimonio, como no puede tener más de una personalidad. Y es indivisible porque siendo incorporeal no puede dividirse en partes materiales. Por ser incorporeal no puede ser objeto de otros derechos que el de propiedad. 3) El patrimonio es inalienable en vida, porque nadie puede desprenderse de su personalidad.

La teoría del patrimonio-persona ha sido objeto de una crítica demolidora. Las dos abstracciones en que se basa son falsas:

a) Se dice que la universalidad jurídica es distinta de los elementos que la forman pero he aquí que la universalidad no suprime la individualidad de los objetos que la componen. Por tal razón la universalidad vendría a superponerse a los objetos particulares como algo diferente de ellos, dando lugar a un dualismo de derechos de propiedad sobre el todo y sobre los elementos que lo forman. "Pero —como dice Ferrara³¹— si uno tiene la propiedad de las cosas singulares como componen la *universitas*, ¿para qué sirve el reconocimiento de un segundo derecho sobre el conjunto cuando este segundo derecho no expresa sino una relación de totalidad sobre las cosas que ya me pertenecen?"

³⁰ Ob. cit., p. 573, nota 6.

³¹ *Diritto Civile*, vol. I, N° 169, p. 801.

Para admitir que el agregado sea objeto autónomo de derecho hay que conceder la posibilidad de un diverso destino jurídico del todo y de las partes, lo que nunca ocurre". No hay un solo caso en que el patrimonio, considerado como un ente distinto de los elementos que lo componen, sea objeto de alguna relación jurídica; de ahí la carencia de valor de ese ente abstracto. Por otra parte, los elementos que componen el patrimonio no son cosas fungibles, carentes de individualidad. Al contrario, cada uno de los objetos vale por sí mismo con independencia de los demás. Son precisamente los valores de las cosas concretas y su individualidad los que contribuyen a determinar el valor del conjunto.

b) Resulta inaceptable también comprender en el patrimonio los bienes presentes y futuros, identificando en este segundo caso los bienes con la facultad para adquirirlos. La identificación del patrimonio con la capacidad patrimonial da como resultado un ente jurídico formado por los bienes, pero con los atributos de la persona. La persona se filtra en los bienes y les da su propio carácter; así surge un patrimonio incorporal, indivisible, inalienable. Dentro de este subjetivismo los bienes no son más que una mera abstracción.

Éste es el punto más débil de la construcción de Aubry y Rau. "Los bienes, aunque se los considere como formando una universalidad independiente —dice Fornieles³²—, quedan en un plano distinto de la persona, como el otro término de una relación jurídica en que la persona constituye el sujeto y los bienes el objeto". Si los bienes son cosas apropiadas, aunque se las considera como formando parte del todo, son siempre cosas, y por más que se abstraiga la idea que uno se forme de ello, no se llegará jamás por esta abstracción a la idea de persona.

Demostrada la falsedad de las premisas de la teoría, fácil resulta deducir la falsedad de las consecuencias:

1) No es verdad que toda persona tiene necesariamente un patrimonio, pues la vida muestra innumerables casos de personas que carecen de patrimonio (ej.: ciertos reclusos, sacerdotes, recién nacidos, etc.). Decir que aun el mendigo más desvalido es dueño de los alimentos que ingiere es una pura metáfora.

³² Ob. cit., N° 10.

2) El patrimonio es un principio único e indivisible; pero hay numerosos casos en que una misma persona tiene más de un patrimonio. Se trata de patrimonios separados entre sí, pertenecientes a un mismo sujeto. Pueden citarse, a título de ejemplo, los bienes de la herencia aceptada a beneficio de inventario; los bienes afectados al pago de los acreedores de la masa en el caso de concurso o quiebra; los bienes propios y gananciales de los cónyuges; etcétera. No creemos que se pueda rescatar la teoría de Aubry y Rau distinguiendo —como hace Llambías³³— entre el patrimonio general y patrimonios especiales, predicando la unidad sólo respecto del patrimonio general, pues esta distinción se contradice con la idea del patrimonio persona, del patrimonio como emanación de la personalidad.

3) Tampoco es verdad que el patrimonio sea inalienable, puesto que la enajenación de los bienes supone la de una parte de la herencia. Incluso —dice Borda³⁴— es posible la alienación total, como ocurre, por ejemplo, en el caso de una persona que profesa y hace donación de todos sus bienes a la orden religiosa en la cual ingresa.

B) *La herencia como "universitas iuris"*. Si el patrimonio no constituye una *universitas iuris*, no puede adquirir tal característica por efecto de la muerte de su titular, ya que no hay un solo instante en que el patrimonio tenga existencia como un todo unitario y orgánico³⁵. Esta idea es aplicable aun en los países en que la herencia se adquiere por la aceptación, en virtud de sus efectos retroactivos al momento de la muerte del *de cuius*.

Barbero³⁶ expresa que "el error de la teoría de la *hereditas universitas* está en que mira la herencia desde el punto de vista de la adquisición, y no desde el punto de vista de la sucesión, con lo que se ve constreñido a la creación de un colosal objeto único de derecho —una especie de bolo hereditario— para explicar cómo el heredero responde también de las deudas, que como tales serían en verdad una "adquisición a la inversa". Responde de ellas en cuanto el heredero

³³ *Tratado de Derecho Civil*, 3ª ed., t. II, p. 189.

³⁴ *Tratado de Derecho Civil argentino. Parte general*, t. II, 1976, N° 737.

³⁵ CICU, ob. cit., ps. 28 y ss.

³⁶ Ob. cit., p. 14.

degluta el bolo hereditario, y ahí está todo: hay bienes y deudas, está el activo y está el pasivo, y si a veces ocurre que no se halla de hecho ni activo ni pasivo (herencia de pordioseros que viven al día y no tienen deudas con nadie), se contenta con decir que la *universitas hereditaria* está representada por un *nomen iuris*, de manera que el heredero en vez del “bolo”, deglutirá una bomba de aire. ¡Pero es lo mismo, algo tiene que deglutir!”

Los fenómenos sucesorios no necesitan ser explicados por esta teoría de la *universitas*, cargada de ficciones.

Así, la sucesión del heredero, como cosa diferente de la adquisición del legatario, se explica por la idea de la subrogación en la posición jurídica del difunto. El heredero “sucede” en la totalidad o en una fracción de los bienes del causante, en tanto que el legatario “adquiere” bienes particulares.

El heredero responde de las deudas del causante como consecuencia de la subrogación, y sin que ello signifique que las deudas formen parte del patrimonio. La responsabilidad ilimitada aparece entonces como una consecuencia lógica, sin perjuicio de que la ley pueda limitar esos efectos.

El traspaso de la posesión hereditaria no es una consecuencia de la adquisición de la *universitas iuris*, sino que surge como consecuencia de la subrogación del heredero en la posición jurídica del causante.

Finalmente, para explicar la cesión de la herencia no es necesario tampoco recurrir a la idea de la *universitas*, pues lo que el cedente trasfiere no es más que un conjunto de derechos y obligaciones unidos por el lazo común de haberlos recibido de un causante. Por otra parte, la posibilidad de reivindicar los bienes en cuanto pertenecientes a la herencia, es un atributo no de la *universitas* sino del título de heredero.

82. Teoría de la adquisición de la totalidad o de una suma de bienes: concepto

Modernamente ha adquirido gran predicamento la teoría que considera la herencia, no como una unidad orgánica (*universitas*), sino simplemente como una totalidad o una suma de bienes o, si se quiere, como un conjunto de relaciones jurídicas de carácter patrimonial, que abarcan la totalidad o una parte alícuota de los bienes.

Esta orientación que ve en la herencia una totalidad o suma de bienes, reducida al activo, es la que predomina en la doctrina alemana. Así Von Tuhr³⁷ dice que el objeto de la sucesión universal es el patrimonio como totalidad.

En la doctrina italiana, Barassi³⁸ niega el concepto de universalidad de la herencia. La herencia no es para él una totalidad independiente de los elementos que la forman, sino un conjunto de relaciones jurídicas de carácter patrimonial. "La sucesión universal por causa de muerte —dice este autor— se caracteriza por tener como objeto la totalidad o una parte alícuota de las relaciones patrimoniales del difunto que perduran después de su muerte".

Cicu³⁹ rechaza la idea de la *universitas*. Para él la herencia es simplemente la totalidad indeterminada, o una cuota de ella, de los bienes del difunto, a cuyo traspaso liga la ley, como efecto anexo, la asunción de las deudas y el traspaso de la posesión. La responsabilidad por las deudas deriva directamente de la ley, y no de una pretendida inherencia de éstas a los bienes⁴⁰.

La doctrina de Cicu ha sido calificada de "atomística"⁴¹, por la carencia de un ligamen orgánico entre los elementos que componen la herencia. El propio Cicu rechaza tal denominación alegando que si bien no hay en la herencia una unidad objetiva u orgánica, como no la había en la vida del causante, hay cuando menos en ella la unidad "subjetiva" que agrupaba los bienes del difunto, es decir, la unidad derivada de haber pertenecido esos bienes a un mismo titular.

La concepción de Cicu, en verdad, tiene muy poco de atomística,

³⁷ *Derecho Civil*, ed. española, Buenos Aires, 1947, vol. II, p. 95.

³⁸ *Instituciones de Derecho Civil*, ed. española, vol. I, p. 370.

³⁹ Ob. cit., ps. 25 y ss.

⁴⁰ La doctrina que combatimos debería preocuparse —dice Cicú— de demostrar en qué se manifiesta la pretendida organicidad de la herencia. Si con ella se quiere justificar el vínculo indisoluble entre bienes y deudas, debería indicarnos dónde está la razón de este ligamen. Algunos han querido verlo en el destino de los bienes para satisfacer las deudas. Y habría ahí vínculo si pudiese admitirse que las deudas constituyen una carga de los bienes, que es la tesis que no ha podido resistir frente a la constatación de que en la cesión de la herencia, ni el Derecho Romano ni el actual, admiten que con los bienes pasen también las deudas.

⁴¹ MESSINEO, ob. cit., t. VII, p. 173.

desde el momento en que señala como una de las características de la sucesión universal subentrar en un solo instante —*uno actu*— en todas las relaciones jurídicas del causante, cuya unidad surge de haber pertenecido a un solo sujeto, el causante. La unidad de los bienes transmitidos es, pues, subjetiva, y no objetiva, como pretende la teoría de la *universitas*.

En la doctrina española también predomina esta idea en los autores modernos. Pérez González y Alguer⁴² ven en la herencia una unidad patrimonial, rechazando la idea de la *universitas iuris*. En el mismo sentido, Gitrama⁴³ configura el patrimonio como una suma de elementos activos gravada con elementos pasivos, todos los cuales tienen una cualidad común, a saber, el haber pertenecido a un mismo sujeto.

El nuevo Código Civil y Comercial acepta implícitamente esta teoría que se refleja en los artículos 2278, 2280, etcétera, que es compatible con la teoría de la sucesión en la posición jurídica del causante.

83. Teorías intermedias

Estas teorías, contemplando aspectos subjetivos y objetivos de la herencia, consideran integralmente el fenómeno sucesorio, introduciendo nuevos aspectos en su análisis.

En este sentido dos son las posiciones que han adquirido mayor relevancia en nuestros días, la de Binder en Alemania y la de Lacruz en España.

A) Binder⁴⁴ considera que ni la sucesión en el patrimonio (aspecto objetivo) ni la sucesión en la personalidad del causante (aspecto subjetivo) aciertan a marcar la esencia del fenómeno sucesorio. “La sucesión hereditaria —dice criticando ambos aspectos— no es una sucesión en el patrimonio del causante como un todo, ni tampoco en una *universitas iuris*, ni aun en una cosa compleja, sino el ingreso en una situación jurídica completamente nueva y de propio sentido, que sólo comprende el patrimonio del causante con numerosas reservas y cambios”.

⁴² Notas a ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, en *Derecho Civil. Parte general*, Barcelona, 1945, vol. I, ps. 612 a 661.

⁴³ *La adquisición de la herencia en el Derecho español*, p. 20.

⁴⁴ BINDER, *Derecho de Sucesiones cit.*, ps. 12 y ss.

Refiriéndose al aspecto objetivo expresa que la esencia de la sucesión del heredero no se puede encontrar en el patrimonio transmitido, ya se vea éste como una *universitas* compuesta por la totalidad de los derechos y obligaciones del premuerto⁴⁵, ya se vea como la totalidad de los derechos, apareciendo las deudas como una carga tácita de él. A los herederos se transfieren “no sólo los derechos y obligaciones del causante sino también las relaciones de hecho jurídicamente más o menos importantes, como la prescripción y la usucapión comenzadas; la aceptación de la oferta contractual de una persona capaz; las posibilidades de modificación jurídica, como, por ejemplo, derechos de impugnación y excepciones; los negocios de adquisición del causante y la posesión. Por otra parte, el contenido de la sucesión tampoco se agota con estas relaciones del causante y su esfera jurídica privada, sino que va más allá, ya que por medio de la sucesión aparecen para el heredero relaciones que no existían ni en germen en la persona de dicho causante y que desde ningún punto de vista pueden ser contadas como formando parte de su patrimonio. Así las pretensiones por causa de legados, cargas y derechos de legítima que pueden dirigirse contra el heredero, y también ciertas responsabilidades legales del mismo. Tampoco la especial regulación jurídica de la responsabilidad del heredero por las deudas hereditarias, la relación entre coherederos con todas sus consecuencias, la acción de petición de herencia, etcétera, pueden considerarse como procedentes del causante y transmitidas por él a los herederos”.

Sintetizando las agudas observaciones de Binder, podríamos decir que al heredero no sólo se transmiten los derechos y obligaciones del causante, sino también las relaciones de hecho de trascendencia jurídica (ej.: la usucapión comenzada); aparecen posibilidades de modificación jurídica (ej.: derechos de impugnación y excepciones); surgen también relaciones que no existían ni en germen en la persona del causante (ej.: obligación de entregar lo legado).

⁴⁵ Binder critica esta idea del patrimonio, que aparece en el art. 1922 del Código Civil alemán, porque no sólo contradice el sentido literal de la palabra, sino también el concepto general del patrimonio que presupone el Código Civil, según el cual sólo entra en él lo que generalmente se llama activo, siendo las deudas consideradas como una carga tácita del patrimonio: como el sustraendo de un minuendo (p. 11).

Apuntando al aspecto subjetivo, dice Binder que todas estas consideraciones impiden ver el fenómeno sucesorio como un simple ingreso del heredero en la situación patrimonial del causante. El heredero en verdad ingresa en una situación jurídica completamente nueva, extraordinariamente compleja. La transmisión de los derechos del causante y el paso de sus deudas al heredero, no son más que un mero aspecto de esta situación jurídica o, si se quiere —podríamos agregar—, no son más que una consecuencia de las múltiples que representa el ingreso en esa compleja situación.

Esta situación jurídica, con todas sus consecuencias, lleva consigo una unidad, más que objetiva, “teleológica”. Lo que da derecho a hablar de sucesión universal (herencia) en contraposición a la sucesión particular (legado) —dice Binder—, más que la unidad del objeto de la adquisición es la unidad del supuesto de hecho de tal adquisición, es decir, el ingreso en esa compleja situación jurídica, si bien la unidad del objeto tampoco puede ser rechazada de plano. Así como el patrimonio en general no es más que una unidad dentro de una pluralidad por pertenecer a un mismo sujeto y servir a unos mismos intereses (los de ese sujeto), así también permanece en el patrimonio esa unidad teleológica cuando se trasmite al heredero o a los herederos, en cuanto que los intereses de que dependía aquella unidad no se extinguen con la muerte del causante, sino que continúan en el heredero o los herederos por reconocerlo así el ordenamiento jurídico. “A pesar de la *confusio bonorum* sobrevenida a consecuencia de la transmisión —agrega Binder—, todavía el patrimonio hereditario debe ser considerado en cierto sentido como un patrimonio separado, como una unidad teleológica pese a la pluralidad y diversidad de sus elementos integrantes, como una unidad que especialmente encuentra su expresión en la sumisión a unas mismas normas. En lugar de la personalidad viviente del causante, ingresa como punto central al cual se imputan y en el cual se unen todas las relaciones, la situación objetiva de intereses, que salta a la vista ante todo en la responsabilidad de la herencia por las deudas hereditarias”.

B) Lacruz Berdejo⁴⁶ rechaza las teorías extremas de la continuación de la personalidad del difunto y de la *universitas iuris*, estimando que

⁴⁶ Ob. cit., p. 39.

ambas teorías, "aun cuando equivocadas, representan intuiciones de fenómenos reales que no han logrado concebir exactamente".

Refutando la teoría de la continuación de la personalidad y bajo la influencia de la teoría subjetiva, afirma que si el heredero no sucede en la personalidad del causante, adquiere en cambio una cualidad personalísima. En efecto, el heredero ingresa de manera general en las relaciones jurídicas transmisibles del causante y también en algunas relaciones que son personales del *de cuius*, recibiendo, por una parte, los derechos y obligaciones del causante en su generalidad, y por otra, las relaciones de las que el causante no hubiera podido despojarse, que se insertan en su persona con el carácter personalísimo que tenían en su anterior titular.

Refiriéndose a este segundo aspecto —relaciones de carácter personal del causante— afirma que lo que el sucesor hereda no es en la personalidad del causante, sino en parte su esfera estrictamente personal. Esta esfera, que era personalísima del causante, sigue siéndolo en el heredero, y ni el testador, una vez que lo ha nombrado heredero, puede impedir que se haga cargo de tales relaciones personales.

Dentro de esta esfera estrictamente personal señala especialmente la misión de tutela que compete al heredero sobre los intereses extramatrimoniales del causante (acciones de filiación sin contenido patrimonial, derecho moral del autor, acciones de injurias y calumnias). "La muerte extingue la personalidad pero quedan los que podrían llamarse derechos de la personalidad pretérita, que siguen relacionados con la personalidad extinta del causante, y que el heredero está encargado de tutelar. Derechos que, sin duda, a estos efectos de protección, pertenecen al heredero, pues no hay que pensar que se trata de derechos sin sujeto. Así, pues, si no es aceptable como explicación del fenómeno sucesorio la comunicación de la personalidad del causante al heredero, sí hay que aceptar que los derechos más íntimamente unidos a un sujeto puedan pasar a otro por sucesión *mortis causa*; a otro que será entonces *fiduciæ causa*, sucesor en los derechos de la personalidad".

En efecto, en primer lugar el heredero recibe todos los bienes del causante (salvo los legados) y los recibe a la vez (*uno ictu*), "pero al no recibirlos como una unidad, recibe cada uno de ellos individualmente, lo cual no se opone a que se reciban todos por el mismo título".

En segundo lugar, recibe todas y cada una de las deudas y obligaciones del causante. En tercer lugar, recibe la posesión hereditaria. Por último, es sucesor de los derechos de la personalidad, como tutor de los intereses extramatrimoniales del causante en la forma antes indicada.

Pero hay más, el heredero adquiere derechos y obligaciones nuevos, que no existían en el *de cuius*. Y, como consecuencia de la sucesión, se pueden modificar algunos de los derechos que tenía el causante.

En el sentido inverso: muchos de los derechos y obligaciones del causante desaparecen con él y los restantes pueden haber sido destinados a título particular (legados) y sustraídos así al heredero.

En síntesis, la situación del heredero es una situación compleja que en modo alguno coincide con la del *de cuius*, pues faltan bienes del causante, se modifican algunos derechos, y pueden nacer nuevos derechos y deudas que no tenía el causante. Sólo con estas reservas —concluye el citado autor— se puede hablar de una sucesión *in universum ius* del difunto.

Esta situación jurídica compleja en la que ingresa el heredero, no significa que las múltiples situaciones jurídicas que la componen carezcan de trabazón alguna. Al contrario, en homenaje a la seguridad del tráfico jurídico y de un modo especial en consideración a los acreedores del causante —agrega Lacruz—, la ley las unifica, siquiera limitadamente y para determinados supuestos. No por eso se puede considerar la herencia como un objeto único (sustituyendo a los objetos singulares que la integran o superponiéndose a ellos), sino como una pluralidad provisionalmente unificada formando una unidad más material que jurídica.

La herencia se mantiene unificada: “ya sea para garantizar la satisfacción de las deudas hereditarias y de las obligaciones que nacen con la herencia, ya sea para que el patrimonio del heredero no pueda quedar afectado a ellas, ya sea para ordenar adecuadamente la distribución de los bienes hereditarios cuando el heredero no es conocido o son varios los que tienen tal condición”.

La herencia se mantiene unida, por otra parte, en forma transitoria hasta tanto cumpla los fines a que está destinada. “Ni siquiera —entiende Lacruz— cabe decir que la unidad se disuelva siempre en un momento

dado, pues en el caso de liquidación de la herencia la disolución de la herencia se produce paulatinamente, conforme se van pagando las deudas y adjudicando los legados”.

84. El problema de la naturaleza jurídica de la herencia en el Derecho argentino

Dentro de la gama de las teorías expuestas, el Código Civil derogado, por un exceso del legislador, recogía en su articulado la teoría de la continuación de la personalidad del causante (art. 3417) y la teoría de la *universitas iuris* (art. 3281). Ambas teorías son compatibles entre sí, porque la primera apunta al aspecto subjetivo, en tanto que la segunda lo hace al aspecto objetivo.

El artículo 3417 del Código Civil decía concretamente: “El heredero que ha entrado en posesión de la herencia o que ha sido puesta en ella por juez competente continúa la persona del difunto...” El artículo 3281 expresaba: “La sucesión a título universal es la que tiene por objeto un todo ideal, sin consideración a su contenido especial, ni a los objetos de esos derechos”.

“La idea de la continuación de la personalidad —dice Borda⁴⁷— es ante todo una ficción. Lo que está muerto no puede continuarse; ni mucho menos una persona puede ser continuada por varias, porque eso sería dividir lo que por esencia humana y divina es indivisible [...] y naturalmente cuando se admite una ficción los tropiezos y contradicciones surgen a cada paso”. Y Fornieles⁴⁸, refiriéndose a la teoría de Aubry y Rau, se pregunta: “¿La persona del difunto se multiplica o se divide? En pura lógica, cuando hay varios herederos, el patrimonio se transmite fraccionado y cada uno absorbe y confunde con el suyo propio la parte proporcional del que ha heredado. Suceden en una fracción del patrimonio y por consecuencia en una fracción de la personalidad. Por extravagante que ello parezca, la lógica discursiva no se detiene en nada. Esto conduce a consecuencias prácticamente irritantes contra las que reacciona el buen sentido; de ahí las composturas que arruinan el sistema”.

⁴⁷ Ob. cit., t. I, *Sucesiones*, N° 12.

⁴⁸ Ob. cit., t. I, N° 11.

Refiriéndose a la idea de la *universitas iuris*, expresa Borda⁴⁹: “La sucesión a título universal tiene por objeto un todo ideal sin consideración a su contenido especial (art. 3281). Parece inútil insistir sobre la vacuidad de esta idea. Si lo que se trasmite no son bienes, no se trasmite nada. Jurídicamente esa *universitas iuris*, esa entidad abstracta inventada por Aubry y Rau, no tiene existencia. Nadie contrata ni constituye un derecho sobre ella; lo que tiene existencia real, lo que es objeto de los actos jurídicos, son los bienes concretos que la forman”. Por su parte, Fornieles⁵⁰ expresa que, según la doctrina clásica, la universalidad constituye una entidad distinta de los objetos que la componen, pero tal afirmación carece de fundamento, poniendo también de relieve la ausencia de gravitación jurídica de ese ente abstracto, la *universitas iuris*.

Estas dos teorías han sido abandonadas acertadamente por el nuevo Código Civil y Comercial, que implícitamente ha aceptado la teoría de la sucesión en la posición jurídica del causante (responde a las teorías subjetivas) y explícitamente la teoría de la adquisición de la totalidad o de una parte indivisa de los bienes hereditarios.

85. Titularidades que asume el heredero

Las dos teorías aceptadas por el nuevo Código se complementan con el análisis de las titularidades que sume el heredero, en comparación con las que tenía el causante. Veamos:

El heredero ocupa una posición de gran complejidad que en modo alguno coincide con la del *de cuius*. En el aspecto negativo, hay relaciones jurídicas del causante que le son sustraídas al heredero. En el aspecto positivo, se conjugan en él posiciones derivadas del causante y posiciones originarias.

A) *Aspecto negativo*. En el aspecto negativo, el heredero no asume todas las titularidades que tenía el causante. Muchos de los derechos y obligaciones del *de cuius* desaparecen con él, y otros pueden ser sustraídos al heredero para ser destinados a los legatarios. Hay, pues,

⁴⁹ Ob. cit., N° 12.

⁵⁰ Ob. cit., N° 7.

derechos y obligaciones intrasmisibles, y dentro de los derechos transmisibles algunos o muchos de ellos pueden estar destinados a los legatarios, sustrayéndolos así a la esfera patrimonial del heredero. En estos casos faltan bienes del causante: en tal sentido el heredero cuantitativamente es menos que el sucesor universal, en la puridad del concepto de éste.

B) *Aspecto positivo*. En el aspecto positivo, corresponde analizar las distintas posiciones del heredero:

a) *Posiciones derivadas*. Son aquellas posiciones jurídicas que pasan del causante al heredero permaneciendo idénticas objetivamente. Son las únicas en donde realmente se da la sucesión. En nuestra opinión, la teoría que mejor explica la asunción de esa titularidad del *de cuius* es la que considera que el heredero ocupa la posición del causante⁵¹. Esto explica que el heredero se haga titular de todas y cada una de las relaciones jurídicas, tanto activas como pasivas, que tuviera el causante. La esencia del fenómeno hereditario está en ese ocupar la posición del causante.

Las consecuencias de tal ocupación son muy variadas y pueden agruparse del modo siguiente:

1) Adquiere la propiedad de los bienes del causante (siempre que no sean destinados a los legatarios de cosa cierta y determinada) y los demás derechos, ya reales, ya creditorios (siempre que no se extingan con la muerte), y puede ejercer las acciones o excepciones tendientes a su protección. El heredero, con esas limitaciones, adquiere en principio todos los derechos del causante o una parte alícuota de ellos, de una vez —*uno ictu*— mediante un único acto de adquisición.

El fenómeno de suceder y la consecuencia de adquirir los derechos del causante son, en nuestra opinión, dos momentos separables conceptualmente, pero no cronológicamente. La ocupación de la posición jurídica del causante que otorga la calidad de heredero y las consecuencias adquisitivas se producen simultáneamente. La sucesión no es la primera etapa del *iter* adquisitivo, sino que lo agota. Por eso la sucesión *mortis causa* es, a la vez, título y modo.

2) Asume todas y cada una de las deudas del causante (siempre

⁵¹ Es la tesis de Barbero, expuesta en el parág. 79.

que éstas no fueran personalísimas) en proporción de los bienes recibidos, y puede ejercer las excepciones tendientes a enervar las pretensiones abusivas.

3) Adquiere la posesión hereditaria, ya sea de pleno derecho, ya como consecuencia de peticionarla a los jueces, sin necesidad de la aprehensión material de las cosas de la herencia, y puede ejercer las mismas acciones posesorias que hubieran pertenecido al causante.

4) Puede ejercer, en casos excepcionales, acciones o excepciones tendientes a reclamar o impugnar determinadas situaciones jurídico-familiares del causante. Ejemplos: la acción de reclamación de la filiación del causante (art. 582, Cód. Civ. y Com.), la acción de impugnación de la filiación presumida por la ley en las condiciones que ella determina (art. 590, Cód. Civ. y Com.).

Pensamos que estos últimos casos se explican igualmente como consecuencia de la ocupación que hace el heredero en la posición jurídica del causante, sin necesidad de recurrir —como hace Lacruz— a la figura de la subsistencia de los derechos de la personalidad pretérita del causante, que el heredero está encargado de tutelar. El ocupar la posición del causante, está impregnada de toda una posición personal, si bien con repercusiones patrimoniales, en la que no se ve inconveniente para incluir situaciones extramatrimoniales, que lógicamente serán excepcionales por ser excepcional la transmisibilidad de ellas.

b) *Posiciones originarias*. El heredero adquiere posiciones originarias que no existían en el causante. Aquí lógicamente no se puede hablar de sucesión. Adquiere derechos inexistentes en el *de cuius*, como el derecho de colacionar, el de pedir la reducción de las donaciones. Está obligado al pago de las obligaciones que nacen con la muerte del causante, como la obligación de pagar las cargas de la sucesión, a cumplir con los legados, a cumplir con los cargos impuestos por el testador, etcétera.

Todo este conglomerado de posiciones jurídicas que se conjugan en el heredero, pese la diversidad de sus partes integrantes, guarda cierta cohesión; está provisionalmente unificado, en virtud de la sumisión a unas mismas normas. No es que exista una unidad a modo de *universitas*, formando un objeto único que sustituya a los objetos singulares que la integran o que se superponga a ellos. La unidad

viene determinada por haber pertenecido a un mismo sujeto y se da a efectos de cumplir determinados fines. La ley somete a ese conglomerado de relaciones jurídicas a unas mismas normas, precisamente para cumplir esos fines. Una vez cumplidos éstos, cesa tal unidad.

Las diversas relaciones jurídicas se mantienen unificadas, unas veces para beneficio de los acreedores; otras veces para garantía de los legatarios; otras, en fin, para beneficio de los mismos coherederos, permitiendo los estados de indivisión. La duración de esa unidad patrimonial, en cierto modo separada del patrimonio del propio heredero, cesará cuando se cumplan los fines indicados.

Concluimos, pues, que el conglomerado de relaciones jurídicas que confluyen con el heredero forman una unidad más material que jurídica, sometida a unas mismas normas, en atención a los fines provisorios que debe cumplir.

En síntesis, si queremos explicar la esencia de la sucesión del heredero, podríamos decir que la situación del heredero es compleja: ocupa la posición jurídica del causante en las relaciones transmisibles de aquel que no son destinadas a los legatarios de cosa cierta; como consecuencia, adquiere los bienes del causante, asume sus deudas y adquiere la posesión hereditaria, y excepcionalmente puede ejercer acciones extramatrimoniales de carácter familiar. Adquiere posiciones originarias que se producen al morir el causante. El conglomerado de esas posiciones está provisionalmente unificado, como formando un patrimonio separado, quedando sometido a unas mismas normas para el cumplimiento de determinados fines transitorios.

II. LEGATARIO

86. Justificación de la figura del legatario

Así como la figura del heredero responde a una exigencia social, la de poner en el puesto del difunto a una persona para que continúe sus relaciones jurídicas, la figura del legatario no responde, en cambio, a ninguna exigencia social, pues es indiferente que el testador atribuya o no a alguna persona ventajas patrimoniales determinadas, bien para satisfacer afectos familiares o de amistad o para satisfacer deudas de gratitud, etcétera.

El legatario —como dice Barbero⁵²— responde, en sentido enteramente contrario al del heredero, a la idea de otorgar al testador “la extrema facultad de modificar *mortis causa* la posición jurídica, en que, sin el legado, sucedería el heredero, a fin de favorecer a una persona o perseguir en general un determinado interés, ajeno al ámbito de encomendar a un continuador su posición en las relaciones que no mueren con el *de cuius*”.

Esta modificación cuantitativa en la posición jurídica que ocupa el heredero se traduce normalmente en la deducción del as hereditario, en la sustracción de bienes al heredero, quien no obstante ello tendrá que entregarlos al legatario. El legatario, aun cuando lo sea de cosa cierta y determinada, tiene que depender del heredero para conseguir la posesión material del legado.

87. El legatario y sus diferencias esenciales con el heredero

Cuando el legado representa una transmisión de derechos, es decir, una atribución patrimonial⁵³, las diferencias con el heredero surgen por contraste con el concepto sustancial de este último.

Efectivamente, la esencia del heredero es suceder en posición jurídica del *de cuius*, cualquiera que ella sea. La adquisición por parte del heredero es —como dice Barbero⁵⁴— secundaria, eventual y estructuralmente consecuencial respecto del suceder. Por este suceder el heredero puede hacer una “adquisición”, como puede hacer una pérdida; hace una adquisición si patrimonialmente la herencia tiene más activo que pasivo: hace una pérdida si el pasivo excede al activo. Adquisición y pérdida no son, ni la una ni la otra, esenciales, sino que pueden faltar ambas. Son consecuencias del suceder, y no causa de la sucesión.

Contrariamente al heredero, el legatario no sucede en la posición jurídica del causante, sino que efectúa esencial y directamente una adquisición (se entiende, claro está, cuando el legado representa una

⁵² Ob. cit., p. 6.

⁵³ Prescindimos de los casos anómalos de legados que no suponen atribución patrimonial, como el legado de liberación, de reconocimiento de deuda.

⁵⁴ Ob. cit., p. 10.

transferencia de derechos). Agota en su adquisición todas sus relaciones con el heredero o la sucesión del causante. Su género próximo es el donatario, del que se distingue sobre todo por su título *mortis causa*: recibe el derecho precisamente porque ha fallecido su anterior titular.

Comparando estas dos figuras, dice Lacruz muy gráficamente⁵⁵, así como el legatario “tiene” algo, el heredero “es” algo: la persona que subentra en la posición jurídica del causante.

La sucesión del heredero, además, exige que permanezcan inalterados los títulos constitutivos de las relaciones jurídicas del causante, cosa que no sucede en la adquisición del legado. En efecto, en la sucesión del heredero no hay un nuevo acto o título constitutivo respecto del que tuvo el causante. El heredero sigue siendo comprador, legatario, permutable del derecho en que ha sucedido. En cambio, en la adquisición del legatario, al cambiar el sujeto cambia también el título constitutivo, que es el acto a base del cual el derecho se transfiere. Por eso —como apunta Stolfi⁵⁶— el heredero es parte, en tanto el legatario es tercero.

De estos principios sustanciales se deducen, en forma inmediata, las siguientes consecuencias: 1) La responsabilidad del heredero por las deudas del causante es una responsabilidad personal e *intra vires hereditatis* (art. 2280) con posibilidad de convertirse en responsabilidad *ultra vires* (art. 2321). Contrariamente, el legatario no responde de las deudas del causante (arg. arts. 2280 y 2321), a no ser que se le impongan como cargas que acompañan a la atribución del legado (art. 2500), o que no haya bienes suficientes en la herencia (art. 2319), o en el caso del legado particular de una universalidad (art. 2318). 2) El heredero tiene la posesión hereditaria (de pleno derecho o como resultado de pedirla a los jueces). El legatario, en cambio, no recibe en ningún caso la posesión hereditaria. La única que recibe es la posesión material, como consecuencia de la entrega que le debe hacer el heredero (art. 2499).

88. El legado como atribución voluntaria y los legados legales

Los legados son actos ordenados por el causante en testamento

⁵⁵ Ob. cit., p. 32.

⁵⁶ Ob. cit., p. 463.

(art. 2494, Cód. Civ. y Com.). Se han suprimido los antiguos codicilos o memorias testamentarias, que en el Derecho anterior al Código de Vélez podían servir para ordenar legados (art. 3620).

Cuando no aparece la voluntad privada del causante en el testamento que otorga la atribución patrimonial, no podemos hablar en nuestro Derecho de legados. Las atribuciones *mortis causa* a título singular ordenadas por la ley no son, pues, legados.

La expresión "legados legales", utilizada en el siglo pasado por algunos autores, especialmente por Schiffner⁵⁷, referida a esas atribuciones legales, va en contra de la esencial atribución voluntaria que representa el legado y aparece, por tanto, como contradictoria. Por definición el legado es voluntario, y en el momento que es ordenado por la ley deja de ser legado.

La semejanza que pueda existir entre las atribuciones legales a título particular y el legado, han de ser necesariamente muy relativas, desde el momento en que las normas que regulan el legado tienen su base, en una gran parte, en el carácter de acto voluntario del causante manifestado en el testamento. Los destinatarios de esas atribuciones legales tendrán, en nuestra opinión, el carácter de herederos o incluso de legitimarios, pero nunca de legatarios.

89. Variedad del contenido de los legados

Es tal la variedad posible de los legados en cuanto a su contenido, que muchos autores sostienen que no cabe una formulación conceptual positiva, limitándose a definirlos como "toda disposición testamentaria que no atribuya la cualidad de heredero"⁵⁸. Entendemos que una definición negativa como la expuesta —que incluso permite la confusión del legado y el cargo— resulta insuficiente para conocer la esencia del legado.

Por eso nos parece preferible definir el legado determinando su tipo normal, sin perjuicio de ir reconociendo las variedades anormales que actúan a modo de deformaciones del tipo normal. En ese sentido

⁵⁷ Cit. por LACRUZ, ob. cit., p. 61.

⁵⁸ ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Derecho Civil español*, Madrid, 1964, vol. 5, p. 279.

podríamos decir que el legado, en principio, es "una atribución patrimonial gratuita, a título singular, hecha en testamento"⁵⁹.

En efecto, el legado supone normalmente una atribución patrimonial gratuita. Tomando este aspecto los romanos definían el legado como *donatio quaedam a defuncto relicta et ab hærede prestando*. Ya dijimos que el género próximo del legado es la donación, si bien esta última no tiene carácter de un acto *mortis causa*. Sin embargo, el elemento de atribución patrimonial no se da en algunos legados, tales como el legado de liberación y el de reconocimiento de deuda, y la gratuidad no existe en aquellos otros en que, pese a la atribución patrimonial, el cargo impuesto agota o excede el contenido del legado.

Considerando la variedad de contenidos del legado, De Ruggiero⁶⁰ llama legado a toda disposición que no atribuye la calidad de heredero, cualquiera que sea su contenido, que constituya una disminución de la herencia, una disposición con cargo al heredero o a un tercero, una liberalidad, un lucro para el favorecido o también una carga. Admite este autor, al igual que nosotros, que concretamente puede faltar la atribución patrimonial, como la liberalidad, como la sucesión particular del legatario.

90. Legados que suponen atribución patrimonial

Cuando el legado supone sucesión particular del causante cabe hacer la siguiente distinción:

a) Que el legatario reciba directamente del patrimonio del causante la propiedad de los bienes legados. Es el legado con efectos reales. Este fenómeno se produce en el legado de cosa cierta, que es el que se refiere a cosas materiales ciertas y determinadas. El legatario de cosas determinadas es propietario de ellas desde el momento de la muerte del causante (art. 2498), y por ello se desglosan de los bienes adquiridos por el heredero. Aunque el legatario tenga que pedir la entrega del legado al heredero (art. 2499), la transmisión del dominio

⁵⁹ Juan Ossorio Morales (*Manual de sucesión testada*, Madrid, 1957, p. 345) lo define como "una atribución patrimonial *mortis causa* a título singular hecha en el testamento".

⁶⁰ Ob. cit., p. 502.

se produce en forma directa del causante a su persona en el momento de la muerte de aquél. La sucesión sirve a la vez de título y modo para adquirir el legado. Prueba de que la entrega que el heredero hace al legatario no es modo necesario para adquirir el dominio, es que el legatario puede reivindicar la cosa del heredero cuando éste no accediere a la entrega.

b) Que el legatario reciba en forma mediata del causante los bienes legados objeto de su derecho de crédito. Es el legado con efectos obligacionales. En los demás legados que suponen una atribución patrimonial que no sean de cosas ciertas (legado de cosas indeterminadas, fungibles, sumas de dinero, créditos, etc.) el legatario recibe directamente del causante un crédito frente al gravado. El objeto de la prestación se halla contenido en el caudal relicto y la obligación por el cumplimiento del legado es una carga del heredero. Si bien el legatario adquiere su derecho de crédito del causante, la transmisión del objeto de la prestación —objeto legado— se produce por mediación del heredero. De ahí que en estos casos podamos decir que la transmisión del causante al legatario, en cuanto al objeto de la prestación, se produce en forma mediata. El artículo 2496 habla del derecho al legado. La sucesión es sólo título para estos legatarios; el modo es la entrega que hace el heredero. El legatario antes de la entrega no tiene una acción reivindicatoria sino una acción crediticia.

91. Legados que no suponen atribución patrimonial

Hay legados en los cuales no se produce adquisición alguna de derechos, ni entre vivos ni por causa de muerte. No hay ninguna atribución patrimonial. Tal sucede en el legado de liberación (art. 2505, párr. 1º) y en el legado de reconocimiento de deuda (art. 2506, párr. 2º). Decir en estos casos que el legatario es un adquirente o sucesor a título particular es un manifiesto error.

CAPÍTULO V

SISTEMAS DE DETERMINACIÓN DEL HEREDERO Y DEL LEGATARIO. VARIEDADES EN SU INSTITUCIÓN

SOMARIO: I. *Sistemas de determinación del heredero y del legatario*. 92. Determinación del heredero y del legatario: sistemas. 93. Sistema subjetivo. 94. Sistema objetivo. 95. Sistema intermedio. 96. Sistema aplicable al Derecho argentino. 97.A) La institución de heredero en cosa cierta: antecedentes históricos. 98. Evolución de la doctrina. 99. Presunción *iuris tantum* y prueba en contrario en el heredero de cosa cierta. 100. Casos de herederos instituidos en cosa cierta. 101. Efectos de la institución de cosa cierta. 102. Institución *excepta re certa*. 103.B) El legado de parte alícuota: antecedentes históricos. 104. El legado de cuota en el Código Civil de Vélez Sársfield. 105. El heredero de parte alícuota y la posibilidad del legatario de cuota en el nuevo ordenamiento. 106. Caracteres del legatario de parte alícuota. 107. Conclusiones. 108. Tendencias actuales en el Derecho extranjero. II. *Variaciones en la institución de herederos y de legatarios*. 109. Variaciones concretas de instituciones de herederos y de legatarios: generalidades y casos. 110. Distribución de la herencia en legados particulares. 111. Distribución de la herencia en masas de bienes. 112. Legado de una herencia recibida por el causante. 113. Legado de usufructo. 114. Institución en el remanente. 115. Institución en la porción disponible.

I. SISTEMAS DE DETERMINACIÓN DEL HEREDERO Y DEL LEGATARIO

92. Determinación del heredero y del legatario: sistemas

Expuestas ya las diferencias conceptuales entre el heredero y el legatario, corresponde ahora analizar cómo se determina en los casos concretos cuándo una disposición testamentaria reviste el carácter de

herencia o de legado o, en otras palabras, cuándo hay designación de heredero o de legatario. Obviamente, nos estamos refiriendo a la sucesión testamentaria, pues en la intestada sólo hay heredero.

El tema lo consideramos fundamental. Hemos sostenido que el heredero es el que se subroga en la posición jurídica del causante y que esa subrogación produce estas consecuencias: la adquisición de los bienes que tenía el causante, la asunción de sus deudas y la adquisición de la posesión hereditaria.

Lo que vamos a resolver ahora es cómo determinar, ante una disposición testamentaria concreta, cuándo hay heredero y cuándo no. Esa determinación, en principio, se efectúa en base a reglas sobre el aspecto adquisitivo que indican cómo recibe los bienes el heredero (universalidad) y cómo el legatario (bienes particulares). Pero también puede tenerse presente el aspecto sustancial para determinar si hay heredero o hay legatario, según haya o no subrogación en la posición jurídica del causante.

A este respecto existen dos sistemas contrapuestos: el subjetivo, cuyo exponente puro se encuentra en el Derecho Romano, y el objetivo, al cual se adhieren con diferente intensidad los ordenamientos modernos. Pero cabe hablar también de un tercer sistema intermedio, que admite matices diferenciadores.

93. Sistema subjetivo

El Derecho Romano sitúa el elemento calificador de la sucesión en el título de heredero. En la concepción romana —como dice Arangio Ruiz¹—, la *successio* no se realiza sino en cuanto se haya conferido a alguien el título de *heres*, ya por directa designación del ordenamiento jurídico, ya por designación hecha por el causante en aquel negocio jurídico que se llama *testamentum*.

No existiendo problema alguno en la sucesión *ab intestato*, en la que los sucesores lógicamente son siempre herederos, corresponde referirse exclusivamente a la sucesión testamentaria. La fuerza del testamento arranca de la *heredis institutio*, esto es, de la designación de herederos hecha por el causante. El viejo Derecho Civil fue riguroso

¹ Ob. cit., p. 465.

en cuanto al formalismo de la designación, exigiendo que el heredero fuera nombrado con términos precisos y categóricos, asignándole el título de *heres*. Pero en el propio Derecho clásico se inicia una tendencia que, mitigando la antigua rigidez, da especial relieve a la voluntad del testador, tendencia que culmina en una Constitución del año 339, en la cual se autoriza el empleo de cualquier frase para instituir heredero, con tal que en ella resulte evidente la voluntad del testador.

En el sistema romano, en suma, no hay que atender, para determinar si hay heredero, al modo o manera como los bienes son transmitidos por el causante, sino simplemente al nombramiento de heredero hecho formalmente por el testador. Y cuando se superó el formalismo en la designación de heredero, se atendió a la voluntad del testador. Prevalece siempre el *nomen heredis* sobre la *assignatio*.

Consecuencia de este fundamental punto de vista, unido a la incompatibilidad del llamamiento testado e intestado, es que el heredero *ex re certa*, cuando sólo hay otros herederos intestados, en virtud de su título, adquiere la totalidad del patrimonio. Consecuencia también es que cuando el testador da el carácter de legatario a una persona asignándole parte de los bienes (*legatum partitionis*), hay legatario, y no heredero. Como se ve, en ambos supuestos predomina el nombramiento de heredero o de legatario efectuado por el testador sobre la asignación de los bienes.

94. Sistema objetivo

En el sistema objetivo el carácter de heredero o de legatario surge, no de la voluntad del causante, sino de la naturaleza intrínseca de la disposición testamentaria, no *mera voluntate*, *sed ex re*.

El testador es libre de hacer toda clase de disposiciones en el testamento, con las lógicas limitaciones que surgen de las legítimas, pero es la ley la que determina, según la forma de asignar los bienes, cuándo la disposición es a título de heredero y cuándo a título de legatario.

La clave de la diferenciación entre la herencia y el legado según este sistema está en la indeterminación o determinación de las relaciones jurídicas objeto de la transmisión. El heredero adquiere la totalidad o universalidad de esas relaciones jurídicas o cierta porción in-

determinada (parte alícuota) de esa totalidad. El legatario adquiere bienes concretos o una cantidad determinada de ellos². Habrá que estar, pues, a la forma de asignación de los bienes para determinar si hay un heredero o un legatario, independientemente de la voluntad del testador. La diferencia, pues, entre el heredero y el legatario no es cuantitativa sino cualitativa; no depende de cuánto se recibe, sino de cómo se recibe³.

Se llama sistema objetivo porque hace depender la diferencia entre herencia y legado de la propia naturaleza objetiva de la disposición del testador.

Éste es el sistema que siguen los Códigos Civiles, entre los cuales cabe destacar los Códigos Civiles italiano, español, alemán, suizo, etcétera, y, desde luego, el nuestro. Con todo, en ellos se incrustan elementos subjetivos, cuya extensión discute la doctrina.

95. Sistema intermedio

Este sistema tiene su origen en las concesiones que las legislaciones hacen en forma limitada a determinados aspectos subjetivos, y sobre todo en la elaboración doctrinaria, con repercusiones jurisprudenciales, que revalorizan la voluntad del testador sin abandonar las diferencias objetivas que las legislaciones hacen para distinguir el heredero del legatario.

Es en este sistema donde se han realizado los mayores aportes doctrinarios, que nos permiten aceptar nuevos puntos de vista —a veces innovadores— sobre la forma de determinar y distinguir las dos figuras estelares del Derecho Sucesorio, el heredero y el legatario.

Lo analizaremos seguidamente con referencia al Derecho argentino,

² Ossorio Morales (*El legado de parte alícuota*, en *Estudios de Derecho Privado*, Barcelona, 1942, p. 140) dice en el mismo sentido que hay sucesión a título universal cuando se sucede en el patrimonio del causante (activo y pasivo), considerado como una unidad abstracta independiente de los elementos singulares que la integran, cualquiera que sea la naturaleza, número o valor de éstos, y sucesión a título particular cuando se suceden en relaciones determinadas, concretas, o bien en un grupo de ellas, pero consideradas *ut singuli*, como suma de determinados elementos singulares.

³ ALBALADEJO, *Anotaciones a CICU*, en *Derecho de Sucesiones* cit., p. 36.

tratando de aplicar a él no sólo las enseñanzas surgidas de la doctrina nacional sino también de la extranjera.

96. Sistema aplicable al Derecho argentino

El Código Civil y Comercial, en varias normas, califica como herederos a quienes reciben la universalidad o una parte alícuota de los bienes del causante y como legatarios a quienes reciben bienes particulares. Así, el artículo 2278 expresa que se denomina legatario "...al que recibe un bien particular o un conjunto de ellos". Este mismo artículo expresa que "Se denomina heredero a la persona a quien se trasmite la universalidad o una parte indivisa de la herencia..." El artículo 2488 admite la posibilidad concreta de que el testador haya asignado a los herederos cuotas en la herencia.

Normalmente esta forma de asignación de la herencia en la universalidad o en bienes concretos, coincidirán, respectivamente, con la denominación de heredero o legatario empleada por el testador. Pero puede ocurrir que no sea así, es decir que la designación de heredero o legatario efectuada por el testador no coincida con la forma indicada de atribución de los bienes. Entonces habrá que plantearse, ante todo, el problema de si esas normas son imperativas o si, al contrario, son interpretativas de la voluntad del causante, dejándose de aplicar cuando esta voluntad aparezca como diferente al contenido de ellas.

Adelantamos que para nosotros estas normas tienen carácter interpretativo y supletorio respecto de la voluntad del causante. La sucesión testamentaria está signada en nuestro Derecho por un carácter eminentemente voluntarista, con las lógicas limitaciones inderogables que establece la ley.

Esto nos lleva a la aceptación del sistema subjetivo en la determinación del heredero y del legatario, lo cual no implica abandono del sistema objetivo plasmado en las normas citadas precedentemente. Todo se reduce a determinar el grado de influencia de la voluntad del causante, pues cuando ésta es muy amplia la doctrina habla del predominio del sistema subjetivo o, simplemente, de la aceptación del sistema subjetivo.

El estudio del elemento subjetivo lo haremos sirviéndonos de las

dos figuras emblemáticas, la institución de heredero en cosa cierta y el legado de parte alícuota, que implican en puridad de concepto contradicciones en sí mismo. Si nos atuviéramos al elemento objetivo, como el heredero recibe la totalidad o una parte alícuota de los bienes, la figura del heredero en cosa cierta sería inadmisibles, por no ser adquirente de la universalidad o parte alícuota de los bienes; debería ser siempre un "legado" de cosa cierta. Por otra parte, el legado de parte alícuota, por ser legado, no debería contener partes alícuotas; desde la perspectiva del sistema objetivo, debería ser heredero, porque recibe una parte alícuota de la herencia: de ahí que se hable de la contradicción de la figura.

97.A) La institución de heredero en cosa cierta: antecedentes históricos

En el Derecho Romano el nombramiento de heredero en cosa determinada o en un conjunto de cosas que no consistiera en una cuota parte de la herencia, parecía en oposición con el carácter de sucesor universal que tenía el heredero. En virtud de la regla "*nemo pro parte testatus...*", unido a la fuerza expansiva del título de *heres*, al instituido de esta manera (*ex re certa*) se le hacía heredero de la herencia entera o de la porción correspondiente si los herederos eran varios, haciendo caso omiso de la atribución de la cosa singular.

Más tarde y sólo en el supuesto de que existiesen otros herederos, aparte del instituido *ex re certa*, se acabó por buscar soluciones que permitieran respetar en parte los deseos del testador. Así, si los herederos eran todos instituidos *ex re certa*, el *arbiter familiae erciscundae* debía adjudicar a cada uno de los herederos las cosas singulares asignadas por el testador, si bien los créditos y las deudas se repartían entre ellos por partes iguales. Cuando existían herederos instituidos *ex re certa* y otros instituidos regularmente, se estableció que el *heres ex re certa* no recibiese más que la cosa corporal que le indicaba el testador, repartiéndose las demás cosas, con arreglo a las respectivas cuotas, entre los restantes herederos; en los créditos y las deudas el *heres ex re certa* seguía siendo considerado como un heredero corriente, repartiéndose por igual entre todos.

Justiniano fue aún más lejos en el supuesto de que existiesen otros herederos: si todos los herederos eran instituidos *ex re certa*, la cosa asignada a cada uno tenía carácter de prelegado. Más si los herederos *ex re certa* concurrían con los herederos instituidos regularmente, aquéllos tenían la condición de legatarios. Esta equiparación no fue absoluta, pues si los herederos instituidos regularmente no aceptaban la herencia, sus partes acrecían a los herederos *ex re certa*.

Las Partidas (Partida 6, Título 3, Ley 14) aceptaron la doctrina romana que consideraba que, en principio, el instituido *ex re certa* recogía la herencia como heredero.

Por otra parte, el ordenamiento de Alcalá (Ley 1, Título 19) suprimió la famosa regla romana *nemo pro parte testatus*. Entonces algunos autores entendieron —como dice Lacruz⁴— que cualquier instituido en cosa cierta, desde el momento en que los herederos *ab intestato* podían suceder a la vez que él, debía contentarse estrictamente con la cosa que se le asignaba. Se le reducía, pues, a la calidad de puro legatario sin concederle el derecho de acrecer que le otorgó el Derecho Romano justinianeo. Esta doctrina llegó a generalizarse a fines del siglo XVIII y fue recogida por el artículo 628 del Proyecto de Código Civil para España de García Coyena, según el cual: “El heredero instituido en cosa cierta y determinada es tenido por legatario de ella”, y así pasó al artículo 768 del Código Civil español.

98. Evolución de la doctrina

Las legislaciones vigentes aceptan el sistema objetivo. Pero la doctrina, principalmente extranjera, basándose en los mismos textos legales o en los principios que fundamentan el testamento, ha ido rescatando el elemento subjetivo cada vez con mayor intensidad. Por eso se puede hablar de un proceso de evolución que ha culminado con la aceptación amplia del sistema subjetivo. Por la similitud legislativa, consideramos de especial interés efectuar un esbozo de esa evolución en la doctrina española, comenzando por la figura del heredero en cosa cierta.

El artículo 2278 del nuevo Código considera que el instituido en

⁴ Ob. cit., p. 85.

un bien particular o en un conjunto de ellos se denomina legatario. Este precepto es similar al artículo 768 del Código Civil español, que dice: "El heredero instituido en cosa cierta y determinada será considerado legatario".

En las primeras posiciones que adoptan los autores españoles, apenas hay indicación de que correspondan a un criterio subjetivista. La doctrina posterior al Código Civil —ha dicho Castán⁵— se ha venido adhiriendo durante muchos años, explícitamente a veces e implícitamente otras, al criterio objetivo que considera que el heredero es el que recibe la universalidad de los bienes y el legatario el que recibe bienes concretos. En esta posición militan Sánchez Román⁶, Calixto Valverde⁷, Ferrara en un artículo especialmente dedicado al Derecho español⁸.

El criterio subjetivo, que tiene en cuenta la voluntad del testador, se inicia con Manresa⁹, Muscius Scaevola¹⁰ y De Buen¹¹, al sostener que el artículo 768 del Código Civil no es un precepto imperativo, sino una regla de Derecho supletorio. Lo decisivo debe ser en cada caso la interpretación de la voluntad del testador.

Esta tendencia ha tenido en los últimos años una extraordinaria difusión, contando con el apoyo de los juristas más destacados, como Roca Sastre¹², Ortega Pardo¹³, Puig Peña¹⁴, y los máximos especialistas en el Derecho Sucesorio: Lacruz Berdejo¹⁵ y Vallet de Goytisolo¹⁶. Cabe citar también en esta corriente en trabajos recientes a Fernández Domingo¹⁷,

⁵ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral* cit., p. 176.

⁶ SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudio de Derecho Civil*, Madrid, 1910, t. VI-2, p. 1342.

⁷ *Tratado de Derecho Civil español*, Valladolid, 1939, t. V, p. 21.

⁸ *Estudio sobre la sucesión a título universal y particular...* cit., p. 322.

⁹ *Comentarios al Código Civil*, Madrid, 1932, t. VI.

¹⁰ *Código Civil comentado y concordado*, Madrid, 1943, XV, p. 505.

¹¹ *Anotaciones a COLIN y CAPITANT*, en *Curso elemental de Derecho Civil*, Madrid, 1951, VII, p. 225.

¹² *Anotaciones a KIPP*, en *Derecho de Sucesiones* cit., t. I, p. 264.

¹³ *Heredero testamentario y herederos forzosos*, en *Anuario de Derecho Civil*, t. III-2, p. 330.

¹⁴ *Tratado de Derecho Civil español* cit., t. V, p. 376.

¹⁵ *Anotaciones a BINDER, Derecho de Sucesiones* cit., p. 94.

¹⁶ *Apuntes de Derecho Sucesorio* cit., p. 164.

¹⁷ FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús I., *Ser heredero. Una defensa del criterio subjetivo*, Madrid, 2009, p. 99.

López y López¹⁸. Incluso Lasarte Álvarez¹⁹, quien sigue el sistema objetivo, refiriéndose a la institución de heredero de cosa cierta, expresa que es sencillamente una cuestión de interpretación testamentaria, ha resaltado que no puede atribuirse al artículo 768 carácter imperativo, sino que se trata de una norma meramente interpretativa.

En la última etapa de la evolución se reafirma, como factor decisivo, la voluntad del testador. La investigación de esa voluntad no se limita a determinar si el testamento contiene una disposición de todos los bienes o de un bien concreto para concluir que hay heredero o legatario, sino que va más allá. Esa voluntad prima sobre cualquier modo de asignación de los bienes, con el sólo límite, si se refiere a la institución de heredero, de no ir contra la esencia de la figura del heredero, cual es subrogarse en la posición jurídica del causante con la especial consecuencia de asumir en forma personal sus deudas.

Osorio Morales²⁰, concordante con lo expuesto, expresa que "para calificar la disposición testamentaria, ha de atenderse en todo caso a la voluntad del testador, y que, ante esta *questio voluntatis*, será casi siempre elemento decisivo para averiguar la voluntad, el contenido mismo de la disposición, la forma en que el testador haya dispuesto de los bienes, si bien ese elemento puede no ser único, debiendo, en caso de duda, atender a los efectos económicos y sociales que el testador ha querido producir, y que, cuando aparezca claro que lo querido por el testador ha sido investir al designado de la posición jurídica de sucesor a título universal (subrogado en su personalidad patrimonial, responsable de sus deudas, gravado con legados, etc.), éste será heredero, independientemente de los bienes a que haya sido llamado y de la forma en que se le hayan atribuido".

Lacruz sostiene que el Derecho español acepta la teoría subjetiva, si bien no por eso concede libertad absoluta en el nombramiento de heredero, ni rechaza el auxilio que, para discernir entre el heredero y el legatario, puede presentar la forma de la disposición. Su pensamiento lo sintetiza en estos postulados: a) prevalece la voluntad del causante sobre los términos de la disposición; b) el causante no puede convertir

¹⁸ *Derecho de Sucesiones*, Valencia, 1992, p. 47.

¹⁹ *Principios de Derecho Civil* cit., t. VII, p. 136.

²⁰ *Manual de sucesión testada* cit., p. 181.

en heredero a quien no ofrezca términos hábiles para serlo; c) se presume la institución de heredero o de legado, según el llamamiento sea a la totalidad o una cuota de bienes, o a un bien determinado²¹, respectivamente.

Todas estas consideraciones son aplicables al Derecho argentino, en el que, a nuestro juicio, cabe aplicar la tesis subjetiva amplia. No obstante, a excepción del que escribe, la doctrina argentina no ha participado en esta evolución que ha desembocado en la aceptación del sistema subjetivo.

Cabe agregar que Castán²², aunque sigue el sistema objetivo, reconoce las ventajas prácticas que acompañan al sistema subjetivo, en contraste con los inconvenientes que presenta en el orden práctico el sistema objetivo.

99. Presunción *iuris tantum* y prueba en contrario en el heredero de cosa cierta

La redacción del artículo 2378 nos inclina a considerarla como una norma interpretativa de la voluntad del causante, que sienta una presunción *iuris tantum*. Si de la voluntad del causante se deduce que ha querido instituir heredero; dándole los efectos económicos sociales de esta figura, se le tendrá como tal. No debe olvidarse que en toda la materia testamentaria lo importante es interpretar la voluntad del causante.

¿Cuál sería la prueba que permitiría decir que el testador quiso instituir heredero? Hablamos de la prueba contra la presunción *iuris tantum* que otorga al beneficiario la calidad de legatario. La respuesta hay que buscarla en dos direcciones:

Primera tesis. Mostrar que el testador quiso al heredero como participe en la universalidad de los bienes, aunque le otorgara un bien concreto. Esta dirección responde, en nuestra opinión, a una interpretación de la tesis objetiva, con escasa participación del elemento subjetivo, pues la indagación de la voluntad del testador se limita a desentrañar si el testamento contiene una disposición universal (o de

²¹ Derecho de sucesiones. Parte general cit., p. 80.

²² Ob. cit., p. 105.

parte alcuota) o de carácter particular sobre un objeto o varios objetos determinados. En el primer caso habrá institución de heredero.

Esta interpretación es aceptada por los sectores progresistas de nuestra doctrina. Así Passi²³, refiriéndose al antiguo artículo 3716, habla de un criterio subjetivo, indagatorio de la voluntad del testador, de que el instituido sea heredero "si se lo favorece no solamente con la cosa determinada sino también con un llamamiento a la universalidad y se le imponen los deberes y cargas propias del heredero". Destacamos que para el autor —según sus expresiones— es necesario para ser considerado heredero que debe surgir del testamento una voluntad al llamamiento universal y, además, imponérsele los deberes y cargos propios del heredero. Los casos jurisprudenciales que cita llevan implícitos la idea de universalidad. Así, se ha interpretado que la expresión "lego mis bienes", seguida de una enumeración de ellos, constituye institución de heredero²⁴. En el mismo sentido, y con mayor motivo, si dijera "lego todos mis bienes" seguida de la enumeración de ellos²⁵. Para que existiera la institución de heredero —concluye el autor— se necesitaría una voluntad indudable de extender a la universalidad el llamamiento. Zannoni²⁶, en igual sentido, expresa que si el testador lega todos sus bienes y de inmediato los enumera, revela la intención clara de beneficiarlo en la totalidad de ellos. Por eso —concluye— el artículo 3716 sólo se aplica cuando la institución de cosa cierta no acompaña una voluntad indudable de extender el llamamiento a la universalidad²⁷.

Como puede observarse, el aspecto subjetivo de la intención de la voluntad del testador, se limita a corroborar si el testador tuvo intención de beneficiarlo en la universalidad o en bienes concretos, en base a la diferenciación entre heredero y legatario que hace la tesis objetiva.

Agregamos que en esta corriente se puede incluir el supuesto en que las disposiciones testamentarias absorbieran en legados la universalidad de los bienes del testador. Si éstas fueran legados en cosa cierta, habría institución de heredero si entre los diversos legados el

²³ *Tratado de los testamentos*, Buenos Aires, 1970, t. I, p. 409.

²⁴ *Capel de Dolores*, 12-2-48, J. A. 1948-I-636.

²⁵ *CCiv.* 1^ª Cap., 6-10-41, L. L. 24-546.

²⁶ *Derecho de Sucesiones cit.*, 1997, t. II, p. 393.

²⁷ FORNIELES, *Tratado de las sucesiones cit.*, t. II, p. 180.

testador creara una conjunción que podría llevar al acrecentamiento (art. 2487, inc. c). Y ello porque el derecho de acrecer es una institución que busca expandir lo recibido por el beneficiario, hasta llegar incluso a la universalidad.

Todavía se puede agregar el supuesto de que el testador legue cada uno de sus bienes con ánimo de efectuar una partición. Los bienes los señala con el fin de hacer la división. Evidentemente aquí nos encontramos con una adquisición a título universal y una partición de los bienes que componen la herencia.

Segunda tesis. Podemos hacer la siguiente distinción:

a) Cuando el testador concedió o impuso en su testamento al beneficiario algún factor que lo calificara como heredero. Por ejemplo, si dispusiera de todos sus bienes mediante legados particulares, e impusiera a uno de los legatarios la obligación de pagar todas las deudas que dejare, y de cuya obligación quedarían exentos los demás beneficiarios. En ese caso el aparente legatario sería un verdadero heredero en cosa cierta. Sabemos que el pago de las deudas (salvo casos excepcionales) no corresponde a los legatarios, sino al heredero como consecuencia de subrogarse en la posición jurídica del causante. Se llegaría a la figura del heredero en cosa cierta por vía de interpretación de las expresas cláusulas testamentarias.

Lo mismo sucedería a la inversa, si a alguno de los instituidos como herederos lo eximiera del pago de las deudas. Ese beneficiario no sería heredero sino legatario, no importando la denominación que hubiera utilizado el testador, porque es de esencia del heredero asumir el pago de las deudas del causante en forma personal.

Esta dirección marca con intensidad el elemento subjetivo, que se sustenta en la voluntad expresa del testador, sin que nada importe el modo de asignación de los bienes (a título universal o particular).

b) En la misma dirección, cabe también interpretar la voluntad del testador para llegar a resultados tácitamente queridos por el testador, rechazando los efectos manifiestamente no queridos por él (con resultados absurdos, dice Vallet), que surgirían de la aplicación literal de la ley. En este caso de interpretación también está ausente la dis-

tinción objetiva que señala como heredero al que recibe la universalidad de los bienes y como legatario al que recibe bienes concretos.

Veamos algunos ejemplos:

1) Cuando el testador ha distribuido su herencia en legados particulares y uno de ellos renuncia a su parte. Vallet pone este ejemplo: El testador distribuye todos sus bienes en instituciones de cosas ciertas. Deja a A su fábrica, a B sus fincas rústicas, a C las urbanas, a D las cuentas corrientes y valores, a E su mobiliario, ropa, ajuar y metálico, y a F su perro de caza. Todos los legatarios aceptan sus legados, excepto F que renuncia a su parte. Entonces en esa parte (el perro de caza), se abre la sucesión intestada: a los herederos intestados corresponderá entregar los legados, responder personalmente por las deudas del causante y ejercer todas las acciones propias del heredero, mientras que los destinatarios de las otras disposiciones a título particular quedarán como meros legatarios, sin responsabilidad alguna. Se produce, así, un desplazamiento del deber de pagar las deudas por parte de los legatarios particulares a los herederos legítimos.

No es coherente que el testador haya efectuado legados particulares con sus bienes presuponiendo que sus deudas las pagarán todos los beneficiarios (en proporción a su beneficio), y que por una causa imprevista para él, como es la renuncia de uno de los legados, toda la carga de las deudas pase a los herederos legítimos, quedando exentos de tal carga los beneficiarios de sus disposiciones. Se impone en este caso buscar la presunta voluntad del testador para obtener la respuesta adecuada.

Pensamos que el respeto a la voluntad del testador se consigue teniendo a los legatarios particulares como herederos en cosa cierta, en cuyo caso quedan obligados al pago de las deudas sucesorias en proporción a los bienes recibidos, y los herederos legítimos quedan también obligados en proporción al valor del bien o bienes sobre los que se abrió la sucesión intestada. Así lo entiende Vallet, para quien los instituidos en cosas ciertas, cuando los llamamientos de esa clase agoten el caudal, deben considerarse herederos universales (como si el testador realizara la partición de sus bienes)²⁸.

²⁸ Es muy dudoso el razonamiento si los herederos legítimos son los mismos que los instituidos en cosas ciertas.

2) Cuando el testador ha distribuido su herencia en legados particulares agotando el caudal hereditario, y luego resulta que omitió un bien por olvido. En este caso cabe aplicar la misma solución.

3) Cuando el testador ha distribuido su herencia en legados particulares agotando el caudal, y después del testamento adquiere algún bien.

100. Casos de herederos instituidos en cosa cierta

Lo decisivo siempre será indagar la voluntad del causante para conocer si la disposición testamentaria encierra un simple legado o una verdadera institución de heredero. A nuestro juicio, el instituido en cosa cierta será heredero, y no legatario, pese a lo dispuesto en el artículo 2278, en los siguientes casos:

a) Cuando el testador tiene un solo bien y favorece al heredero con ese bien, aunque lo designe como cosa cierta. La responsabilidad por las deudas resulta evidente en este caso, y por ello estamos ante una institución de heredero, no importando las palabras empleadas por el testador.

b) Cuando el testador ha asignado a diversas personas una serie de objetos concretos que agotan el patrimonio hereditario. Dice el artículo 2487, inciso c, que hay institución de heredero cuando "los legados absorban la totalidad de los bienes, si el testador ha conferido a los legatarios el derecho de acrecer". Cuando estos legados sean de objetos concretos, habrá institución de herederos en cosas ciertas si el testador les ha concedido el derecho de acrecer.

La razón del precepto la encontramos en la idea expansiva que lleva consigo el derecho de acrecer, que puede llegar a la universalidad.

c) Cuando el testador ha distribuido la herencia en legados particulares. Si esa distribución se ha efectuado con el propósito de realizar la partición por testamento de sus bienes (art. 2422), habrá un llamamiento universal con varios herederos. Por ejemplo: si el testador dice, instituyo herederos a mis hijos A y B. El primero recibirá la finca X y el segundo la casa Z. En este caso no hay institución de cosa cierta, sino partición efectuada por el testador entre sus herederos.

d) Se pueden incluir además todos aquellos casos en que el testador

impone expresamente en la asignación de un bien factores que son esenciales en la figura del heredero, o cuando su voluntad de instituir herederos surge tácitamente del contexto del testamento, según expusimos en el párrafo anterior.

El heredero instituido en cosa cierta asumirá las deudas del causante en proporción al valor de la cosa relacionada con el resto del caudal hereditario, si el testador no hubiera establecido esa responsabilidad en otra proporción.

Consideramos que el heredero en cosa cierta adquiere, en todos los casos, la posesión hereditaria del bien asignado por el causante; pero no forma parte de la comunidad hereditaria.

101. Efectos de la institución de cosa cierta

El heredero instituido en cosa cierta asumirá las deudas del causante en proporción al valor de la cosa relacionada con el resto del caudal hereditario, si el testador no le hubiera establecido esa responsabilidad en otra proporción.

En nuestra opinión, el heredero de cosa cierta adquiere la posesión hereditaria del bien asignado por el causante, de conformidad con el artículo 2280 del Código Civil.

El heredero instituido en cosa cierta, si el testador no dispone lo contrario, carece del derecho de acrecer. Si el heredero instituido en cuotas carece de ese derecho de conformidad con el artículo 2488 del Código Civil, con mayor razón carecerá el instituido en cosa cierta. Esta solución es aceptada en la doctrina española dentro de los autores que admiten este instituto. La asignación de cosas ciertas como mera partición, no impide, en cambio, el derecho de acrecer.

Por lo demás, el heredero de cosa cierta no forma parte propiamente de la comunidad hereditaria, pues el bien asignado pasa al heredero en la misma forma que al legatario de cosa cierta.

102. Institución *excepta re certa*

El testador nombra heredero en los bienes relictos, excepto sobre una cosa determinada. Aquí se le quita al heredero una cosa sin atri-

buirlo a ninguno. El testador hace una excepción dentro de sus disposiciones de una cosa cierta, *excepta re certa*, de la cual no dispone. El problema se circunscribe a saber cuál es la suerte de la cosa exceptuada.

En el Derecho Romano no podría hablarse de legado ya que no tenía indicación del legatario. Tampoco se podía atribuir al heredero legítimo, ya que para los romanos la sucesión legítima no podía concurrir con la testamentaria. Ante una disposición de tal género, a fines de la época republicana, el jurisconsulto Aquilio Gayo consideró que la excepción de la *certa res* debiera considerarse como no puesta (*Digesto*, 28,5): respondía, así, a la tendencia de la antigua jurisprudencia republicana de considerar como no escrito todo lo que pudiera perjudicar o limitar la disposición testamentaria²⁹. Como consecuencia de esta interpretación la cosa exceptuada se consideraba dentro de la herencia y se atribuía a los herederos testamentarios como si hubiera un derecho de acrecer.

En el Derecho moderno no es así. Al no haber dispuesto de ella el testador, se abre la sucesión intestada y se atribuye la cosa a los herederos legítimos. Al abrirse la sucesión intestada, los beneficiarios de la cosa cierta serán siempre herederos. No puede, pues, hablarse de legatario.

Para considerar legado, con referencia a la sucesión intestada que se abre, tendría la ley que haber previsto la figura y haberle dado ese carácter, como sucede en el Código alemán. El artículo 2149 de ese Código establece que si "el causante ha determinado que un objeto de la herencia no debe corresponder al heredero instituido, dicho objeto vale como legado al heredero legítimo". Algunos autores españoles, como Roca Sastre³⁰, posiblemente influenciados por el Derecho alemán, consideran que al abrirse la sucesión intestada el heredero o los herederos intestados deben considerarse como legatarios de esa cosa exceptuada.

La figura, sin duda es de aplicación a nuestro Derecho, en virtud del principio de libertad de testar. Entendemos que en nuestro Derecho

²⁹ BIONDI, Biondo. *Sucesión testamentaria y donación*, ed. española, Barcelona, 1960, p. 236.

³⁰ *Anotaciones cit.*, p. 269. En el mismo sentido: FASSI, *ob. cit.*, t. I, p. 409.

la cosa exceptuada debe tenerse como cosa atribuida a los herederos legítimos y como tal formando parte de la sucesión intestada. No vemos compatible con nuestro ordenamiento la solución propugnada por Roca Sastre, precisamente por no estar prevista esa solución.

103.B) El legado de parte alicuota: antecedentes históricos

A) *Derecho Romano*. En el Derecho Romano surgió, a fines de la República, el *legatum partitionis*, que es el legado de una parte de la herencia o de una fracción numérica de ella. Su objeto se discutió en la doctrina, pues en tanto los sabinianos opinaban que el legatario tenía derecho a exigir el "valor" de la cuota —la *æstimatio*—, los proculyanos estimaban que el legatario tenía derecho a las partes de las cosas, es decir, a la *pars* misma. La compilación justiniana dio una solución intermedia, facultando al heredero para elegir entre ambas soluciones, pudiendo optar por entregar al legatario las partes de las cosas (podía entregar en lugar de las partes de las cosas, una o varias cosas de la herencia por entero, con conformidad del legatario o estimación del juez) o bien su estimación. Si las cosas eran indivisibles el heredero debía pagar la estimación.

El legatario parciario no era heredero, puesto que no tenía el título de *heres* y por consiguiente no cargaba con las deudas; ni tenía título para dirigirse, como acreedor hereditario, contra los deudores de la herencia. Tal inconveniente pudo obviarse, sin embargo, mediante un régimen de *stipulationes partis et pro parte* en virtud de las cuales el legatario se comprometía a asumir la parte del pasivo proporcional a la del activo recibido, a la vez que el heredero se obligaba al reparto de lo cobrado a los deudores.

B) *Derecho castellano*. La concepción romana del *legatum partitionis* pasó al Derecho común y, como consecuencia, al Derecho castellano; mas en éste es interesante tener presente que cuando la ley 20. de Toro determinó que las mejoras se pagasen con los bienes de la herencia, se entendió suprimida la opción que tenía el heredero para pagar con bienes o con su estimación, quedando sin posibilidad de aplicación la segunda forma. De ahí que el legatario, al que se deja

una parte alícuota del caudal relicto, tiene derecho a recibir su parte en los bienes de la herencia con la lógica deducción de igual cuota del pasivo. El legatario, así, formaba parte de la comunidad sobre los bienes, aun cuando no recibía su posesión como los herederos.

C) *Derecho francés*. El antiguo Derecho francés de las costumbres no admitía otros herederos que los de sangre. Todos los demás sucesores eran legatarios: las disposiciones del causante no podían crear herederos. Ahora bien, estas disposiciones podían referirse a bienes concretos (legados particulares) o a una universalidad o una parte alícuota de los bienes del causante o a determinada especie de bienes o a una cuota de esa especie de bienes (legados universales)³¹.

El Código Civil francés siguió la línea trazada por el anterior derecho de las costumbres, considerando como únicos herederos los de sangre.

Reconoció la figura del legado universal, asimilándolo a la del heredero. Así, le concedió al legatario universal la *saisine* cuando no concurría con herederos reservatarios, y le hizo responder *ultra vires*, según la mayor parte de la doctrina, aun en el caso de no tener la *saisine*. Por último, por ocupar una posición semejante a la del heredero, le otorgó las mismas acciones que a aquél. Podía así ejercer la acción de petición de herencia y la acción de división contra los restantes sucesores a título universal.

El Código Civil francés creó además la figura del legatario "a título universal", que antes no existía.

La distinción entre estas dos clases de legados —el universal y el título universal— obedeció a que se otorgaba la *saisine* en ciertos supuestos al legatario universal, cuyo llamamiento podía extenderse a toda la universalidad; pero no se quiso hacer igual concesión a los legatarios que sólo podían recibir una cuota, sin posibilidad de extender el llamamiento al todo. De ahí nació la figura del legado a título

³¹ El legatario universal hasta la Edad Moderna tuvo una regulación igual a la de los legatarios particulares. El legatario no estaba obligado al pago de las deudas, ni estaba legitimado para la *saisine*, ni para el ejercicio de la acción de petición de herencia. Posteriormente, y por influencia de los principios romanos, debió contribuir al pago de las deudas, pero sólo hasta la concurrencia de los bienes.

universal, que define el artículo 1010 del Código Civil francés como “aquel por el cual el testador lega una parte alícuota de los bienes de que la ley le permite disponer; tal como una mitad, un tercio, o todos sus inmuebles, o todos sus bienes muebles, o una parte fija de todos sus inmuebles o de todos sus bienes muebles”. El legado universal se distingue, pues, del legado a título universal, porque al legatario a título universal nunca se le concede la *saisine* (en consecuencia, nunca responde de las deudas del causante *ultra vires*, pero sí contribuye al pago de ellas en proporción a su cuota) y nunca puede extender su llamamiento a la universalidad, quedando en todo caso limitado a su cuota. Esta figura del legatario a título universal es la correlativa de nuestro legatario de cuota, con las variantes que analizaremos a lo largo de nuestra exposición.

104. El legado de cuota en el Código Civil de Vélez Sársfield

El Código Civil argentino admitía la figura del legado de parte alícuota, pero no delimitaba con precisión su concepto ni su naturaleza jurídica. El artículo 3719 le negaba el carácter de institución de heredero, al decir: “No constituye institución de heredero la disposición por la cual el testador hubiese legado la universalidad de sus bienes con asignación de partes”. Por su parte, el artículo 3718 admitía la posibilidad de que los legados de cuota absorbieran la totalidad de las disposiciones testamentarias, considerándose como tales si no existía una conjunción entre ellos que pueda dar lugar al derecho de acrecer. Por último, el artículo 3499, en forma más directa, si bien apuntando a la obligación del legatario de contribuir al pago de las deudas, expresaba en su primera parte: “Los legatarios de una parte determinada de la sucesión están obligados al pago de las deudas en proporción a lo que recibieren”.

Ahora bien, la admisión de la figura del legatario de cuota no implicaba que no pudieran existir herederos de cuota. Así surgía indirectamente del artículo 3721 y directamente del artículo 3727 que hace referencia a los “herederos designados en partes desiguales”.

¿Cómo se determinaba cuándo había legatario de parte alícuota y cuándo había heredero de parte alícuota? En principio, cuando hay un

beneficiario en una cuota, regía el artículo 3719; por lo tanto, se consideraba que hay un legatario de cuota. Era como si hubiere una presunción *iuris tantum* en favor del legatario de cuota. La prueba en contra que permitía la existencia del heredero de cuota venía dada por la manifestación del testador indicadora de que quiso instituir un heredero de cuota. No era suficiente, en nuestra opinión, con que el testador lo denominase heredero, pues el artículo 3719 comenzaba diciendo que “no constituye institución de heredero”, lo que podía implicar que el testador lo había nombrado como heredero. Para que hubiera un heredero de cuota, el testador necesitaba asignarle alguna de las cualidades que son propias y esenciales del heredero. Por ejemplo que disponga que el beneficiario tenía la obligación del pago de las deudas en forma “personal” o de entregar los legados (obligación propia del heredero). Entonces estábamos ante un heredero de cuota, pues se entendía que ésa ha sido la voluntad del testador.

105. El heredero de parte alícuota y la posibilidad del legatario de cuota en el nuevo ordenamiento

El nuevo Código Civil ha suprimido el contenido del artículo 3719 del Código Civil de Vélez, en el que se admitía la figura de legatario de parte alícuota.

El artículo 2278 dice: “Se denomina heredero a la persona a quien se trasmite la universalidad o una parte indivisa de la herencia; legatario, al que recibe un bien particular o un conjunto de ellos”. La norma supone reconocer el carácter de heredero al que se trasmite una alícuota de la herencia. El principio, pues, es que es heredero el que recibe una parte alícuota o indivisa del patrimonio del causante, precisamente el que en el Código Civil de Vélez era legatario de cuota.

El nuevo Código se ha separado de su ascendiente histórico, la figura francesa del legatario “a título particular”, considerando que el que recibe una parte alícuota de la herencia se denomina heredero.

Ahora bien, ¿cabe excepcionalmente la figura de legatario de cuota? Ya dijimos que el heredero subentra o se subroga en la posición jurídica del causante, y como consecuencia adquiere los bienes, responde por

las deudas del causante y recibe la posesión hereditaria. Este aspecto del fenómeno sucesorio es el sustantivo, porque en su conjunto sólo es propio y privativo del heredero.

Es de la esencia de la figura del heredero, especialmente, la asunción de las deudas del causante. El principio de la responsabilidad por las deudas del causante está consagrado en el nuevo Código Civil en el artículo 2280, último párrafo (responsabilidad *intra vires hereditates*). El artículo 2321 le hace responder al heredero, en los supuestos que prevé, con sus bienes propios (responsabilidad *ultra vires hereditatis*). El legatario, en principio, no responde de las deudas del causante, y nunca responde de esas deudas con sus propios bienes. Por eso hemos dicho que es de la esencia de la figura del heredero asumir las deudas del causante. ¿Podemos admitir que si el testador exime a un beneficiario de cuota hereditaria del pago de las deudas, es no obstante, heredero? Creemos que no.

Por ejemplo: una persona en su testamento nombra como beneficiarios —no importa cómo los denomine— a sus tres hermanos, A, B y C. Dispone en el testamento que sus deudas las pague solamente A. Según el artículo 2278 los que reciben la totalidad o una parte de la herencia son herederos; pero según los artículos 2280 y 2321, los herederos asumen la obligación de pagar las deudas del causante, y en el ejemplo dado, B y C no están obligados al pago de esas deudas. Concluimos que el heredero será A, en tanto que B y C serán legatarios de cuota.

Lo decisivo es la intención del testador al efectuar la disposición testamentaria. En el ejemplo anterior el testador eximió a uno de los instituidos del pago de las deudas hereditarias; habrá que investigar esa voluntad para determinar cuál es el alcance de tal eximición.

a) El no tener que pagar tales deudas puede interpretarse con un alcance absoluto: B y C recibirán la parte de los bienes hereditarios como si no hubiera deudas; esa parte la formarán los 2/3 del caudal bruto. El beneficiario A, verdadero heredero, recibirá 1/3 del caudal bruto, al que habrá que deducirle todas las deudas hereditarias, de tal modo que ese heredero estará recibiendo menos del tercio de la herencia, pues su parte se ve disminuida por el valor de todas las deudas hereditarias.

les concedió el Derecho Romano (suprimida por la Ley 20 de Toro) de quedarse con la *portio legata*, pagando su estimación.

El legatario de cuota, antes de la partición, entra en la comunidad hereditaria de los demás bienes junto con los herederos. Después de la partición, el derecho indeterminado que tuviere sobre los bienes indivisos se concreta en los bienes que se le adjudiquen.

Siendo propietario de su cuota, puede disponer de ella por actos entre vivos y por causa de muerte, puede cederla total o parcialmente, tal como puede hacerlo el heredero.

E) *Recibe los frutos*. Siendo el legatario de parte alícuota propietario de su cuota desde el momento de la muerte del causante, los frutos de la herencia le pertenecen desde ese instante. "Por ser propietario y no acreedor —dice Rébora³⁵— goza del *commodum* y padece del *periculum*. En consecuencia, los frutos de la herencia le pertenecen en proporción de su parte desde el primer día, como no ocurriría si sus derechos fuesen los de un acreedor, y las pérdidas que sobrevengan le afectan recíprocamente, como tampoco ocurriría si no fuese dueño”:

F) *Puede administrar la herencia*. El legatario de cuota tiene el mismo interés del coheredero en la administración de la masa indivisa, cuyas rentas le pertenecen³⁶. De ahí que la jurisprudencia haya llegado a admitir que las facultades de esos legatarios, en lo relativo a la administración de la masa indivisa, tienen una amplitud similar a la de los herederos.

En un principio la jurisprudencia sólo le reconocía facultades para vigilar la administración, pero no para intervenir en la designación de administrador. Después se declaró en reiterados pronunciamientos que debe ser oído en todo lo que atañe a la designación de administrador de la sucesión³⁷. Incluso se 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

³⁵ RÉBORA, ob. cit., t. I, p. 456.

³⁶ RÉBORA, ob. cit., p. 456; L. L. 82-638; 83-334; J. A. 1963-619.

³⁷ L. L. 74-492; J. A. 1955-I-114; 1956-II-294.

legítimos³⁸. Puede oponerse al nombramiento de un administrador propuesto por los herederos y aun lograr que se nombre de oficio³⁹.

Una vez nombrado el administrador, tiene el derecho de vigilar su actuación, de pedir rendición de cuentas y de observar la que se le presente aun cuando no haya sido observada por los herederos⁴⁰.

G) *Interviene en el juicio sucesorio*. El legatario de cuota es parte en el juicio sucesorio. La intensidad y el límite de su intervención debe estar en función de la defensa de su interés: podrá intervenir en todos los actos que pudieran afectarle el recibir integralmente su cuota, y no se admitirá su intervención cuando de ella sólo surja una interferencia a la actuación de los herederos ajena a su interés.

Bajo estos principios orientadores, entendemos de utilidad la jurisprudencia vigente bajo el Código Civil de Vélez; ésta ha ido admitiendo la intervención del legatario de cuota en el proceso sucesorio cada vez con mayor firmeza. Así, ha declarado que pueden iniciar el juicio sucesorio⁴¹. Aparte de su intervención en la administración, participa de las operaciones de inventario y avalúo⁴². Debe ser oído en la designación de partidador⁴³. Interviene en el remate o venta de los bienes⁴⁴; en el incidente promovido por un legatario particular sobre la entrega del legado⁴⁵; en el juicio de nulidad del testamento⁴⁶; en las acciones de los acreedores del causante⁴⁷. Las actuaciones en que se prescindió de citarlo son nulas. En el orden legislativo, el artículo 697 del Código Procesal Civil de la Nación impone la obligación de citar a los legatarios de cuota con el objeto de efectuar las designaciones de administrador, inventariador, tasador y las demás que fuesen procedentes.

³⁸ J. A. 1956-III-294.

³⁹ G. F. 107-124.

⁴⁰ J. A. 1945-III-359.

⁴¹ FASSI, ob. cit., p. 447.

⁴² L. L. 74-492; J. A. 1955-I-114; J. A. 1956-III-294; J. A. 1963-III-284.

⁴³ J. A. 1942-IV-473.

⁴⁴ L. L. 33-158; J. A. 1949-I-111; L. L. 79-247; J. A. 1955-III-452.

⁴⁵ J. A. 9-399.

⁴⁶ J. A. 1959-I-411.

⁴⁷ G. F. 59-393.

H) *¿Es sucesor universal o particular?* Los precedentes franceses son, a nuestro juicio, indispensables para dilucidar la controversia sobre el carácter de sucesor universal o particular del legatario de parte alícuota. Ellos nos llevan a considerarlo como un sucesor universal.

En efecto, según el artículo 400, al igual que el artículo 3263 del Código Civil de Vélez, dice: "Sucesor universal es el que recibe todo o una parte indivisa del patrimonio de otro; sucesor singular el que recibe un derecho en particular". Estas definiciones se originan en las palabras de Zachariæ⁴⁸. "Los causahabientes —dice este autor— son o causahabientes universales o causahabientes particulares, *successores sunt vel universales vel singulares*, según que todo el patrimonio o una parte alícuota del patrimonio de una persona o solamente un objeto particular, salga de los bienes de otra persona y pase a su cabeza. Los causahabientes o sucesores universales son los representantes de su autor o aquel a quien suceden, desde el momento que deben ser considerados, desde el punto de vista jurídico, como formando con el autor una sola persona. Tales son los herederos legítimos (art. 724) y los legatarios universales, cuando no hay herederos con reserva (art. 1006). Los otros sucesores universales no son los representantes de la persona de su autor". Y más adelante expresa: "Los derechos de los legatarios universales y de los legatarios a título universal, participan de la naturaleza del Derecho de Sucesión universal, de la *successio universitatis*".

Las explicaciones de Zachariæ son suficientemente elocuentes y esclarecedoras. En su exposición están latentes los dos aspectos que concurren en el fenómeno hereditario: el aspecto adquisitivo —se refiere a la forma de adquisición de los bienes— es el que refleja en la primera parte de su exposición, y responde con toda exactitud a las definiciones que recoge Vélez en el artículo 3263 y el Codificador actual: el sucesor universal adquiere todo el patrimonio o una parte alícuota de él; el sucesor particular adquiere, en cambio, un objeto particular.

Ahora bien, Zachariæ distingue entre los sucesores universales dos

⁴⁸ *Le Droit Civil français*, t. III, N° 344.

grupos: unos que son representantes del causante y otros que no lo son. Indudablemente se está refiriendo al aspecto que hemos denominado sustantivo del fenómeno hereditario. Este aspecto lo recoge de la teoría de la representación, que era la dominante en su época, y que equivale a ocupar la posición jurídica del causante según concepciones más modernas.

Haciendo estas distinciones todo aparece claro⁴⁹: a) Hay sucesores universales que ocupan la posición del causante o, utilizando las expresiones de Zachariæ, que representan al *de cuius*. Éstos son los herederos legítimos (art. 724, Cód. francés) y los legatarios universales, cuando no hay herederos con reserva (art. 1006, Cód. francés). Los legatarios universales equivalen a nuestros herederos. Como consecuencia de representar al difunto (de ocupar su posición jurídica) tanto los herederos legítimos como los legatarios universales, cuando no concurren con herederos reservatarios, reciben una parte alícuota de los bienes, tienen la *saisine* y responden *ultra vires*. b) Pero también hay sucesores universales que no representan al causante, y que son justamente los sucesores a título universal, que corresponden a nuestro legatario de parte alícuota.

La doctrina argentina anterior al nuevo Código, ha mantenido dos posiciones contrapuestas, las exponemos citando artículos del Código anterior:

a) La primera considera al legatario de cuota como un sucesor particular de cosa indeterminada (art. 3756, Cód. Civ.). Encuadrándolo en esa figura, las consecuencias atribuidas aparecen lógicas: el legatario no adquiere más que un derecho de crédito cuyo pago corre a cargo de los herederos, y por ello no recibe más que bienes, es decir, un activo líquido; no forma parte de la comunidad hereditaria; no tiene derecho a los frutos sino a partir de la entrega del legado; no interviene en la administración de la herencia; etcétera⁵⁰.

b) La segunda lo considera como un sucesor universal, basándose en el artículo 3263, párrafo 1º, pero sin llegar a identificarlo con el heredero. Las consecuencias congruentes son éstas: no es un acreedor

⁴⁹ No alcanzamos a ver la confusión que le atribuye Fassi (ob. cit., t. I, p. 423).

⁵⁰ Han sostenido esta posición Machado, Lafaille, Anastasi, Lage, Fornieles, etc.

de la herencia, sino que forma parte de la comunidad hereditaria; tiene derecho a los frutos desde la apertura de la sucesión; interviene en la administración de la herencia; etcétera⁵¹.

La jurisprudencia, en una primera época asimiló el legatario de parte alícuota al sucesor universal. A partir de 1912 modificó su postura imperante negándole el carácter de sucesor universal⁵², y parece ser el criterio que ha prevalecido desde entonces, si bien ha ido concediendo cada vez más facultades al legatario parciario, que lo han aproximado considerablemente a la figura del heredero⁵³.

A nuestro entender, la indecisión para considerarlo sucesor universal se ha originado por la falta de distinción de los dos aspectos del fenómeno hereditario, el sustantivo y el adquisitivo, no reparando que el artículo 3263 sólo se refería al segundo, es decir, al problema de cómo pasan los bienes de una a otra persona. El paso del patrimonio en forma total o en partes alícuotas no es exclusivo del heredero, pues de él participa el legatario de parte alícuota. En ese aspecto adquisitivo los herederos y los legatarios de parte alícuota son especies de un mismo género, el sucesor universal (arts. 3263, 1099, 1195, etc., del Cód. Civ. anterior).

Si consideramos en una visión muy general la figura del legatario de parte alícuota, podríamos afirmar que entre los dos extremos, el heredero y el legatario particular, aparece como una figura intermedia que se aproxima mucho más al primero que al segundo.

107. Conclusiones

Lo expuesto lo podemos sintetizar exponiendo los tres pilares en que se asienta la tesis subjetiva, que aceptamos:

1) La distinción entre heredero y legatario viene dada, en principio, por el modo de adquirir los bienes: el heredero recibe la universalidad de los bienes del causante o una parte alícuota de ellos y el legatario bienes concretos. El artículo 400 expresa que el sucesor universal es el

⁵¹ Lo consideran sucesor universal: Segovia, Rébora, Rayces, Busso, Ovsejevich, Fassi, De Gásperi, etc.

⁵² J. A. 1-866.

⁵³ Ver BORDA, ob. cit., N° 18.

que recibe todo o una parte indivisa del patrimonio de otro. Sucesor singular es el que recibe un derecho en particular. El artículo 2278 vincula al heredero con la primera forma de adquirir y al legatario con la segunda.

Ahora bien, estas normas y sus correlativas no son normas imperativas, sino interpretativas de la voluntad del causante, de modo que si se muestra que es otra la voluntad del causante tales normas ceden ante esa diferente voluntad. Es lo mismo que decir que tales normas actúan como presunción *iuris tantum*, que valen hasta que no se pruebe que es otra la voluntad del causante.

2) La voluntad del testador no es absoluta, sino que tiene sus límites en lo relativo al concepto de heredero (aspecto sustantivo del fenómeno sucesorio). La ley, aun dentro del criterio voluntarista que estamos defendiendo, considera inderogable ese aspecto que constituye la esencia de la figura del heredero, y que se traduce en ocupar la posición jurídica del causante, con la consiguiente adquisición de los bienes y la responsabilidad por las deudas. El causante no puede convertir en heredero a quien no le otorgue esos efectos. Así, no sería atendible la voluntad del testador que se manifestara en contra de ese concepto esencial de heredero. Por ejemplo: si dijera en su testamento que instituye heredero a una persona, eximiéndola del pago de las deudas de la herencia, estaría atacando la esencia del concepto de heredero, y por eso no podría ser considerada como válida esa voluntad para instituir heredero. A la inversa, si dijera en su testamento que instituiría varios legados de cosas ciertas y a uno de los legatarios le impusiera el pago de todas las deudas de la herencia, esa voluntad no podría considerarse como válida para instituir legatarios.

3) La búsqueda de la voluntad del testador está íntimamente ligada a los efectos económicos sociales queridos por él al disponer de sus bienes, no importando las denominaciones que emplee. En este sentido dice Lacruz⁵⁴: "En el caso de que la voluntad del particular se exprese aparentemente en el sentido de la ley (atribución del título de heredero que por sí hace suponer vocación a la herencia), pero realmente desborde los esquemas que la ley ha dispuesto para que exista heredero (por vía de sucesivas limitaciones que son incompatibles con aquella vocación,

⁵⁴ LACRUZ, ob. cit., p. 82.

por ej.: dispensando al heredero del pago de las deudas, negándole el derecho a la posesión hereditaria), se produce exteriormente un conflicto, no entre la voluntad del testador y la voluntad de la ley, sino entre la voluntad aparente del testador y su voluntad real. Ha intentado conseguir un efecto que, acaso por ignorancia, ha calificado como herencia, pero que en realidad se adapta a lo que la ley llama legado”.

108. Tendencias actuales en el Derecho extranjero

No es posible, a nuestro juicio, sentar principios generales sobre lo que podemos llamar tendencias actuales legislativas. Lo único que cabe es referirse, aunque sea someramente, a los ordenamientos jurídicos más caracterizados:

a) *Derecho italiano*. El nuevo Código italiano de 1942 dice en el artículo 588, párrafo 1: “Las disposiciones testamentarias, cualquiera que sea la expresión o la denominación usada por el testador, son a título universal y atribuyen la calidad de heredero, si comprenden la universalidad o una cuota de los bienes del testador. Las otras disposiciones son a título particular y atribuyen la calidad de legatario”. Sentado este criterio objetivo, incrusta un elemento subjetivo en el párrafo 2, a modo de excepción del principio: “La indicación de bienes determinados o de un conjunto de bienes no excluye que la disposición sea a título universal, cuando resulta que el testador ha querido asignar aquellos bienes como cuota del patrimonio”.

b) *Derecho alemán*. El artículo 2087, párrafo 1º, del Código Civil alemán dice: “Cuando el testador haya mejorado al gratificado con su patrimonio o con una parte de éste, deberá considerarse la disposición como una institución de heredero, aunque en ella no se le dé esta calificación”. El párrafo 2º agrega, con marcada tendencia subjetiva: “Si al gratificado sólo se le han dado objetos aislados, no habrá que admitir, en caso de duda, que debe ser heredero aunque se le designe como tal”. La frase “en caso de duda” da a la norma un mero carácter interpretativo y admite la posibilidad de que el instituido en objetos singulares y determinados sea heredero. Se explica así —como dice Castán⁵⁵— que la doctrina alemana, admitiendo la posibilidad de que

⁵⁵ *La dogmática...* cit., p. 98.

entre en juego en la determinación de la cualidad de heredero la voluntad demostrada del testador, aun cuando la disposición recaiga sobre objetos particulares, estime en definitiva que los preceptos legales constituyen meras reglas de interpretación. En tal sentido también se manifiesta Binder⁵⁶.

c) *Derecho español*. El artículo 660 del Código Civil español expresa: "Llámase heredero al que sucede a título universal y legatario al que sucede a título particular". Como ya hemos dicho, los antiguos escritores entendían, basándose en el citado artículo, que el carácter de heredero o legatario venía dado por el contenido de la disposición. La cualidad de heredero no resultaba de la mera voluntad del testador, sino del título universal. No obstante, modernamente se ha abierto paso en la doctrina, con franca aceptación, la tesis opuesta, que fue iniciada por Mucius Scaevola y que cuenta actualmente con notables expositores, como Núñez Lagos, Lacruz, etcétera. Estos autores consideran que el artículo 660 contiene una mera norma de interpretación de la voluntad del testador y entiende que ésta es la decisiva en el nombramiento de heredero.

d) *Derecho suizo*. El artículo 483 del Código Civil suizo se separa poco del correlativo del Derecho alemán: "Uno o muchos herederos pueden ser instituidos en la universalidad o en una cuotaparte de la sucesión. Toda disposición referente a la universalidad o a una cuotaparte de la sucesión es reputada institución de heredero". La segunda parte de este artículo se tiene generalmente como una mera regla de interpretación de la voluntad del testador.

Los juristas suizos adoptan un criterio análogo a los alemanes. Rossel y Mentha⁵⁷ dicen al respecto que lo que caracteriza la institución de heredero es la vocación a la universalidad o a una cuotaparte del patrimonio del difunto. Sin embargo, el Código suizo no establece en este sentido más que una presunción contra la cual prevalecería ciertamente la voluntad contraria del testador.

⁵⁶ *Derecho de Sucesiones*, cit., p. 93, dice: "La cuestión, de si una atribución patrimonial debe considerarse o no como institución de heredero, es por consiguiente una simple cuestión de interpretación que no debe resolverse según las palabras usadas, sino según el contenido completo de la disposición".

⁵⁷ *Manuel de Droit suisse*, Lausana, t. I, p. 543.

II. VARIEDADES EN LA INSTITUCIÓN DE HEREDEROS Y DE LEGATARIOS

109. Variedades concretas de instituciones de herederos y de legatarios: generalidades y casos

Cuando el testador dispone de sus bienes en las formas extremas puras, es decir, instituyendo herederos sobre la universalidad de sus bienes sin asignación de partes o instituyendo legatarios particulares en alguna de las formas previstas en los artículos 2498 y siguientes, no se pueden presentar dudas sobre la determinación de unos u otros. Así, por ejemplo, si el testador dijera "nombro como herederos de todos mis bienes a A y B", estamos en presencia de una institución de herederos y no cabe otra interpretación. Si el testador agregara, después de instituir herederos en la forma indicada: dejo mi único caballo en legado a C, estaríamos aquí ante un legado particular.

Pero la realidad puede presentar muchos matices, ya que la voluntad del testador no está sometida a fórmulas concretas, como en cierto modo lo estuvo en el primitivo Derecho Romano. Desentrañar el sentido de esa voluntad será a veces tarea ardua en el intérprete, sobre todo si se tiene en cuenta que ésta no es absoluta, ya que existen normas o pautas inderogables que constituyen la esencia de las figuras.

Analizaremos, descendiendo al campo de las posibles realidades, los casos más salientes que se pueden presentar y que por sus características podrían crear justificadas dudas. De esos casos, unos aparecen como instituciones de herederos y otros de legatarios. Esto sin perjuicio de su análisis en sus lugares correspondientes.

Reseñaremos lo siguiente: distribución de la herencia en legados particulares, distribución de la herencia en masa de bienes, legado de herencia recibida por el causante, legado de usufructo, institución del remanente, institución de la porción disponible.

110. Distribución de la herencia en legados particulares

Este supuesto, verdaderamente anómalo, se dará cuando el testador, sin instituir herederos a los beneficiarios, dispone en favor de ellos

legados particulares que agoten el caudal hereditario. Tal hipótesis está admitida en el artículo 2487, inciso c, si el testador no otorga derecho de acrecer. Esta hipótesis se daría si el testador dijera, por ejemplo, dejo a A mi fábrica, a B mi finca y a C mi auto en legados (el testador no tiene más bienes).

Es obvio que entre los legatarios particulares nunca se forma una comunidad hereditaria. Los herederos son, de conformidad con los principios del Derecho Hereditario, quienes están obligados a la entrega de los legados. Pero en la hipótesis que estamos analizando no hay herederos.

En el caso de que el testador haya nombrado albacea, será éste el encargado de cumplir la voluntad del causante (art. 2529). Por eso el albacea será el encargado de pagar las deudas del causante y las cargas hereditarias. Pero si el testador no hubiere nombrado albacea, habrá que nombrar un administrador (arg. arts. 2346 y 2358) de los bienes hereditarios, que actuará a modo de ejecutor testamentario.

Los legatarios son responsables lógicamente del pago de las deudas de la herencia en proporción al valor de los bienes recibidos. Pero ellos no podrán ser demandados directamente. Las acciones tendrán que dirigirse contra el albacea o en su caso contra el administrador.

A estos legatarios de cosas ciertas se los tiene como herederos si el testador les otorga el derecho de acrecer (art. 2487, inc. c) o si el testador individualiza los bienes con el propósito de realizar una partición (art. 2422, Cód. Civ.). En estos casos, a pesar de que el beneficiario recibe un bien particular (art. 2278 *in fine*), se lo tendrá por heredero a tal beneficiario. Son herederos en cosas ciertas, como admiten las modernas doctrinas subjetivas (Nº 99, 2ª tesis).

Si no hay derecho de acrecer, se abre parcialmente la sucesión intestada cuando alguno de los legatarios renuncia a un legado particular, o cuando el testador ha olvidado algún bien, o cuando adquiere nuevos bienes después de efectuado el testamento. Al abrir la sucesión intestada, aparecen los herederos legítimos, no borrando esta calidad el hecho de que en la parte en que se abra la sucesión intestada haya uno o más bienes: sus beneficiarios siempre serán herederos.

111. Distribución de la herencia en masas de bienes

Por ejemplo, si el testador dijera: deajo a A todos mis bienes muebles y a B todos los inmuebles; o deajo a A todos los bienes sitos en la Argentina, y a B los situados en el extranjero; o deajo a A los bienes adquiridos antes de 1970 y a B los adquiridos después; etcétera.

Entendemos que el artículo 2278 considera legatarios a los que reciben un conjunto de bienes particulares. Es decir, tales beneficiarios son legatarios particulares de un conjunto de bienes.

112. Legado de una herencia recibida por el causante

El testador puede disponer por legado "de una herencia a la cual él mismo ha sido llamado". El heredero, pues, respecto de esa herencia es el testador mismo, y al disponer de ella por legado no dispone más que de una porción de su patrimonio (no de una parte alícuota de su patrimonio).

El favorecido con la disposición es el legatario, quien recibirá los bienes singulares conforme a su naturaleza, y dispondrá de las correspondientes acciones contra el heredero para obtener la entrega de los objetos legados⁵⁸. Responderá de las deudas de la herencia recibida *intra vires hereditatis*, dada su calidad de legatario. Es un caso de legado de una universalidad, previsto en el artículo 2318 del nuevo Código.

Por último, consideramos, como Fassi⁵⁹, que este legatario puede intervenir en el trámite sucesorio del causante del testador, como titular de los derechos que pertenecían al testador; igualmente puede intervenir el heredero del testador en resguardo de su posible responsabilidad *ultra vires*.

113. Legado de usufructo

La constitución *mortis causa* del usufructo no puede hacerse en calidad de herencia. La objeción fundamental deriva, a nuestro juicio, del concepto de heredero, que es el que ocupa la posición jurídica del

⁵⁸ Barbero (*Sistema del Derecho Privado* cit., t. V, p. 208) va más allá, pues entiende que al legatario, limitadamente a la herencia legada, le corresponde la acción de petición de herencia, pero haciendo valer la cualidad de heredero del propio causante, pues de lo contrario no gozaría de una adecuada tutela de su posición.

⁵⁹ Ob. cit., p. 606.

causante. Es cierto que en él pueden nacer nuevos derechos y obligaciones, pero tales derechos y obligaciones necesariamente deben formar parte de la total composición compleja que adquiere el heredero. Y el usufructo, derecho real que nace *ex novo* y que por consecuencia no es objeto de sucesión en sentido estricto, nunca puede formar parte de la total posición compleja que adquieren los herederos, sino que obligatoriamente se tiene que desglosar de lo que alguno o algunos de ellos reciben en propiedad (nudos propietarios) para entregarlo a otros (usufructuarios).

El artículo 2490 prevé el legado de usufructo.

Además, la institución de heredero supone una vocación indeterminada a la herencia en su generalidad. En caso de existir varios herederos, esa vocación se limitará a una cuota de la universalidad. El usufructo, aunque sea sobre todos los bienes, no puede alcanzar el todo hereditario, ya que necesariamente han de existir otros herederos, los nudos propietarios. Tampoco puede constituir una cuota del caudal relicto, pues las cuotas cualitativamente deben ser homogéneas, es decir, partes alicuotas de un mismo todo, y existiendo el usufructo no se puede dar tal requisito, ya que por una parte existirán unas cuotas de usufructo y otras de propiedad. Esta objeción vale igualmente para descartar la posibilidad del usufructo como legado de cuota.

114. Institución en el remanente

El Código Civil y Comercial prevé en el artículo 2487, inciso b, el supuesto de que el testador haya hecho legados particulares y luego legue el remanente. Dice así: "La institución de herederos universales no requiere el empleo de términos sacramentales. La constituyen especialmente [...] b) el legado de lo que reste después de cumplidos los demás legados".

Se interpreta que en este caso lo más importante es el remanente, que es en donde está la institución de heredero, y que lo accesorio son los legados particulares. De ahí que si los legados no son recibidos por alguno de los legatarios, deberán seguir en el remanente como formando parte de la universalidad.

La jurisprudencia ha mantenido el criterio del artículo, aunque el

testador denomine legatario al destinatario del remanente⁶⁰ o cualquiera que sea la terminología empleada, siempre que comprenda todo el patrimonio que no fue objeto de legados particulares⁶¹. Pero no lo ha considerado de aplicación cuando los destinatarios del remanente sean los pobres o el alma del testador, por aplicación del artículo 3722 del Código Civil⁶² (hoy art. 2485).

La norma tiene evidentemente un sentido interpretativo⁶³: por lo cual, a nuestro criterio, debe ceder ante una voluntad expresa del testador en sentido contrario. Así, por ejemplo, si el testador, después de atribuir legados particulares, dijera que lega el remanente sin responsabilidad en sus deudas, estaríamos ante un legado.

En todo caso, la voluntad del causante debe jugar un papel preponderante, siendo la misión fundamental del intérprete descubrirla. Las normas legales en este aspecto no tienen más que el carácter de presunciones *iuris tantum* de esa voluntad, que se pueden destruir probando lo contrario. Cuando aparece esa voluntad contraria, las normas legales deben ceder.

115. Institución en la porción disponible

La institución en la porción disponible guarda cierta similitud con la institución en el remanente, con la particularidad de que el Código Civil y Comercial no establece ninguna presunción interpretativa al respecto.

A nuestro juicio, si el testador otorga la porción disponible a una persona (sea o no heredero forzoso), el beneficiario recibe esa porción como heredero de parte alícuota, y como tal responde de las deudas del causante en la parte proporcional. La particularidad radica en que ese heredero recibe su porción ya liquidada.

⁶⁰ L. L. 2-581.

⁶¹ J. A. 1946-II-50; J. A. 16-183; L. L. 118-905.

⁶² L. L. 23-147; J. A. 74-956.

⁶³ Fue formulada por Aubry y Rau, quienes al proponer tal interpretación no hacían más que ejemplificar, citando en su apoyo la doctrina francesa contemporánea (ob. cit., t. VIII, N° 714).

CAPÍTULO VI

LA HERENCIA EN SENTIDO OBJETIVO

SUMARIO: I. *Conceptos*. 116. Acepciones de la herencia. 117. Herencia en sentido objetivo. 118. La herencia como remanente líquido. 119. Pretendido derecho subjetivo del heredero sobre la herencia. 120. Titularidad del heredero sobre la herencia. II. *El caudal relicto*. 121. La transmisibilidad de los derechos y obligaciones del causante: principio y excepciones. A. *Derechos y obligaciones que componen el caudal relicto por una situación jurídica derivada del causante*. 122. Principio. 123.A) Derechos reales. 124.B) Derechos derivados de la posesión. 125.C) Derechos y obligaciones derivados del contrato. 126. Algunos contratos en particular. 127.D) Obligaciones y derechos derivados de fuente extracontractual. Los hechos ilícitos. 128.a) Legitimación activa. 129.b) Legitimación pasiva. 130.E) Estados de familia y acciones que los protegen. 131.a) Acciones de emplazamiento: reclamación de la filiación matrimonial o extramatrimonial. 132.b) Acciones de desplazamiento. 133.c) Acción de revocación de la adopción simple y acción de revocación de la adopción de integración. 134.d) Acción de nulidad de la adopción. 135.e) Acción de nulidad de matrimonio. 136.f) Acción de divorcio. 137.F) Derechos patrimoniales de familia. 138.G) Recuerdos de familia. Cartas misivas. 139.H) Derecho sobre sepulcros. 140.I) Adquisición de la condición de parte en el proceso. B) *Derechos y obligaciones que nacen con motivo de la muerte, vinculados al fenómeno sucesorio, pero creando situaciones originarias en el heredero*. 141. Concepto y casos. C. *Derechos y obligaciones que aunque nacen con ocasión de la muerte de la persona, están desvinculadas del fenómeno sucesorio*. 142. Concepto y casos. 143.A) Las pensiones por fallecimiento. 144.B) La indemnización por accidente de trabajo que reciben los parientes de la víctima por muerte. 145.C) Los seguros de vida en general. 146.D) Las acciones de daños y perjuicios derivadas del delito de homicidio. 147.E) El derecho sobre el cadáver. 148.F) El derecho real de habitación del cónyuge supérstite. 149.G) La atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes. D) *Derechos y obligaciones de los cuales era titular el causante, pero que no se transmiten a sus herederos, sino que se extinguen o caducan a su muerte*. 150.A) Relaciones jurídicas de carácter público. 151.B) Algunas relaciones derivadas de las asociaciones. 152.C) Derechos y actos personalísimos. 153.D) Algunas vinculaciones derivadas de los actos jurídicos de contenido patrimonial. III. *Situaciones en que puede estar la herencia*. 154. Situaciones en que puede estar la herencia: enunciación. 155. Herencia yacente: presupuestos. 156. Precedentes históricos de la herencia yacente. 157. Naturaleza jurídica. 158. La herencia yacente en el Derecho argentino.

I. CONCEPTOS

116. Acepciones de la herencia

La palabra "herencia" tiene dos acepciones: una subjetiva y otra objetiva.

a) Ya dijimos que el heredero no es un simple sucesor, puesto que le incumben no sólo posiciones derivadas (en las que realmente sucede), sino también posiciones originarias (que nacen con él). La herencia en sentido subjetivo se refiere a la situación subjetiva del heredero, o sea, a la suma de las posiciones derivadas y originarias. En ese sentido herencia equivale a la sucesión del heredero, tomando el término "sucesión" en un sentido amplio (y por ello impropio) comprensivo de las dos posiciones indicadas.

b) La herencia tiene también una acepción objetiva, a la cual nos vamos a referir en este capítulo.

117. Herencia en sentido objetivo

La herencia en sentido objetivo indica el conjunto de relaciones jurídicas (derivadas y originarias) que son objeto del fenómeno sucesorio (empleando este término en sentido impropio, abarcando las posiciones derivadas y originarias). Comprende el objeto de la compleja situación jurídica del heredero, en la cual el caudal relicto (objeto de las posiciones derivadas) no es todo, sino la parte más importante¹.

Lo que interesa en el análisis de la herencia en sentido objetivo es precisamente lo dejado por el causante, es decir, el caudal relicto.

118. La herencia como remanente líquido

Dentro del sentido objetivo, a veces se usa la palabra "herencia" en una acepción más limitada para expresar el remanente de los bienes

¹ En sentido similar expone BINDER, ob. cit., p. 18: "Del mismo modo que los romanos, junto a la *hereditas* en sentido objetivo, o sea, el patrimonio del testador transmitido al heredero, conocieron la *hereditas* en sentido subjetivo, es decir el *heredem esse*, si bien no distinguieron diáfananamente la última de la primera, así también debemos nosotros señalar como objeto de la sucesión una situación jurídica de la cual el derecho a la herencia es sólo la parte más importante".

y derechos del causante, después de satisfechas las deudas y las obligaciones. Esta acepción tiene como consecuencia que si no hay remanente no hay herencia, lo cual resulta inadmisibile dentro de los ordenamientos jurídicos derivados del Derecho Romano, como el nuestro.

La herencia representa todo aquello en que sucede el heredero, es decir, los bienes y las deudas. El hecho de que el pasivo supere al activo no influye en la idea de la herencia ni en la vocación sucesoria. Si no hay bienes y sí deudas, la herencia seguirá existiendo y consistirá en las deudas que dejó el causante². Como consecuencia, el heredero que paga una deuda del causante sin haber bienes sucesorios, no puede exigir la devolución de lo pagado. Ese pago sería un acto de aceptación de la herencia (art. 2293).

119. Pretendido derecho subjetivo del heredero sobre la herencia

Tradicionalmente se viene afirmando la existencia de un derecho subjetivo unitario del heredero sobre la herencia, entendida ésta en sentido objetivo. Quienes así piensan caracterizan ese pretendido derecho de muy distinta forma:

a) La glosa consideraba que el heredero tenía un derecho subjetivo real sobre la herencia, ya un derecho de propiedad sobre ella (*Accursio*), ya un *ius in re* (*Heinecio*). Para Roca Sastre³ el derecho del heredero sobre la herencia no es otra cosa que la relación de dependencia que aquél tiene sobre ésta.

El origen de esta tesis se encuentra en los textos romanos que fueron mal interpretados, y se funda en la posibilidad de la *usucapio pro herede* y en la concepción de la acción de petición de herencia como una *vindicatio hereditatis*, y presupone que la herencia es un ente diferente de los elementos que la componen⁴.

b) Otros autores afirman que el heredero tiene un derecho absoluto a la herencia, que no es un derecho real. Es absoluto porque el heredero es tal *erga omnes*. Según esta tesis, el derecho del heredero no podría clasificarse en la categoría de los derechos reales, porque el heredero,

² LACRUZ, ob. cit., p. 102.

³ *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1948, t. II, p. 537.

⁴ LACRUZ, ob. cit., p. 105.

a más de ser titular de los derechos de propiedad y de los derechos reales limitados, también puede ser titular de los derechos de créditos y de las acciones que dependen de la sucesión⁵.

Esta concepción, aparte de incurrir también en el error de considerar la herencia como algo independiente de los elementos que la componen, aplica incorrectamente el término "absoluto". La calificación de "absoluto" puede aplicarse a la acción con que se hace valer el título de heredero, pero eso no quiere decir que exista un derecho unitario subyacente a ella.

120. Titularidades del heredero sobre la herencia

Ya hemos repetido que la posición del heredero es compleja; por un lado sucede en las relaciones jurídicas transmisibles del causante y por otra nacen en él situaciones jurídicas nuevas. No se puede decir que sobre ese conjunto de relaciones jurídicas tenga el heredero un derecho subjetivo unitario. El llamado a la herencia, a la muerte del causante, adquiere el título de heredero, que es tanto como decir la cualidad de heredero, y por ello ingresa en una multitud de relaciones jurídicas, unas en las que propiamente sucede, y otras que nacen con él⁶.

El heredero tendrá diferentes derechos subjetivos (reales o de créditos) y será sujeto pasivo de diferentes obligaciones, según los casos. La unidad de ese conglomerado de relaciones jurídicas vendrá dada

⁵ Messineo (ob. cit., t. VII, p. 29), en este sentido, dice: "La cualidad de heredero no puede identificarse con la del propietario de los bienes hereditarios, porque el heredero puede también ser una cosa diversa; él es, por ejemplo, también titular de los derechos reales parciales y de los derechos de créditos, antes pertenecientes al *de cuius* y es titular de todas las acciones que pueden depender de la sucesión seguida; pero, evidentemente, tampoco podría aproximarse la figura del heredero a la del acreedor, aunque en hipótesis todo el caudal hereditario constase de derechos de créditos".

⁶ Pensamos que es más correcto hablar de título o cualidad de heredero, que de situación de *status*. Cicu (ob. cit., p. 45) acertadamente rechaza el término *status*. "El significado técnico de la palabra *status* tradicionalmente usada para poner de manifiesto la cualidad de miembro del Estado o de la familia —dice—, designa la posición particular que la persona tiene en el Estado o en la familia, posición no de autonomía sino de subordinación a fines superiores, que determina una ligazón orgánica entre los sujetos. Por eso no es científicamente correcto ni útil hablar de un *status* de heredero".

por el título o cualidad de heredero, que servirá como centro de imputación de esa heterogeneidad de relaciones jurídicas, y que además será de carácter estrictamente personal. El título o cualidad de heredero no implica, pues, un derecho subjetivo unitario sobre la herencia.

II. EL CAUDAL RELICTO

121. La transmisibilidad de los derechos y obligaciones del causante: principio y excepciones

Por regla general, todo derecho patrimonial es transmisible; en cambio, todo derecho extrapatrimonial no lo es. Esta regla está sometida a excepciones, que se explican a continuación.

El Código Civil y Comercial, en su artículo 2277, segundo párrafo, expresa que "La herencia comprende todos los derechos y obligaciones del causante que no se extinguen por su fallecimiento". De esta manera reconoce un amplio espectro de derechos transmisibles⁷ y remite a las diferentes disposiciones que a lo largo del articulado contienen referencias expresas a la extinción o transmisión de los derechos por causa de muerte. Asimismo, el artículo 2280, primer párrafo, clarifica la situación de los herederos señalando que "Desde la muerte del causante, los herederos tienen todos los derechos y acciones de aquél de manera indivisa, con excepción de los que no son transmisibles por sucesión, y continúan en la posesión de lo que el causante era poseedor". De esta manera, el nuevo Código utiliza una fórmula más concisa para fijar el principio de la transmisibilidad de los derechos y obligaciones del causante que contenía el artículo 3417 de la ley derogada⁸.

Durante la vigencia del Código de Vélez la discusión se centraba en que el artículo 498, referente a las obligaciones en general, denominaba a estos derechos y obligaciones "inherentes a las personas", mas ninguna disposición determinaba los alcances de esta terminología,

⁷ Conf. Fundamentos elevados por la Comisión Redactora del Proyecto de Código Civil y Comercial (expte. 884-12-PE).

⁸ El art. 3417 del Código Civil derogado señalaba que "el heredero es propietario, acreedor o deudor de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor", con la consiguiente "excepción de aquellos derechos que no son transmisibles por sucesión".

en tanto el artículo 1195 sólo describía las situaciones en las que la incesibilidad podía presentarse. Por ello, la definición de los derechos y obligaciones inherentes a la persona había generado una bibliografía muy extensa. Su conceptualización resultó difícil porque —como bien sostuvo Betti— la inherencia a la persona no se presenta siempre con la misma intensidad ni tiene siempre la misma razón⁹. A decir verdad, este problema siguió poniendo a prueba “el ingenio de los escritores modernos”¹⁰, a fin de no definir simplemente por los efectos —a la manera de Naquet¹¹— sino por sus caracteres esenciales. En el Derecho nacional corresponde a Galli el mérito de haber encontrado la fórmula adecuada, al decir que “son aquellos que satisfacen el fin tenido en vista al instituirlos únicamente en cabeza del titular al cual se atribuyen”¹²; es igualmente adecuada la de Sánchez de Bustamante, quien afirmó que son aquellos que “por su naturaleza y las necesidades que satisfacen están íntimamente ligados a las personas a quienes benefician y separados de ellos no se conciben o pierden su razón de ser”¹³. Estas consideraciones no han perdido vigencia, ya que si bien el nuevo artículo 1024 mejora la redacción del derogado 1195, conserva la misma sistemática que su predecesora, enumerando los supuestos de intransmisibilidad *mortis causa*.

De cualquier modo, no debe olvidarse que la intrasmisibilidad no se presenta siempre con la misma fuerza: ciertos derechos y obligaciones lo son aun contra la voluntad del titular, en tanto que otros son declarados incesibles por la ley sólo en forma subsidiaria de la voluntad de los interesados; en algunos, la transmisibilidad depende

⁹ BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, ed. española, Madrid, 1970, t. II, p. 382.

¹⁰ Al decir de GIORGI, Jorge, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, Madrid, 1909, t. II, p. 246.

¹¹ NAQUET, *Del acción paulienne*, p. 102, cit. por GIORGI, ob. cit., t. II, p. 249.

¹² GALLI, Enrique V., notas a Raymundo M. Salvat, en *Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones en general*, 6ª ed., Buenos Aires, 1956, t. III, Nº 2318.

¹³ SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, Miguel, *Acción oblicua, indirecta o subrogatoria*, Buenos Aires, 1945, p. 113. En parecidos términos se pronuncia LLAMBLAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, 1967, t. I, p. 511: “Son aquellos derechos cuyo ejercicio es inconcebible independientemente del individuo humano a favor de quien están instituidos”.

de que la acción haya sido ejercida por el causante, en otros, aunque así fuera, el derecho caduca con la muerte.

Para mayor claridad, resulta necesario distinguir cuatro situaciones: A) derechos y obligaciones que componen el caudal relicto por una situación derivada del causante; B) derechos y obligaciones que nacen con motivo de la muerte y vinculadas al fenómeno sucesorio, pero creando situaciones originarias en el heredero; C) derechos y obligaciones que aunque nacen en ocasión de la muerte de una persona, están desvinculadas del fenómeno sucesorio; D) derechos y obligaciones de los que era titular el causante, pero que no se transmiten a sus herederos, sino que se extinguen o caducan con su muerte.

A) DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE COMPONEN EL CAUDAL RELICTO POR UNA SITUACIÓN JURÍDICA DERIVADA DEL CAUSANTE

122. Principio

Como regla, los derechos patrimoniales forman parte del caudal relicto; éstos son los derechos que según su contenido no están ligados a la personalidad individual de su titular, por lo que cabe separarlos de él y transmitirlos a otro; sin embargo, esta regla no es absoluta ya que existen supuestos en los que la transmisión no es posible¹⁴. Como se ha dicho, en general, los derechos extrapatrimoniales se extinguen con la muerte del causante, pasando excepcionalmente al heredero.

El nuevo Código establece expresamente el alcance de la investidura del carácter de heredero para el ejercicio de todas las acciones transmisibles que correspondían al causante. Así, el artículo 2337 se refiere a los herederos que son investidos de pleno derecho; comprende a los ascendientes, descendientes y cónyuge. En este caso, el heredero alcanza esta calidad desde el día de la muerte del causante, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignore la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia. En concordancia con las normas del Derecho registral, se exige que a los fines de la transferencia de los bienes regis-

¹⁴ AZPIRI, Jorge O., *Derecho Sucesorio*, 4ª ed. act. y ampl., Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 75.

trables, su investidura sea reconocida mediante la declaratoria judicial de herederos. Por otra parte, el artículo 2338 contempla dos supuestos: a) sucesión de los colaterales: en este caso corresponde al juez del juicio sucesorio investir a los herederos de su carácter de tales para que puedan ejercer los derechos y acciones transmisibles, previa justificación del fallecimiento del causante y del título hereditario invocado; b) sucesiones testamentarias, en las que la calidad de heredero resulta de la declaración de validez formal del testamento, excepto para los herederos que la obtienen de pleno derecho. La nueva normativa retoma los principios del sistema anterior, aunque con una redacción más adecuada que pretende superar las críticas a la formulación de los artículos 3410 y 3412 del Código derogado, que se referían a la "posesión hereditaria".

En los números siguientes se analizan los supuestos más significativos.

123.A) Derechos reales

En principio, y salvo disposición legal en contrario, todos los derechos reales se transmiten por herencia, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 1906 que consagra expresamente su transmisibilidad, excepto disposición legal en contrario.

Por eso, ninguna duda cabe sobre la transmisión del derecho de propiedad, del condominio, de las servidumbres reales, de la hipoteca, de la prenda y de la anticresis y de todas las acciones derivadas de éstos¹⁵. También se transmite a los herederos el derecho de superficie, conforme lo dispuesto por el artículo 2119.

En cambio, el derecho de usufructo se extingue con la muerte del titular de conformidad con el artículo 2140, salvo lo dispuesto para el usufructo a favor de varias personas con derecho de acrecer. Si bien cuando el usufructo se constituye a favor de varias personas en

¹⁵ La Suprema Corte de Buenos Aires explicitó que aunque los actores en una acción reivindicatoria hayan omitido acompañar la declaratoria de herederos de la sucesión a su favor, ello no configura un óbice en relación con su legitimación por obrar, pues el mero llamado a la sucesión consolida la vocación hereditaria, asumiendo el carácter de heredero del causante mediante un acto inequívoco de aceptación de la herencia en los términos del art. 3319 del Cód. Civ. (SCJBA, 12-5-2004, L. L. B. A. 11-2004, p. 1202).

principio no existe derecho de acrecer, el artículo 2132 autoriza a acordarlo en el acto constitutivo¹⁶. En consecuencia, si ello ha sido fijado expresamente, la muerte de uno de los usufructuarios no extingue el contrato; el usufructo recaerá en cabeza del o de los otros usufructuarios, aunque ello no se debe a la transmisibilidad del derecho, sino al acuerdo de voluntades expresado en el acto constitutivo celebrado, que confiere el derecho de acrecer a los cotitulares, sean o no herederos del fallecido. Por otra parte, el artículo 2152 establece expresamente los medios especiales de extinción del usufructo, incluyendo en el inciso a, "la muerte del usufructuario, aunque no se haya cumplido el plazo o condición pactados. Si no se pactó la duración del usufructo, se entiende que es vitalicio". Esta fórmula mejora la redacción del viejo artículo 2920 que señalaba que "El usufructo se extingue por la muerte del usufructuario de cualquier manera que suceda..."

Una cuestión diferente es el derecho de los sucesores universales del usufructuario a continuar la acción de daños iniciada por él en vida, que les confiere a ellos y no al sucesor particular en el uso y goce de la cosa, la facultad de ser indemnizados por los perjuicios padecidos por el causante titular del derecho de usufructo hasta el momento de su fallecimiento¹⁷.

Los autores que analizaron esta cuestión durante la vigencia del Código derogado han concordado en que el fundamento de esta caducidad radica en que estos derechos son considerados como "inherentes a la persona", por cuanto están destinados primordialmente a satisfacer las necesidades directas de sus titulares¹⁸. Esta incesibilidad fue considerada de orden público y por ende inderogable por convención de las partes o por el testador¹⁹. No era ésta la regla del Derecho Romano, en el cual, aunque se presumía que el usufructo sólo favorecía

¹⁶ Asimismo, la norma prohíbe la constitución de usufructo "a favor de varias personas que se sucedan entre sí, a menos que el indicado en un orden precedente no quiera o no pueda aceptar el usufructo".

¹⁷ CSJN, 14-10-92, "Torres, Guillermo y otra c/Provincia de Buenos Aires s/Daños y perjuicios", Fallos: 315:2486; L. L. 1993-C-274.

¹⁸ SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, ob. cit., p. 301.

¹⁹ ALTERINI, Jorge H., *La locación y los derechos reales con función equivalente*, La Plata, 1970, ps. 132 y ss.; PEÑA GUZMÁN, Luis A., *Derecho Civil. Derechos reales*, Buenos Aires, 1973, t. III, p. 125.

al titular, se permitía la validez de la constitución expresa que favoreciera a los herederos del usufructuario. En cambio, en el Derecho nacional, el artículo 2825 y su nota ponían una valla infranqueable a esta posibilidad²⁰, pese a las críticas que *de lege ferenda* pudo merecer la solución legal²¹.

Así lo ha resuelto con acierto la jurisprudencia: “El usufructo se extingue por la muerte del usufructuario, aunque al constituirlo el testador hubiere dispuesto otra cosa, debiendo considerarse absolutamente nula la cláusula por la que el testador dispone que este derecho pase a otras personas”²².

También se extinguen por la muerte, los derechos de uso y habitación²³; a diferencia del Código derogado, el nuevo régimen regula estos derechos reales en forma separada. El artículo 2155 relativo al derecho de uso, remite a las normas del usufructo y por tanto se aplica lo explicado en los párrafos anteriores. Con respecto la habitación, el artículo 2160 consagra expresamente las limitaciones que recaen sobre este derecho, al decir que “no es transmisible por acto entre vivos ni por causa de muerte”.

La servidumbre personal tampoco se transmite a los herederos (art. 2172). El nuevo artículo 2165, que define a la servidumbre personal como la constituida en favor de persona determinada sin inherencia al inmueble dominante, señala que si se constituye a favor de una persona humana se presume vitalicia, si del título no resultó una duración menor. Cuando la servidumbre personal ha sido constituida a favor de varias personas (conf. facultad conferida por el art. 2167), al igual que con el usufructo; para que exista derecho de acrecer debe

²⁰ MARIANI DE VIDAL, Marina y HEREDIA, Pablo, en BUERES, Alberto J. (dir.) y HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias*, t. 5B, *Derechos reales*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 680.

²¹ ALLENDE, Guillermo L., *Tratado de las servidumbres*, Buenos Aires, 1963, p. 158.

²² CCiv. 2ª Cap., 21-2-34, J. A. 45-336.

²³ La intransmisibilidad de estos derechos surgía de la interpretación de los artículos 2959 y 2969. Esta última norma consagraba que “lo dispuesto sobre la extinción del usufructo se aplica igualmente al uso y al derecho de habitación, con la modificación que los acreedores del usuario no pueden atacar la renuncia que hiciere de sus derechos”.

haberse pactado expresamente. El derecho de los restantes titulares no importa transmisibilidad por causa de muerte, sino que resulta de la propia naturaleza del acto de constitución. Por otra parte, el artículo 2167 prohíbe expresamente establecer "...la servidumbre personal a favor de varias personas que se suceden entre sí, a menos que el indicado en un orden precedente no quiera o no pueda aceptar la servidumbre". Estas reglas se encuentran reforzadas por el artículo 2182, inciso c, que expresa que "en el caso de las servidumbres personales, si el titular es persona humana, se extinguen por su muerte, aunque no estén cumplidos el plazo o condición pactados"²⁴.

Del mismo modo que la propiedad sobre las cosas, el aspecto patrimonial de la propiedad intelectual se trasmite por sucesión. La ley 11.723 reconoce el derecho de los herederos en el artículo 4º, inciso b; la transmisión opera tanto para los herederos legítimos como para los testamentarios por cuanto la ley no hace distinción alguna. En cuanto a la extensión temporal, el artículo 5º, modificado por ley 24.870 la prolonga hasta setenta años contados a partir del 1º de enero del año siguiente al de la muerte del autor²⁵. En las obras en colaboración, el plazo comienza a contarse desde el 1º de enero del año siguiente al de la muerte del último colaborador, y para las obras póstumas, a partir del 1º de enero del año siguiente al de la muerte del autor. Por último, de conformidad con lo previsto por el artículo 5º bis (incorporado por la ley 26.570), la propiedad intelectual sobre los fonogramas corresponde a los productores de los fonogramas o sus derechohabientes por el plazo de setenta años contados a partir del 1º de enero del año siguiente al de su publicación.

En suma, la ley ha aceptado la tesis predominante que se pronuncia a favor de la temporalidad del derecho de propiedad intelectual de los herederos²⁶.

²⁴ Puede recordarse que el viejo art. 3004 establecía que "Cuando el derecho concedido no es más que una facultad personal al individuo, se extingue por la muerte de ese individuo..."

²⁵ La jurisprudencia ha aclarado que para el ejercicio del derecho por parte de los herederos, no es requisito que el causante lo haya reclamado en vida, pues la renuncia a los derechos no se presume, pudiendo requerirlos mientras no caduquen o prescriban (CCom. Nº 7, 10-5-2001, D. J. 2001-2-1133).

²⁶ ÁLVAREZ ROMERO, Carlos, *El derecho de propiedad intelectual: su tem-*

En cuanto al derecho moral del autor, no se produce una verdadera transmisión *mortis causa*; lo que ocurre es que este derecho moral es perpetuo; por eso, aunque el autor haya muerto y la obra haya caído en el dominio público, cualquier habitante tiene el derecho a oponerse a toda alteración o desfiguración perniciosa para el respeto de la personalidad del autor, pudiendo obtener de las autoridades un castigo para quien atenta. Precisamente, porque puede ser opuesto por cualquier interesado con independencia de la calidad de heredero, no es estrictamente un derecho transmisible *mortis causa*, en concordancia con su naturaleza extrapatrimonial. En realidad, estas facultades de oposición a la modificación o deformación de la obra original se conceden como homenaje a la memoria del autor²⁷.

Por otro lado, las acciones indemnizatorias a que pudiera dar lugar la violación del derecho moral del autor, normalmente caerán en el supuesto del daño moral; serán intrasmisibles a los herederos, salvo que hubiesen sido iniciadas en vida por el causante, como se verá más adelante.

El derecho a las patentes de invención, que de conformidad con el artículo 35 de la ley 24.481 tiene una duración de veinte años improporables contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud, se transmite con idénticos alcances a los causahabientes del inventor (conf. art. 8º, 13). Igualmente, las marcas de fábrica registradas, en tanto tienen una duración de 10 años, y pueden renovarse indefinidamente, se transmiten a los herederos, aunque la ley 22.362 no conserva la formulación de su antecesora (ley 3975) que consagraba expresamente que "La propiedad de una marca pasa a los herederos y puede ser transferida por contrato o por disposición de última voluntad" (art. 9º)²⁸.

poralidad, en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, Pamplona, 1969, t. V, ps. 9 y ss., en especial, p. 21; SATANOWSKY, Isidro, *Derecho intelectual*, Buenos Aires, 1654, t. II, p. 108.

²⁷ STOLFI, Nicola, *Diritto Civile*, Torino, 1934, vol. VI, p. 43; BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, 9º ed. act., La Ley, Buenos Aires, 2008, N° 30, t. I, p. 27.

²⁸ VÍTOLO, Daniel R., *Contratos comerciales, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 1993, p. 591. Ver también ARDUINO, Augusto H. L. y AZEVES, Ángel H., *Transferencia de las marcas en el concurso preventivo*, en J. A. 2007-IV-1321. Estos autores sostienen

124.B) Derechos derivados de la posesión

El nuevo artículo 2280 relativo a la situación de los herederos aclara que “Desde la muerte del causante, los herederos [...] continúan en la posesión de lo que el causante era poseedor”. En la unión de posesiones el heredero continúa la posesión de su causante (conf. art. 1901) adquiriéndola con las mismas características que tuviera en el antecesor, pero para alegar la accesión de posesiones deben acreditar la realización de actos posesorios por parte del *de cujus*²⁹.

La jurisprudencia desarrollada durante la vigencia del Código anterior, que también resulta aplicable al nuevo Derecho, ha resuelto que para el ejercicio de la acción por prescripción adquisitiva del inmueble habitado en vida por el causante, si existen varios herederos, es necesario que sea promovida por todos ellos, pues cada uno tiene derechos del causante de una manera indivisible, no sólo en cuanto a la propiedad, sino también a la posesión (art. 3416, Cód. Civ.)³⁰.

125.C) Derechos y obligaciones derivados del contrato

El artículo 1024 del nuevo Código Civil y Comercial consagra el principio de transmisibilidad de los derechos y obligaciones derivados de los contratos: “Los efectos del contrato se extienden, activa y pasivamente, a los sucesores universales...”, replicando casi en forma idéntica lo dispuesto por el viejo artículo 1195.

El mismo artículo 1024, luego de sentar el principio general, enumera las excepciones a la transmisibilidad de los efectos de los contratos: a) cuando las obligaciones que de él nacen sean inherentes a la persona; b) cuando la transmisión sea incompatible con la naturaleza de la obligación, o c) cuando la transmisión esté prohibida por una cláusula del contrato o la ley.

que cuando la transferencia se efectúe por causa de muerte, no se tomará razón de la misma sin orden expresa del juez interviniente en la sucesión del titular del derecho que se transmite. Deberán consignarse los datos de los herederos, sus partes indivisas y el autorizado a suscribir el formulario.

²⁹ CCCComún de Tucumán, sala I, 30-11-2010, “Argañafarás, Ambrosio Isidoro”, L. L. Noroeste 2011-205.

³⁰ CNCiv., sala C, 28-9-2001, L. L. 2002-B-577.

Los ejemplos de transmisibilidad son innumerables: en la compraventa, el derecho del comprador de exigir la entrega de la cosa vendida y el del vendedor de pedir el precio y sus correlativas obligaciones; en el contrato de permuta, el derecho de uno de los contratantes de exigir la entrega de la cosa y su correlativa obligación de entregar la cosa; el derecho de exigir la responsabilidad por evicción que corresponde al comprador, permutante, asociado y su correlativa obligación por parte del vendedor, permutante, asociado, respectivamente, etcétera³¹. La transmisión comprende todos los efectos de los contratos y las obligaciones que ellos generan, como las obligaciones de reintegración y resarcimiento³².

Este principio de transmisibilidad sufre excepciones, tanto en el aspecto activo como en el pasivo. En todo caso, hay que tener presente, como dice Lacruz³³, que lo decisivo para determinar la transmisibilidad es: a) desde el punto de vista del crédito, investigar si se puede considerar ligada a la persona individual de un determinado acreedor, la necesidad económico-social que está destinada a satisfacer la relación contractual, o al contrario, si sirve a objetivos reales de cualquier vida humana; b) desde el punto de vista de la obligación, si está vinculada a la persona de un concreto obligado, la actividad exigible del deudor para la satisfacción de esas necesidades económicas y sociales, o si, al contrario, puede ser realizado por cualquier otro. Lo decisivo es, en otras palabras, determinar si para los objetivos reales perseguidos por la relación contractual sigue siendo o no posible una continuación de la actividad debida por el heredero, de manera que tenga cumplimiento el fin perseguido por los contratantes.

a) *Desde el punto de vista pasivo, no se transmiten a los herederos las obligaciones derivadas de los contratos:*

³¹ RÉBORA, ob. cit., t. I, p. 77; CSJN, Fallos: 8:429.

³² La jurisprudencia ha resuelto que habiendo el causante contratado la prestación de servicios médicos, todos los herederos son responsables de su pago, pues constituyen una deuda hereditaria y no una carga de la sucesión; en tanto que los herederos le suceden al causante en todas las obligaciones y son deudores de todo lo que él era deudor siempre que se trate de obligaciones transmisibles *mortis causa* (CNCom., sala C, 13-11-2007, E. D. 229-246).

³³ LACRUZ, ob. cit., p. 111.

1) Cuando se trata de obligaciones en que la prestación exigida reclama en el deudor especiales aptitudes artísticas o científicas, habilidades, conocimientos particulares, etcétera, que hacen imposible su cumplimiento por persona distinta de la obligada. Por ejemplo, la obligación de un pintor de realizar un cuadro.

2) Cuando la intransmisibilidad resulta de una cláusula del contrato (conf. art. 959 del Cód. Civ. y Com.). En virtud de un pacto de no sucesión, las partes pueden acordar la extinción del negocio por la muerte de una de ellas³⁴. El artículo 1429 del Código Civil y Comercial establece que los contratos celebrados en bolsa o en mercados se rigen por las normas dictadas por sus autoridades y aprobadas por el organismo de control. Entre otras disposiciones, estas normas pueden establecer su liquidación ante eventos como el concurso, la quiebra o la muerte de una de ellas.

3) Cuando así resulte de una disposición expresa de la ley. En estos casos, la ley veda la trasmisión basándose en diferentes razones; a veces presume que se tuvieron en cuenta las cualidades personales del deudor; por ejemplo, el contrato de comodato se extingue, según lo dispuesto por el artículo 1541, inciso d, por la muerte del comodatario (aunque esta norma puede ser dejada sin efecto por voluntad de las partes y no procede cuando el comodato no haya sido celebrado exclusivamente en consideración a su persona).

En el contrato de mandato, el artículo 1329 establece su extinción por muerte del mandatario (inc. e), solución que repite lo dispuesto por el artículo 1963, inciso 3°, derogado; la extinción del mandato por muerte del mandatario no excluye el cumplimiento de ciertas cargas de sus herederos, que deben dar inmediato aviso al mandante y tomar en interés de éste las medidas que sean requeridas por las circunstancias (conf. art 1333).

En determinadas circunstancias, la ley pretende limitar el alcance de ciertas instituciones que afectan o disminuyen la libre circulación de los bienes³⁵; esto ocurre con el pacto de preferencia en el contrato

³⁴ MOSSET ITURRASPE, en BUERES (dir.) y HIGHTON (coord.), *Código Civil y normas complementarias*, 1ª ed., 1ª reimp., 2005, t. 3B, p. 17.

³⁵ SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, ob. cit., p. 210; BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Contratos*, 2ª ed., Buenos Aires, 1969, t. I, p. 272.

de compraventa, que estando estipulado en favor del vendedor, no pasa a sus herederos (conf. art. 1165). Esta disposición sigue el antecedente del artículo 1396 del Código derogado aclarando que el derecho que otorga es personal y no puede cederse ni pasa a los herederos. La doctrina anterior, que conserva su vigencia, sostuvo que los fundamentos de esta intransmisibilidad pueden encontrarse en razones afectivas de índole personal, pues el vendedor pudo haber tenido motivaciones que lo impulsaron a establecer el pacto en razón de querer que la cosa perteneciera sólo al comprador, pero desaparecido éste deberá prevalecer el libre tráfico de los bienes³⁶. Tal como se ha señalado, esta prohibición no es de orden público y por eso se trata de un caso de intransmisibilidad relativa, ya que es válido el pacto por el cual se conviene la trasmisión a los herederos del vendedor³⁷.

El contrato de donación estipula que la cosa donada revierte al donante cuando se ha establecido la condición resolutoria de que el donatario, o el donatario, su cónyuge y sus descendientes, o el donatario sin hijos fallezcan antes que el donante (art. 1566: Pacto de reversión). En este último supuesto la existencia de éstos en el momento del deceso de su padre, extingue el derecho del donante, que no renace aunque éste les sobreviva.

La norma agrega que "Esta cláusula debe ser expresa y sólo puede estipularse a favor del donante. Si se la incluye a favor de él y de sus herederos o de terceros, sólo vale respecto de aquél". Tampoco el artículo 1842 del Código derogado autorizaba que las donaciones reviertan en favor de los herederos del donante, pues se consideraba que permitir que se estipulara la reversión en provecho de otra persona que la del donante, implicaba abrir una puerta a las sustituciones prohibidas³⁸.

³⁶ GREGORINI CLUSELLAS, en BUERES (dir.) y HIGHTON (coord.), *Código Civil y normas complementarias* cit., 1ª ed., 1ª reimp., t. 3C, p. 529.

³⁷ PIANTONI, Mario, *Contratos civiles*, Buenos Aires, 1975, t. II, p. 93; REZZÓNICO, Luis M., *Estudio de los contratos en nuestro Derecho Civil*, 3ª ed., t. I, p. 364; SARAVIA, José M., *El pacto de preferencia en la compraventa*, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Años 1, 3, 1 y 2, Buenos Aires, enero-junio de 1946, p. 70.

³⁸ FERNÁNDEZ FELLINI, Miguel A., *La reversión de las donaciones*, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1964, 1-IV, p. 224; ZAGO, en BUERES (dir.) y HIGHTON

b) Desde el punto de vista del sujeto activo, los derechos se extinguen por fallecimiento del acreedor:

1) Cuando así se ha estipulado en el contrato (conf. arts. 958 y 959);

2) cuando se trata de derechos que se otorgan en atención a las cualidades que tiene determinada persona (por ej.: el derecho de la modelo en la pintura del cuadro).

El contrato de mandato se extingue por la muerte del mandante (art. 1329, inc. e) y el artículo 1330 aclara que "...El mandato destinado a ejecutarse después de la muerte del mandante es nulo si no puede valer como disposición de última voluntad"; pero la muerte del mandante impone al mandatario la obligación de realizar actos de conservación si hay peligro en la demora; salvo que los herederos o sus representantes brinden expresas instrucciones en contrario (conf. art. 1333).

3) Por disposición expresa de la ley: El derecho a percibir una renta vitalicia se extingue por disposición de la ley; el artículo 1606 dispone su finalización por fallecimiento del "cabeza de renta" por cualquier causa que sea, aunque aclara que "Si son varias las personas, por el fallecimiento de la última; hasta que ello ocurre, la renta se devenga en su totalidad. Es nula la cláusula que autoriza a substituir dicha persona, o a incorporar otra al mismo efecto". Se ha sostenido que si la muerte se produjo en un momento contemporáneo a la celebración o apenas iniciada su ejecución puede plantearse la nulidad³⁹. Para algunos no se está en presencia de un crédito intrasmisible, sino de un crédito sometido a un plazo resolutorio incierto dado por el momento en que el acreedor fallece⁴⁰. Durante la vigencia del Código derogado se han planteado algunas disidencias para el caso en que la muerte se produzca por un hecho del deudor, no obstante lo cual la postura mayoritaria sostuvo la conclusión del contrato, sin perjuicio

(coord.), *Código Civil y normas complementarias cit.*, 1ª ed., 2ª reimp., 2006, t. 4D, p. 149.

³⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, t. III, p. 574.

⁴⁰ BOFFI BOGGERO, Luis, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, 1977, t. IV, p. 11.

del derecho de los herederos a reclamar por los daños y perjuicios derivados de su extinción intempestiva⁴¹.

126. Algunos contratos en particular

a) *Contrato de locación de inmuebles.*

En materia de locaciones urbanas, el tratamiento jurídico de la cuestión exige revisar la larga historia que ha tenido en nuestro Derecho, en razón de la existencia de órdenes locativos diferentes. Antes de la sanción de la Ley 23.091 de Locaciones Urbanas, las soluciones eran diametralmente opuestas y no exentas de críticas. Es cierto que —como sostuvo Lascano⁴²— la falla más grave que se le puede imputar al legislador es no conservar una orientación común en las soluciones adoptadas; no obstante, cuando se trata de legislaciones de emergencia, esa armonía falta porque se dictan con ese nombre que las califica, con el propósito declarado de regir sólo mientras subsistan las causas temporales que le dan origen. La independencia de ambos regímenes, y su subsistencia han sido reconocidas en forma unánime⁴³. Véase cómo funcionaban los diferentes ámbitos legislativos:

1) *El problema en el Código Civil derogado*: Si se trataba de contratos excluidos de las leyes de emergencia, regía el artículo 1496 que disponía: “Los derechos y obligaciones que nacen del contrato de locación pasan a los herederos del locador y del locatario”. Esta disposición permitía sostener que la locación no concluía ni por muerte del arrendador ni del arrendatario y que los herederos del locatario fallecido podrían ejercer los derechos del causante⁴⁴ y entre ellos, habitar el

⁴¹ Sobre las diferentes posiciones doctrinarias, compilar ZAGO, en BUERES (dir.) y HIGHTON (coord.), *Código Civil y normas complementarias* cit., 1ª ed., 1ª reimp., 2007, t. 4D, p. 586.

⁴² LASCANO, Carlos A., *La sucesión en la locación prorrogada*, en L. L. 83-24.

⁴³ ECHEGARAY, Eduardo, *El concepto de sucesor legal en el arrendamiento de locales*, en L. L. 90-888; CLAVELL BORRÁS, Javier, *La locación urbana en la ley 21.342*, Buenos Aires, 1976, p. 189; a título de ej., ver los siguientes fallos: CNPaz, sala III, 26-4-56, L. L. 83-21; sala I, L. L. 63-620; CNCiv., sala B, L. L. 62-703, etc.

⁴⁴ Por esa razón, se ha admitido una demanda de desalojo interpuesta por la administradora de la sucesión de quien fuera locatario, en contra de los subinquilinos y ocupantes (CNCiv., sala D, 22-2-2008, E. D. 229-559).

inmueble hasta el cumplimiento del término contractual, con independencia de que hayan convivido o no con el causante. En tal sentido, la jurisprudencia nacional que interpretaba este sistema normativo resolvió que los herederos adquieren la posición jurídica del *de cuius* y tienen derecho a que el locador les reciba el pago de los arriendos⁴⁵. Al mismo tiempo, se entendió que los herederos del locatario sucedían igualmente en las obligaciones del contrato. Por eso, aunque el arrendamiento no respondiera a sus necesidades actuales, debían asumir el lado pasivo del vínculo obligacional. En tal sentido Vélez Sársfield siguió a la legislación francesa (art. 1742, Cód. Civ. francés). En cambio, el proyecto de reforma de 1936, con mayor equidad, adoptó el modelo del Código Civil alemán (art. 569), que permite a los herederos resolver la locación si no fuese conforme a esas necesidades. Precisamente, por suceder en esas obligaciones se entendió que el heredero tenía legitimación pasiva para ser demandado por cobro de alquileres, daños y perjuicios derivados del contrato, etcétera. En este sentido la jurisprudencia resolvió que “No habiendo caducado el contrato de locación por la muerte del locatario, ni tenido lugar la restitución de la cosa, sus sucesores, como continuadores de la persona del mismo, están obligados a seguir abonando los alquileres hasta que el locador pida y obtenga esa restitución”⁴⁶.

2) *El problema en las leyes de emergencia.* La solución difería sustancialmente si el arrendamiento se amparaba en la legislación de emergencia. El artículo 3° de la ley 21.342 exigía, para poder acogerse a los beneficios de esa ley, que se haya ocupado efectivamente el inmueble por sí o por intermedio del cónyuge, ascendientes o descendientes a la época de la entrada en vigencia de ella. Además, y específicamente, el artículo 15 disponía: “En caso de fallecimiento o de abandono por parte del locatario o del sublocatario, la locación sólo podrá ser continuada por las personas y en las condiciones que a continuación se mencionan: a) por las personas que ocupen el inmueble en las condiciones previstas en el artículo 3°; b) por los miembros de su familia o las personas que hubieran estado a su cargo y recibido del locatario ostensible trato fa-

⁴⁵ L. L. 83-21.

⁴⁶ CNCiv., 15-11-56, *in re* “Suárez c/Moulié”, cit. por ECHEGARAY, ob. cit., en L. L. 90-893, en nota 24.

miliar, siempre que hubieran convivido con él en forma habitual y continuada durante un mínimo de 3 años del fallecimiento o abandono. La disposición de este párrafo no comprende a las personas de servicio o compañía". El artículo reconoció su fuente en las anteriores leyes de prórroga 13.581, 15.775, 16.739, 18.880 y 20.625.

Mucho se ha hablado sobre la posición jurídica de este continuador de la locación. Desde los trabajos señeros de Lascano y Echegaray⁴⁷, los autores han tratado de determinar cuál es la naturaleza del derecho que se otorga al continuador. En general, la doctrina ha sido conteste en que ese derecho no tiene ninguna vinculación con el Derecho Sucesorio; que, al contrario, es un derecho que nace en cabeza del beneficiario y tiene en consideración su especial situación jurídico-económica⁴⁸. Esta aseveración se fundó en que, aunque se revista la calidad de heredero o legatario, puede ocurrir que no sea continuador, circunstancia que acaece cuando el heredero no ha cohabitado en forma efectiva en el inmueble al momento de la muerte del causante. Además, se puede ser continuador, aunque no se invista calidad de heredero. Por ejemplo: las personas que el causante ha tenido a su cargo dispensando ostensible trato familiar.

En definitiva, el derecho otorgado por la legislación de emergencia resultaba *propio* del continuador y le era otorgado directamente de la ley, con fundamento en una especie de "estado de necesidad" respecto a las disponibilidades de vivienda, según un criterio prevaleciente en la política legislativa del momento. Por ello, es plausible que la ley haya hablado de "continuadores", y no de "sucesores". Este principio fue

⁴⁷ Trabajos citados en notas 35 y 36.

⁴⁸ CAMPOS, Aurora, *Continuadores de la locación y sublocación*, Buenos Aires, 1974, p. 3; ARIAS, César, *Arrendamientos urbanos y Derecho Social. Reflexiones para una futura ley locativa*, en J. A. 1964-V-29, sec. doct., y en *Derecho de arrendamientos urbanos*, Buenos Aires, 1966, ps. 185 y ss.; este autor destaca el carácter subsidiario del derecho; ROCCA-GRIFFI, *Cuestiones de alquileres*, Buenos Aires, 1971, p. 122; RICCIO, Jorge, *Locaciones urbanas*, Buenos Aires, 1974, p. 44; ZAGO, Jorge, *Nuevo régimen de alquileres. Ley 21.342*, Buenos Aires, 1976, p. 199; PRAT, Ana María, *El actual régimen de locaciones urbanas. Ley 21.342*, Buenos Aires, 1976, p. 178. Sin pronunciarse en forma definitiva, parece adherirse a la tesis de una sucesión a título particular, LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, *La posesión de estado a propósito del derecho del continuador en la locación*, en L. L. 1975-B-407.

expresado por la jurisprudencia plenaria de la Cámara Nacional que resolvió: "La facultad de continuar la locación después del fallecimiento del locatario, tratándose de un contrato de locación prorrogado por la ley 16.739, es un derecho propio, que la ley reconoce a título originario y no como sucesor, por lo cual no integra el acervo hereditario"⁴⁹.

3) *La cuestión en Ley 23.091 de Locaciones Urbanas*. El artículo 9º de la Ley de Locaciones Urbanas del año 1984 contenía una disposición específica relativa a los "continuadores del locatario", y los facultaba a continuar el arrendamiento en las condiciones pactadas, siempre que acrediten haber convivido y recibido del locatario "ostensible trato familiar". La norma expresó concretamente que "En caso de abandono de la locación o fallecimiento del locatario, el arrendamiento podrá ser continuado en las condiciones pactadas, y hasta el vencimiento del plazo contractual, por quienes acrediten haber convivido y recibido del mismo ostensible trato familiar".

Mientras estuvieron vigentes ambos órdenes normativos, la ley 23.091 no permitió superar la dualidad planteada, y con ello resultaba necesaria una adecuada armonización. Al respecto, Borda sostuvo que la ley 23.091 no había derogado el artículo 1496 del Código Civil, siendo aplicable el principio sentado por esa disposición, pero de conformidad con la ley de locaciones urbanas podrán continuar en la locación aquellas personas que acrediten haber convivido con el locatario y recibido de él ostensible trato familiar⁵⁰.

El artículo 1124 del Proyecto de Unificación Civil y Comercial elaborado por la Comisión creada por decreto 685/95 facultaba a continuar la locación siempre que se haya cumplido el plazo de un año de convivencia previa: "Si la cosa locada es inmueble o parte material de un inmueble, destinado a habitación, en caso de abandono o fallecimiento del locatario, la locación puede ser continuada en los términos originarios por quien lo habita y acredita haber recibido del locatario ostensible trato familiar durante el año previo al abandono o fallecimiento".

⁴⁹ CNCiv., en pleno, 29-11-68, "Inmobiliaria y Financiera Ltda. c/Sucesión de María Juliana Julia Collignon, s/Desalojo", cit. por ZAGO, *Nuevo régimen de alquileres*, ley 21.342 cit., p. 202.

⁵⁰ BORDA, en BUERES (dir.) y HIGHTON (coord.) *Código Civil y Leyes Complementarias* cit., 1ª ed., 1ª reimp., 2007, t. 4A, p. 225 y ss.

La superación de la controversia sobre la naturaleza del derecho del continuador, emanado del hecho de la convivencia aunque no sea heredero (tal el caso del conviviente) no ha solucionado todos los problemas que la disposición plantea, especialmente cuando el contrato se encuentra vigente, pues podrán suscitarse conflictos para determinar a qué personas les corresponde continuar la locación. Teniendo en cuenta la finalidad de la norma, si concurren herederos con personas convivientes, estas últimas deberán ser preferidas⁵¹. El proyecto elaborado por la Comisión creada por decreto 685/95 se pronunció por la prevalencia del derecho del continuador sobre el del heredero del locatario (último párrafo de su art. 1124). Si no hay convivientes, el heredero tendrá derecho a continuar la locación, aunque es difícil determinar la solución si son varios herederos que no se avienen a vivir juntos. Para Borda, en este caso, el propietario podría dar por terminada la locación desde que ninguno de los herederos tiene un derecho preferencial y no hay otro modo de resolver el conflicto⁵².

4) *La cuestión en el nuevo Código Civil y Comercial*: El nuevo Derecho establece expresamente como principio la transmisibilidad activa y pasiva del contrato de locación por causa de muerte, salvo pacto en contrario (art. 1189). Por otra parte, siguiendo el antecedente del proyecto elaborado por la comisión creada por decreto 685/95, el propio artículo 1190 reconoce el derecho a continuar la locación de un inmueble, o parte material de un inmueble, destinado a habitación, en las condiciones pactadas y hasta el vencimiento del plazo, en caso de abandono o fallecimiento del locatario, *por quien habite con el locatario y acredite haber recibido del locatario ostensible trato familiar durante el año previo al abandono o fallecimiento*. En el caso, siguiendo el antecedente del proyecto antes citado, el derecho del continuador en la locación prevalece sobre el del heredero del locatario.

b) *Contrato de obra*.

El artículo 1259 del Código Civil y Comercial dispone que "La

⁵¹ En cambio, Leiva Fernández sostiene que los conflictos deben ser resueltos por el juez de acuerdo con las circunstancias del caso (*Consideraciones sobre la normativa civil. Régimen regular de las locaciones urbanas -ley 23.091-*, en L. L. 1984-D-1164, N° X).

⁵² BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones* cit., N° 33, t. I, p. 30.

muerte del comitente no extingue el contrato, excepto que haga imposible o inútil la ejecución". En cambio, el artículo 1260 referido a la muerte del contratista o prestador estipula que "La muerte del contratista o prestador extingue el contrato, excepto que el comitente acuerde continuarlo con los herederos de aquél. En caso de extinción, el comitente debe pagar el costo de los materiales aprovechables y el valor de la parte realizada en proporción al precio total convenido".

Estas disposiciones sustituyen con una fórmula mejorada los viejos artículos 1640 y 1641 relativos a la locación de obra, que expresaban sucesivamente: "El contrato se resuelve también por fallecimiento del empresario; pero no por fallecimiento del locatario. Éste debe pagar a los herederos de aquél, en proporción del precio convenido, el valor de la parte de la obra ejecutada y de los materiales preparados, si éstos fuesen útiles a la obra". En cuanto a los herederos del empresario, señalaba que "podrán continuar la construcción de la obra cuando ésta no exigiese en el empresario cualidades especiales".

El artículo 1260, al referirse al "contratista o prestador" resuelve la crítica que el antiguo Código Civil recibía al mencionar al "empresario" y que llevó a la duda de cuál debía ser la solución cuando no era de profesión arquitecto, ingeniero o simple empresario y se comprometía a hacer construir determinada obra. Para Machado, en este caso, la muerte no operaba como causal de resolución, porque más que a ejecutar aquí el deudor se obligaba a entregar una cosa⁵³. Spota entendía que quien se encarga de ejecutar cualquier obra realiza un contrato de esencia idéntica al del empresario, por lo que siempre se tratará de una locación de obra. Sin embargo, coincidía con la solución expuesta de la transmisión por aplicación del viejo artículo 1195, desde que el artículo 1640 se refería a una forma particular del contrato de locación de obra —"la empresa de construcción"— que no se daba en el supuesto analizado⁵⁴. No obstante, *de lege ferenda*, estimaba como económicamente más valioso dar la regla inversa a la del artículo

⁵³ Olegario Machado (*Exposición y comentario del Código Civil argentino* cit., 2ª ed., 1917, t. IV, p. 447), quien siguiendo a Toullier, considera, por ej., que la obligación de hacer cortar un monte pasa a los herederos.

⁵⁴ SPOTA, Alberto G., *Tratado de la locación de obra*, 2ª ed., Buenos Aires, 1952, t. II, p. 1090.

1640, siguiendo de esta manera al Codificador italiano, que en su artículo 1674, dispone que el contrato de obra no se resuelva por la muerte del empresario, salvo que la consideración de la persona del empresario hubiera sido el motivo determinante del contrato. El mismo autor recordaba que el artículo 1641 del Código argentino aproximaba la solución nacional a la itálica, con la única diferencia de que en nuestro Derecho la continuación de la obra era facultativa por parte de los herederos, en tanto que es obligatoria en el nuevo Código italiano de 1942.

El fundamento de la extinción del contrato cuando fallece el contratista o prestador es obvio: es el corolario del carácter *intuitu personæ* que generalmente tiene el contrato de obra con referencia al prestador. Pero la recíproca no es igualmente cierta, ya que normalmente la persona del locatario o dueño de la obra es indiferente al contrato; por tanto, su muerte no lo afecta⁵⁵, salvo, como estipula el artículo 1259, cuando se haga imposible o inútil su ejecución. Cuándo estamos en presencia de una locación de obra *intuitu personæ* y cuándo no, es una cuestión de hecho a valorarse en cada caso particular⁵⁶.

En los casos en que la persona del contratista o prestador (empresario) fuere determinante, la doctrina anterior a la reforma ha reseñado que —aunque la ley no lo diga— el derecho a resolver el contrato recae tanto sobre el comitente (locatario) de la obra, como sobre los herederos del prestador (empresario), produciéndose de pleno derecho con la muerte, siendo innecesario que los herederos pidan expresamente la resolución para quedar liberados⁵⁷.

El nuevo Código argentino sigue los lineamientos del proyecto de reforma del Código Civil y Comercial elaborado por la Comisión creada por decreto 685/95 y mantiene el principio de la extinción del contrato “salvo que el comitente acuerde continuarlo con los herederos” del contratista o prestador (art. 1184).

Operada la resolución, los herederos del “contratista o prestador” tendrán derecho a que se les remunere el valor de la parte de obra

⁵⁵ REZZÓNICO, ob. cit., t. II, p. 832.

⁵⁶ REZZÓNICO, ob. cit., t. II, p. 832.

⁵⁷ REZZÓNICO, ob. cit., t. II, p. 831.

ejecutada. Sobre este rubro, el Código Civil y Comercial, al igual que su predecesor, no exige que esta parte sea o no útil para el comitente (locatario), requisito sólo mencionado para el pago de los materiales preparados. Ambas normas siguen el artículo 1536, 2ª parte, del proyecto de Código Civil español de 1851, alejándose de su fuente mediata, el Código Civil francés⁵⁸. No obstante, Spota entendió, con razón, que la "utilidad debe existir con respecto al resultado buscado, o sea, la obra total. Es decir, que es suficiente que lo hecho pueda ser completado para alcanzar el resultado final. Los materiales y los trabajos son útiles si pueden ser empleados por otro obrero que ejecutará la convención originaria como ha sido concluida"⁵⁹.

A su vez, tal como ha sostenido la doctrina que interpretaba el sistema anterior, los herederos del contratista (empresario) están "obligados" a entregar los materiales preparados: "Los materiales listos, para una construcción, en principio, no pueden servir sino para ella, y sólo por abuso manifiesto, podrían negarse a entregarlos los herederos"⁶⁰. Resulta obvio que los herederos también están obligados a pagar los daños y perjuicios debidos por el locador a la época de su fallecimiento⁶¹.

c) *El contrato de sociedad.*

Yadarola⁶² ha señalado que el contrato de sociedad determina para los socios una situación jurídica compleja, atribuyendo derechos y creando obligaciones. Los derechos otorgados pueden ser personales (derecho a intervenir en la administración social, de control, de vigilancia) o patrimoniales (derecho al resultado económico de la empresa); las obligaciones, también pueden ser personales (prestar la actividad personal en la atención de los negocios) o patrimoniales (aportar el capital, por ejemplo). La situación creada por el contrato de sociedad es lo que se denomina *status* de socio, que por comprender los aspectos personales

⁵⁸ REZZÓNICO, ob. cit., t. II, p. 829.

⁵⁹ SPOTA, ob. cit., t. II, p. 1985.

⁶⁰ LAFAILLE, Héctor, *Curso de contratos*, Buenos Aires, N° 473.

⁶¹ MACHADO, ob. cit., t. IV, p. 447.

⁶² YADAROLA, Mauricio, *La cláusula de continuación de la sociedad con los herederos del socio*, en homenaje a Yadarola, Córdoba, 1963, t. II, p. 451.

de los derechos, no puede ser cedida ni pasa a los herederos. Se trata de una "cualidad" que no puede ser transmitida sin acuerdo de los demás socios. En cambio, el elemento puramente económico o patrimonial sí puede ser objeto de adquisición por herencia; el heredero se convierte en acreedor de los derechos de su causante hasta su total liquidación.

Esta distinción resultaba del artículo 1670 del Código Civil derogado que expresaba "No tienen calidades de socios los herederos o legatarios de los derechos sociales, si todos los otros socios no consintiesen en la sustitución; o si ésta no fuese convenida con el socio que hubiese fallecido, y aceptada por el heredero". Mucho se discutió en el Derecho nacional —antes de la sanción de la ley 19.550— si eran válidas las cláusulas por las cuales se disponía la continuación de la sociedad con los herederos del socio fallecido. A tenor de lo dispuesto por el viejo artículo 1761⁶³, un sector doctrinal se pronunció por la negativa, entendiendo que en todo supuesto era necesario tanto el asentimiento de los socios sobrevivientes como de los herederos del muerto, lo que significaba la concertación de un nuevo contrato. Otros, en cambio, consideraron que estos convenios eran válidos, siendo indispensable contemplar dos aspectos: desde la perspectiva del socio sobreviviente, debía interpretarse que existía una manifestación de voluntad unilateral que lo obligaba, pudiendo entonces los herederos exigir el cumplimiento del pacto; desde la perspectiva del socio fallecido, debía considerarse que la cláusula significaba una estipulación en favor de terceros y que, por tanto, los herederos "podían" aceptarla adquiriendo calidad de socios por aplicación del artículo 504 del Código Civil, aun contra la voluntad de los socios sobrevivientes⁶⁴.

La Ley 19.550 de Sociedades Mercantiles ha resuelto el problema expresamente tratándose de sociedades colectivas (art. 90) y de sociedad de responsabilidad limitada (art. 155)⁶⁵, pronunciándose en favor

⁶³ Debe recordarse que esta disposición señalaba que "Tampoco tienen calidades de socios, las personas a quienes éstos cediesen en parte o en todo, sus derechos sociales, si igualmente todos los otros socios no consintiesen en la sustitución; o si la facultad de hacerlo no fuese reservada en el contrato social".

⁶⁴ HALPERIN, Isaac, *Validez de la cláusula de continuación de la sociedad con los herederos del socio*, en L. L. 50-146; YADAROLA, ob. cit., t. II, ps. 448 y 449.

⁶⁵ C1°Com. de Bahía Blanca, sala I, 16-11-94, "Zoilo, Osvaldo c/Zoilo Hnos. SRL", J. A. 16-II-94, L. L. 1993-D-412.

de la validez de estas cláusulas. Sin embargo, la solución va más allá de la preconizada por la tendencia mayoritaria; en efecto, tal como se ha expuesto, la doctrina exigía la aceptación del heredero, porque nadie puede ser socio por herencia o de otra manera contra su voluntad. Por eso, algunos atacan las normas de inconstitucionales⁶⁶. Ha dicho Guastavino: "Prever como único medio de eludir la incorporación a la sociedad el camino de la renuncia a la herencia es altamente inconveniente, pues ello implícitamente forzaría a los herederos a ingresar como socios, contra su íntima voluntad o predisposición, para no perder la herencia; al faltar el *affectio societatis* es probable que las actividades societarias se resentan de un modo pronunciado"⁶⁷. Otros, en cambio, han defendido la solución sosteniendo que está de acuerdo con el principio societario de conservación de la empresa⁶⁸. Finalmente, recuérdese que en materia de sociedades colectivas el principio de la obligatoriedad está atenuado por el derecho del heredero de condicionar su incorporación a la transformación de su parte en comanditaria (art. 90).

El Código Civil y Comercial realizó importantes modificaciones a la Ley de Sociedades, respondiendo a una demanda de la mayoría de la doctrina. Estas reformas no pretenden alterar el sistema, sino ajustarlo a las reglas generales del Código y se refieren a temas específicos⁶⁹. Modifica el ámbito material de aplicación de la normativa prevista por la ley 19.550, superando la distinción entre sociedades comerciales y civiles, que ahora se denomina "Ley General de Sociedades 19.550, t. o. 1984", de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2.1. del Anexo II. El sistema adoptado considera que la sociedad es un sujeto derecho, y debe complementarse con las normas existentes en materia de personas jurídicas reguladas a partir del artículo 151 del nuevo Código Civil y Comercial.

⁶⁶ RADRESA, Emilio, *Sociedades colectivas*, Buenos Aires, 1973, p. 206, quien recuerda la nota al art. 1670 del Código Civil.

⁶⁷ GUASTAVINO, Elías, *Cuestiones sucesorias en las leyes 19.550 y 19.551 de sociedades y concursos*, en L. L. 147-1065.

⁶⁸ ARECHA, Martín y GARCÍA CUERVA, Héctor, *Sociedades comerciales. Análisis y comentario de la ley 19.550 y complementarias*, Buenos Aires, 1973, p. 93.

⁶⁹ Conf. Fundamentos del Proyecto elaborado por la Comisión creada por decreto PE 191/11, integrada por los doctores Lorenzetti, Highton y Kemelmajer de Carlucci.

⁷⁰ CNCom., sala B, 22-4-2005, *Revista de las sociedades y concursos*, Buenos

En líneas generales y en lo que se refiere a la composición del caudal relicto, el régimen societario vigente a partir de la reforma es el siguiente:

En las sociedades de personas, la muerte de uno de los socios, a falta de convenio expreso en contrario, implica la resolución parcial del contrato de sociedad, resultando obligatorias para herederos y socios las cláusulas por las cuales se establece la continuación de la sociedad con los herederos del socio fallecido⁷⁰.

En las sociedades anónimas y en comandita por acciones⁷¹, la transmisibilidad de las acciones es libre, aunque con algunas limitaciones que surgen de los artículos 214, 215 y 324 de la ley 19.550 que no han sido modificados por la reforma. Al respecto, subsiste la falta de acuerdo si para asumir la calidad de socio es requisito indispensable la inscripción de la transferencia de acciones en el libro de acciones de la sociedad. Por un lado, existen numerosos pronunciamientos judiciales que sostienen que esa inscripción es esencial, pues es la que en definitiva confiere al nuevo titular el status de socio⁷². Por el otro, se ha considerado que el ejercicio de los derechos de socio por parte de los sucesores del causante no se encuentra subordinado a la inscripción de la declaratoria de herederos en los registros de la sociedad, pues la calidad de heredero se adquiere de pleno derecho no siendo necesario ni la apertura de la sucesión ni la declaratoria de herederos, y en cuanto a los legítimos, se encuentran investidos de su calidad desde el día del fallecimiento sin formalidad ni intervención de los jueces⁷³ (conf. art. 2337, C6d. Civ. y Com.).

Aires, 32-408. La Cámara Nacional de Comercio, sala E, sostuvo que los herederos forzosos del socio de una sociedad de responsabilidad limitada se encuentran legitimados para reclamar la disolución y liquidación, en tanto entran en posesión de la herencia desde el día de la muerte del causante y esa posesión los legitima para ejercer sus derechos, pero para obtener la calidad de titulares de las cuotas sociales del causante deben cumplir con lo dispuesto por el art. 152 de la LSC (CNCCom., sala E, 11-3-2008, E. D. 230-111).

⁷⁰ CNCiv., sala G, 14-5-2007, E. D. 228-356.

⁷² CNCCom., sala B, 30-9-2003, E. D. 208 210; CNCiv., sala E, 27-6-2005, L. L. 2005-E-875; CNCCom., sala B, 30-9-2003, L. L. 2004-C-574, p. 1.

⁷³ "Cerrito car SA", res. de la IGI 18-8-2004, *Revista de las sociedades y*

Por otra parte, son válidos los pactos de no incorporación de los herederos del accionista fallecido mediante una cláusula estatutaria; tal como lo sostuvieron la doctrina y la jurisprudencia anterior a la reforma del Código Civil y Comercial⁷⁴, supuesto en que los sucesores tendrán derecho a percibir el valor de la participación social de aquél⁷⁵.

También se ha reconocido la validez de las cláusulas estatutarias que otorgan a los accionistas supervivientes o a la propia sociedad el derecho de preferencia u opción para la adquisición de las acciones de titularidad del accionista fallecido⁷⁶.

Los herederos ocupan la posición del socio fallecido debiendo respetar las obligaciones por él contraídas⁷⁷. En cuanto a la efectivización de sus derechos sobre la participación societaria del causante, se ha afirmado la existencia de una especie de cuestión "prejudicial", pues para que los herederos puedan incorporar los bienes pertenecientes a una sociedad integrada por el causante, deben previamente promover la liquidación y partición de dicha sociedad a fin de que los bienes que integran su cuota social les sean adjudicados⁷⁸.

concursum, dir. por Ricardo Nissen, Buenos Aires, noviembre/diciembre de 2004, 31-136; CNCom., 29-10-90, L. L. 1991-E-107.

⁷⁴ C2CCom. de La Plata, sala II, 30-3-2000, E. D. 192-31.

⁷⁵ ROUILLON, Adolfo A. N. (dir.) y ALONSO, D. F. (coord.), *Código de Comercio Comentado y Anotado*, t. III, *Sociedades Comerciales. Cooperativas. Mutuales*, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 214.

⁷⁶ CNCom., sala B, 27-10-93, "El Chañar SA s/Inscripción", L. L. 1994-D-275. Reconoce que las limitaciones a las que refiere el art. 214 de la Ley de Sociedades Comerciales, tratándose de acciones nominativas (tipo de acciones con rasgos próximos al carácter *intuitu personae*), permiten que el estatuto prevea cláusulas que limiten su transmisibilidad con el fin de resguardar o impedir el ingreso a la sociedad de personas o grupos de personas que no respondan a los mismos intereses.

⁷⁷ Los herederos están obligados a respetar el acuerdo arbitral estipulado por el causante para resolver los eventuales conflictos que pudieren surgir a raíz de un convenio de cesión de cuotas sociales por el celebrado; por lo cual, salvo pacto unánime de las partes, no es posible alterar la jurisdicción libremente pactada, quedando en consecuencia excluida del fuero de atracción sucesorio toda cuestión vinculada con la mencionada cesión de cuotas (Tribunal Arbitral del Colegio de Abogados de Mar del Plata, 24-11-98, E. D. 182-1999-811).

⁷⁸ CCCom. de Corrientes, sala IV, 17-4-2009, L. L. Litoral 2009-783.

d) *Otros contratos regulados en el nuevo Código Civil y Comercial.*

El Código Civil y Comercial incorpora nuevas figuras contractuales y en algunos casos dispone expresamente su intransmisibilidad por causa de muerte. Ello sucede con el contrato de cuenta corriente bancaria que se extingue por fallecimiento del cuentacorrentista (conf. art. 1404). Asimismo, la muerte de una de las partes es causal de extinción del contrato de cuenta corriente (art. 1441, inc. a).

En los contratos asociativos, el artículo 1461, en su inciso d, dispone que el contrato de agrupación se extingue por muerte de un participante, a menos que prevea su continuación o que los demás participantes lo decidan por unanimidad. En cambio, la unión transitoria no se extingue por la muerte de las personas humanas integrantes; el contrato continúa con los restantes si acuerdan la manera de hacerse cargo de las prestaciones ante los terceros (conf. art. 1469). Del mismo modo, el contrato de consorcio de cooperación tampoco se extingue por la muerte; continúa con los restantes miembros, excepto que ello resulte imposible fáctica o jurídicamente (conf. art. 1478).

En cuanto a los contratos de distribución como la agencia y la franquicia, también se extinguen por muerte, en razón del carácter *intuitu personæ*⁷⁹. En caso de muerte del agente, si tuviera derecho a una compensación porque su labor ha incrementado significativamente el giro de las operaciones del empresario, ese derecho corresponde a sus herederos (art. 1497)⁸⁰. El contrato de concesión se extingue por las mismas causales que el de agencia (conf. art. 1510). En la franquicia, conforme lo dispone el artículo 1522, se extingue por la muerte del franquiciante o del franquiciado.

En el contrato de fideicomiso, es transmisible por causa de muerte el derecho del fiduciante a que el fiduciario le transfiera los bienes fideicomitidos a la finalización del fideicomiso, si el contrato no hubiera designado otra persona a quien efectuar la transmisión (fideico-

⁷⁹ LORENZETTI, Ricardo, *Tratado de los contratos* cit., 1999, t. I, p. 538.

⁸⁰ A falta de acuerdo, la compensación debe ser fijada judicialmente y no puede exceder del importe equivalente a un (1) año de remuneraciones, neto de gastos, promediándose el valor de las percibidas por el agente durante los últimos cinco (5) años, o durante todo el período de duración del contrato, si éste es inferior.

misario), de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1668. También es transmisible por causa de muerte el derecho del beneficiario, aunque no haya aceptado, excepto disposición en contrario del fiduciante (conf. art. 1671). En cambio, el fiduciario cesa en sus funciones por su fallecimiento (conf. art. 1678) y su función no se transfiere a los herederos, en tanto es relevante la condición personal del mismo. En este caso, la norma establece que será reemplazado por el sustituto indicado en el contrato o el designado de acuerdo al procedimiento previsto por él. Si no lo hay o no acepta, el juez debe designarlo conforme las pautas establecidas por la ley.

En materia de títulos valores a la orden, y conforme lo dispuesto por el artículo 1844, la eficacia del endoso en procuración no cesa por la muerte del endosante.

127.D) Obligaciones y derechos derivados de fuente extracontractual. Los hechos ilícitos

La responsabilidad penal se extingue con la muerte del autor del delito, incluso aunque se trate de multas, puesto que la muerte del imputado extingue la acción (art. 59, inc. 1°, Cód. Pen.). En cambio, las consecuencias patrimoniales de un hecho ilícito, en principio, se transmiten a los herederos del responsable (legitimación pasiva)⁸¹.

También se transmiten los derechos nacidos con ocasión del ilícito ya se trate de delitos o cuasidelitos (legitimación activa). No obstante, resulta menester efectuar algunas disquisiciones.

128.a) Legitimación activa

Corresponde distinguir el daño patrimonial de las consecuencias no patrimoniales (daño moral).

1) Daños patrimoniales:

La transmisión de las acciones resarcitorias a los herederos de la víctima no era admitida por las legislaciones antiguas, por considerar

⁸¹ BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones* cit., t. I, p. 27; GOYENA COPELLO, Héctor, *Tratado de Derecho de Sucesión. Teoría general de la sucesión*, 2ª ed. act. y ampl., Buenos Aires, t. I, p. 602.

que se trataba de acciones odiosas, que respiraban venganza (*vindictam spirantes*). Los romanos, sin embargo, llegaron a aceptar la transmisión, como se desprende de algunos fragmentos de las Institutas de Gayo y del Digesto justiniano⁸².

En la actualidad las cosas han cambiado. La transmisión es uniformemente aceptada por la doctrina y la legislación, y aunque el Código derogado no contenía una norma expresa en tal sentido, la doctrina la deducía del artículo 1110, que hacía referencia a los herederos tratándose de daños causados a las cosas, no existiendo razón alguna para no hacer extensiva la norma a otros casos, sobre todo ante la inexistencia de disposiciones en sentido contrario y a la regla general del artículo 3417 del Código Civil⁸³.

Idéntico principio surge en el sistema actual de la regla general marcada por el artículo 2280 que, referido a la situación de los herederos, estipula: "Desde la muerte del causante, los herederos tienen todos los derechos y acciones de aquél de manera indivisa..."

Con relación a la legitimación activa en el delito de homicidio, ver *infra*, parágrafo 146.

2) Consecuencias no patrimoniales (daño moral):

El artículo 1741 relativo a las consecuencias no patrimoniales sostiene, como principio, que el damnificado directo es quien detenta legitimación para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Pero agrega: "Si del hecho resulta su muerte o *sufre gran discapacidad* también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible. La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste..."

⁸² COLOMBO, Leonardo, *Culpa aquiliana*, Buenos Aires, 1965, parágr. 235, t. II.

⁸³ TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las Obligaciones*, La Plata, 1970, t. III, p. 525; REZZÓNICO, Luis, *Estudio de las obligaciones*, 9ª ed., vol. 2, Buenos Aires, 1966, p. 1414: "1. Se ha sostenido que cuando la acción ha sido iniciada por el causante, en tanto que sus herederos reciben la indemnización *iure hereditatis*, para su fijación debe tomarse en consideración únicamente la situación de quien reclamó y no de la de los sucesores" (CCCom. de San Isidro, sala I, 11-5-99, L. L. Buenos Aires, 2000-934).

De esta manera se modifica la regla establecida en el viejo artículo 1078 que limitaba la legitimación para reclamar daño moral al damnificado directo, salvo que se hubiera producido su muerte. Por su parte, el artículo 1099 agregaba: "Si se tratare de delitos que no hubiesen causado sino agravio moral, como las injurias o la difamación, la acción civil no pasa a los herederos y sucesores universales, sino cuando hubiese sido entablada por el difunto".

Doctrina y jurisprudencia entendían que el artículo 1078 era aplicable a toda clase de delitos que hayan causado ambas clases de daños, porque existía la misma razón de la ley.⁸⁴ Es decir, que el daño moral era considerado intrasmisible aun cuando el delito haya producido también daños materiales⁸⁵. El fundamento de la norma residía en que el daño moral, por resultar una lesión en las afecciones legítimas, resulta, por su propia naturaleza, algo inherente a la persona misma del titular⁸⁶. Para algunos, además, había una presunción legal de que si la víctima guardó silencio era porque ha perdonado al ofensor, o porque ha preferido no aumentar el mal iniciando una acción que agudizara el escándalo⁸⁷.

Sin embargo, esta intrasmisibilidad era considerada relativa, ya que el heredero podía "continuar" la acción intentada por la víctima. Es decir, que la muerte del damnificado directo no extinguía la acción de reparación del daño moral cuando éste la hubiese iniciado en vida, pudiendo, en consecuencia, ser continuada *iure successionis* por sus herederos en general (legitimarios o no, legítimos o testamentarios) e

⁸⁴ Capel. de Concepción del Uruguay, Sala Civil y Com., 17-9-2002, L. L. Litoral 2003-966; CCCom. de Junín, 15-5-2001, L. L. B. A. 2002-322. También se hizo lugar a la excepción de falta de legitimación activa del cónyuge para reclamar daño moral aun mediando manifestación expresa del causante en el procedimiento administrativo entablado, en tanto que no existió total coincidencia entre ambas pretensiones (se demandó judicialmente a personas que no fueron parte del reclamo administrativo y en ambas instancias la suma reclamada fue distinta) (SCJ de Mendoza, sala 1ª, 12-3-2008, L. L. Gran Cuyo 2008-437).

⁸⁵ NÚÑEZ, Ricardo, *La acción civil para la reparación de los perjuicios en el proceso penal*, Buenos Aires, 1948, p. 75; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, t. I, Parte General, Santa Fe, 1971, p. 302.

⁸⁶ ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible*, Buenos Aires, 1952, p. 261; LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones cit.*, t. I, Nº 435.

⁸⁷ SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, ob. cit., p. 286.

inclusive por sus sucesores universales no herederos (como legatarios de cuota)⁸⁸. Así lo resolvió la jurisprudencia plenaria de la Cámara Nacional Civil: “La acción en curso por reparación del daño moral puede ser continuada por los herederos del damnificado”⁸⁹.

Orgaz y Brebbia⁹⁰ recuerdan que el artículo 75 del Código Penal autoriza al cónyuge, hijos, nietos y padres sobrevivientes al ejercicio de la acción penal por calumnias o injurias inferidas al damnificado que hubiere fallecido “sin poder entablar la acción”. Acierta Borda cuando afirma que este derecho no se les atribuye en el carácter de herederos, sino de parientes inmediatos de la víctima, aunque no le sucedan⁹¹. Esta disposición debe considerarse aplicable por analogía a la acción civil de reparación de daños y perjuicios que nace de tales delitos, razonando *a fortiori*. En efecto, si la ley penal permite esta excepción, no obstante el carácter personalísimo de la pena, con mayor razón debe hacerlo la ley civil. Evidentemente es a cargo de las personas enunciadas en el artículo, la prueba de la imposibilidad de accionar por el damnificado. El ejercicio de esta acción no deriva *iure hereditatis*, ya que pueden ejercerla las personas mencionadas aun cuando en el caso concreto no sean herederos (por ej.: podría ejercerla el padre, aunque existieran cónyuge e hijos que lo excluyeran en la sucesión). Como dice Rébora⁹², la ley penal —y por extensión la civil— sólo ha creado un medio de protección póstuma, en beneficio de la familia y del honor del difunto, ajeno a la sucesión universal.

Aplicando los principios antes expuestos, la ampliación de la legitimación activa introducida por el artículo 1741 para reclamar indemnización de las consecuencias no patrimoniales en el caso de gran

⁸⁸ CNCiv., sala K, 29-10-2007, J. A. 2008-1-279; KEMELMAJER DE CARLUCI, Aída, *Legitimación activa para reclamar daño moral en caso de muerte de la víctima*, en E. D. 140-892.

⁸⁹ CNCiv., en pleno, 7-3-77, *in re* “Lanzillo, José c/Fernández Narvaja”, L. L. 1977-B-84; conf. CCCom. de Rosario, sala I, 1-8-2002, L. L. Litoral 2003-1129.

⁹⁰ ORGAZ, ob. cit., p. 275; BREBBIA, Roberto, *El daño moral*, 2ª ed., p. 248. En contra: Carlos Vázquez Iruzubieta (*Código Penal comentado*, Buenos Aires, 1969, t. I, p. 347), quien sostiene —pese a los términos del art. 75— que las personas allí enunciadas sólo pueden continuar la acción intentada pero no iniciarla.

⁹¹ BORDA, ob. cit., t. I, Nº 20, p. 24.

⁹² RÉBORA, ob. cit., t. I, p. 79, nota 195.

discapacidad, a los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible; tal como lo señala la norma, es “a título personal”; no se trata de una acción “*iure hereditatis*”. Ello es así porque pueden ejercerla personas que no tienen vocación sucesoria, como por ejemplo el conviviente, e incluso aquellos que no tengan delación como sucede con el reclamo formulado por los ascendientes aunque existan descendientes de la persona que sufre esa gran discapacidad.

Con relación a la legitimación activa para reclamar daño moral en el delito de homicidio, ver *infra*, parágrafo 146.

129.b) Legitimación pasiva

Durante la vigencia del Código derogado, la transmisibilidad de la legitimación pasiva se encontraba expresamente resuelta por el artículo 1098: “La acción por las pérdidas e intereses que nace de un delito, puede deducirse contra los sucesores universales de los autores y cómplices, observándose, sin embargo, lo que las leyes disponen sobre la aceptación de las herencias con beneficio de inventario”⁹³. Luego de la reforma de la ley 17.711, la mención al “beneficio de inventario” quedaba un tanto “a trasmano”, ya que vigente la presunción de aceptación beneficiaria de la herencia, el heredero sólo respondía hasta el límite del patrimonio recibido⁹⁴.

La doctrina concordaba en que el artículo se aplicaba “tanto a los delitos como a los cuasidelitos”. En cambio, el sucesor *mortis causa* a título singular, como es el legatario, no respondía de las consecuencias de los actos ilícitos realizados por el *de cuius*⁹⁵.

La mayor sencillez y claridad del diseño del nuevo Código no replica la expresión del artículo 1098 derogado, pero el principio aplicable resulta idéntico en razón de la regla general sentada por el último párrafo del artículo 2280 que sostiene: “En principio, responden por las deudas del causante con los bienes que reciben, o con su valor en

⁹³ CCCom. de Resistencia, sala III, 30-4-97, L. L. Litoral 1998-463.

⁹⁴ ZAVALA DE GONZÁLEZ, en BUERES (dir.) y HIGHTON (coord.), *Código Civil y normas complementarias* cit., 1ª ed., 2ª reimp., 2007, t. 3A, p. 291.

⁹⁵ TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA, ob. cit., t. IV, p. 523.

caso de haber sido enajenados". A su vez, el artículo 2316 expresa que "Los acreedores por deudas del causante y por cargas de la sucesión, y los legatarios tienen derecho al cobro de sus créditos y legados sobre los bienes de la herencia, con preferencia sobre los acreedores de los herederos".

130.E) Estados de familia y acciones que los protegen

El estado o cualidad de padre, hijo, cónyuge, etcétera, no se transmite. Tampoco se transmiten las correlativas acciones dirigidas a hacer declarar la existencia o inexistencia de aquellas cualidades, es decir, las llamadas acciones de estado. El nuevo artículo 713 resalta la inherencia personal de las acciones de estado de familia y prohíbe su ejercicio por vía de subrogación. Dispone que sólo sean transmisibles por causa de muerte en los casos en que la ley así lo establece.

Durante la vigencia del Código anterior se discutió la naturaleza del derecho de los herederos para ejercer estas acciones; algunos sostuvieron su intransmisibilidad y, por lo tanto, que nacen en cabeza del heredero; en consecuencia, si la ley les ha conferido legitimación para obrar deben ser considerados titulares originarios⁹⁶. En este sentido opinaron, entre otros, Busso, Díaz de Guijarro y López del Carril, quienes, siguiendo a Cicu afirmaron que "las acciones de estado no se transmiten por vía sucesoria, sino que se atribuyen a otros titulares, quienes las ejercen por derecho propio en virtud del interés familiar concreto que les concede la ley. Tales acciones son siempre inherentes a la persona, y por eso se excluye toda idea de sucesión"⁹⁷. El Código Civil italiano, admitiendo las ideas de Cicu adoptó la posición de la intransmisibilidad *mortis causa*, debiéndose conceder en algunos casos a los parientes más próximos con independencia de su calidad de herederos.

⁹⁶ Compulsar entre otros MÉNDEZ COSTA, *La filiación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1986, N° 155, p. 274; ZANNONI, *Derecho Civil. Derecho de Familia*, Buenos Aires, 2006, t. II, p. 395.

⁹⁷ DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, *Tratado de Derecho de Familia*, Buenos Aires, 1953, t. I, N° 339; LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J., *La filiación*, Buenos Aires, 1976, p. 241.

Por su parte, Lacruz⁹⁸ consideraba que estas acciones protegen los derechos de la personalidad pretérita. Son consecuencias de una atribución, más que de una transmisión. Mientras la transmisión implica que el adquirente puede hacer valer como propio el derecho, el heredero reclama o impugna un estado del difunto. Actúa también aquí, pues, como curador de los intereses morales del causante, en una función personalísima que el Derecho le atribuye con independencia del caudal relicto.

Por el contrario, otro sector se enroló en la postura de que el heredero recibe esta acción *iure hereditatis* del presunto hijo y sólo puede ejercerla en caso de muerte del titular y siempre que él no hubiere perdido el derecho a hacerlo, lo que demuestra que se trata de una verdadera sucesión hereditaria⁹⁹. Para esta corriente, los herederos ocupan la posición del causante en todas sus relaciones jurídicas; concediendo la ley estas acciones al heredero, no hay inconveniente para ver en esa transmisión una consecuencia de la subrogación del heredero en aquella posición¹⁰⁰.

Conforme las disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial, sólo pasan a los herederos ciertas acciones de filiación. En estos casos, los legitimados para actuar son aquellos que tienen vocación hereditaria actual o eventual, es decir, quienes concurren a la herencia con el presunto hijo o quienes resultan desplazados o traídos a la herencia por él. Como resulta lógico, no quedan comprendidos los herederos con vocación eventual cuya actualización no depende del desplazamiento de ese hijo sino del de otros herederos con vocación actual¹⁰¹.

No corresponde distinguir herederos *ab intestato* e instituidos, pues el heredero instituido, al igual que el legítimo, es sucesor en la persona del causante y, en ese aspecto, goza respecto de terceros y de los

⁹⁸ LACRUZ, ob. cit., p. 125.

⁹⁹ En el mismo sentido BORDA, ob. cit., t. I, p. 25.

¹⁰⁰ BORDA, ob. cit., t. I, p. 21; RÉBORA, ob. cit., t. I, p. 69; BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de Derecho de Familia*, Buenos Aires, 1974, t. I, p. 61.

¹⁰¹ Zannoni sostiene que cuando existen varios herederos pero la acción es continuada o ejercida por uno solo de ellos, la sentencia que recaiga no alcanza a los otros, sin perjuicio de que el título que esa sentencia constituye o consolida resulta oponible *erga omnes* mientras no caiga por otra sentencia posterior (ZANNONI, *Familia* cit., t. II, p. 475).

demás coherederos de los mismos derechos que los herederos legítimos¹⁰² en razón del principio sentado en el artículo 2280 que reconoce que, desde la muerte del causante, todos los herederos tienen todos los derechos y acciones de aquél de manera indivisa.

A continuación se analizan algunas de las acciones de estado que pasan a los herederos, distinguiendo entre acciones de emplazamiento (reclamación) y desplazamiento (impugnación o negación).

131.a) Acciones de emplazamiento: Reclamación de la filiación matrimonial o extramatrimonial

El hijo que no ha sido reconocido por sus padres puede accionar para reclamar su filiación matrimonial o extramatrimonial, conforme a lo dispuesto por el artículo 582 del Código Civil y Comercial¹⁰³, que reitera el principio sentado por el artículo 254 derogado, con las necesarias adecuaciones vinculadas a la coparentalidad de personas del mismo sexo, y la admisión de las técnicas de reproducción humana asistidas (TRHA).

Antes de la reforma de la ley 23.264 debía distinguirse según se tratara de filiación matrimonial o extramatrimonial. En cuanto a la filiación matrimonial, el artículo 259 del Código Civil confería esta acción al hijo legítimo que no había sido reconocido por sus padres. En principio "no" se transmitía a sus herederos, pues siendo una acción imprescriptible, el hijo gozó de toda la vida para intentarla¹⁰⁴. Excepcionalmente, la ley la declaraba transmisible cuando el hijo había muerto en la minoridad y, por ello, sin poder intentarla. Los herederos también podían continuar la acción interpuesta por el hijo en vida cuando el hijo moría inmediatamente de haber llegado a la mayoría de edad y sin tiempo material para iniciar la acción, solución que

¹⁰² ZANNONI, *Familia* cit., t. II, p. 473.

¹⁰³ El art. 582 expresa que "El hijo puede reclamar su filiación matrimonial contra sus progenitores si no resulta de la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. La acción debe entabarse contra los cónyuges conjuntamente. El hijo también puede reclamar su filiación extramatrimonial contra quienes considere sus progenitores".

¹⁰⁴ PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil* cit., 1970, t. IV, vol. II, p. 43.

había merecido críticas de la doctrina¹⁰⁵ y por ello, *de lege ferenda*, se propiciaba el establecimiento de un plazo prudencial contado a partir de la mayoría de edad del hijo, vencido el cual la acción caducaría.

En cuanto a la acción para reclamar la filiación extramatrimonial, se discutía su transmisibilidad a sus herederos. Para un sector de la doctrina, la respuesta era afirmativa; se fundaba en la nota al artículo 3577: "Decimos más, el reconocimiento y la sentencia pueden tener lugar aun después de la muerte del hijo natural cuando éste deja posteridad"¹⁰⁶. Para otro, la acción sólo se transmitía cuando el hijo la intentó en vida o murió en la minoridad¹⁰⁷. Finalmente, una tercera postura entendía que la acción nunca se transmitía a los herederos, por cuanto en virtud del principio de la inherencia personal, las acciones de estado sólo son transmisibles a los sucesores cuando la ley lo establece en forma expresa o implícita, y en este caso la ley no había dado esta solución¹⁰⁸. Una jurisprudencia vacilante recogió todas las respuestas¹⁰⁹.

La cuestión quedó aclarada a partir de la reforma de la ley 23.264 que, fundada en el principio de equiparación de filiaciones, en forma expresa otorgó legitimación a los herederos del hijo, sin distinguir según sea la filiación matrimonial o extramatrimonial, y los facultó tanto a continuar la acción iniciada por el hijo en vida como a interponer la acción *ex novo*, dentro de un plazo legalmente establecido. En efecto, el artículo 254 del Código Civil —derogado— autorizó a los herederos a iniciar la acción si el hijo hubiere muerto en la menor edad o siendo incapaz y también incorporó la posibilidad de que los sucesores puedan iniciar la acción de filiación dentro del plazo que el hijo tenía en aquellos casos en que hubiera fallecido dentro de los dos años de alcanzada la mayoría de edad o adquirida la capacidad, o dentro de los dos años de haber descubierto las pruebas en que se funda la demanda¹¹⁰. Man-

¹⁰⁵ BELLUSCIO, ob. cit., t. II, p. 259.

¹⁰⁶ LÓPEZ DEL CARRIL, ob. cit., p. 208; BUSO, *Código Civil anotado*, Buenos Aires, 1949, t. II, N° 199.

¹⁰⁷ LAFAILLE, Héctor, *Familia*, N° 464.

¹⁰⁸ BELLUSCIO, ob. cit., t. II, p. 214.

¹⁰⁹ Compulsar fallos publicados en L. L. 6-83 ; J. A. 35-587; J. A. 52-748; L. L. 16-44; J. A. 68-208; J. A. 1943-III-642; etc.

¹¹⁰ BELLUSCIO, ob. cit., t. II, p. 218; ZANNONI, *Derecho Civil. Derecho de Familia* cit., t. II, p. 393.

tenía el carácter prevaleciente del poder dispositivo del hijo respecto de la acción, de modo que si llegada la mayoría de edad no reclamó su filiación durante un cierto lapso, los herederos no pueden ejercerla porque faltaba un requisito para la existencia de ese derecho¹¹¹.

El proyecto elaborado por la Comisión creada por decreto 685/95 estableció que si el hijo fallece antes de transcurrir dos años desde que alcanzó la mayoría de edad o la plena capacidad, la acción correspondía a los herederos hasta los dos años posteriores a su muerte (arts. 556 y 557).

La redacción del nuevo artículo 582 reconoce legitimación a los herederos para continuar la acción que en vida hubiere iniciado el hijo, o bien iniciar la acción por sí. En el cuarto párrafo, primeramente reitera la regla sentada por su antecesora —en cuanto a la ausencia de caducidad para el ejercicio de la acción por el hijo— y luego se refiere a la situación de los herederos, quienes pueden continuar la acción iniciada por el hijo o entablarla si el hijo hubiese muerto en la menor edad o siendo persona incapaz, teniendo en cuenta la imposibilidad en que presupone que se encontraba el hijo para accionar. Por otra parte, habilita a los herederos de quien falleció mayor o restablecido en el ejercicio pleno de su capacidad que no hubiere promovido la acción; pero disminuye el plazo de caducidad, ya que exige que el fallecimiento hubiese ocurrido antes de transcurrido un año desde que acaecieron dichos sucesos; en este caso la acción corresponde a los herederos por todo el tiempo que falte para completar dicho plazo. Igual regla se aplica cuando el hijo fallece antes del año siguiente al descubrimiento de las pruebas que fundan su pretensión.

En cuanto a la legitimación pasiva, el tercer párrafo del nuevo artículo reitera el principio sentado por la norma derogada; dispone que en caso de haber fallecido alguno de los progenitores, la acción se dirige contra sus herederos.

132.b) Acciones de desplazamiento

1) Acción de impugnación de la maternidad.

Esta acción tiende a destruir el emplazamiento filial materno es-

¹¹¹ ZANNONI, *Derecho Civil. Derecho de Familia* cit., p. 393.

tablecido mediante la prueba del nacimiento y la identidad del nacido en razón de la no maternidad, sin hacer distinciones entre maternidad matrimonial y extramatrimonial, ya que es idéntico el sistema de determinación (art. 565). El nuevo Código la regula en el artículo 588 legitimando al hijo, a la madre, el o la cónyuge y todo tercero que invoque un interés legítimo. A diferencia de lo dispuesto en el artículo 262 del Código Civil derogado, la acción caduca en el término de un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se conoció la sustitución o incertidumbre sobre la identidad del hijo, pero con la salvedad de que el hijo puede iniciarla en cualquier tiempo.

La nueva disposición confiere legitimación a todo tercero que invoque un interés legítimo (v. gr.: derechos sucesorios) y recepta las críticas que la doctrina había formulado a la redacción anterior, uniformando los requisitos de legitimación y caducidad para todos los supuestos.

2) *Acción de impugnación de la filiación presumida por ley.*

El artículo 589 regula la acción de impugnación de la filiación del o la cónyuge de quien da a luz con el objeto de desplazar el vínculo filial matrimonial presumido por la ley. El artículo 590 se refiere a la legitimación, comprendiendo al o la cónyuge de quien da a luz, al hijo, a la madre y a cualquier tercero que invoque un interés legítimo. De esta manera abandona el sistema restrictivo del Código derogado, que sólo reconocía legitimación para impugnar la paternidad matrimonial al hijo y al marido de la madre con fundamento en la preservación de la "paz familiar" y la pretensión de "estabilidad" de las relaciones jurídicas familiares.

Con respecto a la caducidad de la acción, de la misma manera que en el sistema anterior, mientras que para el hijo la acción no caduca, para los demás legitimados sí. Se mantiene el término de un año para la caducidad, pero el cómputo del plazo comienza a correr desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume, receptando así las críticas que la doctrina hacía a la formulación anterior.

El último párrafo se refiere a la transmisibilidad de la acción señalando que "En caso de fallecimiento del legitimado activo, *sus herederos pueden impugnar la filiación* si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad establecido en este artículo. En

este caso, la acción caduca para ellos una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en vida del legitimado".

A diferencia de lo dispuesto por el artículo 259 derogado, la ley no distingue entre herederos del hijo y herederos del marido¹¹². La nueva disposición habla del fallecimiento del legitimado activo (hijo, cónyuge, madre o cualquier otro tercero que invoque un interés legítimo). De esta manera, los herederos pueden interponer la acción de impugnación prevista en el artículo 590 del Código Civil y Comercial. Esta disposición les acuerda expresamente la posibilidad de accionar por impugnación de filiación (*ex novo*), pero con la condición de que el fallecimiento sea anterior al vencimiento del término de caducidad establecido en el artículo. De tal modo, la acción de los herederos caduca al cumplir el plazo cuyo curso inició en vida de los legitimados.

En consecuencia, para interponer la acción, los herederos gozan de todo el tiempo que faltare para completar el término que comenzó a correr en vida del legitimado activo¹¹³. Antes de la ley 23.264 se

¹¹² Al respecto se sostenía que en cuanto a los herederos del hijo, y a diferencia de los del marido, la ley no les confiere acción, cuestión que se corresponde con la imprescriptibilidad que para él tiene la posibilidad de impugnar, y con el hecho de que la impugnación implica cuestionar la conducta de quienes son formalmente sus progenitores matrimoniales. Para Zannoni esta solución respondió a razones de política legislativa que aconsejan la cautela ante el caso del hijo fallecido, que no se controvierta la paternidad. La inherencia personal muestra aquí su máxima operatividad (ZANNONI, *Derecho Civil. Derecho de Familia* cit., t. II, p. 468). En posición contraria, Lloveras y Salomón reconocían legitimación a los herederos del hijo, quienes pueden tener un interés legítimo en excluir la paternidad establecida para obtener su verdadera identidad, la que queda atada a la filiación del padre muerto. Afirmaban que una solución diferente sería incongruente con la previsión del art. 254 que les confiere acción para reclamar la filiación (LLOVERAS y SALOMÓN, ob. cit., p. 235). Es una incongruencia que pueda ejercer la acción, por ejemplo, un amigo del marido (instituido heredero testamentario) y no el nieto (heredero del hijo). El proyecto de reforma presentado por la Comisión creada por decreto 685/95 contemplaba esta posibilidad y les confería a los herederos del hijo no sólo la posibilidad de continuar la acción iniciada en vida por el mismo, sino también de entablarla si el hijo ha muerto siendo incapaz o antes de los dos años de haber alcanzado la capacidad o de haber descubierto las pruebas para fundar su demanda, hasta el vencimiento de dicho plazo (art. 565).

¹¹³ ZANNONI, *Derecho Civil. Derecho de Familia* cit., t. II, p. 396.

sostuvo que esta solución derivaba del carácter *iure hereditatis* con que los herederos obtienen la acción, sin embargo, aunque se considere que actúan *iure proprio* resulta igualmente exigible que el plazo de caducidad no haya vencido en vida del legitimado por los principios de estabilidad y consolidación del estado de familia¹¹⁴.

Con antelación al nuevo Código Civil y Comercial, alguna doctrina cuestionaba la existencia del plazo de caducidad. Lloveras y Salomón pusieron en duda su constitucionalidad, en tanto lo consideraron violatorio del principio de igualdad ante la ley y el derecho a la verdad biológica y a la identidad¹¹⁵. Por su parte aunque Zannoni propiciaba *de lege ferenda* su supresión, rescataba su valor como directiva general orientada a la seguridad jurídica a través de la consolidación del estado de familia, sin que pueda sostenerse su inconstitucionalidad¹¹⁶. La jurisprudencia fue conteste con esta solución señalando que la existencia de un plazo de caducidad no es en sí una institución caprichosa, sino que responde a la necesidad de brindar certeza y estabilidad a las relaciones familiares, sin dejar indefinidamente abierta la posibilidad

¹¹⁴ ZANNONI, *Derecho Civil. Derecho de Familia* cit., t. II, p. 472.

¹¹⁵ LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo, *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Universidad, Buenos Aires, 2009, p. 240; PELLEGRINI, María Victoria, *Caducidad de las acciones de filiación: implicancias constitucionales*, en RDF, N° 36, Buenos Aires, 2007 p. 141; CFam. 1° Nom. de Córdoba, 23-10-2002, "T. D. J. E. c/R. D.", L. L. 2003-C-300, con nota de Angelina Ferreyra de la Rúa en L. L. C. 2003-650. En contra: BELLUSCIO, Augusto C., *Desconocimiento del plazo de caducidad de la acción de impugnación de la paternidad*, en L. L. 2006-D-14, en su comentario desaprobatorio al fallo CNCiv., sala J, 3-5-2005, "M. C. A. c/M. C. y ot."

¹¹⁶ ZANNONI, *Derecho Civil. Derecho de Familia* cit., t. II, p. 463. En este mismo sentido ha manifestado su voto en la sentencia de la CNCiv., sala F, "L., F. c/O., P.", del 17-3-2010 por el que se revoca la declaración de inconstitucionalidad del plazo del artículo 259 del Cód. Civ. "El plazo de caducidad de la acción del marido que no accionó en tiempo propio lo confronta a la necesidad de asumir la responsabilidad por su propia omisión. De lo contrario se acude al fácil expediente de sortear dicho plazo mediante la declaración de su 'inconstitucionalidad' y privar a la niña de la filiación paterna que la ley presume y que en todo caso podrá ceder en el futuro si ella ejerce la acción por sí o a través de su representación promiscua del Ministerio Público, es decir, la defensora de menores e incapaces, en la medida que se admita su legitimación autónoma" (arg. art. 54, inc. c, ley 24.946) (*Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, 2010, t. 4, p. 62).

de cuestionamiento de los estados de familia¹¹⁷. La solución adoptada por el nuevo Código recoge la regla de consolidación de estado de familia, aunque mejora los parámetros para el cómputo del plazo de caducidad, ajustándolo a la realidad.

Por otra parte, los herederos pueden continuar la acción iniciada por el legitimado de conformidad a las normas procesales vigentes en su jurisdicción¹¹⁸, pero para que ello sea posible, y aun cuando el Código no lo diga expresamente, no basta que la acción haya sido interpuesta, sino que debe estar pendiente. Es decir, que si el legitimado interpuso la acción y luego desistió de ella, los herederos no podrían intentarla porque el desistimiento produjo la extinción de la acción. Ésta es la solución que expresamente consagra el Código Civil español en su artículo 112 para la acción de impugnación. Si el plazo de caducidad no se ha vencido, podrán no obstante ello, interponer una nueva acción.

Un caso particular es el del hijo póstumo, nacido dentro del plazo que hace operante la presunción de filiación (art. 566). En este supuesto y como resulta lógico, la acción no existió en cabeza de aquel respecto del cual la ley presume la filiación, pero sí corresponde a sus herederos. Idéntico supuesto tiene lugar cuando la inscripción se produce luego del fallecimiento del o la cónyuge de la madre¹¹⁹. En ambos casos, para el cómputo de la caducidad se aplica lo dispuesto en el artículo 582 del Código Civil y Comercial.

Por último, el nuevo texto confiere también la legitimación activa de la madre, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 259 del Código derogado cuya omisión había sido cuestionada, ya que ella también podría ser heredera y en virtud de una interpretación literal de esta disposición, quedaría comprendida entre los legitimados para interponer la acción. La cuestión fue abordada por la doctrina y la jurisprudencia¹²⁰. Para un sector se imponía la respuesta negativa, pues im-

¹¹⁷CCiv. de Neuquén, sala I, 6-6-2006, "M., V. D. c/Q., M. E.", L. L. Patagonia 2006-474.

¹¹⁸ ZANNONI, *Derecho Civil. Derecho de Familia* cit., t. II, p. 472.

¹¹⁹ Para el comentario anterior a la reforma, ver ZANNONI, *Familia* cit., t. II, ps. 470/471.

¹²⁰ MÉNDEZ COSTA, ob. cit., p. 325.

plicaría invocar su propio adulterio, es decir su propia torpeza¹²¹ y además era incongruente con el artículo 258 del Código Civil que negaba relevancia jurídica a la confesión o negativa de la madre sobre la paternidad del marido. Argumentaba que si bien debía admitirse el derecho del hijo al verdadero emplazamiento filial, pueden establecerse límites y restricciones a la protección de la realidad biológica que favorezcan la paz familiar¹²². Otra posición, consideraba que debía facultarse a la madre a interponer la acción, en tanto pretende el auténtico emplazamiento del hijo y con ello está en juego el interés biológico y jurídico. Grosman apuntaba que la restricción vulneraba el principio de igualdad entre el hombre y la mujer y, en consecuencia, debía declararse inconstitucional¹²³. Ésta es la solución dada por el nuevo texto legal.

3) Acción de negación de la filiación presumida por ley.

Esta acción se encuentra regulada en el artículo 591 del Código Civil y Comercial; confiere legitimación al o la cónyuge de la mujer que da a luz para negar judicialmente el vínculo filial, si el hijo nació dentro de los ciento ochenta días de celebración del matrimonio.

En este caso los herederos del legitimado sólo pueden continuar la acción si el mismo la ha iniciado en vida, pero no pueden promoverla *ex novo*. La solución adoptada reitera la posición del Código derogado (conf. art. 260). La doctrina que interpretó el sistema anterior se encontraba dividida; para algunos era una solución prudente ya que de todos modos los herederos podrán deducir la acción que excluya positivamente la filiación¹²⁴; para otros, como Méndez Costa, resultaba incongruente

¹²¹ BELLUSCIO, ob. cit., t. II, p. 190. CSJN, 1-11-99, E. D. 185-455 (mayoría).

¹²² ZANNONI, *Derecho Civil. Derecho de Familia* cit., t. II, p. 473; BELLUSCIO, ob. cit., t. II, p. 269, N° 463.

¹²³ GROSMAN, en BUERES (dir.) y HIGHTON (coord.), *Código Civil y normas complementarias* cit., p. 424. La autora del comentario ya se expresaba en este sentido aun antes de la reforma constitucional (GROSMAN y MARTÍNEZ ALCORTA, *La filiación matrimonial. Su reforma según la ley 23.264*, en L. L. 1986-D-924). En el Derecho Comparado, la madre tiene legitimación activa en el Código Civil italiano, art. 237; Código Civil francés, art. 318 con ciertas limitaciones. Ver también voto de los Dres. Bossert, Vázquez y Petrachi en CSJN, 1-11-99, E. D. 185-455.

¹²⁴ BELLUSCIO, ob. cit., t. II, p. 219; ZANNONI, *Derecho Civil. Derecho de Familia* cit., t. II, p. 487.

con el artículo 259 del Código Civil y, en consecuencia, se debía aceptar la legitimación activa de los herederos del marido que ha muerto dentro del término de caducidad de su acción¹²⁵.

4) *Impugnación preventiva de la filiación presumida por ley.*

La acción de impugnación preventiva de la filiación presumida por ley se encuentra regulada en el artículo 592 que establece que aun antes del nacimiento del hijo, el o la cónyuge podrán impugnar preventivamente la filiación de la persona por nacer. La disposición legítima además a la madre y a cualquier tercero que invoque un interés legítimo, categoría dentro de la cual quedan comprendidos los herederos del o la cónyuge. Se trata de una acción que tiene por objetivo evitar la operatividad de la presunción de filiación, de modo tal que la eventual inscripción de nacimiento que se hiciese luego del nacimiento del hijo, no hace presumir la filiación del cónyuge de la mujer que dio a luz. Es decir que no se configura la presunción, a diferencia de la acción de impugnación que se aplica cuando la presunción ya ha operado.

5) *Impugnación de reconocimiento.*

El nuevo artículo 593 establece que el reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio puede ser impugnado por los propios hijos o por terceros que invoquen un interés legítimo. Esta norma reemplaza el artículo 263 del Código derogado.

Se trata de una legitimación amplia que comprende a los herederos del reconociente, quienes pueden impugnar el reconocimiento efectuado por el causante al hijo que concurra con ellos a la sucesión, o los excluya. El plazo de caducidad para el ejercicio de esta acción es más reducido que el fijado por la norma derogada, ya que caduca al año de haber conocido el acto de reconocimiento, pero, en sintonía con las reformas del sistema impugnatorio, se agrega la posibilidad de impugnar el reconocimiento dentro del año desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser el hijo¹²⁶.

¹²⁵ MÉNDEZ COSTA, *La filiación* cit., N° 202, p. 340.

¹²⁶ Vigente el sistema anterior, la jurisprudencia se pronunció respecto del cómputo del plazo de caducidad en la acción de impugnación del reconocimiento, que era establecido por el art. 263 en dos años desde haber conocido el acto de reconocimiento (CNCiv., sala F, 27-11-2008, "T. R. c/K. R. A. y otro s/Impugnación de paternidad",

Algunos autores consideraban fundamental distinguir los supuestos de nulidad y de impugnación del reconocimiento. La primera ataca el reconocimiento como acto jurídico, en tanto existen vicios que atañen a su eficacia¹²⁷. La segunda, en cambio, controvierte el presupuesto del vínculo biológico entre reconociente y reconocido, es decir, niega que el reconociente sea el padre o madre del reconocido. Para otros, como Grosman, esta distinción debía relativizarse, aunque ambas posiciones coinciden en que mientras que los herederos del reconociente siempre tienen acción, pues detentan un interés legítimo, sea cual sea el objeto de la controversia, el reconociente sólo tiene acción cuando se trata de plantear la nulidad del reconocimiento, pero no puede impugnar el reconocimiento complaciente que ha realizado a sabiendas de que el hijo no era suyo.

133.c) Acción de revocación de la adopción simple y acción de revocación de la adopción de integración

La acción de revocación de la adopción simple, prevista por el artículo 629 del Código Civil y Comercial, así como la acción de revocación de la adopción de integración, sea simple o plena (art. 633), sólo se confiere al adoptante o al adoptado y no se transmite a sus herederos. La disposición señala que "La adopción simple es revocable: a) por haber incurrido el adoptado o el adoptante en las causales de indignidad previstas en este Código; b) por petición justificada del adoptado mayor de edad; c) por acuerdo de adoptante y adoptado mayor de edad manifestado judicialmente".

En el caso de la revocación convencional o rescisión¹²⁸ contemplada en el inciso c, la acción caduca por la muerte del adoptado o el adoptante, ya que como resulta obvio, el acuerdo no podrá prestarse después, en tanto que si se funda en las causales previstas en los otros incisos, tampoco existe transmisión a los sucesores *mortis causa*. Si en razón

MJ-JU-M-14593-AR / MJJ14593. El pronunciamiento expresa claramente que "El plazo de caducidad para iniciar la acción de impugnación de filiación extramatrimonial exige acreditar fehacientemente que el impugnante conocía acerca del reconocimiento filiatorio antes de los dos años de iniciada la acción".

¹²⁷ ZANNONI, *Derecho Civil. Derecho de Familia* cit., t. II, p. 498

¹²⁸ Así la llama Zannoni (*Derecho Civil. Derecho de Familia* cit., t. II, p. 710).

del acto de indignidad, adoptante o adoptado hubieran fallecido, las acciones competarán a los herederos, pero no en su calidad de tales como acciones derivadas del causante, sino como acciones que nacen con motivo de la muerte, vinculadas al fenómeno sucesorio, en cabeza de los herederos. La solución es análoga a la que establece el artículo 306 del Código Civil italiano.

134.d) Acción de nulidad de la adopción

De igual manera que su antecesor, el nuevo Código Civil y Comercial recepta la clásica distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa de la adopción. La nulidad absoluta presenta un vicio sustancial y permanente que por su gravedad afecta el orden público y el interés general (art. 634). La nulidad relativa se refiere a supuestos en que el defecto es de menor entidad y está destinado a desaparecer; la sanción se establece en interés de las partes y el acto es susceptible de confirmación (art. 635), todo ello sin perjuicio de la aplicación del régimen general de nulidades de los actos jurídicos (de conformidad con lo previsto en el art. 636 que remite al Capítulo 9 del Título IV del Libro Primero). No se trata de un régimen específico de nulidades; esta modalidad legislativa sigue las pautas fijadas por las anteriores leyes de adopción (13.252 y 19.134 y 24.779) que habían merecido una crítica de Zannoni, atento a la especial naturaleza del acto jurídico familiar que imposibilita la aplicación indiscriminada de los principios previstos en la parte general¹²⁹.

La nulidad absoluta puede ser solicitada por los herederos, pues de lo contrario, un acto que ataca el interés público podría ser convalidado exclusivamente por acontecer un hecho circunstancial como es la muerte.

Si se trata de nulidad relativa fundada en que no se cumplió la edad mínima del adoptante, los herederos de éste sólo podrán reclamarla cuando murió sin haberla alcanzado; en caso contrario deberá interpretarse que la nulidad se convalidó¹³⁰. La nulidad asociada a los

¹²⁹ ZANNONI, Eduardo A. y ORQUÍN, Leopoldo, *La adopción y su nuevo régimen legal*, Buenos Aires, 1972, p. 213.

¹³⁰ Confrontar Zannoni, quien entiende que esta nulidad puede ser demandada por los parientes del adoptante en grado sucesible excluidos de la sucesión por el

vicios del consentimiento, sólo puede plantearse por los herederos, cuando el adoptante murió sin haber convalidado tácita o expresamente la nulidad. Por último, si se trata de la violación al derecho a ser oído, la nulidad caduca en el supuesto de fallecimiento del adoptado, único titular de la acción.

135.e) Acción de nulidad de matrimonio

Conforme a lo dispuesto por el artículo 714 del Código Civil y Comercial, al igual que en el artículo 239 del Código derogado, la regla es que la acción de nulidad del matrimonio sólo puede intentarse en vida de los esposos, es decir, caduca con la muerte de los cónyuges y, por ende, es intrasmisible a sus herederos. Sin embargo, el inciso c, establece una excepción, pues indica que puede ser ejercida aun después de la muerte de uno de los cónyuges cuando "sea necesaria para determinar el derecho del demandante y la nulidad absoluta sea invocada por descendientes o ascendientes". Reemplaza el texto anterior que sostenía: "La prohibición del primer párrafo no rige si para determinar el derecho del accionante es necesario examinar la validez del matrimonio y su nulidad absoluta fuera invocada por descendientes o ascendientes".

En consecuencia, conforme el texto legal, se permite accionar por nulidad absoluta a los ascendientes y descendientes de los cónyuges si la nulidad del matrimonio fuera presupuesto de otra acción tendiente a hacer valer un interés legítimo del accionante. La acción se otorga a los ascendientes aun cuando en el caso concreto no sean herederos, por lo que no se trata de un caso de transmisión *mortis causa*, sino del ejercicio de la acción por derecho propio.

Asimismo, el supérstite podrá iniciar la acción de nulidad *post mortem* de un subsiguiente matrimonio contraído por su cónyuge, o de su propio matrimonio celebrado mediante impedimento de ligamen del causante.

adoptado, pues la solución contraria implica subordinar al interés del hijo adoptivo, el patrimonial y económico de los herederos del adoptante, lo cual puede resultar antifuncional desde el punto de vista de la ética de las relaciones familiares, aunque reconoce como lamentable que no se haya previsto que la norma convalide el acto como ocurre con el matrimonio (ZANNONI, *Familia* cit., t. II, p. 652).

A diferencia de la acción de divorcio, el carácter declarativo de la nulidad del matrimonio no prohíbe proseguir la acción que haya sido iniciada en vida por uno de los esposos¹³¹.

136.f) Acción de divorcio

La acción de divorcio, única vía para poner fin al matrimonio prevista por el nuevo Código (que no reemplazó la figura de la separación personal), es personalísima; caduca con el fallecimiento por cuanto desaparece uno de los presupuestos de la acción de estado: la subsistencia del vínculo. En otras palabras, no existe divorcio *post mortem*. Operada la muerte durante la tramitación del juicio, éste no puede ser continuado por los herederos. El artículo 435, inciso a, establece claramente que con la muerte de uno de los cónyuges se produce la disolución del vínculo matrimonial. Como explica correctamente Zannoni, la acción de divorcio tiene como objeto propio la disolución del vínculo y el emplazamiento de los cónyuges en un nuevo estado de familia, por lo que carece totalmente de virtualidad si el vínculo ya quedó disuelto por muerte de uno de ellos¹³².

Por otra parte, como el nuevo Código establece un sistema de divorcio incausado, la eventual culpabilidad de uno de los esposos ya no tiene relevancia para calificar la conducta ni para la exclusión de la vocación sucesoria del cónyuge, que de todos modos, se extingue cuando ha mediado separación de hecho. En este sentido, el artículo 2437 dispone que "El divorcio, la separación de hecho sin voluntad de unirse y la decisión judicial de cualquier tipo que implica cese de la convivencia, excluyen el derecho hereditario entre cónyuges".

137.F) Derechos patrimoniales de familia

Corresponde distinguir entre los derechos sobre bienes que ya han sido adquiridos por el causante, aunque provengan de relaciones familiares, y los derechos y obligaciones patrimoniales inherentes al estado de familia aunque tengan contenido patrimonial:

¹³¹ ZANNONI, *Derecho Civil. Derecho de Familia* cit., t. I, p. 364.

¹³² ZANNONI, *Derecho Civil. Derecho de Familia* cit., t. II, p. 183.

a) Los primeros (bienes ya adquiridos por el causante, aunque tengan origen en relaciones familiares) pasan a los herederos del causante. Se pueden citar, entre otros, los siguientes casos: la acción para demandar la nulidad del acto de disposición de los derechos sobre la vivienda familiar o de los muebles indispensables de ésta, otorgado sin el asentimiento conyugal (art. 456); la acción para demandar la nulidad de los actos de disposición de bienes muebles no registrables indispensables del hogar, o de los objetos destinados al uso personal del otro cónyuge, o al ejercicio de su trabajo o profesión (art. 462); el derecho a pedir la partición de la comunidad de ganancias (art. 496); la acción para obtener la inoponibilidad de los actos otorgados por el otro cónyuge con el propósito de defraudarlo (art. 473), etcétera.

En el régimen de comunidad de ganancias, la muerte de uno de los cónyuges genera una peculiar situación de coexistencia entre la indivisión poscomunitaria y la comunidad hereditaria de modo que todos los bienes gananciales integran el acervo sujeto a liquidación, aun los de titularidad del supérstite, quien en virtud de la calificación legal tendrá derecho de exigir que, como operación previa, se liquiden los gananciales y se le adjudique la mitad¹³³. El nuevo artículo 498 establece que si la disolución del régimen “se produce por muerte de uno de los cónyuges, los herederos reciben su parte sobre la mitad de gananciales que hubiese correspondido al causante”. En consecuencia, más allá de quién sea el propietario, sólo integra el acervo sucesorio la porción de bienes gananciales correspondientes al causante.

b) Los segundos, es decir, los derechos y obligaciones inherentes al estado de familia, no se transmiten a los herederos, aunque tengan contenido patrimonial.

El derecho de alimentos caduca con la muerte del alimentante y

¹³³ En este sentido se pronunció la jurisprudencia anterior a la reforma: CNCiv., sala L, 19-12-2006, L. L. 2007-B 34; CNCiv., sala C, 24-5-2005, L. L. 2005-E-78; Cám. Documentos y Locaciones de Tucumán, sala II, 8-11-2004, L. L. Noroeste 2005-707; CCCom. de Trenque Lauquen, 12-3-98, L. L. B. A. 1999-407. También se ha rechazado el pedido de exclusión del acervo sucesorio de un inmueble adquirido por el marido con posterioridad a la separación de hecho (CNCiv., sala D, 6-5-2008, L. L. 2008-F-51).

del alimentado¹³⁴, tal como dispone el artículo 554 del Código Civil y Comercial que consagra la intransmisibilidad de la obligación de prestar alimentos. Puede ocurrir que con la muerte del *de cuius*, el heredero se convierta en deudor de una obligación alimentaria (por ej., el nieto de pasar alimentos al abuelo, muerto el padre); pero en este caso no se le ha transmitido la deuda del causante sino que ha nacido una nueva obligación, en cabeza del nieto, no en su calidad de heredero, sino por su condición de pariente del alimentado¹³⁵.

En la redacción originaria del Código Civil se reconocía como excepción el caso de los hijos extramatrimoniales menores de 18 años, que estaban facultados para reclamar alimentos a los herederos de su padre (art. 331), aunque por ser una excepción se propiciaba la interpretación restrictiva y por tanto sólo se entendía que la obligación era transmisible siempre y cuando existiera sucesión efectiva de herencia en favor de los herederos del padre, es decir que los herederos recibieran bienes¹³⁶. La ley 23.264 que superó la distinción entre filiación matrimonial y extramatrimonial derogó esta disposición.

En relación con los alimentos entre cónyuges el nuevo artículo 434 regula el derecho con posterioridad al divorcio; se trata de una facultad absolutamente excepcional que procede sólo a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide autosustentarse (inc. a), o a favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos (inc. b).

En el supuesto del cónyuge enfermo, la norma dispone que si el alimentante fallece, la obligación se transmite a sus herederos, en el

¹³⁴ Pero debe tenerse presente que si bien la muerte del alimentante, acaecida con posterioridad al inicio de la demanda por aumento de la cuota determina la extinción de la obligación alimentaria, las cuotas devengadas desde la interposición de la acción hasta el deceso del causante constituyen un crédito sobre el acervo hereditario a favor del alimentado (STJ de Jujuy, 15-5-2009, L. L. Noroeste, t. 8, 2009, p. 729.)

¹³⁵ STOLFI, ob. cit., vol. VI, p. 43.

¹³⁶ SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, ob. cit., p. 279, quien cita jurisprudencia conforme: J. A. 11-793; G. F. 46-394. En contra: CAFFERATA, José Ignacio, *El derecho real de habitación del cónyuge superviviente (art. 3573 bis del Cód. Civ.)*, en L. L. del 11-4-77, sostiene que la obligación establecida por el art. 331 no se transmite vía sucesoria sino que nace en cabeza del heredero.

mismo sentido que el artículo 208 derogado, pero con una redacción más concisa y adecuada. Este derecho alimentario se concedía dentro del marco de la figura de la separación personal y no divorcio vincular, causal que permitía conservar la vocación hereditaria (conf. art. 3574 del Cód. Civ.), pero la obligación se transmitía a los herederos aun cuando hubiera mediado divorcio; el mencionado artículo 208 expresaba en el último párrafo: "Fallecido el cónyuge obligado, aunque se hubiere disuelto el vínculo matrimonial por divorcio vincular con anterioridad, la prestación será carga de su sucesión debiendo los herederos prever, antes de la partición, el modo de continuar cumpliéndola"¹³⁷. La obligación alimentaria pasaba a los herederos del muerto transmutada en una simple obligación hereditaria de índole patrimonial, de modo que los sucesores asumían la deuda alimentaria en razón de su condición de herederos del fallecido¹³⁸.

La ley actual, del mismo modo que su antecesora, no establece subsidiariedad de esta obligación de los herederos respecto de otros parientes del alimentado, lo que había merecido las críticas de Zannoni, quien consideraba disvalioso que esos parientes obligados pudieran liberarse en razón de una carga sucesoria que pesa sobre herederos no parientes de aquél; "de acuerdo a las circunstancias de cada caso, los herederos, no parientes, ni obligados personalmente a dar alimentos al supérstite enfermo, podrán exigir que los parientes obligados sean condenados en primer término a satisfacer la prestación. En todo caso, los herederos que deben cumplir la carga podrían exigir la contribución de los obligados, aplicándose, por extensión, las disposiciones legales que autorizan entre parientes que deben prestar alimentos..."¹³⁹

138.G) Recuerdos de familia. Cartas misivas

Pese a la inexistencia de una disposición expresa, es *communis opinio* que las cartas pertenecen al destinatario, poseedor de ellas, quien puede trasmitirlas a sus herederos. Ello acontece aun con las

¹³⁷ ZANNONI, *Derecho Civil. Derecho de Familia* cit., t. II, p. 222.

¹³⁸ Conf. FANZOLATTO, en BUERES (dir.) y HIGHTON (coord.), *Código Civil y leyes complementarias* cit., 3ª reimp., t. IB, p. 179.

¹³⁹ ZANNONI, *Derecho Civil. Derecho de Familia* cit., t. II, ps. 219 y 223.

cartas misivas de carácter confidencial, ya que como afirma Gény, los herederos del destinatario tienen mejor derecho que el remitente; ello surge del hecho de que si bien podría presumirse en el remitente la intención de que la carta fuera posesión del destinatario pero no de sus herederos, esta presunción de voluntad no existe en el destinatario —propietario de ellas— que la conservó hasta su muerte sin restituirla al remitente¹⁴⁰. Un caso muy especial presentan las misivas confidenciales remitidas por un heredero; la jurisprudencia francesa ha reconocido el derecho de ese heredero a que se le restituya la misiva, sobre todo cuando razones de índole muy particular provocarían grandes conflictos familiares ante el conocimiento del contenido de la carta¹⁴¹. Si los herederos son varios, como se trata de una cosa indivisible, la adjudicación se hará de acuerdo con las reglas propias de esta especie de cosas¹⁴². Resulta sobreabundante aclarar que el derecho del heredero no incluye el de publicar la carta, facultad que sólo compete al autor y a las personas enunciadas en el artículo 31 de la ley 11.723.

Los recuerdos de familia, como retratos, manuscritos, diplomas, etcétera, no tienen prácticamente valor económico, pero pueden tener un valor afectivo o sentimental, y son objeto de la transmisión hereditaria. La jurisprudencia francesa y, en parte, la italiana consideran que los recuerdos de familia, en general, se sustraen al Derecho de Sucesiones y pertenecen, no ya a los herederos, sino a los componentes de la familia¹⁴³. En el ordenamiento argentino es difícil llegar a esa conclusión; por el contrario, esos recuerdos de familia son transmisibles por sucesión *mortis causa*¹⁴⁴. Si existen varios herederos y no existiere acuerdo entre los interesados habrá que estar, en primer lugar, a la voluntad del *de cuius*. Si esa voluntad no surgiera ni siquiera tácita-

¹⁴⁰ GÉNY, François, *Des droits sur les lettres missives*, París, 1911, t. II, p. 269.

¹⁴¹ GÉNY, ob. cit., t. II, p. 278.

¹⁴² BORDA, ob. cit., t. I, p. 29, N° 31.

¹⁴³ En este sentido dice Messineo (ob. cit., t. VII, p. 5): "Los recuerdos de familia deben considerarse sustraídos a los principios comunes del Derecho Sucesorio, en el sentido de que corresponden, no a los herederos, sino a los componentes de la familia, aun independientemente de su calidad de herederos, o sea que corresponden a aquellos sujetos *iure proprio*".

¹⁴⁴ BORDA, ob. cit., t. I, N° 31 y 32 bis, p. 29.

mente, el juez designará al heredero que deba guardarlo. El artículo 3473 del Código Civil derogado expresaba: "Los títulos o cosas comunes a toda la herencia deben quedar depositados en poder del heredero o herederos que los interesados elijan. Si no convienen entre ellos, el juez designará al heredero o herederos que deban guardarlos". Se incluyen aquí los títulos honoríficos y las condecoraciones¹⁴⁵. Se entendió que la expresión "quedar depositados" no significaba someter esos bienes al régimen y restricciones derivadas del depósito judicial, sino simplemente crear un deber moral de conservación.

El nuevo artículo 2379, con una redacción más prolija y concreta sigue la misma regla: "...Los objetos y documentos que tienen un valor de afección u honorífico son indivisibles, y se debe confiar su custodia al heredero que en cada caso las partes elijan, y, a falta de acuerdo, al que designa el juez..." Normalmente, y salvo causas graves, la persona indicada será el cónyuge; ello no impide que según las circunstancias, las cosas sean entregadas a otro heredero; por ejemplo: si se trata de un diploma y uno de los herederos ejerce la misma profesión, el juez lo entregará a ese heredero; de cualquier modo, dictar normas generales en esta materia es imposible, debiendo estarse a lo que las circunstancias aconsejen en cada caso.

Naturalmente, del ámbito de los recuerdos de familia se excluyen aquellos bienes, como las joyas, en los cuales el valor económico prepondera sobre el afectivo.

139.H) Derecho sobre sepulcros

La reciente reforma del Código Civil y Comercial ha regulado expresamente los "cementeros privados" dentro de los derechos reales; pero el ordenamiento jurídico argentino, igual que otros de la legislación comparada, ha omitido reglar orgánicamente sobre este problema. Consecuentemente, doctrina y jurisprudencia discrepan en cuanto a la naturaleza jurídica del Derecho que se ejerce sobre los sepulcros, convirtiéndose este problema en uno de los más debatidos del derecho sobre las cosas. Su determinación influye notablemente en el régimen de su transmisión. Véase:

¹⁴⁵ CNCiv., sala F, 25-8-81, "Perón, Juan D.", J. A. 1982-IV-202.

Debe distinguirse el régimen jurídico de los cementerios públicos, de los cementerios privados y el de los sepulcros.

a) Conforme una tendencia mayoritaria, hoy los *cementerios públicos* pertenecen al dominio público municipal. El cementerio constituye en nuestro Derecho una obra pública constituida para utilidad común (conf. art. 2340, inc. 7º derogado y nuevo art. 235, inc f), que el Estado o los Estados han puesto bajo el dominio de las municipalidades (conf. art. 2344 derogado y nuevo 237)¹⁴⁶.

No siempre fue así; la transformación de los cementerios de su carácter eclesiástico al civil se llevó a cabo, en su comienzo, reconociendo sobre ellos una doble jurisdicción, la civil y la eclesiástica. Esto ocurrió con el reglamento del cementerio Norte de Buenos Aires del 8 de junio de 1822. Hoy no cabe duda en torno a la propiedad exclusiva del Estado municipal sobre estos terrenos.

b) La cuestión de los *cementerios privados*, en cambio, ha sido materia de hondas preocupaciones jurídicas. Estas necrópolis con fines lucrativos que desde hace algún tiempo han comenzado a expandirse en nuestro país, cobran cada vez mayor importancia social y económica.

Antes de la unificación de los Códigos Civil y Comercial, la falta de regulación específica había dado lugar a las más diversas interpretaciones, llevando a la aplicación analógica de diferentes instituciones del Derecho Privado. En algunos casos se les atribuyó naturaleza de derechos personales, aplicándose las normas relativas a la locación, el comodato, la sociedad; en otros se consideró que se trata de derechos reales, ya sea como derechos sobre cosa propia (dominio, condominio o propiedad horizontal) o sobre cosa ajena (derechos reales de disfrute). Andorno rechazaba su encuadre en alguna figura típica de los derechos reales del ordenamiento vigente, ya se trate de derechos reales sobre la cosa propia o sobre cosa ajena¹⁴⁷.

El nuevo Código Civil y Comercial incorpora la regulación expresa de los cementerios privados dentro del catálogo de los derechos reales.

¹⁴⁶ Conf. ADROGUÉ, Manuel, *Régimen jurídico de los sepulcros. Convenios sobre utilización de los mismos*, en L. L. 148-535.

¹⁴⁷ ANDORNO, Luis O., *Los cementerios privados*, en J. A. 80º Aniversario 1998-22.

El artículo 2103 los define como "los inmuebles de propiedad privada afectados a la inhumación de restos humanos".

c) Los derechos que las municipalidades conceden sobre las bóvedas construidas en los cementerios son objeto de cuantiosas controversias. En la época de secularización de los cementerios se reglamentaron dos formas de enajenación de las sepulturas, sin imponer restricciones de ninguna clase: la venta a título perpetuo y la venta a título temporal, que en realidad era un simple arrendamiento. En el decreto del 3 de septiembre de 1823 para la municipalidad de Buenos Aires, por ejemplo, la venta a título temporal se hacía por 10 años, al cabo de los cuales si no se renovaba, se ponía de nuevo en venta. Estas dos formas de conceder la sepultura estuvieron vigentes en todos los cementerios del país hasta que se suprimió la venta, quedando subsistente únicamente el arrendamiento. En la Municipalidad de la Capital Federal, esto ocurrió a partir de la ordenanza permanente del año 1938, confirmada en este aspecto por la ley 12.704, del 16 de septiembre de 1941. Esta ley prohibía a los arrendatarios la enajenación a título oneroso o gratuito o alquiler de los sepulcros, exceptuando únicamente el traspaso por causa de muerte. El artículo 9º, inciso fi, de la Ley 19.987 Orgánica de la Municipalidad de Buenos Aires, otorga a la Sala de Representantes la facultad de otorgar, por un plazo no mayor de 20 años, concesiones y permisos de uso sobre bienes del dominio público municipal, disposición que ha merecido la crítica de la doctrina por ser el plazo tan reducido que no cubre el período que de ordinario se estima como natural de la generación. En consecuencia, y conforme al régimen que veda la venta a perpetuidad de los terrenos municipales, el titular (llamado fundador por parte de la doctrina)¹⁴⁸, sólo tendría sobre él un derecho que pertenece al ámbito del ordenamiento administrativo, que no puede asimilarse al dominio civil y que, por tanto, está sometido a todas las restricciones impuestas por el Estado a este

¹⁴⁸ Ver: AMEGLIO ARZENO, Carlos, *El condominio hereditario del sepulcro de familia. Algunos de sus problemas. Sucesión "ab intestado"*, en L. L. 36-992 y la amplia mención a la doctrina francesa, italiana y española; CARNELLI, L., *Naturaleza jurídica de las sepulturas. Condición ante el derecho de quien las adquiere*, en L. L. 6-29; LASCANO, Carlos A., *Régimen jurídico de los sepulcros en la Argentina*, en *Anales de la academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, Año II, N° 2, Buenos Aires, 1957, p. 124.

tipo de relaciones¹⁴⁹, y únicamente en ausencia es posible recurrir a las reglas del Código Civil¹⁵⁰. La efectividad de este derecho dependerá de los preceptos reglamentarios municipales. Puede sostenerse, con Fernández de Velasco, la extracomercialidad de los sepulcros, por cuanto no puede ser objeto de negocios entre vivos del Derecho Privado, pero sí del Derecho Público¹⁵¹. Esta relación jurídica del titular de la concesión (haya sido concesión perpetua conforme a los viejos regímenes o meramente temporal) se trasmite a los herederos del titular-fundador. No habría razón para sostener que la muerte del titular la extingue, porque precisamente estas relaciones son constituidas con el propósito de que en la bóveda reposen los restos del titular y su familia.

En tal sentido, puede sostenerse que el sepulcro forma parte del caudal relicto, son bienes con valor económico, "que integran el patrimonio del titular"¹⁵². Así ha tenido oportunidad de declararlo la

¹⁴⁹ ADROGUÉ, ob. cit., en L. L. 148-537. Este autor sostiene que en las concesiones dadas a perpetuidad existe un derecho real administrativo, en tanto que en las temporarias sólo un derecho crediticio del mismo orden. En contra, entendiendo que se trata de un derecho de dominio sometido —como toda propiedad— a las limitaciones administrativas. DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, *Los sepulcros como objeto de las relaciones jurídicas de Derecho Privado*, en J. A. 60-905, quien se refiere al régimen vigente en la época en que la Municipalidad vendía los terrenos, y dice: "Nadie controvierte que la adquisición de un sepulcro supone una concesión municipal. Esto es cierto en el instante originario; pero deja de serlo 'durante' la vida de la concesión. Sólo el otorgamiento de la concesión requiere un acto administrativo. Con éste se produce la constitución del dominio sobre el sepulcro; dominio sometido a restricciones; pero como dominio que es susceptible de ser objeto de comercio jurídico. Puede ser transmitido en la medida del art. 3270. Y es transmisible porque la inalienabilidad exige ley expresa que la declare (art. 2337, inc. 1°). No hay que confundir la inalienabilidad del cementerio (como bien público del Estado) con la de la sepultura".

¹⁵⁰ SCJ de Mendoza, sala 2°, 24-11-88, "Roge, Juan Carlos c/Municipalidad de Mendoza", J. A. 1990-I-576. Ver también CNCiv., sala C, 22-6-93, "Pérez, Constanzo c/Constanzo, Félix", J. A. 1994-II-281. "En materia de sepulcros, debe señalarse su carácter de derecho real, con naturaleza administrativa, que proviene de una concesión y, a los que se aplican sólo por analogía, lo propio del dominio, condominio y acciones de protección".

¹⁵¹ FERNÁNDEZ DE VELASCO, citado por CARNELLI, ob. cit., en L. L. 6-33.

¹⁵² C2°CCom. de La Plata, sala I, 29-5-86, "Gómez, María L. c/Gil, Modesto y otros", J. A. 1986-III-705.

Corte Suprema de Justicia al afirmar que “los derechos emergentes de una concesión sobre un bien del dominio público (derecho a una sepultura) se encuentran protegidos por las garantías consagradas en los artículos 14 y 17 de la Constitución”¹⁵³. “El derecho del titular de una sepultura, llámesele dominio sui generis, derecho de habitación *post mortem*, derecho de uso inmobiliario o concesión de uso sobre un bien del dominio público, siempre es un valor patrimonial, porque en virtud de la concesión se ha creado a favor del concesionario un poder jurídico sobre la cosa pública que le ha sido entregada, y este derecho se halla tan protegido por las garantías constitucionales como todo derecho real de dominio”¹⁵⁴. Extremando el criterio, nuestra jurisprudencia tiene resuelto que él debe computarse a los efectos de determinar el caudal relicto para pago del impuesto a la transmisión gratuita de bienes en los ordenamientos en los cuales todavía existe¹⁵⁵, e incluso para el cálculo de la masa de bienes con el cual debe hacerse frente a los legados¹⁵⁶. Sin embargo, esta transmisión opera con características peculiares: muerto el concesionario, el sepulcro pasa, como en el Derecho Sucesorio ordinario, a sus causahabientes y en proporción a sus partes hereditarias, pero “en estado de indivisión”. La regla de la indivisión forzosa fue sentada por primera vez en los tribunales de la Capital Federal en el recordado caso “Mohorabe c/Mohorabe”, en mayo de 1912¹⁵⁷. Esta indivisión sólo puede cesar en casos excepcionales,

¹⁵³ Caso “Bordieu c/Municipalidad de la Capital”, *Fallos*: 145:307.

¹⁵⁴ SCJ de Mendoza, J. A. 1990-1-576.

¹⁵⁵ CCiv. 1ª Cap., 5-5-39, J. A. 66-647, y voto del doctor Antonio Collazo como integrante de la CNCiv., sala F, 29-9-64, L. L. 116-504. En contra, la mayoría de esa sala, integrada por Margarita Argúas y Rafael Demaría interpretó que “en los casos de concesiones temporarias y restringidas no sólo el poder concedente no se ha desprendido en forma alguna de su dominio, por lo que los concesionarios no podrían constituir derechos reales, ni usarla a voluntad, ni introducirla en el comercio mediante enajenación, sino que no puede considerarse propiedad exclusiva de los usuarios la edificación levantada en el terreno”.

¹⁵⁶ CCiv. 2ª Cap., 30-11-39, L. L. 16-1097, revocando el fallo de primera instancia del doctor Tomás Casares, quien manifestó que no debía computarse, porque lo contrario importaría que el sepulcro pudiese ser liquidado, oponiéndose a tal liquidación la naturaleza misma del bien.

¹⁵⁷ J. A. 71-217.

reconocidos por nuestra jurisprudencia (sepulcro vacío o fácilmente divisible sin menoscabar su valor arquitectónico ni económico, etc.)¹⁵⁸.

Con respecto a los cementerios privados, el nuevo Código Civil y Comercial estipula "Al derecho de sepultura sobre la parcela se le aplican las normas sobre derechos reales" (art. 2112) y por ello se trata de un derecho transmisible *mortis causa* que pasa a los herederos a la muerte del titular. Por otra parte, y en razón de su peculiar naturaleza y finalidad, dispone la inembargabilidad de las parcelas exclusivas destinadas a sepultura, excepto por créditos provenientes del saldo de precio de compra o de construcción de sepulcros, o por expensas, tasas, impuestos y contribuciones correspondientes a aquéllas (art. 2110).

d) El régimen jurídico del sepulcro no debe ser confundido con el derecho a su uso. Esta diferencia entre el sepulcro y el derecho al sepulcro, es decir, entre la titularidad del sepulcro y el derecho al uso, era marcada, aunque con características distintas de las del Derecho moderno, por el Derecho Romano e incluso por el Canónico. Este *ius sepulcri* supone el derecho a ser inhumado e incluso a disponer sobre las personas que deben ser depositadas en el sepulcro¹⁵⁹. En los cementerios públicos, su origen es un acto administrativo que confiere a un particular la facultad de utilizar en forma privativa y excluyente una parte de un bien dominial, en tanto que en los cementerios privados, emana de un contrato celebrado entre el titular y el adquirente¹⁶⁰.

Este derecho no se trasmite por sucesión. En tal sentido, y al decir de Fuzier¹⁶¹, la voluntad del causante impera aquí con una amplitud desconocida en otra materia. Así, por ejemplo: podría designar a un miembro del grupo familiar para ser depositado en la bóveda con exclusión de otros miembros, sin que tal manifestación pueda ser atacada. Esta especie de "derecho de desheredación" es todavía más extensa tratándose de colaterales, pues puede ser ejercido aun en favor de un legatario, extraño a la familia. Sin embargo, no es absoluto,

¹⁵⁸ ALLENDE, Guillermo, *Sepulcros. Aspectos jurídicos fundamentales*, en L. L. 124-828.

¹⁵⁹ BIONDI, Biondo, *Los bienes*, Barcelona, 1961, p. 271.

¹⁶⁰ ANDORNO, ob. cit., p. 22.

¹⁶¹ Cit. por ARZENO, ob. cit., en L. L. 36-995, nota 23.

porque lo coartan limitaciones de solidaridad familiar y de orden público. Por la misma razón que no se trasmite por sucesión, ningún heredero podría invocar derechos indivisos sobre el uso del sepulcro a fin de sostener que debe reservársele un lugar para el momento de su fallecimiento. Aun cuando en una primera etapa la jurisprudencia aplicó las reglas de la sucesión *ab intestato* para la regulación del uso, muy pronto este criterio fue abandonado para aceptar el principio del orden de los decesos, o accidental prioridad de la muerte¹⁶². De tal modo, podrá ocurrir que el derecho al uso de alguno de los coherederos no tenga oportunidad de efectivizarse, dada la capacidad limitada del sepulcro y la serie de ramas que al cabo de cierto tiempo dividieron el tronco familiar. A fin de atenuar estos inconvenientes, es práctica generalizada en países como Francia que el concesionario originario destine por testamento u otra forma auténtica de voluntad varios lugares del sepulcro para determinadas inhumaciones. Otras veces serán los coherederos quienes fijen por convenio la medida de la participación, estando subordinada la validez de este convenio a la observancia del destino familiar¹⁶³.

En cuanto a los cementerios privados, la nueva regulación enumera las facultades de su titular comprendiendo este "derecho al uso", que abarca: a) inhumar en la parcela los restos humanos de quienes disponga, hasta la dimensión establecida en el reglamento, y efectuar las exhumaciones, reducciones y traslados, dando estricto cumplimiento a la normativa dictada al respecto; b) construir sepulcros en sus respectivas parcelas, de conformidad a las normas de construcción dictadas al efecto; c) acceder al cementerio y a su parcela en los horarios indicados; d) utilizar los oratorios, servicios, parque e instalaciones y lugares comunes según las condiciones establecidas. También establece que la relación entre el propietario y

¹⁶² Conf. con el criterio del orden de los decesos: ARZENO, ob. cit., en L. L. 36-995; CARNELLI, ob. cit., en L. L. 6-41.

¹⁶³ Ver jurisprudencia citada por LAJE, Eduardo J., *La naturaleza jurídica de los sepulcros y sus problemas*, en L. L. 154-557. Todo lo expuesto en el texto no significa negar la necesidad de una ley que regule orgánicamente todo el sistema sepulcral, tal como lo propicia RUIZ MORENO, Martín T., *Algunos problemas legales en materia de sepulturas*, en J. A. Doctrina 1971-304 y ss.

el administrador del cementerio privado con los titulares de las parcelas se rige por las normas que regulan la relación de consumo (art. 2111), sin perjuicio de que el administrador, los titulares de sepulturas y los visitantes deben cumplir con las leyes, reglamentos y demás normativas de índole nacional, provincial y municipal relativas a la policía mortuoria (art. 2113).

140.I) Adquisición de la condición de parte en el proceso

Los herederos adquieren la condición de parte en el proceso seguido por el causante; ingresan en el proceso en el estado en que se halla, no sufriendo modificación lo sucedido con anterioridad.

Esto no quiere decir que la situación procesal forme parte del caudal hereditario. El heredero ingresa en las relaciones del derecho sustantivo y esas relaciones son las que, según su naturaleza, determinan la continuidad del proceso por el heredero y las condiciones en que éste sigue. Podetti¹⁶⁴ sostiene, con razón, que la sucesión procesal tiene origen en la sucesión sustancial, es decir, en la trasmisión del derecho que legitima sustancialmente a los litigantes. La concurrencia al proceso de los sucesores del sujeto fallecido defiende el interés sustancial de ellos. Dos etapas deben ser consideradas: a) en el estado de indivisión, si existe más de un heredero, se emplazará a los sucesores a que comparezcan acreditando su carácter de tales (art. 43 del CPCCN), b) si ya se ha operado la partición, el ingreso del sucesor está condicionado por que al dividirse la herencia le haya sido adjudicado totalmente el derecho del cual surgía la legitimación del causante. De cualquier modo, la sucesión procesal produce alguna modificación en la relación en tanto los sucesores no tienen la carga de absolver posiciones sobre los hechos personales del causante, ni la de reconocer las firmas que se atribuyen a éste.

No obstante la regla sentada, existen algunos supuestos particulares cuyas implicancias se analizan a continuación:

Una situación peculiar se produce respecto a la pretensión de ob-

¹⁶⁴ PODETTI, Ramiro, *Tratado de la tercería*, Buenos Aires, 1971, ps. 504 y 506; PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1970, t. III, p. 327.

tener el beneficio de litigar sin gastos cuando el peticionante fallece. Según una posición, corresponde la extinción del trámite, pues se trata de un instituto eminentemente personal que se acuerda en razón de la situación personal de un individuo, privilegiado con el mismo, y por ende intransmisible a los sucesores¹⁶⁵. Para otra tendencia, estando los herederos legitimados para proseguir la acción resarcitoria emergente de un hecho ilícito, no puede negárseles legitimación para continuar el trámite de un expediente que se encuentra en una relación de accesoriadad con la acción principal¹⁶⁶.

También se ha discutido la posibilidad de conferir legitimación a los herederos para continuar ejerciendo el rol de querellante asumido oportunamente por el causante. Mientras que algunos sostienen que debe rechazarse su participación con fundamento en que sólo puede otorgarse dicho rol a quien ha sido damnificado directo del delito y que la posibilidad de adquirir la legitimación por parte del cónyuge o hijos de éste en delitos de acción pública sólo lo es a modo de excepción legal limitada a los ilícitos con resultado moral¹⁶⁷, otros afirman que corresponde admitir tal calidad a los sucesores de quien en vida tuviera dicha condición pues, con un criterio amplio, debe considerarse a sus hijos como particulares damnificados al resultar herederos forzosos y al haberse producido una obvia disminución en el acervo hereditario debido al accionar investigado¹⁶⁸.

B) DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE NACEN CON MOTIVO DE LA MUERTE, VINCULADOS AL FENÓMENO SUCESORIO, PERO CREANDO SITUACIONES ORIGINARIAS EN EL HEREDERO

141. Concepto y casos

Se trata de situaciones jurídicas que no existían en cabeza del causante, sino que nacen originariamente en el heredero, como conse-

¹⁶⁵ CNCom., sala D, 23-7-2008, *Revista de Derecho de Familia y de las personas*, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. IV, p. 184.

¹⁶⁶ CNCiv., sala C, 31-5-2001, L. L. 2001-D-620.

¹⁶⁷ CNCCorr., sala VI, 31-10-2002, L. L. 2003-E-410.

¹⁶⁸ CNCCorr., sala IV, 9-2-2001, D. J. 2001-3-189.

cuencia de su carácter de tal. Estas situaciones jurídicas son muy numerosas, y encierran para el heredero derechos u obligaciones o ambas cosas a la vez.

Desde el punto de vista de los derechos –aspecto activo– a título ejemplificativo, cabe citar:

a) La acción de indignidad (art. 2283);

b) la acción para pedir la “investidura de heredero” en la sucesión de los colaterales o en las sucesiones testamentarias mediante la declaración de validez formal del testamento (art. 2338);

c) la acción de colación (art. 2395);

d) las acciones de defensa de la legítima: acción de entrega de la legítima (art. 2450), acción de complemento (art. 2451), de reducción de las disposiciones testamentarias (art. 2452), de reducción de las donaciones (art. 2453);

e) la acción de partición para hacer cesar la comunidad hereditaria (art. 2364);

f) la acción de petición de herencia (art. 2310).

Desde el punto de vista de las obligaciones –aspecto pasivo– pueden enumerarse:

a) La obligación de responder por las cargas de la herencia: los gastos causados por la partición o liquidación, y los hechos en beneficio común, que son las deudas surgidas con posterioridad a la muerte del causante (art. 2384).

b) La obligación de entrega de legados (art. 2499), que debe cumplirse en la moneda dispuesta por el testador¹⁶⁹.

c) Las obligaciones que como demandados surgen del ejercicio de las acciones indicadas precedentemente, cuando los herederos están legitimados pasivamente (por ej.: la acción de indignidad que afecte a los herederos, así como la acción de colación, de reducción cuando las donaciones inoficiosas han beneficiado a los herederos forzosos,

¹⁶⁹ CNCiv., sala I, 20-6-2006, L. L. 2006-F-197, E. D. 218-435. Aunque se ha dispuesto que a efectos de determinar si corresponde o no la pesificación de un legado debe tenerse en cuenta si el fallecimiento ocurrió después de la sanción de las normas que la dispusieron, pues de haber sido su voluntad que los legatarios recibieran pesos pudo modificar su testamento (CNCiv., sala I, 17-6-2004, J. A. 2004-III-712).

de partición, de petición de herencia, cuando se dirigen contra un heredero que debe concurrir como tal con el actor, etc.).

C) DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE AUNQUE NACEN CON OCASIÓN DE LA MUERTE DE LA PERSONA, ESTÁN DESVINCLADAS DEL FENÓMENO SUCESORIO

142. Concepto y casos

Hay derechos que se desvinculan del fenómeno hereditario, aunque su nacimiento tenga relación con la muerte de una persona, en el sentido de que los favorecidos con tales derechos reciben el beneficio con independencia de su cualidad de herederos; por eso pueden ser beneficiarios sin ser herederos. Lógicamente estos derechos no forman parte del caudal relicto. Los enunciaremos en los números siguientes.

143.A) Las pensiones por fallecimiento

De conformidad a lo previsto en el artículo 53 de la ley 24.241¹⁷⁰ se reconoce el derecho a pensión a la viuda, el viudo y al conviviente. El derecho de los convivientes requiere que el o la causante se hallase separado de hecho o legalmente, o haya sido soltero, viudo o divorciado y hubiera convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento, o dos años cuando exista descendencia reconocida por ambos convivientes. También se reconoce el derecho de pensión a los hijos solteros, las hijas solteras y las hijas viudas, siempre que no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, hasta los dieciocho años de edad, salvo que estén incapacitados para el trabajo. Esto acontece así, aun cuando el trabajador estuviere jubilado; de modo que no es su derecho a la jubilación lo que se trasmite a los herederos, sino que con su muerte la jubilación se extingue naciendo el derecho a la pensión; este derecho pensionario tiene una finalidad absolutamente distinta de la transmisión *mortis causa*, ya que tiende a proteger económicamente a las personas que aunque en el caso concreto no sean herederos (por

¹⁷⁰ B. O. Del 18-10-93.

ej.: el ascendiente a cargo, cuando existen cónyuge y descendientes que lo excluyen), la ley presume que estuvieron protegidos o amparados por el causante y, en consecuencia, fallecido éste, necesitan ahora la protección del Estado. La pensión no estaba en el patrimonio del jubilado o del afiliado, y se funda, se reitera, en el deber de asistencia que la sociedad se ha impuesto¹⁷¹.

144.B) La indemnización por accidente de trabajo que reciben los parientes de la víctima por muerte

El artículo 18 de la ley 24.557¹⁷² remite a las personas enumeradas en el artículo 53 de la ley 24.241 (mencionadas en el párrafo anterior), quienes concurrirán en el orden de prelación y condiciones allí señaladas, con la salvedad de que extiende el límite de edad establecido en dicha disposición hasta los veintiún años, y hasta los veinticinco años en caso de tratarse de estudiantes a cargo exclusivo del trabajador fallecido. Asimismo, y en ausencia de las personas enumeradas en el referido artículo, accederán a la indemnización los padres del trabajador en partes iguales, pero si hubiera fallecido uno de ellos, la prestación será percibida íntegramente por el otro. En caso de fallecimiento de ambos padres corresponderá, en partes iguales, a aquellos familiares del trabajador fallecido que acrediten haber estado a su cargo.

También en este supuesto puede ocurrir que se tenga la calidad de heredero, pero no se goce del derecho a la indemnización (por ej.: un hijo mayor de la edad).

Durante la vigencia de la ley 9688 la Corte Suprema de la Nación resolvió al revocar por arbitrariedad una resolución de una Cámara del trabajo, que no es necesario acreditar la vocación sucesoria del cónyuge que acciona reclamando la indemnización por muerte de la ley 9688¹⁷³.

¹⁷¹ GRECO, Rubén, *La pensión provisional y el Derecho Sucesorio*, en *Trabajo y Seguridad Social*, Buenos Aires, 1975, t. II, p. 626.

¹⁷² Reformado por el art. 9º del decreto 1278/2000, B. O. del 3-1-2001.

¹⁷³ CSJN, 3-10-56, *in re* "Carolina Storaschenco e hijos c/E. M. Santa Rosa", Fallos: 236:27, citado por CARRIÓ, Genaro, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Buenos Aires, 1967, p. 231.

145.C) Los seguros de vida en general

El derecho del tercero beneficiario de un seguro de vida no es un derecho derivado del causante. La indemnización no integra la transmisión hereditaria¹⁷⁴ porque se trata de un importe que abona el asegurador sobre la base de una estipulación contractual, pudiendo resultar beneficiarios personas que no ostenten la calidad de herederos¹⁷⁵. El beneficiario adquiere un derecho propio, lo cual significa que no actúa ante el asegurador por subrogación de derechos del asegurado¹⁷⁶. Por eso, cuando el seguro de vida tiene un beneficiario determinado, es totalmente innecesaria la promoción del juicio sucesorio a fin de percibir el importe del seguro¹⁷⁷.

El artículo 143 de la ley 17.418 ordena expresamente: "El tercero adquiere un derecho propio al tiempo de producirse el evento". De ahí que el heredero beneficiado con el seguro puede rechazar la herencia sin que ello obste al cobro del seguro¹⁷⁸. La jurisprudencia resolvió: "La suma asegurada no integra la herencia, por lo que es indiferente que ésta se haya aceptado pura y simplemente o con beneficio de inventario"¹⁷⁹; consecuentemente, el beneficiario no debe pagar el impuesto a la transmisión¹⁸⁰.

Si no existe designación del beneficiario, sea porque originariamente no se lo designó o porque es ineficaz o quedó sin efecto, se entiende que el tomador nominó a sus herederos (art. 145). Vivante¹⁸¹ ha sostenido que en este caso debe considerarse que los beneficiarios reciben el derecho por vía hereditaria, porque la ley ha buscado la continuidad jurídica del estipulante. Tal solución fue acertadamente

¹⁷⁴ CNCiv., sala K, 26-4-2006, J. A. 2007-II-707; TSI de Córdoba, Sala Laboral, 3-7-98, L. L. C. 1999-1152.

¹⁷⁵ AZPÍR, *Derecho Sucesorio* cit., p. 77; CCCom. de San Isidro, sala I, 2-11-99, L. L. B. A., 1999, p. 1378.

¹⁷⁶ ROUILLON, ob. cit., t. II, p. 204.

¹⁷⁷ CCCom. de Concordia, sala III, 30-12-93, D. J. 1994-2-859.

¹⁷⁸ HALPERIN, Isaac, *Seguros. Exposición crítica de la ley 17.418*, Buenos Aires, 1970, p. 520.

¹⁷⁹ CNCiv., sala B, 26-12-58, L. L. 94-218.

¹⁸⁰ MORANDO, Juan Carlos Félix, *Estudio de derecho de seguros*, Buenos Aires, 1971, p. 316.

¹⁸¹ VIVANTE, *Tratado*, N° 2007, cit. por HALPERIN, ob. cit., p. 507.

criticada por Halperin¹⁸², para quien aun en este caso lo que existe es una estipulación en favor de un tercero, reconociendo una designación tácita del beneficiario que se deduce de la voluntad presunta del causante.

Si se ha designado como beneficiario a un heredero, los principios son exactamente los mismos, porque la calidad de heredero (legítimo o testamentario) sirve aquí para individualizar al beneficiario y no para calificar el derecho. El artículo 145 de la ley 17.418 da pautas significativas: "Cuando se designe a los herederos, se entiende a los que por ley suceden al contratante, si no hubiere otorgado testamento; si lo hubiere otorgado, se tendrá por designados a los herederos instituidos. Si no se fija cuota parte, el beneficio se distribuirá conforme a las cuotas hereditarias".

En todos los casos, los herederos legitimarios —existe un error de redacción en el artículo 144 de la Ley de Seguros al referirse a los legítimos— tienen derecho a la colación o reducción por el monto de las primas pagadas, pero nunca por el monto indemnizatorio¹⁸³.

146.D) Las acciones de daños y perjuicios derivadas del delito de homicidio

La doctrina ha debatido sobre la naturaleza de la acción que ejerce el heredero cuando reclama los daños y perjuicios derivados de un hecho ilícito del cual resulta la muerte del causante.

Nadie duda que los daños ocasionados con motivo de la muerte, como pudieron ser los gastos de última enfermedad que sufragó el causante o que se pagaron con fondos sucesorios por ser una carga de la sucesión, o el lucro cesante derivado de las ganancias o jornales frustrados para la víctima por el tiempo que vivió con posterioridad al hecho ilícito que le causara la muerte, producen efectos transmisibles a los herederos. Evidentemente estos daños se produjeron en el patrimonio del causante y, por eso, la acción para obtener su resarcimiento se transmite por sucesión¹⁸⁴.

¹⁸² HALPERIN, ob. cit., p. 507; CICU, ob. cit., p. 144.

¹⁸³ SOLER ALEU, Amadeo, *El nuevo contrato de seguros*, Buenos Aires, 1970, p. 317.

¹⁸⁴ ORGAZ, Alfredo, *La acción de indemnización en los casos de homicidio*, en

En cambio, se discute si la muerte en sí misma produce un daño jurídico que haga crear una acción en cabeza del muerto. Una primera aproximación al tema podría hacer suponer la afirmativa, porque la vida es el bien de mayor valor que posee el ser humano. Por lo que podría sostenerse que al lado de la acción que nace en cabeza del heredero por el daño que él personalmente sufre por la muerte del causante, tendría la acción que nació en cabeza del causante derivada de haberse acortado el tiempo probable de su propia vida. Así parece haberlo sostenido la doctrina mayoritaria en la Argentina hasta hace algunos años, siguiendo a la doctrina extranjera, especialmente francesa¹⁸⁵.

La discusión no es meramente teórica o baladí, por cuanto, desde la ortodoxia jurídica, determinar a qué título se ejerce la acción implica innumerables diferencias prácticas, entre otras, las siguientes¹⁸⁶:

1) Si la acción deriva del Derecho Sucesorio, el heredero no está obligado a probar el daño, porque la muerte supone de por sí la más terrible de las afrentas. Bien se ha dicho que "no hay hecho jurídico que rebase en su importancia al de la muerte. La muerte, el más conmovedor fenómeno vital *hominis*, remece con violencia atronadora hasta el último inciso del ordenamiento legal, produciendo una verdadera conmoción en el mundo jurídico"¹⁸⁷.

J. A. 1944-IV-11; LLAMBIAS, Jorge J., *La vida humana como valor económico*, en J. A. Doctrina 1974-628; DE ABALLEYRA, Rodolfo, *El derecho a la reparación de los daños patrimoniales que se originan en el homicidio*, en L. L. 114-959; COLOMBO, Leonardo, *Monto de la indemnización del daño cuando existe pluralidad de damnificados. Resarcimiento previsto en el artículo 1085 del Código Civil*, en L. L. 62-850.

¹⁸⁵ Compulsar, entre otros, SALAS, Acdee E., *Personas con derecho a indemnización por muerte de otra*, en J. A. 70-309 y ss., quien posteriormente cambió de opinión, en *Determinación del daño causado a la persona por el hecho ilícito*, en *Revista del Colegio de abogados de La Plata*, año IV, N° 7, t. IV, 1961, p. 316, concluyendo en la existencia de una única acción; VÁZQUEZ, Alejandro, *La acción indemnizatoria instaurada por la víctima de un acto ilícito en relación con la promovida por los herederos de la víctima después que éste fallece a consecuencia del hecho*, en J. A. 1943-III-533, en especial p. 536; ACUÑA ANZORENA, Aruro, *Personas con derecho a la reparación por la muerte de otra*, en *Estudios sobre la responsabilidad civil*, La Plata, 1963, p. 87; SPOTA, *El resarcimiento por daños a la persona en la responsabilidad por acto ilícito*, en J. A. 1953-11-336, en especial p. 337; SAVATIER, René, *Traité de la responsabilité civile en Droit français*, Paris, 1939, t. II, p. 123.

¹⁸⁶ TRIGO REPRESAS, ob. cit., t. III, ps. 503 y ss.

¹⁸⁷ ATO AVELLANAL, R., *Proyecciones jurídicas de la muerte en diversas*

En cambio, si la acción se ejerce *iure proprio*, el que la ejerce deberá probar el daño que la muerte le ocasiona en forma personal, aunque a veces la ley presume este daño. Pero esta presunción es simplemente *iuris tantum*, por lo que siempre se estará en condiciones de acreditar su inexistencia¹⁸⁸.

2) Si se ejerce por derecho de sucesión, el accionante debería acreditar su calidad de heredero con la pertinente sentencia declarativa; en cambio, si la acción nació en su cabeza, le resultará indiferente acreditar tal extremo.

3) Vigente el Código anterior que distinguía dos órbitas de responsabilidad civil, se sostenía que si la muerte se produjo durante la ejecución de un contrato (caso típico del accidente de tránsito ocurrido durante la ejecución de un contrato de transporte) y se afirma la posición derivada del accionante, éste podrá prevalerse de las presunciones de responsabilidad resultantes de las relaciones contractuales. En cambio, si se piensa que la acción ha nacido en cabeza del damnificado, éste debe ser considerado un tercero y deberá acudir al régimen de la responsabilidad extracontractual exclusiva¹⁸⁹. Debe tenerse presente que esta distinción ha perdido trascendencia a partir de la reforma del Código Civil y Comercial, que en materia de reparación, y siguiendo a los proyectos anteriores, recepta la unificación de los ámbitos de responsabilidad contractual y extracontractual.

4) Si la víctima hubiese contratado cláusulas de limitación de la responsabilidad, ellas serán obligatorias para los herederos que invocan

ramas del Derecho, en *Rev. del Colegio de Abogados de La Plata*, año IX, N° 18, enero-junio de 1967, p. 89.

¹⁸⁸ En contra: BUSTOS BERRONDO, Horacio, *Acción resarcitoria del daño causado por homicidio*, en *Jus* 3-75, para quien la presunción de daño emanada del art. 1084 no admite prueba en contrario. La posición ha merecido la crítica justa de la doctrina, porque de este modo se convierte a la acción resarcitoria en una *actio iure sanguinis*, similar a las acciones *vindictam spirantes*, lo cual está muy lejos de nuestra concepción sobre la responsabilidad civil. Para la crítica a esta postura ver MOSSET ITURRASPE, ob. cit., t. II-B, ps. 157 y ss.

¹⁸⁹ Ver voto minoritario del doctor Llambías como miembro de la sala A de la CNCiv., 7-7-64, J. A. 1964-VI-303. En cambio, la posición mayoritaria de Borda y Abelleyra sostuvo que en este caso los herederos son sucesores del contrato de transporte, por aplicación de los arts. 1195 y 3417, cuyo incumplimiento los faculta para reclamar el pleno resarcimiento.

tal calidad al ejercer la acción; en cambio, no le podrán ser opuestas cuando se acciona *iure proprio*.

5) Si se invocan perjuicios propios, la indemnización, en los casos de legitimados plurales, no deberá ser dividida en virtud de las normas sobre división hereditaria, sino al efectivo perjuicio sufrido. De ello derivará que un legitimado pueda percibir más o menos que otro.

6) Si ejerce la acción por derecho de sucesión, la existencia de herederos de primer orden le privaría del derecho. Por ejemplo: ante la existencia de hijos, los abuelos no podrían reclamar los daños y perjuicios derivados de la muerte del padre. La inversa ocurre en la postura contraria, ya que el ascendiente, en este caso, acciona invocando su propio daño.

La jurisprudencia argentina mayoritaria en los inicios del nuevo milenio entiende que estas acciones nacen en cabeza del heredero. No existen dos acciones, sino una, que es la *actio iure proprio*. El muerto no es la víctima jurídica del homicidio desde el punto de vista del Derecho Civil, sino sólo la víctima material. Aun cuando haya transcurrido un tiempo desde las lesiones hasta la muerte, con este hecho fatal se transmiten al heredero los daños derivados de los gastos de enfermedad y el lucro cesante, como se explicó; pero nace una nueva acción, que es la derivada de la muerte. El delito dejó de ser de lesiones; ahora se está en presencia del homicidio; al perder la vida, la víctima pierde su capacidad jurídica y por ello nada puede adquirir; si nada puede adquirir, nada puede transmitir. En consecuencia, la muerte del causante no hace nacer en su cabeza una acción para reparar el daño que significa la pérdida de su vida, porque ésta, en sí misma, tiene un valor económico mientras se vive; pero cuando se muere esta pérdida no es del muerto sino de aquellas personas que sufren un detrimento económico ante su desaparición¹⁹⁰.

También la doctrina mayoritaria se enroló en esta posición, pues el daño consistente en la pérdida de la vida humana constituye, en

¹⁹⁰ BUSTOS BERRONDO, ob. cit., en *Jus* 3-72; MOSSET-ITURRASPE, ob. cit., t. II-B, ps. 148 y ss.; TRIGO REPRESAS, ob. cit., t. II, p. 508; BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil* cit., p. 434; ORGAZ, *La acción de indemnización en los casos de homicidio* cit., p. 11; DE ABELLEYRA, ob. cit., p. 961; SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil*, ps. 268 y 269.

la medida que pueda traducirse pecuniariamente, el objeto de la obligación de reparar resultante del homicidio (conf. arg. art. 1077 del Cód. Civ.), y si se admite que tal objeto de resarcimiento ya existe en favor del difunto al tiempo de su muerte, se llega al absurdo de identificar el sujeto activo o titular de la relación jurídica con su objeto. De aquí que sea necesario, por una exigencia lógica, considerar al daño "pérdida de la vida" como un perjuicio que sólo pueden sufrir *iure proprio* quienes, como los parientes del muerto, puedan ser identificados en el carácter de damnificados indirectos por el homicidio (conf. arts. 1068 y 1079 derogados)¹⁹¹. Comúnmente se ha reconocido legitimación activa para accionar por los daños y perjuicios provocados por la muerte de otra persona al cónyuge, descendientes, ascendientes. Otros también podrían ser titulares de la acción siempre que acrediten el perjuicio sufrido en su condición de damnificados indirectos, como los afines en línea recta, colaterales, convivientes, la novia, el socio, etcétera¹⁹².

El artículo 1745 del nuevo Código precisa el alcance de la indemnización por los daños patrimoniales causados por la muerte (que comprende no sólo los gastos necesarios para asistencia y posterior funeral de la víctima) disponiendo que el derecho a repetirlos incumbe a quien los paga, aunque sea en razón de una obligación legal; sino también lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de veintiún años de edad con derecho alimentario, de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados tales judicialmente. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado indirecto; el juez, para fijar la reparación, debe tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes. También abarca la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos; derecho que compete, además, a quien tenga la guarda del menor fallecido.

En cuanto a la indemnización de las consecuencias no patrimoniales

¹⁹¹ LLAMBÍAS, ob. cit., p. 627.

¹⁹² TRIGO REPRESAS, Félix y LÓPEZ MESA, Marcelo, *Tratado de la responsabilidad civil* cit., t. IV, ps. 496/508.

(daño moral), se entendió que la terminología utilizada por el artículo 1078 –hoy derogado– no modificaba la regla señalada. En efecto, la remisión de la segunda parte del artículo a los *herederos forzosos* no implicaba que éstos sucedan en el Derecho que tenía el damnificado directo (o víctima material). En realidad, la norma utilizaba esta expresión para limitar la órbita de los legitimados para accionar sin que ello signifique que actuaran en tal carácter¹⁹³. Abonó esta posición el pronunciamiento plenario de la Cámara Nacional Civil que sostuvo que los herederos forzosos legitimados para reclamar la indemnización por daño moral según lo previsto por el artículo 1078 del Código Civil no son sólo los de grado preferente de acuerdo al orden sucesorio¹⁹⁴.

El nuevo artículo 1741, con una redacción más adecuada, reconoce legitimación para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales a *título personal*, a los ascendientes, los descendientes, el cónyuge; además, recogió el clamor de la doctrina y la jurisprudencia al facultar también a quienes convivían con el damnificado directo “recibiendo trato familiar ostensible”¹⁹⁵. De esta manera se adopta una posición definida respecto de las controversias antes expuestas y elimina toda posible duda vinculada al título originario respecto del cual se ejerce la acción.

¹⁹³ En este sentido, se reconoció legitimación para reclamar daño moral a la madre de la víctima no obstante que había celebrado un contrato de cesión de derechos hereditarios, pues la acción proveniente del fallecimiento es de derecho propio de los que sufren el perjuicio y el derecho del actor a obtener un resarcimiento por la muerte del causante no se encuentra comprendido en la cesión de derechos celebrada (CNCiv., sala A, 14-3-2006, D. J. 2006-3-98).

¹⁹⁴ CNCiv., en pleno, 28-2-94, L. L. 1994-B-484.

¹⁹⁵ LLOVERAS, Nora y MONJO, Sebastián, *La legitimación activa del miembro de la unión convivencial para reclamar por daño moral: artículo 1078 del Código Civil*, en L. L. 2009-C-341. Compulsar igualmente, C2°CCom. de Mar del Plata, 23-11-2004, *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, año VI, N° 11, diciembre 2004, p. 28, J. A. 2005-IV-285, D. J. 2005-1-189, y *Revista de Familia* 2005-II-77; C2°CCom. de Mar del Plata, 26-12-2007, L. L. 2008-C-553; STJ de Chaco, Sala 1° Civ., Com. y Lab., 23-10-2007, L. L. Litoral 2008-168; STJ de Río Negro, 28-11-2007, L. L. Patagonia 2009-744; CNCiv., sala K, 23-10-2009, *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, año XII, N° 5, mayo de 2010, p. 135, etc. La CNCiv., sala K, 23-10-2009, “Botti, Adela Elena y otros c/Aguilar, Marcos Javier y otro”, *Revista de Derecho de Familia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010-III-59 reconoció legitimación para reclamar el daño moral a la novia.

La posición adoptada por el nuevo Código no resulta contraria a la solución que brinda la Corte Interamericana de Derechos Humanos que entiende que existe: (a) un daño inmaterial en cabeza de la víctima, que trasmite a sus herederos y, además, (b) el daño inmaterial que el heredero sufre por sí mismo por efecto de la muerte¹⁹⁶, pues esta jurisprudencia resulta sólo aplicable cuando se trata de responsabilidad del Estado por ataques a los derechos reconocidos por el Pacto de San José de Costa Rica.

147.E) El derecho sobre el cadáver

El ser humano tiene sobre su cuerpo un derecho personalísimo de índole extrapatrimonial mientras vive. Antes de la sanción de la ley 21.541 (Primer Ley de Transplante de Órganos), derogada luego por la actual ley 24.193 (Ley de Transplante de Órganos y Materiales Anatómicos), se discutía cuál era la naturaleza jurídica de los cadáveres (si eran o no cosas) y, en su caso, qué validez debía reconocerse a los actos jurídicos sobre el propio cuerpo para después de la muerte; incluso, si los herederos podían o no dar al cadáver un destino distinto que el reposar en el sepulcro. El problema no era exclusivo del Derecho nacional, sino que ha sido ampliamente debatido en el Derecho Comparado.

La primera cuestión giraba en torno al derecho del propio causante de disponer sobre su cuerpo para después de la muerte, pues así como la ley reconoce a la persona humana la facultad de disponer de sus bienes para después de la muerte, podía sostenerse que también lo faculta para disponer de su propio cuerpo¹⁹⁷. Éste ha sido el criterio admitido por el artículo 17 de la ley 21.541: "Las personas señaladas

¹⁹⁶ En el Caso "Mack Chang vs. Guatemala", por ejemplo, la CIDH resolvió que la compensación por los daños inmateriales sufridos por la víctima hasta el momento de su muerte deberá ser entregada en su totalidad a su hija, además de la reparación por los daños inmateriales padecidos *iure proprio* por ella (CIDH, 25-11-2003, www.corteidh.or.cr). Ver también caso "De las masacres de Ituango vs. Colombia", sent. del 1-7-2006, Serie C, 148.

¹⁹⁷ BORREL MACIÁ, Antonio, *La persona humana. Derecho sobre su propio cuerpo vivo y muerto. Derecho sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres*, Barcelona, 1953, p. 124.

en el artículo 13 podrán disponer para después de su muerte la ablación de órganos o materiales anatómicos de su propio cuerpo para ser implantados en los seres humanos o para fines de estudio o investigación". La ley 24.193 en su artículo 19 confiere a toda persona la facultad de manifestar expresamente su voluntad negativa o afirmativa a la ablación de los órganos o tejidos de su propio cuerpo, restringir de un modo específico su voluntad afirmativa de ablación a determinados órganos y tejidos, o condicionar la finalidad de la voluntad afirmativa de ablación a alguno o algunos de los fines previstos en la ley, implante en seres humanos vivos o con fines de estudio o investigación¹⁹⁸.

La solución legal no fue aceptada unánimemente por la doctrina. Así, por ejemplo, Shultius afirmó que el heredero tiene derecho a oponerse a las disposiciones de voluntad del causante en tal sentido¹⁹⁹. No se coincide con la crítica; la solución de la ley es correcta, pues como dice Borrel Maciá, "si reconocemos la necesidad de practicar estudios sobre cadáveres humanos y, en ciertas circunstancias, prescindiendo de investigar la voluntad de una persona, su cuerpo muerto es destinado a tales finalidades, con mucha mayor razón será ello posible cuando se cuenta con el consentimiento del propio interesado prestado en vida, y en pleno dominio y uso de sus facultades intelectuales"²⁰⁰.

La facultad expresamente conferida por la ley al causante podría llevar a la siguiente pregunta: ¿significa que el cadáver ha entrado en el comercio de los hombres? Si así fuese, el causante podría disponer de su cuerpo para después de la muerte no sólo a título gratuito, sino también a título oneroso; ello significaría que el precio no percibido sería un crédito en su patrimonio que se transmitiría a sus herederos. El problema ha preocupado a la doctrina sobre todo germana. Se pregunta Enneccerus: ¿No sería sublime el gesto de un padre de familia que, lleno de amor por sus hijos, después de trabajar todos los días de su vida para satisfacer sus necesidades, extinguida ésta, a semejanza

¹⁹⁸ Esta disposición responde a la redacción del art. 4° de la ley 26.066, B. O. del 22-12-2005.

¹⁹⁹ Citado por BORREL MACIÁ, ob. cit., p. 124.

²⁰⁰ BORREL MACIÁ, ob. cit., p. 124.

de ciertos animales, les diera su propio cuerpo para que de manera indirecta les sirviera de alimento?²⁰¹

En la República Argentina, el cadáver es aún una cosa *extra commercium* y ningún derecho de él derivado puede transmitirse a los herederos. Éste es el criterio mantenido por la ley 24.193, que en su artículo 27, inciso f, prohíbe toda contraprestación u otro beneficio por la dación de órganos o materiales anatómicos, en vida o para después de la muerte; además, el artículo 28 incrimina la intermediación con pena de prisión.

Si el causante nada dispuso, el artículo 21 de la ley 24.193 modificado por la ley 26.066 requiere el testimonio sobre su última voluntad respecto a la ablación de sus órganos y/o a la finalidad de la misma a las personas enumeradas en la ley, en este orden: El cónyuge no divorciado que convivía con el fallecido o la persona que sin ser su cónyuge convivía con el fallecido en relación de tipo conyugal, cualquiera de los hijos mayores de edad; padres, hermanos, nietos, pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive o por afinidad hasta el segundo grado inclusive. En última instancia, podrá recurrirse al representante legal, tutor o curador²⁰².

El nuevo artículo 61 se ocupa de las exequias y establece que si la persona no ha dispuesto de cualquier forma el modo y circunstancias de sus exequias e inhumación, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar, y su voluntad no puede ser presumida, la decisión corresponde al cónyuge, al conviviente y en su defecto a los parientes según el orden sucesorio, quienes no pueden dar al cadáver un destino diferente al que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad.

Este poder decisorio de las personas enunciadas²⁰³ no deriva del causante, sino del vínculo conyugal, parental, de convivencia o incluso de representación. Nada tiene que ver el derecho de disposición con

²⁰¹ ENNECCERUS, *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, Barcelona, 2ª ed., vol. 1, p. 533.

²⁰² Redacción conforme ley 26.066, B. O. del 22-12-2005.

²⁰³ Que Goyena Copello conceptualiza como "derechos anómalos" (ob. cit., ps. 600-601).

el Derecho Sucesorio²⁰⁴. Demostrativo del carácter *iure proprio* es que la ley concede esta facultad a quienes no tienen derecho hereditario, como son el conviviente, los afines, el representante legal, el curador. La enumeración prioritaria es plausible, en tanto se basa en el afecto presunto (caso del cónyuge y conviviente) y en la proximidad del parentesco.

148.F) El derecho real de habitación del cónyuge supérstite

El nuevo Código Civil y Comercial regula el derecho real de habitación del cónyuge supérstite en el artículo 2383. Dice textualmente: "El cónyuge supérstite tiene derecho real de habitación vitalicio y gratuito de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó el último hogar conyugal, y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante".

La ley 20.798 que incorporó el artículo 3573 bis del Código Civil derogado, motivó una seria disputa doctrinal sobre la naturaleza jurídica del derecho concedido al cónyuge supérstite. Un sector consideraba que se trata de un derecho que se transmite *vía successiois*. Dentro de esta postura se desarrollaron algunas variantes: a) Para Molinario, Andorno y Barthe²⁰⁵, se trataría de un derecho hereditario; es decir, que es requisito que el cónyuge sobreviviente invista la calidad de heredero; b) Barbero²⁰⁶, en cambio, estimó que se trataba de un legado

²⁰⁴ *Interrogantes jurídicos en torno a los trasplantes de órganos humanos*, en L. L. 155-1481.

²⁰⁵ MOLINARIO, Alberto D., *Estudio del artículo 3573 bis del Código Civil*, en L. L. 1975-B-1040; ANDORNO, Luis O., *El derecho de habitación del cónyuge supérstite*, en J. A. 1975-29-625; este autor sostuvo en reunión de comisión en las Cuartas Jornadas de Derecho Civil, reunidas en San Rafael en marzo de 1976, que el derecho se otorgaba *iure successiois*, y no *iure hereditatis* como lo había sostenido antes; Barthe, su ponencia a las mencionadas Jornadas.

²⁰⁶ BARBERO, Omar U., *El derecho real de habitación del cónyuge supérstite*, Buenos Aires, 1977, y sus anteriores trabajos: *El cónyuge supérstite prelegatario legal particular forzoso (art. 3573 bis del Código Civil)*, en J. A. 1976-I-638; *El derecho de habitación del cónyuge supérstite y las cuartas jornadas sanrafaelinas de Derecho Civil*, en L. L. 1976-D-685.

legal. c) Zannoni apoyado por un grupo de profesionales cordobeses²⁰⁷ consideraba que se estaría en presencia de una carga legal. d) No faltaron quienes lo caracterizaron como un derecho sui géneris por tener características comunes a ambos tipos de derechos²⁰⁸.

Sin perjuicio de profundizar el tema en la parte especial y al solo efecto de ubicar este derecho, se adelantan algunas ideas preliminares: Resulta acertada la posición que considera que el derecho real reconocido por la ley nace en cabeza del cónyuge con independencia de su calidad de heredero²⁰⁹. A continuación se enumeran algunas de las razones que justifican esta afirmación:

a) Nadie duda sobre la finalidad asistencial que guió al legislador al establecer este derecho. No se propone regular la transmisión de los derechos, ni está inspirada en razones pecuniarias. Como expresó Borda: sólo se propone proteger la vivienda del cónyuge supérstite, incluso en desmedro de los derechos de propiedad que competen a los herederos²¹⁰.

b) Si el inmueble que ha constituido el hogar conyugal fuese ganancial —al igual que los otros que forman el acervo sucesorio— el

²⁰⁷ ZANNONI, Eduardo, *El derecho real de habitación conferido al cónyuge supérstite por el artículo 3573 bis del Código Civil*, en J. A. 1975-III-95; Luis Moisset de Espanés, Amara Bittar, M. E. Lloveras de Resk, E. Mundet, G. Vallespinos, N. Juanes, su ponencia a las Jornadas mencionadas *supra*.

²⁰⁸ BARRIONUEVO, Heriberto, *Derecho real de habitación del cónyuge*, en L. L. 1977-A720.

²⁰⁹ Ésta ha sido la posición asumida por BORDA, Guillermo, *El derecho de habitación del cónyuge supérstite*, en E. D. 57-755; *Acercas de la naturaleza jurídica del derecho de habitación creado por el art. 3573 bis del Código Civil*, en E. D. 60-883; VIDAL TARQUINI, Carlos H., *El derecho real de habitación del cónyuge supérstite*, en *Revista del Notariado*, N° 743, p. 1531; Josefa Méndez Costa, su ponencia a las Jornadas Sanrafaelinas; CAFFERATA, José L., *El derecho real de habitación del cónyuge supérstite*, en L. L. 1977-B-721.

²¹⁰ La jurisprudencia ha sostenido reiteradamente que se trata de un derecho asimilable al derecho alimentario, dado el carácter eminentemente asistencial que reviste. CNCiv., sala I, 24-10-95, E. D. 168-866; sala L, 6-10-94, E. D. 162-253, con nota de Osvaldo Onofre Álvarez. Ver también CNCiv., sala E, 18-10-2006, E. D. 221-448, *Revista del Notariado*, N° 889, Colegio de Escribanos de Buenos Aires, p. 137; sala M, 11-10-2005, E. D. 216-431; sala E, 30-11-2004, L. L. 2005-A-413; JCCConc. y Fam. de Deán Funes, 11-7-97, L. L. C. 1998-28.

cónyuge nada hereda, por lo que no reviste la calidad de heredero. Sin embargo, ello no le impide invocar el derecho real de habitación.

En este mismo supuesto se da una peculiaridad llamativa, cual es la que sobre el cónyuge supérstite recaen las calidades de propietario y habitador. Sabido es que sólo se puede constituir derecho de habitación sobre inmueble ajeno. Este derecho que nace con motivo de la muerte no pudo entonces ser transmitido, porque de haberlo sido esta anomalía jurídica existía con anterioridad a la muerte sin disposición alguna que lo permitiese.

c) De ello se deduce que el derecho que se concede al cónyuge no es sino un efecto patrimonial más del matrimonio. Por eso es que no puede ser gravado con el impuesto a la transmisión gratuita de bienes, ni debe ser calculado a los efectos de las acciones de reducción y colación.

A diferencia del régimen derogado, el artículo 2383 funciona de pleno derecho, y no se extingue si el beneficiario contrae nuevas nupcias.

149.G) La atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes

El nuevo Código regula las uniones convivenciales en el Título Tercero del Libro de las Relaciones de Familia. Si la unión convivencial cesa por la muerte de uno de los convivientes, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 527, el conviviente supérstite puede invocar un derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años, sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar, siempre que carezca de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que le aseguren el acceso a la vivienda y que a la apertura de la sucesión no se encontrara en condominio con otras personas.

Los argumentos expuestos en el apartado anterior ratifican la aseveración de que este derecho real propende a la protección del derecho "a la vivienda" como derecho humano fundamental, que nace en cabeza del supérstite como un derecho ajeno al caudal relicto; más aún porque el nuevo sistema jurídico no ha reconocido vocación sucesoria al conviviente.

**D) DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS CUALES ERA TITULAR
EL CAUSANTE, PERO QUE NO SE TRANSMITEN A SUS
HEREDEROS, SINO QUE SE EXTINGUEN O
CADUCAN A SU MUERTE**

150.A) Relaciones jurídicas de carácter público

La regla general es que las relaciones jurídicas de carácter público no se heredan por estar vinculadas a la persona titular del derecho o la obligación. Así ocurre con los derechos políticos (ser elector y elegido), con los emergentes de la nacionalidad y la ciudadanía, los cargos y servicios públicos, etcétera²¹¹. Goyena Copello explica que no admitiéndose en la Nación Argentina prerrogativas de sangre, ni de nacimiento, ni habiendo en ella fueros personales ni títulos de nobleza y siendo todos los habitantes iguales ante la ley (conf. art. 16 de la CN), el fallecimiento de cualquier ciudadano carece de relevancia fáctica en el quehacer político, pues nunca puede importar transmisión de derechos políticos o electorales a sus sucesores²¹².

Sin embargo, como lo recuerda Lacruz, este principio ha mostrado en la historia numerosas derogaciones, siendo la más notable el derecho de sucesión al trono en los países monárquicos²¹³.

151.B) Algunas relaciones derivadas de las asociaciones

El carácter de asociado en las asociaciones civiles sin finalidad lucrativa es personal e intransferible; el artículo 182 del nuevo Código establece en forma expresa la intransmisibilidad de la calidad de asociado de una asociación civil. Por la regla indicada, son intransferibles los cargos académicos, y en general los honoríficos por ellos emitidos.

152.C) Derechos y actos personalísimos

Por ser inherentes e inseparables de la persona, los atributos de la personalidad no se transmiten a los herederos. Los derechos de la per-

²¹¹ STOLFI, ob. cit., t. VI, p. 31.

²¹² GOYENA COPELLO, ob. cit., p. 598.

²¹³ LACRUZ, ob. cit., p. 123.

sonalidad en sí son inalienables por actos *inter vivos* y no se conciben como transmisibles *mortis causa*, pues están consustanciados con la persona alrededor de la cual giran, a la que sirven de complemento y de la cual reciben el basamento necesario para existir. Comprenden el derecho a la vida, al honor, a la libertad, al nombre, al domicilio²¹⁴.

El nombre, atributo de la personalidad que sirve para individualizar a la persona física, no puede servir para otro. Su intrasmisibilidad es evidente. Tampoco hay transmisión del apellido: no hay un causante que transfiera su apellido y un heredero que lo toma, sino que éste se adquiere con el nacimiento, como manifestación de pertenencia a una familia. Los hijos adquieren el apellido por vía de filiación, y no de herencia. Como dice Pliner, el apellido se "comunica", no se trasmite ni se hereda; no se produce un desplazamiento del atributo, sino que se extiende y se hace común a ambos y el nuevamente investido se hace, a su vez, titular de la situación jurídica atribuida con iguales derechos y obligaciones, cual en una adquisición originaria²¹⁵. Si bien el nuevo artículo 71 establece que las acciones de protección del nombre pueden ser ejercidas por los descendientes, cónyuge o conviviente, y a falta de éstos por los ascendientes o hermanos, se trata de un derecho que nace en cabeza de los legitimados y no se transmite por herencia, solución que se refuerza porque también puede ejercerlo el conviviente, quien, como se explicó anteriormente, no posee vocación sucesoria.

En cambio, el nombre comercial puede ser objeto de transmisión tanto *inter vivos* como *mortis causa*, ya sea como parte integrante de un fondo de comercio, ya por sí solo, porque el nombre comercial —como dice Cicu²¹⁶— es signo no sólo de la persona, sino también de la empresa que ha creado y cuyo valor patrimonial se relaciona en variada medida con las dotes de laboriosidad, habilidad y honestidad del titular. Pero, en tal caso, el nombre no es en modo alguno distintivo de la persona, sino de la empresa. En tal sentido no es un atributo de la personalidad y de allí su transmisibilidad.

²¹⁴ GOYENA COPELLO, ob. cit., p. 598.

²¹⁵ PLINER, Adolfo, *El nombre de las personas*, Buenos Aires, 1966, p. 240; Conf. LLAMBIÁS, ob. cit., *Parte general*, t. I, p. 408; RIVERA, Julio C., *El nombre en los Derechos Civil y Comercial*, Buenos Aires, 1977, p. 122.

²¹⁶ CICU, ob. cit., p. 144.

El estado de las personas tampoco es transmisible. El estado puede ser analizado desde un triple punto de vista: (a) con relación a la sociedad, que corresponde a las relaciones de Derecho Público, es intrasmisible, como se ha dicho; (b) con relación a la familia es incesible, salvo los supuestos de excepción en los que las acciones de familia se transmiten, y (c) con relación a la persona considerada en sí misma, también tiene esta nota (resultaría absurdo suponer que pueda transmitirse la calidad de mayor o menor, hombre o mujer, casado, soltero, viudo, divorciado, etc.).

La capacidad civil del *de cuius* es también intrasmisible.

El domicilio tampoco es transmisible, salvo que se trate del domicilio especial constituido en los contratos. En tal caso, los herederos están sujetos a todas las consecuencias de él derivadas²¹⁷. La jurisprudencia que así lo declara es plausible en cuanto se refiere al efecto principal del domicilio contractual, que es la prórroga de jurisdicción; pero es inadmisibles en cuanto permite que las notificaciones y requerimientos a los herederos se hagan también en él, pues es evidente que esto los expone a una completa indefensión.

Con respecto al derecho a la imagen, el artículo 53 del nuevo Código Civil y Comercial trae una novedad; establece que para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, pero si se trata de personas fallecidas, pueden prestar el consentimiento sus herederos o el designado por el causante en una disposición de última voluntad. Si hay desacuerdo entre herederos de un mismo grado, resuelve el juez; pasados veinte años desde la muerte, la reproducción no ofensiva es libre.

El carácter personalísimo de estos derechos no implica que cuando su violación haya hecho surgir para el difunto un crédito por resarcimiento de daños, dicho crédito no forme parte del as hereditario. Claro está que si sólo han generado daños no patrimoniales, éstos podrán ser reclamados exclusivamente si el causante inició la acción en vida²¹⁸,

²¹⁷ BORDA, *Sucesiones* cit., t. I, N° 23, p. 25; LLAMBÍAS, *Parte general*, t. I, p. 645. Ver fallo publicado en L. L. 20-238.

²¹⁸ BORDA, *Sucesiones* cit., t. I, N° 20, p. 24. En el mismo sentido: MAFFÍA, ob. cit., t. I, N° 100; SCJBA, D. J. B. A. 94-121.

pues de conformidad con lo regulado en el artículo 1741, la legitimación para reclamar daño moral recae en el damnificado directo, y sólo se transmite a sus sucesores universales si ha sido interpuesta por éste. Para Borda, la razón es simple, pues está bien que la ley reserve al damnificado el derecho de reclamar el daño moral, ya que si el mismo no se siente dañado, nadie puede hacerlo en su nombre; pero si él la hubiere iniciado quiere decir que se siente damnificado²¹⁹.

153.D) Algunas vinculaciones derivadas de los actos jurídicos de contenido patrimonial

a) Las modalidades de los actos jurídicos.

Ocurre con alguna frecuencia que ciertas modalidades, como el plazo, se fijan en los actos jurídicos sólo teniendo en consideración especiales circunstancias del deudor, pero sin que sea transmisible a los herederos. En algunos supuestos, puede advertirse que se extingue o caduca el plazo aun cuando se mantiene viva la relación obligacional; esto es lo que ocurre con las obligaciones concertadas con las cláusulas de pago a mejor fortuna o *cum potuerit*. Estas cláusulas se establecen en beneficio exclusivo del deudor (art. 891), por eso "la deuda se transmite a los herederos como obligación pura y simple".

Un sector de la doctrina nacional y extranjera argumenta que "no hay razones para suponer que el acreedor haya querido extender a los sucesores de su deudor el extraordinario favor concedido a éste con la cláusula en examen, de tal manera que esa modalidad debe considerarse *intuitu personæ* y, en consecuencia, a su muerte la obligación se hace exigible si hasta ese momento no se había mejorado su situación económica"²²⁰ o se había fijado judicialmente el plazo. Por interpretación de la voluntad de las partes, la cláusula *cum potuerit* configura un plazo incierto indeterminado *intuitu personæ* y por ello no se transmite a los sucesores.

También el cumplimiento del cargo puede ser inherente a la persona;

²¹⁹ BORDA, *Sucesiones* cit., t. I, p. 24, N° 20.

²²⁰ SALAS, Acdeel E., *Obligaciones a mejor fortuna*, en J. A. 1962-II-400. Conf.: BUSSO, ob. cit., t. V, p. 577, comentario al art. 752, N° 54; GIORGI, ob. cit., t. VII, *Obligaciones*, N° 41.

el artículo 356 establece que si bien el derecho adquirido es transmisible por actos entre vivos o por causa de muerte y con él se traspaşa la obligación de cumplir el cargo, "...si el cumplimiento del cargo es inherente a la persona y ésta muere sin cumplirlo, la adquisición del derecho principal queda sin efecto, volviendo los bienes al titular originario o a sus herederos..."

b) *Las ofertas de contrato.*

El artículo 976 del nuevo Código Civil y Comercial expresa que "La oferta caduca cuando el proponente o el destinatario de ella fallecen o se incapacitan, antes de la recepción de su aceptación. El que aceptó la oferta ignorando la muerte o incapacidad del oferente, y que a consecuencia de su aceptación ha hecho gastos o sufrido pérdidas, tiene derecho a reclamar su reparación"²²¹.

El derecho de los herederos del oferente y del aceptante de la oferta para valerse de ella había sido tema debatido en el Derecho nacional y Comparado. El artículo 1149 del Código Civil derogado había resuelto la cuestión sobre la base de la fuerza "no vinculante" de la oferta mientras ella no haya sido aceptada. En efecto, la mencionada norma disponía la caducidad de la oferta si una de las partes falleciere: el proponente, antes de haber sabido la aceptación, y la otra, antes de haber aceptado. Ello no significaba que la oferta no produciría ningún efecto; al contrario, el artículo 1156 concedía a la

²²¹ Los fundamentos del decreto de elevación del proyecto expresan que "La regla general es que los contratos se perfeccionan con la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo. La redacción se ajusta a los principios de Unidroit, que receptan la oferta/aceptación, como aquellos casos en que hay un proceso continuo que comienza con tratativas y se va concretando gradualmente". Por ello el contrato se considera concluido con base en la teoría de la recepción, que es la más seguida en el Derecho Comparado. Antes de la reforma, *de lege ferenda*, alguna doctrina nacional propiciaba que la muerte tanto del oferente como del aceptante no provoquese la caducidad de la oferta, salvo los casos en que, por las circunstancias especiales del negocio, pueda presumirse una voluntad en contrario, o que exista para los herederos una grave dificultad para poder cumplir. El proyecto elaborado por la Comisión 685/95 se enrolaba en esta posición ya que en su artículo 918 expresaba "La muerte, la incapacidad o la quiebra, del oferente o del aceptante, no perjudican respectivamente, la vigencia de la oferta ni la eficacia de la aceptación recibida con posterioridad, salvo que lo contrario resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso".

parte que la hubiere aceptado ignorando la muerte del proponente, el derecho a reclamar el perjuicio negativo cuando, a consecuencia de la aceptación, hubiese hecho gastos o sufrido pérdidas. Eso era demostrativo de que la simple oferta no tenía fuerza vinculante, porque si así fuera, los herederos tendrían derecho a reclamar la ejecución del contrato. En cambio, sólo tienen derecho de reclamar los daños y perjuicios derivados de la aceptación. Este tema se ha vinculado a otro más amplio, cual es el de aceptar la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones. Sin entrar en una profundización de la cuestión —por no corresponder atento a la naturaleza de esta obra— cabe sólo señalar que cuando la oferta se ha formulado “en firme”, es decir, con la cláusula de no revocarla durante un lapso determinado, si el oferente muere durante ese lapso, la oferta no ha caducado; por eso, los herederos del proponente estarán obligados a cumplirla, salvo, por supuesto, que se tratara de obligaciones *intuitu personae*²²².

Con respecto a la oferta de donación, el nuevo Código ha modificado el sistema impuesto por su predecesor; exige que la aceptación de las donaciones se produzca en vida del donante y del donatario (a diferencia de lo dispuesto en el viejo art. 1795 que confería carácter vinculante a la oferta del proponente, ya que si el donante moría antes de que el donatario haya aceptado la donación, éste podía aceptarla y los herederos del donante estaban obligados a entregar la cosa dada).

²²² SÁNCHEZ URITE, *La oferta del contrato. Fuerza vinculante*, Buenos Aires, 1975, p. 175; PIANTONI, *Contratos civiles* cit., t. I, p. 62, con el argumento de que en este caso existe un contrato preliminar que da derecho a suscribir el definitivo; SPOTA, Alberto, *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, Buenos Aires, 1974, vol. I, p. 295; GOLDENBERG, Isidoro, *La voluntad unilateral*, La Plata, 1975, p. 147; ROBERTO, *Responsabilidad precontractual*, Buenos Aires, 1957, p. 65. Ver también MOSSET ITURRASPE, en BUERES (dir.) y HIGTHON (coord.), *Código Civil y normas complementarias* cit., 1ª ed., 2ª reimp., t. 3B, p. 1149. En contra: BORDA, *Obligaciones* cit., t. II, p. 151, para quien el art. 1149 no distingue entre ofertas revocables e irrevocables. Parece ser ésta la opinión de MACHADO, ob. cit., t. III, p. 450; SALVAT, *Fuente de las obligaciones*, t. I, p. 70, y ITZIGSON DE FISCHMAN, María, voz *Oferta*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Apéndice I, p. 522, autores que fundan la solución del art. 1149 en que, para que exista fuerza vinculante, debe haber voluntades coincidentes, lo que no puede acontecer cuando una de las partes muere en las circunstancias previstas por la norma.

III. SITUACIONES EN QUE PUEDE ESTAR LA HERENCIA

154. Situaciones en que puede estar la herencia: enunciación

Desde el punto de vista de los sujetos destinatarios, la herencia puede hallarse en nuestro Derecho en las siguientes situaciones:

a) *Herencia adquirida*. La adquisición admite, a su vez, estas dos modalidades: 1) adquisición provisional, que supone la muerte del causante y la consiguiente adquisición *ipso iure* de la herencia (art. 2280), pero sin que el heredero haya aceptado expresa o tácitamente, por lo cual mantiene intacto su derecho a renunciar; 2) adquisición definitiva, que se produce en nuestro Derecho por la aceptación, que implica la renuncia al derecho de repudiar la herencia.

b) *Herencia renunciada*. Se da en el supuesto en que todos los herederos, sean testamentarios o *ab intestato*, hayan renunciado a la herencia. Se considera a los renunciantes como si no hubiesen sido herederos (art. 2301). La herencia entonces pasa al Estado, previo el oportuno proceso para declararla vacante.

c) *Herencia vacante*. La declaración de vacancia de la herencia (arts. 3539 y ss., Cód. Civ. de Vélez) tiene lugar cuando no hay herederos o cuando habiéndolos han renunciado todos a la herencia.

d) *Herencia yacente*. La yacencia de la herencia se da en nuestro Derecho en los supuestos de institución de heredero bajo condición suspensiva y en aquellos estados de hecho de incertidumbre, sobre la identidad del heredero.

Además, en el caso de pluralidad de herederos, la herencia puede hallarse en estas dos situaciones: herencia indivisa y herencia dividida o adjudicada. En rigor —como dice Espinar Lafuente²²³— la situación de herencia indivisa no puede decirse que termine con la adjudicación de los bienes. Todavía después puede ocurrir que sobrevengan repercusiones aisladas del hecho inicial hereditario (aparición de nuevos bienes, reclamación de nuevas deudas, etc.). La adjudicación o partición puede configurarse como una cancelación provisional de las relaciones económicas del difunto; la cancelación definitiva no se verifica hasta tanto trascurren los plazos de prescripción.

²²³ *La herencia legal y el testamento*, Barcelona, 1956, p. 122.

155. Herencia yacente: presupuestos

En aquellos ordenamientos jurídicos en que la herencia se adquiere mediante la aceptación, existe un período de tiempo que va desde la apertura hasta la aceptación, en el que la herencia carece de titular actual. Se dice entonces que durante ese tiempo la herencia está yacente. El problema de la herencia yacente encierra dos facetas: una práctica, la de la conservación de la herencia para el futuro heredero, y otra teórica, la de la justificación de la supervivencia de las relaciones jurídicas pertenecientes al causante.

En cambio, en los ordenamientos jurídicos en que la herencia se adquiere *ipso iure* al momento de la apertura de la sucesión, en principio no existe el período de tiempo a que hemos aludido; falta, pues, el cauce natural para admitir la yacencia de la herencia. No obstante, ésta puede existir en casos excepcionales. La yacencia en esos casos significa, unas veces, carencia de titular actual, y otras, estados de hecho de incertidumbre sobre la identidad del heredero.

156. Precedentes históricos de la herencia yacente

A) *Derecho Romano*. Los herederos voluntarios o *extranei* adquirían la herencia por la aceptación, a diferencia de los *necessarii*, fueran o no *sui*, que la adquirían *ipso iure* al morir el causante. En el período que se extendía desde la muerte hasta la aceptación de los herederos voluntarios, el patrimonio del difunto carecía de titular actual. El causante dejó de ser titular de su patrimonio a causa de su muerte. No se sabía, por otra parte, si el heredero iba a asumir tal calidad mediante un acto de aceptación. Durante ese tiempo, los textos romanos dicen que la *hereditas iacet*, que los *bona iacent*.

Según la concepción antigua, que es la de más rigor lógico, la condición de los bienes hereditarios durante el tiempo que va desde el llamamiento a la aceptación es la de cosas privadas de sujeto, cosas *nullius*. Semejante concepción, en extremo realista, no fue totalmente superada por los juristas clásicos.

No obstante esta concepción, pronto los juristas se tuvieron que enfrentar con las dificultades que presentaba la propia realidad. El patrimonio hereditario, aunque carente de sujeto, encerraba derechos

y obligaciones y además podía experimentar aumentos y disminuciones. De ahí que tuvieran que coordinar la carencia de sujeto con estas realidades. A tales efectos, idearon dos explicaciones:

a) Referir al heredero los beneficios o perjuicios inherentes a la herencia. Dijeron en esos casos que la herencia yacente *sustinet personam hereditatis*. Había en esta posición el deseo de apoyar la futura atribución de los bienes en el heredero.

b) Referir la herencia al difunto. La vida del causante se consideraba prolongada hasta el momento de la aceptación de la herencia por el llamado. Decían en esos casos que la herencia yacente *sustinet personam defuncti*.

El significado de estas concepciones —como afirma Iglesias²²⁴— no sobrepasa los límites de las razones y fines que determinaron su formulación; razones y fines siempre particulares y variados, pero que giran todos en torno de la conveniencia de mantener las relaciones con la fuerza y la pureza que tendrían si estuviese presente su titular.

En el Derecho justiniano aparece configurada la herencia yacente como una especial persona jurídica, en varios textos interpolados. Esta concepción no es afortunada, ni puede decirse tampoco que fue la preferida por los mismos compiladores justinianos. Si se considera la herencia como persona jurídica, será menester entender que el heredero no sucede de modo directo e inmediato al causante, sino que recibe los bienes por intermedio de esa entidad autónoma de la herencia yacente; esto resulta indefendible y ajeno al pensamiento romano. Por ello es que debemos ver en la idea de la personalidad de la herencia sólo un modo de explicar efectos valiéndose de un símil, o, si se quiere, una ficción para atenuar las consecuencias a que conduciría la inflexible aplicación de la noción genuinamente romana de la *res sine domino*.

B) *Evolución posterior*. El instituto de la herencia yacente pierde gran parte de su importancia en la alta Edad Media, como consecuencia de la concepción germana de la adquisición *ipso iure* de la herencia por los herederos de sangre. No existiendo lapso entre la apertura de la sucesión y la adquisición, en el cual la herencia carezca de titular,

²²⁴ *Derecho Romano cit.*, p. 587.

la herencia yacente no existe en principio, sino en casos excepcionales (institución bajo condición suspensiva, incertidumbre sobre la identidad del heredero, etc.).

Esta declinación del instituto sólo va a resurgir como consecuencia del despertar de los estudios del Derecho Romano. Los glosadores explicaron el fenómeno basándose en el principio de la representación del difunto; después tendió a prevalecer la doctrina de la personificación de la herencia, ideada con tan poca fortuna en el Derecho justiniano.

157. Naturaleza jurídica

La doctrina moderna se ha preocupado con especial interés de determinar quién es, durante el tiempo de yacencia, el titular de los derechos y obligaciones relictos²²⁵:

a) La explicación que primitivamente dieron los romanos, considerando simplemente a la herencia yacente como *res nullius* o patrimonio sin sujeto, pese a que se acerca a la solución exacta, no llega a ella, pues se le oponen las objeciones en contra de la admisión de los derechos sin sujeto.

b) En sentido contrario, la compilación de Justiniano recurrió al expediente de considerar la herencia yacente como una persona jurídica, explicación a que han recurrido algunos sectores de la doctrina moderna. Las objeciones que se le formulan son, a nuestro juicio, decisivas: el heredero no sería adquirente de los bienes y derechos del

²²⁵ Excepcionalmente, algunos autores niegan la existencia de la herencia yacente, aun en los ordenamientos jurídicos en que la herencia se adquiere por aceptación. Así, Fernando de la Cámara (*El Derecho Hereditario "in abstracto"*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio de 1926) ha sostenido en España que si se considera que los herederos han sucedido al causante sin solución de continuidad (por virtud del efecto retroactivo de la adquisición), ellos son titulares de la herencia desde el primer momento. Los actos que sobre el patrimonio hereditario hayan realizado las personas autorizadas para ello habrá que considerarlos hechos por los mismos herederos. Semejante argumentación valdría también para el Derecho Romano. Pensamos que con tal argumentación no demuestra el autor que no haya herencia yacente en el sentido que siempre se ha dado a esta expresión, de situación con sujeto transitoriamente indeterminado, sino que la yacencia está vertida hacia los futuros titulares, que aún no lo son, y que quedará borrada luego considerándose como si no hubiesen existido, pero —como dice Lacruz— hasta que se llega a ese momento "existe".

causante, sino sucesor de la persona jurídica herencia, solución que estaría en abierta contradicción con el principio universalmente aceptado de que el heredero sucede al causante en sus derechos. Faltaría también en esta pretendida persona jurídica la permanencia del fin, que constituye la última *ratio* de la existencia de las personas jurídicas.

c) Otra teoría —muy difundida modernamente²²⁶— considera que la herencia es un patrimonio bajo administración, mantenido unilateralmente en espera de que sea adquirido ulteriormente por la persona del heredero. Esta tesis deja sin explicación satisfactoria en nombre de quién actuaría el administrador de la herencia yacente. En este sentido se ha hablado: 1) de una representación del difunto, pero la verdad es que no cabe la representación de quien ya no puede ser sujeto de derechos; 2) de una representación del heredero, pero tampoco resulta aceptable, al menos en los casos en que éste no existe todavía, como ocurre en el llamamiento del aún no concebido.

d) En opinión de Lacruz²²⁷, cuyas conclusiones aceptamos, “es preciso partir de que el Derecho positivo, a través de la exigencia de un sujeto de derecho, pretende simplemente que las cosas no queden *nullius*, que el crédito se mantenga y que el tráfico jurídico quede expedito. Es más: la ley pretende siempre conseguir esos resultados mediante la atribución de derechos, y obligaciones a un sujeto, y por eso, cuando muere, llama a otro sujeto en lugar del difunto. Pero la ley no hace condición *sine qua non* de la existencia de un derecho, su atribución actual e inmediata a su sujeto; lo único que le preocupa es que los derechos y situaciones jurídicas se desenvuelvan normalmente [...] A la vista de esta orientación del Derecho positivo, debemos concluir que no es absolutamente indispensable que el derecho subjetivo tenga un titular actual, si bien la ley no autoriza la subsistencia de ese derecho sin titular. Es decir: no es absolutamente indispensable que un derecho tenga un titular, mientras se halle destinado a un sujeto que indefectiblemente habrá de hacerse cargo de él, con efecto desde el día que dejó de pertenecer al anterior. Lo importante es evitar la solución de continuidad en la atribución de derecho y no que se produzcan lagunas que luego han de ser colmadas.

²²⁶ ESPINAR, ob. cit., p. 47.

²²⁷ Ob. cit., p. 148.

La herencia yacente, según esta tesis, no es un patrimonio simplemente sin sujeto, pues existe la seguridad de un titular futuro, a quien se imputarán todas las vicisitudes sufridas por el derecho desde que murió el causante. No puede hablarse, pues, sin más, de derechos o bienes sin sujeto, como ocurriría si se tratase de *res nullius*, sino de derechos con titular indeterminado, y cuyo interés se protege desde el momento mismo de la apertura de la sucesión, mediante la administración de la herencia, y luego mediante la ficción de retroactividad.

158. La herencia yacente en el Derecho argentino

En principio, en nuestro Derecho no se da la herencia yacente, dado el mecanismo de la adquisición *ipso iure* de la herencia; pero esto en modo alguno significa que no existan casos excepcionales de yacencia.

Podemos hablar en nuestro Derecho positivo de herencia yacente, a nuestro juicio, en dos sentidos. El primero responde a la concepción romana, seguida por los ordenamientos jurídicos en los cuales la herencia se adquiere por la aceptación, si bien con las adaptaciones correspondientes al sistema que nos rige. El segundo responde, no ya a la idea de vacancia actual de la titularidad hereditaria, sino a un estado de hecho de incertidumbre sobre la identidad del heredero.

A) Dentro del primer sentido, admitimos los siguientes casos:

a) La institución de heredero bajo condición suspensiva. En ese caso no existe vocación actual. Hay un lapso que va desde el momento de la muerte del causante hasta el cumplimiento de la condición, en el cual la herencia no pertenece al causante ni al instituido bajo condición. La herencia está en ese tiempo en estado de yacencia.

b) La institución de heredero en favor de una persona jurídica que ha de fundarse (art. 2279, inc. d). Hasta tanto se constituya la persona jurídica, la herencia está yacente, sin que sea obstáculo para ello el carácter retroactivo que le otorga la ley.

c) Cuando no haya herederos testamentarios o legítimos o éstos hayan renunciado a la herencia, corresponde iniciar el trámite de vacancia para atribuirla al Estado. En el tiempo que va desde la apertura de la sucesión hasta la efectiva declaración de vacancia, se puede

decir que la herencia está yacente. Por eso cabe el nombramiento del curador que prevé el artículo 2441, párrafo 2º del Código Civil y Comercial.

B) El segundo sentido de yacencia se da cuando el heredero no es conocido. Esto puede ocurrir cuando no haya testamento y no son conocidas las personas llamadas por ley a la herencia, o cuando haya un testamento, cuya existencia se ignore, que desplace a los herederos *ab intestato*. Esta hipótesis estaba prevista en el artículo 980 del Código Civil italiano de 1865, en el cual la herencia se adquiría *ipso iure*, como en el nuestro²²⁸.

²²⁸ Compulsar DE RUGGIERO, ob. cit., p. 348.

CAPÍTULO VII

MOMENTOS DEL FENÓMENO SUCESORIO. LA ADQUISICIÓN POR ACTOS ENTRE VIVOS

SUMARIO: I. *Momentos del fenómeno sucesorio hasta la adquisición definitiva de la herencia.* 159. Enunciación de los momentos del proceso sucesorio. A. *Apertura de la sucesión.* 160. Apertura de la sucesión: muerte natural. 161. Comprobación y publicidad de la muerte. 162. Determinación del momento de la muerte: importancia. 163. Caso de conmorienca. 164. Declaración judicial de muerte presunta. 165. Extinción de las personas jurídicas. B. *Vocación.* 166. Irrelevancia de la designación del sucesor. 167. Vocación a la herencia: concepto. 168. Caracteres de la vocación. 169. Momento de la vocación: planteamiento. 170. Sistema romano de las vocaciones sucesivas. 171. Sistema de las vocaciones simultáneas. 172. Formas de vocación. 173. Vocación testamentaria, legítima y legitimaria. 174. Vocación pura y condicional. 175. Vocación directa e indirecta. 176. Vocación solidaria y parciaria. C. *Delación: llamamiento concreto y adquisición provisional.* 177. Delación de la herencia: concepto. 178. Caracteres de la delación. 179. Momentos de la delación: delaciones sucesivas. 180. Los llamados en segundo lugar. D. *Adquisición de la herencia.* 181. Sistemas de adquisición de la herencia. 182. Antecedentes históricos. 183. Sistema argentino. 184.A) Adquisición provisional, sin pronunciarse por la aceptación ni por la renuncia. 185. Terminología. 186. Facultades del heredero provisional. 187.B) Consolidación de la adquisición mediante la aceptación. 188. Adquisición de los legados. II. *La adquisición por negocio jurídico "inter vivos" y la adquisición por sucesión.* 189. Introducción. 190. La transmisión por contrato: precedentes históricos. 191. La transmisión por sucesión: precedentes históricos. 192. La transmisión por contrato y por sucesión en el Derecho argentino. 193. La transmisión por contrato y por sucesión de bienes inmuebles: función de la inscripción registral. 194. La transmisión por contrato y por sucesión en materia de automotores: función de la inscripción en el Registro de Propiedad del Automotor.

I. MOMENTOS DEL FENÓMENO SUCESORIO HASTA LA ADQUISICIÓN DEFINITIVA DE LA HERENCIA

159. Enunciación de los momentos del proceso sucesorio

En nuestro Derecho se pueden distinguir cinco momentos separables

conceptualmente, aunque algunos de ellos coincidan cronológicamente. Todos estos momentos tienen vigencia si el heredero adquiere definitivamente la herencia con la aceptación irrevocable. Si por cualquier circunstancia ésta falla, todos los momentos anteriores son borrados con carácter retroactivo, considerándolos inexistentes. Es lo que sucede cuando el heredero renuncia a la herencia: la ley lo tiene como si nunca hubiese sido heredero (art. 2301).

Estos momentos, aplicados a nuestro sistema de adquisición *ipso iure*, son los siguientes:

A) *Apertura de la sucesión*. La sucesión de una persona se abre siempre y forzosamente en el momento de su muerte. El hecho de la muerte señala, por tanto, el tiempo de la apertura de la sucesión. La apertura de la sucesión a que aquí nos referimos es una expresión que corresponde al Derecho Civil, diferente de la apertura del proceso sucesorio, que supone la iniciación efectiva del juicio sucesorio.

B) *Vocación a la herencia*. Es el llamamiento en el momento de la muerte del causante, de todos los posibles herederos, efectuado por voluntad de aquél y, en todo caso, por la ley. Se trata, pues, de un llamamiento eventual, en abstracto.

C) *Delación de la herencia: llamamiento concreto y adquisición provisional*. La delación supone un paso más, pues representa, a nuestro juicio, el llamamiento concreto y efectivo a los herederos que no tienen obstáculos para adquirir la herencia. Ese llamamiento implica en nuestro Derecho la adquisición provisional de la herencia. Desde ese momento el heredero queda investido de las titularidades transmisibles del causante.

D) *Adquisición de la herencia*. La adquisición provisional se consolida en nuestro Derecho por la aceptación de la herencia, en forma expresa o tácita.

Los tres primeros momentos se producen sin intervención de la voluntad del heredero o, al menos, sin necesidad de esa intervención. El último, representado por la aceptación, requiere un acto de voluntad del heredero.

A. APERTURA DE LA SUCESIÓN

160. Apertura de la sucesión: muerte natural

En un orden lógico la apertura de la sucesión es el primer momento del fenómeno sucesorio, y tiene como causa el hecho jurídico del fallecimiento de una persona. Según el artículo 2280, la sucesión se abre tanto en las sucesiones legítimas como en las testamentarias “desde la muerte del autor de la sucesión”. La muerte de las personas físicas y la apertura de la sucesión están, pues, en relación de causa a efecto¹.

La apertura de la sucesión se produce indefectiblemente como consecuencia de la muerte de la persona, pues estos dos fenómenos se vinculan necesariamente en el Derecho moderno. El artículo 2277 del nuevo Código se refiere a la muerte real o presunta:

a) La muerte real se produce con el fallecimiento o muerte natural pues hoy día no se admite la muerte civil, que las antiguas legislaciones aceptaran en los casos de ciertas condenas criminales y de profesión religiosa.

b) La muerte presunta está regulada en los artículos 85 y 86 del nuevo Código para el supuesto de ausencia de una persona sin que se tenga noticias de ella durante los tiempos que marca la ley, al final de los cuales, previo procedimiento pertinente (art. 89), el juez declara el fallecimiento presunto del ausente.

Hipotéticamente cabe admitir la desvinculación de la muerte y la apertura de la sucesión. Podría existir muerte sin apertura, si los bienes del difunto quedaran en estado de abandono o si los créditos y deudas se extinguieran con la muerte de su titular: esto supondría la negación del Derecho Sucesorio. Podría haber apertura sin muerte, si subsistiera la muerte civil, practicada de antiguo en todas las legislaciones.

161. Comprobación y publicidad de la muerte

a) *Caso normal.* La muerte debe ser comprobada para que dé lugar a la aplicación de las normas del Derecho Sucesorio. En los casos

¹ Esta relación lógica no se contradice con el hecho de que se produzcan cronológicamente en el mismo instante.

normales, el hecho de la defunción se prueba por el certificado de defunción extendido por el médico, y cuando no hubiere médico en el lugar, por la autoridad policial o civil. En este sentido prescribe el artículo 55 del decreto-ley 8204/63: "El hecho de la defunción se probará: 1) con el certificado de defunción extendido por el médico que hubiera asistido al difunto en su última enfermedad y, a falta de él, por cualquier otro médico requerido al efecto, o el de la obstétrica en el caso del artículo 36 (el art. 36 se refiere al supuesto del nacido muerto o que muere poco después); 2) con el certificado de defunción otorgado por autoridad policial o civil, si no hubiera médico en el lugar en que ella ocurrió". Esto presupone que para extender el certificado de defunción es necesaria la presencia e identificación del cadáver. El artículo 94 del Código Civil y Comercial determina: "La comprobación de la muerte queda sujeta a los estándares médicos aceptados..." No ha previsto el supuesto de que no haya médico en el lugar del fallecimiento.

b) *Casos especiales.* Hay veces que no es posible la presencia o la identificación del cadáver. Antes de la sanción de la ley 14.394 no había otro medio que recurrir a la ausencia con presunción de fallecimiento. Esto daba lugar a injustas consecuencias, derivadas, sobre todo, de los largos períodos que el Código exigía para poder declarar el fallecimiento presunto. El artículo 33 de la ley 14.394 vino a obviar estos inconvenientes al agregar al artículo 108 del Código Civil, como apartado segundo, el siguiente texto: "En los casos en que el cadáver de una persona no fuese hallado, el juez podrá tener por comprobada la muerte y disponer la pertinente inscripción en el registro, siempre que la desaparición se hubiera producido en circunstancias tales que la muerte deba ser tenida como cierta. Igual regla se aplicará en los casos en que no fuese posible la identificación del cadáver". El artículo 98, párrafo 2º del nuevo Código dice en forma similar: "Si el cadáver de una persona no es hallado o no puede ser identificado, el juez puede tener por comprobada la muerte y disponer la pertinente inscripción en el registro, si la desaparición se produjo en circunstancias tales que la muerte debe ser tenida como cierta" quiere decir, pues, que cuando la desaparición de una persona se produjera en circunstancias que se deba tener por cierta, o cuando no fuese posible iden-

tificar el cadáver, el juez puede tener por comprobada la muerte. El medio de prueba es entonces la sentencia judicial.

162. Determinación del momento de la muerte: importancia

El momento preciso de la muerte puede tener mucha trascendencia a efectos hereditarios, si entre quienes mueren casi contemporáneamente existen derechos sucesorios. Así ocurre en el caso de la muerte de esposos sin descendientes ni ascendientes vivos: si premuere el marido hereda la esposa y, por muerte de ésta, la herencia va a sus parientes colaterales; en cambio, si premuere la esposa, la herencia va al marido, y por muerte de éste a sus colaterales.

Por estas razones, la ley del registro civil exige que la inscripción contenga no sólo el día, mes y año, sino la hora del fallecimiento, dentro de lo que sea posible (art. 56, inc. 2º, decreto-ley 8204/63). Lógicamente que esta exigencia se hace extensiva a los certificados de defunción (art. 57) y a las sentencias judiciales (art. 68), ya que son ellos los que sirven de base a la inscripción. El nuevo Código Civil no establece nada sobre el particular.

163. Caso de conmoriencia

Cuando dos personas que tengan derechos hereditarios entre sí fallecen en un desastre común, con frecuencia resulta imposible determinar quién ha muerto primero.

En el Derecho Romano clásico, cuando no era posible probar cuál murió primero, se consideró que ambas morían contemporáneamente: *non videntur alter alteri supervixisse* (Digesto, 34, 5, 18). En tal consideración no debe verse una presunción de conmoriencia, sino el resultado de no probar cuál de las dos personas premurió.

El Derecho justiniano se apartó del criterio de la contemporaneidad al establecer una presunción de premoriencia para un caso particular, el de la muerte conjunta de padre e hijo. Si éste es impúbér, se presume que murió primero; en el caso inverso, se entiende que murió antes el padre. Esta presunción se fundó en la distinta fortaleza física.

Nuestro Código, siguiendo las huellas del Derecho Romano clásico, presume en estos casos la contemporaneidad del fallecimiento. El artículo 95, en forma similar al artículo 109 del Código de Vélez, expresa: "Se presume que mueren al mismo tiempo las personas que perecen en un desastre común o en cualquier otra circunstancia, si no puede determinarse lo contrario". El artículo 109 agregaba "sin que se pueda alegar trasmisión alguna de derecho entre ellas". Esa frase se presume a nuestro parecer en el nuevo Código, porque es consecuencia directa de la conmorienencia.

Téngase presente que el Código no sólo ha previsto la muerte en un desastre común, sino en cualquier otra circunstancia, lo cual permite extender la presunción, por ejemplo, al caso de que dos personas murieran en lugares diferentes sin haberse podido determinar quién murió primero. Por lo demás, la solución del Código es clara en cuanto a los efectos hereditarios, pues les niega entre sí derechos sucesorios. Si, por ejemplo, mueren dos cónyuges que no tienen descendientes ni ascendientes vivos, cada uno de ellos abre su sucesión como si no hubiese existido el otro, yendo a parar sus herencias a sus respectivos parientes colaterales.

El principio de la contemporaneidad ha sido adoptado por la mayor parte de las legislaciones: artículo 20, Código Civil alemán; artículo 32, Código suizo; artículo 33, Código español; artículo 4°, Código italiano, etcétera.

164. Declaración judicial de muerte presunta

Cuando una persona desaparece de su domicilio y del lugar habitual de sus actividades, sin que se tenga noticia alguna de ella, durante un tiempo suficientemente prolongado, la ley presume su fallecimiento. En esos casos la declaración judicial del fallecimiento presunto se asimila a la muerte comprobada (art. 85).

La sentencia judicial debe fijar el día presuntivo del fallecimiento, y cuando fuere posible también la hora. Si no se pudiere fijar la hora, se tendrá por sucedido el fallecimiento a la expiración del día presuntivo del fallecimiento (art. 90, inc. d).

La determinación del día del fallecimiento presunto tiene especial

importancia, porque la sucesión se considera abierta en ese momento. Ese día será el que permitirá determinar cuáles son las personas que tienen vocación y delación hereditadas. Supóngase que el ausente no tiene más heredero forzoso que su cónyuge. Si éste muere antes del día presuntivo del fallecimiento, la herencia irá a los parientes colaterales del ausente; en cambio, si el cónyuge fallece después, la herencia irá a los herederos de éste.

Los herederos reciben los bienes una vez declarada la ausencia, previa formación de inventario. El artículo 91, párrafo 1º del Código Civil y Comercial dice: "*Entrega de los bienes. Inventario.* Los herederos y los legatarios deben recibir los bienes del declarado presuntamente fallecido, previa formación de inventario. El dominio debe inscribirse en el registro correspondiente con la prenotación del caso; puede hacerse la partición de los bienes, pero no enajenarlos ni gravarlos sin autorización judicial..."

La prenotación queda sin efecto, según el artículo 92, "...trascurridos cinco años desde la fecha presuntiva del fallecimiento u ochenta años desde el nacimiento de la persona. Desde ese momento puede disponerse libremente de los bienes..."

La sentencia que declara el fallecimiento no hace cosa juzgada, pues se puede rectificar la fecha presuntiva del fallecimiento, si se tuvieran noticias ciertas del ausente después del día fijado como presuntivo del fallecimiento, o si se probara que la muerte acaeció en un momento diferente al fijado en la sentencia. Con mayor motivo, la reaparición del ausente deja sin efecto la declaración de fallecimiento. En este sentido dice el artículo 91, párrafo 2º: "Si entregados los bienes se presenta el ausente o se tiene noticia cierta de su existencia, queda sin efecto la declaración de fallecimiento, procediéndose a la devolución de aquéllos a petición del interesado". Y agrega el artículo 92, párrafo 2º: "Si el ausente reaparece puede reclamar: a) la entrega de los bienes que existen en el estado en que se encuentran; b) los adquiridos con el valor de los que faltan; c) el precio adeudado de los enajenados..."

165. Extinción de las personas jurídicas

Las personas jurídicas son capaces de suceder por testamento, pero

no de causar una herencia. La persona jurídica no puede hacer testamento y no tiene parientes, por lo que no puede hablarse de sucesión testamentaria ni *ab intestato*.

En nuestro Derecho, extinguida la persona jurídica, el destino de sus bienes puede ser diferente. Extinguidas las personas jurídicas privadas, los bienes o sus remanentes se entregan a sus miembros o terceros, conforme lo establece el estatuto o lo exige la ley (art. 167). Extinguidas las asociaciones civiles, el destino del remanente (que no puede distribuirse entre los asociados) lo fijan los estatutos (art. 185).

Basándose en el destino de los bienes de las personas jurídicas como consecuencia de su extinción, algunos autores han admitido la posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser causantes de una sucesión². En cuanto a la sucesión testamentaria, afirman que si bien es cierto que no pueden hacer testamento, puede haber una disposición estatutaria que regule, en forma análoga al testamento, el destino de los bienes. En cuanto a la sucesión legítima, convienen en que las personas jurídicas no tienen parientes, pero admiten que el Estado podría ser llamado a suceder.

Lo dicho precedentemente no permite hablar, en verdad, de sucesión de la persona jurídica. Las disposiciones estatutarias sobre la suerte de los bienes a la disolución de la persona jurídica no son de última voluntad. El destino que le fije el cuerpo legislativo, como consecuencia de la vacancia, es ajeno a toda idea de sucesión, y el caso de distribución entre los asociados no supone tampoco sucesión *mortis causa*, sino liquidación. Las personas jurídicas, pues, no causan sucesión. No es posible el subentrar de un sujeto en el puesto de la persona jurídica extinguida, que permita una continuación de sus relaciones jurídicas, sino en cuanto persista el fin de la persona jurídica, fin que termina precisamente con su extinción³. Por lo demás, el Derecho Sucesorio

² COVIELLO, L., *Delle successioni* cit., p. 36; BUTERA, *Il Codice Civile commentato*, Torino, 1940, art. 1°.

³ En el mismo sentido dice CICU, ob. cit., p. 86: "En las personas jurídicas hay que considerar como influyente sobre la suerte de los bienes, el elemento del fin, que es la razón de ser de la persona jurídica, y da a los bienes un determinado destino, no es posible por tanto, una continuación de las relaciones jurídicas, un subentrar de un nuevo sujeto en el puesto del difunto, sino cuando persista el fin y el correspondiente destino de los bienes".

—como dice Lacruz⁴— se refiere a la muerte natural, privativa de las personas físicas; organiza la sucesión *mortis causa* con referencia explícita y clara a éstas, únicas que pueden causar sucesión; regula el testamento como un acto de la persona física; ordena la sucesión legítima en consideración a los vínculos de parentesco, siendo el Estado un sucesor de último grado; etcétera.

B. VOCACIÓN

166. Irrelevancia de la designación del sucesor

La designación del sucesor ocurre necesariamente antes de la muerte del causante: si se hace por testamento tendrá lugar en el momento de su confección; si no hay testamento la establecerá la ley *in abstracto* respecto de sus parientes y, en último caso, respecto del Estado. Pero esta designación no tiene relevancia jurídica antes de la muerte del causante, pues el designado —como dice Cicu⁵— no tiene ningún derecho o expectativa de derecho que sea tutelada por la ley antes de ese acontecimiento.

No obstante, algunos autores, basándose en una presunta expectativa de derechos, han pretendido darle efectos jurídicos a la designación del sucesor con anterioridad a la muerte del causante⁶. Mas esta situación de designación virtual o abstracta —como señala Lacruz⁷— es absolutamente claudicante, pues basta testar de otra manera para que cese, y excluye aquel mínimo de objetividad y de determinabilidad necesarios aun en una expectativa jurídica o en un derecho eventual. No hay duda de que la situación de designado existe; pero esta designación virtual no tiene relevancia jurídica hasta el fallecimiento del *de cuius*⁸.

⁴ Ob. cit., p. 154.

⁵ Ob. cit., p. 92.

⁶ De Ruggiero (*Instituciones de Derecho Civil* cit., t. II, vol. 2, p. 324), habla del llamamiento virtual de la ley o del testador, antes de la apertura de la sucesión, al que denomina vocación virtual; la vocación virtual se convierte en efectiva —según él— al abrirse la sucesión.

⁷ Ob. cit., p. 155.

⁸ En el mismo sentido, BARBERO, ob. cit., p. 19.

La designación adquiere valor jurídico en el momento en que se abre la sucesión, porque ése es el momento al cual la ley atiende para establecer quién puede ser llamado, es decir, quién tiene vocación a la herencia o al legado. Por eso, si el designado hubiese premuerto al causante no puede ser llamado a la herencia o al legado: la designación en tal caso no ha llegado a concretarse en vocación.

El nuevo Código, al igual que el anterior, sólo admite los efectos del fenómeno sucesorio a partir de la apertura de la sucesión, y no desde la designación. Esto surge claramente del artículo 2277, parte 1ª según el cual: "La muerte [...] de una persona causa la apertura de la sucesión..." En el mismo sentido se expresa el artículo 2280, párrafo 1º.

167. Vocación a la herencia: concepto

El término "vocación" viene del latín *vocatio* (del verbo *vocare*), que significa "llamar". Vocación en el sentido del Derecho Sucesorio es el llamamiento de todos los posibles herederos en el momento de la muerte del *de cuius*, por voluntad de éste y en todo caso, por la ley⁹.

La vocación se produce en cualquier persona designada principal o subsidiariamente en el testamento o en cualquier pariente dentro del 4º grado y, en último caso, en el Estado. El llamamiento de la ley se produce siempre, haya o no testamento. Si hay testamento y éste falla, siempre subsistirá el llamamiento legal. De ahí que la idea de vocación la consideramos unida al llamamiento eventual de esas personas.

El llamamiento eventual se aplicará, pues, tanto al llamado en primer término en testamento, como al llamado en forma subsidiaria por vía de sustitución vulgar, tanto al pariente próximo en la sucesión intestada como al más remoto dentro del cuarto grado.

Ahora bien, de todos esos llamados, titulares de la vocación, habrá alguno o algunos que serán llamados en forma concreta y efectiva, no sólo por pertenecer a los llamados en primer lugar, sino por carecer de obstáculos para adquirir la herencia (tener capacidad, no estar desheredado). Son esos llamados los que tendrán delación hereditaria, y ello implicará la adquisición de la herencia.

⁹ Conf. LACRUZ, ob. cit., p. 156.

La vocación constituye el título o fundamento último para suceder, pues sin ella no hay posibilidad de suceder.

En nuestra doctrina, los autores que aceptan esta expresión la emplean en el sentido de llamamiento al sucesor, el cual, para ser tal, debe ser capaz de adquirir¹⁰, sin entrar a diferenciar la vocación de la delación. Guastavino¹¹ considera la vocación sucesoria como el llamamiento a suceder, distinguiéndola de la delación, que representa la efectivización de la vocación.

168. Caracteres de la vocación

Podemos asignar a la vocación los siguientes caracteres:

a) La vocación no es susceptible de tráfico jurídico, dado su carácter personalísimo. No se concebiría, por ejemplo, que el llamado en segundo lugar, existiendo un heredero preferente, enajenara *inter vivos* la vocación recibida del causante. Ello iría contra el carácter personalísimo de la vocación, basada, ya en la expresa voluntad del causante, ya en el parentesco con él.

Excepcionalmente se admite que la vocación pueda transmitirse por causa de muerte a los herederos del designado en segundo lugar cuando fallece después de la muerte del causante y antes del designado en primer lugar.

b) La vocación, por otra parte, se adquiere *ipso iure*, con independencia de la voluntad del llamado, quien no puede impedir ser titular del llamamiento eventual. Cuando la vocación implique delación a causa del llamamiento efectivo, que se traducirá en adquisición provisional, entonces le quedará el remedio de la repudiación. Se podrá, pues, repudiar la herencia deferida y entonces borrar retroactivamente la adquisición, pero no se puede impedir ser titular del derecho eventual que implica la vocación.

169. Momento de la vocación: planteamiento

Puede suceder que los designados en primer lugar no adquieran la

¹⁰ RÉBORA, ob. cit., t. I, p. 123; BORDA, ob. cit., t. I, N° 68.

¹¹ *Pactos sobre herencias futuras*, Buenos Aires, 1968, p. 26.

herencia, en cuyo caso ésta va a los designados en segundo o ulterior lugar. En ese caso se presenta el problema de saber si estos últimos fueron llamados en el momento en que fallaron los herederos designados en primer lugar o, al contrario, fueron llamados simultáneamente con ellos. En el primer caso se dice que hay vocaciones sucesivas, y en el segundo que las vocaciones son simultáneas.

Las consecuencias prácticas de la adopción de uno u otro sistema se manifiestan principalmente en materia de capacidad y de transmisión, aunque los efectos retroactivos que las legislaciones otorgan a la adquisición palián estas diferencias.

170. Sistema romano de las vocaciones sucesivas

La vocación en el Derecho Romano se producía, en principio, en el momento de la muerte del causante y sólo para los herederos llamados en primer lugar, es decir, para aquellos que tenían posibilidad inmediata de aceptar la herencia. Los herederos llamados ulteriormente (como el heredero testamentario designado en defecto de otro, o el *ab intestato* que sucedía por nulidad del testamento o por renuncia de los llamados en un mejor orden sucesorio) lo eran de un modo relativo, pues el "llamamiento sólo tenía validez si eran capaces y existían en el momento de fallar el heredero preferente".

Éste es el sistema de las vocaciones sucesivas, llamado así —como dice Lacruz¹²— porque los eventuales herederos de segundo y ulteriores grados no sólo no pueden adquirir la herencia aceptándola, sino que tampoco transmiten su derecho en el caso de que desaparezcan antes de que la delación se produzca. Como la vocación se retrotrae al momento de la muerte del causante, los herederos deben ser capaces de suceder igualmente en dicho momento.

171. Sistema de las vocaciones simultáneas

El sistema de las vocaciones simultáneas, que es el imperante en el Derecho moderno, presupone el llamamiento de todos los posibles herederos en el momento de la muerte del causante. Siendo la vocación

¹² Ob. cit., p. 161.

un llamamiento eventual para todos los posibles herederos, "los designados en segundo o ulterior lugar son llamados también al abrirse la sucesión", y desde ese momento tendrán una expectativa de Derecho, más o menos lejana, de adquirir la herencia. La vocación simultánea solamente tendrá plenos efectos para el primero o primeros llamados, quedando en estado potencial para los llamados sucesivamente. Las consecuencias de este llamamiento simultáneo se manifiestan en la determinación del momento de la capacidad del sucesor, que será el de la apertura de la sucesión y en la posibilidad de transmitir su vocación hereditaria eventual desde la apertura de la sucesión, no importando que desaparezca posteriormente. Podemos hablar, pues, de una concentración de todas las vocaciones posibles en el momento de la apertura de la sucesión.

El efecto retroactivo de la repudiación de la herencia, aceptado por el artículo 2301 del Código Civil y Comercial, enlaza el llamamiento del ulterior heredero con el causante, considerándolo tal desde el momento de la apertura de la sucesión. Este efecto retroactivo bastaría por sí para explicar por qué la capacidad del sucesor se considera al momento de la muerte del causante; pero sería insuficiente para fundar la transmisión del llamado en segundo lugar a sus herederos, en caso de que muriera antes de fallar el heredero primeramente llamado. Si no existiese ningún llamamiento en favor del designado en segundo lugar, al fallecer éste, no podría transmitir nada a sus herederos. El efecto de la retroactividad no podría alcanzarle y pasar a sus herederos, puesto que ya no subsistía al fallar la vocación del primero¹³. Su muerte no podría producir efectos sucesorios sobre relaciones jurídicas inexistentes. Algo existe, pues, desde el momento de abrirse la sucesión en favor del llamado en segundo lugar: ese algo es precisamente la vocación¹⁴.

¹³ En el mismo sentido Cicu (ob. cit., p. 100), dice: "No se supera esta dificultad con la invocación del principio de la retroactividad de la renuncia porque, si por efecto de ella, el llamado en suborden se considera como llamado en el momento de la apertura de la sucesión, esto no le puede dar para el pasado un derecho que se considera que no tenía".

¹⁴ En contra de esta tesis mantenida en España por Lacruz (ob. cit., p. 162) y Roca Sastre (*Designación, vocación y delación sucesoria*, Barcelona, 1962, p. 735), Albaladejo (*Anotaciones a CICU*, ob. cit., p. 105) sostiene, como la generalidad de

172. Formas de vocación

Las formas de vocación varían según los distintos puntos de vista en que se las contemple: Si se tiene presente el origen de la vocación, ésta puede ser testamentaria, legítima y legitimaria. Si el llamamiento hecho por testamento se efectúa en forma pura o sometiénolo a condición, la vocación será en el primer supuesto pura, y en el segundo condicional. Si el llamamiento se hace directamente al que hereda en primer lugar o se hace al de ulterior lugar con referencia al puesto que hubiera ocupado el llamado en primer lugar, la vocación será, respectivamente, directa o indirecta (referida). Por último, si el llamamiento se hace en forma solidaria a varios herederos o, al contrario, se hace fijándole las partes a cada uno de ellos, la vocación será, respectivamente, solidaria o parciaria.

173. Vocación testamentaria, legítima y legitimaria

Desde el punto de vista del origen por el cual se opera la sucesión *mortis causa*, la vocación puede ser testamentaria o legítima (legal).

La vocación testamentaria implica un llamamiento concreto efectuado en testamento. La vocación legal es necesariamente abstracta, de modo que los parientes son llamados en cuanto pertenecen a los órdenes sucesorios contemplados por la ley.

Cuando hay llamamiento testamentario sobre la herencia, aunque dicho llamamiento se superponga al legal, se dice que hay vocación testamentaria. En cambio, la vocación legítima se da cuando no existe testamento válido o cuando renuncian los herederos testamentarios.

La vocación puede ser, a la vez, testamentaria y legal, cuando el testador sólo dispone de una parte de sus bienes por testamento, pues en los restantes se abre la sucesión legal, en virtud de la compatibilidad entre la sucesión testamentaria y la legal.

la doctrina italiana, que no es necesario adoptar la tesis de las vocaciones simultáneas, sino que realmente basta aplicar la retroacción proclamada por el art. 989 del Código Civil español (equivalente a nuestro art. 3353, Cód. de Vélez), en cuya virtud al repudiar el primer llamado todo pasa como si el llamado en su orden lo hubiese sido al morir el causante.

Estas vocaciones y su compatibilidad están contempladas en el artículo 2277, párrafo 1°. Aunque la norma considera como independientes el llamado por ley y el testamentario, ya hemos visto que la ley, existiendo parientes en grado sucesible, llama siempre a dichos parientes, con independencia del llamamiento testamentario. Pero llamamos vocación testamentaria cuando el llamamiento procede del testamento, aun cuando se superponga el llamamiento legal. En cambio, la vocación legal tiene lugar cuando no existe la testamentaria.

Cabe preguntarse si hay una tercera forma de vocación, la legitimaria. En principio, sólo cabe hablar de la condición de legitimarios de los llamados por testamento o *ab intestato*. La legítima sólo actúa como un freno impuesto al testador para que éste deje, dentro de la sucesión testamentaria, determinadas porciones a los herederos forzosos. Cuando no se hace testamento, los herederos *ab intestato* tendrán a veces la condición de herederos forzosos.

No obstante, hay supuestos en que se puede hablar de verdadera vocación legitimaria, pues el llamamiento para recibir la legítima no viene por la vía de la sucesión testamentaria ni por la de la sucesión legal. A nuestro juicio, la verdadera vocación legitimaria se produce cuando hay preterición de alguno o de todos los herederos forzosos (art. 2450). En ese caso no se invalida el testamento, y los legitimarios tienen acción para reclamar las porciones de su legítima. En esa parte tampoco se puede decir que haya sucesión testamentaria ni *ab intestato*.

Éstas son, en principio, las únicas formas de vocación, atendiendo a su origen o fuente. En nuestro Derecho, siguiendo la tradición romanista, se rechaza la sucesión contractual, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho germánico.

174. Vocación pura y condicional

Normalmente el llamamiento testamentario se hace a los herederos en forma pura; pero puede ocurrir que dichos llamamientos se sometan a una condición suspensiva (art. 2280, párr. 2°).

Son esencialmente dos las posiciones de la doctrina para explicar el fenómeno de la vocación condicional:

a) Según una primera tesis, la vocación condicional es una vocación retardada, que queda en suspenso hasta que la condición se cumpla. Hay en esta vocación incertidumbre en la designación. La simple existencia del llamado bajo condición suspensiva no sirve para provocar la vocación, por falta de designación completa. Cuando se cumple la condición cesa la incertidumbre en la designación y entonces aparece la vocación, una vocación retardada respecto del momento de la apertura de la sucesión. Radaelli¹⁵ sostiene, en este sentido, que la vocación no opera en favor del llamado bajo condición. El llamado bajo condición no tiene ni vocación ni delación *in actu*: hay una vocación aún no realizada. Niegan también toda vocación en el llamamiento condicional, Trimarchi¹⁶, Rubino¹⁷, etcétera.

b) Según otra tesis, la vocación condicional implica una vocación actual, pero que suspende los efectos de esa vocación, que llevan a la adquisición de la herencia. Ésta es la posición sustentada por Cicu¹⁸, para quien no hay en la institución condicional suspensión de la vocación, sino solamente suspensión de aquellos efectos por los cuales se determina la adquisición. Ve este autor como argumento decisivo para excluir la suspensión de la vocación, el nuevo Código italiano, en cuanto no ha reproducido el artículo 853 del Código precedente, que excluía la transmisibilidad de la vocación condicional.

En nuestra opinión, la primera tesis es la que mejor responde a nuestro Derecho positivo. La vocación bajo condición suspensiva es una vocación que se retrasa al momento del cumplimiento de la condición; por eso no se puede hablar de vocación actual. Como consecuencia, el heredero o legatario que muera antes del cumplimiento de la condición, aunque sobreviva al testador, no trasmite derecho alguno a sus herederos (art. 2496, referente a los legados, pero de aplicación extensiva a la herencia). En el mismo sentido se pronuncia el artículo 759 del Código Civil español.

Durante el lapso que va desde la apertura de la sucesión hasta

¹⁵ *L'eredità giacente*, Milano, sff, ps. 766 y ss.

¹⁶ *L'eredità giacente*, Messina, 1950, ps. 28 y ss.

¹⁷ *La fattispecie ed i suoi effetti preliminari*, p. 77.

¹⁸ Ob. cit., p. 114.

el cumplimiento de la condición, la herencia está yacente. Los bienes en ese espacio de tiempo carecen de dueño. No pertenecen al causante que ya murió, ni al heredero condicional, porque todavía no se ha cumplido la condición. Bajo ningún concepto se puede admitir que la herencia le corresponde en esas circunstancias a los herederos legítimos, mientras la condición esté pendiente. Sólo les correspondería a esos herederos en el caso de incumplimiento de la condición¹⁹.

Durante el tiempo de yacencia, si hay albacea puede éste administrar los bienes mientras la condición se mantenga en estado de pendencia. Si no existe albacea, el juez al declarar la vacancia debe designar un curador de los bienes (art. 2441).

175. Vocación directa e indirecta

La vocación del llamado en primer lugar es la directa. La doctrina llama vocación indirecta a la que tiene lugar en los casos en que se hereda por derecho de representación y en los de sustitución vulgar. En estos últimos casos creemos que es más propio hablar de vocación referida, porque el llamamiento del representante o del sustituto no deja de proceder directamente del causante, aunque el contenido de la vocación pueda depender indirectamente de la posición del sujeto intermedio²⁰.

176. Vocación solidaria y parciaria

La vocación solidaria existe cuando los herederos han sido llamados a la totalidad de la herencia o a una porción de ella, de manera que las cuotas (dentro de la totalidad o dentro de la porción) no aparecen queridas por el testador, sino que son consecuencia necesaria del concurso de varios herederos. La vocación parcial, en cambio, se da cuando el testador llama a un heredero en una cuota o a varios en cuotas distintas²¹.

¹⁹ En contra: BORDA, ob. cit., t. II, 1303.

²⁰ *Infra* N° 196.

²¹ *Infra* N° 216.

C. DELACIÓN: LLAMAMIENTO CONCRETO Y ADQUISICIÓN PROVISIONAL

177. Delación de la herencia: concepto

La delación en el Derecho Romano era el ofrecimiento de la herencia a las personas que tenían la *testamenti factio passiva*, es decir, la posibilidad de adquirir la herencia mediante la aceptación²². Se entiende “deferida” la herencia –según el Digesto²³– cuando puede ser conseguida por virtud de la aceptación: *delata hereditas intelligitur quam quis possit adeundo consequi*.

La concepción romana –válida únicamente para los *heredes extranei*– es aceptada por la doctrina moderna en los países cuyas legislaciones siguen el sistema de la adquisición hereditaria por medio de la aceptación. Tal ocurre en España, Italia, etcétera. La delación en estos sistemas significa, en principio –con lógicas variantes terminológicas–, el ofrecimiento de la herencia, dando posibilidad a la adquisición de la herencia, ejerciendo el derecho de aceptación. Esa adquisición se producirá por la aceptación, si no hay una incapacidad para suceder o una indignidad o una desheredación, pues siendo el heredero incapaz, indigno o desheredado, no podrían adquirir la herencia.

El ofrecimiento o delación de la herencia es algo más que la vocación. Consiste –como dice Albaladejo²⁴– no sólo en ser convocado a suceder “posiblemente”, sino en la atribución actual del derecho a convertirse “ya” en heredero mediante la aceptación de la herencia, excluyendo así de serlo a los demás convocados. Vocación –insiste el autor– es el simple llamamiento a ser “posible” sucesor, formándose así un grupo de personas del que saldrá el sucesor, y delación es el ofrecimiento a una o varias personas de ese grupo para adquirir la herencia aceptándola, con facultad actual de serlo.

Sintetizando: en estos sistemas de adquisición de la herencia por aceptación, la “delación” es el ofrecimiento de la herencia y “*ius delationis*” es el derecho a adquirir la herencia aceptándola. Hay dentro

²² La palabra delación se deriva del verbo latino *defero, deferis, defere, deuli, delatum*, que significa presentar u ofrecer.

²³ Digesto 50, 16, 151.

²⁴ ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil. Sucesiones*, Madrid, 2008, p. 35.

del concepto de delación dos momentos: un ofrecimiento de la herencia y una adquisición mediante la aceptación. La "delación" por sí sola no implica la existencia de heredero, sino meramente la existencia de un sujeto a quien se le ha ofrecido que lo sea. El "*ius delationis*" es el derecho que se le confiere para convertirse en heredero aceptando la herencia.

Esta concepción se hace difícilmente sostenible en los países cuyos ordenamientos civiles siguen el sistema germánico de la adquisición *ipso iure*, como ocurre en Alemania, Francia, Argentina, etcétera. Refiriéndose al Derecho alemán, dice Binder²⁵ que la delación y la adquisición no forman dos momentos diferentes como en el Derecho Romano, sino que la delación significa la adquisición —bien que sólo provisional— de la situación de heredero. Y en el mismo sentido Albaladejo²⁶ plantea esta disyuntiva: o el término delación y *ius delationis* tienen un contenido diferente en el sistema de la adquisición *ipso iure* que en el sistema romano, o bien en el primer sistema no se puede hablar de delación, ni de *ius delationis*, inclinándose por el segundo término de la disyuntiva, basándose en que la delación significa ofrecimiento de la herencia y *ius delationis* derecho a adquirir la herencia deferida; en el sistema de adquisición *ipso iure* no podemos decir que exista ni la una ni el otro, pues no hay ofrecimiento sino adquisición, no hay derecho a adquirir sino a repudiar.

En nuestra opinión, el empleo del vocablo "delación", de origen latino y por ello de vieja raigambre en el Derecho Sucesorio, resulta útil para comprender mejor los momentos del proceso sucesorio. Pero el contenido tradicional del término, dado nuestro sistema de adquisición *ipso iure*, tiene necesariamente que variar.

Para delimitar el concepto de delación, conviene ante todo distinguirla de la vocación. La vocación es un llamamiento de todos los posibles herederos, efectuado por la voluntad del causante y, en todo caso, por la ley. Dentro de este llamamiento eventual pueden existir herederos llamados sólo subsidiariamente o herederos afectados de incapacidades para suceder o indignos. La vocación abarca a todos

²⁵ BINDER, ob. cit., p. 5.

²⁶ ALBALADEJO, *Anotaciones a CICU*, ob. cit., p. 95.

ellos. La delación es algo más. Presupone un llamamiento concreto y efectivo, porque los así llamados carecen de obstáculos para adquirir la herencia, es decir, son llamados en forma actual, y no subsidiaria, no están afectados por incapacidades, ni por indignidad. Precisamente porque su vocación es concreta y efectiva es por lo que adquieren la herencia, siquiera sea provisionalmente.

La delación, por ello, presupone la vocación. En cambio, puede existir vocación sin delación: tal el caso de los llamados en segundo grado (ya en el caso de sustitución vulgar en la sucesión testamentaria, ya en el de sucesor de grado ulterior en la sucesión intestada). Para que el sustituto tenga delación, se requiere que el heredero principal haya renunciado a la herencia: en tal caso el heredero principal no tendrá delación ni vocación, por el efecto retroactivo del fallo en la delación. La vocación y la delación la tendrá el sustituto. En igual sentido, si una persona muere sin testamento dejando como únicos parientes a un hermano y a un primo, el hermano tiene vocación y delación. Pero si el hermano renuncia a la herencia (sin representantes), el primo tendrá vocación y delación. También se puede hablar de vocación sin delación cuando fue llamada a la herencia una persona jurídica aún no constituida o cuando se instituye heredero bajo condición o término suspensivos.

No podemos calificar la delación como ofrecimiento de la herencia, pues la idea de ofrecer lleva consigo la posibilidad de adquirir, mas no la adquisición misma (en nuestro sistema la delación implica adquisición); ni tampoco podemos caracterizarla como la posibilidad inmediata de aceptar, no porque no se dé esta posibilidad, sino porque esta expresión tiene un contenido sustantivo en los sistemas de adquisición por aceptación del cual carecen los sistemas de adquisición *ipso iure*, en los que la aceptación significa confirmación de lo ya adquirido. En nuestro Derecho desde la delación hay heredero (pues implica adquisición), si bien con la facultad de dejar de serlo mediante la renuncia a la herencia; por eso es un adquirente provisional.

La delación en nuestro Derecho supone "el llamamiento concreto y efectivo" de la herencia, que implica la adquisición de ella. De ahí que la delación y la adquisición provisional no aparezcan como momentos separados cronológicamente, pues se producen siempre en el

mismo instante. Es como las caras de una misma moneda: en una está el llamamiento concreto a determinados herederos; en la otra está la adquisición de la herencia, si bien en forma previsional. Sólo cabe decir que conceptualmente están en relación de causa a efecto. Se adquiere provisionalmente la herencia como consecuencia del llamamiento concreto y efectivo, es decir, de la delación, que representa el fundamento próximo para suceder. Esta adquisición provisional no requiere la intervención de la voluntad del heredero.

Nuestro Código, sin mencionar expresamente el término "delación", emplea en repetidas oportunidades el vocablo "deferir", que responde al mismo verbo²⁷, en el sentido que venimos empleando, de llamamiento inmediato que implica adquisición de la herencia (por ej., arts. 2287, 2290, etc.). De ahí que no lo consideremos totalmente extraño a nuestro Derecho positivo. En nuestra doctrina más reciente va adquiriendo carta de naturaleza, por considerarse útil su empleo²⁸.

No obstante lo expresado, un sector de nuestra doctrina ensaya un concepto de delación diferente, aplicando respuestas sólo válidas en el régimen de adquisición por aceptación, que no es el nuestro²⁹. No se adquiere, pues, por aceptación. Se adquiere desde el fallecimiento del causante *ipso iure* (arts. 3240, 3282 y su nota del Cód. Civ. de Vélez). Además, tampoco existe el *ius delationis* que es "el derecho a adquirir la herencia ofrecida", porque el heredero en el sistema de adquisición automática ya tiene la adquisición desde el momento de la muerte del causante. Estas solas circunstancias nos permiten desechar esta posición que, en nuestra opinión, se equivoca desde el arranque.

También criticamos la expresión "actualización de la vocación hereditaria" para referirse a la delación. La delación implica un llama-

²⁷ Ya hemos dicho que "deferir" viene del verbo *defero, delatum*.

²⁸ GUASTAVINO, ob. cit., p. 27.

²⁹ Francisco A. M. Ferrer (*Los acreedores del heredero y la sucesión*, Buenos Aires, 1992, p. 18), refiriéndose a nuestro Derecho habla de delación como ofrecimiento concreto a una o varias personas para poder adquirir la herencia mediante la aceptación. Lo expresado por el autor es válido para el sistema de adquisición de la herencia por aceptación, pero no para nuestro sistema de adquisición *ipso iure*, que se produce sin necesidad de aceptación. En el Derecho argentino la aceptación ulterior por parte del heredero sirve para consolidar la adquisición hereditaria que ya tenía desde el momento de la muerte del causante.

miento "concreto" a determinados herederos y "efectivo" porque con ella se adquiere la herencia; esto es mucho más que la actualización de la vocación. El término "actualizar" implica una dimensión temporal que aquí no se da, pues vocación y delación se producen normalmente en el mismo instante. Se podría hablar con imprecisión de "concreción" de la vocación, no de actualización de la vocación; pero como la delación implica adquisición de la herencia, es más apropiado desechar en el todo el término vocación para referirse a la delación. A esas diferencias cualitativas corresponden, en nuestra opinión, denominaciones diferentes. La delación no es una actualización de la vocación, sino un llamamiento distinto con características propias.

178. Caracteres de la delación

La delación implica un llamado concreto y efectivo, que como tal no puede ser objeto de tráfico jurídico. Lo que propiamente puede ser objeto de tráfico jurídico es el efecto que la delación implica, cual es la adquisición de la herencia.

La delación, como la vocación, se adquiere en nuestro Derecho con independencia de la voluntad del llamado, quien no puede impedir la adquisición *ipso iure* de la herencia. Sólo podrá renunciar a la adquisición que implica la delación después de la apertura de la sucesión, quedando entonces retroactivamente sin efecto su adquisición (art. 2301), o podrá consolidar el llamado mediante la aceptación.

179. Momentos de la delación: delaciones sucesivas

En los sistemas de adquisición por la aceptación, la oferta de la herencia y la consiguiente posibilidad de aceptarla, es sucesiva. Para los llamados en segundo lugar, la delación sólo acaece cuando se ha agotado el llamamiento de los primeros herederos (testamentarios preferentes, *ab intestato* de primer grado, etc.).

Con mayor motivo, implicando la delación en los sistemas de adquisición *ipso iure* la adquisición misma, las delaciones tienen que ser sucesivas. El llamamiento efectivo de los llamados en segundo lugar y la consiguiente adquisición no se producen hasta que han fallado

los llamados en primer lugar. Sólo entonces estos últimos podrán adquirir la herencia, aunque sea en forma provisional.

180. Los llamados en segundo lugar

Los llamados en segundo lugar son no sólo los herederos que son llamados en forma subsidiaria en el testamento como sustitutos, sino los herederos *ab intestato* que ocupan grados ulteriores y que no tienen derechos hereditarios mientras existan herederos de grados anteriores.

Pues bien, mientras no falle la vocación de los herederos llamados en primer lugar, los llamados en segundo lugar tendrán vocación hereditaria, pero no delación. Una vez fallada esa vocación, los herederos llamados en segundo lugar ocuparán el lugar preferente y la herencia les será deferida con la consiguiente adquisición.

La repudiación del heredero preferente no constituye una condición propiamente dicha para que el llamado en segundo lugar adquiera la herencia, sino una *condictio iuris*.

Lo dicho con respecto al llamado en segundo lugar en carácter de heredero es aplicable cuando se trata de un legatario, si bien en este caso lógicamente el llamado subsidiario sólo puede provenir de la vía testamentaria.

D. ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA

181. Sistemas de adquisición de la herencia

Las legislaciones siguen criterios diferentes acerca de la adquisición de la herencia. La divergencia radica esencialmente en que para unas la etapa de la delación y la de adquisición de la herencia se producen en el mismo instante, en tanto que para otras estas dos etapas aparecen cronológicamente separadas. Veamos³⁰:

a) *Sistema de adquisición "ipso iure"*. Para unas legislaciones, el heredero adquiere por el solo hecho de la delación, que normalmente coincide con el momento de la muerte del causante; de ahí que la herencia pase *ipso iure* al heredero con la apertura de la sucesión.

³⁰ LACRUZ, ob. cit., p. 132.

La aceptación sirve en este sistema legislativo para consolidar la posición adquisitiva, ya tenida por el heredero. Representa en cierto modo una renuncia al derecho de repudiar.

Ahora bien, como la ley no impone irreversiblemente el carácter de heredero, éste puede renunciar a lo adquirido. La repudiación de la herencia sirve para dejar sin efecto la calidad de heredero y la adquisición efectuada por imperio de la ley.

La aceptación sirve en este sistema legislativo para consolidar la posición adquisitiva, ya tenida por el heredero. Tiene una función meramente negativa, en cuanto representa, en principio, una renuncia al derecho de repudiar.

Este sistema, comúnmente llamado germánico, es seguido por nuestro Código Civil y Comercial, con las acotaciones que oportunamente haremos en cuanto al valor efectivo de la aceptación. Lo recogen numerosas legislaciones, tales como la alemana, la suiza, etcétera.

b) *Sistema de adquisición por aceptación.* Para otras legislaciones, el heredero adquiere la herencia mediante la aceptación. Entre la delación y la adquisición media un tiempo más o menos prolongado, aunque luego la aceptación opere con efecto retroactivo. En ese lapso no hay propiamente titular de la herencia: la herencia se halla entonces yacente.

Este sistema, comúnmente llamado romano, es seguido por numerosas legislaciones, tales como la italiana, la española, etcétera.

c) *Diferencias prácticas.* En general, dado que la aceptación de la herencia, en las legislaciones que aceptan el segundo sistema, tiene efectos retroactivos, las diferencias prácticas son muy limitadas, reduciéndose a las siguientes:

1) En el primer sistema, el llamado se presume heredero mientras no se demuestre la renuncia; en el segundo hay que probar la aceptación, expresa o tácita.

2) En el primer sistema, conceptualmente los actos de administración provisoria del heredero provisional están justificados por su propia cualidad; en el segundo precisan una autorización legal o de lo contrario suponen una gestión de negocios sin mandato.

182. Antecedentes históricos

Los dos sistemas expuestos son llamados por muchos autores germánico y romano, respectivamente, abusando de una simplificación, que torna la denominación notoriamente inexacta, como vamos a ver a continuación:

A) *Derecho Romano*. En el Derecho Romano primitivo, los partícipes de la comunidad doméstica recibían la herencia como una confirmación de la condición que ya ostentaban respecto de los bienes. Estos herederos romanos eran los que después se llamaron *heredes sui et necessarii*, que eran las personas sometidas directamente a la potestad del padre y que adquirirían forzosamente la herencia. Eran *sui et necessarii*, o simplemente *sui*, los *fili in potestate*, es decir, los hijos y nietos de padre premuerto sometidos directamente a la potestad del *pater*, y los *filiorum loco sunt*, que eran los hijos naturales y adoptivos, y la esposa *cum manu*. Junto a ellos surgen los *heredes necessarii*, que eran los esclavos manumitidos únicamente con el fin de que recibieran el patrimonio hereditario. También éstos adquirirían forzosamente la herencia. Por último, los *heredes extranei o voluntarii*, no formaban parte de la familia agnaticia en sentido estricto, y sólo adquirirían la herencia desde el momento en que manifestaban, mediante la *aditio*, su voluntad de aceptarla.

La adquisición de pleno derecho de los *heredes sui et necessarii* y de los *heredes necessarii*, sin posibilidad de repudiar la herencia, podía acarrear consecuencias muy perjudiciales, ya que tenían que afrontar las reclamaciones de los acreedores hereditarios. El pretor vino en ayuda de tales herederos, concediéndoles los medios adecuados para evitar tales consecuencias.

Les otorgó a los *heredes sui* el *ius abstinendi* o derecho de abstenerse de todo acto que muestre voluntad de conservar la herencia. De este modo se evitaba que los bienes hereditarios fueran vendidos a su nombre por medio de la *bonorum venditio*, con la grave consecuencia de la infamia. La venta —si procedía— se verificaba a nombre del padre³¹. El pretor, por otra parte, concedió a los *heredes necessarii* el *beneficium*

³¹ Digesto, 42, 5, 28.

miento "concreto" a determinados herederos y "efectivo" porque con ella se adquiere la herencia; esto es mucho más que la actualización de la vocación. El término "actualizar" implica una dimensión temporal que aquí no se da, pues vocación y delación se producen normalmente en el mismo instante. Se podría hablar con imprecisión de "concreción" de la vocación, no de actualización de la vocación; pero como la delación implica adquisición de la herencia, es más apropiado desechar en el todo el término vocación para referirse a la delación. A esas diferencias cualitativas corresponden, en nuestra opinión, denominaciones diferentes. La delación no es una actualización de la vocación, sino un llamamiento distinto con características propias.

178. Caracteres de la delación

La delación implica un llamado concreto y efectivo, que como tal no puede ser objeto de tráfico jurídico. Lo que propiamente puede ser objeto de tráfico jurídico es el efecto que la delación implica, cual es la adquisición de la herencia.

La delación, como la vocación, se adquiere en nuestro Derecho con independencia de la voluntad del llamado, quien no puede impedir la adquisición *ipso iure* de la herencia. Sólo podrá renunciar a la adquisición que implica la delación después de la apertura de la sucesión, quedando entonces retroactivamente sin efecto su adquisición (art. 2301), o podrá consolidar el llamado mediante la aceptación.

179. Momentos de la delación: delaciones sucesivas

En los sistemas de adquisición por la aceptación, la oferta de la herencia y la consiguiente posibilidad de aceptarla, es sucesiva. Para los llamados en segundo lugar, la delación sólo acaece cuando se ha agotado el llamamiento de los primeros herederos (testamentarios preferentes, *ab intestato* de primer grado, etc.).

Con mayor motivo, implicando la delación en los sistemas de adquisición *ipso iure* la adquisición misma, las delaciones tienen que ser sucesivas. El llamamiento efectivo de los llamados en segundo lugar y la consiguiente adquisición no se producen hasta que han fallado

los llamados en primer lugar. Sólo entonces estos últimos podrán adquirir la herencia, aunque sea en forma provisional.

180. Los llamados en segundo lugar

Los llamados en segundo lugar son no sólo los herederos que son llamados en forma subsidiaria en el testamento como sustitutos, sino los herederos *ab intestato* que ocupan grados ulteriores y que no tienen derechos hereditarios mientras existan herederos de grados anteriores.

Pues bien, mientras no falle la vocación de los herederos llamados en primer lugar, los llamados en segundo lugar tendrán vocación hereditaria, pero no delación. Una vez fallada esa vocación, los herederos llamados en segundo lugar ocuparán el lugar preferente y la herencia les será deferida con la consiguiente adquisición.

La repudiación del heredero preferente no constituye una condición propiamente dicha para que el llamado en segundo lugar adquiera la herencia, sino una *condictio iuris*.

Lo dicho con respecto al llamado en segundo lugar en carácter de heredero es aplicable cuando se trata de un legatario, si bien en este caso lógicamente el llamado subsidiario sólo puede provenir de la vía testamentaria.

D. ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA

181. Sistemas de adquisición de la herencia

Las legislaciones siguen criterios diferentes acerca de la adquisición de la herencia. La divergencia radica esencialmente en que para unas la etapa de la delación y la de adquisición de la herencia se producen en el mismo instante, en tanto que para otras estas dos etapas aparecen cronológicamente separadas. Veamos³⁰:

a) *Sistema de adquisición "ipso iure"*. Para unas legislaciones, el heredero adquiere por el solo hecho de la delación, que normalmente coincide con el momento de la muerte del causante; de ahí que la herencia pase *ipso iure* al heredero con la apertura de la sucesión.

³⁰ LACRUZ, ob. cit., p. 132.

La aceptación sirve en este sistema legislativo para consolidar la posición adquisitiva, ya tenida por el heredero. Representa en cierto modo una renuncia al derecho de repudiar.

Ahora bien, como la ley no impone irreversiblemente el carácter de heredero, éste puede renunciar a lo adquirido. La repudiación de la herencia sirve para dejar sin efecto la calidad de heredero y la adquisición efectuada por imperio de la ley.

La aceptación sirve en este sistema legislativo para consolidar la posición adquisitiva, ya tenida por el heredero. Tiene una función meramente negativa, en cuanto representa, en principio, una renuncia al derecho de repudiar.

Este sistema, comúnmente llamado germánico, es seguido por nuestro Código Civil y Comercial, con las acotaciones que oportunamente haremos en cuanto al valor efectivo de la aceptación. Lo recogen numerosas legislaciones, tales como la alemana, la suiza, etcétera.

b) *Sistema de adquisición por aceptación.* Para otras legislaciones, el heredero adquiere la herencia mediante la aceptación. Entre la delación y la adquisición media un tiempo más o menos prolongado, aunque luego la aceptación opere con efecto retroactivo. En ese lapso no hay propiamente titular de la herencia: la herencia se halla entonces yacente.

Este sistema, comúnmente llamado romano, es seguido por numerosas legislaciones, tales como la italiana, la española, etcétera.

c) *Diferencias prácticas.* En general, dado que la aceptación de la herencia, en las legislaciones que aceptan el segundo sistema, tiene efectos retroactivos, las diferencias prácticas son muy limitadas, reduciéndose a las siguientes:

1) En el primer sistema, el llamado se presume heredero mientras no se demuestre la renuncia; en el segundo hay que probar la aceptación, expresa o tácita.

2) En el primer sistema, conceptualmente los actos de administración provisoria del heredero provisional están justificados por su propia cualidad; en el segundo precisan una autorización legal o de lo contrario suponen una gestión de negocios sin mandato.

182. Antecedentes históricos

Los dos sistemas expuestos son llamados por muchos autores germánico y romano, respectivamente, abusando de una simplificación, que torna la denominación notoriamente inexacta, como vamos a ver a continuación:

A) *Derecho Romano*. En el Derecho Romano primitivo, los partícipes de la comunidad doméstica recibían la herencia como una confirmación de la condición que ya ostentaban respecto de los bienes. Estos herederos romanos eran los que después se llamaron *heredes sui et necessarii*, que eran las personas sometidas directamente a la potestad del padre y que adquirían forzosamente la herencia. Eran *sui et necessarii*, o simplemente *sui*, los *fili in potestate*, es decir, los hijos y nietos de padre premuerto sometidos directamente a la potestad del *pater*, y los *filiorum loco sunt*, que eran los hijos naturales y adoptivos, y la esposa *cum manu*. Junto a ellos surgen los *heredes necessarii*, que eran los esclavos manumitidos únicamente con el fin de que recibieran el patrimonio hereditario. También éstos adquirían forzosamente la herencia. Por último, los *heredes extranei o voluntarii*, no formaban parte de la familia agnaticia en sentido estricto, y sólo adquirirían la herencia desde el momento en que manifestaban, mediante la *aditio*, su voluntad de aceptarla.

La adquisición de pleno derecho de los *heredes sui et necessarii* y de los *heredes necessarii*, sin posibilidad de repudiar la herencia, podía acarrear consecuencias muy perjudiciales, ya que tenían que afrontar las reclamaciones de los acreedores hereditarios. El pretor vino en ayuda de tales herederos, concediéndoles los medios adecuados para evitar tales consecuencias.

Les otorgó a los *heredes sui* el *ius abstinendi* o derecho de abstenerse de todo acto que muestre voluntad de conservar la herencia. De este modo se evitaba que los bienes hereditarios fueran vendidos a su nombre por medio de la *bonorum venditio*, con la grave consecuencia de la infamia. La venta —si procedía— se verificaba a nombre del padre³¹. El pretor, por otra parte, concedió a los *heredes necessarii* el *beneficium*

³¹ Digesto, 42, 5, 28.

separationis, por virtud del cual no respondían a los acreedores del difunto con los bienes que hubiesen adquirido después de quedar manumitidos al morir el testador. El *ius abstinendi* no se otorgó al esclavo. Justamente el que daba libertad e instituía heredero a un esclavo, lo hacía con el fin de que si los acreedores no podían cobrar, fuera vendido el patrimonio en nombre de ese heredero esclavo, y no en el suyo. La infamia resultante de la *bonorum venditio* no afectaba al testador sino al instituido, pero a cambio de tal perjuicio concedía el pretor al esclavo instituido el *benefitium separationis*³².

Los otros herederos, es decir, *los extranei*, que no estaban sometidos a la potestad del testador, adquirirían la herencia, no ya de modo inmediato, sino por un acto libre de aceptación. Hasta tanto esta aceptación se produjera, el llamado no adquiría la herencia. Éstos no necesitaron, naturalmente, ningún remedio para evitar cargar con las deudas hereditarias, pues les bastaba con no aceptar la herencia. Fue en la época de Justiniano cuando, para cubrir posibles eventos de sucesiones *damnosas*, se les concedió el beneficio de inventario.

B) *Derecho germánico*. Los primitivos Derechos germánicos, es decir, los no romanos del continente europeo, se quedaron durante muchos siglos en la etapa de la comunidad familiar, no alcanzando el mismo grado de evolución del Derecho Romano.

En los antiguos Derechos germánicos no se conoció el testamento. La única sucesión era la legítima: sólo eran herederos los parientes del difunto. Éstos adquirían la herencia *ipso iure*, desde el momento de la muerte del causante, en forma similar a los *heredes sui* del Derecho Romano. No había una unidad de régimen trasmisivo, sino que sus normas diferían según las distintas masas patrimoniales.

C) *Antiguo Derecho francés*. En el antiguo Derecho francés aparece un contraste manifiesto entre las regiones de Derecho consuetudinario y de Derecho escrito³³:

a) Regiones del Derecho consuetudinario. En primer lugar, impreg-

³² IGLESIAS, ob. cit., p. 590.

³³ COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil* cit., 1949, t. VII, p. 7.

nadas estas regiones por las tradiciones del Derecho germánico, ignoraron el testamento durante largo tiempo. El régimen sucesorio de las costumbres no conoció más que una sucesión, la sucesión legítima o determinada por la ley. El testamento no sirvió más que para hacer legados, pero no confirió el título de heredero. Tal es la idea expresada en el adagio "sólo Dios puede hacer un heredero".

En segundo lugar, la transmisión del patrimonio estaba basada en la idea de la cohesión familiar, nacida de la antigua copropiedad germánica; por eso los bienes del patrimonio, al menos los más importantes, como los inmuebles heredados, se consideraron pertenecientes no tanto al individuo como al grupo familiar.

En tercer lugar, regía el llamado principio de la pluralidad de masas hereditarias, cada una de ellas con diferente forma de transmisión. Los inmuebles heredados, llamados propios, se transmitían a los individuos de la misma línea, es decir, a aquellos parientes que aunque no fueran los más próximos al difunto por razón de la sangre, estaban unidos a la rama de la familia que había adquirido el bien de que se trataba. Los mismos individuos de las respectivas líneas estaban protegidos contra el abuso de los legados de sus bienes propios, imponiendo la ley al testador una reserva de las cuatro quintas partes de dichos bienes. En cambio, los inmuebles no heredados del difunto (llamados gananciales) y los muebles, eran tramitados según un orden muy similar al establecido en Las Novelas de Justiniano.

b) Regiones del Derecho escrito. En estas regiones el régimen sucesorio aplicable, desde el renacimiento del Derecho Romano en el siglo XII, fue el del Derecho Romano justiniano, formulado en las Novelas 118 y 127, cuyos principios son bien conocidos. Había una sucesión testamentaria y una sucesión *ab intestato*. La transmisión de la herencia se efectuaba según el orden presunto de los afectos familiares del difunto. Existía, en fin, un régimen de unidad de patrimonio, por contraposición a la pluralidad de masas hereditarias en las regiones del Derecho consuetudinario.

D) *Evolución posterior del Derecho francés*. El Código Civil francés de 1804 se inspiró en la idea de conciliación entre las dos corrientes de su Derecho Sucesorio histórico. Del Derecho escrito tomó el prin-

cipio romano de la unidad de patrimonio. De la legislación consuetudinaria recogió la idea de que no hay verdadera sucesión más que la *ab intestato*: sólo Dios hace al heredero.

183. Sistema argentino

Como hemos dicho, el Código Civil y Comercial argentino acepta el sistema de la adquisición *ipso iure* de la herencia. Por ello, el heredero a quien se le ha deferido la herencia se hace titular de ella desde el momento de la apertura de la sucesión. Entre la apertura y la adquisición no hay, pues, intervalo de tiempo³⁴.

El sistema de adquisición *ipso iure* aparece consagrado en el nuevo Código, en el artículo 2280, párrafo 1º, que dice: "Desde la muerte del causante, los herederos tienen todos los derechos y acciones de aquél de manera indivisa, con excepción de los que no sean transmisibles por sucesión..." Esta adquisición del heredero es de carácter provisional, pues la ley no le impone irreversiblemente el carácter de heredero, sino que le concede la facultad de repudiar la herencia, y como ésta se produce con efecto retroactivo, se considera al repudiante como si nunca hubiese sido heredero (art. 2301). Por otra parte, el heredero puede consolidar su adquisición, por medio de la aceptación (art. 2293).

184.A) Adquisición provisional, sin pronunciarse por la aceptación ni por la renuncia

Esta etapa es consustancial con la delación. Se inicia con la apertura de la sucesión e implica que el heredero aún no se ha pronunciado por la aceptación ni por la renuncia. El heredero es titular de la herencia por la adquisición *ipso iure* que consagra nuestro Código, pero conserva una facultad amplia para renunciar a la herencia o para consolidar su posición de heredero, en forma provisional o definitiva.

³⁴ Excepcionalmente puede ocurrir que la delación no coincida con la apertura, como en el caso de la institución de heredero sometida a condición suspensiva, en cuyo caso la delación y la adquisición se producen al cumplirse la condición.

185. Terminología

No estando la situación del heredero consolidada en esta etapa, la doctrina busca denominaciones que traduzcan este carácter. Así, en Francia se le denomina en esta etapa al heredero *successible*, que estrictamente significa "el que tiene posibilidad de suceder". La denominación de "suscible", aceptada por parte de nuestra doctrina³⁵, aparte de encerrar un barbarismo, es criticable por su inexactitud. El heredero, a partir de la apertura de la sucesión, no es el que tiene la posibilidad de suceder, sino el que sucede. Si ulteriormente acepta la herencia reafirma su condición de heredero; si renuncia, se le tendrá como si nunca lo hubiere sido.

Lafaille³⁶ propone reemplazar la palabra sucesible, en francés *successible* por la expresión "llamado a la herencia" o la de "heredero presunto", inclinándose por la primera fórmula, ya que la segunda no es tan adecuada, pues induce a creer que no se trata de un verdadero sucesor, como lo es sin duda desde un principio el designado por la ley o por la voluntad del causante.

Preferimos, por los inconvenientes señalados, llamarlo en esta etapa del proceso sucesorio, "heredero" a secas, sin ningún aditamento, por oposición al heredero aceptante o al heredero renunciante o al heredero beneficiario, o denominarlo —como hace el Código Civil alemán— "heredero provisional". Entendemos que esta terminología se adapta mejor a nuestro sistema³⁷.

186. Facultades del heredero provisional

El heredero provisional, es decir, el que aún no se ha pronunciado por la renuncia ni por la aceptación, es ciertamente heredero, titular de la herencia. No está obligado a inmiscuirse en los asuntos heredi-

³⁵ Fornieles, Borda, Guastavino, Molinario, Azpiri, etc. El *Diccionario* de la Real Academia Española admite el término "suscible" como adjetivo (que es susceptible de sucesión), pero no como sustantivo. Cuando la doctrina argentina emplea el término sucesible, equivalente a heredero, es un sustantivo, que como tal es inexistente en la lengua española.

³⁶ Ob. cit., t. I, p. 105.

³⁷ Esta denominación tiene el inconveniente de que el heredero aceptante con beneficio de inventario, hasta cumplimentar el art. 3366, en cierto modo también es un heredero provisional.

tarios. No obstante, está facultado para llevar a cabo, como tal, actos de conservación que no impliquen aceptación de la herencia³⁸. El artículo 2296, que analizaremos más adelante, contiene una serie de actos que no implican aceptación, tales como los actos meramente conservatorios, el pago de gastos funerarios, etcétera.

Dichos actos quedarán como propios del heredero, si éste llega a ser heredero definitivo, y aparecerán como de gestión de negocios ajenos, si repudia la herencia.

187.B) Consolidación de la adquisición mediante la aceptación

La aceptación de la herencia consolida la adquisición provisional, con carácter definitivo.

Oportunamente analizaremos los dos casos de aceptación: la expresa y la tácita. El artículo 2294 cita varios casos de aceptaciones tácitas, tales como la iniciación del juicio sucesorio del causante, la disposición de un bien hereditario, la cesión de derechos hereditarios.

188. Adquisición de los legados

Completaremos el panorama adquisitivo refiriéndonos a la adquisición de los legados. En esta materia hay que distinguir entre los legados de cosa cierta y determinada y los demás legados que impliquen adquisiciones, como los legados de cosas indeterminadas, de cosas fungibles, de créditos, etcétera.

Los primeros operan la transmisión del legado con efectos reales, es decir, el legatario adquiere el dominio de la cosa legada desde el momento de la muerte del causante (art. 2498, parr. 1º, parte 1ª). Pese a esa adquisición *ipso iure*, el legatario debe pedir la entrega material del legado a los herederos (art. 2498, parr. 1º, parte 2ª).

Los segundos operan la transmisión del legado con efectos obligacionales, es decir, el legatario sólo adquiere al momento de la muerte del causante un derecho de crédito a exigir la entrega del legado. La transmisión del dominio tendrá lugar ulteriormente por la entrega del

³⁸ FORNIELES, ob. cit., t. I, N° 87.

bien. Vale decir, para adquirir el dominio sobre la cosa legada no le bastará al legatario su título adquisitivo, sino que necesitará el complemento de la tradición. Sólo cuando ésta tenga lugar la ley lo considerará adquirente de la cosa legada.

Hay autores³⁹ que para referirse a estos dos momentos adquisitivos de los legados que no son de cosa cierta, hablan del derecho al legado y del derecho sobre el objeto legado. A nuestro juicio, esta terminología, que recoge el nuevo Código en el artículo 2496, se presta a confusiones, porque en estos legados el legatario tiene un derecho de crédito desde el momento de la muerte del causante, derecho que se traduce en un poder indirecto sobre la cosa objeto del derecho de crédito. No creemos que se pueda afirmar que el legatario no tiene, antes de la entrega del legado, ningún derecho sobre el objeto legado. Por esa circunstancia nos parece más preciso hablar de legados con efectos obligacionales.

Estas ideas se complementan con la norma contenida en el artículo 2521, párrafo 1º del nuevo Código, que no presume la aceptación del legado. Por eso cualquier interesado puede pedir al juez la fijación de un plazo para que el legatario se pronuncie por la aceptación o la renuncia, bajo apercibimiento de tenerlo por renunciante (art. 2521, párr. 2º).

II. LA ADQUISICIÓN POR NEGOCIO JURÍDICO "INTER VIVOS" Y LA ADQUISICIÓN POR SUCESIÓN

189. Introducción

La adquisición del dominio de uno o varios bienes puede tener por origen distintos hechos jurídicos. Nos referimos a los dos supuestos más importantes: la adquisición por la voluntad concorde del transferente y del adquirente, es decir, por negocio jurídico bilateral de finalidad traslativa (por ej.: venta) y la adquisición por muerte.

En el primer caso, cabe preguntarse: ¿es suficiente esa voluntad concorde por sí sola para adquirir la propiedad o se requiere la tradición

³⁹ BORDA, ob. cit., t. II, N° 1489.

para que se produzca el desplazamiento patrimonial a manos del adquirente? En el segundo caso, el de muerte, ¿es necesaria la tradición?

Toda esta problemática se vincula cuando el bien a transferir es un inmueble, con la institución registral. ¿Es el papel de esta inscripción el mismo en las adquisiciones por contrato que en las adquisiciones por sucesión?

¿Qué función cumple la inscripción en el Registro del Automotor cuando la transmisión se refiere a automotores? Los temas a analizar, con su fundamento y con una sintetización de la evolución histórica, los veremos en los parágrafos subsiguientes.

190. La transmisión por contrato: precedentes históricos

A) *Derecho Romano*. En el primitivo Derecho Romano el formalismo riguroso preside las instituciones. El cumplimiento de las formas en los actos jurídicos *inter vivos* es tan esencial que su falta ocasiona la más completa nulidad. Por eso, los modos traslativos que primeramente aparecieron en el Derecho Romano —la *mancipatio* y la *in iure cessio*— fueron sometidos a fórmulas rígidas e inalterables, solemnes y publicitarias:

a) *Mancipatio*. La *mancipatio* es —como dice Arias Ramos⁴⁰— el modo solemne y arcaico de transmitir el *dominium ex iure quiritium*. Su origen se remonta a una época anterior a la Ley de las XII Tablas.

Las formalidades se efectuaban con la intervención del enajenante (*tradens*) y del adquirente (*accipiens*), en presencia de cinco testigos y del portabalanza (*librepens*). El adquirente pronunciaba unas palabras rituales afirmando que la cosa se hacía suya según el derecho de los quiritas, porque la compraba sirviéndose del metal y la balanza. A la vez posaba la mano sobre la cosa o sobre lo que la simbolizaba (si se trataba de inmuebles), y seguidamente golpeaba con una pequeña barra de metal (*raudusculum*) la balanza que sostenía el portabalanza. El enajenante no tenía que formular ninguna declaración y su silencio implicaba la conformidad con la afirmación del adquirente.

⁴⁰ *Derecho Romano cit.*, p. 224.

La publicidad —circunstancia que siempre estuvo presente en la transferencia del dominio romano— se conseguía, no ya por la fórmula sagrada, sino por la presencia de los testigos y el portabalanza.

La *mancipatio* era un verdadero negocio enajenativo de tipo abstracto, que operaba la transmisión, cualquiera fuera el título que la respaldaba (venta, donación, etc.).

b) La *in iure cessio*. Es el otro modo solemne de transmitir el dominio. Esencialmente consistía en el traspaso de la propiedad hecho ante el magistrado (*in iure*). El adquirente, previamente de acuerdo con el transferente, actuaba como demandante. El transferente se allanaba a la pretensión y el pleito se daba por terminado, después que el magistrado declaraba propietario al demandante.

Desde el punto de vista formal, la *in iure cessio* era un medio de más intensa publicidad que la *mancipatio*, puesto que tenía lugar en plena audiencia judicial.

La *in iure cessio* tenía también el carácter de un negocio abstracto que se independizaba de la causa.

Estos dos modos arcaicos de la adquisición operaban su efecto, con independencia de la calidad mueble o inmueble de la cosa transferida.

Las dos formas de adquisición fueron cayendo en desuso en la época clásica del Derecho Romano, ante la aparición de un nuevo modo de adquisición, la *traditio*. Con el tiempo acabó excluyendo a la *mancipatio* y a la *in iure cessio*. En el Derecho justinianeo sólo se guardaba un mero recuerdo de los primitivos modos de adquisición. En esa época el único modo de adquisición fue la *traditio*.

c) *Traditio*. La tradición (*traditio*) era la entrega de una cosa con la intención de transferir la propiedad de ella.

La tradición tenía dos elementos: el material (*corpus*), representado por la entrega de la cosa, y el elemento subjetivo (*animus*) consistente en la intención de transferir en el *tradens* y de adquirir en el *accipiens* el dominio de la cosa.

1) El primer elemento (entrega de la cosa) fue evolucionando en el Derecho Romano desde la entrega material y efectiva (en materia de inmuebles no se entregaba la cosa, sino los objetos que la simbo-

lizaban, como llaves, títulos, etc.) hasta formas más espiritualizadas, en las que sólo existía una entrega ficticia. Con todo, se mantuvo la idea clásica de la tradición como un complejo de entrega efectiva acompañado de la intención. Las tradiciones ficticias hay que verlas —como dice Bonfante⁴¹— solamente como excepciones al principio general.

2) El segundo elemento (intención de enajenar y de adquirir) no está expuesto con claridad en los textos romanos. La generalidad de los romanistas entiende que la intención versa sobre el traspaso del “dominio” en el *tradens* y la adquisición de él en el *accipiens* (*animus transferendi et accipiendi domini*); pero hay autores⁴² que opinan que la intención sólo versa sobre la “posesión”.

Esta intención o *animus* era parte integrante del instituto de la tradición, y no era necesario que fuera formalmente expresada, ya que estaba implícita en el *corpus*.

El grado de unión que guardan entre sí los dos elementos indicados, es esencial para comprender con exactitud el problema. Existen al respecto dos teorías jurídicas distintas. Una, defendida principalmente por los romanistas italianos, considera la tradición como negocio jurídico causal; la otra, seguida por los pandectistas alemanes, la ve, en cambio, como un negocio jurídico abstracto. Esta distinción ha dado lugar en el Derecho moderno a dos sistemas adquisitivos diferentes, el latino y el germano, al que luego nos referiremos.

Según la primera teoría, para producir un desplazamiento patrimonial se necesitaba, además de la *traditio*, un negocio jurídico precedente de finalidad traslativa, válido e idóneo (*compraventa, donación, etc.*). Si el precedente causal no existía o era inidóneo, la tradición por sí sola no podía transferir la propiedad. El negocio causal, según esta concepción, se encontraba estrechamente ligado a la tradición.

Según la segunda teoría, el Derecho Romano adoptó en esta fase el sistema del negocio jurídico abstracto. Esto significa que, en principio, bastaba la tradición por sí sola para producir el desplazamiento patrimonial, independientemente del negocio causal. Los efectos tras-

⁴¹ *Instituciones de Derecho Romano*, ed. española, Madrid, 1951, p. 275.

⁴² BONFANTE, ob. cit., p. 274.

lativos se mantenían, en principio, hasta tanto se produjera con éxito la impugnación del desplazamiento, fundándose en la invalidez del negocio causal: el medio de impugnación era la *condictio*, acción personal derivada del enriquecimiento injustificado, que obligaba al adquirente a devolver la propiedad de la cosa, con efectos no retroactivos o *ex nunc*.

B) *Edad Media: teoría del título y el modo*. En el Derecho medieval aparece la teoría del título y del modo como sistema único de transmisión de bienes.

Esta teoría tiene su origen en la *traditio* romana, interpretada como negocio causal. La teoría del título y del modo —dice Jerónimo González⁴³— tiene sus más hondas raíces en los requisitos de la *traditio*, pero han sido necesarias poderosas corrientes filosóficas e influencias características del Derecho Medieval para que asumiera la forma absorbente y dogmática que presenta en la época de la codificación.

Los conceptos aparecen delimitados desde el principio. El título es el contrato de finalidad traslativa, en el cual va ínsito el ánimo de transferir y de adquirir; el modo, es decir, la entrega material, completa la adquisición.

1) El título es el elemento de mayor relevancia jurídica. Está formado por el negocio causal de finalidad traslativa —compraventa, donación, etcétera—, reforzado con el *animus transferendi et accipiendi dominii* que se segregaba de la *traditio*. El título fue el elemento de mayor significación, pues abarcó no sólo el contrato traslativo sino el *animus* que contenía la tradición. El título se convirtió así *iustus titulus o iusta causa traditionis*.

2) El modo vino a sustituir a la *traditio* romana, pero amputándole uno de sus elementos más característicos, el *animus*. El modo, en consecuencia, quedó reducido al *corpus* o entrega de la cosa, desligado de todo elemento subjetivo o intencional.

Eran indispensables los dos elementos analizados para que se produjera el efecto traslativo. El nexo de unión entre ambos, en conse-

⁴³ *Estudio de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil*, Madrid, 1948, t. I, p. 298.

cuencia, era absoluto. Si el título era nulo o inidóneo, no se puede operar el desplazamiento patrimonial. La nulidad tenía efecto retroactivo o *ex tunc*, y el enajenante podía reivindicar la cosa aun contra terceros de buena fe.

191. La transmisión por sucesión: precedentes históricos

El modo de adquirir la herencia en el *ius civile* variaba según la clase de herederos. Los *heredes sui et necessarii* eran los que estaban directamente sometidos a la potestad del *pater* por vínculo agnaticio y los *heredes necessarii* eran los esclavos que su dueño instituíra herederos. Estos dos grupos de herederos adquirirían la herencia *ipso iure*, es decir, sin intervalo de tiempo entre la muerte del causante y la adquisición de la herencia. El tercer grupo lo formaban los *heredes extranei* que eran los agnados que no eran *heredes sui*; éstos no adquirirían la herencia automáticamente sino que necesitaban un acto de aceptación.

Los dos primeros —al disolverse la familia agnaticia— fueron desapareciendo y quedó como único grupo el de los *heredes extranei*, que, como hemos dicho, adquirirían la herencia por un acto de aceptación. Era tan importante la sucesión de éstos, que el sistema romano se lo conoce como el sistema de adquisición por aceptación.

En todo caso, lo que resulta incuestionable es que el heredero romano no necesitaba ningún complemento adicional —como hubiere sido la tradición— para adquirir la propiedad de los bienes hereditarios: el heredero la adquiría por el hecho de la muerte de su causante. Si el sistema es de adquisición *ipso iure*, la adquisición se produce en el mismo instante de la muerte del *de cuius*; si es la adquisición por aceptación, desde el momento de la aceptación, pero teniendo en cuenta el efecto retroactivo de la aceptación, también se considera que la adquisición la tiene el heredero en el momento de la muerte de su causante.

Esta característica de suceder *uno ictu*, en el mismo instante de la muerte del causante siempre fue característica de la sucesión del heredero. La tradición como elemento adquisitivo en las transferencias por contrato, nunca existió en la adquisición por sucesión.

192. La transmisión por contrato y por sucesión en el Derecho argentino

El modo de adquisición del dominio por contrato es diferente al de la adquisición por sucesión.

A) *La transmisión por contrato.* El Código Civil de Vélez, permaneciendo fiel a las antiguas leyes españolas, aceptó la teoría del título y el modo.

El nuevo Código respeta la legislación anterior, recogiendo expresamente la teoría del título y modo. El artículo 1892 expresa: "La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes. Se entiende por título suficiente el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tienen por finalidad transmitir o constituir el derecho real. La tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión..."

El título suficiente es el contrato de finalidad traslativa que por sí solo no trasfiere, pues necesita el complemento del modo. Son títulos de finalidad traslativa la compraventa, la permuta, la donación.

El modo es la entrega de la cosa o, con más precisión, la entrega de la posesión de la cosa. El modo vino a sustituir en la época medieval a la tradición, pero desligándola de todo elemento subjetivo. Así interpretamos el nuevo Código: con estas reservas se puede emplear indistintamente los términos "modo" y "tradición". Excepcionalmente hay casos en el Código —y los había en el Código de Vélez— en los que no es necesario el modo o tradición. Por ejemplo, cuando la cosa es tenida a nombre del propietario y éste pasa el dominio de ella al que la poseía.

En todos los modos históricos y vigentes de adquirir la propiedad por contrato yace la idea de publicidad. Siempre se consideró que el traspaso de la propiedad debía ir acompañado de formas o medios que publicitaran la transferencia, por deficiente que fuera esa publicidad. La tradición proporcionaba publicidad a través de la posesión de la cosa transferida. Pero es obvio que esa publicidad era débil e insuficiente. La deficiencia del instituto de la tradición ha tratado de resolverse en

el Derecho moderno, si se trata de inmuebles, con la creación de los Registros de la Propiedad Inmueble.

B) *Trasmisión por sucesión.* La transmisión por sucesión se produce en nuestro Derecho por la muerte del causante, sin ruptura de continuidad. El artículo 3417 recogía la idea en su aspecto subjetivo al expresar que el heredero continúa la persona del causante, y en su aspecto objetivo al afirmar que el heredero "es propietario, acreedor o deudor de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor". El Código, pues, aceptaba el sistema de transmisión *ipso iure*, al igual que el sistema francés y el alemán.

El nuevo Código ha respetado la legislación anterior en la materia; el artículo 1892, último párrafo, expresa: "A la adquisición por causa de muerte se le aplican las disposiciones del Libro Quinto". A ese libro corresponde el artículo 2280, que establece que la adquisición del heredero se produce en el momento de la muerte del causante. Estas transmisiones se producen con independencia de que las cosas sean muebles o inmuebles.

Tal mecanismo de transmisión es diferente al de los actos entre vivos.

193. La transmisión por contrato y por sucesión de bienes inmuebles: función de la inscripción registral

A) *Trasmisión de inmuebles por contrato.* El sistema de la transmisión de la propiedad aceptado por el Código Civil de Vélez tuvo importantes derivaciones en materia de inmuebles con la creación del Registro de la Propiedad en la Capital y en las provincias, pues sus respectivas leyes orgánicas de tribunales exigieron la inscripción en el Registro para que los derechos reales tuvieran efecto contra terceros.

En este sentido el artículo 239 de la ley orgánica de la Capital Federal, reproducido por las leyes provinciales, establecía: "Sin perjuicio de lo dispuesto por el Código Civil respecto de las hipotecas, los actos o contratos a que se refiere la presente ley, sólo tendrán efecto contra terceros desde la fecha de su inscripción en el Registro".

Estas leyes fueron derogadas por la ley 17.801 del año 1968, sobre

los Registros de la Propiedad Inmueble, en concordancia con la reforma del artículo 2505, llevada a cabo por la ley 17.711, algo anterior pero del mismo año.

En materia de inmuebles sigue rigiendo la ley 17.801 sobre el Registro de la Propiedad Inmueble. El artículo 2° considera que la inscripción de la transferencia de inmuebles es un requisito de oponibilidad; se necesita la inscripción para que la transferencia produzca efectos contra terceros. Pues bien, la inscripción registral, que es perfeccionadora, no suple a la tradición o modo; la tradición se requiere para que la transferencia produzca efectos entre partes.

El nuevo Código sin afectar estos aspectos esenciales, ha modificado el artículo 2° de la ley 17.801 y el artículo 2505 del Código.

El artículo 2° modificado expresa: "De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1890, 1892, 1893 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación, para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de esta ley, en los mencionados Registros se inscribirán o anotarán, según corresponda, los siguientes documentos: a) Los que constituyan, trasmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles..."

El contenido del artículo 2505 se ha trasladado —con menor precisión— al artículo 1893, párrafo 1° del nuevo Código que, en términos genéricos, expresa: "La adquisición o transmisión de derechos reales [...] no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente". Y el párrafo 2° agrega: "Se considera publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión, según el caso". Se deduce que en materia de bienes muebles (excluidos los automotores) basta la posesión, que corresponde a la tradición o modo. Y que en materia de inmuebles se requiere además la inscripción registral.

La idea central que queremos remarcar es que estas transferencias inmobiliarias se producen como consecuencia de un contrato celebrado entre el enajenante y el adquirente. La transferencia se produce cuando median el título (por ej.: compraventa) y la tradición. Y se "perfecciona" con la inscripción registral, por virtud de la cual se adquiere un derecho real con efectos *erga omnes*.

Si la transmisión no se inscribe a nombre del adquirente, no es oponible al tercero (caso típico, el acreedor). Es como si no se hubiera producido la transferencia con respecto al tercero. Para ese tercero, cuyo deudor es el enajenante, como la transmisión se tiene por no realizada, sigue siendo propietario del inmueble transferido pero no inscrito, y como consecuencia puede ser embargado.

Corresponde aclarar que, según el artículo 5º de la ley registral, las escrituras públicas que se presenten al Registro dentro del plazo de 45 días se consideran registradas a la fecha de la instrumentación. Por eso, lo expuesto precedentemente sobre las transmisiones instrumentadas pero no inscritas, sólo cabe referirlas a las presentadas al Registro después de los 45 días de su otorgamiento.

B) *Trasmisión de inmuebles por sucesión "mortis causa"*. Las transmisiones por sucesión *mortis causa* difieren de lo expuesto sobre las transmisiones por contrato. Ya hemos dicho que el heredero adquiere los bienes del causante al momento de su muerte, sin necesidad de tradición. La pregunta a realizar apunta directamente al supuesto de que en la sucesión existan bienes inmuebles, los cuales acaban inscribiéndose a nombre del heredero: ¿Qué papel cumple aquí la inscripción? ¿Es necesaria esa inscripción para que el adquirente (heredero) perfeccione la transferencia? ¿La no inscripción del acto trasmitivo por sucesión es inoponible al tercero?

De antemano, afirmamos que la inscripción del inmueble no es necesaria para que el dominio que adquiere el heredero sea un dominio perfecto, aunque no publicitado.

La inscripción a que se refiere el artículo 1893 del nuevo Código y el artículo 2º de la ley registral, presuponen un contrato de finalidad traslativa, y por eso no es aplicable al caso de la sucesión. Los citados artículos, desde luego derogaron en materia de inmuebles el artículo 3417 (hoy 2280) y concordantes que sustentan nuestro sistema de adquisición hereditaria *ipso iure*. La adquisición por sucesión no requiere un título traslativo, sino un hecho jurídico, cual es la muerte de una persona, aunque la constancia de ésta llegue al Registro a través de la partición notarial o del auto judicial de aprobación de la partición.

La inscripción del inmueble trasferido por sucesión sirve de publicidad, pero no es requisito de inoponibilidad frente a terceros. La publicidad que otorga la inscripción resulta innegable. Esa publicidad es común a todas las transmisiones inmobiliarias. En cambio la inscripción registral carece del efecto de inoponibilidad que tiene en las transmisiones por contrato. No se puede decir que la transmisión efectuada por vía de sucesión *mortis causa* no es oponible al tercero (acreedor) si no está registrada, como si la transmisión no se hubiera efectuado, pues en ese caso el responsable ante el acreedor sería la persona muerta, y esto es un despropósito. Por el contrario, aunque la adquisición del inmueble a favor del heredero no se hubiera inscripto en el registro, el acreedor podría dirigirse contra el heredero, tomando las medidas que le correspondan. No podría defenderse el heredero argumentando que su transferencia no estaba inscripta.

La inscripción registral en las adquisiciones inmobiliarias por sucesión sería una adquisición "meramente declarativa", que asume el papel de simple medio exteriorizador o de publicidad de una transferencia ya operada en la realidad extrarregistral. En otras palabras —como dice Roca Sastre⁴⁴— la inscripción no hace más que declarar un cambio jurídico patrimonial que ha tenido lugar fuera del Registro. Por ello, la inscripción declarativa es más bien rectificadora del contenido registral, por cuanto lo pone de acuerdo con la realidad extrarregistral.

En cambio, la inscripción "perfeccionadora" tiene lugar en las adquisiciones derivadas de negocios jurídicos entre vivos, o sea, en los actos de tráfico jurídico, que son los que clásicamente necesitan del complemento de la tradición, y no en las adquisiciones hereditarias. Éste es el criterio de nuestra legislación, como también el de la francesa, la italiana y la española.

También es aplicable a las legislaciones, como la alemana y la suiza, en las que la inscripción es "constitutiva" del derecho real: sin ella, no hay derecho real sino sólo un derecho de crédito. Según el artículo 656 del Código Civil suizo: "la inscripción en el Registro Inmobiliario" es necesaria para la adquisición de la propiedad inmueble.

⁴⁴ ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario* cit., t. I, p. 152.

Quien adquiere un inmueble por ocupación, *sucesión*, expropiación, ejecución forzosa o sentencia, deviene en todo caso propietario antes de la inscripción...”

194. La transmisión por contrato y por sucesión en materia de automotores: función de la inscripción en el Registro de Propiedad del Automotor

El nuevo Código ha respetado la legislación sobre el Registro del Automotor. El decreto-ley 6582, del año 1958, ratificado por ley 14.467, creó el Registro de Propiedad del Automotor. El artículo 1° expresa: “La transmisión del dominio de los automotores deberá formalizarse por instrumento público o privado y sólo produce efecto entre las partes y con relación a terceros desde la fecha de la inscripción en el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor”.

Estamos ante un supuesto de inscripción constitutiva, que implica que el adquirente del automotor se hace propietario de él con la inscripción en el registro; antes de la inscripción no es más que un mero acreedor. Cuando la transferencia se efectúa por contrato, la inscripción sustituye a la tradición. El adquirente se hace propietario por la inscripción, que, desde luego, presupone un contrato de finalidad traslativa.

Las normas contenidas en la Ley del Registro del Automotor se refieren al supuesto de que la transmisión se realice por contrato. Esto surge del conjunto del decreto-ley y, en especial, del artículo 15, que establece que “la inscripción en el Registro de la transferencia de la propiedad del automotor, podrá ser peticionada por cualquiera de las partes”.

El artículo 1° dice claramente que, mientras no se inscribe la transferencia, no se adquiere el dominio del automotor. Aplicado al heredero resultaría que éste no sería propietario mientras no se inscriba la transferencia del automotor que se le adjudicó en la partición. Y mientras tanto, ¿quién será el propietario? Si la inscripción del automotor sigue siendo constitutiva en el caso de sucesión, el propietario sería la persona que murió, y eso es un despropósito. Decir que la cosa no le pertenece a nadie, que es una *res nullius*, con todas las consecuencias que esto

implica, sería otro despropósito. Y ni cabría hablar de efecto retroactivo, pues éste es negado especialmente en el artículo 1º del decreto-ley, que se refiere a los efectos de esta transmisión “desde la fecha de su inscripción” en el Registro. Por eso, consideramos que el artículo 1º del decreto-ley no derogó todo el sistema de adquisición *ipso iure* de la herencia, sino que lo respetó: de lo contrario caeríamos en resultados inaceptables. Sucede aquí algo similar a lo que ocurre en materia de inmuebles adquiridos por sucesión.

Esto no quiere decir que cuando media sucesión no se puede inscribir la transferencia. Muy por el contrario, la inscripción se impondrá. En ese caso, el juez de la sucesión suscribirá con su firma los formularios tipo, a los que hace alusión el artículo 13 del decreto-ley, como si fuera el enajenante. Éste es el alcance que le damos al artículo 14, que necesariamente debemos desligar del efecto constitutivo de la inscripción. Ese artículo 14 menciona, entre otros, la transferencia por orden judicial, pero lo hace en nuestra opinión a los efectos de cumplimentar la solicitud tipo, pero no va más allá.

En este caso, la inscripción no tiene carácter constitutivo, sino meramente declarativo. El heredero que se subroga en la posición jurídica del causante, adquiere los bienes sucesorios —incluyendo los automotores— desde la muerte del causante.

CAPÍTULO VIII

VOCACIÓN REFERIDA: EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN

SUMARIO: 195. Vocación referida. 196. El derecho de representación: concepto. 197. Su regulación en el Código Civil. 198. Diferencia con la representación general. 199. Procedencia terminológica. 200. Fundamento. 201. Antecedentes históricos. 202. Naturaleza jurídica. 203. Parientes que gozan del derecho de representación: grupos. 204.A) Parientes en línea descendente. 205.B) Parientes en línea colateral. 206. Parientes que carecen de derecho de representación. 207. Supuestos de concurso representativo. 208. Supuesto de una sola estirpe. 209. Presupuestos objetivos del derecho de representación. 210. Presupuestos subjetivos del derecho de representación. 211. Efectos de la representación. 212. La representación en la sucesión testamentaria: orientaciones. 213. La representación en la sucesión testamentaria en el nuevo Código. 214. La representación testamentaria en la línea descendente: fundamento y extensión. 215. La representación testamentaria en la línea colateral: fundamento y extensión.

195. Vocación referida

Decimos que hay vocación referida en aquellos supuestos en que el llamamiento de ciertos herederos se hace "con referencia" a la posición jurídica que hubieran ocupado otros herederos, pero que por circunstancias diversas no efectivizaron tal ocupación. Cuando la vocación es referida a otra posición hereditaria por disposición de la ley, estamos ante el derecho de representación, y cuando lo es por voluntad del causante expresada en testamento, se produce la sustitución vulgar¹.

¹ En nuestra opinión, los únicos casos de vocación referida se dan en el derecho de representación y en la sustitución vulgar; no creemos por eso que haya vocación referida en el llamamiento de los herederos *ab intestato* a consecuencia de la caducidad

En estos casos no se puede decir con propiedad que el representante o el sustituto tengan vocación indirecta, precisamente porque el llamamiento procede directamente del causante, y no de aquella persona intermedia cuya vocación ha fallado, sea *ab origine* (por ej.: premo-riencia), sea después de la apertura de la sucesión (por ej.: renuncia). Es cierto que el "contenido" de la vocación del representante o del sustituto depende de la posición del sujeto intermedio; en ese sentido podrá decirse que dicho contenido, de carácter objetivo, se determina en forma indirecta, teniendo presente la posición de la persona intermedia, pero eso no autoriza a afirmar que hay vocación indirecta, elemento de contenido eminentemente subjetivo.

Los autores que se ocupan del problema aceptan el fenómeno como lo hemos expuesto, admitiendo que en estos casos el llamado sucede directamente al causante. Las diferencias entre ellos son, en general, más bien terminológicas, pues a los términos empleados —vocación directa o vocación indirecta— le dan el mismo contenido².

Cefiaremos nuestro estudio en esta parte al caso más típico de vocación referida, que es el derecho de representación.

196. El derecho de representación: concepto

La esencia del derecho de representación está en que los derechos sucesorios de ciertos herederos (representantes) se determinan por referencia al grado, calidad parental y cuantía que hubieran tenido otros herederos (representados), que los hubieran excluido de haber heredado.

El contenido de la vocación del representante se determina, pues,

del testamento, ni en la resolución de disposiciones testamentarias por incumplimiento de cargos, ni en el acrecentamiento, etc. La expresión "vocación referida" la ideamos en nuestro *Derecho de Sucesiones*, en 1978. Después, algunos autores aceptaron esta terminología.

² Cicu (*Derecho de Sucesiones* cit., p. 129) habla de vocación directa. En cambio, Messineo (*Manual de Derecho Civil y Comercial* cit., 1956, t. VII, p. 305) califica esta vocación como indirecta. En el mismo sentido, Lacruz (*Derecho de Sucesiones* cit., p. 188) acepta la expresión vocación indirecta "porque en cierto sentido se refiere a otra vocación, a la que podríamos llamar directa, que ha fallado [...] Pero aún inexistente, el elemento objetivo de esta vocación fallida sirve para que la ley determine el contenido de la vocación efectiva".

por el grado, calidad parental y cuantía que hubiera tenido el representado. El grado que mencionamos es el grado de parentesco; la calidad parental se refiere a la circunstancia de ser descendiente biológico o adoptivo, o, en especial, ser hermano bilateral o unilateral del causante. La cuantía es la porción hereditaria que le hubiere podido corresponder. La cuantía depende del grado y de la calidad parental, como también del número de coherederos con quienes hubiera concurrido.

Los representados son aquellos cuya vocación falla, sea *ab origine* (caso de premoriencia), sea después de la apertura de la sucesión (caso de renuncia o de indignidad). Los representados son en nuestro Derecho los hijos o descendientes del causante y sus hermanos. Los representantes son los descendientes de los representados, que adquieren la herencia precisamente porque aquéllos han fallado.

Es crucial para comprender acabadamente el instituto representativo distinguir lo que en él es fundamental y lo que es accesorio. Lo fundamental es precisamente lo que hemos dicho, es decir, heredar con referencia a la posición jurídica que hubiera tenido el representado. A la muerte del causante hay una vocación que falla, la del representado: entonces los representantes heredan en su lugar, ejerciendo los derechos hereditarios directamente por disposición de la ley. Esta esencia del fenómeno representativo es puesta de relieve por la doctrina más moderna³. Lo accesorio del derecho de representación que puede o no existir según los casos, es que se dé el concurso de herederos de grado desigual (ya veremos cómo la representación también tiene lugar cuando sólo existan herederos de igual grado) y que la herencia se divida por estirpes (también analizaremos los casos en que la división por estirpes no resulta necesaria o resulta imposible).

197. Su regulación en el Código Civil y Comercial

El nuevo Código Civil no define el derecho de representación; se limita a determinar las personas que suceden por representación y cuáles son los efectos de la institución (arts. 2427, 2439 y 2428).

³ MARTÍNEZ CALCERRADA, L., *La representación en el Derecho Sucesorio*, Pamplona, 1966, p. 175; LACRUZ, ob. cit., p. 190.

Sólo concede el derecho de representación a los descendientes de hijos del causante, ilimitadamente, y a los descendientes de hermanos del causante hasta el cuarto grado.

198. Diferencia con la representación general

La representación del Derecho Sucesorio es una institución diferente de la representación que se estudia en la Parte General del Derecho Civil, no obstante su identidad terminológica, originada porque en ambas instituciones una persona actúa en lugar de otra.

En efecto, en la representación general se requiere que una persona (representante) actúe por cuenta y a nombre de otra (representado). En cambio, el derecho de representación sucesoria es una institución *ope legis* en la cual el representante actúa por cuenta propia y a nombre propio; su derecho a la herencia lo recibe directamente de la ley, y no del representado.

De esta diversidad conceptual se derivan profundas diferencias⁴:

a) La representación general hace surtir efectos respecto del patrimonio del representado, cosa que no sucede en la representación sucesoria.

b) La representación general presupone la existencia simultánea del representante y representado, supuesto que normalmente no se da en la representación sucesoria.

c) En la representación general el representante suple la voluntad del representado, ya porque es incapaz (representación legal) o porque le ha conferido esa facultad (representación voluntaria). En la representación sucesoria, en cambio, el representante actúa directamente por sí, con efectos exclusivos respecto de su patrimonio.

199. Procedencia terminológica

El término "representación" utilizado en el Derecho Sucesorio carece de propiedad y precisión, y encuentra su origen en la época medieval.

⁴ NEPPI, *La rappresentanza nel Diritto Privato moderno* cit., p. 50; LACRUZ, ob. cit., p. 189.

En el Derecho Romano, bajo el imperio de la Ley de las XII Tablas, componían el primer orden sucesorio *ab intestato* los *heredes sui*, que eran los que estaban sometidos directamente a la potestad del *pater*. Cuando el primer orden sucesorio encerraba el concurso de hijos y nietos de padre premuerto, los primeros (hijos) sucedían *in capita*, es decir, en porciones hereditarias iguales; los segundos (nietos con padre premuerto) adquirirían lo que a su padre le hubiera correspondido de haber vivido, esto es, sucedían *in stirpes*, hablándose de *successio per stirpem*; las fuentes entonces decían que dichos nietos sucedían *in locus parentis*, sin referencia alguna al concepto de representación. En el Derecho justiniano se aceptó la locución *successio per stirpem* en la Novela 118. Pero tampoco en esta época se utilizó el término "representación".

Fueron los intérpretes medievales, en un lamentable afán de aplicar la analogía a los conceptos, los que empezaron a utilizar la expresión *ius repræsentationis*, en vez de *successio per stirpem*, como si los nietos del causante fueran llamados por la ley representando a su padre premuerto. Este pensamiento, como dice Martínez Calcerrada⁵, estaba además en contradicción con la idea contenida en la Novela 118, que al establecer los distintos órdenes sucesorios hacía el llamamiento "directo" de todos los descendientes.

La frase *ius repræsentationis*, tan poco adecuada a la realidad jurídica, adquirió arraigo terminológico en el Derecho común, y de ahí pasó a los Códigos modernos de raíz latina. En esta corriente se halla el Código Civil italiano, que utiliza el nombre de *rappresentazione*, reservando para la representación como negocio jurídico el término *rappresentanza*, que aunque diferente tiene la misma raíz que aquél. El Código francés, el español y en general los latinoamericanos, entre los que figura el nuestro, utilizan la misma expresión para los dos institutos.

Con todo, se observa una tendencia levemente diferenciadora en la terminología de ambas figuras jurídicas, al llamar derecho de representación a la institución del Derecho Sucesorio y representación (a secas) a la otra, tendencia que estimamos acertada por ser ante todo

⁵ Ob. cit., p. 8.

la representación sucesoria un derecho para el heredero, cosa que no ocurre en la representación como negocio jurídico⁶.

200. Fundamento

Nos limitaremos a esbozar las dos teorías más relevantes, la objetiva y la subjetiva. Estas teorías que no son excluyentes, basándose principalmente en la causa clásica de la premuerte, explican acabadamente el fundamento del derecho de representación.

La teoría objetiva, defendida en España por Castán⁷, funda el derecho de representación en consideraciones objetivas de orden familiar y humanitario. Desde el punto de vista familiar, la representación tiene la misma finalidad que la de la sucesión por estirpes, o sea, la de proteger los vínculos de familia asegurando la participación igualitaria de las estirpes. Desde el punto de vista humanitario, la representación satisface un sentimiento de piedad, tratando de reparar el perjuicio que la muerte prematura del padre podría originar al huérfano, al unir el dolor de haberlo perdido al de excluirlo de los bienes que habría heredado si hubiera vivido. Era la idea contenida en la nota al artículo 3549: "La representación ha sido imaginada a fin de reparar, en interés de los hijos, el mal que les ha causado la muerte prematura del padre". Destacamos que en las consideraciones objetivas a que se refiere Castán, no está ausente la presunta voluntad del causante⁸.

La teoría subjetiva funda el derecho de representación en la voluntad presunta del causante. Lacruz⁸ considera que la institución tiene un fundamento subjetivo, al dar a los bienes el destino más conforme con la presunta voluntad del causante, quien —mientras no se demuestre lo contrario— es de suponer que desea igualar las estirpes. Pero el autor no desecha el doble fundamento objetivo al que nos hemos referido.

El derecho de representación no hace más que complementar las normas básicas de la sucesión intestada, creando una excepción al

⁶ MAZEAUD, Henri y Léon, *Lecciones de Derecho Civil*, Buenos Aires, 1964, partes III y IV, ps. 97 y 98, en nota del traductor Luis Alcalá Zamora y Castillo.

⁷ *Derecho Civil español, común y foral cit.*, t. VI, p. 101.

⁸ *Ob. cit.*, p. 190.

principio que establece que el heredero más próximo en grado excluye al más remoto. La representación entra a jugar, desde los tiempos más remotos, cuando el hijo premuere al causante, otorgando derechos hereditarios a los hijos del hijo premuerto. Esta variante se funda, como toda la regulación de la sucesión intestada, en la presunta voluntad del causante, según la cual "los nietos reemplazan en el corazón del abuelo al hijo que perdió". Este fundamento subjetivo se complementa con los dos aspectos objetivos que hemos mencionado: a) la participación igualitaria de las diferentes estirpes: parece natural que el sentimiento del abuelo hacia sus nietos sea de igual intensidad que el sentimiento hacia sus hijos; b) el perjuicio que sufriría el hijo del hijo premuerto si al premorir su padre no pudiera heredar al abuelo: el derecho de representación repara el perjuicio haciendo que herede al abuelo en la proporción que hubiese heredado su padre de no haber muerto.

Estos fundamentos son válidos igualmente en la línea colateral, cuando premuere un hermano dejando hijos. La presunta voluntad del causante se dirige a los hijos del hermano premuerto antes que a los otros hermanos, en la parte que le hubiera correspondido al hermano premuerto.

La voluntad presunta del causante no pierde su vigencia porque en determinados casos tal voluntad sea diferente de la solución legal, o porque no se pueda hablar de ella por no existir voluntad (caso de dementes causantes), pues la labor legislativa se justifica siempre cuando la norma contiene la regulación del modo habitual en que ordinariamente se manifiesta el proceder de los hombres.

201. Antecedentes históricos

El origen del derecho de representación, como figura netamente jurídica, se encuentra en el Derecho Romano.

En la Ley de las XII Tablas se aplicaba como consecuencia del llamamiento de los *heredes sui*, que eran los que estaban sometidos en forma directa a la potestad del *paterfamilias* (hijos, nietos del padre premuerto, etc.). Al *pater* que moría intestado lo sucedían sus hijos, y si alguno de ellos había premuerto, los hijos de éste sucedían tomando

el lugar de su padre premuerto y recibiendo en conjunto (*per stirpem*) lo que al padre premuerto le hubiera correspondido.

En el Derecho pretoriano el derecho de representación se aplicó en el llamamiento de los *unde liberi* con el mismo mecanismo que hemos visto en los *heredes sui*.

En el Derecho justiniano se amplió el concepto de representación en cuanto a los beneficiarios de ella, ya que se extendió en la línea colateral a los hijos de los hermanos premuertos del difunto (Novela 118).

El Derecho germánico no admitió el derecho de representación en la forma romana, porque la sucesión intestada se defiere siguiendo el sistema de parentelas, que supone un llamamiento jerárquico de los diferentes linajes surgidos del causante⁹. Lo esencial en el sistema de parentelas es que son llamados sucesivamente a la herencia las distintas parentelas, de manera que la existencia de un solo miembro en una de ellas excluye a cualquier miembro de la parentela siguiente, aunque esté colocado en un grado más próximo respecto del causante.

En el primitivo Derecho germánico, como expresa Fliniaux¹⁰, se siguió el sistema parentelar en su forma "lineal gradual". Se aplicó la proximidad gradual no sólo entre los autores de cada parentela, sino también entre sus miembros respectivos, de tal forma que siempre el pariente más próximo excluía al más remoto, sin dar posibilidad al derecho de representación.

Posteriormente los derechos nacionales de ascendencia germanista admitieron el sistema de parentelas en la forma "lineal pura". Sólo se aplicó el principio de preferencia de línea constitutiva de la parentela, de tal forma que la proximidad de grado admitió excepciones. Así, los parientes de grado ulterior heredaban (por *estirpe*) lo que le hubiese correspondido a su ascendiente premuerto, siempre que todos ellos estuvieran en la misma parentela. Con ello se dio cabida a lo que los códigos latinos llaman derecho de representación, hasta el infinito.

⁹ La primera parentela está constituida por los descendientes, la segunda por los padres del causante y sus descendientes, la tercera por los abuelos del causante y sus descendientes, la cuarta por los bisabuelos del causante y sus descendientes.

¹⁰ FLINIAUX, A., *Le système des parentèles comme mode de dévolution de la succession abintestat*, Paris, 1906, p. 17.

Con esta modalidad se logran efectos semejantes a los de la representación romana, y es admitida en los Códigos de origen germánico (Código Civil alemán, arts. 1924 a 1926; Código Civil suizo, arts. 457 a 460; Código Civil austríaco, arts. 730 y ss.; etc.).

Las Siete Partidas copiaron el ordenamiento romano de Justiniano. En la línea descendente la representación se daba sin límites; en la colateral sólo alcanzó a los hijos de hermanos. La única causa representativa era, como en el Derecho Romano, la premuerte del ascendiente; en consecuencia, no se podía representar al desheredado, al indigno, ni al repudiante. La representación era excluida en la línea ascendente.

Este ordenamiento, recogido con leves variantes de interpretación en otros cuerpos legales españoles (Leyes de Toro, Nueva Recopilación, etc.), es el que estuvo vigente en nuestro país hasta la sanción del Código Civil.

202. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica del derecho de representación es un problema controvertido que se ha profundizado en la doctrina extranjera, especialmente en la italiana. Expondremos las principales teorías formuladas al respecto:

1) *Teoría de la ficción*. Esta teoría admite dos modalidades:

a) Según unos autores, la ley finge que el llamado por representación es de grado más próximo. Llama al representante a la sucesión sobre la base falsa de ocupar un grado de parentesco que en realidad no le corresponde (no sería una ficción si se reconociese que, aun dentro de su grado, ciertos descendientes tienen derecho de suceder en la herencia en concurrencia con otros parientes de grado más cercano). O sea, la ley viene a crear ficticiamente y sólo a efectos hereditarios, un pariente de grado mejor del que realmente tiene, para poder concurrir por este artificio igualitario con los otros herederos de grado preferente. Es la posición de Pothier¹¹, claramente expresada en su concepto del derecho de representación, que lo define como "una ficción de la ley,

¹¹ *Traité divers sur les successions*, Paris, 1812, t. I, p. 130.

por la cual los hijos son aproximados y colocados en el grado de parentesco que ocupaba su padre o madre, cuando se encuentre vacante, para suceder al difunto en su lugar con los otros hijos del difunto". Dicha postura fue aceptada por el artículo 739 del Código Civil francés, al considerar la representación como una "ficción de la ley que tiene por efecto poner al representante en el lugar, en el grado y en los derechos del representado".

b) Según otros autores, como Baudry-Lacantinerie¹², la ficción de la representación consiste en fingir que el representado existe hasta la muerte del causante, adquiriendo los derechos y haciéndolos pasar a sus descendientes.

La objeción de la doctrina a la teoría de la ficción es prácticamente unánime. Planiol y Ripert¹³ censuran la teoría expresando que la idea de la ficción es inútil para justificar una excepción que el legislador ha impuesto en los principios normales sucesorios, que propugnan la exclusividad de la preferencia en grado a la hora de elegir a los herederos. Por otra parte, resulta inexacto que el representante adquiera los derechos para transmitirlos a sus descendientes; la ley, como expresa Lacruz¹⁴, se refiere al representado con el fin de determinar la medida de los derechos del sucesor, pero no para atribuirle un derecho que nunca ha tenido.

2) *Teoría de la subrogación.* Betti construye la naturaleza jurídica del derecho de representación como una aplicación del concepto de subrogación¹⁵. Para él la subrogación en una acepción amplia es el ingreso de un sujeto en la posición jurídica ocupada anteriormente por otro, o, al menos, en la posición jurídica que a éste se destinaba. La subrogación para Betti supondría, pues, tomar el lugar de otro, tanto en el caso de que dicho lugar fuera ocupado efectivamente por ese otro, como en el supuesto de que la ocupación sólo fuera virtual. En la representación sucesoria hay subrogación en la segunda de las mo-

¹² *Delle successioni*, trad. y notas de Bonfante, Milano, vol. I, p. 362.

¹³ *Tratado teórico-práctico de Derecho Civil francés*, t. IV, *Sucesiones*, trad. de M. Díaz, La Habana, ps. 80 y 81.

¹⁴ Ob. cit., p. 190.

¹⁵ *Sulla natura giuridica della girata dei titoli all'ordine*, en *Rivista di Diritto Commerciale*, vol. 25, año 1927.

dalidades expuestas, pues el subrogado no ocupó su posición jurídica efectivamente, sino virtualmente, pero con ello le bastó para que el subrogante tomara el lugar destinado al subrogado.

La crítica que se le hace a la teoría de Betti¹⁶ radica en la dudosa validez del concepto amplio de subrogación propuesto por este ilustre jurista. La subrogación en ese sentido amplio encierra realidades distintas y heterogéneas, pues son fenómenos diversos ocupar una situación jurídica que a otro le pertenecía (es el caso típico de subrogación) y el de tomar una situación jurídica que a otro estaba reservada, pero que nunca fue de él, que es a lo que equivale esa ocupación virtual.

3) *Teoría de la sustitución "ex lege"*. Según esta teoría, seguida por la mayor parte de la doctrina extranjera¹⁷, la representación hereditaria tiene la misma naturaleza que la sustitución vulgar, radicando la única diferencia en que en esta última el sustituto recibe la herencia por designación expresa del testador, en tanto que en el derecho de representación la recibe por designación de la ley. Es la ley la que llama a la stirpe en sustitución de la persona que, llamada a la sucesión en primer lugar, falta a ella.

Aceptamos esta teoría por entender que es la que mejor explica la representación sucesoria: si el testador, previendo un posible evento, efectúa otro llamamiento subsidiario para el caso de que dicho evento se produzca y no puede recibir la herencia el primer llamado, nos encontramos ante el supuesto de una sustitución vulgar. No hay razón para no considerar como sustitución la representación sucesoria, con la cual se obtienen idénticos resultados.

203. Parientes que gozan del derecho de representación: grupos

Para determinar las personas que gozan del derecho de representación es necesario agruparlas atendiendo a su parentesco con el causante. De esta forma analizaremos sucesivamente los beneficiarios del derecho de representación en la línea descendente y en la línea colateral.

¹⁶ COVIELLO, *Successioni legittime e necessarie*, Milano, 1938, ps. 99 y ss.; MARTÍNEZ CALCERRADA, ob. cit., p. 131.

¹⁷ Coviello, De Ruggiero, Manresa, Royo Martínez, etc.

204.A) Parientes en línea descendente

A) *Justificación de la representación.* La representación sucesoria se admitió en la línea recta descendente antes que en ninguna otra. Es más, el derecho de representación nació precisamente para evitar las funestas consecuencias que podrían darse si, en el secular caso de premoriencia del hijo, no existiera una institución que evitara el abandono de su prole huérfana. Fornieles¹⁸ dice al respecto que está en el orden de la naturaleza que las personas de más edad fallezcan antes que las jóvenes y los bienes vayan pasando de una a otra generación. Pero sucede a veces que el hijo muere antes que el padre y que como no ha podido heredarlo, nada transmitirá a sus propios hijos, los cuales, si nos atuviéramos al principio de que el heredero más próximo en grado excluye al más remoto, se verían desplazados por los otros hijos del abuelo que le hayan sobrevivido, lo cual sería injusto y contrario a las afecciones naturales. Precisamente para remediar este mal surgió la representación sucesoria. Y agrega Treilhard¹⁹ que una ley que excluyera la representación en la línea recta descendente sería una ley impía y antinatural, pues el afecto al nieto huérfano no es menor que el afecto al hijo. No es de extrañar, por eso, que todas las legislaciones de filiación latina admitan unánimemente la representación en la línea recta descendente.

B) *Alicance en el grado.* La representación se admite sin término en la línea recta descendente (art. 2427, Cód. Civ. y Com.). De ahí que se pueda representar a varias personas, siempre que hubieran muerto todas las que separan el representante del causante (art. 2428, párr. 1º, última parte, Cód. Civ. y Com.). Por ejemplo, el bisnieto puede presentarse a la herencia de su bisabuelo en representación de su padre y de su abuelo.

C) *Los representantes ante el parentesco.* Hay que distinguir parentesco biológico o de consanguinidad y parentesco por adopción. Veamos:

1) *Parentesco biológico o por consanguinidad.* Los parientes que gozan del derecho de representación son los nietos (de padres pre-

¹⁸ Ob. cit., t. II, N° 8.

¹⁹ *Exposé des motifs*, N° 14 (LOCRÉ, ob. cit., t. V, p. 94).

muertos), bisnietos (de padres y abuelos premuertos), tataranietos (de padres, abuelos y bisabuelos premuertos) etcétera. De ahí que se pueda representar a varias personas, siempre que hayan muerto todas las que separan al representante del causante (art. 2428 del Cód. Civ. y Com.).

La representación es admitida sin término en la línea recta descendente (art. 2427, Cód. Civ. y Com.).

La ley 23.264 suprimió toda distinción entre familia legítima y familia ilegítima y, por consiguiente, entre los parientes de una y otra. El artículo 240, párrafo 2º del Código Civil de Vélez decía: "La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código". El nuevo Código, en el artículo 558 dispone que la filiación por naturaleza surte los mismos efectos, así como la filiación por adopción.

2) *Parentesco por adopción.* La ley 24.779, sancionada el 28 de febrero de 1997, derogó la ley 19.134 e incorporó sus preceptos al Código Civil (arts. 311 a 340). El nuevo Código, al igual que el Código anterior, distingue entre adopción plena y adopción simple (art. 619, incs. a, y b), de trascendencia en materia sucesoria.

La adopción plena le confiere al adoptado la condición de hijo (art. 620, Cód. Civ. y Com.), creándose un parentesco, al igual que el de sangre, entre el adoptado y la familia del adoptante. Como consecuencia, el derecho de representación se da en los mismos casos y con igual intensidad que en el parentesco por consanguinidad (art. 2427).

La adopción simple se rige por las normas del Derecho Sucesorio (art. 627, inc. e), pero éstas, en la línea descendente, son iguales a las que regulan la adopción plena. El artículo 2430 expresa: "El adoptado y sus descendientes tienen los mismos derechos hereditarios que el hijo y sus descendientes por naturaleza y mediante técnicas de reproducción humana asistida". Pero no heredan en la sucesión de los ascendientes del adoptante.

205.B) Parientes en línea colateral

A) *Justificación de la representación.* La representación en la línea colateral fue admitida por primera vez en el Derecho justinianeo en la Novela 118, limitándola a los hijos de los hermanos premuertos.

Las razones que abonan este criterio restrictivo que ciñe la representación a los hijos o, a lo más, a los descendientes de hermanos, y no a otros colaterales, se encuentran en el orden de la naturaleza, que hace, como dice Chabot²⁰, que la persona que no tiene hijos y que ha perdido a su hermano dirija naturalmente su cariño hacia los descendientes de ese hermano; este afecto, en cambio, no se daría tratándose de la descendencia de cualquier otro pariente distinto del hermano.

El nuevo Código Civil, al igual que el Código de Vélez, admite la representación en la línea colateral en favor de los descendientes de hermanos (art. 2439), dando así una mayor amplitud que el Derecho justinianeo, que la limitaba a los hijos de hermanos.

B) *Alcance en el grado.* La representación en la línea colateral, con la extensión que le reconoce el Código Civil y Comercial, no tiene alcance ilimitado, pues sólo se extiende hasta el cuarto grado. Esta limitación aparece en el artículo 2439 que expresa: "Los colaterales de grado más próximo excluyen a los de grado ulterior, excepto el derecho de representación de los descendientes de hermanos, hasta el cuarto grado en relación al causante..." Quiere decir, pues, que la representación en la línea colateral sólo tendrá lugar en favor de los hijos de hermanos y de los nietos de hermanos del causante, pues más allá se supera el cuarto grado impuesto como tope por la ley.

C) *Los representantes ante el parentesco.* Hay que distinguir entre el parentesco por consanguinidad y por adopción:

1) *Parentesco por consanguinidad.* El nuevo Código, como hemos dicho, admite la representación en la línea colateral en favor de los descendientes de hermanos.

La representación en la línea colateral, con la extensión que le reconoce el Código Civil y Comercial, no tiene alcance ilimitado en el grado, pues sólo se extiende hasta el cuarto grado. Esta limitación la establece el mismo artículo 2439.

2) *Parentesco por adopción.* ¿Hay derecho de representación en

²⁰ Cit. por SCAEVOLA, *Código Civil comentado y concordado* cit., t. XVI, p. 299.

favor de los descendientes de los hermanos por adopción simple? En el nuevo Código Civil los hermanos por adopción simple no tienen vocación entre sí, y por ello no hay derecho de representación para los descendientes de esos hermanos.

El nuevo Código los omite en el Capítulo 5 del Título IX, como consecuencia no tienen derechos hereditarios (arg. art. 620, Cód. Civ. y Com.).

206. Parientes que carecen de derecho de representación

La representación no tiene lugar en favor de los parientes de la línea recta ascendente. La exclusión la funda la doctrina en diversas razones. Laurent²¹ sostiene que el afecto, como los ríos, desciende pero no asciende jamás. El abuelo no reemplaza en el corazón del niño al padre o madre que tuvo la desgracia de perder. Como la ley debe respetar este orden natural es por lo que la representación no debe tener lugar en la línea ascendente. Con análogos términos, García Goyena, con relación al proyecto del Código Civil español de 1851²², decía que la representación de los ascendientes es contraria al curso ordinario de los sucesos, pues no puede tener lugar sino *turbatio ordine mortalis*: parece verse en ella un río que sube a buscar su origen. En síntesis, la inadmisión de la representación en la línea ascendente viene a ser un principio consagrado en la Novela 118 de Justiniano y que ha perdurado hasta nuestros días en las legislaciones de procedencia romana. En la línea ascendente rige, pues, siempre el principio de la proximidad gradual, excluyendo el ascendiente más próximo al más remoto.

Nuestro Código se limita a regular los supuestos en que hay representación; en los casos no previstos por el legislador no hay representación. Por eso excluye la representación en la línea ascendente. El artículo 3559 del Código de Vélez, decía expresamente que "la representación no tiene lugar en favor de los ascendientes. El más próximo en grado excluye al más remoto".

Consecuentemente, tampoco tiene lugar la representación en favor

²¹ Cit. por MARTÍNEZ CALCERRADA, ob. cit., p. 156.

²² *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1891, t. I, vol. I, ps. 174 y ss.

de los descendientes de los ascendientes, como ocurre en el sistema parentelar propio del Derecho germánico (art. 1925, Cód. Civ. alemán)²³.

En la adopción simple, los hijos adoptivos y sus descendientes, no heredan a los ascendientes del adoptante, y lógicamente tampoco hay derecho de representación. En cambio, en el Código Civil derogado, el artículo 334, parte 1ª expresaba lo contrario: "El adoptado y sus descendientes heredan por representación a los ascendientes de los adoptantes; pero no son herederos forzosos". Al no ser herederos forzosos, los ascendientes podían privarlos por testamento de los bienes hereditarios, sin necesidad de expresar las causas de la desheredación.

207. Supuestos de concurso representativo

Para su análisis corresponde distinguir las siguientes hipótesis:

1) *Varias estirpes con desigualdad de grados*. En este supuesto el concurso representativo se compone de miembros que guardan con el causante grados desiguales. La herencia se dividirá por estirpes, agrupándose los parientes de ulterior grado en la estirpe de su autor común.

En la línea recta descendente supone el concurso de los nietos de padre premuerto con otros hijos del causante (es el caso secularmente reconocido desde los orígenes de la institución). El derecho de representación en esta línea está reconocido por el artículo 2427 y por el artículo 2428, al hablar este último de la división por estirpe.

En la línea colateral supone el concurso de sobrinos de padre premuerto con otros hermanos del causante. Esta solución está expresamente admitida por el artículo 2439, párrafo 1º del Código Civil y Comercial.

2) *Varias estirpes, con diferentes miembros, todos ellos en igual grado*. En este caso no se da la desigualdad gradual pero eso no es obstáculo para que la representación deje de actuar, pues mantiene el efecto de distribuir los bienes por estirpe, dando a los miembros de cada estirpe una parte igual a la que habría tocado a sus padres premuertos.

²³ CCCom. de San Rafael, 4-3-2010, AR/JUR/18494/2010; CNCiv., sala C, 11-6-2004, L. L. del 18-10-2004, p. 6; AR/JUR/2382/2004.

En la línea descendente esta solución surge de los artículos mencionados. Algunos autores han puesto en duda la justicia de la solución legal²⁴ por la mayor protección que merecen las familias numerosas, que se verían así más castigadas, ya que al dividir por estirpe, los miembros individualmente considerados de las estirpes más numerosas recibirán menos que los de las estirpes menos numerosas. No compartimos estas razones económicas completamente ajenas al funcionamiento del instituto representativo, que está basado en el nexo inmediato entre el causante y sus hijos, con independencia de que luego éstos tengan muchos o pocos descendientes. Apoyamos, pues, la solución legal, que se identifica con los precedentes históricos de la institución, por ajustarse acabadamente al concepto de la representación sucesoria.

En la línea colateral la determinación de si los sobrinos heredan por derecho propio o por derecho de representación dio lugar a una famosa polémica en la Edad Media entre Azo y Acursio. La Novela 118 de Justiniano había extendido el derecho de representación a los hijos de hermano, pero no había previsto expresamente este caso de concurso representativo. Azo sostuvo que los sobrinos heredaban por derecho propio, en tanto que Acursio se inclinó por la solución contraria, siguiendo la tesis general de la Novela 118, que es la que acepta el Código Civil y Comercial.

3) *Varias estirpes, con igualdad de miembros.* Aun en el supuesto de que todos los parientes del causante estén en el mismo grado y las estirpes se compongan del mismo número de miembros, debe igualmente actuar el derecho de representación. Aunque no se dé la desigualdad gradual, el instituto representativo puede producir consecuencias de trascendencia jurídica. Así, si alguno de los miembros de una estirpe, ya sea de la línea descendente o de la colateral, repudia su porción, ésta no acrecerá a los componentes de las otras estirpes, sino a los miembros que queden en la estirpe del renunciante (en el caso de que el renunciante a su vez no tenga descendencia). De igual modo, en la línea descendente los nietos colacionan lo donado por el causante a su padre en vida, al venir a la herencia en representación de su

²⁴ FORNIELES, ob. cit., t. II, p. 14; BORDA, *Derecho de Sucesiones*, Buenos Aires, 1970, t. II, p. 27.

progenitor (art. 2389). Ambos efectos no se darían si no se admitiera el derecho de representación.

208. Supuesto de una sola stirpe

El caso de stirpe única se da cuando teniendo el causante un solo hijo, faltando éste a la sucesión, heredan sus descendientes o su descendiente. Se trata de determinar si en tal caso se sucede *iure proprio* o *iure representationis*.

En el Derecho Romano la mayoría de los jurisconsultos consideró inaplicable el derecho de representación, por entender que éste sólo tenía lugar cuando había varias stirpes, a fin de obtener un reparto igualitario entre ellas. Pero otros, como Voet²⁵, aceptaron el derecho de representación por considerar que éste no implicaba esencialmente una forma distributiva, sino la idea de que unos herederos vienen en lugar de otros.

Consideramos que en el caso de stirpe única se debe heredar por representación. Para arribar a tal conclusión corresponde centrar el problema en la esencia del derecho de representación, cual es que los derechos sucesorios de ciertos herederos se determinan en relación con el grado, calidad parental y cuantía que hubieren tenido otros que no llegaron a heredar. Este heredar en relación con el derecho que hubieren tenido otros es lo fundamental del instituto representativo. Lo accesorio, como ya señalamos, es el concurso de herederos de grado desigual y la partición de la herencia por stirpes. Lo esencial de la representación se da en el caso de stirpe única, aunque falte lo accesorio.

No es de extrañar, por eso, que ésta sea la solución aceptada por la doctrina más moderna²⁶ y los códigos más avanzados (art. 469, Cód. Civ. italiano).

La aceptación del derecho de representación en el supuesto de stirpe única acarrea consecuencias jurídicas que no se darían si se heredara por derecho propio. Estas circunstancias se manifiestan en el

²⁵ Comentario a las Pandectas, Libro 38, Título 18.

²⁶ BORDA, ob. cit., t. II, p. 15; MARTÍNEZ CALCERRADA, ob. cit., p. 171; PERRINO, Jorge O., *Derecho de las Sucesiones*, Buenos Aires, 2011, p. 1385.

instituto de la colación. El artículo 2389, párrafo 2º dice: "El descendiente del donatario que concurre a la sucesión del donante por representación debe colacionar la donación hecha al ascendiente representado".

La colación presupone, al menos, dos herederos forzosos, uno de los cuales recibe una donación. Puede suceder que el nieto del causante, hijo de un hijo premuerto (única stirpe) concorra con el cónyuge del causante; el cónyuge tiene en el acervo hereditario la misma parte que un hijo (art. 2433). Pues bien, existiendo bienes gananciales o propios y habiendo hecho el causante una donación a su único hijo (premuerto), el cónyuge del causante tendrá derecho a exigir que el nieto colacione la donación recibida por su padre, en virtud de heredar por representación. De la misma forma, el nieto tendría derecho a exigir la colación al cónyuge del causante, si éste hubiera efectuado una donación a su cónyuge.

Esta obligación de colación o este derecho a exigir la colación sólo la tiene el nieto si hereda por representación. Si, por el contrario, el nieto hereda por derecho propio, el cónyuge del causante no podría exigir que el nieto colacionara la donación recibida por su padre, ni, a la inversa, el nieto podría exigir al cónyuge que colacionara la donación recibida en capitulaciones matrimoniales.

Todo lo dicho tiene plena validez para la línea descendente, única en que cabe hablar de herederos forzosos en el derecho de representación. El supuesto de una sola stirpe en la línea colateral no lleva consigo consecuencias especiales, por lo que resulta indiferente hablar de sucesión por representación o por derecho propio, aunque conceptualmente sea preferible lo primero.

209. Presupuestos objetivos del derecho de representación

Los presupuestos objetivos de la representación son circunstancias *de facto* referentes al representado, que provocan el llamamiento de los representantes. Estos presupuestos son los siguientes:

1) *Premuerte*. En este caso el descendiente de grado próximo o el hermano del causante faltan a la sucesión por haber premuerto: entonces sus respectivas stirpes vienen a suceder en relación con la cuantía y

grado que le hubiere correspondido al premuerto. Es éste el presupuesto por excelencia de la representación, hasta el punto de que los moldes primitivos del instituto respondieron exclusivamente a esta causa (con la evolución histórica y debido a las bondades conseguidas con la institución, se llegó a aplicar a otros supuestos diferentes de la premoriencia). Debido a la preeminencia de este presupuesto se sentó en el Derecho antiguo la máxima de que no puede representarse a una persona viva²⁷.

El caso de premuerte del representado está contemplado en el artículo 2429, párrafo 1º del nuevo Código, junto con la renuncia y la indignidad. Dice así: "La representación tiene lugar en caso de premoriencia, renuncia o indignidad del ascendiente".

2) *Conmoriencia*. El caso de conmoriencia del causante y el representado debe ser asimilado al de premoriencia. Aunque nuestra ley se coloca en el supuesto común de premoriencia (art. 2429), no hay razón suficiente para excluir el supuesto de conmoriencia contemplado en el artículo 95 del Código Civil y Comercial.

En el mismo sentido, Portas²⁸ sostenía que "nuestra ley no exige que el representado muera con anterioridad al causante, aunque por ser éste el caso más frecuente, el artículo 3557 (del Código derogado) se refiere a él en forma ejemplificativa [...] La ley requiere solamente que el representado no viva al momento de la apertura de la sucesión, y por definición en la conmoriencia se cumple este requisito". Barbero²⁹ argumenta que si según el artículo 3549 (del Código de Vélez) los hijos son colocados en el grado de su padre para suceder lo que el padre habría sucedido, es porque el padre no pudo suceder. Si muere antes, evidentemente no puede suceder, y si murieron al mismo tiempo, tampoco puede suceder, por expresa disposición del artículo 109 (hoy art. 79). En ambos casos hay derecho de representación. A esta posición se adhirieron también Zannoni³⁰ y Delfina M. Borda³¹.

²⁷ CCCom. de Mercedes, sala I, 24-8-2010, AR/JUR/51957/2010.

²⁸ *Conmoriencia y derecho de representación*, en L. L. 66-893.

²⁹ BARBERO, Omar, *Derecho de representación en caso de conmoriencia*, en J. A. 1978-II-599.

³⁰ Ob. cit., t. II, p. 22.

³¹ *Sucesiones* cit., act. por Delfina M. Borda, Buenos Aires, 2008, t. II, p. 9.

El problema no es teórico, pues la realidad nos muestra casos en los que el padre fallece al mismo tiempo que el hijo. Piénsese en los accidentes de tránsito. Los descendientes del hijo pueden representarlo en la sucesión del abuelo, pese a que no hay transmisión de derechos hereditarios entre padre e hijo. Lo que ocurre es que los descendientes del hijo reciben la herencia, en verdad, directamente del abuelo.

La jurisprudencia aceptó esta solución³².

3) *Ausencia con presunción de fallecimiento*. Supone la falta del descendiente de grado próximo o del hermano del causante por haber sido declarados presuntos fallecidos: entonces heredan los componentes de sus respectivas estirpes por derecho de representación. Este supuesto se equipara a la muerte natural por los efectos propios que produce la declaración de fallecimiento.

4) *Renuncia*. Supone la falta del descendiente de grado próximo o del hermano del causante por haber repudiado la herencia: suceden entonces sus hijos por representación. Este supuesto está especialmente reconocido en el artículo 2429, párrafo 1° del Código Civil y Comercial.

5) *Indignidad*. Supone la falta del descendiente de grado próximo o del hermano del causante por haber sido declarados indignos en sus sucesiones respectivas: entonces sus hijos vienen a heredar por representación. Se aduce como fundamento que en este caso los nietos o sobrinos no tienen la culpa de la mala conducta de su padre: excluirlos de la herencia equivaldría a considerarlos también como indignos, imponiendo así un castigo a una descendencia inocente.

Esta solución está prevista, como ya hemos dicho, en el artículo 2429, párrafo 1° del nuevo Código.

210. Presupuestos subjetivos del derecho de representación

Para que tenga lugar el derecho de representación se requiere que las personas intervinientes en la relación representativa reúnan determinados requisitos, que serán lógicamente distintos según se trate del representante o del representado.

³² CCCom. de Morón, sala II, 10-9-96, L. L. B. A. 1997-79; CCCom. de San Rafael, 7-8-2009, L. L. Gran Cuyo 2009-1107 (diciembre).

A) *Requisitos del representante.* El representante debe reunir determinados requisitos con respecto al causante y con respecto al representado. Helos aquí:

1) *Con respecto al causante.* En primer lugar, el representante debe tener vocación hereditaria del causante, a la cual hemos llamado vocación referida. Aunque no existe una regla específica en nuestro Derecho que exija la vocación de los representantes, surge como un presupuesto indispensable de los artículos 2426 y 2427, y como una consecuencia lógica del sistema, aceptada por la doctrina³³. Tienen vocación hereditaria como representantes, según hemos visto, los descendientes del representado, ya estén en la línea directa o en la colateral.

En segundo lugar, el representante debe tener delación hereditaria, es decir, llamamiento efectivo que implica adquisición de la herencia. La delación presupone la capacidad (personas que pueden suceder) y la ausencia de indignidad. La delación presupone la vocación³⁴.

La vocación y la delación hereditarias que hemos reconocido al representante respecto del causante, nos indican claramente que no se sucede al representado. No hay, pues, dos transmisiones; la del causante al representado y la de éste al representante, sino una sola³⁵.

2) *Con respecto al representado.* Aunque el representante no reciba la herencia del representado, el artículo 2429, párrafo 2º pone como única limitación que el representante no haya sido declarado indigno por el representado. Dice así: "No la impide (la representación) la renuncia a la herencia del ascendiente (representado), pero sí la indignidad en la sucesión de éste (del representado)". No se trata ya de una indignidad respecto del causante, sino de haber incurrido en estas causales de exclusión hereditaria respecto del representado. El fundamento de la norma está en una razón moral, que aconseja tal limitación.

³³ LAFAILLE, ob. cit., t. II, p. 26.

³⁴ La delación hereditaria tiene como presupuestos objetivos la apertura de la sucesión y la vocación, y como presupuestos objetivos la capacidad, la ausencia de indignidad y de desheredación.

³⁵ Como consecuencia no se liquidan dos impuestos sucesorios, sino uno solo. El impuesto sucesorio se calcula sobre el monto de la hijuela que percibe el representante y teniendo en cuenta el grado de parentesco que lo liga al causante (J. A. 1957-II-311).

Nada importa que el representante haya "renunciado" a la herencia del representado. Tal renuncia no le impide recoger *a posteriori* la herencia del abuelo. Esta hipótesis puede tener especial interés cuando la renuncia del hijo se ha producido por el excesivo pasivo de la herencia de su padre; al recoger la herencia de su abuelo como representante de su padre, es obvio que no está obligado a pagar las deudas de su padre (representado), puesto que no ha recibido su herencia.

B) *Requisitos del representado*. En primer lugar, el representado debe tener el grado parental propicio para ser considerado *ab initio* heredero legítimo, o sea, ser hijo o descendiente del causante, o ser hijo o incluso nieto del hermano de él. Ello supone para el representado ser autor de la descendencia que representa.

En segundo lugar, haber originado alguno de los supuestos que hacen viable el mecanismo de la representación sucesoria (premorienencia, ausencia con presunción de fallecimiento, renuncia, o indignidad).

211. Efectos de la representación

Para su mejor comprensión distinguiremos tres grupos de efectos: necesarios, eventuales y accesorios.

A) *Efecto necesario o esencial*. El efecto esencial del derecho de representación es la atribución de derechos sucesorios a unos herederos (representantes) que se determinan por referencia al grado, calidad parental y cuantía de los que hubieran tenido otros (representados), que los hubieran excluido de haber heredado.

Asumiendo plenamente el representante la posición jurídica que le hubiere correspondido al representado en la herencia del causante, dicho representante tendrá los mismos derechos y obligaciones que hubiera tenido el representado. De ello surgen como consecuencias inmediatas las siguientes:

1) *Obligación de colacionar*. La obligación más importante que tiene el representante es la de colacionar las liberalidades que el causante ha dado en vida al representado, sin dispensa de colacionar (art.

2389, párr. 2º). Esta obligación sólo puede tener lugar en la línea recta descendente, ya que en la colateral no hay herederos forzosos.

2) *Derecho de legítima*. Los representantes tienen derecho, en conjunto, a la legítima que le hubiere correspondido al representado.

El Código Civil no contenía un precepto expreso a tal efecto. Pero se deducía del artículo 3562, y especialmente del artículo 3749, que reconocía el derecho a la legítima de los descendientes del desheredado. Con igual o mayor razón gozan de legítima los representantes en los demás supuestos de representación.

En el nuevo Código Civil el derecho de legítima de los representantes en la línea descendente surge de la conexión de los artículos referentes a la representación de los descendientes (arts. 2427 y 2428) y de los destinados a la legítima de los descendientes (art. 2445). Los descendientes que tienen derecho de representación heredan en las mismas condiciones que el legitimario representado.

3) *Reducción de liberalidades a extraños o a herederos*. Si el causante en vida dona bienes a un extraño que exceden de la cuota disponible, sus legitimarios podrán ejercer la acción de reducción. Si uno de esos legitimarios falla en su vocación recibiendo la herencia sus representantes, también éstos mantendrán la facultad de reducir las donaciones que excedan la porción de libre disposición. Este derecho de reducción sólo puede tener lugar lógicamente en la línea recta descendente, por ser en donde únicamente hay herederos forzosos en materia de representación.

Este derecho de reducción también tiene lugar cuando las donaciones inoficiosas se dan a los coherederos: obviamente estas donaciones tienen que violar la legítima de algún hijo; el hijo podrá ejercer la acción de reducción. Si ese hijo falla en su vocación, sus descendientes (representantes) tendrán también la acción de reducción. El artículo 2453 no distingue entre donaciones efectuadas a un extraño o a un coheredero.

B) *Efectos eventuales*. El típico efecto eventual del derecho de representación es la división por estirpes. Cuando en una relación sucesoria entra en juego el derecho de representación normalmente la

herencia se divide por estirpes, y dentro de cada estirpe se hace la división por cabezas entre sus miembros.

Dentro de los posibles supuestos de concurso que pueden darse en materia de representación, se divide la herencia por estirpes en los siguientes: en primer lugar, cuando concurren herederos de grado desigual; en segundo lugar, cuando concurren herederos de igual grado formando estirpes con número desigual de miembros.

En cambio, aun existiendo el derecho de representación, no es necesario dividir la herencia por estirpes cuando concurren herederos de igual grado formando estirpes con idéntico número de miembros, pues lo mismo da partir la herencia por estirpes y dentro de cada estirpe dividir por cabezas, que dividir directamente por cabezas; no obstante, hay que tener presente lo dicho respecto al caso de que en alguna estirpe haya obligación de colacionar. La división por estirpes será lógicamente imposible, aun existiendo el derecho de representación, cuando haya una sola estirpe con uno o más representantes dentro de ella.

C) *Efectos accesorios.* Llamamos efectos accesorios a aquellos que el derecho de representación produce en forma indirecta. La representación tiene como efecto accesorio la exclusión del derecho de acrecer. En efecto, el derecho de acrecer surge como consecuencia de la regla de que el pariente más próximo excluye al más remoto: la parte del pariente próximo que falta acrece a los herederos de igual grado. El derecho de representación aparece como excepción a la regla citada; en consecuencia, resulta excluyente del derecho de acrecer.

212. La representación en la sucesión testamentaria: orientaciones

Las teorías negativas niegan la representación en la sucesión testamentaria. Unos autores sostienen que la representación no existe en la sucesión testamentaria por la incompatibilidad técnica entre el derecho de representación y la sucesión testamentaria, porque aquél está basado en el parentesco y deriva exclusivamente de la ley, en tanto que ésta se funda en la voluntad del causante manifestada en el testamento. De ahí que la representación no pueda existir donde la única

norma reguladora es la voluntad expresa del testador manifestada en el testamento³⁶. Otros fundan su posición negativa en la innecesariedad del derecho de representación en la sucesión testada, por existir en ella una institución que cumple esos fines, la sustitución vulgar; el derecho de representación en la sucesión testada equivaldría a establecer una sustitución vulgar *ex lege*³⁷.

Estas teorías negativas han sido superadas en la doctrina moderna. Se observa en los últimos tiempos una interesante corriente doctrinal, de la que participan nuestros autores, tendiente a admitir el derecho de la representación en la sucesión testamentaria, por entender que la aplicación de esta institución exclusivamente a la sucesión intestada implicaría una anomalía en desacuerdo con el progreso del Derecho Sucesorio. En el Derecho extranjero esta orientación recibió la influencia del Código Civil italiano de 1942, que extendió el derecho de representación, con la misma extensión, tanto a la sucesión intestada como a la testamentaria. El artículo 467, párrafo 2º de dicho Código, expresa: "La representación tiene lugar en la sucesión testamentaria, si el testador no ha previsto el caso en que el instituido no quiera o no pueda aceptar la herencia o el legado..." La más moderna doctrina busca alcanzar, por vía interpretativa, el avance de esta institución acercándose al ordenamiento italiano, dentro de las posibilidades que otorga cada Derecho.

El nuevo Código Civil acepta estas orientaciones modernas, admitiendo la representación en la sucesión testamentaria (art. 2429, párr. 3º)

213. La representación en la sucesión testamentaria en el nuevo Código

El Código Civil de Vélez Sársfield no previó la representación en la sucesión testamentaria, aunque por vía doctrinal y jurisprudencial se abrió paso la representación testamentaria.

³⁶ CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil, en Comentário ao Código Civil português*, Coimbra, 1936, vol. X, p. 396.

³⁷ ROCA SASTRE, *Estudio de Derecho Privado. Sucesiones*, Madrid, 1948, p. 278.

El Código Civil y Comercial establece en el artículo 2429, párrafo 3º: “Se aplica (la representación) en la sucesión testamentaria, si el testador se limita a confirmar la distribución a la herencia que resulta de la ley”.

Consideramos que, dados los términos amplios de todo el artículo, la representación testamentaria con los límites que establece la norma se aplica tanto en la línea descendente como en la colateral.

214. La representación testamentaria en la línea descendente: fundamento y extensión

A) *Introducción.* Los autores nacionales que se ocuparon del problema aceptaron el derecho de representación en la sucesión testamentaria en la línea descendente, si el testador respetaba las porciones asignadas en la sucesión intestada. En cambio, cuando el testador otorgaba la mejora a uno de sus hijos y éste premoría, no había derecho de representación en esa porción de mejora. Así se expresaron Fornieles³⁸ y lo mismo Borda³⁹.

Consideraban que los efectos del derecho de representación en la sucesión testada son aceptables en la medida que el testador respetaba la distribución que surgía de la sucesión intestada. Si el testador se apartaba de esa distribución, no debía haber derecho de representación.

Ésta es la posición que ha aceptado el nuevo Código Civil en el artículo 2429, párrafo 3º, que dice: “Se aplica (la representación) en la sucesión testamentaria, si el testador se ha limitado a confirmar la distribución a la herencia que resulta de la ley”.

El Código Civil español no admite la representación en la sucesión testamentaria, pero hay una fuerte reacción en la doctrina para aceptarla. Los textos legales en que se apoyan los autores españoles son similares a los de nuestro Código Civil antes de la reciente reforma. Las palabras de Castán son tan acertadas que merecen su transcripción⁴⁰: “Una anomalía

³⁸ Por ej.: FORNIELES, ob. cit., t. II, p. 23; BORDA, ob. cit., t. II, p. 17.

³⁹ BORDA, *Sucesiones* cit., act. por Delfina M. Borda, 2008, t. II, p. 14.

⁴⁰ *Derecho de representación y mecanismos jurídicos afines en la sucesión testamentaria*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 172, año 1942, Separata, p. 29.

que exige rectificación es la que resulta de la aplicación exclusiva del derecho de representación en la sucesión intestada. Si la ley, interpretando la común voluntad de los hombres y los dictados de la equidad, llama a los nietos por derecho de representación en la sucesión intestada, ¿qué razón hay para que en la testamentaria prescinda en absoluto de ese criterio y se atenga a los llamamientos expresos, como si en la declaración testamentaria no pudiera haber lagunas y el testador tuviera que prever una serie de vicisitudes y circunstancias que no es ordinario puedan ser anticipadamente contempladas? Es conforme al curso ordinario de las cosas presumir que el testador que dispone a favor de sus hijos, si hubiera previsto esas contingencias de premoriencia o repudiación de heredero instituido, habría querido favorecer, en defecto de éste, a sus hijos o descendientes. Al excluir el derecho de representación en la sucesión testamentaria se viola la propia voluntad presunta del testador, pero además se sanciona aquella grave injusticia que la ley trata de evitar al establecer dicho derecho a la sucesión legítima”.

Sintetizando lo expuesto por el citado autor podríamos decir que cabe el derecho de representación en la sucesión testamentaria cuando en la declaración testamentaria se produjeran “lagunas”, porque “el testador no pudo prever una serie de vicisitudes y circunstancias que de ordinario no se contemplan anticipadamente”. Al excluir el derecho de representación en la sucesión testamentaria se viola la voluntad presunta del testador. En sentido genérico dice el Código italiano que corresponde el derecho de representación en la sucesión testamentaria “si el testador no ha previsto los supuestos en que el instituido no quiere o no puede aceptar la herencia”.

B) *Fundamento*. La nueva norma del artículo 2429 tiene su fundamento en el orden de la sucesión intestada. Por eso dice dicha norma que la representación se aplica a la sucesión testamentaria, “si el testador se limita a confirmar la distribución a la herencia que resulta de la ley”. El testador, pues, según el tenor literal del artículo, debe distribuir la herencia de la misma forma que la distribuye la sucesión intestada. Por ejemplo, el causante dice en el testamento: dejo todos mis bienes a mis tres hijos. Aquí la herencia se distribuirá por partes

iguales, como expresa el artículo 2426 referente a la sucesión de los descendientes.

En nuestra opinión, también cabe hablar del fundamento basado en la presente voluntad del causante. Unas veces este fundamento coincide con el ordenamiento intestado; piénsese que el fundamento de la sucesión intestada, en principio, responde a un orden natural de afectos, sobre cuya base se organizan los diferentes llamamientos. Pero hay otras veces que, teniendo en cuenta la redacción del testamento, cabría fundar la representación en la presunta voluntad del causante (art. 2470). Pensamos que este fundamento se podría sustentar en la voluntad del testador, teniendo presente los resultados inaceptables que produciría el primer fundamento basado en los principios igualitarios que rigen la sucesión intestada.

C) *Extensión de la representación en la sucesión testamentaria.* Se pueden dar fundamentalmente estos supuestos:

1) *Que el testador haya violado la legítima de uno de sus hijos dándole una porción menor de la que le corresponde como legítimo.* En el caso de premuerte de ese hijo, los representantes podrán exigir el complemento faltante a través de la acción de reducción contra sus tíos (hijos del causante). Aquí lógicamente no podrá invocarse la voluntad presunta del testador, precisamente porque el respeto a la legítima es un límite que la ley pone al testador contra su voluntad.

2) *Que el testador deje la totalidad de sus bienes a sus hijos sin beneficiar a ninguno.* Si el causante deja la totalidad de sus bienes a sus hijos sin beneficiar a ninguno, los descendientes del hijo cuya vocación ha fallado heredan por representación en la totalidad de lo que le hubiere correspondido a dicho hijo, sin circunscribirla a la porción legítima. En este caso los representantes heredan la totalidad de lo que le hubiere correspondido al representado: no sólo recibe la parte de legítima que le hubiere correspondido a su representado sino la parte de la porción voluntaria.

3) *Que el testador haya mejorado a uno de sus hijos con la porción disponible.* Éste es el supuesto que producía discrepancia en nuestra doctrina antes de la sanción del nuevo Código Civil. ¿El representante

recibe también esa porción de mejora o no hay derecho de representación en ella, en cuyo caso se abre la sucesión intestada en esa porción?

Un sector importante de nuestra doctrina sostenía que en la porción de mejora no había derecho de representación. Se partía de la afirmación de que un sucesor puede concurrir por un mismo título sucesorio a una misma herencia con el doble carácter de heredero voluntario en la parte de libre disposición y de heredero forzoso en la parte de legítima. Se concluye que en la sucesión testamentaria, al separarse estos dos caracteres, no cabe la representación en la sucesión voluntaria. El razonamiento nos parece equivocado: la legítima se limita a establecer un control a la voluntad del testador, y si esa voluntad no viola la legítima, debe ser íntegra y rigurosamente respetada. La voluntad del testador y sólo esa voluntad es la que determina el *quid* y el *quantum* del derecho hereditario. Dicho en otras palabras, todo aquél que adquiere un derecho de otra persona en virtud de un testamento, lo adquiere por título testamentario, y si en él no se viola la legítima, es heredero testamentario en su totalidad.

El nuevo Código Civil aceptó la opinión mayoritaria de nuestra doctrina que negaba la representación en la parte de mejora. Reconocemos que este supuesto está fuera de la literalidad del artículo 2429, porque el testador en el caso no se limita a confirmar la distribución igualitaria que resulta de la sucesión legal.

Pensamos que esa distribución igualitaria —propia de la sucesión intestada—, aceptada por el artículo 2429, párrafo 3º, debe aplicarse como principio. Pero de ese principio se podría apartar el testador mostrando una voluntad en pugna con esa distribución, respaldada por las consecuencias inadmisibles a que llevaría esa distribución. Es una voluntad contraria a la negación del derecho de representación.

Pongamos un ejemplo. Un padre tiene dos hijos A y B. El heredero A es pobre y tiene, a su vez, seis hijos; B posee una posición económicamente holgada y sólo tiene un hijo. El padre, ya viudo, otorga testamento a favor de sus hijos, teniendo en cuenta las circunstancias indicadas, dando $\frac{2}{3}$ de la herencia a sus dos hijos y $\frac{1}{3}$ restante de mejora al hijo A. Este hijo premuere al causante.

Si nos atenemos al artículo 2429 aquí no hay derecho de representación; la premoriencia de A convierte en caduca la disposición a

su favor (art. 2528): la mitad de los $\frac{2}{3}$ que le otorgó el testador al hijo A premuerto pasa al hijo B por el derecho de acrecer (art. 2489). Sobre el resto ($\frac{1}{3}$) se abre la sucesión intestada, y en ella, como hay derecho de representación, el heredero B se queda con la mitad de ese tercio, y los hijos de A reciben la otra mitad. La resultante va en contra de la voluntad del testador, pues resulta perjudicada la estirpe que buscó beneficiar: sus hijos sólo quedan con la mitad de $\frac{1}{3}$ de la herencia. Parece un despropósito.

La única forma jurídica de evitar estas injusticias es considerar que la representación se da en la sucesión testamentaria cuando hay una distribución igualitaria (propia de la sucesión legal), a excepción de que el testador manifieste su intención de beneficiar con más bienes a uno de sus hijos y a su estirpe o, simplemente, a su estirpe. Por ejemplo: si el testador dijera o surgiera de su voluntad que favorece a su hijo A porque él está muy necesitado económicamente y porque tiene muchos hijos, o que dijera que favorece a su hijo A porque uno de sus hijos tiene una enfermedad crónica muy costosa. En el primer caso funda el beneficio de su hijo A en la situación especial de él y de su estirpe; en el segundo caso la funda en la estirpe de su hijo. En ambos supuestos el testador beneficia al hijo A, no teniendo en cuenta "exclusivamente" la persona del hijo, pues ha contemplado su estirpe. Todo ello sin hacer una sustitución vulgar, en la que el testador tendría que prever el presupuesto de la premuerte del hermano más beneficiado (o los otros presupuestos).

En el fondo, la base para resolver el problema está en la presunta voluntad del causante y no en la falta de coincidencia con la sucesión intestada⁴¹. Esa voluntad presunta está presente cuando el testador otorga cuotas iguales (como en la sucesión intestada) y cuando las otorga desiguales con los requisitos analizados. Si el testador hizo uso de su cuota de libre disposición en favor de uno de sus hijos, habrá que estar a sus declaraciones teniendo en cuenta que la estirpe de ese hijo le heredará por representación en todo lo dejado a él en los supuestos

⁴¹ En el Derecho español, similar al nuestro antes de la sanción del art. 2429, los autores no mencionan la coincidencia o no coincidencia con la sucesión intestada, a los efectos de aceptar el derecho de representación en la sucesión testada o de negarlo, respectivamente.

indicados. Decir, como Fornieles⁴², que la mejora se entiende otorgada exclusivamente a la persona misma del hijo, y no a sus descendientes, es algo que no se puede inducir de la presunta voluntad del causante, que es la que trata siempre de interpretar el derecho de representación. Si el argumento que se va a esgrimir es que la mejora no corresponde por ley sino por la generosidad del causante, entonces habría que excluir la representación en la parte de libre disposición que le corresponda a los herederos en la hipótesis anterior, posición nunca discutida en nuestra doctrina.

215. La representación testamentaria en la línea colateral: fundamento y extensión

A) *Admisión.* Aunque el artículo 2429, incluido en el capítulo de los descendientes, no lo diga, entendemos que incluye también a la representación en la línea colateral siempre que el testador instituya a personas con vocación hereditaria intestada.

Esta extensión resulta del mismo artículo 2429. El primer párrafo se refiere a los presupuestos objetivos de la representación, cuales son la premoriencia, la renuncia y la indignidad del ascendiente, que se aplican tanto a la representación en la línea descendente como en la colateral. El párrafo segundo se refiere a la imposibilidad de recibir una herencia como representante, si éste es indigno en la sucesión del representado: el supuesto es aplicable a la representación en esas dos líneas. El tercer párrafo, que admite la representación en la sucesión testamentaria, debe entenderse con la misma extensión que los dos párrafos anteriores, abarcando la representación en la línea descendente y en la colateral.

B) *Fundamento.* El fundamento, como en el caso de la representación en la línea recta descendente, es el mismo: la distribución igualitaria de la sucesión intestada, a excepción que de la voluntad del testador surja que el beneficio se extiende a la estirpe.

C) *Extensión del derecho de representación.* A este efecto se pueden dar dos supuestos:

⁴² FORNIELES, ob. cit., t. II, p. 23.

1) Que el testador deje la totalidad de sus bienes a sus hermanos en forma igualitaria. El artículo 2429, que no hace distinguos, se refiere a este supuesto. Por ejemplo, una persona que no tiene herederos forzosos otorga testamento dejando todos sus bienes a sus dos hermanos, A y B. Si el hijo A premuere dejando hijo, la herencia se dividirá en dos partes: 1/2 irá a los hijos de A (sobrino del testador) y el otro 1/2 irá al hermano instituido. Borda aceptó este supuesto, antes de la sanción del nuevo Código⁴³.

2) Que el testador, nombrando herederos a sus dos hermanos, beneficie a uno respecto del otro dejándole más bienes.

La distribución igualitaria, en nuestra opinión, podría aplicarse como principio, del cual podría apartarse el testador, mostrando la voluntad de beneficiar a la estirpe del hijo que recibe más bienes, evitándose las consecuencias inadmisibles a que llevaría el igualitarismo.

Por ejemplo: una persona hace un testamento y nombra herederos a sus dos únicos hermanos, A y B. Al primero le otorga 3/4 de la herencia, atendiendo a su mal estado económico agravado por su numerosa prole, al segundo le concede 1/4 de su herencia. El hermano A premuere al causante.

Si aplicamos literalmente el artículo 2429, en este caso no cabe la representación. La premuerte de A hace caducar la disposición a su favor (art. 2518); sobre esa porción de 3/4 no hay acrecentamiento a favor de B (art. 2488) si no que se abre la sucesión intestada. El hermano B se lleva la mitad de los 3/4 de la herencia, y sus sobrinos, hijos de A, la otra mitad. El cuarto restante queda para el heredero B, de manera que la prole del heredero A recibe menos bienes que B. Esta interpretación va en contra de la voluntad del testador que quiso favorecer a su hermano A, y a su numerosa prole.

Para evitar esta injusticia interpretamos el artículo 2429 admitiendo la distribución igualitaria como principio, a excepción de que el testador quiera beneficiar a la prole del que recibe más bienes. Ello, sin instituir una sustitución vulgar, que obligaría al testador a contemplar el presupuesto de la premuerte (o de los otros presupuestos).

⁴³ BORDA, ob. cit., N° 804, b.

Borda, situándose en este supuesto propone la siguiente solución: si el testador hubiere 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 herederos. Consideramos que es una solución fundada en el criterio igualitario que hoy acepta el nuevo Código, pero alejada de la voluntad del causante.

Soluciones similares a las expuestas contienen los Códigos de Italia (art. 467), de Venezuela (art. 953), de Portugal (art. 2040), etcétera, que el nuevo Codificador debió tener presente.

CAPÍTULO IX

VOCACIÓN SOLIDARIA: EL DERECHO DE ACRECER

SUMARIO: 216. Vocación solidaria y vocación parciaria. 217. Derecho de acrecer: precedentes. 218. Campo de aplicación del derecho de acrecer en el Derecho moderno. 219. Fundamento del derecho de acrecer en la sucesión testada. 220. Requisitos del derecho de acrecer en la sucesión testada. 221. Naturaleza jurídica del derecho de acrecer. 222. El derecho de acrecer entre coherederos: fuentes romanas. 223. El derecho de acrecer entre coherederos: supuestos. 224. Falta del derecho de acrecer entre herederos instituidos por cuotas (sobre toda la herencia o dentro de la conjunción). 225. Institución de herederos con asignación de partes y sin asignación de partes en el mismo testamento. 226. El derecho de acrecer entre colegatarios unidos por una conjunción. 227. Supuesto de sustitución de legatarios. 228. Falta del derecho de acrecer entre legatarios instituidos por cuotas dentro de la conjunción. 229. Derecho de acrecer entre herederos y colegatarios cuando el testador asigne las cuotas por mitad o por partes iguales. 230. Legado de usufructo. 231. Efectos del derecho de acrecer. 232. Imposición de cargas. 233. Trasmisión a los herederos. 234. Carácter supletorio de las normas sobre acrecimiento. 235. El derecho de acrecer en la sucesión intestada.

216. Vocación solidaria y vocación parciaria

La doctrina moderna distingue entre la vocación parciaria y la vocación solidaria¹. La vocación parciaria se da cuando el testador llama al sucesor en una parte de la herencia (cuota parte) o a varios en cuotas distintas. La vocación solidaria existe cuando cada sucesor ha sido llamado a la totalidad, de manera que las cuotas no han sido queridas por el testador, sino que son consecuencia necesaria del concurso de varios herederos sobre la misma herencia: *concurso partes fiunt*.

¹ CICU, *El testamento*, trad. de Fairén Martínez, Madrid, 1959, p. 294.

Lógicamente la distinción apuntada, con sus dos términos contrapuestos, sólo se puede dar en la sucesión testamentaria, ya que la vocación parciaria no es concebible en la sucesión intestada. De ahí que al segundo de los términos, es decir, la vocación solidaria (en contraposición a la parciaria), lo sitúa la doctrina dentro del ámbito de la sucesión testamentaria. No obstante, nosotros no vemos inconveniente en hablar también de vocación solidaria dentro del ámbito de la sucesión intestada, como veremos más adelante.

En la sucesión testamentaria el llamamiento solidario podrá afectar a toda la herencia o a una porción de ella; este segundo supuesto tiene lugar cuando el testador llame en esa porción a un grupo de sucesores, en cuyo caso cada uno de los componentes del grupo se considera llamado a la totalidad de lo que al grupo corresponde, de manera que las cuotas son consecuencia del concurso de ellos. En todo caso, la vocación solidaria presupone que no hay asignación de partes entre los herederos o entre los componentes del grupo llamado a una parte de la herencia.

La vocación solidaria se puede dar también en los legados cuando varios legatarios son llamados al mismo objeto legado.

Cuando hay vocación solidaria, la falta de uno de los llamados produce el acrecentamiento; el acrecentamiento aparece, pues, como un efecto de la vocación solidaria. Al contrario, cuando hay vocación parciaria, la cuota no adquirida, si no hay sustitución, se defiere a los herederos legítimos del causante.

217. Derecho de acrecer: precedentes

El derecho de acrecer es —como dice Beltrán de Heredia²— el producto de una doble elaboración: histórica y doctrinal. No se puede, en efecto, llegar a una correcta concepción del derecho de acrecer si se prescinde de sus antecedentes históricos, sobre los cuales la doctrina ha ido elaborando la esencia de aquel derecho. Los resultados históricos y dogmáticos acerca del concepto del derecho de acrecer son materiales indispensables si se quiere obtener una adecuada concepción de él.

En el estudio histórico del derecho de acrecer adquiere especial importancia la concepción romana, por haber inspirado como en otras tantas

² BELTRÁN DE HEREDIA, Pablo, *El derecho de acrecer*, Madrid, 1956, p. 5.

instituciones, su regulación en el Derecho moderno, con lógicas variantes. El derecho de acrecer romano, institución típica del Derecho Sucesorio, no se puede comprender separado de los principios que informan su sistema sucesorio, pues es un reflejo o consecuencia de ellos.

Estos principios sucesorios, unidos al sistema de las conjunciones, ha inducido a Bonfante³, al cual siguen la mayoría de los romanistas⁴, a establecer una distinción básica en la institución del acrecentamiento. Según ella, el derecho de acrecer se presenta bajo dos formas: a) una general o típica, necesaria e independiente de la voluntad del difunto; b) otra especial, voluntaria y dependiente de la voluntad del causante.

a) La primera tiene su fundamento en la naturaleza del derecho hereditario. Los sucesores son investidos de un título personal, el título de heredero, y sólo como consecuencia adquieren, además, el patrimonio. El patrimonio es enteramente deferido al único heredero instituido, en el caso de que no haya otros herederos, aun cuando el difunto le haya asignado sólo una parte de la herencia (cuota parte); de la misma manera, faltando uno entre varios herederos, los demás extienden su derecho sobre todo el patrimonio.

De ahí que esta forma general del derecho de acrecer admita dos modalidades. Según una, cuando el testador disponía tan sólo de una parte de la herencia, el heredero *pro parte* adquiriría la totalidad, por virtud de la regla *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*; no siendo compatibles el llamamiento testamentario hecho por el causante con el llamamiento *ab intestato*, la parte de que aquél no dispuso acrecía al heredero testamentario, manteniendo así la incompatibilidad de ambas sucesiones y la prevalencia de la sucesión testamentaria. Esta modalidad, como lógica consecuencia de la desaparición de la regla antedicha, no ha pasado al Derecho moderno. La otra modalidad, que se puede dar tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada, se produce cuando el testador distribuye toda la herencia entre varios coherederos y uno de ellos no llega a adquirir su parte por premoriencia, incapacidad o renuncia.

Esta forma típica de actuar el derecho de acrecer, con sus dos mo-

³ BONFANTE, *Corso di Diritto Romano*, t. IV, ps. 254 y 259.

⁴ SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, t. I, p. 17; ALBERTARIO, *Il Diritto Romano*, p. 213; LONGO, *Manuale elementale di Diritto Romano*, p. 436.

dalidades, es independiente de la voluntad del difunto y hasta puede ser contraria a dicha voluntad en la primera de las modalidades expuestas.

b) La segunda forma tiene su fundamento en la voluntad del difunto, puesta de manifiesto mediante la llamada cumulativa. Esta llamada cumulativa, por una interpretación congruente de la voluntad del difunto, hace que si uno de los componentes de la conjunción no adquiere su cuota, ésta vaya a acrecer a los demás integrantes de la conjunción. Esta modalidad del derecho de acrecer se da tanto entre coherederos como entre legatarios.

Según Bonfante⁵, esta forma de acrecentamiento se presentaba —en el Derecho Romano— casi como una derogación y una limitación del acrecentamiento general. Si el difunto había obrado por conjunciones, éstas impedían el acrecentamiento general, en cuanto que los herederos conjuntos eran preferidos a los herederos no conjuntos en la cuota de uno de aquéllos que quedaba vacante.

La llamada cumulativa o por conjunción admitía tres modalidades en el Derecho Romano, expuestas en tres famosos textos de Paulo⁶.

1. Conjunción *re et verbis*. Este llamamiento se producía cuando el testador llama conjuntamente a varios herederos a la misma cuota (*re*), y en la misma frase (*verbis*), como ocurría en la siguiente cláusula: “Sean mis herederos Ticio y Mevio en la mitad de la herencia y Cayo en la otra mitad”. En este caso la falta de aceptación de Ticio producía el acrecentamiento por la parte, exclusivamente en favor de Mevio, y viceversa. Los romanos denominaron a esta forma de llamamiento *coniunctim*.

2. Conjunción *re tantum*. Este llamamiento tiene lugar cuando el testador llama a la misma cuota (*re*) a varios herederos, pero en frases distintas, como sería el caso siguiente: “Sea mi heredero Ticio en la mitad y Cayo en la otra mitad; instituyo también a Mevio en la primera mitad”. Si Ticio no recibía su porción, ésta acrecía exclusivamente a Mevio, y viceversa. Como puede verse, la solución es la misma que en el caso anterior. Los romanos llamaron también *disiunctim* a esta forma de llamamiento.

3. Conjunción *verbis tantum*. Este llamamiento tiene lugar cuando el testador llamaba a varias personas en la misma frase (proposición),

⁵ BONFANTE, ob. cit., p. 255.

⁶ Digesto, 50, 16, 142, y Digesto, 32, 89.

pero no en la misma porción (objeto). Por ejemplo: sea heredero Ticio; Cayo y Mevio sean herederos en partes iguales: *Titius heres; Caius et Mævis acquis ex partibus heredis sunt*: tal, el texto de Paulo. El texto no expresa a qué cosa u objeto se refiere la mitad entre Cayo y Mevio. Hay una unión en las palabras pero no está determinado el objeto. En el mismo sentido se puede poner el ejemplo diciendo: sea mi heredero Ticio; Cayo y Mevio sean mis herederos. Al no admitir el acrecentamiento en esa mitad, es como si se tuviera por no escrita. Por eso, algunos romanistas⁷ decían que la opinión más probable era que esta conjunción meramente verbal careciera de valor jurídico o, lo que es lo mismo, se negaba valor jurídico a la conjunción que unía a Cayo y Mevio. Pero esto sólo implicaba negar el acrecentamiento en esa conjunción verbal, admitiendo, en principio el acrecentamiento típico entre los tres, Ticio, Cayo y Mevio; si alguno de ellos faltaba, esa parte acrecía a los demás.

El acrecentamiento especial que estamos estudiando sólo se da, pues, en las dos primeras conjunciones, es decir, en la *re et verbis* y en la *re tantum*.

Estos dos llamamientos, por otra parte, daban lugar al acrecentamiento en los legados *per vindicationem* y *per præceptionem*, que eran los traslativos de la propiedad; pero no en los legados *per damnationem* y *sinendi modo*, que creaban en favor de los legatarios meros derechos de crédito. En el Derecho Romano justiniano, al desaparecer estas cuatro clases de legados, el derecho de acrecer se daba siempre en ellos, con tal que existiera un llamamiento *re et verbis* o *re tantum*, o, con otras palabras, siempre que existiera un *coniunctim*, o un *disiunctim*.

218. Campo de aplicación del derecho de acrecer en el Derecho moderno

El campo de aplicación en el Derecho moderno es más reducido que en el Derecho Romano. Recordemos la distinción de Bonfante entre el acrecentamiento típico y el especial, para hacer el estudio comparativo.

⁷ DERBURG, Vangerow, cit. por CASTÁN, *Derecho Civil, común y foral* cit., t. VI, p. 197.

a) El acrecentamiento típico en la primera de las modalidades expuestas, es decir, aquel que se producía como consecuencia de la incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la sucesión *ab intestato*, no ha pasado al Derecho moderno. Si un testador dejara, por ejemplo, la mitad de sus bienes a su único heredero, no le acrecería la otra mitad no dispuesta por el testador, sino que respecto de ella se abriría la sucesión intestada.

En cambio, el acrecentamiento típico en la segunda de las modalidades expuestas, es decir, cuando el testador distribuye toda su herencia entre varios coherederos y uno de ellos no llega a adquirir su parte, ha pasado al Derecho moderno.

b) El acrecentamiento especial, producido como consecuencia de las conjunciones *re et verbis* y *re tantum*, también se da en el Derecho moderno, con la misma extensión que en el Derecho Romano. Este acrecentamiento tiene lugar tanto entre coherederos como entre colegatarios.

219. Fundamento del derecho de acrecer en la sucesión testada

El fundamento del acrecentamiento en la sucesión testada está en la presunta voluntad del causante. Dicha voluntad estaría en el deseo tácito de beneficiar a todos y a cada uno de los llamados sin preferencia entre ellos. Si llega a faltar alguno de los beneficiados, su parte pasará a los otros, porque se presume que ésta era la voluntad del testador.

En este sentido las reglas del acrecentamiento son normas de Derecho supletorio. Las normas de Derecho supletorio no se fundan en la voluntad supuesta o presunta de un determinado sujeto (testador), sino en la voluntad que corresponde de manera normal o habitual a quien se encuentra en las mismas circunstancias. Esta supletoriedad que da preferencia a la voluntad del testador, no está plasmada en una norma como la del artículo 3819 del Código Civil de Vélez, sino apenas insinuada en el artículo 2488 "excepto que deba entenderse que el testador ha querido conferirles ese llamado..." Más esto no nos permite negar su existencia, que corresponde a la esencia misma del derecho de acrecer.

Limitándonos a las llamadas cumulativas, el derecho de acrecer se

funda —como dice Beltrán de Heredia⁸— en la voluntad expresa del testador que llama solidariamente a varios herederos o legatarios a una cuota parte o a un objeto determinado, respectivamente, sin determinación de parte (art. 2489). El acrecentamiento es un efecto que debe producirse cuando exista una forma especial de vocación hereditaria: la vocación solidaria. Hay, en otras palabras, una valoración legal del llamamiento que ha efectuado el testador.

Una moderna corriente doctrinal pretende basar el acrecentamiento en el hecho objetivo de la simple vocación solidaria⁹, que atribuye a cada uno de los llamados una vocación cabal a toda la herencia o a todo el legado. El contacto de todos los sucesores es el que constriñe los respectivos derechos a límites más estrictos; cesando la causa que obra como agente compresor, el derecho de cada sucesor adquiere la mayor amplitud posible.

Pensamos, junto con Lacruz¹⁰, que la existencia de la vocación solidaria es cierta, pero no es el propio fundamento del derecho de acrecer. Si la mera vocación solidaria produjera el acrecentamiento, no serían necesarias muchas normas que lo ordenan; éste se produciría necesariamente, e incluso el causante no podría disponer lo contrario.

220. Requisitos del derecho de acrecer en la sucesión testada

Para que tenga lugar el acrecentamiento se necesita la concurrencia de tres presupuestos:

a) *Llamamiento conjunto*. Implica que dos o más sean llamados a una misma herencia o a una misma porción de ella, o a un mismo bien. Ese llamamiento conjunto puede referirse a toda la herencia (art. 2486) a una misma porción de la herencia (art. 2489) o a una misma cosa (art. 2489).

El llamamiento conjunto requiere que no haya asignación de la parte de cada uno de los herederos o legatarios.

⁸ BELTRÁN DE HEREDIA, ob. cit., p. 63, que restringe el derecho de acrecer a los supuestos de las llamadas cumulativas, encuentra el fundamento del acrecentamiento en la voluntad expresa del testador.

⁹ CICU, *Derecho de Sucesiones* cit., p. 122.

¹⁰ LACRUZ, ob. cit., p. 214.

b) *Porción vacante*. El acrecentamiento requiere que haya una porción vacante en el llamamiento, destinada a ser absorbida por virtud del acrecentamiento. Las causas que hacen que un heredero o legatario no recoja su parte pueden ser diferentes: premoriencia (con relevancia jurídica sólo en las llamadas cumulativas), falta de capacidad, indignidad, renuncia, etcétera. Este requisito responde al aspecto objetivo, y está previsto en los términos amplios del artículo 2489, al decir que "...cada beneficiario del acrecentamiento aprovecha proporcionalmente de la parte perteneciente al heredero o legatario cuyo derecho se frustra o caduca". Cuando haya una cuota fallida pasa al coheredero o colegatario, siempre que no medie derecho de representación en esa cuota, pues este derecho impide el acrecentamiento.

c) *Que el testador no haya dispuesto nada contra el acrecentamiento*. El caso típico tiene lugar cuando el testador hubiese designado sustituto vulgar para el heredero o legatario que no pudo o no quiso recibir la herencia o legado, respectivamente.

Si el testador se ha limitado a prohibir el acrecentamiento, la porción vacante pasará a los herederos intestados.

221. Naturaleza jurídica del derecho de acrecer

En el sistema de adquisición *ipso iure*, como el nuestro, los herederos adquieren la herencia desde el momento de la muerte del causante. Esta adquisición tiene el carácter de provisional hasta que la aceptación (sin posibilidad de renuncia) la transforme en definitiva.

Pues bien, cuando hay varios herederos o legatarios llamados conjuntamente a una misma herencia o legado o a una misma porción de herencia, se forman cuotas en proporción a la parte que cada uno de ellos tiene en la herencia o legado. Estas cuotas son provisionales y se transforman en definitivas cuando todos los herederos o legatarios aceptan definitivamente.

Pero puede suceder que alguno de los herederos con cuotas provisionales, por ejemplo, renuncie a la herencia. En ese caso parecería que su cuota provisional acrecería las cuotas de los demás, en virtud

del llamamiento solidario. El acrecentamiento se produciría, pues, respecto de la cuota provisoria del heredero cuya vocación ha fallado.

Mas esto no es cierto en un terreno estrictamente jurídico, pues no cabe hablar de cuota provisoria (ni por tanto de cuota) de aquel cuya vocación ha fallado. Si un heredero, por ejemplo, renuncia a la herencia, se le tiene como si nunca hubiese sido heredero (art. 2301); mal se podrá entonces hablar de una cuota carente del sustento personal que le da su titular. ¿Qué ha sucedido entonces? Simplemente que la herencia va a los que la aceptan definitivamente. El acrecentamiento se ha producido no en la cuota del renunciante, que la ley lo tiene como inexistente, sino en la delación. El llamamiento actual y efectivo (delación) que implica adquisición provisional se produjo en favor de más herederos de los que adquieren definitivamente la herencia, en virtud de la renuncia de uno de ellos. De ahí que se produzca un fenómeno de expansión de la titularidad jurídica en favor de los herederos que aceptan definitivamente, titularidad que había sido conferida solidariamente a todos los llamados¹¹.

Este razonamiento tiene aún más fuerza en el caso de premo-nencia de uno de los llamados cumulativamente, pues antes de la muerte del testador no cabe hablar ni siquiera de cuotas provisionales que pudieran dar lugar a una expectativa jurídica, como hemos dicho en el N° 165.

222. El derecho de acrecer entre coherederos: fuentes romanas

Es sabido que Vélez Sársfield se separó de la legislación francesa al concebir la figura del heredero. El Código francés reguló la figura

¹¹ Lacruz (ob. cit., p. 213), dice que el acrecentamiento no es una pretensión a un plus, nacida en el momento de fallar un heredero, sino una cualidad del llamamiento que, una vez adquirida la herencia, surte unos u otros efectos según pueda aceptar o vayan aceptando o no los demás llamados. Scognamiglio expresa, en cambio, que cuando el testador llama como herederos a varias personas sin determinación de cuotas, la delación por efecto del concurso tiene por objeto la cuota y no el todo (SCOGNAMIGLIO, *Il Diritto di accrescimento nelle successioni a causa di morte*, Milano, 1953, p. 45).

del heredero sobre sus bases históricas germanas, concibiéndolo como sucesor intestado y dejando la órbita de la sucesión testada exclusivamente para los legados. El testamento sirve, en el Derecho francés, para otorgar legados. Nuestro Codificador elaboró el concepto de heredero sobre bases romanas, dándole una amplitud que no tenía en las legislaciones germanas; vino a ser así, el protagonista de la sucesión testamentaria.

Sobre la base de estas directrices Vélez admitió la existencia de herederos a quienes pasa todo el patrimonio y de herederos por cuotas. Cuando reguló el acrecentamiento y, en especial, las conjunciones recurrieron a los precedentes romanos que aceptaban la figura del heredero por cuotas. Así lo expresó en la nota al artículo 3812: "Nosotros seguimos en todo al Derecho Romano. El Código francés modificó notablemente las maneras de causar la conjunción en el Derecho Romano, y lo haremos notar en los artículos siguientes".

Pensamos que, aceptando estas concepciones romanas, al regular la institución del acrecentamiento, tuvo presente el Proyecto del Código Civil español de García Goyena, como lo hizo al regular otras instituciones del Derecho Sucesorio, aunque en ésta no lo manifestó expresamente. El artículo 816 del citado proyecto expresa: "En las herencias con testamento el derecho de acrecer sólo tiene lugar cuando dos o más son llamados por el testador a una misma herencia o a una misma porción de ella, sin designación especial de partes a cada uno de los llamados. En tal caso la parte del que no quiere o no puede aceptar acrece a la del coheredero o coherederos con las mismas cargas y obligaciones. El coheredero o coherederos no pueden aceptar su parte personal y renunciar la que acrece, ni al contrario". El artículo 818 completa el pensamiento de García Goyena: "Lo dispuesto en los dos artículos anteriores se observará igualmente en los legados".

Nuestro Codificador aceptando estas ideas prefirió redactar las disposiciones del acrecentamiento refiriéndose conjuntamente al heredero y al legatario, en vez de referirse en unas al heredero y en otras al legatario.

El nuevo Código Civil acepta estas premisas en los artículos 2486 y 2489.

223. El derecho de acrecer entre coherederos: supuestos

El derecho de acrecer del heredero testamentario aparece indiscutible en nuestro Código Civil y Comercial y abarca dos supuestos regulados por los mismos principios: que dos o más sean llamados a una misma herencia; que dos o más sean llamados a una misma porción de ella en virtud de un llamamiento cumulativo, o sea, un *coniunctim* o un *disiunctim*. Se requiere en ambos supuestos que no haya asignaciones de cuotas particularmente a los herederos. Veamos:

a) *Varios herederos llamados a una misma herencia.* En el primer supuesto, es decir, cuando sean dos o más los llamados a una misma herencia y alguno de ellos no acepta, su parte acrece a todos los demás por partes iguales. Este acrecentamiento surge del llamamiento universal del heredero, que absorbe todo por lo mismo que es universal. Por ejemplo, una persona (sin legitimarios) nombra herederos en su testamento a sus tres hermanos, A, B y C. Si el heredero C renuncia a la herencia (no teniendo descendientes que provoquen a favor de ellos el derecho representación), los otros hermanos A y B recibirán la porción vacante, produciéndose así el acrecentamiento. Este supuesto, con los efectos indicados, es aceptado sin discusión.

El supuesto está previsto en el artículo 2486, párrafo 1º, que expresa: "*Herederos universales.* Los herederos instituidos sin asignación de partes suceden al causante por partes iguales y tienen vocación a todos los bienes de la herencia a los que el testador no haya dado un destino diferente".

En cambio, no se da el acrecentamiento si se les ha asignado a los herederos partes en la herencia, como veremos después.

b) *Varios herederos llamados a una misma porción de herencia.* Mayor interés adquiere el acrecentamiento en el segundo supuesto, es decir, cuando dos o más son llamados a una misma porción hereditaria. Los romanistas hablan de tres posibles formas de llamar a los herederos, sobre la base de los mencionados textos de Paulo: *re et verbis*, *re tantum* y *verbis tantum*. Las dos primeras modalidades hacen nacer el derecho de acrecer entre los llamados conjuntamente:

1) *Conjunción re et verbis.* El testador llama conjuntamente a varios herederos a una misma cuota y en la misma frase. Sean mis herederos

Ticio y Mevio en la mitad de la herencia y Cayo en la otra mitad. En este ejemplo la falta de Ticio acrece exclusivamente a Mevio, y viceversa. Este *coniunctim* está previsto en el artículo 2489, párrafo 1º: “Derecho de acrecer. Cuando el testador ha instituido a varios herederos en una misma cuota [...] cada beneficiario aprovecha proporcionalmente de la parte perteneciente al heredero [...] cuyo derecho se frustra o caduca”.

2) Conjunción *re tantum*. El testador llama a la misma cuota a varios herederos, pero en frases distintas. Sea mi heredero Ticio en la mitad y Cayo en la otra mitad; después dice: instituyo también a Mevio en la primera mitad. Si Ticio no recibe su porción acrecerá exclusivamente a Mevio, y viceversa. Este *disiunctim* es similar al supuesto anterior, con la única diferencia de que la institución de Ticio y Mevio se hace en frases distintas o separadas. La conjunción *re tantum* es aplicable en nuestro Derecho, por sustancialmente igual a la conjunción *re et verbis*. En el fondo esta conjunción no es más que una variante de la anterior, pues su novedad sólo está en las distintas frases utilizadas. Se aplica el artículo 2489.

La conjunción adquiere especial relevancia cuando se refiere a la existencia de dos o más testamentos separados. En ese caso habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 2513 que sienta el principio de que “El testamento posterior revoca al anterior si no contiene su confirmación expresa, excepto que de las disposiciones del segundo resulte la voluntad del testador de mantener las del primero en todo o en parte”. Quiere decir, si en la conjunción *re tantum*, refiriéndose al mismo objeto, aparecen los beneficiarios designados en un testamento y en otro posterior, en la medida que de las disposiciones del segundo resulte la voluntad del testador de mantener las del primero.

3) Conjunción *verbis tantum*. Esta conjunción, basada sólo en las palabras, sin referirse a un mismo objeto, no producía acrecentamiento en el Derecho Romano. Por ejemplo: nombro heredero a Ticio; también nombro heredero a Cayo y a Mevio en partes iguales. La conjunción entre Cayo y Mevio, al no poderse determinar el objeto o la parte del objeto sobre el que recae, no producía acrecentamiento entre Cayo y Mevio, si alguno de ellos no podía o no quería adquirir su parte.

En nuestro Derecho esta conjunción tampoco produce acrecentamiento (arg. *a contrario sensu*, art. 2489).

224. Falta del derecho de acrecer entre herederos instituidos por cuotas (sobre toda la herencia o dentro de la conjunción)

A) *La falta del derecho de acrecer en el Código de Vélez.* El artículo 3814 del Código Civil de Vélez establecía que "Cuando el testador ha asignado partes en la herencia o en la cosa legada, el acrecentamiento no tiene lugar". Siempre sostuvimos la vigencia plena del artículo 814 del Código Civil y Comercial, en contra de la mayoría de los autores que entendían que el heredero siempre tiene derecho de acrecentamiento, aunque se hubiera instituido por cuotas. Por la trascendencia del problema, sintetizamos los aspectos más importantes de la polémica, hoy superada.

Unos autores consideraban que cuando a los herederos se les señala una parte determinada de la herencia, no son en realidad herederos, por más que el testador así los llame, sino legatarios de cuota. En este sentido Machado expresó¹²: "Cuando a los herederos se les señala una parte determinada de la herencia, no son en realidad herederos por más que el testador así los llame: son legatarios de parte alícuota, porque cada uno tiene su parte determinada que no se puede aumentar; por eso, si alguno de los legatarios particulares no recogiere el legado, no aprovecharían de él los legatarios de parte alícuota; pertenecería a los herederos *ab intestato*, si los hubiera o, en caso de no existir, esa parte la recibiría el fisco". En el mismo sentido se manifestó Lafaille¹³, y en forma similar Llerena¹⁴.

Estos autores desfiguraron los artículos 3811 y su nota, 3812 y su nota, 3813, 3814 y 3816, al suprimir en su interpretación la clara referencia en ellos a los herederos. Como para ellos los beneficiarios son legatarios de cuotas, no hay acrecentamiento cuando el testador ha asignado partes en la conjunción¹⁵. Llegan a nuestra misma conclusión, si bien por una vía distinta, que consideramos equivocada.

¹² MACHADO, *Exposición y comentario...* cit., t. X, p. 283.

¹³ LAFAILLE, *Curso del Derecho Civil. Sucesiones* cit., t. II, p. 386.

¹⁴ LLERENA, *Código Civil argentino...* cit., t. X, p. 239.

¹⁵ Fassi (*El derecho de acrecer*, en L. L. 92-350), criticando a los autores que circunscriben el acrecentamiento a los legatarios, dice que para ello habría que borrar en los arts. 3811, 3812, 3813, 3814 las menciones de "herederos" y de "herencia", para referir el acrecentamiento exclusivamente al legado; lo mismo cabe decir de las notas a los arts. 3811 y 3812.

Otros autores, en cambio, como Fassi¹⁶, Belluscio¹⁷, Borda¹⁸, Maffía¹⁹ aceptaban la posibilidad de herederos con asignación de cuotas, pero consideraban equivocadamente que entre ellos había derecho de acrecer. La naturaleza del llamamiento hereditario es incompatible —dice Zannoni²⁰— con la asignación de cuotas; para que la institución valga como institución de herederos —expresa— debe existir acrecentamiento entre los instituidos. Esto no es así, como veremos seguidamente; el derecho de acrecer no es de esencia para determinar la calidad de heredero; esa calidad es perfectamente compatible con el no acrecentamiento a que se refiere el artículo 3814 y, a *contrario sensu* el artículo 3813.

Estos autores amputaban el artículo 3814, al considerar que tal norma sólo se aplica a los legados, excluyendo de ella a la institución de herederos. Concretamente dicen que el artículo 3814 debe leerse: "cuando el testador ha asignado partes a cada legatario". Suprime la referencia en la norma a la asignación de partes "en la herencia", es decir, la asignación de partes a cada heredero.

Ambos sectores de la doctrina consideraban inaplicable el artículo 3814 al supuesto en que el testador haya asignado partes a los herederos en la herencia. El argumento para llegar a esta conclusión lo radican en la fuerza expansiva del título de heredero, que implica —para ellos— "necesariamente un llamamiento eventual al todo".

Para efectuar una crítica ordenada, distinguiremos los siguientes aspectos:

a) *Origen del problema.* El origen del error de la doctrina lo encontramos en querer aplicar la idea del heredero en el Derecho francés a nuestro ordenamiento sucesorio, que es diferente. El heredero francés es el heredero de sangre, el sucesor intestado. El testador no puede crear herederos; sólo Dios hace el heredero —se dice—. Obviamente este heredero, como sucesor intestado, tiene vocación eventual al todo.

En el Derecho francés las disposiciones testamentarias hechas bajo

¹⁶ FASSI, *El derecho de acrecer* cit.

¹⁷ BELLUSCIO, *Institución de herederos por partes desiguales*, en E. D. 89-374.

¹⁸ BORDA, *ob. cit.*, t. II, p. 462.

¹⁹ MAFFÍA, *Tratado de las sucesiones*, Buenos Aires, 1984, t. III, p. 222.

²⁰ ZANNONI, *Derecho de las Sucesiones* cit., t. II, p. 596, nota 24 bis.

la denominación de institución de herederos o de institución de legados siempre se consideran legados. Y serán legados universales, o legados a título universal, o legados particulares, según las reglas que establece el Código (art. 1002).

El "legatario universal" recibe el patrimonio del difunto como lo haría un heredero. El legado universal —dicen Ripert y Boulanger²¹— es "el que confiere al legatario una vocación eventual a la totalidad de los bienes del testador [...] Para conocer el carácter universal de este legado es preciso considerar, no el beneficio recibido por el legatario, sino precisamente su vocación eventual a la totalidad de los bienes. El testador le ha dado el todo; si no tiene más que una parte es porque está en concurrencia con otros; pero si éstos concurrentes no existieran, recibiría la totalidad". Obviamente, el legatario universal no admite de antemano cuotas hereditarias sino que éstas surgen como consecuencia del concurso con otros. Si el testador estableciera de antemano cuotas, ya no sería un legatario universal, sino un legatario "a título universal". Estos conceptos son clarísimos, pero no se pueden trasplantar a nuestro Derecho.

En el Derecho argentino el heredero no es el heredero de sangre, sino aquél que el testador ha querido instituir heredero, sea o no pariente del testador. En principio, nuestro heredero es sucesor universal, y es sucesor universal aquél a quien pasa todo o una parte alícuota del patrimonio de otra persona (art. 3263, párr. 1°, Código de Vélez). Pero ser sucesor universal no quiere decir que "necesariamente" se tenga vocación al todo. El heredero por cuotas (arts. 3721, 3717, Código de Vélez) es un sucesor universal a quien pasa una parte alícuota del patrimonio; pero el que es designado en una parte alícuota no tiene vocación al todo: su derecho termina en la alícuota a la que fue llamado. Consecuentemente con esto, el artículo 3814 (Código de Vélez) establecía que cuando el testador ha asignado partes en la herencia, no hay acrecentamiento (si el heredero, por cualquier circunstancia, no recibiera esa cuota, se abriría en ella la sucesión intestada).

b) *Textos legales que niegan el acrecentamiento*: El argumento de-

²¹ RIPERT y BOULANGER, *Tratado de Derecho Civil* cit., t. X, p. 355.

cisivo para negar el acrecentamiento entre herederos por cuotas se encontraba en el artículo 3814 y el artículo 3813, interpretado *a contrario sensu*. No había derecho de acrecer (y no lo hay en el nuevo Código) cuando el testador ha asignado partes en la herencia. Decir que el acrecentamiento (que presupone una vocación solidaria) hace a la calidad de heredero, hasta el punto de que si no existe ese acrecentamiento no hay heredero, es simplemente inaceptable. Decir que el artículo 3814 no se refiere a los herederos sino sólo a los legatarios, pese a los claros términos que emplea refiriéndose a herederos y legatarios, en coordinación con varios artículos y sus notas, es para nosotros un grave error.

Los Códigos Civiles de otros países, de la misma raíz que el nuestro, corroboran lo que estamos sosteniendo. Así, el Código Civil español expresamente niega el derecho de acrecer cuando hay designación de partes entre coherederos en el artículo 982, que dice: "Para que en la sucesión testamentaria tenga lugar el derecho de acrecer se requiere: 1) que dos o más sean llamados a una misma herencia o a una misma porción de ella sin especial designación de partes". El Código Civil italiano expresa en el mismo sentido en el artículo 674, párrafo 19, que "cuando varios herederos han sido instituidos en un mismo testamento en la universalidad de los bienes, sin determinación de partes [...] su parte acrece a los otros"²².

²² Los textos citados que niegan el derecho de acrecer cuando hay asignación de cuotas se refieren a los herederos, y no a los legatarios, como equivocadamente entendió Zannoni (ob. cit., p. 598, nota 31 bis). Puede verse para corroborarlo, pese a que la claridad de los textos legales lo hace innecesario, en lo relativo al Derecho español, Lacruz (ob. cit., p. 217); Castán (*Derecho Civil español común y foral* cit., 1973, t. VI, vol. II, p. 199); Espín Cánovas (*Derecho Civil español* cit., vol. V, p. 99); Beltrán de Heredia (ob. cit., p. 99); etc. Con respecto al Derecho italiano puede consultarse Messineo (ob. cit., t. VII, p. 373). Cicu (*El testamento* cit., p. 294), dice con toda claridad: "Del mismo modo que el testador puede llamar a un solo heredero en una cuota de la herencia, aplicándose a los demás la sucesión legítima, igual puede llamar a varios herederos a cada uno en una cuota distinta: en tal caso no existe llamada solidaria que sólo existirá cuando cada heredero haya sido llamado en la totalidad [...] Depende, pues, de la voluntad del testador que la llamada sea solidaria o parciaria..." Es conveniente aclarar que tanto en el Código Civil español (art. 983), como en el italiano (art. 674), cuando la asignación de cuotas es por partes iguales, se considera similar al supuesto en que no se asignan partes, y entonces se reconoce el derecho de acrecer.

La falta del derecho de acrecer entre los instituidos por cuotas está también expresamente consagrada en muchos Códigos Civiles latinoamericanos. Sirvan de ejemplo: artículo 1207, Código Civil de Colombia; artículo 1124, Código Civil de El Salvador; artículo 937, Código Civil de Puerto Rico; artículo 943, Código Civil venezolano. A un criterio similar llega el Código Civil alemán (arts. 2092 y 2094, párr. 29).

Conviene aclarar, por último, que estas normas son supletorias de la voluntad del difunto, de tal forma que la voluntad contraria del causante las tornaría inoperantes (art. 3819).

c) *Reflexión final.* En ninguna institución del Derecho Sucesorio hemos encontrado tanta resistencia, por parte de la doctrina, a aceptar los textos legales como en ésta. Pensamos que se partió de un prejuicio equivocado, el de considerar de esencia del heredero su vocación eventual al todo, y como los textos legales no concordaban con esta concepción, se necesitó amputar o suprimir los artículos o la parte de ellos que se oponía a esa idea: así, hicieron caer por tierra los artículos 3811, 3812, 3813, 3814, 3816. Todo ello en contra de esas normas expresas contenidas, en nuestra opinión, en uno de los títulos más precisos del Codificador, el título sobre el derecho de acrecer. La posición que sustentamos aceptó los textos legales sobre el derecho de acrecer en su integridad. Ésa es la posición del nuevo Código.

Y lo que es más grave, la jurisprudencia siguió este camino, sin respaldo legal²³.

En síntesis, el derecho de acrecer no se daba entre herederos cuando el testador asignaba partes en la herencia (art. 3814). El carácter de heredero no implicaba necesariamente el derecho de acrecer. Los herederos, sin dejar de ser tales, carecían de ese derecho no sólo cuando había asignación de partes (desiguales), sino cuando el mismo testador se lo negaba (arg. arts. 3811 y 3819).

B) *La falta del derecho de acrecer entre herederos instituidos por cuotas en el nuevo Código.* El nuevo Código ha desechado la doctrina que hemos criticado. Para su análisis distinguiremos estos dos aspectos:

²³ CCiv. 2º Cap., 27-12-44, L. L. 37-267; CNCiv., sala B, 2-5-54, L. L. 75-754; sala A, 29-5-80, E. D. 80-367; sala B, 24-4-79, E. D. 88-800.

a) *Cuotas en la herencia.* Los herederos llamados a una misma herencia tienen derecho de acrecer. Pero no lo tienen si son instituidos por cuotas. Por ejemplo: un testador (sin legitimarios) nombra herederos a sus tres hermanos, A, B y C. Le otorga al heredero A la mitad de sus bienes; al heredero B un cuarto, y al heredero C un cuarto. Si el heredero C premuere (no existiendo derecho de representación), se abre la sucesión intestada de su porción, no habiendo acrecentamiento a favor de sus hermanos. El artículo 2488, párrafo 1º, niega el acrecentamiento. Dice así: "*Herederos de cuota.* Los herederos instituidos en una fracción de la herencia no tienen vocación a todos los bienes de ésta, excepto que deba entenderse que el testador ha querido conferirles ese llamado para el supuesto de que no puedan cumplirse, por cualquier causa, las demás disposiciones testamentarias". El principio contenido en el artículo prevé una excepción que permitiría el acrecentamiento difícil de comprender: que deba entenderse que el testador ha querido conferirles ese llamado para el supuesto de que no puedan cumplirse las demás instituciones testamentarias. La excepción se da cuando el testador le confiere el derecho de acrecer, y con eso basta. El testador puede dar soluciones contrarias a la que determinen las normas, pues esas normas tienen carácter supletorio de la voluntad del causante: si se induce de la voluntad del causante que haya acrecentamiento donde la ley lo niega, o que no haya acrecentamiento donde la ley lo admite, se debe estar a la voluntad del causante.

El párrafo 2º establece: "Si la adición de las fracciones consignadas en el testamento excede la unidad, se reducen proporcionalmente hasta ese límite. Si la suma de las fracciones no cubre todo el patrimonio, el remanente de los bienes corresponde a los herederos legítimos y, a falta de ellos, a los herederos instituidos en proporción a sus cuotas".

Ese párrafo ratifica el principio del no acrecentamiento: a) si las fracciones exceden la unidad se reducen proporcionalmente hasta ese límite; b) si las fracciones no cubren todo el patrimonio, el remanente de los bienes corresponde a los herederos legítimos. Y agrega: a falta de ellos (de herederos legítimos) va a los herederos instituidos en

proporción a sus cuotas. La solución nos parece un capricho del legislador, pues el destinatario debe ser el Estado.

El Proyecto silencia, equivocadamente a nuestro juicio, el supuesto de que el testador asigne las cuotas por mitades o por partes iguales. El tema lo analizaremos más adelante.

b) *Cuotas en la conjunción*. No hay derecho de acrecer entre los llamados a una misma porción, cuando se fijan cuotas en esa porción (arg. art. 2480, párr. 1°). Por ejemplo: un testador nombra heredero a su hermano A en la mitad de la herencia, y a sus hermanos B y C, disponiendo que a B le corresponde un cuarto de esa mitad y a C tres cuartos de esa mitad. No hay acrecentamiento entre los llamados conjuntamente (B y C), porque hay asignación de partes a cada uno (un cuarto y tres cuartos, respectivamente). Si B premuere (sin derecho de representación), sobre su parte se abrirá la sucesión intestada.

225. Institución de herederos con asignación de partes y sin asignación de partes en el mismo testamento

El artículo 2486, párrafo 2° expresa: "Si el testamento ha instituido uno o varios herederos con asignación de partes y otro u otros sin ella, a éstos corresponde el remanente de bienes después de haber sido satisfechas las porciones atribuidas por el testador. Si éstas absorben toda la herencia, se reducen proporcionalmente, de manera que cada heredero sin parte designada reciba tanto como el heredero instituido en la fracción menor".

Los instituidos sin asignación de partes suceden por partes iguales, y tienen vocación a todos los bienes de la herencia si los otros fallaran en su vocación.

El testador puede instituir a unos herederos sin asignación de partes y a otros con asignación de partes: a los primeros corresponde el remanente de los bienes, después de haber sido satisfechas las porciones atribuidas por el testador.

En el caso de que las cuotas absorban toda la herencia, el artículo da una solución novedosa: cada heredero sin partes designadas, es decir, sin cuotas, recibirá tanto como el heredero instituido en la cuota

menor, para lo cual habrá que reducir las cuotas. La solución difícilmente responderá a una presunta voluntad del testador.

226. El derecho de acrecer entre colegatarios unidos por una conjunción

El derecho de acrecer entre colegatarios únicamente puede existir cuando el causante llama a varios legatarios conjuntamente a un mismo objeto, sin asignación de partes: son los casos de las conjunciones *re et verbis* y *re tantum*.

1) Conjunción *re et verbis*. "Lego a Ticio y a Mevio mi casa de campo". Si Ticio no acepta, el legado acrecerá su parte a Mevio. El *coniunctim* entre Ticio y Mevio hace que la parte del que no acepta el legado vaya al otro colegatario.

El artículo 2489 regla este supuesto. Refiriéndolo al legado, dice así: "Cuando el testador [...] atribuye un bien conjuntamente a varios legatarios, cada beneficiario aprovecha proporcionalmente de la parte perteneciente al [...] legatario cuyo derecho se frustra o caduca".

2) Conjunción *re tantum*. "Lego a Ticio mi casa de campo". En otra frase del testamento se dice: "Lego también a Mevio mi casa de campo". El *disiunctim* entre Ticio y Mevio hace que la parte del que no acepta el legado vaya al otro colegatario. La única diferencia con el supuesto anterior es que la conjunción está efectuada en frases distintas.

Rige este supuesto tácitamente el artículo 2489.

227. Supuesto de sustitución de legatarios

En el nuevo Código Civil hay una norma genérica contenida en el artículo 2491, párrafo 2º, que dice: "El testador puede subrogar al instituido para el supuesto de que éste no quiera o no pueda aceptar la herencia o el legado. La sustitución establecida para uno de esos casos vale para el otro".

No existe una norma específica, como la contenida en el artículo 3317 del Código de Vélez, referida al llamamiento conjunto de legatarios. Con todo, podemos afirmar que el legado hecho conjuntamente

debe ser reputado tal, aun cuando el testador hubiese sustituido a uno o muchos de los legatarios conjuntos.

La sustitución puede tener lugar con relación a uno o varios legatarios, pues no hay razón para limitar la voluntad del testador. Ejemplo del primer caso: "Lego mi casa a Ticio y a Mevio y si éste falleciere antes que yo, lo sustituirán sus hijos". Si Mevio muere dejando hijos, Ticio no tendrá derecho de acrecer, porque el legado se considera hecho conjuntamente entre los hijos de Mevio y Ticio. Sólo en el caso de que esos hijos falten o que la sustitución sea nula, Ticio tomará el todo de la cosa legada, en virtud del derecho de acrecer. Ejemplo del segundo caso: "Lego mi casa a Ticio, a Mevio y a Cayo y si alguno de ellos falleciere antes que yo, los sustituirán sus respectivos hijos". Los efectos son idénticos a los del primer supuesto.

228. Falta del derecho de acrecer entre legatarios instituidos por cuotas dentro de la conjunción

El supuesto de asignación de partes en la cosa legada en un llamado conjuntivo impide, en principio, el acrecentamiento. Surge indirectamente del artículo 2488, párrafo 1°. En este caso no hay acrecentamiento, pues se considera que hay una contemplación especial para cada legatario, una especie de separación mental de la parte correspondiente a cada uno.

La nota del artículo 3814 del Código derogado trae el siguiente ejemplo: "Ticio lega su casa a Primo y a Segundo, para que aquél tenga tres cuartos de ella y éste un cuarto. Si Segundo pudiese tomar más de lo que se le ha asignado —concluye Vélez— la voluntad del testador sería violada".

Nos remitimos por su analogía al N° 224.

229. Derecho de acrecer entre herederos y colegatarios cuando el testador asigne las cuotas por mitad o por partes iguales

Hemos dicho precedentemente que cuando el testador ha asignado partes en la herencia (o en la cosa legada), el acrecentamiento no tiene lugar. No obstante, había en el Código Civil de Vélez un caso en que, existiendo asignación de partes, procedía el acrecentamiento. Este caso,

que vendría a constituir una excepción a la falta de acrecentamiento, estaba previsto en el artículo 3815: "La asignación de partes que sólo tengan por objeto la ejecución del legado, o la partición entre legatarios de la cosa legada en común, no impide el derecho de acrecer". Esta disposición era aplicable no sólo cuando se hacía designación de partes en la cosa legada, sino cuando tal asignación se efectuaba entre coherederos; esto surgía claramente de la nota del Codificador, en la cual se habla del concurso de colegatarios o coherederos.

El Codificador trató de zanjar con este artículo la polémica sostenida en la doctrina francesa en torno a si habría o no asignación de partes cuando el testador se refiere a mitades o partes iguales.

a) Había autores²⁴ que sostenían que cuando el testador institúa a dos legatarios sobre una cosa por mitad a cada uno, ninguno de ellos podía recibir más de esa mitad. No había entre ellos esa identidad de objeto que es condición primordial del derecho de acrecer.

b) Otros autores²⁵ introdujeron una variante cuando la disposición testamentaria por mitad o por partes iguales se refería a la ejecución del legado. Así, si el testador ha dicho: "Legó mi casa de campo *por partes iguales*", ha hecho asignación de partes y por consiguiente, no hay acrecentamiento; en cambio, si ha dicho: "Legó mi casa de campo a Ticio y Mevio, *para que se la dividan por partes iguales*" habría derecho de acrecer porque aquí sólo se contempla la ejecución del legado.

Vélez Sársfield se hizo eco de esta polémica en el artículo 3815, aceptando la segunda teoría. Pero no tuvo presente que en la práctica es muy difícil saber cuándo la asignación de partes tiene por objeto la ejecución de la herencia o del legado; en última instancia el testador siempre buscará la partición entre los beneficiarios, ¿qué importa entonces la forma de establecer el llamamiento? Fornieles²⁶ afirma que "es una distinción sutil, que se presta a todo género de discusión, que no debe tener cabida en ningún Código. La mejor demostración de su ineficacia, está en los ejemplos que traen los autores que no se entienden". Nosotros agregaríamos que es un factor que impulsa a la arbitrariedad judicial, pues, ante la confusión que implica el concepto,

²⁴ COLIN y CAPITANT, ob. cit., p. 127.

²⁵ AUBRY y RAU, ob. cit., N° 726; TROPLONG, ob. cit., t. IV, N° 2174.

²⁶ FORNIELES, ob. cit., t. II, N° 320.

los jueces pueden otorgar el acrecentamiento invocando este artículo o pueden negarlo, sin más exigencia. Las consecuencias son importantes, pues en el primer caso la cuota vacante va a los coherederos (o colegatarios), y en el segundo a los herederos legítimos.

El nuevo Código suprimió acertadamente la norma que contenía el artículo 3815. Pero omitió la problemática, que perdura en nuestros días, sobre el efecto jurídico que tienen las expresiones "por mitades" o "partes iguales". Si un testador instituye a dos herederos, otorgándole la herencia por mitades o por partes iguales, hay que preguntarse si esas expresiones implican o no el establecimiento de cuotas que niegan el derecho de acrecer.

La misión del intérprete, y en especial la del juzgador, será investigar la voluntad del causante en cada caso particular, haciéndola jugar como factor preponderante (arg. art. 2470, Cód. Civ. y Com.). Con esa directriz llegará a las conclusiones que actualmente acepta la jurisprudencia francesa y que dieron origen en nuestro Derecho al discutido artículo 3815, es decir, a considerar que cuando el testador deja sus bienes a sus herederos "por mitades o por partes iguales", sean cuales fueren los términos que empleare, no ha pretendido establecer cuotas que impidan entre ellos el acrecentamiento²⁷. Ésta es por otra parte la solución que aceptan los Códigos modernos (art. 983, Cód. español; art. 647, Cód. italiano, etc.).

En esta corriente progresista consideramos que aquellas frases numéricas que equivalen a partes iguales, deben interpretarse de la misma manera, prescindiendo de la innecesaria mención del número; mientras que la asignación de partes alícuotas desiguales excluye el acrecentamiento²⁸. O sea, la institución por partes iguales, cualquiera sean los términos empleados por el testador, implica acrecentamiento; en cambio, la institución por partes desiguales excluye el acrecentamiento. Según esto, el derecho de acrecer tiene lugar no sólo cuando los herederos están instituidos sin asignación de partes, sino también cuando están designados en partes numéricamente iguales. El acrecentamiento no tiene lugar cuando están designados en partes desiguales.

²⁷ SCJBA, 1-8-89, L. L. 1989-E-205; CNCiv., sala G, 12-11-84, L. L. 1985-A-179.

²⁸ LACRUZ, ob. cit., p. 218.

230. Legado de usufructo

Según el artículo 2490: "*Legado de usufructo. La muerte del colegatario de usufructo, posterior a la del testador, no produce el acrecentamiento de los colegatarios excepto disposición en contrario del testamento*". Esta norma, en correspondencia con el artículo 3818 del Código derogado, ha venido a decidir una de las cuestiones que se suscitaron en el Derecho francés al interpretarse el artículo 1044 del *Code*. Algunos, como Troplong²⁹, sostenían que en el legado de usufructo hecho conjuntamente a dos o más legatarios se aplicaba el derecho de acrecer cuando fallecía uno de los usufructuarios después de haber sido aceptado. Otros, entre ellos Aubry y Rau³⁰, entendían que regía el principio contrario, que fue seguido por el Codificador argentino en el artículo que estamos estudiando.

El artículo 2490, que tiene carácter excepcional, regula un supuesto concreto: el caso en que el legado de usufructo conjunto haya sido aceptado por los legatarios y que con posterioridad se produzca el fallecimiento de uno de ellos. En ese caso, su parte no acrece a los otros, sino que se consolida con la nuda propiedad.

La razón del precepto la encuentran los autores nacionales que tratan el problema³¹ en el carácter personalísimo del usufructo, que se extingue con la muerte del usufructuario. "Después de aceptado el legado —dice Llerena— el derecho se divide entre todos los legatarios; muerto uno de ellos, el derecho de usufructo se extingue según los principios generales que rigen la materia y, extinguiéndose, mal puede pasar a los colegatarios; tiene forzosamente que consolidarse con la nuda propiedad, pues es un derecho personal que acaba con el usufructo". Esta explicación nos parece equivocada; de ser cierta no tendría sentido la última parte del artículo que permite al testador dar un efecto diferente, es decir, admitir el derecho de acrecer, en cuyo caso se permitiría romper la estructura misma del usufructo.

La explicación está, a nuestro juicio, en la conveniencia de poner fin a la desmembración de la propiedad. Se trata de un usufructo

²⁹ TROPLONG, ob. cit., p. 2184.

³⁰ AUBRY y RAU, *Cours...* cit., N° 727.

³¹ LLERENA, ob. cit., p. 248; MACHADO, ob. cit., p. 304.

establecido conjuntamente y en forma indivisa en favor de determinadas personas, previsto en el artículo 2132 del Código Civil y Comercial. Se está en presencia de un solo usufructo, no de dos o más, pues sólo en este último caso cabría hablar de la extinción irremediable de uno de ellos cuando muriese el usufructuario. Por eso en el artículo 2490 se establece que en principio no hay derecho de acrecer entre los usufructuarios, pero deja a salvo la estipulación en contrario.

Dado el carácter excepcional de la norma que estudiamos, corresponde interpretarla restrictivamente, es decir, circunscribiéndola al supuesto de fallecimiento de uno de los legatarios, después de ocurrida la aceptación. De ahí que el derecho de acrecer tenga lugar en los supuestos no previstos por la norma, siempre que el legado de usufructo se haga por medio de un *coniunctim* o de un *disiunctim* en favor de varios legatarios.

Así, habrá derecho de acrecer si uno de los legatarios ha fallecido antes que el testador, o si no acepta el legado, o si es declarado indigno, vale decir, en todos aquellos casos en que alguno de los legatarios no quiera o no pueda recibir el legado.

231. Efectos del derecho de acrecer

Establecido ya el efecto principal del derecho de acrecer, cual es el de producir la expansión de la vocación solidaria y, consiguientemente, el aumento material en el reparto hereditario, veamos algunas consecuencias.

La consecuencia inmediata de esta concepción es que el acrecentamiento despliega sus efectos *ipso iure*, en el momento en que se produce la vacante, sin necesidad de ninguna declaración de aceptación por parte de los colegatarios y sin posibilidad de renunciar si éstos han aceptado ya la herencia. Estos efectos se producen, pues, necesariamente y sin posibilidad de renuncia.

La medida del acrecentamiento dependerá del número de vacantes que se produzcan, con sujeción a la regla general de que la expansión en la titularidad es proporcional por igual a todos los herederos. Así, si uno solo de ellos acepta la herencia, y faltan todos los demás, el acrecentamiento se verificará en favor de aquel que adquirirá toda la

herencia; si todos los coherederos menos uno aceptan la herencia, se amplía proporcionalmente la titularidad de aquéllos sobre la vacante que éste produce. Lo mismo cabe decir del acrecentamiento entre colegatarios.

232. Imposición de cargas

El acrecentamiento tiene, además, la característica de verificarse *cum onere*, vale decir, que los herederos a quienes acrece la herencia suceden en todas las obligaciones y cargas que tendría el que no quiso o no pudo recibirla. La expansión de la titularidad se extiende, pues, a ellas. Este efecto está consagrado en el artículo 2489, párrafo 2º, al decir: "Los favorecidos por el acrecimiento quedan sujetos a las obligaciones y cargas que pesaban sobre la parte acrecida, excepto que sean de carácter personal". Ejemplo: "Lego mi casa de campo a Ticio y a Mevio e impongo a este último la obligación de construirme en ella un monumento". Si Mevio no quiere o no puede recoger el legado, Ticio acrecería la parte de su colegatario, pero con la carga impuesta. A este respecto es indiferente que la conjunción sea *re et verbis* o *tantum*³².

Ahora bien; este artículo no se aplica cuando las obligaciones y cargas impuestas a alguno de los herederos o legatarios sean *intuitu personæ*. La excepción debemos referirla principalmente a las obligaciones y no a las cargas.

233. Trasmisión a los herederos

Según el artículo 2489, párrafo 3º: "El derecho de acrecer se trasmite a los herederos". El artículo debe extenderse también a los colegatarios.

Si uno de los llamados solidariamente muere después que el causante sin haber aceptado ni repudiado la herencia, dejando hijos, éstos tienen las mismas facultades que le hubieran correspondido al padre, de beneficiarse con la porción vacante del otro llamado. En otras pa-

³² Aubry y Rau (ob. cit., Nº 726 y 48), entre los autores franceses, sostienen, siguiendo la solución dada en el Derecho Romano, que el acrecentamiento *cum onere* sólo debe darse si hay un *coniunctim*, pero no en el caso del *disiunctim*.

labras: el derecho de acrecer que tuvo el padre le corresponderá a sus herederos.

234. Carácter supletorio de las normas sobre acrecimiento

Aunque no hay una norma específica en el nuevo Código —como la había en el anterior (art. 3819)—, esta supletoriedad es esencial en el concepto de acrecentamiento. Éste contiene normas dispositivas, no imperativas.

El carácter supletorio de las normas sobre el derecho de acrecer importa reconocer la supremacía de la voluntad del testador sobre las reglas creadas por el Código para interpretar su voluntad presunta; esas reglas no son imperativas ni limitan la voluntad expresa del testador, que puede prohibir el derecho de acrecer, aunque haya un llamado conjuntivo, e inversamente, otorgar el acrecentamiento aun no existiendo una vocación solidaria.

La ley no exige términos sacramentales al testador para otorgar o excluir el acrecentamiento, en contra de las normas supletorias que da la ley civil; basta que su voluntad se exprese o induzca para que el efecto se produzca como el causante desea³³.

235. El derecho de acrecer en la sucesión intestada

En el Derecho Romano la sucesión intestada producía acrecentamiento siempre que varias personas eran llamadas a la misma herencia y una de ellas no aceptaba. El acrecentamiento importaba una expansión sobre el objeto, en virtud de una comunión que se proyecta virtualmente sobre la cosa entera³⁴.

En el Derecho actual, aunque muchos Códigos sólo hablan del derecho de acrecer en la sucesión testamentaria, los autores la extienden a la sucesión intestada, si bien algunos consideran que sólo de manera impropia cabe hablar aquí de acrecentamiento³⁵.

Machado considera que el acrecentamiento tiene lugar en todos

³³ Consideramos criticable, al igual que Lafaille (ob. cit., N° 594), la ubicación del art. 3819; hubiera sido más adecuado situarlo al final.

³⁴ IGLESIAS, ob. cit., p. 584.

³⁵ CASTÁN, ob. cit., p. 201.

los casos, respecto de los herederos, sean testamentarios, forzosos o únicamente en grado sucesible cuando no existen los primeros³⁶. En el mismo sentido, Rébora sostiene que el derecho de acrecer "supone esencialmente, frente al fracaso de una vocación, la función de otra vocación coexistente. Desde este punto de vista —agrega— tanto puede manifestarse respecto de la vocación emergente de la ley, que es siempre vocación de heredero, como de la vocación emergente del testamento, que puede ser vocación, ya de heredero, ya de legatario"³⁷.

El problema en la sucesión testamentaria radica en el destino que ha de darse en la porción vacante: si ha de pasar a los coherederos o a los herederos intestados. La solución consiste en dar primacía a los coherederos cuando la disposición testamentaria contiene un llamamiento conjunto. En cambio, en la sucesión intestada no existe esa doble posibilidad, sino que la porción vacante queda siempre formando parte de esa sucesión.

El acrecentamiento en la sucesión intestada se causa *ministerio legis*, rigiéndose por las propias reglas de la sucesión intestada, que llama conjuntamente a los parientes del mismo grado. En esa sucesión la parte del que repudia la herencia acrece siempre a los coherederos, salvo el derecho de representación. La preferencia dentro de cada orden queda determinada por el principio general de prioridad de grado. De manera que la porción vacante aprovecha a los otros coherederos del mismo grado, en virtud del derecho de acrecer.

Cuando son varios los herederos que se benefician de la porción vacante, sus porciones, en principio, son iguales. No obstante, en un caso especial las porciones son desiguales. Este supuesto tiene lugar cuando los herederos del causante son hermanos de doble vínculo (hijos del mismo padre y madre) o de vínculo simple (hijos de sólo padre o madre) (art. 2440); cuando uno de los herederos no quiera o no pueda aceptar la herencia, los hermanos de doble vínculo tomarán el doble que los de vínculo simple. Estrictamente aquí no cabe hablar de igualdad matemática sino de igualdad proporcional, pues el acrecentamiento se producirá en proporción a la parte en que cada uno es llamado.

³⁶ MACHADO, *ob. cit.*, p. 283.

³⁷ RÉBORA, *Derecho de Sucesiones cit.*, t. II, p. 449.

Digamos, por último, que el fundamento del acrecentamiento en la sucesión intestada se encuentra directamente en la forma en que la ley llama a los herederos legítimos, sobre la base de la organización de los órdenes sucesorios y de los grados de parentesco, organización que en última instancia tiene su fundamento también en la presunta voluntad del causante.

CAPÍTULO X

PRESUPUESTOS SUBJETIVOS DE LA DELACIÓN

SUMARIO: 236. Enunciación. I. *Capacidad para suceder*. 237. Capacidad para suceder: precedentes. 238. Concepto. 239. Personas capaces. 240. Incapacidades absolutas para suceder. II. *Indignidad*. 241. Indignidad para suceder: precedentes históricos. 242. Concepto. 243. Diferencias con la incapacidad. 244. Fundamento de la indignidad. 245. ¿Cómo actúa la indignidad antes de la declaración de indignidad? 246. La indignidad frente a la delación. 247. Personas que pueden ser declaradas indignas. 248. Causales de indignidad: enunciación. 249.a) Delito doloso contra la persona, el honor, la integridad sexual, la libertad o la propiedad. 250.b) Maltratos y ofensas a la memoria del difunto. 251.c) Acusación criminal contra el difunto. 252.d) Omisión de denunciar la muerte dolosa del causante. 253.e) Abandono del difunto. 254.f) Falta de reconocimiento voluntario. 255.g) El padre o madre privados de la responsabilidad parental. 256.h) Atentados contra la última voluntad del difunto. 257.i) Causales de ingratitud que permiten revocar las donaciones. 258. No es necesaria la condena criminal. 259. Eliminación de la desheredación: consideraciones críticas. 260. A quiénes beneficia la indignidad. 261. Extinción de la indignidad: perdón. 262. Caducidad de la indignidad: principio. 263. Análisis de los supuestos. 264. Acción de indignidad: concepto. 265. Indivisibilidad de la acción de indignidad. 266. Vías procesales. 267. Juez competente. 268. Sujeto activo, ¿quiénes pueden demandar la indignidad? 269. Sujeto pasivo: contra quiénes se puede demandar la indignidad. 270. Sentencia de indignidad. 271.A) Efectos de la sentencia de indignidad respecto del indigno: principio. 272. Restitución de los bienes hereditarios con sus aumentos y mejoras. 273. Devolución de frutos y productos. 274. Enajenación de bienes hereditarios: indemnización. 275. Renacen los derechos y obligaciones. 276. Bienes recibidos en vida del causante por donación. 277.B) Efectos respecto de los descendientes del indigno. 278.C) Efectos respecto de terceros.

236. Enunciación

Ya hemos dicho que la delación es en nuestro Derecho llamamiento concreto y efectivo de la herencia, que implica adquisición de ella.

Para que el heredero con vocación tenga delación y por consiguiente pueda adquirir la herencia, necesita ser capaz de suceder y no ser indigno. De ahí que, como dice la moderna doctrina española¹, la capacidad y la falta de indignidad son presupuestos subjetivos de la delación, y por eso impiden la adquisición de la herencia. Son presupuestos "subjetivos" porque están relacionados con la persona del sucesor. En nuestra doctrina, Ferrer se manifiesta en el mismo sentido².

I. CAPACIDAD PARA SUCEDER

237. Capacidad para suceder: precedentes

En el Derecho Romano hay que distinguir dos tipos de aptitudes, cuya ausencia impide la adquisición de la herencia:

a) Una aptitud general, necesaria para poder ser designado heredero por cualquiera de las formas testamentarias o *ab intestato*. Los romanos, por la preeminente posición que para ellos ocupaba la designación por testamento, llamaron a esta aptitud *testamenti factio passiva*³.

La falta de esta aptitud general suponía la ausencia de idoneidad para ser heredero, y por consecuencia para tener la delación hereditaria. Carecían de esta idoneidad para suceder, tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada, los *peregrini* (*barbari* en el Derecho nuevo), los apóstatas y herejes, y los hijos de condenados por delitos de alta traición (*perduelles*). Los esclavos no podían lógicamente suceder al causante sin testamento, pero en cambio era posible instituir por testamento, tanto a los esclavos propios del testador, siempre que se les confiriera al propio tiempo la libertad (en el Derecho justinianeo la sola institución los hacía libres), como a los esclavos ajenos, que

¹ Lacruz (ob. cit., p. 233) reúne estos temas bajo el título *Presupuestos subjetivos de la delación*.

² FERRER, *Los acreedores del heredero y la sucesión* cit., p. 13.

³ La *testamenti factio* era un término que implicaba no sólo idoneidad para ser instituido heredero, sino para ser sucesor *ab intestato*, para adquirir legados y para ser nombrado tutor. Los comentaristas le agregaron el término "*passiva*" para contraponerla a la *testamenti factio activa*, que era la idoneidad para provocar una sucesión.

adquirían la herencia para su *dominus*, siempre que éste tuviera la *testamenti factio passiva*. En materia testamentaria existían otros supuestos de falta de idoneidad para ser heredero.

Esta clase de aptitud general se exigía en la sucesión *ab intestato* desde que la herencia era ofrecida al heredero (*delatio*) hasta el momento de la adquisición (*aditio*); en la sucesión testamentaria se exigía también al momento de la confección del testamento (no importaba que se perdiese en el lapso entre la confección del testamento y la delación, si se recuperaba antes de esta última).

b) Una aptitud específica, necesaria no ya para ser designado heredero sino para adquirir la herencia. A esta aptitud le llamaron los romanos *capacitas*. El *ius capiendi* era el derecho del heredero, designado tanto por testamento como *ab intestato*, para adquirir la herencia.

La *incapacitas* o falta del *ius capiendi* impedía la adquisición de la herencia, pese a la existencia de la delación. En el Derecho Romano no podían adquirir la herencia (*capere hereditatem*) los afectados por las llamadas leyes caducarias, que fueron la *lex Julia* y la *lex Papia Poppea* de tiempos de Augusto. Negaron dichas leyes totalmente el *ius capiendi* a los *cælibes* (varones solteros entre los 25 y 60 años y mujeres solteras entre 20 y 50 años), y limitaron a la mitad de lo heredado a los *orbi* (hombres casados que no tuvieran hijos o mujeres casadas que tuvieran menos de tres o cuatro hijos, si fuesen ingenuas o libertas, respectivamente), y también limitaron lo heredado, no se sabe en qué parte, a los *patres solitarii* (hombres que habiendo tenido hijos en matrimonio anterior disuelto, permanecían viudos o divorciados). La *incapacitas* no se aplicaba a los *cognati* del causante dentro del sexto grado y afines próximos. Las leyes caducarias fueron abolidas por constituciones de Constantino, Onorio y Teodosio II. En la compilación justiniana queda como único caso de *incapacitas*, el de las cortesanas y comediantes (*feminae probasæ*)⁴. Tampoco podían adquirir la herencia los *latini Juniani*: ellos gozaban de *testamenti factio*, pero lo dejado a ellos se consideraba *caducum* y por consiguiente era adquirido por el Fisco.

⁴ ARIAS RAMOS, ob. cit., p. 601.

238. Concepto

La capacidad para suceder es la aptitud que posee aquel que tiene vocación y delación hereditarias para adquirir la herencia. La capacidad para suceder se da, pues, en función de la posibilidad de adquirir la herencia.

La capacidad no se puede confundir con la vocación ni con la delación en el plano conceptual. En efecto, la vocación es el llamamiento virtual de todos los posibles herederos, hecho en todo caso por la ley y a veces también por el testador. La delación es el llamamiento concreto a quien no tiene impedimento para adquirir la herencia. Con ese llamamiento concreto y efectivo aparece el heredero. Por eso es que la capacidad actúa como presupuesto lógico de la delación y adquisición hereditarias: faltando aquélla, ésta no se puede producir. En cierto sentido se puede decir también que la capacidad es presupuesto de la vocación⁵.

Esta capacidad es de derecho, pues no se refiere al ejercicio sino al goce o titularidad hereditaria⁶. Tal capacidad no debe confundirse con la requerida para aceptar o repudiar la herencia, que es una capacidad de ejercicio.

El nuevo Código Civil ha mantenido la idea de capacidad para suceder, pero ha cambiado la terminología: habla de "Personas que pueden suceder" (art. 2279), que es lo mismo que decir "personas con capacidad para suceder". Pero, en nuestra opinión, las expresiones de Vélez Sársfield están dentro de un contexto jurídico más ventajoso: en él, por ejemplo, se pueden distinguir capacidad de goce y capacidad de ejercicio, quedando la capacidad para suceder dentro del ámbito de la capacidad de goce. En el sentido inverso, el nuevo Código habla de "Inhabilidad para suceder por testamento"

⁵ En general, se podría decir que la capacidad es presupuesto de la delación cuando la delación es considerada aisladamente con respecto a los demás momentos del fenómeno sucesorio; esto presupone un concepto de delación diferente al de vocación; sin capacidad no hay delación. En cambio, se puede decir que la capacidad es presupuesto de la vocación cuando la delación se relaciona con el momento que le precede, la vocación: entonces la falta de capacidad implica la falta de delación y de vocación. Se trata de distintas perspectivas de un mismo fenómeno.

⁶ Conf. FORNIELES, ob. cit., N° 56; BORDA, ob. cit., N° 68.

o, simplemente, "Personas que no pueden suceder" (art. 2482), desechando la idea de incapacidad, con lo cual se impide, por ejemplo, precisar los términos de incapacidades absolutas y relativas. El nuevo Código se ha separado, así, de los ordenamientos jurídicos modernos, que siguen situando el tema en el campo de la capacidad o incapacidad para suceder.

La capacidad para suceder se rige por la ley del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento. Respecto a los inmuebles situados en el país se aplica el Derecho argentino (arg. art. 2644).

239. Personas capaces

El principio de la capacidad estaba recogido en el artículo 3288 del Código de Vélez: "Toda persona visible o jurídica, a menos de una disposición contraria de la ley, goza de la capacidad de suceder o recibir una sucesión". En el nuevo Código se omite este principio general.

El artículo 2279 expresa: "*Personas que pueden suceder*. Pueden suceder al causante:

"a) las personas humanas existentes al momento de su muerte;

"b) las concebidas en ese momento que nazcan con vida;

"c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 561;

"d) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento".

Inciso a. La capacidad para suceder la tienen las personas humanas existentes al momento de la muerte del causante. Si ha hecho testamento no basta la existencia al momento de su celebración sino que es necesario que existan al momento de su muerte; esto sin perjuicio de las precisiones que efectuaremos en la parte de la sucesión testamentaria.

Inciso b. Las personas humanas deben estar concebidas en el momento de la muerte del causante y nacer vivas. Según el nuevo artículo 19, la existencia de la persona humana comienza con la concepción. Esa concepción se produce en el seno materno, pero los términos del

artículo incluyen la concepción extrauterina mediante técnicas de reproducción asistida: el embrión no implantado en la mujer implica concepción y consiguiente principio de la persona humana. El artículo 9º de las normas transitorias dice en ese sentido: "La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial".

Si la persona no nace con vida, se considera que nunca existió (art. 21).

Inciso c. Se refiere a las personas nacidas después de la muerte del causante mediante técnicas de reproducción asistida. Ellas deben cumplir con los requisitos previstos en el artículo 561, que se refiere exclusivamente al consentimiento de los cónyuges o convivientes. Los requisitos de ese consentimiento los establecerán disposiciones especiales. Ese consentimiento se puede revocar libremente si no se ha producido la concepción en la persona o la implantación del embrión⁷.

Inciso d. La primera parte, referida a las personas jurídicas, no ofrece dificultad. La segunda parte dice que pueden suceder al causante las fundaciones creadas por su testamento. La norma hay que relacionarla con el artículo 193, párrafo 3º, que dice: "Si el fundador es una persona humana, puede disponer su constitución por acto de última voluntad". En verdad, el testador puede disponer en su testamento que se constituya la fundación, asignándole bienes. Para que ésta exista como tal se necesita obtener la autorización del Estado para funcionar (art. 193, párr. 2º).

240. Incapacidades para suceder

Ante todo, hay que distinguir las capacidades absolutas y las capacidades relativas:

A) *Incapacidades absolutas.* Las incapacidades absolutas para suceder son aquellas que impiden adquirir válidamente cualquier

⁷ El art. 2279, inc. c del Proyecto, antes de su envío al Senado, hacía una remisión al art. 563 que permitía la concepción *post mortem*, la cual ha sido suprimida en el texto definitivo.

herencia en virtud de la especial situación en que se pueden encontrar los afectados por ellas. Estas incapacidades absolutas —al estilo romano— como la esclavitud, la extranjería, la muerte civil, etcétera, no se dan en el Derecho moderno. Hoy día no existen incapacidades absolutas, porque la ley no marca a nadie con la prohibición de ser heredero en abstracto.

El Código Civil de Vélez parecía dar ese carácter absoluto de incapacidad a dos supuestos, que en realidad no representan incapacidad alguna.

a) El artículo 3290, 2ª parte del Código Civil de Vélez, decía “El que no está concebido al tiempo de la muerte del autor de la sucesión, no puede sucederle”. La existencia de la persona se inicia con la concepción en el seno materno (art. 70, Cód. Civ.); el no concebido al tiempo de la muerte del causante no heredaba, simplemente porque en ese tiempo no era persona, aunque después pudiera llegar a serlo. Para poder adquirir una herencia es necesario ante todo existir, y el no concebido no existe. No estábamos, pues, ante un caso de incapacidad.

b) El artículo 3290, *in fine* decía: “El que estando concebido naciere muerto, tampoco puede sucederlo”. Es sabido que la existencia de las personas desde el momento de su concepción está supeditada al nacimiento con vida. El artículo 74 decía que “Si se muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieren existido”. Es obvio, pues, que el que nace muerto no pueda suceder, pero no porque tenga incapacidad para ello, sino simplemente porque no es persona. El artículo 21 del nuevo Código exige igualmente el nacer con vida.

B) *Incapacidades relativas*. Las incapacidades relativas para suceder son incapacidades que afectan a determinadas personas, en virtud de una especial situación jurídica entre el causante y el sucesor.

Estas incapacidades sólo se pueden dar en el ámbito de la sucesión testamentaria. Por eso destinaremos su estudio en la parte especial, correspondiente a la sucesión testamentaria.

II. INDIGNIDAD

241. Indignidad para suceder: precedentes históricos.

En el Derecho Romano la legislación imperial desarrolló, de modo ocasional, el instituto de la indignidad, desconocido por el *ius civile*, que sólo adquirió consideración unitaria en el Derecho posclásico⁸. La indignidad comprendía una serie de supuestos en los cuales el sucesor, aun adquiriendo la herencia, era despojado luego de lo adquirido como castigo a los actos cometidos contra el difunto; los bienes adquiridos iban al Fisco. La indignidad, pues, no era incompatible con la delación ni con la adquisición de la herencia: al llamado se le arrebatava únicamente el contenido patrimonial de la herencia, que iba a parar al Fisco. Con razón pudo decir luego la doctrina del Derecho común que *potest capere sed non potest retinere*.

En el antiguo Derecho francés de las costumbres hay cierta asimilación entre la desheredación y la indignidad, considerando a esta última institución como una desheredación hecha por la misma ley, al no haber tenido el causante tiempo o noticia para ordenarla. Estas dos instituciones —dicen Ripert y Boulanger⁹— se fundaban en el Derecho antiguo francés en unas mismas causas: los hechos que autorizaban al difunto a desheredar entrañaban la indignidad del heredero, de manera que la indignidad no era más que una desheredación tácita pronunciada de oficio por la ley. En el Derecho escrito se mantienen separadas estas dos instituciones como en el Derecho Romano.

Tanto en las regiones del Derecho consuetudinario como en las de Derecho escrito, se va abriendo paso la idea de que los llamados a los bienes que corresponden al indigno son los herederos de grado ulterior, y no el Fisco. Por último, acaba predominando el criterio de que la indignidad no da derecho a arrebatar los bienes al heredero, sino que impide o cancela la vocación de éste.

El Código francés, siguiendo los antecedentes de las costumbres,

⁸ Se trataba de casos extraídos de la desheredación, que la ley calificaba de indignidad, ante el silencio del difunto que no alcanzaba a realizar la desheredación (COLIN y CAPIFANT, ob. cit., t. VII, p. 129).

⁹ RIPERT y BOULANGER, ob. cit., t. X, vol. I, p. 64.

ha suprimido la desheredación como acto de voluntad específica y ha recogido la institución de la indignidad. Por lo demás, ha aceptado las variantes indicadas con respecto a la legislación romana: los bienes del indigno no van al Fisco sino a los herederos de grado ulterior; la indignidad cancela la vocación.

242. Concepto

La indignidad es una sanción en virtud de la cual el heredero, que ha incurrido en determinadas ofensas contra el difunto, queda privado de la herencia.

El Código Civil de Vélez regulaba la indignidad para suceder en los artículos 3291 y siguientes, dentro del título de los incapaces. El artículo 3291 empezaba diciendo que "Son incapaces de suceder como indignos..."; pero no se puede confundir la incapacidad y la indignidad: son instituciones con modalidades propias.

La indignidad es una sanción civil; no es —como explica Cicu¹⁰— una sanción penal porque, aun estando los hechos que dan lugar a ella previstos como delitos, la sanción civil es independiente de la sanción penal. Pero tiene una característica que la acerca a la sanción penal: no tiene función satisfactoria del derecho violado, ni tiende a reintegrarlo.

Queda vigente el concepto de indignidad en el nuevo Código. Aparentemente quedan borradas las diferencias entre la incapacidad y la indignidad, porque en la terminología del Código no se habla de capacidad o incapacidad para suceder: simplemente hay personas que pueden suceder o que son inhábiles para suceder. Pese a esta apariencia no ha desaparecido la idea de capacidad o incapacidad, que siempre será la causa para personas que puedan suceder o que sean inhábiles para suceder, respectivamente. Por tal razón reseñaremos las diferencias entre la indignidad y la incapacidad, como medida esclarecedora, en el número siguiente.

243. Diferencias con la incapacidad

La indignidad presenta semejanzas y diferencias con las incapacidades relativas.

¹⁰ Ob. cit., p. 202.

Ambas instituciones tienen en común el no ser una cualidad absoluta del afectado, sino una cualidad relativa frente a determinado causante. Se es incapaz o indigno frente a determinada sucesión, pero no frente a cualquier sucesión. Sus maneras de actuar, como lo veremos, también son similares.

Pero entre las dos instituciones median notables diferencias:

a) La incapacidad no depende de la conducta del afectado. La ley presume la captación de la herencia por las especiales circunstancias en que se halla el inhabilitado respecto del causante, y lo incapacita para heredar en esa sucesión¹¹. La indignidad, en cambio, implica una conducta reprochable de parte del indigno hacia el causante, que la ley sanciona con la pérdida de la herencia.

b) Como consecuencia de lo anterior, la incapacidad no constituye una pena, en tanto que la indignidad representa una pena jurídica, provocada por la conducta del indigno.

c) La incapacidad es irrenunciable; quien es incapaz no puede recibir la herencia, ni aun sirviéndose de personas interpuestas. La indignidad puede ser perdonada por el causante.

d) La incapacidad es definitiva e irremediable; no puede ser suplida, por tratarse de una incapacidad de derecho, por el mecanismo de la representación ni por ningún otro medio. La indignidad, en cambio, aparte de que puede ser perdonada por el causante, caduca por el transcurso de 3 años.

e) La incapacidad se da en el ámbito de la sucesión testamentaria. La indignidad, en cambio, se puede dar indistintamente en la sucesión testamentaria o en la intestada.

244. Fundamento de la indignidad

La sanción civil que constituye la indignidad se funda subjetivamente en la presunta voluntad del causante de excluir al indigno de la sucesión, como lo demuestra el hecho de que pueda ser perdonado voluntariamente por el causante (art. 2282), y también en el sentimiento

¹¹ Baste recordar la incapacidad de los tutores (que no pueden recibir cosa alguna en el testamento de sus pupilos menores), de los confesores y del ministro protestante, de los escribanos.

de moral social, pues el indigno puede ser privado incluso de sus derechos legitimarios, que no dependen de la voluntad del testador¹². El fundamento es, pues, doble: está en la presunta voluntad del causante y también en el sentimiento de moral social.

En nuestra doctrina hay autores que ponen el fundamento de la indignidad exclusivamente en la presunta voluntad del causante. La ley impone la sanción —según ellos— previendo la hipótesis de que el causante no haya conocido el hecho o no haya podido expresar su voluntad por temor, o su manifestación haya sido ocultada o sustraída¹³.

Otros entienden que la sanción legal se impondría, no en homenaje a la presunta voluntad del causante, sino al buen orden y a la moral social. Este último es el fundamento al que parece adherirse Rébora¹⁴, al referirse a la naturaleza de los hechos determinantes de la indignidad “repugnantes a la moral o agraviantes respecto de la libertad o de la dignidad del hombre”. Salas¹⁵ —refiriéndose a la causal de homicidio— expresa, parafraseando a Chabot, que la naturaleza se subleva ante la idea de que el homicida o asesino pueda recoger legalmente los despojos de su víctima.

El error de esta última posición está, en nuestra opinión, en considerar como único fundamento la moral social, que deja sin explicar el perdón del testador, que responde indudablemente a un fundamento distinto: el respeto a la voluntad presunta del causante.

245. ¿Cómo actúa la indignidad antes de la declaración de indignidad?

La indignidad no se produce de pleno Derecho, sino que necesita de una declaración judicial, a pedido de los interesados. Habiendo tenido lugar la declaración judicial, el indigno es excluido de la sucesión y se lo considera como si nunca hubiese sido heredero.

La divergencia doctrinal surge ante la contemplación del período

¹² *Ibidem*, p. 201; LACRUZ, *ob. cit.*, p. 247.

¹³ BORDA, *ob. cit.*, N° 75.

¹⁴ *Ob. cit.*, t. I, N° 82.

¹⁵ SALAS, *La indignidad para suceder por causa de muerte*, en J. A. 1953-I-393; *La indignidad para suceder por homicidio*, en J. A. 1953-IV-161.

anterior a la declaración de indignidad. Hay dos posiciones doctrinales: una que podríamos considerar como *clásica*, dada su gran influencia romana, y otra que llamaremos *moderna*.

A) *El indigno adquiere válidamente la herencia (Tesis clásica)*. Según esta tesis, antes de la declaración de indignidad, el indigno tiene vocación y delación hereditarias; por tanto, adquiere válidamente la herencia. Ésta es la opinión que Vélez Sársfield recogió en la nota al artículo 3309. Viene a ser —según lo ha dicho Lafaille¹⁶— como un adquirente sometido a condición resolutoria. El cumplimiento de la condición estaría dado por la declaración de indignidad, pero hasta tanto ella se cumpla, el heredero tiene título legítimo para adquirir. Durante ese período es un heredero real, no aparente. Por eso puede aceptar válidamente la herencia; perseguir como verdadero heredero a los deudores de la sucesión, sin que le puedan oponer la excepción de indignidad (art. 3299); por ser heredero real, puede enajenar válidamente los bienes sucesorios (art. 3309); etcétera¹⁷.

Esta posición marca una diferencia esencial con la incapacidad, pues el incapaz carecería de vocación y delación hereditarias, que le permitiría adquirir válidamente la herencia. El incapaz, aun antes de la declaración de incapacidad, no tiene título válido para adquirir; de ahí que si entra en posesión de los bienes, lo haga como un extraño. El indigno, en cambio, tendría vocación y delación hereditarias.

B) *El indigno no adquiere válidamente la herencia (Tesis moderna)*. Frente a esta tesis se alza otra, ya esbozada por el propio Vélez Sársfield en los artículos 3305 y 3307, que se basó en la opinión de algunos juristas franceses y en casos jurisprudenciales de aquel país. Ha sido desarrollada recientemente en Italia, por Cicu, y en España, por Lacruz¹⁸.

Esta teoría parte de la base de que antes de la declaración de in-

¹⁶ LAFAILLE, ob. cit., N° 96.

¹⁷ LAFAILLE, ob. cit., N° 98; FORNIELES, ob. cit., N° 63; MESSINEO, ob. cit., t. VII, p. 45.

¹⁸ CICU, ob. cit., p. 199; LACRUZ, ob. cit., p. 267.

dignidad el indigno no tiene vocación ni delación hereditarias, y, por tanto, no puede adquirir válidamente la herencia. No tiene, pues, título válido para realizar esa adquisición.

Esta posición asimila la postura del indigno a la del incapaz. Tanto la incapacidad como la indignidad necesitan ser invocadas y probadas por las partes. Si el incapaz o el indigno entran en posesión de los bienes, ambos carecen de títulos válidos para adquirir, por eso a ambos se los considera poseedores de mala fe, y cuando se produzca la pertinente declaración judicial, perderán la aparente posición de sucesores y tendrán que devolver lo recibido, con los frutos e intereses. Hasta tanto se produzca esa declaración serán herederos aparentes, y como tales podrán cobrar los créditos sucesorios a los terceros, sin que éstos puedan oponerles la excepción de indignidad; podrán realizar enajenaciones, que la ley declara válidas para proteger a los terceros de buena fe; etcétera.

C) *Posición del nuevo Código Civil (adhesión a la segunda tesis).* El nuevo Código Civil se adhiere acertadamente a la segunda tesis en el artículo 2285. Esta norma considera poseedor de mala fe al indigno en el período anterior a la declaración judicial de indignidad. Como consecuencia debe restituir los bienes recibidos e, incluso, debe también pagar los intereses de las sumas de dinero recibidas, aunque no haya percibido de ellas intereses.

Ésta es la posición que siempre sostuvimos¹⁹, en la que no fuimos acompañados por otros juristas nacionales, pese a que la tesis no estuvo ausente en el Código de Vélez Sársfield.

Esta tesis, en contraposición a la tesis clásica, acerca la incapacidad para suceder, en la que no hay delación hereditaria, a la indignidad, en la que tampoco la hay.

La distinción entre la incapacidad y la indignidad, que pregonza la tesis clásica, obedece a una clara diferenciación de los antecedentes históricos. En el Derecho Romano, la falta de *testamenti factio passiva*—que es la institución que guarda más similitud con la incapacidad del Derecho moderno— impedía la delación hereditaria, en tanto que

¹⁹ *Derecho de Sucesiones*, Buenos Aires, 1978, vol. I, N° 253.

la indignidad sólo se limitaba a hacer desaparecer los efectos económicos de la adquisición.

Empero, estimamos que esa profunda diferenciación no ha perdurado en nuestro Derecho²⁰. En efecto: el Código Civil de Vélez no hizo diferencias sustanciales entre la operatividad de la incapacidad y la de la indignidad. Es cierto que no responden a las mismas causas; pero legalmente son tratadas en forma muy similar, si es que no confundidas. Así se explica que el artículo 3291 empezara proclamando que "son incapaces de suceder como indignos", y que el artículo 3733 —que era el que encabezaba las incapacidades testamentarias— dijera que pueden adquirir por testamento todos los que no sean declarados "incapaces o indignos".

Esta tendencia la recogió, incluso, Vélez en la nota al artículo 3307, al citar el fallo de la Corte de Burdeos referente a la reivindicación de bienes de una sucesión en poder de los herederos del indigno. "La indignidad —decía la sentencia— es un efecto inmediato de la ley. El indigno no ha sido jamás heredero; si ha poseído los bienes y los ha transmitido a sus herederos, su posesión es injusta *ab initio*". Igualmente, la nota al artículo 3305 afirma que "el Derecho siempre considera al indigno como un extraño a la familia que se ha apoderado de la sucesión".

En ese contexto general, la similitud en la actuación de ambas instituciones aparece más lógica que la oposición diametral, que supondría afirmar que en la incapacidad no hay título válido para heredar, y sí en la indignidad.

Esta teoría lleva a las siguientes conclusiones:

1) La indignidad necesita para hacerla valer un pronunciamiento judicial, que se debe producir a instancia de parte. Pero esto mismo ocurre en materia de incapacidad, en donde también se necesita sentencia judicial que la declara a instancia de parte, pues las incapacidades relativas implican que no pueden ser declaradas de oficio, aunque sean manifiestas. Y no vale hacer notar —como dice Doménico Barbero²¹— que dicha causa de exclusión opera en virtud de la sentencia del juez.

²⁰ Lacruz dice, similarmente, que esa diferenciación en el Derecho español es simplemente insostenible (ob. cit., p. 266).

²¹ Ob. cit., t. V, p. 24.

ex nunc, puesto que tal sentencia no es en modo alguno "constitutiva", sino declarativa; su relevancia es la de declarar la certeza de la existencia de la causa de exclusión, no la de ponerla en existencia. Pero esto vale respecto de la incapacidad misma, en cuanto que también el incapaz *potest capere*, hasta que en caso de controversia no se declara cierta judicialmente la causal de incapacidad. En ambas hipótesis —concluye Barbero— la exclusión viene de la ley, previa si es del caso la declaración judicial de certeza de la causa, sea ella incapacidad o indignidad.

2) No aceptamos que la indignidad, en el período anterior a la declaración judicial, constituya un título válido para adquirir la herencia, actuando como condición resolutoria.

No hay aquí ninguna adquisición bajo condición resolutoria. El adquirente bajo condición resolutoria hace suyos los frutos hasta el momento del cumplimiento de la condición (art. 348). Esto no ocurre así en el caso de indignidad, en que el indigno no adquiere los frutos, sino que tiene que devolverlos desde la apertura de la sucesión, por ser un poseedor de mala fe (art. 2285). La similitud con el adquirente bajo condición resolutoria la consideramos, pues, desafortunada.

Concluimos que durante el período anterior a la declaración judicial, el indigno, lo mismo que el incapaz, no tiene delación hereditaria y, por tanto, no tiene título para adquirir válidamente la herencia, como lo tendría el adquirente bajo condición resolutoria.

3) El indigno que ha entrado en posesión de los bienes está obligado a restituirlos con los accesorios y aumentos que hayan tenido, como también los productos o rentas que haya obtenido de esos bienes desde la apertura de la sucesión (art. 2285). Aún más: está obligado a satisfacer los intereses de las sumas de dinero pertenecientes a la herencia, aunque no haya percibido de ellas intereses (art. 2285).

4) El indigno puede, en el período anterior a la declaración, enajenar o constituir válidamente derechos reales limitativos respecto de los bienes hereditarios, dejando a salvo la acción por daños y perjuicios en su contra cuando se declare la indignidad. Estas facultades surgen de su calidad de heredero aparente, que perdura

hasta la sentencia que declare su indignidad. Los actos del heredero aparente se rigen por los artículos 2314 y 2315 del nuevo Código Civil.

246. La indignidad frente a la delación

En nuestro Derecho, a diferencia del Derecho Romano, la indignidad actúa como presupuesto de la delación, pues el declarado indigno carece de todo llamamiento efectivo, y por eso no puede adquirir la herencia; como consecuencia, no se le puede considerar heredero (real) en el lapso que va desde la apertura de la sucesión hasta la declaración de indignidad.

Puesto que pensamos que el declarado indigno no ha sido nunca heredero, no aceptamos la tesis que considera que en este caso hay una resolución de la vocación, que implica la existencia de esa vocación y la posterior pérdida de ella.

247. Personas que pueden ser declaradas indignas

Pueden ser declarados indignos tanto los herederos (no importa que sean testamentarios o intestados) como los legatarios. La indignidad del legatario se justifica de la misma forma que la del heredero, pues él también recibe beneficios de la sucesión. La posibilidad de declarar indigno tanto al heredero como al legatario la prevé el artículo 2284 del nuevo Código Civil.

En principio, las personas de existencia ideal no pueden incurrir en indignidad por los hechos de sus administradores²². Empero, esta cuestión —como dice Rébora²³— no puede ser resuelta sin reservas: el caso en que los administradores de la entidad le hubiesen impedido al causante revocar un testamento que éste tuviera otorgado en favor de ella exigiría una solución moralizadora, que habría que buscar, cuando no pudiera ser obtenida de la ley civil, en el Código Penal.

²² SALAS, ob. cit., en J. A. 1953-I-347.

²³ Ob. cit., t. I, p. 149.

248. Causales de indignidad: enunciación

Las causales de indignidad previstas en el Código Civil y Comercial son de carácter limitado. La enumeración responde a la idea del *numerus clausus*. De ahí que la indignidad no podría ser aplicada por analogía a otras causas no previstas en la ley, aunque fuesen de la mayor gravedad.

Este principio, aunque no aparece especificado en ningún precepto, surge de la naturaleza sancionadora de la institución.

Las causales de indignidad no siempre implican hechos positivos realizados por el indigno, sino que a veces consisten en omisiones o abstenciones. Por ejemplo, la falta de denuncia de la muerte violenta del causante.

A continuación analizaremos las distintas causas de indignidad admitidas por el nuevo Código Civil, de mayor amplitud que las reguladas en el Código anterior.

249.a) Delito doloso contra la persona, el honor, la integridad sexual, la libertad o la propiedad

Según el artículo 2281, inciso a, son indignos de suceder: “los autores, cómplices o partícipes de delito doloso contra la persona, el honor, la integridad sexual, la libertad o la propiedad del causante, o de sus descendientes, ascendientes, cónyuge, conviviente o hermanos. Esta causa de indignidad no se cubre por la extinción de la acción penal ni por la de la pena”.

Este inciso tiene mayor amplitud que el artículo 3291 del Código de Vélez, que se circunscribía al delito de homicidio y que se extendía no sólo al homicidio consumado sino también al homicidio en grado de tentativa.

La nueva norma incluye cualquier delito doloso, quedando excluidos los delitos culposos. Gran parte de la jurisprudencia anterior referida al homicidio sería aplicable al caso; así, no incurre en indignidad el autor de un homicidio preterintencional, pues en ese caso no ha habido intención de matar, sino de causar un daño menor no sancionado con la indignidad²⁴. Lo mismo sucede en el homicidio perpetrado en

²⁴ SALAS, ob. cit., en J. A. 1953-IV-162.

estado de ebriedad, pues, cuando ésta ha sido voluntaria, el autor es responsable criminalmente a título de delito culposo.

El delito previsto en el inciso puede ir contra la persona, el honor, la integridad sexual, la libertad o la propiedad. Así, aparte de los delitos contra la persona, están los delitos contra el honor, como las injurias. El término integridad sexual es amplio: abarca el abuso sexual, la violación. El típico delito contra la libertad es el secuestro. Los delitos contra la propiedad comprenden, como los más caracterizados, el robo, el hurto y también la estafa.

El delito doloso puede tener como víctimas no sólo la persona del causante, sino la de sus descendientes, ascendientes, cónyuge, conviviente y hermanos. La novedad del artículo es el conviviente, figura prevista en el artículo 509.

La sanción recae sobre los autores y los cómplices del delito doloso.

La parte final del inciso establece que la causal de indignidad no se cubre por la extinción de la acción penal ni por la de la pena. El primer caso se refiere al indulto o a la amnistía, actos que borran la pena pero no el delito. El segundo caso implica la prescripción de la pena; también aquí existió ésta, aunque prescriba. Es natural que en estos casos subsista la indignidad.

250.b) Maltratos y ofensas a la memoria del difunto

El artículo 2281, inciso b, expresa que son indignos para suceder: "los que hayan maltratado gravemente al causante, u ofendido gravemente su memoria".

Entendemos que el maltrato comprende el maltrato físico —que en su extremo puede llegar al delito de lesiones— y el maltrato psíquico cuando éste es grave, que puede derivar en trastornos de la personalidad. En nuestra opinión, este maltrato psíquico implica acciones positivas en el que maltrata, no bastando la mera pasividad o distanciamiento, la falta prolongada de trato, etcétera.

Se incluyen también las ofensas graves contra su memoria. Este supuesto lógicamente se tiene que dar después de la muerte del causante, y entendemos que dentro de los tres años ulteriores al deceso (art. 2284).

El signo común de ambos es la gravedad, cuya determinación quedará librada al criterio del juzgador, que deberá tener presente el carácter restrictivo en la interpretación de esta figura jurídica.

Esta causal de indignidad no estaba prevista en el Código Civil anterior.

251.c) Acusación criminal contra el difunto

El artículo 2281, inciso c, dispone que son indignos para suceder: "los que hayan acusado o denunciado al causante por un delito penado con prisión o reclusión, excepto que la víctima del delito sea el acusador, cónyuge o conviviente, su descendiente, ascendiente o hermano, o haya obrado en cumplimiento de un deber legal".

El precepto, similar al que contenía el artículo 3293 del Código de Vélez, requiere, de parte de quien va a ser declarado indigno una acusación o denuncia contra el causante. Esta denuncia voluntaria importa la exteriorización de una animosidad hacia éste.

La acusación basta por sí sola, aunque carezca de fundamento, pues la ley considera que la simple acusación es incompatible con el afecto que debe haber entre el causante y el sucesor. Entendemos, no obstante, que la denuncia debe ser presentada en forma ante el funcionario competente para darle curso, pues no basta la presentación ante cualquier persona²⁵.

La norma contiene dos excepciones de personas que acusaron al causante sin incurrir en indignidad: a) cuando la víctima del delito es el propio acusador o los parientes próximos a que se refiere el inciso incluyendo el conviviente. Por ejemplo: si el causante cometió un delito contra el conviviente del heredero, ese heredero puede hacer la denuncia contra el causante sin quedar incluido en la causa de indignidad; b) cuando haya obrado en cumplimiento de un deber: el acusador en ese caso no incurre en indignidad.

El artículo se refiere a un delito penado con prisión o reclusión, cualquiera sea el tiempo establecido de condena. El artículo 3292 del Código derogado exigía que la condena fuera de cinco años o más.

²⁵ De acuerdo: LLERENA, ob. cit., t. VI, p. 32; BORDA, ob. cit., N° 100; en contra: GOYENA, ob. cit., t. I, p. 573.

252.d) Omisión de denunciar la muerte dolosa del causante

El artículo 2281, inciso d, considera que incurren en indignidad: “los que omitan la denuncia de la muerte dolosa del causante, dentro de un mes de ocurrida, excepto que antes de ese término la justicia proceda en razón de otra denuncia o de oficio. Esta causa de indignidad no alcanza a las personas incapaces ni con capacidad restringida, ni a los descendientes, ascendientes, cónyuge y hermanos del homicida o de su cómplice”.

Este artículo se basa en el principio de que el heredero que va a recibir una herencia debe procurar el castigo del delincuente que ocasionó la muerte de su causante.

En principio, basta la simple denuncia de la muerte dolosa del causante. La denuncia debe ser hecha dentro del plazo de un mes de ocurrida la muerte, excepto que la justicia proceda por denuncia o de oficio dentro de ese término.

La obligación de formular la denuncia por parte del heredero cesa cuando el homicida o su cómplice sea ascendiente, descendiente, cónyuge o hermano del heredero. En este caso la ley no puede imponerle una obligación que heriría sus más íntimos sentimientos²⁶.

Esta causal de indignidad no alcanza a las personas incapaces ni con capacidad restringida.

253.e) Abandono del difunto

El artículo 2281, inciso e, considera indignos para suceder a: “los parientes o cónyuge que no hayan suministrado al causante los alimentos debidos, o no lo hayan recogido en establecimiento adecuado si no podía valerse por sí mismo”.

La causal de indignidad se refiere a dos supuestos:

a) Que los parientes y el cónyuge no hayan suministrado al causante los alimentos debidos. La ley no especifica el alcance del término “parientes”. En nuestra opinión, el término debe comprender a todos los parientes que se deben alimentos, es decir a los ascendientes y descendientes y a los hermanos (bilaterales o unilaterales) (art. 537),

²⁶ BORDA, ob. cit., N° 99.

así como también a los afines en línea recta (tanto ascendente o descendente) en primer grado (art. 538).

La ley no exige, para aplicar esta causal, que haya reclamo judicial, y menos aún que los alimentos estén fijados u homologados judicialmente; por eso consideramos que es suficiente la mera falta de la prestación. La jurisprudencia avaló esta posición²⁷. Otros autores, como Mazzinghi²⁸, interpretaron que por razones de seguridad sólo se configura la causal cuando media incumplimiento de una sentencia o de un convenio homologado que establece la cuota alimentaria. En el mismo sentido se manifiesta Di Lella²⁹.

Pensamos que hubiera sido mejor –puesto que se trata de una sanción– exigir, al menos, el reclamo judicial de los alimentos.

b) No recoger al causante en establecimiento adecuado cuando no podía valerse por sí solo. Como el inciso se refiere a “parientes” en los dos supuestos, se debe dar la misma extensión indicada precedentemente.

El nuevo Código ha modificado sustancialmente el contenido del artículo 3295 del Código de Vélez, que exigía que el causante antes de morir se hallase demente y abandonado. La nueva norma es más racional y más justa.

254.f) Falta de reconocimiento voluntario

El artículo 2281, inciso f, determina que es indigno para suceder: “el padre extramatrimonial que no haya reconocido voluntariamente al causante durante su menor edad”.

El artículo abarca la posesión de estado debidamente acreditada en juicio que tiene, en virtud del artículo 584, el mismo valor que el reconocimiento expreso. De manera que no se configura causal de indignidad cuando ha existido posesión de estado durante la minoridad

²⁷ CCCom. de Córdoba, 7-2-2008, MJ-JU-M-20661-AR.

²⁸ MAZZINGHI, Jorge Adolfo, *Negativa a colaborar en la investigación de la paternidad y la indignidad sucesoria*, en L. L. 1996-B-544, punto IV.

²⁹ El que sostenga la indignidad no puede pretender probar que el obligado debió proporcionar alimento al que nunca los pidió (*Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación cit.*, p. 1058).

del hijo, acreditado en juicio, aunque la sentencia declarativa de la filiación se dicte aun después de su fallecimiento³⁰.

El reconocimiento tiene que ser voluntario, por contraposición a aquel que surge como consecuencia de una acción de reclamo de la filiación.

La falta de reconocimiento debe haber ocurrido durante la menor edad del hijo. Por ello, si el reconocimiento es efectuado después de adquirida la mayoría de edad, dado que no tuvo lugar durante la minoridad, lo alcanza esta causal de indignidad. Pese a lo dicho, creemos que si el reconocimiento tardío es consecuencia del desconocimiento de la existencia del hijo, no se debe aplicar la norma que siempre implica una sanción.

La normativa sólo imputa esa indignidad al padre y no a la madre. El artículo 3296 bis del Código anterior consideraba indignos al padre o a la madre que no reconocieron voluntariamente al hijo en su minoridad. No se entiende semejante discriminación en el nuevo Código.

255.g) El padre o madre privados de la responsabilidad parental

El artículo 2281, inciso g, considera indignos para suceder a: "el padre o la madre del causante que haya sido privado de la responsabilidad parental".

Según el artículo 638, la responsabilidad parental es un conjunto de deberes y derechos que corresponde a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo mientras sea menor de edad y no se haya emancipado. El padre o madre que falta a esos deberes, que enumera el artículo 646, es considerado indigno.

El inciso es una creación del nuevo Código Civil.

256.h) Atentados contra la última voluntad del difunto

El artículo 2281, inciso h, dispone que son indignos para suceder: "los que hayan inducido o coartado la voluntad del causante para que otorgue testamento o deje de hacerlo, o lo modifique, así como los que falsifiquen, alteren, sustraigan, oculten o sustituyan el testamento".

³⁰ FERRER y MEDINA, *Código Civil comentado. Sucesiones*, Santa Fe, 2003, t. I, p. 142.

La norma se funda en el propósito de proteger la libre manifestación de la voluntad del testador o el cumplimiento de esa voluntad. Distinguimos:

a) Que se emplee la fuerza contra el causante para que haga testamento, o para que no lo haga, o para que revoque el que hizo.

El inciso habla del que haya inducido o coartado la voluntad del causante: inducir es como instigar, y coartar es como limitar.

Cabe preguntar si inducir o coartar la voluntad del causante debe tener las características propias de la violencia que causa la invalidez del acto, y que legisla el artículo 276 del nuevo Código. Pensamos que no, porque aquí no se trata de la nulidad de un acto; por eso no se requieren la fuerza irresistible y las amenazas que generan temor de sufrir un mal grave e inminente. Basta con que el que induzca o coarte la voluntad del causante consiga su propósito: que otorgue testamento o que no lo otorgue.

b) Que modifique el testamento ya hecho, en la forma que permite la ley, es decir, haciendo un nuevo testamento.

c) Que lo falsifique o altere, que lo sustraiga u oculte, o que lo sustituya por otro, que lógicamente tiene que ser efectuado por el causante. Hay que considerar comprendido en la norma el caso de destrucción del testamento, que presupone la sustracción.

La doctrina se planteó el problema de si hay o no causal de indignidad en el caso de sustracción de un testamento nulo, por haberse revocado por otro posterior. Pensamos, al igual que De Gáspari³¹, que en ese caso el autor de la sustracción no incurre en indignidad. El fundamento de esta causal de indignidad está, como hemos dicho, en ser un medio impeditivo del cumplimiento de la voluntad del causante. No se sanciona la intención impeditiva sino el impedimento efectivo que representa la sustracción de un testamento válido³².

En el Derecho italiano (art. 463, inc. 5º) no existe problema en este sentido, pues la indignidad sólo puede afectar a quienes han suprimido el testamento por el cual debería haberse regulado la sucesión,

³¹ Ob. cit., t. I, p. 36.

³² En contra: BORDA, ob. cit., N° 113.

de tal modo que si por cualquier causa la expresión de voluntad del testador es nula, no hay lugar para la indignidad.

Estos supuestos contemplados en el inciso h, pueden producirse en vida del testador o después de la muerte. En este caso consideramos que no deben transcurrir los tres años del artículo 2284.

257.i) Causales de ingratitud que permiten revocar las donaciones

El artículo 2281, inciso i, considera indignos de suceder a: "los que hayan incurrido en las demás causales de ingratitud que permiten revocar las donaciones".

El artículo 1571 especifica las causas de ingratitud. Dice así: "*Ingratitud*. Las donaciones pueden ser revocadas por ingratitud del donatario en los siguientes casos: a) si el donatario atenta contra la vida o la persona del donante, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes; b) si injuria gravemente a las mismas personas o las afecta en su honor; c) si las priva injustamente de bienes que integran su patrimonio; d) si rehúsa alimentos al donante".

Pensamos que en la extensa enumeración del artículo 2281, en principio, ya están contenidas las causales de revocación de las donaciones por ingratitud del donatario. Por eso el inciso i, nos parece un tanto inútil.

258. No es necesaria la condena criminal

El artículo 2281 expresa en el último párrafo: "En todos los supuestos enunciados, basta la prueba de que al indigno le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal".

La norma sólo es aplicable a los supuestos en que la conducta del indigno implica delito, supuesto que no se da en todos los enunciados del artículo.

El artículo 3291 del Código Civil de Vélez exigía condena criminal en el caso de homicidio o tentativa de homicidio.

259. Eliminación de la desheredación: consideraciones críticas

El nuevo Código Civil ha ampliado notoriamente las causales de

indignidad establecidas en el Código de Vélez en los artículos 3291 a 3296 bis. Esta tendencia se manifiesta en la ampliación de las causales establecidas en el Código y en la creación de nuevas causales.

Los Fundamentos del Proyecto se limitan a expresar que se han introducido "modificaciones a la redacción de las vigentes causales de indignidad sucesoria para adaptarlas a la denominación de los delitos del Código Penal", sin mencionar lo más característico de las causales, que es su mayor amplitud.

Además, esos Fundamentos incurren en confusión cuando dicen: "E incorpora un último inciso, vinculado a las causales de revocación de las donaciones, solución que permite derogar el régimen de desheredación y evitar, de ese modo, una doble regulación para situaciones prácticamente idénticas". Para el legislador, la incorporación como causales de indignidad de las causales de revocación de las donaciones permite derogar la desheredación, evitando una doble legislación. Pero olvida que la justificación de la desheredación responde al derecho inalienable de la persona ofendida gravemente de privar de la legítima al ofensor. Las corrientes modernas consagran los derechos humanos como uno de los pilares de todo ordenamiento jurídico. Cuando se violan esos derechos humanos, la ley penal castiga a su autor y concordantemente concede a la víctima la facultad de privar por testamento de herencia al ofensor. Este derecho, consagrado en los ordenamientos jurídicos más antiguos, fue anterior a la creación de la figura de la indignidad, y desde luego su subsistencia no depende de las causales de indignidad; es un error sólo pensar que ampliando las causales de indignidad se puede llegar a la supresión del derecho del ofendido a desheredar.

Precisamente, la existencia de la figura de la revocación de donaciones ante las causales que marca la ley es el argumento clave para el mantenimiento de la desheredación. En el nuevo Código Civil, al igual que en el Proyecto de 1998, se suprime lisa y llanamente la desheredación. Pensamos, de conformidad con la inmensa mayoría de las legislaciones, que en un régimen de legítimas se impone dar la posibilidad al testador, ante hechos graves, para que deje sin efecto la atribución necesaria que la ley otorga al legitimario. Imponer al testador la pasividad ante una falta grave cometida en su contra, dejando librada la sanción a personas extrañas a la falta, nos parece un grave error.

En el nuevo Código Civil, el donante puede revocar la donación por ingratitud del donatario (art. 1569). Las causas de revocación las establece el artículo 1571, transcrito precedentemente. En esencia, el donante que ha efectuado una donación, ante determinadas conductas graves del donatario, puede revocarla, dejándola sin efecto. El acto terminado y cumplido de la donación puede revocarse ulteriormente cuando el donatario incurre en las causales de ingratitud que fija el Proyecto. En sentido similar se pronunciaban los artículos 1858 y 1860 del Código de Vélez.

Siendo así, no se explica por qué una persona en su testamento no puede desheredar o privar de legítima a futuros legitimarios que han incurrido en conductas graves contra su persona. ¿Por qué se permite al donante dejar sin efecto una donación por ingratitud del donatario y por qué no se permite al testador desheredar en su testamento a un heredero que ha incurrido en causas graves contra él o sus familiares más íntimos? No hay razones valederas para aceptar la revocación de una donación y negar la desheredación en circunstancias similares.

El legislador, en nuestra opinión, en vez de suprimir la desheredación, debió procurar adecuar las causales a los tiempos actuales, e introducir expresamente al cónyuge —como ya lo hizo un sector de la doctrina— entre los posibles desheredados.

Los casos que se pueden presentar son muy variados. Basta citar algunos para comprender la sinrazón de la supresión de la figura de la desheredación.

El padre que abandona a su hijo en su infancia privándole de alimentos, dejándolo a merced de su suerte, puede sufrir el castigo penal; pero en el nuevo Código ese hijo que ha cargado con el peso de su desgracia por años, si —llegado a la mayoría de edad— decidiera hacer testamento no podría desheredar al padre que lo abandonó, violando derechos humanos elementales. Esto es incongruente.

La violencia de género es una de las preocupaciones del legislador. El hombre que maltrata a la mujer, colocándola en niveles infrahumanos que a veces llegan a la muerte, tiene el castigo de la ley penal; pero he aquí que en el nuevo Código la maltratada, si hiciera testamento, no podría desheredar a su verdugo. Nos parece un despropósito.

El hijo que mata a su madre dejando viudo a su padre. No habiendo desheredación, el padre, si hiciera testamento, no podría desheredar al homicida, en contra de toda lógica jurídica.

El hijo intenta matar a su padre y es condenado por homicidio en grado de tentativa. Ese padre no puede privar de herencia en su testamento al hijo que atentó contra su vida. ¿Por qué?

No es que los ejemplos utilizados sean especialmente dramáticos, es que todas las conductas que llevan a la desheredación son dramáticas.

Es verdad que todos estos casos normalmente implican conductas que encierran "indignidad" para heredar. Pero la indignidad actúa cuando los herederos inician la acción contra el indigno para adquirir la parte que al indigno le hubiera correspondido en la herencia. Pero la utilización de esa acción queda al arbitrio del heredero interesado y él puede no ejercerla o llegar a transacciones con el presunto indigno. Esto entra dentro de la lógica jurídica, pero lo que no entra en la lógica jurídica es negarle al mismo ofendido, que es el causante, el derecho para que él mismo desherede a su ofensor³³.

En materia de sucesión quizá habrá una ley rectificatoria de los errores más importantes contenidos en el nuevo Código, como lo fue la ley de fe de erratas que se dictó a poco de sancionarse el Código Civil de Vélez. Si llegara a existir esa ley, en nuestra opinión, la reimplantación de la desheredación debería ser una de las rectificaciones prioritarias.

Las XXIV Jornadas de Derecho Civil, celebradas en Buenos Aires en el mes de septiembre de 2013 recomendaron en forma unánime la incorporación de la desheredación en el Proyecto de 2012.

260. A quiénes beneficia la indignidad

En el Derecho Romano se le privaba al indigno del contenido eco-

³³ Sugerimos a la Comisión redactora del nuevo Código, a través de uno de sus ilustres miembros —al que pedimos nuestro anonimato—, en base a estos fundamentos, que no se suprimiera esta institución. La Subcomisión de sucesiones reimplantó la desheredación, ampliando las causales (art. 2408-1 a 2408-8, de su numeración). Pero en la redacción final se eliminó la desheredación.

nómico de la herencia, que iba a parar al Fisco, lo que presupone que el indigno llegaba a ser heredero. Por eso se decía *potest capere sed non potest retinere*: puede tomar, pero no retener.

En el Derecho Medieval se inició la reacción contra esta solución, estableciéndose que los bienes del indigno fueran a parar a los herederos que les correspondiera por ley.

Esta solución es unánimemente aceptada en el Derecho moderno.

Declarada la indignidad, la porción que le habría correspondido al indigno la reciben las personas que tendrían derecho a la herencia en defecto de él. Si es heredero, pasará a los herederos de igual grado o de grado inmediato posterior, según los casos. Si es legatario, los bienes que integran el legado quedarán en poder de los herederos.

El problema de si declarada la indignidad reclamada por uno de los herederos aprovecha sólo a ese heredero o a los demás que no la solicitaron, lo resolvemos inclinándonos por lo segundo. Lo analizaremos más adelante.

261. Extinción de la indignidad: perdón

Los efectos de la indignidad desaparecen si el ofendido perdona a quien ha incurrido en alguna causal de indignidad en vida del causante. Puesto que la indignidad implica una ofensa grave al causante, nada más lógico que admitir que el perdón dado por aquél tenga la virtualidad de borrar la indignidad. En ese caso, quien incurrió en falta contra el difunto heredará sin obstáculo alguno.

Así como la prueba de la indignidad les corresponde a los herederos que se beneficiarían con la exclusión del indigno, el perdón efectuado por el causante ofendido tiene que demostrarlo el ofensor.

El artículo 2282, parte 1ª del nuevo Código Civil dispone: "El perdón del causante hace cesar la indignidad".

El medio por excelencia para efectuar el perdón es el testamento, pero caben otros medios. Veamos:

A) *Perdón manifestado en el testamento*. El nuevo Código admite expresamente el perdón manifestado en testamento posterior al hecho. El artículo 2282, parte 2ª dice que "El testamento en que se beneficia

al indigno, posterior a los hechos de indignidad, comporta el perdón, excepto que se pruebe el desconocimiento de tales hechos por el testador”.

No es necesario que en el testamento conste el perdón de manera expresa. Basta que una persona instituya heredero o legatario a quien ha incurrido en alguna causal de indignidad para que la ley presuma, *iuris et de iure*, que el otorgante ha tenido conocimiento de la falta y que ha perdonado al culpable³⁴.

Cabe preguntarse si renacerá o no la indignidad cuando el testamento ha sido declarado nulo por defectos de forma. A nuestro juicio, tal nulidad no debe afectar al perdón del ofendido, pues demostrada su voluntad por ese medio fehaciente no hay por qué subordinarla a la validez formal del testamento. Algunos autores, llevados por un formalismo inaceptable, han exigido la validez del testamento para que el perdón pueda borrar la indignidad³⁵. Lo mismo cabe decir del perdón otorgado en un testamento que luego es revocado por otro posterior.

B) *Perdón manifestado fuera del testamento*. El artículo se limita a expresar que el testamento —efectuado después de los hechos— en que se beneficie al indigno, importa el perdón. Esa norma es una manifestación tácita del perdón, pero en sí no implica que el perdón no se pueda hacer valer por otros medios: la norma no niega que el perdón puede efectuarse sirviéndose de otros medios.

Esta solución es aceptada en el Derecho extranjero: artículo 466, Código Civil italiano; artículo 2038, Código Civil portugués; artículo 1818, Código Brasil, etcétera.

262. Caducidad de la indignidad: principio

El artículo 2284 del nuevo Código Civil expresa: “*Caducidad*. Caduca el derecho de excluir al heredero indigno por el transcurso de tres años desde la apertura de la sucesión, y al legatario indigno por igual plazo desde la entrega del legado.

³⁴ LAFAILLE, ob. cit., N° 111.

³⁵ MACHADO, ob. cit., t. VIII, p. 346.

"Sin embargo, el demandado por el indigno por reducción, colación o petición de herencia, puede invocar la indignidad en todo tiempo".

El propósito de la ley es simple: no desea que quede indefinidamente sin aclarar la situación del indigno que ha entrado en posesión de la herencia, sin saber si se va a invocar o no la indignidad contra él. Entonces, la ley establece que a los tres años contados desde la apertura de la sucesión caduca la acción de indignidad del heredero. Lo mismo ocurre con el legatario indigno, pero en ese caso los tres años se cuentan desde la entrega del legado. Con lo cual impide que los herederos o los legatarios interesados en que se la declare puedan, en lo sucesivo, invocar o probar la causal en que se funde. Viene a ser, así, un medio indirecto de obligar a los interesados a que se pronuncien ante el problema, invocando la indignidad o renunciando a ella.

En principio, cuando se demanda la indignidad se busca no sólo que el demandado sea declarado indigno, sino que tenga que devolver los bienes hereditarios que posee como heredero aparente. De manera que la situación de la posesión no es ajena a la acción de indignidad, sino que se contempla dentro de ella. Por eso, cuando se inicia la acción de indignidad debe acumularse la acción de petición de herencia para obtener los bienes mal poseídos por el indigno. Pero puede suceder que el indigno no esté en posesión de los bienes, porque los tiene otro heredero. El indigno, que es heredero aparente, podría demandar al heredero que está en posesión de los bienes, para obtener la restitución de esos bienes. El artículo 2284 prevé estos dos supuestos en el párrafo primero y en el párrafo segundo.

La innovación del precepto consiste en contar el término de caducidad para excluir al heredero indigno desde la apertura de la sucesión; diferentemente, el término para el legatario indigno se cuenta desde la posesión, que se produce con la entrega del legado.

El artículo 3298 del Código Civil de Vélez contaba los tres años desde la posesión de la herencia o legado. La posesión de la herencia o del legado servía como punto de partida para contar el término de caducidad.

La doctrina anterior al nuevo ordenamiento se mostró vacilante sobre la calidad de la posesión del presunto indigno. Un sector de la

doctrina sostuvo que el precepto se refería a la “posesión hereditaria”. Para nosotros, la posesión a la que se refería el artículo 3298 era la “posesión material”³⁶.

El nuevo Código no lo expresa, aunque ésta esté implícita en la norma.

263. Análisis de los supuestos

El artículo 2284 prevé dos supuestos:

a) *Artículo 2284, párrafo 1°*. El derecho de excluir al heredero indigno o al legatario indigno caduca a los tres años, contados de la apertura de la sucesión o desde la entrega del legado respectivamente. Va implícito en la norma que el heredero indigno está en posesión material de la herencia y el heredero solicita la declaración de indignidad y el reintegro de los bienes hereditarios. Si hipotéticamente ese heredero indigno no estuviera en posesión de la herencia y lo estuviera el coheredero, no tendría sentido que éste inicie acción contra el indigno, cuando por vía de excepción siempre podría oponer la excepción de indignidad del demandante.

Concordantemente, el término para el legatario indigno se cuenta a partir de su posesión, que se produce con la entrega del legado.

Por ejemplo, un causante tiene un único hijo (éste no es casado ni tiene descendientes ni ascendientes), que ha incurrido en indignidad, y un hermano. El hijo está en posesión material de los bienes hereditarios. La demanda de indignidad la ejerce el hermano del causante —que es el que heredaría a falta del hijo— contra su sobrino.

b) *Artículo 2284, párrafo 2°*. Este supuesto se daría cuando el indigno no está en posesión de la herencia, sino que la tiene otro heredero. El indigno demanda al heredero poseedor, que puede oponerle la excepción de indignidad en todo tiempo.

Por ejemplo: un causante deja dos hijos, A y B. El hijo A incurrió en una causal de indignidad. Ante su situación conflictiva con el padre decide irse al extranjero. Al morir el padre, el hijo B queda como único poseedor de la herencia. El hijo A inicia demanda contra el hijo

³⁶ PÉREZ LASALA, José L. y MEDINA, Graciela, *Acciones judiciales en el Derecho Sucesorio*, Santa Fe, 2011, p. 347.

B para obtener su parte de la herencia, invocando su carácter de heredero. Al contestar la demanda, el hijo B le opone la excepción de indignidad.

Este caso no estaba previsto en el Código de Vélez, que sólo se refería a la purga de la indignidad, que presuponia que el indigno estaba en posesión de los bienes, cosa que no sucede en el caso expuesto. Llerena³⁷ expresó que, opuesta la indignidad como excepción contra el heredero que pretende entrar en posesión de los bienes, es "permanente"; entendemos que quiso decir que la acción es "imprescriptible". En efecto, la acción que interpone el presunto indigno es la acción de petición de herencia, que es imprescriptible; por eso la excepción la puede interponer en todo tiempo.

El artículo habla también de la acción de reducción y colación, cuyo entronque con este supuesto en que el indigno es el demandante nos parece dudoso.

264. Acción de indignidad: concepto

El medio judicial para declarar indigno a cualquier sucesor que haya incurrido en alguna causal de indignidad es la acción de indignidad. La finalidad de la acción es obtener la declaración de indignidad, cuya consecuencia inmediata es la exclusión del heredero, considerando que *nunca ha sido heredero*.

La acción de indignidad es una acción personal, cuyo fin es obtener la declaración de indignidad, sin incluir el problema de la transferencia de bienes al demandante. Por eso, cuando el demandado está en posesión de los bienes es conveniente acumular a esta acción la acción de petición de herencia, para obtener el reintegro de tales bienes, con sus accesorios. Pensamos —al igual que Segovia y Machado³⁸— que la exclusión del indigno importa privarlo de los bienes hereditarios, y éstos se obtienen en la totalidad o en la parte alícuota que corresponda en virtud de la acción de petición de herencia³⁹.

³⁷ Ob. cit., t. IX, p. 76.

³⁸ SEGOVIA, ob. cit., t. VIII, p. 409, N° 65.

³⁹ En la acción de petición de herencia, como expondremos en el Capítulo XVIII, el heredero reclama la restitución de todos los bienes hereditarios o de alguno en

En síntesis, la acción de indignidad acumulada a la petición de herencia provocará la exclusión del indigno y la consiguiente adquisición de los bienes hereditarios.

La acción de indignidad se tramita por juicio ordinario ante el juez civil competente, y esto no se podrá eludir, incluso aunque hubiese sentencia criminal condenatoria firme.

265. Indivisibilidad de la acción de indignidad

Nuestra doctrina está dividida, pues una parte sostiene que la declaración de indignidad sólo beneficia al heredero que la reclamó, y otra considera que la declaración de indignidad beneficia no sólo al heredero que la reclamó sino a todos los demás herederos. Veamos:

A) *La sentencia sólo aprovecha al que reclama la indignidad.* Machado⁴⁰ sostiene que algunos de los herederos o todos los herederos podrán alegar la indignidad, pero si alguno dejare de hacerlo, no podrá acogerse a lo juzgado entre los otros. Lo mismo será si uno de los herederos hubiese sido vencido en la acción, los otros podrán intentarla independientemente.

B) *La sentencia pedida por un heredero aprovecha a los demás.* Maffia se inclina por esta posición, impugnando la anterior, que llevaría a que el heredero fuera digno con respecto a unos e indigno con relación a los demás. En sentido similar, Zannoni⁴¹ afirma que la acción de indignidad es indivisible. El declarado indigno es excluido de la herencia, sea quien fuere el que demande esa declaración, y agrega: "ella tendrá efectos *erga omnes* aun respecto a quienes no la solicitaran". Se pone en juego la calidad de heredero (ausencia de ella), que esencialmente es indivisible.

particular, sobre la base del reconocimiento de la calidad de heredero, contra quien, en principio, los posee a título de heredero. En la acción reivindicatoria el heredero tendría que probar la calidad de propietario del causante, más complicado que probar su calidad de heredero.

⁴⁰ MACHADO, ob. cit., t. VIII, p. 366.

⁴¹ ZANNONI, ob. cit., t. I, p. 229.

Por nuestra parte⁴², aceptamos la indivisibilidad de la acción de indignidad, basándonos en el fin esencial de la acción, que es declarar la indignidad, lo cual implica que el declarado indigno lo es respecto a cualquiera de los herederos, los que demandaron la indignidad y los que no la demandaron. El que demanda podrá reclamar la parte proporcional que le corresponda en la fallida sucesión del declarado indigno; los que no demandaron podrán invocar la declaración de indignidad solicitada por el otro heredero, y obtener así la parte proporcional en la sucesión del indigno. Se pone en juego un problema de falta de vocación y delación respecto al indigno; y esa circunstancia no permite que una persona, respecto al mismo causante, para unos carezca de vocación y para otros la tenga⁴³.

266. Vías procesales

La acción de indignidad procede contra el que incurrió en alguna o algunas causales de indignidad. A su vez el indigno puede estar en posesión material de la herencia o puede no estarlo. Por ejemplo: un causante que no hizo testamento deja un único hijo (que no deja ni descendientes ni ascendientes ni cónyuge) y un único hermano. El hijo, que es el que está en posesión material de toda la herencia, incurrió en una causal de indignidad. El hermano inicia la acción de indignidad contra su sobrino, hijo del causante.

También la indignidad puede hacerse valer por vía de excepción. Por ejemplo, un causante, que no hizo testamento, deja dos hijos, A y B. El hijo A está en posesión material de la herencia, y el hijo B incurrió en causal de indignidad. El hijo B inicia acción de petición de herencia, para obtener, en base a su título aparente de heredero, el disfrute de la mitad de la herencia. El hijo A opone la excepción, por considerar que el demandante incurrió en causal de indignidad.

En síntesis, se entabla como acción contra el indigno que está en

⁴² Después de haber rectificado nuestra primera posición en *Derecho de Sucesiones* cit., vol. 1, p. 358.

⁴³ En el mismo sentido LLERENA, *ob. cit.*, t. IX, p. 75: la indignidad "en sí" es indivisible, pero en "sus efectos" es divisible.

posesión de la herencia (total o parcialmente); se entabla como excepción cuando el poseedor material de la herencia es el heredero real: el indigno inicia acción contra él reclamando la herencia, entonces el heredero beneficiario le opone la excepción por su indignidad.

267. Juez competente

La acción de indignidad debe ser tramitada ante el juez de la sucesión, en virtud del fuero de atracción regulado en el artículo 2336, párrafo 2°. Aunque la norma no se refiere expresamente a la acción de indignidad, sí se refiere a la acción de petición de herencia, que naturalmente se acumula a la acción de indignidad.

A su vez, el juez competente para iniciar la sucesión es el juez civil del último domicilio del causante.

268. Sujeto activo, ¿quiénes pueden demandar la indignidad?

El artículo 2283, párrafo 1° del nuevo Código Civil, dispone: "*Ejercicio de la acción. La exclusión del indigno sólo puede ser demandada después de abierta la sucesión, a instancia de quien pretende los derechos atribuidos al indigno. También puede oponerla como excepción el demandado por reducción, colación o petición de herencia*".

Veamos el aspecto de inclusión y exclusión a los efectos de demandar la indignidad:

A) *Quiénes pueden demandar la indignidad.* En principio, la ley sólo les otorga la facultad de demandar la indignidad a los que pretenden los derechos atribuidos al indigno: los parientes que recibirán la porción del indigno son los interesados directos. Los demás parientes, aunque invoquen la defensa de la memoria del difunto, no pueden promover la acción.

Entre los parientes que podrán recibir la porción hereditaria del indigno, están, en primer lugar y en forma excluyente, los hijos del indigno. Los hijos del indigno vienen a la sucesión (la del causante del indigno, normalmente el padre del indigno) por derecho de representación (art. 2429). Si hay hijos, ellos serán los interesados en de-

mandar la indignidad del padre en la sucesión del abuelo. El cónyuge está también entre los interesados para demandar la indignidad. Asimismo, debe concedérsele la acción al heredero instituido, no pariente.

Consideramos que el Fisco también puede demandar la indignidad, si por falta del indigno tiene que recibir los bienes hereditarios, pues, aun cuando no es heredero propiamente, recibe los bienes como si lo fuera. Creemos que el hecho de que la indignidad se funde, sobre todo, en motivos morales o en que los parientes sean los más adecuados para resolver si deben o no ventilar esas causas, no es razón suficiente para negarle la acción al Fisco.

La parte final del párrafo 1º dice que "también pueden oponerla como excepción el demandado por reducción, colación o petición de herencia". El caso tendría lugar cuando el presunto indigno no está en posesión de la herencia y demanda al heredero que está en posesión de ella. La acción que dirige el indigno necesariamente tiene que ser la acción de petición de herencia, difícilmente la acción de reducción o de colación. El demandado, que es el heredero, opondrá la excepción de indignidad⁴⁴.

B) *Quiénes no pueden demandar la indignidad.* En cambio, no puede reconocerse la acción a los legatarios, aunque ellos puedan tener interés en la declaración, como ocurriría en el caso de que el legado no pudiera cumplirse íntegramente por afectar la legítima del heredero real.

Tampoco gozan de la acción los acreedores del causante. Ellos no tienen ni siquiera interés económico, pues cualquiera que sea el heredero cobrará su crédito.

Se puede plantear el problema de si los acreedores del heredero podrían incoar la demanda de indignidad por vía de la acción subrogatoria que prevé el artículo 739. Ellos tendrían interés patrimonial en la declaración de indignidad, porque los demás herederos —sus deudores— acrecentarían su porción hereditaria a causa de la exclusión del indigno. Pero entendemos que ellos no pretenden los derechos atribuidos al indigno (art. 2283) y, por tanto, no podrían demandar la indignidad.

⁴⁴ El artículo, en su primitiva redacción, sólo mencionaba la acción de reducción y la de colación. Sugerimos a la Comisión redactora del proyecto que se incluyera la acción de petición de herencia, lo cual fue aceptado.

269. Sujeto pasivo: contra quiénes se puede demandar la indignidad

Cabe distinguir dos hipótesis:

A) *Acción contra el indigno*. La indignidad se puede demandar contra las personas que pueden ser declaradas indignas. De ahí que se pueda ejercer la acción contra los herederos, ya sean legítimos o testamentarios, y contra los legatarios.

Respecto al legatario como sujeto pasivo, se superpone una eventual acción de indignidad y una revocación por causa de ingratitud.

La primera, es decir, la acción de indignidad, corre contra el legatario que ha incurrido en alguna de las causas de indignidad (arg. art. 2284). El legatario dejará de ser tal y tendrá que devolver el legado cuando haya sentencia de indignidad.

La segunda, es decir, la revocación del legado por causa de ingratitud, también corre contra el legatario. Aquí el legatario pierde el legado si incurre en alguna de las causales previstas en el artículo 1571: a) si el donatario atenta contra la vida o la persona del donante, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes; b) si injuria gravemente a las mismas personas o las afecta en su honor; c) si las priva injustamente de bienes que integran su patrimonio; d) si rehúsa alimentos al donante.

El que se beneficia con estas causales, puede optar por cualquiera de las dos vías, siempre que la conducta reprochable del legatario esté contemplada en las causales de indignidad, o, en su caso, de ingratitud del donatario.

B) *Acción contra los herederos del indigno*. Cabe la acción contra los herederos del indigno, siempre que no hereden por representación, o lo que es lo mismo, siempre que no sean descendientes de los indignos. El principio es, pues, que se trasmite a los herederos la herencia o legado de que su autor se hizo indigno, pero con el mismo vicio de indignidad: que la acción de indignidad por las faltas del causante pueda ser intentada contra los herederos del indigno. De este principio hay que excluir a los descendientes del indigno en la sucesión del abuelo, los cuales están regidos por los artículos 2427 y 2439.

Entre los herederos del indigno no están comprendidos los hijos del

indigno, pues si ellos existen recibirán la herencia que le hubiera podido corresponder al indigno por derecho de representación (arts. 2427 y 2439). Esto quiere decir que el hijo del indigno no recibe la herencia de su padre sino de su abuelo, puesto que hereda por representación. El indigno es el representado, el abuelo el causante y el nieto el representante. Contra el representante nunca podrá prosperar la acción de indignidad.

Los herederos del indigno, sujetos pasivos de la acción de indignidad, son los parientes o herederos voluntarios, siempre que no existan hijos. Por ejemplo: el indigno (que no tiene herederos forzosos) hace un testamento a favor de un amigo y muere. Los parientes legitimados para entablar la acción de indignidad pueden dirigirse contra el heredero del indigno y reclamarle los bienes que el indigno hubiese recibido en la sucesión de su causante.

Si los herederos del indigno (no los hijos) hubieran recibido los bienes sucesorios, contra ellos se podrá iniciar la acción de petición de herencia, ya que la pretensión se proyecta sobre la universalidad de la herencia, y no sobre un bien particular. No obstante lo dicho, no hay inconveniente para que se inicie la acción de petición de herencia cuando se trate de un bien concreto. Si en este último caso se opta por la acción de reivindicación, el actor deberá probar la calidad de propietario del causante, en tanto en la acción de petición de herencia —con la que también se puede reclamar un bien concreto— le bastará probar la calidad de heredero.

El heredero real puede demandar al indigno o a sus herederos para obtener la declaración de indignidad. Cuando los bienes están en poder del presunto indigno o de sus herederos, se acumula a la acción de indignidad la acción de petición de herencia, para obtener el reintegro de los bienes (en poder del indigno y, a su muerte, de sus herederos).

Si el indigno, antes de su muerte, hubiese hecho testamento y en él hubiese dispuesto legados, cabe preguntarse si muerto el indigno la acción puede intentarse contra los legatarios. Nos inclinamos por la afirmativa, pues el indigno no pudo hacer válidamente legados (si quedaran afectados por la indignidad), aunque sí donaciones.

270. Sentencia de indignidad

La indignidad no opera de oficio, sino a pedido de parte. Probada

la causal de indignidad se dicta sentencia de declaración de indignidad. La consecuencia de tal declaración es excluir al indigno de la sucesión y considerarle como si nunca hubiese sido heredero. Cuando a la demanda de indignidad se acumula la acción de petición de herencia reclamando también la restitución de los bienes hereditarios, la sentencia debe expresamente condenar a esa restitución. Si esta acumulación no tiene lugar porque el actor se limita a pedir la declaración de indignidad, el juez no tiene por qué condenar a la restitución de los bienes.

En todo caso, la sentencia puede hacerse valer en el proceso sucesorio para que al dictarse la declaratoria de heredero no incluya al indigno, que ya no es heredero.

Si la declaratoria de herederos ya se ha dictado, la sentencia de indignidad servirá para modificarla, excluyendo de ella al indigno. La declaratoria de heredero es una resolución que no causa estado, de ahí su posibilidad de modificarla. Ella se dicta —como explica Graciela Medina⁴⁵— “en cuanto hubiere lugar por derecho, esto es, sin perjuicio de los terceros que puedan tener interés en la sucesión, por lo que cualquier omisión, error o vicio que contenga la declaratoria, puede ser dejado sin efecto por el mismo juez que la dictó, previa comprobación y tramitación del pedido en dicho sentido”.

El artículo 702, párrafo 2, del Código Procesal Civil de la Nación expresa en ese sentido que “Cualquier pretendiente podrá promover demanda impugnando su validez o exactitud, para excluir al heredero declarado, o para ser reconocido con él”. El artículo 323 del Código Procesal Civil de Mendoza, en forma más precisa dice: “Las cuestiones que se susciten sobre la exclusión de herederos declarados, preterición de herederos forzosos en el testamento, nulidad de éste, petición de herencia y cualquiera otra respecto a los derechos a la sucesión, se sustanciarán en pieza separada y en procedimiento ordinario”.

271.A) Efectos de la sentencia de indignidad respecto del indigno: principio

Al estudiar los efectos de la indignidad, conviene distinguir estos

⁴⁵ *Proceso sucesorio* cit., t. I, p. 223.

tres aspectos: efectos respecto del indigno, respecto de los descendientes del indigno y respecto de terceros. En este epígrafe enunciamos los efectos respecto del indigno.

El efecto de la declaración de indignidad consiste en excluir al indigno de la herencia, considerándolo como si nunca hubiese sido heredero. Tal exclusión, lógicamente, se limita a la herencia respecto de la cual ha sido declarado indigno.

Este efecto principal produce importantes consecuencias si el indigno ha entrado en posesión de los bienes hereditarios: restitución de bienes con aumentos y mejoras, devolución de frutos, indemnización en caso de enajenación de bienes, falta de confusión de créditos y deudas. Analizaremos estos temas en los números siguientes.

272. Restitución de los bienes hereditarios con sus aumentos y mejoras

El artículo 2285, párrafo 1º dispone: "*Efectos.* Admitida judicialmente la exclusión, el indigno debe restituir los bienes recibidos, aplicándose lo dispuesto para el poseedor de mala fe. Debe también pagar los intereses de las sumas de dinero recibidas, aunque no los haya percibido". El artículo 3305 del Código de Vélez disponía, con más precisión: "El indigno que ha entrado en posesión de los bienes, está obligado a restituir a las personas a las cuales pasa la herencia por causa de su indignidad, todos los objetos hereditarios de que hubiere tomado posesión con los accesorios y aumentos que hayan recibido, y los productos o rentas que hubiere obtenido de los bienes de la herencia desde la apertura de la sucesión".

El nuevo artículo se refiere a la restitución de los bienes recibidos, lo que presupone que está en posesión de ellos. Ésta es una obligación que surge naturalmente como consecuencia de su exclusión como heredero. Si esta devolución no se produce voluntariamente, se conseguirá judicialmente mediante la acción de petición de herencia, acumulada a la acción de indignidad⁴⁶.

La devolución debe abarcar los aumentos que haya recibido la

⁴⁶ Si esa acción de petición de herencia no se acumula a la acción de indignidad, podrá promoverse después, en forma independiente.

herencia. Dentro de este concepto están incluidos: los aumentos que las cosas hereditarias hayan recibido por accesión, y las mejoras introducidas por el indigno.

Respecto de las mejoras, hay que hacer una distinción⁴⁷: si se las ha realizado sirviéndose de los productos y frutos de los bienes hereditarios, no hay duda de que tendrán que ser devueltas; en cambio, si han sido hechas con dinero propio del indigno, corresponderá aplicar el artículo 1938. El indigno puede reclamar el costo de las mejoras (excepto los que se han originado por su culpa, por ser poseedor de mala fe). Asimismo puede reclamar las mejoras útiles, pero sólo hasta el mayor valor adquirido por la cosa. El artículo 1938 no se refiere a las mejoras suntuarias, por lo que debemos entender que el indigno no puede exigir su pago.

El indigno, como poseedor de mala fe, responde por la destrucción total o parcial de la cosa, incluso aunque se hubiera producido igualmente de estar la cosa en poder de quien tiene derecho a su restitución (art. 1936, párr. 2º).

273. Devolución de frutos y productos

En el Código Civil de Vélez no había un precepto que determinara expresamente que el indigno, en el período anterior a la declaración de indignidad, era un poseedor de mala fe.

Algunos autores⁴⁸ sostienen que el régimen del indigno no es idéntico, sino similar, al del poseedor de mala fe, pues si el Codificador hubiera querido considerarlo tal, le habría bastado con remitirse a las disposiciones pertinentes; lejos de ser así, el Código se limita a fijar los efectos de la indignidad que, en líneas generales, pero no siempre, coinciden con los de la posesión de mala fe.

Contrariamente, siempre defendimos la mala fe del indigno⁴⁹. Entendimos que el Código, en vez de utilizar el sistema de la remisión, fue marcando en pocos artículos los lineamientos generales, que indudable-

⁴⁷ En el mismo sentido: BORDA, ob. cit., N° 128.

⁴⁸ LLERENA, ob. cit., t. VI, N° 47; MACHADO, ob. cit., t. VIII, p. 367; BORDA, ob. cit., N° 125.

⁴⁹ Ob. cit., vol. I, p. 362.

mente corresponden a los del poseedor de mala fe⁵⁰. Si así no fuera, ¿cómo se explicarían las omisiones del Codificador, por ejemplo en lo referente a la ruina o deterioro de la cosa? En lo que el Código no había previsto especialmente, se debían aplicar supletoriamente las normas sobre el poseedor de mala fe. De ahí la vigencia de los artículos 2435 y 2436.

Lo que considerábamos totalmente inaceptable era caracterizar al indigno como poseedor de buena fe. Aparte de que las normas legales expresas lo colocaban en situación de poseedor de mala fe, las notas de los artículos 3305 y 3307 también lo veían como tal. No se necesitaba una calificación especial de su mala fe, ya que tal calificación surgía fehacientemente de los artículos 3305, 3306, etcétera, aparte de las notas indicadas.

El nuevo Código Civil, en el artículo 2285, considera al indigno como poseedor de mala fe, y le aplica lo dispuesto en el Código para el poseedor de mala fe. La devolución de frutos y productos, como consecuencia, se rige por las normas aplicables a ese poseedor.

A) *Frutos*. El artículo 1935 dice que el poseedor de mala fe debe restituir los frutos percibidos y los que por su culpa deje de percibir.

Los frutos pendientes no le pertenecen al indigno, pues según el artículo 1935, último párrafo los frutos pendientes corresponden a quien tiene derecho a la restitución de la cosa.

Respecto de los frutos civiles el indigno debe devolver las sumas de dinero recibidas pertenecientes a la herencia, con sus intereses aunque no haya percibido intereses. El artículo 2285, párrafo 1º, parte 2ª, dice en ese sentido: "Debe también pagar los intereses de las sumas de dinero recibidas, aunque no los haya percibido". La doctrina considera que los intereses se deben desde el momento en que se pudo emplear el capital, y no desde la demanda que los reclama, pues la mora se produce en este caso de pleno derecho⁵¹.

B) *Productos*. El artículo 1935, párrafo 2º, última parte, dispone

⁵⁰ Incluso los autores que así piensan hacen muchas concesiones a la tesis que los considera iguales que poseedores de mala fe. Así, Borda en materia de mejoras, N° 128; cuando la cosa no ha producido frutos por negligencia, N° 125, *in fine*.

⁵¹ BORDA, ob. cit., N° 127.

que el poseedor “sea de buena o mala fe, debe restituir los productos que haya obtenido de la cosa”. Esta obligación pesa sobre el indigno.

274. Enajenación de bienes hereditarios: indemnización

Si el indigno enajena bienes —situación no prevista en el nuevo Código—, los demás herederos tendrán acción contra él por los daños y perjuicios que les haya producido.

Los daños y perjuicios estarán determinados por el valor de la cosa enajenada al momento del efectivo pago. El valor de la cosa debe ser apreciado en el momento de demandar la declaración de indignidad, pero ese valor deberá actualizarse al momento del pago. Concordamos con Borda⁵² en que la obligación del indigno siempre se traduce en el pago de una suma de dinero; no puede ser obligado a entregar el valor de los bienes adquiridos con el producto de los heredados, pues aquí no juega el principio de subrogación real.

275. Renacen los derechos y obligaciones

Según el artículo 2285, párrafo 2º: “Los derechos y obligaciones entre el indigno y el causante renacen, así como las garantías que los aseguraban”.

Este artículo constituye la aplicación del efecto principal de la declaración de indignidad, que considera al indigno como si nunca hubiese sido heredero. Siendo el indigno un extraño, es natural que los créditos que tenga contra la sucesión sean exigibles, ya se trate de créditos en general, ya de los especiales que surgen de los gastos necesarios y útiles. A la inversa, la sucesión podrá exigirle al indigno los créditos que tenga contra él.

Igualmente subsisten los derechos reales limitativos en los cuales aparentemente hubiera habido extinción por confusión, pues responden al mismo principio, aunque el artículo no lo diga.

Como consecuencia, consideramos que la prescripción no se interrumpe en favor de unos ni de otros. El indigno no puede aprovecharse de una suspensión de la prescripción en su favor, y los coherederos

⁵² Ob. cit., N° 126.

tienen el remedio de pedir la indignidad para evitar la prescripción en su contra⁵³.

276. Bienes recibidos en vida del causante por donación

La declaración de indignidad transforma al indigno en un extraño a la herencia. Consecuencia de esto es que no estará obligado a restituir los bienes que hubiere recibido del causante por donación. Con mayor motivo, si el bien lo recibió por título oneroso.

En cambio, si esa donación afectara a la legítima de algún heredero forzoso, estará sometida a reducción⁵⁴.

277.B) Efectos respecto de los descendientes del indigno

En el Derecho Romano la porción del indigno iba al Fisco, y no a los herederos. No cabía por eso hablar en ese Derecho de los derechos sucesorios de los hijos del indigno. Pero cuando el principio romano fue perdiendo su vigor, la porción del indigno pasó a los coherederos, es decir, a aquellas personas que por ley les hubiera correspondido la herencia a falta del indigno, pero no a los hijos y descendientes de él. Parecía repugnante que el hijo fuera a recibir la herencia del abuelo, en la que su padre había sido declarado indigno.

Esta idea evolucionó, pues se consideró que los hijos no debían ser castigados por las faltas de sus padres⁵⁵. Entonces se abrió paso el criterio de que los hijos podrían recibir los bienes de un causante en los que su padre había sido declarado indigno, pero por derecho propio. Esta concepción, plasmada en el artículo 730 del Código Civil francés, suponía un progreso importante: el heredero, aunque sea hijo del indigno, sucede "por derecho propio" cuando es el más cercano en grado; pero no sucede "por derecho de representación"⁵⁶.

En nuestro Derecho, antes de la ley 17.711, el viejo artículo 3301 había dado lugar a polémicas por la forma en que estaba redactado,

⁵³ De acuerdo: MACHADO, ob. cit., t. VIII, p. 376. En contra: BORDA, ob. cit., N° 131.

⁵⁴ Conf. MAFFÍA, ob. cit., t. I, p. 214.

⁵⁵ POTHIER, *Successions*, Paris, 1845, Cap. I, Sec. 2, art. 4°.

⁵⁶ RIPERT y BOULANGER, ob. cit., t. X, vol. I, p. 69.

pues no aclaraba con precisión si los hijos del indigno heredaban por derecho propio, o por representación. Esta última interpretación era aceptada por casi la unanimidad de la doctrina⁵⁷.

Tal solución fue expresamente reconocida en el artículo 3301, que decía: "Los hijos del indigno vienen a la sucesión por derecho de representación, pero el indigno no puede en ningún caso reclamar sobre los bienes de la sucesión el usufructo y administración que la ley acuerda a los padres sobre los bienes de sus hijos". El precepto resolvió definitivamente la cuestión de si los hijos del indigno vienen a la sucesión del abuelo (u otro causante del indigno) por derecho propio o por derecho de representación, aceptándose este último temperamento.

Si el causante hizo en vida una donación a uno de sus hijos, que luego incurrió en una causal de indignidad, el hijo del indigno (nieta del causante) está obligado a colacionar la donación cuando concurre con sus tíos (es el caso normal), produciéndose así la igualación entre ellos, que es el fin último de la colación. Como consecuencia, el nieto recibirá su porción hereditaria disminuida en el monto de la donación. Lo analizaremos al tratar la colación.

Digamos, por último, que es presupuesto para que el nieto herede por representación al abuelo, cuyo padre ha sido declarado indigno, que el nieto no haya sido declarado indigno en la sucesión de su padre (representado) (art. 2429, párr. 2°).

278.C) Efectos respecto de terceros

Las enajenaciones de los bienes hereditarios que el indigno haga antes de la declaración de indignidad, son en principio válidas, sin perjuicio de la acción que los herederos puedan ejercer contra él por los daños y perjuicios. El artículo 2283, párrafo 2, expresa que la acción de indignidad "...puede ser dirigida contra los sucesores a título gratuito del indigno y contra los sucesores particulares a título oneroso de mala fe. Se considera de mala fe a quien conoce la existencia de la causa de indignidad".

⁵⁷ SEGOVIA, ob. cit., t. II, p. 406, nota 56; LLERENA, ob. cit., t. VI, p. 38; MACHADO, ob. cit., t. VIII, p. 350; FORNIELES, ob. cit., t. I, N° 70; LAFAILLE, ob. cit., t. I, N° 126, etc.

La norma sienta el principio de protección a los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe. El nuevo Código ha limitado la protección a los terceros de buena fe y a título oneroso, excluyendo a los adquirentes a título gratuito, indebidamente protegidos por el artículo 3310 del Código anterior.

Al haber circunscripto el nuevo Código la protección a los "sucesores", creemos que han quedado fuera de la protección los titulares de derechos reales sobre cosa ajena, como sería el acreedor hipotecario. Vemos en esto un retroceso respecto al Código de Vélez, que también protegió a los titulares de servidumbres, hipotecas, etcétera, equiparados a los terceros adquirentes (art. 3909).

CAPÍTULO XI

POSESIÓN HEREDITARIA. INVESTIDURA DE LA CALIDAD DE HEREDERO. DECLARATORIA DE HEREDEROS

SUMARIO: I. *Poseción hereditaria*. 279. Adquisición *ipso iure* de la posesión hereditaria. 280. La posesión hereditaria: concepto. 281. Fundamento de la posesión hereditaria. 282. Precedentes históricos. 283. La posesión hereditaria en el antiguo Derecho español. 284. Las Leyes de Indias y el juzgado de bienes de difuntos. 285. La recepción de la posesión hereditaria en el nuevo Código Civil y Comercial argentino. 286. Quiénes tienen esta posesión hereditaria. 287. La posesión hereditaria no participa de las cualidades de la posesión del causante. 288. No otorga por sí derecho a los frutos. 289. La facultad de entrar en la posesión material de los bienes hereditarios. 290. Ejercicio de las acciones posesorias. 291. Sus efectos no alcanzan a la titularidad de la herencia. 292. Indivisibilidad de la posesión hereditaria. 293. Síntesis de los caracteres y efectos de la posesión hereditaria. II. *Investidura de la calidad de heredero*. 294. La posesión hereditaria y el problema de la intervención de los jueces en el Código Civil de Vélez Sársfield. 295. La investidura de la calidad de heredero: concepto. 296.A) Investidura de pleno derecho. 297. Aplicación práctica de la falta de necesidad de la intervención de los jueces: ejercicio de las acciones judiciales. 298.B) Investidura otorgada por el juez del sucesorio. 299. El ejercicio de las acciones judiciales. 300. Crítica de la dualidad aceptada en el nuevo Código. III. *Declaratoria de herederos y aprobación judicial del testamento*. 301. Declaratoria de herederos: concepto. 302.a) La declaratoria de herederos como resolución judicial. 303.b) La declaratoria de herederos tiene carácter declarativo. 304.c) La declaratoria de herederos no causa estado. 305.d) Verificación previa de la calidad de heredero y reconocimiento como tal. 306.e) El heredero debe presentarse en el expediente sucesorio. 307. Diligencias previas. 308. Ampliación del contenido de la declaratoria de herederos. 309. Restricción del contenido de la declaratoria de herederos. 310. Estructura y forma de la declaratoria de herederos. 311. Efectos de la declaratoria de herederos. 312. Nulidad de la declaratoria de herederos. 313. Recurso de apelación. 314. La declaratoria de herederos y los actos de disposición: bienes registrables. 315. La inscripción de la declaratoria de herederos. 316. Aprobación judicial del testamento: concepto. 317. Diligencias previas. 318. Remisión.

I. POSESIÓN HEREDITARIA

279. Adquisición *ipso iure* de la posesión hereditaria

El artículo 2280, párrafo 1º expresa: “*Situación de los herederos.* Desde la muerte del causante, los herederos tienen los derechos y acciones de aquél de manera indivisa, con excepción de los que no son transmisibles por sucesión, y continúan en la posesión de lo que el causante era poseedor”.

La primera parte determina que el heredero tiene los derechos y acciones transmisibles del causante desde el momento de su muerte, aceptando el sistema de adquisición *ipso iure* de la herencia.

La segunda parte —objeto de análisis— se refiere a la posesión hereditaria, y afirma acertadamente que desde el momento de la muerte del causante los herederos continúan en la posesión de lo que el causante era poseedor. La ley, por una ficción, considera que las cosas de las que el causante era poseedor, son poseídas por los herederos.

Esta institución se denomina “posesión hereditaria”, distinta de la posesión material que no requiere *corpus* ni *animus*. Todos los herederos pueden defender, mediante las acciones posesorias, los estados posesorios que tenía el causante, puesto que ellos continuarán en la posesión de lo que el causante era poseedor. Estamos, en nuestra opinión, ante una de las innovaciones más interesantes del nuevo Código que, al igual que los Códigos modernos, confiere la posesión hereditaria a todos los herederos.

Como veremos en el punto II, la posesión hereditaria en el nuevo ordenamiento civil es distinta de la investidura de la calidad de heredero, regulada en los artículos 2237 y 2238 del nuevo Código.

280. La posesión hereditaria: concepto

La posesión hereditaria no requiere el contacto con la cosa (*corpus*), seguida de la intención de ejercer sobre ella el derecho de propiedad (*animus domini*), pues es una posesión que se adquiere por ministerio

de la ley y que produce los mismos efectos que si se hubiera obtenido por medio de un acto corporal de aprehensión acompañado del ánimo de dueño¹.

Según Llamas y Molina² “cuando se dice que por ministerio de la ley se transfiere la posesión [...] no debe entenderse esto materialmente porque la ley no puede hacer que el que no tenga una cosa la tenga [...] sino que debe entenderse legal y jurídicamente de los efectos que causa la posesión, que son los mismos e idénticos que si se hubiera transferido por un acto corporal de aprehensión”.

Similarmente, Binder³ expresa: “La posesión en este sentido no es el señorío efectivo de las cosas, sino la posesión jurídica que la ley vincula regularmente a este señorío, pero que en ocasiones se halla separada de tal supuesto de hecho: Según la ley alemana —artículo 857 del Código Civil—, debe pasar la posesión al heredero incluso cuando éste no haya conseguido el señorío real sobre las cosas de la herencia”.

La posesión hereditaria no necesita ni siquiera el *animus*, como ya lo subrayó Antonio Gómez⁴, al sostener que esta posesión civilísima la adquirían igualmente los infantes y los locos, incapaces de tener cualquier *animus*. En el mismo sentido se manifiesta nuestra doctrina⁵.

La posesión hereditaria es así una institución desvinculada de los presupuestos de la posesión ordinaria (*corpus* y *animus*), que la ley otorga a los herederos por el hecho de ser tales. Los glosadores y demás tratadistas del Derecho común denominaron a esta posesión civilísima, acertada expresión que apunta al hecho de ser una pura creación del legislador. Eso no quiere decir que se trate de una posesión ficticia, ni una mera emanación del derecho a poseer; es una posesión verdadera, aunque no material, desligada de los presupuestos de la posesión ordinaria, pero que produce los mismos efectos que ella.

¹ FORNIELES, ob. cit., t. 1, N° 164; BORDA, ob. cit., t. I, N° 440.

² *Comentario crítico, jurídico y literal a las 83 Leyes de Toro*, Madrid, 1853, vol. 2, ley 45, N° 67, p. 112.

³ Ob. cit., p. 20.

⁴ *Ad legis Tauri comentarius*, N° 112, p. 354.

⁵ BORDA, ob. cit., N° 440.

281. Fundamento de la posesión hereditaria

El fundamento de esta posesión se encuentra, a nuestro juicio, en la conveniencia de que las cosas poseídas por el difunto sean también poseídas por el heredero, sin solución de continuidad.

La ley no quiere que las cosas que poseyó el causante queden como cosas no poseídas por nadie.

Los herederos, en nuestro sistema de adquisición *ipso iure* de la propiedad de la herencia, son titulares de los bienes hereditarios desde el momento de la muerte del causante (art. 2280). Pero esa titularidad es distinta a la posesión de los estados posesorios que tenía el causante. Por esa circunstancia, y ante la inconveniencia de que las cosas poseídas por el difunto queden como cosas no poseídas por nadie, la ley crea la institución de la posesión hereditaria, que hace a los herederos poseedores de las cosas que poseyera el causante, con la consiguiente tutela jurídica, aunque dichos herederos no tengan la posesión material de tales cosas⁶.

No compartimos la posición de algunos autores⁷ que pretenden fundamentar la posesión hereditaria en la publicidad que otorga a la transmisión. El fundamento de la posesión no está en dar publicidad a la transmisión. Basta considerar que esta institución no requiere *corpus*, es decir, el elemento exteriorizador, para comprender lo equivocado de ese criterio. ¿Qué publicidad puede producir una institución así, que no requiere elemento alguno que la exteriorice?

282. Precedentes históricos

A) *Derecho Romano*. En el Derecho Romano el heredero no heredaba la *possessio ad interdicta* del causante; para gozar de la defensa interdictal debía comenzar una nueva posesión (Digesto, 4, 2, 23).

⁶ Cicu (ob. cit., p. 387), expresa en el mismo sentido: "La misma exigencia por la que, a la muerte de una persona, no puede admitirse que los bienes se encuentran, aunque sea momentáneamente, en la condición de *res nullius* [...] quiere a un mismo tiempo que las cosas poseídas por el difunto no se encuentren en la condición jurídica de cosas no poseídas por nadie, de las que cualquiera podría tomar posesión y adquirir la tutela posesoria".

⁷ LAFAILLE, *Sucesiones* cit., t. I, N° 307; BORDA, ob. cit., N° 440.

Por excepción, el heredero sucedía en la *possessio ad usucapionem* del causante, de pleno derecho, aunque no hubiese tomado contacto con la cosa ni hubiese aceptado la herencia. El heredero continuaba así la *usucapio* iniciada por el causante. Pensamos que esta excepción tiene su explicación en la concepción que los romanos tuvieron de la *possessio ad usucapionem* como algo más que un simple estado de hecho, puesto que era una posesión encaminada a transformarse en un derecho, y cuya trayectoria no debía verse obstaculizada por la yacencia de la herencia que antecedió a la *aditio*⁸.

Quiere decir, pues, que no encontramos los precedentes de la institución en el Derecho Romano, dato ya consignado por el Codificador en la nota al artículo 3410, al expresar que "por las leyes romanas los herederos no sucedían inmediatamente en la posición que había tenido el difunto".

B) *Derechos germánicos medievales*. A modo de introducción, señalamos que el término *saisine* no se refirió sólo a la adquisición de los bienes que poseía el causante, sino que se entremezcló con la adquisición de los bienes de los que era titular el causante. El primitivo sentido de la *saisine* se refería esencialmente a la adquisición del dominio de la herencia y como consecuencia a la adquisición de la posesión de los bienes que poseía el causante.

Aunque algunos autores relacionan el origen de la institución conocida con el nombre de *saisine* con la copropiedad familiar de los antiguos pueblos germánicos⁹, según la opinión más generalizada el origen de la *saisine* se encuentra en los derechos germánicos medie-

⁸ Cicu (ob. cit., p. 288), entiende que en el Derecho Romano no se admitió el principio del subentrar inmediatamente en la posesión, no porque lo obstaculizase la concepción de la posesión como estado de hecho, puesto que en caso contrario habría sido obstáculo al concepto de la *successio in possessionem*, de la continuación por el heredero de la posesión del difunto, sino porque el requisito de la *aditio* y consiguiente yacencia de la herencia, llevó a no separar el subentrar en la posesión del subentrar en el derecho. Diferimos de Cicu, porque si bien la *aditio* hacía adquirir el derecho, no implicaba la adquisición de la posesión.

⁹ Si el padre y los hijos eran propietarios y poseedores en vida de los bienes que formaban la comunidad familiar, nada más natural que muerto uno se considerase que los otros continuaban en posesión de lo que ya tenían (DEMOLOMBE, *Traité des successions* cit., 1879, t. XIII, N° 125).

vales. Allí apareció como un remedio ideado por los juristas para oponerse a los abusos feudales, en una época que no se remonta más allá del siglo XIII¹⁰. Veámoslo:

En el lento proceso del reconocimiento de los derechos de los siervos hubo uno especialmente negado, la *testamenti factio activa*, es decir, la facultad de disponer por testamento y aun *ab intestato* de sus bienes. De ahí la máxima de que el siervo vivía como libre pero moría como esclavo, pues a su muerte los bienes retornaban al señor. Así como la propiedad feudal —explica Rébora¹¹— necesitaba de titulares capaces de afrontar los riesgos de su defensa, la propiedad entregada a las labores agrícolas debía permanecer en manos de quienes eran capaces de arrancarle los frutos. Fue así como cobró cuerpo la costumbre de ratificar, a la muerte del ciervo, la concesión de la tierra que éste había explotado y que en lo sucesivo explotarían sus hijos. Un aforismo que compendia el fenómeno fue adquiriendo poco a poco significado jurídico: *le serf mort saisit son seigneur vif* (el siervo muerto ase a su señor vivo), es decir, que a la muerte del ciervo la concesión revertía al señor, que era el otorgante de esa concesión, lo cual habilitaba precisamente a éste para restituirla a los parientes del ciervo. Los herederos que querían recuperar los bienes debían pedirlos al señor, en un acto de reconocimiento de la concesión que se gravaba con impuestos arbitrarios que debían soportar los siervos. La restitución que hacía el señor feudal no era sólo una entrega posesoria sino sobre todo de dominio.

Precisamente como reacción a los abusos feudales, nacidos del reconocimiento de los derechos del señor, fue tomando cuerpo un principio contrapuesto al anterior, según el cual el muerto entregaba directamente los bienes a su heredero, eliminando la figura del señor feudal, concedente de la tierra. La máxima decía: *Le mort saisit le vif son hoir le plus proche habile a lui succeder* (el muerto ase al vivo, su heredero más próximo hábil para sucederlo). La primitiva relación siervo-señor se cambió por la de siervo-parientes del siervo. Los derechos del siervo que moría no revertían al señor feudal, sino que pasaban a sus parientes más próximos hábiles para sucederlo, desde

¹⁰ COLIN y CAPITANT, ob. cit., p. 134; DEMOLOMBE, ob. cit., N° 126.

¹¹ RÉBORA, ob. cit., N° 200.

el momento de la muerte de aquél. Este traspaso abarcaba no sólo el dominio sino también la posesión, y se producía en el momento de la muerte del causante. Ése es el origen de la llamada *saisine*¹².

C) *Derecho francés ulterior*. El primitivo sentido de la *saisine* referido esencialmente a la adquisición del dominio de la herencia y como consecuencia de la posesión, fue aceptado durante siglos por los viejos autores franceses. Demolombe¹³ sintetiza los efectos que los autores anteriores al Código de Napoleón atribuían a la *saisine*, de la siguiente manera:

1) La adquisición inmediata por el heredero, *a die mortis*, de la propiedad y de todos los derechos que pertenecían al difunto.

2) La adquisición inmediata también de la posesión misma, sin necesidad de ningún acto de aprehensión.

3) La transmisión del derecho hereditario, de tal manera que el heredero que ha sobrevivido un instante al *de cuius*, y aunque ignorase su muerte, trasmite como su propia sucesión la sucesión que él ha adquirido.

4) La continuación de la persona del difunto por el heredero, que deviene propietario, acreedor y deudor de todo lo que era propietario, acreedor y deudor el difunto, con lo cual queda establecida la obligación del heredero de pagar las deudas hereditarias *ultra vires*.

La *saisine* así concebida llegaba a identificarse con la propia transmisión del caudal hereditario, sin dejar de abarcar también el aspecto posesorio.

El Código Civil francés de 1804 otorgó la *saisine* de pleno derecho en su primitivo artículo 724 a los herederos legítimos; negándosela a los hijos naturales y al cónyuge (La ley de 25-3-1896, la extendió a los herederos naturales. Por último, la ordenanza de 23-12-1958 incluyó también al cónyuge). Los demás herederos carecían de la *saisine*. Esa circunstancia de haberse otorgado la *saisine* a unos y negado a otros, que sin embargo eran llamados a recibir la sucesión, permitió refutar, con verdadera elocuencia, la mayor parte de los efectos que se atri-

¹² Demolombe dice que, a su juicio, se podía hablar de dos clases de *saisine*: una de propiedad y otra de posesión (ob. cit., N° 131).

¹³ DEMOLOMBE, ob. cit., N° 131.

buyeron a la *saisine*, haciéndolos recaer especialmente sobre la propiedad de los bienes del *de cuius* y además sobre la posesión, con lo cual se invertían los efectos de la *saisine*, indiscutibles respecto de la posesión, pero discutibles respecto de la propiedad.

Se inició así en Francia un movimiento interpretativo que tendió a restringir los efectos de la *saisine*, refiriéndolos no a la propiedad sino a la posesión. Los demás efectos que se otorgaban a la *saisine* se podían explicar y justificar sin necesidad de recurrir a esta institución, pues aquellos herederos que no tenían la *saisine* gozaban de tales efectos, con lo cual se demostraba que esos efectos no provenían de la *saisine*.

Este movimiento interpretativo ha llevado a la doctrina francesa a sentar puntos de coincidencia general en cuanto al contenido de los efectos de la *saisine*. Así, se han considerado como efectos de la *saisine*¹⁴:

1) La adquisición instantánea de la posesión. El heredero con *saisine* adquiere *ipso iure* la posesión de las cosas que pertenecían al difunto.

2) La toma de posesión de los bienes hereditarios. El heredero con *saisine* tiene derecho a entrar en posesión de los bienes del difunto sin tener que cumplir ninguna formalidad ni trámite ante la justicia.

3) El ejercicio de las acciones. El heredero con *saisine* tiene capacidad para ejercer las acciones que hubieren pertenecido al difunto y para responder a las ejercidas contra él por terceros.

Estos tres efectos delimitan el concepto moderno de la *saisine* en el Derecho francés. Con todo, a nuestro juicio, se mantiene la confusión con el dominio parcialmente en lo relativo al punto tercero, es decir, al ejercicio de las acciones. La posibilidad por parte del heredero del ejercicio, activo o pasivo, de las acciones que hubieren pertenecido al difunto, con excepción de las acciones posesorias, no deriva de la *saisine*, sino de la titularidad del heredero sobre la herencia, que se hace propietario, acreedor y deudor de todo lo que era propietario, acreedor y deudor el difunto, desde el instante de su muerte, sin necesidad de recurrir a la *saisine*. Son únicamente las acciones posesorias

¹⁴ COLIN y CAPITANT, *ob. cit.*, p. 134; DEMOLOMBE, *ob. cit.*, N° 133; RIPERT y BOULANGER, *Tratado de Derecho Civil* cit., t. X, vol. 2, N° 2230; RÉBORA, *ob. cit.*, N° 202.

las que derivan de la *saisine*, pues ellas no se pueden explicar sin la *saisine* del heredero.

283. La posesión hereditaria en el antiguo Derecho español

El antiguo Derecho español, siguiendo las huellas del Derecho Romano, no aceptó la posesión hereditaria.

Únicamente en la Ley 45 de Toro se reconoció un caso de posesión hereditaria en el caso de herencias de mayorazgos. Dice así: "Mandamos que las cosas que son de mayorazgos, agora sean villas o fortalezas o de otra cualquiera calidad que sean, muerto el tenedor del mayorazgo, luego sin otro acto de aprehensión de posesión se traspase la posesión civil o natural en el siguiente grado [...] aunque otro haya tomado la posesión de ellos en vida del tenedor del Mayorazgo"¹⁵.

Éste es el único precedente histórico que se puede invocar en materia de posesión hereditaria, adquirida *ministerio legis* y sin necesidad de aprehensión material.

La institución de la *saisine* del Derecho francés y sus reflejos en la Ley 45 de Toro, ha introducido en la doctrina del Derecho común el concepto de posesión civilísima, recogido en el artículo 440 del Código Civil español, que dice: "La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adir la herencia..."

284. Las Leyes de Indias y el juzgado de bienes de difuntos

No obstante lo dicho precedentemente, la nota al artículo 3410 de nuestro Código Civil de Vélez señalaba equivocadamente otros precedentes de la posesión hereditaria en el Derecho Histórico español. Cita concretamente la Ley 43, Título 32, Libro 2º de la Recopilación de Indias, como base y fuente del artículo 3410. "Este derecho de Indias —dice el Codificador— es el que seguimos en este título, limitando la posesión hereditaria por derecho sólo a las sucesiones entre ascen-

¹⁵ La vigencia de este precepto en materia de títulos mobiliarios viene siendo confirmada indefectiblemente por el Tribunal Supremo español. Puede verse la sentencia del 2-11-57.

dientes y descendientes [...] Por esta importante disposición —agrega— la posesión hereditaria corresponde por derecho en las sucesiones entre ascendientes y descendientes al heredero legítimo, sin necesidad que el juez mande darla; pero no corresponde a los demás parientes o sucesores legítimos...”

El caso previsto en la Recopilación de Indias no guarda relación alguna con la posesión hereditaria, y por eso mal pudo servir de antecedente a la institución legislada.

Sintetizamos la explicación dada por Fornieles al respecto¹⁶: Para paliar las consecuencias negativas del destino de los bienes de las personas que morían en América, dejando sus parientes en España —expuestos a la codicia de quienes rodeaban al causante—, las Leyes de Indias crearon el Juzgado general de bienes de difuntos, con jurisdicción especial, estableciendo un procedimiento también especial para liquidar esas herencias y entregar el producto a los parientes que vivían en la península. Este juzgado tenía jurisdicción exclusiva y única para entender en las sucesiones en que el difunto no hubiera dejado herederos conocidos en la provincia donde falleció. El juez general de bienes de difuntos se incautaba de los bienes —previo inventario—, los vendía, y el producto, deducido los gastos, lo remitía a España.

Pero cuando los herederos estaban presentes, el juez general carecía de jurisdicción e intervenía la justicia ordinaria. Esto es precisamente lo que preceptúa la ley 43 de la Recopilación de Indias, copiada incompletamente en la nota por el Codificador: “Ordenamos que las causas *ab intestato*, se traten y conozcan en los juzgados de bienes de difuntos [...] con tal limitación, que si el difunto dejare en la provincia donde falleciere notoriamente hijos o descendientes legítimos o ascendientes por falta de ellos, tan conocidos que no se dude de su parentesco por descendencia o ascendencia, no ha de conocer el juez general, sino las justicias ordinarias”.

Como se ve —concluye Fornieles—, esta ley resuelve simplemente un caso de competencia, y lejos de excluir la intervención judicial, manda que conozca el juez ordinario cuando el causante dejare en la provincia donde falleciere descendientes legítimos o ascendientes.

¹⁶ FORNIELES, ob. cit., t. I, N° 168.

285. La recepción de la posesión hereditaria en el nuevo Código Civil y Comercial argentino

El nuevo Código recoge la posesión hereditaria adquirida desde el momento de la muerte del causante, pero le ha otorgado una regulación diferente.

El Código Civil derogado reservaba esa posesión a los ascendientes, descendientes y cónyuges, y esos herederos la recibían desde el momento de la muerte del causante sin ninguna formalidad ni intervención de los jueces.

Como posesión hereditaria que era no requería el elemento corporal o aprehensión de la cosa. El artículo 3418 recogía esta idea al expresar que "...El heredero puede ejercer las acciones posesorias del difunto, aun antes de haber tomado de hecho la posesión de los objetos hereditarios..." Tampoco necesitaba el elemento anímico, puesto que esa posesión se otorga por ley a los herederos, aunque ignoraran su llamamiento a la herencia. El artículo 3410 decía en ese sentido que "...el heredero entra en posesión de la herencia [...] aunque ignorase la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia".

La adquisición *ipso iure* implicaba que la posesión se transmitía al heredero desde el momento de la muerte del causante, sin necesidad de formalidad alguna. "El heredero —decía el artículo 3410— entra en posesión de la herencia desde el día de la muerte del autor de la sucesión, sin necesidad de formalidad o intervención de los jueces..."

El nuevo artículo 2280, párrafo 1° dice que "Desde la muerte del causante, los herederos [...] continúan en la posesión de lo que el causante era poseedor". De la norma surge que los herederos subentran en los estados posesorios del causante, haciéndose poseedores de las cosas que poseyera el difunto, quedando legitimados activa y pasivamente para el ejercicio de las pertinentes acciones posesorias. El heredero ingresa —como dice Lacruz¹⁷— en cualquier posesión que pudiera tener el causante, como propietario, arrendatario, precarista, etcétera, pues el término posesión se toma en su sentido más amplio, abarcando no sólo la posesión propiamente dicha sino la tenencia. El heredero

¹⁷ LACRUZ, ob. cit., p. 140.

investido de la posesión hereditaria —expresa Fornieles¹⁸— está habilitado para poder deducir cualquier interdicto, sin necesidad de probar su posesión: le basta con acreditar que su causante la tenía para que se juzgue que él también la tiene.

Si la ley no otorgara tales efectos, éstos no existirían, pues nunca podrían surgir de la titularidad de la propiedad de la herencia. Estrictamente sólo en el Derecho Histórico francés cabría hablar de la *saisine* como investidura o como título de heredero, cuando la institución hacía referencia especial a la propiedad del heredero sobre la herencia.

La posesión hereditaria, tal como está regulada en el nuevo Código (art. 2280), es diferente de la concepción de la “investidura de la calidad de heredero”, que regulan los artículos 2337 y 2338, en los que se separa la investidura de pleno derecho que se otorga sólo a los ascendientes, descendientes y cónyuge, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, y la investidura judicial que el juez otorga a los demás herederos (que no sean ascendientes, descendientes o cónyuge del causante), a través de la declaratoria de herederos o el auto de aprobación del testamento.

En el nuevo Código todos los herederos tienen la posesión hereditaria de pleno derecho (art. 2280); en el Código derogado la posesión hereditaria de pleno derecho sólo la tenían los ascendientes, descendientes y cónyuge. El nuevo Código circunscribe la posesión hereditaria al campo de la posesión, y la investidura de heredero al de la titularidad de la herencia (los arts. 2337 y 2338 no mencionan el término posesión).

286. Quiénes tienen esta posesión hereditaria

El artículo 2280 dice que los herederos continúan en la posesión de lo que el causante era poseedor, sin hacer distingos entre ellos. En consecuencia, tienen la posesión hereditaria todos los herederos, sean intestados o testamentarios, estén en la línea directa o en la colateral. Esta posesión hereditaria la otorgan todas las legislaciones: por eso consideramos que hubo un gran acierto del legislador.

¹⁸ FORNIELES, ob. cit., t. I, N° 164.

En cambio, carecen de esa posesión hereditaria: a) los legatarios; b) los albaceas. El artículo 3854 del Código Civil de Vélez, referido al albacea, disponía que “cuando las disposiciones del testador tuviesen sólo por objeto hacer legados, no habiendo herederos legítimos o instituidos, la posesión de la herencia corresponde al albacea”. La doctrina discutía si esa posesión era la posesión material o la posesión jurídica: siempre entendimos que se refería a la posesión material¹⁹. El nuevo artículo 2529 otorga al albacea, en el supuesto de inexistencia de herederos, el carácter de representante de la sucesión y le encarga una serie de funciones que llevan implícita la posesión material de los bienes hereditarios.

287. La posesión hereditaria no participa de las cualidades de la posesión del causante

La posesión del sucesor universal en el Código de Vélez se consideraba siempre unida a la del autor de la sucesión y participaba de las cualidades que ésta tenía (art. 2475, Cód. Civ. y Com.). Es decir, la posesión del sucesor universal participaba de las cualidades de la posesión del causante.

El nuevo Código se ha separado de esta normativa, estableciendo en el artículo 1935 que “...la buena o mala fe del que sucede en la posesión de la cosa se juzga sólo con relación al sucesor y no por la buena o mala fe de su antecesor...” Se ha seguido el precedente del Código Civil español que establece que el heredero no sufre las consecuencias de una posesión viciosa de su causante. El artículo 442 del Código Civil español expresa: “El que suceda por título hereditario no sufrirá las consecuencias de una posesión viciosa de su causante, si no demuestra que tenía conocimiento de los vicios que la afectaban; pero los defectos de la posesión de buena fe no le aprovecharán sino desde la fecha de la muerte del causante”.

Así, en el Derecho Sucesorio las cualidades de la posesión del heredero se juzgan sólo con relación al heredero. La buena o mala fe se juzgan por la buena o mala fe del heredero, desvinculándose de la buena o mala fe que hubiese tenido el causante.

¹⁹ *Derecho de Sucesiones* cit., vol. II, p. 709.

Estas normas, que se aplican a la posesión material, son válidas para la posesión hereditaria.

288. No otorga por sí derecho a los frutos

La ley, al crear la posesión hereditaria a favor del heredero, no crea para él la misma situación de hecho²⁰. El problema se plantea cuando un heredero tiene la posesión hereditaria de la herencia, y por tanto sobre cada uno de los bienes que comprende, y hay un poseedor material de buena fe de un bien hereditario distinto del heredero.

El heredero adquiere los frutos como propietario, pero si un tercero de buena fe tiene la posesión material de las cosas hereditarias, podrá oponer al heredero el artículo 1935, párrafo 2º, a pesar de su posesión civilísima. En dicho artículo se expresa que "el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos y los naturales devengados no percibidos". La percepción de tales frutos está en relación directa con la tenencia de hecho, y no con la posesión espiritualizada. Pero le pertenecerán al heredero, siempre que no haya un tercero poseedor material de buena fe, pues entonces serán de éste y no del heredero los frutos que perciba, y todo ello pese a la posesión civilísima del heredero.

289. La facultad de entrar en la posesión material de los bienes hereditarios

El heredero podrá ocupar los bienes hereditarios no detentados por nadie sin formalidad alguna. Esta facultad surge tanto de su carácter de poseedor hereditario como de titular de la herencia.

En los sistemas legislativos en que el heredero se hace titular de la herencia con la aceptación (por ej.: el italiano y el español), la posesión hereditaria permite, aun antes de la aceptación, entrar en la posesión material de los bienes hereditarios para realizar actos conservatorios²¹. En estos sistemas la facultad de inmiscuirse en los bienes hereditarios surge como una consecuencia de la posesión hereditaria, que se tiene desde el momento de la muerte del causante.

²⁰ LA CRUZ, ob. cit., p. 141.

²¹ MESSINEO, ob. cit., t. VII, p. 39.

En cambio, en los sistemas legislativos en que la propiedad de la herencia se adquiere desde el momento de la muerte del causante (por ej.: el alemán, el francés, el argentino), la facultad de los herederos de inmiscuirse en los bienes hereditarios surge más bien de su carácter de titulares de la herencia; a no ser que se trate de bienes sobre los que el difunto sólo tenía la posesión, pues en ese caso la facultad de inmiscuirse no puede surgir sino de la posesión hereditaria misma.

290. Ejercicio de las acciones posesorias

En el supuesto de que la posesión que tuviera el difunto hubiese sido turbada o perdida por la actuación posesoria de un tercero, el heredero tiene las acciones posesorias pertinentes para hacer cesar la perturbación o para obtener la restitución de la cosa (art. 2238). Estas acciones las pueden ejercer sin necesidad de haber tomado contacto con las cosas hereditarias, por el solo hecho de su posesión hereditaria.

Estimamos que los herederos que pertenezcan a la línea directa o colateral, no necesitan promover el juicio sucesorio que los declare herederos. Les bastará con acreditar la personería ante el juez del litigio, acompañando las partidas correspondientes acreditativas de la muerte del causante y de su parentesco.

291. Sus efectos no alcanzan a la titularidad de la herencia

Los efectos de la posesión hereditaria adquirida *ipso iure* se limitan al terreno posesorio y no alcanzan a la titularidad de la herencia.

El artículo 3417 del Código derogado decía que el heredero con posesión hereditaria "...continúa la persona del difunto y es propietario, acreedor o deudor de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor..." Esta norma tenía su explicación en una etapa superada del proceso evolutivo de la *saisine*. Ya vimos cómo esta institución nace para evitar el traspaso de los bienes al señor feudal, que a su vez los transmitía a los herederos del vasallo muerto. La máxima *le mort saisit le vif*, implicaba un traspaso "dominical" de los bienes, no sólo posesorio. Los autores anteriores al Código francés identificaron la *saisine* con la transmisión del caudal hereditario, formulando una serie de postulados que configuraban su contenido. Uno de esos pos-

tulados resumidos por Demolombe²² consideraba como efecto de la *saisine* "la continuación de la persona del difunto por el heredero que deviene propietario, acreedor y deudor de todo lo que era el difunto propietario, acreedor y deudor, con lo cual quedaba establecida la obligación del heredero de pagar las deudas hereditarias *ultra vires*".

El nuevo Código ha suprimido acertadamente el artículo 3417 del Código de Vélez.

292. Indivisibilidad de la posesión hereditaria

Así como, existiendo varios herederos, cada uno tiene una parte alícuota sobre la propiedad de los bienes que componen la herencia, de la misma forma cada heredero tiene una parte alícuota en la posesión hereditaria. La cuota parte del coposeedor se refiere a las relaciones entre los herederos.

Pero con respecto a terceros, aunque el Código no lo dice, estimamos que cada heredero se considera como poseedor del todo. Se considera como poseedor del todo en el aspecto activo y pasivo: podrá interponer acciones posesorias contra terceros; inversamente, podrá ser demandado por terceros como poseedor de toda la herencia.

293. Síntesis de los caracteres y efectos de la posesión hereditaria

Por todo lo expuesto, podríamos sintetizar los caracteres y efectos de la posesión hereditaria de la siguiente forma:

a) Es una posesión civilísima, en el sentido de que nace sin cumplimiento de requisitos, por pura creación legislativa. Consecuentemente no necesita el elemento material (*corpus*) que implica la aprehensión de la cosa, y tampoco el elemento anímico (*animus*), ya se trate del *animus domini* o intención de ejercer sobre la cosa el derecho de propiedad, ya del *animus possidendi*, que implique conciencia de tener la cosa (arts. 3418 y 3410).

b) Se concede a todos los herederos, sean sucesores *ab intestato* o instituidos en testamento.

²² Ob. cit., N° 131.

c) El que suceda por título hereditario no sufriría las consecuencias de la posesión viciosa del causante (art. 1935).

d) No otorga por sí los frutos de los bienes hereditarios, pues su adquisición no está en relación directa con la posesión material.

e) Faculta para entrar en la posesión material de los bienes.

f) Faculta para ejercer las acciones posesorias, con independencia de la aprehensión que se pueda tener de las cosas hereditarias.

g) Sus efectos se limitan al aspecto posesorio y no alcanzan a la titularidad de la herencia.

h) Cuando hay varios herederos la posesión de cada uno, respecto de terceros, es indivisible.

II. INVESTIDURA DE LA CALIDAD DE HEREDERO

294. La posesión hereditaria y el problema de la intervención de los jueces en el Código Civil de Vélez Sársfield

Las normas que regulan la posesión hereditaria en el Código Civil de Vélez estaban inspiradas en dos ordenamientos independientes entre sí, uno el francés, referente a la *saisine*; otro las Leyes de Indias, interpretadas erróneamente por el Codificador. Decimos independientes entre sí no sólo por su distinto origen territorial, sino porque se refieren a aspectos diferentes aunque relacionados. Veámoslo:

a) La legislación francesa de la *saisine*, como hemos expuesto, fue evolucionando desde la etapa en que identificaba la *saisine* como la transmisión de dominio al heredero, hasta la que la circunscribe al aspecto posesorio. La *saisine* significa al final de la evolución la posesión que se adquiere *ipso iure* desde el momento de la muerte del causante, con los mismos efectos de la posesión material.

Los artículos 3416, 3417 y 3418 del Código de Vélez, y especialmente los dos últimos, se referían —por la influencia francesa— a la *saisine*, pero dando a ésta todos los efectos que le concedían los autores franceses anteriores a la sanción del Código de Napoleón. Es decir, vinculándola no sólo con la posesión sino con la transmisión del dominio. Mas esta amplitud —como ya hemos sostenido— resultaba inaceptable

dentro del juego de los preceptos del antiguo Código Civil, en los que la transmisión del dominio se explica por principios propios ajenos a la posesión. La posesión hereditaria quedaba así circunscrita al aspecto posesorio.

b) Problema diferente es el de la necesidad o no necesidad de la intervención de los jueces para obtener el reconocimiento de la titularidad hereditaria. En Francia —país en donde se adquiere la posesión hereditaria en el momento de la muerte del causante—, los herederos no necesitan recurrir al proceso sucesorio para acreditar la condición de herederos, salvo en casos de controversia. Los herederos se incautan privadamente de los bienes y se los distribuyen: un escribano levanta un inventario y ante él se hace el reparto. Para remediar cualquier incertidumbre, se acostumbra levantar ante el escribano un acta de notoriedad, a la cual comparecen dos testigos, que declaran conocer a la persona fallecida y expresan cuáles son sus parientes. En Alemania —país en donde también se adquiere la posesión en el momento de la muerte de causante—, según el artículo 857, se necesita, en cambio, recurrir al juicio sucesorio para acreditar la calidad de heredero y obtener el correspondiente certificado de heredero (art. 2353).

En nuestro país, en tiempos de la colonia, se formalizaba siempre el juicio sucesorio para acreditar el derecho de los peticionantes, cualquiera que fuese el vínculo hereditario. Se acompañaban las partidas correspondientes, se publicaban edictos, y el juez declaraba herederos a aquellos que justificaban ese carácter. Tomando como fuente la Ley de Indias, el Codificador, basándose en la notoriedad del parentesco de los ascendientes y descendientes legítimos, excluyó la exigencia de su comprobación judicial (ya hemos visto que la ley 43 no daba lugar a esa distinción, pues sólo resolvía un problema de competencia entre distintos jueces), dejando vigente la intervención judicial para los demás herederos.

Los artículos 3410 a 3415 se referían especialmente —por la influencia de la errónea interpretación de las Leyes de Indias— a la necesidad o no necesidad de formalizar el juicio sucesorio. Los ascendientes y descendientes legítimos y el cónyuge no necesitaban la intervención de los jueces para acreditar su condición de herederos. En cambio, sí la necesitaban los demás herederos. Pero cuando estas nor-

mas se referían a la posesión, implícita o explícitamente le daban el contenido de la *saisine* histórica francesa, referida al dominio, como lo mostraba el artículo 3417 del Código anterior.

295. La investidura de la calidad de heredero: concepto

La investidura de la calidad de heredero es el reconocimiento de la calidad de heredero o, si se quiere, el otorgamiento del título de heredero, en virtud del cual dichos herederos pueden ejercer las acciones judiciales para defender los derechos que tenía el causante.

En nuestra opinión, la investidura ha quedado desligada en el nuevo Código de la posesión hereditaria. Los artículos 2337 y 2338 no mencionan el término posesión. La investidura de heredero en el Derecho Histórico germánico, con vestigios en el Derecho vigente, se refería al carácter de propietario o titular de la herencia.

Esta investidura puede ser otorgada de pleno derecho u otorgada por el juez del proceso sucesorio.

Lo dicho no implica negar la adquisición de pleno derecho de la herencia por parte de todos los herederos (art. 2280), aquí nos referimos al reconocimiento o investidura de la calidad de herederos, que suponen esa adquisición.

296.A) Investidura de pleno derecho

El artículo 2337 del nuevo Código Civil y Comercial expresa: "*Investidura de pleno derecho*. Si la sucesión tiene lugar entre ascendientes, descendientes y cónyuge, el heredero queda investido de su calidad de tal desde el día de la muerte del causante, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignoren la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia. Puede ejercer todas las acciones transmisibles que correspondían al causante. No obstante, a los fines de la transferencia de los bienes registrables, su investidura debe ser reconocida mediante la declaratoria judicial de herederos".

El artículo 3410 del Código Civil anterior ha servido de fuente al nuevo artículo. Decía así: "Cuando la sucesión tiene lugar entre ascendientes, descendientes y cónyuge, el heredero entra en posesión de

la herencia desde el día de la muerte del autor de la sucesión, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignorase la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia". Obsérvese que el precepto se refería expresamente al heredero que entra en "posesión" de la herencia. El nuevo artículo 2337 omite la idea de posesión, y habla de investidura de heredero, que para nosotros no es lo mismo.

La nueva norma dispone que, en la sucesión a favor de ascendientes, descendientes y cónyuge, el heredero queda investido de su calidad de tal desde el día de la muerte del causante, sin intervención de los jueces. Quiere decir que la investidura de la calidad de heredero se produce de pleno derecho en el instante de la muerte del causante, y el heredero que sea ascendiente, descendiente o cónyuge puede ejercer las acciones que correspondan al causante, sin necesidad de obtener el reconocimiento judicial de su calidad de heredero en el proceso sucesorio.

297. Aplicación práctica de la falta de necesidad de la intervención de los jueces: ejercicio de las acciones judiciales

La expresión "sin ninguna formalidad o intervención de los jueces" quiere decir falta de necesidad de los herederos indicados (ascendientes, descendientes y cónyuge) de justificar su título hereditario ante los jueces. El legislador del nuevo Código, con respecto a tales herederos, no hace más que declarar que quedan excluidos de la obligación de promover el juicio sucesorio para probar y obtener el reconocimiento judicial de sus derechos. La formalidad a que se refiere el artículo 2337 es una formalidad muy concreta que implica la falta de exigencia de promover el juicio sucesorio.

No obstante la declaración terminante del artículo 2337, su aplicación práctica ha quedado muy reducida por la conveniencia de iniciar normalmente el juicio sucesorio para acreditar el derecho de los peticionantes, cualquiera que sea su grado de parentesco con el causante. La razón de esta conveniencia tiene su origen en las prácticas de la colonia, según las cuales se formalizaba siempre el juicio sucesorio cuando una persona moría dejando bienes. Esta práctica estaba vigente cuando se promulgó el Código Civil y después no fue abandonada, sino que la afianzaron las leyes provinciales: en primer lugar, las leyes

sobre los registros de la propiedad, que exigieron la declaratoria de herederos o de aprobación de testamento por parte de los jueces, para poder inscribir el dominio a nombre de los herederos; en segundo lugar, las leyes del impuesto a las herencias, que impusieron la prueba judicial del parentesco para determinar la escala aplicable²³. Las leyes procesales reglamentaron el sistema dando normas concretas sobre el proceso sucesorio.

El juicio sucesorio actualmente es ineludible cuando hay bienes inmuebles o muebles registrables, ya que las exigencias del nuevo Código Civil y Comercial (art. 2337, párr. 1º, última parte) imponen el pronunciamiento judicial sobre la titularidad de los herederos, a través de la declaratoria de herederos o de la aprobación formal del testamento.

En cambio, no es necesario cuando no hay bienes registrables. En tal supuesto, el reparto de los bienes se puede efectuar sin ninguna formalidad, ni siquiera la notarial.

Lo expuesto hace referencia a la posición del heredero (ascendiente, descendiente o cónyuge) para obtener la correspondiente adjudicación de los bienes hereditarios. Cuando no hay bienes registrables no se necesita recurrir al juicio sucesorio, en cuyo caso la adjudicación se puede hacer de común acuerdo, sin más requisitos, como expresa el artículo 2337. Por el contrario, cuando hay bienes registrables se necesita la intervención del juez que dictará la declaratoria de herederos o el auto de aprobación formal del testamento, requisitos indispensables para inscribir esos bienes a favor de los herederos adjudicatarios. Estos principios están pensados en función del heredero.

Dentro del campo de las acciones judiciales se aplica el principio que contiene el artículo 2337 de la falta de necesidad de iniciar el juicio sucesorio.

a) *Heredero demandante*. Los ascendientes, descendientes o cónyuge no necesitan la declaratoria de herederos para demandar a terceros.

Durante la vigencia del Código anterior hubo jurisprudencia que aceptó en esos casos la falta de necesidad de recurrir al juicio sucesorio. Así, se hizo lugar a la acción reivindicatoria iniciada por el hijo legítimo del causante, referente a un inmueble de su padre, sin necesidad de haber

²³ FORNIELES, ob. cit., t. I, N° 171; BORDA, ob. cit., t. I, N° 444.

iniciado el juicio sucesorio, bastándole con presentar las partidas demostrativas de la filiación²⁴. Fornieles también reconoció, siguiendo esta orientación, que queda un margen de aplicación para el antiguo artículo 3410 cuando se discute en juicio la propiedad de algún bien para reivindicarlo o fijar ciertos derechos²⁵. En estos casos le bastó al actor demostrar su carácter de hijo del causante con las partidas del Registro Civil.

b) *Herederero demandado*. En este caso también se aplica el artículo 2337: el actor puede demandar al heredero descendiente, ascendiente, o cónyuge, sin necesidad de que ninguno de ellos tenga a su favor la declaratoria de herederos o auto de aprobación de testamento.

De lo dicho en materia de sucesión testamentaria se exceptúa el caso de que ésta se abra con un testamento ológrafo. Hay un período previo en el proceso sucesorio de apertura y reconocimiento del testamento que termina en la orden judicial de protocolización. Ese período hay que cumplirlo en el proceso sucesorio, y por tanto, al descendiente (ascendiente o cónyuge) con ese testamento a su favor no se lo puede considerar revestido *ipso iure* de la calidad de heredero, ni podrá ejercer acciones judiciales como heredero sin haber iniciado el proceso sucesorio, cumpliendo con esta etapa previa.

298.B) Investidura otorgada por el juez del sucesorio

El artículo 2338 expresa: "*Facultades judiciales*. En la sucesión de los colaterales, corresponde al juez del juicio sucesorio investir a los herederos de su carácter de tales, previa justificación del fallecimiento del causante y del título hereditario invocado.

"En las sucesiones testamentarias, la investidura resulta de la declaración de validez formal del testamento, excepto para los herederos enumerados en el primer párrafo del artículo anterior".

El artículo se refiere a la sucesión de los demás herederos, que son los colaterales hasta el cuarto grado. El juez, en el juicio sucesorio correspondiente, los inviste como herederos al dictar la declaratoria de herederos.

El párrafo 2° se refiere a las sucesiones testamentarias cuya inves-

²⁴ J. A. 1945-I-379.

²⁵ Ob. cit., t. I, N° 171.

tidura surge de la aprobación de la validez formal del testamento, agregando "excepto para los herederos enumerados en el artículo anterior", es decir, los que tienen la investidura de pleno derecho.

299. El ejercicio de las acciones judiciales

En la sucesión de los colaterales a que se refiere el artículo 2338, al juez del sucesorio le corresponde investir al heredero de su carácter de tal mediante la declaratoria de herederos o el auto de aprobación del testamento.

Tratándose de acciones judiciales se aplica el artículo 2338. El ejercicio de las acciones judiciales para defender los derechos que tenía el causante no lo tiene el heredero (colateral del causante) hasta tanto haya obtenido la investidura judicial, a través de la declaratoria de herederos o del auto de aprobación del testamento. Inversamente, tampoco se puede demandar al heredero, si no ha obtenido dicha investidura.

Cabe distinguir estas dos hipótesis: que el heredero sea actor o que sea demandado. Los problemas se plantean cuando el heredero no tiene la investidura otorgada por el juez.

a) *Heredero demandante*. Los herederos sin investidura judicial no pueden, en principio, ejercer las acciones que tenía el causante para defender sus derechos. El demandado puede oponerle la excepción de falta de personería²⁶. La solución es justa, porque de lo contrario se obligaría a litigar al demandado contra un actor que no ha justificado judicialmente su derecho a la herencia, y que por tanto no se sabe si es o no heredero. No obstante, si el demandado no le opone la excepción de falta de personería, el pleito seguirá su curso ordinario.

b) *Heredero demandado*. Los herederos sin investidura judicial (carecen de la declaratoria de herederos o de aprobación del testamento) no pueden ser demandados por terceros.

No obstante, la jurisprudencia aceptó casos en que el actor puede demandar al heredero, sin declaratoria de herederos a su favor, para evitar el perjuicio de los acreedores ante una actitud dilatoria del heredero para iniciar el juicio sucesorio.

²⁶ CPaz de Tucumán, 5-6-59, L. L. 96-426; BORDA, ob. cit., N° 451.

Señalamos dos supuestos: 1) Que el heredero haya aceptado la herencia. El heredero puede ser demandado por acreedores u otros interesados en la sucesión, si ha aceptado la herencia expresa o tácitamente, aunque no tenga la investidura judicial. En ese caso el heredero no puede oponer la falta de personería²⁷. Los tribunales fundaron correctamente la decisión en lo que disponía el artículo 3343, considerando que se aplicaba con independencia y con prevalencia a lo que disponía el artículo 3414. Resultaría, de no ser así, injusto que los acreedores se perjudicaran en sus intereses, mientras los herederos se hallan gozando de la herencia. 2) Que se niegue el carácter de heredero al contestar la demanda. Si el demandado no niega su carácter de heredero, la prueba se hace innecesaria (si lo niega infundadamente, el actor podrá justificar —como dice Fornieles²⁸— el derecho hereditario del demandado, seguido de actos de aceptación). En este caso, aunque el heredero no niegue su calidad de tal, si aún no hubiere aceptado la herencia, podrá exigir la previa intimación que preveía el artículo 3314 del Código Civil (hoy, art. 2289).

El heredero, en cambio, no puede ser demandado si niega el carácter de heredero (porque no lo ha sido nunca o porque ha renunciado, etc.). Sólo en ese caso podría prosperar la acción de falta de legitimación procesal pasiva. Así lo declararon la jurisprudencia y la doctrina²⁹.

Cuando media testamento ológrafo, el heredero siempre necesita cumplir en el proceso sucesorio la etapa previa de reconocimiento que termina con la orden judicial de protocolización del testamento.

300. Crítica de la dualidad aceptada en el nuevo Código

Desde una visión crítica, no comprendemos cómo el legislador, que se puso en sintonía con las legislaciones avanzadas en materia de posesión hereditaria, no terminó con la distinción de los dos grupos de herederos, verdadero anacronismo del Derecho argentino, y no impuso la necesidad del juicio sucesorio en todos los casos, como lo fue

²⁷ CApl. de La Plata, 27-6-47, J. A. 1947-II-837.

²⁸ Ob. cit., t. I, N° 100.

²⁹ G. F. 66-347, y 83-92.

en nuestro Derecho Histórico y como lo es en la práctica cuando hay bienes registrables.

La regulación contenida en el artículo 3410 y en el artículo 3412 del Código de Vélez (hoy, arts. 2337 y 2338) —según la interpretación de los autores nacionales que han profundizado el tema— se debió a un error del Codificador en la interpretación de las Leyes de India. La nota al artículo 3410 señalaba equivocadamente que “los jueces se abstengan de hacerlo (apoderarse de los bienes), cuando el difunto dejare en la provincia donde falleciere, notoriamente hijos o descendientes legítimos o ascendientes por falta de ellos, tan conocidos que no se dude del parentesco por descendencia o ascendencia”³⁰. En ese caso no es que no intervenga juez alguno, sino que dejaba de actuar el juez general de bienes de difuntos y actuaba la justicia ordinaria.

Si se hubiera reparado en esa circunstancia, el camino a seguir hubiera sido exigir siempre el juicio sucesorio, para que el juez dicte en él la declaratoria de herederos o el auto de aprobación del testamento, a semejanza del Derecho alemán, en el que siempre interviene el juez, que expide el certificado de heredero (art. 2353, Cód. Civ. alemán).

III. DECLARATORIA DE HEREDEROS Y APROBACIÓN JUDICIAL DEL TESTAMENTO

301. Declaratoria de herederos: concepto

El artículo 700, párrafo 1º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dispone: “Cumplido el plazo y los trámites a que se refiere el artículo anterior, y acreditado el derecho de los sucesores, el juez dictará declaratoria de herederos”.

En la declaratoria se reconoce al peticionante el carácter de heredero *ab intestato*, previa prueba de su parentesco con el difunto. Se dicta

³⁰ La Ley 43, Título 32, Libro II, t. I, de la *Recopilación de leyes de los Reinos de las Indias*, Madrid, 1841, p 320. En esa ley no consta la primera parte de la cita de Vélez “que los jueces se abstengan de hacerlo” (apoderarse de los bienes) y omite la frase que agrega la ley 43, al final de la cita “no ha de conocer el juez general sino la justicia ordinaria, y no contando con notoriedad lo contrario, tocará el conocimiento al juez general”.

en la etapa oportuna del proceso sucesorio, y solamente se refiere a los herederos legítimos o intestados.

Cumple la función de acreditar el vínculo de parentesco del peticionante del cual surge su derecho a la herencia, o, si se quiere, su título de heredero. Pero además, cuando corresponde a varios herederos, también sirve para determinar la cuota de cada heredero, aunque no sea en forma definitiva.

Fassi la define como “el pronunciamiento judicial mediante el cual se reconoce el carácter de herederos legítimos”³¹. Graciela Medina³² considera que “es la resolución judicial declarativa que no causa estado, mediante la cual se verifica y reconoce la condición de herederos a los llamados por ley a recibir una herencia determinada, cuando hubieren acreditado dicha condición”.

Parafraseando esta definición, podemos decir que es “una resolución judicial, de carácter declarativo, que no causa estado, mediante la cual, previa verificación de la calidad de herederos intestados, se los reconoce como tales, siempre que se hayan presentado en el expediente y solicitado la declaratoria”.

Esta definición nos permite fijar los caracteres más importantes de la declaratoria de herederos: a) es una resolución judicial; b) tiene carácter declarativo; c) no causa estado; d) se verifica previamente la calidad de herederos y se les reconoce esa calidad; e) es necesaria la presentación de los herederos reconocidos en el proceso. Estos caracteres –integrantes de la definición– los expondremos brevemente.

302.a) La declaratoria de herederos como resolución judicial

El pronunciamiento judicial es de esencia de la declaratoria de herederos. Cabe preguntarse si ese pronunciamiento es una simple resolución o una sentencia.

Unos autores la califican de sentencia³³, mientras que otros sólo ven en ellas una resolución judicial que no constituye una verdadera

³¹ *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación* cit., t. III, p. 293.

³² MEDINA, *Proceso sucesorio* cit., t. I, p. 208.

³³ Así PALACIO, *Derecho Procesal Civil* cit., 2003, t. IX, p. 731; ZANNONI, ob. cit., p. 467.

sentencia, porque no pone fin a ninguna controversia, ya que es susceptible de ser modificada en cualquier momento³⁴.

Esta discrepancia se limita, en nuestra opinión, al campo terminológico, porque no hay ninguna duda de que no constituye una sentencia con valor de cosa juzgada material, pero por otro lado, aunque no ponga fin a una controversia, goza de la estructura típica de una sentencia, si bien en forma abreviada, con resultandos, considerandos y parte resolutive.

303.b) La declaratoria de herederos tiene carácter declarativo

La declaratoria de herederos es declarativa porque se limita a declarar un derecho ya existente, cual es la propiedad de la herencia por parte del heredero. El heredero adquiere la herencia, como es sabido, en el instante mismo de la muerte del causante (art. 2280).

Esta adquisición *ipso iure* de la herencia es provisional y se consolida ulteriormente con la aceptación, sea expresa o tácita. La declaratoria de herederos sólo debe abarcar a los herederos que hayan aceptado la herencia. La presentación en el proceso sucesorio pidiendo que se los declare herederos implica una aceptación tácita, de ahí que la intimación de los terceros interesados al heredero para que acepte o repudie la herencia, según dispone el artículo 2289, resulta inútil porque el heredero que se presentó en el proceso sucesorio pidiendo que se lo declare como tal es ya aceptante de la herencia.

La declaratoria de herederos, ha dicho la jurisprudencia, tiene por objeto declarar la existencia de los presupuestos que son el fundamento del derecho a heredar por parte de quienes se incluyen en ella, y en esa declaración agota su contenido³⁵.

304.c) La declaratoria de herederos no causa estado

La declaratoria de herederos no pone fin a ninguna controversia y es susceptible de ser modificada en cualquier momento.

³⁴ MEDINA, ob. cit., p. 208.

³⁵ CNCiv., sala A, 15-12-67, L. L. 131-1089; sala F, 2-9-81, J. A. 1982-I, sint.; STJ de Entre Ríos, 19-4-94, J. A. 1995-IV, sint.

Esta modificación se manifiesta principalmente en dos sentidos diferentes: el de la inclusión de herederos y el de la exclusión de herederos. Puede suceder que en oportunidad de dictarse la declaratoria se omitan herederos; el heredero real que fue excluido por cualquier causa puede solicitar su inclusión en la declaratoria. Inversamente, si la declaratoria incluye algún heredero que no es tal, los herederos interesados pueden solicitar la exclusión de ese heredero aparente.

Estos dos supuestos están especialmente contemplados en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. El artículo 703 se refiere a la ampliación de la declaratoria de herederos, y el artículo 702, párrafo 2º se refiere a la exclusión total o parcial de un heredero que resulta no ser tal. Ambos supuestos los analizaremos más adelante.

La declaratoria no produce efectos de cosa juzgada ni aun para las mismas partes que han intervenido en el juicio y que han podido consentir su pronunciamiento. No tratándose de un juicio contencioso, el interesado no ha tenido por qué hacer un examen minucioso de los documentos que prueben el parentesco; ha podido guiarse por las apariencias de los documentos exhibidos o por cualquier otro error. Si luego descubre la falsedad, está habilitado para probarla en juicio contencioso, sin que el consentimiento anterior se lo impida³⁶.

Por eso se dice que la declaratoria de herederos no causa estado ni tiene efecto de cosa juzgada³⁷.

305.d) Verificación previa de la calidad de heredero y reconocimiento como tal

A) *Verificación*. La verificación supone el control de los medios acreditativos del parentesco del cual surge su carácter de heredero. El parentesco se prueba, en principio, por las partidas expedidas por el Registro Civil. Si éstas no se pudieran obtener, se recurre a la prueba supletoria. Veamos estos aspectos:

a) *Rectificación de partidas*. Pueden surgir divergencias en las partidas que deben presentar para acreditar el carácter de heredero

³⁶ FORNIELES, ob. cit., t. I, N° 177, J. A. 25-363.

³⁷ CCiv. 1ª Cap., J. A. 9-690; CCiv. 2ª Cap., J. A. 37-1394, etc.

y el deceso del causante. En esos casos, cuando los errores no son sustanciales, se pueden subsanar dentro del mismo proceso sucesorio. Así, la jurisprudencia ha resuelto que es innecesaria la rectificación de partidas en las cuales los nombres presentan diferencias; siendo suficiente, cuando las partidas aparecen así, establecer la identidad de las personas³⁸. La información sumaria será el medio adecuado para ello.

En cambio, cuando de las alteraciones surgen otras consecuencias, como las referentes a la filiación, la rectificación no se puede lograr en el juicio sucesorio; es necesario un proceso ordinario, por la necesidad de dar seguridad jurídica al estado civil de las personas.

En el otro extremo, a veces resulta innecesaria la rectificación de las partidas. "Si de la comparación y relación de las propias partidas acompañadas —como dice Graciela Medina³⁹— se pueden inferir los nombres completos y correctos basta el *auto de identidad de persona*". Ese auto se dicta al solo efecto de hacerlo valer en el juicio sucesorio, sin necesidad de prueba alguna.

b) *Reconocimiento de coherederos*. Según el artículo 701, 1ª parte, CPCCN: "Los herederos mayores de edad que hubieren acreditado el vínculo conforme a derecho, podrán, por unanimidad, admitir coherederos que no lo hubiesen justificado, sin perjuicio del impuesto a la herencia y sin que ello importe reconocimiento del estado de familia".

La norma contenida en este artículo es la institucionalización de una antigua práctica judicial que establecía que, a falta de la prueba del parentesco, pueden unos herederos reconocer a otros y ese reconocimiento basta para incluirlos en la declaratoria de herederos. Mientras este reconocimiento no tenga otro efecto que el de atribuir la propiedad de los bienes de que son dueños quienes lo hacen, es admisible; pero no servirá para dejar acreditados esos mismos vínculos familiares con respecto a otras personas, por una razón análoga a la que ha servido a la jurisprudencia para no dar esa eficacia al parentesco declarado en un testamento⁴⁰.

³⁸ L. L. 112-780.

³⁹ Ob. cit., p. 213.

⁴⁰ J. A. 1947-III-202.

c) *Al heredero le basta probar su propia vocación.* Para dictar la declaratoria de herederos no es necesario que se acredite que no existen otros herederos con derecho preferente o con derecho concurrente en la herencia del presentante. A las personas que invoquen derechos hereditarios les basta con acreditar su propia vocación⁴¹. El interesado —dice Fornieles⁴²— debe probar su propio derecho; la falta de otros parientes que concurrieren con él, aun cuando hayan debido necesariamente existir, no tiene que justificarse.

Se ha declarado en este sentido que cuando se presenta un cónyuge sin hijos que concurre a la herencia con los ascendientes del premuerto (art. 3571), no corresponde imponerle la demostración de la muerte de los padres o de los abuelos del premuerto, porque sin duda el cónyuge superviviente invoca un título suficiente para obtener la declaratoria, lo que no impide que los interesados remisos puedan reclamar sus derechos⁴³.

d) *Supuesto del cónyuge separado de hecho.* Al cónyuge superviviente le basta —como dice Borda⁴⁴— con agregar la partida de matrimonio para obtener la declaratoria en su favor. Si los coherederos pretenden que ha perdido la vocación sucesoria por algunas de las causales legales, deben accionar por vía ordinaria.

El artículo 2437 se refiere al divorcio, la separación de hecho y al cese de la convivencia resultante de una decisión judicial. Dice así: “El divorcio, la separación de hecho sin voluntad de unirse y la decisión judicial de cualquier tipo que implica cese de la convivencia, excluyen el derecho hereditario entre cónyuges”.

El divorcio se prueba con la partida de matrimonio, a cuyo margen se debe hacer constar la sentencia de divorcio.

El cese de la convivencia resultante de una decisión judicial se prueba con la resolución judicial pertinente.

La separación de hecho sin voluntad de unirse, la deben probar los herederos que pretenden la exclusión hereditaria del cónyuge en

⁴¹ CNCiv., sala D, 18-3-82, L. L. 1983-A-582; sala F, 14-2-84, L. L. 1984-C-188; sala C, 19-12-95, L. L. 1996-D-400.

⁴² Ob. cit., N° 176.

⁴³ CCiv. 1° Cap., 21-12-35, J. A. 2-447. En el mismo sentido: LAFAILLE, ob. cit., t. I, N° 325; FORNIELES, ob. cit., t. I, N° 176.

⁴⁴ Ob. cit., N° 456 bis.

la sucesión de su consorte fallecido. Entendemos —como Fassi⁴⁵— que la sola circunstancia de que el causante exteriorice en su testamento su voluntad de no incluir a su cónyuge como heredera por estar separado de hecho de ella sin voluntad de unirse, no basta por sí solo para excluir de la testamentaria a quien es heredera legitimaria, ni tampoco para invertir la carga de la prueba.

En el procedimiento de verificación de la calidad de herederos debe intervenir el Ministerio Fiscal, dando su conformidad.

B) *Reconocimiento*. Una vez verificada la calidad de heredero o de los herederos, el juez dictará el auto o sentencia de declaratoria de herederos.

306.e) El heredero debe presentarse en el expediente sucesorio

Quien pretende su inclusión en la declaratoria de herederos debe presentarse en el expediente sucesorio. No basta que los otros herederos lo hayan denunciado como tal: se necesita la presentación, por sí o por medio de apoderado, en el expediente.

La razón la encontramos en que la declaratoria de herederos implica no sólo derechos sino también obligaciones por lo cual se precisa una expresión categórica de voluntad en ese sentido⁴⁶.

La doctrina⁴⁷ y la jurisprudencia han sostenido reiteradamente que sólo deben incluirse en la declaratoria los que lo han solicitado expresamente. Así, se ha declarado expresamente que “no deben ser incluidos en la declaratoria de herederos quienes en ningún momento expresaron en el expediente su voluntad de ser considerados tales”⁴⁸.

307. Diligencias previas

Antes de dictarse la declaratoria de herederos, deben constar en el

⁴⁵ FASSI, *Código Procesal Civil y Comercial...* cit., t. III, p. 335.

⁴⁶ CNCiv., sala D, 24-5-84, L. L. 1985-448. La inclusión en la declaratoria de herederos puede provenir como consecuencia de haber sido condenado por el juez como heredero aceptante, ante la acción contenciosa de un acreedor del causante.

⁴⁷ MEDINA, ob. cit., p. 214.

⁴⁸ CNCiv., sala B, 23-4-81, L. L. 1981-D-461.

expediente probados la muerte del causante y el carácter de herederos de los peticionantes.

Se puede postergar la declaratoria de herederos si falta la acreditación del vínculo de alguno de los presentantes. El artículo 700, párrafo 2º, CPCCN, expresa: "Si no se hubiera justificado el vínculo de algunos de los presuntos herederos, previa vista a la autoridad encargada de recibir la herencia vacante, se diferirá la declaratoria por el plazo que el juez fije para que, durante su transcurso, se produzca la prueba correspondiente. Vencido dicho plazo, el juez dictará declaratoria a favor de quienes hubieren acreditado el vínculo, o reputará vacante la herencia".

Deben constar también las notificaciones a los interesados. Nos remitimos a lo expuesto en el Capítulo III.

Igualmente debe constar en el expediente el formulario que acredite la comunicación al Registro de Juicios Universales del inicio del proceso sucesorio.

Con todas estas constancias se correrá vista al fiscal y, en su caso, al asesor de menores: si hay conformidad, el juez dictará la declaratoria de herederos.

308. Ampliación del contenido de la declaratoria de herederos

El artículo 703 del CPCCN dispone que "La declaratoria de herederos podrá ser ampliada por el juez en cualquier estado del proceso, a petición de parte legítima, si correspondiere". Pero la ley procesal no ha indicado el trámite que debe seguirse para obtener la ampliación de la declaratoria.

La ampliación presupone que han presentado nuevos pretendientes a la herencia. El proceso para conseguir la inclusión del nuevo pretendiente varía según los casos⁴⁹:

a) *Falta de oposición.* Si los herederos declarados, al corrérseles vista de la petición, no hacen oposición y media conformidad de la agente fiscal, la ampliación procede sin más trámite.

b) *Oposición.* Si media oposición de los herederos ya declarados,

⁴⁹ PALACIO, ob. cit., p. 737; MEDINA, ob. cit., p. 224.

hay que determinar cuándo es suficiente el trámite de la vía incidental y cuándo es necesario recurrir al juicio ordinario.

Unos autores, como Palacio⁵⁰, consideran que si media oposición se debe recurrir al procedimiento ordinario. La mayoría, en cambio, sostiene que es necesario hacer una distinción fundada en la índole del Derecho invocado por el peticionante. En el caso de que ese derecho resulte en principio incuestionable, basta la vía incidental. Tal el caso cuando el pretendiente acompaña el título que fundamenta su llamamiento, si no existe controversia en cuanto a ese llamamiento⁵¹. En cambio, cuando la pretensión de ser incluido en la declaratoria no se haga acreditando el llamamiento o se deba previamente constituir el título base del llamamiento, por ejemplo: si se alega una filiación no reconocida por el causante o si los herederos declarados no invocan una causa legal de resolución del llamamiento, es necesario promover el juicio ordinario⁵².

La declaratoria puede ser ampliada a petición de parte legítima, según el artículo 703. La parte legítima por antonomasia es el heredero excluido; pero también la pueden peticionar los acreedores del heredero indebidamente excluido, subrogándose en el lugar de ese heredero.

309. Restricción del contenido de la declaratoria de herederos

El caso típico se produce cuando forma parte de la declaratoria de herederos una persona mal incluida, porque no es realmente heredero. En ese caso los mismos herederos declarados deberán peticionar la exclusión del heredero aparente. El artículo 702, párrafo 2º del CPCCN expresa en ese sentido: "Cualquier pretendiente podrá promover demanda impugnando su validez o exactitud (de la declaratoria de herederos), para excluir al heredero declarado, o para ser reconocido con él".

El artículo prevé dos supuestos: el de exclusión total que será el caso común, y el de exclusión parcial como sería el supuesto de que un causante (sin herederos forzosos) deja como herederos a hermanos de doble vínculo y de vínculo simple. Si uno de esos hermanos se

⁵⁰ Ob. cit., p. 737.

⁵¹ FASSI, *Código Procesal...* cit., p. 308; MEDINA, ob. cit., p. 226; CNCiv., sala F, 8-10-80, E. D. 96-562.

⁵² ZANNONI, ob. cit., p. 472.

incluye en la declaratoria de herederos como si tuviera doble vínculo (hijo del mismo padre y madre) siendo de vínculo simple (hijo de la misma madre o del mismo padre), su exclusión es parcial.

Si ante el planteo de exclusión no existe oposición del heredero declarado indebidamente, no sería necesaria la promoción del juicio ordinario, y se sustanciará por la vía incidental dentro del proceso sucesorio. En el caso que medie oposición, se debe recurrir a la vía ordinaria, pero en conexión con el juicio sucesorio, tramitándose en el mismo juzgado⁵³.

310. Estructura y forma de la declaratoria de herederos

La declaratoria de herederos es una sentencia que reúne, aunque en forma abreviada, todos los recaudos de aquélla⁵⁴.

En los *resultandos* se hace una detallada referencia de las actuaciones de los presentantes, de las partidas en virtud de las cuales se prueba el deceso del causante y el vínculo parental con él, de la prueba supletoria cuando exista, de las publicaciones edictales, etcétera.

En los *considerandos*, el juez anticipa el criterio y disposiciones legales que lo avalan.

En la *parte resolutive* el juez resuelve declarar que, por fallecimiento del causante, le suceden como herederos, en cuanto hubiere lugar por derecho sus hijos (hermanos, sobrinos, etc., indicando nombres completos y su identificación).

Cuando uno de los herederos declarados es el cónyuge del causante que concurre con descendientes, se expresa que la declaración como heredero se limita a los bienes propios que pudieran corresponderle, sin perjuicio de los derechos que la ley le acuerda respecto a la mitad de los gananciales que recibe como socio de la sociedad conyugal.

La declaratoria de herederos se dicta "en cuanto hubiera lugar por derecho" o simplemente "en cuanto hubiere lugar", refiriéndose con estas expresiones a que los herederos declarados lo sean realmente, y a que, ante la posibilidad de que existan otros herederos, queden a salvo

⁵³ MEDINA, ob. cit., p. 229.

⁵⁴ GOYENA COPELLO, *Curso de procedimiento sucesorio*, Buenos Aires, 1969, p. 415.

sus derechos. Se marca en ambos supuestos el carácter modificable de la declaratoria de herederos que no causa estado. Pero mientras la declaratoria de herederos no sea impugnada, produce todos sus efectos.

Una vieja usanza empleaba en el resolutivo la fórmula de "únicos y universales herederos", que ha sido justamente criticada⁵⁵. La palabra "únicos" es inexacta, porque la declaratoria se dicta en favor de los que justifiquen su parentesco, por lo que se puede ampliar si más tarde se presentan otros; lo de "universal" importa una redundancia, porque el heredero intestado es el sucesor universal por antonomasia.

311. Efectos de la declaratoria de herederos

El efecto principal de la declaratoria de herederos es el reconocimiento de la calidad de herederos de los presentantes. Pero ese reconocimiento no es definitivo, porque cualquier pretendiente puede promover demanda impugnando su exactitud.

Ese pretendiente puede ser extraño a la declaratoria porque no se le ha incluido en ella: es un "tercero" ajeno a la declaratoria. El que impugna la declaratoria de herederos puede ser también un heredero declarado que pretende excluir de la declaratoria a una persona mal incluida en ella, por no ser un heredero real: en ese caso no actúa como tercero, ajeno a la declaratoria, puesto que forma parte de ella. No obstante, pensamos que cuando el artículo 702, párrafo 1° del CPCCN expresa que "La declaratoria de herederos se dictará sin perjuicio de terceros", se refiere a ambos supuestos: cuando el tercero, ajeno a la declaratoria, pide su inclusión, y cuando el propio heredero incluido en ella pide la exclusión de un heredero aparente⁵⁶.

El término "terceros" puede referirse también a los acreedores del heredero no incluido en la declaratoria. El tercero se puede subrogar en la posición de ese heredero y pedir su inclusión en la declaratoria. Esos acreedores estarían incluidos en los términos del artículo 702, párrafo 1° del CPCCN, empleando el término "terceros" con más propiedad que en los casos anteriores.

⁵⁵ LAFAILLE, ob. cit., t. I, N° 325; FORNIELES, ob. cit., t. I, N° 177.

⁵⁶ El art. 702, párr. 2° del CPCCN se refiere expresamente al segundo supuesto que busca la exclusión del heredero declarado.

En la medida que esa impugnación no se produzca, se puede afirmar que la declaratoria de herederos establece una presunción de la calidad de heredero con relación a aquél a cuyo favor se dicta. Es cierto que puede ser modificada, pero mientras eso no ocurra, esta presunción tendrá firmeza y surtirá los efectos de verdad⁵⁷. La jurisprudencia ha manifestado en forma similar que "la declaratoria de herederos establece la presunción de que éstos lo son en verdad, lo que subsiste mientras no se decida lo contrario en el juicio de exclusión de herencia"⁵⁸.

El otro efecto de la declaratoria de herederos es otorgar la investidura judicial a los herederos que no la tengan de pleno derecho. El artículo 702, párrafo final, del CPCCN —en forma similar a lo que disponen los códigos de las provincias— expresa que "...la declaratoria de herederos otorgará la posesión de la herencia a quienes no la tuvieren por el solo hecho de la muerte del causante". La norma procesal se refiere a los herederos que no son descendientes, ascendientes ni cónyuges, de conformidad con el artículo 3412 del Código Civil de Vélez. Los códigos de procedimiento tendrán que adaptar sus disposiciones a lo que determina el artículo 2338, que habla de "investir a los herederos de su carácter de tales", sin mencionar la posesión. Esa investidura, según hemos entendido, no se vincula en el nuevo Código con la posesión hereditaria.

312. Nulidad de la declaratoria de herederos

La nulidad de la declaratoria de herederos procede en determinados casos: si se prescinde de un heredero presentado en el proceso sucesorio que tiene un derecho excluyente con respecto a otro, y se declara heredero al segundo; si se dicta en beneficio de una persona que no ha acreditado su vínculo con el causante; si se dicta por juez incompetente, etcétera⁵⁹.

⁵⁷ STRATTA, *La declaratoria de herederos*, p. 29; MEDINA, ob. cit., p. 211.

⁵⁸ CNCiv., sala C, 28-12-93, J. A. 1995-IV, síntesis.

⁵⁹ MEDINA, ob. cit., p. 231; STRATTA, ob. cit., p. 43; COLOMBO, L., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado y comentado*, t. IV, p. 759; FASSI, ob. cit., p. 340.

La nulidad resultará improcedente si el defecto puede ser subsanado por la vía del recurso de apelación⁶⁰.

313. Recurso de apelación

La declaratoria de herederos puede ser apelada de conformidad con el artículo 242 del CPCCN, siempre que el reclamo no verse sobre las cuestiones que provocan la nulidad de la declaratoria. El recurso, según el artículo 243, se concede en relación y con efectos suspensivos⁶¹.

314. La declaratoria de herederos y los actos de disposición: bienes registrables

La declaratoria de herederos (y la aprobación judicial del testamento) es la base para poder efectuar actos de disposición válidos. Esa posibilidad de efectuar actos de disposición tiene lugar por la sola declaratoria de herederos —aunque el artículo 2315 la silencie—, sin necesidad de inscribirla en el Registro Inmobiliario (en el folio de los inmuebles pertenecientes a la herencia). Piénsese que esos actos dispositivos pueden tener lugar, por estar regulados en el Código Civil y Comercial, en las provincias donde no se puede inscribir la declaratoria de herederos (por ej.: Provincia de Mendoza). Nos referimos a actos de disposición efectuados antes de la adjudicación o de la partición.

Para precisar los alcances de esa posibilidad, nos centraremos en los casos referentes a bienes inmuebles o bienes muebles registrables, que son los que suscitan mayor interés, pues la disponibilidad de los bienes muebles queda fuera de control. A estos efectos corresponde distinguir dos supuestos: que en la sucesión haya un heredero único o que haya varios coherederos. Veamos:

a) *Cuando hay un solo heredero.* El heredero único puede disponer de un bien inmueble en favor de un tercero, sin necesidad de autorización judicial, siendo el acto válido, con la única consecuencia de

⁶⁰ CNCiv., sala B, 6-6-61, L. L. 104-763.

⁶¹ Conf. MEDINA, ob. cit., p. 238.

su responsabilidad ilimitada (art. 2321, inc. d). Lo mismo sucede si se trata de un automotor.

Conviene aclarar que el notario, antes de la autorización de la escritura de venta de la herencia (es el caso común) debe pedir el certificado registral (art. 23, ley 17.801) y verificar que en el expediente sucesorio no se hayan presentado acreedores ejerciendo el derecho de oposición, pues en ese caso no debe autorizar la escritura hasta tanto se han satisfecho los créditos, y con mayor motivo si los acreedores han embargado los derechos hereditarios a través de las correspondientes acciones individuales.

b) *Cuando haya varios herederos.* Si todos se ponen de acuerdo, pueden enajenar un bien inmueble, sin necesidad de autorización judicial, siendo el acto válido, aunque represente para los enajenantes la pérdida de la responsabilidad limitada (art. 2321, inc. d). Lo mismo ocurre si se enajena un automotor.

Vale aquí lo dicho con referencia al certificado registral y la posible presentación de acreedores en el sucesorio.

En ambos supuestos, en la escritura pública, se hará constar la inscripción a nombre del causante, la declaratoria de herederos a nombre de los herederos y la transferencia de los herederos a favor del adquirente. En el Registro se efectuará una inscripción que contendrá el tracto abreviado entre el causante y el adquirente del heredero. El artículo 16, inciso b, de la ley 17.801 dispone que no será necesaria la previa inscripción (en el caso, la inscripción previa a nombre de los herederos) "cuando los herederos declarados transmiten bienes hereditarios inscriptos a nombre del causante".

La disponibilidad de todos los bienes registrables del sucesorio por estas vías, puede tornar innecesaria la adjudicación en el caso de heredero único o la partición en el supuesto de existir varios herederos.

315. La inscripción de la declaratoria de herederos

La Ley 17.801 sobre el Registro Inmobiliario no ha previsto la inscripción de la declaratoria de herederos en ese Registro. No hay ningún artículo en la ley que mencione la "inscripción" de la declaratoria de herederos. Por eso, no es de extrañar que en varias provincias

no se permita inscribir la declaratoria de herederos ni el auto de aprobación del testamento.

Sin embargo, en la Capital Federal (y en la Provincia de Buenos Aires) hay una serie de normas de menor jerarquía constitucional que las leyes nacionales que prevén la inscripción de la declaratoria de herederos en el Registro Inmobiliario cuando en la sucesión hay inmuebles. Así, el artículo 730 del CPCCN menciona expresamente la inscripción de la declaratoria de herederos o del testamento en su caso; en el mismo sentido el artículo 151 del Reglamento para la justicia nacional en lo civil, e igualmente el artículo 97 del decreto 466/99 del Reglamento a la ley 17.801. Quiere decir, pues, que en estos ámbitos resulta indiscutible la inscripción de la declaratoria de herederos en el Registro Inmobiliario, y lo único que cabe es analizar sus efectos jurídicos.

No obstante, la declaratoria no es un documento inscribible por el que se transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles, de los previstos en el artículo 2º, inciso a, ley 17.801. La declaratoria de herederos, por sí sola, ni constituye ni transmite ni declara ni modifica derechos reales sobre inmuebles⁶². Esa declaratoria no se hace a los efectos de declarar el dominio sobre inmuebles (por ej. sentencia que reconoce el dominio adquirido por prescripción o por herencia), sino para determinar quiénes son los herederos judicialmente reconocidos⁶³.

En nuestra opinión, la inscripción de la declaratoria de herederos en el folio correspondiente al inmueble o inmueble tiene como único efecto publicitar la muerte del titular del inmueble y hacer constar los nombres e identidades de los herederos declarados judicialmente. Pero nada más. No encierra ningún acto inscribible de los designados en el artículo 2º, inciso a, de la ley 17.801 que permita hablar del requisito de la inscripción como medio necesario para ser oponible a terceros⁶⁴.

⁶² ZANNONI, ob. cit., p. 565.

⁶³ PÉREZ LASALA, J. L., *Derecho inmobiliario registral*, p. 46.

⁶⁴ Alterini expresa en el mismo sentido que la inscripción de la declaratoria de herederos tiende simplemente a su publicitación (ALTERINI, Jorge en LLAMBÍAS, *Código Civil comentado*, t. IV-A, p. 496).

Los inconvenientes de la inscripción de la declaratoria de herederos en el Registro de la Propiedad Inmueble radican en que esa inscripción sólo puede referirse a los bienes inmuebles que haya en la herencia, quedando fuera de tal registración los demás bienes hereditarios, por valiosos que fueran. La inscripción de la declaratoria en los asientos registrables otorga, por eso, una publicidad parcializada de la herencia.

El mayor inconveniente surge en el supuesto de que haya varios herederos. En ese caso en los asientos de cada inmueble debe constar la declaratoria de herederos (o de aprobación del testamento) con los nombres de todos ellos, creando una apariencia de cuotas de dominio sobre cada inmueble, y esto no es verdad. Las cuotas corresponden a los herederos en una "comunidad de bienes hereditarios", que pueden alterar sustancialmente la apariencia registral al efectuarse la correspondiente partición.

Estas circunstancias nos hacen pensar, al igual que Zannoni⁶⁵, que convendría ampliar el contenido del Registro de Juicios Universales para incluir en él las declaratorias de herederos y los autos de aprobación de los testamentos. En tal Registro no se producirían los inconvenientes referidos.

En todo caso, hay que tener presente que la calidad de heredero proviene de la ley, que otorga el carácter de heredero desde el momento de la muerte del causante. La declaratoria de herederos es un reconocimiento judicial (no definitivo) de la calidad de heredero que otorga la ley. De ahí que su falta de inscripción —como ha dicho la jurisprudencia— no afecte la transmisión del acervo sucesorio que opera de pleno derecho y sin intervalo de tiempo desde la muerte del causante⁶⁶.

Para nosotros la registración de la declaratoria de herederos es un tanto inútil, y más si sólo existe un solo heredero. Publicita la muerte de un titular registral y el nombre de sus herederos, lo cual nos parece innecesario. De ahí que veamos con agrado las legislaciones provinciales que no admiten dicha inscripción. Y cuando median actos ju-

⁶⁵ ZANNONI, ob. cit., p. 479.

⁶⁶ CNCiv., sala D, 19-11-99, E. D. 189-515; AZPIRI, *Derecho Sucesorio* cit., p. 333.

rídicos de disposición no se necesita la inscripción de la declaratoria, pues el tracto abreviado no la requiere; basta la declaratoria de herederos pronunciada por juez competente y su determinación en la escritura notarial correspondiente.

Digamos, por último, que la registración de la declaratoria de herederos puede efectuarse a pedido de cualquier heredero o de todos ellos. El juez, si corresponde, ordenará su inscripción.

316. Aprobación judicial del testamento: concepto

En los juicios testamentarios —cualquiera que sea su forma— la declaratoria de herederos es suplida por la sentencia que aprueba el testamento. El artículo 708, 1ª parte expresa que “en la providencia a que se refiere el artículo anterior, el juez se pronunciará sobre la validez del testamento, cualquiera fuere su forma...”

Esta providencia, por imperio de la mayoría de las leyes procesales, otorga la posesión hereditaria a los herederos que no la tuviesen de pleno derecho (art. 708, 2ª parte).

La labor del juez, dada la falta de controversia, se limita a un examen superficial del testamento. Si *prima facie* no tiene ningún defecto formal, lo aprueba declarándolo válido.

317. Diligencias previas

En el caso de la sucesión testamentaria son más simples las diligencias previas, pues se limitan a la citación de los beneficiarios y del albacea. Dice al respecto el artículo 707 del CPCCN: “Presentado el testamento, o protocolizado en su caso, el juez dispondrá la notificación personal de los herederos instituidos, de los demás beneficiarios y del albacea, para que se presenten dentro de los treinta días. Si se ignorase el domicilio de las personas mencionadas en el apartado anterior, se procederá en la forma dispuesta en el artículo 145”.

Es decir, la notificación se hace concretamente y en forma personal (por cédula) a todos los beneficiarios del testamento, sean herederos o legatarios, y al albacea. Si no se pudiese hacer la notificación personal

por ignorarse el domicilio de alguno de los beneficiarios o del albacea, se hará por medio de los edictos correspondientes.

318. Remisión

Nos remitimos en todo lo demás a lo expuesto en la declaratoria de herederos: su carácter declarativo, estructura y forma, efectos, inscripción en el Registro de la Propiedad.

CAPÍTULO XII

ACEPTACIÓN Y RENUNCIA DE LA HERENCIA. DERECHO DE OPCIÓN

SUMARIO: I. *Aceptación de la herencia*. 319. Aceptación de la herencia: precedentes. 320. Concepto de aceptación. 321. Caracteres. 322. La llamada aceptación forzada. 323. Capacidad para aceptar: principios. 324. Incapacidades para aceptar herencias. 325. Caso del ausente. 326. Caso del fallido y de la mujer casada. 327. Formas de hacer la aceptación. 328. Aceptación expresa: concepto. 329. Forma de efectuar la aceptación expresa. 330. Aceptación tácita: concepto. 331. Actos que importan aceptaciones tácitas. 332. Actos que no implican aceptación de la herencia. 333. Nulidad de la aceptación: normas supletorias. 334. Causales de nulidad: enunciación. 335. Falta de las formalidades. 336. Vicios del consentimiento: dolo, violencia y error. 337. Caso de aparición de un testamento desconocido. 338. Efectos de la nulidad. 339. Aceptación de los legados. II. *Renuncia de la herencia*. 340. Renuncia de la herencia: precedentes. 341. Concepto. 342. Caracteres. 343. Formalidades de la renuncia: Código Civil de Vélez Sársfield. 344. Tesis que rechazaba la dualidad de formalidades en el Código de Vélez. 345. Formalidades de la renuncia en el nuevo Código Civil y Comercial. 346. El principio de la irrevocabilidad de la renuncia. 347. Retracción de la renuncia. 348. Capacidad para renunciar. 349. Efectos de la renuncia. 350. El renunciante y su derecho a legítima. 351. Nulidad de la renuncia: regulación supletoria. 352. Causales de nulidad: enunciación. 353. Falta de formalidades. 354. Vicios del consentimiento. 355. Efectos de la nulidad de la renuncia. 356. Revocación de la renuncia pedida por los acreedores. 357. Renuncia de los legados. III. *Momento de la aceptación y de la renuncia. Derecho de opción*. 358. Momento de la aceptación y de la renuncia: supuestos. 359. Desde cuándo se puede aceptar o repudiar la herencia. 360. Hasta cuándo se puede aceptar o renunciar una herencia: plazos. 361. Quiénes pueden invocar el plazo. 362. Efectos del derecho de opción. 363. Transmisión del derecho de aceptar o renunciar. 364. Intimación de los terceros interesados para exigir la aceptación o la renuncia. 365. Formas de computar el plazo. 366. Personas que pueden exigir la intimación. 367. Caso de silencio del heredero intimado.

I. ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA

319. Aceptación de la herencia: precedentes

Los herederos voluntarios o *extranei* adquirían la herencia en el Derecho Romano por medio de la aceptación. Ésta podía ser expresa o tácita. La aceptación expresa consistía en una declaración del heredero manifestando directamente su voluntad en tal sentido; la aceptación tácita surgía de actos ejecutados por el heredero en los cuales se comportaba en calidad de tal, *pro herede gerendo*.

En el Derecho clásico la aceptación expresa podía a su vez revestir dos modalidades: una solemne, denominada *cretio*, y otra no solemne llamada *nuda voluntate*; esta última fue la única forma expresa que subsistió en el Derecho justiniano.

La aceptación por *cretio* se hacía solemnemente ante testigos. Sólo se obligaba a aceptar por *cretio* a aquellos herederos a quienes el testador se lo había exigido en el testamento, señalándoles para ello un plazo que generalmente era de 100 días. Trascurrido el plazo sin haber declarado su voluntad de aceptar, el llamado perdía su derecho a la herencia. La tendencia a la disminución de las solemnidades restringió el campo de aplicación de la *cretio*, pues únicamente se consideró tal si, junto con la imposición de la *cretio* por parte del testador, se acompañaba una cláusula de *ex hereditio* formal del heredero si no aceptaba en esa forma: se le llamó, cuando se acompañaba dicha cláusula, *cretio perfecta*.

El *ius civile* no imponía término alguno al heredero para aceptar. El término podía ser establecido por el testador con la imposición de la *cretio*; pero si ello no ocurría, el heredero era libre de aceptar en cualquier momento. Como la prolongación de ese estado de incertidumbre producía graves inconvenientes prácticos, el pretor se sirvió de dos medios: las *interrogationes in iure*, que obligaban al heredero a expresar ante el magistrado si aceptaba o no, y el *spatium deliberandi*—creado directamente por el pretor—, término no menor de 100 días que señalaba el magistrado para decidir si aceptaba o no, interpretándose su silencio como repudio de la herencia.

En el Derecho justiniano la *cretio* había desaparecido. La acep-

tación expresa consistía en una declaración de voluntad no sometida a formalidades. El término para aceptar lo establecía el pretor sirviéndose de los medios que hemos señalado, produciéndose la siguiente modificación en el *spatium deliberandi*: se amplió el plazo, imponiéndole un tope máximo de 9 meses, y se invirtió la presunción de silencio, interpretándose la como aceptación de la herencia.

320. Concepto de la aceptación

La aceptación de la herencia es un acto en virtud del cual el heredero electo consolida, ya en forma provisional, ya en forma definitiva, su calidad de heredero.

La aceptación consiste unas veces en una declaración de voluntad unilateral del llamado, tendiente a consolidar su carácter de sucesor (aceptación expresa), y otras en la realización de actos a los cuales la ley le atribuye ese efecto de consolidar su carácter de heredero (aceptación tácita).

En el primer caso la declaración de voluntad constituye un negocio jurídico (art. 259). En el segundo caso, la situación es más compleja. Esos actos a los que la ley les otorga los efectos de la aceptación pueden consistir en negocios jurídicos (ej.: venta de bienes de la herencia) o en actos voluntarios lícitos (ej.: talar un bosque perteneciente a la herencia). La ley considera que en estos casos existe la voluntad presunta de aceptar y basándose en ella otorga al acto los efectos de la aceptación expresa, con independencia de que, en cada caso concreto, la voluntad del heredero al realizar el acto haya sido o no de aceptar la herencia. Es lógico que sea así: la ley no podría aceptar la prueba en contra, porque con ella perdería toda consistencia el sistema legal. Consecuencia de lo dicho es que realizado el acto al cual la ley le otorga el efecto de la aceptación, no importa que éste resulte o no viciado de nulidad, pues la ley, al atribuirle esos efectos, no tiene en miras la validez del acto en sí sino la voluntad de su realización.

Méndez Costa¹ ensaya una interesante tesis, de vigencia en el nuevo ordenamiento civil: entiende que la manifestación tácita admite dos ma-

¹ MÉNDEZ COSTA, María J., *Capacidad para aceptar y para repudiar herencias*, Buenos Aires, 1972, p. 35.

tices: una aceptación tácita propiamente dicha, que se daría cuando el llamado "quisiera" aceptar, y en lugar de manifestarlo así por escrito, realizara un acto que sabe que sólo lo puede otorgar como heredero y al que desea que se le atribuya ese efecto de aceptación, y una manifestación presumida por la ley cuando el llamado sólo quiere otorgar uno de los actos previstos en los artículos 3321 a 3327 (hoy art. 2294), sabiendo o pudiendo saber que únicamente le compete en calidad de heredero, pero siéndole indiferente y quizá repudiable la aceptación de la herencia. En el primer caso —según la autora— la aceptación es en sí misma un negocio jurídico, en el cual la intención de aceptar se manifiesta mediante otro negocio jurídico o mediante un simple acto voluntario lícito. La nulidad del negocio jurídico que la constituye no significa la nulidad de la aceptación si hay manifestación de la voluntad de aceptar. En el segundo caso, no hay negocio jurídico ni acto voluntario lícito "en la aceptación", aunque sea uno u otro el acto al cual la ley le atribuye ese efecto. La nulidad del negocio arrastra a la aceptación, porque la presunción legal cae en el vacío.

No compartimos el criterio de tan prestigiosa jurista. En nuestra opinión, la ley otorga los efectos de la aceptación a determinados actos porque presume que ésa es la voluntad del llamado, con independencia de la voluntad real en cada caso particular. Tampoco creemos que, en principio, la nulidad del negocio jurídico, al cual la ley le otorga los efectos de la aceptación, pueda acarrear la nulidad de ésta, pues la presunción legal tiene en miras la intención de realizar el acto seguido de su realización, y no su validez, a no ser que hubiera mediado violencia para su realización o que faltaran las formalidades exigidas por la ley *ad solemnitatem*.

La aceptación en todos los casos tiende a consolidar el carácter de heredero del aceptante. Como el aceptante ya es titular de la herencia desde el momento del fallecimiento, la aceptación no hace más que reafirmar esa condición.

321. Caracteres

La aceptación, como negocio jurídico, tiene los siguientes caracteres:

a) Es *voluntaria*. La aceptación es, ante todo, un acto voluntario. Nadie está obligado a aceptar una herencia que no se desea. Esta voluntariedad, ínsita cuando la aceptación se realiza mediante una aceptación expresa, también se da en los casos de aceptación tácita. La ley atribuye a la realización de ciertos actos los efectos de la aceptación, porque esos actos comúnmente implican la voluntad de aceptar la herencia².

El artículo 2287 empieza diciendo: "Todo heredero puede aceptar la herencia que le es deferida o renunciarla..."

b) Es *unilateral*. Si bien es indudable —dice Royo Martínez³— que la aceptación en los supuestos de herencia testada es una aquiescencia o conformidad que el llamado presta al deseo que mostró el testador, tal aquiescencia de voluntades no implica bilateralidad en la sucesión *mortis causa*. Institución de heredero en testamento y aceptación por el instituido nada tienen de común con la oferta y la aceptación respecto de un contrato. Sus voluntades sólo pueden decirse coincidentes en el sentido de superpuestas en distinto plano temporal; no son voluntades conjugadas y simultáneas como las que caracterizan el contrato.

c) Es *pura*. Quiere decir que la aceptación no admite término ni condición. El heredero electo no puede aceptar sino con la mera adhesión a la voluntad de la ley o del testador. Por ello, la aceptación no puede quedar subordinada a un acontecimiento futuro, ya sea cierto, ya incierto.

El artículo 2287 expresa que no puede sujetar su opción de aceptar o renunciar a modalidades; si lo hace se tiene por no escrita.

La incondicionalidad de la aceptación procede del Derecho Romano, en el cual la aceptación estaba siempre comprendida entre los actos legítimos *qui non recipiunt diem vel conditionem*⁴.

d) Es *indivisible*. Es decir, hay que aceptar toda la herencia o no aceptarla. La aceptación hecha por una sola parte de la herencia equivale a una aceptación íntegra, como expresamente dice el artículo

² Lo dicho no está en pugna con la hipótesis prevista en el art. 3331, porque no hay aquí una aceptación forzosa —como llama la doctrina—, sino una sanción impuesta por la ley que implica adquisición de la herencia con responsabilidad *ultra vires*.

³ ROYO MARTÍNEZ, *Derecho Sucesorio "mortis causa"*, Sevilla, 1951, p. 267.

⁴ Digesto, 50, 17, 77.

2287: "Todo heredero puede aceptar o renunciar [...] pero no puede hacerlo por una parte de la herencia [...] La aceptación parcial implica la del todo..."

Si se consintiera al heredero electo una aceptación *pro parte*, nos encontraríamos con que una voluntad distinta de la ley y de la del causante determinaría la suerte de los bienes del difunto. Una voluntad al margen de la ley o de las disposiciones del testador no puede producir ningún efecto jurídico. De ahí que si la aceptación se hace *pro parte*, la ley no la tiene en cuenta y la considera como aceptación íntegra.

La exigencia proviene también del Derecho Romano, en el cual la herencia no se podía aceptar *pro parte*, quien la aceptaba de esa forma era heredero del todo⁵.

e) *No es un acto personalísimo*. Que la aceptación no es un acto personalísimo, ya que se permite aceptar por mandato. Pero es necesario poder especial (art. 375, inc d).

f) La aceptación de la herencia es *irrevocable*. En el Código Civil de Vélez la aceptación se podía revocar en el supuesto del artículo 3366: cuando el heredero beneficiario (ya aceptante) era intimado judicialmente para que confeccione el inventario en el término de tres meses; si confeccionaba el inventario en término, disponía de 30 días para renunciar a la herencia (si no lo hacía, quedaba como aceptante beneficiario).

En el nuevo Código la aceptación es irrevocable. Consideramos un caso dudoso de irrevocabilidad el supuesto analizado en el número 337.

322. La llamada aceptación forzada

El artículo 3331 del Código de Vélez disponía: "El que aún no hubiere aceptado o repudiado la herencia, y hubiese ocultado o sustraído algunas cosas hereditarias teniendo otros coherederos, será considerado como que ha aceptado la herencia".

El nuevo Código ha ampliado el carácter sancionatorio de la norma, privando de derechos hereditarios sobre los objetos ocultados o sustraídos. El artículo 2295 dice así: "*Aceptación forzada*. El heredero que oculta o sustrae bienes de la herencia es considerado aceptante

⁵ Digesto, 29, 2, 1, 2.

con responsabilidad ilimitada, pierde el derecho de renunciar, y no tiene parte alguna en aquello que ha sido objeto de su ocultamiento o sustracción. En el supuesto de que no pueda restituir la cosa, debe restituir su valor, estimado al momento de la restitución". La norma se inspiró en el antiguo artículo 792 del Código francés.

La aplicación del artículo 2295 requiere que el heredero haya ocultado o sustraído bienes hereditarios existiendo otros coherederos y que aún no hubiere repudiado la herencia. El fin del precepto es privarle a aquel que ha sustraído u ocultado bienes de la herencia de la facultad de renunciar, e imponerle como sanción la responsabilidad ilimitada, sin posibilidad de renunciar y quitarle todo derecho sobre los objetos ocultados o sustraídos. La norma impone una sanción consistente en hacer responsables a tales herederos ilimitadamente por las deudas sucesorias, y sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran surgir de estos actos delictivos. El artículo 1002 del Código Civil español, cuya fuente es también el artículo 792 del Código francés, es sumamente elocuente en este último sentido. Dice que "los herederos que hayan sustraído u ocultado algunos efectos de la herencia pierden la facultad de renunciarla, y quedan con el carácter de herederos puros y simples, sin perjuicio de las penas en que hayan podido incurrir". La ocultación o sustracción de bienes no es propiamente una aceptación: el artículo 2295 dice que el heredero es "considerado" aceptante con responsabilidad ilimitada. La ocultación o sustracción de bienes, en otras palabras, se considera como si fuera una aceptación. La norma no encierra, pues, una aceptación forzada, expresión que por sí encierra una *contradictio in terminis*, sino una adquisición con los mismos efectos que la aceptación pura y simple.

323. Capacidad para aceptar: principios

La aceptación de la herencia es un acto que envuelve importantes efectos jurídicos. Representa no sólo adquirir bienes sino responder por deudas. Esa responsabilidad por las deudas, si bien se halla limitada en principio a los bienes recibidos, puede alcanzar al propio patrimonio del aceptante en los casos en que la responsabilidad se torna ilimitada (art. 2321). El proceso de pago de las deudas requiere una serie de

actos de administración y a veces de disposición. En consecuencia, decisión de semejante envergadura sólo se puede conceder a quienes tengan capacidad suficiente para afrontar todos esos actos y las consecuentes responsabilidades.

La posibilidad de realizar todos esos actos representa la capacidad de obrar. Esa capacidad de obrar deberá ser plena, pues cualquier limitación en los actos de administración o de disposición afectará esa plenitud, y por tanto impedirá aceptar válidamente la herencia. Las limitaciones que la ley impone a algunas personas para recibir herencias, por ejemplo, al tutor respecto de la herencia de su pupilo, no son incapacidades de obrar, sino incapacidades de derecho, prohibiciones legales que jamás pueden suplirse con el nombramiento de representante⁶.

Siendo la capacidad la regla, corresponde que analicemos los casos de las incapacidades para aceptar herencias.

324. Incapacidades para aceptar herencias

Distingamos las siguientes hipótesis:

A) *Incapaces sujetos a tutela o curatela*. La aceptación de la herencia se hace por medio del tutor o del curador (arts. 104 y 138). La aceptación será normalmente expresa, pero no vemos inconveniente en que el representante, actuando a nombre del incapaz, realice actos que impliquen aceptaciones tácitas. Pero no procede la aceptación tácita emergente de un acto ejecutado por el mismo incapaz, ni tampoco puede concebirse la llamada aceptación forzada del artículo 2295, aunque el incapaz tenga discernimiento para los actos de ocultación o

⁶ Méndez Costa distingue entre capacidad de derecho, capacidad de obrar y poder de disposición. Según ella, debe entenderse que pueden aceptar y repudiar por sí mismos los capaces de obrar, y que aquellos capaces de obrar restringidos en sus poderes de disposición con respecto a los bienes relictos, pueden hacerlo válidamente cuando el obstáculo legal ha sido desplazado en la forma prescrita por la ley. Pensamos que precisamente por ese obstáculo legal es por lo que no pueden aceptar por sí mismos. El desplazamiento del obstáculo legal equivale a suplir la capacidad de obrar plena que les falta, de la misma forma que ocurre con la falta de capacidad de obrar en general, según surge del mismo art. 3333.

sustracción, porque para tener los efectos de aceptación se requiere tener la capacidad para aceptar, y aquí se carece de esa capacidad⁷. La aceptación por el representante de una persona incapaz o la efectuada por una persona con capacidad restringida, aunque haya actuado por su representante, nunca provocan una responsabilidad ilimitada. El artículo 2297 dice en este sentido: “*Aceptación por una persona incapaz o con capacidad restringida.* La aceptación de la herencia por el representante legal de una persona incapaz nunca puede obligar a éste al pago de las deudas de la sucesión más allá del valor de los bienes que le sean atribuidos. Igual regla se aplica a la aceptación de la herencia por una persona con capacidad restringida, aunque haya actuado con asistencia, o por su representante legal o convencional”.

En nuestra opinión, el representante no requiere autorización judicial para aceptar la herencia (*a contrario sensu*, art. 121, inc. e).

B) *Incapaces sujetos a patria potestad.* La aceptación de la herencia se hace por medio de sus padres. Vale aquí lo dicho respecto de la aceptación expresa y tácita, y también de la llamada aceptación forzada.

No se requiere tampoco, a nuestro juicio, autorización judicial. Estos incapaces responden, como los anteriores, con los bienes o con el valor de esos bienes.

C) *Personas por nacer.* En el Derecho Civil argentino el *nasciturus* es persona, si bien tal personalidad está subordinada al nacimiento con vida (art. 21). El artículo 2279 considera al concebido persona apta para suceder.

La capacidad de derecho del *nasciturus* es limitada. Dentro del ámbito de esa capacidad se incluye la adquisición de bienes por donación o herencia. La personalidad del *nasciturus* no es potencial, sino actual; por tanto se halla en la misma condición que el heredero menor nacido⁸.

⁷ Méndez Costa admite que puede darse la aceptación forzada: se confunde, a nuestro juicio, la capacidad para el acto ilícito con la capacidad para aceptar.

⁸ El error de Guaglianone, que compara su posición con la del pariente excluido por otro de grado más próximo, radica precisamente en considerar como condicional (y, por ende, potencial) el derecho del *nasciturus* (*El beneficio de inventario en el Código Civil argentino*, Buenos Aires, 1946, p. 52). Es también la opinión de BORDA, ob. cit., t. I, N° 301.

Las obligaciones que pudieran surgir como consecuencia de la aceptación de la herencia entran en los límites de su capacidad de derecho. Quedan obligados porque pudieron adquirir por donación y herencia. Adquieren a la muerte del causante y obran en consecuencia por medio de sus representantes.

La incapacidad del *nasciturus* se suple por su representante. Esta representación corresponde al padre; por su muerte, incapacidad o privación de la patria potestad o de su ejercicio, a la madre; por incapacidad o privación de la patria potestad o de su ejercicio de la madre, al curador que se designe. El representante no requiere autorización judicial para aceptar la herencia.

La responsabilidad del *nasciturus* siempre se limita a los bienes heredados o su valor.

D) *Emancipados*. Actualmente los únicos que se pueden emancipar son los que contraen matrimonio antes de los 18 años (art. 27, Cód. Civ. y Com.). Ha quedado derogada la emancipación por la edad, por haberse adelantado la mayoría de edad a los 18 años. Los que no han cumplido 18 años pueden contraer matrimonio con autorización judicial (art. 404, en función del art. 403, inc. f).

En nuestra opinión los emancipados por matrimonio sólo pueden aceptar herencias si media autorización judicial. Se aplica el artículo 29 del Código Civil y Comercial, según el cual los emancipados no pueden realizar actos de disposición respecto de los bienes que adquieran a título gratuito, sin autorización judicial.

El emancipado por matrimonio no puede aceptar tácitamente la herencia; no cabe la aceptación tácita, porque para que el acto sea válido como aceptación se requiere la autorización judicial, y ésta sólo cabe en la aceptación expresa⁹.

325. Caso del ausente

El ausente no es un incapaz. En el caso de simple ausencia con bienes en estado de abandono, se nombra un curador al ausente (art. 79, Cód. Civ. y Com.), el curador sólo puede realizar actos de conservación y administra-

⁹ De acuerdo: MÉNDEZ COSTA, ob. cit., p. 80.

ción ordinaria de los bienes (art. 83). En nuestra opinión puede aceptar herencias, pero la responsabilidad será siempre limitada.

Cuando el ausente es declarado fallecido, sus herederos pueden aceptar libremente las herencias que se les hubieren deferido con anterioridad al día presuntivo del fallecimiento. Si reaparece el ausente, la opción ejercida por sus presuntos herederos, dado su título precario y revocable, no les coarta para aceptar en forma diferente o para repudiar¹⁰.

326. Caso del fallido y de la mujer casada

Veamos estos dos supuestos:

A) *Fallidos*. Los fallidos pueden aceptar herencias, pero en el caso de que lo hagan en forma pura y simple, primero se pagan los créditos y gastos del concurso; después se podrán cobrar los acreedores del causante. El artículo 111 de la ley 24.552 dispone en este sentido: "El fallido puede aceptar o repudiar herencia o legado. En caso de aceptación, los acreedores del causante sólo pueden proceder sobre los bienes desapoderados, después de pagados los del fallido y los gastos del concurso".

B) *Caso de la mujer casada*. La mujer casada puede aceptar libremente la herencia, sea pura o simple o a beneficio de inventario. El artículo 1° de la ley 11.357, modificado por la ley 17.711, ha sido terminante al respecto: "La mujer mayor de edad, cualquiera sea su estado, tiene plena capacidad civil".

En el nuevo Código Civil y Comercial no hay restricción alguna de la mujer casada.

Antes de la ley 11.357 la mujer casada sólo podía aceptar herencias bajo beneficio de inventario y contando con el asentimiento de su marido (art. 3334, Cód. Civ.).

327. Formas de hacer la aceptación

La aceptación de la herencia se puede efectuar en forma expresa

¹⁰ De acuerdo: BORDA, ob. cit., N° 190.

o en forma tácita. El artículo 2293 expresa: "*Formas de aceptación*. La aceptación de la herencia puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando el heredero toma la calidad de tal en un acto otorgado por instrumento público o privado; es tácita si otorga un acto que supone necesariamente la intención de aceptar y que no puede haber realizado sino en calidad de heredero".

Estas dos maneras de hacer la aceptación proceden del Derecho Romano. En dicho ordenamiento, como ya hemos visto, al lado de la aceptación expresa, existía la aceptación tácita, que era la que se deducía de actos ejecutados por el heredero en los cuales se comportaba como tal.

328. Aceptación expresa: concepto

La aceptación expresa admitió dos supuestos, previstos en el artículo 3319, 2ª parte del viejo Código Civil: "Es expresa —decía— la que se hace en instrumento público o privado, o cuando se toma título de heredero en un acto, sea público o privado, judicial o extrajudicial, manifestando una intención cierta de ser heredero".

Las hipótesis admitidas por la ley eran dos: a) la manifestación de voluntad de aceptar, diciéndolo así expresamente, que es la forma típica; b) la toma de título de heredero, manifestando una intención cierta de serlo. En este caso, como se ha manifestado la intención cierta de ser heredero, aunque no se haya utilizado el término "aceptación", se considera la aceptación como expresa.

El artículo 2293 del nuevo Código ha simplificado el problema fundiendo los dos supuestos que admitía el viejo artículo 3319, al considerar que hay aceptación expresa cuando el heredero toma la calidad de tal en un acto otorgado en instrumento público o privado.

La aceptación expresa es un negocio jurídico unilateral de los previstos en el artículo 259 del nuevo Código.

Es negocio jurídico puesto que es una declaración de voluntad dirigida a producir determinados efectos jurídicos, precisamente los que la ley liga al acto de aceptación, entre los cuales aparece como efecto esencial la conservación de los derechos derivados de la calidad de heredero.

Es unilateral, porque aun presuponiendo la vocación y la delación, es un acto perfecto en sí mismo, por lo que produce sus efectos, inmediatamente, sin necesidad de notificación alguna a posibles interesados: por eso es una declaración no recepticia, es decir, no dirigida a un destinatario.

329. Forma de efectuar la aceptación expresa

La aceptación expresa —como dice el artículo 2293— se debe hacer en instrumento público o privado. La ley ha querido que este acto, del que pueden derivar importantes efectos, asuma la forma escrita en cualquiera de sus modalidades pública o privada. La aceptación verbal es, por eso, inválida.

En principio, las cartas misivas, puesto que son instrumentos privados, constituyen un medio hábil para aceptar la herencia. La doctrina suele distinguir que la carta sea confidencial o de negocios, y que esté dirigida a personas no interesadas en la herencia o interesadas en ella, admitiendo como medio de aceptación únicamente las cartas no confidenciales, dirigidas a interesados en la herencia¹¹.

No obstante ello, consideramos que lo único trascendente es que conste en la carta la aceptación inequívoca de la herencia. Si esta aceptación es inequívoca, no vemos —al igual que Cicu¹²— por qué no debe tener valor la aceptación, sólo porque se contenga en una carta confidencial o que no esté dirigida a persona interesada en la herencia. Las cartas confidenciales pueden servir de medio hábil para probar la aceptación, y lo mismo cabe decir de las cartas dirigidas a personas no interesadas en la sucesión, puesto que la aceptación es una declaración de voluntad no recepticia.

330. Aceptación tácita: concepto

La aceptación tácita es la que se hace por actos que el heredero no tendría derecho a ejecutar sino en calidad de heredero. No de heredero electo que aún no se ha pronunciado, sino de heredero com-

¹¹ BORDA, ob. cit., N° 209, exige como requisito que la carta se dirija a interesados en la herencia, sea o no confidencial.

¹² Ob. cit., p. 350.

prometido positivamente ante la herencia. El acto supone necesariamente la intención de aceptar, pues no lo puede haber realizado sino en calidad de heredero.

La ley atribuye el efecto de la consolidación en la adquisición de la herencia a los actos que objetivamente presuponen aceptación, sin que pueda indagarse en los casos particulares si existió o no voluntad de aceptar. Esos actos, además, deben ser inequívocos, en el sentido de que no pueden realizarse en otra calidad que la de heredero.

Esta caracterización de la aceptación tácita no es suficiente por sí, pues quedan sin respuesta los supuestos de actos que el heredero pueda realizar no sólo como heredero sino en otra calidad. Cabe entonces preguntarse si esos actos equívocos encierran o no aceptación. Cuando los actos son equívocos, en el sentido de que el heredero los puede realizar como heredero y a la vez como copropietario, usufructuario, socio, arrendatario, fiador o legatario, entonces se requiere, para que se consideren tales actos de aceptación, una manifestación en ese sentido.

Sirvan de ejemplos los siguientes: a) El heredero era condómino con el difunto en un bien determinado. Enajena, después de muerto el causante, su cuota: ese acto de enajenación lo podría efectuar como condómino o como heredero. Si no es posible saber cuál de las cuotas ha querido enajenar, la suya propia o la recibida por herencia, se deberá excluir la aceptación. b) El heredero era arrendatario de un fundo del causante. Realiza un acto que puede llevar a cabo como arrendatario, y como heredero. Si no se ha indicado en qué carácter lo realiza, se deberá entender que no hay aceptación.

Quiere decir, pues, que cuando el heredero haya ejecutado un acto que podría realizar en diferentes cualidades, como heredero, copropietario, socio, arrendatario, etcétera, se juzga que no hay aceptación tácita. Ante la duda la ley se inclina, con buen sentido, por la no aceptación. Para romper esa presunción legal se necesita una manifestación expresa de aceptación.

Consideramos acertada la definición del artículo 2293 sobre la aceptación tácita, al considerarla como un acto. El artículo 3319 del Código derogado caracterizaba la aceptación, con imprecisión,

como un acto jurídico (art. 944, Cód. Civ. de Vélez); decimos con imprecisión porque esa aceptación puede resultar de simples actos voluntarios lícitos, que el nuevo Código llama "simple acto lícito" (art. 258).

331. Actos que importan aceptaciones tácitas

El nuevo Código enumera ejemplificativamente diversos actos que implican aceptaciones tácitas. El artículo 2294 dice así: "*Actos que implican aceptación. Implican aceptación de la herencia:*

"a) la iniciación del juicio sucesorio del causante o la presentación en un juicio en el cual se pretende la calidad de heredero o derechos derivados de tal calidad;

"b) la disposición a título oneroso o gratuito de un bien o el ejercicio de actos posesorios sobre él;

"c) la ocupación o habitación de inmuebles de los que el causante era dueño o condómino después de transcurrido un año del deceso;

"d) el hecho de no oponer la falta de aceptación de la herencia en caso de haber sido demandado en calidad de heredero;

"e) la cesión de los derechos hereditarios, sea a título oneroso o gratuito;

"f) la renuncia de la herencia a favor de alguno o algunos de sus herederos, aunque sea gratuita;

"g) la renuncia de la herencia por un precio, aunque sea a favor de todos sus coherederos".

Los supuestos contemplados en el artículo 2294 se pueden clasificar en tres grupos: 1) Actuaciones en procesos judiciales: incisos a, y b; 2) actos de administración: incisos c, y d; 3) actos de disposición: incisos b (primera parte), e, f, y g:

1) Actuaciones en procesos judiciales.

El inciso a, referido a la iniciación del juicio sucesorio del causante, estaba admitido por la doctrina y la jurisprudencia. El inciso d, se da en el caso típico de que un acreedor del causante demande al heredero como deudor: si el demandado no opone como excepción la falta de aceptación de la herencia, se tiene por aceptante. El caso estaba también

aceptado por la doctrina y la jurisprudencia. El legislador acertadamente elevó ambos supuestos a la jerarquía de ley.

2) *Actos de administración.*

Ocupación de bienes hereditarios. El inciso c, considera como acto de aceptación la ocupación o habitación de inmuebles del sucesorio después de transcurrido un año del deceso. El inciso presupone que el heredero continúa viviendo en el inmueble que ya ocupaba en vida del causante. Cuando esa ocupación va más allá del año de la muerte del causante, se considera acto de aceptación. El inciso acaba con las dudas sobre el alcance del período de permanencia prolongado, al fijarlo en un año.

Ejercicio de actos posesorios. El inciso b, segunda parte, habla del ejercicio de actos posesorios. El supuesto es diferente al de la continuación de la posesión de inmuebles, ocurrida antes de la muerte del causante, y al que se refiere el inciso c. Así ocurre, por ejemplo, cuando el heredero toma posesión de una casa de la sucesión y fija en ella su domicilio, después de morir el causante.

En cambio la jurisprudencia determinó que no se considera aceptación tomar ciertos muebles u objetos de uso común, ropas, retratos, papeles, etcétera, que tienen un valor más afectivo que económico¹³. Es evidente que se debe tratar de cosas de poco valor económico, por grande que sea el valor afectivo. Por eso es que en este sentido no se pueden dar normas rígidas, sino que la solución debe quedar librada en cada caso al arbitrio judicial.

Cabe agregar, aunque no estén contemplados en el artículo, estos actos de administración:

El cobro de créditos y la percepción de rentas. El cobro de los créditos implica, en principio, asumir el papel de heredero. No obstante, si el heredero deposita el dinero en la sucesión, aclarando que lo hace con fines conservatorios obrando como gestor, consideramos que no hay acto de aceptación¹⁴.

Cuando en la sucesión exista un establecimiento industrial o co-

¹³ J. A. 40-457.

¹⁴ En el mismo sentido: SEGOVIA, ob. cit., t. II, p. 418, nota 33; BORDA, ob. cit., N° 216.

mercial, el cobro de los créditos responde a las necesidades de la continuación de la empresa y se consideran por ello actos de aceptación, a no ser que se aclare que se realizan al solo efecto de evitar perjuicios, sin tomar el papel de heredero.

La percepción de frutos civiles o rentas también implica actos de aceptación. No obstante, tratándose de frutos naturales, el hecho de levantar una cosecha con el solo fin de evitar el perjuicio de su destrucción o deterioro, no es un acto de aceptación, como tampoco su venta simultánea o posterior si el dinero se deposita en la sucesión. En cambio, consideramos —al igual que Borda¹⁵— que hacer una nueva siembra para recolectar frutos (no para pastoreo de hacienda, que debe considerarse como gasto necesario) importa acto de aceptación.

La extracción de productos, corta de bosques, extracción de minerales, etcétera, también constituyen actos de aceptación, siendo más difícil que estos actos puedan tomar el carácter de urgentes que no supongan aceptación.

Pago de las deudas y cargas sucesorias. El pago de las deudas del causante constituye, en principio, un acto de aceptación. No obstante, conviene hacer distinciones: cuando se trata de deudas provenientes de gastos no relativos a la conservación o a la productividad del capital del causante, su pago constituye un acto de administración extraordinaria; cuando se trate de deudas que responden a la productividad o al giro normal del establecimiento industrial o comercial, es un acto de administración ordinaria. En ambos casos el pago implica aceptación. En cambio, cuando las deudas sean de poco monto y de carácter urgente, como por ejemplo las surgidas de los salarios de la gente de servicio o de los gastos de asistencia médica, o de sepelio, su pago no constituye un acto de aceptación, sino un acto meramente conservatorio.

*Reconocer como de legítimo abono cualquiera de las deudas del causante cuyo pago implique aceptación*¹⁶. Pero no importa aceptación cuando el reconocimiento verse sobre una deuda cuyo pago no implique aceptación.

¹⁵ BORDA, ob. cit., N° 217.

¹⁶ J. A 59-492.

Reparaciones que no tengan el carácter de necesarias o urgentes. Dichos actos constituyen también aceptaciones tácitas. Pero cuando dichas reparaciones tienen el carácter de necesarias y urgentes, entran dentro de las medidas conservatorias que no implican aceptación.

Modificaciones físicas de los bienes. Estos actos, que suponen actos de administración extraordinaria, implican aceptación. Las variedades de modificación, tanto en propiedades rurales como en urbanas, son innumerables: ampliación de instalaciones, cambio de sembrados, etcétera.

Arrendamiento de bienes sucesorios. El arrendamiento de inmuebles puede constituir en casos especiales un acto de administración, que naturalmente implica aceptación de la herencia. Por ejemplo, arrendamiento por temporada, arrendamiento de campos para hacienda.

Los demás arrendamientos, sobre todo después de la sanción de las leyes de emergencia —hoy derogadas— implicaban, a nuestro juicio, verdaderos actos de disposición, que con mayor motivo significaban actos de aceptaciones tácitas.

Las acciones judiciales que se refieren al cumplimiento de actos de administración implican también aceptaciones tácitas, ejemplo: acción para obtener el cobro de una mercadería no pagada. Pero no implica aceptación cuando versen sobre actos meramente conservatorios, por ejemplo: la demanda que tuviera por objeto interrumpir la prescripción a punto de cumplirse, siempre que se aclare que el acto no se hace en calidad de heredero. Tampoco supone aceptación la intervención en el juicio sucesorio cuando se deja constancia de que sólo tiene por objeto vigilar la marcha del juicio, en resguardo de sus intereses eventuales¹⁷.

3) Actos de disposición.

La disposición a título oneroso o gratuito de un bien (inc. b). El heredero presuntivo practica actos que importan la aceptación de la herencia, cuando dispone a título oneroso o gratuito de un bien mueble o inmueble de la herencia.

Cesión de derechos hereditarios en favor de coherederos o de terceros. La cesión que uno de los herederos hace de los derechos su-

¹⁷ BORDA, ob. cit., N° 213.

cesorios, sea a título oneroso o gratuito, implica aceptación de la herencia (inc. e). El precepto es lógico: nadie puede ceder lo que no tiene; si un heredero cede sus derechos hereditarios, es porque se considera propietario de esos derechos. La ley considera entonces que ese acto implica indefectiblemente la aceptación de la herencia.

Casos de aparentes renunciaciones que son aceptaciones, contenidas en el artículo 229.

1) La renuncia a título oneroso o gratuito hecha en favor de determinado coheredero, o de algunos coherederos, no de todos (inc. f). En este caso no existe tal renuncia, sino una cesión, que implica aceptación, a título oneroso o gratuito en favor de esos herederos.

2) La renuncia hecha indiscriminadamente en favor de todos los coherederos a título oneroso, es decir por un precio (inc. g). En esta hipótesis hay también cesión de la herencia y, por tanto, aceptación.

3) Cabe agregar, aunque no esté prevista en el artículo, la renuncia a título oneroso o gratuito en favor de todos los coherederos, pero alterando las porciones que les hubieran correspondido de haberse apartado de la sucesión. También es un caso de cesión de la herencia, y no de renuncia. Esta cesión implica aceptación.

La renuncia hecha en favor de todos los coherederos gratuitamente y sin alterar las porciones que les hubieran correspondido. Éste es el único caso de renuncia. Aquí no hay cesión de la herencia, pues las cosas se producen como si no hubiera existido el renunciante¹⁸.

Cabe agregar, aunque no lo ha previsto el artículo, estos actos de disposición.

Constitución de derechos reales sobre cosas ajenas. Todos los derechos están comprendidos en los actos de disposición. Por ejemplo: cuando constituye un usufructo sobre un bien mueble de la herencia.

Es indiferente que el gravamen se constituya en garantía de deudas del causante, o personales del heredero¹⁹.

¹⁸ BORDA, ob. cit., N° 212.

¹⁹ En el mismo sentido: MACHADO, ob. cit., t. VIII, p. 405; BORDA, ob. cit., N° 211. En contra: LLERENA, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino* cit., 1931, t. VI, p. 71.

Transacciones o sometimiento al juicio de árbitros de un pleito que interesa a la sucesión. La transacción importa concesiones mutuas, renuncia de ciertos derechos a cambio del reconocimiento de otros. La transacción envuelve un acto de disposición, de cesión de derechos hereditarios, y como tal de aceptación tácita.

Igual efecto tiene el sometimiento de la cuestión al juicio de árbitros. Tal sometimiento supone sacar el litigio de los jueces naturales, que son los que ofrecen las mayores garantías. Esa decisión tan trascendente sólo la puede tomar quien se considera dueño de la herencia; por eso implica aceptación tácita.

332. Actos que no implican aceptación de la herencia

El artículo 2296 del nuevo Código Civil expresa: "*Actos que no implican aceptación.* No implican aceptación de la herencia:

"a) los actos puramente conservatorios, de supervisión o de administración provisional, así como los que resultan necesarios por circunstancias excepcionales y son ejecutados en interés de la sucesión;

"b) el pago de los gastos funerarios y de última enfermedad, los impuestos adeudados por el difunto, los alquileres y otras deudas cuyo pago es urgente;

"c) el reparto de ropas, documentos personales, condecoraciones y diplomas del difunto, o recuerdos de familia, hecho con el acuerdo de todos los herederos;

"d) el cobro de las rentas de los bienes de la herencia, si se emplean en los pagos a que se refiere el inciso b) o se depositan en poder de un escribano;

"e) la venta de bienes perecederos efectuada antes de la designación del administrador, si se da al precio el destino dispuesto en el inciso anterior; en caso de no poderse hallar comprador en tiempo útil, su donación a entidades de asistencia social o su reparto entre todos los herederos;

"f) la venta de bienes cuya conservación es dispendiosa o son susceptibles de desvalorizarse rápidamente, si se da al precio el destino dispuesto en el inciso d).

"En los tres últimos casos, el que ha percibido las rentas o el precio de las ventas queda sujeto a las obligaciones y responsabilidad del administrador de bienes ajenos".

La norma ha recogido el principio sentado en el artículo 3328 del Código de Vélez, y las enseñanzas de la doctrina y la jurisprudencia sin duda que ayudarán a despejar dudas y a evitar pleitos.

333. Nulidad de la aceptación: normas supletorias

En materia de nulidad de la aceptación es necesario distinguir según que la aceptación se haga por medio de negocio jurídico (aceptación expresa) o por actos que la ley considera de aceptación (aceptación tácita).

Cuando la aceptación es expresa se aplican principios generales relativos a la nulidad de los actos jurídicos. En cambio, cuando la aceptación es tácita no siempre se aplican los principios generales, pues importa más la intención de realizar el acto y su realización que la validez del acto mismo.

En esta materia, no legislada expresamente en el nuevo Código Civil y Comercial, hay que aplicar las normas generales referidas a los actos jurídicos y a los simples actos lícitos.

334. Causales de nulidad: enunciación

Para que la nulidad de la aceptación pueda ser declarada es preciso, en principio, que después del acto nulo no se haya realizado ningún otro que implique aceptación tácita, pues en tal caso ésta produce sus efectos desde la apertura de la sucesión y la declaración de nulidad perdería interés. Sería el caso de la venta de un bien del sucesorio (aceptación tácita), después de cesada la violencia que obligó a efectuar la aceptación²⁰.

Dentro de la gama de causales que pueden afectar la validez de la aceptación, analizaremos la falta de las formalidades, los vicios del consentimiento (dolo, violencia y error) y la aparición de un testamento desconocido.

²⁰ En el mismo sentido: BORDA, ob. cit., N° 241.

335. Falta de las formalidades

Tratándose de la aceptación expresa, las formas están impuestas en el artículo 2293, y consisten en instrumento público o privado. La falta de la forma escrita lleva consigo, pues, la nulidad de la aceptación. Sería el caso de una aceptación verbal.

El problema se complica cuando se trata de aceptaciones tácitas. En nuestra opinión, sólo se anula la aceptación cuando se hace sin las formalidades *ad solemnitatem* exigidas por la ley para realizar válidamente el acto jurídico de que se trata. La ley en ese caso considera inhábil el instrumento para producir efectos jurídicos. Por ejemplo: donar un inmueble en un documento privado: la donación es un acto de enajenación; por tanto, implica una aceptación tácita (art. 2294, inc. b), pero la falta de la forma exigida priva de efectos a la donación. La intención de realizar el acto, ante la falta de formalidad *ad solemnitatem* se puede considerar que queda en el campo puro de la intención, y de ahí que no se admita la nulidad de la aceptación. En cambio, la falta de formalidades exigidas *ad probationem* no anula la aceptación²¹.

336. Vicios del consentimiento: dolo, violencia y error

A) *Dolo*. Cuando la aceptación ha sido a consecuencia del dolo de uno de los coherederos, o de un acreedor de la herencia, o de un tercero, la aceptación es nula (arts. 271 y ss. del Cód. Civ. y Com.).

Mientras la aplicación del dolo en la aceptación expresa aparece sencilla, el problema se complica en materia de aceptación tácita, sea ésta realizada por medio de un acto jurídico o de un simple acto lícito. En nuestra opinión, cuando la aceptación es tácita, el dolo no causa la nulidad de la aceptación. Aun en el caso de que el acto sea nulo, el heredero tuvo la intención de disponer de un bien de la sucesión y efectivamente dispuso de él, aunque luego el acto se anulara. Esa intención seguida del acto implica aceptación tácita.

²¹ DE GÁSPERI, L., *Tratado de Derecho hereditario*, Buenos Aires, 1953, t. I, N° 84.

Por eso no importan las ulterioridades del acto en cuanto a su validez. La invalidez del acto, pues, no causa en estos supuestos la nulidad de la aceptación tácita²².

B) *Violencia*. Rigen aquí las normas generales sobre la violencia prevista en los artículos 276 y siguientes del Código Civil y Comercial.

La violencia anula la aceptación expresa y también la tácita, si se efectúa ésta por medio de un negocio jurídico o de un simple acto lícito. Esto es lógico porque la violencia quita al acto el requisito esencial de voluntariedad que él debe tener para producir efectos. Si, por ejemplo, a una persona se la obligara por la violencia a vender un bien, es indudable que tal acto, faltando la voluntariedad, no puede constituir aceptación tácita.

C) *Error*. El error en principio no puede ser admitido como causa de nulidad de la aceptación, ya sea ésta expresa o tácita, no siendo aplicables en materia de aceptación los artículos 265 y siguientes del Código Civil y Comercial.

El aspecto central del error recae sobre la aparición de deudas que graven el caudal hereditario, haciendo peligrar la responsabilidad *intra vires hereditatis*. ¿Puede un heredero que creyó aceptar una herencia con un caudal considerable, impugnar su propia aceptación al comprobar que está gravada con grandes deudas? Indudablemente no. Cicu²³ justificaba la exclusión del error como causa de nulidad de la aceptación, porque el heredero dispone del remedio del beneficio de inventario, ante el peligro de una herencia cargada de deudas. En el nuevo Código el problema ha perdido la gravitación que tenía antes de la ley 17.711, porque la responsabilidad del heredero se limita a los bienes recibidos o su valor.

No obstante, en materia de aceptación expresa el error puede anular la aceptación si éste versa sobre la identidad de la sucesión. Se trata del supuesto en que el llamado a suceder acepta una herencia creyendo aceptar otra. La hipótesis es verdaderamente anómala, pero

²² En contra: BORDA, ob. cit., N° 224 y 248. En el mismo sentido: GOYENA COPELLO, *Tratado del Derecho de Sucesión* cit., t. III, p. 47.

²³ Ob. cit., p. 336.

la admiten los autores nacionales y extranjeros que se ocupan del tema²⁴.

Los matices de los errores que se pueden invocar para anular una aceptación son variadísimos: existencia de mayores deudas; reivindicación por terceros de bienes del sucesorio que disminuyan considerablemente el activo; que los bienes no reúnan las cualidades que el aceptante creyó que tenían; etcétera. Es indudable que en ninguno de esos casos se puede admitir el error como causa de anulación de la aceptación, porque entonces la mayoría de las aceptaciones podrían anularse, en contra del sistema del Código basado en la firmeza de los actos de aceptación hereditaria.

Ya desde el Derecho Romano se excluyó la impugnación por error de la aceptación²⁵, y ese criterio fue seguido, en términos generales, por muchas de las legislaciones modernas (art. 783, Cód. francés; art. 482, Cód. italiano; art. 2036, Cód. portugués; art. 1010, Cód. venezolano; etc.).

337. Caso de aparición de un testamento desconocido

Puede suceder que después que el heredero haya aceptado la herencia aparezca un testamento, desconocido al tiempo de la aceptación, que disminuya considerablemente lo que a él le hubiere correspondido de no haber existido el testamento. Este caso estaba previsto en el artículo 3338 del Código de Vélez: "Puede igualmente demandarse la nulidad de la aceptación, cuando la herencia se encuentra disminuida en más de la mitad por las disposiciones de un testamento desconocido al tiempo de la aceptación".

La disposición, tomada del artículo 783 del Código francés, era justa, pues el testamento posterior representaba un factor imprevisible para el heredero que alteraba el contenido hereditario que sirvió de base a su aceptación. Pese a que la aceptación beneficiaria era presumida a partir de la ley 11.711, el precepto no había perdido por ello interés, pues la aceptación se podía hacer en forma pura y simple e incluso se podía perder el beneficio de inventario.

²⁴ LAFAILLE, ob. cit., N° 181; BORRER y SOLER, *Derecho Civil español*, Barcelona, 1954, t. III, p. 409.

²⁵ CICU, ob. cit., p. 366.

El precepto tenía validez tanto en el caso de aceptación expresa como tácita, tanto en la aceptación beneficiaria como en la no beneficiaria, aunque su mayor gravitación jurídica la tenía cuando se trataba de una aceptación pura y simple, por la responsabilidad *ultra vires* que representaba.

La aplicación de la norma necesitaba de dos condiciones: 1º) que se descubriera un testamento desconocido al tiempo de la aceptación; 2º) que, como consecuencia de su contenido, la herencia quedara disminuida en más de la mitad.

El nuevo Código ha omitido el precepto, dejando una laguna jurídica que hay que cubrir. Si aparece después de la aceptación un testamento que reduce considerablemente la herencia que le hubiere correspondido al aceptante, ¿cabe plantear la nulidad de la aceptación?

Entendemos que sí, basándonos en la teoría del error, que aplicada a este caso concreto, versa sobre el objeto de la adquisición: el error consiste precisamente en haber aceptado la herencia y resultar ésta disminuida considerablemente, por la aparición ulterior de un testamento. Éste es uno de los pocos supuestos en que se admitiría la nulidad de la renuncia por error. Naturalmente no podríamos fijar en cifras el monto de la disminución que sufriría el aceptante, sino que ese monto considerable debería quedar librado al buen criterio de los jueces.

338. Efectos de la nulidad

El efecto de la declaración de nulidad es volver las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto anulado. De ahí que la aceptación impugnada se tenga por no realizada. El heredero entonces estará en condiciones de aceptar nuevamente o de renunciar²⁶.

Lógicamente que esta opción sólo la tiene el heredero que no ha realizado con posterioridad a la aceptación otros actos de aceptación, porque entonces estos últimos supondrán aceptaciones tácitas firmes como tales.

²⁶ De acuerdo: BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., t. II, N° 1689; DEMOLOMBE, ob. cit., t. XIV, N° 560; AUBRY y RAU, ob. cit., t. VI, § 611, nota 22; BORDA, ob. cit., N° 254.

339. Aceptación de los legados

El artículo 3804, 2ª parte, del Código Civil de Vélez, expresaba: "Se presume siempre aceptado el legado mientras no conste que ha sido repudiado". A diferencia de lo que sucedía en la aceptación de la herencia, todo legado se presumía aceptado mientras no se renunciara.

El nuevo Código Civil no admite la presunción de aceptación del legado. El artículo 2521, párrafo 2º expresa: "Cualquier interesado puede pedir al juez la fijación de un plazo para que el instituido se pronuncie, bajo apercibimiento de tenerlo por renunciante". El juez debe fijar un plazo para que el legatario se pronuncie por la aceptación o por la renuncia. Su silencio implicará la renuncia del legado. La solución es diferente a la reglada en el artículo 2289, que tiene al heredero por aceptante.

En nuestra opinión, la solución legal no es adecuada, pues los legados, en principio, representan un beneficio para el legatario, lo cual justifica la presunción de aceptación que disponía el Código de Vélez.

La aceptación del legado no puede ser parcial. No hay una norma especial sobre el punto, aunque sí la hay sobre la renuncia parcial del legado (art. 2522).

Sin duda, debe aplicarse por analogía lo determinado en el artículo 2287 sobre el heredero, que prohíbe aceptar la herencia en una parte: la aceptación parcial implica la del todo. También debe aplicarse por analogía el artículo 2522, que establece que la renuncia del legado no puede ser parcial.

II. RENUNCIA DE LA HERENCIA

340. Renuncia de la herencia: precedentes

La *repudiatio*, que era el nombre que recibía la renuncia en el Derecho Romano, sólo la podía realizar el *heres extranei*, que era el único que podía adquirir la herencia por aceptación. Antes de aceptar y a fin de clarificar la situación de hecho que suponía el ofrecimiento

de la herencia, manifestaba que no aceptaba la herencia. Ese acto es lo que constituía la *repudiatio*²⁷.

Al igual que la aceptación era irrevocable, pero los menores podían pedir la *restitutio in integrum*²⁸. Por otra parte, no estaba sujeta a la observancia de una determinada forma y se regía, en lo atinente a la validez, por los mismos principios de la aceptación.

341. Concepto

La renuncia es una declaración expresa de voluntad en la cual el heredero llamado a la herencia manifiesta, en la forma dispuesta por la ley, no querer asumir los derechos y obligaciones hereditarios. Concordantemente con el carácter expreso de la renuncia dice el artículo 2299: "*Forma de la renuncia*. La renuncia de la herencia debe ser expresada en escritura pública; también puede ser hecha en acta judicial incorporada al expediente judicial, siempre que el sistema informático asegure la inalterabilidad del instrumento". Estamos aquí ante un acto jurídico de los previstos en el artículo 259.

No debe olvidarse que en nuestro Derecho el heredero adquiere la titularidad de la herencia desde el momento de la muerte del causante. Por eso, la renuncia modifica su *statu quo* de titular de la herencia; de ahí que su significado jurídico tenga más trascendencia que la aceptación, que no hace más que ratificar una adquisición ya realizada. Éste es el rasgo común en los sistemas jurídicos de adquisición *ipso iure*.

En cambio, en los ordenamientos jurídicos en que la herencia se adquiere por aceptación, la renuncia efectuada por el heredero representa la elección entre los dos extremos: o adquirir o repudiar la herencia. Su significado en estos ordenamientos es de menor relevancia, puesto que sólo sirve para permitir la calificación clara y definitiva de ciertas situaciones de hecho²⁹.

²⁷ IGLESIAS, *Derecho Romano* cit., p. 594.

²⁸ Digesto, 4, 4, 22.

²⁹ Estas ideas responden a las diferentes posturas adoptadas por el sistema germánico y el sistema romano. En el primero, si la adquisición se produce con la delación, se dice que tal adquisición queda afectada por una condición resolutoria, subordinada a la voluntad del llamado. En el segundo, por hacer falta la aceptación para que se adquiera la herencia, se dice que esta adquisición está subordinada a una

342. Caracteres

La renuncia, como negocio jurídico, tiene los siguientes caracteres:

a) Es *expresa*. El artículo 2299, ya transcrito, establece que la renuncia debe ser expresada en escritura pública o en acta judicial. Este carácter expreso lo tiene toda renuncia, sin excepciones.

b) Es *unilateral*, porque su eficacia sólo depende de la expresión de la voluntad del declarante.

c) Es *pura*. Es decir, no puede ser sometida a término ni a condición. El artículo 2287 sienta este principio al decir que "Todo heredero puede aceptar la herencia [...] o renunciarla, pero no puede [...] sujetar su opción a modalidades [...] La aceptación bajo modalidades se tiene por no hecha". El principio responde a la idea de no permitir alteraciones en el llamamiento de la ley o del testador.

d) Es *indivisible*. La herencia no puede aceptarse o repudiarse en parte. Dice el artículo 2287: "Todo heredero puede aceptar la herencia [...] o renunciarla, pero no puede hacerlo por una parte de la herencia [...] La aceptación parcial implica la del todo..."

e) Es *gratuita*. La renuncia supone despojarse de una herencia de la cual se era titular, sin contraprestación alguna. Pero la renuncia no es una donación³⁰, porque ésta no puede tener lugar sin la adhesión del donatario, y la renuncia es un acto unilateral, y no recepticio³¹. Si la renuncia se hace conviniendo una contraprestación, ya no es renuncia: habrá cesión de derechos hereditarios, lo cual implica aceptación de la herencia³².

condición suspensiva que depende de la voluntad del llamado. En el sistema germánico el heredero ha de manifestar la repudiación, si no quiere ser heredero; en el sistema romano el llamado ha de manifestar su aceptación, si quiere ser heredero. Como la repudiación ha de realizarse antes de la aceptación, ya que ambas son irrevocables, tal repudiación no puede tener otro significado, dentro de este sistema, que fijar la posición definitiva del heredero en el sentido de que no va a aceptar. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil* cit., t. V, vol. 1, p. 2.38.

³⁰ KIPP, *Derecho de Sucesiones* cit., t. I, p. 304.

³¹ El art. 1791 modificado por la ley 17.711, ha suprimido la mención de la herencia o legado de la enumeración de las liberalidades que no son donaciones. Creemos que el único propósito fue excluir una regla innecesaria por su evidencia.

³² De la deficiente terminología del viejo Código en este sentido era prueba el art. 3322, que hablaba de renuncia por un precio, siendo que se trataba de una verdadera cesión.

f) Tiene *efecto retroactivo*. La renuncia produce el efecto de considerar a quien la efectúa como si nunca hubiese sido llamado a suceder, lo que implica darle efecto retroactivo a la apertura de la sucesión, momento en el cual la ley lo hizo heredero. El artículo 2301 dice en este sentido: "*Efectos de la renuncia*. El heredero renunciante es considerado como si nunca hubiese sido llamado a la herencia, sin perjuicio de la apertura del derecho de representación en los casos en que por este Código tiene lugar".

Este efecto se entiende sin perjuicio del derecho de representación que correspondiera a sus descendientes (arts. 2427 y 2439).

g) Es *formal* (art. 2299).

h) Es, *en principio, irrevocable* (art. 2298).

Estos dos últimos caracteres los desarrollaremos separadamente.

343. Formalidades de la renuncia: Código Civil de Vélez Sársfield

En el viejo Código las exigencias formales eran diferentes según que la renuncia se pretendiera hacer valer frente a los acreedores y legatarios o frente a los coherederos. Para ser oponibles a los primeros se requería escritura pública, en tanto que basta el instrumento privado para hacerla valer frente a los segundos³³.

Aunque la solución del Código era criticable, el criterio adoptado respondía a la preocupación de garantizar, de la forma más apta, el derecho de los acreedores y legatarios: esa forma era la exigencia de escritura pública en la renuncia. Efectivamente, dentro del régimen del Código Civil (antes de la ley 17.711) la responsabilidad ilimitada del heredero era la regla general. Los acreedores disponían para hacer efectivos sus créditos no sólo del caudal relicto sino también de los bienes propios de los herederos. En tales circunstancias la renuncia a la herencia por parte de algún heredero podía constituir un acto de disminución de su garantía. Por ello, frente a acreedores y legatarios, para que el llamado pudiera eludir su responsabilidad necesitaba probar la renuncia con un documento público de fecha incontrovertible que evitara toda posible maquinación fraudulenta. Estas exigencias no apa-

³³ RÉBORA, ob. cit., t. I, § 136; LAFAILLE, ob. cit., t. I, N° 201.

recen necesarias entre coherederos, ante los cuales la renuncia valía en un simple documento privado.

De esta duplicidad de exigencias surgía lo siguiente. Un coheredero podía renunciar su porción hereditaria con un simple documento privado, que para que surtiera efecto entre coherederos lógicamente necesitaba que se hiciera conocer. Una vez que los demás coherederos se habían notificado de la renuncia, el renunciante ya no podría exigir nada de la herencia, ni retractarse de esa renuncia pretendiendo aceptar. Ahora bien, esa renuncia efectuada en documento privado no era oponible a los acreedores y legatarios, quienes tendrían al renunciante como heredero hasta tanto la renuncia conste en instrumento público.

Esto no significaba que había dos maneras de renunciar, como tampoco había dos maneras de enajenar inmuebles; simplemente suponía que la renuncia valía entre los coherederos con el simple documento privado; pero para hacerla oponible a los terceros, acreedores y legatarios se necesitaba del instrumento público³⁴.

344. Tesis que rechazaba la dualidad de formalidades en el Código de Vélez

Partiendo de la base de que la renuncia es un acto unilateral, que importa abandono puro y simple de los derechos hereditarios, Fornieles³⁵ sostuvo que la renuncia debe ser siempre hecha en la forma solemne prescrita por la ley, que es la escritura pública, ya sea para los acreedores y legatarios, ya para los coherederos. Lo que ocurre —según este autor— es que cuando la ley habla de renunciaciones en documento privado (arts. 3346, 3347 y 3349) no se refiere a la verdadera renuncia, que siempre es unilateral, sino a convenciones entre coherederos, a contratos que exigen la aceptación de los coherederos para que tengan validez (arts. 3347 y 3349), reproduciendo los principios de la oferta y la aceptación contractual. Esos contratos (cesiones de derechos hereditarios) no son renunciaciones. Por eso, la consecuencia de la tesis de

³⁴ QUINTEROS, *La forma de renuncia de la herencia*, en J. A. 1959-V-79, sec. doct.

³⁵ FORNIELES, ob. cit., N° 102.

Fornieles es que cesa la dualidad de exigencias formales, considerando aplicable la escritura pública a la renuncia efectuada por alguno de los coherederos.

La posición de Fornieles representó un esfuerzo doctrinal para superar las inconsecuencias de la regulación legal; pero, a nuestro juicio, resultaba inaceptable hasta tanto se modificaran los textos legales.

345. Formalidades de la renuncia en el nuevo Código Civil y Comercial

La renuncia es un acto jurídico formal: no cabe la renuncia tácita. La formalidad de la renuncia la exige el nuevo Código en el artículo 2299, utilizando cualquiera de estos medios: la escritura pública y el acta judicial.

La escritura pública se autoriza por escribano. El acta judicial se incorpora al expediente sucesorio, siempre que el sistema informático asegure la inalterabilidad del instrumento.

Conviene aclarar que el heredero sólo puede renunciar si no ha aceptado antes. El artículo 2298 expresa en este sentido: "*Facultad de renunciar*. El heredero puede renunciar a la herencia en tanto no haya mediado acto de aceptación". Por eso, el heredero que ha iniciado el juicio sucesorio del causante o se ha presentado en ese juicio pretendiendo la calidad de heredero, se lo considera aceptante, con aceptación tácita (art. 2294, inc. a). No puede aceptar por acta judicial efectuada en ese proceso ni tampoco por escritura pública. El juez no podría autorizar el acta judicial de renuncia, ni el escribano otorgar la escritura pública de renuncia, si el heredero hubiera iniciado el juicio sucesorio. Si el escribano autorizó la escritura, sin conocer ni tener noticias de la iniciación del juicio sucesorio, tal escritura sería nula.

346. El principio de la irrevocabilidad de la renuncia

Una vez renunciada la herencia el renunciante no puede revocarla. Esta regla estaba consagrada en el artículo 3347, 1ª parte del Código de Vélez: "La renuncia hecha en instrumento público es irrevocable". El artículo contemplaba principalmente la situación de los acreedores

y legatarios, ante quienes resultaba indispensable el instrumento público (art. 3345).

El nuevo Código no contiene un precepto expreso que se refiera a la irrevocabilidad de la renuncia, pero la idea está presente en el mismo artículo 2300, en el que se admite en forma excepcional la retractación de la renuncia.

Por ello, podemos afirmar que la renuncia es irrevocable, excepto en el caso previsto por el artículo 2300 en el que cabe retractarse.

347. Retracción de la renuncia

La renuncia puede retractarse mientras los coherederos no hayan aceptado, ni se haya puesto al Estado en posesión de los bienes hereditarios, siempre que no haya caducado el derecho de opción. El artículo 2300 expresa: "*Retracción de la renuncia.* El heredero renunciante puede retractar su renuncia en tanto no haya caducado su derecho de opción, si la herencia no ha sido aceptada por otros herederos ni se ha puesto al Estado en posesión de los bienes. La retractación no afecta los derechos adquiridos por terceros sobre los bienes de la herencia".

El principio de irrevocabilidad surge de la interpretación del mismo artículo 2300 si los herederos son varios y algunos hubieran aceptado, la renuncia efectuada por otro es irrevocable, no importando que tal renuncia sea anterior o posterior a la aceptación de los primeros. Esta solución se funda, a nuestro juicio, en la circunstancia de que los coherederos reciben un acrecentamiento de sus porciones al repudiar un heredero. No se justifica que el renunciante, después del acrecentamiento recibido por los otros, se retracte y aparezca como aceptante provocando una disminución en las porciones hereditarias de los demás.

Ahora bien, si la herencia no ha sido aceptada por otros coherederos (ni el Estado ha sido puesto en posesión de los bienes por falta de herederos), el heredero renunciante puede retractar su renuncia, siempre que no hayan transcurrido los 10 años del derecho de opción, quedando como aceptante. La razón es simple: esa retractación de la renuncia implica que el heredero queda como aceptante. Los demás herederos

aceptan la herencia sabiendo de la aceptación del primero, y recogen la herencia en la parte que les corresponda, sin que tengan que disminuir sus porciones hereditarias.

La nueva norma ha terminado con las dudas sobre si el Estado estaba o no equiparado a los herederos. El artículo 2300 lo contempla expresamente.

El artículo en su última parte establece que la retractación no afecta los derechos adquiridos por terceros sobre los bienes de la herencia. La razón está en que el que se retracta queda como aceptante y como tal puede efectuar actos de disposición de bienes a favor de terceros. Estos actos serán válidos; de ahí que la retractación no les afecte a los adquirentes.

348. Capacidad para renunciar

Para renunciar a la herencia se requiere capacidad de obrar plena, de manera que los incapaces de obrar no pueden renunciar por sí, sino por medio de sus representantes. Veamos cuáles son esos incapaces y cuáles los requisitos que impone la ley para suplir su incapacidad.

A) *Incapaces sujetos a tutela o curatela.* El artículo 121, inciso e, permite al tutor renunciar a la herencia deferida a su pupilo, con autorización judicial.

B) *Incapaces sujetos a patria potestad.* El padre o madre pueden renunciar a la herencia deferida a su hijo, pero creemos que necesitan autorización judicial.

C) *Personas por nacer.* Tienen limitada su capacidad de derecho a la adquisición de bienes por herencia y donación. Siendo titulares de la herencia, cabe preguntarse si sus representantes pueden renunciar a la herencia. Entendemos que sí, pues de lo contrario se convertiría al *nasciturus* en un aceptante forzoso. Creemos que se necesita para ello autorización judicial.

D) *Emancipados.* No existiendo precepto que lo prohíba, el emancipado puede renunciar a la herencia. Ahora bien, para que esta renuncia

sea válida debe existir autorización judicial. La emancipación por habilitación de edad ha desaparecido al haberse establecido la mayoría de edad en 18 años.

E) *Ausentes*. Los curadores de los ausentes con bienes en estado de abandono (simple ausencia) pueden repudiar la herencia que a ellos les fuera deferida, con autorización judicial.

Tratándose de ausentes con presunción de fallecimiento, serán sus herederos los que podrán libremente renunciar a la herencia que le fuera deferida al ausente con anterioridad al día presuntivo del fallecimiento.

F) *Fallidos*. Los fallidos pueden repudiar la herencia. Pero sólo produce sus efectos tal renuncia en lo que exceda del interés de los acreedores y los gastos íntegros del concurso (art. 111, párr. 3º, ley 24.522). En otras palabras, la renuncia no es oponible a los acreedores del concurso en aquello que suponga impedir la incrementación del activo.

El síndico actuará en el proceso sucesorio para procurar que se integre a la masa la alícuota hereditaria del renunciante (art. 111, *in fine*).

349. Efectos de la renuncia

El efecto principal de la renuncia es considerar al heredero como si fuese un extraño, como si nunca hubiese sido heredero. El artículo 2301 dice: "*Efectos de la renuncia*. El heredero renunciante es considerado como si nunca hubiese sido llamado a la herencia, sin perjuicio de la apertura del derecho de representación en los casos en que por este Código tiene lugar". Al quedar como extraño no recibe los bienes hereditarios, ni está obligado a responder por las deudas.

Este efecto se entiende sin perjuicio del derecho de representación que tienen los descendientes del renunciante (arts. 2427 y 2439).

Las consecuencias del principio consignado son las siguientes:

a) El renunciante no está obligado a colacionar, pues no siendo heredero no se le puede imponer ese deber.

b) Puede exigir los créditos que tuviera contra el causante y está obligado a responder por las deudas contraídas con aquél, sin que pueda oponer compensación alguna.

c) Si antes de la renuncia ha ejercido actos de administración, se considera esa actividad como una gestión de negocios ajenos. En todo caso debe rendir cuentas.

d) A pesar de la renuncia de la herencia, el heredero renunciante puede retener las donaciones recibidas y los legados que le hubiere dejado el causante, siempre que no afecten la legítima de los herederos forzosos. Caben dos hipótesis:

1) Que no haya herederos forzosos. Entonces el donatario quedará con la donación y el legatario podrá reclamar el legado, pese a haber renunciado a la herencia, sin ninguna limitación. La postura del renunciante puede ser ventajosa, pues no tendrá que pagar las deudas hereditarias, ni por tanto alcanzarle la eventual responsabilidad *ultra vires*, ni tendrá que afrontar los posibles problemas derivados de la administración. 2) Si hay herederos forzosos, el problema se complica, pues la donación deberá ser computada para determinar el acervo hereditario y saber si excede la porción disponible, y el legado tampoco podrá exceder la porción disponible. Éstos son los límites que se imponen al renunciante para retener la donación o quedarse con el legado. Si la donación afecta la legítima, los herederos tendrán la acción de reducción contra el donatario; si el legado no se mantiene dentro de la porción disponible, se reducirá hasta ese límite.

350. El renunciante y su derecho a legítima

El artículo 3354, derogado por la ley 17.711, disponía que "Los que tengan una parte legítima en la sucesión pueden repudiar la herencia sin perjuicio de tomar la legítima que les corresponda". En otras palabras, la norma establecía que el heredero que repudiaba la herencia podía retener la legítima que le correspondía. La legítima así aparecía desligada del carácter de heredero, ya que no obstante la renuncia a la herencia, podía recibir la legítima.

La doctrina, en general, veía una contradicción entre el artículo

3591, que consideraba a la legítima como una porción de la herencia (*pars hereditatis*), y el artículo 3354, que veía en la legítima una parte de los bienes que podían recibirse aunque no se fuera heredero (*pars bonorum*). Se entendía que el heredero al renunciar al carácter de tal, no podía seguir siendo legitimario, pues su *status* de heredero era indivisible. Estas razones y la autoridad de sus sostenedores³⁶ fueron quizá los motivos para derogar el artículo 3354.

Después de la ley 17.711, no cabía duda de que el heredero forzoso renunciante no puede retener la porción que le hubiera podido corresponder como legítima.

El nuevo Código ha silenciado el tema. Debemos entender que el principio que contenía el artículo 3354 sigue derogado, al no existir ninguna norma que permita repudiar la herencia y retener la legítima.

351. Nulidad de la renuncia: regulación supletoria

En materia de nulidad de la renuncia, al igual que en la aceptación, se aplican supletoriamente los principios generales relativos a la nulidad de los actos jurídicos (arts. 382 y ss.).

352. Causales de nulidad: enunciación

Las causas de nulidad de la renuncia se asemejan a las de la aceptación, aunque la renuncia siempre implica un acto jurídico previsto en el artículo 259 del nuevo Código.

Las causales de nulidad, que analizaremos a continuación, se refieren al defecto en la forma y a los vicios del consentimiento, pero existe una causal más, la retractación de la renuncia.

353. Falta de formalidades

El artículo 3350 del Código Civil de Vélez establecía: "El renunciante está autorizado a demandar en el término de cinco años la anulación de su renuncia en los casos siguientes: 1) Cuando ella ha sido

³⁶ FORNIELES, ob. cit., N° 107.

hecha sin las formalidades prescritas para suplir la incapacidad del renunciante a cuyo nombre ha tenido lugar...”

Aunque este primer inciso sólo se refería a las formalidades exigidas para suplir la incapacidad del renunciante, es evidente que también debía comprenderse la falta de formalidades que la ley exige para efectuar la renuncia, que es un acto formal (arts. 3345 y 3346).

El nuevo Código Civil y Comercial no contiene normas específicas sobre el tema. Siendo la renuncia un acto jurídico *ad solemnitatem*, hay que aplicar las normas generales sobre los actos jurídicos (art. 259) y sobre la nulidad (art. 388).

354. Vicios del consentimiento

El Código de Vélez se refería a los vicios de dolo, violencia y error, aunque este último sólo lo admitía en forma muy restrictiva. El nuevo Código no ha legislado sobre el tema, por lo cual hay que aplicar las normas generales sobre los vicios del consentimiento.

A) *Dolo*. Se aplica el artículo 271 y concordantes del nuevo Código.

B) *Violencia*. Se aplica el artículo 276 y concordantes del nuevo Código.

C) *Error*. El artículo 3350, inciso 3° del Código de Vélez, admitía la nulidad de la renuncia: “Cuando por error, la renuncia se ha hecho de otra herencia que aquélla a la cual el heredero entendía renunciar. Ningún otro error puede alegarse”.

Aunque el artículo ha sido derogado por el nuevo Código, aplicando los principios generales, hay que considerar como única causa del error la que recae sobre la identidad del objeto. Los demás errores no son causas de nulidad de la renuncia.

355. Efectos de la nulidad de la renuncia

La nulidad de la renuncia vuelve las cosas a su estado anterior. Por consiguiente, el heredero sigue teniendo el derecho de optar entre la aceptación y la renuncia.

Debe desecharse la opinión —como dice Borda³⁷— de que la nulidad de la renuncia, cuando es pedida por el propio heredero, importa una aceptación tácita.

356. Revocación de la renuncia pedida por los acreedores

Puede ocurrir que no le interese al heredero aceptar una herencia, porque ella sería absorbida por sus acreedores particulares, y entonces renuncia. La ley otorga a esos acreedores del heredero renunciante una acción especial para demandar la revocación de la renuncia, a fin de que se lo autorice a ejercer los derechos sucesorios del renunciante. El artículo 2292 del nuevo Código expresa, en ese sentido: "*Acción de los acreedores del heredero.* Si el heredero renuncia a la herencia en perjuicio de sus acreedores, éstos pueden hacerse autorizar judicialmente para aceptarla en su nombre..."

Nos hallamos ante un supuesto de acción pauliana o en fraude de acreedores, regulada por el artículo 338 del nuevo Código, para cuya procedencia deben reunirse los siguientes requisitos, que deberá probar el demandante: 1) que el crédito sea de causa anterior a la renuncia (esta exigencia se conforma con lo dispuesto en el art. 962, inc. 3º); 2) que la renuncia haya reportado un perjuicio. Para probar el perjuicio es necesario que el deudor renunciante sea insolvente y además que la sucesión deje un margen de activo capaz de enriquecerlo. Por eso esta acción sólo se otorga cuando la sucesión es solvente, es decir, cuando deja un margen de activo³⁸. Esto concuerda con lo dispuesto en el artículo 339, incisos a, y b. No se requiere, en cambio, que exista intención fraudulenta, como exige el artículo 339, inciso c.

La acción revocatoria puede ser intentada por los acreedores del heredero, siempre que sus créditos sean anteriores a la renuncia³⁹, y

³⁷ BORDA, ob. cit., N° 281.

³⁸ Conf. FORNIELES, ob. cit., N° 1061. En contra: BORDA, ob. cit., N° 283, que acepta la acción aunque la sucesión sea insolvente.

³⁹ Según Borda (ob. cit., N° 284), en el texto del art. 3351 se ha deslizado un evidente error, al decir que además de los acreedores del heredero puede iniciarla toda persona interesada. Este agregado no figura en el art. 788 del Código francés

se debe dirigir contra el renunciante y contra los coherederos que se han beneficiado con la renuncia. La intervención de estos últimos es de rigor⁴⁰. La acción sólo beneficia al acreedor que la ejerce.

El efecto de la acción revocatoria es la inoponibilidad de la renuncia al acreedor que la ejerza. No es propiamente la nulidad sino la inoponibilidad⁴¹. Es como si la renuncia no hubiera tenido lugar para el acreedor demandante, en virtud de que no le es oponible, y a los solos efectos de poder cobrar sus créditos.

Pero como el heredero quedará en la inacción, los acreedores necesitarán realizar por vía de subrogación todos los actos necesarios para así poder cobrar sus créditos. Por eso, además de la acción pauliana, el acreedor necesitará ejercer la acción subrogatoria del artículo 739 para hacer valer en nombre del heredero los derechos hereditarios.

Una vez que los acreedores han logrado el cobro de sus créditos, lo que resta de la hipotética porción del heredero renunciante no se le entrega a él, sino que va a engrosar la porción de los demás llamados a la herencia.

357. Renuncia de los legados

Según el artículo 2521, párrafo 1º, dice: "*Renuncia del legatario.* El legatario puede renunciar al legado en tanto no lo haya aceptado". Este artículo repite textualmente lo que dice el artículo 2298 respecto de la herencia. Rige pues, el mismo principio que en la herencia.

El artículo 2521, párrafo 2º, agrega: "Cualquier interesado puede pedir al juez la fijación de un plazo para que el instituido se pronuncie, bajo apercibimiento de tenerlo por renunciante". Este párrafo es novedoso en nuestro Derecho, al disponer que cualquier interesado puede pedir al juez un plazo para que el instituido se pronuncie, bajo apercibimiento de tenerlo por renunciante. Esto implica separarse del principio del viejo Código Civil, sin fundamento que lo justifique, que

que le sirvió de fuente, y fue tomado, según lo hace notar Segovia, de Aubry y Rau. Pero estos autores cuando abren la acción a todos los interesados, se refieren a una muy distinta: la de nulidad absoluta, que nada tiene que ver con la revocatoria:

⁴⁰ FORNIELES, ob. cit., N° 106.

⁴¹ En el mismo sentido: BORDA, ob. cit., N° 286 y 287.

determinaba que la aceptación del legatario es presumible por la ley (art. 3804, parte 2ª). Al no presumirse la aceptación, el nuevo artículo tiene que recurrir a la intimación judicial.

Esta renuncia reúne los siguientes caracteres: a) es expresa (arg. art. 2299); b) es indivisible. El artículo 2522 prohíbe la renuncia parcial del legado. El artículo 2522 dispone: "*Renuncia parcial. Legado plural.* La renuncia de un legado no puede ser parcial. Si se han hecho dos o más legados a una misma persona, uno de los cuales es con cargo, no puede renunciar a éste y aceptar los legados libres".

III. MOMENTO DE LA ACEPTACIÓN Y DE LA RENUNCIA. DERECHO DE OPCIÓN

358. Momento de la aceptación y de la renuncia: supuestos

Tanto la aceptación como la renuncia tienen límites en el tiempo. Estos límites se refieren al momento a partir del cual puede aceptarse o renunciarse una herencia, y al momento hasta el cual puede efectuarse tal renuncia o aceptación. Veamos estos dos supuestos.

359. Desde cuándo se puede aceptar o repudiar la herencia

La herencia se puede aceptar o repudiar a partir del momento del fallecimiento del causante. De ahí la invalidez de la aceptación o repudiación anterior a la muerte del causante, aun cuando se hicieren condicionándolas al hecho de la muerte.

Dice el artículo 2286: "*Tiempo de la aceptación y la renuncia.* Las herencias futuras no pueden ser aceptadas ni renunciadas". No siendo válida la aceptación o renuncia en vida del causante, obviamente sólo cabe hacerla válidamente una vez muerto el causante⁴².

La prohibición de aceptar o repudiar la herencia de una persona viva, no impide la validez del mandato otorgado en vida del causante para aceptar su herencia cuando se produzca su muerte.

Cabe agregar que la herencia puede ser aceptada una vez abierta la sucesión no sólo por los herederos con delación, sino también por

⁴² Conf.: LAFAILLE, ob. cit., t. I, N° 140.

aquellos otros ulteriores, cuyos derechos están subordinados a la renuncia de los primeros, pues una vez producida esa renuncia se entiende que nunca han sido herederos⁴³.

360. Hasta cuándo se puede aceptar o renunciar una herencia: plazos

A) *Ordenamiento en el Código Civil de Vélez Sársfield*. El artículo 3313 decía: "El derecho de elegir entre la aceptación y renuncia de la herencia se pierde con el transcurso de veinte años, desde que la sucesión se abrió". Esta norma, tomada del artículo 789 del Código francés dio lugar a una ardua polémica por su falta de claridad.

Extinguido el derecho de opción, la adquisición provisional del heredero, ¿se consolida o se resuelve? O dicho en otras palabras: el heredero que ha dejado pasar los veinte años sin hacer opción, ¿pierde el derecho de renunciar o el de aceptar? ¿Queda como aceptante o como renunciante?

Tratando de desentrañar su verdadero sentido se formularon tres posiciones doctrinales:

Primera posición. Según esta opinión, aceptada por la mayoría de los autores franceses en la época de la redacción de nuestro Código⁴⁴, lo que se extingue al vencimiento del plazo es el derecho de renunciar.

A nuestro juicio, ésta es la tesis que mejor se adecua a nuestro sistema de transmisión hereditaria, en el cual la herencia se transmite *ipso iure* desde el momento de la muerte del causante. Desde ese instante el heredero adquiere la herencia, se hace titular de ella. La nota del artículo 3282 era harto elocuente al respecto: "la muerte, la apertura y la transmisión de la herencia se causan en el mismo instante". Y el artículo 3420, en forma contundente, afirmaba que "El heredero, aunque fuera incapaz, o ignorase que la herencia se le ha deferido, es sin embargo propietario de ella, desde la muerte del autor de la sucesión".

Desde esta perspectiva la opción entre la aceptación y la renuncia

⁴³ BORDA, ob. cit., N° 192.

⁴⁴ DEMOLOMBE, ob. cit., t. XIV, N° 315; AUBRY y RAU, ob. cit., t. VI, § 610; etc.

no se pueden considerar en el mismo plano como extremos equidistantes para hacer la elección. En el sistema de adquisición, *ipso iure*, como el nuestro, el heredero es tal desde la muerte del causante. La aceptación no va más que a consolidar, con mayor o menor fuerza según los casos, la titularidad ya existente, respetando el *statu quo* de adquirente que ya existía; en tanto que la renuncia va a borrar la cualidad de heredero, resolviendo una adquisición ya efectuada. El término opción sólo tiene sentido dentro de estos límites, y no fuera de ellos; de ahí que, por estas razones, hasta dudamos de la exactitud del vocablo⁴⁵.

Ésta es la tesis que contó con mayores seguidores en la doctrina nacional⁴⁶. Es la posición que también aceptó Bibiloni en el artículo 2914, párrafo 2º, de su anteproyecto, que disponía: "No puede repudiarse la herencia ya aceptada, ni vencido el plazo para renunciar. Trascurrido sin renuncia, se entiende que hay aceptación pura y simple". Y apoyaba así su posición: "La herencia se adquiere por efecto de la muerte del autor. La transmisión queda hecha. Nada hay que decir o hacer. Puede renunciarse, eso es todo. ¿Se renuncia?: no hay herencia. ¿No se renuncia?: el heredero ha sucedido. El silencio no es, no puede ser renuncia. El silencio debe traer la pérdida de la facultad de repudiar, es la única que hay que ejercer"⁴⁷. Ésta es la tesis que propugnó la subcomisión de sucesiones, artículo 2239, de su numeración, la cual no fue aceptada en la redacción definitiva del proyecto. Es la posición que acepta el Código Civil alemán (art. 1943).

Segunda posición. Según esta opinión, aceptada actualmente por la mayoría de la doctrina francesa⁴⁸, lo que se pierde es el derecho

⁴⁵ El término "opción" tiene significado verdaderamente equidistante en las legislaciones en que la herencia se adquiere por aceptación. Antes de la aceptación el llamado no es propietario de la herencia; en consecuencia, puede optar entre aceptar o renunciar, haciéndose en el primer caso titular de la herencia y quedando como extraño en el segundo.

⁴⁶ SEGOVIA, ob. cit., t. II, ps. 412 y ss., nota 8 al art. 3315 de su numeración; LLERENA, ob. cit., t. IX, p. 88; MACHADO, ob. cit., t. VIII, p. 386; LAFAILLE, ob. cit., t. I, N° 147; ARIAS, José, *Derecho Sucesorio*, Buenos Aires, 1950, p. 377. También DE GÁSPERI, ob. cit., t. I, N° 21.

⁴⁷ BIBILONI, *Anteproyecto de reformas al Código civil. Sucesiones*, Buenos Aires, 1931, t. IV, p. 72.

⁴⁸ JOSSERAND, ob. cit., t. III, vol. 2, N° 888; COLIN y CAPITANT, ob. cit., t. VII, p. 145; RIPERT y BOULANGER, ob. cit., t. X, vol. 2, p. 95.

de elegir, lo que implica la pérdida del derecho hereditario. Al cabo de 20 años, el heredero que no se ha expedido pasa a ser un extraño a la sucesión: pierde su derecho a la herencia.

En nuestra doctrina, Prayones⁴⁹ sostuvo esta opinión, expresando que "el artículo establece que lo que se pierde es el derecho de elegir entre la aceptación y la renuncia; en consecuencia, esa elección viene a constituir en definitiva el derecho hereditario que se descompone en ambas facultades. Luego lo que se pierde por el trascurso de esos veinte años es el derecho hereditario. Ya no habrá lugar a aceptar ni a renunciar, ni a efectuar ningún acto referente a la herencia. La persona queda en la situación de un extraño a la sucesión, tal como si no hubiese sido heredero. ¿Por qué? Porque ha perdido el derecho de aceptar o renunciar, que es lo que constituye en esencia el derecho del heredero.

Aunque esta tesis pareció responder a una interpretación literal del artículo 3313, nos pareció inaceptable. Si se pierde el derecho de elegir entre la aceptación y la renuncia, hay algo que queda subyacente porque es ajeno a la elección: ese algo es la adquisición provisional del heredero. Esa adquisición hereditaria la tiene el heredero desde el momento de la muerte del causante (art. 3420 y nota al art. 3282).

Tercera posición. Según esta tesis, seguida por un importante sector de la doctrina⁵⁰ y de la jurisprudencia⁵¹, el trascurso del plazo de veinte años hace que el heredero se considere aceptante; pero si durante ese tiempo ha habido otros coherederos en posesión material de la herencia, la pasividad del heredero hace que la ley lo considere como si hubiere renunciado, quedando privado de la facultad de aceptar.

Ante el silencio del heredero el principio consistiría en considerarlo como adquirente de la herencia; pero si existiesen otros coherederos que hubieran aceptado la herencia, la pasividad del heredero la interpreta la ley como falta de interés en la adquisición, y por ello da a su actitud pasiva y prolongada los efectos de la renuncia.

⁴⁹ PRAYONES, ob. cit., p. 80, c.

⁵⁰ FORNIELES, ob. cit., N° 76; QUINTEROS, *Petición de herencia*, N° 63 y 64; RÉBORA y GRÜNBERG, *Los plazos para la aceptación de la herencia*, en J. A. 31-856; BORDA, ob. cit., N° 193, c.

⁵¹ J. A. 1957-IV-146; 1946-1-357; L. L. 31-182; 64-1033; 47-379.

B) *Ordenamiento en el nuevo Código Civil y Comercial*. El artículo 2288 del nuevo Código expresa: "*Caducidad del derecho de opción*. El derecho de aceptar la herencia caduca a los diez (10) años de la apertura de la sucesión. El heredero que no haya aceptado en ese plazo es tenido por renunciante.

"El plazo para las personas llamadas a suceder en defecto de un heredero preferente que acepta la herencia y luego es excluido de ésta, corre a partir de la exclusión".

Las innovaciones que contiene el artículo son éstas:

a) El nuevo Código acepta la segunda de las posiciones expuestas referidas al Código de Vélez. La adquisición provisional del heredero, ante el silencio del heredero durante el término fijado en la ley, se lo tiene por renunciante.

b) Acorta el término de 20 años del artículo 3313, llevándolo a 10 años.

c) El término se cuenta, como en el Código derogado, a partir de la muerte del causante. Pero el heredero preferente puede aceptar la herencia y luego ser excluido de ella; el término se cuenta a partir de la exclusión del heredero. El caso típico se da cuando el heredero preferente es excluido por indignidad. Por ejemplo: una persona al morir deja un hijo (que no tiene descendencia) y varios hermanos. Si el hijo incurre en una causal de indignidad, no habiendo derecho de representación, la herencia va a los hermanos. En ese caso el término de los 10 años se cuenta a partir de la exclusión, que coincidirá con el momento en que se dicte la sentencia de indignidad.

A nuestro juicio, el supuesto contemplado en el artículo 2288 no es propiamente un caso de renuncia tácita, puesto que no hay un acto al que se le atribuye ese carácter. La ley simplemente le otorga los efectos de la renuncia a la actitud pasiva y prolongada del heredero durante 10 años. Tal actitud equivale a la renuncia, sin ser propiamente una renuncia.

361. Quiénes pueden invocar el plazo

No hay ninguna norma específica que determine quién puede alegar el trascurso del plazo; de ahí que se considere que pueden hacerlo todos los que tengan un interés jurídico.

Normalmente los interesados serán los coherederos de igual grado o los herederos que recibirían la herencia fallando la vocación preferente que tiene otro heredero. Pero también pueden invocar el trascurso del plazo los acreedores, si de él dependieran sus derechos.

Creemos que el Fisco también puede alegar el trascurso del plazo, puesto que puede tener interés como último sucesor o como simple ente perceptor del impuesto sucesorio.

362. Efectos del derecho de opción

El artículo 2291 expresa: "*Efectos*. El ejercicio del derecho de opción tiene efecto retroactivo al día de la apertura de la sucesión".

El efecto retroactivo significa que si quedara como aceptante, lo sería desde la muerte del causante; si quedara como renunciante, se considera como si nunca hubiese sido heredero (art. 2301).

363. Trasmisión del derecho de aceptar o renunciar

El artículo 2290 del nuevo Código dice: "*Trasmisión del derecho de opción*. Si el heredero fallece sin haber aceptado ni renunciado la herencia, el derecho de hacerlo se trasmite a sus herederos.

"Si éstos no se ponen de acuerdo en aceptar o renunciar la herencia deferida a su causante, los que la aceptan adquieren la totalidad de los derechos y obligaciones que corresponden a éste.

"La renuncia de la herencia del causante fallecido sin aceptar ni renunciar una herencia a él deferida, implica también la renuncia de ésta".

Esta facultad tiene gran trascendencia jurídica, pues permite que el heredero del que tenía el derecho de opción pueda aceptar o renunciar la herencia de su causante. Ejemplo: A deja heredero a B, quien fallece antes de aceptar o renunciar. C, heredero de B, podrá ejercer el derecho de opción que le correspondía a B. Puede renunciar a la herencia de A y aceptar la de B; pero si repudia la de B no podrá aceptar la de A, puesto que su derecho a ésta sólo puede surgir de su carácter de heredero de B⁵².

⁵² BORDA, ob. cit., N° 205.

Si son varios los coherederos pueden aceptar unos y repudiar otros. Pero los que acepten deben hacerlo por toda la sucesión, ya que según el artículo 2287 la aceptación de la herencia no puede hacerse por partes; una aceptación parcial equivale a una aceptación íntegra.

364. Intimación de los terceros interesados para exigir la aceptación o la renuncia

El artículo 2289, párrafo 1º del nuevo Código, expresa: "*Intimación a aceptar o renunciar*. Cualquier interesado puede solicitar judicialmente que el heredero sea intimado a aceptar o renunciar la herencia en un plazo no menor de un (1) mes ni mayor de tres (3) meses, renovable una sola vez por justa causa. Trascurrido el plazo sin haber respondido la intimación se lo tiene por aceptante". Sería absurdo que los acreedores tuvieran que esperar los diez años del artículo 2288, durante cuyo plazo normalmente prescribirían sus acciones, para saber el pronunciamiento del heredero.

El artículo 2289, párrafo 2º no permite que se intente acción alguna contra el heredero para que acepte o repudie la herencia hasta pasados 9 días desde la muerte de aquél de cuya sucesión se trata. Es el plazo de luto y llanto estatuido ya por Justiniano en el Derecho Romano, y recogido por las legislaciones modernas. Pasados los nueve días, los acreedores de la sucesión pueden solicitar judicialmente que el heredero sea intimado para aceptar o renunciar la herencia. El artículo 2289, párrafo 3º prevé el supuesto del heredero instituido bajo condición suspensiva, en cuyo caso la intimación sólo puede hacerse una vez cumplida la condición.

365. Formas de computar el plazo

El plazo comienza a correr desde que el heredero ha sido notificado de la intimación. En todo caso la intimación debe respetar el término de 9 días de luto y llanto previsto en el artículo 2289: si ésta se realiza dentro de ese término, el plazo se contaría a partir de la extinción del término de 9 días.

El artículo 2289 habla de un plazo no menor de un mes ni mayor de tres meses. El plazo del mes puede ser revocado una vez por justa causa.

366. Personas que pueden exigir la intimación

El artículo 2289 habla de cualquier interesado. Son interesados los siguientes:

a) *Los acreedores de la sucesión y los legatarios.* Los primeros están interesados en el pago de las deudas; los segundos, en la entrega de sus respectivos legados. La ley no exige respecto de los primeros que se trate de acreedores que tengan en su favor una sentencia; basta que acrediten *prima facie* su derecho.

b) *Los acreedores del heredero.* Su interés surge del aumento que normalmente tiene el patrimonio del heredero con la adquisición de la herencia. Esta conclusión se desprende además de lo dispuesto en el artículo 2292, porque si los acreedores pueden demandar la revocación de la renuncia hecha en perjuicio de sus intereses, aceptando en nombre del heredero, con mayor razón deben estar facultados para exigir la opción⁵³.

En cambio, no son partes interesadas a los efectos del artículo 2289:

a) Los coherederos de igual grado, porque ellos subentran en la posición jurídica del causante, recibiendo la herencia.

b) Los herederos de grado ulterior, porque ellos sólo tienen un derecho eventual a la herencia para el caso que no queden como herederos los de grado anterior. Como dice Fornieles⁵⁴, el pariente más lejano no es propietario de la herencia, ni tiene sobre ella ningún derecho actual.

367. Caso de silencio del heredero intimado

El artículo 3314 del Código derogado facultaba a los interesados para exigir la aceptación o renuncia del heredero en un término que no pasara de 30 días. Pero no establecía qué efectos producía. Si al vencimiento del término de los 30 días el heredero no se pronunciaba, cabía preguntarse si quedaba en calidad de aceptante o de renunciante.

⁵³ LLERENA, ob. cit., t. VI, p. 56; MACHADO, ob. cit., t. VIII, p. 395; FORNIELES, ob. cit., t. I, N° 78. En contra: SGOVIA, ob. cit., t. II, p. 413, nota 9.

⁵⁴ FORNIELES, ob. cit., N° 79.

La doctrina se hallaba dividida: a) Unos consideraban que al heredero que guardó silencio se lo debe tener como aceptante⁵⁵. b) Otros estimaban que debe ser considerado como renunciante⁵⁶. c) Hay quienes relacionaban la situación en que quedaría el heredero que no se pronunciaba con la forma de hacer el apercibimiento. En efecto, la intimación se puede hacer bajo apercibimiento de tenerlo como aceptante o de tenerlo como renunciante. Si se hace en la primera forma el heredero queda como aceptante; si se hace en la segunda, como renunciante⁵⁷.

Estimamos que la solución correcta viene dada por la primera de las doctrinas expuestas⁵⁸. Al heredero que guardaba silencio durante el término de los 30 días debía considerárselo aceptante. La calidad de aceptante lo mantenía en el *status* legal de heredero que tenía desde el momento de la muerte del causante. Si el heredero quería cambiar su *status* debía manifestarlo expresamente. Su silencio, pues, debía ser interpretado como aceptación, haya o no otros coherederos. Y eso aunque la intimación se hiciera bajo apercibimiento de tenerlo por renunciante, pues la voluntad del acreedor no podía forzar las consecuencias derivadas directamente de la ley. Los efectos que la ley otorgaba a su silencio eran, en nuestra opinión, los de la aceptación con beneficio de inventario.

Pensamos que se podía aplicar aquí por analogía la solución contenida en la nota, integralmente considerada, del artículo 3313 del Código Civil (hoy, art. 2288). Una cosa es que el heredero se mantenga impasible durante 20 años (hoy, 10 años), ante la posesión material de la herencia por otros coherederos, y otra es el silencio de éste durante 30 días (hoy, de un mes a tres meses), haya o no coherederos.

El nuevo Código, donde antes el Código derogado guardaba silencio, establece en el artículo 2289 que si el heredero deja transcurrir el plazo (de un mes a tres meses) sin determinar en qué situación queda, se lo tiene acertadamente por aceptante.

⁵⁵ LLERENA, ob. cit., t. IX, p. 92; MACHADO, ob. cit., t. VIII, p. 396; LA-FAILLE, ob. cit., N° 151; BORDA, ob. cit., N° 204.

⁵⁶ SEGOVIA, ob. cit., t. II, p. 414, nota 11.

⁵⁷ PRAYONES, ob. cit., p. 79; DE GÁSPERI, ob. cit., t. I, N° 19.

⁵⁸ *Derecho de Sucesiones* cit., vol. I, p. 465.

CAPÍTULO XIII

RESPONSABILIDAD LIMITADA Y RESPONSABILIDAD ILIMITADA DEL HEREDERO FRENTE A LOS ACREEDORES DEL CAUSANTE

SUMARIO: 368. Introducción. I. *Primera etapa: la aceptación pura y simple y la aceptación beneficiaria.* 369. Determinación y principios que la rigen. 370. Clases de aceptación y carácter de cada una de ellas. 371. Efectos de la aceptación pura y simple. 372. Formas de evitar la confusión de patrimonios. 373.A) Aceptación con beneficio de inventario: precedentes históricos. 374. Concepto. 375. Personas que pueden aceptar con beneficio de inventario. 376. Concurrencia de herederos beneficiarios y no beneficiarios. 377. Plazo para acogerse al beneficio de inventario. 378. Plazo para hacer el inventario y para deliberar. 379.B) Separación de patrimonios: precedentes históricos. 380. La separación de patrimonios en el Derecho francés (antes de la ley del 23 de junio de 2006). 381. La separación de patrimonios en el Código Civil de Vélez Sársfield: concepto. 382. Forma de pedir la separación. 383. El inventario: su función. 384. Medidas precautorias. 385. Bienes sobre los que recae la separación. 386. Plazo para pedir la separación. 387. Efectos de la separación de patrimonios. 388.C) La separación de patrimonios y el beneficio de inventario. 389. El nuevo Código Civil y Comercial ante la primera etapa. II. *Segunda etapa: la aceptación beneficiaria como principio y la responsabilidad ilimitada.* 390. Determinación temporal. 391. La aceptación beneficiaria como principio. 392. Ámbito de la aceptación beneficiaria. 393. Falta de plazo para acogerse al beneficio de inventario si no hay intimación. 394. Función del inventario. 395. Intimación judicial para hacer el inventario: juez competente. 396. Personas que pueden intimar la realización del inventario: prueba del interés. 397. Personas intimadas para hacer el inventario: supuestos especiales. 398. Plazo para hacer el inventario: caracteres. 399. Plazo para deliberar (autorrevocación de la aceptación beneficiaria). 400. Omisión del inventario en el plazo legal. 401. Inventario espontáneo sin intimación. 402. Cesación del beneficio de inventario. Causales. 403. Efectos de la cesación del beneficio. 404. No es necesario el beneficio de separación de patrimonios, mediando beneficio de inventario. 405. El nuevo Código Civil y Comercial en la segunda etapa. III. *Tercera etapa: la responsabilidad limitada como principio. Excepciones.* 406. Principio de limitación de la responsabilidad del heredero, y consiguiente separación de patrimonios. 407.A) Limitación de la responsabilidad: concepto. 408. Precedentes históricos. 409. Limitación de la responsabilidad en el nuevo Código

Civil y Comercial. 410. Limitación de la responsabilidad en el legado de una universalidad. 411. Reembolso en el pago de deudas o legados. 412. Formas de limitación de la responsabilidad. 413. Bienes que responden por las deudas del causante: principio. 414. Frutos. 415. Valores colacionables y bienes sujetos a reducción. 416.B) Separación de patrimonios: función del inventario. 417.a) Subsistencia de los derechos personales y reales. 418.b) Subrogación. 419.c) Acciones del heredero contra la sucesión. 420.d) Acciones de la sucesión contra el heredero. 421. Preferencia de los acreedores del causante respecto de los acreedores del heredero, sobre los bienes de la herencia. 422. La presentación de acreedores tardíos después de terminado el proceso de liquidación. 423. Pérdida de la responsabilidad limitada. 424. Caso de no hacer inventario en el plazo de tres meses desde la intimación de acreedores o legatarios. 425. Ocultamiento fraudulento de los bienes de la sucesión. 426. Exageración dolosa del pasivo sucesorio. 427. Enajenación de bienes de la sucesión. 428. Falta de confusión de patrimonios. 429. Preferencia o concurrencia sobre los bienes propios del heredero.

368. Introducción

En el Código Civil de Vélez Sársfield la aceptación de la herencia podía hacerse pura y simplemente y con beneficio de inventario. La primera implicaba la responsabilidad ilimitada, pues el heredero respondía ante los acreedores del causante con los bienes hereditarios y con sus bienes propios; la segunda limitaba la responsabilidad del heredero con los bienes del causante.

Por una parte, la determinación del carácter general o excepcional que tuvo una y otra aceptación, enfocada fundamentalmente desde la perspectiva de la responsabilidad del heredero frente a los acreedores del causante y, por otra parte, el despegue de esa responsabilidad de la idea de aceptación, marcaron tres grandes etapas en su evolución, de la mayor trascendencia en nuestro Derecho Sucesorio, que trataremos de precisar a continuación.

I. PRIMERA ETAPA: LA ACEPTACIÓN PURA Y SIMPLE Y LA ACEPTACIÓN BENEFICIARIA

369. Determinación y principios que la rigen

La primera etapa corresponde a la regulación del Código Civil desde su sanción hasta la ley 17.711 del año 1968. En esta etapa rige

la aceptación con responsabilidad ilimitada del heredero, limitable con el acogimiento al beneficio de inventario. La regla general corresponde a la aceptación pura y simple, que lleva consigo la responsabilidad ilimitada que recae no sólo sobre los bienes que el heredero recibe del causante sino que alcanza a los propios bienes del heredero (responsabilidad *ultra vires hereditatis*). La excepción viene dada por la aceptación beneficiaria, que implica el acogimiento del heredero al beneficio de inventario, el cual limita su responsabilidad a los bienes recibidos por herencia (responsabilidad *intra vires hereditatis*).

370. Clases de aceptación y carácter de cada una de ellas

En la sistemática del Código Civil la aceptación de la herencia podía hacerse pura y simple y con beneficio de inventario.

La aceptación se llamaba pura y simple cuando se hacía sin aditamento alguno, expresando simplemente "acepto" o empleando cualquier otra expresión en ese sentido. Por otra parte, las aceptaciones tácitas se consideraban, aceptaciones puras y simples (art. 3329).

Este tipo de aceptación implicaba la responsabilidad *ultra vires hereditatis* (art. 3343), como consecuencia de la confusión de patrimonios (art. 3342).

La aceptación pura y simple, con los típicos efectos de la responsabilidad ilimitada del heredero y la confusión de patrimonios constituía la regla general en nuestro Derecho.

371. Efectos de la aceptación pura y simple

Los efectos típicos de la aceptación pura y simple son dos: la responsabilidad *ultra vires hereditatis* y la confusión de patrimonios.

La primera supone que el heredero responde de las deudas del causante no sólo con los bienes recibidos, sino con los propios, ilimitadamente. La segunda implica que el patrimonio hereditario queda confundido con el que tenía el heredero, formándose un solo patrimonio.

a) *La responsabilidad "ultra vires hereditatis"*. La responsabilidad *ultra vires hereditatis* ya existía en la Ley de las XII Tablas, que

estableció la regla *nomina ipso iure divisa*, según la cual cada heredero responde en proporción a la parte hereditaria que le corresponde. En todo caso, la responsabilidad era ilimitada, cualquiera que fuere el importe del activo de la herencia; aunque *pro parte*, el heredero respondía incluso con su propio patrimonio¹.

En el Derecho francés la obligación ilimitada por las deudas del difunto se impone en virtud de la ficción de la continuación de la persona de éste, primero para los descendientes y luego para todos los herederos de sangre. El heredero, al ser investido mediante la *saisine* de todo el patrimonio del difunto, debía recibir igualmente el pasivo².

El heredero aceptante puro y simple responde con todos sus bienes por cualquier deuda, ya sea contractual, delictual o de otro origen, en tanto en cuanto sean transmisibles. Y lo que es más grave, el heredero responde ilimitadamente no sólo de las deudas del heredero y de las cargas sucesorias, sino del pago de los legados.

La responsabilidad ilimitada estaba especialmente sancionada en el artículo 3343: "El heredero que ha aceptado la herencia queda obligado, tanto respecto a sus coherederos como respecto a los acreedores y legatarios, al pago de las deudas y cargas de la herencia, no sólo con los bienes hereditarios sino también con los suyos propios". Esta norma no sólo imponía la responsabilidad *ultra vires* al heredero por el pago de las deudas y cargas de la sucesión, sino incluso por el pago de los legados. La solución respecto de los legados es totalmente arbitraria: los legados no se deben sino después de la muerte del testador, y por consiguiente no constituyen una deuda del causante, sino más bien una obligación que éste impone a su heredero. Que el heredero pague los legados mientras existan bienes hereditarios es comprensible, pero forzarlo a pagar una suma mayor es hacer liberalidades a costa de un patrimonio ajeno³.

¹ En el Derecho Romano arcaico, las deudas (que primero fueron sólo delictuales), firmemente adheridas a la persona del culpable, no se transmitían por herencia. Así debió ocurrir también con las primeras deudas contractuales, que vincularían únicamente a la persona del obligado. Antes de las XII Tablas, por consideraciones prácticas, la responsabilidad, más despersonalizada, se transmitía a los herederos.

² LACRUZ, ob. cit., p. 366.

³ FORNIELES, ob. cit., N° 98.

b) *Confusión de patrimonio*. En la aceptación pura y simple se produce, en principio, con plenitud de efectos, el fenómeno de la confusión de patrimonios. En este sentido decía el artículo 3342: "La aceptación de la herencia causa definitivamente la confusión de la herencia con el patrimonio del heredero; y trae la extinción de sus deudas o créditos a favor o en contra del difunto, y la extinción también de los derechos reales con que estaban gravados sus bienes a favor del difunto, o que le competían sobre sus bienes".

El efecto normal de la confusión de patrimonios es la extinción de las relaciones, cuyos términos activo y pasivo se han identificado. Este efecto extintivo se produce tanto en los *iura in re aliena* como en las relaciones crediticias. En los primeros, cuando el titular de la servidumbre personal o del fundo dominante hereda al nudo propietario o al titular del fundo sirviente, respectivamente, o viceversa; en las segundas, cuando el acreedor hereda al deudor, o viceversa.

372. Formas de evitar la confusión de patrimonios

La confusión de patrimonios se evita principalmente de dos formas:

A) Aceptación con beneficio de inventario, que es la institución creada para beneficio del heredero. Al separar los patrimonios, el heredero sólo responde ante los acreedores del causante con los bienes hereditarios. Eso implica la separación de patrimonios, la cual limita la responsabilidad del heredero a los bienes que correspondan al patrimonio del causante.

B) Con el beneficio de separación de patrimonios, que es la institución creada para proteger a los acreedores del causante, se da preferencia a los acreedores del causante respecto a los acreedores del heredero sobre el patrimonio heredado, y se les permite concurrir con los acreedores del heredero sobre el patrimonio particular del heredero.

Aunque teóricamente no son incompatibles la aceptación con beneficio de inventario y el beneficio de separación de patrimonios, mediante beneficio de inventario se torna inútil la separación de patrimonios, por la mayor eficacia del primero. Por eso, esa separación

sólo adquiere sentido cuando media una aceptación pura y simple, que lleva consigo la confusión de patrimonios y que el beneficio de separación hace cesar tal confusión.

Expondremos primero el beneficio de inventario y después el beneficio de separación de patrimonios.

373.A) Aceptación con beneficio de inventario: precedentes históricos

En el Derecho Romano los *heredes "extrenei"* o "*voluntari*" no adquirirían la herencia *ipso iure*, sino que necesitaban un acto de aceptación. El *ius civile* no imponía término alguno para aceptar la herencia, salvo que el testador hubiera establecido un plazo para aceptar solemnemente por vía de la *cretio*. Como la prolongación del estado de incertidumbre podía producir inconvenientes prácticos, el pretor concedió el *spatium deliberandi*, término no menor de 100 días que señalaba el magistrado para que el heredero se decidiera. Si dejaba pasar el término sin aceptar la herencia, se entendía que la repudiaba. En el Derecho justiniano se puso al *spatium deliberandi* un tope máximo de 9 meses (1 año si lo concede el emperador) y se invirtió la presunción pretoriana, entendiéndose aceptada la herencia si el heredero no decía nada.

Los herederos voluntarios contaban con los datos que hubieran podido adquirir durante el trascurso del plazo para la *cretio* o del *spatium deliberandi* para decidirse sobre la aceptación o renuncia de la herencia. Pero una vez aceptada ésta, operada la confusión de patrimonios, respondían de las deudas del causante no sólo con los bienes hereditarios sino con los suyos propios.

Esta responsabilidad ilimitada estaba paliada desde antiguo con la posibilidad de pedir la *restitutio in integrum*, que sólo se concedía cuando una herencia gravada con deudas no previsibles era aceptada con error disculpable. El emperador Gordiano concedió este beneficio a los militares sin necesidad de prueba alguna; pero los así favorecidos dejaban de ser herederos por el hecho de la restitución.

En el año 531 Justiniano introdujo en favor de los herederos voluntarios el beneficio de inventario, que implicaba una situación di-

ferente: el aceptante seguía siendo heredero, pero limitaba su responsabilidad a los bienes existentes en la herencia.

El heredero que aceptaba la herencia, sin haber solicitado de antemano el *spatium deliberandi*, limitaba su responsabilidad al contenido de aquélla, haciendo un inventario de los bienes que la integraban. La responsabilidad se limitaba, cuando se hacía inventario, al contenido de la herencia, es decir, a los objetos de ella que figuraban inventariados. Respondía —como dice Iglesias⁴— *cum viribus hereditatis* y no *pro viribus hereditatis*, esto es, con los bienes y no con el valor de la herencia.

El inventario había de comenzarse dentro de los 30 días de tener conocimiento de la delación y ser terminado antes de los 60 días o antes del año si la herencia o parte de ella estaba en lugar lejano de aquel en que residía el heredero. Debía hacerse con la asistencia de un *tabularius*, de los acreedores y de los legatarios o fideicomisarios.

A más de la responsabilidad, se limitaba el contenido de la herencia, pues no había lugar a la confusión de patrimonios. Por ello el heredero podía ostentar frente a la herencia, como un extraño, sus eventuales créditos, así como las pretensiones derivadas de gastos⁵.

Acreedores y legatarios eran pagados vendiendo el heredero los bienes hereditarios que fuesen precisos, en el orden que se fuesen presentando, si bien los acreedores que hallasen extinguido el haber hereditario podían dirigirse contra los legatarios que hubiesen cobrado antes.

Los principios establecidos por el Derecho Romano con relación al beneficio de inventario trascendieron a las legislaciones bárbaras y al antiguo Derecho francés, cuyos comentaristas formaron la sólida doctrina que habría de pasar al Código Civil francés y a todos los que siguieron sus huellas.

374. Concepto

El beneficio de inventario es la facultad que la ley concede a los herederos para aceptar la herencia, con la modalidad de no responder

⁴ IGLESIAS, ob. cit., p. 597, nota 145.

⁵ IGLESIAS, ob. cit., p. 597.

de las obligaciones del causante ilimitadamente sino sólo con los bienes heredados.

No siempre la aceptación de una herencia es beneficiosa al heredero: no lo es cuando la herencia es onerosa —*damnosa*— es decir, cuando el pasivo supera al activo. El heredero en tal caso está expuesto a responder no sólo con los bienes heredados sino con su propio patrimonio. El perjuicio, en tal caso, puede alcanzar también a los acreedores personales del heredero, quienes quedan expuestos a sufrir el concurso de los acreedores de la herencia. El beneficio de inventario aparece como un remedio para esta situación, dispuesto directamente en favor del heredero e indirectamente a favor de sus acreedores personales.

Desde el punto de vista práctico —como dice Messineo⁶—, con la aceptación beneficiaria el heredero consigue el resultado de alejar de sí las consecuencias económicas de una sucesión onerosa.

Los bienes hereditarios pasan con la aceptación beneficiaria al heredero, pero permanecen separados de los bienes personales de él. La falta de confusión mantiene separadas las dos masas de bienes: el patrimonio hereditario y el patrimonio personal del heredero. Como consecuencia de ello, el heredero queda obligado a satisfacer las deudas y cargas hereditarias, pero sólo hasta donde alcance el patrimonio hereditario. El heredero limita así su responsabilidad por las deudas y cargas hereditarias. Por eso, si es sometido a una acción ejecutiva por parte de un acreedor del causante, puede exigir que ella se mantenga dentro de los límites de capacidad del patrimonio hereditario.

375. Personas que pueden aceptar con beneficio de inventario

Los herederos son las personas que pueden aceptar la herencia con beneficio de inventario, ya se trate de herederos legítimos o testamentarios. Los legatarios de cuota (art. 3719) no podían aceptar la herencia con dicho beneficio, en primer lugar porque no eran herederos sino legatarios, y en segundo lugar porque tal aceptación sería inútil ya que los legatarios nunca responden *ultra vires hereditatis*. El artículo 3358 decía en este sentido: "Todo sucesor universal, sea legítimo o

⁶ MESSINEO, ob. cit., t. VII, p. 261.

testamentario, puede aceptar la herencia con beneficio de inventario, contra todos los acreedores hereditarios y legatarios, y contra aquellas personas a cuyo favor se impongan cargas a la sucesión”.

El beneficio de inventario servía, pues, para hacerlo valer ante acreedores y legatarios. La última frase del artículo “y contra aquellas personas a cuyo favor se impongan cargas a la sucesión”, dio lugar a dudas sobre su verdadero significado. Segovia⁷ y Machado⁸ decían que esta última parte del artículo 3358 era una redundancia, pues las personas a cuyo favor se imponían cargas a la sucesión no podían ser otras que los legatarios. Borda⁹ entendía que el precepto aludía a los beneficiarios de un cargo, pero aclaraba que los cargos recaían sobre los herederos, y no sobre la sucesión.

376. Concurrencia de herederos beneficiarios y no beneficiarios

Cuando hay varios herederos, si alguno o algunos de ellos aceptan pura y simplemente, y los demás aceptan con beneficio de inventario, existirán herederos beneficiarios y no beneficiarios. En este sentido decía el artículo 3360: “Cuando son varios los herederos, el beneficio de inventario se concede separada o individualmente a cada uno de ellos. Uno puede aceptar la sucesión con beneficio de inventario, mientras que otro la acepte pura y simplemente”.

La solución es consecuencia del carácter individual de la aceptación: unos herederos pueden aceptar con beneficio de inventario y otros sin él. Pero los efectos de la aceptación beneficiaria no se producen respecto de los aceptantes puros y simples y viceversa. Ésta es la idea central que contenía el artículo 3361: “La aceptación de la sucesión hecha por uno de los herederos con beneficio de inventario, no modifica los efectos de la aceptación pura y simple hecha por otros, y recíprocamente. Los derechos y obligaciones de cada uno de los herederos son siempre los mismos, tanto respecto de ellos como respecto de los acreedores y legatarios”.

Ahora bien, cuando esto ocurría se consideraba que todos quedan

⁷ SEGOVIA, ob. cit., t. II, p. 434, nota 4.

⁸ MACHADO, ob. cit., t. VIII, p. 488.

⁹ BORDA, ob. cit., N° 293, nota 472.

obligados a seguir los procedimientos de administración y liquidación fijados por la ley para el caso de herencias aceptadas con beneficio de inventario.

377. Plazo para acogerse al beneficio de inventario

El plazo para aceptar la herencia con beneficio de inventario era de 10 días, a tenor de lo que disponía el artículo 3363.

Se cuestionaba cuál era el punto de partida del plazo de 10 días para acogerse al beneficio de inventario, ya que el artículo 3363 no lo especificaba. Señalaremos las dos corrientes doctrinales más destacadas:

1) Los diez días deben computarse a partir de la apertura de la sucesión, o sea, desde el día mismo de la muerte del causante¹⁰. La jurisprudencia aceptó, en principio, este criterio.

2) Los diez días debían comenzar a correr inmediatamente después de los nueve días que establece el artículo 3357 de luto y llanto¹¹. Esta tesis fue tomando cada vez más fuerza y la jurisprudencia la acabó aceptando plenamente. También la recogió el artículo 720 del Código Procesal de la Nación.

378. Plazo para hacer el inventario y para deliberar

Según el artículo 3366, el heredero tenía para hacer el inventario un plazo de tres meses a contar de la apertura de la sucesión o desde que supo que la sucesión se le defería, y otro de treinta días para deliberar sobre la aceptación o repudiación de la herencia.

Si el heredero, habiendo deliberado, optaba por acogerse al beneficio, evitaba la responsabilidad *ultra vires*, y no se producía la confusión de patrimonios (art. 3371).

¹⁰ SEGOVIA, ob. cit., t. II, p. 458, nota 14; LLERENA, ob. cit., t. IX, p. 154; PRAYONES, ob. cit., p. 96; MOLINAS, Alberto J., *El heredero que ha aceptado la herencia con beneficio de inventario fuera del término marcado por el artículo 3363 puede hacer renuncia a la herencia*, en J. A. 1945-IV-26, sec. doct.

¹¹ RAMOS MEJÍA, *Beneficio de inventario*, Tesis, Buenos Aires, 1902, p. 25; DÍAZ DE GUJARRO, Enrique, *El plazo para aceptar la herencia con beneficio de inventario*, en J. A. 47-561; FORNIELES, ob. cit., N° 113; BORDA, ob. cit., N° 309.

El artículo 3366 no establecía las consecuencias a que conducía el silencio del heredero durante el término para deliberar. Existían tres posibilidades: 1) reputarlo aceptante puro y simple, interpretando su silencio como aceptación tácita, en función de los artículos 3329 y 3359; 2) considerarlo renunciante; 3) interpretar su silencio, como aceptación beneficiaria.

Unos autores tomaron posiciones excluyentes aceptando alguna de las posibilidades enunciadas. Por ejemplo, Segovia aceptó la postura 2¹²; Fornieles la 3¹³. Otros admitieron conjuntamente dos de estas posibilidades o las tres. Así, Lafaille¹⁴ consideró que caducaba el beneficio y que el tercero podía escoger entre las dos posibilidades que prevé el artículo 3313. Guaglianone¹⁵ y Borda¹⁶ consideraron que el heredero conservaba el derecho de opción por cualquiera de las tres vías abiertas en su favor en el momento del fallecimiento del causante.

379.B) Separación de patrimonios: precedentes históricos

En el Derecho Romano el *beneficium separationis* se concedió por el pretor a los esclavos herederos necesarios, a fin de que no fueran perjudicados por la *hereditas damnosa* en que hubiesen sido instituidos; tales herederos no respondían a los acreedores del difunto con los bienes que hubiesen adquirido después de quedar manumitidos al morir el testador¹⁷. La institución se generalizó en favor de los acreedores de la herencia, cuando el heredero estuviese

¹² SEGOVIA, ob. cit., t. II, p. 436, nota 14.

¹³ FORNIELES, ob. cit., N° 120.

¹⁴ LAFAILLE, ob. cit., t. I, N° 253.

¹⁵ GUAGLIANONE, ob. cit., N° 129.

¹⁶ BORDA, ob. cit., N° 193.

¹⁷ También se ha denominado la institución *commodum separationis*. La expresión se encuentra en las fuentes empleadas por Ulpiano. Pero ese *commodum* —como dice Fadda (*Diritto ereditario romano*, Milano, 1949, II, p. 360)— no es una expresión a la cual se quisiera dar un contenido técnico preciso. La terminología que triunfó, "*beneficium separationis*", introducida por Gayo, se funda, no en un supuesto contenido típico, sino en ser el término opuesto al perjuicio material consiguiente a que los bienes del difunto fueran vendidos por el heredero.

gravado con deudas propias, otorgándoseles a aquéllos el derecho de obtener la *separatio bonorum*.

El heredero respondía de las deudas del difunto y de las propias, en virtud de la confusión de patrimonios que la aceptación de la herencia llevaba consigo. Los acreedores del difunto —que formaban una sola masa con los acreedores de los herederos— corrían el riesgo de recibir un pago incompleto o una parte menor de lo que les correspondía, si el heredero estuviese lleno de deudas. El patrimonio del difunto, suficiente para satisfacer a todos sus acreedores, podía resultar escaso para cubrir además los débitos propios del heredero.

En tales casos, cualquier acreedor del difunto (o legatario) podía solicitar del pretor o del gobernador de la provincia la separación de bienes, que era otorgada por dichos magistrados *causa cognita*. No había límite de tiempo para pedirla en la época clásica; en la época justiniana se tenía que solicitar dentro de los 5 años contados desde la adición de la herencia. Concedida la separación, los acreedores del causante y los legatarios se cobraban del patrimonio hereditario como lo hubieran hecho si el titular no hubiese muerto. El *as hereditario* era reservado a los acreedores del difunto y a los legatarios, y sólo cuando éstos estuvieran satisfechos el residuo se cedía a los acreedores del heredero¹⁸.

Importa subrayar este deslinde patrimonial de los bienes particulares del heredero respecto de los que integran el patrimonio relicto, pues en ese efecto consiste la institución romana que examinamos. No se trata de una preferencia establecida entre unos acreedores que se apresan a cobrar de un mismo patrimonio, sino de dos patrimonios totalmente separados, gravados respectivamente por grupos de créditos perfectamente diferenciados. No hay concurrencia, sino eliminación de la posible concurrencia de los acreedores del heredero con los de la herencia.

Un problema muy debatido entre los romanistas radica en determinar si los acreedores del causante perdían todo derecho sobre el patrimonio del heredero o podían dirigirse contra él cuando no habían logrado satisfacer plenamente sus créditos:

¹⁸ BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano* cit., p. 579.

Ulpiano¹⁹ siguió el primer punto de vista, estableciendo que la separación de patrimonios invocada por los acreedores del difunto impedía a éstos dirigirse contra los bienes del heredero, pues en virtud de la separación por ellos mismos impetrada quedaban desconectados de esos bienes. A la misma conclusión llegó Paulo²⁰.

El segundo punto de vista lo siguió Papiniano²¹, quien aceptó que en caso de no bastar el caudal relicto para saldar las deudas hereditarias, los acreedores del difunto podían satisfacer lo que faltara de sus créditos con el patrimonio particular del heredero, pero solamente respecto del residuo que quedara una vez satisfechos los acreedores del heredero. Los condicionamientos, pues, que imponía Papiniano para hacer factible la acción contra el patrimonio del heredero eran dos: que el patrimonio relicto haya sido insuficiente para pagar a los acreedores del causante, y que hayan sido satisfechos ya los acreedores del heredero.

Los comentaristas señalan en los tres textos, sobre todo en el último, diversas interpolaciones, discrepando sobre cuál sería el criterio clásico y cuál el de los compiladores justinianos que juntaron en un solo título del Digesto las dos hipótesis contradictorias. En general los autores se inclinan a reconocer en los supuestos ordinarios la vigencia de la doctrina de Paulo y Ulpiano, admitiendo para los casos excepcionales (separación solicitada por ignorancia) la de Papiniano²².

Bonfante²³ estima que las dos hipótesis no son en rigor del todo contrapuestas, pues los acreedores de la herencia no entran a cobrar del patrimonio del heredero, sino cuando los acreedores de éste han sido ya pagados. Siguiendo la idea de Bonfante, sostiene López Jocoiste²⁴ que mientras esté actuando la separación de patrimonios no hay excepción a la doctrina de Paulo y Ulpiano; pero cuando cesa su acción, que tiene lugar cuando los acreedores particulares del heredero hayan sido íntegramente pagados, los acreedores del causante todavía

¹⁹ Ley 1, 17, h. t. Ulp., Lib. 64 *ad adictum*.

²⁰ Ley 5, h. t. Paulo, Lib. 13 *questionarum*.

²¹ Ley 3, 2 d. h. t. Papin, Lib. 27 *questionarum*.

²² FERRINI, *Appunti sulla separatio bonorum*, Archivio Giuridico, 1899, p. 549.

²³ *Corso di Diritto Romano* cit., 1930, t. VI, p. 370.

²⁴ LÓPEZ JOCOISTE, José J., *El beneficio de separación de patrimonios en nuestro sistema sucesorio*, Madrid, 1958, ps. 13 y 14.

insatisfechos después de agotado el activo relicto, podrán dirigirse contra el heredero (no cuando éste ha aceptado a beneficio de inventario). Es entonces cuando resulta aplicable la doctrina de Papiniano.

380. La separación de patrimonios en el Derecho francés (antes de la ley del 23 de junio de 2006)

El sistema romano tendió a interpretarse, ya antes de la publicación del Código de Napoleón, como un sistema de preferencias para el cobro, estableciendo que sobre los bienes de la sucesión los acreedores hereditarios tenían preferencia sobre los acreedores del heredero; por tanto, se podían oponer a que los acreedores del heredero se cobrasen de los bienes hereditarios antes que ellos. Este derecho de preferencia era individual. El acreedor que lo deseaba lo solicitaba; pero su actitud no aprovechaba a los demás acreedores: no había un procedimiento colectivo como en el Derecho Romano. Tal derecho de preferencia se obtenía —como dicen Ripert y Boulanger²⁵— con ayuda de una separación de dos masas de bienes en manos del heredero, quien de este modo se encontraba poseyendo dos patrimonios en lugar de uno, por derogación de las reglas ordinarias. Ahora bien, esta separación de patrimonios ya no tenía la fuerza divisoria que tuvo en el sistema romano puro, pues, pese a la separación, los acreedores y legatarios del difunto podían dirigirse contra los bienes del heredero en concurrencia (sin preferencia) con los acreedores de éste.

Ya Domat²⁶ afirmó que los acreedores de la herencia que no lograsen hacer efectivo su crédito a costa de ella, podían ejercer su acción contra los bienes particulares del heredero, pero bajo la condición de que los acreedores personales del heredero fuesen primero pagados sobre esos bienes. Pothier²⁷, siguiendo el mismo criterio, advertía que la separación de patrimonios concedida en beneficio de los acreedores no podía volverse en perjuicio de ellos mismos, impidiéndoles perseguir los bienes del heredero. En rigor, estas opiniones no hacen más que recoger la tesis de Papiniano, que dejaba abierta al acreedor del causante

²⁵ RIPERT y BOULANGER, ob. cit., t. X, vol. 2, p. 228.

²⁶ *Les lois civiles*, Paris, 1835, p. 360.

²⁷ *Traité des successions*, Bruxelles, 1830, Cap. V, art. IV.

la posibilidad de accionar contra los bienes del heredero, cuando la *separatio bonorum* no hubiese asegurado el cobro íntegro del crédito y siempre que los acreedores personales del heredero hubiesen satisfecho sus créditos.

La opinión moderna de los juristas franceses va más allá de lo que dijeron Papiniano y Pothier, pues suprimieron los condicionamientos impuestos por esos autores. Se admite así que los acreedores del difunto puedan dirigirse contra los bienes del heredero sin necesidad de esperar la liquidación de la sucesión y sin que importe que los acreedores personales del heredero hubiesen sido desinteresados²⁸.

Después de lo dicho podemos sintetizar la evolución de la institución en tres grandes etapas sucesivas: 1º) Negativa absoluta de acción contra el heredero (sistema romano puro); 2º) pago de los acreedores del causante después de los del heredero, cuando no han podido satisfacer sus créditos con el caudal relicto (opinión de Papiniano y Pothier); 3º) concurso de los acreedores del causante con los del heredero sobre los bienes de éste, sin condicionamientos²⁹.

381. La separación de patrimonios en el Código Civil de Vélez Sársfield: concepto

El Derecho argentino, siguiendo los lineamientos del Derecho francés, creó un sistema de preferencias en favor de los acreedores y legatarios del causante que la invocan, para hacerse pagar con el producto de la liquidación de los bienes de la sucesión antes que los acreedores del heredero. Esto se entendió sin perjuicio de la facultad de tales acreedores —si el heredero ha aceptado la herencia pura y simplemente— para dirigirse contra el patrimonio privado del heredero, a fin de cobrar, en concurrencia con los acreedores de éste, con el producto de las ventas de los bienes personales del heredero.

De conformidad con lo dicho, podríamos definir el beneficio de separación como “la preferencia que la ley concede a los acreedores y legatarios del causante que la invocan, respecto a los acreedores del

²⁸ AUBRY y RAU, ob. cit., t. X, 619, nota 64; DEMOLOMBE, ob. cit., t. XVII, Nº 220.

²⁹ Nota al art. 3446. RIPERT y BOULANGER, ob. cit., p. 230.

heredero, para hacerse pagar antes que éstos con el producido de la liquidación de los bienes de la sucesión; y sin perjuicio del derecho de los acreedores del causante para hacer efectivos sus créditos en concurrencia con los acreedores del heredero, con el producido de la venta de los bienes particulares de tal heredero, si éste ha aceptado la herencia pura y simplemente”.

El pedido del beneficio producía *ipso iure* la separación jurídica de las masas patrimoniales. El derecho preferencial en el cobro no podría tener lugar si no existiera la separación de las dos masas que tiene el heredero: la que recibe por vía de herencia, y la que tenía con independencia de la herencia. La preferencia se ejercía respecto de los bienes hereditarios, y ésta implicaba separación de estos bienes de los demás del heredero. Esta separación se daba aunque la preferencia se ejercía sobre algún bien concreto de la sucesión; la pertenencia de los bienes concretos a la sucesión venía dada precisamente porque las dos masas patrimoniales están separadas. El inventario, cuando se hacía —pues su realización no es necesaria—, evitaba la prueba de la determinación de los bienes que componen la sucesión; pero su misión no iba más allá. Las masas patrimoniales estaban separadas *ex lege* de antemano, cuando se ejerce el derecho de separación.

La separación de bienes, de conformidad a lo dicho, abarcó dos aspectos en el viejo Código Civil:

a) Preferencia de los acreedores y legatarios del causante sobre los bienes sucesorios con respecto a los acreedores del heredero.

Este aspecto expresamente se consignó en el artículo 3445: “La separación de los patrimonios crea a favor de los acreedores del difunto, un derecho de preferencia en los bienes hereditarios, sobre todo acreedor del heredero de cualquier clase que sea”. En el mismo sentido se manifestó el artículo 3433 cuando expresaba que los acreedores de la sucesión podían demandar la separación de patrimonios “con el fin de hacerse pagar con los bienes de la sucesión con preferencia a los acreedores del heredero”. Los acreedores de la sucesión, en virtud de esta preferencia, se podían oponer a que los acreedores del heredero se cobraran del producto de los bienes hereditarios antes que ellos.

Lógicamente esta preferencia no se opuso a que los acreedores personales del heredero ejecutaran los bienes del sucesorio; pero una

vez realizada la ejecución, debían respetar la preferencia de los separatistas, cobrándose después de ellos. El artículo 3446, 2ª parte, decía en este sentido que “los acreedores del heredero conservan sus derechos sobre lo que reste de los bienes de la sucesión después de pagados los créditos del difunto”. El artículo, dentro del mecanismo individualista de la institución, debe entenderse con referencia a los créditos en particular.

b) Concurrencia de los acreedores y legatarios del causante, sobre los bienes del heredero, con los acreedores de éste. Los acreedores separatistas, como llama la doctrina a los que solicitan este beneficio, podían dirigirse contra el patrimonio del heredero para obtener el cobro de sus créditos, si éste había aceptado pura y simplemente; pero ya sin ninguna preferencia con respecto a los acreedores de éste. Por eso se decía que los acreedores de la sucesión entran en concurso, sobre los bienes personales del heredero, con los acreedores particulares de éste. Ésta es la idea que expresó el artículo 3446, 1ª parte: “Los acreedores y legatarios que hubiesen demandado la separación de patrimonios, conservan el derecho de entrar en concurso sobre los bienes personales del heredero con los acreedores particulares de éste”.

La norma implicó el abandono del sistema romano puro, representado por los textos citados de Ulpiano y Paulo, que impedía al acreedor hereditario dirigirse contra los bienes personales del heredero. También supuso ir más allá de lo expuesto por Papiniano, pues éste sólo permitía dirigirse contra los bienes del heredero cuando a los acreedores del causante les faltaren bienes en el caudal relicto para saldar sus acreencias, y siempre que los acreedores del heredero hubiesen obtenido el cobro de sus créditos. En cambio, la norma no recogió estos condicionamientos, por lo cual los acreedores de la herencia podían dirigirse contra los bienes personales del heredero, sin necesidad de esperar a que se liquiden los bienes de la sucesión para saber si éstos eran suficientes³⁰ o a que se paguen con bienes del heredero los acreedores de éste; precisamente por esto último se decía que los acreedores hereditarios entran en concurso con los acreedores del heredero sobre los bienes personales de éste.

³⁰ FORNIELES, *ob. cit.*, t. I, N° 146.

382. Forma de pedir la separación

La separación de patrimonios se efectuaba por un procedimiento distinto del utilizado en el Derecho Romano. Tal procedimiento no requería peticiones formales, como veremos a continuación:

a) *No era un procedimiento colectivo.* En el Derecho Romano la separación de patrimonios se hacía efectiva mediante un procedimiento colectivo de liquidación de los bienes del deudor heredero. En nuestro Derecho, en cambio, se hacía efectiva en forma individual. Esto significaba que el beneficio se otorgaba a quien lo solicitaba y sólo a él aprovechaba³¹. El acreedor que lo invocaba lo hacía ante uno o más acreedores del deudor individualmente considerados.

Esta idea individualista la recogía en forma indirecta, entre otros, el artículo 3433 al expresar que "todo acreedor de la sucesión [...] puede demandar", es decir que el beneficio se otorgaba sólo al que lo solicitaba, aprovechándole exclusivamente a él. El artículo 3438 también recogía la misma idea: "La separación de patrimonios puede ser demandada colectivamente contra todos los acreedores del heredero o individualmente contra alguno o algunos de ellos..." Aunque esta norma admitía la demanda colectiva contra todos los acreedores del heredero, ésta resultaba impracticable, pues el acreedor sólo podía actuar ante los acreedores concretos del heredero que pretendían cobrarse con el producto de los bienes hereditarios, no *in abstracto* contra todos los acreedores del heredero.

b) *No necesitaba un pedido formal de separación de patrimonios.* Se declaró que no es necesario invocar explícitamente la separación para que se reconozca el derecho de preferencia: basta que se reclame este Derecho³². Este derecho de preferencia podía reclamarse en cualquier forma; por ejemplo, que se interponga una *tercería* de mejor derecho en la ejecución seguida contra el heredero sobre los bienes sucesorios por un acreedor personal³³. Bastaba que se demostrara claramente la voluntad de hacer valer el privilegio de ser pagado antes que los acreedores personales del heredero³⁴. Podía hacerse valer como acción o como excepción.

³¹ LAFAILLE, ob. cit., N° 287.

³² CCiv. 1° Cap., 24-9-41, J. A. 7-290; CCom. Cap., 3-4-49, L. L. 18-163.

³³ G. F. 145-225; L. L. 18-163.

³⁴ G. F. 181-247.

c) *Oportunidad procesal de efectuar el pedido.* El pedido de separación de patrimonios con la preferencia que implicaba se debía interponer ante la actuación de un acreedor o de varios acreedores del heredero que pretendan cobrar con los bienes sucesorios. Entonces intervenía el acreedor separatista haciendo su reclamo preferencial. No bastaba, pues, la existencia de acreedores del heredero; éstos tenían que efectuar el reclamo de sus créditos ejecutando bienes del sucesorio. Sólo entonces podían intervenir los acreedores del causante oponiéndose a que sean pagados esos acreedores antes que ellos.

Lógicamente, el pedido de separación sólo tenía lugar a pedido de parte interesada, que actuaba cuando convenía a sus intereses. El artículo 3444, 1ª parte, decía al respecto que “La separación de patrimonios puede ser demandada en todos los casos que convenga al derecho de los acreedores”.

En el nuevo ordenamiento no se solicita la separación de patrimonios, puesto que ésta surge de pleno derecho al dar preferencia a algunos acreedores para cobrar sobre el patrimonio hereditario o sobre el patrimonio particular de los herederos.

383. El inventario: su función

Ya hemos dicho que la preferencia de los acreedores separatistas no puede tener lugar sin la separación de patrimonios. Pero esta separación existía jurídicamente sin necesidad de que se efectuara el inventario de los bienes que correspondía al caudal relicto.

El inventario no tenía más que una función probatoria. Si éste se realizó cuando los acreedores del heredero ejecutaban algún bien de los comprendidos en el inventario, al acreedor separatista le bastaba invocar el inventario, y no necesitaba probar que el bien pertenecía al acervo hereditario. La ley presumía que todo lo que constaba en el inventario pertenecía a la herencia, y quien afirmaba lo contrario lo tenía que probar. En cambio, si no había realizado el inventario y el acreedor del heredero ejecutaba un bien del sucesorio, el acreedor separatista tenía que probar que ese bien fue del causante.

Su función probatoria a veces servía para prevenir la confusión sobre el origen de los bienes, que impedía el ejercicio del derecho (art. 3442).

El inventario era, como en la institución del beneficio de inventario, un medio de prueba frente a terceros. De ahí que no resultaba indispensable hacerlo para que produjera sus efectos propios la separación de patrimonios³⁵.

Esta idea se ha mantenido en el Derecho vigente.

384. Medidas precautorias

Los acreedores del causante podían dirigirse al heredero con el fin de solicitar medidas precautorias para garantía de su derecho preferencial. Estas medidas procedían siempre que se cumplieran los requisitos que establecían las leyes procesales (arts. 195 y ss., CPCCN).

Todas ellas tendían principalmente a impedir el ejercicio del *ius disponendi*, que afectaba indirectamente la preferencia que tenían los acreedores del causante. Si salían los bienes del patrimonio del heredero, la garantía de los acreedores del causante quedaba disminuida y en consecuencia afectado su derecho preferencial de cobro.

Estas medidas eran muy variadas, y pueden consistir en el embargo o depósito de muebles, en el embargo o prohibición de enajenar los inmuebles, medidas éstas que se deberán anotar en el registro inmobiliario, etcétera.

Las medidas precautorias subsistían hasta tanto cumplieran su función de protección de los acreedores hereditarios. Se extinguían por vía indirecta cuando se pagaban los créditos sobre el caudal relicto o prescribían las acciones de los acreedores. Esto sin perjuicio de la caducidad cuando se traduzcan en anotaciones registrales (art. 37, letra b, ley 17.801).

385. Bienes sobre los que recae la separación

Son objeto de la separación de patrimonios los siguientes bienes:

a) *Los bienes que el difunto dejó al momento de fallecer.* Por eso no entraban los valores sujetos a colación, ni los bienes provenientes de la acción de reducción. El artículo 3441 consideraba expresamente

³⁵ LAFAILLE, ob. cit., t. I, N° 292, considera indispensable el inventario. También es la opinión de MOLINARIO, ob. cit., N° 21.

este criterio: "La separación de patrimonios no puede aplicarse sino a los bienes que han pertenecido al difunto, y no a los bienes que hubiese dado en vida al heredero, aunque éste debiese colacionarlos en la partición con sus coherederos; ni a los bienes que proviniesen de una acción para reducir una donación entre vivos".

b) *Los bienes adquiridos en reemplazo de los enajenados, siempre que fuese posible identificarlos* (arts. 3440 y 3442). Cuando la identificación no era posible porque esos bienes se confundían con el resto del patrimonio del heredero, no se podía pretender ninguna preferencia.

Para comprender la aplicación legal de este principio en los textos concretos del Código Civil, es conveniente dejar sentado que el heredero que ha aceptado pura y simplemente puede disponer libremente de los bienes hereditarios antes y después del pedido de separación, y esas enajenaciones son perfectamente válidas. Pero a los actos de disposición anteriores al pedido de separación, no les afectará ésta; sí, en cambio, a los segundos. El artículo 3440 se colocaba en la hipótesis de enajenación de bienes antes del pedido de separación de patrimonios. La preferencia —según el criterio legal— no se puede realizar ni sobre los bienes enajenados ni sobre el precio que ha sido pagado antes del pedido de separación, porque tanto la enajenación como el pago han tenido lugar antes del pedido. Al contrario, la separación tiene lugar sobre los actos realizados con posterioridad al pedido de separación, como sería el precio aún no pagado de una venta realizada con anterioridad, siempre, claro está, que fuese posible su identificación. El artículo 3440 decía en este sentido: "Si el heredero hubiese enajenado los inmuebles o muebles de la sucesión, antes de la demanda de separación de patrimonios, el derecho de demandarlos no puede ser ejercido respecto a los bienes enajenados cuyo precio ha sido pagado. Pero la separación de patrimonios puede aplicarse al precio de los bienes vendidos por el heredero, cuando aún es debido por el comprador; y a los bienes adquiridos en reemplazo de la sucesión, cuando constase el origen y la identidad"³⁶. Es una aplicación del principio de la subrogación real.

³⁶ Este criterio es aplicable, a nuestro juicio, cuando el heredero hipoteca un bien de la sucesión —que es un acto de disposición— antes que los acreedores hubieran solicitado la separación.

El artículo 3442 reafirmaba la idea contenida en la última parte del artículo 3440, con referencia exclusiva a los bienes muebles, que eran precisamente los que admitían la posibilidad de confusión con los muebles del heredero. Decía así: "La separación de patrimonios no se aplica a los muebles de la herencia que han sido confundidos con los muebles del heredero, sin que sea posible reconocer y distinguir los unos de los otros". Es el caso típico de las cosas fungibles, del dinero, de las mismas mercaderías cuando no se pudiera fijar con precisión cuáles de ellas pertenecieron al causante, etcétera. Pero si aparecieran claramente en el inventario, faltaría la razón para que no fuesen objeto del beneficio de separación³⁷.

c) *Los frutos que produzcan los bienes hereditarios*. Los frutos siguen la suerte del principal, y de ahí que también deban ser objeto de la separación. Lo decía expresamente el artículo 3439: "La separación de patrimonios, se aplica a los frutos naturales y civiles que los bienes hereditarios hubiesen producido después de la muerte del autor de la sucesión, con tal que su origen e identidad se encuentren debidamente comprobados".

En nuestra opinión, la norma no podía aplicarse a los frutos percibidos con anterioridad al pedido de separación, porque dichos frutos se han independizado de la cosa principal. En la práctica este criterio quedaba cumplido por la dificultad de su identificación (arts. 583 y 1416).

d) *Digamos, por último, que la separación admite dos modalidades en cuanto al objeto*: que recaiga sobre bienes concretos de la herencia o que recaiga sobre toda la herencia (art. 3438, *in fine*).

386. Plazo para pedir la separación

En nuestro Derecho no había un plazo determinado, como en el Derecho Romano justiniano o en el francés³⁸.

El *pedido de separación se podía efectuar mientras los bienes del causante estuvieran en poder del heredero o del heredero de éste* (art. 3443, 1ª parte). Concordantemente, la acción de los acreedores sepa-

³⁷ LAFAILLE, ob. cit., N° 297.

³⁸ En el Derecho Romano el plazo fue de 5 años; en el Derecho francés, respecto de los inmuebles, es de 3 años, según el art. 880, párr. 1º.

ratistas era imprescriptible (art. 4019, inc. 5º)³⁹. Pero de nada servía la imprescriptibilidad para pedir la separación, si había prescrito el crédito mismo, base del beneficio.

La separación podía pedirse, como acota Segovia⁴⁰, cuando los bienes estaban en poder del heredero o del heredero de éste, y así sucesivamente, pues la circunstancia de que por acontecimientos casuales o extraordinarios hubieran tenido lugar rápidas transmisiones, no debía menoscabar el beneficio otorgado al acreedor.

387. Efectos de la separación de patrimonios

Analicemos los siguientes aspectos:

a) *Preferencia de los acreedores separatistas*. El efecto fundamental de la separación de patrimonios es otorgar preferencia a los acreedores y legatarios del causante para cobrarse sobre los bienes hereditarios, antes que los acreedores personales del heredero. Esto significa que los acreedores y legatarios del causante pueden oponerse a que los acreedores personales del heredero se cobren de los bienes hereditarios antes que ellos.

Entre los separatistas se conservaba siempre el orden legal: primero cobran los acreedores privilegiados o hipotecarios, luego los quirografarios, y por último los legatarios.

b) *Derecho de los acreedores personales del heredero sobre los bienes de la sucesión*. Éstos pueden cobrarse con los bienes hereditarios en cuanto al saldo sobrante. En nada afecta el derecho preferencial de los separatistas que los acreedores personales del heredero se cobren el saldo restante que queda de los bienes hereditarios, una vez pagados los acreedores del causante y los legatarios. Este principio, admitido en el artículo 3446, *in fine*, fue reconocido en todas las etapas históricas de la institución.

³⁹ Hay una contradicción entre el art. 3443, que permite la acción mientras existan bienes en poder del heredero, y el art. 4019, inc. 5º, que la declara imprescriptible mientras haya bienes muebles en su poder. La mayoría de la doctrina, a la cual nos adherimos, entiende que debe prevalecer el texto del art. 3443. En ese sentido: MACHADO, ob. cit., t. IX, p. 31; BORDA, ob. cit., N° 418. En contra: ZANNONI, ob. cit., p. 302.

⁴⁰ SEGOVIA, ob. cit., t. II, p. 499, N° 25.

c) *Derecho de concurrencia de los acreedores separatistas*. Los acreedores separatistas podían ejecutar los bienes particulares del heredero, en concurrencia con los acreedores de éste. Lógicamente esta facultad sólo la tenían si el heredero había aceptado pura y simplemente, pues de lo contrario, es decir, si aceptaba bajo beneficio de inventario, el heredero sólo respondía con los bienes sucesorios (*cum viribus*).

En este supuesto los separatistas no tenían ninguna preferencia sobre esos bienes: se limitaban a concurrir con los acreedores del heredero. No necesitaban esperar la liquidación del caudal relicto, pues podían dirigirse contra el patrimonio particular del heredero, incluso antes de dirigirse contra los bienes sucesorios.

En este efecto es en donde aparece la gran diferencia con el Derecho Romano y con el Derecho antiguo francés, pues en ellos —como ya hemos dicho— los acreedores del causante sólo podían dirigirse contra el patrimonio particular del heredero, si hubiesen sido ya pagados los acreedores personales de éste, y siempre que no hubiesen podido quedar satisfechos los acreedores del causante con los bienes hereditarios.

388.C) La separación de patrimonios y el beneficio de inventario

La separación de patrimonios y la aceptación bajo beneficio de inventario eran instituciones independientes en nuestro Derecho, si bien ambas producían para los acreedores del causante efectos similares aunque no idénticos⁴¹. Veamos estos aspectos:

a) El beneficio de inventario desde su más remoto origen era una institución ideada en interés de los herederos, pues su fin era limitar la responsabilidad del heredero frente a los acreedores del causante, con los bienes hereditarios. De este modo, si se trataba de una herencia *damnosa*, con más pasivo que activo, los acreedores del causante no podían satisfacer totalmente sus créditos, por la insuficiencia del patrimonio de su deudor, y no podían dirigirse contra los bienes particulares del heredero. Esta limitación de la responsabilidad se hacía

⁴¹ En el Derecho español el beneficio de separación de patrimonios no tiene autonomía legislativa, sino que aparece como una consecuencia *ex lege* cuando el heredero acepta con beneficio de inventarlo. Puede verse *in extenso*, LÓPEZ JOCOISTE, ob. cit., ps. 21 y ss.

separando judicialmente el patrimonio del causante del propio del heredero. De lo dicho surgía claramente que el beneficio de inventario venía a obrar en contra de los acreedores del causante al limitar la garantía de sus créditos al patrimonio sucesorio.

Pero paradójicamente el beneficio de inventario, que había sido establecido en favor del heredero y en contra de los acreedores del causante, producía por vía refleja un efecto favorable a los acreedores del causante. En efecto, cuando existían acreedores particulares del heredero, la separación de patrimonios que provocaba el beneficio de inventario, impedía que esos acreedores ejecutaran los bienes sucesorios hasta tanto los acreedores del causante hubieran satisfecho sus créditos con el patrimonio hereditario. De manera que ese impedimento de los acreedores del heredero resultaba favorable a los acreedores del causante, que podían cobrarse de los bienes sucesorios sin sufrir la concurrencia de otros acreedores. Ése era, pues, el efecto favorable del beneficio de inventario para los acreedores del causante. Por eso era corriente decir que el beneficio de inventario favorecía directamente al heredero e indirectamente a los acreedores del causante.

La separación de patrimonios, en cambio, era una institución ideada para beneficio directo de los acreedores del causante frente a los acreedores del heredero. La separación de patrimonios se traducía en la preferencia que tenían los acreedores del causante con respecto a los acreedores del heredero, para cobrarse sobre el producto de los bienes del sucesorio. Esta preferencia sobre el caudal relicto se conseguía separando jurídicamente el patrimonio del causante del propio del heredero. Los acreedores del heredero no podían ejecutar los bienes hereditarios sino sobre el saldo restante que surgía una vez pagados los acreedores del causante. Como se ve, en lo que se refiere a los acreedores de la sucesión frente a los acreedores del heredero, los efectos de ambas instituciones eran iguales en lo que hasta aquí llevamos dicho.

b) Pero había una diferencia importante entre una y otra institución, que hacía que la separación de patrimonios tuviera un efecto escisorio superior en el beneficio de inventario que en el beneficio de separación de patrimonios. En efecto, en el beneficio de inventario los acreedores del causante limitan su responsabilidad a los bienes sucesorios (res-

ponsabilidad *intra vires* y *cum viribus*), de tal modo que nunca podían ejecutar los bienes particulares del heredero para satisfacer sus créditos. En cambio, en la separación de patrimonios los acreedores del causante podían dirigirse y ejecutar los bienes particulares del heredero, concurriendo con los demás acreedores del heredero, pero lógicamente sin preferencia sobre ellos. Pero este efecto sólo se producía cuando el heredero había aceptado pura y simplemente.

Esto explicaba que en el beneficio de inventario la separación de patrimonios se produjera con una intensidad de la que carecía en el beneficio de separación, precisamente porque en éste los acreedores del causante podían ejecutar, con las características indicadas, los bienes particulares del heredero, si éste había aceptado pura y simplemente.

c) De lo dicho podría surgir *prima facie* que la posición de los acreedores del causante (si el heredero aceptaba en forma pura y simple) era más ventajosa en la separación de patrimonios que en el beneficio de inventario, puesto que dichos acreedores podían en la primera institución dirigirse incluso contra los bienes particulares del heredero, facultad que no se les otorgaba en el beneficio de inventario. Sin embargo, el distinto mecanismo de las instituciones hacía que no fuera así:

En efecto, en el beneficio de inventario el acreedor se dirigía contra el sucesor de su deudor a través de una simple acción de cobro, acción que se veía garantizada por la necesidad del heredero de solicitar autorización judicial para enajenar los bienes del sucesorio. En el beneficio de separación la acción se dirigía contra personas completamente ajenas al acreedor del causante, cuales son los acreedores del heredero, normalmente desconocidas, para obtener un derecho preferencial sobre ellos en lo que se refería a los bienes sucesorios; pero ese derecho sólo se podía hacer efectivo cuando el heredero hacía el pago judicialmente, y aun entonces sólo ante el embargo concreto de bienes sucesorios por parte de los acreedores del heredero. El derecho preferencial de los acreedores separatistas podía ser burlado fácilmente pagando extrajudicialmente a los acreedores del heredero. La separación de patrimonios, en fin, no limitaba las facultades de disposición del heredero, lo que permitía la evasión de los bienes del sucesorio con los posibles consi-

guientes perjuicios para el acreedor. De ahí las mayores ventajas para los acreedores del causante del beneficio de inventario.

d) A partir de la ley 17.711 se produce en nuestro Derecho positivo una importante innovación en lo relativo al beneficio de inventario, pues en el artículo 3363, párrafo 1º establecía que “Toda aceptación de herencia se presume efectuada bajo beneficio de inventario, cualquiera sea el tiempo en que se haga”. Esta circunstancia no afectaba a la autonomía de la institución de la separación de patrimonios, porque, aunque los efectos eran iguales, el mecanismo para conseguirles era diferente.

No obstante, cabía preguntarse si, existiendo la aceptación presumida bajo beneficio de inventario, tenía ventajas pedir el beneficio de separación. *Prima facie* había que contestar que no, porque el mecanismo del beneficio de inventario resultaba más conveniente al acreedor del causante que el del beneficio de separación. Pero a pesar de producir iguales efectos jurídicos, el beneficio de inventario se podía perder; el artículo 3363, párrafo 2º, decía que “La realización de actos prohibidos en este código al heredero beneficiario importará la pérdida del beneficio”. Entonces el aceptante era considerado como heredero puro y simple desde la apertura de la sucesión (art. 3408). En tales casos la institución de la separación de patrimonios resurgía con plena virtualidad jurídica, pues los acreedores del causante no tendrían más que esta vía para asegurar su preferencia en el cobro de sus créditos sobre los bienes de la herencia, frente a los acreedores del heredero.

389. El nuevo Código Civil y Comercial ante la primera etapa

El nuevo Código ha abolido tácitamente todas las normas referentes a la aceptación pura y simple. En el nuevo ordenamiento civil no existe la aceptación pura y simple, ni la aceptación bajo beneficio de inventario.

Tampoco subsiste la confusión de patrimonios a que daba lugar la aceptación pura y simple, aun en los casos en que el heredero responde con sus propios bienes (art. 2321). Igualmente deja de tener sentido el beneficio de separación de patrimonios, porque la ley separa a los patrimonios del causante y del heredero a la manera del beneficio de inventario.

En consecuencia, las normas legales citadas en esta etapa sólo tienen un valor histórico, sin perjuicio de la validez de los efectos que pueden producir algunas de ellas.

II. SEGUNDA ETAPA: LA ACEPTACIÓN BENEFICIARIA COMO PRINCIPIO Y LA RESPONSABILIDAD ILIMITADA

390. Determinación temporal

La segunda etapa se inicia con la sanción de la ley 17.711 del año 1968, modificando en este punto los artículos 3363 y 3366 del Código Civil, y termina con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y su entrada en vigencia.

391. La aceptación beneficiaria como principio

Según el artículo 3363, párrafo 1º, modificado por la ley 17.711: "Toda aceptación de herencia se presume efectuada bajo beneficio de inventario, cualquiera sea el tiempo en que se haga".

El principio era, pues, la aceptación bajo beneficio de inventario. Esta aceptación tenía lugar sin necesidad de cumplir formalidad alguna, ni formular manifestación expresa en ese sentido; bastaba la mera declaración de voluntad de aceptar. Inclusive las aceptaciones tácitas eran también, en principio, beneficiarias.

El principio se alteraba cuando el heredero manifestaba su voluntad de renunciar al beneficio de inventario; en ese caso tal aceptación no producía los efectos de la aceptación beneficiaria, sino los de la aceptación pura y simple. Con todo, era muy difícil que tuviera lugar esa renuncia, que en nada podía beneficiar al declarante.

Nuestra doctrina, llevada por los términos empleados en el artículo 3363, consideró que la presunción beneficiaria constituía una presunción *iuris tantum*. Se confundía así el concepto de presunción con el de norma dispositiva. La norma dispositiva se caracteriza porque es derogable mediante una manifestación contraria de voluntad negociablemente válida; la presunción *iuris tantum* deja de aplicarse por la prueba en contrario. La norma dispositiva es de naturaleza sustancial,

en tanto que la presunción *iuris tantum* es de naturaleza probatoria. Ni siquiera cabe compatibilizar ambos conceptos, porque son autónomos e incompatibles: un precepto no puede ser a la vez presunción y norma dispositiva.

La aceptación beneficiaria que prevé el nuevo artículo 3363 contenía una norma dispositiva, que se derogaba con la manifestación en contrario del heredero, expresando la renuncia al beneficio de inventario. No había aquí problema alguno de prueba, propio de la presunción *iuris tantum*. Por eso, en la regulación positiva, la aceptación “era” con beneficio de inventario; no es que “se presumía” con beneficio de inventario. La ley otorgaba a la aceptación de la herencia el carácter de beneficiaria; pero, por tratarse de una norma dispositiva, admitía que el heredero renunciara al beneficio de inventario al realizar la aceptación de la herencia. El heredero —llegado el caso— no tenía que probar nada en contra de la aceptación beneficiaria, pues la aceptación pura suponía simplemente la renuncia al beneficio de inventario.

El beneficio de inventario, en todo caso, iba ligado al acto de la aceptación de la herencia. Por eso entendemos que no cabía acogerse al beneficio de inventario manifestando la voluntad de no aceptar. El beneficio de inventario implicaba aceptación, tal cual aparecía en el artículo 3363⁴².

Por lo demás, los efectos derivados de la aceptación con beneficio de inventario pueden perderse si el heredero realizaba determinados actos, prohibidos por el Código. El artículo 3363, párrafo 2º, disponía en este sentido: “La realización de actos prohibidos en este Código al heredero beneficiario importará la pérdida del beneficio”.

392. **Ámbito de la aceptación beneficiaria**

Para conocer el ámbito de la aceptación con beneficio de inventario había que distinguir los supuestos de aceptaciones expresas y de aceptaciones tácitas:

A) *Aceptaciones expresas*. La aceptación expresa, sin aditamentos, llevaba en sí el beneficio de inventario, sin que fuera necesario el cumplimiento de formalidad alguna respecto del citado beneficio (art. 3363).

⁴² En contra, indirectamente: GUASTAVINO, ob. cit., p. 183, N° 40.

B) *Aceptaciones tácitas*. En principio las aceptaciones tácitas también implicaban aceptaciones con beneficio de inventario. Sin embargo, existían numerosos supuestos de aceptaciones tácitas incompatibles con dicho beneficio.

El principio surgía del artículo 3363, párrafo 1º, que establecía que “toda” aceptación de la herencia se presume efectuada bajo beneficio de inventario, sin hacer distinción alguna entre la aceptación expresa y la tácita; por tanto, comprendiéndolas a ambas. Para que la aceptación tácita se presumiera efectuada bajo beneficio de inventario, se requería que el acto de aceptación fuera compatible con la calidad de heredero beneficiario. La mayoría de los actos que suponen aceptación tácita —afirma Fornieles en este sentido⁴³— son compatibles con la aceptación beneficiaria⁴⁴.

Los casos de aceptaciones tácitas que eran incompatibles con el beneficio de inventario eran aquellos que la ley prohibía al heredero beneficiario. Estrictamente, más que de actos prohibidos se trataba sobre todo de actos en los cuales no se empleaba el requisito que la ley imponía de la autorización judicial (a veces, incluso, de la subasta pública). La realización de tales actos implicaba la pérdida del beneficio presumido por la ley. Esto surgía con toda claridad del artículo 3363, párrafo 2º, que sancionaba con la pérdida del beneficio de inventario la realización de actos prohibidos al heredero beneficiario.

Todo lo expresado implicaba indirecta y necesariamente la modificación del criterio legal establecido en los artículos 3329 y 3359 del Código Civil. Según el primero: “En todos los casos de aceptación tácita, la sucesión se considera aceptada pura y simplemente”. A su vez, el artículo 3359 expresaba: “El sucesor universal no puede aceptar la herencia con beneficio de inventario, cuando ha hecho un acto de heredero puro y simple”. Ambos preceptos debían considerarse indirectamente derogados por el artículo 3363, pues de lo contrario habría que llegar a la conclusión de que la presunción contenida en el artículo 3363, párrafo 1º, no se aplicaría a las aceptaciones tácitas, criterio que consideramos inadmisibles⁴⁵.

⁴³ Ob. cit., N° 88.

⁴⁴ Conf.: BORDA, ob. cit., N° 225.

⁴⁵ Conf.: GUASTAVINO, ob. cit., p. 183, N° 16; BORDA, ob. cit., N° 305 y

De conformidad con lo dicho, analizaremos los casos contemplados en el Código de Vélez, los cuales, siendo supuestos de aceptaciones tácitas, resultaban compatibles con el beneficio de inventario, como también los que implicaban la pérdida del beneficio.

a) *Casos de aceptaciones tácitas con beneficio de inventario:*

1) La venta de bienes muebles con licencia judicial (arts. 3321 y 3393). Excepcionalmente no se requería licencia judicial cuando se trata de bienes muebles que no podía conservar el heredero o que el difunto tenía para vender (art. 3393).

En nuestra opinión, la exigencia de la licencia judicial se limitaba a los casos en que la enajenación era considerada como acto de disposición o de administración extraordinaria, pero no cuando respondía a un acto de administración ordinaria (art. 3406, 2ª parte).

2) La venta de bienes inmuebles, con licencia judicial y en remate público (arts. 3321 y 3393).

No obstante la exigencia contenida en la última parte del artículo 3393, en el sentido de la exigencia del remate público, la mayor parte de la doctrina admitía la prescindencia de esa formalidad cuando existía consenso de los herederos, acreedores hereditarios y legatarios⁴⁶. Aun en el caso de que no hubiere unanimidad, podría autorizarse la venta sin la formalidad del remate público, cuando a juicio del juez fuera más ventajosa por alguna circunstancia extraordinaria o porque en la plaza no se pudiera alcanzar mayor precio, siempre que fuera superior al de la tasación y se depositara a

306, dice que si bien el art. 3329 no ha sido derogado expresamente, lo ha sido tácitamente, por el art. 3363, que dice que toda aceptación se presume beneficiaria. Zannoni (ob. cit., p. 255) pone de relieve la incompatibilidad entre los arts. 3329 y 3363. En el mismo sentido: MORENO DUBOIS y TEJERINA, *Examen y crítica de la reforma del Código Civil*, vol. 2, *Sucesiones*, p. 54; etc.

⁴⁶ LLERENA, ob. cit., t. IX, p. 196; MACHADO, ob. cit., t. VIII, p. 561; BORDA, ob. cit., N° 360; GUASTAVINO, *Consideraciones sobre el beneficio de inventario y la renuncia de la herencia*, en J. A. 1971-10-657, N° 4; POVIÑA, ob. cit., N° 103, estima que el criterio literal del art. 3393 pugnaría contra los fines de la ley, pues si el precepto ha sido establecido en resguardo de los acreedores y legatarios y ellos están conformes con la venta privada, no cabe duda de que el propósito legal queda plenamente satisfecho.

la orden del juzgado, aplicándose el principio que informaba el artículo 442 del Código Civil⁴⁷.

3) La permuta de bienes sucesorios, con autorización judicial, o sin ella, se trataba de cosas muebles que no se podían conservar o que el heredero tenía para vender (arts. 3393 y 1492).

4) La cesión onerosa de derechos hereditarios en favor de coherederos o de terceros (arts. 3322).

5) La constitución de hipotecas, servidumbres u otros derechos reales sobre inmuebles de la sucesión, con licencia judicial (arts. 3321 y 3390). Pensamos que esta exigencia se extendía a la constitución de derechos reales limitativos sobre bienes muebles en la medida en que éstos pudieran existir sobre tales bienes.

6) Los actos por los cuales se sometían a árbitros o se transaban cuestiones sobre bienes sucesorios, con autorización judicial (arts. 3324 y 3390).

7) La aceptación y la renuncia de herencias deferidas al autor de la sucesión, con licencia judicial⁴⁸, y si el juez la diese, deberá hacerlo con beneficio de inventario (art. 3389). La presunción beneficiaria del artículo 3363 no era suficiente para considerar derogada esta prohibición, pues era posible la pérdida del beneficio y la consecuente responsabilidad *ultra vires* de la herencia deferida al causante⁴⁹.

8) El cobro de los créditos y la percepción de rentas. Estos actos implicaban, en principio, actos de aceptación compatibles con el beneficio de inventario, para los cuales no se requería autorización judicial (arts. 3326 y 3327).

9) Pago de deudas y cargas sucesorias. El pago de las deudas del causante implicaba un acto de aceptación tácita, compatible con el beneficio de inventario (arts. 3326, 2ª parte, y 3383, párr. 2º). Cuando se trata del pago de deudas provenientes de gastos relativos a la conservación o a la productividad del capital o al giro normal del establecimiento, son actos de administración ordinaria que no necesitan autorización judicial. Pero si las deudas no provienen de esos gastos,

⁴⁷ En el mismo sentido: POVIÑA, ob. cit., Nº 103. Este criterio, a nuestro juicio, se puede aplicar incluso cuando existan incapaces (en contra: BORDA, ob. cit., Nº 360).

⁴⁸ BORDA, ob. cit., Nº 363; MORENO DUBOIS, ob. cit., p. 64.

⁴⁹ En el mismo sentido: GUASTAVINO, ob. cit., ps. 183 y ss., Nº 48.

es decir, cuando se trata de deudas por ampliación de instalaciones, por nombramiento de nuevos empleados, por gastos extraordinarios, etcétera, estábamos ante supuestos de actos de administración extraordinaria que requerían, a nuestro juicio, autorización judicial.

10) En general, los actos de administración ordinaria, que son los que se refieren a la productividad del capital o a su conservación, los cuales pueden consistir aisladamente en actos enajenativos; por ejemplo, venta de mercaderías de un negocio. Tales actos no requerían aprobación judicial. En cambio, sí la requerían, en nuestra opinión, los actos de administración extraordinaria, como modificaciones físicas de los bienes, gastos extraordinarios, etcétera (arts. 3327 y 3388).

11) Las acciones judiciales se referían a la exigibilidad del cumplimiento relacionada con los actos de conservación o de administración ordinaria, por ejemplo la demanda para obtener el cobro de una mercadería vendida en el negocio. Para su ejercicio no se requería, en nuestra opinión, autorización judicial. Pero sí era necesaria tal autorización cuando las acciones versaban sobre la exigibilidad de cumplimiento relacionada con los actos de administración extraordinaria, o cuando se referían a reivindicaciones sobre cosas, o cuando implicaban pedidos de indemnizaciones por actos ilícitos, etcétera.

El Código se refería a las demandas que el heredero interponga contra sus coherederos o contra los detentadores de un bien dependiente de la sucesión para que sea restituido a ella (arts. 3323 y 3383, párr. 1°), como también a la contestación de demandas relativas a la sucesión que se entablen contra el heredero en calidad de tal (arts. 3325 y 3383, párr. 1°).

b) *Casos de aceptaciones tácitas que llevan consigo la pérdida del beneficio de inventario.*

Teniendo presente lo dispuesto en el artículo 3363, párrafo 2°, había que considerar como actos prohibidos todos aquellos que implicaban aceptaciones realizadas sin el cumplimiento de los requisitos impuestos por la ley. Por eso, si los actos enunciados precedentemente, cuando exigían autorización judicial o subasta pública, se realizaban sin cumplir tales exigencias, dichos actos resultaban incompatibles con el beneficio de inventario. Si la herencia se había aceptado en forma be-

neficiaria, la realización de tales actos llevaba consigo la pérdida del beneficio de inventario.

Aparte de los actos enunciados, existían otros que constituyen actos prohibidos en el sentido de que, en principio, ni el juez podía dar la autorización judicial. Naturalmente, la realización de esos actos llevaba consigo la pérdida del beneficio de inventario. Esos actos son:

1) La enajenación gratuita de bienes muebles e inmuebles. Si conforme al artículo 3393 era necesaria autorización judicial para la venta, es indudable que la enajenación gratuita no puede permitirse.

2) La cesión gratuita de derechos hereditarios, por aplicación analógica de lo dicho precedentemente⁵⁰.

A esto había que agregar el caso previsto en el artículo 3331. Cuando el heredero sustraja u ocultaba bienes sucesorios, la ley sancionaba tales actos con los efectos de una aceptación sin beneficio de inventario.

393. Falta de plazo para acogerse al beneficio de inventario si no hay intimación

La ley 17.711 concluyó con el término brevísimo de 10 días que el artículo 3363 concedía al heredero para acogerse al beneficio de inventario. Según el artículo, la aceptación gozaba del beneficio de inventario, cualquiera que fuera el tiempo en que éste se haga.

La presunción de aceptación beneficiaria, sin la exigencia de realizar el inventario en un plazo determinado, implicaba, a nuestro juicio, la reforma más trascendental en materia sucesoria que realizó la ley 17.711. En efecto, por esta vía indirecta y anómala, presumiendo lo que antes constituía la excepción, se limitaba la responsabilidad del heredero —efecto principal del beneficio de inventario— a los bienes recibidos del causante.

Se invirtió, pues, el sistema de responsabilidad hereditaria⁵¹. Pero en vez de haber sentado el principio en forma directa de que el heredero

⁵⁰ *Supra*, letra a, 4º.

⁵¹ Así lo entendió también el despacho mayoritario aprobado en el IV Congreso de Derecho Civil de Córdoba de setiembre de 1969, y luego sometido a plenario —con ligeras variantes— en las jornadas de Derecho Civil celebradas en Rosario en setiembre de 1971.

sólo responde de las deudas del causante con los bienes heredados como hacen otros códigos⁵², siguió la vía indirecta de presumir las aceptaciones como realizadas con beneficio de inventario. Pensamos que se siguió esta vía para aprovechar la estructura del Código en cuanto a las normas del beneficio de inventario. Pero con ese sistema se lesionó profundamente la unidad sistemática del Código en materia sucesoria, con lo cual han quedado descolocados una serie de artículos, unas veces por falta de razón de ser, otras por entrar en colisión con normas que establecían principios diferentes. Esto no representa un juicio negativo sobre la idea directriz en este aspecto de la reforma⁵³, sino sobre el método seguido. Abierto el camino, aceptado modernamente, del principio de la responsabilidad *intra vires*, debió llevarse hasta sus últimas consecuencias; pero esto no se podía conseguir con la supresión, adición o modificación de reglas dentro de la estructura del viejo Código, sino con una nueva normatividad. Ésto es lo que ha hecho el nuevo Código Civil y Comercial.

En este orden de ideas consideramos que, sentada la presunción de aceptación beneficiaria, ésta no debía condicionarse a la exigencia de la confección del inventario dentro de un plazo determinado. Esto implicaría admitir una causa genérica de tal magnitud que en múltiples casos la responsabilidad se tornaría ilimitada, en contra de la idea directriz que movió a los legisladores de la ley 17.711. Por eso consideramos un acierto del artículo 3363 el no haber exigido al heredero plazos para confeccionar el inventario, si no ha sido intimado judicialmente para ello por parte interesada⁵⁴.

Ésa es la idea acogida en el nuevo Código.

⁵² Art. 920, Cód. Civ. de Nicaragua.

⁵³ El sistema de la responsabilidad *ultra vires* —dice Ignacio De Casso (*Derecho Civil. Registros*, Madrid, 1951, p. 660)— no responde a ningún principio jurídico, suprimidas ya las antiguas ficciones que consideraban al heredero un continuador de la personalidad del causante. Mantener aun esa responsabilidad ilimitada y exigir para liberarse de ella una serie de formalidades molestas, constituye un anacronismo. En sentido similar: VALVERDE, Calixto, *Tratado de Derecho Civil español*, 4^o ed., t. V, p. 529. En nuestro país la mayoría de los autores se muestran partidarios del sistema de la responsabilidad *intra vires*. En contra: LLAMBÍAS, *Estudio de la reforma del Código Civil*, Buenos Aires, 1969, p. 427.

⁵⁴ Concordantes con lo expuesto en el IV Congreso de Derecho Civil de Córdoba suscribimos el despacho en disidencia, con relación a la recomendación de la mayoría

394. Función del inventario

El inventario es el medio que tiene el heredero para conocer el estado del activo y del pasivo hereditario. Le permite conocer los bienes sucesorios y las deudas, a efectos de poder tomar una posición definitiva ante la herencia. Si el activo supera al pasivo, el heredero normalmente ratificará definitivamente su calidad de heredero; si no es así, podrá renunciar a la herencia.

La ley 17.711 consagró el principio de la limitación de la responsabilidad del heredero en el artículo 3363, al declarar que toda aceptación de la herencia se presume efectuada bajo beneficio de inventario. Por otra parte, no impuso plazo al heredero para la confección del inventario, a no ser que fuera intimado judicialmente por parte interesada (art. 3366).

De lo dicho se deducía que la limitación de la responsabilidad del heredero, principal efecto del beneficio de inventario, existía en nuestra ley desde que se acepta la herencia, sin necesidad de la realización del inventario. El beneficio, pues, presumido por la ley no requería, en principio, la realización del inventario.

Cabe preguntarse entonces cuál es la función que cumplía —y que cumple en el nuevo Código— el inventario. En nuestra opinión, el inventario sirve simplemente de “medio de prueba” ante acreedores y legatarios. Sirve efectivamente para probar —salvo impugnación pro-

(3° f) de agregar al primer párrafo del art. 3366 que “igual sanción corresponderá en caso de no hacerse el inventario dentro de los 6 meses de la apertura de la sucesión o del momento en que el heredero conocía que la herencia le era deferida”. El despacho en disidencia expresó: “La minoría entiende que, de fijarse por la ley plazo al heredero para hacer el inventario, imponiéndole en caso de no efectuarlo la responsabilidad *ultra vires hereditatis*, implicaría lisa y llanamente volver al sistema anterior a la reforma de la ley 17.711. Aceptar la posición de la mayoría sería, a nuestro juicio, ir contra las corrientes legislativas modernas, que tienden a limitar la responsabilidad del heredero a los bienes recibidos (Cód. alemán, brasileño, mejicano, peruano, etc.). Además significaba, en nuestra opinión, eliminar el aspecto más significativo y asentado en materia sucesoria por la ley 17.711. El argumento dado por la mayoría de que los intereses de los terceros quedarían desprotegidos si no se impone un plazo legal al heredero para hacer el inventario, no nos parece acertado, pues dichos terceros están suficientemente protegidos por los arts. 3366 y 3406, que determinan la pérdida del beneficio de inventario en casos de actos del heredero contrarios a aquellos intereses”.

cedente— frente a terceros cuáles son los bienes que componen el caudal relicto, los cuales quedan separados de los propios del heredero. El inventario libera, así, al heredero de la obligación de probar, en el caso de ejecución dirigida contra sus bienes propios, la procedencia particular de tales bienes, puesto que no se hallan en el inventario. El inventario, realizado con las prescripciones legales, crea una presunción *iuris tantum* de que los bienes consignados en él son los únicos que componen la masa hereditaria.

Consecuencia de ello es que si el heredero aceptante, que no ha realizado inventario (ni ha sido intimado para ello) es demandado por alguna deuda hereditaria y se le embargan algunos de sus bienes particulares, necesitará probar que el bien no pertenece a la herencia. La vía procesal podrá ser la tercería de dominio, en la que tendrá que probar la propiedad particular de tales bienes. Al contrario, si ha realizado el inventario y se pretende ejecutar algunos de sus bienes particulares que no constan en dicho inventario, no necesitará probar nada, y la pretensión del tercero deberá ser rechazada por el juez.

El inventario cumple así en nuestra legislación igual papel que en el Derecho alemán, en el cual se presume que al tiempo de la muerte del causante no existen más objetos del caudal que los indicados en el inventario (art. 2009, Cód. Civ. alemán). La trascendencia práctica del inventario —dice Binder⁵⁵— estriba sólo en que, si es otorgado con arreglo a las prescripciones legales, funda la presunción de que los objetos que componen la masa de la herencia no existen sino como y en cuanto se hallan consignados en él.

También el Código Civil del Brasil establece, en forma similar, que el heredero no responde por las obligaciones que sobrepasan las fuerzas de la herencia; pero le incumbe, sin embargo, la prueba del exceso siempre que no exista inventario que demuestre el valor de los bienes heredados (art. 1587). Ídem, el Código Civil de Portugal (art. 2071)⁵⁶.

Todo lo expuesto precedentemente tiene pleno valor en la medida

⁵⁵ Ob. cit., p. 210.

⁵⁶ En sentido contrario: ZANNONI, ob. cit., p. 254. En contra: QUINTEROS, Federico, *La realización del inventario debe ser requisito de la limitación de responsabilidad del heredero*, en L. L. 143-1052.

que el heredero no ha sido intimado para realizar el inventario. En cambio, cuando el heredero ha sido intimado para hacer el inventario, la realización de éste dentro del plazo legal de tres meses (art. 3366) es muy importante, pues su omisión acarrea la pérdida del beneficio.

Lo expuesto vale para el nuevo ordenamiento civil.

395. Intimación judicial para hacer el inventario: juez competente

Es necesaria la intimación judicial, efectuada por parte interesada, para que comience el plazo para realizar el inventario.

El artículo 3366 establecía que el inventario deberá hacerse "dentro del plazo de 3 meses contados desde que hubiese sido judicialmente intimado por parte interesada". Quiere decir, pues, que el plazo para realizar inventario se contaba a partir de la intimación realizada por parte interesada. En el mismo sentido se manifiesta el nuevo Código.

Esta intimación tenía que ser judicial. No bastaba, pues, una intimación efectuada por telegrama colacionado, acta notarial u otro medio fehaciente: la ley imponía la intimación judicial.

El juez competente para hacer la intimación a los fines del artículo 3366 era el del lugar del último domicilio del causante (art. 3284, párr. 4º).

396. Personas que pueden intimar la realización del inventario: prueba del interés

El artículo 3366, párrafo 1º, exigía que la intimación fuera efectuada por parte interesada. Eran partes interesadas, con derecho a intimar judicialmente al heredero a realizar el inventario, los acreedores hereditarios, los legatarios y aquellas personas a cuyo favor se impongan cargas a la sucesión (arg. art. 3358).

Mientras los derechos de acreedores y legatarios no hubieran prescrito, podían intimar al heredero para que realizara el inventario. No había, pues, plazo especial de prescripción para ejercer el derecho a intimar al heredero.

La persona que pedía al juez la intimación judicial del heredero debía probar sumariamente la existencia del interés legítimo que invoca.

En forma similar se pronuncia el nuevo Código Civil y Comercial.

397. Personas intimadas para hacer el inventario: supuestos especiales

El heredero era el sujeto pasivo de la intimación. Cuando eran varios los herederos intimados para realizar el inventario, el inventario realizado por alguno de ellos sólo a él le aprovechaba; pero puede considerarse cumplida la exigencia legal para los demás, si manifestaban que se adherían al inventario confeccionado por otro coheredero.

Lo expuesto es aplicable al nuevo ordenamiento.

398. Plazo para hacer el inventario: caracteres

El artículo 3366, párrafo 1º, establecía el plazo de 3 meses para realizar el inventario, a contar del momento en que el heredero ha sido intimado judicialmente.

Este plazo no era inflexible, pues los jueces podían conceder las prórrogas que fueran indispensables si por la situación de los bienes o por otras causas atendibles no se pudo confeccionar el inventario dentro de los 3 meses (art. 3368). La apreciación de las razones y circunstancias invocadas por el heredero que solicitó la prórroga del plazo legal quedaba al arbitrio del magistrado.

En el mismo sentido se manifiesta el nuevo Código.

399. Plazo para deliberar (autorrevocación de la aceptación beneficiaria)

Decía el artículo 3366, párrafo 2º: “Luego de hecho el inventario, el heredero gozará de un plazo de treinta días para renunciar a la herencia, vencido el cual se lo considerará aceptante beneficiario”.

Realizado el inventario, que posibilitaba el conocimiento por parte del heredero del caudal relicto, la ley concedía a éste un plazo de 30 días para renunciar a la herencia. La ley era congruente: en esa etapa el heredero ya era aceptante, ya estaba en condiciones de conocer el

estado patrimonial de la herencia por haberse realizado el inventario; estaba, pues, en posición de decidir si iba a seguir como heredero o iba a renunciar. Como el heredero ya era aceptante con anterioridad, la norma sólo contemplaba la posibilidad de renuncia. Si el heredero no renunciaba durante los 30 días que preveía el artículo 3366, quedaba en la condición que estaba, es decir, en la de heredero beneficiario. Para modificar, pues, el *status* de que gozaba —el de heredero beneficiario— se necesitaba una declaración expresa de renuncia.

Quiere decir que el heredero sólo tenía el derecho de renunciar a la herencia aceptada (con beneficio presumido por la ley) cuando había cumplido con la exigencia del inventario, y siempre que lo ejerciera dentro del plazo improrrogable de los 30 días que fijaba el artículo 3366. Vencido el término de los 30 días sin utilizar el derecho de renuncia, el heredero quedaba en calidad de adquirente beneficiario definitivo de la herencia.

El plazo para deliberar ha sido suprimido en el nuevo Código.

400. Omisión del inventario en el plazo legal

El heredero que no realizaba el inventario en el plazo legal, después de haber sido intimado judicialmente, era sancionado por el artículo 3366, párrafo 1º, con la pérdida del beneficio. En este sentido decía el citado artículo: “El heredero perderá el beneficio si no hiciese el inventario dentro del plazo de tres meses contados desde que hubiese sido judicialmente intimado por parte interesada”. El artículo 3366, reformado por la ley 17.711, aceptó la solución que ya antes de la reforma contaba con la conformidad general de la doctrina y la jurisprudencia.

Cabía preguntarse si, perdido el beneficio, el heredero quedaba como aceptante no beneficiario o puede optar entre la aceptación no beneficiaria y la renuncia. Las opiniones estaban divididas en la doctrina ya antes de la reforma de la ley 17.711.

a) Según unos autores, el heredero que no había realizado el inventario en el plazo legal quedaba en situación de aceptar lisa y llanamente o de repudiar la herencia. Lafaille⁵⁷ sostuvo que no cabía

⁵⁷ LAFAILLE, ob. cit., t. I, N° 229.

reputar al interesado como aceptante puro y simple por no haber realizado el inventario en término, porque existía una declaración expresa en sentido opuesto y faltaría la regla legal que autorizara una consecuencia de tanta gravedad. Fornieles⁵⁸ afirmaba que en estas circunstancias el heredero quedaba en libertad de renunciar, porque si bien era verdad que el beneficio de inventario se concedía a condición de llenar ciertas formalidades, el hecho de no cumplirlas todo lo más que podía producir y debía producir era la pérdida del beneficio, pero no la pérdida del derecho de renunciar.

b) Otros autores⁵⁹, en cambio, sostuvieron que si el heredero no realizaba el inventario en el término legal, quedaba en condición de aceptante liso y llano, con responsabilidad *ultra vires*.

Después de la ley 17.711 se mantuvieron las divergencias, pues en tanto unos autores⁶⁰ sostenían el derecho de opción entre la aceptación no beneficiaria y la repudiación del heredero que no había realizado en término el inventario una vez intimado, otros⁶¹ opinaban que dicho heredero quedaba en la condición de heredero aceptante no beneficiario, es decir, aceptante puro y simple. Nos adherimos a esta última opinión, en virtud de las consideraciones siguientes:

1) En el sistema del Código Civil la corriente doctrinal que reservaba al heredero beneficiario que no inventariaba, dentro del término legal, el derecho de optar entre la aceptación lisa y llana y la renuncia, exceptuaba los casos en que hubiere efectuado actos de aceptación expresa o tácita⁶². Después de la ley 17.711, cuando se llegaba a la intimación judicial, ya el heredero tenía la calidad de aceptante.

⁵⁸ FORNIELES, ob. cit., t. I, N° 119.

⁵⁹ MOLINAS, Alberto J., *Algunos aspectos de la aceptación de la herencia con beneficio de inventario*, Córdoba, 1951, p. 19, nota 14.

⁶⁰ BORDA, ob. cit., N° 315.

⁶¹ GUASTAVINO, *Beneficio de inventario*, en J. A. 1969-183 y ss., N° 39; ZANNONI, ob. cit., ps. 258 y 263; MÉNDEZ COSTA, *Revocabilidad de la aceptación beneficiaria de la herencia*, en L. L. 148-1295; MAFFÍA, Jorge O., *El beneficio de inventario y los actos del heredero*, en J. A. 1972-13-515; las quintas jornadas de Derecho Civil se inclinaron porque la calidad de aceptante quede firme, declarando que "el heredero intimado judicialmente que no inventariaría en el plazo legal y su prórroga, pierde el beneficio y asume la calidad de aceptante puro y simple".

⁶² GUAGLIANONE, ob. cit., N° 117; FORNIELES, ob. cit., N° 119; BORDA, ob. cit., N° 315.

2) El artículo 3366 establecía que el heredero que no realiza el inventario una vez intimado judicialmente, perdía el beneficio de inventario, y no que perdiera la calidad de heredero. La calidad de heredero aceptante ya fue adquirida por él con anterioridad (art. 3363), y la ley no hablaba de la pérdida de esa calidad. La pérdida del beneficio de inventario que sancionaba la ley, no implicaba, pues la ley no lo decía, la pérdida de la calidad de heredero aceptante. En consecuencia, debía tenersele como aceptante liso y llano, sin posibilidad de renunciar.

3) La solución que concedía la opción al heredero que no había realizado el inventario en término después de haber sido intimado, no tenía, a nuestro juicio, apoyo en ningún texto legal. La aplicación del artículo 3539, propugnada por Lafaille antes de la reforma, podría funcionar en el caso de que ningún heredero hubiera aceptado la herencia. Pero después de la reforma, llegada la etapa de la realización del inventario, implicaba aceptación (arg. art. 3363), y en consecuencia tal norma resultaba inaplicable.

4) Una vez aceptada la herencia no era lógico conceder una facultad amplia de renuncia, pues entonces la aceptación no implicaba consolidación de la calidad de heredero, ni compromiso serio para él. Habiendo aceptación de la herencia, la facultad de renuncia debía quedar limitada a los supuestos previstos por la ley, siendo inadecuada todo tipo de interpretación analógica.

Negar la facultad de renunciar al heredero que no ha hecho el inventario en término y considerarlo como aceptante puro y simple, no era —como señalaba Borda⁶³— ir contra el espíritu de la ley 17.711, que procura evitar que se haga pesar sobre el heredero la responsabilidad *ultra vires*. La ley 17.711 sentó el principio de la responsabilidad *intra vires*, pero admitió numerosos supuestos de pérdida del beneficio, quedando el heredero obligado *ultra vires hereditatis* (arts. 3404, 3405, 3406 y 3408). No había ninguna razón valedera para no considerar al heredero, en el caso de que no hubiera hecho el inventario en término, como aceptante puro y simple, con responsabilidad *ultra vires*.

El heredero en esta etapa del proceso sucesorio era un adquirente con facultad limitada de renuncia, pues ésta sólo la podía hacer valer

⁶³ BORDA, ob. cit., N° 315.

durante el término para deliberar, que presuponía el cumplimiento de la obligación de realizar el inventario en término.

5) La responsabilidad *ultra vires hereditatis* impuesta al heredero que no había realizado el inventario en término luego de haber sido intimado judicialmente, involucraba —como decía Guastavino⁶⁴— un justo reequilibrio de los intereses en juego. En efecto, “la ley no impone por sí misma plazos al heredero para que se acoja al beneficio de inventario ni para que confeccione el inventario, y le permite poseer los bienes de la herencia sin restricciones. Mientras un interesado no lo exija, el heredero, pues, posee la herencia sin obligación de identificar el activo y el pasivo, y sin perder el carácter de heredero beneficiario que la ley presume. Es justo que una vez intimado a inventariar deba cumplir esa carga si desea seguir eximiéndose de responsabilidades ilimitadas”.

6) La solución contraria nos llevaba a problemas insolubles dentro de la mecánica de la ley. El plazo de 30 días que tendría el heredero para ejercer la opción entre la aceptación pura y simple y la renuncia, se contaba a partir de la terminación de la confección del inventario, pero en este supuesto no se había realizado el inventario: nos encontrábamos sin solución legal, precisamente porque la ley no había querido esa solución.

7) La sanción de considerar al heredero que omite el inventario en el plazo legal como heredero puro y simple era la solución admitida en el Anteproyecto de Babiloni⁶⁵, y en numerosas legislaciones, como la italiana (art. 485, Cód. Civ.), la española (art. 1018), la alemana (art. 1994), la venezolana (art. 1028), etcétera.

La solución que propugnábamos⁶⁶ incluía todos los supuestos de aceptaciones expresas o tácitas con beneficio de inventario. El artículo 3366 condicionaba la potestad de repudiar la sucesión al hecho de haber confeccionado el inventario, sin hacer ninguna distinción⁶⁷.

El nuevo Código ha aceptado esta solución en forma indubitable.

⁶⁴ Conf.: GUASTAVINO, *Beneficio de inventario* cit., p. 1834, N° 39.

⁶⁵ Ob. cit., t. IV, p. 84.

⁶⁶ *Derecho de Sucesiones* cit., vol. I, N° 397.

⁶⁷ Guastavino (ob. cit.), considera, al contrario, que corresponde exceptuar el caso de aceptación tácita no incompatible con la aceptación beneficiaria, en el cual el sucesor conserva todavía el derecho de optar entre la aceptación lisa y llana o la

401. Inventario espontáneo sin intimación

El artículo 3366 imponía al heredero la obligación de hacer inventario una vez que ha sido intimado judicialmente. Esta intimación se tornaba innecesaria cuando el inventario lo hacía el heredero espontáneamente.

El fin de la ley se cumplía con la realización del inventario; de ahí que resultaba indiferente que éste se efectuara previa intimación de los interesados o sin ella. La confección espontánea del inventario producía, por ello, los mismos efectos que cuando éste se realiza con la intimación de parte interesada, siempre naturalmente que se cumplieran los requisitos que la ley establece.

Efectuado el inventario espontáneo con todos los requisitos que exigía el artículo 3370, el heredero dentro de los 30 días subsiguientes podía renunciar a la herencia (analogía art. 3366). Quiere decir que este medio, que el mismo heredero controlaba, le otorgaba la facultad de renunciar.

Este efecto no se da en el nuevo Código.

402. Cesación del beneficio de inventario. Causales

El beneficio de inventario podía cesar cuando el heredero se desprendía voluntariamente de él por medio de su renuncia o cuando se le privaba de él por vía de sanción:

a) *Renuncia del beneficio de inventario.* El artículo 3404 decía que “el beneficio de inventario cesa por la renuncia expresa de él que haga el heredero en documento público o privado”.

La renuncia, como indicaba el precepto, debía formularse en forma expresa valiéndose de un instrumento público o privado. No era válida, por tanto, la renuncia al beneficio de inventario formulada tácitamente o valiéndose de la forma verbal.

La renuncia al beneficio de inventario podía hacerse en cualquier

renuncia. No alcanzamos a ver el porqué de la distinción de Guastavino. Los argumentos dados en su segundo trabajo (*Consideraciones sobre el beneficio de inventario y la renuncia de la herencia* cit., p. 657, N° 22) quedan indirectamente rebatidos por lo dicho en nuestra exposición. Méndez Costa (*Revocabilidad de la aceptación beneficiaria de la herencia* cit., p. 1295, II, 1, a) critica también esa distinción.

momento, ya sea antes o después de realizar el inventario, sin límite de tiempo. Esta posibilidad ilimitada de renuncia no se daba, en cambio, cuando la renuncia se refería a la herencia.

El nuevo Código Civil y Comercial no admite esa hipótesis.

b) *Como sanción impuesta por la ley*, cesaba el beneficio de inventario en los siguientes casos:

1) Ocultación y omisión fraudulenta de bienes. Expresaba el artículo 3405: "Cesa también el beneficio de inventario por la ocultación que hiciere el heredero de algunos valores de la sucesión, y por la omisión fraudulenta en el inventario de algunas cosas de la herencia". La ocultación de valores de la sucesión se debía reflejar en su omisión en el inventario. El inventario era, precisamente, la base sobre la cual se establecía el deslinde de los dos patrimonios; por ello, si se llegaba a demostrar la falsedad de tal operación la norma imponía como sanción la pérdida del beneficio, quedando en calidad de heredero puro y simple.

En concordancia con lo dicho, el artículo 3331 consideraba como si fuera aceptante puro y simple al heredero que hubiese ocultado o sustraído algunas cosas hereditarias; con mayor motivo debía aplicarse igual sanción cuando se falseaba la base para deslindar materialmente los patrimonios, es decir, el inventario.

Consideramos que el artículo 3405 no debía aplicarse cuando los herederos gozaban del beneficio de pleno derecho⁶⁸.

2) Realización de actos prohibidos. El artículo 3406 establecía: "El heredero pierde el beneficio de inventario, si hubiere vendido los bienes inmuebles de la sucesión sin conformarse a las disposiciones prescrites. En cuanto a los muebles quedaba a la prudencia de los jueces, resolver si la enajenación de ellos había sido o no un acto de buena administración". El artículo 3363, párrafo 2º, establecía que la realización de actos prohibidos al heredero beneficiario importaba la pérdida del beneficio. Aunque la segunda de las normas indicadas se refería a actos prohibidos, estrictamente se trataba de actos realizados sin las exigencias legales, de modo que la prohibición surgía en forma indirecta por no haber cumplido dichas exigencias.

⁶⁸ BORDA, ob. cit., N° 392, parcialmente en contra.

El estudio de esos actos ya lo hicimos al analizar las aceptaciones tácitas que llevan consigo la pérdida del beneficio.

El nuevo ordenamiento sigue esa orientación, estableciendo causales, algunas no coincidentes con las existentes en el Código de Vélez.

403. Efectos de la cesación del beneficio

La cesación del beneficio de inventario por alguna de las causales expuestas llevaba como consecuencia que el heredero quedaba como aceptante puro y simple. En ese sentido decía el artículo 3408: "Desde que cesa el beneficio de inventario, el heredero será considerado como heredero puro y simple desde la apertura de la sucesión".

La consecuencia más importante era el renacimiento de la responsabilidad *ultra vires hereditatis* por haberse producido la confusión de patrimonios.

Los efectos son similares en el nuevo Código Civil y Comercial.

404. No es necesario el beneficio de separación de patrimonios, mediando beneficio de inventario

Mediando beneficio de inventario, en principio, resultaba innecesario pedir el beneficio de separación de patrimonios, por las razones que expusimos en el punto 388.d).

Sólo podía adquirir sentido si se perdía el beneficio de inventario, ya porque se omitía hacer el inventario en el término fijado por el artículo 3366, párrafo 1º, ya por realizar actos prohibidos en el Código (art. 3363, párr. 2º).

En el nuevo Código el mecanismo es diferente.

405. El nuevo Código Civil y Comercial en la segunda etapa

El Código unificado, al consagrar la responsabilidad limitada como principio (arts. 2280 y 2317), ofrece respuestas similares a las contenidas en el antiguo Código Civil reformado por la ley 17.711. El nuevo Código ha separado la responsabilidad limitada del heredero de la institución de la aceptación, pero esa responsabilidad concuerda con la que se daba en la aceptación bajo beneficio de inventario.

De ahí la similitud de esta etapa con lo dispuesto en el Código unificado, que pasamos a exponer.

III. TERCERA ETAPA: LA RESPONSABILIDAD LIMITADA COMO PRINCIPIO. EXCEPCIONES

406. Principio de limitación de la responsabilidad del heredero, y consiguiente separación de patrimonios

El nuevo Código sienta el principio de la responsabilidad limitada del heredero con los bienes heredados (o su valor), sin conectarlo con el concepto de aceptación de la herencia. Lo cual no quiere decir que el heredero goza de esa limitación sin necesidad de aceptación: nos parece que el principio se concreta cuando media aceptación, aunque esta aceptación no se mencione como integrando el principio de responsabilidad limitada.

Tan es así que para analizar la responsabilidad del heredero valen todos los efectos que el Código de Vélez atribuyó a la aceptación con beneficio de inventario, y que el nuevo ordenamiento no menciona.

Esta responsabilidad limitada desligada de la aceptación con beneficio de inventario es propia de las legislaciones del grupo germánico (art. 1967, Cód. Civ. alemán). Y es también la solución del *common law*.

El principio de responsabilidad limitada, al circunscribir la responsabilidad del heredero al conjunto de bienes recibidos por herencia, lleva consigo una separación, al menos conceptual, del patrimonio heredado, distinto del patrimonio personal que el heredero tenía antes de morir el causante.

De ahí que corresponda distinguir estos dos aspectos: limitación de la responsabilidad y separación de patrimonios.

407.A) Limitación de la responsabilidad: concepto

La limitación de la responsabilidad del heredero implica que éste sólo está obligado a responder de las deudas y cargas de la sucesión hasta el límite de los bienes heredados. La ley consiente al heredero

sustraer sus bienes particulares a la acción incoada por los acreedores del causante por deudas hereditarias⁶⁹.

408. Precedentes históricos

A) *Derecho Romano*. En el Derecho Romano clásico el heredero respondía ilimitadamente por las deudas del causante, es decir, no sólo con el patrimonio hereditario sino con su patrimonio propio. Los *heredes extranei* no tenían posibilidad alguna de limitar su responsabilidad. Se trataba, pues, de una responsabilidad ilimitada e ilimitable.

Con el fin de evitar los perjuicios que podían sufrir los *heredes extranei* ante la aceptación de una herencia *damnosa*, Justiniano creó el beneficio de inventario, que permitió limitar la responsabilidad del heredero al caudal relicto, excluyendo de ella su patrimonio propio. En esta época del Derecho Romano cabe afirmar que existía como principio la responsabilidad ilimitada, pero limitable por el beneficio de inventario.

El efecto principal del beneficio de inventario era precisamente esa limitación de responsabilidad. La responsabilidad se circunscribía, cuando se hacía el inventario, al contenido de la herencia, es decir, a los objetos de la herencia que figuraban inventariados. No era, pues, una limitación en el valor de los bienes heredados, sino una limitación en esos mismos bienes, una responsabilidad *cum viribus hereditatis*, y no *pro viribus hereditatis*.

Del espíritu de la ley justiniana, y no del tenor literal de las palabras *in quantum res substantiæ ad eos devolutate valeant*⁷⁰, surge que la limitación de la responsabilidad del heredero era *cum viribus hereditatis*, y no *pro viribus hereditatis*⁷¹.

⁶⁹ Vocino explica el fenómeno de la irresponsabilidad del patrimonio propio del heredero beneficiario considerando su aceptación como un negocio procesal por el cual la ley consiente al heredero sustraer sus bienes a la acción ejecutiva. Ver la crítica de su teoría en CICU, ob. cit., N° 82 y ss.

⁷⁰ C. 6, 30, 22, 4.

⁷¹ Es la opinión sostenida por los pandectistas y por una pléyade de romanistas (SOHM, *Historia e instituciones de Derecho Privado Romano*, trad. española, Madrid, 1936, p. 569).

B) *Derecho germánico*. El Derecho germánico presumiblemente —como dice Binder⁷²— partió de la base de que el heredero no respondía por las deudas de su causante en ningún caso, como consecuencia de la primitiva comunidad familiar en la cual los componentes eran verdaderos condóminos. Posteriormente se fue ampliando este estrecho punto de vista y entonces se consideró que el heredero no debía responder con su propio patrimonio de las deudas de su causante, pero sí con los bienes heredados. La responsabilidad del heredero se hizo entonces limitada.

En la época de la recepción del Derecho Romano entra en conflicto la idea romana de la responsabilidad ilimitada pero limitable con la germánica de la responsabilidad limitada. Bajo la influencia de esta contraposición se desarrolló en los Derechos particulares una institución jurídica especial, que aparece regulada por el Derecho territorial prusiano y que esencialmente ha pasado al Código Civil alemán.

Según esta orientación, el heredero respondía en principio sólo con la masa de la herencia. Su responsabilidad era, pues, limitada, pero esa responsabilidad se podía tornar ilimitada, respondiendo así el heredero de las deudas hereditarias incluso con su propio patrimonio, si a instancia de uno de los acreedores no hacía un inventario dentro del plazo que le fijaba el tribunal. La responsabilidad, pues, en este sistema es limitada, pero ilimitable.

El beneficio de inventario del Derecho Romano quedó combinado así con el principio alemán de la responsabilidad limitada, dando nacimiento de esta forma a una institución híbrida, que sólo resulta explicable por la gran influencia del Derecho Romano en la evolución de los derechos particulares de los países germánicos.

409. Limitación de la responsabilidad en el nuevo Código Civil y Comercial

El Código unificado concreta el principio de la responsabilidad en varios preceptos. El artículo 2280, párrafo 3º sienta como principio la responsabilidad del heredero sobre los bienes del causante. Dice así:

⁷² BINDER, ob. cit., N° 207.

“En principio, responden por las deudas del causante con los bienes que reciben, o con su valor en caso de haber sido enajenado”. Destacamos que la responsabilidad de heredero se concreta a los bienes heredados o a su valor; es lo que los romanos llamaban responsabilidad *intra vires hereditatis*. El artículo 2316 reafirma el principio de que los acreedores del causante tienen derecho al cobro de sus créditos “sobre los bienes de la herencia”. Es la llamada responsabilidad *cum viribus*, que es una de las manifestaciones de la responsabilidad limitada (*responsabilidad intra vires*).

Por su parte, el artículo 2317 expresa: “El heredero queda obligado por las deudas y legados de la sucesión sólo hasta la concurrencia del valor de los bienes hereditarios recibidos. En caso de pluralidad de herederos, éstos responden con la masa hereditaria indivisa”. La norma aparece a primera vista como contradictoria, porque en la primera parte se refiere a la responsabilidad del heredero hasta la concurrencia del valor de los bienes recibidos, y en la segunda parte a la responsabilidad con los bienes recibidos, que son los que corresponden a la masa hereditaria. Ambas responsabilidades se dan en el heredero: en principio la responsabilidad es con los bienes (*cum viribus*) y cuando éstos se enajenan con el valor de los bienes (*pro viribus*). Esto es lo que con toda precisión dispone el artículo 2280. Por eso, entendemos que el artículo 2317, considerado en el contexto total de la responsabilidad del heredero, no puede dejar dudas sobre el sistema de la responsabilidad del heredero en el nuevo Código. El principio es la responsabilidad con los bienes: esta responsabilidad se transforma en responsabilidad sobre el valor de los bienes cuando éstos son enajenados, pero sin incluir el supuesto de responsabilidad ilimitada, en la que el heredero llega a responder con sus propios bienes (*responsabilidad ultra vires*).

Entendemos, en fin, que al hablar el artículo 2317 de que los herederos responden con la masa indivisa, va implícito que las deudas no se dividen de pleno derecho, como ocurría en el antiguo Código, sino que todos los herederos responden con la masa indivisa, de acuerdo a sus porciones.

Este sistema es similar al que estableció el Derecho territorial prusiano y al del Código Civil alemán, al haber impuesto como principio

la responsabilidad limitada, que puede tornarse ilimitada —como luego veremos— en los supuestos que prevé el artículo 2321.

410. Limitación de la responsabilidad en el legado de una universalidad

El artículo 2318 dice: “*Legado de universalidad*. Si el legado es de una universalidad de bienes y deudas, el legatario sólo queda obligado al pago de las deudas comprendidas en aquélla hasta el valor de los bienes recibidos, sin perjuicio de la acción subsidiaria de los acreedores contra los herederos y los otros legatarios en caso de insuficiencia de los bienes de la universalidad”.

El artículo se refiere al legado particular de una universalidad (lo llaman universalidad de bienes y deudas). Por ejemplo, el legado de un fondo de comercio. La norma está prácticamente copiada del artículo 828 del Código Civil de Quebec del año 2008, que dice así: “Cuando un legado particular comprende la universalidad del activo y del pasivo, el legatario sólo está obligado al pago de las deudas vinculadas a esta universalidad, sin perjuicio de la acción subsidiaria de los acreedores contra los herederos y los demás legatarios particulares en caso de insuficiencia de los bienes de la universalidad”.

Este artículo del Código de Quebec está en la Sección II (Cap. IV), titulada *De las obligaciones de los herederos y legatarios particulares luego de la liquidación*, sin coordinación con nuestro ordenamiento. Si se quiso destacar este supuesto, ¿por qué no se situó en la parte de los legados?

411. Reembolso en el pago de deudas o legados

El artículo 2320 expresa: “*Reembolso*. El heredero o legatario que paga una porción de las deudas o de los legados superior a su parte tiene acción contra sus coherederos o colegatarios por el reembolso del excedente, y hasta el límite de la parte que cada uno de ellos debía soportar personalmente, incluso en caso de subrogación en los derechos del que recibe el pago”.

La norma, tal cual está redactada, está en contradicción con las facultades excluyentes que le otorga el nuevo Código al administrador

de la herencia. Es función del administrador (y no de los herederos) continuar el giro normal de los negocios del causante, gestionar los bienes de la herencia, debiendo promover su realización en la medida necesaria para el pago de las deudas y legados, realizar actos conservatorios (art. 2353), debe cobrar los créditos (art. 2354), pagar deudas (art. 2358), etcétera. Estas facultades que corresponden al administrador traen como consecuencia la irrelevancia de que los créditos y las deudas sean o no divisibles, porque la función del cobro de créditos o del pago de deudas le corresponde al administrador y no a los herederos. Es tan importante toda esta estructura a cargo del administrador, que el cobro de créditos o el pago de deudas efectuados por los herederos, prescindiendo del administrador, carecen de validez.

Ante este nuevo panorama que ofrece el Código unificado a través de diversos artículos, aparece el artículo 2320 disponiendo, en contradicción, que el heredero que paga una porción de las deudas superior a su parte tiene acción contra sus coherederos por el reembolso de su excedente. ¿No establece el nuevo ordenamiento civil que el pago de las deudas es función del administrador?

Para entender el artículo 2320 necesariamente hay que recurrir a su fuente, que es el artículo 829 del Código Civil de Quebec, que se ha copiado literalmente. Dice así: "El heredero o el legatario particular que han pagado una parte de las deudas y legados superior a sus partes, tienen acción contra sus coherederos o colegatarios para el reembolso de lo que excediere sus partes. Sin embargo, sólo pueden ejercer la parte que cada uno de ellos hubiera debido soportar personalmente, incluso si se subrogaron en los derechos del que ha sido pagado".

El artículo 829 del Código canadiense se refiere al supuesto excepcional de obligaciones subsistentes después de la liquidación. Dicho artículo pertenece a la Sección II, que se caratula: *De la obligación de los herederos y legatarios particulares luego de la liquidación.*

Terminada la liquidación en el Código canadiense cesa en su cargo el administrador judicial, y entonces serán los herederos quienes quedarán obligados al pago de las deudas hereditarias en proporción a su parte (art. 823, párr. 2º, Código de Quebec).

Si aplicamos el supuesto de hecho del Código de Quebec a nuestro

nuevo Código, se entiende el artículo 2320. Al referirlo al período en que termina la indivisión y se procede a la partición, en ese tiempo ya no hay administrador judicial y los herederos adquieren protagonismo: ahí es cuando cabe el pago efectuado por los herederos y el posible reembolso. Los acreedores del causante no están obligados a respetar los términos de la partición, de manera que pueden dirigirse contra todos los coherederos o contra alguno de ellos para cobrar sus créditos. Si uno de los herederos ha pagado más de lo que le corresponde a su porción, podrá pedir el reembolso. En nuestra opinión, ésta es la interpretación que cabe darle al artículo 2320, si no se quiere contradecir las funciones del administrador que surgen de los artículos 2353, 2354, 2358 y de otros. En lo referente a los legados, el precepto es más confuso. En nuestra opinión, en el caso de que no hayan quedado bienes suficientes en la sucesión para el pago a los acreedores, los legatarios deben contribuir al pago de las deudas hereditarias (art. 2319). En el caso de que haya cesado el administrador (ya se han recibido los legados), el legatario que haya pagado a los acreedores del causante una porción superior a su parte, tiene acción de reembolso contra los colegatarios.

412. Formas de limitación de la responsabilidad

La limitación de la responsabilidad del heredero respecto de las deudas y cargas de la herencia está enunciada en los artículos citados en el punto 409.

Para comprender este efecto principal, conviene tener presente que la responsabilidad *intra vires hereditatis* puede tomar alguna de estas dos modalidades:

a) *Cum viribus hereditatis*, cuando la responsabilidad queda fijada mediante la delimitación del patrimonio hereditario, cuyos bienes resultan afectados al pago de las deudas hereditarias. Aquí estamos ante un límite cualitativo y objetivo, representado por los mismos bienes heredados. Cuando se responde *cum viribus hereditatis* es preciso delimitar el patrimonio hereditario con una adecuada administración para que, con los bienes que lo forman, sean pagados los acreedores y legatarios.

b) *Pro viribus hereditatis*, cuando la responsabilidad queda fijada en un límite cuantitativo. En ese caso el heredero responde hasta el límite del valor de los bienes de la herencia, pudiendo quedar afectado al pago de las obligaciones hereditarias su patrimonio personal, al cual se habrían incorporado dichos bienes, pero sólo hasta el límite representado por ese valor.

Esta diferencia en la responsabilidad —como dice Puig Brutau⁷³— no es meramente teórica, sino que produce consecuencias prácticas. En el caso de significar el inventario la fijación de un límite cuantitativo para la responsabilidad del heredero (*pro viribus*) esa cuantía no se alteraría por la pérdida o deterioro de objetos hereditarios, entonces ya plenamente incorporados a su patrimonio; en cambio, si produce el efecto de determinar los bienes concretos con que el heredero debe pagar a los acreedores de la herencia (*cum viribus*), dicha pérdida o deterioro produce una efectiva disminución del activo destinado al pago de los acreedores. Lo mismo cabe decir de los aumentos en los bienes heredados⁷⁴.

La responsabilidad *cum viribus* es, a nuestro modo de ver, más justa que la responsabilidad *pro viribus* en esta materia, no sólo porque evita molestias al heredero, sino porque pone a cargo de la herencia las pérdidas, deterioros y aumentos de los bienes hereditarios, y no a cargo del heredero⁷⁵.

La responsabilidad del heredero en nuestro Derecho, en principio, se limita a los bienes heredados, es decir, es *cum viribus hereditatis*⁷⁶. Existiendo bienes en la herencia, el acreedor no puede dirigirse directamente contra los bienes propios del heredero (con el límite del valor). La responsabilidad por el valor de los bienes es subsidiaria, de aplicación cuando los bienes del causante hubieran salido del patrimonio del heredero.

⁷³ *Fundamentos de Derecho Civil*, Barcelona, 1961, t. V, p. 283.

⁷⁴ Di Lella cita el caso de que el heredero vende un bien en los casos en que le está permitido y deposita el dinero en la escribanía, en cuyo caso responderá frente al acreedor por el valor del bien y no por el precio de venta (aceptando su propio patrimonio).

⁷⁵ Conf.: LACRUZ, ob. cit., p. 382.

⁷⁶ En el mismo sentido: GUASTAVINO, *Beneficio de inventario*, N° 12; ZANNONI, ob. cit., p. 277.

Para Royo Martínez, la responsabilidad *pro viribus hereditatis*, implica no sólo la exigencia legal del inventario sino de la tasación. No bastaría que el inventario fuese completo, sino que precisaría su justa valoración⁷⁷.

c) El principio de la responsabilidad *cum viribus* del heredero beneficiario no es absoluto, pues esa responsabilidad se torna en determinados casos *pro viribus*.

He aquí algunos casos: 1) cuando un acreedor se presente en el período de liquidación y no puede cobrar porque ya no hay bienes hereditarios (art. 2280), sin que esa circunstancia sea debida a actos que llevan consigo responsabilidad con sus propios bienes (art. 2321). 2) Cuando habiendo pagado a los acreedores y legatarios en el período de liquidación, se presentan acreedores tardíos exigiendo el cumplimiento de sus créditos. 3) En el caso de que el heredero haya cedido los derechos hereditarios. El heredero cedente, en principio, seguirá respondiendo por las deudas del causante *intra vires*, pero con responsabilidad *pro viribus*. Este efecto se produce si el acreedor se dirige contra el heredero cedente⁷⁸.

413. Bienes que responden por las deudas del causante: principio

El principio es muy simple: el heredero responde por las deudas, los legados y las cargas hereditarias con los bienes que componen la herencia o con su valor (arts. 2280 y 2317). Los bienes que componen la herencia son, en principio, aquellos que el difunto dejó al momento de fallecer.

414. Frutos

Se plantea el problema de si los frutos naturales y civiles que producen los bienes hereditarios sirven también de garantía a los acreedores de la sucesión.

Si se aplicara el principio enunciado precedentemente con todo rigor, dichos frutos deberían ser bienes de propiedad particular del

⁷⁷ ROYO MARTÍNEZ, *Derecho Sucesorio "mortis causa"* cit., ps. 286 y 289.

⁷⁸ *Infra* N° 641, Cap. XVII.

heredero, puesto que nacen después del fallecimiento del causante. Pero contra esta idea corresponde observar que tales frutos deben seguir la suerte del principal porque o son accesorios de él como los frutos civiles o forman un todo con la cosa como los naturales.

En nuestro Derecho se considera que los frutos de los bienes hereditarios forman parte de la masa y que engrosan, por tanto, la garantía de los acreedores hereditarios (art. 2329). Está vigente la opinión de Fornieles⁷⁹: la conservación de los frutos dentro de la masa hereditaria, hace fuerza en favor de un patrimonio autónomo susceptible de aumento o disminución.

Consideramos que la solución de nuestra ley es la más justa. Si los créditos contra la sucesión devengan intereses, los frutos sirven de compensación.

415. Valores colacionables y bienes sujetos a reducción

La responsabilidad del heredero frente a los acreedores del causante queda limitada a los bienes recibidos por herencia del causante (art. 2280) o a su valor (art. 2317). Por eso, el heredero no está obligado a pagar las deudas y cargas hereditarias con los valores colacionables. Dichos valores están fuera del caudal relicto y no constituirán para acreedores y legatarios parte del patrimonio del causante al momento de la apertura de la sucesión. Por otra parte, la colación es un remedio arbitrado para las relaciones entre coherederos, ya que busca la proporcionalidad entre ellos; por tanto, es ajeno a los derechos de los acreedores y legatarios.

En este sentido decía el artículo 3372 que el heredero "No está obligado con los bienes que el autor de la sucesión le hubiere dado en vida, aunque debiese colacionarlos entre sus coherederos, ni con los bienes que el difunto haya dado en vida a sus coherederos y que él tenga derecho a hacer colacionar". La norma fue tomada de un párrafo de la obra de Demolombe, citado en la nota, que dice textualmente: "El heredero beneficiario no está, pues, obligado frente a los

⁷⁹ Fornieles (ob. cit., N° 132) afirma que la conservación de los frutos dentro de masa hereditaria hace fuerza en favor de un patrimonio autónomo susceptible de aumento o disminución.

acreedores y legatarios ni con los bienes que le hayan sido donados entre vivos y cuya colación debería a sus coherederos si los hubiera; como tampoco con los bienes que hubiesen sido donados a sus coherederos y cuya colación le fuese debida⁸⁰. Aunque el nuevo Código no ha previsto una norma así, el principio que contiene permanece vigente.

Lo dicho es aplicable por analogía al supuesto de los bienes que el heredero recibe por virtud de la acción de reducción porque dichos bienes están fuera del caudal relicto al momento de la apertura de la sucesión, y porque además implica un remedio para garantizar la legítima de los herederos, siendo ajeno por ello al derecho de los acreedores y legatarios⁸¹.

416.B) Separación de patrimonios: función del inventario

La responsabilidad del heredero limitada a los bienes hereditarios presupone la separación de patrimonios. El patrimonio heredado y el propio del heredero no se confunden. La separación de patrimonios no puede aplicarse sino a los bienes que tiene el difunto al momento de su muerte. No se requiere pedido alguno, dándose automáticamente los efectos de los artículos 2316 y 2332 del nuevo Código.

Ahora bien, la separación de patrimonios que causa la responsabilidad limitada es una separación jurídica, que no requiere necesariamente de la separación materializada en el inventario.

El inventario, desde el punto de vista de la limitación de la responsabilidad del heredero, cumple una función secundaria (se sobreentiende si no hay intimación), pues su misión es eminentemente probatoria. Sirve para facilitar la prueba de los bienes del causante, creando una presunción *iuris tantum* en ese sentido. Nos remitimos a lo expuesto en el punto 394.

En cambio, si los acreedores o legatarios intiman judicialmente al heredero para que realice el inventario, éste debe realizarlo en un

⁸⁰ DEMOLOMBE, ob. cit., t. XV, N° 163.

⁸¹ En el mismo sentido: LAFAILLE, ob. cit., N° 241; BORDA, ob. cit., N° 328 y 329, crítica la última parte del art. 3372, que considera injusta, y piensa que la solución legal no se debe extender a los bienes que se han recibido como consecuencia de la acción de reducción.

plazo máximo de tres meses, y así permanecerá la limitación de su responsabilidad (arg. art. 2321).

La separación de patrimonios se muestra en una serie de supuestos. Tales supuestos no están contemplados en el nuevo Código, que en este sentido presenta abundantes lagunas jurídicas que el intérprete está obligado a cubrir, ofreciendo soluciones concordantes con los principios previstos por el legislador. Los analizaremos a continuación.

417.a) Subsistencia de los derechos personales y reales

Como consecuencia de la separación de patrimonios, no se produce la extinción por confusión de los derechos del heredero contra la sucesión ni los derechos de la sucesión contra el heredero, ya se trate de derechos reales o personales.

Vélez Sársfield, siguiendo las pautas del Código de Napoleón y el pensamiento de la doctrina francesa, sentó el principio de la falta de extinción por confusión de las titularidades activas y pasivas de causante y heredero en el artículo 3373 del antiguo Código.

Esta falta de confusión, dicho en otras palabras, implica la conservación de las relaciones preexistentes entre el heredero y el difunto. El heredero conserva frente a la herencia todos los derechos y todas las obligaciones que tenía frente al difunto.

Aunque en el nuevo Código no hay un artículo como el artículo 3373 que impida la extinción por confusión, el resultado viene dado por la separación de patrimonios que surge de los artículos 2280 y 2317; el nuevo ordenamiento no contiene norma alguna que contradiga la falta de confusión.

Sin embargo, la doctrina más moderna, italiana y española⁸², considera que la concepción clásica es errónea, pues el heredero beneficiario no puede, a menos que se considere la obligación como una relación entre patrimonios o que se personifique la herencia beneficiaria —posiciones inaceptables—, tener derechos reales limitados sobre una cosa que le pertenece, ni ser acreedor ni deudor de sí mismo, pues

⁸² VOCINO, *Contributo alla dottrina del beneficio d'inventario*, Milano, 1942, N° 12 y ss.; LACRUZ, ob. cit., p. 383.

hay en ello una imposibilidad lógica insuperable. Lacruz explica que, aun existiendo los dos patrimonios separados, esto no significa que puedan existir relaciones entre los dos patrimonios de la misma forma que si pertenecieran a distintos sujetos; más bien esas relaciones deben ser tratadas "en algunos aspectos" como todavía existentes, por ejemplo, para conservar la preferencia de unos acreedores sobre otros.

Por una parte, los derechos reales sobre cosa ajena subsisten en potencia y no *in actu*, mientras dura el proceso de liquidación. Ejemplo: si existe una hipoteca, que recae sobre un bien del causante garantizando un crédito del heredero no puede subsistir *in actu*, pues falta la dualidad de sujetos. Pero existe en potencia, de modo que, si en la liquidación se enajena la finca, se considera subsistente el gravamen hasta el pago del crédito garantizado.

Cicu, haciéndose eco del problema, sostiene que durante el estado de liquidación los derechos reales del heredero sobre los bienes del causante se extinguen por inutilidad, permanecen como derechos sobre cosa propia cuando resulta útil para el titular del derecho o para los terceros, y que los créditos se extinguen como tales transformándose en un derecho al valor de los bienes⁸³.

418.b) Subrogación

Cuando el heredero paga deudas de la masa con sus bienes propios no hay dificultad para admitir la subrogación. Es lo que decía el artículo 3374 del Código de Vélez: "El heredero es subrogado en los derechos del acreedor o legatario a quien hubiese pagado con su propio dinero".

Aunque el nuevo Código no contiene norma alguna, la subrogación es innegable, pues opera como una consecuencia de la separación de patrimonios, que facilita al heredero la recuperación del dinero propio que ha utilizado para el pago de las deudas hereditarias.

Asimismo el heredero puede adquirir créditos de terceros contra la herencia. En tal caso si ha conseguido una ganancia por haber pagado un precio menor que el valor nominal del crédito, no estará obligado a pagar la diferencia a sus coherederos⁸⁴.

⁸³ Ob. cit., p. 524.

⁸⁴ MAFFÍA, ob. cit., t. I, p. 401.

419.c) Acciones del heredero contra la sucesión

Como la responsabilidad limitada lleva consigo la separación de patrimonios, el heredero conserva las acciones que tuviera contra el causante y puede exigir su cobro. El artículo 3377 del antiguo Código expresaba: "Las acciones que el heredero beneficiario quiera intentar contra la sucesión serán dirigidas contra todos los herederos si los hubiere. Si hubiesen de ser intentadas por todos los coherederos, el juez nombrará un curador a la sucesión..."

El artículo previó dos supuestos: a) que un heredero desee cobrar su crédito contra la sucesión, existiendo otros herederos no coacreedores de ese crédito. En ese caso la acción se dirigirá contra los coherederos; b) que un heredero desee cobrar su crédito junto con los demás coherederos que son coacreedores. En ese caso el juez nombrará un curador a la sucesión; c) no existiendo coherederos contra quién dirigir la acción, se deberá nombrar un curador a la sucesión, y contra él se dirigirá la acción.

No dudamos de la vigencia de estas soluciones en el nuevo ordenamiento civil, en el cual no hay una norma como la del viejo artículo 3377. Tales soluciones son consecuencia lógica de la separación de patrimonios.

El Código unificado no ha previsto la existencia de un curador de la herencia, como hacían los artículos 485 y siguientes del Código de Vélez, pero puede aplicarse por analogía el artículo 138, referido a la curatela, o puede solicitarse el nombramiento de un administrador especial.

420.d) Acciones de la sucesión contra el heredero

El artículo 3378 del Código de Vélez decía: "Las acciones de la sucesión contra el heredero beneficiario pueden ser intentadas por los coherederos. Si no los hubiere, el pago de las deudas del heredero se hará en las cuentas que él presente de su administración".

El artículo previó dos situaciones: a) que existan otros coherederos, en cuyo caso ellos pueden intentar la acción contra el heredero deudor; b) que no existan otros coherederos, en cuya hipótesis el cobro de la deuda se hará en las cuentas que presente el heredero de su administración.

Esas deudas en el nuevo Código se colacionan si el heredero es descendiente o cónyuge del causante (art. 2397). En la cuota del heredero deudor se imputa el monto de la deuda que tenía frente al causante. Esa imputación sólo se puede efectuar si el heredero deudor la consiente antes de la partición, pues los coherederos no podrían exigir el pago antes de la partición, según dispone el nuevo artículo 2398.

Lo dispuesto en los artículos 2397 y 2398 rectifican lo que disponía el artículo 3378 del Código anterior.

421. Preferencia de los acreedores del causante respecto de los acreedores del heredero, sobre los bienes de la herencia

La separación jurídica de patrimonios resulta necesaria para establecer la preferencia de los acreedores del causante respecto a los acreedores del heredero sobre los bienes de la herencia; a estos efectos la masa hereditaria queda separada del patrimonio propio del heredero.

El artículo 2316 del nuevo Código expresa: "*Preferencia.* Los acreedores por deudas del causante y por cargas de la sucesión, y los legatarios tienen derecho al cobro de sus créditos y legados sobre los bienes de la herencia, con preferencia sobre los acreedores de los herederos". En otras palabras, sobre los bienes de la herencia tienen preferencia los acreedores del causante para cobrar sus créditos respecto a los acreedores del heredero, y los legatarios tienen preferencia para adquirir sus legados respecto a los acreedores del heredero.

422. La presentación de acreedores tardíos después de terminado el proceso de liquidación

A) *Doctrinas aplicables durante la vigencia del Código de Vélez.* Se discutía en la doctrina si cesaba o no el beneficio de inventario cuando terminaba el proceso de liquidación del pasivo de la herencia y se presentaban acreedores tardíos. Este proceso culminaba, si había varios herederos, con la partición.

Unos autores opinaban que el régimen del inventario subsistía, aun

después de pagar a los acreedores y legatarios conocidos, porque era posible que hubieran acreedores y legatarios desconocidos. Tácitamente implicaba esta opinión hacer perdurar el beneficio de inventario mientras exista la posibilidad de que algún acreedor o legatario pudiera reclamar su crédito por no estar prescrito. La consecuencia era que el heredero beneficiario continuaba sin tener la libre disposición del saldo de los bienes hereditarios, quedando expuesto a asumir la responsabilidad *ultra vires hereditatis* por la inobservancia de los requisitos impuestos al heredero beneficiario⁸⁵.

Otros autores, al contrario, pensaban que el pago total de los créditos y legados presentados o reconocidos en el sucesorio hacía cesar el beneficio de inventario; como consecuencia el heredero podía enajenar los bienes de la sucesión, sin necesidad de autorización judicial. No obstante, respecto de los acreedores del difunto y legatarios desconocidos que se presentaban tardíamente sólo podían ejecutar los bienes hereditarios que el heredero conserva y que fuera posible individualizar⁸⁶.

Sostuvimos que una vez pagados los acreedores del causante y los legatarios presentados o reconocidos en la sucesión, el beneficio de inventario subsistía en su efecto principal, cual es la limitación de la responsabilidad del heredero con el valor de los bienes recibidos. Pero esa responsabilidad era *pro viribus*, de manera que si el heredero no tuviera en su patrimonio los bienes heredados responderá con el valor de ellos. Precisamente se producía un cambio de la primitiva responsabilidad *cum viribus* para transformarse en responsabilidad *pro viribus*. Ésta es la solución que encuentra la mayoría de la doctrina española, ante textos similares a los nuestros⁸⁷.

Los demás efectos del inventario desaparecían. El heredero no necesitaba la autorización judicial para disponer de los bienes de la sucesión, una vez que hubiera pagado a los acreedores y legatarios conocidos. Una vez pagados dichos acreedores y legatarios, el heredero debía quedar en el pleno goce del remanente de la herencia. Cesando

⁸⁵ GUAGLIANONE, *ob. cit.*, N° 348.

⁸⁶ BORDA, *ob. cit.*, N° 404.

⁸⁷ PÉREZ LASALA, *Derecho de Sucesiones cit.*, vol. I, p. 513; PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, t. V, p. 305; LACRUZ, *Anotaciones a BINDER, ob. cit.*, p. 230.

esta administración, carecía de sentido la autorización judicial para poder disponer de los bienes que se tienen en pleno goce⁸⁸.

B) *La situación ante el nuevo Código Civil y Comercial.* El planteamiento en el nuevo Código necesariamente tiene que ser distinto, porque ya no cabe hablar de que cese o no cese el beneficio de inventario, sino si cesa o no cesa la limitación de la responsabilidad del heredero. En principio, la responsabilidad es limitada: el heredero, en principio responde por las deudas del causante con los bienes que recibe o con su valor en caso de haber sido enajenados (art. 2280, párr. 3º). Si un acreedor se presenta después de liquidada la herencia —siempre que el crédito no esté prescrito—, no hay ninguna razón para que no pueda cobrar. Nos parece incuestionable que el heredero conserve su responsabilidad hereditaria. Si ha enajenado los bienes heredados, responderá por el valor de esos bienes (responsabilidad *pro viribus*).

Si hay varios herederos y, al terminar el proceso de liquidación se aprobó la partición, el acreedor tardío ya no podrá demandar al administrador de la masa indivisa, sino que tendrá que demandar a los adjudicatarios o a alguno de ellos, según su conveniencia. Aunque la deuda se le haya adjudicado a uno de los herederos, el acreedor podrá dirigirse contra todos. Si el heredero o los herederos demandados hubieren enajenado los bienes incluidos en su hijuela, responderán por su valor (art. 2280). Si el heredero demandado paga una porción de las deudas superior a su parte tiene acción contra sus coherederos por el reembolso de su excedente (art. 2320).

Obviamente, el heredero es libre para disponer de los bienes que le han correspondido en su hijuela, siendo inaplicable el artículo 2321, inciso d, que sólo mantiene su vigencia durante el período de liquidación.

423. Pérdida de la responsabilidad limitada

La pérdida de la responsabilidad limitada implica que el heredero

⁸⁸ ROCA SASTRE, *Anotaciones a KIPP*, ob. cit., p. 453, expresa que esta administración de la herencia aceptada a beneficio de inventario no es por tiempo indefinido, "de modo que si un acreedor no conocido no reclama su crédito hasta muchos años después, no por ello hay que entender que no cese oportunamente dicha administración".

responde no sólo con los bienes heredados sino con sus bienes propios. Por eso se dice que responde ilimitadamente.

La responsabilidad limitada se hace ilimitada en los supuestos previstos en el artículo 2321 del nuevo Código. Dice así: "*Responsabilidad con los propios bienes*. Responde con sus propios bienes por el pago de las deudas del causante y cargas de la herencia, el heredero que:

"a) no hace el inventario en el plazo de tres (3) meses desde que los acreedores o legatarios lo intiman judicialmente a su realización;

"b) oculta fraudulentamente los bienes de la sucesión omitiendo su inclusión en el inventario;

"c) exagera dolosamente el pasivo sucesorio;

"d) enajena bienes de la sucesión, excepto que el acto sea conveniente y el precio obtenido ingrese a la masa".

El artículo es de la mayor trascendencia, pues en la terminología del Código de Vélez y de casi todos los códigos modernos, implica la pérdida del beneficio de inventario en cuyo caso la responsabilidad del heredero se torna ilimitada, respondiendo con sus bienes propios.

La norma se aplica en el período de liquidación, ya haya un solo heredero o varios, tanto a herederos testamentarios como intestados.

Analizaremos cada uno de estos supuestos en los números siguientes.

424. Caso de no hacer inventario en el plazo de tres meses desde la intimación de acreedores o legatarios

El artículo 2321, inciso a, se coloca en el supuesto de que el heredero no realice el inventario en el plazo de tres meses desde que los acreedores o legatarios lo intimaron judicialmente a su realización. Esto provoca la responsabilidad ilimitada del heredero ante los acreedores del causante, alcanzando esa responsabilidad a sus propios bienes. Esta intimación debe realizarse, en nuestra opinión, dentro del proceso sucesorio, lo que implica obviamente que éste ya se ha iniciado.

El efecto que provoca la no realización del inventario termina con las divergencias doctrinales que se producían en la interpretación del artículo 3366, párrafo 1º del anterior Código, divergencias que se traducían en considerarlo, según unos, como heredero puro y simple, es

decir como heredero con responsabilidad ilimitada, y según otros, con el derecho de opción de repudiar la herencia o quedar como aceptante puro y simple.

En el nuevo Código el efecto de no realizar el inventario es indiscutible: la responsabilidad ilimitada del heredero. Es la solución que acepta el Código Civil alemán (art. 1994) y que nosotros vemos como un progreso del nuevo ordenamiento civil.

425. Ocultamiento fraudulento de los bienes de la sucesión

La norma contenida en el artículo 2321, inciso b, está también contemplada en el artículo 2297.

El inciso b, del artículo 2321 debe interpretarse incluyendo no sólo los casos de ocultación fraudulenta sino también los supuestos de sustracción a que se refiere el artículo 2295.

El artículo 3331 del Código Civil de Vélez también se refería al heredero que hubiese ocultado o sustraído algunas cosas hereditarias teniendo otros coherederos. El tema lo analizamos al exponer la aceptación forzada⁸⁹.

426. Exageración dolosa del pasivo sucesorio

Esta causal prevista en el inciso c, del artículo 2321 aparece como novedosa en nuestro Derecho. En nuestra opinión, para incurrir en la causal que provoca la responsabilidad ilimitada, debe ser una exageración notable o de consideración del pasivo hereditario, desechando aquellas situaciones que aumenten el pasivo en pequeños o insignificantes montos.

El artículo 2005, inciso b, del Código Civil alemán prevé este supuesto con mayor extensión. Dice así: "Si el heredero produce intencionalmente una notable inexactitud de las indicaciones de objetos del caudal relicto contenidos en el inventario o si, con intención de perjudicar a los acreedores de dicho caudal, indica una obligación que no existe sobre el mismo, responde ilimitadamente por las obligaciones del caudal relicto".

⁸⁹ *Supra* N° 322.

427. Enajenación de bienes de la sucesión

El inciso d, del artículo 2321 considera causal de responsabilidad ilimitada la enajenación de bienes de la sucesión, "excepto que el acto sea conveniente y el precio obtenido ingrese a la masa".

En nuestra opinión, la "conveniencia" del acto no se puede explicar sino conectándola con los actos de disposición que prevén los artículos 2325 y 2353. El primero dice que los actos de disposición requieren el consentimiento de todos los coherederos (el artículo pertenece al capítulo de administración extrajudicial, aplicable al caso de que no haya administrador designado). El segundo expresa que para la enajenación de bienes, que no sean muebles susceptibles de perecer, se necesita el acuerdo unánime de los herederos y, en su defecto, autorización judicial (el artículo pertenece al capítulo de la administración judicial, aplicable al caso de que haya designación de administrador). La conveniencia del acto de enajenación presupone el acuerdo unánime de todos los herederos y, subsidiariamente, la autorización judicial.

Eso es lo que disponía el artículo 3363, párrafo 2° del antiguo Código Civil sobre los actos prohibidos en ese Código que llevaba consigo la pérdida del beneficio de inventario, o el artículo 3393 que exigía licencia judicial para enajenar bienes muebles y además remate público tratándose de inmuebles para no perder el beneficio. Es lo que disponen otras legislaciones: así el artículo 1024, inciso 2° del Código Civil español, sanciona con la pérdida del beneficio de inventario al heredero que, antes de completar el pago de las deudas o legados, "enajenase bienes de la herencia sin autorización judicial o la de todos los interesados o no diese al precio de lo vendido la aplicación determinada al concederle la autorización".

Pero sustancialmente para que la enajenación (venta) sea conveniente debe tener como contrapartida un precio adecuado al valor de la cosa. Sin ese requisito no se puede hablar de una enajenación conveniente, aunque el precio obtenido se deposite en el expediente.

La excepción, además, requiere que "el precio obtenido ingrese a la masa", con lo cual se quiere evitar que disminuya la garantía de los acreedores del causante: hay una especie de subrogación real de la cosa por el precio.

Ese ingreso se efectúa a través del correspondiente depósito judicial.

La norma es aplicable cuando la herencia está en período de liquidación. Una vez adjudicados los bienes al heredero, éste tiene la más amplia libertad para disponer de los bienes que le correspondieron en su hijuela. Pero seguiría respondiendo frente a los acreedores del causante en la forma expuesta en el número 422, B.

428. Falta de confusión de patrimonios

El patrimonio del difunto y el del heredero no se confunden en el nuevo Código, aun cuando el heredero responda con sus propios bienes. El patrimonio del difunto y el del heredero están separados de pleno derecho, mientras la herencia no haya sido liquidada.

El legislador se ha inspirado en las soluciones dadas por el Código Civil de Quebec del año 2008. El artículo 780, párrafo 2° dispone que el patrimonio del difunto y el del heredero están separados de pleno derecho, pues esa separación tiene efectos tanto con relación a los acreedores de la sucesión como a los acreedores del heredero.

Esta solución es diferente a la que adoptaba el Código Civil de Vélez, en el que se producía la confusión de patrimonios si el heredero perdía el beneficio de inventario. Esa confusión derivaba en una sola masa sobre la que concurrían todos los acreedores, tanto del causante como los acreedores del heredero. La única forma de paliar estas consecuencias negativas para los acreedores del causante era pedir la separación de patrimonios.

429. Preferencia o concurrencia sobre los bienes propios del heredero

El tema de la preferencia o concurrencia sobre los bienes propios de los herederos abarca dos cuestiones:

a) La primera, que es previa, requiere determinar si los acreedores del causante, cuando la responsabilidad del heredero es ilimitada, pueden dirigirse contra los bienes propios del heredero.

El tema está previsto en el artículo 782, párrafo 1º del Código Civil de Quebec, que dice así:

“Los bienes del heredero son empleados en el pago de las deudas de la sucesión sólo en el caso en que el heredero esté obligado al pago de estas deudas más allá del valor de los bienes que recibe y que los bienes de la sucesión sean insuficientes”. El principio que contiene es claro: las deudas de la sucesión sólo se pueden pagar con los bienes del heredero dándose estas dos circunstancias: 1) cuando el heredero responde con sus bienes propios. 2) cuando los bienes de la sucesión sean insuficientes para pagar a los acreedores del causante”.

La primera parte de este párrafo del Código canadiense prevé el caso en que el heredero está obligado al pago de las deudas de la sucesión más allá del valor de los bienes que recibe. El nuevo Código argentino prevé esa situación en el artículo 2321 haciendo responder al heredero de las deudas del causante con sus propios bienes.

La última parte de ese párrafo del artículo 782 exige para que se dé esa responsabilidad que los bienes de la sucesión sean “insuficientes”. El nuevo Código argentino no contiene esa precisión.

Ante el vacío legislativo, en nuestra opinión, se pueden adoptar dos posiciones: la primera consistiría en otorgar a los acreedores del causante la facultad de dirigirse contra los bienes propios del heredero (se entiende, dándose alguno de los presupuestos enumerados en el art. 2321), aunque existan bienes suficientes en la herencia para satisfacer sus acreencias; la segunda posición limitaría el derecho de los acreedores para dirigirse contra los bienes propios del heredero sólo en el supuesto de que los bienes hereditarios fueren insuficientes para el cobro de sus créditos.

Nos parece más justa esta última posición que es la adoptada por el Código de Quebec, pues lo importante es que el acreedor de la sucesión tenga una mayor garantía extendiéndola al patrimonio particular del heredero “cuando la necesite”. En consecuencia, existiendo bienes suficientes en la herencia, sólo podría agredir esos bienes.

b) La segunda se refiere propiamente a la preferencia o concurrencia, cuando la responsabilidad del heredero es ilimitada, entre los

acreedores del causante y los acreedores de los herederos. La situación está prevista en el artículo 2322 del nuevo Código, que dispone:

"Prioridad de los acreedores del heredero sobre los bienes del heredero. En los casos previstos en el artículo anterior, sobre los bienes del heredero, los acreedores del heredero cobran según el siguiente rango:

"a) por los créditos originados antes de la apertura de la sucesión, con preferencia respecto de los acreedores del causante y de los legatarios;

"b) por créditos originados después de la apertura de la sucesión concurren a prorrata con los acreedores del causante".

Siendo el patrimonio particular del heredero el que responde por las deudas del causante, el artículo 2322 establece el siguiente orden: a) Los acreedores del heredero, cuyos créditos se han originado antes de la apertura de la sucesión, tienen preferencia respecto a los acreedores del causante sobre los bienes del heredero; b) los acreedores del heredero, cuyos créditos se han originado después de la apertura de la sucesión, concurren a prorrata con los acreedores del causante sobre los bienes del heredero.

La norma fue tomada del párrafo 2º del artículo 782 del Código Civil de Quebec, que dispone: "El pago a los acreedores de la sucesión sólo se realiza, entonces, luego del pago a los acreedores de cada heredero cuyo crédito se originó antes de la apertura de la sucesión. Sin embargo, los acreedores del heredero cuyo crédito se originó después de la apertura de la sucesión son pagados concurrentemente con los acreedores impagos de la sucesión".

La nueva norma representa una novedad respecto al Código de Vélez, en el que sólo cabía la concurrencia entre unos y otros acreedores. La mención de los legatarios en el inciso b, es innecesaria y puede inducir a confusión, pues de lo que se trata es de determinar la prioridad o concurrencia entre acreedores (acreedores del causante y acreedores de los herederos), como señala el Código canadiense.

CAPÍTULO XIV

COMUNIDAD HEREDITARIA

SUMARIO: I. *Concepto. Caracterización. Las cuotas.* 430. Comunidad hereditaria: concepto. 431. El condominio y la comunidad hereditaria. 432. Precedentes históricos. 433. Influencia de las comunidades clásicas en el Derecho moderno. 434. Caracterización de la comunidad hereditaria. 435. La comunidad hereditaria en el Derecho argentino: las cuotas. 436. La pretendida personalidad jurídica de la comunidad hereditaria. II. *Objeto. Contenido de las relaciones de comunidad.* 437. Objeto de la comunidad hereditaria: extensión y modificaciones. 438. Personas que integran la comunidad hereditaria. 439. La comunidad hereditaria y los legatarios. 440. Contenido de las relaciones de comunidad hereditaria: distinción. 444.A) Derechos de los coherederos sobre la masa indivisa: enunciación. 442. Uso de las cosas comunes. 443. Posesión de los bienes. 444. Ejercicio de acciones. 445.B) Derecho de los coherederos sobre sus cuotas en la masa indivisa. 446.C) Enajenación de bienes concretos. III. *Indivisión forzosa.* 447. Justificación. 448. Indivisión impuesta por el testador. 449. Pacto de indivisión. 450. Oposición del cónyuge. 451. Vivienda que ha sido residencia habitual de los cónyuges. 452. Oposición del heredero. 453. Oponibilidad frente a terceros. Derechos de los acreedores. IV. *Administración extrajudicial y administración judicial de la comunidad hereditaria.* 454. Administración extrajudicial de la comunidad hereditaria. 455. Administración judicial de la comunidad hereditaria: fuentes del nuevo Código Civil y Comercial. 456. Personas que pueden ejercer el cargo de administrador judicial. 457. Designación de administrador judicial. 458. Designación por el testador. 459. Pluralidad de administradores. 460. Renumeración y gastos. 461. El administrador no está obligado a garantizar el cumplimiento de sus obligaciones. 462. Remoción del administrador judicial. 463. Medidas urgentes ante el inconveniente del administrador para entrar en funciones. 464. Régimen jurídico de la administración judicial: precedentes. 465. Régimen jurídico de la administración judicial en el Código Civil de Vélez Sársfield. 466. Funciones del administrador judicial en el nuevo Código Civil y Comercial. V. *Situación de créditos y deudas.* 467. Los créditos y las deudas: precedentes históricos. 468.A) Los créditos y las deudas divisibles en el Código Civil de Vélez Sársfield. 469.a) Los créditos divisibles en el Código de Vélez: principio. 470. Consecuencia de la divisibilidad *ipso iure*. 471. Crítica de la división *ipso iure* de los

créditos. 472.b) Las deudas divisibles en el Código Civil de Vélez Sársfield: principio. 473. Momento en que se produce la división de las deudas. 474. Consecuencias de la divisibilidad de las deudas. 475. Quiénes están obligados a pagar las deudas hereditarias. 476. Crítica del sistema de división de las deudas. 477.B) Los créditos y las deudas en el nuevo Código Civil y Comercial. 478.a) Cobro de créditos. 479. Acciones judiciales. 480. Rendición de cuentas durante el período de la administración. 481.b) Pago de deudas: presentación de los acreedores. 482. Declaración de legítimo abono. 483. Procedimiento de pago a los acreedores. 484. Los acreedores ante la inexistencia de bienes de la sucesión, existiendo legatarios. 485. Procedimiento de pago a los legatarios. 486. Oposición de los acreedores y legatarios a la entrega de bienes o legados. 487. Masa indivisa insolvente. 488. Cargas de la sucesión. 489. Conclusión de la administración judicial: rendición de cuentas. 490. Formas de hacer la rendición de cuentas: contenido de las cuentas. 491. Extinción de la comunidad hereditaria.

I. CONCEPTO. CARACTERIZACIÓN. LAS CUOTAS

430. Comunidad hereditaria: concepto

La comunidad hereditaria supone la concurrencia de varios herederos en una misma herencia o en una misma porción de una herencia. Surge así, en favor de los herederos, una cotitularidad o titularidad plural sobre el caudal hereditario.

La comunidad hereditaria se inicia con la apertura de la sucesión respecto de los herederos con vocación y delación hereditarias y termina con la partición. Hasta tanto llegue esta última, quedan suspendidos los efectos disgregatorios del caudal hereditario.

El Código de Vélez no definía ni regulaba la comunidad hereditaria. Sólo contenía escasísimos preceptos sobre ella: estrictamente los artículos 3449, 3450 y 3451. Los restantes preceptos situados en el capítulo del estado de indivisión, no se refieren a la comunidad en sí, sino al momento de su terminación por la partición.

El nuevo Código Civil y Comercial utiliza el término "estado de indivisión" encabezando el Título VI (arts. 2323 y ss.), al igual que el antiguo Código Civil (arts. 3449 a 3451). Pero el nuevo Código utiliza frecuentemente el término "masa indivisa" o, con mayor imprecisión, "propietarios de la masa indivisa" (arts. 2342, 2343, 2344, 2346). Esto no implica negar la comunidad hereditaria. La comunidad

hereditaria —término muy utilizado en la doctrina— es lo mismo que la masa hereditaria. Los herederos son los titulares de la comunidad hereditaria y el objeto es la masa indivisa. En el Código unificado la masa indivisa abarca los créditos, sean o no divisibles. Esta situación no se daba en el Código de Vélez, en el cual los créditos divisibles no formaban parte de la masa indivisa, porque se dividían *ipso iure* entre los herederos a la muerte del causante.

La comunidad hereditaria existe, pues, en el nuevo ordenamiento civil. Para que no existiera esa comunidad, se necesitaría un liquidador que asumiera la titularidad de las relaciones jurídicas que dejó el causante, como sucede con la figura del liquidador de la herencia en los ordenamientos jurídicos anglonorteamericanos, en los que se incluye —con efectos limitados— el Código Civil de Quebec. Ese fenómeno no se dio en el antiguo Código ni en el nuevo, en los cuales los únicos titulares de los bienes hereditarios eran los herederos, y ello aunque se hubiera nombrado un administrador.

El nuevo Código Civil y Comercial, en el Título VI, le dedica varios artículos al estado de indivisión. El Capítulo 1 se refiere a la administración extrajudicial (arts. 2323 a 2329) y el Capítulo 2, a la indivisión forzosa (arts. 2330 a 2334).

Destacamos entre los primeros el derecho de los herederos para usar o disfrutar de los bienes indivisos conforme a su destino (art. 2328), el derecho a los beneficios y la obligación de soportar las pérdidas proporcionalmente a su parte en la indivisión (art. 2329), etcétera.

431. El condominio y la comunidad hereditaria

En las legislaciones positivas la comunidad hereditaria se regula sobre las bases del condominio, hasta el punto de que la doctrina recurre a las normas de éste para explicar muchos aspectos de la comunidad hereditaria. No es de extrañar por eso que las similitudes sean tan notables. Así, tanto en la comunidad hereditaria como en el condominio cada uno de los partícipes es titular de una cuota ideal. Tanto en aquélla como en éste el derecho a pedir la partición es imprescriptible (art. 1997) y las reglas relativas a la división son iguales (art. 1996).

Pero junto a estas analogías aparecen diferencias que permiten deslindar los distintos contornos entre ambas instituciones. 1) La más importante de las diferencias se refiere al contenido: el condominio sólo puede recaer sobre cosas y nunca sobre bienes incorpóreos (art. 1983), en tanto que la comunidad hereditaria se constituye sobre cualquier clase de bienes; 2) en el condominio la voluntad de la mayoría es vinculatoria para la minoría con relación a los actos de administración (art. 1994, párr. 2º), en tanto que en la comunidad hereditaria la mayoría no obliga a la minoría, sino que las diferencias entre los comuneros deben ser resueltas judicialmente (art. 2353, párr. 2º).

432. Precedentes históricos

El conocimiento de la regulación de la comunidad hereditaria en el Derecho Romano y en el germánico tiene especial interés para la comprensión de esta institución en el Derecho moderno, pues la teoría de la comunidad se ha desarrollado siempre contraponiendo estos dos modelos clásicos: la figura de la copropiedad romana y la institución germánica de la *Gesamnte Hand* o propiedad en mano común. Veámoslo:

A) *Derecho Romano*. La primera figura del condominio conocida por los romanos es el "*consortium inter fratres*" o comunión universal de bienes, constituida entre los *filiifamilias* a la muerte del *pater*¹. Se le llamó también *societas ercto non cito*, nombre técnico que hace mención a la imposibilidad de solicitar la división².

Característica de este *consortium* es el régimen del ejercicio dominical *in solidum*, y no el del ejercicio *pro parte*, tal como se ofrece en la época clásica. Cada uno de los consortes es dueño de la totalidad;

¹ IGLESIAS, ob. cit., p. 291.

² *Societas* no se emplea aquí en sentido propio, sino como comunidad general de bienes. La expresión *ercto non cito* es muy antigua, según la interpretación más probable *ercto* pertenece a *erciscor*, verbo antiguo que sólo se conserva en el nombre de la acción divisoria (*actio familiae erciscundae*) y que significa dividir. *Ciere* significa solicitar, instar. La expresión en conjunto significa "sociedad en la cual no se puede solicitar la división".

de ahí que cada comunero podía disponer de cualquiera de las cosas pertenecientes a la comunidad. Este poder que poseía cada uno de los condóminos se veía limitado por el *ius prohibendi* del otro condómino, asemejándose así este ordenamiento al de la colegialidad de las magistraturas romanas. El *consortium inter fratres* ya había desaparecido en la época clásica.

El Derecho Romano clásico, viendo en la comunidad hereditaria un estado transitorio, concede al coheredero la mayor autonomía posible. La herencia no constituye, a estos efectos, una masa única, sino que, en cuanto a las cosas y derechos reales, hay tantas comunidades por cuotas como objetos singulares. A cada coheredero le corresponde una cuota sobre cada objeto particular. Propiamente no se conoce una comunidad sobre el patrimonio hereditario. De la comunidad se excluyen los créditos y las deudas divisibles, que se dividen automáticamente entre los coherederos, según el precepto de las XII Tablas: *nomina hereditaria ipso iure inter coheredes dividuntur*.

La comunidad hereditaria se resuelve en tantas comunidades por cuotas como objetos singulares existentes en la herencia. El rasgo más característico de la comunidad hereditaria romana es sin duda —como dice García Valdecasas³— la atribución a cada coheredero de un derecho independiente sobre una cuota ideal de cada objeto hereditario, derecho del cual puede disponer individualmente sin contar con los demás coherederos, permitiendo que la enajenación de la cuota de un comunero haga ocupar al adquirente la posición que aquél tenía dentro de la comunidad. En cambio, no puede disponer de su total participación en la herencia⁴. Para disponer de un objeto concreto se necesita el acuerdo de todos los coherederos.

Esa comunidad se disuelve a instancia de cualquier coheredero que pida la división (*actio familiae erciscundae*).

B) *Derecho germánico*. El antiguo Derecho germánico reposa sobre la comunidad familiar. La muerte del cabeza de familia no rompe la comunidad familiar, sino que ésta continúa entre los coherederos. La

³ *La comunidad hereditaria*, en separata de *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, abril de 1952, p. 5.

⁴ En el mismo sentido: LACRUZ, ob. cit., p. 339.

transmisión hereditaria —como dice Núñez Lagos⁵— es más bien un fenómeno automático de acrecentamiento y la sucesión en las deudas es un fenómeno semejante al de la solidaridad de las obligaciones.

En el Derecho germánico antiguo, cuando hay varios herederos, se constituye sobre el patrimonio hereditario una comunidad *Zur Gesamte Hand*. Esta comunidad hereditaria se extiende tanto al activo como al pasivo del causante y confiere a los herederos derechos indeterminados sobre la totalidad, pero no derechos concretos sobre las cosas singulares. La titularidad del patrimonio hereditario compete al conjunto de los herederos. Esto no obsta a que cada uno tenga una participación en la herencia como un todo. Pero, en cambio, no tienen ninguna participación en cada uno de los objetos singulares. En consecuencia, el coheredero carece de un derecho independiente sobre una parte ideal de cada objeto. Tampoco puede disponer de su participación en el patrimonio. Sólo el conjunto de herederos, la llamada mano común, está facultada para disponer sobre cualquier objeto singular⁶. Los herederos son responsables solidariamente frente a los acreedores del causante.

C) *Análisis comparativo entre el Derecho Romano y el Derecho germánico*. Las diferencias esenciales entre el condominio y consecuentemente entre la comunidad hereditaria del Derecho Romano y germánico, radican en lo siguiente:

La comunidad hereditaria romana clásica se resuelve en tantas comunidades por cuotas como objetos singulares existen en la herencia. A cada coheredero le corresponde una cuota parte sobre cada objeto particular, cuota de la cual puede disponer libremente sin necesidad del consentimiento de los demás coherederos.

En el Derecho germánico, en cambio, la titularidad del patrimonio hereditario compete a la totalidad de los herederos, y sólo esa totalidad puede disponer del patrimonio. Los coherederos considerados individualmente carecen de un derecho independiente sobre una parte ideal de cada objeto hereditario.

⁵ *El Derecho Sucesorio ante la tradición española y el Código Civil*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, XXI, abril de 1951, ps. 390 y 391.

⁶ GARCÍA VALDECASAS, ob. cit., p. 8.

Llevando a sus últimas consecuencias estas distinciones se ha dicho que la comunidad germánica es una "comunidad sin cuotas", en tanto que la romana es una "comunidad con cuotas". Sin duda la idea carece de exactitud, porque es difícil imaginar —como dice Ferrandis Vilella⁷— un estado de comunidad en el cual esté totalmente ausente toda idea de medida de la participación o cuota que en ella corresponde a cada comunero.

433. Influencia de las comunidades clásicas en el Derecho moderno

Siguen en lo fundamental el sistema romano los Códigos francés e italiano. Tanto en uno como en otro, créditos y deudas divisibles se dividen *ipso iure* entre los coherederos en proporción a sus cuotas. En cuanto a las cosas y derechos reales, a diferencia del Derecho Romano, pueden los coherederos individualmente en ambos ordenamientos jurídicos enajenar la cuota hereditaria que les corresponde en el total de la herencia, dando lugar a un derecho de retracto en favor de los demás coherederos; hay una sola comunidad sobre la masa indivisa, pues no se forman comunidades sobre los bienes particulares.

Éste es el sistema que resulta aplicable al nuevo Código, pero no en lo referente a los créditos y deudas divisibles y al retracto a favor de los coherederos.

Los Códigos Civiles de Austria y Suiza han seguido en lo fundamental los ordenamientos de los Derechos germánicos antiguos. La idea de la copropiedad en mano común está latente en ambos Códigos; por eso los coherederos carecen de partes indivisas sobre los bienes concretos del caudal hereditario.

Pero en materia de comunidad hereditaria el Código Civil alemán ha introducido una modificación importante en los principios de la mano común, al permitir —como expresa Kipp⁸— que cada heredero pueda disponer de la porción hereditaria que le corresponde en su totalidad.

Digamos, por último, que las legislaciones de tipo anglosajón ig-

⁷ FERRANDIS VILELLA, *La comunidad hereditaria*, Barcelona, 1954, p. 64.

⁸ KIPP, *Derecho de Sucesiones* cit., p. 11.

noran la comunidad hereditaria. Deferida la sucesión a un ejecutor, los coherederos están privados de la administración de la herencia y no pueden sino recoger su propia parte en el remanente activo, tras la liquidación⁹.

434. Caracterización de la comunidad hereditaria

La comunidad hereditaria tiene los siguientes caracteres: a) es *universal*, porque abarca toda la herencia o una parte alícuota de ella. Los beneficiarios son sucesores universales (art. 400); b) es *forzosa*, pues los herederos no pueden evitarla; para salir de la comunidad disponen de la acción de partición; c) es *transitoria*, puesto que ningún heredero está obligado a permanecer indefinidamente en el estado de indivisión.

Cada heredero es titular exclusivo de la propia cuota, que es negociable. Estrictamente la cuota no es un derecho con un contenido propio, sino la medida aritmética de un derecho. La cuota —dice Barbero¹⁰— no es un objeto sino que es un concepto de límite en el goce del objeto. Si se tratara de “comer” —expresa gráficamente el autor— no se comería la “cuota”, sino el trigo, que es un aspecto del goce, dentro de los límites de la cuota. No obstante, pensamos, sin negar la idea de límite en el contenido, que el concepto de cuota se usa muchas veces para referirse al contenido.

435. La comunidad hereditaria en el Derecho argentino: las cuotas

En nuestro Derecho el condominio está regulado sobre bases ro-

⁹ En este grupo de legislaciones hay que situar, pese a la influencia francesa, al Código Civil de Quebec de 2008, que ha servido de fuente inspiradora en algunos artículos del nuevo Código Civil y Comercial. En el Código canadiense el liquidador, durante el tiempo necesario para la liquidación, ejerce la posesión de la herencia, y puede incluso reivindicar los bienes contra los herederos y legatarios (art. 777). Excepcionalmente, los herederos pueden, de común acuerdo, liquidar la sucesión sin seguir las reglas establecidas para la liquidación, si la sucesión es manifiestamente solvente. Pero, como consecuencia de esa decisión, están obligados al pago de las deudas con su propio patrimonio, más allá del valor de los bienes que reciben (art. 779).

¹⁰ BARBERO, *Sistema de Derecho Privado* cit., t. II, p. 453.

manas, siguiendo en especial a Aubry y Rau. Se caracteriza éste por constituirse *pro indiviso* entre los copropietarios, atribuyendo a cada uno de ellos una cuota sobre el bien, de la cual puede disponer libremente (art. 1989).

La comunidad hereditaria se estructura sobre la base del condominio, y de ahí también su influencia romana. En el Derecho argentino, a diferencia del Derecho Romano, se constituye una comunidad sobre toda la masa hereditaria, divisible en cuotas ideales en proporción al derecho de cada comunero. ¿Pero cabe hablar también de distintas comunidades sobre los objetos particulares de la herencia, divisibles también por cuotas? Veámoslo:

a) *Parte alícuota sobre el patrimonio hereditario indiviso*. En materia de comunidad hereditaria el coheredero tiene una parte alícuota o cuota sobre el patrimonio hereditario indiviso, de la cual puede disponer libremente. Cada heredero es, pues, titular de una cuota de la herencia, que representa su participación en el patrimonio hereditario indiviso.

La divisibilidad en cuotas y la consiguiente negociabilidad de ellas surge con claridad de diversas normas del Código Civil y Comercial y en especial de las que admiten la cuota en el condominio (art. 1983), en conexión con las que admiten la negociabilidad de la herencia o de una parte indivisa de ella: cesión del derecho a una herencia o a una parte indivisa, dice el artículo 2302.

Cada coheredero es titular exclusivo de la propia cuota, y en este aspecto la cuota forma parte de su patrimonio como entidad autónoma e independiente, separada de las cuotas de los otros coherederos. Por eso la cuota es negociable y, por tanto, enajenable.

Esto no se opone a la circunstancia de que el coheredero cedente de su cuota total siga siendo heredero¹¹. El coheredero que cede su derecho sale de la comunidad aunque siga siendo heredero; el extraño que adquiere una cuota hereditaria (cesionario) entra en la comunidad aunque no sea heredero.

En el patrimonio hereditario indiviso los titulares no tienen un derecho sobre un patrimonio concebido como un objeto único distinto

¹¹ BORDA, ob. cit., t. I, N° 766.

del derecho sobre los objetos singulares. Cuando se atribuye el conjunto patrimonial a varias personas existe una cotitularidad patrimonial, que implica para cada heredero una participación concreta pero inmaterial (una mitad, un décimo, etc.) en el conjunto.

b) *¿Hay partes alícuotas sobre los objetos particulares del patrimonio hereditario indiviso?* Sentado el principio de la existencia de cuotas enajenables en la comunidad hereditaria, cabe preguntarnos ahora si cada heredero tiene además una porción o cuota en cada una de las cosas determinadas que forman parte del patrimonio hereditario indiviso.

Pensamos que, en nuestro Derecho, durante el estado de indivisión de la herencia, no existen tantas comunidades como objetos, que darían lugar a partes alícuotas sobre objetos particulares¹². El argumento decisivo está en que en el estado de indivisión el comunero carece de título de dominio sobre bienes concretos y determinados. Ese título va a aparecer en la partición respecto de los objetos que le correspondan en su hijuela. Hasta que no tenga lugar la partición, tiene una cuota que recae sobre un porcentaje del total de la herencia, desconociéndose los bienes que en el futuro le van a corresponder.

Durante el estado de indivisión no tiene título sobre bienes concretos; como consecuencia tampoco tiene cuotas sobre cada uno de esos bienes¹³.

¹² Rectificamos nuestra posición anterior, *Derechos de Sucesiones* cit., t. I, p. 608.

¹³ La evolución de la jurisprudencia española a partir de la sanción del Código Civil —que no previó el tema planteado— resulta de interés. Esa jurisprudencia evolucionó desde la concepción de una comunidad por cuotas sobre cada objeto de la herencia hasta una comunidad por cuotas sobre la herencia globalmente considerada. La primitiva concepción que aceptaba las cuotas sobre cada cosa de la herencia, se reflejó en varias resoluciones de la Dirección General de Registros que permitieron la inscripción de la enajenación de las cuotas sobre las cosas inmuebles concretas de la herencia, realizada por alguno de los coherederos. El Tribunal Supremo inició un cambio de orientación en la sentencia del 4-4-1905 que determinó que, si bien el heredero puede disponer de la parte ideal o indeterminada que haya de corresponderle en la herencia, mientras no haya adjudicación, *carece de verdadero título de dominio de bienes concretos y determinados*. Esto llevaba a la negación de las cuotas sobre objetos particulares de la herencia. La evolución culminó con la reforma de la ley hipotecaria de 1946, que en sus artículos 42 y 46 permitió la anotación preventiva del derecho hereditario en abstracto.

Esto no impide que se puedan realizar contratos sobre cosas hereditarias en el estado de indivisión, cuyo título puede surgir en el futuro con la partición. Serían, en todo caso, contratos aleatorios supeditados en su efectividad a que las cosas objeto del contrato correspondieran en la hijuela del heredero que contrató.

436. La pretendida personalidad jurídica de la comunidad hereditaria

La comunidad hereditaria no es una persona jurídica distinta de las personas de los herederos. Sus diferencias con la persona jurídica son fundamentales:

Toda persona jurídica necesita tener un patrimonio propio distinto del de cada una de las personas naturales que la forman. La comunidad hereditaria no tiene ese patrimonio. El acervo hereditario pertenece a los herederos (arts. 2277 y 2280). Los herederos adquieren la propiedad de los bienes hereditarios desde el momento de la muerte del causante, sin solución de continuidad. La muerte, la apertura y la trasmisión de la herencia —como dice la nota del artículo 3282 del antiguo Código— se causan en el mismo instante. No hay, pues, un ente intermedio entre la muerte del causante y la adquisición de los herederos que pudiera hacer pensar en esa entidad sucesión. A nuestro juicio, éste es el argumento decisivo para rechazar la idea de persona jurídica de la sucesión.

El patrimonio de la persona jurídica está afectado a un fin, que representa el interés colectivo en vista del cual la persona jurídica ha sido creada. Si la comunidad hereditaria no tiene patrimonio propio, naturalmente no se puede hablar de la afectación de ese patrimonio a un fin colectivo. Pero aun prescindiendo de la carencia de patrimonio, tampoco hay en la comunidad hereditaria un fin propio que tienda a su perduración. La comunidad hereditaria normalmente es una situación que desaparece con la partición.

Por último, la persona jurídica necesita de un órgano que obre con independencia de la voluntad de las personas naturales que la componen. Este órgano resulta indispensable, pues sin él la persona jurídica no podría desenvolverse en la realidad jurídica. En la comunidad hereditaria, cuando existe este órgano, no actúa con las características que tiene en la persona jurídica. Veámoslo:

Por lo pronto, en la administración extrajudicial los actos de administración y de disposición requieren el consentimiento de todos los coherederos (art. 2325). Este principio de la administración de todos los coherederos es una situación totalmente diferente del órgano independiente de representación que requiere la persona jurídica.

Cuando se promueve el juicio sucesorio y se nombra administrador judicial, cesa la administración de los coherederos para unificarse en la persona del administrador. Pero en ese caso el administrador no actúa con la independencia que le es propia en la persona jurídica, cuya extensión y límites están dados por los estatutos, sino que su actividad sigue en cierto modo ligada a los demás coherederos (procurando la unanimidad, corriéndoseles traslados de determinados pedidos, etc.), salvo casos excepcionales (actos de mera conservación, actos de continuación del giro normal de los negocios del causante, etc.).

La mayoría de nuestra doctrina no admitió la personería jurídica de la comunidad hereditaria¹⁴. La jurisprudencia, en general, tampoco la admitió¹⁵.

No obstante lo dicho, hubo autores que aceptaron la personería de la comunidad hereditaria, unos con toda amplitud, otros con restricciones. La tesis amplia fue sostenida por Yorío¹⁶, que afirmaba que tanto en Derecho Civil, como Comercial, Administrativo y Procesal, la sucesión actúa por medio de sus órganos, contrata, paga y asume múltiples obligaciones. Tal posición chocaba con normas expresas de nuestro Código, como los artículos 3417, 3420, y en consecuencia debía ser rechazada de plano. La tesis restringida, que reconoce cierta personalidad jurídica a la sucesión, la esbozó Lafaille¹⁷ y fue ampliada por Borda¹⁸ y por Bidau¹⁹. Esta posición, no por ser restringida, dejaba de chocar igualmente con nuestro sistema de transmisión hereditaria,

¹⁴ FORNIELES, ob. cit., N° 235; GOYENA COPELLO, *Tratado del Derecho de Sucesión* cit., t. III, p. 412.

¹⁵ CSJN, 17-10-41, L. L. 25-152; SCJBA, 22-4-48, J. A. 1948-II-555.

¹⁶ YORIO, A., *Sobre la personalidad de las sucesiones*, Buenos Aires, 1942, p. 424.

¹⁷ LAFAILLE, ob. cit., t. I, N° 414.

¹⁸ Ob. cit., N° 507.

¹⁹ BIDAU, J. F., *Sobre la personalidad de las sucesiones*, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1946-I-IV, p. 89.

plasmado en textos concretos del Código Civil, como los que hemos indicado. La persona jurídica existe como ente diferente de las personas naturales que la componen o no existe: hay o no hay persona jurídica, pero no se puede admitir que la haya o que la deje de haber a medias.

II. OBJETO. CONTENIDO DE LAS RELACIONES DE COMUNIDAD

437. Objeto de la comunidad hereditaria: extensión y modificaciones

El objeto de la comunidad hereditaria lo forman las cosas de las cuales el causante era propietario, y también los derechos reales limitativos (*iura in re aliena*) transmisibles, los derechos de autor, las cuotas o acciones sociales, los créditos, etcétera. En síntesis, las cosas y derechos transmisibles, incluyendo los créditos aunque fueren divisibles.

La gran diferencia del antiguo Código y el nuevo está precisamente en el objeto de la comunidad hereditaria. En el Código de Vélez el objeto de la comunidad hereditaria no comprendía los créditos divisibles, pues ellos se dividían de pleno derecho desde el momento de la muerte del causante, correspondiendo su cobro a cada uno de los herederos proporcionalmente a sus cuotas. En el Código unificado los créditos integran la masa indivisa, aunque fueran créditos divisibles: hay una masa indivisa que comprende todo lo que era el patrimonio transferible del causante. Por eso, el nuevo Código habla continuamente de la masa indivisa sin excluir ningún derecho.

La vía por la que se llega a esa inclusión de los créditos divisibles es imponiendo al administrador el deber de cobrar los créditos del causante íntegramente, sean o no divisibles (y también la obligación de pagar la totalidad de las deudas del causante, sean o no divisibles).

El objeto de la comunidad hereditaria puede sufrir modificaciones en su cuantía o en su estructura:

A) *Modificaciones en su cuantía.*

a) *Aumentarán la cuantía de la masa indivisa:* 1) Frutos. El artículo 2329, párrafo 1º lo afirma en estos términos: "*Frutos.* Los frutos de

los bienes indivisos acrecen a la indivisión, excepto que medie partición provisional". Se aplica la solución romana: *fructus augent hereditatem*.

2) Accesiones. Las accesiones que se produzcan en favor de los bienes hereditarios. 3) No creemos que los valores colacionables formen parte de esa comunidad, pues la colación es una simple imputación contable que se hace en la hijuela del donatario, para conseguir la igualdad proporcional entre los herederos forzosos.

b) *Disminuirán la cuantía de la masa indivisa*: 1) La pérdida de cosas de la herencia. 2) Su destrucción parcial. Es necesario en ambos casos que esa disminución sea por caso fortuito o fuerza mayor.

El artículo 2329, párrafo 2º expresa: "Cada uno de los herederos tiene derecho a los beneficios y soporta las pérdidas proporcionalmente a su parte en la indivisión".

B) *Modificaciones en la estructura.*

Estas modificaciones se producirán, sin afectar su cuantía, cuando entre en juego el principio de subrogación real, por ejemplo: el bien recibido por permuta de bienes hereditarios, el precio de una cosa vendida, la indemnización obtenida por un bien destruido o dañado.

438. **Personas que integran la comunidad hereditaria**

La comunidad hereditaria se produce cuando varios herederos son llamados a suceder a un mismo causante. Cualesquiera que sean los fundamentos de vocación de los herederos, la comunidad hereditaria es siempre una sola, y solamente tiene lugar en principio entre los llamados al mismo título, el de heredero²⁰.

Teniendo en cuenta la clase de vocación, la comunidad puede tener lugar entre herederos legítimos, entre herederos testamentarios, y a la vez entre herederos legítimos y testamentarios. Veamos.

a) *Comunidad hereditaria entre herederos legítimos*. Cuando hay varios herederos intestados se forma siempre entre ellos la comunidad hereditaria. Esto ocurre porque la ley naturalmente llama a los herederos legítimos sin atribuir a cada uno de ellos bienes concretos de la herencia.

²⁰ MESSINEO, ob. cit., t. VII, ps. 364 y 365.

La regla general es la igualdad de partes, pero hay supuestos en que esto no sucede. Así, cuando actúa el derecho de representación, existiendo representantes de distintas estirpes con distinto número de miembros. También se da la desigualdad cuando concurren hermanos de doble vínculo y de vínculo simple.

b) *Comunidad entre herederos testamentarios.* En principio, cuando concurren varios herederos testamentarios se produce la comunidad hereditaria entre ellos. Para que exista esa comunidad se requiere simplemente que el testador no haya asignado a cada heredero cosas determinadas de la herencia, ya como institución en cosa cierta, ya como partición por testamento.

Consideramos que la asignación de partes alícuotas entre los herederos, que impide el derecho de acrecer (art. 2488), no es suficiente para negar entre ellos la comunidad hereditaria. La comunidad se producirá aquí, pese a que las porciones numéricas estén fijadas por el testador, pues la indeterminación de las cosas que componen la herencia subsiste hasta la partición.

En el caso de que el testador le asigne a algunos herederos bienes concretos y a otros los instituya sin asignación de bienes, la comunidad hereditaria sólo tendrá lugar entre los segundos.

c) *Comunidad entre herederos legítimos y testamentarios.* La comunidad hereditaria puede existir entre herederos testamentarios y legítimos, como consecuencia de la compatibilidad de la sucesión testamentaria y de la intestada (art. 2277). Esto es un principio aceptado en el Derecho moderno, contrariamente a lo que sucedía en el Derecho Romano.

Para que la comunidad entre ambas clases de herederos tenga lugar, se requiere que los herederos instituidos no lo sean en cosas concretas, sino en partes alícuotas.

439. La comunidad hereditaria y los legatarios

Cuando el testador ha dispuesto legados en su testamento cabe preguntarse si los legatarios forman parte de la comunidad hereditaria. Corresponde distinguir, a estos efectos, las diferentes clases de legados:

Los legatarios particulares no forman parte de la comunidad here-

Por lo pronto, en la administración extrajudicial los actos de administración y de disposición requieren el consentimiento de todos los coherederos (art. 2325). Este principio de la administración de todos los coherederos es una situación totalmente diferente del órgano independiente de representación que requiere la persona jurídica.

Cuando se promueve el juicio sucesorio y se nombra administrador judicial, cesa la administración de los coherederos para unificarse en la persona del administrador. Pero en ese caso el administrador no actúa con la independencia que le es propia en la persona jurídica, cuya extensión y límites están dados por los estatutos, sino que su actividad sigue en cierto modo ligada a los demás coherederos (procurando la unanimidad, corriéndoseles traslados de determinados pedidos, etc.), salvo casos excepcionales (actos de mera conservación, actos de continuación del giro normal de los negocios del causante, etc.).

La mayoría de nuestra doctrina no admitió la personería jurídica de la comunidad hereditaria¹⁴. La jurisprudencia, en general, tampoco la admitió¹⁵.

No obstante lo dicho, hubo autores que aceptaron la personería de la comunidad hereditaria, unos con toda amplitud, otros con restricciones. La tesis amplia fue sostenida por Yorío¹⁶, que afirmaba que tanto en Derecho Civil, como Comercial, Administrativo y Procesal, la sucesión actúa por medio de sus órganos, contrata, paga y asume múltiples obligaciones. Tal posición chocaba con normas expresas de nuestro Código, como los artículos 3417, 3420, y en consecuencia debía ser rechazada de plano. La tesis restringida, que reconoce cierta personalidad jurídica a la sucesión, la esbozó Lafaille¹⁷ y fue ampliada por Borda¹⁸ y por Bidau¹⁹. Esta posición, no por ser restringida, dejaba de chocar igualmente con nuestro sistema de transmisión hereditaria,

¹⁴ FORNIELES, ob. cit., N° 235; GOYENA COPELLO, *Tratado del Derecho de Sucesión* cit., t. III, p. 412.

¹⁵ CSJN, 17-10-41, L. L. 25-152; SCJBA, 22-4-48, J. A. 1948-II-555.

¹⁶ YORIO, A., *Sobre la personalidad de las sucesiones*, Buenos Aires, 1942, p. 424.

¹⁷ LAFAILLE, ob. cit., t. I, N° 414.

¹⁸ Ob. cit., N° 507.

¹⁹ BIDAU, J. F., *Sobre la personalidad de las sucesiones*, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1946-I-IV, p. 89.

plasmado en textos concretos del Código Civil, como los que hemos indicado. La persona jurídica existe como ente diferente de las personas naturales que la componen o no existe: hay o no hay persona jurídica, pero no se puede admitir que la haya o que la deje de haber a medias.

II. OBJETO. CONTENIDO DE LAS RELACIONES DE COMUNIDAD

437. Objeto de la comunidad hereditaria: extensión y modificaciones

El objeto de la comunidad hereditaria lo forman las cosas de las cuales el causante era propietario, y también los derechos reales limitativos (*iura in re aliena*) transmisibles, los derechos de autor, las cuotas o acciones sociales, los créditos, etcétera. En síntesis, las cosas y derechos transmisibles, incluyendo los créditos aunque fueren divisibles.

La gran diferencia del antiguo Código y el nuevo está precisamente en el objeto de la comunidad hereditaria. En el Código de Vélez el objeto de la comunidad hereditaria no comprendía los créditos divisibles, pues ellos se dividían de pleno derecho desde el momento de la muerte del causante, correspondiendo su cobro a cada uno de los herederos proporcionalmente a sus cuotas. En el Código unificado los créditos integran la masa indivisa, aunque fueran créditos divisibles: hay una masa indivisa que comprende todo lo que era el patrimonio transferible del causante. Por eso, el nuevo Código habla continuamente de la masa indivisa sin excluir ningún derecho.

La vía por la que se llega a esa inclusión de los créditos divisibles es imponiendo al administrador el deber de cobrar los créditos del causante íntegramente, sean o no divisibles (y también la obligación de pagar la totalidad de las deudas del causante, sean o no divisibles).

El objeto de la comunidad hereditaria puede sufrir modificaciones en su cuantía o en su estructura:

A) *Modificaciones en su cuantía.*

a) *Aumentarán la cuantía de la masa indivisa:* 1) Frutos. El artículo 2329, párrafo 1º lo afirma en estos términos: "Frutos. Los frutos de

los bienes indivisos acrecen a la indivisión, excepto que medie partición provisional". Se aplica la solución romana: *fructus augment hereditatem*. 2) Acciones. Las acciones que se produzcan en favor de los bienes hereditarios. 3) No creemos que los valores colacionables formen parte de esa comunidad, pues la colación es una simple imputación contable que se hace en la hijuela del donatario, para conseguir la igualdad proporcional entre los herederos forzosos.

b) *Disminuirán la cuantía de la masa indivisa*: 1) La pérdida de cosas de la herencia. 2) Su destrucción parcial. Es necesario en ambos casos que esa disminución sea por caso fortuito o fuerza mayor.

El artículo 2329, párrafo 2º expresa: "Cada uno de los herederos tiene derecho a los beneficios y soporta las pérdidas proporcionalmente a su parte en la indivisión".

B) *Modificaciones en la estructura.*

Estas modificaciones se producirán, sin afectar su cuantía, cuando entre en juego el principio de subrogación real, por ejemplo: el bien recibido por permuta de bienes hereditarios, el precio de una cosa vendida, la indemnización obtenida por un bien destruido o dañado.

438. **Personas que integran la comunidad hereditaria**

La comunidad hereditaria se produce cuando varios herederos son llamados a suceder a un mismo causante. Cualesquiera que sean los fundamentos de vocación de los herederos, la comunidad hereditaria es siempre una sola, y solamente tiene lugar en principio entre los llamados al mismo título, el de heredero²⁰.

Teniendo en cuenta la clase de vocación, la comunidad puede tener lugar entre herederos legítimos, entre herederos testamentarios, y a la vez entre herederos legítimos y testamentarios. Veamos.

a) *Comunidad hereditaria entre herederos legítimos*. Cuando hay varios herederos intestados se forma siempre entre ellos la comunidad hereditaria. Esto ocurre porque la ley naturalmente llama a los herederos legítimos sin atribuir a cada uno de ellos bienes concretos de la herencia.

²⁰ MESSINEO, ob. cit., t. VII, ps. 364 y 365.

La regla general es la igualdad de partes, pero hay supuestos en que esto no sucede. Así, cuando actúa el derecho de representación, existiendo representantes de distintas estirpes con distinto número de miembros. También se da la desigualdad cuando concurren hermanos de doble vínculo y de vínculo simple.

b) *Comunidad entre herederos testamentarios.* En principio, cuando concurren varios herederos testamentarios se produce la comunidad hereditaria entre ellos. Para que exista esa comunidad se requiere simplemente que el testador no haya asignado a cada heredero cosas determinadas de la herencia, ya como institución en cosa cierta, ya como partición por testamento.

Consideramos que la asignación de partes alícuotas entre los herederos, que impide el derecho de acrecer (art. 2488), no es suficiente para negar entre ellos la comunidad hereditaria. La comunidad se producirá aquí, pese a que las porciones numéricas estén fijadas por el testador, pues la indeterminación de las cosas que componen la herencia subsiste hasta la partición.

En el caso de que el testador le asigne a algunos herederos bienes concretos y a otros los instituya sin asignación de bienes, la comunidad hereditaria sólo tendrá lugar entre los segundos.

c) *Comunidad entre herederos legítimos y testamentarios.* La comunidad hereditaria puede existir entre herederos testamentarios y legítimos, como consecuencia de la compatibilidad de la sucesión testamentaria y de la intestada (art. 2277). Esto es un principio aceptado en el Derecho moderno, contrariamente a lo que sucedía en el Derecho Romano.

Para que la comunidad entre ambas clases de herederos tenga lugar, se requiere que los herederos instituidos no lo sean en cosas concretas, sino en partes alícuotas.

439. La comunidad hereditaria y los legatarios

Cuando el testador ha dispuesto legados en su testamento cabe preguntarse si los legatarios forman parte de la comunidad hereditaria. Corresponde distinguir, a estos efectos, las diferentes clases de legados:

Los legatarios particulares no forman parte de la comunidad here-

ditaria, aunque a veces el objeto de su legado forme parte de la masa indivisa. Así ocurre en los legados de cosas indeterminadas, de cosas fungibles, etcétera, en los cuales el legatario no tiene, a la muerte del causante, más que un derecho de crédito contra el heredero para obtener la entrega del legado. El objeto del legado saldrá de la masa indivisa en cuanto el heredero lo entregue al legatario; sólo entonces se podrá decir que el legatario tiene la propiedad sobre el objeto legado. Distintamente, en los legados de cosa cierta y determinada el objeto del legado no forma nunca parte de la masa hereditaria indivisa, pues el legatario recibe la propiedad de dicho objeto desde el momento de la muerte del causante, y esto aunque el heredero deba hacer entrega material del legado (art. 2498). Incluso los frutos que produce la cosa legada le pertenecen al legatario desde ese momento, así como la pérdida, deterioro, aumento.

En cambio, los legatarios de cuota —si se admite la figura en el nuevo Código Civil y Comercial—, como sucesores universales que son, forman parte de la comunidad hereditaria. Reciben una parte alcuota de la herencia desde el momento de la muerte del causante, y responden de las deudas hereditarias aunque sea *ob rem e intra vires*. No le sería atribuida la cuota como un crédito²¹, sino como un derecho indeterminado e indiviso de naturaleza semejante al que corresponde a los herederos. Por eso, estos legatarios formarían parte de la comunidad hereditaria²².

440. Contenido de las relaciones de comunidad hereditaria: distinción

Para analizar el contenido de la comunidad hereditaria conviene señalar las distintas relaciones que se pueden producir. Barbero²³ distingue dos relaciones: la relación “en” comunidad y la relación “de” comunidad. La relación “en” comunidad se refiere a la propiedad, al usufructo, a la enfiteusis, que frente a los terceros se presenta como una relación única. La relación “de” comunidad es la que media entre los cotitulares de esa relación de propiedad. Esta distinción —confusa

²¹ En contra: FORNIELES, ob. cit., N° 30.

²² *Supra* N° 105.

²³ BARBERO, ob. cit., p. 453.

de por sí— guarda semejanzas con la distinción entre relaciones externas y relaciones internas que hace la doctrina alemana.

Por nuestra parte, el contenido de las relaciones de comunidad lo efectuaremos distinguiendo: derechos de los coherederos sobre la masa indivisa y derechos de los coherederos sobre la propia cuota²⁴. Los primeros están presididos por el principio de “subordinación”, en cuanto sus derechos quedan limitados por el derecho de los demás coherederos. Los segundos están presididos por el principio de “autonomía”, en cuanto esos derechos los puede ejercer el titular de la cuota libremente, sin necesidad de consentimiento ajeno.

441.A) Derechos de los coherederos sobre la masa indivisa: enunciación

Los derechos de los coherederos sobre los bienes hereditarios se pueden ejercer respetando los derechos de los demás comuneros. Enunciaremos los siguientes: uso de las cosas comunes, posesión de los bienes y el ejercicio de algunas acciones.

442. Uso de las cosas comunes

Cabe distinguir dos supuestos:

A) *Uso compartido de cosas comunes*. El artículo 2328, párrafo 1º del nuevo Código Civil y Comercial establece: “*Uso y goce de los bienes*: El heredero puede usar y disfrutar de la cosa indivisa conforme a su destino, en la medida compatible con el derecho de los otros copartícipes. Si no hay acuerdo entre los interesados, el ejercicio de este derecho será regulado, de manera provisional, por el juez”. En virtud de este precepto todos los coherederos tendrán derecho a usar cada una de las cosas de la herencia. Es un derecho individual del coheredero que requiere la compatibilidad con el derecho de los otros copartícipes.

B) *Uso exclusivo de cosas comunes*. En principio, el heredero no

²⁴ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral* cit., 1951, t. II, ps. 312 y ss.; FERRANDIS VILELLA, *La comunidad hereditaria* cit., p. 155.

puede hacer uso exclusivo de cosas comunes. Pero hay situaciones en que ese uso exclusivo tiene lugar. Citamos los casos más relevantes:

1) *Uso exclusivo de hecho de alguna cosa de la sucesión.* Puede suceder que "de hecho" el heredero use en forma exclusiva alguna cosa de la herencia. Nos situamos en el supuesto de que el heredero ocupe con exclusividad, después de la muerte del causante, alguna cosa hereditaria o que la siga ocupando como consecuencia de haber estado en posesión de ella en vida del causante (por ej.: como comodatario).

El problema que se presenta en estos casos es determinar si los demás coherederos pueden solicitar alguna compensación dineraria por el uso gratuito por parte del heredero durante el tiempo que ocupó exclusivamente la cosa después de la muerte del causante. Hacemos hincapié en el uso exclusivo "después de la muerte del causante".

El artículo 2328, párrafo 2º dice que "El copartícipe que usa privadamente de la cosa indivisa está obligado, excepto pacto en contrario, a satisfacer una indemnización, desde que le sea requerida". Se hizo ley a través de este artículo la jurisprudencia dominante anteriormente, que resolvió que la privación por parte de un heredero en el uso de una cosa de la herencia en perjuicio de los coherederos, puede ser compensada en dinero²⁵. Pero esa compensación sólo se podrá fijar en la sentencia con retroactividad al momento de la demanda (no al momento que la utilización comenzó), pues en el tiempo anterior debe considerarse que existe consentimiento tácito de una ocupación gratuita²⁶.

2) *Uso exclusivo por contrato de arrendamiento.* También puede suceder que el uso exclusivo provenga de un convenio entre todos los herederos, en cuyo caso habría que estar a los términos del convenio. El caso emblemático es el de arrendamiento a uno de los coherederos de un inmueble comprendido en la comunidad hereditaria.

La doctrina encontró gran dificultad para admitir la contratación

²⁵ CNCiv., sala C, 22-10-76, L. L. 1978-B-23; sala D, 23-3-74, L. L. 1975-A-584; id., 15-5-98, L. L. 1999-D-441.

²⁶ ZANNONI, ob. cit., p. 542; BORDA, ob. cit., N° 526; CNCiv., sala G, 13-8-87, L. L. 1988-B-1, con nota de IÑIGO DE QUIEDIELLO, *Sucesión y canon locativo por el uso exclusivo de la casa común.*

entre uno de los coherederos sobre bienes de la masa hereditaria. El problema se planteó muy especialmente con el arrendamiento a uno de los coherederos de un bien comprendido en la masa indivisa.

La teoría de los patrimonios separados justifica la posibilidad de que un heredero arriende un bien perteneciente a la comunidad hereditaria, pues esa relación la efectúa por medio del titular de la administración, sin violentar la realidad de las cosas. El coheredero puede ser locatario, pues, no habiéndose dividido la masa, ningún sucesor podría considerarse como dueño exclusivo del bien. Mediante la locación se vinculan dos patrimonios con intereses no coincidentes, al menos en cuanto al acto: el patrimonio de la herencia, sometido a un régimen especial de administración, y el patrimonio del heredero locatario que, sin perjuicio de su cuota abstracta en la comunidad, satisface su interés de uso y goce exclusivo de un bien que aún no se ha adjudicado particularmente²⁷.

Lo cierto es que este arrendamiento tuvo plena aceptación en nuestro Derecho por aplicación de la teoría de los patrimonios separados, que permite la realización de tal contrato sin necesidad de recurrir a la idea de la personalidad jurídica de la herencia indivisa. Aquí, el administrador de la herencia, con el consentimiento de los demás coherederos, puede dar en arrendamiento un inmueble de la sucesión pactando un canon. Tal situación fue aceptada por la jurisprudencia²⁸. Más aún, se decidió que si la cosa alquilada a un heredero se vende durante el juicio sucesorio, el comprador tiene que respetar la locación²⁹.

En el caso de que el contrato de locación se haya celebrado entre uno de los herederos con su causante, subsiste el contrato de arrendamiento. Mientras la cosa locada integre la comunidad hereditaria, no se pueden extinguir por confusión las obligaciones que nacen en virtud del contrato de locación realizado por el causante y uno de sus

²⁷ Spotta (*El condómino como arrendatario de la casa común*, en J. A. 1956-I-126) considera que el condominio o la comunidad hereditaria se levantan frente al condómino o coheredero como si fuese un tercero.

²⁸ CNCiv., sala B, 16-9-54, J. A. 1956-I-126; sala C, 23-2-51.

²⁹ CNCiv., sala B, 16-9-54, J. A. 1956-I-126; sala D, 30-5-52, L. L. 66-676; conf. BORDA, ob. cit., N° 525.

herederos. Esta relación contractual subsiste, por virtud de la separación de patrimonios aludida, hasta tanto se defina la situación por la partición. Sólo entonces, y si la cosa locada se le adjudica al locatario, podría hablarse de la extinción de la relación por confusión.

En este sentido se pronunció la jurisprudencia al afirmar que "Si hay varios herederos la locación contratada por uno de ellos con el causante no se extingue por confusión, pues durante el estado transitorio de la comunidad hereditaria no puede producirse válidamente la extinción de derechos por confusión, mientras los bienes y derechos transmitidos por el causante no sean atribuidos individualmente a los herederos por medio de la partición"³⁰.

Estos dos supuestos se dan con independencia de que se haya iniciado o no se haya iniciado el juicio sucesorio.

443. Posesión de los bienes

El uso de las cosas comunes presupone la necesidad de la posesión de ellas. Como todos los coherederos pueden usar indistintamente cualquiera de las cosas comunes, se considera que la herencia indivisa está poseída en común por todos los herederos.

En este sentido disponía el artículo 3449 del Código de Vélez que "si hay varios herederos de una sucesión, la posesión de la herencia por alguno de ellos aprovecha a los otros".

En nuestra opinión, aunque el nuevo Código no tenga un precepto expreso en ese sentido, el principio surge del artículo 2328: si un heredero puede usar los bienes de la masa indivisa, es porque tiene la posesión de ellas, y también del artículo 1986 referente al condominio.

La posesión, como es un hecho material, no permite su división en cuotas. No hay manera de distinguir en cuanto a la materialidad de la posesión —como dice Fornieles³¹— si el que tiene la cosa lo hace por el todo o sólo por una parte. De ahí la necesidad de considerar que los unos poseen por los otros, aprovechando así la posesión de un heredero a los demás.

³⁰ J. A. 1962-II-162. En el mismo sentido: J. A. 1952-III-119. En sentido contrario, aceptando la extinción de la relación locativa por confusión, L. L. 140-780.

³¹ Ob. cit., N° 243.

Como consecuencia lógica de ello, las acciones posesorias que ejerciera un heredero aprovecharán a los demás coherederos (arg. arts. 2328 y 1987), y lo mismo sucede con la acción de petición de herencia cuando se reclaman bienes concretos pertenecientes a la herencia (art. 2312).

444. Ejercicio de acciones

Las acciones cuyo ejercicio correspondía al difunto en cuanto sean transmisibles y se refieran a los bienes que integran la masa indivisa, forman parte de la comunidad hereditaria, y su ejercicio corresponderá a los coherederos.

En el período anterior a la iniciación del juicio sucesorio (con mayor motivo en el período posterior), los herederos pueden iniciar, fundamentalmente, las acciones posesorias para proteger los estados posesorios que tuvo el causante y la acción de petición de herencia.

a) *Acciones posesorias*. Las acciones posesorias tienen por finalidad recuperar o mantener el objeto sobre el que se tiene una relación de poder (art. 2238). Si el causante tenía la posesión o tenencia de determinadas cosas, cuando había desapoderamiento disponía de la acción de despojo, y cuando había turbación disponía de la acción para mantener la posesión o tenencia. Al morir el causante los herederos continúan en la posesión de lo que el causante era poseedor (art. 2280, párr. 1°), en virtud de la institución de la posesión hereditaria, aunque no tuviera la posesión material³².

Estas acciones las puede ejercer cualquier heredero, aunque no haya iniciado el juicio sucesorio. Obviamente en ese caso tendrá que probar ante el juez del contencioso su carácter de heredero con las partidas correspondientes del Registro Civil.

El actor, si vence, obtendrá el reconocimiento de la posesión que tuvo el causante y la entrega de todas las cosas o el cese de la perturbación.

b) *Acción de petición de herencia*. La referimos aquí al caso de que un coheredero reclame un bien concreto de la herencia que está

³² *Infra* Cap. XI, N° 279 y ss.

en posesión de un tercero que invoca el título de heredero. No es necesario, en nuestra opinión, que el actor, para ejercer la acción de petición de herencia, haya obtenido previamente la investidura de la calidad de heredero recurriendo al proceso sucesorio, cualquiera sea el parentesco con el causante (lo expondremos en el número 686).

El actor, si vence, obtendrá el reconocimiento de la calidad de heredero y la entrega del bien o bienes pertenecientes a la herencia. El coheredero que ejerce la acción, al apartar de la cosa al tercero, extraño a la comunidad, actúa en su propio interés, pues cada comunero tiene la facultad de uso y goce de la cosa común, con la limitación de no contrariar igual derecho de los demás comuneros, limitación que no ampara a los extraños.

La entrega al coheredero de la totalidad de la cosa, no significa convertirlo en propietario exclusivo de ella; simplemente importa excluir al tercero en cuyo poder se hallaba la cosa, dejando a salvo los derechos de los demás coherederos. Pero esa acción aprovechará a los demás coherederos.

Si la sentencia rechaza la acción de petición de herencia, no existe cosa juzgada contra los restantes coherederos que no fueron parte en el juicio, por lo que no les podría ser opuesta. El coheredero actor actúa en su propio interés y no en representación de los demás³³.

445.B) Derechos de los coherederos sobre sus cuotas en la masa indivisa

Cada heredero tiene derecho a una cuota de la herencia. Ese derecho es autónomo, pues no sufre ninguna limitación por la concurrencia de otros herederos.

De ahí que todo heredero pueda enajenar su cuota, a través del contrato de cesión de derechos hereditarios, el cual puede realizarse aun sin haber iniciado el juicio sucesorio. Esto dará derecho al cesionario a obtener una parte efectiva del patrimonio, una vez realizada la partición. Pero hasta que la partición no se realiza carece de verdadero título de dominio en bienes concretos y determinados.

³³ MÉNDEZ COSTA, ob. cit., t. V-B, p. 19.

Para la enajenación de bienes determinados o de una parte de ellos, se requiere la voluntad conjunta de todos los coherederos.

446.C) Enajenación de bienes concretos

Hay que distinguir si esos actos son realizados durante la administración extrajudicial de la herencia o durante la administración judicial:

a) Período de administración extrajudicial. En este período los herederos en forma unánime pueden enajenar bienes concretos de la herencia. El artículo 2325 establece que los actos de disposición requieren el consentimiento de todos los herederos.

Esa enajenación lleva consigo la responsabilidad ilimitada del heredero ante los acreedores del causante, a no ser que el acto sea conveniente y el precio obtenido ingrese a la masa (art. 2321, inc. g).

b) Período de administración judicial. En esta etapa se nombra un administrador de los bienes, el cual puede enajenar todo tipo de bienes, contando con el acuerdo unánime de los herederos, o en su defecto, con la autorización judicial (art. 2357, párr. 2º).

Esta enajenación lleva consigo la aplicación del artículo 2321, inciso g, que implica la responsabilidad ilimitada para todos los herederos, a no ser que el acto sea conveniente y el precio ingrese a la masa. Entendemos que cuando hay autorización judicial, ésta implica la conveniencia y la garantía del depósito judicial del precio, lo que impedirá la responsabilidad ilimitada.

Circunscribiéndonos a la enajenación de bienes inmuebles, el administrador y los herederos de común acuerdo pueden enajenar un inmueble. Los herederos enajenantes tienen que ser los herederos que constan en la declaratoria de herederos (o en la aprobación del testamento), esté o no inscrita esa declaratoria. Si no está registrada bastará reseñarla en la escritura pública traslativa, sin necesidad de que previamente el inmueble se haya inscripto a nombre de los herederos. En ese caso estaremos ante el supuesto previsto en el artículo 16, inciso b, de la ley 17.801.

El artículo 16 de la citada ley expresa: "No será necesaria la previa inscripción o anotación, a los efectos de la continuidad del tracto con

respecto al documento que se otorgue, en los siguientes casos [...] b) cuando los herederos declarados (o sus sucesores) transmitieren o cedieren bienes hereditarios inscriptos a nombre del causante o de su cónyuge". Es un supuesto de tracto abreviado, que no supone excepción alguna al principio de tracto sucesivo, sino que el tracto se realiza en un solo asiento, basándose en la escritura traslativa en la que consta la anterior transferencia a nombre del heredero y la transferencia del heredero al tercero adquirente³⁴. La concatenación de los asientos registrales que requiere el tracto sucesivo (art. 14, ley 17.801) se cumple en este caso de tracto abreviado con las oportunas constancias en la escritura pública traslativa y en el Registro. Acotamos que este artículo no menciona la "inscripción" de la declaratoria de herederos, ni presupone esa inscripción.

Digamos, por último, que el escribano, antes de extender la escritura de transferencia, debe solicitar certificado registral (art. 23, ley 17.801) y verificar que en el expediente sucesorio no se hayan presentado acreedores ejerciendo el derecho de oposición (art. 2359), pues en ese caso no debe autorizar la escritura hasta tanto se hayan satisfecho los créditos; si los acreedores, a través de las acciones individuales, hubiesen embargado los derechos hereditarios de uno de los herederos, con mayor motivo el escribano no podrá autorizar la escritura.

Por contraposición a todo lo expuesto precedentemente, no podrá un coheredero, actuando aisladamente, enajenar bienes concretos, ni cuotas de bienes concretos, durante el estado de indivisión. Ese acto de enajenación lo consideramos nulo, aunque al heredero enajenante le correspondía luego en su hijuela. Era de aplicación el artículo 1331, 1ª parte del antiguo Código Civil, que expresaba: "La venta hecha por uno de los copropietarios de la totalidad de la cosa es de ningún efecto aun respecto de la porción del vendedor". La razón es simple: los coherederos no tienen título de propiedad sobre bienes concretos.

La doctrina española³⁵ considera similarmente que tal acto está viciado de nulidad; la venta por un comunero de uno de tales bienes constituye una venta de cosa ajena.

La jurisprudencia ha declarado con acierto que "el estado de indi-

³⁴ PÉREZ LASALA, *Derecho Inmobiliario registral* cit., p. 160.

³⁵ MEORO, Clemente (coautor), *Derecho de Sucesiones*, Valencia, 1992, p. 582.

visión hereditario impide vender derechos sobre bienes específicos de la sucesión o sobre una parte individualizada o particularizada de los mismos, pues en todo caso sólo es posible la cesión de derechos y acciones o la enajenación de la parte indivisa³⁶.

Esta solución surge en el nuevo Código de la interpretación *a contrario sensu* de los artículos 2325 y 2353, párrafo 2º.

III. INDIVISIÓN FORZOSA

447. Justificación

El principio de la división forzosa aplicado indiscriminadamente ha sido censurado severamente por las consecuencias negativas que puede ocasionar en el orden social y económico. De ahí que las legislaciones modernas hayan buscado paliativos que contemplen la indivisión temporaria, en forma más o menos duradera.

En nuestro Derecho estos estados de indivisión se regulaban en la ley 14.394 "Régimen de menores y bien de familia", del año 1954, la cual ha perdurado hasta la sanción y entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El artículo 3º de la ley aprobatoria del nuevo Código ha derogado especialmente la ley 14.394, que ha pasado a formar parte, con algunas modificaciones, del articulado del nuevo ordenamiento civil.

A este criterio responden varias normas contenidas en los artículos 2330 a 2334. Los estados de indivisión continuada pueden ser impuestos por el testador, o por pactos entre los herederos, o por el cónyuge superviviente, o por algún heredero.

En el nuevo Código la justificación se encuentra, a nuestro juicio, no sólo en las consecuencias negativas que puede provocar la partición inmediata de la herencia, sino en la conveniencia de proteger las sociedades familiares haciéndolas perdurar en el tiempo.

448. Indivisión impuesta por el testador

El nuevo artículo 2330 expresa: "*Indivisión impuesta por el testa-*

³⁶ C1°CCom. de Bahía Blanca, sala I, 24-8-99, J. A. 2000-I-607.

dar. El testador puede imponer a sus herederos, aun legitimarios, la indivisión de la herencia por un plazo no mayor de diez (10) años.

"Puede también disponer que se mantenga indiviso por ese plazo o, en caso de haber herederos menores de edad, hasta que todos ellos lleguen a la mayoría de edad:

"a) un bien determinado;

"b) un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero, o cualquier otro que constituye una unidad económica;

"c) las partes sociales, cuotas o acciones de la sociedad de la cual es principal socio o accionista.

"En todos los casos, cualquier plazo superior al máximo permitido se entiende reducido a éste.

"El juez puede autorizar la división total o parcial antes de vencer el plazo, a pedido de un coheredero, cuando concurren circunstancias graves o razones de manifiesta utilidad".

El artículo ha reproducido lo establecido en el artículo 51 de la ley 14.394, con la variante introducida en el inciso c, que incluye en la indivisión: "las partes sociales, cuotas o acciones de la sociedad". Para que el testador pueda imponer la indivisión a sus herederos, aunque sean legitimarios, se requiere que el causante hubiere sido socio principal o el accionista principal de la sociedad.

449. Pacto de indivisión

El nuevo artículo 2331 dispone: "*Pacto de indivisión*. Los herederos pueden convenir que la indivisión entre ellos perdure total o parcialmente por un plazo que no exceda de diez (10) años, sin perjuicio de la partición provisional de uso y goce de los bienes entre los copartícipes.

"Si hay herederos incapaces o con capacidad restringida, el convenio concluido por sus representantes legales o con la participación de las personas que los asisten requiere aprobación judicial.

"Estos convenios pueden ser renovados por igual plazo al término del anteriormente establecido.

"Para ser oponible a terceros, el pacto que incluye bienes registrables debe ser inscripto en los registros respectivos.

"Cualquiera de los herederos puede pedir la división antes del vencimiento del plazo, siempre que medien causas justificadas".

El artículo ha reproducido lo dispuesto en el artículo 52 de la ley 14.394, con pequeñas modificaciones, como éstas: a) Donde el artículo 52 decía incapaces, ahora dice: incapaces o capaces con capacidad restringida; b) el artículo 52 expresaba que esos convenios podían renovarse al término del lapso establecido; el nuevo artículo establece que los convenios pueden ser renovados por igual plazo.

450. Oposición del cónyuge

El artículo 2332, en sus cinco primeros párrafos, dispone: "*Oposición del cónyuge*. Si en el acervo hereditario existe un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole que constituya una unidad económica, o partes sociales, cuotas o acciones de una sociedad, el cónyuge supérstite que ha adquirido o constituido en todo o en parte el establecimiento o que es el principal socio accionista de la sociedad, puede oponerse a que se incluyan en la partición, excepto que puedan serle adjudicados en su lote.

"Tiene el mismo derecho el cónyuge que no adquirió ni constituyó el establecimiento pero que participa activamente en su explotación.

"En estos casos, la indivisión se mantiene hasta diez (10) años a partir de la muerte del causante, pero puede ser prorrogada judicialmente a pedido del cónyuge sobreviviente hasta su fallecimiento.

"Durante la indivisión, la administración del establecimiento, de las partes sociales, cuotas o acciones corresponde al cónyuge sobreviviente.

"A instancia de cualquiera de los herederos, el juez puede autorizar el cese de la indivisión antes del plazo fijado, si concurren causas graves o de manifiesta utilidad económica que justifiquen la decisión..."

La oposición del cónyuge se hace para que el bien o los bienes no sean incluidos en la partición, lo que mantiene el estado de indivisión. El estado de indivisión puede ser prorrogado hasta el fallecimiento del cónyuge.

El punto estaba regulado en el artículo 53 de la ley 14.394; el nuevo artículo no ha hecho más que reproducirlo con pequeñas va-

riantes: a) Los cinco primeros párrafos se refieren al establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole que constituya una unidad económica, y a las partes sociales, cuotas o acciones de una sociedad. La ley 14.394 no había previsto las partes sociales, cuotas o acciones. Tratándose de una sociedad, basta que el cónyuge sea el accionista principal, aunque no sea el accionista mayoritario, es decir que no logre la mayoría por sí mismo. b) La ley 14.394 le daba este derecho al cónyuge que lo hubiese adquirido o formado en todo o parte el establecimiento. El nuevo artículo, con más precisión, se refiere al cónyuge que ha adquirido o constituido en todo o parte el establecimiento o que participó activamente en su explotación. c) La administración del establecimiento o de las partes sociales, cuotas o acciones corresponde al cónyuge. La norma implica que, en principio, hay una partición de los "demás bienes", en cuyo caso cesará para ellos la figura del administrador. Si por circunstancias especiales se mantuviera por un tiempo limitado el estado de indivisión en los demás bienes, podría suceder que esa administración recayera en una persona distinta del cónyuge, pudiendo en tal caso concurrir dos administradores, aunque sobre patrimonios diferentes. d) La ley 14.394 fijaba exclusivamente el plazo de diez años; el nuevo artículo permite que se prorrogue el estado de indivisión por toda la vida del cónyuge.

451. Vivienda que ha sido residencia habitual de los cónyuges

El párrafo sexto del artículo 2332 expresa: "El cónyuge supérstite también puede oponerse a que la vivienda que ha sido residencia habitual de los cónyuges al tiempo de fallecer el causante y que ha sido adquirida o construida total o parcialmente con fondos gananciales, con sus muebles, sea incluida en la partición, mientras él sobreviva, excepto que pueda serle adjudicada en su lote. Los herederos sólo pueden pedir el cese de la indivisión si el cónyuge supérstite tiene bienes que le permiten procurarse otra vivienda suficiente para sus necesidades".

Este párrafo es similar al artículo 53, último párrafo de la ley 14.394.

El artículo 2332, último párrafo, establece que el cónyuge supérstite puede oponerse a que la vivienda, que ha sido su residencia habitual al morir su consorte, se incluya en la partición, quedando para su uso exclusivo mientras sobreviva. Esto lleva consigo que la vivienda no entre en la partición y que el cónyuge sobreviviente use exclusivamente el bien —con sus muebles—. La titularidad del bien será de todos los herederos puesto que dicho bien no se ha incluido en la partición, pero la vivienda con sus muebles queda de uso exclusivo del cónyuge supérstite. El artículo exige dos requisitos: a) que la vivienda haya sido adquirida o construida total o parcialmente con fondos gananciales; b) que esa propiedad no pueda serle adjudicada en su lote.

Los herederos pueden pedir el cese de la indivisión si el cónyuge tiene bienes que le permitan procurarse otra vivienda acorde a sus necesidades.

No se concede al cónyuge supérstite este derecho si la vivienda puede serle adjudicada en su lote.

Este derecho —como luego veremos (Nº 778 y ss.)— es distinto del derecho real de habitación que legisla el nuevo artículo 2383. Este artículo otorga el derecho real de habitación al cónyuge supérstite en forma vitalicia, gratuita y de pleno derecho sobre el inmueble que constituyó el último hogar conyugal. La diferencia con el artículo 2332 es notoria, puesto que no exige que el bien haya sido construido con bienes gananciales, ni que hayan otros bienes que queden para adjudicarlos en su lote, ni que el cónyuge supérstite tenga bienes suficientes para proveerse otra vivienda.

Entendemos que la nueva redacción del artículo 2383 ha dejado sin sentido el artículo 2332 que comentamos. En nuestra opinión, debió suprimirse lisa y llanamente el último párrafo del artículo 2332.

452. Oposición del heredero

El artículo 2333 dispone: "*Oposición de un heredero.* En las mismas circunstancias que las establecidas en el artículo anterior, un heredero puede oponerse a la inclusión en la partición del establecimiento que constituye una unidad económica si, antes de la

muerte del causante, ha participado activamente en la explotación de la empresa”.

El heredero que ha participado activamente en la explotación de la empresa antes de la muerte del causante, puede oponerse a que se incluya en la partición. La solución es igual a la del cónyuge (art. 2332, párr. 2º) pero con el límite de los diez años.

El artículo busca la continuidad del establecimiento.

453. Oponibilidad frente a terceros.

Derechos de los acreedores

El artículo 2334 expresa: “*Oponibilidad frente a terceros. Derechos de los acreedores.* Para ser oponibles a terceros, la indivisión autorizada por los artículos 2330 a 2333 que incluye bienes registrables debe ser inscrita en los registros respectivos.

Durante la indivisión autorizada por los artículos 2330 y 2333, los acreedores de los coherederos no pueden ejecutar el bien indiviso ni una porción ideal de éste, pero pueden cobrar sus créditos con las utilidades de la explotación correspondientes a su deudor.

Las indivisiones no impiden el derecho de los acreedores del causante al cobro de sus créditos sobre los bienes indivisos”

El párrafo primero propiamente se refiere a la indivisión sobre inmuebles. Cuando la indivisión versa sobre inmuebles, ya se trate de una indivisión impuesta por el testador o que provenga de un pacto de indivisión o de la oposición del cónyuge o de un heredero, esa indivisión debe ser inscrita en el Registro inmobiliario para que produzca efectos frente a terceros.

El párrafo 3º dispone que de esos terceros queden excluidos los acreedores del causante, los cuales pueden cobrar sus créditos sobre los bienes indivisos. A ellos no les afectan los estados de indivisión.

El párrafo 2º dispone que los acreedores de los coherederos no pueden ejecutar el bien indiviso, pero pueden cobrar sus créditos con las utilidades de la explotación. En cambio, los acreedores del causante pueden ejecutar los bienes indivisos, pues los estados de indivisión forzosa no les afectan en sus derechos.

IV. ADMINISTRACIÓN EXTRAJUDICIAL Y ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA

454. Administración extrajudicial de la comunidad hereditaria

El nuevo Código Civil y Comercial se refiere al problema de la administración de la herencia, distinguiendo la administración extrajudicial (Título VI, Capítulo I) y la administración judicial (Título VII).

El artículo 2323, refiriéndose a la administración extrajudicial, expresa: "*Aplicabilidad*. Las disposiciones de este Título se aplican en toda la sucesión en la que hay más de un heredero, desde la muerte del causante hasta la partición, si no hay administrador designado". El artículo precisa que se aplican las disposiciones de este Título si no hay administrador designado.

Por eso, cualquier heredero actúa por sí, tomando medidas necesarias de conservación. El artículo 2324, dice en este sentido: "*Actos conservatorios y medidas urgentes*. Cualquiera de los herederos puede tomar las medidas necesarias para la conservación de los bienes indivisos, empleando a tal fin los fondos indivisos que se encuentran en su poder. A falta de ellos, puede obligar a los coherederos a contribuir al pago de los gastos necesarios". Como dice el artículo, estos actos los puede realizar cualquier heredero empleando fondos indivisos que se encuentran en su poder e, incluso, puede obligar a los coherederos a contribuir en el pago de los gastos necesarios.

Las facultades de ese heredero se podrían ampliar a los actos de conservación y vigilancia, que no implican actos de aceptación de la herencia (art. 2296).

Cuando un heredero esté ausente o impedido transitoriamente, otro heredero puede actuar en representación de él, en cuyo caso su actuación se rige por las normas de la gestión de negocios ajenos. El artículo 2326 expresa en ese sentido: "*Ausencia o impedimento*. Los actos otorgados por un coheredero en representación de otro que está ausente, o impedido transitoriamente, se rigen por las normas de la gestión de negocios".

El artículo 2325 dispone: "*Actos de administración y de disposición*."

Los actos de administración y de disposición requieren el consentimiento de todos los coherederos, quienes pueden dar a uno o varios de ellos o a terceros un mandato general de administración.

"Son necesarias facultades expresas para todo acto que excede la explotación normal de los bienes indivisos y para la contratación y renovación de locaciones.

"Si uno de los coherederos toma a su cargo la administración con conocimiento de los otros y sin oposición de ellos, se considera que hay un mandato tácito para los actos de administración que no requieren facultades expresas en los términos del párrafo anterior".

La norma permite que uno o varios herederos otorguen un mandato general de administración a otros coherederos o a un tercero. Lógicamente este mandato no comprende actos de disposición.

Por último, agregamos que el nuevo Código admite que, a pedido de un coheredero —antes de iniciado el proceso sucesorio—, el juez pueda ordenar medidas urgentes que requiera el interés común. El artículo 2327 dice al respecto: "*Medidas urgentes.* Aun antes de la apertura del proceso judicial sucesorio, a pedido de un coheredero, el juez puede ordenar todas las medidas urgentes que requiere el interés común, entre ellas autorizar el ejercicio de derechos derivados de títulos valores, acciones o cuotas societarias, la percepción de fondos indivisos, o el otorgamiento de actos para los cuales es necesario el consentimiento de los demás sucesores, si la negativa de éstos pone en peligro el interés común.

"Asimismo, puede designar un administrador provisorio, prohibir el desplazamiento de cosas muebles, y atribuir a uno u otro de los coherederos el uso personal de éstas".

Los artículos 2328 y 2329, pertenecientes a este Capítulo I, los tratamos en los números 442 y 437, respectivamente.

455. Administración judicial de la comunidad hereditaria: fuentes del nuevo Código Civil y Comercial

El nuevo Código se ha ocupado extensamente de la figura del administrador judicial, que encabeza el Capítulo 4, *Administración*

judicial de la sucesión, del Título VII, *Proceso sucesorio*. Esta administración presupone la existencia del proceso sucesorio.

El capítulo se ha basado fundamentalmente en el Código Civil de Quebec del año 2008, perteneciente al grupo de las legislaciones angloamericanas, que hunden sus raíces en el *common law*. Es propio de esas legislaciones la libertad de testar, que impide la existencia de las legítimas, contraponiéndose a nuestro ordenamiento civil. Otra institución común de esas legislaciones es la existencia de un liquidador, cuya misión fundamental es liquidar la herencia dejando un caudal neto que, después del proceso de liquidación, se entrega a los herederos.

Para llevar a su término ese proceso, el liquidador toma posesión de la herencia, pudiendo incluso reivindicar los bienes contra herederos y legatarios (art. 777, Código de Quebec). Al final del proceso debe entregar los bienes a los herederos y legatarios (art. 822), pudiendo entregar anticipos de sumas de dinero (art. 807). El liquidador actúa con relación a los bienes sucesorios a título de administrador de "bienes ajenos" (art. 802). Tan importantes son las facultades del liquidador que el propio testador no las puede restringir (impidiendo un acto necesario de liquidación o dispensándolo de hacer inventario). La cláusula que restringe esas facultades se tiene por no escrita (art. 778). Al final debe presentar una cuenta definitiva y adicionar una propuesta de partición (art. 820).

Indudablemente el nuevo Código no ha aceptado la figura del liquidador, a cargo de la administración de la herencia, con los alcances que tiene en el Código de Quebec. Sin embargo, ha incorporado al nuevo ordenamiento civil preceptos de ese Código que han enriquecido la institución del administrador, sin alterar sustancialmente lo que fue esa figura en nuestro Derecho. Pero esas circunstancias no le han impedido al liquidador del nuevo Código alterar algunos aspectos, comprendidos dentro de sus funciones, que se pueden resumir así: a) se ha ampliado el campo de acción del administrador para actuar por sí, sin necesidad de requerir el consentimiento de los demás herederos; b) han quedado bajo la órbita de su competencia —desplazando a los herederos— el cobro de los créditos y el pago de las deudas, con lo cual se ha tornado indiferente que los unos y las otras sean o no divisibles.

456. Personas que pueden ejercer el cargo de administrador judicial

El Código Civil de Vélez no había previsto el nombramiento de un administrador judicial, con la consiguiente intervención del juez en el proceso sucesorio. Fueron los Códigos Procesales los que regularon el nombramiento de administrador judicial dentro del proceso sucesorio.

El artículo 2345 del nuevo Código se refiere a las personas que pueden ejercer el cargo de administrador. Dice así: "*Capacidad.* Las personas humanas plenamente capaces, y las personas jurídicas autorizadas por la ley o los estatutos para administrar bienes ajenos, pueden ejercer el cargo de administrador".

La norma está tomada del artículo 783 del Código Civil de Quebec, que dice: "Toda persona plenamente capaz del ejercicio de sus derechos civiles puede ejercer el cargo de liquidador. La persona jurídica autorizada por la ley a administrar bienes ajenos puede ejercer el cargo de liquidador". En este Código el liquidador corresponde al administrador de nuestro Derecho.

457. Designación de administrador judicial

El artículo 2346 dice: "*Designación de administrador.* Los copropietarios de la masa indivisa pueden designar administrador de la herencia y proveer el modo de reemplazarlo. A falta de mayoría, cualquiera de las partes puede solicitar judicialmente su designación, la que debe recaer preferentemente, de no haber motivos que justifiquen otra decisión, sobre el cónyuge sobreviviente y, a falta, renuncia o carencia de idoneidad de éste, en alguno de los herederos, excepto que haya razones especiales que lo hagan inconveniente, caso en el cual puede designar a un extraño".

1. La primera parte del artículo establece en forma genérica que los copropietarios o, mejor, los cotitulares de la masa indivisa, pueden designar administrador y proveer el modo de reemplazarlo. Lo importante es tener presente que los coherederos son los que designan al administrador judicial, siguiendo el criterio de la mayoría, sin necesidad de alcanzar la unanimidad.

2. A falta de mayoría, y a solicitud judicial de cualquiera de las partes, el nombramiento debe recaer sobre el cónyuge, siempre que no haya motivos que justifiquen otra designación.

La jurisprudencia anterior consideró, en determinados casos, que no corresponde la designación del cónyuge, supuestos que hoy entrarían en la expresión "siempre que no haya motivos que justifiquen otra designación". Así, se resolvió la exclusión cuando se hallaba sujeto a juicio de insania o sea de edad avanzada³⁷; o cuando cometía actos dolosos, tales como la ocultación de bienes hereditarios³⁸, o si el cónyuge y los hijos se imputaban mutuamente la comisión de actos dolosos³⁹; cuando los cónyuges hubiesen estado separados de hecho mediante declaración judicial⁴⁰. No obstante, ha habido fallos que han estimado suficiente para excluir al cónyuge de la administración la comprobación de la separación de hecho⁴¹.

En cambio, se consideró que no obsta a la designación del cónyuge la existencia de una demanda de petición de herencia instaurada por los hermanos del causante⁴²; encontrarse pendiente de liquidación una anterior sociedad conyugal del causante⁴³; etcétera.

El fundamento de la preferencia del cónyuge se encuentra en su carácter de socio de la sociedad conyugal y, en la mayor parte de los casos, en su interés en los bienes como heredero. En el nuevo Código puede no haberse pactado sociedad conyugal sino separación de bienes (art. 505). Podríamos agregar que naturalmente es la persona más allegada al causante, con la que formó el hogar conyugal.

3. A falta de cónyuge, renuncia, carencia de idoneidad, el cargo de administrador debe recaer en alguno de los herederos.

4. Cuando haya razones especiales que hagan inconveniente la designación de un heredero, se puede designar a un extraño. Entre las

³⁷ CCiv. 2^a Cap., 29-9-29, J. A. 28-153; L. L. 80-687; CCiv. 1^a Cap., 20-7-1923, J. A. 11-109.

³⁸ J. A. 65-819; GF 49-307; CNCiv., sala C, J. A. 1977-I-732.

³⁹ L. L. 2-701; CNCiv., sala D, L. L. 1979-D-282.

⁴⁰ TSJ de Santa Cruz, L. L. Rep. XXI-2170, sum. 255; CNCiv., sala B, 7-4-83, L. L. 1983-D-507.

⁴¹ L. L. 11-1167; L. L. 61-793; CNCiv., sala C, J. A. 1983-IV, *ídem*.

⁴² L. L. 68-96. En contra: L. L. 9-970.

⁴³ J. A. 8-160; 14-1163.

razones especiales cabe incluir la existencia de intereses contrapuestos entre los herederos.

Consideramos acertada la inclusión en el Código de estas normas para designar administrador judicial, que antes dependían de las legislaciones provinciales.

Las fuentes del artículo son: a) el artículo 785 del Código Civil de Quebec, que inspiró la primera parte del artículo; b) la legislación procesal civil de la Nación, en la que se inspiró el resto del artículo.

458. Designación por el testador

El artículo 2347 expresa: "*Designación por el testador.* El testador puede designar uno o varios administradores y establecer el modo de su reemplazo.

"Se considera nombrado administrador a quien el testador haya señalado expresamente como tal, o lo haya designado como liquidador de la sucesión, albacea, ejecutor testamentario o de otra manera similar".

El párrafo 1° faculta al testador para designar administrador de su herencia. El testador puede designar varios administradores y establecer el modo de su reemplazo.

El párrafo 2° considera que, si el testador designa un liquidador de la herencia, se entiende que ese liquidador es el administrador de la herencia, lo cual nos parece lógico: en las legislaciones de origen angloamericano, el liquidador es el administrador.

Pero agrega ese párrafo que también se considera nombrado administrador al albacea o ejecutor testamentario, en contra de la corriente tradicional que establece que el albacea, en principio, no es el administrador de la herencia sino un ejecutor testamentario. Tan es así que el nuevo Código, al regular las funciones del albacea, sólo le otorga la facultad de administrar los bienes sucesorios en el supuesto de inexistencia de herederos (art. 2529). Ante esta situación, pensamos que sólo cabe armonizar ambos textos, aparentemente contradictorios, considerando que esa función administrativa sólo la tiene el albacea en el caso que prevé el artículo 2529.

459. Pluralidad de administradores

El artículo 2348 expresa: "*Pluralidad de administradores*. En caso de pluralidad de administradores, el cargo es ejercido por cada uno de los nombrados en el orden en que están designados, excepto que en la designación se haya dispuesto que deben actuar conjuntamente.

"En caso de designación conjunta, si media impedimento de alguno de ellos, los otros pueden actuar solos para los actos conservatorios y urgentes".

El cargo según el párrafo 1º es ejercido por cada uno de los nombrados, siguiendo el orden en que están designados. Pero el testador puede disponer que todos actúen conjuntamente.

El artículo, influido por el caso de que el testador haya nombrado varios albaceas (art. 2523), ha considerado que hay una administración sucesiva, salvo que se disponga que deben actuar conjuntamente.

El párrafo 2º prevé el supuesto de que haya impedimento de alguno de los designados conjuntamente, en cuyo caso los otros podrán actuar solos para los actos conservatorios y urgentes.

La norma está inspirada en el artículo 787 del Código de Quebec, aunque la excepción que contiene el párrafo 1º del artículo 2348 se transforma en regla general en el Código de Quebec.

460. Remuneración y gastos

El artículo 2349 dispone: "*Remuneración y gastos*. El administrador tiene derecho a que se le reembolsen los gastos necesarios y útiles realizados en el cumplimiento de su función.

"También tiene derecho a remuneración. Si no ha sido fijada por el testador, ni hay acuerdo entre el administrador y los copropietarios de la masa indivisa, debe ser determinada por el juez".

El párrafo 1º establece que el administrador tiene derecho a que se le reembolsen los gastos necesarios y útiles; no cabe el reembolso por las mejoras suntuarias. Se aplica lo dispuesto en el artículo 1938 del nuevo Código.

El párrafo 2º le otorga derecho a remuneración; en cambio, el Código Civil de Vélez le negaba comisión alguna por la administración

(art. 3398). La justificación de la retribución en el nuevo ordenamiento civil se debe a la mayor importancia que se otorga al cargo de administrador.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación otorga honorarios al administrador en el artículo 715, que dice: "*Honorarios*. El administrador no podrá percibir honorarios con carácter definitivo hasta que haya sido rendida y aprobada la cuenta final de la administración. Cuando ésta excediere de seis meses, el administrador podrá ser autorizado a percibir periódicamente sumas, con carácter de anticipos provisionales, las que deberán guardar proporción con el monto aproximado del honorario total".

La jurisprudencia declaró que los honorarios regulados a favor del administrador judicial de la sucesión gozan del privilegio de los gastos de justicia⁴⁴.

Los honorarios están regidos por el artículo 13 de la ley 24.432. Por aplicación de esta norma el monto de los honorarios no puede depender de una apreciación discrecional, y las dificultades o simplicidad de la administración sólo servirán para que la regulación aumente o disminuya dentro de los límites máximo y mínimo que señala la ley⁴⁵.

La revocación de la designación de administrador judicial no afecta su derecho a percibir honorarios⁴⁶.

461. El administrador no está obligado a garantizar el cumplimiento de sus obligaciones

El artículo 2350 expresa: "*Garantías*. El administrador no está obligado a garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, excepto que el testador o la mayoría de los copropietarios de la masa indivisa lo exija, o que lo ordene el juez a pedido de interesado que demuestre la necesidad de la medida.

"Si requerida la garantía, el administrador omite constituirla o se rehúsa a hacerlo en el plazo fijado por el juez, debe ser removido del cargo".

⁴⁴ CNCiv., sala H, 2-7-2010, L. L. 2010-E-457.

⁴⁵ FASSI, ob. cit., p. 376.

⁴⁶ L. L. 77-480.

En principio, el administrador no está obligado a garantizar el cumplimiento de sus obligaciones. La excepción se produce cuando el testador o la mayoría de los herederos lo exija, o el juez lo ordene.

El artículo fue tomado integralmente del artículo 790 de Código Civil de Quebec⁴⁷.

462. Remoción del administrador judicial

El artículo 2351 dispone: "*Remoción*. Todo interesado puede solicitar al juez la remoción del administrador si existe imposibilidad de ejercer el cargo o mal desempeño de éste.

"Mientras tramite el pedido, que se sustancia por la vía más breve que permita la legislación procesal, continúa en el ejercicio de sus funciones si el juez no resuelve designar un administrador provisional".

En los casos de imposibilidad de ejercer el cargo o mal desempeño de éste, cualquier interesado puede solicitar al juez su remoción.

Los casos de remoción que implican mal desempeño del cargo pueden ser variados. La jurisprudencia declaró que procede la remoción en caso de mala administración⁴⁸ o de disposición en provecho propio de los bienes confiados al administrador⁴⁹ o si fue moroso en la rendición de cuentas⁵⁰, o si distribuyó fondos entre algunos herederos sin la conformidad de los otros⁵¹, o si reveló negligencia o falta de condiciones para el cargo⁵². Pero no basta la sola omisión de la rendición de cuentas, si los herederos no le han intimado a hacerlo⁵³. Debe

⁴⁷ El artículo 790 del Código Civil de Quebec dispone: "El liquidador no está obligado a contratar un seguro o a promover otra garantía que asegure el cumplimiento de sus obligaciones, a menos que el testador o la mayoría de los herederos lo exija o que el tribunal lo ordene a pedido de un interesado que demuestre la necesidad de tal medida. Si, ante el requerimiento de promover una garantía, el liquidador omite o rehúsa a hacerlo, es excluido de su cargo, salvo que el tribunal lo dispense de su falta".

⁴⁸ J. A. 11-600.

⁴⁹ J. A. 39-365.

⁵⁰ J. A. 24-58.

⁵¹ J. A. 66-896.

⁵² J. A. 11-600.

⁵³ L. L. 76-68.

rechazarse el pedido de remoción por el hecho de que la administración de un inmueble se ha llevado a cabo por una inmobiliaria, pues carece de entidad para fundar tal requerimiento⁵⁴.

Aun sin importar mal desempeño, se ha considerado procedente el pedido de remoción si el heredero pierde la calidad de tal por haber sido excluido de la sucesión⁵⁵ o si ha caído en concurso⁵⁶.

El pedido de remoción se sustanciará por la vía más breve que permita la legislación procesal, que es la del incidente. El que plantear el incidente tiene que fundarlo clara y concretamente en los hechos y en el Derecho, y ofrecer toda la prueba de que intentare valerse (art. 178, CPCCN). De la petición deberá darse traslado por 5 días al administrador y a los demás herederos, quienes deberán ofrecer la prueba al contestarlo (art. 180). Una vez trabado el incidente, el juez procederá a recibir las pruebas (art. 181), y finalmente dictará resolución haciendo o no haciendo lugar a la remoción (art. 185).

El nuevo Código no ha previsto el supuesto de sustitución cuando hay acuerdo unánime de todos los herederos, lo que interpretamos como una imposibilidad legal para efectuar esa sustitución, aunque los códigos procesales de vigencia anterior lo permitan.

El artículo fue tomado casi literalmente del artículo 791 del Código Civil de Quebec⁵⁷.

463. Medidas urgentes ante el inconveniente del administrador para entrar en funciones

El artículo 2352 establece: "*Medidas urgentes*. Si el administrador no ha sido aún designado, rehúsa el cargo, demora en aceptarlo o debe ser reemplazado, cualquier interesado puede solicitar medidas urgentes tendientes a asegurar sus derechos, como la facción de inventario, el

⁵⁴ CCCom. de Formosa, 2-2-2009, L. L. Litoral, 2009 (julio), p. 685.

⁵⁵ J. A. 32-174.

⁵⁶ J. A. 39-749.

⁵⁷ Dice así: "Cualquier interesado puede solicitar al tribunal el reemplazo del liquidador que esté imposibilitado de ejercer su cargo, descuida sus deberes o no respeta sus obligaciones. El liquidador continúa ejerciendo su cargo durante el proceso, a menos que el tribunal decida designar un liquidador provisorio".

depósito de bienes, y toda otra medida que el juez considere conveniente para la seguridad de éstos o la designación de un administrador provisional. Los gastos que ocasionan estas medidas están a cargo de la masa indivisa”.

Cualquier interesado puede solicitar medidas urgentes o la designación de un administrador provisional, si el administrador no ha sido aún designado, si rehúsa el cargo, si demora en aceptarlo o si debe ser reemplazado.

La norma se inspiró casi literalmente en el artículo 792 del Código Civil de Quebec, omitiendo solamente nuestra norma la posibilidad de colocar precintos⁵⁸.

464. Régimen jurídico de la administración judicial: precedentes

El régimen general del condominio romano y también de la comunidad hereditaria era el de la unanimidad. Para todos los actos de disponibilidad jurídica que afectaban a la totalidad de alguna de las cosas que componían la comunidad se requería el consentimiento unánime de todos los comuneros. Por ejemplo, para constituir servidumbres, enajenar o gravar cosas, comprarlas, máxime si se adquirían con fondos comunes, etcétera.

Pero así como para los actos de disposición jurídica se señaló la necesidad del consentimiento unánime, para los actos de disposición material —como observa Bonfante⁵⁹— esta necesidad no es mencionada en los textos romanos ni una sola vez. En lugar de imponerse el consentimiento unánime, surge el concepto del *ius prohibendi*, el *prohibere*, por parte de los demás frente a la obra proyectada o iniciada

⁵⁸ Dice así: “Si el liquidador no ha sido designado, tarda en aceptar o rechazar el cargo, o debe ser reemplazado, cualquier interesado puede accionar judicialmente para colocar precintos, hacer inventarios, nombrar provisoriamente un liquidador o adoptar toda otra medida adecuada para asegurar la conservación de su derecho. Estas medidas benefician a todos los interesados, pero no crean entre ellos ninguna preferencia. Los gastos de inventario y de precintados son a cargo de la sucesión”.

⁵⁹ BONFANTE, *Il ius prohibendi nel condominio*, en *Scr. Giur.*, vol. III, ps. 384 y ss.

por uno de ellos. Estos actos de disposición material suponen actos de innovación de carácter material, por ejemplo: variar el cultivo, edificar, suprimir edificaciones, etcétera. El principio del *ius prohibendi* similar al sistema de la *intercessio* del Derecho Público, no requiere el asentimiento positivo de los comuneros, sino únicamente que no formulen su veto o *prohibitio* a la actividad de quien realiza el acto. El *ius prohibendi* no responde en realidad —como dice Iglesias⁶⁰— al concepto del ejercicio *pro parte*, sino a aquel otro —primario y originario— de la cotitularidad solidaria del patrimonio.

En el Derecho justiniano el *ius prohibendi* sólo era admitido cuando redundaba en beneficio de la comunidad: *si modo toti societati prodes*⁶¹.

El sistema romano no quedaría completo si no se hiciera mención a los actos ejercibles *pro parte* por los comuneros, como son la percepción de frutos en proporción a la cuota, el uso de la cosa común y todos los llamados de disponibilidad jurídica que afecten tan sólo a la cuota parte.

De todo lo dicho surge que la reglamentación de la copropiedad y, por tanto, del condominio romano descansa sobre la fundamental distinción de tres grupos de actos⁶²:

1) Actos de disponibilidad jurídica que afecten a la totalidad de la cosa. Requiere la unanimidad, que es el principio rector.

2) Actos que impliquen innovaciones de carácter material. Los pueden realizar cualquiera de los comuneros, con tal que los otros no ejerzan el *ius prohibendi*.

3) Actos que puede ejercer el comunero individualmente, que no impliquen invadir el derecho de los demás, ya porque su ejercicio fuese compatible con el derecho de los demás, ya porque sólo afectara a su cuota parte.

465. Régimen jurídico de la administración judicial en el Código Civil de Vélez Sársfield

Respondiendo a la idea del Codificador de que los estados de in-

⁶⁰ IGLESIAS, ob. cit., p. 291.

⁶¹ Digesto, 8, 2, 26, interpolado.

⁶² ARIAS RAMOS, ob. cit., p. 239.

división hereditaria eran pasajeros, sólo destinó un solo artículo a la administración de la herencia, el artículo 3451. Pero la realidad jurídica mostró que los estados de comunidad con frecuencia se extienden en el tiempo.

El artículo 3451 establecía que "Ninguno de los herederos tiene el poder de administrar los intereses de la sucesión. La decisión y los actos del mayor número, no obligan a los otros coherederos que no han prestado su consentimiento. En tales casos, el juez debe decidir las diferencias entre los herederos sobre la administración de la sucesión".

La norma recogía el principio de la necesidad del acuerdo unánime en orden a los actos de administración de la herencia indivisa. La exigencia del consentimiento unánime de todos los herederos surgía, con toda claridad, al negar obligatoriedad a las decisiones de la mayoría. El precepto empezaba expresando que "ninguno de los herederos tiene el poder de administrar", expresión que quiere decir que ninguno de los herederos "individualmente" o "aisladamente" tiene la facultad de administración de la sucesión. Esta facultad correspondía a la unanimidad, ya que se desechaba el criterio de la mayoría. Terminaba diciendo el artículo que el juez, cuando no hay unanimidad, deberá decidir las diferencias, solución lógica porque permitirá al juez sopesar las opiniones diferentes y tomar decisiones en beneficio de la comunidad.

Esto no implicaba, como equivocadamente sostuvo algún autor⁶³, recoger la concepción del *ius prohibendi*, que responde a principios diferentes. El *ius prohibendi* implica otorgar la facultad de administración a cualquiera de los herederos individualmente, si bien concediendo la posibilidad del veto a los demás comuneros. El principio del *ius prohibendi*, que tiene su origen en el primitivo *consortium* romano, sólo sirvió en la época clásica romana para regular los supuestos de innovaciones materiales en la cosa común.

Pero el Código Civil no había previsto la intervención del juez a través de un proceso sucesorio ni, por tanto, el nombramiento de un administrador judicial. Fueron los códigos procesales los que regularon el proceso sucesorio, y dentro de él la figura del administrador judicial.

⁶³ MAFFÍA, ob. cit., t. I, p. 289.

Quiere decir, pues, que en materia de administración de la herencia regía el artículo 3451 del Código Civil hasta tanto se recurriera al proceso sucesorio. Pero una vez iniciado éste, las normas de la administración hereditaria se regían por las reglas del proceso sucesorio, sin que perdiera vigencia en lo esencial el artículo 3451, por ser una norma de mayor jerarquía constitucional.

La designación de este administrador está regulada por los códigos procesales, respondiendo a principios propios y diferentes del contenido en el artículo 3451. El juez designa como administrador judicial, si no hay unanimidad, al que determine la mayoría (art. 709, CPCCN), al margen de lo indicado en el Código Civil.

466. Funciones del administrador judicial en el nuevo Código Civil y Comercial

El artículo 2353 del nuevo Código expresa: "*Administración de los bienes*. El administrador debe realizar los actos conservatorios de los bienes y continuar el giro normal de los negocios del causante.

"Puede, por sí solo, enajenar las cosas muebles susceptibles de perecer, depreciarse rápidamente o cuya conservación sea manifiestamente onerosa. Para la enajenación de otros bienes, necesita acuerdo unánime de los herederos o, en su defecto, autorización judicial.

"Además de gestionar los bienes de la herencia, debe promover su realización en la medida necesaria para el pago de las deudas y legados".

Para realizar un análisis ordenado de la norma, distinguimos estos aspectos:

A) *Consideraciones generales*. En primer lugar conviene tener presente que al hablar de administración judicial nos estamos refiriendo al administrador cuya designación tiene lugar en el proceso sucesorio.

En segundo lugar, el administrador judicial tiene más autonomía, precisamente porque su designación se hace con aprobación judicial. Ese administrador necesita del acuerdo unánime o, en su defecto, de la autorización judicial para realizar en general los actos de enajenación. En cambio, los herederos que administren extrajudicialmente tienen

menos autonomía. Por eso, necesitan el consentimiento de todos los coherederos no sólo para los actos de disposición sino para los actos de administración.

B) *Facultades del administrador*. Las facultades del administrador judicial se traducen en una serie de actos que dicho administrador puede realizar, unas veces por sí solo y otras necesitando el acuerdo unánime de los herederos o, en su defecto, la autorización judicial. Tales actos se pueden agrupar en la siguiente forma:

a) *Actos conservatorios*. Se comprenden dentro de los actos conservatorios todos los actos de conservación o de vigilancia que puede realizar el administrador, entre los que se incluyen aquellos que no implican actos de aceptación (art. 2296). Tales serían los actos de continuación del giro comercial (cuando se aclare que se actúa para evitar un perjuicio); de recolección de frutos naturales de bienes de la sucesión, indispensable para evitar su pérdida; la venta de la producción en el caso de que no pueda quedar en el campo; la percepción de lo debido a la sucesión si se deposita el dinero en el expediente; el pago de reparaciones urgentes; etcétera.

A estos actos se refiere el artículo 2353 cuando menciona a "los actos conservatorios de los bienes" o a "enajenar bienes muebles susceptibles de perecer" o de "depreciarse rápidamente" o bienes muebles "cuya conservación sea manifiestamente onerosa". A estos actos también se refiere el artículo 712, párrafo 1º, del CPCCN: "El administrador de la sucesión sólo podrá realizar actos conservatorios de los bienes administrados".

b) *Actos de administración*. Conviene distinguir, siguiendo las ideas de Ferrara⁶⁴, formuladas a principios del siglo pasado, entre los actos de administración ordinaria y extraordinaria.

Los actos de administración ordinaria son aquellos que responden a la producción de los bienes hereditarios y al aprovechamiento de esa producción y a los gastos o deudas normales que ocasionen esos actos. Ejemplo típico son las deudas contraídas por el causante por

⁶⁴ Ferrara contraponen actos de administración ordinaria, que no ponen en peligro la entidad y la capacidad productiva del patrimonio, y acto de administración extraordinaria que representan un riesgo para el patrimonio.

compra de mercaderías del negocio, objeto de la herencia. En cambio, son actos de administración extraordinaria los pagos de deudas contraídas por el causante, ajenos a los actos de producción antes referidos. Por ejemplo, deudas por compra de inmuebles no pagados, nombramiento de nuevos empleados, etcétera. Como la gama de casos que se pueden producir en la realidad es muy grande, su calificación quedará sujeta en última instancia al buen criterio judicial.

La distinción entre actos de administración ordinaria y extraordinaria está implícitamente admitida en el Código Procesal de la Nación al hablar de gastos normales y de gastos extraordinarios (art. 712, párr. 2° y art. 225, inc. 5°), y está insinuada en el artículo 2353 del nuevo Código al referirse a actos que tienden a continuar el giro normal de los negocios del causante; porque hay otros actos de administración que exceden la continuación de ese giro normal.

1. *Actos de administración ordinaria.* Se comprenden dentro de estos actos los que corresponden a la continuación del giro comercial de la empresa, la compraventa de mercadería, la percepción de lo que se debe a la sucesión, el pago de las deudas del causante que correspondan a los gastos de producción de los bienes hereditarios, etcétera. El artículo 2353 habla de continuar el giro normal de los negocios del causante. Entendemos que para realizar estos actos no es necesario el acuerdo de todos los herederos.

El artículo 712, párrafo 2° del CPCCN, dice, refiriéndose sólo al problema de la retención o disposición de fondos: "Sólo podrá retener fondos o disponer de ellos con el objeto de pagar los gastos normales de la administración". La norma, pues, faculta al administrador judicial para realizar los gastos normales de administración. Pensamos que dentro de esos gastos se comprende el pago de las deudas que corresponden a los gastos de producción del patrimonio, por ejemplo las relativas al giro normal de la empresa, pero no aquellas que exceden ese ámbito, ya se hagan con las utilidades del capital y aun con el dinero existente en la herencia perteneciente al capital. La norma no exige acuerdo de los herederos para la realización de esos actos⁶⁵.

⁶⁵ Conf. MÉNDEZ COSTA, ob. cit., t. V-B, p. 47.

La jurisprudencia declaró en el mismo sentido que venimos exponiendo que “las operaciones de compraventa de mercaderías indispensables para la marcha regular del negocio de la sucesión, hechas por la cónyuge superviviente designada administradora de la misma, obligan al pago a todos los condóminos del establecimiento y no exclusivamente a la referida administradora, aunque ésta no haya recabado autorización judicial”⁶⁶. También ha dispuesto que el ejercicio de la acción por cobro de alquileres es un acto de administración ordinaria, que no requiere autorización judicial⁶⁷.

En el artículo 2353 del nuevo Código no se exige acuerdo unánime de los herederos para realizar estos actos. No dudamos de que en este sentido ha habido un progreso en la legislación. Es difícil concebir que, por ejemplo, en un negocio, objeto de la herencia, se tenga que pedir autorización para reponer mercadería, para pagar sueldos, etcétera. Ésos son actos de administración ordinaria que buscan continuar el giro normal de los negocios del causante.

2. *Actos de administración extraordinaria.* Hay una serie de actos que exceden los límites de la administración ordinaria, pues implican gastos extraordinarios, como los ocasionados por ampliación de instalaciones, nombramientos de personal, pago de deudas del causante que no se refieren al giro normal del negocio; por ejemplo, por pago de compra de inmuebles, etcétera. El artículo 2353 no se refiere a estos actos. Por otra parte, el artículo 2354 del nuevo Código exige la conformidad de los partícipes o la autorización judicial para el cobro de créditos. Deducimos que, siendo los actos de administración extraordinaria más riesgosos que el cobro de créditos, se debe exigir en ellos el acuerdo de los herederos o, en su defecto, la autorización judicial.

⁶⁶ L. L. 21-781; en el fallo de la C2ª Apel. de La Plata, sala III, 18-2-41, se dice que “las operaciones de compra de mercaderías indispensables para la marcha regular del negocio de la sucesión, hechas por el cónyuge superviviente designada administradora de la misma, obligan al pago de todos los condóminos del establecimiento, y no exclusivamente a la referida administradora, aunque ésta no haya recabado autorización judicial” (J. A. 1947-II-218).

⁶⁷ CApel. de Tucumán, sala II, 7-3-2008, L. L. NOA, julio de 2008, p. 614.

El artículo 712, párrafo 2º del CPCCN expresa: "En cuanto a los gastos extraordinarios se estará a lo dispuesto en el artículo 225, inciso 5º". El inciso 5º dice: "Los gastos extraordinarios serán autorizados por el juez previo traslado a las partes, salvo cuando la demora pudiere ocasionar perjuicios; en ese caso, el interventor deberá informar al juzgado dentro de tercero día de realizados".

c) *Actos de enajenación*. El artículo 2353, párrafo 2º, después de autorizar que el administrador pueda por sí enajenar cosas muebles en circunstancias especiales, agrega que "para la enajenación de otros bienes necesita el acuerdo unánime de los herederos o, en su defecto, autorización judicial".

Merece especial atención el supuesto de que el administrador, no mediando acuerdo unánime de los herederos, pueda obtener subsidiariamente la autorización judicial. Nos parece que la autorización judicial, no mediando acuerdo unánime de los herederos, es válida cuando la enajenación autorizada por el juez es consecuencia de un acto de administración. Por ejemplo, para pagar una deuda del causante se necesita vender un inmueble de la sucesión. Los herederos no se ponen de acuerdo para que se efectúe la transferencia y recurren al juez, el cual la autoriza. Esa autorización resulta necesaria para pagar a un acreedor, cuyo pago es un acto de administración. El artículo 2353 dice en su último párrafo que el administrador, además de gestionar los bienes de la herencia, debe promover su realización en la medida necesaria para el pago de las deudas o legados.

Cosa distinta es que el administrador quiera vender un bien del sucesorio por razones ajenas a la administración de la herencia. Por ejemplo, porque es una buena oportunidad para vender, porque la casa es vieja y convendría deshacerse de ella, o porque pasan por una apremiante situación económica y necesitan vender algún bien, etcétera. En nuestra opinión, en esos casos, si todos los herederos no se ponen de acuerdo para su enajenación, el juez no podrá autorizar dichas ventas porque vulnerarían el derecho de propiedad —protegido por la Constitución— de los herederos que no quisieron enajenar el bien.

Si los actos de enajenación los realiza el administrador sin acuerdo unánime de todos los herederos o sin autorización judicial, la enaje-

nación ocasiona su responsabilidad ilimitada (con sus propios bienes), a no ser que el acto sea conveniente y el precio obtenido ingrese en la masa (art. 2321, inc. d).

d) *Actos de administración precedidos de un acto de enajenación.* Puede suceder que para realizar un típico acto de administración, como sería el pago de una deuda de la sucesión, se necesite vender previamente un bien del sucesorio, que es un acto de disposición, para pagar la deuda con el producido de la venta.

El artículo 2353, párrafo 3º se refiere al supuesto: debe promover la realización de bienes "en la medida necesaria para el pago de las deudas o legados".

El artículo no especifica si el administrador necesita acuerdo unánime de los herederos o, en su defecto, autorización judicial. Si se exige ese requisito para el cobro de deudas, con mayor razón se exigirán para el pago de deudas, y con mayor motivo para el acto de disposición que precede al acto de administración.

e) *Arrendamiento de bienes del sucesorio.* En doctrina se discute si el arrendamiento es un acto de administración o de disposición. No dudamos que el arrendamiento, ante la legislación de emergencia sobre locaciones, con la secuela de las prórrogas legales de los plazos de vencimiento contractual, es un acto de disposición. A esa idea responde el artículo 712, párrafo 3º: "No podrá arrendar inmuebles sin el consentimiento de todos los herederos". Es de aplicación aquí lo dicho respecto de los actos de enajenación (letra, d). La norma se aplica aunque no existan las prórrogas a que hemos hecho referencia.

V. SITUACIÓN DE CRÉDITOS Y DEUDAS

467. Los créditos y las deudas: precedentes históricos

En el Derecho Romano la Ley de las XII Tablas ordenó que desde la apertura de la sucesión los créditos y las deudas quedaran divididas de pleno derecho entre los herederos en proporción de sus respectivas cuotas: *nomina hereditaria ipso iure inter heredes divisa sunt.*

En virtud de este precepto los créditos y las deudas no formaban parte de la comunidad, ni por tanto podían ser objeto de división en el *iudicium familiae erciscundae*; la acción de división servía para partir las *res hereditariae* entre los coherederos, pero no los créditos y las deudas que habían sido ya divididas por ministerio de la ley⁶⁸.

El fundamento del precepto estaba en la facilidad de división de los créditos y las deudas, que recaían en la mayoría de los casos sobre sumas de dinero. La divisibilidad resultaba, pues, del objeto. Pero no se descarta como posible fundamento del principio de división *ipso iure*, la especial organización del procedimiento privado en el Derecho Romano antiguo, especialmente en lo que se refiere al sistema de ejecución en la persona del deudor. No adquiriendo el coheredero deudor más que una cuota de la herencia, no parecería justo que hubiera de quedar expuesto a la venganza del acreedor por la totalidad de la deuda. A su vez, si el coheredero acreedor hubiera podido accionar por el total del crédito contra el deudor, hubiera privado injustamente a sus coherederos de su derecho de venganza⁶⁹.

Se excluyeron del principio de división *ipso iure* los créditos y las obligaciones indivisibles, que se regían por normas propias. El acreedor de una obligación indivisible podía dirigirse contra cada uno de los coherederos por el todo; inversamente, cualquiera de los coherederos acreedores podía exigir del deudor la totalidad de la deuda. En todo caso, la *actio in rem verso* entre los coherederos servía para restablecer el equilibrio.

Los mismos jurisconsultos romanos no dejaron de advertir los inconvenientes del sistema de división *ipso iure* de los créditos y las deudas⁷⁰, derivados de la situación del acreedor del causante que, habiendo tratado con un deudor, se veía constreñido a tener que dirigirse contra varios herederos como deudores independientes, cada uno en la medida de su respectiva cuota. Esto favorecía a los coherederos en cuanto aligeraba la carga de la responsabilidad *ultra vires*, pero no era equitativa en cuanto al acreedor; a la inversa, la división del crédito hereditario, sin beneficio alguno para los coherederos acreedores, podía

⁶⁸ JÖRS-KUNKEL, *Derecho Privado Romano* cit., p. 481.

⁶⁹ FERRANDIS, ob. cit., p. 124; PEROZZI, Silvio, *Istituzioni di Diritto Romano*, Firenze, 1908, p. 527.

⁷⁰ Gayo, *Digesto* 10, 2, 3, Libro VII. Indirectamente, *Digesto*, 15, 27, 8; Libro IX.

resultar perjudicial para el deudor al imponerle la obligación de pagar a varias personas.

468.A) Los créditos y las deudas divisibles en el Código Civil de Vélez Sársfield

Para analizar el problema de la división *ipso iure* de los créditos y las deudas en el viejo Código Civil, conviene considerar separadamente unos de otros, porque aunque respondan a los mismos principios, la doctrina referente a la división de los créditos plantea problemas diferentes del atinente al problema de la división de las deudas.

469.a) Los créditos divisibles en el Código de Vélez: principio

En el viejo Código los créditos divisibles no formaban parte de la masa indivisa, pues se dividían de pleno derecho desde el momento de la muerte del causante entre los coherederos en proporción a sus respectivas cuotas. El artículo 3485 decía en este sentido: "Los créditos divisibles que hacen parte del activo hereditario, se dividen entre los herederos en proporción de la parte por la cual uno de ellos es llamado a la herencia". Esta división tiene lugar desde la muerte del autor de la sucesión, como dice el artículo 3486.

Los únicos créditos que no formaban parte de la masa indivisa eran los créditos divisibles; los créditos indivisibles formaban parte de la masa indivisa.

En nuestra opinión, los únicos créditos que se dividían *ipso iure* eran los dinerarios, es decir, los que corresponderían a las obligaciones de dar sumas de dinero. El calificativo de "divisible" que el artículo 3485 daba al crédito no era, a nuestro modo de ver, el que correspondía a las obligaciones divisibles; era una expresión que estaba tomada en un sentido más restringido, referida al crédito de sumas de dinero.

470. Consecuencia de la divisibilidad *ipso iure*

El principio de la división *ipso iure* de los créditos tenía las siguientes consecuencias:

- a) *Derecho a exigir el pago proporcional.* Disponía el artículo

3486: "Desde la muerte del autor de la sucesión, cada heredero está autorizado para exigir, hasta la concurrencia de su parte hereditaria, el pago de los créditos a favor de la sucesión". La exigibilidad de la parte proporcional del crédito era la consecuencia inmediata del principio de divisibilidad.

El heredero que había cobrado su parte en un crédito lo incorporaba definitivamente a su patrimonio⁷¹.

b) *Liberación proporcional del deudor*. Desde el punto de vista del deudor que paga una parte de su deuda ante el requerimiento de uno de los herederos, la consecuencia inmediata era su liberación en la parte pagada, pero no en la restante sobre la que subsistía el derecho de cobro de los demás herederos. Esta idea la recogía el artículo 3488, que decía: "El deudor de un crédito hereditario se libra en parte de su deuda personal, cuando paga a uno de los herederos la parte que éste tiene en ese crédito".

c) *Cesión de la parte proporcional*. Decía el artículo 3487: "Todo heredero puede ceder su parte en cada uno de los créditos de la herencia". Esa cesión era definitiva; por eso no estaba sujeta al resultado de la partición, de modo que el partidor debía tomar ese hecho como incontrovertible⁷².

d) *Embargo y acción subrogatoria*. Los acreedores personales de uno de los herederos podían embargarle la parte proporcional que tenían en el crédito hereditario y aun ejercer la acción subrogatoria para obtener el cobro de esa parte del crédito. Esta idea la recogía el artículo 3489: "Los acreedores personales de uno de los herederos pueden embargar su parte en cada uno de los créditos hereditarios, y pedir

⁷¹ Segovia (ob. cit., t. II, p. 527, notas 105 y 107) ha sostenido, aisladamente, que el cobro del crédito tiene por fin traer las cosas cobradas a la masa hereditaria, y no el atribuir la propiedad exclusiva al heredero acreedor, resultado que sólo podría obtenerse por la partición. Esta tesis, que implica no admitir la divisibilidad del crédito desde el momento de la muerte del causante, deja sin explicación que sólo se autorice al heredero a cobrar su parte, y no el total del crédito, o que se permita ceder al heredero su crédito antes de la partición, cuando —en concordancia con su tesis— sólo podría ceder la parte alícuota abstracta de él.

⁷² LLERENA, ob. cit., t. VI, p. 312; BORDA, ob. cit., N° 514. Segovia, congruente con su criterio de que el heredero no cobra la parte del crédito para sí, considera que la cesión está sujeta al resultado de la partición.

que los deudores de esos créditos sean obligados a pagarlos hasta la concurrencia de esa parte”.

471. Crítica de la división *ipso iure* de los créditos

Bajo ese régimen, pensamos que la división legal de los créditos podía ser útil en diversas circunstancias. En primer lugar, podía servir para igualar los lotes que se formaban en la partición. Si el valor de un bien adjudicado era inferior a lo que correspondía al heredero, se le podía adjudicar un crédito en la parte que permitía igualar su lote a los de los demás herederos, ya que ese crédito es divisible. En segundo lugar, la división de los créditos podía ser útil para que el heredero acreedor reclamara la porción de su crédito antes de la partición. La exigencia del acreedor venía a plantear la conveniencia de una partición parcial inmediata. En tercer lugar, podía suceder —como señalaba Ferrandis⁷³— que uno de los coherederos tenga más facilidades de cobro del crédito, por estar unido al deudor por relaciones de amistad o de comercio o de otras, en cuyo caso será conveniente adjudicar en su totalidad el crédito a ese coheredero. La posibilidad de dividir o de otorgar el crédito íntegramente a uno de los herederos, daría una mayor flexibilidad para obtener el efectivo pago del crédito.

Pese a todo, los códigos del grupo germánico se han apartado de los moldes romanos y franceses, y han establecido la indivisibilidad de los créditos (art. 602, Cód. Civ. suizo; art. 2039, Cód. Civ. alemán; etc.).

En la práctica la división *ipso iure* de los créditos y de las deudas tenía escasa o nula aplicación en nuestro Derecho, porque en el juicio sucesorio el administrador judicial es el encargado de cobrar los créditos y pagar las deudas, y tanto en uno como en otro caso el pago se hace íntegramente, como si los créditos y las deudas fuesen indivisibles.

472.b) Las deudas divisibles en el Código Civil de Vélez Sársfield: principio

En nuestro Derecho las deudas divisibles del difunto se dividían, habiendo varios herederos, en tantas deudas como herederos, en la

⁷³ FERRANDIS VILELLA, ob. cit., p. 143.

proporción de la parte de cada uno. De esta forma el acreedor del causante que tenía por deudor único a éste, se encontraba a su muerte con varios deudores, independientes entre sí. El artículo 3490 decía en este sentido: "Si los acreedores no hubieren sido pagados, por cualquiera causa que sea, antes de la entrega a los herederos de sus partes hereditarias, las deudas del difunto se dividen y fraccionan en tantas deudas separadas cuantos herederos dejó, en la proporción de la parte de cada uno; háyase hecho la partición por cabeza o por stirpe, y sea el heredero beneficiario o sin beneficio de inventario". Esta divisibilidad se aplicaba igualmente cuando moría uno de los herederos dejando a su vez varios herederos. Lo decía expresamente el artículo 3496: "Si uno de los herederos muere, la porción de la deuda que le era personal en la división de la herencia, se divide y se fracciona como todas las otras deudas personales entre sus herederos, en la porción que cada uno de ellos está llamado a la sucesión de este último".

Aquí, a semejanza de los créditos, las únicas deudas que se dividían eran las divisibles. Circunscribimos el concepto de divisibilidad a las deudas dinerarias, apartándonos del concepto amplio que recogían los artículos 469, 470 y 471 del Código Civil. Las razones dadas al exponer el criterio de divisibilidad de los créditos servían para fundar el mismo criterio respecto de las obligaciones.

473. Momento en que se produce la división de las deudas

Se han destacado al respecto dos posiciones:

a) La división de las deudas se producía, según la mayoría de la doctrina argentina⁷⁴, en el momento de la muerte del causante, de tal modo que se podía hablar, como en los créditos, de la división de pleno derecho o *ipso iure* de las deudas hereditarias que eran divisibles.

La división *ipso iure* de las deudas surgía del artículo 3491 en cuanto disponía que cada uno de los herederos podía librarse "de toda la obligación", pagando "su parte" en la deuda. Este derecho se podía

⁷⁴ FORNIELES, ob. cit., t. I, N° 360; RÉBORA, ob. cit., t. I, parág. 325; ZANNONI, ob. cit., t. II, p. 631.

ejercer antes de la partición, como lo ponía de manifiesto la nota al artículo 3475, al expresar que habiendo pagado uno de los herederos la parte que le corresponde en la deuda, el embargo cesará en los bienes que se le hubiesen adjudicado (pudiendo exigir la entrega de esos bienes). Todo esto revelaba que la división de las obligaciones se había producido antes de la partición, ya que de lo contrario el acreedor hubiera podido rechazar el pago parcial.

b) Otro sector de la doctrina⁷⁵ entendía que la división se operaba por efecto de la partición. El principal sustento de esta teoría se encontraba en el artículo 3490, interpretado del siguiente modo: si los acreedores no hubieren sido pagados antes de la entrega de sus partes a los herederos, se dividían entonces las deudas del difunto entre los herederos.

De ser así, el acreedor de la herencia podría dirigirse contra cualquier heredero para obtener el pago íntegro de la deuda. Pero una vez realizada la partición, el acreedor, dirigiéndose contra un heredero, sólo podría obtener el cobro de su parte proporcional. Será el momento de la partición el que determinará la división de las deudas.

474. Consecuencias de la divisibilidad de las deudas

El principio de división *ipso iure* de las deudas tenía las siguientes consecuencias:

a) *Liberación del heredero que paga su parte.* Como la deuda se dividía, el heredero que pagaba lo que le correspondía según la proporción que tenía en el caudal hereditario, quedaba liberado. En este sentido, el artículo 3491 decía: "Cada uno de los herederos puede librarse de toda obligación pagando su parte en la deuda". Es una aplicación del artículo 693 sobre obligaciones divisibles.

Esta misma consecuencia se producía si el acreedor interpusiere demanda para obtener el cobro de su crédito, dirigiéndola contra todos los herederos, pues la sentencia sólo obligará a cada heredero a pagar su parte en proporción a su cuota, nunca el total. A esta idea respondía el artículo 3492: "Si muchos sucesores universales son condenados

⁷⁵ MACHADO, ob. cit., t. IX, ps. 156 y 160; LLERENA, ob. cit., nota al art. 3495; BORDA, ob. cit., N° 690.

conjuntamente en esta calidad, cada uno de ellos será solamente considerado como condenado en proporción de su parte hereditaria". El acreedor —según Fornieles⁷⁶— no tiene una acción única contra todos los herederos, sino tantas acciones como herederos. Lo que pasa es que se acumulan las acciones contra los distintos herederos, de conformidad con la facultad que otorgan las leyes procesales. Por eso la sentencia condenatoria vale sólo como condenación de cada heredero en proporción de su parte.

b) *Derecho del acreedor hereditario a exigir el pago de la parte proporcional de su crédito.* Desde el punto de vista del acreedor hereditario, éste no podía exigir a uno de los coherederos más que el pago de la parte proporcional que le correspondía, según su participación en el caudal relicto. Esta situación no variaba por el hecho —que era lo más frecuente— de que demandara conjuntamente a todos los herederos.

c) *Interpelación a uno de los herederos.* Aplicando los principios generales de las obligaciones divisibles, decía el artículo 3493: "La interpelación hecha por los acreedores de la sucesión a uno de los herederos por el pago de la deuda, no interrumpe la prescripción respecto a los otros". Era una simple repetición de lo dispuesto en el artículo 695 del Código Civil sobre las obligaciones divisibles.

d) *Insolvencia de algún heredero.* Aplicando el principio contenido en el artículo 694 sobre obligaciones divisibles, expresaba el artículo 3495: "La insolvencia de uno o de muchos de los herederos no grava a los otros, y los solventes no pueden ser perseguidos por la insolvencia de sus coherederos".

Era una solución completamente injusta. Si uno de los herederos caía en insolvencia, el acreedor no podía dirigirse contra los otros coherederos por el pago de la porción de la deuda que le correspondía al insolvente, y aunque hubiera otros bienes de la herencia no podía cobrarse íntegramente su crédito. La solución era mala, pues mientras hubiera bienes del causante los acreedores debían ser pagados en primer término. El acreedor quedaba así parcialmente impago, pese a que el patrimonio del causante alcanzaba para pagarle⁷⁷.

⁷⁶ Ob. cit., N° 359.

⁷⁷ FORNIELES, ob. cit., N° 361.

e) *Adjudicación de la deuda*. La división de las deudas se producía con tal fuerza que la partición realizada variando las porciones que a los herederos les correspondían en las deudas, según su participación en el caudal relicto, carecía de efectos para los acreedores hereditarios. De ahí que podían reclamar a los herederos sus partes proporcionales en la deuda con independencia de lo que hubiera determinado la partición, que sólo iba a producir efectos en este sentido entre los coherederos.

Por eso, la adjudicación de una deuda a uno de los coherederos no desobligaba a los demás coherederos por sus partes correspondientes. El acreedor podía demandar al heredero que había tomado a su cargo el pago total de la deuda que se le había adjudicado, pero en caso de insolvencia nada obstaba a que dirigiera su acción contra los demás coherederos por su parte. Esta idea la contenía el artículo 3497: "Si uno de los herederos ha sido cargado con el deber de pagar la deuda por el título constitutivo de ella, o por un título posterior, el acreedor autorizado a exigirle el pago, conserva su acción contra los otros herederos para ser pagado según sus porciones hereditarias".

475. Quiénes están obligados a pagar las deudas hereditarias

Los que deben pagar las deudas hereditarias son por antonomasia los herederos. A ellos se referían normalmente los preceptos civiles.

En cambio, los legatarios particulares no tenían ninguna responsabilidad por las deudas del causante, a no ser que se tratara de deudas inherentes al bien legado⁷⁸.

Si no hubiere bienes para pagar las deudas, quedaban afectados sus propios legados. El artículo 3501 decía en este sentido: "Los legatarios de objetos particulares o de sumas determinadas de dinero, sólo son responsables de las deudas de la herencia, cuando los bienes de ésta no alcanzasen; y lo serán entonces por todo el valor que recibieren, contribuyendo entre ellos en proporción de cada legado".

476. Crítica del sistema de división de las deudas

La división *ipso iure* de las deudas es un principio originado en

⁷⁸ Un caso excepcional es si toda la herencia se distribuye en legados.

el Derecho Romano, difícilmente sostenible en el Derecho moderno. El supuesto de insolvencia de uno de los herederos va en contra del viejo adagio de que primero está pagar y luego heredar.

Las legislaciones modernas han reaccionado contra este sistema, buscando ante todo la seguridad de los acreedores. Es así como algunos códigos han establecido el principio de la solidaridad de las deudas hereditarias: artículo 2058 del Código Civil alemán; artículo 603 del Código Civil suizo; artículo 1796 del Código Civil brasileño; artículo 1084 del Código Civil español; artículo 2115 del Código Civil portugués; etcétera.

477.B) Los créditos y las deudas en el nuevo Código Civil y Comercial

El nuevo Código ha modificado la normativa del cobro de los créditos y el pago de las deudas que regía en el Código Civil de Vélez, terminando con situaciones que la doctrina criticaba.

En primer lugar, considera como función del administrador el cobro de los créditos y el pago de las deudas. Esto produce, a nuestro juicio, dos efectos fundamentales: a) La falta de relevancia de que los créditos y deudas sean o no divisibles, pues siempre corresponden al administrador estas funciones, y no a los herederos en particular. b) El cobro efectuado por un heredero de su parte proporcional en el crédito, o el pago de su parte en la deuda, carecen de validez, puesto que tanto el cobro como el pago son funciones propias del administrador y no de los herederos.

En segundo lugar, el nuevo ordenamiento civil ha revalorizado la importancia del juicio sucesorio, al exigir que estas funciones del administrador se cumplan dentro de él. Todo lo referente a la administración judicial corresponde al Título VII sobre el proceso sucesorio.

Por último, se ha regulado esta problemática en el Código Civil y Comercial. El vacío que el viejo Código Civil dejó en esta materia, lo cubrieron los códigos procesales, los cuales han quedado con menos sustento hasta tanto armonicen sus normas con las del nuevo ordenamiento civil.

La exposición del tema la efectuaremos en los números siguientes,

distinguiendo el cobro de los créditos del pago de las deudas, según el orden del nuevo Código.

478.a) Cobro de créditos

El artículo 2354 expresa: "*Cobro de créditos y acciones judiciales.* Previa autorización judicial o de los copartícipes si son plenamente capaces y están presentes, el administrador debe cobrar los créditos del causante, continuar las acciones promovidas por éste, iniciar las que sean necesarias para hacer efectivos sus derechos, y presentarse en los procesos en los cuales el causante había sido demandado.

"En ningún caso puede realizar actos que importan disposición de los derechos del causante".

El cobro de créditos es una de las funciones típicas del administrador. Ese cobro está exclusivamente a cargo del administrador y, en consecuencia, los pagos efectuados a un heredero, que no sea el administrador, no son válidos.

Además el administrador debe cobrar el crédito íntegramente, sea éste divisible o indivisible. De ahí la desaparición de los problemas que ocasionaba la divisibilidad de los créditos. El pago libera totalmente al deudor; el heredero no puede cobrar su parte en el crédito, pues su cobro corresponde a la persona del administrador.

El artículo requiere que, a estos efectos, el administrador cuente con la autorización judicial o con el acuerdo de los copartícipes (si son plenamente capaces y están presentes). En nuestra opinión, esa autorización o acuerdo no puede referirse al supuesto de que el cobro responda a la idea de continuar el giro del negocio del causante, pues de lo contrario entraría en contradicción con el artículo 2353, párrafo 1°. Por eso debemos referir la exigencia a los casos que el cobro exceda el giro normal de esos negocios.

El párrafo 2° del artículo determina, en aparente contradicción con el artículo anterior, que en ningún caso puede realizar actos de disposición de los derechos del causante. Entendemos que la norma quiere decir que el administrador no puede realizar actos de disposición por sí solo, sino que se requiere el acuerdo unánime de todos los herederos

y, en su defecto, con la autorización judicial, según lo dispone el párrafo 2º del artículo 2353.

Si el crédito de la sucesión contra terceros no se ha cobrado o no se ha podido cobrar por el administrador, deberá constar en la hijuela de alguno de los herederos. El adjudicatario podrá ejercer las acciones en contra del deudor sin intervención de los otros herederos. Aunque el Proyecto no ha previsto el caso, nos parece indudable que ésta es la solución adecuada.

Puede suceder que se hubiera efectuado la partición omitiendo el crédito, porque se desconocía su existencia. En ese caso, cabe seguir dos caminos: hacer una partición complementaria incluyendo en ella el crédito, a los efectos de legitimar al adjudicatario para su cobro, ejercer todos los herederos la acción de cobro o dar mandato a uno de ellos a esos fines.

479. Acciones judiciales

El artículo 2354, párrafo 1º se refiere a tres supuestos: 1) el administrador debe iniciar las acciones judiciales que sean necesarias para hacer efectivos sus derechos; se inician esas acciones para cumplir sus funciones como administrador; 2) el administrador debe hacerse parte en los juicios en los cuales el causante había sido demandado; 3) el administrador debe continuar las acciones promovidas por el causante.

El artículo exige previa autorización judicial o de los copartícipes. Pero esa autorización judicial previa, ¿se exige en todos los casos? Creemos que no debe exigirse cuando, en cualquiera de los tres supuestos, la acción está vinculada con el giro normal de los negocios del causante. Por ejemplo, si no se paga una factura proveniente de la venta de mercaderías de un negocio, no necesita el administrador judicial solicitar autorización judicial para obtener por vía judicial su cobro; en cambio, sí necesitará tal autorización para obtener el cobro de una deuda ajena a ese giro normal que hubiere contraído el causante.

La jurisprudencia declaró en el mismo sentido que "el administrador de la sucesión se encuentra autorizado para contestar demandas del sucesorio —en el caso, un pedido de quiebra— sin necesidad de auto-

rización judicial”⁷⁹. En sentido similar se ha establecido que el administrador está legitimado para accionar por desalojo contra el inquilino sin necesidad de autorización judicial⁸⁰.

Dentro de límites más estrechos, superados por sectores de la doctrina y la jurisprudencia, se mueve el artículo 712, párrafo 4° del CPCCN, al decir: “Cuando no mediare acuerdo entre los herederos, el administrador podrá ser autorizado por el juez para promover, proseguir o contestar las demandas de la sucesión. Si existieren razones de urgencia, podrá prescindir de dicha autorización, pero deberá dar cuenta al juzgado de esa circunstancia en forma inmediata”. Esta norma debería rectificarse ajustándola al nuevo Código Civil y Comercial.

480. Rendición de cuentas durante el período de la administración

El artículo 2355 expresa: “*Rendición de cuentas*. Excepto que la mayoría de los copropietarios de la masa indivisa haya acordado otro plazo, el administrador de la herencia debe rendir cuenta de su administración trimestralmente, o con la periodicidad que el juez establezca”.

La norma se refiere a las rendiciones de cuentas que el administrador debe efectuar durante el período de su administración judicial. Estas rendiciones son distintas de la rendición definitiva que prevé el artículo 2361.

En principio, el administrador debe rendir cuentas cada tres meses, a no ser que la mayoría de los copropietarios de la masa indivisa haya acordado otro plazo. El juez puede establecer otra periodicidad.

Esta situación está prevista en el artículo 713, párrafo 1° del CPCCN que incluye también la cuenta final. Dice así: “El administrador de la sucesión deberá rendir cuentas trimestralmente, salvo que la mayoría de los herederos hubiere acordado fijar otro plazo. Al término de sus funciones rendirá una cuenta final”.

El sistema de rendiciones periódicas ofrece la información necesaria a los herederos para valorar la gestión del administrador. Los herederos

⁷⁹ CNCom., sala C, 9-4-2002, D. J. 2002-3-762.

⁸⁰ C1°Com. de Mendoza, 27-2-2001, L. L. Gran Cuyo 2002-413.

no sólo pueden acordar un plazo mayor para las rendiciones de cuentas periódicas, sino también autorizar al administrador para no presentarlas. Esta voluntad se presume si durante largos períodos no se han formulado las rendiciones parciales y los herederos, mayores y capaces, no las han exigido⁸¹. La obligación de rendir cuentas alcanza a los administradores de hecho⁸².

La rendición de cuentas debe ser acompañada de documentación original y brindar todas las explicaciones del caso sobre las operaciones realizadas⁸³.

481.b) Pago de deudas: presentación de los acreedores

El artículo 2356 dispone: "*Presentación de los acreedores*. Los acreedores hereditarios que no son titulares de garantías reales deben presentarse a la sucesión y denunciar sus créditos a fin de ser pagados. Los créditos cuyos montos no se encuentran definitivamente fijados se denuncian a título provisorio sobre la base de una estimación".

Los acreedores hereditarios, que no son titulares de garantías reales, deben presentarse al proceso sucesorio y denunciar sus créditos. La idea es simple: el acreedor que tiene garantizado su crédito con una garantía real (hipoteca, prenda) no necesita presentarse al proceso sucesorio y puede cobrar su crédito iniciando la acción ejecutiva correspondiente. Los acreedores que gozan de un crédito sin garantía real se deben presentar al proceso para cobrar sus créditos.

La segunda parte del artículo expresa que aquellos créditos cuyos montos no estén definitivamente fijados, se denuncian a título provisorio sobre la base de una estimación.

482. Declaración de legítimo abono

El artículo 2357 expresa: "*Declaración de legítimo abono*. Los herederos pueden reconocer a los acreedores del causante que solicitan

⁸¹ FASSI, ob. cit., p. 373; CNCiv., sala C, 27-2-2001, L. L. 2001-D-368.

⁸² CNCiv., sala A, 19-12-2008, AR/JUR/22201/2008.

⁸³ CNCiv., sala F, 31-8-95, L. L. del 14-4-97, p. 5, f. 95.223.

la declaración de legítimo abono de sus créditos. Emitida tal declaración por el juez, el acreedor reconocido debe ser pagado según el orden establecido en el artículo siguiente. A falta de reconocimiento expreso y unánime de los herederos, el acreedor está facultado para deducir las acciones que le correspondan”.

Para su análisis distinguiremos los siguientes aspectos:

a) *Concepto*. La declaración de legítimo abono es una solicitud efectuada por quien se titula acreedor del causante, formulada dentro del proceso sucesorio, para que se le reconozca su crédito. La finalidad inmediata es obtener el reconocimiento del crédito como de legítimo abono. El término “abono” se usa aquí como equivalente a pago, indicando así que se pide el reconocimiento del crédito, porque su pago es legítimo.

Esta antigua práctica judicial fue institucionalizada en el artículo 701 del CPCCN que, después de establecer que los herederos que han acreditado el vínculo pueden reconocer por unanimidad a coherederos que no lo hubiesen justificado, dice en su última parte: “Los herederos declarados podrán, en iguales condiciones, reconocer acreedores del causante”.

Hoy día la institución forma parte del nuevo Código Civil y Comercial⁸⁴.

b) *Finalidad*. La finalidad inmediata del pedido se limita al reconocimiento del crédito como real, y la finalidad mediata, que admite unánimemente la jurisprudencia, radica en su habilitación para oponerse a que se entregue a los herederos sus porciones hereditarias, hasta no quedar pagado de su crédito. El artículo 3475 del antiguo Código Civil decía en este sentido: “Los acreedores de la herencia, reconocidos como tales, pueden exigir que no se entreguen a los herederos sus porciones hereditarias, ni a los legatarios sus legados, hasta no quedar ellos pagados de sus créditos”. El artículo 2359 del nuevo Código se expresa en forma similar. Esas

⁸⁴ El art. 2357 ha perdido su virtualidad principal —pagos de acreedores según el orden establecido en la ley de concursos— si lo conectamos con lo que exponemos en el número siguiente.

⁸⁵ CCCom. de Junín, 31-5-89, E. D. 134-813; CCCom. de Santa Fe, E. D. 83-461; MEDINA, ob. cit., p. 114.

porciones hereditarias a las que se refiere el artículo son las porciones que surgen de la partición, sea judicial o extrajudicial. "Lo que se pretende con el pedido de legítimo abono —dijo la jurisprudencia⁸⁵— es que se conceda al solicitante el rango de acreedor reconocido, en orden a que pueda usufructuar los beneficios que le brindaba el artículo 3475 del Código Civil".

c) *Trámite*. En la presentación se relacionan los hechos referentes al origen del crédito y se acompañan las pruebas pertinentes.

De la presentación del acreedor debe darse traslado a todos los herederos declarados.

La falta de su reconocimiento o la manifestación de duda impiden abrir la causa a prueba.

d) *Resolución*. Si los herederos reconocieran expresamente el crédito se declarará como de legítimo abono. El silencio guardado por los herederos no se considera como presunción de asentimiento. Con mayor motivo, la negativa al reconocimiento por parte de algún heredero impide la declaración de legítimo abono.

e) *Efectos*. Si se reconoce el crédito pero no el monto, debe tenerse por reconocido el crédito.

La declaración judicial que reconoce al crédito como de legítimo abono produce el efecto de otorgarle al acreedor el derecho de ejecutar a los herederos por la vía de ejecución de sentencia⁸⁶.

Por otra parte, la negativa al pedido de reconocimiento deja subsistente la posibilidad de que el acreedor reclame sus créditos por la vía judicial ordinaria. Agregamos que no se podrá solicitar ningún tipo de medida precautoria en el juicio sucesorio.

f) *Costas*. La falta de reconocimiento o el reconocimiento no dará a los herederos ni al acreedor el carácter de vencedores ni de vencidos; por eso la jurisprudencia mayoritaria negó que se trate de un incidente que genere costas. Pero si el acreedor o los acreedores plantean verdaderas incidencias, se generarán costas: tal es el caso de que el acreedor recurra la resolución que niega la apertura a prueba⁸⁷.

⁸⁶ KEMELMAJER, ob. cit., p. 70; MEDINA, ob. cit., p. 117.

⁸⁷ CNCiv., sala B, 21-6-84, J. A. 1984-IV-137, índice; KEMELMAJER, ob. cit., p. 70.

483. Procedimiento de pago a los acreedores

Ante todo conviene sentar el principio —esencial en el Derecho Sucesorio— de que los acreedores tienen preferencia para ser pagados antes que los legatarios. Se comprenden aquí tanto los acreedores de las deudas del causante como de las cargas de la sucesión. El artículo 3400 del Código de Vélez recogía expresamente este criterio: “Los legatarios no pueden pretender ser pagados sino después que los acreedores hubiesen sido satisfechos”. Hay un antiguo adagio que sintetiza la idea: primero es pagar que heredar. Esta idea esencial aparece vagamente en el artículo 2358, párrafo 2º que empieza expresando que “Pagados los acreedores, los legados se cumplen...”

Circunscribiéndonos al procedimiento de pago a los acreedores, el artículo 2358, párrafo 1º expresa: “*Procedimiento de pago.* El administrador debe pagar a los acreedores presentados según el rango de preferencia de cada crédito establecido en la ley de concursos”. La aplicación del rango de preferencias establecido por la ley de concursos presupone requisitos y, sobre todo, plazos para las presentaciones de los créditos en el proceso sucesorio, que el legislador ha omitido⁸⁸.

Hay un plazo referido sólo a la sucesión intestada. En ella se cita a los acreedores (y demás interesados) por un edicto, que se publica un solo día, para que se presenten dentro de los treinta días (art. 2340, párr. 2º). Pero ese plazo no existe en la sucesión testamentaria. Sería un despropósito dar un trato diferente a los acreedores de la sucesión intestada que a los acreedores en la sucesión testamentaria. No podemos, pues, decir que existe un plazo de presentación para “todos” los acreedores del causante. Entonces, no hay posibilidad de aplicar la Ley de Concursos y, en especial, el prorrateo.

Por ello la aplicación de la ley concursal se torna inviable o, a lo más, de aplicación restringida en determinados casos, como seguidamente veremos.

Teóricamente cabe distinguir tres supuestos recogidos con precisión en los artículos 808, 810 y 811 del Código Civil de Quebec, que

⁸⁸ Consideramos fuera de la ley y, por tanto, jurídicamente imposible que el administrador pueda imponer plazos de presentación a los acreedores.

sirvieron de fuente a los artículos 2307, 2308 y 2309 del Proyecto de Código Civil de 1998:

a) *Herencia manifiestamente solvente*. Cuando la herencia es “manifiestamente solvente”, de manera que los bienes hereditarios son sobradamente suficientes para pagar las deudas y para entregar los legados, el administrador debe realizar su gestión: pagar las deudas a medida que se presenten los acreedores. Así lo establecía el artículo 3398 del Código de Vélez. Hay que tener presente que el orden de pago en este supuesto es intrascendente puesto que hay bienes suficientes en la herencia para pagar todos los créditos.

El artículo 808 del Código Civil de Quebec dispone que “si los bienes de la sucesión son suficientes [...] el liquidador paga a los acreedores [...] a medida que se presenten”.

En nuestra opinión, esta hipótesis no está especialmente prevista en el nuevo Código. Las leyes de concursos están pensadas para regular situaciones en las que el activo no alcanza a cubrir el pasivo del concursado.

b) *Herencia con insolvencia no manifiesta*. Cuando la herencia “no es manifiestamente solvente” o, si se quiere, cuando la insolvencia no es manifiesta, es imperioso que el legislador imponga normas claras. Esa insolvencia se manifiesta en el proceso de liquidación y puede afectar a los herederos, e incluso a los legatarios. El artículo 2358, párrafo 2º se refiere a esa situación. En él está presente la idea de insuficiencia de bienes para pagar créditos y legados. Primero exige que se paguen los créditos. Si sobran bienes se pagan los legados. Si no se pueden cubrir todos los legados se sigue el orden que establece el artículo. Si alguna categoría de legados no se puede cubrir integralmente habiendo varios legatarios en esa categoría, se distribuyen a prorrata.

La Ley de Concursos (24.522), a que se refiere al artículo 2358, prevé tres clases de créditos:

1. Los créditos con privilegio especial son aquellos cuyo rango preferente se ejerce sobre el producto de la liquidación del bien o bienes que constituyen el asiento del privilegio. Sobre el precio del bien tienen el máximo rango⁸⁹.

⁸⁹ ROUILLON, Adolfo, *Régimen de concursos y quiebras*, Buenos Aires, 2000, p. 313.

2. Los créditos con privilegio general no ejercen preferencia sobre el producto de la liquidación de un bien determinado, sino sobre el resto del producido de la liquidación de todo el activo falencial, después de satisfechos los privilegios especiales. Por ejemplo: tienen privilegio general los gastos funerarios, los gastos de enfermedad durante los últimos seis meses de vida (art. 246, inc. 3°, Ley de Concursos). No alcanzando los fondos correspondientes para satisfacer íntegramente los créditos con privilegio general, la distribución se hace a prorrata entre ellos (art. 249). Los privilegios generales se rigen siempre por la ley aplicable a los concursos (art. 2579, Cód. Civ. y Com.).

3. Los créditos que no gozan de ese privilegio son los créditos quirografarios. Cuando no alcanzan los fondos para cubrir íntegramente estos créditos, la distribución se hace a prorrata (art. 249). Ídem artículo 2581, Código Civil y Comercial.

La norma del prorrateo es la regla del reparto concursal en los casos de insuficiencia de bienes, distribuyéndolos entre los acreedores de igual rango. La distribución a prorrata importa que cada acreedor pierda un porcentaje igual al porcentaje que pierden los restantes acreedores.

Éste es el orden en que deben pagarse los créditos según la Ley de Concursos. Pero —como hemos dicho— para seguir ese orden y aplicarlo al pago de los créditos contra la sucesión, debe existir al menos un plazo —similar al previsto en el artículo 14 de la Ley de Concursos— para que los acreedores se presenten al sucesorio y hagan valer sus derechos.

El artículo 810, párrafo 1° del Código Civil de Quebec, cuando la solvencia no es manifiesta, establece un plazo de 60 días, contados desde la inscripción del aviso de cierre del inventario o desde la dispensa del inventario. Siguiendo sus huellas, el artículo 2308 del Proyecto de Código Civil de 1998, dispone, si la solvencia de la herencia no es manifiesta, que el administrador no puede pagar las deudas (ni los legados) hasta pasados 60 días de la realización del inventario y avalúo.

El nuevo Código, prescindiendo de estos antecedentes, no establece plazo alguno para la presentación de los acreedores.

No se pueden impedir los pagos esperando un plazo que no existe. No habiendo obstáculos legales para pagar a los acreedores que se

presenten, el administrador, en nuestra opinión, debe pagar a los acreedores a medida que se presenten⁹⁰. En ese sentido se manifestó la Subcomisión de Sucesiones, colaboradora en la redacción del proyecto (art. 2261-3, de su numeración).

Ésta fue la posición que adoptó el Código de Vélez en el artículo 3398, primera parte al decir: “si no hay acreedores oponentes, el heredero debe pagar a los acreedores y legatarios a medida que se presenten”.

La justificación de la norma surgía de la misma nota del Codificador: “No está obligado a buscar a los acreedores, bajo pretexto de que existen otros acreedores que aún no se hubiesen presentado para rehusar el pago a los que fuesen diligentes”. La intención del legislador —como remarca Graciela Medina⁹¹— fue la de dar prevalencia a la diligencia que pusieron los acreedores para el cobro de sus créditos en desmedro de aquellos que no lo hicieron, quitando toda responsabilidad de esto a los herederos.

Asimismo, se justificó la norma con el argumento de que generalmente el administrador es una persona lega a la que no se le puede exigir conocimiento acabado del complejo mundo de los privilegios y prorata. “Lo cierto es que este sistema —como expone Kemelmajer⁹²— favorece al acreedor más rápido y crea el riesgo cierto de que unos acreedores del causante cobren y otros no. Sin embargo, de alguna manera consolida el principio de que muerto o vivo el deudor nada debe cambiar para los acreedores; si éste hubiera estado vivo y no concursado, también los acreedores más diligentes hubiesen cobrado en detrimento de los que no lo son tanto”.

Ahora bien, pueden darse casos —aun sin existir plazos de presentación

⁹⁰ IGLESIAS, Mariana B., *Primeras reflexiones en sucesiones en el anteproyecto de Código Civil*, en J. A. N.º especial 2012-III-53; Di Lella (ob. cit., p. 1069) expresa: “En la sistemática actual el heredero debe pagar a los acreedores según el orden en que se presenten, y pese a que el proyecto dispone que debe pagar según el orden establecido en la ley concursal, lo cierto es que la sistemática no cambia, porque el heredero podrá y deberá pagar según ese orden pero a los que conozca porque se han presentado, y habrá pagado bien, por lo que realmente si la herencia se agotó en legados y el heredero pagó en forma inmediata, a los que se presentaron ninguna responsabilidad les cabe porque pagó bien”.

⁹¹ *Proceso sucesorio* cit., t. II, p. 102.

⁹² *Los acreedores quirografarios del causante* cit., p. 66.

de los acreedores— en los que cabría aplicar limitadamente el orden de la Ley de Concursos. Al no haber plazo de presentación, hemos sostenido que el administrador debe pagar a los acreedores del causante a medida que se presentan. Pero puede suceder que se presenten dentro del período de liquidación varios acreedores, sin necesidad de simultaneidad, en diferentes fechas, sin que el administrador haya hecho efectivos los primeros créditos. En ese caso se produce una concurrencia de acreedores, ante la cual el administrador, en nuestra opinión, debe respetar en lo posible el orden establecido en la Ley de Concursos. Por ejemplo: se presenta primero un acreedor pidiendo el pago de mercaderías entregadas al difunto, después un acreedor pidiendo el pago de los gastos funerarios, por último el médico pidiendo sus honorarios por gastos de enfermedad del causante en los últimos seis meses de vida. Sumando todas estas acreencias no hay bienes suficientes en la herencia para afrontarlas. En el ejemplo expuesto, primero deben pagarse los créditos privilegiados: gastos funerarios y de la última enfermedad. Si no hay bienes para cubrirlos, se prorratan (art. 249, Ley de Concursos). Si sobran bienes pero no son suficientes para pagar el total de la deuda por compra de mercaderías, se paga hasta donde alcance.

c) *Herencia insolvente*. Cuando la herencia es “insolvente”, el administrador debe solicitar el concurso de la sucesión. Este supuesto está regulado en el artículo 2360 del nuevo Código, que lo titula “masa indivisa insolvente”, que analizaremos en el número 487.

El supuesto está previsto en forma similar en el artículo 811 del Código de Quebec: el liquidador no puede pagar y debe hacer homologar por el tribunal una propuesta de pago. El artículo 2509 del Proyecto de 1998 prohíbe al administrador efectuar pagos y debe solicitar el concurso de la sucesión.

En este supuesto las legislaciones se pronuncian en forma similar.

484. Los acreedores ante la inexistencia de bienes de la sucesión, existiendo legatarios

En el caso de que los acreedores se presentasen cuando ya no hay bienes de la sucesión, tales acreedores no tienen acción ni contra el heredero ni contra los acreedores pagados.

Pero esta inmunidad del heredero y de los acreedores no se extiende a los legatarios. Estos acreedores presentados tardíamente tienen acción contra los legatarios. En este sentido decía el artículo 3398, 2ª parte del Código de Vélez: "Los acreedores que se presenten cuando ya no hay bienes de la sucesión, sólo tienen recurso durante tres años contra los legatarios por lo que éstos hubiesen recibido".

La razón del precepto estaba en que el derecho de los legatarios a cobrar sus legados está subordinado al pago anterior de las deudas y cargas de la herencia. Entonces resulta demasiado duro no dar acción a estos acreedores, cuyo derecho al cobro es preferente al de los legatarios. Ahora bien, como este derecho de rescisión no podría mantenerse indefinidamente, el Código limitó la posibilidad del ejercicio de esta acción a 3 años.

El nuevo Código ha reducido el plazo a 1 año en el artículo 2319, que dice así: "*Acción contra los legatarios.* Los acreedores del causante tienen acción contra los legatarios hasta el valor de lo que reciben; esta acción caduca al año contado desde el día en que cobran sus legados". El nuevo término de un año perjudica a los acreedores del causante. En nuestra opinión, no fue acertado el achicamiento del plazo.

485. Procedimiento de pago a los legatarios

Una vez pagadas las deudas sucesorias, el heredero administrador deberá entregar los legados efectuados por el causante en su testamento.

Cuando la ley o la doctrina habla del deber de pagar los legados, se refieren a la prestación que los herederos deben realizar para que el objeto legado quede en poder exclusivo del legatario.

Ahora bien, esta obligación admite modalidades diferentes. Cuando se trata de un legado de cosa cierta y determinada, el deber del heredero consistirá en la simple entrega de la posesión de la cosa legada, pues la propiedad le pertenece al legatario desde el momento de la muerte del causante (arts. 2498 y 2499). Cuando se trate de un legado de cosa genérica, el deber del heredero consistirá en entregar la propiedad del objeto legado que perteneció a él hasta que esa entrega se realiza al legatario: el legatario tiene un derecho de crédito frente al heredero

mientras éste no entregue la cosa legada. Cuando hay un legado de crédito, el heredero deberá entregar los títulos constitutivos del derecho.

Si los bienes de la herencia no alcanzasen a cubrir todos los legados, el artículo 2358, párrafo 2º dispone: "Pagados los acreedores, los legados se cumplen, en los límites de la porción disponible, en el siguiente orden:

"a) los que tienen preferencia otorgada por el testamento;

"b) los de cosa cierta y determinada;

"c) los demás legados. Si varios de la misma categoría, se pagan a prorrata".

La norma, aunque no lo especifica, se aplica cuando no hubiere bienes suficientes para cubrir los legados.

El párrafo segundo dice que los legados se cumplen "en los límites de la porción disponible", pero si el legado se hubiera entregado, habiendo violado las legítimas, los herederos afectados en sus legítimas podrán ejercer la acción de reducción. Por eso, el nuevo Código contiene preceptos sobre la reducción de los legados y sobre el orden de esa reducción (art. 2452). Desde luego, no se puede retrasar la entrega de legados ante la posible perspectiva de que se pueden violar las legítimas. Al legitimario siempre le cabe el ejercicio de la acción de reducción contra el legatario.

El artículo, en la última parte, se refiere al supuesto de que falten bienes para pagar los legados pertenecientes a una misma categoría; en ese caso se pagan a prorrata.

486. Oposición de los acreedores y legatarios a la entrega de bienes o legados

El artículo 2359 dice: "*Garantía de los acreedores y legatarios de la sucesión.* Los acreedores del causante, los acreedores por cargas de la masa y los legatarios pueden oponerse a la entrega de los bienes a los herederos hasta el pago de sus créditos o legados".

Los acreedores del causante y los acreedores por cargas hereditarias pueden oponerse a la entrega de los bienes a los herederos hasta que se les paguen sus créditos. Esos acreedores pueden oponerse también a que se entreguen los legados hasta cobrar sus créditos. En síntesis,

antes de recibir los bienes particulares los herederos y antes de recibir los legatarios los legados, deben pagarse las deudas del causante y las cargas de la sucesión.

Se trata de un eficaz recurso que la ley pone a disposición de los acreedores para que no se dilate el pago de sus acreencias.

El artículo 2359 reprodujo con pequeñas variantes el artículo 3475 del Código de Vélez que decía: "Los acreedores de la herencia, reconocidos como tales, pueden exigir que no se entreguen a los herederos sus porciones hereditarias, ni a los legatarios sus legados, hasta no quedar ellos pagados de sus créditos".

El artículo 726, *in fine* del CPCCN, refiriéndose a los bienes inmuebles (tácitamente también a los automotores), expresa que no procede la inscripción si mediare oposición de acreedores y legatarios.

487. Masa indivisa insolvente

La ley 19.551, del año 1972, introdujo importantes modificaciones al sistema tradicional, admitiendo en su artículo 2º, inciso 2º la posibilidad de que el patrimonio del comerciante fallido podía ser declarado en concurso. Esta idea fue recogida en el artículo 2º, inciso 1º de la ley 24.522, al disponer que puede ser declarado en concurso "el patrimonio del fallido, mientras se mantenga separado del patrimonio de sus sucesores".

El nuevo Código ha previsto el supuesto en el artículo 2360 que dice: "*Masa indivisa insolvente*. En caso de desequilibrio patrimonial o insuficiencia del activo hereditario, los copropietarios de la masa pueden peticionar la apertura del concurso preventivo o la declaración de quiebra de la masa indivisa, conforme a las disposiciones de la legislación concursal. Igual derecho, y de acuerdo a la misma normativa, compete a los acreedores".

Los peticionantes pueden ser los coherederos y los acreedores del causante. Y pueden solicitar la apertura del concurso preventivo o la declaración de quiebra.

El juez que deberá entender será el juez del concurso y de la quiebra.

488. Cargas de la sucesión

Se llama cargas de la sucesión a las obligaciones nacidas después del fallecimiento, a diferencia de las deudas hereditarias que son las contraídas por el causante. Son cargas sucesorias, entre otras, los gastos de sepelio, los de administración de la sucesión, los honorarios de los profesionales intervinientes en el juicio sucesorio.

El nuevo Código Civil y Comercial se refiere a ellas en varios artículos: 2359, 2384.

Esas cargas representan créditos con privilegio general, y se rigen por la ley aplicable a los concursos (art. 2579, Cód. Civ. y Com.). Los gastos de conservación y de justicia (por ej.: honorarios del proceso sucesorio) los contempla el artículo 240 de la Ley de Concursos. Los gastos funerarios y de última enfermedad los prevé el artículo 246.

Sobre el tema falta una regulación coherente en el nuevo Código.

En el viejo Código Civil las cargas sucesorias se dividían entre los herederos en proporción a lo que recibían en la partición de la masa hereditaria, porque era ella la causa de su formación. Las deudas, en cambio, se soportaban en proporción a la masa hereditaria.

489. Conclusión de la administración judicial: rendición de cuentas

La administración judicial cesa cuando el administrador ha cumplido sus funciones, en especial el cobro de créditos y el pago de deudas a los acreedores.

Cuando termina sus funciones, el administrador debe presentar la cuenta definitiva de su gestión. El artículo 2361 expresa en ese sentido: "*Cuenta definitiva*. Concluida la administración, el administrador debe presentar la cuenta definitiva".

La rendición de cuentas está prevista en los códigos procesales. El artículo 713, párrafo 1° del CPCCN se refiere a la rendición de cuentas trimestrales y a la cuenta final. El párrafo 2° se refiere al trámite procesal. Dice así: "Tanto las rendiciones de cuentas parciales como la final se pondrán en secretaría a disposición de los interesados durante cinco y diez días, respectivamente, notificándosele por cédula. Si no

fueren observadas, el juez las aprobará si corresponde. Cuando mediaren observaciones, se sustanciarán por el trámite de los incidentes”.

El nuevo Código Civil y Comercial no ha previsto la sanción en que incurre el administrador que no rinde cuentas. En nuestra opinión, la omisión implica mal desempeño del cargo y corresponde su remoción (art. 2351).

Si el administrador retiene en su poder bienes o fondos provenientes del cumplimiento de su mandato, puede incurrir en el delito de defraudación previsto en el Código Penal.

490. Formas de hacer la rendición de cuentas: contenido de las cuentas

La rendición de cuentas se puede hacer privada o judicialmente. El nuevo artículo 2362 expresa en ese sentido: “*Forma de la cuenta.* Si todos los copropietarios de la masa indivisa son capaces y están de acuerdo, la rendición de cuentas se hace privadamente, quedando los gastos a cargo de la masa indivisa.

”En caso contrario debe hacerse judicialmente. De ella se debe dar vista a los copropietarios de la masa indivisa, quienes pueden impugnarla”.

El párrafo final esboza el trámite cuando la rendición de cuentas se hace judicialmente, exigiendo que se dé vista a los titulares de la *masa indivisa*.

Las cuentas deben de contener separadamente los ingresos y los egresos.

En el activo figurarán todos los bienes, tal como resulta del inventario; el precio obtenido por la venta de ellos; las sumas provenientes del cobro de créditos, etcétera. En cambio, no figurarán los valores computados en la colación, puesto que esos valores corresponden a actos gratuitos efectuados por el causante.

En el pasivo constarán todos los gastos provenientes de la administración. El administrador tiene derecho a que se le reembolsen los gastos realizados en el cumplimiento de su función. Las sumas pagadas a los acreedores de la sucesión; los pagos que el heredero pudo hacerse a sí mismo, siempre que hubiese significado una auténtica extracción de fondos, etcétera⁹³.

⁹³ MAFFÍA, ob. cit., p. 450.

491. Extinción de la comunidad hereditaria

El modo normal de extinguirse la comunidad hereditaria es la partición. Mediante ella cada heredero adquiere el derecho exclusivo sobre la parte material de la herencia que se le adjudica.

No es, sin embargo, la partición la única causa extintiva. Puede suceder que desaparezca la comunidad sin que sea posible realizar la partición. Esto puede deberse a diversas causas:

a) Por no haber quedado bienes. Esto ocurrirá si se ha agotado toda la herencia al tener que invertir los bienes que la integran en el pago de las deudas.

b) Por no haber entre quiénes repartir la herencia. Este supuesto tendrá lugar cuando quede un solo heredero con derecho a la herencia, por haberse reunido en su mano todas las participaciones, por cesión de otros herederos, por usucapión, etcétera.

c) Por constituir los coherederos una sociedad aportando sus partes alícuotas de la herencia. Nace entonces una persona jurídica que deviene automáticamente titular individual de cada uno de los bienes que había en el caudal hereditario.

d) No hay verdadera partición en el supuesto de que los herederos se adjudiquen *pro indiviso* los bienes hereditarios remanentes. En este caso se extingue la comunidad hereditaria para trasformarse en condominio.

CAPÍTULO XV

PARTICIÓN

SUMARIO: I. *Concepto. Clases. Efectos.* 492. Partición: concepto. 493. Consideraciones generales: conclusión de la indivisión e inscripción de bienes registrables. 494. La llamada "partición provisional". 495. Naturaleza jurídica de la partición. 496. Oportunidad para pedir la partición. 497. Herederos condicionales. 498. Partición parcial. 499. Personas que pueden pedir la partición. 500. Imprescriptibilidad de la acción. 501. Bienes que se incluyen en la partición. 502. Bienes que se excluyen de la partición. 503. Formas de hacer la partición: enunciación. 504.A) Partición extrajudicial o privada. 505.B) Partición judicial: casos en que procede. 506. Diligencias previas a la partición judicial: inventario y avalúo. 507. Impugnaciones al inventario y avalúo. 508. Retasa. 509. Licitación. 510. El partidor. 511. Composición de la masa. 512. Formación de lotes. 513. Principio de igualdad en la formación de lotes. 514. Principio de adjudicación en especie. 515. Otras reglas a que debe ajustarse la partición. 516. Presentación de la cuenta particionaria: asignación de lotes. 517. Atribución preferencial. 518. Cargas de la masa. 519. Inscripción de las hijuelas en los registros. 520. Entrega a los herederos de las copias de las hijuelas y de los títulos de los bienes adjudicados. 521. Oposición de los acreedores a la entrega de los bienes. 522. La comunidad conyugal y las operaciones particionales. 523. Efectos de la partición: carácter declarativo y garantía por evicción. II. *Nulidad de la partición.* 524. Alcance: nulidad y reforma de la partición. 525. Naturaleza jurídica según las distintas particiones. 526. Campos de aplicación de la acción de nulidad, según las distintas clases de partición. 527. Cuándo se viola el principio de igualdad de la partición judicial. 528. Cuándo se viola el principio de partición en especie en la partición judicial. 529. Violación del concepto de partición adjudicando bienes en condominio. 530. ¿Hay cosa juzgada en el proceso partitivo? 531. Juez competente. 532. Sujetos activos y pasivos. 533. Efectos de la sentencia de nulidad. A: *Nulidad de la partición extrajudicial.* 534. Causas de nulidad de la partición extrajudicial. 535. Análisis de los vicios del consentimiento en la partición extrajudicial: supuestos. 536. Prescripción. 537. Error: su aplicabilidad a la partición extrajudicial. 538. Clases de error. 539. Casos de error esencial: enunciación.

540.A) Error sobre la naturaleza del acto. 541.B) Error sobre el objeto. 542.C) Error sobre la cualidad esencial de la cosa, o motivos personales relevantes incorporados al acto. 543.D) Error sobre la persona. 544. Dolo: concepto y requisitos. 545. Su aplicación a la partición extrajudicial. 546. Efectos de la nulidad por dolo: extensión. 547. Violencia en la partición extrajudicial: concepto y clases. 548. Simulación: concepto y clases. 549. Su aplicación a la partición extrajudicial. 550. Prescripción. 551. Fraude en perjuicio de los acreedores del heredero: su aplicación a la partición extrajudicial. 552. Efectos de la acción pauliana. 553. Prescripción. 554. Lesión subjetiva: su aplicabilidad a la partición extrajudicial. 555. La opción del afectado. 556. Prescripción. B. *Nulidad de la partición judicial*. 557. Causas de la nulidad de la partición judicial. 558. Vicios de la voluntad en la partición judicial. 559. Simulación y fraude en la partición judicial. 560. Vicios del procedimiento. III. *Partición por los ascendientes*. 661. Partición por los ascendientes: introducción. 662. Disposiciones comunes. 563.A) Partición por donación: precedentes. 564. Concepto. 565. Objeto de la partición. 566. Derechos que puede transmitir. 567. Revocación. 568. Forma. 569. Acción de reducción. 570. Valor de los bienes. 571. Efectos de la partición por donación. 572.B) Partición por testamento: precedentes. 573. Concepto. 574. Revocación. 575. Objeto de la partición. 576. Forma. 577. Forma de la partición por testamento.

I. CONCEPTO. CLASES. EFECTOS

492. Partición: concepto

La partición es una o varias manifestaciones de voluntad que tienen por fin hacer cesar la comunidad hereditaria¹. Es unilateral (con las particularidades que luego veremos) cuando la partición es efectuada judicialmente, por medio de peritos designados por el juez en la forma que determinan los códigos procesales. Es plurilateral cuando aquélla es realizada de común acuerdo por los interesados; en este último caso, tiene el carácter de un verdadero contrato, que algunos llaman "plurilateral", teniendo presente la consideración de que los codivisionarios pueden ser más de dos², y otros, "colectivo"³.

La partición pone fin a la comunidad hereditaria mediante la dis-

¹ Hay particiones especiales que impiden el nacimiento de la comunidad hereditaria, porque ellas no tienen como presupuesto dicha comunidad. Son las particiones hechas por el ascendiente en su testamento, respecto a sus descendientes.

² CICU, Antonio, *La divisione ereditaria*, Milano, 1947, p. 12.

³ MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial* cit., t. VII, p. 381.

tribución del activo neto hereditario. Las titularidades activas son las únicas que pueden ser objeto de partición. No lo son las deudas, aunque se las tenga presentes para determinar el activo neto partible. La partición —dado el carácter declarativo que tiene en nuestro Derecho— determina el haber concreto de cada heredero, eliminando la incerteza respecto de la titularidad de los bienes singulares. Determina, asimismo, los bienes concretos que corresponden al heredero, eliminando su derecho abstracto, representado por la alícuota del patrimonio hereditario en estado de indivisión. No crea, pues, un “nuevo” derecho para el heredero, distinto del que tenía antes de la partición; simplemente determina su derecho sobre bienes concretos.

El Código Civil y Comercial no define la partición.

493. Consideraciones generales: conclusión de la indivisión e inscripción de bienes registrables

El artículo 2363 dispone: “*Conclusión de la indivisión.* La indivisión hereditaria sólo cesa con la partición. Si la partición incluye bienes registrables, es oponible a los terceros desde su inscripción en los registros respectivos”. Analizaremos los dos aspectos contenidos en la norma:

A) El artículo empieza expresando que la indivisión hereditaria “sólo” cesa con la partición. Por su parte, el artículo 2403 establece el carácter declarativo de la partición y extiende esa solución a “cualquier otro acto que ha tenido por efecto hacer cesar la indivisión”. El artículo 2409 aplica las causas de invalidez de la partición a todo acto cuyo objeto sea hacer cesar la indivisión. En concordancia con estas normas, el artículo 1998, atinente a la partición del condominio, considera partición al supuesto en que uno de los condóminos deviene propietario de toda la cosa.

Llamar partición a los actos que concentren el dominio en una sola persona es contradictorio con la idea de partición. La partición significa partir, y partir es “repartir algo entre varios”. Pero he aquí que la mayoría de los actos por los que se puede hacer cesar la comunidad

hereditaria—distintos de la partición— implican la concentración de los bienes en una sola persona, lo contrario de la partición.

Pensamos que el legislador quiso otorgar el efecto declarativo de la partición a ciertos actos que no eran de partición, dándoles esos efectos, tal como lo indica el artículo 2403, párrafo 2^o. Veamos posibles supuestos:

a) Varios herederos ceden las cuotas de sus derechos hereditarios a uno de los coherederos, que queda como cesionario de toda la herencia⁴. Similar a este supuesto es el contemplado en el artículo 1998, referente al condominio: "...también se considera partición el supuesto en que uno de los condóminos deviene propietario de toda la cosa". En verdad, no es que ese acto se considere partición, sino que produce el efecto declarativo de la partición.

b) Varios herederos ceden las cuotas de sus derechos hereditarios a un tercero, que queda como único titular de la herencia.

c) Caso en que haya varios herederos y en la herencia haya un solo bien. Los herederos, de común acuerdo, enajenan ese bien a un tercero, que queda como titular único de la herencia.

d) Caso de varios herederos en una herencia con un solo bien. Ese bien—inmueble— no está poseído por los herederos sino por un tercero. Al transcurrir 20 años el tercero adquiere por usucapión la herencia, que la forma ese único bien inmueble.

e) Los herederos constituyen una sociedad aportando sus partes alícuotas de la herencia. Nace entonces una persona jurídica que deviene automáticamente en titular de los bienes que había en el caudal hereditario.

f) Los herederos se adjudican *pro indiviso* los bienes hereditarios remanentes; en ese caso la comunidad hereditaria se transforma en condominio.

Queda fuera de duda que, ante el artículo 2363, la inscripción re-

⁴ Algunos de los actos que terminan la comunidad hereditaria no producen efectos declarativos; por ejemplo, cuando el único bien del sucesorio en el que hay varios herederos es un inmueble en poder de un tercero, el cual adquiere el dominio por medio de la prescripción larga (art. 1905).

⁵ El artículo 2409 no aplica las causas de invalidez de la partición a la cesión de derechos hereditarios.

gstral de la declaratoria de herederos o de la aprobación judicial del testamento no hace cesar la comunidad hereditaria respecto de los inmuebles porque no la transforma en condominio sobre dichos bienes⁶.

B) La segunda parte del artículo se refiere a la existencia de bienes registrables en la partición. En ese caso —según el artículo— la partición es oponible a los terceros desde su inscripción en los respectivos registros.

Ante todo, conviene recordar que la partición tiene efectos declarativos, por lo que se juzga que el heredero ha sucedido sólo e inmediatamente al causante en los bienes comprendidos en su hijuela y que no tuvo derecho alguno en los que han correspondido a sus coherederos (art. 2403). Por otra parte, la transmisión hereditaria se opera en el momento de la muerte del causante (art. 2277), sin distinguir entre bienes registrables y no registrables. La inscripción registral en estos casos es “declarativa”, porque declara el derecho que antes se tenía.

El artículo 2363 debe interpretarse dentro de la armonía de estas normas, y para ello corresponde distinguir las dos clases de terceros: terceros adquirentes y terceros acreedores del heredero.

a) Tercer adquirente. El que quiera adquirir un inmueble que pertenecía al causante y que en la partición le ha correspondido a un heredero, necesita que ese heredero haya inscripto tal inmueble en el registro correspondiente (se puede utilizar el tracto abreviado).

El artículo 1893 del nuevo Código se refiere a la inoponibilidad de los derechos reales: “La adquisición o la transmisión de derechos reales [...] no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente. Se considera publicidad suficiente la inscripción registral...” Aplicando este artículo a la partición, si el heredero quisiera transmitir los bienes registrables de su hijuela por un acto entre vivos, la inscripción sería el medio de publicidad indispensable para su transmisión al tercero. La falta de inscripción de los bienes registrables impedirá su transmisión. Es necesaria su inscripción para

⁶ ROLLERI, Gabriel, *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, p. 1090. En el mismo sentido, las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, 2011.

que la transmisión sea oponible a terceros. En este sentido podríamos decir que la partición sólo es oponible a los terceros adquirentes desde su inscripción registral.

b) Tercero acreedor del heredero. Hay que distinguir los derechos de los acreedores antes y después de la partición:

1) Antes de la partición, los acreedores personales del heredero pueden embargar derechos hereditarios de su deudor, mediante su anotación del embargo en el expediente sucesorio. En esto no hay discrepancia en la doctrina ni en la jurisprudencia.

Las divergencias surgen cuando se trata de subastar esos derechos hereditarios en la acción ejecutiva promovida contra el heredero deudor. La mayoría de los autores rechazan la posibilidad de la venta forzada de los derechos y acciones hereditarios. Se basan en que el contenido de los derechos hereditarios es incierto ya que no se sabe a cuánto asciende la herencia hasta que se pague el pasivo y se determine el remanente. La subasta de tales derechos se presta a especulación e implica un grave perjuicio para el deudor, pues nadie pagará por esos derechos lo que realmente valen. Mientras el derecho hereditario no esté concretado en la partición, éste no puede ser subastado porque no hay base para establecer su valor. Consecuentemente, el embargo de derechos hereditarios no produce otro efecto que el de autorizar al acreedor a ejercer subrogatoriamente derechos en nombre de su deudor (art. 739)⁷.

En cambio, algunos autores, como Ferrer⁸, defienden el remate de esos derechos y acciones. Según el autor, de toda la normativa del Código Civil surge la ejecutoriedad de los derechos hereditarios del deudor. Si los derechos hereditarios pueden enajenarse voluntariamente, por la misma razón pueden rematarse. Ceder los derechos es ven-

⁷ DÍAZ DE GUJARRO, *Improcedencia de la venta judicial de las acciones y derechos del deudor*, en J. A. 51-744; FORNIELES, *ob. cit.*, t. I, N° 249; FASSI, *Tratado de los testamentos* cit., t. I, N° 759; ZANNONI, *ob. cit.*, t. I, N° 640; FERNÁNDEZ, *Código de Procedimiento Civil y Comercial comentado* cit., p. 437; COLOMBO, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación* cit., t. II, p. 141; GUAGLIANONE, *Régimen patrimonial del matrimonio*, t. I, p. 304.

⁸ FERRER, *ob. cit.*, ps. 183 y ss.; MÉNDEZ COSTA, *Deudas de los cónyuges*, p. 21.

derlos, y la venta no deja de ser tal porque se realice en forma privada o en remate público.

El nuevo Código Civil y Comercial no se ha pronunciado sobre el problema. El artículo 2334 sólo se refiere a casos de indivisión forzada.

2) Después de la partición (y antes de la inscripción) el acreedor puede embargar y ejecutar los bienes que le han correspondido a su deudor, sin necesidad de la inscripción de su hijuela (que contengan bienes registrables); basta la aprobación judicial de la partición.

Si la partición sólo es oponible a los acreedores del heredero desde su inscripción registral, la consecuencia sería que el acreedor no podría embargar los bienes que le han correspondido a su heredero deudor en su hijuela, si ésta no se ha inscripto en el Registro. Esto nos parece inadmisibile, porque el heredero es propietario de los bienes que le han correspondido en la partición desde el momento de la muerte del causante (art. 2403); se iría contra el sistema de la adquisición *ipso iure* del heredero aceptado por el nuevo Código.

494. La llamada "partición provisional"

Esta partición en sentido propio, que acabamos de delimitar, se refiere a la propiedad de los bienes hereditarios. Cuando la división recae sobre el uso y goce de los bienes, dejando en indivisión la propiedad sobre ellos, no es partición en el sentido que venimos exponiendo, de medio para hacer cesar la comunidad hereditaria.

La doctrina francesa creó la figura de la división de uso y goce de los bienes, que llamó "partición provisional". Esta denominación encierra, por cierto, bastante impropiedad, pues aparte de que no responde a la idea de terminar con la comunidad hereditaria, el apelativo "provisional" no resulta convincente: lo provisional debe tener el mismo objeto que lo definitivo, aunque sin la nota de definitividad, y en esta llamada "partición provisional" el objeto es diferente de la partición definitiva.

El nuevo Código admite la figura de la partición provisional en el artículo 2370: "*Partición provisional*. La partición se reputa meramente provisional si los copartícipes sólo han hecho una división del uso y

goce de los bienes de la herencia, dejando indivisa la propiedad. La partición provisional no obsta al derecho de pedir la partición definitiva". El artículo responde a la idea contenida en el artículo 3464 del Código de Vélez.

Aunque el artículo 2370 sólo se refiere a la división de goce o uso de las cosas hereditarias, no hay inconveniente en extenderla a la división de frutos y productos. Pero tanto se refiera al uso o goce de los bienes, como a los frutos y productos, no estamos ante un caso de partición, aunque se le adorne con el calificativo de provisional. Hay simplemente un acto de administración referente a los frutos o a los productos o al uso de los bienes. Así lo califica Josserand⁹, y en nuestra doctrina Legón¹⁰.

No estamos, pues, ante una forma especial de partición, pues aquí no hay más que un acto de administración. Por eso debe ser analizado a continuación del concepto de partición, para poner de relieve que la llamada partición provisional no responde al concepto de partición que hemos expuesto.

495. Naturaleza jurídica de la partición

En el terreno doctrinal se enfrentan dos tesis contrapuestas en torno de la naturaleza jurídica de la partición:

a) La primera tesis, que responde al sistema del Derecho Romano, estima que la partición es atributiva de derechos. Esto implica que los derechos que al coheredero le corresponden en la partición le vienen de las cesiones que los demás coherederos han hecho, en su favor, de los derechos que antes de la partición tenían sobre esos bienes.

La consecuencia práctica de este sistema es que una vez efectuada la partición, quedan subsistentes los actos realizados antes de ella por cada uno de los coherederos; si uno de éstos ha hipotecado por su parte indivisa un inmueble sucesorio que éntra en el lote de otro coheredero, éste deberá sufrir la hipoteca constituida por su causante inmediato.

⁹ JOSSERAND, ob. cit., t. III, vol. II, p. 360.

¹⁰ *La declaratoria de herederos y la disgregación de la comunidad hereditaria*, en J. A. 47-955.

b) La segunda tesis, que corresponde al sistema francés, considera que la partición es declarativa de derechos: de ahí su carácter retroactivo. La partición se limita a fijar o concretar —como dice Lacruz¹¹— el derecho de cada partícipe adquirido directamente del causante de modo indeterminado. La partición nada trasmite: concreta o materializa en bienes determinados el derecho sobre la parte alícuota de la herencia. Esto significa que la partición se limita a declarar los derechos que el heredero ya tenía en forma exclusiva. Se presume que cada coheredero ha sido siempre propietario único de los bienes que le han correspondido en la partición, y que nunca ha tenido la propiedad de los demás bienes de la sucesión. Consiguientemente, los copartícipes no son, en cuanto a los bienes incluidos en sus lotes respectivos, causahabientes uno del otro, sino que lo son directamente del causante.

La consecuencia práctica de este sistema es que la validez de los actos realizados por uno de los coherederos, antes de la partición, se halla subordinada al resultado de esta última. Así, utilizando el ejemplo contenido en el artículo 3504 del Código de Vélez, si uno de los coherederos constituyó una hipoteca sobre un inmueble sucesorio, la hipoteca será válida si el inmueble por ella afectado le ha correspondido en la partición; al contrario, si el inmueble gravado le ha correspondido a otro coheredero, la hipoteca será nula, pues se considera que el inmueble gravado nunca ha sido del constituyente de ese derecho real.

Nuestro Código ha adoptado el sistema de la partición declarativa y de efectos retroactivos, aceptado hoy en muchas legislaciones (art. 757, Cód. italiano; art. 631, Cód. brasileño; art. 1344, Cód. chileno, etc.). El artículo 2403, párrafo 1º, similar al artículo 3503 del viejo Código, inspirado a su vez en el artículo 883 del Código Civil francés, dispone: "*Efecto declarativo.* La partición es declarativa y no traslativa de derechos. En razón de ella, se juzga que cada heredero ha sucedido sólo e inmediatamente al causante en los bienes comprendidos en su hijuela y en los que se le atribuyen por licitación, y que no tuvo derecho alguno en los que han correspondido a sus coherederos..."

c) Una tercera tesis, que corresponde al sistema germano, sostiene

¹¹ LACRUZ, *Derecho de Sucesiones. Parte general* cit., p. 462.

que la partición no es atributiva ni declarativa de derechos, pues no se da ninguna de las dos consecuencias prácticas que identifican a las dos tesis ya analizadas. Según el Derecho alemán, los coherederos no pueden realizar, antes de la partición, ningún acto de disposición de bienes concretos o sobre su cuota, a no ser que lo realice la totalidad de los coherederos (arts. 2040 y 2033, párr. 2º).

Esto supone no aceptar el sistema atributivo, pues en él tales actos son válidos; ni tampoco el sistema declarativo, que subordina la validez a que la cosa de que se ha dispuesto corresponda en el lote del coheredero. En el sistema germano están prohibidos dichos actos; por tanto, si un coheredero, antes de la partición, enajena o hipoteca un bien del sucesorio, el acto es nulo.

Colin y Capitant¹² consideran más efectivo el sistema germano que el francés. Explican que el sistema francés se considera útil porque tiende a asegurar la igualdad entre los coherederos, impidiendo que la parte de uno de ellos, tal como resulta al adjudicársela, pueda haber sufrido menoscabo a consecuencia de los actos realizados por alguno de los otros coherederos durante el período de división. Pero sin discutir la importancia de esta finalidad, consideran los autores que dicha finalidad se ha conseguido en otras legislaciones, como la suiza, por otros procedimientos infinitamente más sencillos y eficaces. "En el sistema suizo y en el alemán —explican— no pueden surgir ninguno de los problemas con que aparece adornada en Francia la retroactividad de las particiones, a costa de mil dificultades, procesos y con frecuentes sorpresas para la buena fe de los terceros". Estos argumentos son perfectamente válidos para nuestro Derecho.

496. Oportunidad para pedir la partición

El Derecho Romano, viendo en la comunidad hereditaria un estado indeseable y transitorio, concedió con carácter imprescriptible a los herederos la *actio familiæ erciscundæ*, al parecer desde los tiempos de las XII Tablas¹³.

En la nota al artículo 3451, Vélez también consideró a la comunidad

¹² *Curso elemental de Derecho Civil* cit., t. VII, p. 198.

¹³ Digesto 10, 2, 1, 2.

hereditaria como una situación accidental y pasajera, que la ley en manera alguna debe fomentar. La consecuencia de esta orientación, basada en premisas inaceptables, es que este estado provisional y transitorio no mereció la atención del legislador, quedando, así, totalmente huérfano de reglamentación. Se produjeron, por esta vía negativa, los resultados que se procuró evitar, es decir, la proliferación de litigios entre coherederos, pues la realidad ha demostrado que estos estados, con frecuencia, son prolongados¹⁴.

Consecuente con estos principios, el artículo 3452 del Código de Vélez establecía que los herederos, sus acreedores y los que tengan algún derecho, "pueden pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia".

El Código unificado limita la oportunidad para pedir la partición. El artículo 2365, párrafo 1º dice: "*Oportunidad para pedirla*. La partición puede ser solicitada en todo tiempo después de aprobados el inventario y avalúo de los bienes". Consideramos acertada la norma, pues el pedido de partición se sitúa dentro del proceso sucesorio. No basta que se haya iniciado dicho proceso; es necesario que en él se haya aprobado el inventario y el avalúo. En el nuevo ordenamiento el inventario y el avalúo se deben producir en el proceso sucesorio: los artículos 2341 a 2344 forman parte del proceso sucesorio, que regula el Título VII.

Las consecuencias de este precepto son doblemente positivas: por un lado, limita el pedido de partición en el tiempo, pues éste se puede

¹⁴ En este sentido son más que elocuentes las palabras de Ferrandis Vilella (*La comunidad hereditaria* cit., ps. 11 y ss.): "Casi ha llegado a convertirse en tópico la afirmación de que la comunidad de bienes constituye un estado antieconómico y antijurídico que el Derecho no puede ver con buenos ojos, y de ahí la tendencia a facilitar la disolución. Estado, pues, provisional y transitorio que queda, por lo mismo, casi totalmente huérfano de reglamentación legal. No deja de ser significativa la comparación entre la escasez y brevedad de los preceptos que regulan la situación de comunidad y la minuciosidad de los que se refieren a la extinción de tal situación. Es evidente, pues, que para el legislador merece más atención la partición que el estado de indivisión que le sirve de necesario precedenté. Y es frecuente por ello que para descubrir ciertos aspectos de la comunidad y alguno de sus efectos más característicos, tengamos que buscar un poco de luz precisamente entre aquellas normas que se dictaron para proveer a su división".

efectuar sólo una vez aprobados el inventario y el avalúo; por otro, se refuerza la vigencia del proceso sucesorio, que garantiza los derechos de los interesados en la herencia¹⁵.

El artículo 2365, párrafo 2º agrega: "Sin embargo, cualquiera de los copartícipes puede pedir que la partición se postergue total o parcialmente por el tiempo que fije el juez si su realización inmediata puede redundar en perjuicio del valor de los bienes indivisos".

Este párrafo permite que cualquiera de los copartícipes pueda pedir que se postergue la partición para evitar perjuicios: el juez puede aceptar el pedido y fijar el tiempo de la postergación. Esta innovación, dado el criterio amplio que utiliza el artículo, podrá dar lugar a abusos que perjudicarían a los demás herederos, incluyendo a los legitimarios. Hubiera sido mejor limitar esa amplitud.

497. **Herederos condicionales**

El Código unificado distingue los supuestos de herederos instituidos bajo condición suspensiva y bajo condición resolutoria. El artículo 2366 expresa: "*Herederos condicionales*. Los herederos instituidos bajo condición suspensiva no pueden pedir la partición mientras la condición no esté cumplida, pero pueden pedirla los coherederos, asegurando el derecho de los herederos condicionales.

"Los herederos instituidos bajo condición resolutoria pueden pedir la partición, pero deben asegurar el derecho de quienes los sustituyan al cumplirse la condición".

El párrafo 1º se refiere a la condición suspensiva. El instituido bajo condición suspensiva no puede pedir la partición hasta que la condición se cumpla. Pero pueden hacerlo los otros herederos, asegurando los derechos del heredero condicional.

¹⁵ Los códigos procesales tendrán que ajustar sus normas al nuevo ordenamiento civil, en el que sólo se podrán hacer fuera del proceso sucesorio los trámites ulteriores a la aprobación del inventario y avalúo, y no desde la aprobación del testamento o de la declaratoria de herederos como dispone actualmente el artículo 699, párrafo 1º del CPCCN. No obstante, pensamos que cuando la partición se hace extrajudicialmente el inventario y el avalúo pueden constar en la respectiva escritura pública que contiene la partición.

El párrafo 2º se refiere a la condición resolutoria. Los herederos sometidos a esa condición pueden pedir la partición, asegurando el derecho de quienes los sustituyan si la condición resolutoria se cumple.

Estas condiciones, sólo posibles dentro de la sucesión testamentaria, las estudiaremos en la Parte especial.

498. Partición parcial

El artículo 2367 dispone: "*Partición parcial*. Si una parte de los bienes no es susceptible de división inmediata, se puede pedir la partición de los que son actualmente partibles".

El precepto se sitúa en el caso de que una parte de los bienes hereditarios no sea susceptible de una división inmediata. La partición parcial evita el perjuicio que se ocasionaría manteniendo indivisos los demás bienes.

499. Personas que pueden pedir la partición

El artículo 2364 expresa: "*Legitimación*. Pueden pedir la partición los copropietarios de la masa indivisa y los cesionarios de sus derechos. También pueden hacerlo, por vía de subrogación, sus acreedores, y los beneficiarios de legados o cargos que pesen sobre un heredero.

"En caso de muerte de un heredero, o de cesión de sus derechos a varias personas, cualquiera de los herederos o cesionarios puede pedir la partición; pero si todos ellos lo hacen, deben unificar su representación".

La norma tiene su precedente en el artículo 3452 del Código de Vélez. Analicemos los siguientes supuestos:

A) *Herederos*. Los primeros a quienes se les otorga la acción de partición son los herederos, los cuales son, indudablemente, los principales interesados. El nuevo Código los llama impropriamente propietarios de la masa hereditaria.

Ya hemos visto que en el caso especial del heredero instituido bajo condición suspensiva, éste no puede pedir la partición hasta que se cumpla la condición (art. 2366).

B) *Cesionario*. Los cesionarios pueden pedir en todos los casos la partición, ya sea total o parcial. Los cesionarios acreditan su legitimación con la escritura pública de cesión (art. 1618, inc. a).

C) *Acreedores de los herederos*. Esta acción se justifica porque en tanto no se haya efectuado la partición, aquéllos no pueden dirigirse contra los bienes hereditarios de su deudor. En cambio, tal acción no se les otorga a los acreedores del causante, dado que éstos pueden cobrar sus créditos, se haya o no se haya practicado la partición.

La acción de los acreedores de los herederos es la subrogatoria del artículo 739, y requiere —como dice Fornieles¹⁶, refiriéndose al artículo 1196 del viejo Código Civil— que haya negligencia de parte del heredero deudor: las dilaciones excesivas no justificadas equivalen a negligencia.

No es necesario un juicio especial para obtener la subrogación, sino que puede hacérselo sumariamente, en el mismo proceso sucesorio.

D) *Beneficiarios de legados o cargos que pesen sobre un heredero*. El legado pesa, propiamente, sobre la masa indivisa; el cargo puede pesar sobre el heredero o sobre el legatario. Entendemos que cuando el artículo establece que el legado o el cargo pesan sobre un heredero, se está refiriendo al cargo.

Cuando el cargo pesa sobre alguno de los herederos y su cumplimiento tiene vinculación con la partición, el beneficiario del cargo tiene derecho a pedir la partición. En ese caso, el beneficiario del cargo es un acreedor del heredero.

E) *Herederos de los herederos o de los cesionarios*. Puede suceder que antes de que se lleve a cabo la partición, uno de los herederos muera. El derecho a pedirla se transmite, entonces, a sus herederos; pero estos últimos, si son varios, deben actuar bajo una sola representación. Así lo establecía el artículo 3459 del Código de Vélez. Lo mismo cabe decir de los herederos de los cesionarios.

¹⁶ FORNIELES, *Tratado de las sucesiones* cit., t. I, N° 249.

500. Imprescriptibilidad de la acción

El artículo 2368, parte 1ª, sienta el principio de que “La acción de partición de herencia es imprescriptible mientras continúe la indivisión...” Quiere decir, pues, que mientras continúe de hecho la indivisión, la acción de partición será imprescriptible; como dice Fornieles¹⁷, el derecho para dividir renace en cada momento en que continúa la comunidad.

Y agrega el artículo 2368, en su parte 2ª: “pero hay prescripción adquisitiva larga de los bienes individuales si la indivisión ha cesado de hecho porque alguno de los copartícipes ha intervertido su título poseyéndolos como único propietario, durante el lapso que establece la ley”. Esa prescripción adquisitiva se produce a los veinte años (art. 1899).

Si todos los bienes hereditarios han pasado al dominio particular de uno de los herederos, es lógico que ya no se pueda efectuar la partición, pero no porque la acción haya prescrito, sino porque los bienes han sido sustraídos al haber hereditario. La acción de partición es en este sentido siempre imprescriptible. Para que se produzca la usucapión es necesario que el otro heredero posea a nombre propio, y como exclusivo dueño, los bienes de todos, intervirtiendo el título; no basta la mera pasividad de los demás¹⁸.

Cuando la posesión de que habla el artículo ha sido sólo de alguno de los objetos individuales de la herencia, la acción de partición se prescribe por veinte años respecto a esos objetos, y continúa existiendo la imprescriptibilidad de la acción respecto de los demás objetos de la herencia.

El nuevo Código no ha innovado en esta materia, la cual la regulan los artículos 3460 y 3461 del viejo Código.

501. Bienes que se incluyen en la partición

Los bienes que se incluyen en la partición son los bienes recibidos por los herederos, los cuales constituyen la masa indivisa.

¹⁷ FORNIELES, ob. cit., N° 257.

¹⁸ LAFAILLE, ob. cit., N° 436; SEGOVIA, ob. cit., nota 33 al art. 3462 de su numeración; FORNIELES, ob. cit., N° 439.

Puesto que la partición es el medio de poner fin a la comunidad hereditaria cuyo objeto es la masa indivisa, los bienes que componen esa comunidad son los que materialmente se incluyen en la partición. No importa que en sí sean indivisibles, pues en tal caso puede adjudicárselos en uno de los lotes y compensárselos con otros bienes, y si ello no fuere posible, siempre quedará el remedio de la venta y el consiguiente reparto del precio.

Los créditos también se incluyen en la masa indivisa y se los puede adjudicar, incluso, a alguno de los herederos. Aunque no hay una norma como la del artículo 3471 del Código Civil, que así lo permitía, no hay en el nuevo Código ninguna disposición que lo prohíba.

Para proceder a la partición entre los herederos, si éstos son herederos forzosos, también se debe tener en cuenta los bienes donados sujetos a colación para traer los valores a la herencia¹⁹.

En síntesis, si no hay colación, la masa indivisa comprende el conjunto de los bienes heredados, incluyendo los créditos. Si hay colación se forma una masa especial en la que se incluyen los valores colacionables.

502. Bienes que se excluyen de la partición

Hay algunos bienes que aun cuando pertenezcan a la comunidad hereditaria, deben quedar indivisos por su especial naturaleza, a no ser que medie acuerdo para la partición. Son éstos:

A) *Los objetos y documentos que tienen un valor de afección u honorífico.* Estos bienes quedan en poder del heredero que los interesados elijan; si no hay acuerdo, el juez lo designará. El artículo 2379, párrafo 2° —tomado a su vez del artículo 3473 del Código de Vélez, inspirado en el artículo 842, párrafo 3°, del Código francés—, dice: “Los objetos y documentos que tienen un valor de afección u honorífico son indivisibles, y se debe confiar su custodia al heredero que en cada caso las partes elijan y, a falta de acuerdo, al que designa el juez”.

¹⁹ Cuando el causante ha efectuado en vida una donación a un heredero forzoso, por ejemplo a un hijo, se forma una masa especial que incluye la masa indivisa a la que se agregan los valores colacionables.

El juez para hacer la atribución deberá tener muy en cuenta las circunstancias del caso. Por lo común se preferirá al cónyuge supérstite. Si se trata de una carta confidencial y el autor de ella fuera a la vez heredero, el juez debe adjudicársela a él²⁰. Si se tratare de un diploma profesional y uno de los herederos tuviere la misma profesión, a él debe entregarlo, etcétera.

B) *Los sepulcros*. La doctrina considera que los sepulcros que contienen los restos de la familia deben permanecer en condominio forzoso, sin dividirlos ni venderlos a extraños, a menos que la unanimidad de los herederos resuelva lo contrario. La jurisprudencia ha sentado también el principio de la indivisión forzosa, a menos que haya acuerdo en contrario de todos los herederos²¹. Estas conclusiones no pueden ser más lógicas: el sepulcro no vale por su valor económico —por más que lo tenga—, sino por su valor afectivo, por ser el lugar de descanso de los restos de los familiares. Como tal no admite la división material ni la venta a terceros para repartirse el precio. Por eso es que se los excluye en principio de la partición, pero la unanimidad puede resolver otra cosa. Por las mismas razones, pensamos que tampoco se debe permitir al coheredero la venta a terceros de la parte alícuota que tiene en el sepulcro, pues con ello se posibilita la intromisión de los restos de personas ajenas que afectarían los sentimientos de los demás. Así lo declaró en una oportunidad la jurisprudencia²².

En síntesis, muerto el titular del sepulcro, éste pasa a sus herederos y en proporción a sus partes hereditarias, pero “en estado de indivisión”.

No obstante, se ha admitido la partición, a pesar de la negativa de alguno de los coherederos, en dos supuestos: 1) si el sepulcro está desocupado, pues en tal caso cesa la razón impositiva de la partición; 2) si el sepulcro es materialmente divisible. En este último supuesto, la división es incluso conveniente, para evitar las discordias de un condominio mantenido sin voluntad unánime de los dueños.

²⁰ DE GÁSPERI, ob. cit., t. I, N° 8.

²¹ L. L. 4-592; 26-554; 19-531; 26-423; J. A. 7-143; 50-121, etc.

²² L. L. 40-171.

503. Formas de hacer la partición: enunciación

Nuestro Código Civil reconoce, dentro del concepto de partición como medio extintivo de la comunidad hereditaria, dos formas de ella: a) partición extrajudicial, que el nuevo Código llama partición privada, que es la que realizan los herederos sin intervención judicial; b) partición judicial, que es la que se verifica dentro del proceso sucesorio.

En el nuevo Código no existe partición mixta, que era la que se hacía extrajudicialmente pero sometiéndola a la aprobación judicial. La partición mixta se basaba en el viejo artículo 1184, inciso 2º, que decía: "Deben ser hechos en escritura pública [...] Las particiones extrajudiciales de herencias, salvo que mediare convenio por instrumento privado presentado al juez de la sucesión". El artículo 1017 del Código unificado omite este supuesto. La partición mixta también la reconocía el antiguo artículo 3515; cuando era efectuada por tutores nombrados en el testamento por el ascendiente respecto de la sucesión del descendiente, la partición tenía que presentarse a los jueces para su aprobación. Esta norma no existe en el nuevo Código.

Cabe hablar, además, de la partición por donación o por testamento de los ascendientes respecto a sus descendientes (art. 2411).

504.A) Partición extrajudicial o privada

El artículo 2369 del Código unificado dice: "*Partición privada.* Si todos los copartícipes están presentes y son capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes. La partición puede ser total o parcial". La norma reproduce el artículo 3462 del Código de Vélez.

La nueva norma contempla dos aspectos: uno, referente a la presencia y capacidad de los herederos, y otro, al acuerdo unánime de ellos. Veámoslos:

a) En primer lugar, se requiere que los herederos estén presentes, con lo cual se quiere excluir a los simples ausentes. Empero, entendemos que la exclusión no comprende a los ausentes con presunción de fallecimiento, pues en ese caso sus herederos, actuando bajo una sola representación, serán herederos presentes de un he-

redero. Puesto que el término "presente" no tiene el carácter de personalísimo, la partición puede ser efectuada sirviéndose de un mandatario.

b) En segundo lugar, se requiere la unanimidad, tanto para la forma de hacer la partición como para el contenido del acto.

En cuanto a la forma, el nuevo Código ha guardado silencio. De ahí que hay que aplicar el artículo 1017, inciso a, que exige escritura pública cuando median inmuebles. La exigencia de escritura pública la extendemos al caso en que existan automotores. En los demás casos, a falta de exigencia especial, vale el documento privado. Criticamos la posición del nuevo Código que, en nuestra opinión, debió exigir siempre escritura pública, como ordenaba el artículo 1184, inciso 2° del Código de Vélez.

En cuanto al fondo —es decir, al contenido del acto—, los interesados, por acuerdo unánime, tienen la más absoluta libertad; pueden dividir en especie, vender bienes, hacer lotes con bienes y dinero, etcétera. Si hay conformidad, todo es admitido, incluso la adjudicación de lotes desiguales sin compensación. Una partición así —como dice Fornieles²³— sería inatacable, aunque no se hubiera dicho expresamente que se la hacía con conocimiento de la diversidad de valores.

En la partición extrajudicial el inventario, normalmente, está implícito en la propia partición. El avalúo pierde su trascendencia: su falta, por sí sola, no provoca la nulidad de la partición.

505.B) Partición judicial: casos en que procede

El artículo 2371 dice: "*Partición judicial*. La partición debe ser judicial:

"a) si hay copartícipes incapaces, con capacidad restringida o ausentes;

"b) si terceros, fundándose en un interés legítimo, se oponen a que la partición se haga privadamente;

"c) si los copartícipes capaces no acuerdan en hacer la partición privadamente".

²³ FORNIELES, ob. cit., N° 261.

La norma reproduce, con leves alteraciones, el artículo 3465 del Código anterior. Veamos por separado los tres supuestos:

a) Si hay copartícipes incapaces o con capacidad restringida o ausentes. Cuando hay menores sometidos a patria potestad son los padres sus representantes, y a éstos les corresponderá efectuar la partición judicial (art. 26). La mayoría de edad se cumple a los 18 años (art. 25).

En cuanto a los emancipados, el emancipado por matrimonio necesita, para hacer la partición judicial, autorización judicial (art. 29), y lo mismo si la partición se hace extrajudicialmente.

Tratándose de incapaces, serán los curadores quienes realizarán en representación de ellos la partición judicial (art. 32).

Los ausentes son, en nuestra opinión, los simples ausentes, en cuyo caso el curador que se les nombre efectuará, en representación de ellos, la partición judicial (art. 79). En cambio, la norma no se aplica al supuesto de ausencia con presunción de fallecimiento. El artículo 91 autoriza a hacer la partición al heredero del declarado presunto fallecido, sin necesidad de autorización judicial (art. 91, párr. 1° *in fine*).

b) Si los terceros se oponen a que la partición se haga privadamente. Los terceros a los que se refiere el artículo son, principalmente, los acreedores de los herederos, pues los herederos podrían confabularse contra el acreedor de uno de los coherederos, otorgándole a este último un lote de menor valor. Mediando oposición de estos acreedores, la partición tiene que ser efectuada necesariamente por vía judicial. En el caso de que la partición perjudicara al acreedor, éste podría impugnarla antes de su aprobación, y después de aprobada, ejerciendo la acción pauliana.

c) Si los copartícipes no acuerdan en hacer la partición privadamente. Basta que alguno de los coherederos se oponga a la partición privada, para que la partición se tenga que hacer judicialmente.

506. Diligencias previas a la partición judicial: inventario y avalúo

A) *Inventario*. El Código unificado sólo destina dos artículos al inventario, los artículos 2341 y 2342. En ellos se regulan aspectos

fundamentales de la institución, dejando tácitamente librado a los códigos procesales los otros aspectos.

a) *Citaciones*. El artículo 2341 expresa: "*Inventario*. El inventario debe hacerse con citación de los herederos, acreedores y legatarios cuyo domicilio sea conocido.

"El inventario debe ser realizado en un plazo de tres (3) meses desde que los acreedores o legatarios hayan intimado judicialmente a los herederos a su realización".

El Código Procesal de la Nación ha previsto, en forma similar, las partes que deben ser citadas y el modo de efectuarse la citación. El artículo 721, párrafos 1º y 2º dice en este sentido: "Las partes, los acreedores y legatarios serán citados para la formación del inventario, notificándoseles por cédula, en la que se les hará saber el lugar, día y hora de la realización de la diligencia. El inventario se hará con intervención de las partes que concurran". De no cumplirse con la debida notificación, el acto puede ser declarado nulo por el juez, a petición de cualquier perjudicado. Como principio rigen las normas sobre las nulidades de los actos procesales (art. 169, en función del art. 74, CPCCN). La nulidad del inventario no invalida la designación del inventariador.

La jurisprudencia ha declarado que, citados los herederos, su ausencia al acto no afecta la validez de éste. La parte que ha consentido con su presencia el inventario y ha firmado el acta sin formular impugnaciones, aunque aquél haya sido practicado en forma diferente de la establecida por la ley, no puede pedir su nulidad²⁴.

b) *Tiempo en que debe hacerse el inventario*. El inventario se efectúa en la etapa pertinente del proceso sucesorio, a pedido de los herederos. Éste es el caso normal. En el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación el inventario puede ser realizado en cualquier etapa del proceso sucesorio, a pedido de alguno de los interesados; pero, según las etapas, unas veces tendrá el carácter de provisional, y otras de definitivo.

El artículo 717 dice, refiriéndose al inventario provisional: "El inventario se practicará en cualquier estado del proceso, siempre que lo solicitare alguno de los interesados. El que se realizare antes de dictarse

²⁴ J. A. 1954-II-281; L. L. 10-266.

la declaratoria de herederos o aprobarse el testamento, tendrá carácter provisional". Y agrega el artículo 718, refiriéndose al inventario definitivo: "Dictada la declaratoria de herederos o declarado válido el testamento, se hará el inventario definitivo. Sin embargo, con la conformidad de las partes, podrá asignarse ese carácter al inventario provisional, o admitirse el que presentaren los interesados, a menos que en este último caso existieren incapaces o ausentes".

No obstante, el artículo 2341, párrafo 2º del nuevo Código dispone: "El inventario debe ser realizado en un plazo de tres (3) meses desde que los acreedores o legatarios hayan intimado judicialmente a los herederos a su realización".

La intimación del artículo 2341 sólo puede hacerse, en nuestra opinión, una vez dictada la declaratoria de herederos o declarado válido el testamento. La sanción impuesta por el artículo 2321, inciso a, a la falta de realización del inventario, cual es la responsabilidad ilimitada, nos parece incompatible con un inventario provisional.

Esta intimación, en principio, la hacen los acreedores y legatarios. Los herederos no necesitan de ella, pues les basta solicitar el inventario en el proceso sucesorio.

En todo caso, hay que tener presente que de una u otra forma el inventario tiene que efectuarse para llevar a cabo la partición. La ley le da tanta importancia a la confección del inventario que, cuando media intimación, si no se realiza en el término de tres meses, el heredero o los herederos son sancionados con la responsabilidad ilimitada.

El efecto que producía en el Código de Vélez la no realización del inventario era diferente: la doctrina discutía si el heredero quedaba como aceptante con responsabilidad ilimitada o si podía optar por la renuncia. Esta última opción no tiene cabida en el nuevo ordenamiento.

c) *La persona del inventariador.* El nuevo Código Civil y Comercial guarda silencio sobre la persona que efectúa el inventario, dejando librado su nombramiento a lo que determinen los códigos procesales. Nos parece acertado ese silencio, pues de esa forma se respetan las distintas soluciones de los códigos procesales, que exigen el título de escribano o de testador público o de abogado, según las particularidades de cada Código.

El artículo 719 del CPCCN exige que el inventariador sea escribano.

d) *Nombramiento del inventariador.* El Código unificado no establece cómo se nombra el inventariador. El artículo 719 del CPCCN establece que el nombramiento del inventariador lo determina la mayoría de los herederos y, en su defecto, el juez.

El inventario será efectuado por un escribano, designado en la forma que prevé el artículo 719: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 716, último párrafo, el inventario será efectuado por un escribano que se propondrá en la audiencia prevista en el artículo 697, o en otra, si en aquella nada se hubiere acordado al respecto. Para la designación bastará la conformidad de la mayoría de los herederos presentes en el acto. En su defecto, el inventariador será nombrado por el juez". Este artículo respeta las pautas esenciales del artículo 3370 del Código Civil de Vélez.

La audiencia que prevé el artículo 697 es aquella que tiene lugar una vez dictada la declaratoria de herederos o declarado válido el testamento, con el objeto de nombrar no sólo al inventariador y tasador, sino al administrador definitivo. Dice así: "Dictada la declaratoria de herederos o declarado válido el testamento, el juez convocará a audiencia que se notificará por cédula a los herederos y legatarios de parte alícuota, en su caso, y a los funcionarios que correspondiere, con el objeto de efectuar las designaciones de administrador definitivo, inventariador, tasador y las demás que fueren procedentes".

B) *Denuncia de bienes.* El artículo 2342 expresa: "*Denuncia de bienes.* Por la voluntad unánime de los copropietarios de la masa indivisa, el inventario puede ser sustituido por la denuncia de bienes, excepto que el inventario haya sido pedido por acreedores o lo imponga otra disposición de la ley".

La novedad del precepto a nivel de ley nacional es que el inventario puede ser sustituido, en principio, por la denuncia de bienes; así lo establece el artículo 716, *in fine* del CPCCN.

Entendemos que la excepción abarca a acreedores y legatarios que intiman al heredero (arg. art. 2341, párr. 2°).

No puede ser sustituido el inventario por la denuncia, cuando el inventario haya sido intimado por los acreedores o legatarios.

C) *Avalúo*. Realizado el inventario, se procede a valorar los bienes en él comprendidos. Esta medida no sólo es indispensable para llegar a la partición, sino que es de la mayor importancia, porque la justicia de la distribución depende de la exactitud de los valores asignados²⁵.

El Código Civil de Vélez se refería a esta operación en el artículo 3466, parte 1ª: "La tasación de los bienes hereditarios, en las particiones judiciales, se hará por peritos nombrados por las partes". Los códigos procesales tratan esta institución con mayor extensión. Para su análisis, distinguiremos los siguientes aspectos:

a) *La persona del evaluador*. El nuevo Código guarda silencio sobre la persona que puede desempeñar el cargo de evaluador, por lo que habrá que estar a lo que determinen los códigos procesales.

El Código Procesal Civil de la Nación no establece la especialidad del perito tasador; Graciela Medina, cuya posición compartimos²⁶, entiende que, teniendo presentes las tareas a realizar, la designación del perito debe recaer sobre un contador, un ingeniero u otro profesional de acuerdo a los bienes que hubiera que evaluar. El Código Procesal de Mendoza exige que el perito sea doctor en ciencias económicas o contador público nacional (art. 322, inc. 2º).

b) *Nombramiento del tasador*. El artículo 2343 dice: "La valuación debe hacerse por quien designen los copropietarios de la masa, si están de acuerdo y son todos capaces o, en caso contrario, por quien designe el juez, de acuerdo a la ley local..." Del texto del artículo puede deducirse la necesidad del consentimiento unánime de los herederos.

El artículo 722, párrafo 2º del CPCCN se remite al artículo 719, que dice: "...Para la designación bastará la conformidad de la mayoría de los herederos presentes en el acto. En su defecto, el inventariador será nombrado por el juez".

c) *Bienes que se evalúan*. Aunque el Código no lo dice, es obvio que se evalúan los bienes comprendidos en el inventario.

El artículo 722, párrafo 1º, parte 1ª, expresa que "Sólo serán valuados los bienes que hubiesen sido inventariados..." El inventario es la operación que sirve de base y sustento a la de avalúo; de ahí que sólo

²⁵ FORNIELES, ob. cit., N° 242.

²⁶ MEDINA, Graciela, *Proceso sucesorio*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, p. 554.

pueden ser valuados los bienes inventariados". Si con posterioridad a la confección del inventario aparecen otros bienes, corresponderá realizar un inventario complementario para luego poder valuarlos. En la valuación se puede incluir el valor de los bienes a efectos de la colación, siempre que esos valores estén incluidos en el inventario. Esta inclusión requerirá el consentimiento de los coherederos, en especial del donatario. En caso contrario habrá que recurrir al juicio ordinario de colación.

d) *Valores que se toman en cuenta.* El artículo 2343, última parte dice que "El valor de los bienes se fijará a la época más próxima posible al acto de partición". Los valores que se deben tomar en cuenta son los reales, que serán determinados al tiempo de hacer la diligencia, y no al momento de la muerte del causante, porque lo que interesa, en definitiva, es la división equitativa de los bienes, y para ello es indispensable tomar en cuenta los valores actuales. Si se trata de bienes donados a efectos de la colación, se determinarán los valores a la época de la partición (art. 2385, párr. 2°).

No obstante, el artículo 723 del CPCCN admite otros valores: "Si hubiere conformidad de partes, se podrá tomar para los inmuebles la valuación fiscal, y para los títulos y acciones, la cotización del mercado de valores. Si se tratare de los bienes de la casa-habitación del causante, la valuación por peritos podrá ser sustituida por declaración jurada de los interesados".

e) *Tiempo entre el inventario y el avalúo.* El inventario procede al avalúo, pero el Código Civil no determina tiempo entre uno y otro.

El artículo 722, párrafo 1°, parte 2ª, CPCCN, expresa que "siempre que fuere posible, las diligencias de inventario y avalúo se realizarán simultáneamente". En consecuencia, el momento de realización estará determinado, en principio, por el del inventario.

Este precepto merece aclaración. Es evidente que cuando se realiza la diligencia del inventario y se labra el acta que prevé el artículo 721, párrafo 3°, no se puede, simultáneamente, ir atribuyéndole valores a cada uno de los bienes, pues establecer esos valores es algo que requiere información y estudio. Lo que el artículo quiere decir es, simplemente, que ambas operaciones "se presentarán" simultáneamente al juez de la sucesión, máxime cuando el nombramiento del inventariador y tasador suele recaer en la misma persona.

507. Impugnaciones al inventario y avalúo

El artículo 2344, párrafo 1° del nuevo Código Civil y Comercial expresa: "*Impugnaciones*. Los copropietarios de la masa indivisa, los acreedores y legatarios pueden impugnar total o parcialmente el inventario y el avalúo o la denuncia de bienes".

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación reglamenta estas impugnaciones. Una vez llevadas a cabo las operaciones de inventario y avalúo, se las agregará al expediente, poniéndolas de manifiesto, en la secretaría, y se las aprobará si no hay oposición. El artículo 724 dice, en este sentido: "Agregados al proceso el inventario y el avalúo, se los pondrá de manifiesto en la secretaría por cinco días. Las partes serán notificadas por cédula. Vencido el plazo sin haberse deducido oposición, se aprobarán ambas operaciones sin más trámite".

Pero puede ocurrir que los interesados impugnen el inventario y el avalúo. En ese caso, hay que seguir el trámite previsto en el artículo 725, que dice: "Las reclamaciones de los herederos o de terceros sobre inclusión o exclusión de bienes en el inventario se sustanciarán por el trámite de los incidentes. Si las reclamaciones versaren sobre el avalúo, se convocará a audiencia a los interesados y al perito para que se expidan sobre la cuestión promovida, resolviendo el juez lo que correspondiere. Si no compareciere quien dedujo la oposición, se lo tendrá por desistido, con costas. En caso de inasistencia del perito, éste perderá el derecho a cobrar honorarios por los trabajos practicados, cualquiera sea la resolución que se dicte respecto de las impugnaciones. Si las observaciones formuladas requiriesen, por su naturaleza, sustanciación más amplia, la cuestión tramitará por juicio sumario o por incidente. La resolución del juez no será recurrible".

508. Retasa

El artículo 2344, párrafo 2° agrega: "Si se demuestra que no es conforme al valor de los bienes, se ordena la retasa total o parcial de éstos".

La retasa supone un nuevo avalúo de todos los bienes, o de aquellos que han sido materia de impugnación. Este remedio es empleado muy pocas veces, pues no sólo tiene el inconveniente de que aumenta los

gastos del sucesorio, sino que la seguridad que proporciona no es mayor, ya que el nuevo criterio puede ser tan erróneo como el anterior²⁷.

509. Licitación

El artículo 2372 expresa: "*Licitación*. Cualquiera de los copartícipes puede pedir la licitación de alguno de los bienes de la herencia para que se le adjudique dentro de su hijuela por un valor superior al del avalúo, si los demás copartícipes no superan su oferta.

"Efectuada la licitación entre los herederos, el bien licitado debe ser imputado a la hijuela del adquirente, por el valor obtenido en la licitación, quedando de ese modo modificado el avalúo de ese bien.

"La oferta puede hacerse por dos o más copartícipes, caso en el cual el bien se adjudica en copropiedad a los licitantes, y se imputa proporcionalmente en la hijuela de cada uno de ellos.

"No puede pedirse la licitación después de pasados treinta días de la aprobación de la tasación".

Esta institución estaba regulada en el artículo 3467 del Código Civil de Vélez, y fue derogada por la ley 17.711, porque se prestaba a graves injusticias, pues colocaba a los herederos de menores recursos en una situación de inferioridad.

El nuevo Código revive la institución sobre la base del artículo derogado, estableciendo que cualquiera de los herederos puede pedir la licitación de alguno de los bienes de la herencia para que se le adjudique en su hijuela por un valor superior al avalúo.

El párrafo 3º prevé la hipótesis de la oferta efectuada por dos o más coherederos, en cuyo caso el bien se puede adjudicar en copropiedad.

El último párrafo pone un término para acogerse a este beneficio: que se haga dentro de los treinta días de aprobada la tasación.

Estamos en contra de la reaparición de esta injusta figura.

510. El partidor

b) *Nombramiento del partidor*. La partición judicial la hace el perito

²⁷ LAFAILLE, ob. cit., N° 458.

partidor. Debe haber acuerdo unánime de los herederos para su designación; a falta de acuerdo unánime el nombramiento lo hace el juez. El artículo 2373 del nuevo Código dice en este sentido: "*Partidor. La partición judicial se hace por un partidor o por varios que actúan conjuntamente. A falta de acuerdo unánime de los coparticipes para su designación, el nombramiento debe ser hecho por el juez*". El artículo 3468 del viejo Código Civil se limitaba a decir: "La partición de la herencia se hará por peritos nombrados por las partes".

Se entiende que cuando hay acuerdo unánime el juez nombra al perito, según la voluntad de todos los herederos. Y cuando no existe ese acuerdo, lo nombra el juez siguiendo su prudente arbitrio.

Según el artículo 727 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, "El partidor, que deberá tener el título de abogado, será nombrado en la forma dispuesta para el inventariador". El Código Procesal exige el título de abogado, en tanto que otras legislaciones provinciales requieren el título de contador público (por ej.: art. 322, Código Procesal de Mendoza).

b) *Naturaleza de sus funciones.* El partidor es un delegado del juez. Como a éste no le es posible realizar por sí la partición, delega en otro esa facultad, reservándose la de poder juzgar sobre su validez definitiva si surgen impugnaciones de las partes. Esta posición ha sido confirmada en numerosos fallos. Por eso, la partición sólo tendrá el carácter de definitiva cuando sea aprobada por el juez.

Como explica Fornieles²⁸, refiriéndose al Código de Vélez, el partidor no es un mandatario de los herederos ni un árbitro. Estimamos válida su opinión para el nuevo Código.

No es un mandatario de los herederos, aunque su nombramiento provenga de la proposición de ellos. El nombramiento lo hace el juez, y por eso es un delegado de éste. El mandatario obra en representación de su mandante y ejecuta el acto en nombre de éste (art. 1869, Cód. anterior); en cambio, el partidor, si bien debe oír a los interesados, obra por cuenta propia. Por eso no está obligado a realizar la división como desean los herederos, y puede, incluso, llevarla a cabo en contra de la voluntad expresa de alguno de ellos. Por otra parte, el mandante

²⁸ FORNIELES, ob. cit., N° 275.

queda obligado por el acto que ejecuta su mandatario, como si lo hubiera hecho él mismo (art. 1946, Cód. anterior); en cambio, los herederos pueden impugnar la partición. En forma similar, artículos 1319 y siguientes del nuevo Código.

Tampoco es un árbitro, porque la forma que adopte para distribuir no tiene fuerza decisoria, sino que queda sometida a la aprobación judicial.

c) *Cuándo no hay necesidad de nombrar partidor.* No siempre es necesaria la designación de un partidor para llevar a cabo la partición. Se podrá prescindir de él cuando se trate de distribuir sumas de dinero, en cuyo caso bastará un simple cálculo aritmético para realizar la operación.

511. Composición de la masa

El artículo 2376 dispone: "*Composición de la masa.* La masa partible comprende los bienes del causante que existen al tiempo de la partición o los que se han subrogado a ellos, y los acrecentamientos de unos y otros. Se deducen las deudas y se agregan los valores que deben ser colacionados y los bienes sujetos a reducción".

A) *Masa bruta que sirve de base a la partición.* El partidor debe, en primer término, formar la masa, a efectos de determinar al acervo hereditario. Esa masa está constituida por los bienes dejados a la muerte del causante, los que se han subrogado a ellos y los acrecentamientos de unos y otros.

Ya dijimos que los bienes que se toma en cuenta son los que forman la comunidad hereditaria. Si los créditos, aunque sean divisibles, no han sido cobrados, el partidor debe tenerlos presentes al formar la masa partible; no vemos inconveniente en que los créditos sean adjudicados a uno de los herederos, aunque no haya una norma especial que lo permita, como fue la del artículo 3471 del Código de Vélez.

Si el causante, por ejemplo, deja en vida alguna donación a uno de sus hijos (sin dispensa de colación), el partidor agregará a la masa hereditaria neta el valor colacionable que se imputará en la hijuela del heredero donatario, dándoles más bienes hereditarios a los otros

hijos, con el fin de igualar sus porciones. Esto sólo sucede si los herederos declarados están conformes en aceptar la colación, pues en caso contrario habrá que recurrir a la acción de colación que se tramita en juicio ordinario. En la sentencia, ya conocido el caudal hereditario y deducidas las deudas sucesorias, se agregará el valor de la donación a efectos de su colación.

La masa formada por esos bienes y valores es la masa que sirve de base a la partición.

Si el causante dejara en vida alguna donación a uno de sus hijos, de tal magnitud que violara la legítima de los otros hijos, de modo que los bienes hereditarios no alcanzaran para cubrirla, el juez en el contencioso, ante la acción de reducción iniciada por los otros hijos, agregará a la masa hereditaria esas donaciones en la proporción que cubran esas legítimas violadas. Cosa similar sucede si la donación inoficiosa se hiciere a un tercero.

B) *Masa neta partible*. El partidor deberá determinar en forma precisa las deudas de la herencia que estuvieran reconocidas como tales y las cargas de la sucesión. Cuando hay dinero no surgen dificultades, pues se separa lo necesario para el pago de las deudas. Si no lo hay, se separa cierta cantidad de bienes —dinero o cosas—, los cuales forman la higuera de bajas. El artículo 2378, párrafo 2º expresa, en este sentido: “En todo caso se deben reservar bienes suficientes para solventar las deudas y cargas pendientes, así como los legados impagos”.

Esta operación, que tiene por objeto liquidar el activo partible, es lo que se llama “liquidación”, con la cual queda determinado el remanente líquido. A ese remanente líquido se le llama “masa neta partible”. Aquí, el término “partible” significa, propiamente, “lo que se va a partir”. Efectivamente: esa masa es la que por medio de la última operación (la adjudicación) se parte o divide entre los coherederos.

512. Formación de lotes

El artículo 2377 del nuevo Código dispone: “*Formación de lotes*. Para la formación de los lotes no se tiene en cuenta la naturaleza ni

el destino de los bienes, excepto que sean aplicables las normas referentes a la atribución preferencial. Debe evitarse el parcelamiento de los inmuebles y la división de las empresas.

"Si la composición de la masa no permite formar lotes de igual valor, las diferencias entre el valor de los bienes que integran un lote y el monto de la hijuela correspondiente deben ser cubiertas con dinero, garantizándose el saldo pendiente a satisfacción del acreedor. El saldo no puede superar la mitad del valor del lote, excepto en el caso de atribución preferencial.

"Excepto acuerdo en contrario, si al deudor del saldo se le conceden plazos para el pago y, por circunstancias económicas, el valor de los bienes que le han sido atribuidos aumenta o disminuye apreciablemente, las sumas debidas aumentan o disminuyen en igual proporción.

"Si hay cosas gravadas con derechos reales de garantías, debe ponerse a cargo del adjudicatario la deuda respectiva, imputándose a la hijuela la diferencia entre el valor de la cosa y el importe de la deuda.

"Las sumas que deben ser colacionadas por uno de los coherederos se imputan a sus derechos sobre la masa".

El artículo da pautas para la formación de los lotes que corresponden a cada heredero.

No se debe tener en cuenta la naturaleza ni el destino de los bienes, excepto que haya atribución preferencial (párr. 1º, parte 1ª).

Debe evitarse el parcelamiento de los inmuebles y la división de las empresas (párr. 1º, últ. parte).

Si no se pueden formar lotes de igual valor, las diferencias deben ser cubiertas con dinero, garantizándose el saldo pendiente (párr. 2º).

Si le conceden al deudor plazos para pagar el saldo pendiente, se reajustan los montos de acuerdo a la variación del valor de los bienes atribuidos (párr. 3º).

Si hay cosas gravadas con derechos reales de garantía, la deuda corresponderá al adjudicatario (párr. 4º).

Las sumas colacionables se imputan a su parte en la masa (párr. 5º).

En algunos de estos rubros el legislador tuvo presente el artículo 832 del Código Civil francés y el artículo 852 del Código Civil de Quebec.

513. Principio de igualdad en la formación de lotes

La igualdad de los copartícipes en las particiones judiciales es uno de los principios esenciales que rigen la materia. Vélez Sársfield no plasmó este principio en ningún artículo, pero surge del propio concepto de partición cuyo fin es determinar los bienes concretos que corresponden al heredero según la alícuota del patrimonio hereditario en estado de indivisión. La nota al artículo 3514 se refería indirectamente a esta igualdad al hablar de "...las causas especiales de nulidad o de rescisión fundadas, ya en la omisión de alguno de los herederos, ya en la desigualdad de las partes atribuidas a cada heredero legítimo, si no hay mejora..."²⁹ La omisión de algún heredero a que se refiere esta nota, aparte de dar lugar a la nulidad, impide que actúe el principio de igualdad.

El nuevo Código no consagra expresamente el principio de igualdad, pero ésta surge con claridad de varias disposiciones. Así, el artículo 2377 habla de formar lotes de igual valor, y cuando esto no es posible, la parte faltante debe ser cubierta con dinero. El artículo 2375 prohíbe la división si la partición es antieconómica: pero pueden ser adjudicados los bienes a uno o varios herederos, compensándose con dinero la diferencia. La atribución preferencial a que se refiere el artículo 2280, se hace con cargo de pagar el saldo. Quizás la única figura que puede romper el principio de igualdad sea el derecho real de habitación (cuando el cónyuge es heredero), ampliamente justificado desde antiguo en nuestro Derecho, pero esta figura nunca supondría la negación de ese principio.

Como la partición consiste en otorgar a cada heredero lo que según ley le corresponde, si este principio no se efectiviza, la partición no cumple su fin. Por eso hemos dicho que es un principio esencial, consustancial con la partición judicial. La violación de esta igualdad anula, en principio, la partición, volviendo los bienes al estado de indivisión.

El principio de igualdad de las particiones judiciales se aplica fun-

²⁹ El Codificador se refiere al "heredero legítimo, si no hay mejora", porque en su concepción —modificada por la ley de erratas— todo heredero legítimo o *ab intestato* era legitimario; de ahí la alusión a la mejora.

damentalmente a la sucesión intestada, aunque también puede aplicarse a la sucesión testada, si el testador deja sus bienes a sus herederos sin determinación de porciones.

Aplicando el principio a la sucesión intestada, podemos afirmar que esa igualdad es una igualdad matemática cuando las cuotas hereditarias sean iguales, y es una igualdad proporcional cuando esas cuotas son desiguales. Por ejemplo, en una sucesión intestada con hijos, las hijuelas deben ser iguales por ser iguales las cuotas hereditarias; en cambio, en una sucesión cuyos herederos son hermanos de doble vínculo y de vínculo simple, las hijuelas de los primeros deben duplicar el valor respecto a las de los segundos (art. 2440).

Aplicando el principio a la sucesión testada, sucede lo mismo: si el testador deja sus bienes por partes iguales (cuando no ha determinado partes) la igualdad en la partición debe ser una igualdad matemática. En cambio, si el testador deja sus bienes en proporciones diferentes, la igualdad debe ser una igualdad proporcional.

En todos los casos, el importe de cada hijuela debe ser igual al de la cuota que el adjudicatario tiene en el acervo sucesorio.

Cuando se hace valer la colación, cuyo campo propio de actuación está en la sucesión intestada, también rige este principio de igualdad. La hijuela del donatario tendrá bienes de menos, equivalentes al valor del bien que recibió por donación, compensando a los demás herederos con más bienes en sus respectivas hijuelas.

514. Principio de adjudicación en especie

La partición hereditaria implica hacer lotes de los bienes que hay en la herencia para adjudicarlos a los herederos. El lote de cada heredero debe ser formado, en principio, con las cosas existentes en la herencia. Esto es lo que constituye el principio de la partición en especie.

El caso típico de violación de este principio se da cuando se crean créditos de valor considerable con sus correlativas obligaciones. Por ejemplo: hay una sucesión con tres hijos A, B y C y dos inmuebles en el caudal hereditario de valor equivalente. Al hijo A se le adjudica un inmueble, al hijo B el otro inmueble, y para el hijo C se crean créditos contra sus hermanos, compensatorios de su derecho. Esa distribución

rompe con el principio de que los herederos reciban partes iguales en los bienes hereditarios. Por eso, si el heredero que recibe el crédito o la deuda se opone a esa distribución, la partición será nula.

Este principio fue admitido inveteradamente por la jurisprudencia, y la ley 17.711 lo plasmó en el artículo 3475 bis, que decía: "Existiendo posibilidad de dividir y adjudicar los bienes en especie, no se podrá exigir por los coherederos la venta de ellos..."

El nuevo Código admite expresamente este principio en el artículo 2374: "*Principio de partición en especie*. Si es posible dividir y adjudicar los bienes en especie, ninguno de los copartícipes puede exigir su venta.

"En caso contrario, se debe proceder a la venta de los bienes y a la distribución del producto que se obtiene. También puede venderse parte de los bienes si es necesario para posibilitar la formación de los lotes".

En síntesis, cabe afirmar que si los bienes se pueden adjudicar en especie, ninguno puede exigir su venta. Ninguno, ni la mayoría ni la unanimidad puede exigir la venta. La partición en especie sólo puede dejarse de lado cuando haya imposibilidad material de dividir los bienes.

Excepcionalmente, procede la venta y el consiguiente reparto del precio: a) cuando la división en especie es material o jurídicamente imposible, y no se pueden adjudicar los bienes a uno de los herederos por no poder compensar los lotes de los demás (por ej.: cuando existe como único bien un automotor); b) cuando las compensaciones dinerarias a favor del titular de un lote menor exceden la mitad del valor del lote (art. 2377, párr. 2º, últ. parte); c) cuando la venta es necesaria para pagar las deudas y cargas sucesorias, aunque en este caso debe limitarse a lo necesario para cubrir el pasivo³⁰.

515. Otras reglas a que debe ajustarse la partición

a) *División antieconómica*. El artículo 2375 del nuevo Código dispone: "*División antieconómica*. Aunque los bienes sean divisibles, no se los divide si ello hace antieconómico el aprovechamiento de las partes.

"Si no son licitados, pueden ser adjudicados a uno o varios de los copartícipes que lo acepten, compensándose en dinero la diferencia entre el valor de los bienes y el monto de las hijuelas".

³⁰ FORNIELES, ob. cit., N° 259, J. A. 2-41.

El párrafo 1º determina el principio de que no cabe hacer las adjudicaciones a los herederos en especie, si es antieconómico el aprovechamiento de las partes. La norma reproduce el artículo 3475 bis, párrafo 2º del viejo Código, modificado en este punto por la ley 17.711.

El párrafo 2º admite la posibilidad de que algún bien se someta a licitación, para que el bien se adjudique en la hijuela del que solicita la licitación. También admite la adjudicación a uno o varios herederos compensando en dinero la diferencia entre el valor de los bienes y el monto de las hijuelas.

b) *Dinero en efectivo*. Si hay dinero en efectivo, debe distribuírsele siempre en proporción al derecho de cada uno. En esto no hay posible error de apreciación de valores, como ocurre con los demás bienes. No obstante, a veces no es conveniente el reparto proporcional, si con él se pueden compensar diferencias de valores.

c) *Adjudicaciones en condominio*. Este procedimiento sólo es viable si hay conformidad de los interesados, puesto que enerva los efectos de la propia partición. Conviene evitar este tipo de adjudicaciones, propensas a crear litigios entre las partes. Estrictamente, en estos casos no hay partición propiamente dicha.

d) *Creación de créditos y deudas de pequeños montos*. Estos pequeños créditos o deudas se pueden crear para igualar matemáticamente el valor de las hijuelas.

En las operaciones particionales, en la hijuela correspondiente, se hará constar el crédito "originado por defecto de adjudicación en la presente hijuela". Correlativamente en la hijuela deudora, se consignará "una deuda en favor del titular de la hijuela N° X" (hijuela acreedora). Estos créditos se suelen instrumentar en pagarés³¹.

516. Presentación de la cuenta particionaria: asignación de lotes

Estas reglas indicadas se concretan en la cuenta particionaria, en donde se asignan los lotes a cada heredero.

³¹ Pueden verse modelos de operaciones particionales en PÉREZ LASALA, J. L., *Liquidación de la sociedad cónyugal por muerte y partición hereditaria*, Depalma, Buenos Aires, 1993, ps. 253 y ss.

A) *Cuenta particionaria*³². Ésta consta de seis partes, a saber:

1) *Prenotados*. Constituyen un relato de los antecedentes de la partición relacionados con el expediente sucesorio. Se indica el nombre del causante, su fallecimiento, la fecha de iniciación del juicio sucesorio, la intervención de los ministerios públicos si la hubo, la publicación de edictos, la transcripción de la declaratoria de herederos o las cláusulas testamentarias pertinentes, las constancias del pago del impuesto sucesorio, el auto de designación del perito partidor y el acta de aceptación del cargo. Todos estos datos permiten conocer la síntesis del juicio sucesorio, sin necesidad de consultar el expediente.

2) *Cuerpo general de bienes*. Contiene la relación del activo de la sucesión con sus respectivos valores. En él se debe transcribir el inventario y el avalúo. Los bienes serán descritos particularmente, en partidas separadas y numeradas correlativamente. En caso de haber sociedad conyugal, se indicarán, por separado, los bienes propios y los gananciales.

3) *Las bajas comunes*. En esta parte hay que indicar las sumas que constituyen el pasivo de la sucesión, provenientes no sólo de las deudas del causante, sino de las cargas sucesorias. Si hay dinero, se separan los montos necesarios para hacer frente a tales deudas; si no lo hay, se separan bienes para destinarlos a cubrir esas deudas. Esta separación de parte del activo constituye la llamada "hijuela de bajas". En esas bajas comunes se deben indicar, a nuestro juicio, las deudas ya pagadas, haciéndose constar esa circunstancia.

4) *Líquido partible*. Es la operación aritmética que consiste en restarle al monto del cuerpo general de bienes el importe de las bajas comunes, de lo cual resulta la masa a dividir entre los herederos, que se denomina "masa neta partible".

5) *La división*. Consiste en determinar en valores lo que le corresponde a cada heredero. Es decir, la indicación de cuánto le corresponde recibir en valores monetarios.

6) *La adjudicación*. Constituye el resultado final de la cuenta par-

³² La cuenta particionaria siempre se efectúa en la partición judicial aunque no hubiere un precepto que lo impusiera. Es que se considera la forma más detallada y precisa, que sirve para fundamentar las adjudicaciones de los bienes a cada heredero.

tionaria, y en ella se procede a señalar los bienes concretos que se le adjudican a cada heredero, indicando sus respectivos valores. Las partes que corresponden a cada heredero forman las denominadas "hijuelas". Ya dijimos que frecuentemente se forma, además, una hijuela de bajas para afrontar las deudas y cargas hereditarias no pagadas.

"El partidor —dice el artículo 728 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación— deberá presentar la partición dentro del plazo que el juez fije, bajo apercibimiento de remoción. El plazo podrá ser prorrogado si mediare pedido fundado del partidor o de los herederos".

B) *Asignación de lotes*. El artículo 2378, párrafo 1º expresa: "*Asignación de los lotes*. Los lotes correspondientes a hijuelas de igual monto deben ser asignados por el partidor con la conformidad de los herederos y, en caso de oposición de alguno de éstos, por sorteo.

"En todo caso se deben reservar bienes suficientes para solventar las deudas y cargas pendientes, así como los legados impagos".

Una interpretación literal llevaría a estos resultados: en hijuelas de igual monto, el partidor debe asignar los bienes con la conformidad de todos los herederos. Si se opone alguno se recurrirá al sorteo. Se le quita la posibilidad al heredero oponente para hacer un reclamo contra la formación de lotes, antes de proceder al sorteo, obligándolo a recurrir a la acción de nulidad de la partición si quiere obtener alguna rectificación.

Una interpretación más flexible, que se conformaría más con los precedentes de nuestro Derecho, sería ésta: El partidor, durante el período de confección de las hijuelas, tendría que consultar a todos los herederos; si alguno se opone debería hacerlo constar, para posibilitar al oponente un reclamo sobre la formación de lotes, procediéndose, si el reclamo no prospera, al sorteo.

Esta última interpretación estaría más conforme con los precedentes de la norma. En efecto, el artículo 2378 se inspiró en el artículo 835 del Código Civil francés y en el artículo 854 del Código Civil de Quebec, que permiten una instancia de reclamo antes del sorteo. El artículo 854 del Código de Quebec dice: "A falta de acuerdo entre los copropietarios indivisos en cuanto a la formación de lotes, éstos son formados por un perito designado por el tribunal; si el desacuerdo

recae sobre su atribución, los lotes se sortean. Antes de proceder al sorteo, cada copropietario indiviso puede efectuar su reclamo contra la formación de lotes". Esta última parte no consta en nuestro artículo, quizás por descuido del legislador.

Por otra parte, esta interpretación respetaría las normas contenidas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y en todos los códigos procesales de las provincias, que establecen un trámite de impugnación de la cuenta particionaria al ser presentada ante el juez.

En síntesis, para nosotros el artículo 2378 permite una instancia procesal de impugnación antes de proceder al sorteo. Una vez realizada la cuenta particionaria, el partidor deberá presentarla al expediente sucesorio, a efectos de obtener su pertinente aprobación. El artículo 731 del CPCCN dice, en este sentido: "Presentada la partición, el juez la pondrá de manifiesto en la secretaría por diez días. Los interesados serán notificados por cédula. Vencido el plazo sin que se haya formulado oposición, el juez, previa vista al ministerio pupilar, si correspondiere, aprobará la cuenta particionaria, sin recurso, salvo que violare normas sobre la división de la herencia o hubiere incapaces que pudieren resultar perjudicados. Sólo será apelable la resolución que rechace la cuenta".

Si se impugna la partición, el juez citará a una audiencia para procurar el arreglo de las diferencias, y tendrá que resolver las impugnaciones si los interesados no se ponen de acuerdo. El artículo 732 establece al respecto: "Si se dedujere oposición, el juez citará a audiencia a las partes, al ministerio pupilar, en su caso, y al partidor, para procurar el arreglo de las diferencias. La audiencia tendrá lugar cualquiera fuese el número de interesados que asistiere. Si quien ha impugnado la cuenta particionaria dejare de concurrir, se lo tendrá por desistido, con costas. En caso de inasistencia del perito, perderá su derecho a los honorarios. Si los interesados no pudieren ponerse de acuerdo, el juez resolverá dentro de los diez días de celebrada la audiencia".

517. Atribución preferencial

El Código unificado, recogiendo las nuevas tendencias del Código Civil francés y del Código de Quebec, admite la atribución preferencial

de un establecimiento y de otros bienes en los artículos 2380 y 2381, respectivamente, y en el artículo 2382.

A) *Atribución preferencial de un establecimiento.* El artículo 2380 dispone: "*Atribución preferencial del establecimiento.* El cónyuge sobreviviente o un heredero pueden pedir la atribución preferencial en la partición, con cargo de pagar el saldo si lo hay, del establecimiento agrícola, comercial, industrial, artesanal o de servicios que constituya una unidad económica en cuya formación participó.

"En caso de explotación en forma social, puede pedirse la atribución preferencial de los derechos sociales, si ello no afecta las disposiciones legales o las cláusulas estatutarias sobre la continuación de una sociedad con el cónyuge sobreviviente o con uno o varios herederos.

"El saldo debe ser pagado al contado, excepto acuerdo en contrario".

El heredero o el cónyuge pueden pedir la atribución preferencial del establecimiento, en cuya formación hubieren participado, con cargo de pagar el saldo si lo hay.

Lo mismo sucede con los derechos sociales, si ello no afecta las disposiciones legales o las cláusulas estatutarias sobre la continuación de la sociedad con el cónyuge o con uno o varios herederos. Entendemos que el que pida la atribución preferencial, también debe haber participado en su formación.

Esta atribución preferencial, ajena al viejo Código Civil, está inspirada en el Código francés (art. 832, ley 10-7-82; hoy modificada por ley 23-6-2006) y principalmente en el Código Civil de Quebec (art. 858).

B) *Atribución preferencial de otros bienes.* El artículo 2381 dispone: "*Atribución preferencial de otros bienes.* El cónyuge sobreviviente o un heredero pueden pedir también la atribución preferencial:

"a) de la propiedad o del derecho a la locación del inmueble que le sirve de habitación, si tenía allí su residencia al tiempo de la muerte, y de los muebles existentes en él;

"b) de la propiedad o del derecho a la locación del local de uso profesional donde ejercía su actividad, y de los muebles existentes en él;

"c) del conjunto de las cosas muebles necesarias para la explotación de un bien rural realizada por el causante como arrendatario o aparcerero cuando el arrendamiento o aparcería continúa en provecho del demandante o se concreta un nuevo arrendamiento con éste".

Un heredero o el cónyuge pueden pedir la atribución preferencial: a) de la propiedad o del derecho a la locación del inmueble que le sirve de habitación al momento de la muerte; b) lo mismo respecto del local de uso profesional donde ejercía su actividad; c) los muebles necesarios para la explotación de un bien rural, del que el causante era arrendatario o aparcerero, cuando el contrato lo puede continuar el heredero o cuando pueda realizar un nuevo contrato. Estos supuestos guardan relación con lo que establece el artículo 832-1 del Código francés y los artículos 856 y 857 del Código de Quebec.

Estas situaciones no estaban contempladas en el viejo Código Civil.

C) *Atribución preferencial solicitada por varios herederos.* El artículo 2382 dispone: "*Petición por varios interesados.* Si la atribución preferencial es solicitada por varios copartícipes que no acuerdan en que les sea asignada conjuntamente, el juez la debe decidir teniendo en cuenta la actitud de los postulantes para continuar con la explotación y la importancia de su participación personal en su actividad".

Si la atribución preferencial es solicitada por varios herederos, los cuales no acuerdan que les sea asignada conjuntamente, el juez decide quién continúa la explotación.

La norma resulta un apéndice de los artículos 2380 y 2381, y representa también una situación no contemplada en el Código de Vélez. Se inspira en el artículo 832 del Código francés y en el artículo 859 del Código de Quebec.

518. Cargas de la masa

El artículo 2384 dispone: "*Cargas de la masa.* Los gastos causados por la partición o liquidación, y los hechos en beneficio común se imputan a la masa.

"No son comunes los trabajos o desembolsos innecesarios o refe-

rentes a pedidos desestimados, los que deben ser soportados exclusivamente por los herederos que los causen”.

Ante todo, corresponde aclarar que las cargas de la sucesión son obligaciones nacidas después del fallecimiento del causante, a diferencia de las deudas, que son las contraídas por el causante.

El artículo cita como cargas de la masa los gastos causados por la partición o liquidación y los hechos en beneficio común.

El párrafo 2º considera que los gastos innecesarios o los referentes a pedidos desestimados son de beneficio particular, y deben ser soportados exclusivamente por los herederos que los hayan causado.

519. Inscripción de las hijuelas en los registros

Una vez firme el auto que apruebe la partición y que ordene inscribir en los registros los bienes registrables, si los hubiere, corresponderá realizar dicha inscripción de la hijuela en los registros pertinentes, a fin de publicitar el dominio del nuevo titular.

Debemos aclarar que esta inscripción es meramente declarativa, pues declara el dominio que se tiene desde el momento de la muerte del causante. No estamos aquí en el caso de inscripción perfeccionadora, ni menos constitutiva, aunque se trate, en este último caso, de automotores³³.

Antes de ordenar la inscripción en los registros se deberán pagar los impuestos de ley. El artículo 726, párrafo 3º del CPCCN, dice, en este sentido, que “...previamente se pagará el impuesto de justicia, gastos causídicos y honorarios, de conformidad con lo establecido en este Código y en las leyes impositivas y de aranceles”.

También, antes de ser ordenada la inscripción, se deberán solicitar los certificados de dominio de los inmuebles. El artículo 730 dice, en este sentido: “Antes de ordenarse la inscripción en el Registro de la Propiedad de las hijuelas, declaratoria de herederos o testamento en su caso, deberá solicitarse certificación acerca del estado jurídico de los inmuebles según las constancias registrales”.

³³ *Supra* N° 493.

520. Entrega a los herederos de las copias de las hijuelas y de los títulos de los bienes adjudicados

A cada heredero debe entregársele una copia o testimonio de su hijuela, que en lo sucesivo constituirá el título (de carácter distributivo) que probará el dominio de los bienes en ella comprendidos. Es conveniente que en esas copias consten las notas de inscripción de los bienes en los registros pertinentes.

Cuando en un mismo título estén comprendidos objetos adjudicados a varios herederos, el título hereditario quedará en poder del que tenga la cuota mayor; pero se darán a los otros copias fehacientes a costa de los bienes de la herencia.

El artículo 2379, párrafo 1º dice en este sentido: "*Títulos. Objetos comunes.* Los títulos de adquisición de los bienes incluidos en la partición deben ser entregados a su adjudicatario. Si algún bien es adjudicado a varios herederos, el título se entrega al propietario de la cuota mayor, y se da a los otros interesados copia certificada a costa de la masa".

Es la misma solución prevista en el artículo 3473 del antiguo Código Civil.

521. Oposición de los acreedores a la entrega de los bienes

Los acreedores de la herencia y los acreedores por cargas de la sucesión pueden oponerse a la entrega de los bienes a los herederos, hasta tanto queden satisfechos de sus créditos. Igualmente pueden oponerse los legatarios a la entrega de los bienes a los herederos, hasta tanto no hayan recibido sus legados (art. 2359).

La entrega a los herederos de los bienes que componen sus respectivas hijuelas está prevista en algunos códigos de procedimientos, por ejemplo, el artículo 354 del Código Procesal de Mendoza.

Se trata de un eficaz recurso que la ley pone a disposición de los acreedores para que no se dilate el pago de sus acreencias. No basta, en consecuencia, con la existencia de una hijuela de bajas, sino que es necesario que se efectivice el pago.

522. La comunidad conyugal y las operaciones particionales

Si a la muerte del causante quedan bienes gananciales, las opera-

ciones particionales hereditarias sirven también para liquidar la sociedad conyugal y adjudicar la mitad de los bienes al cónyuge superviviente.

Por ello, en todas esas operaciones hay que separar los bienes propios de los gananciales, y determinar, en estos últimos, los valores que le correspondan al cónyuge superviviente como socio y los que correspondan a la sucesión. Se separa de la masa hereditaria partible la mitad numérica, que es la que le corresponde como socio al cónyuge superviviente, y al final de las operaciones, con la partición, se separa la mitad traducida en bienes concretos.

Esta parte no pertenecerá al sucesorio, pero los trámites de éste servirán para liquidar y adjudicar la mitad de los bienes gananciales al cónyuge superviviente³⁴.

523. Efectos de la partición: carácter declarativo y garantía por evicción

A) *Efectos derivados del carácter declarativo de la partición.* Ya dijimos que la partición, en nuestro Derecho, tiene naturaleza declarativa. En virtud de esta concepción, consagrada expresamente en el artículo 2403, se juzga que cada heredero sucede sólo e inmediatamente al causante en los objetos hereditarios que le han correspondido en la partición, sin que haya tenido nunca ningún derecho en los que les corresponden a sus coherederos. El artículo 2403, párrafo 1º dice en este sentido: "*Efecto declarativo.* La partición es declarativa y no traslativa de derechos. En razón de ella, se juzga que cada heredero ha sucedido sólo e inmediatamente al causante en los bienes comprendidos en su hijuela y en los que se le han atribuido por licitación, y que no tuvo derecho alguno en los que corresponden a sus coherederos".

Los efectos que derivan de este concepto de la partición como acto declarativo son los siguientes:

a) La validez de los actos realizados por uno de los coherederos antes de la partición está subordinada al resultado de ésta. Así, siguiendo el ejemplo de Vélez plasmado en el artículo 3504, si uno de los herederos ha constituido, antes de la partición, una hipoteca sobre

³⁴ PÉREZ LASALA, ob. cit., p. 157.

un inmueble de la sucesión, la hipoteca se extingue en el caso de que el inmueble gravado le corresponda a otro coheredero en la partición. Igualmente, los embargos trabados por los acreedores de un heredero sobre los bienes sucesorios caducarán si los bienes embargados les corresponden a otros herederos en la partición, etcétera.

b) Si el adjudicatario ha estado en la posesión material de los bienes hereditarios, se reputa que ha tenido la posesión exclusiva del bien desde el momento de la muerte del causante³⁵.

c) La partición está exenta del impuesto a la transmisión, puesto que no hace más que declarar el derecho recibido al momento de la muerte del causante; es esta transmisión la única que se grava.

El artículo 2403, párrafo 2º expresa: "Igual solución se entiende respecto de los bienes atribuidos por cualquier otro acto que ha tenido por efecto hacer cesar la indivisión totalmente, o de manera parcial sólo respecto a ciertos bienes o ciertos herederos".

Este párrafo ha tenido presente el artículo 883, párrafo 2º del Código francés, que aplica el efecto declarativo a cualquier otro acto que tenga por efecto poner fin a la indivisión. Esto no es exacto en el ordenamiento aceptado por el nuevo Código, en el que algunos actos que ponen fin a la indivisión no tienen efectos declarativos, por ejemplo cuando un tercero adquiere el único bien (inmueble) del sucesorio mediante la prescripción larga³⁶. Por otra parte, este efecto declarativo no autoriza a afirmar, como lo hace el artículo 2363, que el único medio para concluir la indivisión es la partición. En verdad, hay otros medios aunque muchos de ellos tengan efectos declarativos.

El último párrafo del artículo 2403 dispone: "Los actos válidamente otorgados respecto de algún bien de la masa hereditaria conservan sus efectos, sea quien sea el adjudicatario de los bienes que han sido objeto de esos actos". Son los actos de enajenación, válidamente otorgados con el acuerdo unánime de los herederos o, en su defecto, con la autorización judicial, los cuales conservan su validez después de la partición. Nos hemos referido a estos actos en el N° 466, letra c.

³⁵ BORDA, ob. cit., N° 623.

³⁶ Ver nota 4.

B) *Efectos derivados de la garantía*. Los herederos son garantes, los unos respecto de los otros, de la evicción y de los vicios ocultos de los objetos que les han correspondido por la partición (arts. 2404 y 2407).

La obligación de saneamiento en la partición venía impuesta, en el Derecho Romano, como consecuencia de su carácter traslativo y oneroso, semejante a la permuta; por ello, precisamente, cuando la partición no era realizada por los propios herederos, no regía esta obligación³⁷.

Cuando el Código francés, cediendo a las presiones prácticas, modificó la naturaleza atributiva de la partición, convirtiéndola en declarativa, mantuvo, sin embargo, la institución del saneamiento (arts. 884 y 885, Cód. francés). Nuestro Código, siguiendo las huellas del francés, acogió expresamente el carácter declarativo de la partición y mantuvo, no obstante, la garantía por evicción y vicios ocultos. El nuevo Código ha respetado esta posición.

Entonces, la obligación de saneamiento no tiene ya su fundamento en las mutuas transferencias entre coherederos que implica la partición con carácter traslativo. El fundamento de esa garantía de evicción y de vicios ocultos en la partición declarativa, necesariamente, tiene que ser otro. Pensamos, como Lacruz³⁸, que el fundamento reside "en el deseo legal de que se guarde en la partición la posible igualdad o proporcionalidad entre las adjudicaciones y la cuota; en que ésta satisfaga plenamente la cuantía que aquélla supone".

Para analizar las normas que rigen la materia, separaremos la evicción de los vicios ocultos:

a) *Evicción*. El artículo 2404 expresa: "*Evicción*. En caso de evicción de los bienes adjudicados o de sufrir el adjudicatario alguna turbación del derecho en el goce pacífico de aquéllos, o de las servidumbres en razón de causa anterior a la partición, cada uno de los herederos responde por la correspondiente indemnización en proporción a su parte, soportando el heredero vencido o perjudicado la parte que le toque. Si alguno de los herederos resulta insolvente, su contribución debe ser cubierta por todos los demás.

³⁷ Digesto, 31, 1, 77.

³⁸ LACRUZ, ob. cit., p. 534.

"Ninguno de los herederos puede excusar su responsabilidad por haber perecido los bienes adjudicados en la partición, aunque haya sido por caso fortuito".

Distinguiremos los siguientes aspectos para analizar esta institución:

1) *Extensión de la garantía.* Del artículo 2404 surge que la garantía comprende no sólo los casos de evicción, sino toda turbación en el goce pacífico de los bienes o derechos recibidos. Cada uno de los herederos responde por la indemnización en proporción a su parte. Si alguno de los herederos resulta insolvente, su contribución debe ser cubierta por todos los demás.

2) *Momento para determinar el valor.* El artículo 2405, parte 1^a expresa: "La garantía de evicción se debe por el valor de los bienes al tiempo en que se produce..." La vieja polémica del Derecho francés sobre si se debía considerar el valor de la cosa al momento de la partición o de la evicción, fue resuelta por el artículo en el segundo sentido.

3) *Extensión de la garantía a los créditos.* La garantía abarca, cuando en la partición constan créditos, no sólo la existencia del crédito, sino la solvencia del deudor en el momento de la partición. El artículo 2405, parte segunda, dice en ese sentido: "Si se trata de créditos, la garantía de evicción asegura su existencia y la solvencia del deudor al tiempo de la partición".

4) *Casos excluidos de la garantía.* El artículo 2406 dispone: "*Casos excluidos de la garantía.* La garantía de evicción no tiene lugar cuando es expresamente excluida en el acto de partición respecto de un riesgo determinado; tampoco cuando la evicción se produce por culpa del heredero que la sufre. El conocimiento por el adjudicatario al tiempo de la partición del peligro de evicción no excluye la garantía".

La garantía por evicción no tiene lugar: 1) cuando fue expresamente excluida por los herederos respecto a un riesgo determinado; 2) cuando se ha producido por culpa del heredero que la sufre. El artículo 3511 del Código de Vélez legisla este supuesto con mayor precisión.

Aquí no valen las cláusulas generales de exoneración, porque desvirtúan la esencia igualitaria de la partición.

5) *Prescripción.* Se aplica el plazo genérico de prescripción de 5 años (art. 2560), contados desde el día en que la evicción ha tenido lugar.

b) *Vicios ocultos*. El artículo 2407 del nuevo Código dice: “*Defectos ocultos*. Los coherederos se deben recíprocamente garantía de los defectos ocultos de los bienes adjudicados”:

El Código Civil de Vélez limitaba la garantía de los coherederos a los vicios ocultos de los objetos que les han correspondido, cuando su valor disminuye en una cuarta parte. El artículo 3510 decía, en este sentido: “Los herederos se deben garantía de los defectos ocultos de los objetos que les han correspondido, siempre que por ellos disminuyan éstos una cuarta parte del precio de la tasación”.

El nuevo Código ha previsto el plazo de prescripción de la acción, fijándolo en un año (art. 2564, inc. a).

II. NULIDAD DE LA PARTICIÓN

524. Alcance: nulidad y reforma de la partición

El perjudicado en la partición puede solicitar la nulidad de la partición o la reforma de ella. La reforma se puede conseguir sin llegar a la nulidad, con una partición complementaria o rectificativa, o mediante la atribución de un complemento de su porción. El artículo 2408, párrafo 2º dice en este sentido: “El perjudicado puede solicitar la nulidad, o que se haga una partición complementaria o rectificativa, o la atribución de un complemento de su porción”.

La novedad de este párrafo radica en su última parte: “o la atribución de un complemento de su porción”. Para obtener ese complemento el heredero perjudicado tendría que demandar a los demás coherederos, que serían condenados al pago de la porción complementaria; esa porción complementaria sería, así, una modalidad de la partición complementaria. El artículo 898 del Código de Quebec ofrece cierta luz en la confusión: “El demandado en una acción de nulidad de partición, en todos los casos, puede detener el proceso e impedir una nueva partición, ofreciendo y suministrando al actor el suplemento de su porción en la sucesión en dinero o en especie”. Con todo, nos parece innecesaria su alusión en el artículo del nuevo Código.

Esta última parte tiene conexión, en nuestra opinión, con el artículo 2409, que dice: “*Otros casos de acción de complemento*. El artículo

anterior se aplica a todo acto, cualquiera que sea su denominación, cuyo objeto sea hacer cesar la indivisión entre coherederos, excepto que se trate de una cesión de derechos hereditarios entre coherederos en la que existe un alea expresada y aceptada". El precepto es tan confuso que la Subcomisión de sucesiones, a la vista del artículo 2360 del Proyecto de 1998, idéntico al artículo 2409 transcrito, propugnó la supresión de la norma expresando: "Se suprime esta norma porque no se comprende".

Nos parece que la única forma de entenderlo es referirlo al caso de que el heredero perjudicado en la partición pida "un complemento de su porción", como medio para equilibrar su hijuela respecto a las hijuelas de los demás coherederos; este complemento no lo podría solicitar si es cesionario de los derechos hereditarios de otro coheredero, en la parte que reciba del coheredero cedente, por tratarse de un contrato aleatorio.

El artículo 2408, párrafo 1º establece, en forma genérica, las causas por las que se puede invalidar la partición. Dice así: "*Causas de invalidez. La partición puede ser invalidada por las mismas causas que pueden serlo los actos jurídicos*". El tema lo vimos con detenimiento al analizar las distintas clases de particiones.

Hay casos en que no son admisibles las acciones de nulidad o de reforma de la partición. El supuesto se encuentra previsto en el artículo 2410: "*Casos en que no son admisibles las acciones. Las acciones previstas en este Capítulo no son admisibles si el coheredero que las intenta enajena en todo o en parte su lote después de la cesación de la violencia, o del descubrimiento del dolo, el error o lesión*". La norma es lógica, pues la enajenación del lote presupone el consentimiento tácito de la partición.

Agregamos, por último, que el Código Civil de Vélez, contrastando con el nuevo Código, no regulaba la acción de nulidad. Sólo se refería a ella en forma incidental en el artículo 3284, inciso 2º del Código Civil, al disponer que ante el juez del último domicilio del causante deben ser entabladas "las demandas [...] que tiendan a la reforma o nulidad de la partición". También la nota al artículo 3514, párrafo 3º mencionaba las causas especiales de nulidad o rescisión fundadas, ya

en la omisión de alguno de los herederos, ya en la desigualdad de las partes atribuidas a cada heredero legítimo.

Pero el artículo 3284 no indicaba su contenido ni a qué clase de particiones se refería, ni cuáles eran las causales que permitían ejercer la acción, ni en qué casos no era admisible.

En nuestro desarrollo tendremos como idea central la acción de nulidad, sin perjuicio de las alusiones a la partición complementaria o rectificatoria.

525. Naturaleza jurídica según las distintas particiones

Antes de analizar la acción de nulidad de la partición, conviene referirse a la naturaleza jurídica de las distintas particiones en lo que hace al "aspecto estructural" del acto partitivo. Las distintas formas de hacer la partición son tan diferentes que no se le puede aplicar la misma categoría conceptual. Veamos:

A) *Partición privada o extrajudicial*. Es la realizada por los herederos presentes y capaces (art. 2369). Estamos ante un negocio jurídico (art. 259) plurilateral, que tiene el carácter de un verdadero contrato. Algunos autores hablan de negocio jurídico bilateral si hay dos herederos, y plurilateral si hay más de dos. Nosotros preferimos hablar, en todo caso, de negocio plurilateral, que tiene por fin terminar con el estado de indivisión y determinar, en última instancia, los bienes concretos que deben corresponder a cada uno de los herederos. Este negocio jurídico cae de lleno en la esfera del Derecho Civil, pues adquiere su perfeccionamiento sin necesidad de intervención de los jueces.

Obviamente ese negocio jurídico puede contener vicios de la voluntad, error, dolo, violencia o cualquier otro que pueda afectar la validez del contrato.

B) *Partición judicial*. Esta partición se efectúa en el proceso sucesorio, de conformidad con las normas civiles y procesales que la regulan. Para precisar el carácter de esta partición, se necesita distinguir los tres elementos o etapas que la componen:

- 1) La partición judicial se hace por un partidor o por varios que

actúen conjuntamente, cuyo nombramiento se hará con el acuerdo unánime de los herederos o, en su defecto, por el juez (art. 2373). El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación sólo requiere la conformidad de la mayoría (arts. 727 y 729). De ahí su carácter de delegado o representante del juez. Pero esto no basta para precisar el carácter de esta partición, pues la partición efectuada por el perito no es más que una etapa de la partición judicial si bien la más importante. Para nosotros es un simple acto lícito (art. 258, Cód. Civ. y Com.).

2) Se necesita, además, como elemento integrador de la partición, la intervención de todos los herederos. Esa intervención se manifiesta en el derecho que tienen los coherederos de ser escuchados por el partidor antes de efectuar la partición. Los códigos procesales se refieren a la obligación del perito de oír a los interesados. El artículo 729 del CPCCN expresa que "...el perito, si las circunstancias lo requieren, oír a los interesados a fin de obrar de conformidad con ellos en todo lo que acordaren, o de conciliar, en lo posible, sus pretensiones..."

Tal intervención también se manifiesta en el derecho que tienen los coherederos, una vez efectuada la partición y presentada en el expediente sucesorio, para aceptarla expresa o tácitamente o para rechazarla total o parcialmente. El artículo 731, párrafo 1º manifiesta al respecto: "Presentada la partición, el juez la pondrá de manifiesto en la secretaría por diez días. Los interesados serán notificados por cédula". Si no se ha formulado oposición, el juez aprobará la cuenta particionaria (art. 731, parr. 2º). Si se dedujere oposición, se citará a audiencia a las partes, al Ministerio Pupilar y al partidor para procurar el arreglo de las diferencias. Si los interesados no pudieren ponerse de acuerdo, el juez resolverá dentro de los diez días de celebrada la audiencia (art. 722). El artículo 2378 exige sorteo, por lo cual los códigos procesales tendrán que adaptarse al nuevo ordenamiento civil. Lo que fundamentalmente importa es la intervención de todos los copartícipes. Estamos ante manifestaciones de voluntad que pueden ser expresas o tácitas (art. 262). Comparando esta etapa con la anterior podríamos decir que la partición efectuada por el perito partidor es un acto voluntario "incompleto", que necesita, como elemento integrador, de la intervención de los copartícipes, para transformarse en un acto voluntario completo.

3) Por último, hay un tercer elemento que juega en la última etapa: es la aprobación judicial, que "perfecciona" las manifestaciones producidas en las dos etapas anteriores (art. 731, párr. 2º). Sólo entonces cabe hablar de partición judicial válida.

Como se ve, en la partición judicial intervienen elementos propios del Derecho Civil, no sólo con referencia a las manifestaciones de voluntad enunciadas, sino a las producidas en los actos preparatorios de la partición: el inventario y el avalúo. Pero estos aspectos civiles, regidos por las normas del Derecho Civil, se complementan con los aspectos procesales, que se concretan en normas procesales que sirven como medio de garantía para que los actos civiles se puedan cumplir ordenadamente y pueden culminar con la aprobación judicial, que es un acto de jurisdicción propio del proceso.

Por eso no creemos que la partición que hace el perito partidor sea un negocio jurídico de los previstos en el artículo 259 del nuevo Código. En el mismo sentido Wagner³⁹ expresa que "la partición (judicial) no encaja exactamente en el artículo 944 del Código Civil que contempla los actos voluntarios, desde el momento que la misma resulta contra esa voluntad cuando el juez la aprueba con la disconformidad de algunos herederos". La partición efectuada por el partidor, por sí sola no produce ningún efecto jurídico. Lo mismo sucede con la intervención de los coherederos, que tampoco constituye un contrato, puesto que pueden objetar o impugnar la partición efectuada por el perito, en cuyo caso no hay concordancia de voluntades, exigencia ineludible de todo contrato. Ni siquiera se podría hablar de un contrato de adhesión, puesto que el juez puede aprobar la partición aunque la impugne algún heredero. Lo que sí hay son manifestaciones de voluntades (del perito y de los coherederos), propias del Derecho Civil, que culminan con el acto jurisdiccional de la homologación, propio del proceso, y que otorga al conjunto el efecto declarativo de la partición.

Estas manifestaciones de voluntades pertenecientes a la esfera civil pueden contener vicios de la voluntad, pero éstos en ese caso carecerán de los efectos que producen cuando afectan la voluntad de las partes en un contrato.

³⁹ WAGNER, Manuel A., *La partición hereditaria*, Buenos Aires, 1969, p. 23.

526. Campos de aplicación de la acción de nulidad, según las distintas clases de partición

Para su estudio conviene distinguir las distintas formas de efectuar la partición para precisar el campo de aplicación de esa acción.

A) *Partición extrajudicial.*

La doctrina considera que cuando es privada, es decir, cuando se hace sin intervención alguna del juez de la sucesión, participa de los elementos comunes a todo negocio jurídico. Siendo esa partición un verdadero contrato plurilateral, le serán aplicables las normas y principios relativos a la invalidez de los contratos. La nulidad de partición extrajudicial estará regida exclusivamente por las normas de Derecho Civil relativas a la nulidad de los contratos. Adelantándonos a lo que luego expondremos, indicamos como causa típica de anulabilidad de los contratos, los vicios de error, dolo, violencia, fraude o simulación (art. 1045, Cód. Civ.), vicios que son aplicables a la partición extrajudicial y que provocan su nulidad. En cambio, los dos grandes principios que regulan la partición judicial, a saber, el principio de igualdad de las adjudicaciones y el principio de partición en especie, no son aplicables a esta partición:

a) No se aplica el principio de igualdad que exige que todas las hijuelas sean iguales (igualdad proporcional). En la partición extrajudicial los coherederos pueden convenir lícitamente la desigualdad de las porciones que le van a corresponder a cada uno. El artículo 2369 dice que "si todos los copropietarios están presentes y son capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes". Se necesitará documento privado, y cuando haya inmuebles escritura pública (art. 1017, inc. a).

En cuanto al contenido del acto, los interesados, por acuerdo unánime, tienen la más absoluta libertad: pueden dividir en especie, hacer lotes con bienes y con créditos. Habiendo conformidad, todo es admitido, incluso —como expresa Fornieles⁴⁰— la adjudicación de lotes desiguales sin compensación, aunque no se haya dicho expresamente que se la hacía con conocimiento de la desigualdad de valores. Si esas

⁴⁰ FORNIELES, ob. cit., N° 261.

hijuelas desiguales han sido confeccionadas con pleno consentimiento de los coherederos, sin vicios de la voluntad, no cabrá atacar de nula la partición.

En este sentido ha dicho la jurisprudencia que si la forma de la partición ha sido convenida por todos los herederos, su esencia no se halla vulnerada por la desigualdad que pueda haber entre los lotes, aun cuando el que corresponda a uno de ellos no cubra su legítima⁴¹, ni porque en la partición se asigne a los bienes valores distintos de los de la tasación⁴².

Estos supuestos de desigualdad suponen un negocio mixto bajo la forma de partición. Es mixto si en ella se atribuyen bienes o derechos a coherederos a los cuales no les corresponderían en una estricta partición. El derecho de esos coherederos surgiría de la convención o acuerdo con los demás, y no de la transmisión hereditaria. Bajo la forma de partición, se combinarían la adjudicación declarativa y una transmisión patrimonial atributiva⁴³. Sin embargo —como dice Zannoni⁴⁴—, el negocio mixto constituye, como tal, una unidad comercial, que es la síntesis de la combinación de esas causas negociales, separables en abstracto. De esa unidad comercial surge la garantía entre los coherederos en toda su extensión.

De ahí que no cabe la acción de nulidad por incumplimiento de la igualdad de los lotes⁴⁵.

b) Tampoco se aplica el principio de partición en especie. En esta partición los herederos, de común acuerdo, pueden crear créditos de considerable valor a favor de uno de los herederos con la correlativa obligación a cargo de otros herederos, aunque fuera perfectamente factible la partición en especie. En la partición extrajudicial no cabe planteo alguno de nulidad basándose en el incumplimiento del principio

⁴¹ SCJBA, 1-6-43, J. A. 1943-II- 945.

⁴² CCiv. 1^o Cap., 1-3-44, J. A. 1944-I-545.

⁴³ DE SIMONE, *Los negocios irregulares*, Madrid, 1956, p. 96.

⁴⁴ ZANNONI, ob. cit., p. 671.

⁴⁵ MAZEAUD, *Lecciones de Derecho Civil* cit., parte IV, p. 126: esta libertad no rige en el Derecho francés, en donde las partes están obligadas a observar la igualdad en el valor; una lesión superior a la cuarta parte provocaría la rescisión de la partición. Pero los copartícipes no están obligados a respetar la igualdad en las especies.

de partición en especie, por la absoluta libertad de las partes para formar los lotes.

B) *Partición judicial.*

a) *Aplicación del principio de igualdad.* La partición judicial implica un proceso judicial preparado para conseguir que los partícipes obtengan sus porciones hereditarias en forma equitativa. Se llegará a ese fin respetando el principio de igualdad proporcional de los coherederos (art. 2377) y, en la medida de lo posible, el principio de partición en especie (art. 2374).

La vigencia del principio de igualdad de la partición judicial es trascendental. Los autores que se ocupan del tema señalan su trascendencia. Wagner expresa en este sentido que "la igualdad de los copartícipes es uno de los principios esenciales que el propio legislador ha considerado necesario proteger"⁴⁶. Por su parte, Guaglianone reputa que es esencial que la partición adjudique a cada copartícipe bienes suficientes para cubrir su derecho a la universalidad de la herencia⁴⁷. El nuevo Código también acepta este principio.

La jurisprudencia ha declarado reiteradamente el carácter esencial del principio de igualdad. "Los bienes que configuran la masa hereditaria deben distribuirse según su valor en proporción a la cuota de cada heredero, siendo de la esencia de la partición la igualdad de los lotes e hijuelas". "El partidor debe cuidar el principio de igualdad, adjudicando valores equivalentes, pues ello es de esencia de toda partición"⁴⁸.

La violación del principio de igualdad ocasionará normalmente la nulidad de la partición judicial. La acción de nulidad de la partición se podrá ejercer una vez firme la aprobación judicial de la partición, sirviéndose de una acción autónoma ordinaria de nulidad. En nuestro Derecho está justificada esta acción, pues el proceso sucesorio es un proceso abreviado en su parte controvertida, que impide la plena protección de los derechos de los copartícipes. La Ley de Enjuiciamiento

⁴⁶ WAGNER, ob. cit., p. 59.

⁴⁷ GUAGLIANONE, Aquiles H., *Nulidad de la partición hereditaria*, en J. A. 1956-III-136.

⁴⁸ CNCiv., sala C, 22-5-80, J. A. Rep. 1981-699, N° 30, y CCiv. 2° Cap., 27-4-38, L. L. 10-515; 22-12-37, J. A. 63-143, respectivamente.

Civil española actual (art. 787, incs. 4º y 5º) determina que, si no hay conformidad de todos los interesados, se sustanciarán las divergencias en un juicio verbal, cuya sentencia no producirá cosa juzgada. Los interesados podrán recurrir al juicio ordinario.

b) La violación del reparto igualitario puede producirse por diversas vías. Veamos algunas: 1) *Desigualdad originada por exclusión indebida de un heredero en la declaratoria de herederos*. La declaratoria hay que modificarla ante la aparición de un heredero que fue mal omitido en ella, y como consecuencia hay que modificar la partición realizada. 2) *Desigualdad originada en el inventario*. Cuando se ha incluido indebidamente bienes en el inventario. El verdadero propietario podrá reclamarlos al heredero al que se le adjudiquen. Los demás coherederos responden por evicción por el valor de esos bienes a través de la garantía de evicción (art. 2404). O cuando se ha creado un crédito inexistente del causante contra un heredero que, como consecuencia, recibirá menos en la partición⁴⁹. 3) *Desigualdad originada en el avalúo*. Cuando la partición se ha basado en valores arbitrarios otorgados a los bienes en las hijuelas. Por ejemplo: cuando un bien inmueble se ha evaluado según la valuación fiscal (muy inferior al valor real) y otro se ha evaluado en valores reales. Aunque en valores monetarios hay igualdad entre las hijuelas, no hay igualdad real, quedando perjudicado el coheredero al que se le ha asignado el bien según su valor real. 4) *Desigualdad originada en la partición misma*. Cuando el partidor aplica una igualdad matemática entre coherederos, cuando correspondía una igualdad proporcional. Por ejemplo, a un causante (sin

⁴⁹ Respecto a este último supuesto, en Mendoza se dio este caso: muere J. S. L. dejando esposa y tres hijos. Los dos hijos mayores no tenían relación con el hijo menor. Este último vivía con su familia desde hacía muchos años en un departamento que su padre le ofreció gratuitamente. Los hermanos mayores (la madre estaba muy enferma) logran imponer el nombramiento del perito, un contador público. Puestos de acuerdo los hermanos mayores y el contador, crean un crédito, sin fundamento jurídico alguno, consistente en un canon locativo por 10 años de uso del departamento en que vivía el menor. Ese canon locativo, más los intereses que le agregaron, llegó a un monto equivalente al de su cuota hereditaria. En síntesis, la madre y los hermanos mayores recibieron los bienes hereditarios y el hijo menor no recibió nada, pues el departamento se afectó al pago de la deuda. La Cámara declaró la nulidad de la partición (C1°CCMin., 2-12-98, "Lelio, Juan Segundo p/Suc.", expte. 37.307).

descendientes ni ascendientes ni cónyuge) le heredan *ab intestato* sus hermanos, unos de doble vínculo y otros de vínculo simple (hijos del mismo padre o de la misma madre, pero no de ambos). A los hermanos de doble vínculo les corresponde el doble que a los hermanos de vínculo simple (art. 2440): hay una igualdad proporcional y el partidor los igualó matemáticamente a todos. Lo mismo sucede en este otro ejemplo: el causante ha dejado esposa y dos hijos, existiendo sólo bienes gananciales. El partidor hace tres partes iguales. Aquí tampoco correspondía aplicar la igualdad matemática, puesto que al cónyuge le corresponde la mitad de los bienes gananciales por su carácter de socio en la sociedad conyugal, y a los hijos la otra mitad como herederos, un cuarto a cada uno. 5) *Hijuelas formalmente desiguales*. Cuando la partición judicial no respeta en su formulación ese principio de igualdad. Por ejemplo: si el partidor, aceptando los valores de los bienes asignados en el avalúo, otorga porciones desiguales a los dos hijos herederos. Aquí la violación del principio de igualdad es expresa y directa. Es muy difícil que se dé este supuesto, pues debe ser preocupación fundamental del perito que las adjudicaciones sean exactamente iguales.

Al ejercer la acción por violación al principio de igualdad, habrá que probar esas circunstancias. Estos supuestos no necesariamente llevan consigo la acción de nulidad de la partición, pues a veces es suficiente con la garantía por evicción o una partición complementaria. En todos estos casos habrá que probar la circunstancia objetiva que produjo la violación al principio de igualdad. El error será en muchos casos la causa explicativa de la desigualdad.

b) *Papel de los vicios del consentimiento*. Los vicios del consentimiento sólo son aplicables a los actos jurídicos que prevé el artículo 259 del Código Civil y Comercial; pero la partición judicial —como ya hemos dicho— no encierra un acto jurídico. Por eso, los vicios del consentimiento difícilmente sean aplicables a esa partición. Lo que sucede —como dice Castán⁵⁰— es que “para impugnar una partición no basta alegar vicios del consentimiento, sino que ha de resultar perju-

⁵⁰ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral* cit., citando una sentencia del 25-3-14.

dicado quien la impugna". Ese perjuicio lo sufre alguno de los coherederos recibiendo menos de lo que les corresponde, si la partición no se ha efectuado respetando el principio de igualdad. Aceptamos, por eso, que no basta invocar error, dolo o violencia, para pedir la nulidad de la partición, sino que es necesario que haya un perjuicio económico efectivo sufrido por algunos de los coherederos, porque en su hijuela se le ha dado menos de lo que les correspondía. Lo dicho, a pesar de su aspecto formal, nos parece una cosa obvia, pues el que reclama pidiendo la nulidad de la partición es porque ha sufrido un daño indebido en el reparto de los bienes hereditarios: eso es violar el principio de igualdad. Sería inimaginable que un heredero invocara un vicio de la voluntad o un vicio de procedimiento, sin haber sufrido perjuicio en la distribución. No tendría interés jurídico, sería tanto como pretender la nulidad por la nulidad misma.

Ahora bien, la pregunta es inevitable: ¿bastará probar la violación del principio de igualdad para obtener la nulidad de la partición? Nuestra respuesta es afirmativa. Siendo así, la invocación de los vicios de voluntad no serviría más que de apoyo al daño patrimonial producido por la violación de ese principio. Centramos, pues, la acción de nulidad de la partición judicial en el perjuicio patrimonial sufrido por el demandante, ocasionado por la violación del citado principio. Los vicios de la voluntad u otros que pudieran existir, cumplen sólo una función accesoria. Por eso entendemos que no servirían para sustentar una acción propia.

c) *Derecho Comparado e Histórico*. Esta interpretación, que resta valor a los vicios del consentimiento en la partición judicial, tiene explicación por contraste con el Derecho Comparado y con el Derecho Histórico:

1) *Derecho Comparado*. En el Código Civil español un solo artículo habla impropiamente de nulidad de la partición⁵¹. El Código reconoce dos tipos de rescisión de la partición: la resultante de la aplicación de la doctrina general de los contratos y la específica de la partición. 1) Res-

⁵¹ El art. 1081 del Código Civil español dice: "La partición hecha con uno a quien se creyó heredero sin serlo será nula". Los comentaristas, concientes de que este supuesto se puede solucionar sin recurrir a la nulidad de la partición, pues basta una partición parcial complementaria, critican la norma.

pecto de la primera, el art. 1073 del Código expresa: "Las particiones pueden rescindirse por las mismas causas que las obligaciones". Estas causas son más bien "causas de nulidad", y no de rescisión. Entran aquí los vicios del consentimiento: el error, el dolo, la violencia o intimidación. 2) Respecto a la segunda el artículo 1074 expresa que "podrán ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte".

En el Código francés el artículo 887 expresa que "Las particiones pueden rescindirse por causa de violencia o de dolo. Puede también haber lugar a la rescisión cuando uno de los coherederos pruebe, en perjuicio suyo, una lesión de más del cuarto..." Aunque la primera parte de la norma hable de rescisión, la doctrina francesa considera que mediando el dolo o la violencia hay nulidad y no rescisión⁵². Es sabido que el Código francés, al igual que el italiano, no acepta el "error" en las particiones como causa de nulidad específica, porque las distintas clases de errores pueden explicarse por otras vías, recurriendo a la lesión, a la partición complementaria y al saneamiento, según los diferentes errores que pudieran presentarse.

En el Código italiano el artículo 761, 1ª parte, dice que "La división puede ser anulada cuando es efecto de violencia o de dolo". El artículo 763, 1ª parte, expresa: "La división puede rescindirse cuando alguno de los coherederos prueba haber sido lesionado en más de la cuarta parte". La rescisión es, pues, ejercible cuando concorra el presupuesto objetivo de la lesión *ultra quantum*⁵³.

El primer problema que cabe plantear en estas legislaciones es si la nulidad provocada por los vicios del consentimiento se aplica a todas las particiones o sólo a la partición extrajudicial, llamada también convencional o amigable. En general, la doctrina de estos países considera que la nulidad se aplica tanto a las particiones convencionales como a las judiciales⁵⁴.

⁵² COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil* cit., p. 315; MAZEAUD, ob. cit., parte IV, p. 220; RIPERT y BOULANGER, *Sucesiones*, Primera parte, Buenos Aires, 1965, p. 535.

⁵³ Puede verse MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial* cit., t. VII, p. 409.

⁵⁴ COLIN y CAPITANT, ob. cit., p. 318; MESSINEO, ob. cit., p. 382; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil español* cit., p. 328.

Sin embargo, no faltan posiciones divergentes. Así, en España, Manresa⁵⁵ considera que el artículo 1073 que afirma que las particiones pueden rescindirse por las mismas causas que las obligaciones, sólo se refiere a las particiones "convencionales", pues en la practicada por el testador no existe en realidad contrato entre los herederos, y ésa es la orientación jurisprudencial del Tribunal Supremo español. La sentencia del 6 de septiembre de 1934 declaró: "es indudable que cuando la partición tenga la naturaleza de un contrato, esto es cuando la realice no el testador o el comisario nombrado por el mismo, sino los interesados de común acuerdo, habrá de serle aplicable el Derecho común de los contratos". En sentido similar la sentencia de 9 de marzo de 1951 expresa: "la naturaleza contractual de la partición de la herencia, hecha y aprobada por los llamados a ésta, impone la aplicación de los preceptos sustantivos que determinan la existencia, validez y eficacia de los contratos".

El segundo problema que se presenta es si la rescisión de la partición por lesión en más de un cuarto se aplica a la partición judicial y a la convencional o sólo a la primera. Sobre esto la doctrina es unánime: la rescisión por lesión se aplica a todas las particiones. Como consecuencia no hay libertad absoluta de los herederos (como la hay en nuestro Derecho) para efectuar las adjudicaciones en las particiones convencionales, las cuales pueden ser objeto de rescisión cuando la lesión ha excedido del cuarto.

Sea cualquiera la postura que se adopte en estas legislaciones, la nulidad por vicios del consentimiento tiene gran importancia práctica, pues su invocación cubre una amplia esfera: la que no alcanza al cuarto de la lesión. Puede haber particiones que produzcan importantes perjuicios, sin necesidad de llegar a ese cuarto de la lesión. Estos perjuicios no podrían remediarse si no pudieran invocarse el error, el dolo o la violencia.

Esto no puede suceder en nuestro Derecho, tanto en el Código de Vélez como en el nuevo, porque no existe en términos genéricos una rescisión por lesión objetiva, si la lesión excediere del cuarto del valor de los bienes que hubieran correspondido al coheredero lesionado. La

⁵⁵ *Comentarios al Código Civil cit.*, vol. 7, p. 762.

acción de nulidad de la partición permite cubrir todo el espacio en donde hay perjuicio, porque esa acción no tiene el límite mínimo del cuarto. Coordinadamente, existe en nuestra ley civil el trascendental principio de igualdad de las particiones judiciales. La determinación de cuál es el porcentaje del perjuicio para que sea violado ese principio queda librado al arbitrio judicial.

Pensamos que la idea de Vélez Sársfield de no aceptar la rescisión de la partición, con la correspondiente fijación del cuarto de la lesión, fue acertada. Por otra parte, el no haberle dado contenido cuantitativo a la acción de nulidad, que es tanto como dejar librado ese contenido al arbitrio judicial, fue una solución más flexible y justa que la que adoptaron esos códigos europeos. Nuestro Codificador no se dejó deslumbrar por las normas francesas y, en nuestra opinión, sentó las bases para ver de otra forma el tema de la rescisión de las particiones. Esta idea tiene plena vigencia en el nuevo Código.

En nuestro Derecho —siempre en el terrero de la partición judicial— no es necesario recurrir a los vicios del consentimiento, porque no quedan espacios vacíos que se necesiten cubrir recurriendo a ellos. La aplicación del principio de igualdad ilumina toda la partición y permite anular las particiones cuando se viola ese principio. Los vicios del consentimiento aparecen, a lo más, como medios explicativos del desequilibrio que se produce cuando se altera el principio de igualdad. En cambio, los vicios del consentimiento adquieren todo su vigor en las particiones extrajudiciales, que son verdaderos contratos.

2) *Derecho Histórico*. El Derecho Histórico anterior al Código Civil español, que rigió en nuestras tierras, aplicó a las particiones extrajudiciales (convencionales) la rescisión por lesión *ultra dimidium* (más de un medio), dando gran amplitud a la voluntad de los coherederos, fijándoles como límite en las desigualdades no pasar del medio. En cambio, en las particiones judiciales (no convencionales) la lesión se producía cuando se pasaba de una "sexta parte" del haber hereditario que le correspondía a cada heredero en su hijuela. El límite era, pues, mucho más bajo.

En síntesis, la acción de nulidad de la partición prospera en nuestro Derecho cuando se ha violado el principio de igualdad: tal planteamiento, en nuestra opinión, no puede omitirse. El perjuicio deriva de

la misma partición homologada. Los vicios del consentimiento —previos a la partición— que pudieran contener las manifestaciones de voluntad del partidor o de los coherederos adherentes o disidentes, carecen de efectos jurídicos propios, y sólo cumplen un papel accesorio que sirve para fundar el por qué se produce la violación del principio de igualdad.

No obstante lo expuesto, analizaremos esos vicios de voluntad en su posible aplicación a la partición judicial, como medio esclarecedor de por qué se produce la desigualdad de las hijuelas. Por eso, en la partición judicial, los designaremos como “causas que explican la nulidad de la partición”, para diferenciarlas de las “causas de nulidad de la partición”, esenciales en la partición extrajudicial.

527. Cuándo se viola el principio de igualdad de la partición judicial

Corresponde ahora determinar la extensión del perjuicio patrimonial que haría viable la nulidad de la partición judicial, que violó la igualdad, matemática o proporcional, de las hijuelas.

Nuestro Código no establece un tope pasado el cual prospera la acción de nulidad, sino que ese tope lo pone el juez, según la circunstancia del caso particular, basándose en la violación al principio de igualdad.

El juez ante el cual se entabla la nulidad de la partición judicial, debe actuar con un margen razonable y elástico según el caso particular, al interpretar el principio de igualdad. Evidentemente, el principio de igualdad no puede ser interpretado en sentido literal, considerándolo violado ante una desigualdad no significativa, porque lo común es que las tasaciones no sean matemáticas, sino que lleven consigo inexactitudes propias de las variables en los criterios de valuación. Por eso, no podríamos impugnar de nula una partición por diferencias de valores de pequeña cuantía. Cuando la diferencia de valores entre los coherederos es “considerable”, la partición puede ser anulada por violación del principio de igualdad. La jurisprudencia en este sentido se refiere a adjudicaciones “no equitativas”, “desproporcionadas”, “contrarias a la esencia de la partición”. Se ha declarado que “El juez aunque no medie oposición de parte legítima, no debe aprobar la cuenta

particionaria que no sea equitativa o contenga adjudicaciones desproporcionadas o contrarias a la esencia de la partición⁵⁶. Por otra parte, el juez debe ser flexible al interpretar las atribuciones preferenciales que regula el nuevo Código (arts. 2380 a 2382), con relación al principio de igualdad, que estas atribuciones no niegan.

Además, hay un principio, llamado de la "conservación de las particiones", que defienden los autores españoles⁵⁷. "Existe una tendencia del Código —dicen— a evitar, cuando sea posible, que las particiones se anulen, apurando los recursos y soluciones antes de llegar a la nulidad o rescisión de la partición". No dudamos que ese principio puede ser aplicado a nuestro Derecho, sobre todo a las particiones judiciales, que vienen precedidas de un proceso cuyo fin es proteger los derechos de los coherederos hasta llegar a una partición equitativa. Poner en duda esa tendencia —al menos en la partición judicial— supondría minusvaluar esas normas procesales que culminarían con la homologación de la partición. Basándose en este principio, el juez debe procurar mantener la validez de la partición, por los graves perjuicios que la nulidad puede llevar consigo, dentro de los márgenes de una razonable interpretación: eso implica buscar otros caminos posibles antes de llegar a la medida drástica de la nulidad. No se olvide que la nulidad de la partición vuelve los bienes al estado de indivisión.

El juez debe declarar la nulidad cuando no encuentra otro recurso legal que permita satisfacer los intereses legítimos del demandante. "En muchos casos —como dice Guaglianone⁵⁸— basta una reforma para que nada toque la mayoría de las adjudicaciones y se limite a reajustar las que se mantienen por encima o por debajo de las cifras que exactamente correspondan". En otros sería suficiente aplicar por analogía las normas de la evicción obligando a los coherederos beneficiados indebidamente a satisfacer el valor faltante del perjudicado. Se pueden efectuar particiones complementarias cuando ellas sean posibles. Consideramos, en fin, que no se puede declarar la nulidad si el perjuicio del coheredero radica exclusivamente en motivos afectivos o de simple

⁵⁶ C2° Civ. y Com. de La Plata, 23-4-35, J. A. 50-339.

⁵⁷ LACRUZ, ob. cit., p. 543; PUIG PEÑA, ob. cit., p. 327.

⁵⁸ GUAGLIANONE, ob. cit., p. 136.

comodidad. Por ejemplo: circunstancias personales, situación de los bienes, posibilidad de ocuparlos o administrarlos, etcétera⁵⁹.

Siempre hay que tener presente que todo acto de disposición que hiciese un heredero de los bienes contenidos en su hijuela, equivale a una ratificación de la cuenta particionaria, privándole de la acción de nulidad⁶⁰ (art. 2410).

528. Cuándo se viola el principio de partición en especie en la partición judicial

El principio de partición en especie, en los casos en que es posible aplicarlo, puede dar lugar a la nulidad de la partición.

El supuesto típico se da cuando "se crea" un crédito en favor de un heredero con la correspondiente deuda en contra del coheredero o de varios coherederos, en cuantía que exceda considerablemente la necesidad de hacer pequeñas compensaciones para igualar las hijuelas.

En este caso debe prosperar la acción de nulidad. En el mismo sentido, Guaglianone⁶¹ expresa que tal distribución será nula, por cuanto es principio esencial que los herederos reciban bienes hereditarios, salvo que una imposibilidad física o económica imponga proceder a la venta. Hay una abundante jurisprudencia al respecto. Se ha declarado: "El principio liminar de la partición en especie sólo puede dejarse de lado en caso de imposibilidad material o gravísima inconveniencia económica"⁶². También se ha declarado: "La división de los bienes hereditarios se debe hacer en especie y no mediante venta, salvo casos excepcionales en los que aquélla resulte materialmente imposible o sea económicamente inconveniente"⁶³.

La partición se debe efectuar en especie, si es posible, en ese caso

⁵⁹ El campo de disposición del juez para evitar la nulidad estricta de la partición es amplio. Este esquema puede resultar explicativo: 1) heredero mal omitido: acción de nulidad de la partición; 2) cosa mal incluida: evicción; 3) heredero mal incluido (heredero aparente): partición complementaria; 4) cosa mal omitida: partición complementaria.

⁶⁰ CCiv. 2ª Cap., 22-12-42, L. L. 29-546.

⁶¹ GUAGLIANONE, ob. cit., p. 136.

⁶² CNCiv., sala A, 2-9-65, L. L. 120-548.

⁶³ CNCiv., sala A, 12-6-58, L. L. 93-200.

ninguno de los herederos puede exigir su venta (art. 2374). Si, por cualquier circunstancia, se hace la venta (pudiéndose haber partido en especie), se puede pedir la nulidad de la partición. El problema podría surgir si todos los herederos quieren la venta. En ese caso si ésta se realizara no habría ningún heredero que pudiera solicitar la partición.

Si el coheredero impugnó la partición y luego inicia acción para cobrar el crédito que le correspondió en su hijuela (violatorio del principio de partición en especie), no podrá entablar con éxito la acción de nulidad por violación del principio de partición en especie (arg. art. 2410).

En todo caso, el juez, guiado por el principio de conservación de la partición, podrá arbitrar otros medios para evitar la nulidad, si fuera posible.

529. Violación del concepto de partición adjudicando bienes en condominio

Puede suceder que se adjudiquen bienes en condominio, no mediando disconformidad de ningún heredero o mediando disconformidad de alguno o algunos coherederos.

Si ninguno impugna el condominio, no prospera la acción de nulidad. Bastaría que, después, cualquiera de los condóminos ejerciera la acción de división para que cesara el condominio. Si alguno o algunos de los herederos si hubieren opuesto al condominio, la acción de nulidad de la partición debe prosperar sin necesidad de acreditar el perjuicio.

La jurisprudencia declaró: "El partidor debe recurrir a la adjudicación en condominio sólo en caso de imperiosa necesidad"⁶⁴. También: "El hecho de que un bien componga la masa partible no obliga forzosamente a que se lo divida, pues puede ser adjudicado íntegramente a un solo heredero o en condominio si hubiera conformidad entre ellos"⁶⁵. Refiriéndose al perjuicio, ha expresado: "No es necesario que se acredite el perjuicio que ocasiona al coheredero la adjudicación de bienes en condominio, para la procedencia de su impugnación"⁶⁶.

⁶⁴ CCiv. Cap., 22-12-37, J. A. 62-143.

⁶⁵ CNCiv., sala G, 25-9-80, J. A. rep. 1981-700, sum. 42; CNCiv., sala A, 14-11-69, J. A. 1970-925, sum. 197.

⁶⁶ CI^aApel. de Córdoba, 29-8-46, Rep. 8, N° 78, p. 1109.

530. ¿Hay cosa juzgada en el proceso partitivo?

Venimos sosteniendo que la vigencia del principio de igualdad en la partición judicial es trascendental y que la violación de ese principio ocasionará normalmente la nulidad de la partición. La acción de nulidad de la partición es una acción ordinaria que se puede ejercer siempre que se viole ese principio, una vez firme la aprobación judicial, es decir, cuando ya no hay recursos pendientes en el proceso sucesorio. Se justifica esa acción autónoma porque el proceso sucesorio es un proceso abreviado en su parte controvertida, que impide la plena protección de los derechos de los copartícipes.

Desde esa perspectiva no cabe duda de que la homologación de la partición judicial no hace cosa juzgada, pues dicha homologación puede ser impugnada por un juicio ordinario posterior, basándose en la violación del principio de igualdad de las hijuelas y, en menor medida, en la violación del principio de partición en especie. En la práctica se establece un trámite contencioso duplicado: el contenido en el proceso sucesorio y el de la acción contenciosa.

Lo expuesto deja sin sentido la escisión del acto partitivo distinguiendo el aspecto procesal, que no sería susceptible de ulterior impugnación procesal, y el aspecto sustantivo que permitiría la impugnación ulterior por falta de presupuestos de validez (error, dolo...) ⁶⁷.

531. Juez competente

La competencia para iniciar el proceso sucesorio corresponde al juez del lugar del último domicilio del causante. Ante ese juez se deberán entablar las demandas que tiendan a la reforma o nulidad de la partición (art. 2408).

532. Sujetos activos y pasivos

Pueden ejercer la acción de nulidad de la partición los siguientes sujetos:

⁶⁷ En contra: ZANNONI, ob. cit., p. 710. El tema lo tratamos *in extenso* en nuestra obra, en coautoría con la doctora Graciela Medina, *Acciones judiciales en el Derecho Sucesorio*, Buenos Aires, 2011, N° 257 y 253.

1) *Herederos*: Los primeros a quienes se les otorga la acción de nulidad son los herederos, que indudablemente son los principales interesados. Si se tratara de incapaces, el ejercicio de la acción les corresponderá a sus representantes.

2) *Herederos de los herederos*: La acción de nulidad se les concede a los herederos de herederos fallecidos.

3) *Cesionario de los herederos*: Pueden ejercer la acción de nulidad por la misma razón indicada precedentemente.

4) *Acreedores de los herederos*: Esta acción no se les otorga a los acreedores del causante, dado que éstos pueden cobrar sus créditos antes de la partición, y pueden incluso impedirla hasta que sean satisfechas sus acreencias (art. 2359).

Los acreedores de los herederos, en determinadas circunstancias (que analizaremos más adelante), pueden ejercer especialmente la acción subrogatoria, la de simulación y la acción pauliana.

La acción de nulidad puede ser ejercida contra los coherederos (y herederos de los herederos) y cesionarios.

533. Efectos de la sentencia de nulidad

Los efectos de la nulidad de la partición consisten en volver las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado (art. 390). La nulidad afecta no sólo al demandante y al demandado sino a todos los herederos, volviendo los bienes al estado de indivisión.

A. NULIDAD DE LA PARTICIÓN EXTRAJUDICIAL

534. Causas de nulidad de la partición extrajudicial

La partición extrajudicial es un contrato plurilateral, al que le son aplicables las normas sobre la nulidad de los actos jurídicos que prevén los artículos 386 a 392. Se pueden señalar los siguientes supuestos: partición nula por defecto de forma, por razón de incapacidad y por vicios del consentimiento. Trataremos estos últimos por su mayor interés.

535. Análisis de los vicios del consentimiento en la partición extrajudicial: supuestos

Siendo la partición extrajudicial un negocio jurídico del grupo de los contratos plurilaterales, le es aplicable la teoría de los vicios del consentimiento. Cuando ese consentimiento contractual está viciado por error, dolo o violencia, la partición puede anularse.

La nulidad que provocan los vicios del consentimiento siempre es relativa, conforme al artículo 388 del Código Civil y Comercial.

En todo caso, hay que tener presente que cualquier acto de disposición que un heredero hiciese de los bienes contenidos en su hijuela, equivaldría —como dice Fornieles⁶⁸— a la ratificación de la cuenta, privándolo de la acción de nulidad⁶⁹. Esto es aplicable a todas las particiones.

536. Prescripción

Los vicios del consentimiento, es decir, el error, el dolo y la violencia, tienen como término de prescripción el de dos años (art. 2562, inc. a).

El término comienza a correr desde el momento en que se conoce el error o el dolo, o desde que la violencia haya cesado.

537. Error: su aplicabilidad a la partición extrajudicial

El error es aplicable a la partición extrajudicial, pues en nuestro Derecho no hay norma alguna que lo impida. Aparte de algunos autores, como Segovia⁷⁰, quien sostiene que el error no puede dar lugar a la nulidad de toda la partición (sí a una reforma de ella o a una división complementaria), la mayoría acepta el error como causa de nulidad de la partición, cuando éste es esencial.

Destacamos que en la legislación francesa y en la italiana no se prevé el error como causa de nulidad de la partición. El artículo 877 del Código francés dice que las particiones pueden ser rescindidas por causa de violencia o de dolo, y agrega que también puede haber lugar

⁶⁸ *Sucesiones* cit., t. I, N° 289.

⁶⁹ CCiv. 2° Cap., 22-12-42, J. A. 1943- I-556.

⁷⁰ SEGOVIA, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina*, t. 2, p. 520.

a la rescisión cuando hay una lesión en más de un cuarto en perjuicio de alguno de los herederos. A su vez, el Código italiano, en el artículo 761, sólo prevé la anulación por violencia y dolo, y en el artículo 763 se contempla la rescisión por lesión en más de un cuarto. No se admite la anulabilidad por error porque ese remedio, en sustancia, queda absorbido por el suplemento de la división o de la rescisión por lesión.

No obstante, muchos comentaristas, apartándose de estas reglas, consideran aplicable el error a la partición. En Italia podemos citar a Cicu⁷¹ quien opina que no hay que excluir la anulación por error, al menos en los casos en que el error es esencial hasta el punto de recaer en la misma causa del negocio divisorio (del mismo modo se manifiestan Coviello, Redenti, etc.).

Entendemos que el error, pese al silencio del nuevo Código, se puede aplicar a la partición extrajudicial.

538. Clases de error

El error puede ser de hecho y de derecho. El error de hecho —que es el único que aquí interesa⁷²— puede ser, en atención a su gravedad, error esencial, que versa sobre aspectos esenciales y da lugar a la sanción de nulidad, y error accidental, que versa sobre cualidades accidentales y no invalida el acto.

539. Casos de error esencial: enunciación

Los errores esenciales legislados en el Código Civil y Comercial en el artículo 267 versan sobre los siguientes aspectos: error sobre la naturaleza del acto (inc. a), error sobre el objeto (inc. b), error sobre la cualidad de la cosa (inc. c), error sobre los motivos personales relevantes incorporados al acto (inc. d) y error sobre la persona (inc. e).

⁷¹ CICU, *Derecho de Sucesiones. Parte general* cit., ps. 771 y ss.

⁷² El error de derecho sólo puede admitirse en casos excepcionalísimos: cuando es la causa única y determinante de la celebración del acto. Entendemos que esos presupuestos no se pueden aplicar a la partición extrajudicial, y menos a la partición judicial. Puede verse: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *El error de derecho en la impugnación de particiones hereditarias aprobadas judicialmente*, en J. A. 1979-I-588.

540.A) Error sobre la naturaleza del acto

El error sobre la naturaleza del acto, previsto en el artículo 267, inciso a, del Código Civil y Comercial, es el error *in negotio*; por ejemplo, si un contratante entiende vender una cosa y el otro entiende recibirla en donación. En materia de partición, habría error *in negotio* si un heredero entiende que hay partición en el uso de los bienes, cuando en realidad versa sobre la propiedad definitiva de ellos.

Este error esencial lleva consigo, irremediabilmente, la nulidad del acto. Algunos autores lo denominan también "obstativo" (Giorgi) o "impropio" (Savigny), porque impide la formación del acto, que se torna inexistente por el desencuentro entre las voluntades intervinientes.

En la práctica, es difícil hallar en la partición este tipo de error. Tratándose de una partición extrajudicial, Guaglianone⁷³ pone como ejemplo el supuesto en que alguno de los herederos cree que la partición es una simple distribución en el uso de los bienes, cuando en realidad es una partición definitiva de dominio, y Wagner⁷⁴ trae a colación la creencia en una partición provisional por mediar una condición suspensiva, cuando en verdad ha sido una partición definitiva.

Son supuestos académicos pero posibles jurídicamente, pues la partición extrajudicial es una convención que, como tal, puede verse afectada por el error.

541.B) Error sobre el objeto

Este error es contemplado por el artículo 267, inciso b, del Código Civil y Comercial, y versa no sólo sobre la identificación del objeto considerado en su individualidad o en su especie, sino sobre su cantidad o extensión o sumas. En el primer supuesto se habla de "error *in corpore*", llamado también "error obstativo o impropio", porque impide la formación del acto, que se torna inexistente. Analizaremos estos supuestos: 1) error sobre la identificación del objeto (error *in corpore*) o de su especie; 2) error sobre la cantidad o ex-

⁷³ GUAGLIANONE, ob. cit., p. 129.

⁷⁴ WAGNER, ob. cit., p. 68.

tensión; 3) error en los valores o sumas; 4) error en la inclusión o exclusión de bienes. Veamos:

1) *Error sobre la identificación del objeto o de su especie.* En el ámbito de la partición extrajudicial, si alguno de los copartícipes ha efectuado y firmado la partición creyendo que se le adjudicaba un determinado bien, cuando en realidad era otro, el acto es anulable.

Lo mismo cabría decir si el error versara sobre determinada especie de bienes, cuando en el caudal hereditario hubiera, por ejemplo: mercaderías o líquidos de especies diferentes. En la práctica, esta hipótesis será de escasa o nula aplicación.

El error *in corpore* no debe ser confundido con el simple error de designación; por ejemplo: nombre mal escrito; deficiente descripción de linderos o de ubicación, falla en la exposición de los antecedentes del título, etcétera. Esto resulta indiferente si se puede obtener la determinación del bien.

2) *Error sobre la cantidad o extensión.* Mayor interés despierta el error sobre la cantidad o extensión. En la partición extrajudicial puede suceder que a un coheredero se le adjudique un bien con determinada extensión creyéndolo mayor. Por ejemplo: se adjudica un campo de 1.000 hectáreas, creyéndolo de 10.000; este error, una vez probado, lleva consigo la nulidad de la partición.

Corresponde aclarar que los simples errores de cálculo o matemáticos no producen efectos anulatorios si no influyen en la atribución de los bienes de la herencia. Sólo pueden llevar a la rectificación de la partición (art. 268).

3) *Error en los valores o sumas.* El error en los valores o sumas proviene, muchas veces, del error en las cantidades, extensión, medidas, etcétera; pero puede no ser así cuando aparece, autónomamente, como error en los valores asignados a la partición.

En la partición extrajudicial, siempre que el valor erróneo influya creando una evidente desigualdad, una vez probado el error, se produce la nulidad de la partición.

4) *Error en la inclusión o exclusión de bienes.* Cabe ampliar este error a supuestos análogos, como el caso en que aquél consistiese en

haber incluido bienes que no pertenecían a la masa hereditaria, o no haber excluido bienes o valores que pertenecían a ella.

La inclusión errónea de bienes puede afectar la validez de la partición extrajudicial. El medio para hacer valer la exclusión es, comúnmente, la evicción, supuesto contemplado en el artículo 2404 del Código Civil y Comercial. El artículo impone que los coherederos respondan por la evicción al afectado, en cuyo caso la partición quedaría válida. Pero si a los coherederos no les conviniese satisfacer ese valor, pueden exigir que se haga de nuevo la partición (aunque algunos bienes estuviesen ya enajenados).

La exclusión por error de bienes que pertenecían al sucesorio en la partición extrajudicial, no ocasiona la nulidad de la partición, sino una simple partición complementaria (en el mismo sentido se manifiesta la doctrina francesa: Chabot, Colin y Capitant, etc.).

542.C) Error sobre la cualidad esencial de la cosa, o motivos personales relevantes incorporados al acto

El artículo 267, inciso c, se refiere a "la cualidad sustancial del bien que haya sido determinante de la voluntad jurídica según la apreciación común o las circunstancias del caso".

La cualidad puede referirse —como dice Wagner⁷⁵— no sólo a la composición material del objeto, que hace que pertenezca a una categoría más bien que a otra; sino también a atributos físicos o económicos, o de otra índole, que hacen al objeto intrínsecamente idóneo para el uso o destino particular que las partes le den. El error en esa cualidad vicia la manifestación de la voluntad y deja sin efecto el acto.

En nuestra opinión, en materia de partición cabe ampliar la idea de cualidad esencial a las cualidades jurídicas de la cosa, como sería el caso de la cualidad ganancial o propia de un bien. Si erróneamente se incluye en la partición bienes propios, cuando son realmente gananciales, la nulidad de la partición resultará evidente. No estamos aquí ante un error de derecho que permita la excusabilidad en la aplicación

⁷⁵ WAGNER, ob. cit., p. 76.

de la norma, sino ante un error de hecho en la calificación jurídica del bien, que naturalmente afirma la aplicación de la norma y acarrea la nulidad de la partición.

En el ámbito de la partición extrajudicial, este error sobre las cualidades sustanciales de las cosas partibles puede tener lugar bajo las formas más variadas. Pensemos en el error sobre determinadas características de los inmuebles: por ejemplo: la adjudicación de un campo del cual se dice que es apto para la agricultura cuando en realidad es montañoso y pedregoso, o que es apto para el pastoreo cuando en realidad es árido, o se declara la existencia de canteras cuando en realidad éstas no existen. Este error conduce a la nulidad de la partición si las partes, de común acuerdo, no optan por una solución menos radical.

Es equiparable a este supuesto el previsto en el artículo 267, inciso d, sobre los motivos personales relevantes, que hayan incorporado expresa o tácitamente:

543.D) Error sobre la persona

El artículo 267, inciso e, establece que "el error es esencial cuando recae sobre la persona con la cual se celebró o a la cual se refiere el acto si ella fue determinante para su realización". La nulidad en materia contractual es aplicada en todos los casos en que la consideración de la persona ha podido influir en la realización del acto; pero no se aplica en los casos en los que la consideración de la persona ha sido indiferente.

En materia de partición extrajudicial, la persona del copartícipe tiene importancia suficiente como para producir la nulidad de la partición por error. Este error comprende no sólo la identidad física de la persona del heredero, sino también su calidad parenteral; en otras palabras, el error en la persona abarca la persona física del copartícipe y también la persona civil.

a) El error en la "persona física" puede tener lugar cuando un extraño se introduce como heredero en la partición o cuando un heredero es excluido de ella:

1) En el primer caso —introducción de un extraño— aparece como copartícipe una persona ajena a la partición. Este supuesto es difícil que se produzca, porque comúnmente los herederos se conocen entre sí.

Al heredero aparente se le privará de los bienes que le correspondieron en su lote, y esos bienes serán distribuidos entre los demás coherederos a través de una partición complementaria. Es la posición de Lafaille⁷⁶, que compartimos. En cambio, otros autores, como Guaglianone⁷⁷ y Wagner⁷⁸, optan por la nulidad de la partición, sosteniendo que la partición complementaria es un remedio poco convincente, puesto que todo el acto ha sido condicionado por la presencia del heredero aparente.

Si el falso heredero hubiera realizado actos de disposición de bienes inmuebles a título oneroso, el adquirente de buena fe será mantenido en su adquisición si median las circunstancias que prevé el artículo 2315.

2) En el segundo caso —exclusión de la partición— aparece excluida por error una persona que es heredero. La nota al artículo 3514 del Código Civil de Vélez menciona especialmente esta causal de nulidad de la partición. La jurisprudencia es unánime en ese sentido.

b) El error en la “persona civil” se manifiesta como error en el parentesco. El parentesco viene a ser una cualidad sustancial del copartícipe, que puede gravitar decisivamente en la partición, tornándola nula. Supongamos, por ejemplo, que el causante tiene a una persona por hijo sin serlo ni haberlo adoptado, y que los otros herederos desconocen esa situación. Si los otros herederos hubieran conocido la realidad del parentesco, no hubiesen conformado la partición. Este error es muy difícil que se dé en la práctica, por lo dicho anteriormente: los familiares conocen comúnmente el verdadero parentesco.

544. Dolo: concepto y requisitos

El dolo es cualquier clase de engaño que se utiliza para inducir a una persona a celebrar un acto jurídico (art. 271).

La clasificación de mayor trascendencia es la que distingue entre el dolo principal y el incidental (arts. 272 y 273), pues sólo el primero produce la nulidad del acto.

El artículo 272 contiene los requisitos necesarios para que el dolo pueda provocar la nulidad del acto: 1) que haya sido grave; 2) que

⁷⁶ LAFAILLE, *Sucesiones*, t. I, N° 472.

⁷⁷ GUAGLIANONE, *ob. cit.*, p. 130.

⁷⁸ WAGNER, *ob. cit.*, p. 73.

haya sido causa determinante de la acción; 3) que haya ocasionado un daño importante, y 4) que no haya habido dolo por ambas partes.

545. Su aplicación a la partición extrajudicial

Estas normas resultan de aplicación, adaptándolas al contenido de la partición extrajudicial. Para que el dolo provoque la nulidad de la partición, es necesario:

1) Que haya sido grave. El dolo es grave cuando resulta apto para engañar a un coheredero que obra con cuidado y previsión; por eso, cuando la maniobra engañosa es tan grosera que una mínima precaución la hubiese desbaratado, el dolo no es grave. La determinación de la gravedad es una cuestión que queda librada al criterio del juez.

2) Que sea determinante del acto particionario; es decir, que la partición no hubiera sido hecha en la forma en que se la hizo si se hubiera conocido el dolo.

3) Que haya ocasionado un daño importante a uno o más coherederos; esto es, que encierre importante significación económica. Si el dolo no provoca daño alguno o éste es insignificante, no cabe la nulidad de la partición.

4) Que no haya sido recíproco. Este requisito es imaginable, especialmente, en una partición entre dos coherederos que mutuamente han actuado con dolo. Si esos coherederos se han engañado entre sí, es lógico que sufran el perjuicio de su propia conducta.

Los supuestos de dolo podrán ser muy variados: podrán versar sobre materias contempladas en el error (como sería el engaño en la identidad del objeto, su extensión o valores; en la inclusión o exclusión de bienes; en la inclusión de extraños o exclusión de herederos, o en las cualidades esenciales de los bienes), o sobre materias de nulidad específicas de la partición, en el caso de que el engaño versara sobre la asignación de hijuelas de diferentes valores.

546. Efectos de la nulidad por dolo: extensión

Cabe plantear el problema de la intensidad de la influencia de la nulidad, es decir, si la partición debe ser anulada sólo respecto del

heredero que comete el dolo o que es víctima de él, manteniendo la validez respecto de los otros, o si debe anularse totalmente, afectando a todos los partícipes.

Guaglianone⁷⁹, siguiendo a Baudry-Lacantinerie y Wahl, considera que si el dolo ha sido ejercido por un solo comunero contra otro habiendo más herederos, la partición no debe ser anulada. Para anularla sería necesario que todos los partícipes hubieran cometido dolo contra uno, o que uno lo hubiese cometido contra todos los demás. En cambio, Wagner⁸⁰ considera que, mediando dolo de alguno o contra alguno, se debe anular la partición, incluso respecto de quienes no hubiesen obrado con dolo, basándose en la indivisibilidad de la partición. Si el dolo produce la nulidad del acto en relación con la víctima inocente —dice Wagner—, no hay razón para excluir de igual consecuencia a todos los coherederos, aunque sean extraños o ajenos al acto doloso. Resultaría que un consentimiento nulo en sí podría ser válido respecto de un copartícipe y nulo respecto de otro. Por esta última tesis parece inclinarse Fornieles⁸¹. Por nuestra parte, consideramos que el problema debe dejarse librado al buen criterio del juez, que deberá tener en cuenta, aparte de las circunstancias del caso, el principio de conservación de la partición.

547. Violencia en la partición extrajudicial: concepto y clases

La violencia tiene dos formas: la violencia física, que tiene lugar cuando la voluntad se manifiesta bajo el imperio de una presión irresistible, y la intimidación, que consiste en la amenaza de sufrir un mal inminente y grave (art. 276).

a) La primera, que implica un factor excluyente de la voluntad, torna inexistente el acto. En la partición extrajudicial, esta hipótesis difícilmente se pueda presentar. Es inimaginable en la práctica que alguien lleve la mano de un coheredero, por la violencia, para que estampe su firma en la partición.

⁷⁹ GUAGLIANONE, ob. cit., p. 132.

⁸⁰ WAGNER, ob. cit., p. 90.

⁸¹ FORNIELES, ob. cit., N° 289.

b) La segunda representa el temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en la persona o bienes de la parte o de un tercero (art. 276).

En el caso de que la voluntad de los coherederos se vea afectada por intimidación, para que ésta provoque la nulidad de la partición extrajudicial, debe cumplir los requisitos del artículo 276:

1) La amenaza debe referirse a un mal inminente. No es necesario que se trate de un peligro presente, sino que sea más o menos próximo; por eso se excluye el peligro lejano o remoto.

2) Debe ser grave. La gravedad del mal se refiere a su magnitud con relación al sujeto amenazado, para lo cual se debe tener presente la condición de la persona, su carácter, hábitos, sexo, etcétera. No cabe duda que la amenaza de muerte o de lesiones corporales o de ataques al honor, asumen el carácter de graves por su propia entidad.

3) Las amenazas según el artículo 937 del Código de Vélez debían recaer sobre alguno o algunos de los coherederos, sobre sus cónyuges, ascendientes o descendientes. La doctrina discute si cabe comprender entre los sujetos afectados por las amenazas a los hermanos o a extraños, inclinándose algunos autores, como Borda⁸², por su inclusión.

El nuevo artículo 276 ha incluido a los extraños o terceros, de manera que las amenazas pueden recaer sobre la parte o un tercero. La relevancia de las amenazas debe ser juzgada teniendo en cuenta la situación del amenazado y demás circunstancias del caso.

Es sabido que el simple temor reverencial, propio de la relación de parentesco, no anula el acto.

548. Simulación: concepto y clases

El acto simulado es aquel que tiene una apariencia distinta de la realidad. El negocio aparente, que es ficticio, esconde uno diferente (art. 333).

La simulación puede recaer sobre la naturaleza del contrato, sobre su contenido o sobre la persona de los contratantes.

Su regulación legislativa está contenida en los artículos 333 a 337 del Código Civil y Comercial.

⁸² BORDA, *Parte general cit.*, t. II, N° 1165.

El nuevo Código no ha contemplado el supuesto de simulación absoluta, que se da cuando el negocio ficticio no esconde acto alguno.

549. Su aplicación a la partición extrajudicial

El instituto de la simulación teóricamente es aplicable a la partición extrajudicial, en especial cuando ella recae sobre el contenido del acto particionario; pero en la práctica es muy difícil su invocación.

En efecto: cabe hablar de la simulación entre coherederos, la cual, cuando es lícita, otorga acción a los coherederos para denunciarla (art. 334). Pensemos, por ejemplo, en una partición extrajudicial de dos herederos, quienes, por razones de discreción o de modestia de uno de ellos, convienen ambos en simular lotes que en realidad no son los verdaderos, firmando el correspondiente contradocumento: es difícilmente imaginable una hipótesis así. Si la simulación es ilícita, los coherederos carecerían de acción para hacer valer la partición real (art. 335).

Mayor interés despierta el supuesto de la existencia de acreedores frente al acto particionario. Ante todo, hay que aclarar que los acreedores que pueden invocar la simulación son los acreedores de los herederos, pues a los acreedores del causante les resultaría más fácil impedir la partición o su aprobación hasta que les fueran satisfechos sus créditos (art. 2359), que recurrir a la simulación.

Como el interés es la medida de las acciones, los acreedores de los herederos sólo podrían invocar la simulación cuando ésta les provoque un daño patrimonial. Ese daño vendría dado por la insolvencia (parcial) del heredero deudor, consecuencia de la hijuela de menor valor que simuladamente se le adjudicó.

En la partición extrajudicial el acto simulado se produce por acuerdo de los coherederos. Se trata de casos de simulación relativa: hay un acto aparente que esconde otro real. El acto aparente es el que refleja una partición en la cual un coheredero recibe menos bienes hereditarios que los que reciben los otros. En el acto real que se encubre, todos los herederos reciben partes iguales. En principio, esta simulación se produce para perjudicar a un tercero, el acreedor del coheredero que aparentemente recibe menos bienes. La acción de simulación iniciada por el acreedor provocará la nulidad del acto aparente, quedando en

pie el acto real que le otorgará más bienes a ese coheredero deudor, hasta igualar el reparto. El acreedor deberá acumular a la acción de simulación la acción de nulidad de la partición.

La dificultad de la acción de simulación reside en el aspecto práctico relativo a la prueba, máxime cuando en esta partición los coherederos tienen la más absoluta libertad para formar los lotes. El actor deberá probar, por eso, que su deudor recibió menos porque medió simulación acordada con los otros coherederos. Pero actuando el acreedor como tercero, rige el principio de amplitud de la prueba: presunciones, testigos, no necesidad del contradocumento, etcétera. Una presunción importante sería, por ejemplo, el recibir bienes, máxime si lo hace a título gratuito o por precio vil, ajenos a la partición, de los herederos que recibieron más.

Si el acto simulado tuviera una finalidad fraudulenta, resultaría mucho más fácil probar el fraude.

550. Prescripción

El término de la prescripción es de dos años (art. 2562, inc. a). Para las partes, se lo cuenta desde que una de ellas exterioriza su propósito de desconocer la convención; requerida por una de las partes, se niega a dejar sin efecto el acto simulado (art. 2563, inc. b); para los terceros, desde que conoció o pudo conocer el vicio del acto jurídico (art. 2563, inc. c).

551. Fraude en perjuicio de los acreedores del heredero: su aplicación a la partición extrajudicial

Su campo propio de acción se da entre los acreedores de los herederos, pues —como hemos dicho— los acreedores del causante cuentan con medios legales específicos para impedir la entrega de los bienes adjudicados (art. 2359).

Las condiciones generales para la procedencia de la acción revocatoria o pauliana, posibilitando al acreedor de un heredero la revocación de la partición fraudulenta, son las siguientes:

- a) En primer lugar, es necesario que el crédito en virtud del cual

se intenta la acción, sea de fecha anterior al acto del deudor, excepto que el deudor haya actuado con el propósito de defraudar a futuros acreedores (art. 339, inc. a).

b) En segundo lugar, es necesario que el acto haya causado o agravado la insolvencia del deudor (art. 339, inc. b); de lo contrario, el acreedor no podría alegar perjuicio, pues los bienes del heredero deudor le alcanzarían para satisfacer su crédito. La insolvencia, en materia de partición, implica que los bienes de la hijuela del heredero deudor—realizada de acuerdo con los herederos para defraudar al acreedor—no alcanzan a cubrir el crédito.

c) En tercer lugar, para que prospere la acción en el caso de que el acto sea oneroso, el artículo 339, inciso c, exige que el tercero (aquí, coheredero) sea cómplice en el fraude, porque conocía que el acto provocaba o agravaba la insolvencia del heredero deudor. Este requisito no es exigido cuando se trata de un acto a título gratuito.

Pongamos un ejemplo: un causante viudo deja tres hijos A, B y C. La herencia consiste en un campo de 1.800 has, perfectamente divisible, por un valor de \$ 1.800.000 (a razón de \$ 1.000 la ha). Los hijos son mayores de edad y hacen la partición extrajudicial por escritura pública, haciendo lotes desiguales: el hijo A recibe una fracción de 800 has (valor \$ 800.000); el hijo B otra de 800 has (valor \$ 800.000), y el hijo C otra de 200 has (valor \$ 200.000). Agregamos que los herederos carecen de bienes propios de valor significativo. El hijo C tiene una deuda con un tercero de \$ 400.000.

En principio la partición es válida porque en la partición extrajudicial se pueden hacer lotes con valores diferentes, pero en este caso el acreedor entiende que esa partición desigual se ha efectuado con el fin fraudulento de impedir el cobro de su crédito. El acreedor tendrá que probar los requisitos que la ley exige: 1) Que el deudor se halle en estado de insolvencia. En el ejemplo dado, el hijo C (deudor) no puede pagar la deuda de \$ 400.000 a su acreedor, porque sólo recibe \$ 200.000. 2) Que el perjuicio resulte del acto mismo de la partición. 3) Que el crédito sea de fecha anterior al acto de la partición. 4) El problema surge con el cuarto requisito, pues si el acto del deudor es a título oneroso el adquirente debe ser cómplice en el fraude.

Esto, aplicado a la partición, significaría lo siguiente: la partición,

en principio, debe ser igualitaria (esto no implica afirmar el principio de igualdad, exclusivo de la partición judicial). En el ejemplo dado esta igualdad se daría si cada heredero hubiera recibido 600 has de campo, equivalente a \$ 600.000 cada uno. El acreedor considera que la partición se hizo así con el fin fraudulento de mantener en insolvencia a su deudor, para no pagar íntegramente la deuda de \$ 400.000. La partición sería fraudulenta porque su deudor recibió menos de lo que, en principio, le debió corresponder, que sería 600 has. Consecuentemente habría que considerar que los coherederos A y B recibieron de su hermano C 200 has cada uno, en total 400 has en más de lo que debieron recibir.

Esa transferencia oculta entre hermanos, ¿fue a título gratuito o a título oneroso? El carácter gratuito u oneroso se refiere al hecho de que en estas asignaciones dispares, esa disparidad (en lo que hace al monto que rompe la igualdad) se debe a un acto gratuito entre coherederos o a un acto oneroso entre ellos, respectivamente. Si fue a título gratuito los coherederos que recibieron las hijuelas mayores (A y B) no tendrán que pagar nada al heredero C; si fue a título oneroso, los herederos A y B tendrán que pagar ocultamente a C, \$ 200.000 cada uno.

Al acreedor perjudicado le conviene afirmar que esa transferencia fue a título gratuito, pues le bastaría probar los dos requisitos contenidos en el artículo 339; sería difícil de imaginar que los coherederos beneficiados lo negaran, reconociendo que pagaron un monto adicional al que menos recibió, porque delatarían en su perjuicio la complicidad en el fraude.

Si fue a título oneroso, el acreedor tiene que probar además la complicidad de los demás coherederos (art. 339, inc. c). Esta complicidad se presume si los coherederos sabían que con esa partición se perjudicaba al acreedor.

552. Efectos de la acción pauliana

El efecto típico de la acción pauliana es la inoponibilidad del acto. En otras palabras, el acto impugnado es inoponible a los acreedores, y no implica, en rigor, una nulidad (art. 338).

A nuestro juicio, este efecto limitado de inoponibilidad no es aplicable a la partición, pues ésta es un acto complejo formado por hijuelas,

y la nulidad del contenido de una de ellas repercute en las demás. La acción revocatoria ejercida por un acreedor de un coheredero insolvente llevaría, normalmente, a la nulidad de la partición. Sin perjuicio de que el juez pueda recurrir a otras medidas de rectificación de la partición, que eviten la nulidad total de ella.

553. Prescripción

El término de la prescripción de la acción pauliana es de dos años, que se cuenta desde que los acreedores conocieron o pudieron conocer el vicio del acto (art. 2563, inc. f).

554. Lesión subjetiva: su aplicabilidad a la partición extrajudicial

La ley 17.711 introdujo la lesión subjetiva en materia contractual en el artículo 954, reproducido en el artículo 332 del nuevo Código. Esta lesión puede ser de aplicación a la partición extrajudicial.

El artículo 332, párrafo 1º, dice: "Puede demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación". Refiriendo el artículo a la partición extrajudicial, se produciría la lesión si alguno o algunos de los copartícipes hubieran obtenido una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada. Esta desproporción se traduciría en una desigualdad considerable en el valor de las hijuelas.

La idea de explotación del estado de necesidad, de ligereza o de inexperiencia enmarca al precepto en la tesis subjetiva de la lesión. Uno o varios herederos, explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de otro u otros, obtendrían una partición con ventajas patrimoniales evidentemente desproporcionadas, y esa circunstancia haría pasible a la partición de su nulidad o rectificación, con los alcances que luego veremos.

El artículo 332, párrafo 2º, presume, *iuris tantum*, que hay explotación en el caso de notable desproporción de las prestaciones. A su

vez, la explotación debe basarse en la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra parte.

Es difícil concebir el aprovechamiento del "estado de necesidad" de un coheredero. No se trata de un contrato bilateral en el cual uno, aprovechándose de la necesidad del otro, lo induce a contratar, obteniendo una ventaja desproporcionada, sino de una partición en la cual todas las partes —coherederos— se van a ver beneficiadas. Aquí no hay necesidad de desprenderse de bienes a cambio de una contraprestación vil, sino de realizar un acto particionario en el cual lo recibido no lo es a cambio de contraprestación alguna.

Más fácil resulta admitir la explotación de un coheredero aprovechándose de su "ligereza". Actuar con ligereza implica, en castellano, hacer algo de cierta importancia pero irreflexivamente. La falta de reflexión, de suficiente meditación, es lo que caracteriza la ligereza. No es necesario que medie un estado patológico especial —transitorio o permanente— para invocar la ligereza.

La ligereza, en materia de partición, puede darse con facilidad. Muchas veces, unos herederos imponen su voluntad, en el reparto hereditario, a otros herederos que no han hecho adecuadamente los cálculos de valores, o que han sido menos reflexivos en el análisis de los bienes repartidos, o a quienes, por distintas circunstancias, les ha faltado la reflexión necesaria en el acto particionario.

La "inexperiencia" puede ser también frecuente en la partición. No se trata, necesariamente, de la inexperiencia en el propio acto particionario, sino de la inexperiencia que lleva al desconocimiento del verdadero valor de los bienes sucesorios. Pensemos, por ejemplo, en el coheredero que, sin conocer el alto valor llave de un negocio sobre el cual carece de experiencia, acepta una partición que resulta inicua. Pensemos también en el caso de un coheredero —el hermano menor—, carente de experiencia en la explotación de los bienes hereditarios, que acepta la partición que le imponen los demás hermanos aprovechándose de su estado de inferioridad.

Creemos que la ley, al referirse a la necesidad, ligereza o inexperiencia, no ha pretendido limitar la protección únicamente a esos casos, sino que se la debe extender a toda situación de inferioridad que sea explotada por el otro contratante.

Por otra parte, en la partición —presidida, comúnmente, por la buena fe que surge de las relaciones de familia—, los jueces deben ser muy amplios para aceptar estos estados de ligereza o inexperiencia cuando media desproporción evidente entre los copartícipes. Haciéndolo así, aplicarán, en todo caso, el principio de buena fe que debe presidir la contratación (art. 961). “Nada se opone —dice Enneccerus, refiriéndose al Derecho alemán— a que un contrato en que la prestación sea extraordinariamente desproporcionada, según la opinión general de los hombres que piensan con espíritu de equidad y justicia, se tenga por contrario a la moral y, en consecuencia, nulo a tenor del artículo 138, párrafo 1º, aunque no medie explotación de la situación de necesidad, de ligereza o de inexperiencia”. Los razonamientos del jurista alemán pueden ser válidos para nuestro Derecho y, consecuentemente, para el acto particionario.

En todo caso, quedará al prudente arbitrio judicial la cuantificación de la “evidente desproporción”. Los cálculos para determinar la evidente desproporción deberán tener en cuenta los valores al tiempo de la partición, y la desproporción deberá subsistir al tiempo de la demanda (art. 332, parr. 3º).

Nos hemos referido a la lesión subjetiva en la partición extrajudicial. En ella los herederos presentes y capaces (art. 2369) tienen la más absoluta libertad para formar lotes, pudiendo éstos contener porciones desiguales. La lesión patrimonial se producirá cuando un heredero explota la necesidad, ligereza o inexperiencia de otro, “produciéndose” por ella la desigualdad en los lotes o “acentuando” la desigualdad que iba existir en ellos. Por eso consideramos que esta nulidad prevista en el artículo 332, párrafo 4º del Código Civil y Comercial, sólo es aplicable a la partición extrajudicial.

Consecuentemente no tendría cabida la norma en la partición judicial, en la que no se concibe al partidor haciendo hijuelas “desproporcionadas y sin justificación”, y menos al juez homologando esa partición. Si tales diferencias notables son ocultadas en la partición porque provienen, por ejemplo, de tasaciones arbitrarias, la desproporción podría originarse en vicios del consentimiento. Pero pensamos que la norma —referida a las particiones— no puede interpretarse así.

555. La opción del afectado

El afectado en su porción hereditaria podrá ejercer la opción que le otorga el artículo 332 párrafo 5º: demandar la nulidad o pedir un reajuste equitativo del convenio.

En el primer supuesto, es decir, si sólo se demanda la nulidad, los demandados podrán ofrecer el reajuste de la partición, salvando en ese caso el interés del accionante.

556. Prescripción

Se aplica el plazo genérico de cinco años establecido en el artículo 2560. Los cinco años se cuentan a partir del acto, que es el acto de partición.

B. NULIDAD DE LA PARTICIÓN JUDICIAL

557. Causas de la nulidad de la partición judicial

La acción de nulidad de la partición efectuada judicialmente, según venimos exponiendo, debe basarse en la violación del principio de igualdad, que es el que marca el perjuicio sufrido por el actor. La invocación y prueba de los vicios del consentimiento resultan accesorias, pues sólo cumplen una función explicativa del porqué se violó el principio de igualdad. Esto nos lleva a la siguiente conclusión: se puede prescindir de esos vicios aunque existan en las declaraciones de voluntad que sirven de base a la partición judicial. Lo que resulta imprescindible para que prospere la acción de nulidad de la partición es probar que el actor ha sido perjudicado en la partición porque en ella no se ha respetado el principio de igualdad, fin último de esta institución. Lo mismo cabe decir de la simulación y el fraude en perjuicio de terceros, incluso de los vicios del procedimiento. Todo ello referido a la partición judicial.

Por otra parte, los vicios del consentimiento con el alcance referido tendrían que vincularse con el partidor, que es el que hace la partición. El error no necesariamente tiene que ser compartido por otro, por ejemplo, por algún heredero. En cambio, en el dolo y la violencia por lo menos tiene que haber dos afectados: el que lo provoca y el que

lo sufre: el partidor no podría quedar al margen tampoco de estos vicios. Lo mismo cabe decir de la simulación y el fraude.

Teniendo presente el carácter accesorio que venimos dando a los vicios del consentimiento en la partición judicial, incluyendo la simulación y el fraude, sólo nos referiremos brevemente a la factibilidad de la existencia de ellos e, incidentalmente, al problema de su prueba.

558. Vicios de la voluntad en la partición judicial

A) *Error en la partición judicial.* Caben estos supuestos:

a) *Error sobre la naturaleza del acto.* Cuando se promueve el proceso sucesorio y se hace en él la partición, resulta prácticamente imposible que tenga cabida este error.

b) *Error sobre el objeto.* Puede suceder que el partidor hubiese adjudicado una cosa creyendo que adjudicaba otra, siempre que el valor de una y otra cosa fuera diferente. En este último caso —como dice Guaglianone⁸³— la nulidad no derivaría del error, sino de un motivo especial a toda partición: la violación del principio de igualdad, pues el monto de las adjudicaciones no corresponderían, en la realidad, al importe de las respectivas hijuelas. Así se ha manifestado la jurisprudencia⁸⁴.

El error sobre el objeto se aplica a supuestos análogos, como inclusión o exclusión indebida de bienes que pueden darse en la partición judicial. La invocación del error vale como factor explicativo. Nos remitimos a lo expuesto en el N° 271, G, 4.

c) *Error sobre la calidad de la cosa.* Se adjudica una cosa creyendo que posee una calidad determinada y resulta que no tiene esa calidad o que su calidad es diferente. Se necesita que la distinta calidad se traduzca en valores desiguales. En este último caso se anularía la partición por violación del principio de igualdad, y no por el error.

d) *Error en la persona.* Respecto al error en la persona, proveniente de la "inclusión" de un extraño en la declaratoria de herederos (heredero aparente) o de la exclusión de un heredero real, es posible que se

⁸³ GUAGLIANONE, ob. cit., p. 131.

⁸⁴ J. A. 37-1345.

produzca dicho error en la partición judicial. La invocación del error sólo servirá como elemento explicativo.

B) *Dolo en la partición judicial.* En la partición judicial es muy difícil que se pueda dar el dolo, por la garantía que implica el proceso sucesorio y la intervención del juez. Pero el dolo es posible. La nulidad de la partición se produciría aquí por la violación del principio de igualdad, provocado por el dolo. El dolo no sería más que una causa explicativa de la violación de ese principio. Si el dolo no produjera un perjuicio en la distribución de las hijuelas, no habría interés jurídico para accionar.

C) *Violencia en la partición judicial.* La violencia física es imposible que se dé en la partición judicial. Si se trata de violencia síquica o intimidación, también es prácticamente imposible que ocurra en esta partición. Si hipotéticamente llegara a existir, la nulidad surgiría por violación del principio de igualdad; si éste no se violara, no habría interés que proteger.

559. Simulación y fraude en la partición judicial

A) *Simulación.* En la partición judicial es muy difícil que pueda darse la simulación, pues para que ésta exista se necesita más de una persona. Habría que imaginar que el que hace la partición, que es el partidor, entra en connivencia con algún heredero, simulando algo que no es real, para perjudicar a otros herederos. Esta connivencia también podría tener lugar para perjudicar al acreedor de algún heredero. Por ejemplo, adjudicando al heredero deudor un bien por un valor simulado, que es muy superior al valor real y que impedirá el cobro total del crédito.

En el primer caso al heredero perjudicado le basta probar que en la partición judicial se violó el principio de igualdad. Invocar y probar la simulación para explicar que se violó el principio de igualdad, resultaría difícil y totalmente inútil. De la misma manera, al acreedor del heredero deudor, que no podría cobrar su crédito, le bastaría probar que el valor de lo que recibió su deudor en su hijuela es inferior al que le correspondía, porque se violó el principio de igualdad. ¿De qué serviría probar la simulación?

B) *Fraude en perjuicio del acreedor del heredero*. En la partición judicial también es muy difícil que se produzca el fraude en perjuicio del acreedor de un heredero. Aquí no se trata de un acto celebrado por su deudor, sino emanado de un tercero, el partidor, que es nombrado por el juez. Lo que el acreedor del heredero tiene que probar es que su deudor recibió de menos en la partición, es decir, que se violó el principio de igualdad; de ahí, su perjuicio. ¿Qué importa que el partidor (que no es un heredero, aunque hay que imaginarlo en connivencia con algún heredero) actuara con el fin de perjudicar a su acreedor? El fraude en perjuicio del acreedor es irrelevante ante la violación del principio de igualdad.

Esto lo vio con claridad Guaglianone⁸⁵: “Si la partición fuese judicial —dice— los acreedores de un copartícipe no podrían ejercer a su respecto la acción pauliana porque no se trata de un acto celebrado por su deudor, sino emanado de un tercero, que salvo desaprobación judicial, impone su parecer a los copartícipes. Pero sería posible a esos acreedores requerir se revocara la conformidad prestada a una partición violatoria del principio de igualdad, y de ese modo obtener su reforma o forzar una decisión judicial sobre la regularidad del acto”.

560. Vicios del procedimiento

El proceso partitivo, incluyendo en él las operaciones previas de inventario y avalúo, puede ser atacado de nulidad en el mismo proceso, en las distintas etapas que contiene, cuando se violan las normas procesales pertinentes. El medio procesal para impugnar esas violaciones será el incidente de nulidad.

Ya hemos dicho que cabe la acción de nulidad de la partición, como acción autónoma, después de quedar firme el auto homologatorio de la partición judicial. ¿Cabe atacar la partición judicial, por esa acción de nulidad, porque han mediado vicios del procedimiento? Entendemos que no. Según lo que venimos exponiendo, la partición judicial, homologada y firme, con o sin vicios del procedimiento, sólo puede ser atacada cuando se viola el principio de igualdad entre los

⁸⁵ GUAGLIANONE, ob. cit., p. 134.

coherederos. No violándose éste, no habrá interés para invocar los vicios del procedimiento. Si se viola el principio de igualdad, esa violación justificará la acción de nulidad; si además hay vicios de procedimiento, éstos servirán para explicar indirectamente el porqué se produce la violación de ese principio.

III. PARTICIÓN POR LOS ASCENDIENTES

561. Partición por los ascendientes: introducción

La partición efectuada por los ascendientes en testamento o por donación respecto de los bienes de sus herederos (sus descendientes) no pone fin a la comunidad hereditaria como en las otras particiones, sino que impide el nacimiento de tal comunidad. A la muerte del causante, cuando se abre la sucesión, los bienes ya están repartidos entre los descendientes de tal forma que el caudal relicto —si la partición se ha hecho por testamento— no forma una masa indivisa⁸⁶.

Naturalmente que si esta partición no comprende todos los bienes, el impedimento para la creación de la comunidad hereditaria se producirá respecto de los bienes sometidos a partición, y no a los que quedaron fuera de ella. Respecto de estos últimos surgirá la comunidad hereditaria a la cual pondrá fin la partición común.

562. Disposiciones comunes

El nuevo Código Civil y Comercial, Título VIII, Capítulo 7, ha destinado cuatro artículos a las disposiciones comunes a las dos formas de hacer esta partición: por donación y por testamento.

a) *Partición de bienes propios y gananciales*. El artículo 2411, párrafo 1º expresa: “*Personas que pueden efectuarla*. La persona que tiene descendientes puede hacer la partición de sus bienes entre ellos por donación o por testamento...”

Esta norma, siguiendo al artículo 3514, parte 1ª del Código Civil de Vélez, prevé igualmente que la partición por ascendientes puede hacerse por donación o por testamento. El párrafo 2º dispone: “Si es casada, la

⁸⁶ MESSINEO, ob. cit., t. VII, p. 401.

partición de los bienes propios debe incluir al cónyuge que conserva su vocación hereditaria. La partición de los gananciales sólo puede ser efectuada por donación mediante acto conjunto de los cónyuges”.

Ese párrafo se sitúa en el caso de que la partición la haga una persona casada que tenga bienes propios y bienes gananciales. Si la partición recae sobre bienes propios, debe incluir al cónyuge que es heredero forzoso. Cuando hay bienes gananciales, la partición puede ser efectuada por donación mediante un acto conjunto de los cónyuges.

La norma ha superado el problema que se producía en el Derecho anterior, cuyo artículo 3526 decía: “La partición por el ascendiente entre sus descendientes, no puede tener lugar cuando existe o continúa de hecho la sociedad conyugal con el cónyuge vivo o sus herederos”. Se quería evitar así una donación de bienes que sirviera de partición cuyo titular todavía permanecía indeterminado hasta la liquidación de la sociedad conyugal⁸⁷. La subsistencia de la sociedad conyugal impediría partir de modo actual los bienes gananciales.

Guastavino⁸⁸ admitió la posibilidad de que se haga esa partición conjuntamente —observa que el artículo 3526 sólo se refiere al supuesto de partición hecha por uno solo—, aunque limitándose en cuanto a los bienes que pueden incluirse en ella, quedando esos bienes circunscritos a los gananciales. En otras palabras, dicho autor admitió esa partición conjunta referida exclusivamente a los bienes gananciales. Su opinión influyó en la redacción de este párrafo 2º del artículo 2411.

b) *Partición parcial*. El artículo 2412 permite la partición parcial. Dice así: “*Bienes no incluidos*. Si la partición hecha por los ascendientes no comprende todos los bienes que dejan a su muerte, el resto se distribuye y divide según las reglas legales”.

El artículo admite, refiriéndose a ambas particiones, la partición

⁸⁷ BORDA, ob. cit., p. 501; GUASTAVINO, *Partición, donación conjunta*, en J. A. 1960-V-35, sec. Doct.

⁸⁸ GUASTAVINO, ob. cit., nota 1124; FORNIELES, ob. cit., t. I, p. 347, admite la partición conjunta de bienes gananciales; BORDA, ob. cit., N° 714, aceptando la opinión de Guastavino, agrega: la partición-donación debe excluir siempre al cónyuge de los beneficiarios, aunque sólo se trate de bienes gananciales, porque aun en este caso la consecuencia del acto sería atribuirle carácter propio (del cónyuge beneficiado) a un bien de naturaleza ganancial, lo cual es contrario al régimen de la comunidad conyugal, cuya organización no puede ser alterada por voluntad de los esposos.

parcial, en cuyo caso el resto de los bienes sigue las reglas legales. La partición parcial era admitida tácitamente en el artículo 3520 del Código Civil de Vélez.

c) *Colación*. El artículo 2413 expresa: "*Colación*. Al hacer la partición, sea por donación o por testamento, el ascendiente debe colacionar a la masa el valor de los bienes que anteriormente haya donado y sean susceptibles de colación".

Si la partición se hace por testamento, se debe colacionar el valor de las donaciones que el testador haya hecho en vida a alguno de sus descendientes: se aplican las normas generales de la colación. Si la partición se hace por donación, la idea de colación no encaja con las normas a ella destinadas. Con todo, las donaciones efectuadas con anterioridad a la partición se deben colacionar, según dispone el artículo. La norma es similar a la contenida en el artículo 3530 del Código de Vélez.

La colación que hace el ascendiente al momento de realizar la partición representa una excepción a la idea de que ésta debe realizarse después de la muerte del causante. Por eso dudamos de la procedencia del término en este supuesto, aunque reconocemos el espíritu igualitario que mueve a la norma, en concordancia con lo que esencialmente es la colación. Lo que el artículo quiere expresar es que el donante debe tener en cuenta las donaciones efectuadas con anterioridad, para realizar la partición sin afectar la igualdad de sus futuros herederos forzosos. No creemos que se pueda hablar de colación en este supuesto.

d) *Mejora*. El artículo 2414 expresa: "*Mejora*. En la partición, el ascendiente puede mejorar a alguno de sus descendientes o al cónyuge dentro de los límites de la porción disponible, pero debe manifestarlo expresamente".

En la partición, sea por donación o por testamento, el ascendiente puede mejorar, siempre que lo haga expresamente, a alguno de sus descendientes o al cónyuge.

El nuevo Código terminó con la confusión y contradicción del viejo artículo 3524 sobre la posibilidad de mejorar en la partición por donación y por testamento.

563.A) Partición por donación: precedentes

El precedente de esta institución se encuentra en el Derecho Romano antiguo en el cual el causante podía practicar la división de sus bienes en vida entre sus descendientes sin necesidad de recurrir al testamento. En el Derecho justiniano se concedió esa facultad, con plenos efectos divisorios (se duda de los efectos traslativos), a los ascendientes respecto de sus descendientes. La institución se denominó *divisio inter liberos*.

564. Concepto

Esta partición tiene lugar cuando los padres u otros ascendientes hacen en vida la partición de sus bienes entre sus hijos y descendientes, mediante la donación de ellos.

Se considera que esta forma de partición tiene una naturaleza híbrida, pues sin dejar de ser donación produce los efectos de una partición hereditaria extrajudicial: igualdad de lotes (si son desiguales, tal desigualdad no puede afectar las legítimas), garantía entre los beneficiarios, acción de reducción, etcétera. Por eso, llegado el momento de abrir la herencia del donante, en lugar de hacer la partición de ella, se considera ya efectuada⁸⁹. Martín Lázaro, aceptando esta hibridez, le llama negocio jurídico mixto, pero de eficacia irrevocable⁹⁰.

La partición por donación se distingue de las simples donaciones como anticipos de herencia, porque la primera se hace, en principio, en un solo acto, representado en un instrumento público o privado según la clase de bienes que contenga, y abarca y describe los distintos bienes que se reparten, en tanto que las segundas instrumentan el acto de la donación.

Entre nosotros es una institución muy poco usada. No se ve la ventaja que pueda tener, incluso en el orden teórico, pues si los padres quieren favorecer en vida a sus hijos, pueden usar el procedimiento más simple de la donación, que es el que efectivamente se realiza.

⁸⁹ DE GÁSPERI, ob. cit., t. II, N° 301.

⁹⁰ MARTÍN LÁZARO, *La partición de herencia hecha por actos entre vivos*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2° sem., ps. 215 y ss.

No creemos aconsejable que el padre se despoje en vida de todo su patrimonio a través de donaciones a sus hijos, pues su vaciamiento patrimonial en muchos casos provocará situaciones penosas frente a los que benefició generosamente. El Código Civil italiano de 1942 la suprimió lisa y llanamente, y esa supresión es la que siempre propugnamos para nuestro Derecho.

565. Objeto de la partición

La partición tiene que versar sobre los bienes presentes, ya se incluyan todos o una parte de ellos.

El artículo 2415 expresa en este sentido: "*Objeto*. La partición por donación no puede tener por objeto bienes futuros.

"Puede ser hecha mediante actos separados si el ascendiente interviene en todos ellos".

Cuando la partición se refiere a todos los bienes no deja de ser total porque el donante se reserve algunos bienes indispensables, como la ropa y los muebles de la casa⁹¹.

La partición no alcanza a los bienes que el ascendiente no incluyó voluntariamente en la partición, ni a los que hubiese adquirido con posterioridad.

566. Derechos que puede transmitir

El artículo 2416 del nuevo Código expresa: "*Derechos transmitidos*. El donante puede transmitir la plena propiedad de los bienes donados, o bien únicamente la nuda propiedad reservándose el usufructo.

"También puede pactarse entre el donante y los donatarios una renta vitalicia a favor del primero".

El donante puede transmitir la plena propiedad de los bienes donados o sólo la nuda propiedad.

También puede pactarse entre el donante y el donatario una renta vitalicia a favor del primero.

Todo esto dependerá de la voluntad del donante, que también involucraría al donatario al momento de aceptar la donación.

⁹¹ Conf.: BORDA, ob. cit., N° 733.

567. Revocación

El artículo 2420 dispone: "*Revocación.* La partición por donación puede ser revocada por el ascendiente, con relación a uno o más de los donatarios, en los casos en que se autoriza la revocación de las donaciones y cuando el donatario incurre en actos que justifican la exclusión de la herencia por indignidad".

La partición por donación es irrevocable, pero el ascendiente puede revocarla en los casos en que se autoriza la revocación de donaciones y en los casos que justifican la exclusión por indignidad.

Estos caracteres impiden que la partición se haga bajo condiciones que dependan de la sola voluntad del disponente, ni bajo reserva de disponer de las cosas donadas con ulterioridad.

568. Forma

Aunque el nuevo Código guarda silencio, la partición por donación debe hacerse en las formas prescritas para las demás donaciones.

Quiere decir, pues, que tratándose de donaciones de inmuebles se necesita *ad solemnitatem* la escritura pública (art. 1017, inc. a). En cambio, en materia de muebles basta el instrumento privado.

569. Acción de reducción

El artículo 2417 expresa: "*Acción de reducción.* El descendiente omitido en la partición por donación o nacido después de realizada ésta, y el que ha recibido un lote de valor inferior al correspondiente a su porción legítima, puede ejercer la acción de reducción si a la apertura de la sucesión no existen otros bienes del causante suficientes para cubrirla".

El artículo representa una innovación, pues engloba los tres supuestos dándoles la misma solución: la acción de reducción. En el Código de Vélez en los dos primeros supuestos (cuando el donante ha omitido a un descendiente o éste ha nacido después de realizada la partición) se declaraba nula la partición, no produciendo ningún efecto porque ésta debe comprender a todos los descendientes (arts.

3528 y 3529); en el tercer supuesto, es decir, cuando el descendiente recibía una porción inferior al valor de su legítima, los demás descendientes podían ejercer la acción de reducción.

El nuevo Código elimina una exigencia fundamental del Código de Vélez: que la partición para ser válida tiene que comprender a todos los descendientes; de ahí que en los dos primeros casos no podían ejercer la acción de reducción.

La norma se rige por los principios generales de la reducción. Esta acción sólo se puede ejercer una vez muerto el causante-donante.

570. Valor de los bienes

El artículo 2418 dispone: "*Valor de los bienes.* En todos los casos, para la colación y el cálculo de la legítima, se debe tener en cuenta el valor de los bienes al tiempo en que fueron hechas las donaciones, apreciado a valores constantes".

Para la colación y el cálculo de la legítima se debe tener en cuenta el valor de las donaciones al tiempo en que fueron hechas, con el cálculo por depreciación.

El problema se presenta cuando hay que ejercer las acciones de colación o de reducción, que necesariamente deben hacerse después de muerto el causante. El criterio del legislador varía, a nuestro juicio sin razón suficiente, con lo establecido en el artículo 2385, párrafo 2º que lo fija a la época de la partición cuando media colación.

571. Efectos de la partición por donación

Los efectos de la partición por donación deben ser estudiados atendiendo a dos periodos distintos: los efectos producidos en vida del causante y los efectos nacidos después del fallecimiento.

A) *Efectos en vida del causante.* Estos efectos se producen con relación al ascendiente, con relación a los terceros y con relación a los otros beneficiarios:

a) *Con relación al ascendiente.* Los hijos adquieren los bienes en plena propiedad una vez aceptada la donación, y con carácter, en prin-

cipio, irrevocable (art. 2420). Como consecuencia de ello adquieren las acciones correspondientes para proteger su titularidad. En nuestra opinión, pese a no existir una norma que así lo establezca, si la partición comprendiera todos los bienes presentes, los donatarios estarán obligados al pago de las deudas del ascendiente.

La responsabilidad de los donatarios no se da cuando el ascendiente tiene bienes suficientes para pagar las deudas, es decir, cuando la donación es parcial, a menos que así se haya dispuesto en el acto de la donación.

Esta obligación del pago de deudas es propia de la partición por donación. Escapa del marco de las donaciones, pues en ellas el donatario no está obligado en principio al pago de las deudas del donante. En la partición por donación se le trata al donatario como heredero, que es el que responde por las deudas del causante. Pareciera como si se adelantara en el tiempo, a estos efectos, su futura cualidad de heredero.

b) *Con relación a los acreedores.* Si la partición es total, como ya hemos dicho, los acreedores tienen acción contra los donatarios por el pago de las deudas del causante, pero también conservan esa acción contra el donante.

c) *Con relación a los demás donatarios.* Se deben garantía por evicción. El artículo 2419 dice en este sentido: "*Garantía de evicción.* Los donatarios se deben recíprocamente garantía de evicción de los bienes recibidos.

"La acción puede ser ejercida desde que la evicción se produce, aun antes de la muerte del causante".

Esta garantía puede exigirse desde que la evicción se produce, sin necesidad de esperar la muerte del causante. Este criterio no está en contradicción con lo dicho respecto de la acción de nulidad, pues se trata de una acción que no va contra el donante sino contra los mismos donatarios. La ley quiere aquí que la igualdad que les ha otorgado el ascendiente se mantenga entre los donatarios, sin necesidad de esperar el fallecimiento del donante.

La garantía por evicción la otorgaba el Código Civil de Vélez en los mismos términos en el artículo 3535.

B) *Efectos después del fallecimiento del donante.* Si al fallecimiento del causante no hubiese dejado otros bienes, el descendiente sólo tendrá los derechos y obligaciones que ya tenía desde el momento que aceptó la donación, y que hemos visto precedentemente.

Si el causante dejase bienes al descendiente, éste puede optar por aceptar o renunciar la herencia, con independencia de los bienes recibidos en vida. Por eso, si decide renunciar, puede conservar los bienes recibidos en la donación, en tanto no dañe la legítima de los coherederos. Si acepta la herencia, también puede conservar la donación, pero igualmente en tanto no afecte la legítima de los demás.

572.B) Partición por testamento: precedentes

El Derecho Romano admitió desde la época antigua que el ascendiente practicara la división de sus bienes entre sus descendientes por medio del testamento, y aun sin forma testamentaria, con la particularidad de que no producía efectos traslativos directamente, sino que debía ser tenida presente en la partición convencional o judicial⁹². En la época de Justiniano se concedió esta facultad, con plenos efectos divisorios, a los testadores respecto de sus descendientes, mediante el llamado *testamentum inter liberos*, e incluso sin necesidad de testamento, haciendo la *divisio inter liberos*⁹³.

573. Concepto

La partición puede hacerla el propio testador en su testamento. Si el testador es el dueño de los bienes y puede transmitirlos por testamento, no puede negársele que realice esa trasmisión de un modo determinado, dando o asignando a cada heredero bienes concretos.

Ahora bien, por ser una partición, el testador debe proceder con ánimo de partir, mencionando las cosas a efecto de su división entre los herederos, y no como institución *ex re certa* o como legado. El bien concreto debe ser atribuido para satisfacer total o parcialmente la cuota hereditaria correspondiente a un heredero, cosa que no puede

⁹² Digesto, 10, 3, 20, 3.

⁹³ Novela, 18, 7, y 107, 3.

sucedan en el legado⁹⁴. En consecuencia, y pese a las dificultades que la distinción puede provocar en la práctica, debe entenderse que hay partición por testamento cuando el bien o bienes concretos se señalan con el fin de hacer la división, no para instituir heredero en cosa cierta ni para otorgar legados.

574. Revocación

El artículo 2421 dispone: "*Enajenación de bienes*. La partición hecha por testamento es revocable por el causante y sólo produce efectos después de su muerte. La enajenación posterior al testamento de alguno de los bienes incluidos en la partición no afecta su validez, sin perjuicio de las acciones protectoras de la porción legítima que pueden corresponder.

"Sus beneficiarios no pueden renunciar a ella para solicitar una nueva partición, excepto por acuerdo unánime".

La partición hecha por testamento es revocable por el causante, y sólo produce efectos después de la muerte del ascendiente, afirmación obvia porque media un testamento.

El párrafo 2º establece, con cierta imprecisión, que el legitimario no puede renunciar a la acción de reducción y solicitar una nueva partición que involucraría la nulidad de la partición. Es decir el legitimario no puede elegir la acción de nulidad de la partición a no ser que todos los herederos estén de acuerdo. En nuestra opinión se ha buscado resolver la problemática que existía en el Código de Vélez con la aplicación indistinta de los artículos 3536 (acción de rescisión) y 3537 (acción de reducción).

575. Objeto de la partición

La partición comprende, en principio, todos los bienes del causante. Pero no hay inconveniente legal alguno para que el testador se reserve determinados bienes haciendo sólo una partición parcial. Puede ocurrir también que después de la partición adquiera nuevos bienes. En esos casos, a su muerte, dichos bienes tendrán el destino que la ley determine.

⁹⁴ LACRUZ, ob. cit., p. 482.

576. Forma

Esta partición sólo puede hacerse en testamento, cualquiera que sea la forma que se elija (art. 2411). Fuera del testamento la partición carece de validez, como sería el caso de que se hiciera en documento público o privado.

577. Efectos de la partición por testamento

El artículo 2422 dispone: "*Efectos.* La partición por testamento tiene los mismos efectos que la practicada por los herederos".

La partición efectuada en testamento tiene los mismos efectos que la partición practicada por los herederos. Pero hay una diferencia: en la partición practicada por el testador, si abarca todos los bienes del causante, no hay comunidad hereditaria; hay un impedimento para la creación de la comunidad hereditaria; en la partición efectuada por los herederos, la partición pone término al estado de indivisión hereditaria.

La partición por testamento da derecho en favor de cualquiera de los herederos a la garantía por evicción. El artículo 2423, párrafo 1º dice: "*Garantía de evicción.* Los herederos se deben recíprocamente garantía de evicción de los bienes comprendidos en sus lotes".

La garantía por evicción responde a idénticos criterios que en la partición común; los cuales están regulados en el artículo 2404 del nuevo Código.

La extensión de la garantía debe referirse al momento de la muerte del causante según dispone el párrafo 2º: "La existencia y legitimidad de los derechos transmitidos se juzga al tiempo de la muerte del causante". Abarca al caso en que el causante haya enajenado algún bien incluido en la partición (art. 2421, párr. 1º, última parte).

La partición por testamento obliga a los herederos al pago de las deudas hereditarias a partir de la muerte del causante, y en proporción a sus respectivas cuotas.

CAPÍTULO XVI

COLACIÓN

SUMARIO: I. *Colación de donaciones*. 578. Precedentes históricos. 579. Colación: concepto. 580. Presupuestos de la colación. 581. Fundamento y finalidad de la colación. 582. La colación en la sucesión testamentaria. 583. Momentos de la colación. 584. Masa que sirve de base para determinar la colación. 585. Las deudas y cargas sucesorias y la colación. 586. Momento para determinar el valor de lo donado. 587. Tipos principales de colación. 588. Posibilidad de colacionar en especie. 589. Las operaciones de colación y las de cálculo de la legítima. 590. Las donaciones a un heredero forzoso y la tesis de la aplicación absoluta de la colación entre herederos forzosos, durante la vigencia del Código Civil de Vélez Sársfield. 591. El nuevo Código Civil y Comercial: rechazo expreso de la colación absoluta entre herederos forzosos. 592. Supuesto en que lo donado supere la cuota del heredero, sin afectar la legítima de los otros descendientes o del cónyuge. 593. Dispensa de colación: modos de hacerla. 594. Donación a un descendiente o cónyuge con dispensa de colación, que excede la libre disposición. 595. La colación no opera de oficio. 596. Acción de colación: concepto y caracteres. 597. Divisibilidad de la acción de colación. 598. Juez competente. 599. La colación en el proceso sucesorio. 600. La acción de colación en el proceso contencioso. 601. Oportunidad del ejercicio de la acción. 602. Renuncia de la acción. 603. Carga de la prueba. 604. Prescripción. 605. El plenario Arce de la Cámara Nacional Civil: aspectos valorativos. 606. Sujeto activo: ¿Quiénes pueden pedir la colación? 607. Momento en que el sujeto activo debe tener el carácter de heredero forzoso. 608. El caso de acreedores y legatarios. 609. Sujeto pasivo: ¿Quiénes están obligados a colacionar? 610. Momento en que el sujeto pasivo debe tener el carácter de heredero forzoso. 611. El cónyuge como sujeto activo y pasivo de la colación: particularidades. 612. Heredero renunciante. 613. Indignos. 614. Donaciones realizadas a terceros (colación por otro). 615. Deber de colacionar de los representantes. 616. Liberalidades sujetas a colación. 617. Liberalidades que no hay que colacionar. 618. Vicisitudes de la cosa o su valor después de efectuada la donación: principio. 619. Pérdida o deterioro de la cosa donada: solución legal. 620. El problema de los frutos. 621. Enajenación de la cosa donada: imposibilidad de accionar contra terceros. 622. Donaciones nulas. 623. Caso del

artículo 2461: remisión. 624. Donaciones remuneratorias: 625. Donación de gananciales. 626. Campos de aplicación práctica de la acción de colación y de la acción de reducción. II. *Colación de deudas: concepto y fuente*. 627. Colación de deudas: concepto. 628. Deudas objeto de la colación: derechos del causante. 629. Deudas surgidas durante la indivisión. 630. Diferencias con la colación propiamente dicha. 631. Intereses de las sumas colacionables. 632. Imputación de la deuda y excedente deudor después de la imputación. 633. Coheredero deudor que a su vez es acreedor.

I. COLACIÓN DE DONACIONES

578. Precedentes históricos¹

A) *Derecho Romano*. La colación no existe en el Derecho Romano primitivo. Luego surgieron dos tipos de colación: la *collatio bonorum* (llamada también la *collatio emancipati*) y la *collatio dotis*.

La primera no tiene semejanza con la colación moderna. Al ser llamados a la herencia los *emancipati*, que concurrían con los *sui*, se daba la siguiente injusticia: los *emancipati* —convertidos en *paterfamilias* por el acto de la emancipación— podían haber adquirido bienes y constituido un patrimonio propio; en cambio, los *sui* no podían adquirir sino para el *pater* y engrosaban los bienes de éste. Resultaba así que el fruto de los esfuerzos de los *sui* se vertía a la muerte del *pater* en un caudal hereditario en el que participaban los emancipados. Esta situación de injusticia fue corregida por el pretor mediante la *collatio bonorum*, por la que el hijo emancipado debía aportar todos los bienes que hubiese adquirido desde su emancipación hasta la muerte de su padre.

La segunda colación, la *collatio dotis*, sufrió un desenvolvimiento que tiene su apogeo en el Derecho Romano justiniano, en cuya última fase presenta gran analogía con la colación que registran los códigos civiles modernos. Esta colación también nace por obra del pretor. La hija casada —*filia in potestate*— que estaba sujeta a la potestad del

¹ Puede verse RIPERT y BOULANGER, *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones* cit., t. X, vol. I, p. 323; LACRUZ, *Derecho de Sucesiones. Parte General* cit., p. 561; PÉREZ LASALA, *Derechos de Sucesiones* cit., vol. I, p. 705; PÉREZ LASALA y MEDINA, *Acciones judiciales en el Derecho Sucesorio* cit.

pater y no a la del marido, percibía la dote como un bien propio, pues tenía respecto de ella la condición de emancipada. Al morir el *pater*, como emancipada, tenía los bienes recibidos en dotes y además la cuota hereditaria. Por eso el pretor dispuso que, al pedir la herencia, trajese a colación el monto de la dote.

El destino de ambas fue diferente. La primera fue languideciendo hasta desaparecer en la época de Justiniano. En cambio, la *collatio dotis* fue objeto de sucesivos correctivos que la mejoraron y hasta le cambiaron el primitivo sentido.

En esa evolución el paso decisivo lo dio una constitución del emperador León, del año 472, en virtud de la cual los descendientes que sucedían al ascendiente, *ab intestato* o por testamento debían colacionar a favor de los coherederos (emancipados o no) la dote y la *donatio ante nuptias*, recibidas del causante. La colación aquí ya no se dirigió a la aportación de lo que los hijos hubieran adquirido por cuenta propia, sino a conseguir cierta igualdad entre los coherederos.

Justiniano cerró la trayectoria de esta evolución, implantando en la Novela 18 la *collatio descendantium*. Según ella todo descendiente, heredero testamentario o *ab intestato*, sin distinción entre *sui* y emancipados, tenía la obligación de colacionar las *dos profecticia*, la *donatio propter nuptias* o *ante nuptias* y las sumas recibidas del ascendiente para obtener algún cargo público (*ad emendam militiam*). Se aclara que la colación se daba en estos tipos de donaciones, llamadas *donationes ob causam*, y no para el resto de las donaciones, llamadas *donationes simplices*.

En el Derecho Romano la colación suponía una obligación del donatario para aportar la cosa donada al caudal relicto. Si no se satisfacía esa prestación, podía quedar compensada con la toma de menos.

B) *Derecho germánico*. El Derecho Hereditario germánico fue un Derecho de Familia. Los herederos eran natos, no elegidos. Las disposiciones de última voluntad se desconocían o estaban prohibidas. Partícipes de la propiedad familiar eran solamente los hijos y, en su defecto, los nietos. La participación de las hijas solteras se desarrolló sólo posteriormente y con amplitud y características distintas. La au-

sencia de disposiciones de última voluntad hizo que la legítima germánica —el *Wartrecht*— abarcara toda la herencia.

La posterior evolución del Derecho germánico alteró el principio de la propiedad mancomunada de la familia germánica. Lentamente se fue abriendo paso la posibilidad de disponer de una mínima parte de los bienes hereditarios, que formaron la cuota de libre disposición, el *Freiteil*. Todos los bienes que el padre en vida hubiese entregado por donación a los hijos, debían integrar el haber partible y, por tanto, estaban sujetos a colación.

C) *Derecho antiguo francés*. En el antiguo Derecho francés hay que distinguir las regiones de Derecho escrito y las regiones de costumbres. El Derecho escrito era el Derecho Romano. Las costumbres tenían más influencias germanas, aunque en algunas no faltaban también las influencias romanas.

En las regiones de Derecho escrito, la colación sólo tenía lugar entre descendientes. No se aplicaba más que a las donaciones entre vivos y nunca a los legados, y era siempre posible librarse de la colación renunciando a la herencia.

En las regiones de las costumbres, en lo que respecta al carácter obligatorio o facultativo de la colación, hay que distinguir tres especies principales de costumbres:

1. Costumbres de igualdad perfecta. No dejaban al heredero ningún medio para eludir la colación; el difunto no podía dispensar al heredero de ella, y el heredero no podía sustraerse a la colación renunciando a la herencia. Estas costumbres representaban las más viejas tradiciones de gran influencia germánica.

En estas costumbres se consideraba la obligación de colacionar como de orden público, y no admitían que el causante pudiera dispensar de ella, pues la herencia no pertenecía libremente a éste, sino virtualmente a la familia, entre cuyos miembros no podía aquél hacer distinción que rompiera la igualdad. La colación se imponía al descendiente que renunciaba a la sucesión. Como se ve, la institución juega en defensa de la igualdad absoluta entre los hijos y sobre la base de que, estando la suerte de los bienes predeterminada por la ley, no depende de la voluntad del causante: se convierte así toda la herencia

en herencia forzosa. No cabe más influencia del antiguo Derecho germánico.

2. Costumbres de simple igualdad. El causante no podía acordar una dispensa de colación, pero el heredero podía sustraerse a la colación renunciando a la herencia. Eran las más numerosas, y las costumbres de París estaban entre ellas.

3. Costumbres de mejoras (*preciput*). Autorizan al causante a efectuar una dispensa de colación a título de mejora.

D) *Influencias en nuestro Código*. La colación regulada en el Código de Vélez Sársfield y en el nuevo responden a principios romanos, que fueron los que rigieron en nuestras tierras en virtud del Código de las Siete Partidas. También se recibió esa influencia romana a través del Código francés, que desterró totalmente los principios germanos contenidos en las costumbres de igualdad perfecta, aunque aceptó la colación *in natura*, típica del Derecho germánico. Nuestro Código no aceptó la colación *in natura*, y menos los principios germanos contenidos en las mencionadas costumbres de igualdad perfecta. Por eso hemos afirmado que nuestra colación responde a principios romanos.

No obstante, el nuevo Código limitó la colación a los descendientes, como lo hizo el Derecho justiniano, lo que ha supuesto un progreso respecto del Código anterior, que la extendió a los herederos forzosos. En ambos ordenamientos se incluyó al cónyuge. Por otra parte, le dio más amplitud al campo de las donaciones con respecto a la que existía en el Derecho Romano, pues se sometieron a colación todas las donaciones, incluyendo las donaciones simples. Se recogió así una tendencia progresiva de ensanchamiento de la institución, que acogió ya el Código de Vélez.

579. Colación: concepto

La colación supone computar en la masa partible el valor de las donaciones que el causante le ha hecho en vida a un heredero forzoso que concurre con otros herederos forzosos, e imputar en su propia porción ese valor, para compensar a los demás herederos en bienes hereditarios equivalentes a los que le fueron donados al colacionante,

es decir, al heredero donatario. La computación es una agregación o adición contable del valor de lo donado al caudal relicto. La imputación supone la aplicación del valor donado a la cuota hereditaria del colacionante. La compensación implica para los herederos forzosos no donatarios recibir más bienes del caudal relicto, con el fin de igualar las porciones hereditarias de todos los herederos forzosos. Para que se pueda efectuar esa compensación tiene que haber bienes suficientes en el caudal hereditario. Por ejemplo, si un causante con dos herederos forzosos le ha donado a uno de ellos una cosa por valor de 1.000, y al morir deja 3.000, habrá que computar el valor donado al caudal relicto, lo cual sumará un total de 4.000. La participación o cuota de cada heredero es de 2.000, pero como uno de ellos recibió en vida 1.000, se imputará ese valor a su porción, de manera que la parte del heredero donatario estará formada por 1.000 del valor de la donación y por otros 1.000 del caudal relicto, total 2.000. El heredero no donatario recibirá 2.000 del caudal relicto.

El nuevo Código ha regulado acertadamente la institución de la colación, aunque con algunas lagunas jurídicas. No la define, pero del conjunto de normas que la regulan surge su concepto.

El artículo 2385, párrafos 1º y 2º dispone: "*Personas obligadas a colacionar*. Los descendientes del causante y el cónyuge supérstite que concurren a la sucesión intestada deben colacionar a la masa hereditaria el valor de los bienes que les fueron donados por el causante, excepto dispensa o cláusula de mejora expresa en el acto de la donación o en el testamento.

"Dicho valor se determina a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación".

Por su parte, el artículo 2396 establece: "*Modo de hacer la colación*. La colación se efectúa sumando el valor de la donación al de la masa hereditaria después de pagadas las deudas, y atribuyendo ese valor en el lote del donatario".

La idea de computación del valor de las donaciones a la masa hereditaria y de imputación atribuyendo ese valor al lote del donatario, trae como consecuencia ineludible que el donatario recibe menos bienes, porque se considera que la donación fue un anticipo de herencia que recibió en vida del causante, compensándose a los herederos no

donatarios con más bienes. Todo ello para conseguir la igualdad de esos herederos forzosos. Adelantamos que el cónyuge recibe en los bienes propios la misma porción que un hijo.

Teniendo en cuenta lo expuesto, podemos definir la colación en los siguientes términos: "La colación es la computación en la masa partible del valor de las donaciones que el causante hubiese hecho en vida a uno de sus descendientes o al cónyuge, y la imputación de ese valor en la hijuela del donatario, tomando éste de menos y compensándose a los demás legitimarios (descendientes o cónyuge) con más bienes hereditarios, con el objeto de igualar, mediante compensaciones contables, las porciones hereditarias de todos ellos, salvo que el causante hubiese hecho dispensa de colación en el instrumento de la donación o en el testamento".

Tratando de abarcar los distintos aspectos de la colación, cabe efectuar estas consideraciones:

a) La colación para el que recibió la donación supone tomar de menos en la herencia. Si no hay bienes suficientes en la herencia para compensar con más bienes a los herederos no donatarios, no cabe la colación. Con mayor motivo si no quedan bienes después de pagadas las deudas.

El problema se puede plantear, habiendo bienes suficientes, si por la calidad o extensión de ellos no se pueden hacer las compensaciones a los herederos no donatarios. La solución no la da el nuevo Código expresamente, pero se puede deducir de otras normas. En efecto, el artículo 2377 dice que si la composición de la masa no permite formar lotes de igual valor, las diferencias deben ser cubiertas con dinero. A su vez, el artículo 2374 dispone que si no se pueden adjudicar los bienes en especie, se venden. La aplicación de estos dos preceptos nos llevaría a esta conclusión: si no cabe hacer las disminuciones tomando de menos el donatario (por ej.: cuando el patrimonio hereditario es una sola cosa indivisible), ni los acrecentamientos de los herederos no donatarios tomando más bienes, las diferencias se pueden cubrir con dinero, y en caso de no ser posible se pueden vender los bienes hereditarios.

El Código Civil español da una solución similar. El artículo 1047 dispone que "el donatario tomará de menos en la masa hereditaria

tanto como ya hubiese recibido, percibiendo sus coherederos el equivalente, en cuanto sea posible..." El artículo 1048 lo complementa: "No pudiendo verificarse lo prescripto en el artículo anterior, si los bienes donados fueren inmuebles, los coherederos tendrán derecho a ser igualados en metálico o valores mobiliarios al tipo de cotización; y no habiendo dinero ni valores cotizables en la herencia, se venderán otros bienes en pública subasta en la cantidad necesaria".

b) Si la donación no se efectúa a un descendiente ni al cónyuge, no entra en juego el mecanismo de la colación.

Si la donación se ha efectuado a un heredero voluntario o extraño, hay simplemente una donación, pero no cabe colación. Por ejemplo: el donante hace una donación a un hermano (heredero voluntario) y al morir el donante sin testamento no tiene herederos forzosos, sino cuatro hermanos, entre los cuales está el donatario; el caudal relicto se divide entre los cuatro, una cuarta parte para cada hermano, y la donación queda íntegramente para el hermano donatario. Aquí no cabe colación.

La porción hereditaria del donatario sólo se podrá saber cuando muere el causante, pues a partir de ese momento es cuando se podrá conocer el caudal relicto. Esa porción se formará sumando el *relictum* neto (que presupone la deducción de las deudas) al *donatum*, y esa suma se dividirá por el número de herederos forzosos. Por ejemplo: una persona al morir deja dos hijos, A y B; en vida hace una donación a B de 30 y deja un caudal hereditario de 70. La cuota del hijo donatario se determinará sumando $70 + 30 = 100$, y dividiendo por el número de herederos. La donación de 30 importa un anticipo de su porción hereditaria, que es 50.

c) El donante puede dispensar de colación a la donación, en cuyo caso la donación se imputará a la porción de libre disposición, recibéndola el donatario como mejora. Esta dispensa es posible en la medida que el valor de la donación no sobrepasa la porción de libre disposición (art. 1565); si sobrepasa (y en la medida que sobrepasa) entra a jugar la reducción.

Sintetizando: la división hereditaria tiene generalmente por objeto el *relictum*, esto es, los bienes dejados a su muerte por el causante (se entiende, una vez pagadas las deudas; por eso el *relictum* es un

caudal neto). Pero cuando hay descendientes o cónyuge (concurriendo éste con descendientes) y alguno de ellos ha recibido una donación del causante sin dispensa de colación, la colación implica integrar la masa partible con el valor del *donatum*, para imputarlo en la porción hereditaria del heredero forzoso beneficiario de la donación, con la consiguiente toma de menos en bienes relictos, compensando con más bienes a los herederos forzosos no donatarios, con el objeto de igualar las cuotas de todos los herederos forzosos. Si el causante ha hecho dispensa de colación de esa donación, ésta se imputa a la cuota de libre disposición, porque se entiende que quiso mejorar con esa donación a alguno de sus herederos forzosos².

580. Presupuestos de la colación

Como consecuencia de lo dicho surgen los presupuestos de la colación, unos subjetivos y otros objetivos:

a) *Presupuestos subjetivos*. Son los siguientes: 1) que quien colaciona sea descendiente o cónyuge del causante (art. 2385); 2) que el descendiente o cónyuge que recibió la donación concorra con otros con derecho a concurrencia (art. 2433).

b) *Presupuestos objetivos*. Son los siguientes: 1) la existencia de una donación efectuada en vida por el causante a un descendiente o al cónyuge (art. 2385); 2) la ausencia de dispensa de colación, pues

² Sugerimos a la Comisión incorporar al Proyecto el siguiente artículo: "La colación es la computación en la masa partible del valor de las donaciones que el causante hubiese hecho en vida a uno de sus descendientes o al cónyuge, y se imputarán en la hijuela del donatario, tomando éste de menos y compensándose a los demás legitimarios con más bienes hereditarios, con el objeto de igualar, mediante compensaciones contables, las porciones hereditarias de todos los legitimarios, salvo que el causante hubiese hecho dispensa de colación en el instrumento de la donación o en el testamento.

"El valor de la donación se aprecia al momento de la partición, con independencia de la existencia o inexistencia del objeto donado y de las modificaciones efectuadas con ulterioridad a la donación.

"Las donaciones efectuadas a un descendiente o al cónyuge importan un anticipo de su porción hereditaria.

"La colación actúa en la medida en que no haya violación de las legítimas".

Pensamos que la Comisión, aunque no aceptó la literalidad del precepto sugerido, admitió la idea esencial de esta institución.

para que la colación sea admisible es necesario que el causante no haya ejercido el derecho de dispensa (art. 2385).

La colación actúa en la medida en que no haya violación de las legítimas. Para llegar a la colación es preciso comprobar que no hay lesión de las legítimas.

Digamos, por último, que la colación tiene su campo normal de actuación en la sucesión intestada, aunque el nuevo Código la admite limitadamente en la sucesión testamentaria.

581. Fundamento y finalidad de la colación

A) *Fundamento*. El fundamento de la colación reside en la presunción de la voluntad del causante de que lo donado es atribuido a cuenta de la cuota hereditaria del donatario³, sin necesidad de que un precepto lo diga expresamente. Éste es, por otra parte, el fundamento que la colación tenía desde la reforma justinianea, y que recogieron Las Partidas y las Leyes de Toro.

Se supone que el causante tiene, generalmente, esa voluntad de considerar la donación como anticipo de su porción hereditaria. Por eso se trata de una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contra. La manifestación contraria a la presunción se da cuando el testador dispensa de la colación a una donación (art. 2385).

En síntesis, el fundamento de la colación es subjetivo porque atiende principalmente a la voluntad del causante, considerando la donación como anticipo de la porción hereditaria que corresponderá al donatario. Precisamente por el respeto a esa voluntad, el testador puede realizar la donación con dispensa de colación.

Ésos son los dos pilares invariables del fundamento de nuestra colación: considerar la donación como anticipo de la porción hereditaria del donatario, y legitimar al testador para que haga la donación con dispensa de colación.

B) *Finalidad*. La colación tiene por objeto mantener la igualdad

³ En el mismo sentido: LAFAILLE, ob. cit., t. I, N° 487; MESSINEO, ob. cit., t. VII, p. 417; LACRUZ, *Anotaciones* a BINDER, en *Derecho de Sucesiones* cit., p. 258.

entre los herederos forzosos⁴. En el régimen del Código Civil de Vélez la afirmación era aceptable como principio, pero no era cierta si se la llevaba a sus últimas consecuencias.

Antes de la ley 23.264 podían concurrir herederos en partes desiguales: se destacaba como caso típico la concurrencia de hijos legítimos y extramatrimoniales: los segundos recibían la mitad que los primeros (art. 8º, ley 14.367). Después de la ley 17.711, podían concurrir los hijos con la nuera viuda sin hijos, la cual sólo recibía un cuarto de lo que hubiere correspondido a su marido (art. 3576 bis). En esos casos la colación no podía pretender la igualdad de esos herederos; sólo buscaba respetar la proporcionalidad establecida por la ley y no la igualdad. Por eso se hablaba de la igualdad proporcional, distinta de la igualdad matemática.

En el nuevo Código Civil y Comercial, que ha suprimido la figura de la nuera viuda sin hijos, esos casos de desigualdad en las cuotas de la sucesión intestada no pueden darse. Por eso, la colación busca la igualdad matemática tratándose de la sucesión intestada. Hay matices, que a continuación veremos, en la sucesión testada.

582. La colación en la sucesión testamentaria

En el Derecho Romano justinianeo, la obligación de colacionar se les imponía a los descendientes, tanto a los que sucedían *ab intestato*, como a los instituidos en testamento (Novela 18, Cap. VI).

El Código Civil de Vélez no admitía expresamente la colación en la sucesión testamentaria, pero ella era defendible dentro de la estructura de la institución, de mayor influencia romana que la regulada en el Código francés.

Nuestros autores, en general —aunque con vacilaciones—, aceptaban la obligación de colacionar en la sucesión testamentaria si en el testamento se instituía a los mismos herederos forzosos⁵. Con criterio más técnico, otros autores —como Borda⁶— sólo incluían en la colación

⁴ FORNIELES, ob. cit., N° 298.

⁵ FORNIELES, ob. cit., N° 321; LAFAILLE, ob. cit., N° 488; ZANNONI, ob. cit., t. II, N° 150.

⁶ BORDA, ob. cit., N° 653.

a los herederos testamentarios, de carácter forzoso, cuando el testador se había limitado a instituirlos sin modificar las partes a que tenían derecho. La jurisprudencia sostuvo en ese sentido que cuando el testamento contiene una simple institución hereditaria, sin hacer preferencias, eso no significa dispensa de colación; hay, pues, colación⁷.

El nuevo Código Civil y Comercial, apoyando las tendencias señaladas, acepta la colación en las sucesiones testamentarias. El artículo 2385, párrafo 3º expresa en este sentido: "También hay obligación de colacionar en las sucesiones testamentarias si el testador llama a recibir las mismas porciones que corresponderían al cónyuge o a los descendientes en la sucesión intestada".

Para nosotros no es necesario que el testador instituya a los herederos forzosos en las "mismas porciones" que le corresponden en la sucesión intestada, sino en la "misma proporcionalidad". Por ejemplo, si ha mediado donación a un heredero forzoso y un legado a un tercero, sin que modifique las proporciones legales de los herederos forzosos, corresponde colacionar.

Éste es el criterio que sigue el Código Civil alemán en su artículo 2052, que dice: "Si el causante ha instituido como heredero a los descendientes en aquello que recibirían como herederos legítimos, o se ha determinado sus porciones hereditarias, de forma que están recíprocamente en la misma relación que las porciones hereditarias legítimas, en la duda ha de entenderse que los descendientes están obligados a la colación según los artículos 2050 y 2051". No se trata de que el testador, para que haya colación, necesariamente deba instituir a sus herederos forzosos en las "mismas partes" que les corresponden en la sucesión legítima, sino en la "misma proporcionalidad", lo cual naturalmente no excluye que sea en las mismas partes.

Este criterio implica que si ha mediado una donación a un heredero forzoso, y en el testamento se ha instituido a los herederos forzosos en proporciones desiguales, o se ha hecho un legado (prelegado) —se imputa a la libre disposición— a favor de algún heredero forzoso, no se puede colacionar la donación, pues la proporcionalidad que otorga el testador entre los herederos forzosos no es la misma proporcionalidad

⁷ J. A. 9-60.

que establece para ellos la sucesión legítima. En cambio, si ha mediado donación a un heredero forzoso, y un legado a un tercero, sin modificar las proporciones legales de los herederos forzosos, corresponde colacionar.

Por ejemplo: un testador nombra herederos a sus tres hijos, A, B y C; hace un legado en favor de un amigo. El valor de los bienes dejados a sus herederos es de 100.000, y el legado de 5.000. En vida hizo una donación al hijo C de 14.000. En nuestra opinión, C debe colacionar su donación. No correspondería negar esa colación por la circunstancia de haber hecho un legado a un tercero, pues la colación puede cumplir su fin de igualdad entre los herederos forzosos. En el ejemplo dado, corresponde al hijo A, 38.000; al hijo B, 38.000, al hijo C, 24.000 (reteniendo la donación de 14.000). Así se obtiene la igualdad entre los herederos forzosos y se respeta el legado de 5.000.

583. Momentos de la colación

La colación comprende conceptualmente dos momentos, que implican distintos desplazamientos de valor⁸:

A) *Desplazamiento de valor desde el patrimonio del donatario al caudal partible.* En el Derecho Romano, el desplazamiento era crediticio; suponía para el colacionante la obligación de aportar la cosa donada al caudal relicto. En el Derecho germánico, en cambio, se producía un desplazamiento real de lo donado a la masa partible, un tránsito dominical del donatario a la comunidad de los herederos forzosos.

En nuestro Derecho, este desplazamiento sólo tiene naturaleza contable, porque el valor de lo donado será computado en la masa, pero sin salir del patrimonio del donatario ni jurídica ni económicamente. A esto se refiere el artículo 2385 cuando expresa que "...deben colacionar a la masa hereditaria el valor de los bienes que les han sido donados por el causante..."

La limitación de este primer desplazamiento a lo puramente contable implica negar todo desplazamiento económico-jurídico. De ahí que no se pueda ver en la colación una "obligación" de los herederos donatarios

⁸ VALLET, *Apuntes de Derecho Sucesorio* cit., p. 582.

frente a los demás coherederos. No sería apropiado hablar de obligación de aportar, entendiéndose como algo que, si no se cumple espontáneamente, da lugar al cumplimiento forzoso en forma específica a cargo del donatario o el deber de resarcimiento del daño por parte de éste⁹.

Cicu¹⁰ distingue entre obligación y sujeción. La obligación se da cuando la persona está sometida a una prestación; la sujeción, cuando, sin intervención de su voluntad, aquélla debe sufrir un efecto que se produce por voluntad ajena o por la ley. En la colación hay una sujeción impuesta por la ley —la de sufrir la computación contable de determinados valores—, pero no hay obligación en el sentido técnico. Paralelamente, los demás coherederos no tienen, en esta etapa, un verdadero derecho de crédito ante el colacionante, sino una mera pretensión a que se computen determinados valores en el haber sucesorio. Messineo¹¹, en sentido similar, después de rechazar la concepción de la colación como una obligación, reconoce que el heredero colacionante es un gravado, y concibe este gravamen como una verdadera "carga" que implica un concepto distinto del de obligación.

En la colación hay una sujeción impuesta por la ley, la de sufrir la computación contable de determinados valores, pero no existe obligación en sentido técnico. Aunque en el orden normativo algunos artículos del Código Civil y Comercial se refieran a la obligación de colacionar (por ej.: art. 2385, párr. 3º), el término "obligación" no está tomado en sentido técnico, pues el donatario no tiene ninguna prestación que realizar con el alcance que hemos visto, ni los demás coherederos un verdadero derecho de crédito.

B) *Imputación contable del valor de lo donado a la cuota del colacionante, y compensación a los demás en bienes hereditarios proporcionales a los que fueron donados.* Este desplazamiento o segundo momento de la colación es la consecuencia natural del primero.

⁹ Ésta es la posición de la doctrina italiana: MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial* cit., 1954, t. VII, p. 430; BARASSI, Lodovico, *Instituciones de Derecho Civil*, Barcelona, 1955, t. I, p. 430.; CICU, *Derecho de Sucesiones. Parte general* cit., p. 983. Y también la más reciente doctrina española: LACRUZ, ob. cit., p. 569; VALLET, ob. cit., p. 609; DE LOS MOZOS, *La colación*, Madrid, 1965, p. 167.

¹⁰ CICU, ob. cit., p. 983.

¹¹ MESSINEO, ob. cit., p. 430.

Desde el punto de vista del donatario, éste tomará de menos en la masa tanto como ya hubiera recibido, si lo donado no cubre su cuota. Si la cubre no tomará nada. Ejemplo de este último supuesto: Si una persona muere dejando un caudal de 1.000, y dos hijos, A y B, habiendo donado en vida al hijo B un bien por el valor de 1.000; el hijo A tomará 1.000 del caudal hereditario y el hijo B no tomará nada. La cuota es la que corresponde según el número de herederos forzosos en la reunión ficticia del *relictum* y del *donatum*.

Desde el punto de vista de los demás herederos no donatarios, éstos tienen el derecho a que su cuota sea calculada también sobre el *relictum* neto más el *donatum*. Sobre esa base se producirá la adjudicación compensatoria, que supondrá tomar de más en los "bienes relictos", hasta cubrir su cuota en la "reunión ficticia del *relictum* y del *donatum*".

El acrecentamiento se hará visible en la partición; pero, por el efecto declarativo de ésta (art. 2403), habrá que considerar que tiene lugar desde el momento de la apertura de la sucesión. Este acrecentamiento lo reciben los coherederos a título de herencia.

Pongamos un ejemplo que abarque los dos momentos: una persona deja al morir bienes líquidos por 48 y 3 hijos A, B y C, al último de los cuales, C, le ha donado en vida un bien por valor de 6. La colación por imputación supone: a) computar al caudal relicto el *donatum* con lo cual se formará una masa de 54, que permitirá conocer la "cuota en la reunión ficticia" de cada heredero, que será de 18. b) imputar en la cuota de C el valor de lo donado, que se traduce en la toma de menos en el *relictum*, con lo cual sólo recibirá bienes por valor de 12 (18 menos 6 de la donación). Los otros herederos serán compensados tomando de más en su cuota de "bienes relictos", que sólo es de 16, correspondiéndoles la cuota en la reunión ficticia, que es de 18. Dicho en otras palabras: se dividirán por partes iguales el resto de los bienes relictos, que suman 36 (48 menos 12), quedando cada uno con 18. Por esta adjudicación compensatoria, los herederos A y B recibirán cada uno 18 en bienes relictos. La adjudicación será, en definitiva así: heredero C, 12; heredero A, 18; heredero B, 18.

Éste es nuestro sistema legislativo a tenor de los artículos 2385, párrafo 1º, y 2396 del nuevo Código.

584. Masa que sirve de base para determinar la colación

La masa que sirve de base a la colación se forma con los bienes dejados por el causante, una vez deducidas las deudas (*relictum* líquido), y por las donaciones efectuadas en vida del causante a los coherederos forzosos (*donatum*).

A) El *relictum* lo forman los bienes dejados por el causante. El *relictum* que sirve de base a la colación es el *relictum* neto, es decir, lo que queda una vez deducidas las deudas.

La deducción de las deudas es previa a la colación. Es decir, no podemos sumar el *relictum* y el *donatum* sin haber deducido previamente las deudas del primero. El artículo 2376 dice que se deducen las deudas y se agregan los valores que deben ser colacionados. En el mismo sentido el artículo 2396 expresa que la colación se efectúa sumando el valor de la donación al de la masa hereditaria "después de pagadas las deudas".

Si las deudas superan el activo hereditario no habrá colación, pues ésta sólo actúa cuando hay algo que repartir; empero, los herederos con responsabilidad ilimitada responderán con sus bienes de las deudas hereditarias, en proporción a sus participaciones teóricas en la herencia.

Precisamos que en el *relictum* debe haber bienes suficientes para que se puedan efectuar las compensaciones contables, que implican para el heredero donatario tomar de menos bienes hereditarios (equivalentes a su donación) y para los herederos no donatarios tomar más bienes hereditarios, hasta conseguir partes iguales entre todos los herederos. Si estas compensaciones no pueden realizarse por falta de bienes relictos o por insuficiencia de esos bienes, no cabe colación.

B) En cuanto al *donatum*, sólo hay que tener en cuenta las donaciones efectuadas a los descendientes o al cónyuge, conforme a su valor a la época de la partición, según el estado del bien a la época de la donación (art. 2385). Si hay donaciones a extraños, éstas últimas no se computan en el *donatum*.

La masa que sirve de base para conseguir la igualdad proporcional de los descendientes y cónyuge está formada, pues, por el *relictum* neto, es decir, después de deducidas las deudas hereditarias; y por el

valor de las donaciones efectuadas a esos herederos forzosos, denominados "colacionantes". El colacionante es el obligado a colacionar (sujeto pasivo).

585. Las deudas y cargas sucesorias y la colación

Distinguiremos las deudas y las cargas sucesorias:

A) *Deudas hereditarias*. Las deudas hereditarias deben ser pagadas con los bienes relictos y por ellas cada heredero responde en proporción a su participación teórica en la herencia, como si no hubiera colación, es decir, en proporción a sus cuotas hereditarias.

En efecto, como dice De los Mozos¹², la colación sólo produce efectos entre los herederos forzosos, y para nada altera, frente a terceros, la responsabilidad por las deudas de la herencia. De ahí que las donaciones colacionables estén libres "en cuanto tales" de esa responsabilidad.

Para ser más precisos: sin alterar lo dicho, corresponde distinguir entre el heredero colacionante con responsabilidad limitada —que será el caso normal—, y el heredero colacionante con responsabilidad ilimitada.

1) En el primer caso, sólo responde por las deudas del causante con los bienes heredados; la responsabilidad no alcanza a sus propios bienes, entre los cuales hay que incluir las donaciones recibidas por el causante; paralelamente, los acreedores del causante sólo tienen como patrimonio afectado a sus créditos el del causante, que es el caudal hereditario.

Esto surge por aplicación del principio contenido en el artículo 2380, del cual se desprende que el heredero no está obligado a pagar las deudas hereditarias con los bienes colacionables. Dichos valores están fuera del caudal relicto, y no constituirán para los acreedores parte del patrimonio del causante al momento de la apertura de la sucesión.

En este sentido, el artículo 3372 del Código de Vélez decía que el heredero "No está obligado con los bienes que el autor de la sucesión

¹² DE LOS MOZOS, ob. cit., p. 310.

le hubiere dado en vida, aunque debiese colacionarlo entre sus coherederos, ni con los bienes que el difunto haya dado en vida a sus coherederos y que él tenga derecho a hacer colacionar". La norma había sido tomada de un párrafo de la obra Demolombe, citado en la nota, que dice textualmente: "El heredero beneficiario no está, pues, obligado frente a los acreedores y legatarios con los bienes que le hayan sido donados entre vivos y cuya colación debería a sus coherederos, si los hubiera; como tampoco con los bienes que hubiesen sido donados a sus coherederos y cuya colación le fuese debida"¹³.

2) Cuando el heredero tiene responsabilidad ilimitada, debe responder ante los acreedores del causante con sus propios bienes, entre los cuales están incluidas las donaciones colacionables, no porque se responda con los bienes colacionables, sino porque se hallan en su patrimonio particular.

B) *Cargas hereditarias*. Las cargas no son computadas para determinar el *relictum* neto; deben ser pagadas una vez determinada la masa a efectos de la colación. El artículo 2376 no se refiere a ellas: sólo habla de las deudas. El artículo 2396, referido al modo de hacer la colación, habla de la masa después de pagadas las deudas, sin mencionar las cargas. Los herederos deben pagar esas cargas en proporción a los bienes que reciban en la partición.

Nos referimos a las cargas comunes, pues las cargas particulares son soportadas por quienes se ven beneficiadas con ellas.

586. Momento para determinar el valor de lo donado

El Código Civil de Vélez no contenía un precepto expreso que indicara el momento al cual debía referirse el valor de la donación objeto de la colación. En materia de legítima, en cambio, el artículo 3602, antes de la ley 17.711, establecía que para fijar la legítima, "al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el que tenían las donaciones del mismo testador al tiempo en que las hizo". Esta norma fue aplicada por analogía a la colación, y así, la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia admitieron que el valor de los bienes do-

¹³ DEMOLOMBE, *Des donations* cit., t. XVIII, p. 500.

nados debía ser establecido al tiempo en que se había realizado la donación. Éste es el criterio que se acepta en la mayoría de los Códigos Civiles (Cód. Civ. alemán, art. 2055, párr. 2; Cód. Civ. español, art. 818; Cód. Civ. brasileño, art. 1792, etc.).

La solución dada por el Codificador y aceptada por la doctrina y la jurisprudencia era una solución lógica en una economía estable. Pero en los últimos tiempos el fenómeno inflacionario llegó a alcanzar tal magnitud que distorsionó todos los valores, convirtiendo en injustos los criterios que en otros tiempos fueron instrumentos de justicia. Esto ocurría con el momento de la computación del valor de las donaciones, sobre todo si la muerte del donante se producía al cabo de un tiempo considerable.

La ley 17.711, haciéndose eco de esta necesidad de cambio, estableció en el artículo 3477, párrafos 2º y 3º, que "Dichos valores deben computarse al tiempo de la apertura de la sucesión, sea que existan o no en poder del heredero. Tratándose de créditos o sumas de dinero, los jueces pueden determinar un equitativo reajuste según las circunstancias del caso". Coordinadamente el artículo 3602, destinado a computar la legítima, se remitió al artículo 3477 en lo relativo al momento de la computación del valor de la donación.

El nuevo Código ha dado un paso más en la evolución, propia de una economía inestable, estableciendo el valor de la cosa donada a la época de la partición, según el estado de la cosa a la época de la donación. Dice así el artículo 2385 en su párrafo 2º: "Dicho valor se determina a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación".

Quiere decir que se tiene en cuenta la cosa en el estado de la donación y los valores de la cosa se actualizan al momento de la partición. El legislador ha adoptado un criterio práctico: cuando el viejo Código de Vélez fijaba el valor al tiempo de la apertura de la sucesión, la jurisprudencia actualizaba ese valor al momento de la partición.

La nueva norma no distingue si la donación versa sobre cosas o sobre sumas de dinero: siempre el valor se tiene en cuenta al momento de la partición.

587. Tipos principales de colación

Es frecuente distinguir dos formas de colacionar, que dan lugar a sistemas diferentes: el sistema de la colación real, que es el que exige el aporte de los bienes donados *in natura*, y el sistema de colación de valores, que sólo exige el aporte del valor de los bienes donados.

Consideramos preferible, con el fin de pretender mayor precisión, distinguir tres tipos o sistemas fundamentales de colación, según que el desplazamiento producido desde el patrimonio del donatario (colacionante) a la masa partible tenga carácter real, crediticio o puramente contable. Veamos:

A) *Sistema de colación en especie o "in natura"*. El sistema de colación *in natura* o en especie tiene lugar cuando se presenta a la masa hereditaria el bien ya tenido en donación, proveniente del patrimonio del donatario. El colacionante pierde la propiedad de lo donado, dejando de ser donatario, en virtud de un efecto revocatorio *ex lege*, y paralelamente el bien entra en la masa hereditaria. Hay un desplazamiento de carácter real.

La expresión "real" equivale a dominical, por contraposición a crediticia.

Ésta fue la forma de colación aceptada por el Derecho germánico. Al fallecer el causante se producía *ipso iure* un desplazamiento dominical de lo donado a la masa partible, produciéndose en forma automática la resolución de la donación.

En la segunda etapa se distribuían los bienes igualitariamente. Normalmente se buscaba que el bien objeto de la donación correspondiera en la partición al donatario.

La colación germánica fue recibida por el *droit coutumier*, y de ahí pasó al Código francés, cuyo artículo 859 exigió la colación en especie en materia de inmuebles.

El Derecho francés conoció dos tipos de colación, produciéndose una evolución interesante en los textos del Código Civil. 1) En materia de donaciones de bienes muebles efectuadas por el causante, la colación se realiza tomando de menos (art. 868, Cód. francés). En materia de inmuebles, en cambio, se exigía la colación en especie (art. 859), salvo

que en la sucesión hubiese inmuebles de igual naturaleza, valor o bondad con que se pudieren formar lotes similares para los demás coherederos o cuando el inmueble donado hubiese sido enajenado por el donatario (art. 860). 2) El sistema de colación en especie fue derogado, como principio, por el decreto del 17 de junio de 1938, al establecer que "la colación de los inmuebles no puede exigirse en especie, a menos de una estipulación en contrario en el acto de la colación". Quiere decir, pues, que después del decreto de 1938 la colación en especie sólo puede exigirse si así se estipula en el acto de la donación. 3) Por último, la ley 3 de julio de 1971 suprime la distinción entre colación de muebles e inmuebles, y se dispone que la colación se haga, en principio, "tomando de menos" (colación de valores); pero se mantiene la facultad del donante de establecer que la donación sea colacionada en especie (arts. 860 y 859).

En este grupo se puede incluir también la legislación italiana, por cuanto permite la colación *in natura*, como una de las formas de colación. Según el artículo 746 del Código Civil italiano, "la colación de un bien inmueble se hace o devolviendo el bien en especie o imputando su valor a la propia porción, a elección de quien aporta". Cuando el donatario opta por la colación en especie se produce, al igual que en el Derecho francés, un desplazamiento dominical del patrimonio del donatario al caudal relicto en el momento de la muerte del causante. El donatario pierde la propiedad de la donación en virtud del efecto resolutorio que opera *ex lege* y el bien entra en la masa hereditaria¹⁴.

En cambio, en materia de bienes muebles, es obligatorio el sistema de colación por imputación, según el artículo 750, 1ª parte.

B) *Sistema de colación de carácter crediticio*. En el Derecho Romano la colación *in natura* no implicaba, como en el Derecho germánico, el desplazamiento dominical de lo donado automáticamente al morir el causante, sino que suponía una obligación para el colacionante de aportar la cosa donada al caudal relicto. Este desplazamiento

¹⁴ MESSINEO, ob. cit., t. VII, p. 425; ANDREOLI, *Contributo alla teoria della Collazione delle donazioni*, Milano, 1942, p. 107; CICU, ob. cit., p. 978.

—como dice Vallet¹⁵— no era real o dominical, sino crediticio, aunque el crédito que nacía en contra del colacionante se traducía en una deuda en especie de una cosa cierta, la que fue donada. La deuda no es una deuda dineraria sino que es una deuda en especie, cuyo objeto es la cosa que fue donada.

Esta obligación en la segunda fase de la colación podía quedar compensada con la toma de menos, si en la primera no fue satisfecha *in natura*. La toma de menos aquí significaba una compensación de la obligación de llevar la cosa materialmente a la masa hereditaria.

El sistema romano fue aceptado en el Derecho Histórico español hasta la sanción del Código Civil, en el que se implantó como única forma de colación la imputación del valor de lo donado.

C) *Sistema de colación por imputación*. La colación por imputación, llamada también “colación de valor”, es efectuada trayendo a la masa hereditaria los valores de las cosas donadas, no las cosas en sí.

Se imputa en la cuota del colacionante el equivalente del valor de lo donado, tomando de menos el equivalente en bienes hereditarios. Con la toma de menos del colacionante se produce una imputación contable por la cual éste conserva la cosa donada sin producir desplazamiento económico alguno, ni real ni creditorio.

Los otros herederos, en virtud de la adjudicación compensatoria, recibirán de más en sus cuotas de bienes relictos, en proporción al valor de lo donado, hasta cubrir sus cuotas en la reunión ficticia del *relictum* y del *donatum*. Así se consigue la igualdad entre todos los coherederos.

El colacionante sólo está sujeto a la computación del valor de lo donado y a la imputación en su hijuela, que son operaciones contables. No tiene ninguna obligación en sentido propio que implique una prestación, con su posible secuela de cumplimiento forzoso o subsidiariamente, de resarcimiento de daños. Paralelamente, los demás coherederos no tienen ningún derecho de crédito ante el colacionante; sólo tienen una “pretensión”, al dividir la masa —aumentada con el valor

¹⁵ VALLET, ob. cit., p. 582.

colacionable-, a que se calcule su cuota sobre esa reunión ficticia, pretensión que no tiene naturaleza crediticia¹⁶.

Afirmar que la colación no da lugar más que a un desplazamiento contable, no significa negar el aporte de valor. El donatario aporta a la masa un valor que se imputa en el caudal relicto, y que será liquidado en la partición.

Éste es también el sistema del Código Civil español, en cuyo artículo 1045 se expresa: "No han de traerse a colación y partición las mismas cosas donadas o dadas en dote, sino el valor que tenían al tiempo de la donación o dote, aunque no se hubiese hecho entonces su justiprecio".

Es el sistema del Código Civil alemán, recogido en el artículo 2055, párrafo 1º, que dice: "En la partición se imputa a cada coheredero en su porción hereditaria, el valor de la atribución que ha de traer a colación. El valor de todas las atribuciones que han de traerse a colación se adicionan al caudal relicto, en tanto que éste corresponda a los coherederos entre los que tiene lugar la colación".

588. Posibilidad de colacionar en especie

Cabe preguntarse si en nuestro Derecho es posible la colación en especie o *in natura*, si todos los herederos están de acuerdo. Como las normas que regulan la colación son de carácter dispositivo y, además, tal colación consigue el fin propio de la institución, cual es la igualdad de los herederos forzosos, no vemos inconveniente en aceptarla, aunque ello represente alterar los medios que la ley establece para llegar a ese fin.

En tal supuesto, la aportación material sólo puede ser concebida como una dación en pago de la deuda de valor que surge de la donación colacionable (art. 779). Por eso la forma de cumplimiento requiere el consentimiento del colacionante (deudor) y de los demás herederos forzosos (acreedores).

Pero insistimos, esta colación no está prevista en el Código y por eso no se puede imponer; sólo cabe aplicarla si todos los herederos

¹⁶ Ésta es la posición de la doctrina italiana y también de la moderna doctrina española. Ver nota 10.

la aceptan. Esta posición la comparten los autores españoles como Marín Monroy¹⁷ —quien fue el primero en admitir esta hipótesis— Vallet¹⁸, Lacruz¹⁹, De los Mozos²⁰.

En nuestra doctrina, Méndez Costa²¹ admite la posibilidad de colacionar en especie. Pero —nos dice— “son imaginables desajustes, por ejemplo en contra del donatario y a favor de sus coherederos, el mayor valor de las mejoras introducidas por aquél o los gastos extraordinarios de conservación que afronta y viceversa, la disminución del valor de la cosa por el hecho voluntario del donatario”. Y agrega: “De cualquier manera estas dificultades y las similares se resuelven más a través de la colación por imputación”.

589. Las operaciones de colación y las de cálculo de la legítima

Las operaciones de colación y las de cálculo de la legítima, aunque tienen lugar entre los herederos forzosos, son distintas entre sí. Veamos:

a) El cálculo de la legítima tiene por finalidad la protección de la legítima de los herederos forzosos. Hay que determinar la legítima global para conseguir la legítima individual, con el fin de que ésta última quede cubierta.

Distintamente, la colación está dirigida a mantener la igualdad proporcional en las porciones de los herederos forzosos.

b) La masa para calcular la legítima implica la reunión del *relictum* líquido más el *donatum*.

El *relictum* líquido está formado por los bienes recibidos como herencia y como legado, y se deben deducir las deudas del causante (a cargo de herederos y legatarios de cuota). Al valor líquido de los bienes hereditarios (incluyendo los legados particulares) se agrega el *donatum* formado por las donaciones efectuadas por el causante (art.

¹⁷ MONROY, Marín, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1948, t. IV, ps. 258 y ss.

¹⁸ VALLET, ob. cit., p. 584.

¹⁹ LACRUZ, *Anotaciones a BINDER*, ob. cit., p. 260.

²⁰ DE LOS MOZOS, ob. cit., p. 291.

²¹ MÉNDEZ COSTA, María J., *Derechos de los herederos forzosos con respecto a las donaciones del causante a favor de un coheredero*, en J. A. 1975-42 y ss., Doctrina, serie contemp.

3602); se incluyen tanto las donaciones efectuadas a extraños, como a herederos forzosos y a herederos voluntarios. Puede que no exista *relictum*, en cuyo caso la masa para calcular la legítima se forma sólo con el *donatum*.

Distintamente, la masa, a efectos de la colación, también está formada por el *relictum* líquido y el *donatum*; pero el *relictum* no coincide con el anterior, pues en él no se incluyen los legados a extraños; si se los hace a herederos forzosos no hay colación, pues en ese caso el testador no respeta la proporcionalidad de las porciones legales. El *relictum* líquido se forma, pues, con los bienes recibidos como herencia (herencia intestada o testamentaria, siempre que no sean modificadas las proporciones legales) previa deducción de las deudas del causante. El *donatum* tampoco coincide con el tenido en cuenta para la legítima, pues sólo abarca las donaciones colacionables efectuadas a herederos forzosos. Se excluyen las donaciones efectuadas a herederos voluntarios o a terceros. Aquí, a diferencia del *relictum* como base para calcular la legítima, siempre tiene que existir un *relictum* suficientemente amplio como para que se puedan efectuar las compensaciones contables, que implican para el heredero forzoso no donatario tomar más bienes del *relictum* y para el donatario tomar de menos el equivalente al valor de la donación.

c) El cálculo de la legítima tiene lugar aun en el caso de que haya un solo legitimario.

La colación requiere la existencia de varios herederos forzosos.

d) La legítima está regida por normas de carácter imperativo, que el testador no puede violar.

La colación está regida por normas de carácter dispositivo, puesto que el testador las puede dejar sin efecto dispensando la colación.

e) La acción de reducción lleva como consecuencia la reducción de las porciones hereditarias, de legados y de donaciones, lo cual implica dejarlos sin efecto total o parcialmente, produciéndose simultáneamente el desplazamiento de bienes²².

²² La reducción tiene lugar cuando se ve afectada la legítima de un heredero forzoso, que puede tener lugar por diversas vías: 1) cuando las donaciones a los terceros (imputables a la libre disposición) excedan la cuota de libre disposición; 2) cuando las donaciones a herederos forzosos (imputables a la legítima) afecten la

La colación, en cambio, sólo supone un desplazamiento contable, con la consiguiente modificación de las proporciones en que es adjudicado el caudal relicto.

La colación actúa en la medida en que no haya violación a las legítimas. "Para pasar a la colación —dice Lacruz²³— es preciso comprobar que no hay lesión de las legítimas. Quiere decir, pues, que el primer presupuesto para que entre en juego la colación es la no violación de las legítimas. El segundo es que se pueda llevar a cabo la computación contable; esto requiere que el valor de la donación sea menor o igual que la cuota hereditaria. O hay colación o hay reducción, pero las dos acciones no pueden superponerse, pues cada una de ellas tiene su campo propio de actuación.

En la práctica puede aparecer dudoso, de antemano, si se viola o no la legítima, mediando donaciones. En ese caso se deberá ejercer la acción de colación (si la donación se hace a descendientes o al cónyuge) y, en subsidio, la acción de reducción.

590. Las donaciones a un heredero forzoso y la tesis de la aplicación absoluta de la colación entre herederos forzosos, durante la vigencia del Código Civil de Vélez Sársfield

Algunos autores han sostenido, refiriéndose al Código Civil de Vélez, que entre herederos forzosos siempre se aplican las reglas de la colación, negando entre ellos la acción de reducción, aunque se vulnere la legítima de algún heredero forzoso²⁴.

porción legítima del heredero; 3) cuando las donaciones a herederos forzosos con dispensa de colación (imputables a la libre disposición) excedan la porción disponible; 4) cuando las donaciones a herederos forzosos con dispensa de colación presumida por la ley —art. 3604— (imputables a la libre disposición) excedan la cuota de libre disposición; 5) cuando los legados efectuados a terceros (imputables a la libre disposición) excedan la cuota de libre disposición; 6) cuando los legados hechos a herederos forzosos (imputables a la libre disposición) excedan la cuota de libre disposición.

²³ Prólogo al libro *La colación*, de José Luis De los Mozos.

²⁴ Así, aparte de Lafaille, Fornieles y Maffía, puede citarse a Hernández y Ugarte, Prayones, Spota, Méndez Costa. Algunos pronunciamientos judiciales, influidos por el caso "Scary vs. Pietranera" (J. A. V-1), sin fundamento jurídico alguno, han seguido esta corriente. Así, L. L. 77-382 ; J. A. 72-408.

Lafaille²⁵, en este sentido, expresa: "el demandado no debe ser un heredero forzoso, pues en tal supuesto correspondería exigir la colación". El autor no da fundamento alguno que sustente su pensamiento.

Maffía²⁶, en igual sentido, dice que "tratándose de donaciones no será procedente la reducción cuando los beneficiarios de ellas son coherederos forzosos, ya que en este supuesto la acción ejercible será la de colación".

Siguen la tesis de Maffía, Hernández y Ugarte²⁷ al expresar el último que la colación se traducirá para el donatario en recibir de menos, no recibir nada o tener que restituir lo que excede a la porción hereditaria del demandado.

Fornieles²⁸, siguiendo esta orientación, entiende que en este caso de donaciones a un heredero forzoso se aplican siempre las reglas de la colación, vale decir, que no se devuelven las cosas mismas, sino que se consideran los valores; en una palabra, que la acción es personal entre coherederos sin efectos reales para los terceros adquirentes. Al aplicar las reglas de la colación está implícito que la idea se complementa con la búsqueda de la igualdad entre las porciones de los herederos forzosos, fin último del concepto de colación.

Aspectos valorativos. Para nosotros esta tesis era insostenible en el régimen del antiguo Código Civil. Los argumentos en contra nos parecieron decisivos:

1) *Se rompe la distinción entre la colación y la reducción.* Esta tesis, sobre todo, rompe con las claras distinciones que hay entre la colación y la reducción. Circunscribiéndonos a las donaciones a herederos forzosos habiendo otros coherederos forzosos, podemos afirmar que, en la medida en que la donación a un coheredero forzoso no afecte la legítima de otro u otros herederos forzosos, actúa la colación, buscando la igualdad entre ellos. En cambio, cuando esa donación

²⁵ LAFAILLE, *Curso de Derecho Civil. Sucesiones* cit., 1933, t. II, p. 178.

²⁶ MAFFÍA, *Tratado de las sucesiones* cit., 1982, t. II, p. 532.

²⁷ UGARTE, Luis A., *Acción de colación, afinidades y diferencias con la reducción. Requisitos, sujetos, funcionamiento y prescripción*, en L. L. 1987-E-623; HERNÁNDEZ, Lidia B. y UGARTE, Luis A., *Sucesión del cónyuge*, Buenos Aires, 1996, p. 220; ídem actualización del *Tratado de las sucesiones*, de Jorge O. Maffía, Buenos Aires, 2010, t. I, p. 572.

²⁸ FORNIELES, ob. cit., t. II, N° 125.

vulnera la legítima de otro u otros herederos forzosos sólo actúa la reducción, cuyo fin es dejar a salvo la legítima violada.

Para esta tesis los herederos forzosos afectados en sus legítimas sólo tienen una acción personal para reclamar, no ya la legítima, sino la igualdad entre los herederos forzosos. Al admitir que hay colación en estos casos, se rompe el sistema de colación admitido por el Código, el de colación por imputación, en que el donatario toma de menos en la partición (el equivalente al valor de la donación recibida en vida) y se compensa a los demás herederos recibiendo de más en la partición. Al querer igualar a los herederos cuando se afecta la legítima de alguno de ellos, hay que crear créditos del afectado en su legítima contra el heredero donatario, en contra del mecanismo de nuestra colación por imputación que sólo acepta compensaciones en la partición. Es decir, se rompe el concepto esencial de colación, y no se respeta la idea fundamental de que quien es violado en su legítima sólo puede pedir su complemento (art. 3600) y no pretender la igualdad con los demás herederos forzosos.

Con este sistema se rompe el principio inveterado aceptado por el Código Civil de que la legítima es un freno a la libertad de testar (art. 3591, 2ª parte) y a la libertad de donar (art. 1830). Refiriéndonos a la última, cabe afirmar que una persona tiene libertad para hacer donaciones a extraños o a sus herederos forzosos; el único límite que le impone la ley es no violar la legítima de los herederos forzosos cuando éstos existan. Cuando se violan sus legítimas, se ejerce la acción de reducción, que lleva como efecto inmediato resolver total o parcialmente esa donación. La resolución sólo se produce en la medida y sólo en la medida en que la legítima es vulnerada. El artículo 3600 dice, en este sentido, que "El heredero forzoso, a quien el testador dejase por cualquier título, menos de la legítima, sólo podrá pedir su complemento". De donde se sigue que el título de donación podrá resolverse sólo hasta obtener el complemento faltante de la legítima, no más allá.

Evidentemente se confunden, así, dos instituciones, la colación y la reducción; que tienen fines diferentes, campos diferentes de aplicación y mecanismos de actuación diferentes.

2) *Esta colación la puede dejar sin efecto el legitimario donatario*

renunciando a la herencia. En la colación creada por los sostenedores de esta tesis, el legitimario no donatario podrá pedir no sólo la legítima, sino un plus (extralegal, pues sólo cabe la reducción) para igualarse con el otro coheredero donatario. Este plus puede quedar sin efecto por la sola voluntad del heredero forzoso donatario obligado a su pago, renunciando a la herencia y quedándose con la donación. Lo lógico es que renuncie a la herencia, pues la aceptación en este caso lo empobrecería. El artículo 3355 dispone expresamente que "El heredero que renuncia a la sucesión puede retener la donación entre vivos que el testador le hubiere hecho [...] si no excediere la porción disponible que la ley le asigne al testador".

Renunciando a la herencia queda ante ella como un tercero, y el heredero forzoso no donatario sólo le podrá reclamar la reducción de la donación en la parte que viole su legítima.

Por ejemplo: una persona muere dejando dos hijos, A y B, y un caudal hereditario de 30. En vida hizo una donación al hijo A de 70. El *relictum* más el *donatum* es de 100. La legítima individual de cada hijo es de 40. Al hijo B le corresponde ejercer la reducción de la donación en 10: quedará con el caudal relicto, 30, más 10 de la reducción, total 40, y así quedará salvada su legítima.

Para la tesis que impugnamos el hijo B se queda con el caudal hereditario, 30, y ejerce la acción de colación para igualarse con A, reclamándole un crédito dinerario de 20 (10 para salvar su legítima y 10 de plus para igualar). Pero he aquí que el heredero A renuncia a la herencia, quedando como tercero. Entonces el hijo B se queda con el caudal hereditario, 30, y sólo puede reclamar al renunciante (tercero) la parte de la donación que afecte su legítima, que es sólo 10, cubriendo con 40 su legítima individual (art. 3355). En síntesis, el hijo A, renunciando a la herencia, tira por tierra esta teoría.

Cabe agregar que esta posición reduce aún más la poca libertad que tiene el causante ante las porciones de legítimas tan altas ($\frac{4}{5}$), las más altas en el Derecho Comparado.

3) *Las normas legales no hacen distinción.* Ninguna de las normas contenidas en el Código argentino, especialmente los artículos 1830, 1831, 1832, 3600, 3601, 3955, hacen distinción entre las donaciones hechas a terceros o a herederos forzosos, a efectos de la reducción, y

por eso no se deben hacer distinciones. No hay ninguna norma que excluya a los herederos forzosos como sujetos pasivos ante las donaciones inoficiosas. De ahí su falta de apoyo legal.

4) *La acción de reducción entre herederos forzosos está prevista en el Código Civil.* La acción de reducción entre herederos forzosos está especialmente prevista en el artículo 3537, que dice: "Los herederos pueden pedir la *reducción* de la porción asignada a uno de los partícipes, cuando resulte que éste hubiese recibido un excedente de la cantidad de que la ley permite disponer al testador. Esta acción sólo debe dirigirse contra el descendiente favorecido". La norma está dentro del capítulo que se refiere a la "división hecha por el padre o madre y demás ascendientes, entre sus descendientes". Abarca la partición por donación o testamento. Cuando en esa partición el ascendiente (causante) se hubiese excedido en la parte de libre disposición, el descendiente afectado en su legítima puede ejercer la acción de reducción contra el descendiente favorecido. Este artículo no habla de colación sino de reducción, y es una clara prueba legal de la existencia de la reducción contra el heredero forzoso. Negar esto implica aceptar una interpretación *contra legem* no permitida en nuestro Derecho.

591. El nuevo Código Civil y Comercial: rechazo expreso de la colación absoluta entre herederos forzosos

El nuevo Código ha rechazado expresamente la tesis que proclama la colación absoluta entre herederos forzosos, negando la reducción. El artículo 2386 dispone: "*Donaciones inoficiosas.* La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a reducción por el valor del exceso".

Las donaciones inoficiosas son las que violan las legítimas de algún heredero forzoso. La donación efectuada al descendiente o al cónyuge, cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, se somete a reducción por el valor del exceso, precisamente porque ese exceso viola la legítima. El Proyecto de 1998 sometía equivocadamente el exceso a colación, confundiendo la cola-

ción y la reducción. Este artículo pone fin a la tesis, sostenida por un sector de la doctrina, que establecía que entre herederos forzosos siempre se aplican las reglas de la colación, negando entre ellos la acción de reducción.

Coordinadamente, el artículo 1565, primera parte, del nuevo Código se refiere a la donación efectuada a terceros, existiendo legitimarios, que es inoficiosa si excede la parte disponible. Dice así: "Se considera inoficiosa la donación cuyo valor excede la parte disponible del patrimonio del donante".

La nueva norma contenida en el artículo 2386 ha demarcado con precisión el ámbito de la reducción, que es la acción que protege la legítima cuando ésta es violada. Las donaciones que haga el causante a un descendiente o a un cónyuge, cuyo valor sobrepase la porción disponible de la herencia más la porción legítima del donatario, viola la legítima de los demás descendientes o del cónyuge, y por eso el heredero afectado puede ejercer la acción de reducción contra la donación inoficiosa hasta completar su legítima.

Cuando la donación a un descendiente o al cónyuge no ha sobrepasado ese límite, el valor de lo donado se somete a colación.

Hay, pues, una delimitación precisa de ambas instituciones: la colación y la reducción cuando se violan las legítimas.

592. Supuesto en que lo donado supere la cuota del heredero, sin afectar la legítima de los otros descendientes o del cónyuge

Lo dicho hasta ahora presupone que la donación colacionable tiene un valor inferior a la cuota del donatario en la herencia, en cuyo caso la colación produce el efecto de rebajar la parte efectiva de bienes hereditarios que se le ha de adjudicar en la partición. Si en lugar de ser inferior fuese del mismo valor, el donatario no recibiría nada de la masa hereditaria.

Pero cabe una tercera posibilidad: cuando la donación representa un valor superior a la cuota del donatario que tendría derecho a recibir como coheredero, sin que ese excedente viole la legítima de los demás herederos. Aclaramos que la cuota de cada heredero, mediando donación

colacionable, se determina sumando el caudal neto al valor de la donación, y dividiendo el monto resultante por el número de herederos.

Veamos un ejemplo: Una persona deja, a su muerte, dos hijos: A y B, y bienes por valor 4.000. En vida le ha donado al hijo A bienes por valor de 8.000. La cuota de cada heredero es 6.000 ($8.000 + 4.000 = 12.000: 2 = 6.000$). La libre disposición es de 4.000 ($\frac{1}{3}$ de 12.000 = 4.000). En este caso, A colaciona la donación de 8.000, y B recibirá la totalidad de los bienes relictos, que suman 4.000, quedando así salvada su legítima individual. Aquí, lo donado supera la cuota hereditaria del donatario, que es de 6.000, sin violar la legítima del otro heredero. Cabe preguntarse, entonces, si el donatario se quedará con la donación de 8.000 o estará obligado a restituirla al heredero no donatario el exceso de 2.000, para obtener así la completa igualdad entre los herederos.

En el viejo Código Civil no había texto legal alguno que se refiriera a este supuesto.

Tampoco lo hay en el nuevo Código.

En el campo doctrinario nuestros autores no se referían al caso concreto que estamos analizando, con la excepción de Fernando Pérez Lasala²⁹ quien se adhirió a la posición que sostuvimos³⁰, y Hernández y Ugarte, que se mostraron contrarios a ella³¹.

Nuestro estudio lo centramos en el nuevo ordenamiento civil. Adelantamos que la donación se somete a colación, aunque en este caso no se logre la igualdad de los herederos forzosos (excluidos los ascendientes). El heredero donatario quedará con la donación (que no viola la legítima) y el heredero no donatario con todo el caudal hereditario, sin posible reclamo adicional. Veamos las razones en que nos apoyamos:

a) *No hay reducción*. El artículo 2386 dice claramente que "La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la porción disponible más la porción legítima del donatario [...] está sujeta a reducción por el valor del exceso". En el ejemplo dado el valor de la donación (8.000) no excede la porción disponible (4.000) más la

²⁹ Ob. cit., parág. 36; *La defensa del tráfico jurídico inmobiliario*, Santa Fe, 2011, N° 36.

³⁰ *Las acciones judiciales en el Derecho Sucesorio*, N° 133.

³¹ *Sucesión del cónyuge* cit., ps. 220 y ss.

porción legítima del donatario (4.000). Evidentemente aquí no se podría ejercer la acción de reducción porque no hay violación de la legítima del heredero no donatario, ya que atribuyéndole la totalidad del caudal relicto de 4.000, cubre su legítima. El heredero B no podría ejercer la acción de reducción porque su legítima no ha sido violada.

b) *Hay colación.* En nuestra opinión, hay colación de la donación porque el supuesto está dentro del mecanismo que establece el Código para esta institución. El artículo 2396 dispone que la colación se efectúa "sumando" el valor de la donación al de la masa hereditaria, y "atribuyendo" ese valor al lote del donatario. El artículo está aceptando el llamado sistema de colación por imputación. La donación no sobrepasa la porción de libre disposición (4.000) sumada a la porción de legítima del heredero donatario (4.000), y por eso no cabe la reducción.

Ahora bien, esta solución no llevaría a la igualdad de los herederos forzosos. Aunque esta institución busca esa igualdad, sin necesidad de ningún precepto legal que la consagre, hay veces que no se consigue. En el viejo Código Civil (antes de la ley 14.367) los hijos legítimos recibían el doble que los hijos extramatrimoniales. Si el padre hacía una donación a uno de ellos la colación no los igualaba, pues los hijos extramatrimoniales recibían la mitad que los hijos legítimos. En el nuevo ordenamiento civil, el supuesto que estamos analizando impediría la igualdad de los descendientes.

Existe la tentación de conseguir la igualdad otorgando, en el ejemplo dado, al hijo no donatario la facultad de reclamar la mitad del exceso (el exceso es de 4.000; la mitad sería de 2.000) para llegar a la igualdad total, quedando el heredero donatario con la donación disminuida en 2.000, y el heredero no donatario con el caudal relicto, más la mitad del exceso. Al final cada heredero quedaría con 6.000. Pero esto no es posible en nuestra opinión, dentro del régimen del nuevo Código. El reclamo de los 2.000 del exceso de la donación se traduciría en una "reducción" sobre una donación que no viola la legítima.

Imponer al heredero donatario una deuda de 2.000, traducido para el heredero no donatario en un crédito, no está contemplado en ningún artículo del Código. Entendemos que el nuevo Código es simple al

respecto: hay colación si la donación no vulnera la legítima de los herederos no donatarios, o hay reducción si ésta es violada.

Pero resulta que en el supuesto que analizamos no hay violación de legítimas. Entonces el planteo queda reducido a saber si cabe restituir excesos para igualar las porciones hereditarias. Pensamos que el donatario no está obligado a restituir el exceso, ya sea resolviendo parcialmente su donación, ya cargando con una obligación dineraria. Para ello se necesitaría una norma que lo impusiera, y esa norma no existe.

El Código no ha impuesto expresamente la devolución del exceso, y faltando tal disposición —como dice Lacruz³², refiriéndose al Derecho español— no podemos presumir que el heredero se halle gravado con tan pesada carga. Para asumir esa carga de entregar la parte de la cosa donada o su equivalente en dinero, tendría que haber una norma que así lo autorizara, y tal norma no existe en nuestro Código. Lo curioso es que este deber de restituir el exceso, es propio del efecto de una acción de reducción que tiene el heredero no donatario, y esa acción no podría darse porque no hay violación de legítimas. “La restitución del exceso —explica De los Mozos³³— es propia de las instituciones que se configuran en defensa de la legítima y concretamente de la reducción por inoficiosidad”, y no de la colación. Por todo lo expuesto, concluimos que el colacionante no tendrá nada que pagar a sus coherederos aunque, desde luego, nada tomará del *relictum*.

c) *Posibilidad de renunciar a la herencia manteniendo la donación.* Esta pretendida obligación de restituir el exceso, defendida por algunos autores nacionales en el régimen del viejo Código, puede quedar en la nada en la faz práctica, puesto que el donatario puede evitarla, repudiando la herencia y reteniendo la donación. El artículo 2387 expresa en ese sentido: “*Heredero renunciante.* El descendiente o el cónyuge que renuncia a la herencia pueden conservar la donación recibida [...] hasta el límite de la porción disponible”. Si excediere de esa porción, entonces siempre cabrá contra él la acción de reducción.

Este precepto, que responde a una larga tradición histórica, está contenido en Códigos Civiles, como el francés (art. 845), el español (art. 1036), etcétera, y representa una solución para evitar el empobrecimiento

³² LACRUZ, ob. cit., p. 586; DE LOS MOZOS, ob. cit., p. 167.

³³ DE LOS MOZOS, ob. cit., p. 298.

del heredero donatario: piénsese en las herencias con un gran pasivo o con un patrimonio complejo cargado de gravámenes; sirve también para el caso que analizamos, en el que mantenerse como heredero le impone obligaciones que como renunciante no las tendría. Los autores españoles, que casi unánimemente defienden el punto de vista que exponemos, dicen que no es lógico pensar que la ley, por un lado, ordene la colación y, por otro, prepare la salida de escape para evitarla.

No nos parece acertada la crítica de Hernández y Ugarte³⁴: "Desde que la colación —expresan— tiene lugar entre herederos forzosos, es claro que ellos debieron aceptar la herencia, y no repudiarla". En nuestro Derecho, como en todos los ordenamientos jurídicos modernos, todos los herederos pueden renunciar a la herencia. La idea del heredero forzoso referido a la legítima está entroncada con el Derecho Romano justiniano, en el que para reclamar la legítima se necesitaba haber sido instituido heredero. Esta idea no la aceptó García Goyena en su proyecto de Código Civil, pero siguió refiriéndose a los herederos forzosos: de ahí pasó a nuestro Código Civil. Su desarrollo lo haremos en el capítulo de legítimas³⁵.

d) *La presunta voluntad del causante y la igualdad en la colación.* La colación tiene un indiscutible fundamento subjetivo: la presunción de la voluntad del causante de que la cosa donada es atribuida a cuenta de la cuota hereditaria del donatario; de ahí las compensaciones propias de la colación que hacen al mantenimiento de la igualdad entre los herederos forzosos. La ley busca interpretar la voluntad del causante, y éste a veces quiere la igualdad y otras no, como sucede en este último supuesto cuando dispensa de colación al donatario. La igualdad no es lo prioritario, sino la interpretación de la voluntad del causante, con un solo límite: que la donación no viole las legítimas. Cuando se presenta en esta materia un caso no previsto por el legislador, el intérprete debe actuar interpretando y respetando la presunta voluntad del causante, siempre con el límite indicado. Así, si éste hace una donación a uno de los hijos que excede la cuota del donatario en la herencia, pero sin afectar la legítima, el intérprete debe respetar la donación tal como se ha efectuado.

³⁴ *Sucesión del cónyuge* cit., p. 224.

³⁵ *Infra* N° 824.

Someter el exceso a colación implica cambiar el mecanismo propio de la colación, con sus correspondientes compensaciones, por un mecanismo —no aceptado por la ley— creando créditos para conseguir, a toda costa, la igualdad.

El tema dio lugar en la doctrina española, que sigue el sistema de colación por imputación, a opiniones contrapuestas. Morrell y Terry³⁶, en el año 1906, sostuvo que había que colacionar materialmente el exceso o entregar en metálico a sus coherederos la diferencia.

Calderón Neira³⁷, en el año 1907, refutando a Morrell y Terry, negó la colación del exceso.

La doctrina de Calderón Neira la comparte actualmente casi toda la doctrina española, de conformidad a lo que venimos sosteniendo: Roca Sastre, Lacruz, De los Mozos, Puig Brutau, etcétera.

El Código Civil alemán ha contemplado el caso que analizamos en el artículo 2056.

Aclaremos que el Código alemán sigue el mismo criterio que el nuestro, el de la colación por imputación. Dice el artículo 2056: "Si un coheredero mediante la atribución, ha recibido más de lo que le correspondería en la partición, no está obligado al pago restitutorio del exceso..."

593. Dispensa de colación: modos de hacerla

La dispensa de colación, que aparece insertada en el mecanismo de esta institución como pieza fundamental, marca el carácter dispositivo de las normas que regulan la institución. Si el causante no quiso hacer un anticipo de herencia con su donación, sino una mejora, puede dispensar al heredero de colacionar.

Esta institución de la dispensa estaba restringida en el Derecho

³⁶ MORRELL Y TERRY, José, *Colación especial exigida en el artículo 1035 del Código Civil*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1906, t. CVIII, ps. 130 y ss.

³⁷ CALDERÓN NEIRA, Manuel, *La colación en el Código Civil*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2º semestre, 1907, t. CXL, p. 119; ROCA SASTRE, *Anotaciones a KIPP*, en *Derecho de Sucesiones* cit., t. II, p. 60; LACRUZ, ob. cit., p. 586; DE LOS MOZOS, ob. cit., p. 298; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil* cit., 1964, t. V, p. 665.

anterior por el rigorismo con que se exigía hacerla. Según el artículo 3484, "La dispensa de la colación sólo puede ser acordada por el testamento del donante, y en los límites de su porción disponible". Quiere decir, pues, que sólo cabía hacer la dispensa de la colación en el testamento.

El nuevo Código Civil y Comercial ha terminado con ese rigorismo, al decir en el artículo 2385 que los descendientes y el cónyuge deben colacionar el valor de los bienes donados, "excepto dispensa o cláusula de mejora expresa en el acto de la donación o en el testamento".

Por lo demás, la ley no exige términos sacramentales para la dispensa. Basta que conste la voluntad inequívoca del causante de mejorar a su heredero forzoso.

En el Derecho Comparado la mayoría de los Códigos autorizan, aparte de la dispensa hecha en testamento, la efectuada en el acto de la donación o por otro instrumento público (art. 1036, Cód. español; art. 2050, Cód. alemán; art. 737, Cód. italiano; art. 1789, Cód. brasileño; art. 776, Cód. peruano, etc.).

No obstante la exigencia de la mejora expresa, el artículo 2461 admite un caso de dispensa tácita de colación, que sería efectuada en el acto de transferencia con reserva de usufructo, uso o habitación o con la contraprestación de una renta vitalicia.

Por otra parte, el artículo 2385, párrafo 4º dispone que "El legado hecho al descendiente o al cónyuge se considera realizado a título de mejora, excepto que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario". Oportunamente veremos que cuando el legitimario no recibe más que el legado, dicho legado se imputa a su porción legítima.

594. Donación a un descendiente o cónyuge con dispensa de colación, que excede la libre disposición

Cuando una persona hace una donación a uno de sus herederos forzosos, con dispensa de colación, es decir como mejora, y el monto de esta donación excede la porción de libre disposición, cabe preguntarse si el excedente debe ser sometido a reducción o a colación.

El Código de Vélez no previó este supuesto en forma genérica. Sólo reguló el caso de que el causante entregue por contrato bienes

a un heredero forzoso con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo, en cuyo caso el valor de esos bienes será imputado a la porción disponible, y el exceso sometido a colación (art. 3604). En cambio, en el Código francés se ha previsto el supuesto en forma genérica en el artículo 844.

La norma francesa, de conformidad con el texto de la ley del 24 de marzo de 1898, decía así: "Las donaciones hechas como mejora o con dispensa de colación no pueden ser conservadas (ni reclamados los legados) [...] por el heredero que acuda a la sucesión, sino hasta la concurrencia de la parte de libre disposición; el excedente está sujeto a colación".

La moderna doctrina francesa ya advertía que los redactores del Código Civil no habían evitado el error de lenguaje en algunos artículos del Código Civil, como el artículo 844, que califica genéricamente de colación a lo que es una verdadera reducción³⁸. Actualmente está fuera de duda que el excedente del que habla el artículo 844 deberá ser sometido a reducción. En efecto, la ley 71-523 de 3 de julio de 1971, ha conservado la misma redacción del artículo, pero al final lo modifica, al decir que el excedente está sujeto a reducción. El artículo 844, en su redacción actual, dice: "Quedarán exentas de colación las donaciones hechas en calidad de mejora o con dispensa de colación y los legados reclamados por el heredero que concorra a la partición hasta el total de la cantidad disponible: el excedente estará sujeto a reducción". También hablan de reducción los artículos 864, 865 y 918.

Para mayor exactitud estimamos que hay que hacer la siguiente distinción: que el exceso no tenga cabida en la cuota de legítima del donatario; que el exceso tenga cabida en la cuota de legítima del donatario. Analicemos ambos supuestos³⁹:

A) Caso en que el valor de la donación excede de la libre disposición más la porción legítima del donatario.

El nuevo Código Civil y Comercial ha previsto el supuesto en el artículo 2386: "...aunque haya dispensa de colación o mejora...", la donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la

³⁸ Así, MAZEAUD, *Lecciones de Derecho Civil* cit., vol. IV, 4ª parte, p. 99.

³⁹ PÉREZ LASALA, ob. cit., parág. 46.

suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, está sujeto a reducción, por el valor del exceso.

Supongamos que un causante con dos hijos, A y B, deja un caudal hereditario de 40.000.

En vida hizo una donación con dispensa de colación al hijo A de 110.000. La suma del *relictum* más el *donatum* es de 150.000. La libre disposición es de 50.000. La legítima individual del heredero donatario es de 50.000 ($\frac{2}{3}$ de 150.000 = 100.000: 2 = 50.000). Esa donación excede la libre disposición más la porción legítima del donatario (ambas suman 100.000), y viola la legítima de B (que es de 50.000), por lo cual hay que reducir.

Aplicando el artículo 2386 queda resuelto el problema: el heredero B podrá ejercer la reducción de la donación de 110.000 hasta el límite en que se viola su legítima que es de 50.000; la reducción será de 10.000. El heredero A quedará con 100.000 y B con 50.000.

B) Caso en que el valor de la donación excede de la libre disposición, teniendo cabida el exceso en la cuota de legítima del donatario.

Puede suceder que la donación efectuada con dispensa de colación exceda la libre disposición, pero el exceso no sobrepasa la porción legítima del donatario. El caso no está previsto en el nuevo Código, pero se puede resolver aplicando los principios generales que sustentan la legítima.

Por ejemplo: El causante tiene dos hijos A y B, y deja un caudal hereditario de 96.000.

Hace una donación en vida al hijo A de 54.000. La suma del *relictum* más el *donatum* es de 150.000. La libre disposición es de 50.000. La legítima individual es de 50.000.

Esa donación excede la porción de libre disposición, pero no excede la porción de libre disposición más la porción de legítima del donatario, que en total es de 100.000. Queda un caudal hereditario de 96.000, que al dividirlo entre los dos herederos da 48.000 para cada heredero; pero esto no basta para salvar la legítima de B; habrá entonces que reducir la cuota de A en 2.000 para que B quede con 50.000, que es su legítima. Al final, el heredero B quedará con el valor de su legítima

que es 50.000, y el heredero A quedará con la donación, que representa 54.000, más 46.000 del caudal hereditario, en total 100.000.

Aquí no hay reducción de la donación. Lo que se ha hecho ha sido una reducción de las cuotas del caudal hereditario. Se ha reducido la porción hereditaria de A cubriendo la legítima de B, sin necesidad de llegar a la donación (arg. art. 2452). La donación, pues, queda firme. La reducción de las cuotas no lleva consigo la resolución de la donación. Es algo similar a lo que dispone el artículo 2452 referente a la sucesión testamentaria⁴⁰.

595. La colación no opera de oficio

La colación no opera de oficio, sino a pedido de parte. La doctrina es unánime al respecto⁴¹. Por eso, si los herederos no la peticionan, el mecanismo colacional no entra en juego.

En principio, la no reclamación de la colación no puede ser interpretada como renuncia al derecho de peticionaria.

596. Acción de colación: concepto y caracteres

El medio judicial para exigir la colación es la *acción de colación*. La acción de colación —como dice De los Mozos⁴²— es incidental de la partición, pero no con carácter previo sino separado e independiente. En sentido similar, dice Polacco⁴³ que la colación “es un incidente de la división hereditaria y precisamente del primer momento de ella, que sabemos consiste en la formación de la masa a dividirse”. Para Binder⁴⁴, a la pretensión de colación sólo puede hacérsele valer en la división, y sólo en la división puede ser cumplida y satisfecha.

Aunque los autores que se refieren al tema hablan del “incidente de la colación”, el término “incidente” indica una incidentalidad ma-

⁴⁰ El caso guarda cierta semejanza con la colación.

⁴¹ RÉBORA, ob. cit., t. I, p. 397; LAFAILLE, ob. cit., t. I, p. 337; FORNIELES, ob. cit., t. I, N° 307, etc.

⁴² DE LOS MOZOS, ob. cit., p. 759.

⁴³ POLACCO, *De las sucesiones* cit., p. 399.

⁴⁴ BINDER, *Derecho de Sucesiones* cit., p. 258.

terial, más que procesal, pues a la reclamación de la colación se le puede dar el trámite de los incidentes o del juicio declarativo, si requiere un sustanciación más amplia.

La acción de colación es una acción personal que culmina en la sentencia con la fijación de una suma colacionable, que se hará valer en el juicio sucesorio en el acto de la partición.

La suma fijada en la sentencia no supone un derecho de crédito que el reclamante pueda exigir al donatario, sino un valor que habrá que tener en cuenta en la partición, que se hace en el juicio sucesorio a efectos de la imputación contable en la cuota del donatario y la adjudicación compensatoria de los herederos reclamantes. En un caso resuelto por la Cámara Segunda de la Capital, se le ordenó a un heredero colacionar la suma de 20.250 pesos, los otros herederos pretendieron hacer efectivo el cobro por la vía ejecutiva, a lo cual el tribunal, acertadamente, no hizo lugar⁴⁵.

597. Divisibilidad de la acción de colación

La acción de colación es una acción divisible, en el sentido de que es un derecho que pertenece a cada heredero, quien puede ejercerlo o renunciarlo. "Es admisible, por eso —como expresa Polacco⁴⁶—, que la acción de colación sea ejercida por un solo heredero contra uno solo de los coherederos donatarios, según su propio interés". Esto guarda relación con el principio de que la colación jamás actúa de oficio.

La independencia de cada coheredero para ejercer la acción hace que la interrupción de la prescripción efectuada por uno de ellos no aproveche a los restantes⁴⁷. Se dice, por eso, que la obligación de colacionar es divisible, en el sentido de que, existiendo varios herederos, unos pueden demandar la colación y otros no. En ese caso, el partidor, una vez liquidado el *relictum*, deberá hacer dos masas: una, con la agregación del valor de la donación para extraer de ella la hijuela del heredero reclamante (la hijuela del heredero donatario se

⁴⁵ G. F. 36-360.

⁴⁶ POLACCO, ob. cit., p. 399.

⁴⁷ LAFAILLE, ob. cit., N° 493; FORNIELES, ob. cit., N° 307; BORDA, ob. cit., N° 649.

verá disminuida tan sólo en la parte en que reciba aumento la del reclamante), y otra, sin agregar el valor de la donación, para extraer de ella el monto que corresponde a los demás⁴⁸.

Para explicitar lo expuesto precedentemente, damos el siguiente ejemplo: Una persona, al morir, deja un caudal hereditario de 1.000 y cuatro hijos, A, B, C y D, habiendo donado al hijo A un bien por valor de 200. El hijo D reclama la colación, pero no así los hijos B y C, por no considerarlo apropiado. El mecanismo colacional se produce así:

Primera masa, a efectos de extraer la hijuela del heredero reclamante: *relictum*, 1.000, más *donatum* 200, lo cual es igual a 1.200. Como hay cuatro herederos, la cuota del heredero D (reclamante) es de 300 ($\frac{1}{4}$ del *relictum* + *donatum*). Sobre la base de esa cuota, el partidor formulará la hijuela del heredero reclamante.

Segunda masa, a efectos de extraer la hijuela de los demás herederos: *relictum* 1.000. Como hay cuatro herederos, la cuota del heredero B y C es de 250 cada uno ($\frac{1}{4}$ del *relictum*).

Sobre la base de esa cuota, el partidor formará la hijuela de los herederos no reclamantes.

Como consecuencia de lo dicho, la cuota de los no reclamantes (B y C) quedaría en 250 cada uno; la del reclamante (D) sería de 300 y la del donatario colacionante (A) será la misma del reclamante de la colación, a la que se le sumará la que no reclamaron B y C (50 cada uno = 100), o sea, 400. El donatario, pues, recibirá los 100 que no reclamaron los herederos B y C, con más 200 del anticipo de herencia, con más 100 necesario para cubrir su porción faltante en la herencia ($\frac{1}{4}$ de 1200).

De esta divisibilidad surgen las siguientes consecuencias:

1° La prescripción interrumpida por uno de los herederos que demandase la colación a su coheredero, no aprovecha a los otros que se hubiesen abstenido de reclamarla.

2° La colación no opera de pleno derecho, sino a petición de parte interesada.

⁴⁸ Ídem FORNIELES, ob. cit., t. I, N° 307, letra d; ZANNONI, ob. cit., p. 769, etc.

598. Juez competente

La acción de colación debe ser tramitada ante el juez de la sucesión, en virtud del fuero de atracción regulado en el artículo 2336 del nuevo Código Civil y Comercial. Pensamos que en el artículo se contiene la acción de colación por su incidencia en las operaciones de partición.

El artículo 3284, inciso 1º, inclufa tácitamente la acción de colación, por tratarse de "...demandas concernientes a los bienes hereditarios hasta la partición inclusive..."

599. La colación en el proceso sucesorio

En determinadas circunstancias se puede realizar la colación en el proceso sucesorio, sin necesidad de recurrir a la vía contenciosa. Veamos:

A) *Petición de la colación por parte de todos los herederos forzosos, incluyendo al donatario.* Cuando todos los herederos forzosos incluyendo al donatario, solicitan que la donación denunciada se someta a colación en el mismo proceso sucesorio, se procederá de la siguiente manera:

El inventariador, al hacer el inventario de los bienes de la herencia, agregará la donación (como valor) efectuada al coheredero forzoso. El avalúo deberá contener el valor de ambos.

Al poner las operaciones de manifiesto en secretaría por cinco días, se deberá notificar a las partes (art. 724, párr. 1º, CPCCN). La notificación debe comprender a todos los interesados, incluyendo al heredero donatario.

Las reclamaciones podrán ser efectuadas siguiendo el trámite fijado en el artículo 725 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Al final se producirá la aprobación de esas operaciones.

Será misión del partidor, antes de formar la masa a efectos de la colación, deducir las deudas hereditarias y así quedar con el *relictum* líquido, al cual agregará la donación colacionable (art. 2376). Imputará el valor de lo donado a la cuota del colacionante, quien tomará de menos el valor de lo recibido por donación, y compensará a los demás

herederos en bienes hereditarios. De esta forma conseguirá la igualdad de los valores de las hijuelas adjudicadas a cada heredero.

Las operaciones serán puestas de manifiesto en la Secretaría por diez días (art. 731). El trámite de la oposición está previsto en el artículo 732 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Al final serán aprobadas las operaciones particionables.

B) *Renuncia de la colación por algún heredero forzoso y petición de la colación por los demás, incluyendo al heredero donatario.* Cuando los herederos forzosos, incluyendo al donatario (y excluyendo al renunciante) solicitan que la donación denunciada se someta a colación en el mismo proceso sucesorio, se procederá en la forma indicada en la letra A, con la siguiente variante:

El perito partidor, una vez liquidado el *relictum*, deberá hacer dos masas: una, con la agregación de los valores colacionables, para extraer de ella la hijuela del heredero reclamante (la hijuela del heredero donatario se verá disminuida tan sólo en la parte en que reciba aumento la del reclamante); otra, sin la agregación del *donatum*, para extraer de ella el monto que corresponde a los demás⁴⁹.

Por ejemplo: una persona, al morir, deja bienes por 48, y tres hijos, A, B y C, habiendo donado al hijo C un bien por valor de 6. El hijo A reclama la colación, pero el hijo B no la reclama (la renuncia). El mecanismo colacional se produce así:

Primera masa, a efectos de extraer la hijuela del heredero reclamante: *relictum*, 48, más *donatum*, 6, lo cual es igual a 54. Como hay tres herederos, la cuota del heredero A es de 18. El partidor formulará la hijuela del reclamante con el monto de 18.

Segunda masa, a efectos de extraer las hijuelas de los demás: *relictum*, 48. Como hay tres herederos, la cuota del heredero B es de 16. El partidor formará la hijuela del heredero no reclamante con el monto de 16. Como consecuencia de lo dicho, la cuota del donatario (heredero C) se verá disminuida tan sólo en la parte que reciba aumento la del reclamante.

La cuota en los bienes hereditarios del donatario es 16, que se verá

⁴⁹ FORNIELES, ob. cit., p. 307, letra d.

disminuida en 2, que es el aumento de la cuota del reclamante. El donatario, pues, recibirá 14.

En síntesis, al heredero A le corresponderá 18; al heredero B, 16; al heredero donatario, 14.

600. La acción de colación en el proceso contencioso

Cuando no se dan las hipótesis indicadas precedentemente, sólo cabe conseguir los efectos de la colación mediante el ejercicio de la acción contenciosa. Veamos las siguientes situaciones:

A) Todos los herederos no donatarios reconocen la donación denunciada a efectos de la colación, y el donatario la niega. En la práctica esto último se producirá, sobre todo, cuando la donación esté encubierta, simulando una venta.

Habrá que iniciar el juicio de colación, en el que se deberá probar, en primer lugar, la donación y su valor, y en segundo lugar, que en el caudal hereditario hay bienes suficientes para que los herederos no donatarios puedan tomar más bienes (proporcionales al valor de la donación), con el fin de efectuar las compensaciones contables que llevarán a la igualdad de las porciones hereditarias. La existencia de bienes suficientes en el caudal relicto es muy importante, pues si éstos son insuficientes lo que corresponderá ejercer será la acción de reducción, si la donación viola la legítima de otros legitimarios. Al final, el juez dictará una sentencia en la que ordenará computar en el caudal relicto el valor de la donación, imputarlo en la cuota del heredero donatario y compensar a los demás herederos con más bienes, que se ha probado que existen en el caudal hereditario.

Sobre la base de esa sentencia, el perito nombrado en el juicio sucesorio hará la partición, procediendo, en lo posible, en la forma indicada en el punto A del número anterior, a no ser que ésta la haga el juez en el proceso contencioso.

B) Unos herederos solicitan la colación y otros no, sin que respecto de estos últimos haya mediado renuncia de la colación. En este caso, consideramos conveniente que el actor o el juez, de oficio, para evitar

ulteriores nulidades, haga conocer la demanda a los demás herederos no donatarios. Lo dicho es independiente del derecho que les asiste a los coherederos no reclamantes de la colación de presentarse en cualquier etapa del proceso, adhiriéndose voluntariamente a la petición de colación (art. 90, CPCCN).

Si se adhieren a la acción de colación, estaremos en la hipótesis anterior.

Si no se adhieren, la sentencia ordenará la colación, estableciendo el valor de las donaciones para que el perito designado en el juicio sucesorio establezca la proporción en que debe ser afectado el heredero donatario; el juez del contencioso podrá establecer directamente el monto del valor colacionable, ya disminuido en razón del interés del reclamante. Además, la sentencia deberá ordenar compensar a los herederos no donatarios con más bienes, existentes en el caudal relicto.

En el juicio sucesorio, sobre la base de la sentencia que ordena la colación, el perito procederá, en lo posible, como se ha indicado en el punto B del número anterior.

En ambos supuestos se debe suspender la partición.

601. Oportunidad del ejercicio de la acción

La acción de colación no puede ser ejercida antes de la muerte del causante, ya que se origina con la apertura de la sucesión: responde a las llamadas "posiciones originarias", que nacen a la muerte del causante.

Muerto el causante, no se la puede ejercer antes de iniciado el proceso sucesorio, ni incluso antes de la declaratoria de herederos (o de la aprobación de testamento, cuando cabe la colación en la sucesión testamentaria), pues el carácter incidental que la colación tiene respecto de la partición presupone la existencia de esa declaratoria de herederos (o de la aprobación de testamento).

El heredero no donatario puede ejercer la acción antes de la realización de las operaciones de inventario y avalúo, y, en casos especiales, aun después de haber tenido lugar la partición hereditaria.

El límite temporal de la acción será el de su prescripción, es decir 5 años a contar de la muerte del causante. Esto, naturalmente, siempre que no se haya renunciado a la acción.

602. Renuncia de la acción

La acción de colación puede ser renunciada después de la muerte del causante, en forma expresa o tácita.

La renuncia expresa implica una declaración de voluntad en ese sentido. La tácita surge de la realización, por parte del heredero no donatario, de determinados actos que signifiquen voluntad de renunciar.

Así, cabe afirmar que la realización de las operaciones de inventario, avalúo y partición sin contar con la donación colacionable, no supone renuncia a la acción si se desconoce la donación. Pensamos que se trata de un acto *inter vivos* cuyo objeto es ajeno al caudal hereditario. *A contrario sensu*, si se conoce la donación y se consiente en las operaciones de partición, en las cuales no se ha incluido el valor colacionable, tal actitud debe ser entendida como renuncia de la colación.

También hay renuncia tácita cuando la partición es realizada por los propios herederos, en forma extrajudicial o sometiénndola al juez para su aprobación, denunciando en ella la donación, si no obstante no se tiene en cuenta su valor en el reparto; en nuestra opinión, hay una renuncia tácita de la acción de colación.

603. Carga de la prueba

El heredero reclamante deberá probar la existencia de la donación efectuada por el causante. Cuando ésta se refiera a inmuebles, la prueba consistirá en la escritura correspondiente.

La prueba de la donación se cumplirá si media un acto simulado con la apariencia de oneroso. El demandante deberá probar la simulación por todos los medios que la ley reconoce, mostrando que el negocio real es una donación. En ese caso, hay que acumular la acción de colación y la acción de simulación.

El reclamante deberá probar, aparte de la existencia de la donación y su valor pecuniario al tiempo de la muerte del causante, que los bienes relictos son suficientes para hacer las compensaciones contables, propias de la colación.

Sobre la base del denuncia de bienes, el perito determinará los

bienes que componen el haber hereditario y su valor, e igualmente las deudas hereditarias, para formar el caudal hereditario neto.

Los bienes relictos deben ser suficientes para poder hacer las compensaciones contables.

Para probar que hay bienes suficientes en el caudal relicto, hay que distinguir tres hipótesis.

Primera: Si la donación tiene un valor inferior a la cuota del heredero donatario en la herencia (*relictum* más *donatum*, dividido por el número de herederos), los legitimarios no donatarios tomarán bienes de más en el caudal relicto equivalentes al valor de la donación, y el resto del caudal hereditario se dividirá entre los herederos por partes iguales. Ejemplo: un causante con dos hijos, A y B, dona al hijo B, 40; el caudal hereditario es de 60. La cuota hereditaria de cada heredero es de 60 más 40, dividido 2, igual 50. "A" tomará el equivalente a la donación de B, es decir, 40. El resto del caudal hereditario, 20, se lo dividirá entre los dos herederos, 10 para cada uno, y así quedarán igualadas sus porciones.

Segunda: Si la donación tiene un valor igual a la cuota del heredero en la herencia, el heredero donatario no tomará nada del caudal relicto, quedando éste íntegramente para los herederos no donatarios. Ejemplo: un causante con dos hijos, A y B, dona al hijo B, 50; el caudal hereditario es de 50. La cuota hereditaria es de 50 más 50 dividido 2, igual 50. "A" se quedará con todo el caudal hereditario, y B se quedará con la donación.

En ambas hipótesis se hacen las compensaciones contables para alcanzar la igualdad de los herederos.

Tercera: Si la donación es superior a la cuota hereditaria del donatario en la herencia —siempre que la donación no viole la legítima de los demás herederos no donatarios— el donatario podrá quedarse con la donación, y los demás herederos no donatarios se quedarán con el caudal relicto. Ejemplo: un causante con dos hijos, A y B, dona al hijo B, 60; el caudal hereditario es de 40. La cuota hereditaria es de 40 más 60, dividido 2, igual a 50. El hijo A se quedará con el caudal hereditario de 40, y el hijo B con la donación de 60.

“A” no puede sacar 10 de la donación al hijo B para igualarse, porque eso sería reducción.

El juez hará lugar a la acción de colación en los tres supuestos, aunque en el último no se consiga la igualdad entre todos los herederos.

La sentencia se hará valer en el juicio sucesorio en la pertinente partición, y servirá de base al perito designado en el juicio sucesorio para efectuar la partición.

En el caso de que no haya bienes suficientes en el caudal hereditario y se violaren con la donación las legítimas de los herederos no donatarios, el juez deberá rechazar la acción de colación, pues se hubiera debido ejercer la acción de reducción, reclamando y reduciendo sólo la parte de la donación que hubiere afectado a las legítimas.

Por eso, en la práctica tribunalicia, normalmente, convendrá ejercer la acción de colación y, en subsidio, la acción de reducción. Así se evitará la pérdida del juicio ante el problema de la suficiencia o insuficiencia de los bienes relictos.

604. Prescripción

La acción de colación es una acción personal cuyo término de prescripción no está especialmente contemplado en el Código Civil y Comercial. De ahí que resulte de aplicación el término de 5 años establecido en el artículo 2560. Al plazo se lo cuenta desde el momento de la muerte del causante⁵⁰.

La prescripción interrumpida por uno de los herederos que demandase la colación a su coheredero, no aprovechará a los herederos que se hubiesen abstenido de reclamarla⁵¹.

Ahora bien —como señala F. Pérez Lasala⁵²—, cuando la donación se encubre bajo el manto de un acto oneroso simulado, resulta discutible si la acción de simulación iniciada conjuntamente con la de colación, prescribe a los 5 años (art. 2560), o si prescribe a los 2 años, que es el término de prescripción de la acción de simulación (art. 2562, inc. a).

a) Unos autores —como Borda, Goyena Copello, Ferrer, Méndez

⁵⁰ CCiv.1° Cap., 7-5-28, J. A. 27-730.

⁵¹ FERNIELES, ob. cit., N° 307; BORDA, ob. cit., N° 649.

⁵² PÉREZ LASALA, ob. cit., parág. 49.

Costa⁵³—, refiriéndose al derecho anterior, sostiene que si la donación hubiese sido cubierta por la apariencia de otro acto, el término de prescripción, es siempre el de la colación, pues en última instancia de eso se trata, y no de una simulación. Siendo el término de prescripción de la acción para exigir la colación de 5 años, se vería reducido notablemente si se la considerase de simulación, pues el término de ésta es de 2 años. Lo que sucede es que no puede estar en mejores condiciones quien simula un acto, que en última instancia no es sino una donación, que quien francamente lo lleva a cabo.

Esta postura doctrinaria ha sido seguida por algunos fallos judiciales. Así se ha dicho que “La acción de colación prescribe a los 10 años (art. 4023, Cód. Civ.) computables desde la apertura de la sucesión; dicho término rige aunque la colación envuelva un caso de simulación, ya que no obstante ello, la acción será de colación y no de simulación; de otro modo, mejoraría la situación del beneficiario en virtud del artificio de que se valió el causante para otorgar la mejora”⁵⁴.

b) Otros autores —como Medina y Ugarte⁵⁵—, refiriéndose también al derecho regido por el Código de Vélez, sostienen que la acción de simulación iniciada conjuntamente con la de colación prescribe a los 2 años, porque ése es el plazo de prescripción de la acción de simulación (art. 4030, párr. 2°).

La jurisprudencia, en los últimos tiempos, se mostró vacilante: unas veces se inclinó por la segunda tesis⁵⁶; otras, por la primera tesis⁵⁷.

⁵³ BORDA, ob. cit., N° 687; GOYENA COPELLO, ob. cit., p. 371; FERRER, *Código Civil comentado. Sucesiones* cit., comentario al art. 3602, t. II, p. 177; MÉNDEZ COSTA, María J., *Código Civil anotado*, Buenos Aires, 1992, comentario al art. 3601, t. V-B, p. 479.

⁵⁴ CCCLMin. de Santa Rosa, 31-7-80, J. A. 1980-IV-428.

⁵⁵ MEDINA, Graciela, *Prescripción en el Derecho Sucesorio. Acción de reducción y colación*, en *Revista Derecho Privado y Comunitario*, N° 22, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 137; UGARTE, *Acción de colación, afinidades y diferencias con la reducción...* cit., p. 620.

⁵⁶ CNCiv., sala A, 16-5-2000, “P., S. y otros c/N., M. del C. y otros”; L. L. 200-F-240; CNFed.CC de Santa Fe, sala I, 22-4-2002, “Romero, Alberto A. y otros c/Romero, Pedro E. y otra”, L. L. 2002-1216.

⁵⁷ CNCiv., sala M, 12-3-2008.

605. El plenario Arce de la Cámara Nacional**Civil: aspectos valorativos**

El plenario de la Cámara Nacional Civil, del 1º de febrero de 2011, "Arce, Hugo S. c/Arce, Haydee Cristina C. s/Colación" optó por la primera tesis, considerando que, cuando la acción de simulación se acumula a la acción de colación, el término de prescripción es de 10 años (art. 4023).

En nuestra opinión, este plenario, al entrar en vigencia el nuevo Código Civil, debe perder su vigencia, porque se han modificado los plazos de la prescripción que justificaron el pronunciamiento judicial. En el nuevo Código el plazo general de prescripción se ha reducido a la mitad, de 10 años ha pasado a ser de 5 años (art. 2560), aunque el de la simulación ha quedado en 2 años (art. 2562).

No obstante ello, expondremos brevemente nuestra posición crítica, contraria al criterio mayoritario, sobre la base de la normativa del Código de Vélez:

A) *Argumentos del plenario.* Los argumentos del plenario se pueden sintetizar de la siguiente forma:

1) *Lo sustancial y lo accesorio.* "Los tribunales al momento de resolver sobre la vigencia de la acción promovida valorarán la finalidad que se persigue a través de su ejercicio, que en el supuesto de colación es la igualdad entre coherederos y en el de reducción la tutela de la legítima". "La simulación no tiene una finalidad en sí misma [...] la pretensión sustancial es la colación o la reducción y la simulación pasa entonces a ser un simple instrumento para instrumentarlas [...] Desentrañar si hubo un acto simulado es lo accesorio respecto a las acciones que resguardan la cuota legal".

2) *La acción de simulación no es una acción autónoma.* Los herederos forzosos no tienen una acción autónoma de simulación porque carecen de interés en el acto jurídico del que no fueron parte. Para ellos —en principio— la simulación en sí es indiferente, salvo cuando afecta el interés propio como lo es mantener incólume su porción hereditaria.

3) *Para el actor, el plazo para probar la simulación sería más*

corto que cuando el acto fuera una donación transparente. El artículo 4030, párrafo 2° (hoy, art. 2562, inc. a, y art. 2563) establece el plazo de 2 años para ejercer la acción de simulación. El beneficiario de este acto disimulado estaría en mejor situación que aquél que se vio favorecido por el causante mediante un acto de donación transparente. Se estaría ante un tratamiento diferenciado, porque cuando la gratuidad del acto quedara enmascarada por una falsa causa, el plazo para volverla ostensible sería notoriamente más acotado que cuando el acto gratuito fuera manifiesto y pudiera ser objetado en el amplio plazo de 10 años (hoy 5 años).

4) *En caso de divergencias interpretativas, se debe optar por el plazo mayor de prescripción.* Los magistrados, frente a las divergencias interpretativas sobre la operatividad de un determinado plazo de prescripción liberatoria, deben inclinarse por aquél que mantenga viva la acción, el que garantice con mayor amplitud y eficacia la defensa en juicio.

B) *Casos similares no cuestionados por la jurisprudencia, contrarios a la doctrina del plenario.* Estos casos corresponden a supuestos de acumulación de acciones con plazos diferentes de prescripción, en los que no se acepta el plazo de prescripción mayor:

1) *Acción de indignidad acumulada a la acción de petición de herencia.* Probada la causal de indignidad se dicta la sentencia declarándola. La consecuencia de tal declaración es excluir al indigno de la sucesión y condenarle como si nunca hubiese sido heredero. Cuando a la demanda de indignidad se acumula la acción de petición de herencia, reclamando también la restitución de los bienes, la sentencia debe expresamente condenar a la restitución (Si el actor se limita a pedir la declaración de indignidad, el juez no tiene por qué condenar a la restitución de bienes). La acción de petición de herencia es imprescriptible, según la mayoría de nuestra doctrina (hoy art. 2311).

Si aplicáramos la doctrina del plenario a este supuesto de acumulación, como la acción principal es la de restitución de bienes, no se podrían aplicar los términos de prescripción en los distintos supuestos de indignidad de 3 años (hoy art. 2284), sino que la indignidad se podría hacer valer en todo tiempo por el actor (aun transcurrido el

término de prescripción), puesto que la acción de petición de herencia es imprescriptible. Pensamos que esta conclusión sería inaceptable.

2) *Acción de nulidad de testamento acumulada a la acción de petición de herencia.* Según expondremos en el Capítulo XXXIII, tomo II, aparte de las causas de "inexistencia" del testamento, caben casos de nulidad relativa, como sucede cuando median vicios que afectan la voluntad del testador (error, dolo, violencia síquica). Pongamos como ejemplo la amenaza para que teste a favor del que utiliza la violencia (un hermano) en una herencia sin herederos forzosos. Estos vicios del consentimiento prescriben a los 2 años (art. 4030, párr. 1º; art. 2562, inc. a, nuevo Código). A la acción de nulidad del testamento se le puede acumular la acción de petición de herencia iniciada por los herederos legítimos (otros hermanos) que abren la sucesión intestada.

Si aplicamos el criterio del plenario, esa acción de nulidad del testamento por violencia síquica no prescribiría, porque la acción de petición de herencia es imprescriptible. Esta conclusión no sería aceptable.

Pueden darse otras acumulaciones con la acción de petición de herencia.

3) *La acción revocatoria o pauliana y la acción de reducción.* Sin necesidad de recurrir a la acumulación con la acción de petición de herencia, podemos citar la acción revocatoria o pauliana como remedio para reparar la violación de las legítimas. Estamos ante el caso de que una persona (futuro causante) enajena un bien de su patrimonio, con la intención notoria de vulnerar la legítima de algún heredero forzoso (el tema se analizará en el N° 891): se trata en sentido estricto y propio del fraude a la legítima. Dándose las condiciones generales para la aplicación de la acción y la condición especial cuando media un acto oneroso (intención defraudatoria del enajenante y complicidad en el fraude con el adquirente), la acción revocatoria sólo prospera si ésta se interpone dentro del término del año (art. 4033; art. 2562, inc. f, nuevo Código).

El efecto de la acción revocatoria es dejar sin efecto el acto en la medida del perjuicio que se ha ocasionado al legitimario. El artículo 965 del Código Civil decía que la revocación de los actos del deudor sólo será pronunciada en el interés de los acreedores que la hubiesen pedido, y hasta el importe de sus créditos. La revocación no importa

en rigor una nulidad; simplemente el acto impugnado es inoponible al acreedor dañado en su derecho, en este caso el legitimario. Pero cuando se inicia la acción revocatoria con el fin de proteger la legítima, se están acumulando dos acciones: la revocatoria o pauliana y la acción de reducción.

Nunca se ha afirmado que la acción de reducción pueda prosperar si ha prescrito la acción revocatoria. Aunque el fin es defender la legítima, para ello previamente hay que cumplir las condiciones de validez de la acción pauliana dentro del término del año (hoy, 2 años).

Esto, desde luego, va en contra de la doctrina del plenario.

4) *Acción pauliana que lleva consigo la acción de cobro de crédito.* Incluso, el problema puede plantearse con la sola acción pauliana, cuyo fin es revocar el acto, o mejor, considerar inoponible el acto enajenativo, efectuado en fraude del acreedor. El acreedor, que se siente burlado ante la insolvencia de su deudor, recurre a la acción pauliana para que el juez declare inoponible el acto enajenativo frente a él, dejándole la vía expedita para el cobro de su crédito sobre el bien fraudulentamente enajenado. La acción pauliana lleva consigo la acumulación con la acción de cobro de crédito. Esta última prescribe a los 10 años (hoy 5 años), en tanto que la primera prescribe al año (hoy 2 años).

Es inimaginable sostener que la acción pauliana prescribe a los 10 años (hoy 5 años), por considerarla como un instrumento para llegar al fin principal, que es el cobro del crédito.

Insistimos en que la acción pauliana en sí es distinta de la acción de cobro de crédito, aunque se desenvuelvan conjuntamente.

C) *Contestación a los argumentos del plenario.* El plenario se refiere a la acción de simulación acumulada a la acción de reducción o a la acción de colación, y considera que el término de prescripción es de 10 años fijados para la reducción (o la colación). Hubo 11 votos en disidencia en el plenario.

No nos parecen convincentes los argumentos en que se funda la mayoría del plenario. Ello en virtud de las siguientes razones, a más de las expuestas:

1) El primer argumento de que la protección sustancial es la colación

o la reducción y la simulación es un simple instrumento no es exacto. La verdad es que en este caso de acumulación, la acción de simulación actúa como "presupuesto" de la acción de reducción (o colación): se necesita que prospere la acción de simulación para llegar a la reducción. En ese sentido no se puede decir que es una acción accesorio, un simple instrumento para llegar a la reducción (o colación). Hay, sí, una meta final, cual es obtener la reducción o la colación de una donación, pero en tanto no se descubra, a través de la simulación, que el negocio jurídico real es una donación, la acción de reducción (o colación) no puede prosperar. Hay, sin duda, dos acciones autónomas. Pese a la acumulación cada una de ellas actúa cumpliendo sus respectivas exigencias legales, entre las cuales aparece la prescripción con sus términos propios, que el juzgador no puede alterar.

2) No es verdad que los herederos forzosos carezcan de una acción autónoma de simulación porque no tienen interés en el acto jurídico (simulación) del que no fueron parte, o que la simulación en sí les sea indiferente. Por el contrario, la acción de simulación les permitirá descubrir el acto real que esconde —que deberá ser una donación—, lo cual abrirá el camino a la acción de reducción (o colación). Los legitimarios son los interesados en vencer en la acción de simulación como algo fundamental, pues si no lo consiguen caerán por tierra sus posibilidades para obtener la reducción (o colación).

3) Se argumenta también que quien simula un acto (aparece una venta cuando verdaderamente es una donación) no puede estar en mejor condición que quien francamente lo lleva a cabo (aparece directamente la donación). El argumento carece de convicción.

Son dos los supuestos: 1) cuando el causante simula la venta de un bien a uno de sus herederos forzosos. Al morir el causante, los legitimarios tienen que ejercer la acción de simulación dentro de los 2 años de su muerte y la pueden acumular a la acción de reducción. Si no lo hacen en ese término, no podrán tener éxito con la acción de reducción, porque no podrán probar que el acto efectuado por el causante fue realmente una donación; 2) cuando el legitimario se encuentra directamente con la donación que efectuó el causante a otro legitimario. Si esa donación viola su legítima, ejercerá directamente

la acción de reducción y tendrá para hacerlo 10 años, que es el lapso de prescripción.

En el primer caso el legitimario está en peores condiciones que en el segundo en materia de prescripción. Eso es indudable. Pero esas diferencias las ocasionó el causante. En el primero simuló el acto y con ello complicó las cosas a su futuro heredero; él quiso hacerlo así, quién sabe por qué. En el segundo caso el causante hizo la donación sin simulación alguna, y el heredero no necesitó recurrir a la acción de simulación; sólo ejerce la acción de reducción.

Son situaciones diferentes en las que hay que aplicar la prescripción tal cual está regulada en el Código Civil. Nos parece demasiado simple, por no decir erróneo, borrar en el primer caso el término de prescripción de la simulación sin que la ley lo autorice, y hacer regir la prescripción de 10 años, como si la simulación no hubiera tenido lugar.

4) Argumentan, por último, que los magistrados frente a las divergencias interpretativas sobre plazos de la prescripción liberatoria, deben inclinarse por aquel que mantenga viva la acción.

Contestamos que la ley es muy clara al respecto. La acción de reducción (o colación) prescribe a los 10 años (art. 4023, Cód. Civ.). La acción de simulación a los 2 años (art. 4030, Cód. Civ.). Siendo así no cabe dudar de que cada una de esas acciones tiene términos diferentes para la prescripción. Las divergencias interpretativas a que se refiere el plenario son un tanto artificiales ante los claros textos de la ley. Además, cuando la ley establece plazos en la prescripción liberatoria tiene en cuenta la seguridad en el tráfico de los negocios jurídicos, buscando un equilibrio entre la defensa de esos derechos y esa seguridad.

En síntesis, en nuestra opinión —coincidente con el criterio de la minoría— la acción de simulación acumulada a otra acción con mayor tiempo de prescripción, sólo se puede ejercer si se interponen ambas acciones antes de la prescripción de la acción de simulación.

Este supuesto debe tener el mismo tratamiento que cuando se ejerce la acción pauliana acumulada a la acción de reducción. O la acción pauliana con la de cobro de crédito.

Igualmente cuando se ejerce la acción de indignidad acumulada a la acción de petición de herencia. También cuando se invoca la acción

de nulidad de testamento por vicios del consentimiento acumulada con la acción de petición de herencia. No hay ninguna razón jurídica atendible que nos incline a otro resultado.

606. Sujeto activo: ¿Quiénes pueden pedir la colación?

El principio general es que pueden reclamar la colación las mismas personas que están obligadas a colacionar. Se trata, pues, de un derecho y de una obligación de carácter recíproco. Surge esa reciprocidad del artículo 2385 (sujetos pasivos) y del artículo 2395 (sujeto activo), que son los mismos: descendientes y cónyuge.

En virtud de este principio se considera que sólo pueden pedir la colación los descendientes del causante y el cónyuge. Como para que exista colación se necesita que haya más de un heredero, el descendiente puede pedir la colación si hay otros descendientes o el cónyuge, siempre que alguno de ellos hubiese recibido una donación del causante.

607. Momento en que el sujeto activo debe tener el carácter de heredero forzoso

Hay que determinar en qué momento deben tener la calidad de herederos forzosos los reclamantes de la colación. Para su análisis distinguiremos el régimen del Código Civil de Vélez y el del Código Civil unificado:

A) *Régimen del Código Civil de Vélez.* La solución no estaba prevista por el legislador y surgía, en nuestra opinión, de la aplicación análogica del artículo 1832, inciso 1°, referente a la acción de reducción. Según este precepto, la reducción de las donaciones sólo podía ser demandada "Por los herederos forzosos que existían en la época de la donación; empero si existiesen descendientes que tuvieren derecho a ejercer la acción, también competerá el derecho de obtener la reducción a los descendientes nacidos después de la donación".

La aplicación de este precepto implicaba que el carácter de heredero forzoso debía tenérselo al momento de la donación, y perdurar hasta el momento del fallecimiento del causante. La única excepción se daba cuando, existiendo un hijo o descendiente a quien se le hace la

donación, nacen después otros hijos o descendientes; estos otros hijos o descendientes, pese a no haber existido al momento de la donación, tenían derecho a reclamar la reducción de la donación.

La necesidad de existir como heredero forzoso al momento de la donación del causante, dio lugar a una importante polémica doctrinal en lo relativo al cónyuge que no era tal al momento de la donación. Por ejemplo, si una madre viuda hace una donación a su hijo y luego contrae nuevas nupcias, cabe preguntarse si a su muerte el nuevo cónyuge estaría legitimado para pedir la colación. Fornieles⁵⁸ sostuvo —aplicando el artículo 3478— que el cónyuge puede exigir que se colacione en su favor el valor de lo donado. En cambio, Borda⁵⁹, en su incansable búsqueda de la justicia, entendió que este supuesto no fue considerado al redactar en términos tan generales el artículo 3478; aplicarlo con lógica inflexible en todas sus eventuales consecuencias, significaría hacer caer bajo el imperio de la norma, ciegamente, situaciones que no fueron tenidas en cuenta al dictarlas.

Ante esta laguna legislativa, no dudamos de que se debía aplicar por analogía lo dispuesto por el artículo 1832, inciso 1º (art. 16, Cód. Civ.), el cual establecía que la reducción de las donaciones sólo pueden ser demandas por los herederos forzosos que existían en la época de la donación, con excepción de los descendientes nacidos después de la liberalidad, que también podían demandarla.

La jurisprudencia se inclinó por la solución que defendemos en un caso que mereció el comentario de los autores⁶⁰. Se trataba de una señora viuda que había donado a su único hijo de su primer matrimonio una cantidad importante de dinero, se volvió a casar, y una vez fallecida, el segundo marido reclamó de aquél hijo la colación de la suma recibida. El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda basándose en el artículo 3478, pero la Cámara revocó el fallo. El doctor Casares desarrolló en ese fallo una teoría que llamó "teoría del ciclo sucesorio", según la cual sólo tiene acción para exigir que se colacione en su favor el valor de lo donado quien pertenece al estado civil o de familia

⁵⁸ FORNIELES, ob. cit., N° 324 bis.

⁵⁹ BORDA, ob. cit., N° 662.

⁶⁰ CCiv. 1ª Cap., 11-10-43, "Prelat, Emilio vs. Del Campo, José Julián", J. A. 1943-IV-437.

dentro del cual se hizo la donación. El doctor Casares —sin decirlo expresamente— no hizo más que aplicar analógicamente el artículo 1832, inciso 1°. El doctor Barraquero llegó al mismo resultado por otro camino inaceptable: consideró que el bien donado no pudo ser llevado por la mujer al matrimonio como bien propio, puesto que había salido de su patrimonio. De ahí concluyó, erróneamente, que por eso no estaba sometido a colación.

A la misma conclusión llegó la Cámara Nacional Civil en pleno, en fallo de fecha 22 de agosto de 2002, “Spota, Eugenio M. G. c/Spota, Alberto G. M. y otro”⁶¹, que estableció que “el cónyuge supérstite no se encuentra legitimado para demandar la colación de donaciones realizadas antes de contraer matrimonio con el causante”. Aplicó por analogía el artículo 1832, inciso 1°, acogiendo la interpretación que propugnáramos en nuestro *Derecho Sucesorio*, volumen I, en el año 1978.

Queda fuera de duda que el cónyuge sobreviviente puede exigir la colación de una donación hecha en vida por su cónyuge a uno de sus hijos “durante el matrimonio” (sea el donatario hijo de ambos o sólo hijo del cónyuge causante). Para que proceda la colación es necesario que la donación no viole la legítima del cónyuge, pues en tal caso procede la acción de reducción.

B) *Régimen del Código Civil unificado*. El nuevo Código ha resuelto el problema en el artículo 2395, párrafo 1°, que expresa: “*Derecho de pedir la colación*. La colación sólo puede ser pedida por quien era coheredero presuntivo a la fecha de la donación”.

El artículo, refiriéndose al sujeto activo, determina que la colación sólo puede ser pedida por el heredero que existía como tal a la fecha de la donación, sin admitir excepción alguna.

Veamos por separado los dos sujetos activos que pueden pedir la colación:

a) *Descendientes*. Para que los descendientes puedan pedir la colación, deben ser herederos a la fecha de la donación según dispone el artículo 2395. Lo reafirma el artículo 2445 referente a la reducción,

⁶¹ J. A. 2002-IV-739.

al decir en el párrafo 3° que "Para el cómputo de la porción de cada descendiente sólo se toman en cuenta las donaciones colacionables o reducibles, efectuadas a partir de los trescientos (300) días anteriores a su nacimiento..."

No hay en el nuevo ordenamiento excepción al principio de que cuando el causante hace una donación a un descendiente, es necesario que ese descendiente sea futuro heredero a la fecha de la donación. Como consecuencia, los hijos que nacen después de efectuada la donación no pueden pedir la colación de la donación que recibió su hermano mayor, el cual existía cuando el padre hizo la donación. La negación de la acción de colación al hijo nacido después de la donación representa, en nuestra opinión, un retroceso en algo que la jurisprudencia había superado para evitar una desigualdad innecesaria, incluso irritante⁶².

Quizás hubo una inadvertida omisión del legislador.

b) Cónyuge. El artículo 2395, párrafo 2° dispone: "El cónyuge supérstite no puede pedir la colación de las donaciones hechas por el causante antes de contraer matrimonio". La norma es lógica, porque el cónyuge antes de contraer matrimonio no es heredero. Por aplicación del principio contenido en este párrafo, el cónyuge sólo podría pedir la colación de la donación efectuada por el causante a uno de sus descendientes, si en el momento de la donación ya estuviera casado. Aquí no deben existir excepciones.

608. El caso de acreedores y legatarios

No tienen, en principio, derecho a exigir la colación los acreedores y legatarios, por no ser herederos. Analicemos por separado ambos supuestos:

A) *Acreedores*. El artículo 2395 del Código Civil y Comercial dice que la colación sólo puede ser pedida por quien era coheredero. A

⁶² Así lo sugerimos a la Comisión proponiendo este artículo:

"La colación de las donaciones sólo puede ser demandada por los legitimarios que existan a la época de la donación.

"También competará la acción a los descendientes nacidos después de la donación".

pesar de esta norma genérica, en nuestra opinión, los acreedores del heredero pueden demandar la colación cuando el heredero, a quien la colación es debida, responde con sus propios bienes (art. 2321). En ese caso, como acreedores del heredero pueden ejercer, en nombre de éste, la acción de colación. Reclaman la colación por vía de la acción subrogatoria, y no por derecho propio. Su interés residirá en el acrecentamiento de la hijuela de su deudor como consecuencia de la colación.

En síntesis, el principio es que los acreedores de la sucesión y los del heredero no pueden demandar la colación. Ahora bien, los acreedores del heredero colocándose en el lugar de su deudor, pueden reclamar la colación en todo momento, y los acreedores del causante cuando el heredero donatario tiene responsabilidad ilimitada.

B) *Legatarios*. Respecto de los legatarios, la situación es distinta, pues en ningún caso, ni por sí ni por la vía de la acción subrogatoria, podrían exigir la colación a los herederos. Rige el principio general de que la colación sólo puede ser pedida por el coheredero presuntivo a la fecha de la donación (art. 2395). El legatario no existe a la fecha de la donación. Su existencia como tal comienza en el momento de la muerte del causante.

El problema se plantea cuando los bienes hereditarios no alcanzan para pagar el legado, aunque dicho legado quepa dentro de la parte disponible. Los legados son sacados del caudal hereditario, es decir, los herederos están obligados a pagarlos con el caudal hereditario. Si los bienes sucesorios no alcanzan para pagarlos, se reducirán los legados.

Aquí no cabe acudir al recurso de la acción subrogatoria, en la cual el legatario se subrogaría en la posición del heredero para exigir la colación, pues aunque al legatario se lo considere como un acreedor del heredero, su situación es diferente. El título de legatario nace con la muerte misma del causante y sobre la base del patrimonio que queda en ese momento. Por eso, el legatario no puede pretender que al patrimonio hereditario se le agreguen las donaciones, pues los valores colacionables no forman parte del contenido de la herencia.

Los legatarios no sólo no pueden pedir la colación —como dicen

Ripert y Boulanger⁶³, sino que ni siquiera tienen derecho a aprovecharse de ella cuando ha sido efectuada a pedido de los herederos. Esto significa –agregan– que los legados no pueden ser cumplidos más que con el monto de los bienes pertenecientes al testador al día de su fallecimiento, y no sobre el monto de lo que le haya donado en vida a uno de sus sucesores, y que fue colacionado por este último. Esta idea la recoge la nota al artículo 3478.

609. Sujeto pasivo: ¿Quiénes están obligados a colacionar?

En virtud del carácter recíproco que tiene la colación, son deudores de la colación las mismas personas que están legitimadas para solicitarla. En el nuevo Código los sujetos pasivos de la colación son los descendientes y el cónyuge, cuando alguno de ellos recibe una donación colacionable del causante (art. 2391, párr. 1°).

La posición adoptada por el nuevo Código se separa del temperamento aceptado por el viejo Código Civil que incluía a todos los herederos forzosos: ascendientes, descendientes y cónyuge (art. 3476), siguiendo el proyecto de Código Civil de García Goyena (art. 879), que fue la solución incorporada después al Código Civil español (art. 1035).

El nuevo Código aceptó la solución del Derecho Romano justinianeo, en el que sólo estaban obligados a colacionar los descendientes, lo mismo que en el Derecho Histórico germánico (arts. 300 y 301, Costumbres de París). Es la solución que propugnamos siempre, y que hoy forma parte del nuevo Código⁶⁴.

El Código francés, apartándose de sus propios precedentes, amplió el circuito de las personas obligadas a colacionar, pues comprendió a todos los sucesores *ab intestato*. Quiere decir, pues, que la colación es obligatoria en ese Derecho tanto en la línea directa como en la colateral (art. 843, Cód. francés).

Las tres soluciones indicadas han tenido aplicación en el Derecho Comparado. Así, el sistema ideado por el Codificador en cuanto a

⁶³ Ob. cit., ps. 345 y 346.

⁶⁴ *Derecho de Sucesiones* cit., vol. I, p. 732; *Acciones judiciales en el Derecho Sucesorio* cit., 2011, p. 393.

imponer la colación a los herederos legítimos (intestados), aparte del Derecho francés, lo sigue el Código Civil suizo (art. 626, párr. 1º).

El sistema que limita la colación a los herederos forzosos, aparte del viejo Código, lo siguen el Código español (art. 1035), el uruguayo (art. 1100), el colombiano (art. 1256), el chileno (art. 1198). Aceptan el sistema que sólo impone la colación a los descendientes, el Código Civil alemán (art. 2050), el italiano (art. 737), el portugués (art. 2104), el brasileño (art. 1786), el venezolano (art. 1007), el nuevo Código (art. 2385).

610. Momento en que el sujeto pasivo debe tener el carácter de heredero forzoso

El artículo 2395 del nuevo Código establece el principio de que la colación sólo puede ser pedida por quien era heredero presuntivo a la fecha de la donación. Aplicando el principio de reciprocidad de la colación, sólo debe colación el que era heredero presuntivo a la fecha de la donación.

Ha quedado expresamente aclarado que la donación hecha por el abuelo al nieto, viviendo el padre, no se colaciona (art. 2389, párr. 1º). Aquí no se puede hablar de donación hecha como anticipo de herencia, porque el nieto viviendo su padre no es heredero del causante.

Dice Vallet⁶⁵, refiriéndose al Derecho español, similar al nuestro en este punto, que "si el abuelo donó a los nietos cuando aún no eran presuntos herederos forzosos, es lógico entender que no quiso la colación de lo donado..." En cambio, si la donación la hiciera el abuelo a su nieto cuando ya había prefallecido el padre, el nieto hereda al abuelo por derecho de representación y la donación debe ser colacionada. Vélez Sársfield en la nota al artículo 3477 se refería al caso, en el mismo sentido⁶⁶.

La solución tradicional está avalada por nuestro Derecho Histórico anterior al Código Civil de Vélez, que fue el mismo que rigió en el Derecho español. La doctrina castellana —dice Vallet— estimó unánime-

⁶⁵ VALLET, ob. cit., p. 497.

⁶⁶ "...el nieto que hubiese recibido una donación del abuelo, no estaría obligado a colacionar en la sucesión de su padre, pues su padre no era el donante".

mente, de conformidad con el Derecho Romano, que los nietos no debían colacionar lo que el abuelo les hubiera donado viviendo el padre o madre. Ésta es la solución —concluye— que en definitiva corresponde, atendiendo a que la colación se funda en la presunta voluntad del causante. Presunción que no cabe extender a lo donado a un nieto cuanto éste no hubiera sido en aquel momento heredero forzoso del abuelo. Por su parte, Lacruz⁶⁷, remarcando el fundamento de la colación, expresa que ésta tiene “como fundamento la presunción *iuris tantum* de que el causante, al efectuar en vida donaciones al heredero forzoso, ha querido que sean consideradas como anticipo de la cuota hereditaria”.

También el nuevo Código ha despejado todas las dudas sobre la donación hecha a una persona (normalmente concubino o concubina) que luego contrae matrimonio con el donante. El artículo 2388, párrafo 2º dispone que: “El cónyuge no debe colación cuando la donación se realizó antes del matrimonio”.

El viejo Código fundaba esta falta de colación en el artículo 3476 que establecía que toda donación hecha a un heredero forzoso, sólo importa una anticipación de su porción hereditaria. Lo que se colacionaba era el anticipo de herencia, y para que haya tal, era necesario que el beneficiario sea heredero forzoso al tiempo en que se hacía la donación. Quien no era heredero forzoso a la época en que se hizo la donación, no podía estar recibiendo un anticipo de su porción hereditaria, ya que no era legitimario en ese momento de la donación.

La doctrina era prácticamente unánime en ese sentido⁶⁸.

No obstante la Cámara Nacional Civil, sala F, 29 de agosto de 1978, en expediente caratulado: “Magurno, Ethel R. c/Costa de Magurno, María I.”⁶⁹, apartándose del principio contenido en el artículo 3476 del Código de Vélez, obliga a colacionar a la concubina que recibe una donación (encubierta en el caso de autos) y que luego contrae matrimonio, ante el pedido de una hija del primer matrimonio,

⁶⁷ LACRUZ, *Anotaciones a BINDER*, en ob. cit., p. 258.

⁶⁸ HERNÁNDEZ y UGARTE, en *Tratado de las sucesiones* cit., p. 588. CNCiv., sala E, J. A. 1983-IV-369.

⁶⁹ E. D. 82-285, comentado por ZANNONI, Eduardo, *La obligación de colacionar a cargo de quien no era heredero forzoso al tiempo de la donación realizada por el causante*.

pese a que en el momento de la donación no ostentaba la calidad de cónyuge. Se funda la sentencia en que esta donación hecha a la concubina se asimila a la donación prenupcial del artículo 1217, inciso 3º, del Código de Vélez, que establece que “antes de la celebración del matrimonio, los esposos pueden hacer convenciones que tengan únicamente los siguientes objetos [...] 3. Las donaciones que el esposo hiciera a la esposa”.

Consideramos⁷⁰ que la similitud que hace el fallo entre las donaciones prenupciales y las que el difunto hizo en vida a una mujer soltera con la que luego contrae matrimonio, es desafortunada. Las primeras son colacionables por aplicación de la ley, ya que la donación se hace en las capitulaciones matrimoniales. Las segundas son las que el fallo hace colacionables, sin apoyo legal alguno, y por eso en forma errónea, en nuestro criterio.

611. El cónyuge como sujeto activo y pasivo de la colación: particularidades

Los artículos 2385 y 2394 incluyen al cónyuge como sujeto pasivo y activo, respectivamente, de la colación. Para precisar su carácter de heredero cuando media régimen de comunidad de gananciales, es preciso conectar los artículos de colación con el artículo 2433 referente a la sucesión a favor del cónyuge.

A) Sujeto pasivo. Veamos estos supuestos:

a) Sólo hay bienes gananciales. El cónyuge sobreviviente no hereda, si concurre con descendientes, en la mitad de los bienes gananciales que van a la herencia; en esos bienes el cónyuge, en verdad, no es heredero. Recibe la mitad de esos bienes como socio de la sociedad conyugal, y en la otra mitad no es heredero (art. 2433), y por tanto nada recibe como heredero a la muerte de su cónyuge. La otra mitad la recibe como socio de la sociedad conyugal.

Si el cónyuge causante dona un bien al otro cónyuge, esa donación tiene el carácter de bien propio. El caso no entraría en este apartado, en el que hemos presupuesto que sólo hay bienes gananciales.

⁷⁰ *Acciones judiciales en el Derecho Sucesorio* cit., Nº 154.

b) Sólo hay bienes propios. Si el cónyuge sobreviviente que concurre con los hijos del causante recibió una donación de su marido (causante de la sucesión) esa donación, que es bien propio, se colaciona ante el reclamo de los hijos del causante. El cónyuge sobreviviente recibe en los bienes propios una parte igual que el hijo (art. 2433, párr. 1º).

La colación tendría por fin igualar las porciones de los hijos y la del cónyuge.

c) Hay bienes propios y gananciales. Cuando hay bienes gananciales y bienes propios, se conjugan las soluciones expuestas. En los bienes gananciales que van a la herencia el cónyuge no hereda. La donación efectuada es un bien propio y se colaciona ante el pedido de los descendientes del causante. Su valor se imputa a la hijuela del cónyuge donatario, y a los demás herederos no donatarios se les otorga más bienes en la partición, hasta igualar las porciones en esos bienes de cada heredero.

Obviamente la igualdad de los herederos incluyendo al cónyuge sólo se consigue en los bienes propios, pero los hijos, además, heredan la mitad de los gananciales que van a la herencia, dividiéndose en tantas porciones como hijos, sin incluir al cónyuge. Cuando hay colación (bienes propios), las porciones se igualan: habrá tantas porciones como hijos, más una que corresponderá al cónyuge. Cuando no hay colación (bienes gananciales) las porciones se dividirán sólo entre los hijos.

B) *Sujeto activo*. Cuando el cónyuge sobreviviente actúa como sujeto activo para exigir la colación de la donación que el cónyuge causante le otorgó a uno de sus hijos, su reclamo de colación sólo prosperará si hay bienes propios, y si las donaciones no afectan la legítima de alguno de sus hijos.

612. Heredero renunciante

El heredero forzoso que renunciare no está obligado a colacionar lo que en vida hubiere recibido del causante. El heredero renunciante debe ser considerado como un extraño que nunca ha sido heredero; por lo tanto, al no ser heredero, no puede ser demandado por colación.

El artículo 2387 expresa en ese sentido: "*Heredero renunciante*. El descendiente o el cónyuge que renuncia a la herencia pueden conservar la donación recibida o reclamar el legado hecho, hasta el límite de la porción disponible".

Si existiesen herederos forzosos y se hubiera excedido de la porción disponible, la misma estará sujeta a reducción; pero si no se dieran cualquiera de estas circunstancias, el donatario podrá conservar la donación o reclamar el legado.

Es la solución adoptada en la legislación comparada: artículo 845, Código francés; artículo 1036, Código español; artículo 2051, Código alemán; artículo 1079, Código venezolano, etcétera.

613. Indignos

Los indignos, cuando media sentencia de indignidad, no son herederos; de ahí que no están obligados a colacionar. Si han recibido donaciones del causante, dentro de la libre disposición, podrán quedarse con esas donaciones.

La donación, como dice Borda⁷¹, hubiera podido revocarse por ingratitud, si el donante así lo hubiera demandado; pero la donación no puede quedar sin efecto por la vía de la colación.

614. Donaciones realizadas a terceros (colación por otro)

El deber de colacionar pesa sobre los herederos forzosos (excepto los ascendientes) que han recibido la donación en vida del causante. Naturalmente, el heredero forzoso no está obligado a colacionar si la donación no la ha recibido él sino un pariente suyo, como puede ser su hijo o su cónyuge.

El artículo 3481 del viejo Código decía: "Los padres no están obligados a colacionar en la herencia de sus ascendientes, lo donado a un hijo por aquéllos; ni el esposo o la esposa, lo donado a su consorte por el suegro o suegra, aunque el donante disponga expresamente lo

⁷¹ BORDA, ob. cit., t. I, N° 657; MARTÍNEZ RUIZ, Roberto, *La colación en el Derecho Sucesorio*, Ediar, Buenos Aires, 1943, N° 123; FORNIELES, ob. cit., N° 315.

contrario". La norma se tomó del artículo 883 del proyecto de García Goyena, que a su vez se inspiró en el Código francés, cuyos artículos 847, 848 y 849 siguen la misma orientación.

El nuevo Código, refiriéndose a los descendientes del heredero dice en el artículo 2389, párrafo 1º: "*Donación al descendiente o ascendiente del heredero*. Las donaciones hechas a los descendientes del heredero no deben ser colacionables por éste". El artículo 2390, párrafo 1º, refiriéndose al cónyuge del heredero, dispone: "*Donación al cónyuge del heredero*. Las donaciones hechas al cónyuge del heredero no deben ser colacionables por éste".

Estas disposiciones son innecesarias. Es evidente que sólo están obligados a colacionar los herederos forzosos que han recibido alguna donación de su causante; si en vez de ellos la reciben otros parientes, es una cuestión totalmente ajena al instituto de la colación.

Esta norma tiene su explicación remota en el Derecho Histórico francés. Las llamadas "Costumbres de simple igualdad", que eran las más numerosas, prohibían al donante dispensar al heredero de la colación (el heredero podía conservar la donación renunciando a la herencia). Ante el temor de que se eludiera la prohibición de dispensa efectuando donaciones a personas interpuestas, ostensiblemente allegadas al sucesor, las Costumbres decidieron que el heredero debía colacionar lo que había sido dado a sus padres, a sus hijos, o a su cónyuge (art. 306, Costumbres de París, y art. 308, Costumbres de Orleans). Para desbaratar el fraude, la ley presumía que esos parientes eran personas interpuestas y obligaban al heredero a colacionar, como si la donación la hubiere recibido él. Los franceses llamaron a esto "colación por otro".

El Código francés dejó sin sentido todas estas prevenciones, al preceptuar que el heredero puede dispensar la colación. En este sentido, siguió "Las Costumbres de mejora". Ya no se presumió a estos allegados como personas interpuestas, y el heredero sólo quedó obligado a colacionar lo que a él se le hubiese donado "personalmente". El heredero no debe jamás colacionar la donación que recibió su hijo, ni la que recibió su cónyuge⁷².

⁷² RIPERT y BOULANGER, ob. cit., ps. 341 y ss.

No dudamos que hubiera sido mejor la supresión de esta norma anacrónica, explicable sólo ante un Derecho Histórico extranjero, hoy superado⁷³.

El mismo juicio nos merece el artículo 2390, párrafo 2º, atinente a las donaciones efectuadas conjuntamente a ambos cónyuges, ajeno al problema de las donaciones realizadas a terceros, que dice: "Las hechas conjuntamente a ambos cónyuges deben ser colacionadas por la mitad, por el que resulta heredero".

615. Deber de colacionar de los representantes

Los representantes deben colacionar lo que sus representados hubieran recibido por donación del causante. Este deber de colación aparece como una consecuencia del efecto esencial del derecho de representación, por el cual el representante asume plenamente la posición jurídica que le hubiese correspondido al representado en la herencia del causante, adquiriendo los mismos derechos y obligaciones que hubiera tenido el representado. Por ejemplo, la premoriencia del padre (representado) hace que su hijo (representante) reciba la parte que le corresponde a su padre en la sucesión del abuelo (causante). El artículo 2389, párrafo 2º dispone: "El descendiente del donatario que concurre a la sucesión del donante por representación debe colacionar la donación hecha al ascendiente representado". El artículo 2429 determina los casos en que tiene lugar el derecho de representación, a saber: premoriencia, renuncia e indignidad del ascendiente. Veámoslos:

A) *Premoriencia*. Es el caso típico de representación. El nieto sucede al abuelo, en representación de su padre, que ha premuerto al abuelo, y recibe toda la cuota hereditaria que le habría correspondido a su padre. Si el padre, antes de premorir, recibió en vida una donación de su ascendiente, el nieto quedará obligado a colacionar.

Para entender bien el problema conviene situarse en el lugar del padre (representado). El padre recibió una donación de su ascendiente (causante); para conseguir la igualdad con sus otros hermanos, tomaría de menos en bienes hereditarios y conservaría la donación, y sus her-

⁷³ Ob. cit., Nº 506.

manos recibirían más bienes hereditarios (equivalentes al valor de la donación), hasta que quedaran igualadas las cuotas, que es el fin de la colación. El padre, antes de premorir, conserva la donación, el nieto está obligado a colacionar el valor de la donación, puesto que su padre había premuerto al causante (abuelo); dicho nieto recibe la cuota "disminuida" en bienes hereditarios, con respecto a sus tíos. La donación quedaría incorporada al patrimonio de su padre; no la recibiría del causante sino de su padre.

B) *Renuncia*. El nieto, en caso de renuncia del padre, sucede al abuelo por representación, y recibe la misma cuota hereditaria que habría recibido su padre renunciante, y quedaría obligado a colacionar la donación recibida por su padre.

Situémosnos en el lugar del padre renunciante: para conseguir la igualdad que busca la colación, tomaría de menos en el caudal hereditario y conservaría la donación, y sus hermanos recibirían más bienes hereditarios (proporcionales al valor de la donación), hasta quedar igualadas las cuotas. El padre renunciante, así, conservaría la donación y obtendría una cuota de bienes hereditarios menor que la de sus hermanos. Esa cuota de bienes "disminuida" es la que recibe su hijo, nieto del causante, por derecho de representación.

La doctrina discutía, cuando existen varios representantes y uno de ellos renuncia a la herencia, si los otros representantes (aceptantes) deben colacionar el valor total de la donación, incluyendo la parte que le hubiere correspondido a quien renunció, o sólo una parte de ese valor en proporción a sus cuotas hereditarias. El tema tiene vigencia en el nuevo ordenamiento civil. Fornieles⁷⁴ sostiene que los representantes que han aceptado la herencia, no están obligados a colacionar el valor total de la donación, sino en proporción a sus cuotas hereditarias. Por la invocación que hace el autor del artículo 675 del Código Civil de Vélez, parecería que el apoyo de sus tesis estriba en la divisibilidad de la obligación de colacionar. Consideramos equivocada esta posición, que olvida los principios que rigen el derecho de representación. Los representantes asumen integralmente las obligaciones

⁷⁴ FORNIELES, ob. cit., N° 307.

del representado, sin que pueda importar que entre tales representantes haya o no renunciante. Al renunciante se lo tendrá como si nunca hubiese sido heredero, y la obligación de colacionar seguirá pesando íntegramente sobre los demás representantes⁷⁵.

C) *Indignidad*. Si el causante hizo en vida una donación a uno de sus hijos, que luego incurrió en una causal de indignidad, el hijo del indigno (nieto del causante), está obligado a colacionar la donación que recibió de su padre. El representante (nieto del causante) está obligado a colacionar la donación que su abuelo le hizo a su padre, quien después fue declarado indigno. La donación se la queda legítimamente el indigno, pero la cuota hereditaria del nieto (herencia de su abuelo) la recibe "disminuida", por efecto de la colación, según hemos explicado precedentemente (letras A y B).

616. Liberalidades sujetas a colación

A) *Donaciones propiamente dichas*. La colación presupone que el causante ha efectuado donaciones en vida a algún descendiente o cónyuge. Se trata de donaciones en el sentido que el Código Civil y Comercial da al término donación. "Hay donación —dice el artículo 1542— cuando una parte se obliga a transferir gratuitamente una cosa a otra, y ésta la obliga a transferir gratuitamente una cosa a otra, y ésta la acepta". El causante, pues, cuando hace un contrato de donación con un descendiente tiene por objeto transmitir gratuitamente la propiedad de una cosa. A estas donaciones se refiere el Capítulo 3 del Título VIII sobre partición, y son las que se someten a colación.

En el mismo sentido, el artículo 3476 del Código anterior se refería a "toda donación entre vivos hecha a un heredero forzoso", en coincidencia con lo que expresaba el artículo 1789: "Habrá donación, cuando una persona por un acto entre vivos transfiere de su libre voluntad gratuitamente a otra, la propiedad de una cosa". De la interpretación de ambas normas se podía deducir que sólo eran colacionables las liberalidades que tenían por objeto transmitir la propiedad de una cosa.

⁷⁵ Conf.: BORDA, ob. cit., N° 661; MARTÍNEZ RUIZ, ob. cit., N° 137.

Dentro de este concepto deben considerarse incluidos, por ser contratos de donación:

1. Las sumas de dinero donadas, que no se comprendan en los presentes de uso.

2. Los frutos que el causante ha donado en propiedad al donatario, sin atribuirle ningún derecho sobre la cosa que los produce. Se trata de un acto autónomo de donación sometido a colación.

3. Si el causante ha contratado un seguro de vida a favor de uno de los hijos o del cónyuge, se someten a colación las primas del seguro pagadas por el causante al asegurador, hasta la concurrencia del premio cobrado por el asegurado (art. 2392, parte 2ª).

4. Caso del fideicomiso. Cuando el fiduciante ha realizado en vida donaciones a herederos forzosos con bienes afectados al fideicomiso a favor de beneficiarios o fideicomisarios, dicha donación se debe tener en cuenta a los efectos de la colación.

En un fallo reciente de la Cámara Nacional Civil, sala F, de fecha 11 de marzo de 2005, "Vogelius, Angelina T. y otros c/Vogelius, Federico y otro", con nota de Azpiri Jorge O.⁷⁶, se ha planteado el problema del fideicomiso y la colación. Ante la constitución de un fideicomiso en Londres (llamado allí trust), el señor Vogelius designa fiduciarios (en terminología inglesa fideicomisarios) a dos personas de su confianza para que mantuvieran los bienes del fideicomiso durante la vida del fiduciante, y que luego de su muerte, los mismos pasaran a propiedad de sus dos hijos residentes en Gran Bretaña. En el juicio aparece probado que uno de los fiduciarios transfirió los tres inmuebles en cuestión a los dos hijos designados en el trust con posterioridad al fallecimiento del causante. Se planteó la acción de colación, por considerar que la constitución del fideicomiso es un acto a título gratuito que quiebra la igualdad de los herederos forzosos.

En primera instancia se rechazó la acción, porque se entendió que no se estaba ante una donación típica: sería a lo sumo una donación no ostensible o encubierta. La sentencia de Cámara revocó la resolución del juez por considerar que si el fideicomiso se ha constituido con fines de liberalidad, a título gratuito, designando beneficiarios (mejor

⁷⁶ L. L. 2006-B-469.

fideicomisarios) a algunos herederos forzosos, debe ser asimilado a las donaciones colacionables.

B) *Convenciones hechas con el objeto de procurar una ventaja particular.*

El nuevo Código ha ampliado el campo de la donación para incluir también los beneficios recibidos a consecuencia de las convenciones hechas con el difunto para procurarle una ventaja particular. En este sentido el artículo 2391 expresa: "*Beneficios hechos al heredero. Los descendientes y el cónyuge supérstite obligados a colacionar también deben colacionar los beneficios recibidos a consecuencia de convenciones hechas con el difunto que tuvieron por objeto procurarles una ventaja particular, excepto dispensa y lo dispuesto para el heredero con capacidad restringida en el artículo 2448*".

Estas ventajas deben surgir como consecuencia de una convención entre el causante y el beneficiario. Además, esas convenciones deben estar guiadas por el *animus donandi*; cuando su fin no implica transferir bienes o conjuntos de bienes no puede haber ánimo de transferir ni *animus donandi*, y no cabe colación. Consideramos, por eso, que se excluyen del precepto la entrega de cosas sin el fin de transferencia. El objeto de la convención, sin ser una cosa, debe ser suficientemente claro como para poder someterse a colación.

Podríamos citar, a título de ejemplo, estos supuestos:

1. Los créditos que el causante haya cedido gratuitamente al heredero, siempre que éste los haya percibido.
2. La cesión gratuita de una herencia recibida, en donde el objeto está indeterminado.

617. Liberalidades que no hay que colacionar

A) *Casos contemplados en el artículo 2392.* El artículo 2392 contiene una serie de actos que, aunque impliquen donaciones, no se colacionan porque responden a obligaciones familiares o a prácticas impuestas por las costumbres. El artículo 2392 dispone: "*Beneficios excluidos de la colación. No se debe colación por los gastos de alimentos; ni por los de asistencia médica por extraordinarios que sean; ni por*

los de educación y capacitación profesional o artística de los descendientes, excepto que sean desproporcionados con la forma y condición del causante; ni por los gastos de boda que no exceden de lo razonable; ni por los presentes de uso; ni por el seguro de vida que corresponde al heredero, pero sí por las primas pagadas por el causante al asegurador, hasta la concurrencia del premio cobrado por el seguro. También se debe por lo empleado para establecer al coheredero o para el pago de sus deudas”.

Analicemos por separado los distintos supuestos que contiene la norma:

a) *Gastos de alimentos y asistencia médica.* Las sumas destinadas a alimentos no se pueden entender como liberalidades, ya que responden a obligaciones familiares, especialmente contempladas por la ley. La obligación alimentaria de los padres referida a los hijos está prevista en el artículo 658, párrafo 2º: “La obligación de prestar alimentos a los hijos se extiende hasta los veintiún (21) años, excepto que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo”. El artículo 659 lo complementa: “La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio...”

El concepto de alimentos tiene en nuestro Código una significación precisa. Por eso, cuando los alimentos exceden las necesidades del beneficiario, dejan de ser alimentos para pasar a ser donaciones, sometidas como tales a colación. Así, las mensualidades otorgadas a un heredero forzoso mayor de edad, que cuenta con recursos suficientes para vivir⁷⁷.

Los gastos de asistencia médica no tienen límite. El artículo 2392 dice “por extraordinarios que sean”. El viejo artículo 3480 contenía la misma expresión.

b) *Gastos de educación y capacitación profesional o artística.* Los gastos de educación y capacitación profesional o artística de los des-

⁷⁷ ACUÑA ANZORENA, Arturo, *La dispensa de colación de los gastos de alimentos*, en J. A. 68-743.

cendientes tiene un límite: que sean proporcionados con la fortuna o condición del causante; cuando sean desproporcionados son donaciones sometidas a colación.

En estos gastos predomina la idea de formación sobre el factor económico de su costo. No se comprenden los gastos para establecer a los hijos poniéndoles un negocio. En este sentido la jurisprudencia ha declarado que no están comprendidas las sumas entregadas por el causante para el establecimiento o colocación de sus hijos en una sociedad comercial⁷⁸.

c) *Los gastos de boda*. Estos gastos vienen impuestos por las costumbres y no son colacionables, excepto si exceden de lo razonable. La razonabilidad vendrá dada por la posición económica y social de los padres.

d) *Presentes de uso*. También esos gastos vienen impuestos por las costumbres. El precepto se refiere además a los objetos muebles que sean regalos de uso o de amistad. Es reiterativo hablar de regalos de costumbre y también de los de uso o amistad por tratarse de los mismos, y no es afortunada la referencia a regalos de amistad, pues entre los herederos forzosos —comúnmente padre e hijos— el término “amistad” no es el más adecuado.

Para que no sean colacionables estos regalos deben ser objetos muebles, pues los inmuebles siempre son colacionables por grande que sea la fortuna del causante.

Digamos, por último, que estos regalos de costumbre, como son los que se hacen con oportunidad del matrimonio de los hijos o de cumpleaños o de alguna festividad especial, deben guardar proporción con la condición económica del causante⁷⁹. La jurisprudencia ha declarado en varias oportunidades que los regalos que excedan los límites normales, conforme a estas pautas, están sujetos a colación⁸⁰.

e) *Seguro de vida*. El seguro de vida que corresponde al heredero tampoco es colacionable, pero sí las primas, como ya hemos expuesto.

⁷⁸ SCJBA, 2-5-45, J. A. 1945-III-209.

⁷⁹ Conf.: MACHADO, ob. cit., p. 138; PRAYONES, ob. cit., N° 76; MARTÍNEZ RUIZ, ob. cit., N° 201.

⁸⁰ CCiv. 1ª Cap., 6-11-32, J. A. 40-116.

f) *Gastos para establecer al coheredero o para el pago de sus deudas.* El nuevo Código excluye de la colación los gastos para establecer al coheredero: la intensidad de estos gastos puede ser muy variada: el buen criterio de los jueces la irá delimitando. Creemos que se deben colacionar los gastos que realiza el padre comprándole al hijo un negocio que le cede gratuitamente, o los gastos de colocación como socio en una sociedad comercial. Pero podrían no colacionarse las compras de mercadería que cede gratuitamente al hijo, en la medida estricta para poner en funcionamiento el negocio.

g) *Pago de deudas.* El pago por parte del causante de las deudas del hijo deben referirse, en nuestra opinión, a las de pequeño monto para eximirse de la colación. "Como la ley no pone límite —dice Fornieles⁸¹, refiriéndose al artículo 3480 del Código de Vélez— podría creerse que el pago de cualquier deuda por fuerte que sea, quedaría en las mismas condiciones que los otros gastos [...] El artículo se refiere a las pequeñas deudas que no afectan ni perjudican los derechos de las demás partes, y cuyo monto está en consonancia con la relativa exigüidad de los otros valores que el mismo artículo contempla".

Nuestra doctrina y la jurisprudencia han determinado que esas deudas sólo abarcan las pequeñas deudas que se han hecho en concepto de gastos ordinarios de la familia⁸².

B) *Supuestos de actos que no son donaciones.* Esos actos no se colacionan, ya porque no son convenciones (art. 2391), ya porque el acto de entrega no implica transferir el dominio. Sirven de guía los actos que correspondían al contenido del viejo artículo 1791:

1) La renuncia de una hipoteca o la fianza de una deuda no pagada, aunque el deudor esté insolvente;

2) El dejar de cumplir una condición a que esté subordinado un derecho eventual, aunque en la omisión se tenga la mira de beneficiar a alguno;

⁸¹ FORNIELES, ob. cit., N° 138.

⁸² SOLARI, Néstor E., *Liberalidades no colacionables*, en L. L. 2006-B-913; MARTÍNEZ RUIZ, ob. cit., N° 205; LAFAILLE, ob. cit., t. I, N° 513; MAFFÍA, ob. cit., t. II, p. 190; CCiv. 2ª Cap., 2-10-39, J. A. 68-341.

3) La omisión voluntaria para dejar perder una servidumbre por el no uso de ella;

4) El servicio personal gratuito, por el cual el que lo hace acostumbra pedir un precio;

5) Todos aquellos actos por los que las cosas se entregan o se reciben gratuitamente, pero no con el fin de transferir o de adquirir el dominio de ellas. Por ejemplo entregar el uso de un inmueble sin cobrar arrendamiento; o entregar el usufructo gratuito de un inmueble⁸³.

618. Vicisitudes de la cosa o su valor después de efectuada la donación: principio

La donación hecha a un heredero forzoso transmite la propiedad de la cosa donada, lógicamente, en el momento de la donación. El donatario se convierte en titular de la cosa a partir de ese momento. La muerte ulterior del donante y la obligación de colacionar no afectan la titularidad del donatario, pues lo que se colaciona es, precisamente, el valor de la cosa y no la cosa en sí (art. 2385, párr.1°).

El tema central consiste en determinar si la pérdida de la cosa donada la sufre el donatario, que permanecerá obligado a colacionar su valor; o si el donatario no estará obligado a colacionar en el caso de que la cosa perezca por caso fortuito. El planteo vale para el supuesto de deterioro.

Se tiene en cuenta el estado del bien a la época de la partición, según su estado a la época de la donación (art. 2385, párr. 2°).

619. Pérdida o deterioro de la cosa donada: solución legal

El Código Civil de Vélez aceptó la colación por imputación y no el sistema de colación en especie o *in natura*, separándose así del Código francés (art. 3477, párr. 1° y su nota). La consecuencia de la colación por imputación es que las alteraciones que sufre la cosa donada a partir de la donación sólo benefician o perjudican al donatario, y no a sus coherederos.

⁸³ Consideramos que el causante, al amparo del artículo 2391, puede disponer expresamente en la convención que esos actos se sometan a colación, precisando su alcance.

Por eso el artículo 3477, párrafo 2º decía que los valores colacionables debían computarse... "sea que exista o no en poder del heredero". La frase mostraba la falta de relevancia de las modificaciones de la cosa, ulteriores a la donación.

El artículo 1045, párrafo 2º, del Código Civil español, en el cual sólo hay colación de valores, se pronuncia en este sentido: "El aumento o deterioro físico posterior a la donación, y aun su pérdida total casual o culpable, será a cargo y riesgo o a beneficio del donatario".

En cambio, en el Derecho francés, el donatario debe responder, en caso de colación *in natura*, por la disminución del valor del inmueble por obra suya o por su culpa (art. 863, ley del 3-7-71). Si el inmueble perece por caso fortuito y sin culpa del donatario, no está sujeto a colación (art. 855). En el mismo sentido legisla el Código Civil italiano, al expresar en su artículo 748, párrafo 3º, que el donatario está obligado por los deterioros sufridos por su culpa. Coordinadamente el artículo 744 establece que el donatario queda liberado cuando la cosa se ha perdido sin su culpa. En estos sistemas —propios de colación originaria *in natura*— resulta coherente distinguir entre los deterioros producidos por culpa del donatario y deterioros producidos por caso fortuito. Pero esta distinción no la hacen los Códigos que siguen el sistema de colación por imputación de valores, es decir, que no admiten la colación *in natura*.

El nuevo Código acepta el sistema de colación por imputación de valores (art. 2385); pero, adhiriéndose al Código francés e italiano, en el caso de perecimiento de la cosa donada después de efectuada la donación, expresa en el artículo 2393: "*Perecimiento sin culpa*. No se debe colación por el bien que ha perecido sin culpa del donatario. Pero si éste ha percibido una indemnización, la debe por su importe".

El artículo dice, utilizando expresiones equivalentes, que en el caso de perecimiento en el bien por caso fortuito, no se debe colación por ese bien. Y agrega que si ha recibido una indemnización, debe colacionarse por su importe. Por ejemplo, en el supuesto de que la cosa estuviere asegurada y el seguro pagara su valor.

La norma del artículo 2393 responde a los sistemas francés e italiano. En esas dos legislaciones hay colación por imputación y colación

in natura, valiendo los artículos citados para los dos supuestos de perecimiento de la cosa por culpa o sin culpa del donatario.

El artículo 2393 sólo se refiere al perecimiento de la cosa; la norma debe hacerse extensible proporcionalmente a los deterioros de la cosa donada.

620. El problema de los frutos

En el caso de que el donatario reciba frutos, para saber si son o no colacionables hay que distinguir diversos supuestos:

a) *Caso en que se ha donado una cosa que produce frutos.* En este supuesto se aplica el régimen correspondiente al aumento o deterioro de la cosa donada. La donación transfirió el dominio y los accesorios, como son los frutos, que se incorporan al patrimonio del donatario. En consecuencia, sólo se colaciona el valor de la cosa donada, y no los frutos que produzca. El artículo 2394, en este sentido dispone: "*Frutos.* El heredero obligado a colacionar no debe los frutos de los bienes sujetos a colación, pero debe los intereses del valor colacionable desde la notificación de la demanda".

b) *Caso en que el causante dona los frutos en propiedad al donatario, sin atribuirle ningún derecho sobre la cosa que los produce.* En este caso, la donación de los frutos constituye un acto autónomo sujeto a colación, cualquiera que sea el destino que se le dé a esos frutos.

c) *Caso en que el donante entrega a su heredero una cosa sin el fin de transferir su propiedad, y esa cosa produce frutos.* Esta situación se puede presentar si se entrega en comodato o se constituye un usufructo sobre un inmueble —que produce frutos— a favor del heredero forzoso, caso que, en principio, será viable en los predios rústicos. En nuestra opinión, por tratarse de la entrega de cosas sin ánimo de transferir la propiedad, no están sometidas a colación; los frutos tampoco son colacionables.

La jurisprudencia francesa, ante textos similares, se ha pronunciado por la negativa a colacionar esos frutos⁸⁴.

⁸⁴ AUBRY y RAU, ob. cit., p. 631, nota 47; RIPERT y BOULANGER, ob. cit., p. 865, N° 2901.

Es obvio que cuando se trata del préstamo de una cosa que no produce frutos (por ejemplo, cuando el causante facilita gratuitamente una casa a un heredero), nada hay que colacionar.

621. Enajenación de la cosa donada: imposibilidad de accionar contra terceros

La enajenación del bien donado no influye en el cómputo del valor colacionable. Se aplica también el artículo 2385, párrafo 2º, que impone la colación, sea que las cosas estén o no en poder del heredero.

En nuestro Código, la colación no tiene eficacia contra los terceros adquirentes del bien que fue donado a un heredero forzoso. En consecuencia, los herederos que reclamen la colación no pueden accionar contra esos terceros adquirentes sean o no de buena fe, sea la adquisición a título oneroso o gratuito⁸⁵.

622. Donaciones nulas

Las donaciones nulas —tanto de nulidad absoluta (sobre todo cuando ésta no aparece manifiesta en el acto) como de nulidad relativa— son colacionables, siempre que no se haga valer su nulidad. La donación existe mientras no se haya declarado su nulidad, como consecuencia del ejercicio de la acción correspondiente.

El fundamento estriba en estas consideraciones: 1) al coheredero del donatario puede resultarle más fácil ejercer su derecho por vía de colación que acudir a la acción de nulidad, o ignorar la nulidad; 2) además, si se excluyese la colación, en las donaciones afectadas de nulidad relativa, una vez prescrita la acción, el donatario quedaría en mejor condición que si recibiera una donación válida, pues esta última estaría sometida a colación, en tanto se excluiría la donación nula.

623. Caso del artículo 2461: remisión

Una importante excepción a la mejora expresa que impone el artículo 2385, viene dada por el artículo 2461, cuando el causante ha

⁸⁵ VALLET, *Estudios de Derecho Sucesorio*, Madrid, 1982, vol. IV, p. 546.

entregado por contrato oneroso bienes a uno de los herederos forzosos, con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo, uso o habitación.

En ese caso, el valor de los bienes será imputado a la libre disposición, lo cual representa una dispensa tácita de colación.

Lo analizaremos en el capítulo de las legítimas.

624. Donaciones remuneratorias

Según el artículo 1561, "Son donaciones remuneratorias las realizadas en recompensa de servicios prestados al donante por el donatario, apreciables en dinero y por los cuales el segundo podría exigir judicialmente el pago. La donación se juzga gratuita si no consta en el instrumento lo que se tiene en mira remunerar".

Conforme a estas normas, el principio general es que las donaciones remuneratorias constituyen un acto a título oneroso; por esa razón no son colacionables. Ahora bien: este principio admite prueba en contra, pues "la donación se juzga gratuita si no consta en el instrumento lo que se tiene en mira remunerar". En ese caso es colacionable.

625. Donación de gananciales

Los gananciales que el padre o la madre donen a un descendiente, deberán ser íntegramente colacionados por el beneficiario en la sucesión del donante⁸⁶.

Durante la vigencia de la sociedad conyugal, cada cónyuge tiene la libre administración y disposición de los gananciales por él adquiridos (art. 470, párr. 1º), con la salvedad de que respecto de los actos de disposición de los inmuebles y de los muebles registrables necesita el consentimiento del otro cónyuge (art. 470, párr. 2º). Por eso, la donación de un bien ganancial efectuada por el cónyuge que tiene su administración, es un acto perfectamente válido por el total, sin que pueda interferir el problema de la comunidad conyugal, ya que propiamente esta comunidad está diferida al momento de la muerte de uno de los cónyuges. Las condiciones de ganancialidad en el matri-

⁸⁶ Conf.: ZANNONI, ob. cit., Nº 746.

monio —como dice Guaglianone⁸⁷— no son derecho en vigor actual. La participación por mitades en la masa de valores gananciales nos mostrará la vigencia de la comunidad en tanto y en cuanto esos valores subsistan en el patrimonio conyugal al tiempo de extinguirse la sociedad.

Si se tratase de un bien de titularidad conjunta (art. 471) y la donación la hubiesen hechos ambos cónyuges, la colación deberá hacerse proporcionalmente en cada una de las sucesiones. En este aspecto la doctrina es unánime⁸⁸.

626. Campos de aplicación práctica de la acción de colación y de la acción de reducción

El principio diferenciador entre una y otra acción es simple: la acción de colación entra en juego para buscar la igualdad entre los herederos forzosos, cuando no son afectadas sus legítimas. Si éstas son violadas corresponde ejercer la acción de reducción para dejarlas a salvo.

A veces puede resultar incierto el campo diferenciador con anterioridad a la producción de la prueba, si es dudosa la violación de la legítima. En tal supuesto, puede resultar conveniente interponer la acción de colación y, en subsidio, la de reducción.

Plasmaremos estos principios por medio de ejemplos en los cuales es de aplicación una y otra acción:

A) Cabe la colación en estos ejemplos:

1. *Caso en que la donación colacionable tiene valor inferior a la cuota del heredero en la herencia.* Un causante muere intestado, dejando a sus dos hijos, A y B, un caudal relicto de 600, habiendo hecho a B una donación colacionable de 300. Corresponde colacionar, pues en el caudal hereditario hay bienes suficientes para compensar contablemente y conseguir la igualdad de los herederos forzosos. El *relictum* más el *donatum* suman 900. El reclamante conseguirá la igualdad tomando 450 del caudal hereditario. Queda salvada su legítima individual

⁸⁷ GUAGLIANONE, *Régimen patrimonial del matrimonio* cit., p. 171.

⁸⁸ CNCiv., sala M, 16-9-2010, L. L. 3-12-2010, IV, con nota de Federico Russo.

que es de 300 (legítima global 600; libre disposición 300), por lo cual no cabe la acción de reducción.

2. *Caso en que la donación colacionable tiene igual valor que la cuota del donatario en la herencia.* Un causante muere intestado, dejando a sus dos hijos, A y B, un caudal relicto de 450, habiendo hecho a B una donación colacionable de 450. Corresponde colacionar, pues en el caudal hereditario hay bienes suficientes para conseguir la igualdad de los dos herederos. El *relictum* más el *donatum* suman 900. El reclamante conseguiría la igualdad tomando 450 del caudal, sin que a B le quede nada del caudal hereditario. Resulta salvada su legítima individual que es de 300, por lo cual no corresponde la acción de reducción.

3. *Caso de sucesión testamentaria sin modificar la proporcionalidad de las cuotas intestadas.* Se pueden repetir los ejemplos dados cuando se trata de una sucesión testamentaria, en la cual el testador se ha limitado a instituir sin modificar las partes proporcionales que corresponden en la sucesión intestada.

B) *Cabe la reducción, sin posibilidad de ejercer la acción de colación, en los siguientes ejemplos:*

1. *Caso en el cual, no habiendo donaciones, el testador ha instituido herederos dándole a uno de ellos una porción inferior a la que por legítima le corresponde, y entregándole al otro el resto.* La acción de reducción será dirigida contra el coheredero beneficiario. Lo mismo ocurrirá cuando un legitimario ha sido preterido o desheredado injustamente.

Ejemplo: Un causante con un caudal relicto de 1.200 le deja al hijo A un cuarto de la herencia (300), y al hijo B, tres cuartos (900). El hijo A podrá ejercer la acción de reducción contra B para salvar su legítima, que es de 400. Si fueran legatarios de cuota, la acción sería dirigida contra ellos como legatarios.

2. *Caso en que hay un legado a un tercero.* Si el legado excede de la libre disposición, cabe la reducción. Ejemplo: Un causante ha dejado en herencia a sus dos hijos A y B, la suma de 200, y ha efectuado un legado de 700 a un tercero. La legítima individual de cada hijo es de 300. Los hijos tomarán del caudal hereditario 100

cada uno, y podrán ejercer la acción de reducción contra el legatario por 200 cada uno.

3. *Caso en que hay un legado a un heredero forzoso (prelegado).* Si el legado excede de la libre disposición más la cuota del heredero legatario, se reducirá a favor del otro heredero hasta salvar la legítima. Por ejemplo: Un causante ha dejado en herencia a sus dos hijos, A y B, 200, y un legado a favor del B de 700. El heredero A podrá reducir del caudal hereditario, primero el total de lo que le corresponde a B, es decir, 100, y después 200 de lo que le corresponde en el legado, cubriendo así su legítima de 300.

4. *Caso en que hay donaciones a terceros, es decir, a personas que no sean legitimarios.* En estos casos, si la donación es inoficiosa, se reducirá hasta cubrir la legítima del afectado.

Ejemplo: un causante ha dejado un caudal relicto de 200 a sus dos hijos, y ha efectuado una donación de 700 a un tercero. La legítima individual de cada hijo es de 300. En este caso, cualquiera de los hijos, tomando su parte del caudal hereditario, es decir, 100, podrá ejercer la acción de reducción por 200 contra el tercero.

5. *También hay reducción cuando median donaciones a herederos forzosos que afectan la legítima de otros herederos forzosos.* Ejemplo: un causante deja a sus dos hijos, A y B, un caudal relicto de 200, habiendo hecho a B una donación de 700. Como la legítima individual es de 300, el hijo A se quedará íntegramente con el caudal relicto de 200, y, además, reducirá en 100 la donación del otro heredero forzoso.

II. COLACIÓN DE DEUDAS: CONCEPTO Y FUENTE

627. Colación de deudas: concepto

La colación de deudas es una creación de la doctrina francesa, basándose en la última parte del artículo 829 del Código francés: "Cada heredero colaciona a la masa, según las reglas que luego se establecen [...] las sumas de que sea deudor". Después se amplió "a las deudas que el estado de indivisión crea entre los coherederos".

Consiste esencialmente en la imputación en la cuota del heredero

deudor del monto de la deuda que tenía frente al causante, disminuyendo su adjudicación en igual valor.

Este concepto no lo acepta la mayoría de los Códigos por entender que se trata simplemente de una imputación: en la cuota del heredero deudor se imputa el monto de la deuda que tenía frente al causante. Así el Código Civil italiano, el español, etcétera.

El nuevo Código, teniendo en cuenta los precedentes franceses e inspirándose directamente en el Código Civil de Quebec del año 2008, ha destinado un capítulo entero, el Capítulo 4 del Título VII sobre la partición (arts. 2397 a 2402), a la colación de deudas.

628. Deudas objeto de la colación: derechos del causante

En la legislación francesa en un principio el heredero colacionaba a la masa las sumas de que era deudor respecto del causante. Esta idea la concreta nuestro artículo 2397 al disponer: "*Deudas que se colacionan*. Se colacionan a la masa las deudas de uno de los coherederos a favor del causante que no fueron pagadas voluntariamente durante la indivisión, aunque sean de plazo no vencido al tiempo de la partición".

El causante es el acreedor y su hijo el deudor. Al morir el primero se abre su sucesión, que el hijo adquiere junto con otros hijos. Al morir el causante ese hijo le debe a los herederos entre los cuales está él mismo. Esta deuda que tenía frente al causante se colaciona a la masa. Utilizando la terminología de la colación de donaciones, es como si se "computara" la deuda a la masa; pero falta lo más importante, que es la imputación de la deuda a su propia cuota. El artículo 2402, parte primera, dice en este sentido que "La colación de las deudas se hace deduciendo su importe de la porción del deudor".

La mayoría de los Códigos no aceptan la colación de deudas por entender que se trata simplemente de una imputación: en la cuota del heredero deudor se imputa el monto de la deuda que tenía frente al causante. Así, el Código Civil italiano, español, etcétera.

El artículo 2397 ha sido tomado del artículo 879 del Código Civil de Quebec, el cual no contiene la frase "que no hayan sido pagadas voluntariamente durante la indivisión". Esa frase del artículo 2397 se encuentra vinculada con el artículo 2398 sobre la suspensión de los

derechos de los coherederos: "Los coherederos no pueden exigir el pago antes de la partición".

En nuestra opinión, la imposibilidad de los acreedores para exigir el pago antes de la partición busca evitar litigios entre coherederos y durante el estado de indivisión: los herederos deudores pueden pagar voluntariamente a sus coherederos acreedores, pero éstos no pueden exigir judicialmente su pago. El deudor que no paga voluntariamente paga intereses, en la forma que indica el artículo 2400. A su vez, el heredero acreedor, si durara el estado de indivisión, no vería prescripta su acción porque el artículo 2543 suspende su prescripción⁸⁹.

629. Deudas surgidas durante la indivisión

Ya hemos dicho que el Código francés amplió los términos del artículo 829 incluyendo las deudas que el estado de indivisión crea entre coherederos. Esta aplicación se concretó en el artículo 2399 del nuevo Código al disponer: "*Deudas surgidas durante la indivisión*. La colación de deudas se aplica también a las sumas de las cuales un coheredero se hace deudor hacia los otros en ocasión de la indivisión, cuando el crédito es relativo a los bienes indivisos, excepto que los segundos perciban el pago antes de la partición".

La norma está inspirada en el artículo 879 del Código de Quebec, cuyo párrafo 1° dice así: "El heredero que ingresa a la partición debe colacionar a la masa las deudas que tiene respecto del difunto; también debe colacionar las sumas de las que es deudor en relación a sus copartícipes con motivo de la indivisión". Lo importante es que, con ocasión del estado de indivisión, surge un heredero deudor respecto a los otros herederos acreedores.

Excepto que los acreedores perciban voluntariamente su parte en el crédito antes de la partición.

La nueva norma tiene una gran extensión porque abarca todas las posibles actitudes de los herederos que puedan provocar deudas o cré-

⁸⁹ Este art. 2543, aparentemente tiene una extensión inadecuada, pues sería inconcebible que abarcara los derechos de unos herederos sobre otros, por ejemplo, en materia de reducción o de colación de donaciones; en cambio, sería apropiado circunscribirlo al campo de la colación de deudas.

ditos respecto a los otros herederos. Piénsese, por ejemplo, que en el período anterior al proceso sucesorio (art. 2325) el administrador de hecho recoja y cobre la cosecha de un inmueble del sucesorio: quedará como deudor ante sus coherederos y su deuda se colacionará como tal si no la paga voluntariamente antes de la partición. En el período posterior a la iniciación del juicio sucesorio, el administrador judicial tendrá que rendir cuentas de su gestión (art. 2361), y sus deudas respecto a los demás herederos pueden satisfacerse sin necesidad de colacionarlas. El pago voluntario evitará la colación de deudas (art. 2397).

630. Diferencias con la colación propiamente dicha

La colación de deudas es una institución totalmente distinta de la colación de donaciones, tanto en su finalidad como en su mecanismo.

Por lo pronto, la llamada "colación de deudas" parte de una base falsa, cual es considerar que los créditos que el causante tenía contra su heredero forzoso constituyen liberalidades.

Entre herederos forzosos puede haber verdaderos contratos onerosos; las deudas pueden provenir de causas que no sean préstamos, y éstos pueden encerrar muchas variedades: ser onerosos o gratuitos, o ser en parte lo uno y en parte lo otro. Decir que las deudas que el hijo y el padre tienen entre sí son liberalidades es algo simplemente inaceptable. Así como no se puede decir que todo contrato entre herederos forzosos es una liberalidad, con mayor motivo tampoco se puede afirmar que toda deuda que el heredero forzoso tenga con su causante no es más que una especie de donación o préstamo que actúa a modo de anticipo de herencia.

Tampoco se puede decir que la colación de deudas busca mantener la igualdad entre coherederos, al modo de la colación de donaciones. Si la colación de donaciones no tuviera lugar, evidentemente, se produciría una desigualdad en las cuotas de los herederos forzosos, pues el donatario recibiría la donación y, además, su parte en el caudal hereditario. Esto no ocurre, en principio, en la colación de deudas, pues si ésta no existiera, los herederos no deudores mantendrían —en la parte que les correspondiera— su crédito contra el heredero deudor, sin producirse desequilibrio.

Empero, las diferencias entre una y otra institución se marcan muy especialmente al analizar su distinto mecanismo:

a) La colación de deudas no se aplica solamente a la partición, sino a toda indivisión. La colación de donaciones sólo tiene lugar en la partición hereditaria.

b) La colación de deudas se aplica no sólo a las deudas surgidas frente al causante, sino a las nacidas con posterioridad a la muerte de éste entre los herederos (art. 2399). La colación de donaciones sólo abarca a las donaciones que el causante haya realizado en vida a sus descendientes o a su cónyuge (art. 2385).

c) La colación de deudas no sólo se produce entre descendientes o cónyuges, sino entre todos los demás herederos (art. 2397). La colación de donaciones se limita a los descendientes y cónyuge.

d) La renuncia de la herencia no exonera al deudor renunciante del pago de su obligación; el heredero renunciante deberá pagar su deuda según las reglas del pago. En cambio, la renuncia de la herencia exonera de la colación, de forma tal que el renunciante se quedará con la donación, pero estará dispensado de la colación.

e) La dispensa de la colación de deudas no guarda ninguna semejanza con la dispensa de la colación de donaciones. Esta última presupone la validez de la donación, con la particularidad de que ésta es imputada a la libre disposición como mejora. La dispensa de colación de deudas no supone imputación a la libre disposición, sino, simplemente, que los coherederos no deudores no podrán imputar la totalidad de la deuda a la cuota del heredero deudor, sino que mantendrán —en sus partes proporcionales— el crédito frente al deudor. Si el efecto previsto en la cláusula de dispensa fuese más amplio en el sentido de liberar de la obligación de pagar la deuda, no habría, estrictamente, una dispensa de colación, sino una remisión de deuda. Este acto originaría —como dice Guastavino⁹⁰—, por sí mismo, la obligación de colacionar el valor remitido en calidad de donación o liberalidad colacionable.

Por eso, aplicar el término “colación” a las deudas no pasa de ser una metáfora, pues no hay propiamente colación de deudas, si se quiere

⁹⁰ GUASTAVINO, *Colación de deudas*, Buenos Aires, 1964, p. 231.

respetar el significado tradicional del término "colación" a partir del Derecho Romano justinianeo. Lo que hay es, simplemente, una imputación de la deuda a la cuota del heredero deudor. El Código italiano no habla de colación de deudas, sino de "imputación de deudas" (art. 724, CPCCN), y es éste el término que propugnamos para nuestro Derecho, del cual se ha apartado el nuevo Código.

631. Intereses de las sumas colacionables

El artículo 2400 expresa: "*Intereses*. Las sumas colacionables producen intereses desde la apertura de la sucesión si el coheredero era deudor del difunto, si no los devengaban ya con anterioridad, y desde el nacimiento de la deuda si ésta surge con ocasión de la indivisión".

La norma contiene tres supuestos, referidos a los intereses de las sumas colacionables: 1) Las sumas colacionables producen intereses antes de la partición, si así lo hubieran convenido el acreedor (causante) y el deudor (heredero); 2) si no hubiese convenio, desde la apertura de la sucesión producen intereses; 3) si la deuda surge durante el período de la indivisión, desde el nacimiento de la deuda.

632. Imputación de la deuda y excedente deudor después de la imputación

A) *Imputación de la deuda*. El artículo 2402, párrafo 1º, parte 1ª dispone: "La colación de las deudas se hace deduciendo su importe de la porción del deudor..."

La norma establece la imputación de la deuda en la porción del heredero deudor. El partidor debe siempre adjudicar el crédito del causante al mismo heredero deudor, descontándose la deuda de su porción hereditaria. Los demás herederos recibirán más bienes hereditarios por haberse producido la compensación de la deuda en la hijuela del heredero deudor. Cuando la porción hereditaria del heredero deudor es superior al monto de la deuda, quedará un sobrante de bienes a favor del heredero deudor; cuando es igual no habrá sobrante de bienes.

El problema a resolver se da cuando el heredero deudor tiene, a su vez, acreedores particulares. En ese caso se forman dos grupos de

acreedores: 1) los coherederos que son acreedores del heredero deudor como representantes del causante; 2) los acreedores personales del heredero deudor. En la lucha entre ambos caben dos soluciones: o que un grupo cobre antes que el otro o que concurren a prorrata.

El nuevo Código ha dado preferencia al cobro de los coherederos sobre los acreedores particulares del heredero deudor, creando una especie de privilegio que antes no tenía el causante. Ése es, a nuestro juicio, el significado del artículo 2402, párrafo 2º, que dice: "La imputación de la deuda al lote del coheredero deudor es oponible a sus acreedores". Esto quiere decir que la imputación efectuada en la hijuela del heredero deudor vale frente a los acreedores particulares del heredero deudor, los cuales son postergados por los coherederos. El precedente legislativo se encuentra en el artículo 882 del Código Civil de Quebec.

Veamos un ejemplo: un causante tiene tres hijos, A, B y C, y deja un caudal hereditario de 1200. Tiene un crédito contra el hijo A de 300, por un préstamo que le realizara. El causal hereditario se formará por los 1200 más 300 del crédito, que hacen 1500, correspondiendo a cada heredero 500. Como en la hijuela de A se imputa su deuda, sólo recibirá 200 (500 menos 300), y B y C recibirán 500 cada uno. Los acreedores particulares de A sólo podrán ejecutar 200.

No consideramos acertada la norma contenida en el artículo 2402, párrafo 2º, que establece un privilegio a favor de los coherederos sobre los acreedores particulares del heredero deudor. "No hay razón —como dice Fornieles⁹¹— para que el crédito del padre, fallecido éste, goce en cabeza de sus herederos de una preferencia que antes no tenía".

La norma indicada adquiere trascendencia práctica si el heredero deudor cae en insolvencia con su consiguiente concurso. El acreedor particular del heredero deudor sólo podrá cobrar una vez pagados los coherederos acreedores.

B) *Excedente deudor después de la imputación.* El artículo 2404, párrafo 1º, parte 2ª, refiriéndose a la porción hereditaria del heredero deudor, expresa: "Si la exceden, debe pagarlas en las condiciones y plazos establecidos para la obligación". Su fuente se encuentra en el artículo 880 del Código Civil de Quebec.

⁹¹ *Tratado de sucesiones* cit., t. I, p. 377.

Cuando la porción hereditaria del heredero deudor no es suficiente para cubrir la deuda (la deuda excede la cuota hereditaria), éste deberá hacer frente a la deuda con sus bienes propios ajenos a la herencia, pagando con ellos a sus coherederos acreedores y a sus acreedores particulares.

Entendemos que en el excedente no se aplica la imputación a que se refiere el artículo 1402, párrafo 2º. Si el heredero deudor no tiene bienes suficientes para pagar conjuntamente a los acreedores coherederos y a sus acreedores particulares, entrará en concurso y ambos grupos de acreedores concurrirán a prorrata sobre los bienes propios de heredero deudor, sin preferencia alguna. La "preferencia" de los coherederos sobre los acreedores particulares sólo se produce en la parte que cabe la imputación de la deuda, que llega hasta el límite de los bienes heredados, no más allá.

633. Coheredero deudor que a su vez es acreedor

El artículo 2401 dispone: "*Coheredero deudor y acreedor a la vez.* Si el coheredero deudor es a la vez acreedor, aunque su crédito no sea aún exigible al tiempo de la partición, hay compensación y sólo se colaciona el exceso de su deuda sobre su crédito".

El artículo se coloca en la situación especial de que el heredero deudor sea a la vez acreedor, y determina que hay compensación. Sólo se colaciona el exceso de su deuda sobre su crédito. Es el caso previsto en una parte del artículo 881 del Código Civil de Quebec.

CAPÍTULO XVII

CESIÓN DE LA HERENCIA

SUMARIO: 634. Cesión de la herencia: precedentes. 635. Regulación legislativa. 636. Concepto. 637. Terminología. 638. Caracteres del contrato de cesión: enunciación. 639. El contrato de cesión es consensual o traslativo, según los casos. 640. Se transmite el activo gravado con las deudas. 641. Responsabilidad del heredero cedente con el valor de los bienes heredados (responsabilidad *pro viribus*). 642. El contrato de cesión es formal. 643. No se transmite la calidad de heredero del cedente. 644. El contrato de cesión es aleatorio. 645. El objeto de la cesión no constituye una *universitas iuris*. 646. El cesionario no es un sucesor universal. 647. El cesionario es un sucesor a título singular. 648. Único heredero que cede toda la herencia: el contrato de cesión no transmite instantáneamente los bienes. 649. El heredero único puede optar por la venta particular de los bienes. 650. Varios herederos: transmisión inmediata de la cuota. No se transmiten instantáneamente los bienes particulares. 651. Cesión parcial. 652. Diferencias con otros contratos. 653. La cesión de la herencia no hace perder la responsabilidad limitada. 654. La intervención del cesionario en el juicio sucesorio. 655. Cesión de la cuota en la indivisión postcomunitaria. 656. La cesión y el efecto declarativo de la partición. 657. Cesión efectuada por el heredero de parte alicuota. 658. La cesión y el certificado registral. 659. Desde cuándo se puede ceder la herencia. 660. Hasta cuándo se puede ceder la herencia. 661. Momento en que se determina el contenido del patrimonio cedido. 662. Casos especiales. 663. Supuesto de aumento de la porción hereditaria del cedente. 664. Supuesto de disminución de la porción hereditaria del cedente. 665. Bienes excluidos de la cesión. 666. Efectos del contrato de cesión: enunciación. 667. a) Efectos entre partes. 668. b) Efectos respecto de los acreedores. 669. Momento a partir del cual se producen los efectos del contrato entre las partes y frente a terceros. 670. Los efectos de la agregación de la cesión en el expediente sucesorio. 671. La cesión y el registro de cesiones de derechos hereditarios en la Capital Federal. 672. ¿Cabe la cesión de objetos hereditarios?

634. Cesión de la herencia: precedentes

La institución entronca en sus orígenes más remotos con el Derecho

Romano, en el cual existía un instituto singular: la *in iure cessio hereditatis*, que era la enajenación del derecho a la herencia antes de la adición. Solamente podían realizar la *in iure cessio* los herederos legítimos que no adquirirían la herencia *ipso iure*, sino por aceptación (por eso se les negaba a los *heredes sui* y a los herederos testamentarios).

Por medio de esta *in iure cessio* el cesionario se convertía en heredero como si hubiese sido llamado directamente a la herencia. Pero como la *in iure cessio* sólo servía para transmitir cosas, el heredero legítimo quedaba obligado al pago de las deudas no obstante la cesión; los créditos se perdían¹.

Este fenómeno, que vendría a derogar la regla *semel heres semper heres*, se ha explicado de distintas maneras. "Es de observar —dice Iglesias²— que antes de la adición de la herencia la cualidad de heredero no se ha fijado definitivamente en cabeza de una persona determinada.

"Antes de la adición, el legitimado a la *successio* en concepto de *heres* puede ser sustituido por otro. La sustitución se admite en cuanto que la delación tiene un destinatario fungible, cuyo título vocacional viene determinado por una situación familiar". Por eso, sólo se admite la institución para los herederos *ab intestato* (que no eran *sui*). Si cabe la sustitución en orden a un destinatario fungible, no puede decirse lo propio cuando la delación, basándose en el testamento, pone en juego razones concretas, consideraciones personales que mueven a instituir un heredero determinado.

La *in iure cessio hereditatis* desapareció al caer en desuso la forma civil de la *in iure cessio*.

En el Derecho justiniano la herencia no se puede enajenar antes de la aceptación, pero sí después de ella. En la enajenación de la herencia se debe hacer la transmisión de cada uno de los derechos que la componen, sirviéndose de las distintas formas que la ley prevé según la naturaleza de tales derechos.

¹ BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano* cit., p. 592.

² IGLESIAS, ob. cit., p. 580.

635. Regulación legislativa

El Código de Vélez no legisló sobre la materia orgánicamente³. Únicamente algunos artículos aislados se referían a este instituto; concretamente, el artículo 1175, que prohibía los contratos sobre herencia futura; el artículo 1184, inciso 6º, que exigía la formalidad de la escritura pública; los artículos 2160, 2161, 2162 y 2163, sobre evicción; el artículo 3322, que daba valor a la cesión, como aceptación, y, por último, el artículo 3732, que declaraba sin valor las disposiciones que establecían la inenajenabilidad del todo o parte de la herencia.

Esta parquedad legislativa se agravaba por la falta de un criterio general orientador sobre las bases en que se debe asentar este instituto. Únicamente se contaba con la guía que contenía la nota al artículo 1484, que juzga impropio tratar la cesión de la herencia dentro del título de la cesión de derechos, cuando corresponde tratarla dentro de los preceptos referentes al Derecho Sucesorio; a más de la nota al artículo 3423, que habla de la gran diferencia que existe entre el adquirente de derechos sucesorios y el adquirente de objetos singularmente considerados.

La doctrina y la jurisprudencia contribuyeron a determinar los efectos que producía el contrato de cesión de herencia, tan arraigado en nuestras costumbres.

El nuevo Código ha regulado el contrato de cesión de herencia en los artículos 2302 a 2309, que iremos analizando a través de este capítulo.

Entendemos como acierto del legislador haber recogido este contrato en la normativa del Derecho de Sucesiones. Se han seguido los criterios aceptados mayoritariamente por la doctrina y la jurisprudencia, y se han respetado las ideas centrales de los ordenamientos jurídicos extranjeros que han regulado este contrato⁴.

³ Vélez Sársfield, en la nota terminal del título sobre la cesión de créditos (nota al art. 1484), prometió legislar sobre la cesión de la herencia en el Libro Cuarto, *De las sucesiones*.

Pero su propósito no quedó cumplido, posiblemente por la premura con que redactó el libro de sucesiones.

⁴ La cesión de la herencia sólo está legislada de modo orgánico en el Código Civil alemán, en la última sección del Libro V de sucesiones, Sección 9, arts. 2371 a 2385.

636. Concepto

El heredero puede disponer de los bienes hereditarios de dos maneras: a) enajenando cada uno de los bienes que componen la herencia especificándolos en detalle, bien en una sola operación o por medio de operaciones separadas; b) enajenándolos en un solo acto en forma indeterminada, globalmente, comprendiéndolos tal como los ha recibido del causante, sin especificarlos. En el primer caso habrá un contrato ordinario sobre bienes particulares, al cual se aplicarán las normas correspondientes al tipo de contrato de que se trate, venta, permuta, donación, etcétera. En el segundo caso nos encontramos ante el verdadero contrato de cesión de herencia.

La cesión de la herencia es un contrato formal por el cual una persona, cedente, sin transmitir su calidad de heredero, se obliga a transferir la herencia recibida del causante o transfiere la cuota que tiene como heredero a otro, cesionario, junto con las deudas que provisionalmente los gravan, garantizando su calidad de heredero, siendo el contrato en lo demás aleatorio⁵.

Característica de este contrato es que el cedente sigue siendo heredero, al igual que en el Derecho Romano: *semel heres semper heres*. La cualidad de heredero, sea legítimo o testamentario, no puede ser objeto de cesión porque es personalísima e intransferible.

La transmisión comprende el activo relicto y las deudas que lo gravan, en la forma que explicaremos más adelante.

Por lo demás, el contrato de cesión de herencia puede ser a título oneroso o gratuito, según que el cesionario tenga o no que realizar una contraprestación. La distinción tiene importancia porque una serie de normas —por ejemplo, las correspondientes a la evicción— sólo tienen aplicación en las cesiones onerosas.

637. Terminología

El nuevo Código Civil y Comercial emplea una terminología variada, pues habla de cesión de derechos hereditarios, de cesión de

⁵ LAFAILLE, ob. cit., t. I, N° 377; FORNIBLES, ob. cit., t. II, N° 441; SALAS, *Generalidades sobre la cesión de derechos hereditarios*, en J. A. 65-441.

herencia. Usa indistintamente las expresiones "cesión de herencia" (art. 2303), "cesión del derecho a una herencia" (art. 2302), "cesión de derechos hereditarios" (arts. 1618, inc. a, y 2294, inc. e).

Estas expresiones se utilizan como sinónimas, aunque desde el punto de vista del objeto cedido se podría reservar el término "cesión de la herencia" para el supuesto de que el cedente fuese heredero único y la expresión "cesión de derechos hereditarios" cuando el cedente concurre a la herencia con otros coherederos o cuando siendo único heredero cede una parte alcuota de la herencia.

No obstante ello, como el contrato abarca un conjunto indeterminado de derechos, nos parece indiferente y, por tanto, correcto emplear cualquiera de las expresiones indicadas; aunque preferimos utilizar la expresión "cesión de la herencia" en sentido genérico. En Francia, Italia, España el término usado es "venta de la herencia", similar a cesión de la herencia.

638. Caracteres del contrato de cesión: enunciación

Los caracteres del contrato de cesión de la herencia sirven para delimitar su contenido. El primer carácter a analizar versa sobre si el contrato es consensual o real. El contrato de cesión unas veces es consensual; por eso decimos que el cedente se obliga a transferir. Otras veces produce efectos reales; por eso decimos que transfiere. Se analizará después la transmisión del activo y el problema de las deudas, de tanta importancia en este contrato. La forma del contrato y su aleatoriedad nos permitirán alcanzar un conocimiento cabal de este contrato.

639. El contrato de cesión es consensual o traslativo, según los casos

La doctrina extranjera —española, alemana, francesa— hace un distinción previo: el caso del "heredero único" que actúa como cedente de toda la herencia recibida, y el caso del coheredero cedente, existiendo otros coherederos, que cede una cuota de la herencia⁶.

⁶ En el primer caso se puede incluir el supuesto de que todos los coherederos cedan a un tercero el total de sus derechos hereditarios; en el segundo caso se puede incluir el supuesto de que el heredero único ceda una cuota de la herencia recibida.

En la doctrina española, Lacruz⁷, dentro del tema de la enajenación de la herencia, le dedica partes separadas al caso de enajenación de toda la herencia y al caso de enajenación de una cuota de la herencia. Puig Brutau⁸, cuando estudia la compraventa de la herencia, después de analizar el concepto del contrato referido al heredero único cedente, habla de la especialidad de la entrega cuando el objeto de la venta es una cuota hereditaria. Gullón⁹ analiza la adaptación de las normas para el supuesto de que la cesión no verse sobre la herencia sino sobre una cuota de ella. En el mismo sentido se manifiestan Roca Sastre¹⁰, Rubio Gimeno¹¹, etcétera.

En Alemania sucede lo mismo. El Código Civil distingue netamente la venta de la herencia efectuada por el heredero único y la venta de una porción hereditaria efectuada por un coheredero: a) La sección Novena del Libro V se titula *Compraventa de la herencia*. Allí, el artículo 2374 establece que “el vendedor está obligado a entregar al comprador los objetos de la herencia existentes en el momento de la venta...” O sea —dice Kipp¹²— los debe transferir de acuerdo con las reglas de Derecho, mediante los correspondientes actos singulares, y dar al comprador la posesión de los mismos. “Son precisos —como dice Binder¹³— tantos actos de cumplimiento de su obligación (de entregar), como objetos existen en la masa de la herencia”. b) La venta de una porción o cuota de la herencia la regula el Código Civil en el Título IV sobre la “pluralidad de herederos”. Allí, el artículo 2033 establece que cada heredero puede disponer de su cuota. “El comprador —dice Kipp— se sitúa con eficacia inmediata en la posición jurídica del vendedor”. En este caso son innecesarios los actos complementarios (lo mismo sucede cuando el heredero único, en vez de enajenar toda la herencia, trasfiere una cuota de ella)¹⁴.

⁷ *Derecho de Sucesiones. Parte general* cit., ps. 439 y 448.

⁸ *Fundamentos del Derecho Civil* cit., 1975, t. V, p. 385.

⁹ GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *La venta de la herencia*, en *Separata Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1959, p. 12.

¹⁰ ROCA SASTRE y MOLINA JULLOL, *Jurisprudencia registral*, Barcelona, 1953, t. VI, ps. 96 y ss.

¹¹ GEMMA, Rubio Gimeno, *La venta de la herencia*, Barcelona, 2003, p. 34.

¹² KIPP, *Derecho de Sucesiones* cit., ed. española, vol. II, p. 129.

¹³ BINDER, *Derecho de Sucesiones* cit., ed. española, p. 284.

¹⁴ *Anotaciones a ROCA SASTRE*, en KIPP, ob. cit., p. 127.

Estas distinciones son acogidas por algunos autores nacionales. Así, Fornieles¹⁵ expresa: "Sobre este punto conviene hacer una distinción, según que el cedente sea el único propietario de la herencia vendida, o que, habiendo varios herederos, la cesión se refiera a una parte proporcional o ideal de la misma". En el primer caso —agrega el autor— es ineludible la entrega material de todos los bienes para que el cesionario pueda decirse dueño de cada uno de ellos. La combinación de los artículos 577 y 3265 del Código Civil de Vélez no permitía la menor duda. En el segundo caso la solución varía, ya que el objeto del contrato es un derecho sobre una parte ideal de la masa hereditaria; cita la nota al artículo 3450, del Código derogado que dice que "una parte ideal no puede ser entregada".

Este distingo tiene implicancia jurídica, destacando en especial el diferente tipo de contrato (consensual o real). En el primer caso, el contrato es "consensual", requiere los complementos para la transmisión del dominio; en el segundo caso el contrato es "real", pues provoca la transferencia inmediata de la cuota. Analicemos estos aspectos:

a) Cuando el heredero único cede sus derechos hereditarios, el contrato que realiza es un contrato meramente consensual, que necesita de determinados complementos para que el cesionario pueda considerarse dueño de cada uno de los objetos que forman parte de la herencia recibida por el cedente. Tales complementos no hacen al momento del perfeccionamiento del contrato, que tiene lugar por el mero acuerdo de las voluntades de los contratantes. El título sobre esos bienes se conseguirá en la "adjudicación".

b) En cambio, cuando el heredero cede su cuota, el objeto del contrato recae sobre una parte ideal de la herencia. La transmisión de la cuota se opera *ipso iure* con el solo contrato de cesión, sin necesidad de tradición. Estamos en presencia de un contrato traslativo que por sí trasfiere la cuota.

Como el objeto del contrato es una cuota, el cedente no puede transmitir más que esa cuota, *nemo dat quod non habeat*. El cesionario obtendrá el título sobre esa cuota y tendrá que esperar a la partición (él puede instarla dentro del proceso sucesorio) para saber cuáles son

¹⁵ Ob. cit., t. II, N° 450.

los bienes que le debieron corresponder al cedente. Una vez realizada la partición —en la que se mencionará la cesión de la cuota— el cesionario tendrá “título” sobre los bienes particulares. Su título no lo fundamentará la partición, sino la cesión mencionada en la partición. Para obtener la propiedad exclusiva y con efectos *erga omnes* de los bienes que le correspondieran en su hijuela, necesitará tomar posesión de los bienes muebles, que implica tradición, y obtener la inscripción en los registros correspondientes de los bienes registrables. El efecto declarativo de la partición no le alcanzará al cesionario, pues él adquiere —en la forma analizada— al realizar el contrato.

Como se ve, en ambos supuestos se necesita cumplir con los complementos que la ley establece para adquirir la propiedad de los bienes particulares que comprende la cesión.

Volveremos sobre el tema en los párrafos 745 y 747.

640. Se trasmite el activo gravado con las deudas

El objeto de esta cesión es el activo relicto, gravado con las deudas. En lo concerniente al pasivo estaríamos frente a una verdadera transmisión de deudas que serían exigibles entre cedente y cesionario como consecuencia del contrato celebrado, para cuyo perfeccionamiento se necesita la aceptación de los acreedores del causante.

Con relación a las partes contratantes, las deudas pasan junto con el activo al cesionario, que se convierte así en obligado, en última instancia, a su pago. Si el heredero cedente pagara las deudas, tendría luego una acción de reembolso contra el cesionario. En este sentido se puede decir que el cedente transmite el activo y el pasivo hereditarios.

En relación con los acreedores del causante, caben estas opciones:

a) Los acreedores del causante pueden oponerse a la sustitución del obligado; en ese caso, el único responsable para ellos seguirá siendo el cedente. Ciertamente, el hecho de dirigirse contra los bienes hereditarios en poder del cesionario no significa aceptación del nuevo deudor como deudor “único”, porque la liberación del primitivo deudor no se puede hacer sin que el acreedor haya declarado expresamente su voluntad de exonerar al deudor primitivo.

b) Los acreedores pueden aceptar al nuevo obligado (cesionario)

liberando al deudor cedente. Estaríamos en este caso ante un supuesto de novación por delegación perfecta. Es indispensable que el acreedor declare expresamente su voluntad de exonerar al deudor primitivo (art. 936). Si faltase esa manifestación del acreedor, no habría novación.

c) Los acreedores pueden aceptar al nuevo obligado (cesionario) no liberando al deudor cedente. Estaríamos aquí ante un caso de novación por delegación imperfecta. Esta aceptación puede ser efectuada expresa o tácitamente. La figura de la delegación imperfecta implica reconocer una acción directa de los acreedores del causante contra el cesionario, aparte de la acción que también conserva contra el heredero cedente. Estas acciones pueden ser ejercidas cumulativamente o, si se quiere, en forma concurrente¹⁶.

Consideramos que, aparte de esta acción directa, los acreedores del heredero gozan de la acción subrogatoria (art. 739), por medio de la cual, obrando a nombre del cedente, les reclaman al cesionario las sumas necesarias para pagar las deudas¹⁷.

641. Responsabilidad del heredero cedente con el valor de los bienes heredados (responsabilidad *pro viribus*)

La responsabilidad del heredero ante los acreedores del causante es una responsabilidad *cum viribus*, es decir, con los bienes recibidos, siempre dentro del concepto de responsabilidad *intra vires* que otorga el beneficio de inventario. Si aplicamos estrictamente el principio de responsabilidad *cum viribus* (con los bienes) al heredero cedente, nos encontraríamos con que los acreedores del causante, al dirigir sus acciones contra ese heredero, no podrán cobrar sus créditos porque los bienes hereditarios recibidos han sido cedidos al cesionario. Partiendo

¹⁶ En el mismo sentido: ALTERINI, Atilio A., *La cesión del contrato*, Buenos Aires, 1968, p. 114. El art. 1546 del Código Civil italiano dice: "El comprador, si no hay pacto en contrario, está obligado solidariamente con el vendedor a pagar las deudas hereditarias".

¹⁷ Ésta es la posición de la mayoría de la doctrina francesa (PLANIOL y RIPERT, *Traité élémentaire*, t. II, N° 1644) y de una parte de la doctrina española (LACRUZ, ob. cit., p. 443). En nuestro Derecho, Formeles (ob. cit., t. II, N° 457) califica el recurso de la acción subrogatoria de forzado, porque el heredero cedente no ha pagado todavía y la acción que se promueve en su nombre no es entonces de reembolso.

de la base de que el contrato de cesión de herencia no ocasiona la responsabilidad ilimitada, el acreedor no podría dirigirse contra los bienes particulares del heredero. Entendemos que en ese caso la única forma de cobro de los acreedores del causante es aceptar que el heredero cedente responda por el "valor" de los bienes cedidos, es decir, que responda *pro viribus hereditatis*.

Méndez Costa negó que este caso fuera una excepción a la regla de la responsabilidad *cum viribus* (con los bienes), alegando que las deudas concluyen pesando sobre el cesionario y no sobre el heredero¹⁸. Posteriormente la autora¹⁹ dejó de lado sus observaciones y aceptó plenamente la tesis sobre la responsabilidad *pro viribus*. Dijo expresamente: "Si los acreedores persiguen al heredero prescindiendo de la cesión, funcionará en este caso la responsabilidad *pro viribus*, pero éste podrá luego dirigirse contra el cesionario para que le reintegre las sumas que debió pagar". Justifica acertadamente esa responsabilidad, expresando: "La responsabilidad *pro viribus* del heredero, en virtud de la cual responde con sus bienes hasta el límite del valor de los bienes hereditarios, se justifica porque el heredero ha obtenido un beneficio —el precio de la cesión— antes de que los acreedores hereditarios cobren sus créditos. El cesionario, a su vez, en cuanto es sucesor particular del cedente, responde frente a los acreedores hereditarios sólo con los bienes incluidos en la cesión (art. 3266)".

642. El contrato de cesión es formal

La cesión de derechos hereditarios es un contrato formal que requiere escritura pública. El artículo 1618, inciso a, exige la escritura pública, al igual que el artículo 1184, inciso 6°, del Código derogado.

La escritura pública es requisito esencial —*ad solemnitatem*— para la existencia del contrato.

Pero esto no quiere decir que el contrato de cesión obrante en documento privado carezca de efectos. Se aplica entonces el artículo 969 del Código Civil y Comercial, que expresa: "...Cuando la forma requerida para los contratos, lo es sólo para que éstos produzcan sus

¹⁸ *El heredero beneficiario y los acreedores tardíos*, en L. L. 1985-E-782.

¹⁹ *Código Civil anotado*, en LLAMBÍAS, Buenos Aires, 1988, t. V-A, p. 230.

efectos propios, sin sanción de nulidad, no quedan concluidos como tales mientras no se ha otorgado el instrumento previsto, pero valen como contratos en los que las partes se obligaron a cumplir con la expresada formalidad". La exigencia de la escritura pública para la cesión de herencia lo es sólo para que el contrato produzca sus efectos propios; si no se utiliza la escritura pública, no queda concluido como contrato de cesión de herencia, pero vale como contrato en que las partes se obligan a elevarlo a escritura pública. De manera que la cesión de derechos hereditarios hecha en instrumento particular vale como contrato en el cual las partes se han obligado a hacer escritura pública, pudiendo cualquiera de ellas demandar a la otra para obtener la correspondiente escrituración. En nuestra opinión, el artículo 969 se aplica ya sea la cesión a título oneroso o gratuito y cualquiera que sea la clase de bienes que contiene.

Mientras no haya escritura pública el contrato no queda concluido como tal. Así lo determinó la jurisprudencia: "El contrato de cesión de derechos hereditarios tiene como formalidad necesaria la escritura pública, pues mientras ella no esté redactada el contrato no queda concluido como tal y no produce sus efectos, aunque sí faculta a las partes, por aplicación del artículo 1185 [hoy art. 969], a exigir el otorgamiento de dicho instrumento"²⁰.

La exigencia de la escritura pública en última instancia es ineludible y no puede ser suplida por acta judicial hecha en el respectivo expediente sucesorio. Las escrituras públicas y las actas judiciales son formas diferentes de los instrumentos públicos (arts. 299 y 310).

Cuando la ley exige una clase de instrumento público, su falta no puede suplirse con otro instrumento público. La jurisprudencia se ha pronunciado repetidas veces en ese sentido: "Debe rechazarse el pedido de audiencia formulado por los herederos declarados en una sucesión con el fin de instrumentar una cesión de derechos hereditarios que fue plasmada en un documento privado, pues ella en el mejor de los casos lograría que la cesión se plasme en un instrumento público, el acta judicial, distinto a la escritura pública exigida por la ley"²¹.

²⁰ CCCom. de Bahía Blanca, sala II, 16-6-2009, L. L. B. A., agosto, p. 795.

²¹ CI°Apel. de Bahía Blanca, sala II, 30-12-2009, con voto en disidencia del doctor Pilotti, AR/JUR/58811/2009.

Algún sector de la doctrina, seguido parcialmente por la jurisprudencia, aceptó el acta judicial como forma para hacer la cesión de derechos hereditarios, basándose principalmente en el artículo 1455 (hoy art. 1618, inc. b), referente a las cesiones de acciones litigiosas que permiten el acta judicial²². Es un error asimilar la cesión de acciones litigiosas con la cesión de derechos hereditarios, pues son totalmente diferentes.

Con mayor motivo, tampoco cabe hacer la cesión de derechos hereditarios en un escrito privado presentado al sucesorio y ratificado por las partes²³.

De la misma forma, no resulta idóneo para efectuar la cesión de derechos hereditarios el instrumento privado, aunque éste se protocolice en un registro público²⁴.

643. No se transmite la calidad de heredero del cedente

Es una característica esencial de este contrato la intrasmisibilidad de la calidad de heredero del cedente. La calidad de heredero, sea legítimo o testamentario, es intransferible porque es personalísima. El cedente sigue siendo heredero, como en el Derecho Romano: *semel heres semper heres*. Es tan importante esta característica que ni siquiera las partes, puestas de acuerdo, podrían dejarla sin efecto.

No obstante, el nuevo Código omite establecer que la cesión no comprende el título o condición de heredero. De esa omisión, quizá producida por inadvertencia del legislador, no podríamos deducir la transmisibilidad de la condición de heredero, porque iría en contra del carácter personalísimo del heredero (que puede llegar a responder de las deudas del causante incluso con sus propios bienes) y en contra de la esencia del contrato de cesión de herencia²⁵.

²² BORDA, ob. cit., N° 760; J. A. 23-809; 19-720; 3-171; 19-842.

²³ J. A. 150-665; C1ªApel. de Bahía Blanca, sala II, 30-12-2009, AR/JUR/58811/2009. En contra: BORDA, ob. cit., N° 760; C1ªApel. de Bahía Blanca, sala II, 5-9-2006, L. B. A. 2006-1346.

²⁴ J. A. 100-340.

²⁵ Ferrer pone de relieve esta omisión en *Primeras reflexiones en materia de sucesiones en el Anteproyecto de Código Civil*, en J. A., número especial, 2012-III-19.

Lo único que se trasmite en este contrato es el contenido patrimonial de la herencia. En esto coincide toda la doctrina, tanto nacional como extranjera.

La cesión de la herencia, si el cedente aún no hubiera aceptado la herencia, se considera aceptación tácita, que como tal es irrevocable.

644. El contrato de cesión es aleatorio

En el contrato de cesión dos factores aparecen indeterminados: los bienes que componen la herencia cedida y las deudas que la gravan. En ese contrato no se especifica cada uno de los bienes ni las obligaciones que los gravan.

Esta indeterminación abre la posibilidad de la aparición de bienes que, por más importantes que sean, no darían lugar a la rescisión del contrato ni al reajuste del precio, y lo mismo ocurriría con la aparición de las deudas desconocidas.

En cambio, la calidad de heredero del cedente no corresponderá al alea propio del contrato, por lo que habrá responsabilidad del cedente por evicción²⁶.

Obviamente, las partes pueden modificar el alea natural del contrato conviniendo, por ejemplo, que el cedente no asuma la garantía de evicción ante una posible resolución de su carácter de heredero. Inversamente, el cedente puede garantizar al cesionario la existencia de determinados bienes.

La asunción por parte del cesionario del alea propia del contrato encuentra, excepcionalmente, límites derivados de la buena fe negocial. Ésta no existiría en la lesión subjetiva que prevé el artículo 332 del nuevo Código. Por eso, podría el cedente defenderse invocando la aleatoriedad del contrato en este supuesto de lesión. Esta lesión subjetiva sólo se podría invocar excepcionalmente en las cesiones a título oneroso²⁷.

²⁶ GUASTAVINO, *Límites a la irrevocabilidad del alea en la cesión de la herencia*, en J. A. 8-1970-334.

²⁷ Conf.: ZANNONI, *ob. cit.*, p. 601; CNCiv., sala D, 11-5-70, J. A. 8-1970-331; sala A, 12-7-62, J. A. 1962-V-365.

645. El objeto de la cesión no constituye una *universitas iuris*

Algunos autores —como López de Zavalía, Zannoni²⁸—, influenciados por la concepción de la herencia como *universitas iuris*, afirman que el contrato de cesión de herencia tiene por objeto una universalidad jurídica, y no los bienes o derechos en particular (*ut singuli*). No dudamos de que el contrato de cesión de la herencia tiene por objeto el conjunto de los bienes que el heredero único recibió por herencia o la cuota que le corresponda en esos bienes a uno de los coherederos, sin consideración al contenido particular de los bienes que integran la herencia o la cuota, respectivamente. Pero de ahí a decir que ese conjunto indeterminado de bienes constituye una *universitas iuris*, hay mucha distancia²⁹.

El pensamiento de estos autores parte de la idea de considerar la herencia como una *universitas iuris*, pensamiento que a su vez se basa en la teoría del patrimonio *universitas iuris*, formulada en el Derecho francés por Zachariæ y desarrollada por Aubry y Rau³⁰. Supone la idea de considerar la herencia como un ente abstracto ideal, independiente de los elementos reales que la componen. Su crítica fundada la hicimos en el número 79, donde concluimos que la herencia no constituye un ente abstracto, una entidad orgánica objeto de derecho. El heredero no adquiere, además de los derechos que componen la herencia, un derecho distinto sobre la herencia misma. En verdad, el heredero recibe un conjunto indeterminado de bienes o, si se quiere, una serie de relaciones jurídicas de carácter patrimonial, a cuyo traspaso la ley liga, como efecto anexo, la asunción de las deudas³¹.

²⁸ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos. Parte especial*, Buenos Aires, 1976, t. I, p. 641; ZANNONI, *ob. cit.*, p. 574.

²⁹ Messineo, el defensor por excelencia de la herencia *universitas iuris*, considera que esa *universitas iuris* no se da en la cesión de herencia. "No en todos los sentidos ni a todos los respectos —dice— debe considerarse la herencia como *universitas iuris*, así ocurre en la donación de herencia, en la cesión de herencia, en el usufructo de herencia y similares. En tales casos —agrega— la herencia se considera como una suma de elementos patrimoniales, que en realidad se resuelve en tantas relaciones cuantos son los elementos que en el caso concreto la componen" (*ob. cit.*, t. VII, p. 28).

³⁰ *Manuel de Droit français cit.*, 4ª ed., t. VI, p. 22.

³¹ CICU, *Derecho de Sucesiones cit.*, p. 25.

El nuevo Código, al haber derogado el artículo 3281 del Código de Vélez que consideraba como objeto de la herencia un todo ideal sin consideración a su contenido especial, ha perdido vigencia este concepto de la herencia como *universitas iuris*. Cuando el Código vigente habla de la universalidad de la herencia se refiere a la totalidad de los bienes que la conforman; ya no se puede hablar de un ente abstracto distinto de los objetos que lo componen.

Si la herencia no es una *universitas*, tampoco la cesión de la herencia puede tener por objeto una *universitas iuris*. Aunque se admitiera el traspaso *mortis causa* de la *universitas iuris* herencia, es muy distinto el traspaso *inter vivos* que el heredero cedente le hace al cesionario.

Si el objeto del contrato fuese una *universitas iuris*, de la misma manera que el traspaso al heredero lo hace a éste responsable de las deudas, el traspaso a su vez al cesionario debería liberar al cedente³². Pero, ya hemos visto que no es así, pues el cedente—ante los acreedores de la herencia— sigue estando obligado.

El contrato de cesión comprende una serie de actos de finalidad traslativa, conforme a los diferentes bienes que componen su objeto, tomados éstos en forma global, como formando un conjunto. El título abarca la totalidad de esos bienes. Hay, si se quiere, una universalidad de hecho, con el único punto común de pertenecer al heredero y formar parte del contrato, pero no una *universitas iuris*. Zachariæ, de quien nuestro Codificador ha tomado los artículos que definen al sucesor universal y particular, es expreso cuando trata la cesión de la herencia, que la califica como *universitas facti*. Fornieles igualmente la califica de universalidad de hecho³³.

³² Messineo (*L' eredità ed il su carattere di universum ius*, en *Rivista Diritto Civile*, 1941, p. 363), trata de salvar esta objeción diciendo que el heredero sigue respondiendo por las deudas como consecuencia de la intrasmisibilidad de su calidad de heredero. Con razón, Fedele (*La compravendita dell'heredità*, Turín, 1967, p. 34) pone de relieve la falta de lógica de esta explicación, que sólo se utiliza para explicar el lado pasivo del fenómeno y no el activo; en otras palabras, de la misma manera que las deudas siguen teniendo como titular al heredero, así también debería ocurrir con los bienes; pero no es así, pues éstos, a diferencia de las deudas, salen definitivamente del patrimonio del heredero.

³³ FORNIELES, ob. cit., t. II, N° 442.

646. El cesionario no es un sucesor universal

Borda expresa que “algún autor ha sostenido que el cesionario es un sucesor universal; pero tal opinión no resiste el análisis”³⁴.

Los autores que sostienen que el cesionario es un sucesor universal tergiversan, a nuestro juicio, los textos legales y el significado de las instituciones. López de Zavalía³⁵ cambió el sentido del artículo 3263 (hoy art. 400) que disponía que “El sucesor universal, es aquél a quien pasa todo, o una parte alícuota del patrimonio de otra persona...” El contenido del artículo 400 es igual al del artículo 3283. Para el autor el cesionario es sucesor universal, pues éste recibe esa porción que ha dejado el “causante”. Pero el artículo se refiere al que recibe el todo o una parte alícuota del “cedente”. Con razón expresan Hernández y Ugarte³⁶ que hay un obstáculo muy serio para admitir la tesis de López de Zavalía, y es el de referir “el todo o la parte alícuota del patrimonio de otra persona” a alguien distinto del cedente. Zannoni³⁷ también sostiene que el cesionario es un sucesor universal, por considerar que subentra en el carácter de sucesor universal respecto del objeto cedido. Pero, de conformidad con lo que sostiene la doctrina moderna —que tiene su origen en el Derecho Romano—, el fenómeno de subentrar en la posición jurídica de otra persona es propio del heredero respecto del causante.

Esta posición de considerar al cesionario como sucesor universal era minoritaria en nuestra doctrina³⁸.

La sucesión universal del heredero responde a una exigencia social. La de poner en el lugar del difunto a una persona que continúe las relaciones jurídicas de éste. Sin ese subingreso del heredero en las relaciones jurídicas del causante, los derechos del difunto quedarían sin titular, y las obligaciones sin sujeto obligado, lo cual provocaría una verdadera anarquía jurídico-social. La figura del heredero la evita, al subrogarse en los derechos del causante y asumir sus obligaciones

³⁴ *Sucesiones* cit., t. I, N° 756.

³⁵ LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., p. 653.

³⁶ MAFFÍA, *Tratado de las sucesiones*, Buenos Aires, 2010, t. I, p. 432.

³⁷ ZANNONI, ob. cit., p. 573.

³⁸ RÉBORA, ob. cit., t. I, p. 7; LLERENA, ob. cit., t. IX, art. 3263, y los citados López de Zavalía y Zannoni.

como si fueran propias. En cambio, la enajenación de la herencia por parte del heredero no puede provocar, en favor del cesionario, una adquisición de derechos y obligaciones como la adquisición realizada por el heredero. Prueba evidente de ello es que el heredero cedente sigue respondiendo personalmente por las obligaciones del causante frente a los acreedores, mientras éstos no consientan la sustitución del obligado.

La nota al artículo 3280 del Código de Vélez decía expresamente que: "no hay, pues, sucesión universal por contratos". La idea del Codificador no hace más que corroborar la tradición milenaria de la inexistencia de la sucesión universal por contrato, al haber desaparecido las formas romanas de la *adrogatio* y la *conventium in manu*.

Consecuentemente, el cesionario no es un sucesor universal³⁹.

El cesionario no es sucesor universal "del heredero" porque el cedente no trasfiere todo su patrimonio, ni una parte alícuota de él. El artículo 400 del nuevo Código dice expresamente que "el sucesor universal es el que recibe todo o una parte alícuota del patrimonio de otro".

Observemos que el carácter de sucesor universal está dado por el hecho de que el trasferente transmite el todo o una parte alícuota de su patrimonio. La universalidad de la adquisición se refiere a la universalidad del patrimonio de quien trasfiere. En el contrato de cesión de herencia sólo se trasfiere el conjunto de derechos recibidos de la sucesión, sin relación con el total o con la parte alícuota del patrimonio del cedente. Incluso, en esa cesión las deudas, desde el punto de vista de los acreedores del causante, no pasan al cesionario si dichos acreedores no aceptan al nuevo deudor.

³⁹ Según Zannoni (ob. cit., t. I, p. 378) los que sostienen que el cesionario no es un sucesor universal, confunden el "objeto" con la "causa" de la sucesión. No hay ninguna confusión: en nuestro Derecho, como en la mayoría de los Códigos modernos, no hay sucesión universal por contrato. Por ejemplo, no es válida la venta que una persona haga de su patrimonio o de una parte alícuota de él. La causa es el contrato, y no se permite que el objeto verse sobre una universalidad de bienes. En el contrato de cesión, el cedente no trasfiere su patrimonio ni una parte alícuota de él, sino lo que recibió por vía de herencia, con independencia de su patrimonio anterior; por eso no es un sucesor universal. ¿Dónde está la confusión del objeto con la causa?

El cesionario tampoco es sucesor universal "del causante". El causante transmite *mortis causa* la herencia al heredero, y éste le cede sus derechos al cesionario por medio de un contrato *inter vivos*. Si el cesionario subentrara en la posición jurídica del heredero, podríamos considerarlo sucesor del causante, puesto que el heredero a su vez subentra en la posición jurídica de ese causante. Pero esto no es así. El cesionario no se subroga en la posición jurídica del heredero, sino que adquiere un conjunto indeterminado de bienes de éste. El heredero conserva la calidad de tal, y frente a los acreedores sigue respondiendo por las deudas hereditarias. El traspaso de las deudas al cesionario no se produce frente a los acreedores, si éstos no lo consienten. En caso de consentir en la asunción de deudas, ellas nunca podrán exceder del valor de los bienes recibidos. No hay, pues, una subrogación en los derechos del heredero, que permitiría considerar al cesionario como sucesor (en ese caso, universal) del causante.

647. El cesionario es un sucesor a título singular

Como hemos dicho, el cesionario no es sucesor del causante sino del heredero. A su vez el cesionario no es sucesor "a título universal" del heredero, porque el cedente no trasfiere todo su patrimonio ni una parte alcuota de él; trasfiere un conjunto de derechos particulares (art. 400). Además, en esa cesión, las deudas, desde el punto de vista de los acreedores, no pasan *ipso iure* al cesionario, sino que se requiere un acto de aceptación del acreedor.

Esta posición fue aceptada por la casi totalidad de la doctrina argentina⁴⁰ y por la jurisprudencia⁴¹.

En la doctrina española el criterio es unánime en este sentido. "A base de que el vendedor de la herencia responda de su calidad de heredero —dice Puig Brutau⁴²— el comprador realiza una adquisición

⁴⁰ SEGOVIA, ob. cit., t. II, art. 3265 de su numeración, nota 7; MACHADO, ob. cit., t. VIII, p. 261; FORNIELES, ob. cit., t. II, p. 442; SALAS, *Generalidades sobre la cesión de derechos hereditarios* cit., p. 447; HERNÁNDEZ y UGARTE, en MAFFÍA, ob. cit., t. I, p. 432; AZPIRI, *Derecho Sucesorio* cit., p. 314, etc.

⁴¹ CNCiv., sala D, 17-12-58, L. L. 94-98; SCJBA, 25-2-38, J. A. 62-263; CCCom. de Mercedes, sala II, 14-3-80, E. D. 84-457.

⁴² PUIG BRUTAU, ob. cit., p. 387.

a título particular". En sentido similar, Lacruz⁴³ considera que el cesionario es un simple receptor de bienes y asumente de deudas —cumulativo— y nada tiene que ver su situación con la de un sucesor universal del causante.

648. Único heredero que cede toda la herencia: el contrato de cesión no trasmite instantáneamente los bienes

Algunos autores⁴⁴, sin distinguir entre el caso de heredero único cedente y el de coheredero cedente, afirman que el contrato de cesión de derechos hereditarios es un contrato traslativo, que produce la transferencia de los bienes que componen la herencia en forma instantánea, sin necesidad de cumplir con los modos de adquisición.

Esta posición está influida por la doctrina y la legislación francesas. Los autores franceses que estudian la cesión de la herencia como una modalidad del contrato de compraventa, la denominan "venta de la herencia". Para comprender el alcance de ese instituto en el Derecho francés, hay que pensarlo dentro del contexto de la legislación francesa. El Código francés (art. 1583), innovando respecto del carácter meramente consensual de la venta en su Derecho Histórico, considera la venta como un contrato consensual y traslativo de dominio; en otras palabras, como un contrato que produce la transferencia instantáneamente, sin necesidad de cumplir la tradición. El contrato de venta en ese Código no sólo es efectuado con el consentimiento, sino que le basta con él para transmitir la propiedad de las cosas.

Aplicando estos principios a la venta de la herencia, surge como consecuencia inevitable que los bienes que contienen son transmitidos con el solo contrato. Aclaramos que la modificación francesa sólo alcanza a la tradición, quedando firmes los efectos propios de la inscripción inmobiliaria.

Pero este sistema no es aplicable a nuestro Derecho. El nuevo Código Civil y Comercial, al igual que el anterior, organiza la compraventa con arreglo al tipo meramente consensual (art. 1123), y lo mismo la permuta (art. 1172) y la donación (art. 1542). No podía ser de otro modo, ya

⁴³ LACRUZ, ob. cit., p. 440.

⁴⁴ López de Zavalía, Zannoni cits.

que nuestro Código parte del supuesto de que los contratos no son por sí solos modos de adquirir la propiedad, sino que necesitan el complemento de la tradición (art. 1892) o de inscripción constitutiva en algunos casos especiales (por ejemplo, automotores).

En nuestro Derecho, cuando se celebran contratos con el fin de transferir bienes, no se puede eludir el cumplimiento de los "modos" previstos en el nuevo Código para operar la transferencia. De lo contrario, se dejaría sin efecto por voluntad de las partes las normas inderogables de los modos de adquisición de los derechos reales. Sólo se podría admitir contratos con efectos de transmisión inmediata si la ley les otorgara esos efectos. Pero he aquí que no hay ley ni precepto alguno que en materia de transferencia de dominio derogue los modos de adquisición.

Por eso, el contrato de cesión de herencia, en cuanto comprende bienes, no puede producir la transferencia de dichos bienes, si no son cumplidos esos modos de adquisición, inderogables por tratarse de medios para crear derechos reales, cuyo número limita la ley.

Los autores españoles, incluso los que consideran que el cedente trasmite al cesionario una universalidad jurídica, aceptan estos complementos para que se produzca la enajenación. Roca Sastre⁴⁵, que sostiene que en la compraventa de la herencia se enajena una cosa universal, admite que falta para la efectiva transmisión "la realización, a guisa de complementarios, de los actos indispensables para que la enajenación sea perfecta y eficaz". Similarmente se expresa Guillón⁴⁶.

El heredero único cede la herencia recibida y los cesionarios adquieren esa herencia con las deudas a tenor del contrato de cesión. Como cesionarios podrán tomar la posesión de cada uno de los bienes hereditarios, cumpliéndose así la tradición. Si hay inmuebles o automotores tendrán que esperar la "adjudicación", que se podrá realizar en escritura pública individualizando cada bien o por adjudicación judicial. En ambos casos, el "título" sobre los bienes particulares lo dará la adjudicación en la que se deberá mencionar la cesión de la

⁴⁵ *Jurisprudencia registral* cit., t. VI, p. 12.

⁴⁶ *Ob. cit.*, p. 17.

herencia. Para adquirir la propiedad de cada bien particular se necesitará cumplir el "modo" que la ley designe (en caso de inmuebles, tradición e inscripción registral; en caso de automotores, inscripción en el Registro del Automotor, etc.). La adquisición de la propiedad sobre bienes particulares se producirá en el momento de cumplir los modos, si van precedidos de la adjudicación.

Lo mismo sucede en la cesión de cuotas que, en última instancia, terminará en la adquisición particular de los bienes.

649. El heredero único puede optar por la venta particular de los bienes

El heredero puede enajenar bienes de la sucesión; la enajenación será válida, pero el enajenante responderá con sus propios bienes, por el pago de las deudas del causante, excepto que el acto sea conveniente y el precio obtenido ingrese a la masa (art. 2321, inc. d).

El heredero puede realizar la venta de cada uno de los bienes heredados, en un solo acto o en actos sucesivos; su responsabilidad alcanzará a sus propios bienes, pero esas ventas serán válidas. Los acreedores del causante se podrán dirigir contra los bienes particulares, pero quedarán a salvo de esa acción los compradores. Obviamente para adquirir la propiedad de los bienes se tendrán que cumplir los modos de adquisición como cualquier venta.

Pensamos que si se hubiera presentado algún acreedor en el expediente sucesorio, no se podrán vender los bienes sin satisfacer al acreedor. Si la venta versa sobre un inmueble, el notario no podrá extender la escritura pública de venta sin cumplir ese requisito.

650. Varios herederos: transmisión inmediata de la cuota. No se transmiten instantáneamente los bienes particulares

De igual modo que el heredero único puede ceder la totalidad de la herencia, el coheredero puede ceder la cuota que le corresponde en la herencia. Aquí tampoco se cede la cualidad de heredero, que es personalísima, sino el derecho a la cuota correspondiente. De ahí que se pueda decir que el cedente no transmite todo lo que constituye su

posición jurídica de heredero, sino exclusivamente la participación en la comunidad.

El cesionario es un comunero más, cotitular de las cosas hereditarias en conjunto y deudor de las deudas hereditarias frente al cedente en la parte proporcional⁴⁷. Como tal se coloca en situación de aprovechar y ejercer directamente cuantos derechos y facultades transmisibles correspondiesen al coheredero mismo en el patrimonio relicto, sin que la cesión transfiera al cesionario la cualidad de heredero⁴⁸.

Puede iniciar el juicio sucesorio⁴⁹. Está facultado para instar los procedimientos sucesorios y pedir la partición e impugnarla en cuanto le perjudique⁵⁰. Puede, en fin, solicitar todas las medidas relativas a la vigilancia de sus intereses y que puedan suplir las omisiones o negligencias de los herederos⁵¹.

La particularidad de la cesión de la cuota por parte de un coheredero se encuentra principalmente en el modo de transmisión. En la cesión de la herencia por parte del heredero único se requieren actos apropiados para que se efectivice la enajenación; estos actos, que actúan a modo de complemento, varían según la naturaleza de los bienes concretos cedidos (cosas muebles, muebles registrables, inmuebles, etc.). Al contrario, en la venta de la cuota hereditaria no hay necesidad de realizar dichos actos⁵².

La cuota hereditaria presupone una herencia en comunidad, cuya cuota se refleja solamente sobre el patrimonio hereditario en sí, pero

⁴⁷ La cuota no se proyecta sobre cada una de las cosas singulares que integran la herencia, sino sobre el patrimonio hereditario en sí.

⁴⁸ En el mismo sentido, Binder (ob. cit., p. 287), dice que la venta de cuota hace ingresar al adquirente en la comunidad hereditaria sin conferirle la cualidad de heredero; LACRUZ, ob. cit., p. 448.

⁴⁹ L. L. 9-275.

⁵⁰ L. L. 27-275.

⁵¹ J. A. 1959-1-268; L. L. 6-526; L. L. 26-346; etc.

⁵² GULLÓN, *La venta de la herencia* cit., p. 12; ROCA SASTRE, *Problemas de la venta de la herencia*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. VII, p. 669; FERRANDIS VILELLA, *La comunidad hereditaria* cit., p. III; LACRUZ, ob. cit., p. 450; en sentido similar: KIPP, *Derecho de Sucesiones* cit., trad. de Pérez González y Alguer, p. 129. En nuestro Derecho, FORNIELES, ob. cit., t. II, N° 450; etc.

no se proyecta sobre cada una de las cosas singulares que lo integran. De ahí que para adquirir la cuota no se necesite ninguno de los modos de adquisición que la legislación requiere para las cosas particulares. El contrato de cesión por sí transmitirá la cuota en forma instantánea, precisamente por la particularidad del objeto transmitido, la cuota, o sea, el derecho que al enajenante corresponde en la comunidad, que no requiere de ningún complemento.

Esta forma de la enajenación instantánea de la participación hereditaria que produce el contrato de cesión de una cuota, no excluye la necesidad de la tradición en el modo que sea posible para entrar en el uso y disfrute compartido de los bienes hereditarios. Es más, los coherederos estarán obligados a permitir ese uso y disfrute al nuevo cesionario, pues dicho cesionario —como hemos dicho— no es un mero acreedor, sino un comunero al igual que los demás herederos.

Pero esa tradición no es un requisito necesario para obtener la titularidad (o si se quiere la propiedad) de la cuota, con todas las correspondientes consecuencias de uso, goce, etcétera, sino una consecuencia de hecho de la titularidad misma⁵³.

Evidentemente que la cesión de la cuota por parte de un coheredero deberá ser conocida por los otros coherederos, para hacer posible el uso y goce común de los bienes hereditarios.

Pero ese conocimiento lo podrán obtener de cualquier forma, siendo una de ellas la agregación de la escritura al expediente⁵⁴.

La transmisión inmediata de la cuota perfecciona el contrato de cesión. Pero eso no quiere decir que dicho contrato transmita por sí al cesionario los bienes particulares que componen la herencia. El cesionario obtendrá la propiedad particular de los bienes hereditarios cuando se produzca la "partición", que determina qué bienes le correspondieron. El "título" sobre los bienes particulares se lo dará la partición, fundándose en la cesión. Para adquirir la propiedad de cada

⁵³ La posición de Lacruz en este sentido no es clara, pues parece exigir la tradición, sin aclarar bien su significado (p. 450).

⁵⁴ Fornieles (ob. cit., N^o 450), parece exigir la presentación de la escritura en el sucesorio. Como requisito para que la adquisición de la cuota tenga lugar, posición que nos resulta inadmisibles. Esa notificación no hace las veces de tradición; lo que ocurre es que la tradición no se necesita.

bien se necesitará completar con el "modo" que la ley establezca: cosas muebles, la tradición; cosas inmuebles, la tradición para transmitir el dominio entre partes y la inscripción registral para producir efectos frente a terceros; en materia de automotores, la inscripción registral (que sustituya la tradición).

651. Cesión parcial

La cesión parcial de derechos hereditarios implica que el cedente —sea heredero único o coheredero— no enajena más que una parte alícuota de los derechos que le pertenecen en la sucesión.

Aquí se crea una comunidad entre el cedente y el cesionario (si el cedente es heredero único) o entre el cedente, el cesionario y los demás coherederos (si existen varios herederos), a la cual es aplicable todo lo dicho en el número anterior sobre la cesión de una cuota de la herencia.

Una jurisprudencia equivocada consideró como acreedor al cesionario parcial, dándole únicamente el derecho que le asiste a todo acreedor para activar los trámites cuando haya negligencia del coheredero⁵⁵. El cesionario, aunque sea parciario, forma parte de la comunidad hereditaria, y como tal puede gozar de los bienes sucesorios en común con los herederos; interviene en el juicio sucesorio; puede pedir la partición e impugnarla; etcétera.

652. Diferencias con otros contratos

La cesión de la herencia es un contrato autónomo que no cabe confundir con otros con los cuales guarda algunas semejanzas.

En efecto, ya hemos dicho que la cesión de la herencia es un contrato consensual de finalidad traslativa, cuyo objeto está formado por un complejo indeterminado de bienes, unidos por el lazo común de haberlos recibido el cedente de una sucesión. En ese complejo de bienes o universalidad de hecho pueden existir bienes inmuebles, muebles registrables, muebles no registrables, derechos de autor, créditos.

La complejidad y la indeterminación que componen su objeto acen-

⁵⁵ J. A. 45-578; 58-129; etc.

tuado por la indeterminación de las deudas que componen su objeto, es la nota básica que sirve para diferenciar el contrato de cesión de herencia de otros contratos referentes a bienes particulares. Trazaremos las diferencias con los contratos más significativos: la compraventa y la cesión de créditos.

A) *Con la compraventa.* El artículo 1123 establece que "Hay compraventa si una de las partes se obliga a transferir la propiedad de una cosa y la otra a pagar un precio en dinero".

Cuando el contrato de cesión de herencia se hace por un precio no cabe confundirlo con la compraventa, por la complejidad e indeterminación del objeto que tiene el primero y por la asunción de las deudas por parte del cesionario. Para que haya venta no basta la individualización de la cosa a transferir, sino que ésta debe quedar al margen de las deudas y cargas que gravan los bienes hereditarios, situación que se consigue normalmente por la adjudicación. El desarrollo de esta idea nos permite llegar a las siguientes conclusiones:

1) En el caso de existir un solo heredero, aunque la adjudicación no pone fin a la comunidad hereditaria —que no existió—, presupone la correspondiente liquidación del haber hereditario, y la enajenación efectuada después de la adjudicación por precio de un bien, será venta, y no cesión de derechos hereditarios.

2) En caso de existir varios herederos, la adjudicación y la consiguiente aprobación de la cuenta particionaria pone fin a la comunidad hereditaria. La enajenación por precio que se haga de un bien comprendido en la hijuela de alguno de los herederos, será venta, y no cesión de derechos.

Si se trata de un inmueble, en principio se requerirá la inscripción a nombre del heredero, una vez aprobadas las operaciones particionales. Pero no hay inconveniente en hacer la correspondiente escritura de venta al tercero sin necesidad de inscribir previamente el inmueble a nombre del heredero, en virtud de lo dispuesto en el artículo 16, inciso b, de la ley 17.801. En ese caso la escritura debe contener la transferencia del causante al heredero y la de éste al comprador, permitiéndose inscribir ambas operaciones en un solo asiento registral (tracto sucesivo

abreviado). No es necesario inscribir la declaratoria de herederos en el Registro.

3) Si sólo existe un heredero, la enajenación de la herencia por dinero antes de la adjudicación, será cesión de herencia. Aunque aquí la adjudicación no sirve para poner fin a la comunidad hereditaria, cumple la función de fijar el activo líquido.

4) En el supuesto de existir varios herederos de los cuales uno enajena su "cuota" antes de la adjudicación, constituirá una cesión de derechos hereditarios.

Tratándose de inmuebles, esas cesiones serán tales aunque exista declaratoria de herederos, incluso aunque esa declaratoria (o auto de aprobación de testamento) se inscriba en el Registro Inmobiliario. La inscripción de la declaratoria de herederos sobre determinados bienes, efectuada por orden judicial, no hace cesar la comunidad hereditaria. En esa etapa procesal no es posible sustraer bienes a la comunidad, sin cumplir el proceso de liquidación que culmina en la adjudicación. Aun cuando todos los herederos soliciten inscribir en condominio determinados bienes mediante la anotación registral de la declaratoria de herederos, esa inscripción no hará nacer el condominio.

5) Puede suceder que sea necesario enajenar bienes antes de la partición, por ejemplo, para pagar deudas hereditarias. Tales actos enajenativos requieren el acuerdo unánime de los herederos o, en su defecto, la autorización judicial (art. 2353, párr. 2º). Esos actos son verdaderas ventas, y no cesiones de derechos. Pensamos, incluso, que cuando se solicita la venta para pagar con su producido deudas del causante, es estrictamente un acto de administración y el juez puede dar su venia aunque se oponga algún heredero.

Tratándose de inmuebles, el bien saldrá del caudal hereditario mediante la correspondiente escritura pública, que se inscribirá a nombre del comprador, sin necesidad de registrar previamente la declaratoria de herederos; todo ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 16, inciso a, de la ley 17.801. En la escritura debe constar la transferencia del causante a los herederos y de éstos al tercero. En el Registro ambas transferencias se harán constar en un mismo asiento, por aplicación del tracto abreviado.

6) Los herederos, de común acuerdo, pueden enajenar bienes concretos antes de la partición sin autorización judicial. En ese caso perderán la responsabilidad limitada, pero la enajenación será válida (art. 2321). Estos actos son ventas —si ha mediado precio— y no cesiones de derechos.

7) El heredero único puede enajenar bienes concretos antes de la adjudicación. En tal supuesto, el heredero enajenante perderá la responsabilidad limitada, pero habrá venta y ésta será válida.

B) *Con la cesión de créditos.* El artículo 1614 encabeza el contrato de cesión de derechos, entre los cuales se encuentra la cesión de créditos.

No cabe confundir la cesión de créditos con la cesión de la herencia, por la complejidad e indeterminación del objeto de la segunda. La cesión de la herencia puede contener, entre los bienes que forman su contenido, créditos. Por esa circunstancia, no se puede confundir uno y otro contrato.

No obstante estas ideas tan elementales, se ha querido asimilar el contrato de cesión de herencia, con toda la complejidad de su objeto, con el de cesión de créditos, afirmando que en el primero hay un cedente, un cesionario y un deudor cedido, que sería la sucesión⁵⁶.

Tal afirmación es insostenible: el heredero no reviste el carácter de acreedor frente a la sucesión. Como dice Salas⁵⁷, considerar a la sucesión como deudor cedido es desnaturalizar y bastardear los conceptos sin aclarar nada.

653. La cesión de la herencia no hace perder la responsabilidad limitada

El nuevo Código Civil y Comercial, al regular el contrato de cesión de herencia, no ha determinado si tal cesión lleva consigo la pérdida de la responsabilidad limitada. Entendemos que no.

Cuando se cede la herencia, el objeto cedido es completamente del cedente. Si hay un único heredero y cede a un tercero toda la

⁵⁶ CApel. de Tucumán, 16-7-27, J. A. 25-785.

⁵⁷ SALAS, ob. cit., N° 3.

herencia recibida, como la herencia es exclusivamente suya, no cabe perjudicar a otros herederos. Cuando, habiendo varios herederos, uno de ellos cede la cuota de la herencia que recibe del causante, no les afecta a los otros coherederos esa cesión, porque lo que trasmite el cedente es su cuota hereditaria, que es exclusivamente suya.

Cabe preguntarse si la cesión de herencia puede perjudicar a los acreedores. No perjudica a los acreedores del causante porque esos acreedores pueden dirigirse contra el cedente, que permanece siendo deudor aun cuando haya efectuado la cesión. En cambio, sí perjudica a los acreedores del heredero, que sólo tienen como deudor al cedente. La forma para evitar el perjuicio es presentarse al juicio sucesorio y denunciar sus créditos a fin de ser pagados (art. 2356). En síntesis, la cesión de herencia no perjudica a los acreedores del causante, ni a los acreedores del heredero si éstos últimos se presentan al juicio denunciando su crédito, circunstancia que impedirá la cesión hasta que el crédito sea pagado.

La cesión tiene por objeto un conjunto indeterminado de bienes y derechos, y no bienes concretos. El nuevo Código establece medidas de protección en el período de administración extrajudicial: Los actos de disposición (y de administración) requieren el consentimiento de todos los coherederos (art. 2325). También establece medidas de protección en el período de administración judicial. Los actos de enajenación requieren el consentimiento unánime de los herederos o, en su defecto, autorización judicial (art. 2353).

Estos artículos no son aplicables a la cesión de herencia, por ser diferente el objeto de la enajenación.

Por último, el artículo 2321, inciso d, del nuevo Código determina que "Responde con sus propios bienes por el pago de las deudas del causante y cargas de la herencia, el heredero que [...] enajena bienes de la sucesión, excepto que el acto sea conveniente y el precio obtenido ingrese a la masa". El artículo es de la mayor trascendencia, pues en la terminología del Código Civil y Comercial y de casi todos los Códigos modernos implica la pérdida del beneficio de inventario, en cuyo caso la responsabilidad del heredero se torna ilimitada, respondiendo con sus propios bienes.

Consideramos inaplicable esta norma a la cesión de derechos he-

reditarios, porque el artículo, junto con los artículos 2325 y 2353, se refiere a la enajenación de bienes concretos. Para evitar la responsabilidad ilimitada que implica esa enajenación, se tiene que efectuar con la conformidad de todos los herederos. El precepto contenido en el artículo 2321 es aplicable a los actos de enajenación de bienes concretos de la herencia, siempre que haya mediado conformidad de todos los herederos (arts. 2325 y 2353).

La cesión de la herencia se puede hacer libremente en el caso de heredero único y también en el supuesto de que habiendo varios herederos, uno de ellos ceda su cuota hereditaria. El contrato de cesión no transforma la responsabilidad limitada del heredero cedente en una responsabilidad ilimitada que le obligue a responder con sus propios bienes.

654. La intervención del cesionario en el juicio sucesorio

El heredero único puede ceder en el contrato de cesión la totalidad de la herencia que le correspondió del causante; el coheredero puede ceder también la cuota que le correspondió.

En ambos casos el cesionario puede iniciar el juicio sucesorio e intervenir en él por formar parte de la comunidad hereditaria.

Pero el cesionario puede recibir sólo una cuota de lo que le corresponde al heredero único cedente, y también puede recibir una cuota dentro de la cuota que le correspondió al coheredero cedente. Se dice entonces que hay una cesión parcial. En ambos supuestos, también el cesionario forma parte de la comunidad hereditaria y como tal puede iniciar el juicio sucesorio e intervenir en él.

Sin embargo, existen fallos que consideraban que el cesionario parcial es un simple acreedor, y por eso no forma parte de la comunidad hereditaria⁵⁸. Se invocaba para apoyar esta posición razones de orden procesal, que evitan conflictos entre el heredero y los cesionarios parciales. Para nosotros el cesionario parcial forma parte de la comunidad hereditaria lo mismo que el cesionario total, y por eso está legitimado para iniciar e intervenir en el proceso sucesorio.

⁵⁸ CNCiv., sala B, 28-7-58, J. A. 1959-I-268; CCiv. 2º Cap., 5-4-33, L. L. 6-192.

655. Cesión de la cuota en la indivisión postcomunitaria

La indivisión postcomunitaria se produce —en lo referente al Derecho Sucesorio— por muerte de uno de los cónyuges. El tema adquiere especial interés cuando al morir uno de los cónyuges, le suceden sus hijos y el cónyuge sobreviviente. Según el artículo 481, a la indivisión postcomunitaria se aplican las reglas de la indivisión de la herencia.

El cónyuge puede ceder los derechos que le correspondan en la indivisión postcomunitaria, que acaece por la muerte del otro cónyuge. Igualmente los hijos pueden ceder sus derechos en la indivisión postcomunitaria. El artículo 2308 dice al respecto: "*Indivisión postcomunitaria*. Las disposiciones de este Título se aplican a la cesión de los derechos que corresponden a un cónyuge en la indivisión postcomunitaria que acaece por muerte del otro cónyuge". Aunque la norma sólo se refiere a la cesión de los derechos que corresponden al cónyuge supérstite, resulta evidente que los hijos también pueden ceder sus derechos hereditarios en esa indivisión. En todo caso, a esta cesión de las cuotas se le aplicarán las normas referentes a la cesión de la herencia.

Por ejemplo: bajo un régimen de gananciales, muere sin testamento uno de los cónyuges, dejando dos hijos de ambos y bienes por un valor de 120. La mitad de esos bienes (60) son gananciales que corresponden como socio al cónyuge sobreviviente. La otra mitad (60) se divide en tres partes iguales, que irán a cada hijo 20 (en total 40) y al cónyuge 20 como heredero, más 60 como socio de la sociedad conyugal. Cualquiera de los hijos o el cónyuge podrán ceder la herencia que le corresponda; pero si el cónyuge quiere ceder su herencia y la parte que le corresponde como socio, debe indicarlo especialmente.

656. La cesión y el efecto declarativo de la partición

El supuesto a analizar tiene lugar cuando hay varios coherederos y uno de ellos cede la cuota hereditaria a un tercero. La partición presupone la existencia de varios herederos, pues ella pone fin al estado de comunidad entre ellos.

La partición en nuestro Derecho tiene carácter declarativo: se presume que cada heredero ha sido siempre propietario único de los bienes

que le han correspondido en la partición y que nunca ha tenido la propiedad de los demás bienes de la sucesión (art. 2403).

Consecuentemente, los copartícipes no son causahabientes uno de otro en cuanto a los bienes incluidos en sus respectivos lotes sino que lo son directamente del causante. La partición —dice Messineo⁵⁹— no es causa de la adquisición de los bienes que correspondieron al coheredero, pues la adquisición ha tenido lugar antes, mediante el llamamiento. Si hay una cesión de derechos hereditarios efectuada por uno de los coherederos, el cesionario adquiere la cuota que le correspondió al cedente en la herencia mediante el contrato de cesión, que es un acto entre vivos. En virtud de ese contrato —según venimos sosteniendo— el cesionario adquiere instantáneamente la “cuota” hereditaria que el cedente tenía en la herencia. La adquisición del cesionario es muy diferente a la adquisición del heredero; el fundamento de su adquisición es el contrato. Después vendrá la partición y en ella se conocerán los bienes concretos que le hubieran correspondido al cedente y que en virtud del contrato de cesión son ahora del cesionario. La partición —fundada en la cesión— servirá para determinar los bienes concretos que le han correspondido; por eso hablamos de la cesión-partición. Después de la partición se cumplirán los “modos” de adquisición del dominio de los bienes particulares.

Cabe preguntarse si operan respecto del cesionario los efectos declarativos de la partición.

El artículo 2403, párrafo 2º dispone que “Igual solución (efecto declarativo) se entiende respecto de los bienes atribuidos por cualquier otro acto que ha tenido por efecto hacer cesar la indivisión totalmente...” Si ese acto es una cesión de derechos hereditarios a favor del otro heredero (caso en que en la sucesión sólo haya dos herederos), el acto de cesión hace cesar la indivisión, porque la totalidad de la herencia va a quedar en poder exclusivo del heredero cesionario. En ese caso la cesión va a tener efectos declarativos y retroactivos al momento de la muerte del causante. Todo ello en coordinación con lo que dispone el mismo artículo en su párrafo primero, según vimos en el número 495.

No vemos inconveniente de aplicar el mismo efecto cuando hay

⁵⁹ MESSINEO, ob. cit., t. VII, p. 381.

más de dos herederos y una cesión de uno a otro, viendo en ésta una forma de hacer cesar la indivisión parcialmente respecto de ciertos herederos, a la que se refiere, con bastante oscuridad, la última parte del párrafo 2º: "o de manera parcial sólo respecto a ciertos bienes o a ciertos herederos".

657. Cesión efectuada por el heredero de parte alícuota

El caso típico se da cuando una persona realiza un testamento distribuyendo sus bienes en partes alícuotas. Por ejemplo: si un causante (sin herederos forzosos) deja su herencia a sus tres hermanos, dándole a A un medio de sus bienes, a B un cuarto de sus bienes y a C el otro cuarto.

El heredero de cuota es un sucesor universal porque recibe una parte alícuota del patrimonio del causante (arts. 2278 y 400), y forma parte de la comunidad hereditaria.

Puede ceder su cuota mediante el contrato de cesión de derechos hereditarios. En ese caso el cedente cedería en favor del cesionario la cuota que le correspondió en el caudal hereditario. Lo dicho es aplicable a los legatarios de cuotas, si se acepta esta figura jurídica en el nuevo ordenamiento civil.

Lo expuesto no es aplicable a los legados particulares, sean o no de cosa cierta, porque en esos casos no se dará la indeterminación del contenido del contrato (con las deudas incluidas) propia del contrato de cesión de derechos hereditarios.

658. La cesión y el certificado registral

Cabe preguntarse si el notario que va a efectuar la escritura de cesión de herencia, debe pedir el certificado registral en el Registro de la Propiedad.

Ante todo conviene aclarar que el contrato de cesión, en principio, no determina los bienes que comprende la cesión. Ya hemos dicho que es típico de este contrato la indeterminación del objeto. Pero esto no quiere decir que no puedan determinarse bienes. Si entre esos bienes hay inmuebles y éstos están determinados debidamente, pensamos que

el notario, antes de autorizar la escritura de cesión, debe solicitar el certificado registral al que se refiere el artículo 23 de la ley 17.801.

Este artículo impone al notario, antes de autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o "cesión de derechos reales sobre inmuebles" solicitar el certificado registral en el que conste el estado jurídico del bien y de las personas según las constancias registradas. En esa certificación se hará constar si el cedente está inhabilitado.

Puede suceder que el juicio sucesorio no se haya iniciado o que se haya iniciado y en él no se haya inscripto la declaratoria de herederos (o de aprobación del testamento) o que se haya inscripto. En nuestra opinión, existiendo bienes inmuebles determinados en el contrato de cesión, siempre debe solicitar el certificado registral.

Cuando existe juicio sucesorio, el notario, antes de extender la escritura pública de cesión, debe consultar el expediente sucesorio, y si en él existen embargos de derechos hereditarios, no debe autorizar la escritura de cesión. Es similar a lo dicho cuando los herederos, de común acuerdo, venden algún bien de la sucesión: aquí bastará la presentación de acreedores en la sucesión para negar la escritura pública de venta hasta tanto no se cancelen las acreencias.

659. Desde cuándo se puede ceder la herencia

La cesión de la herencia puede realizarse desde el momento del fallecimiento del causante de cuya cesión se trate.

El fallecimiento del causante y consiguiente apertura de la sucesión es trascendente, pues en nuestro Derecho están prohibidos los contratos sobre herencia futura (art. 2286), es decir, los contratos por los cuales una persona viva cede la herencia que le pueda corresponder en una sucesión aún no abierta. La prohibición abarca no sólo a la herencia sino a los objetos particulares que pudiera contener.

660. Hasta cuándo se puede ceder la herencia

El objeto indeterminado de la cesión de herencia hace que este contrato sólo se pueda llevar a cabo mientras subsista la indeterminación a la cual pone fin la "partición". Será, pues, el momento de la

aprobación de la partición el que marcará el límite en el tiempo para realizar el contrato de cesión de herencia.

Esto no es obstáculo para el supuesto de que exista un heredero único, en cuyo caso dicho heredero no tendrá la herencia en estado de indivisión. En la hipótesis de heredero único, el contrato de cesión no perderá sentido si los bienes se ceden indeterminadamente. Esa indeterminación también terminará con la "adjudicación" de todos los bienes al heredero único o a su cesionario, en su caso.

Una vez aprobada la adjudicación o la partición ya no se puede ceder la herencia. Si en el contrato de cesión se contempla la hipótesis de la posibilidad de aparición de nuevos bienes, la cesión de derechos hereditarios solamente sería viable en función de otra partición complementaria, de manera que en ese caso sería posible realizar válidamente el contrato sobre tales bienes hasta tanto llegue esa partición complementaria⁶⁰.

Después de la partición los bienes están individualizados. Por tanto, ya no cabe sino la venta, la permuta, la donación, la cesión de créditos, etcétera, pero no la cesión de herencia.

661. Momento en que se determina el contenido del patrimonio cedido

El contrato de cesión de herencia tiende a proporcionar al cesionario la misma posición que tendría si hubiera sido heredero. El artículo 2304, primera parte, establece, como principio, que el cesionario adquiere los mismos derechos que le correspondían al cedente de la herencia. Por eso, el momento regulador de la producción de los efectos del contrato es, a nuestro juicio, el de la apertura de la sucesión.

Ésta es la solución admitida en el Derecho Romano⁶¹ y seguida por la mayoría de la doctrina italiana y española⁶². Y es la que se adecua mejor al objeto cedido, que es la herencia o una parte alícuota de ella cuyo contenido no puede, en principio, ser otro que el que tuvo al momento de la apertura de la sucesión.

⁶⁰ En contra: LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., p. 653.

⁶¹ Digesto 18, 4, 2.

⁶² LACRUZ, *Anotaciones a BINDER*, ob. cit., p. 286.

Pero este enunciado general puede sufrir alteraciones, no sólo por establecerlo así la voluntad contraria de las partes, sino en atención a la buena fe contractual.

662. Casos especiales

Para comprender la aplicación del principio, con las adaptaciones correspondientes, analizaremos por separado los supuestos más caracterizados:

A) *Enajenaciones de bienes antes de la cesión.* Puede ocurrir que el heredero, en el lapso que media entre la apertura de la sucesión y la cesión, haya enajenado bienes sucesorios.

El artículo 2304, después de establecer el principio de que el cesionario adquiere los mismos derechos que correspondían al cedente en la herencia, agrega que "asimismo, tiene derecho a participar en el valor íntegro de los bienes que [...] se enajenaron..."

La doctrina, con mayor precisión, distingue según la enajenación se haya efectuado a título oneroso o gratuito:

a) *Enajenaciones a título oneroso.* De conformidad con el principio general que atiende al patrimonio hereditario al momento de la apertura de la sucesión, el cedente está obligado a reembolsar al cesionario el precio o la cosa que ha obtenido de la enajenación, según se trate de venta o permuta, respectivamente. Si el bien concreto no forma ya parte del patrimonio hereditario por haber sido enajenado por el heredero antes de la cesión, correspondé computar lo que ha entrado en su reemplazo. En caso de venta siempre será el precio, aunque el valor del bien salido del patrimonio hereditario fuese superior.

El reembolso del precio o de la cosa actúa en forma subsidiaria, pues deja a salvo cualquier manifestación en contrario que resulte del contrato.

Ésta es la solución que dieron las leyes romanas y que aceptaron los tratadistas franceses, apoyándose en el artículo 1697 del Código de Napoleón⁶³.

⁶³ DURANTON, *Cours*, t. XVI, § 522; LÓPEZ DE ZAVALÍA, *ob. cit.*, p. 657.

b) *Enajenaciones a título gratuito*. En estos supuestos, y también de conformidad con el principio general enunciado, el cedente debe al cesionario el valor de los bienes enajenados, pues disminuyó el patrimonio hereditario sin emplear su propio patrimonio, salvo naturalmente que se hubiese estipulado otra cosa en el contrato. Es también la solución que aplica en este supuesto la doctrina francesa, sin excepciones⁶⁴.

Admitiendo esa argumentación, algunos autores⁶⁵ formulan un distingo según que el cesionario haya tenido o no conocimiento de la enajenación. En el caso de que el cesionario conociera el acto de liberalidad con anterioridad a la celebración del contrato de cesión, el cedente debe quedar liberado de la obligación de restituir el valor de lo donado. No así, si no hubiere conocido el acto.

Esta solución, con base en la buena fe (art. 1198 del Código de Vélez), no es contradictoria —como dice López de Zavalía⁶⁶— con la dada en el caso de enajenación a título oneroso, pues cuando ésta es a título oneroso el cesionario que la conoce puede esperar que el precio obtenido entre en la herencia, en tanto que si dicha enajenación es a título gratuito el cesionario que la conoce, obrando de buena fe, no puede esperar nada que entre en la herencia en su reemplazo.

B) *Constitución de derechos reales que gravan bienes hereditarios*. El artículo 2304 agrega que el cesionario "...tiene derecho a participar en el valor íntegro de los bienes que se gravaron después de la apertura de la sucesión y antes de la cesión..."

Cuando se constituyan derechos reales gravando bienes singulares del acervo hereditario antes de la cesión, en principio se aplican las reglas expuestas para las enajenaciones. Estas normas, como dijimos, actúan subsidiariamente si las partes no estipulan otra solución.

Conviene aclarar que la validez de la constitución de tales derechos estará subordinada al resultado de la partición, y por tal eventualidad

⁶⁴ BAUDRY-LACANTINERIE, *Vente*, § 876.

⁶⁵ BORDA, *ob. cit.*, N° 777.

⁶⁶ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *ob. cit.*, p. 658.

será muy poco probable la constitución de esos derechos reales. El artículo 3504 del Código de Vélez se refería a la constitución de una hipoteca.

C) *Pérdidas y deterioros*. El artículo 2304 habla del derecho a participar en el valor íntegro de los bienes "que se consumieron", sin mencionar las pérdidas o deterioros. Las pérdidas de los bienes singulares hereditarios (como su consumición) y los deterioros que hubieren experimentado dichos bienes, los sufre el cedente, pues debe su valor al cesionario, salvo estipulación en contrario.

Pero aquí, como en materia de enajenaciones a título gratuito, se conjuga el principio con la circunstancia del conocimiento que el cesionario tuviera de dichas pérdidas o deterioros. En caso de que el cesionario los conociera, el cedente quedará liberado y el cesionario recibirá las cosas en el estado en que se hallen al tiempo de la cesión⁶⁷.

Ésta es la solución del Anteproyecto de Biliboni y del Proyecto de 1936 (art. 964), y que se puede aplicar al nuevo Código, pese a la falta de una articulación precisa y ordenada.

D) *Gastos y mejoras*. Si el patrimonio hereditario adquirido por el cesionario es el existente en el momento de la apertura de la sucesión, los gastos y mejoras introducidas por el heredero pertenecen al propio heredero, y no a la sucesión. En puridad de concepto, los gastos hechos por el cedente en las cosas hereditarias debiera pagarlos el cesionario.

El artículo 2381 del Código Civil alemán establece que el cesionario debe al cedente el reembolso de los gastos necesarios y aquellos que han aumentado el valor de la herencia.

Este principio puede aplicarse en nuestro Derecho, ya que de no ser así existiría un enriquecimiento de la herencia a costa del heredero. En el mismo sentido Fedele⁶⁸.

Se necesitará el pacto en contrario para que el cedente no tenga derecho a reclamar los gastos y mejoras. En la práctica la cuestión pierde valor,

⁶⁷ Conf.: BORDA, ob. cit., N° 771. López de Zavalía sostiene que las pérdidas y deterioros los sufre directamente el cesionario (p. 659).

⁶⁸ Ob. cit., p. 243. En contra: LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., p. 659; BORDA, ob. cit., N° 780.

porque dichas mejoras se tienen normalmente presentes al contratar, fijando el precio—cuando éste exista—acorde con el valor de ellas.

E) *Frutos*. Los frutos son parte de la cosa principal en tanto estén pendientes. Por eso el cedente debe entregar al cesionario los frutos “pendientes” que contengan los bienes hereditarios cedidos. Esta regla responde al principio general enunciado⁶⁹.

Pero el heredero cedente debe hacer suyos los frutos “percibidos” antes de la cesión, porque dichos frutos, independizados de la cosa principal, le pertenecen. Es la solución que prevé el artículo 2304, *in fine*, al considerar que no pertenecen al cesionario los frutos percibidos por el cedente. Los frutos no son cosas de la herencia, porque no existían en el momento de la apertura de la sucesión, y por tanto, le pertenecen al heredero cedente⁷⁰.

La distinción entre frutos percibidos y pendientes debe establecerse al momento de la cesión, y no de la tradición.

F) *Deudas y cargas*. El cesionario, de conformidad con el principio general, debe pagar las deudas hereditarias, incluso las ya satisfechas por el vendedor antes de la celebración de contrato⁷¹. Ésta es la solución del proyecto de 1936 (art. 966).

El cesionario responde también por las cargas de la herencia, por tratarse de gastos que redundan en su beneficio⁷².

El artículo 2307, párrafo 1º acepta esta solución. Dice así: “*Obligaciones del cesionario*. El cesionario debe reembolsar al cedente lo que éste pague por su parte en las deudas y cargas de la sucesión hasta la concurrencia del valor de la porción de la herencia recibida”.

En ambos supuestos es obvio que las partes pueden estipular otra cosa. Se puede excluir, por ejemplo, alguna deuda particular o algún gravamen en especial.

⁶⁹ Es aplicada en la doctrina francesa a toda clase de frutos, tanto los pendientes como los percibidos.

⁷⁰ Ob. cit., ps. 111 y ss.

⁷¹ GULLÓN, ob. cit., p. 18.

⁷² L. L. 36-661; 29-605; FORNIELES, ob. cit., N° 460; BORDA, ob. cit., N° 773; LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., p. 660.

G) *Honorarios e impuestos*. El cesionario debe responder por los honorarios particulares a cargo del heredero cedente, porque la labor profesional correspondiente beneficia al cesionario⁷³.

Los impuestos sucesorios deberán ser pagados igualmente por el cesionario, ya que es un gasto por la apertura de la sucesión y a causa de ella⁷⁴. Pero dicho gasto no constituye una deuda del difunto ni una carga creada por él. Obedece a la adquisición que ha realizado el heredero y de la cual obtiene un beneficio que se traspasa al cesionario con el contrato de cesión.

El artículo 2307, párrafo 2º dice en este sentido: "Las cargas particulares del cedente y los tributos que graven la transmisión hereditaria están a cargo del cesionario si están impagos al tiempo de la cesión".

No creemos que aquí tenga relevancia la circunstancia de que la cesión sea gratuita u onerosa, pues el pago del impuesto es totalmente ajeno a tal circunstancia⁷⁵. El Fisco, por otra parte, tiene un indudable derecho a cobrarlo al cesionario, puesto que se trata de una obligación que sigue a la cosa.

Tampoco creemos que pueda incidir sobre la persona obligada, el hecho de haber sido pagado o no el impuesto antes de la cesión⁷⁶.

Esas circunstancias —gratuidad y onerosidad, pago anterior o posterior a la cesión por el cedente— merecen tenerse en cuenta al redactar las cláusulas del contrato de cesión, pero ante el silencio de las partes el cesionario será el obligado al pago.

663. Supuesto de aumento de la porción hereditaria del cedente

El heredero cedente puede ver aumentada su porción hereditaria por diversas causas. Unas veces el aumento pasará al cesionario y otras quedará en la persona del cedente.

A) *Supuesto de aumento de la porción hereditaria del cedente que*

⁷³ FORNIELES, ob. cit., N° 461; BORDA, ob. cit., N° 773; LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., p. 660.

⁷⁴ RUBINO, *La compravendita*, Milano, 1952, p. 119.

⁷⁵ BORDA, ob. cit., N° 774.

⁷⁶ Así distingue LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., p. 660.

pasa al cesionario. Esta ventaja aparecerá comprendida en el contrato de cesión beneficiando al cesionario. El artículo 2303, párrafo 1º del nuevo Código expresa: "*Extensión y exclusiones.* La cesión de herencia comprende las ventajas que pueden resultar ulteriormente por colación, por la renuncia a disposiciones particulares del testamento o por la caducidad de éstas". Se incluyen en el artículo:

a) *Ventajas que pueden resultar, después de la cesión, por colación.* Se refiere a los mayores bienes que deba recibir el heredero cedente que no ha sido donatario. Es consecuencia de la imputación de la donación en la hijuela del donatario, dándole a éste menos bienes, y dándole más bienes a los demás herederos forzosos no donatarios. Todo ello con el fin de igualar las porciones de los herederos forzosos. Entendemos que la colación la puede reclamar el cesionario. Si en el contrato de cesión el cedente no trasfiere la acción de colación, ésta no podrá ejercerla el cesionario, y en ese caso tampoco la podrá ejercer el cedente para su beneficio, pues en la cesión transmitió todo el contenido patrimonial que le correspondió como heredero. Si la cesión es parcial, el heredero tendrá la acción de colación por la parte que no se dio.

Lo dicho se aplica a la acción de reducción que, en principio, la puede ejercer el cesionario no sólo contra el donatario sino contra herederos y legatarios que violen la legítima que le correspondió al cedente.

b) *Ventajas que pueden provenir de la renuncia a un legado.* En ese caso el legado aumentará la masa hereditaria, beneficiándose el heredero cedente.

c) *Ventajas provenientes de la caducidad de disposiciones testamentarias.* El caso típico es la premuerte de un heredero, sin descendientes que ocasionen el derecho de representación.

B) *Aumento de la porción hereditaria que quedará en la persona del cedente, excluyéndose de la cesión.* Podemos citar estos supuestos:

a) *Acrecentamiento en favor del coheredero cedente.* Materializado el acrecentamiento en favor de un coheredero con posterioridad a la cesión efectuada por dicho coheredero, como consecuencia de haber tenido lugar cualquiera de los presupuestos que ponen en juego el

acrecentamiento, cabe preguntarse si dicho acrecentamiento beneficia al cedente o al cesionario. El artículo 2303, párrafo 2º dice que la cesión “no comprende, excepto pacto en contrario: a) lo acrecido con posterioridad en razón de una causa diversa de las expresadas, como la renuncia o la exclusión de un coheredero”.

Pensamos que el fundamento ha de buscarse en el mismo derecho de acrecer. Dicho fundamento está, a nuestro juicio, en la presunta voluntad del causante, que sería beneficiar a los demás coherederos, si llegare a faltar alguno de los beneficiados. El acrecentamiento que recibe el heredero es un derecho vinculado a su calidad de heredero, calidad que permanece en él funcionando a modo de vocación hereditaria solamente dirigida a su titular. En estas circunstancias no corresponde beneficiar con el acrecentamiento al cesionario, sino que éste debe pertenecer al heredero cedente. Los autores del Derecho común eran favorables a la tesis del acrecentamiento, y la basaban en general —al igual que nosotros— en que tal derecho está vinculado a la calidad de heredero, el cual continúa siendo deudor pese a la cesión⁷⁷.

Recalcamos que el planteo sólo tiene validez para el supuesto en que la renuncia, indignidad, etcétera, hayan tenido lugar con posterioridad a la cesión. Cuando estos supuestos se han producido con anterioridad a la cesión, sean o no ignorados por el heredero cedente, el acrecentamiento beneficia al cesionario⁷⁸.

Ahora bien, las partes pueden pactar válidamente que el acrecentamiento posterior a la renuncia beneficie al cesionario, estableciendo cláusulas que digan, por ejemplo, que el heredero cede todos los derechos presentes o los futuros que le pudieran corresponder en la herencia, o a la inversa, que el acrecentamiento anterior beneficie exclusivamente al cedente y que no pase al cesionario.

b) *Supuesto de lo acrecido por causa desconocida al tiempo de la cesión.* El artículo 2303, inciso b, establece que la cesión no comprende: “lo acrecido anteriormente por causa desconocida al tiempo de la cesión”. No alcanzamos a comprender el supuesto de hecho que abarca, ni consecuentemente el porqué del precepto. No puede haber

⁷⁷ GULLÓN, ob. cit., p. 31.

⁷⁸ En contra: GULLÓN, ob. cit., p. 29.

mejoras introducidas por el cedente que a la vez sean desconocidas por él. Podrá haber donaciones efectuadas por el causante a favor de otros legitimarios que el cedente desconociera; el incremento vendría como consecuencia de pedir la colación al cesionario. Pero en ese caso lo acrecido no sería anterior a la cesión sino posterior a ella, y por eso no podría incluirse en este inciso, que apunta a lo acrecido anteriormente.

c) *Supuesto de adquisición de una cuota en carácter de sustituto.* Un problema análogo puede presentarse si el cedente llega a adquirir una cuota, por ser un sustituto vulgar, con posterioridad a la cesión.

Aunque el caso no está previsto en el Código, pensamos igualmente que la nueva cuota corresponderá al heredero cedente, porque se trata de una nueva adquisición como consecuencia de otra delación hereditaria.

d) *Supuesto de aparición de un testamento ignorado que aumente la porción del heredero.*

En este supuesto el heredero, al aparecer un testamento que ignoraba, si era heredero *ab intestato* se transforma en heredero testamentario, y si era testamentario sigue siéndolo aunque aumentando su porción hereditaria. Si la aparición de tal testamento es posterior a la cesión, el aumento corresponde al cedente por tratarse de un llamamiento independiente.

Este caso no está previsto en el nuevo Código.

664. Supuesto de disminución de la porción hereditaria del cedente

El supuesto tampoco aparece en las reducidas normas destinadas a la cesión de herencia del nuevo Código.

La disminución de la porción hereditaria del cedente puede provenir de la aparición de un testamento posterior en favor de un tercero. Cuando el heredero ha cedido la herencia y con posterioridad aparece el testamento que disminuye considerablemente su parte, cabe plantearse estos dos problemas: 1) ¿Puede el cesionario denunciar la nulidad de la aceptación? 2) ¿Puede el cesionario demandar la nulidad de la cesión?

Con respecto al primer problema, ya Segovia hacía notar que los sucesores particulares —como es el cesionario— no pueden pedir la nulidad de la aceptación⁷⁹. Y Rébora —aunque consideraba al cesionario sucesor universal— le niega expresamente la acción de nulidad fundada en los artículos 3338 y 3339, porque no habrá para él posibilidad de perjuicio, ya que es un sucesor en los bienes, y no en la persona del difunto⁸⁰.

Concordamos con estas opiniones en el sentido de negarles la acción de nulidad de la aceptación a los cesionarios porque carecerían de falta de interés, ya que la responsabilidad de ellos siempre se limitaría a los bienes recibidos, y por la vía de la nulidad de la aceptación no podrían obtener ningún beneficio.

El segundo problema, es decir, si el cesionario podría demandar la nulidad de la cesión, debe ser resuelto en sentido negativo. La razón está en el carácter esencialmente aleatorio del contrato de cesión de derechos hereditarios, que impide que incluso la desaparición total del activo por deudas ignoradas en el momento de celebrarse el contrato, puede anular la cesión⁸¹. Quiere decir, pues, que si después de la cesión el cesionario ve disminuida su adquisición por la aparición ulterior de un testamento, él soportará el riesgo por el carácter aleatorio del contrato que celebró⁸². Su porción se verá disminuida sin posibilidad de exigir al cedente una restitución equivalente.

665. Bienes excluidos de la cesión

Como regla general deben considerarse excluidos de la cesión los recuerdos de familia, en sus múltiples variedades: fotos, retratos, condecoraciones, diplomas, papeles privados.

⁷⁹ SEGOVIA, ob. cit., nota 48, comentario al art. 3341 de su numeración.

⁸⁰ RÉBORA, ob. cit., t. I, p. 30.

⁸¹ En el mismo sentido: SALAS, ob. cit., p. 446; FORNIELES; ob. cit., t. II, N° 444; BORDA, ob. cit., N° 768. En cambio, niega el carácter aleatorio de este contrato y llega a la conclusión —pensamos que sin base legal— de que el cesionario tiene derecho a reclamar la restitución proporcional del precio. López de Zavalía (ob. cit., p. 655).

⁸² El *alea* se refiere al contenido patrimonial, no a la calidad de heredero del cedente (art. 2160).

Estos bienes, por su nulo o escaso valor de venta, normalmente no se inventarían.

El artículo 2303, inciso c, establece que no comprende la cesión "los derechos sobre los sepulcros, los documentos privados del causante, distinciones honoríficas, retratos y recuerdos de familia".

Hemos separado este supuesto de los dos anteriores contenidos en ese artículo (incs. a, y b), porque aquí no hay incremento de la porción hereditaria del cedente; simplemente son bienes excluidos de la cesión.

Pero si esos recuerdos de familia tuvieran un considerable valor económico, deben entonces considerarse incluidos en la cesión. No obstante algunos autores piensan que en ese caso los recuerdos de familia deben quedar en poder del cedente, debiendo ser indemnizado el cesionario⁸³.

Por otra parte los contratantes, al amparo de la libertad de contratación, pueden excluir de la cesión alguno o algunos de los bienes que integran la herencia.

666. Efectos del contrato de cesión: enunciación

Para analizar estos efectos hay que distinguir los efectos entre partes y los efectos respecto de los acreedores. Los efectos entre partes se traducen en obligaciones del cedente y del cesionario. Los efectos respecto de los acreedores se bifurcan en efectos respecto de los acreedores del causante y en efectos respecto a los acreedores personales del heredero.

Lo veremos en los párrafos siguientes.

667.a) Efectos entre partes

Analizaremos las obligaciones del cedente y las del cesionario:

A) *Obligaciones del cedente*. Las obligaciones del cedente respecto del cesionario son las siguientes:

a) *Entrega de bienes*. El cedente está obligado a entregar la herencia, lo que implica realizar todos los actos necesarios para que el cesionario

⁸³ LAFAILLE, ob. cit., N° 381.

entre en posesión de los bienes que componen la herencia. También deberá entregar los frutos pendientes. (arg. art. 2304).

b) *Responsabilidad por las deudas hereditarias.* El cedente responderá por esas deudas, pues no trasmite su calidad de heredero. Su responsabilidad por las deudas de la herencia no impide que en caso de ser compelido a su pago, pueda reclamar luego el reembolso al cesionario. Entendemos que, demandado por el pago, puede hacer intervenir compulsivamente al cesionario como tercero y oportunamente ofrecer a embargo los bienes de la herencia⁸⁴.

c) *Deudas extinguidas por confusión.* En el nuevo Código la muerte del causante no produce la confusión de los patrimonios del causante y del heredero. Cuando las cualidades de acreedor y deudor se reúnen en una misma persona y en un mismo patrimonio (el del causante), la obligación se extingue por confusión (art. 931, Cód. Civ.).

El artículo 2306, dice: "*Efectos sobre la confusión.* La cesión no produce efecto alguno sobre la extinción de las obligaciones causada por confusión". Se limita a afirmar que la cesión de herencia no produce efecto alguno sobre las obligaciones extinguidas por confusión, y por ello esas obligaciones no renacen en cabeza del cedente y no cabe su transmisión por vía de cesión.

d) *Evicción y vicios ocultos.* El artículo 2305, párrafo 1º del nuevo Código expresa: "*Garantía por evicción.* Si la cesión es onerosa, el cedente garantiza al cesionario su calidad de heredero y la parte indivisa que le corresponde en la herencia, excepto que sus derechos hayan sido cedidos como litigiosos o dudosos, sin dolo de su parte. No responde por evicción ni por los vicios de los bienes de la herencia, excepto pacto en contrario. En lo demás, su responsabilidad se rige por las normas relativas a la cesión de derechos". Esto quiere decir que lo único que garantiza el cedente es su calidad de heredero (y de su parte indivisa como mera cuota), pero no asegura que tales o cuales bienes sean propiedad del causante o que existan tales o cuales deudas. Todo lo que se refiere al contenido patrimonial, tanto activo como pasivo, queda fuera de la evicción. De ahí el carácter aleatorio del contrato en lo relativo a su contenido patrimonial.

⁸⁴ Ídem, p. 668.

Esa responsabilidad no se da si los derechos cedidos son litigiosos o dudosos. Si los derechos hereditarios fueren litigiosos o dudosos el cedente no responde por evicción. El cesionario toma sobre sí el riesgo no solamente del contenido de la herencia, sino también del carácter de heredero del cedente.

Es requisito indispensable que los derechos hereditarios se hayan cedido como litigiosos o dudosos, es decir, que por parte del cedente exista una razonable duda sobre la titularidad hereditaria. Esto hace al contexto de la buena fe que debe presidir el contrato.

Si esta razonable duda sobre la titularidad hereditaria del cedente no se da porque el cedente sabía perfectamente que los derechos cedidos como inciertos o dudosos no le pertenecían, pensamos que en este caso el cesionario tendrá derecho a reclamar la restitución del precio y los daños y perjuicios.

El artículo 2305, párrafo 2º se refiere a la cesión gratuita. "Si la cesión es gratuita, el cedente sólo responde en los casos en que el donante es responsable. Su responsabilidad se limita al daño causado de mala fe".

El artículo 1556 establece los casos en que el donante responde de evicción. Destacamos el inciso b: supuesto de donación de mala fe, sabiendo el donante que la cosa donada no era suya; aplicado a la cesión se daría si el cedente cediera la herencia sabiendo que no es heredero real. Y en el inciso c: si la evicción se produce por causa del donante; aplicado a la cesión, se daría si el cedente causara la evicción.

El donante responde por vicios ocultos si hubo dolo de su parte, en cuyo caso debe reparar al donatario de los daños ocasionados (art. 1558). Esto es aplicable a la cesión de herencia a título gratuito.

B) *Obligaciones del cesionario.* Las obligaciones del cesionario respecto del cedente son las siguientes:

a) *Pago del precio.* El cesionario debe pagar el precio de los derechos hereditarios cedidos; o entregar la cosa a que se hubiere obligado si se tratare de una cesión-permuta.

b) *Pago de deudas y cargas.* El cesionario queda obligado a pagar las deudas del causante.

Es el deudor nato de esas deudas, ya que la herencia se trasmite junto con ellas. Pero esta circunstancia no desobliga al cedente. El acreedor del causante tiene a su disposición dos acciones: una contra el heredero cedente y otra contra el cesionario. Si el acreedor se dirige contra el cedente, éste podrá luego repetir contra el cesionario lo que hubiera pagado.

Lo dicho se aplica a las cargas sucesorias.

668.b) Efectos respecto de los acreedores

Conviene distinguir los efectos de la cesión respecto de los acreedores del causante y respecto de los acreedores personales del heredero:

A) *Efectos respecto de los acreedores de la sucesión.* Los acreedores de la sucesión conservan sus acciones contra el heredero cedente. Pero la doctrina es unánime en aceptar que el acreedor pueda dirigirse contra el cesionario, aunque éste no acepte la asunción de las deudas que tuviera el cedente. La mejor justificación es el ejercicio de la acción subrogatoria en la que el acreedor, obrando a nombre del cedente, le reclama al cesionario las sumas correspondientes para pagar (art. 739).

Todo acreedor del causante tiene, por tanto, a su disposición dos acciones: una contra el heredero cedente y otra contra el cesionario⁸⁵. Elegirá la que le ofrezca mayores garantías.

En principio la responsabilidad del heredero cedente será *intra vires*, *pro viribus*, mientras conserve su responsabilidad limitada, pero se podrá transformar en *ultra vires* cuando el heredero cedente realice algún acto de los previstos en el artículo 2321. La responsabilidad del cesionario será siempre *intra vires*.

B) *Efectos respecto de los acreedores personales del heredero.* Los acreedores personales del heredero sólo tienen acción contra el cedente, y una vez consumada la cesión verán disminuida su garantía al salir bienes del patrimonio de su deudor. Los acreedores sólo tendrán en sus manos el recurso de la acción pauliana, a más de las medidas precautorias oportunas, si están en condiciones de trabarlas.

⁸⁵ FORNIELES, ob. cit., t. II, N° 456 y 457.

Un caso especial referente a los acreedores personales del heredero se da cuando el cedente cae en concurso. Si la cesión ha quedado consumada antes del concurso del cedente, los bienes hereditarios no entran a formar parte de la masa⁸⁶. Pero si la cesión se hizo con posterioridad a la fecha en que el concurso le fue notificado al cedente, la cesión carece de validez y, por consecuencia, los bienes hereditarios entran a formar parte de la masa. Esta solución se aplica aunque el cesionario ignore la notificación del concurso del cedente⁸⁷.

669. Momento a partir del cual se producen los efectos del contrato entre las partes y frente a terceros

A) El nuevo artículo 2302 expresa: "*Momento a partir del cual produce efectos. La cesión del derecho a una herencia ya deferida o a una parte indivisa de ella tiene efectos:*

"a) entre los contratantes, desde su celebración;

"b) respecto de otros herederos, legatarios y acreedores del cedente, desde que la escritura pública se incorpora al expediente sucesorio;

"c) respecto al deudor de un crédito de la herencia, desde que se le notifica la cesión".

La norma se refiere al contrato de cesión: desde qué momento ese contrato produce efectos entre partes y desde qué momento produce efectos frente a terceros. Esto, con independencia de los efectos del contrato respecto del dominio sobre los objetos particulares que componen la herencia. En esa esfera también cabe hablar de los "modos" que completan la transferencia y en algunos casos de las inscripciones que sustituyen al modo (por ejemplo, registro de automotores) o de la inscripción que perfecciona la transferencia (por ejemplo, registro de bienes inmuebles).

Consideramos importante remarcar estos dos aspectos, para circunscribir el tema al momento a partir del cual el "contrato" produce esos efectos. Al respecto hay que distinguir, dentro del artículo 2302, efectos entre partes y frente a terceros:

A) *Efectos entre partes.* Entre las partes contratantes (cedente y

⁸⁶ L. L. 15-1171.

⁸⁷ L. L. 42-675.

cesionario) el contrato de cesión produce efectos desde el momento de su celebración (art. 2302, inc. a).

Cuando se trata de heredero único, el contrato de cesión, por ser consensual, se perfecciona con el acuerdo de voluntades. Cuando el cedente es un coheredero y lo que cede es la cuota que tiene en la herencia, el contrato también se perfecciona por el acuerdo de voluntades.

En ambos casos, el acuerdo de voluntades se plasma en la escritura pública de cesión (art. 1618, inc. a).

Caso especial se da cuando en la herencia hay créditos. Para que la cesión produzca efectos respecto del deudor, se necesita notificarle la cesión: desde ese momento la cesión produce efectos contra el deudor. Preferimos situar esta hipótesis dentro de los efectos que se producen entre partes, puesto que el deudor forma parte del crédito y como tal es parte frente al cesionario.

B) *Efectos respecto de terceros.* El artículo 2302, inciso b, menciona como terceros, puesto que no forman parte del contrato, a los otros herederos, los legatarios y los acreedores del cedente. El contrato de cesión produce efectos ante ellos desde el momento en que la escritura pública de cesión se incorpora al expediente sucesorio.

En primer lugar, el artículo se refiere a los "otros herederos"; pero pensamos que a estos coherederos —cuando existan— no les afecta la cesión de la parte alícuota del cedente porque ellos tienen igualmente otra parte alícuota. El derecho del coheredero sobre su cuota no sufre ninguna limitación por la concurrencia de otros herederos, incluso cuando uno de ellos cede su cuota. Por otra parte, el cesionario tiene los mismos derechos y obligaciones que tenía el cedente.

En segundo lugar, el artículo menciona a los legatarios. En principio a los legatarios no les afecta la cesión de la herencia, a no ser que no haya suficientes bienes hereditarios para pagar las deudas del causante, en cuyo caso los acreedores podrán dirigirse contra los legatarios.

En tercer lugar, la norma hace referencia a los acreedores del cedente, apuntando a los acreedores personales del heredero. Los acreedores personales del heredero cedente sólo tienen acción contra el

cedente, y una vez consumada la cesión verán disminuida su garantía al salir bienes del patrimonio de su deudor. Esos acreedores sólo podrán ejercer la acción pauliana para dirigirse contra el cesionario, a no ser que embarguen los bienes del cedente en el expediente sucesorio.

Por último, el artículo 3202 ha omitido como posible tercero al adquirente en el caso de que el cedente de mala fe ceda dos veces la herencia. El primer adquirente-cesionario deberá agregar la escritura de cesión al expediente sucesorio antes que el segundo adquirente, para evitar la frustración de sus derechos.

670. Los efectos de la agregación de la cesión en el expediente sucesorio

Desde antiguo se ha sostenido que la cesión produce efectos respecto de terceros desde la agregación de la escritura pública al expediente sucesorio. Éste es el criterio que prevaleció en los tribunales de la Capital Federal⁸⁸ y es el que se sostuvo por un importante sector de nuestra doctrina⁸⁹.

El problema se centra en determinar los efectos que va a proporcionar la agregación de la cesión en el expediente sucesorio. Los terceros a proteger son los posibles adquirentes en el caso de doble venta, y los terceros acreedores personales del heredero.

a) *Doble cesión*. El cedente de mala fe puede ceder dos veces sus mismos derechos hereditarios. Si el segundo cesionario ingresa primero su cesión en el expediente sucesorio, se le dará prioridad sobre el cesionario de fecha anterior. El segundo cesionario se amparará en el principio de que lo no agregado al expediente no le es oponible.

b) *Terceros acreedores*. Supongamos que el acreedor personal del heredero ha embargado los derechos del heredero y ha trabado el embargo en el expediente sucesorio; pero resulta que el heredero "antes" había cedido sus derechos hereditarios a un tercero. Si esa cesión se

⁸⁸ CCiv. 1º Cap., 5-9-39, L. L. 15-1171; CSJ de Santa Fe, 17-12-43, L. L. 33-382; SCJ de Mendoza, sala I, 1-9-2009, L. L. Gran Cuyo, marzo de 2010, p. 329.

⁸⁹ LAFAILLE, ob. cit., N° 380; FORNIELES, ob. cit., N° 466; BORDA, ob. cit., N° 763, etc.

presenta al expediente sucesorio después de la traba del embargo, prevalecerá el embargo.

El embargante podrá invocar el efecto de inoponibilidad: lo no agregado al expediente al momento de trabar el embargo no le perjudica.

Corresponde aclarar que, al referirnos a los terceros acreedores, nos hemos circunscripto a los acreedores personales del heredero, con lo cual tácitamente hemos excluido a los acreedores del causante. La razón es simple: los acreedores del causante pueden hacer valer sus derechos contra el cedente y contra el cesionario, pues tienen a su disposición dos acciones, una contra el heredero y otra contra el cesionario⁹⁰. De ahí que le resulte indiferente la determinación del momento en que se hizo la cesión. En cambio, los acreedores personales del heredero sólo tienen acción contra el cedente: una vez consumada la cesión verán disminuida su garantía al salir bienes del patrimonio de su deudor. De ahí la importancia que tiene para ellos la determinación del momento de la cesión. Por eso, la problemática de los efectos que produce la agregación de la cesión al expediente sucesorio, la hemos limitado a los acreedores personales del heredero, únicos interesados.

El nuevo Código Civil y Comercial establece en el artículo 2302, inciso b, que la cesión del derecho a una herencia tiene efectos respecto a los acreedores del cedente, desde que la escritura pública se incorpora al expediente sucesorio. Omite el supuesto de que el cedente de mala fe ceda por segunda vez sus derechos hereditarios a otra persona distinta del primer cesionario.

La agregación del contrato de cesión al expediente sucesorio nos parece un gran acierto del legislador, pues la publicidad que otorga es amplia y segura. Fornieles⁹¹ decía acertadamente: "La publicidad que se obtiene mediante la incorporación a los autos de la escritura de venta de derechos hereditarios es más amplia, más segura y más fácil que una inscripción en el Registro de la Propiedad. Más amplia,

⁹⁰ *Supra* N° 765.

⁹¹ FORNIELES, ob. cit., N° 466.

porque abarca a toda clase de bienes, muebles, inmuebles, derechos o créditos: a la herencia misma con todo cuanto ella contiene. Más segura, porque los interesados leerán allí el testimonio del instrumento original, sin que puedan llamarse a engaño. Más fácil, porque evita el engorro de los informes, que no agregarían nada a lo que ya se tiene delante y que complicaría notablemente cuando hubiera inmuebles en diversas jurisdicciones”.

El artículo 2302 al disponer que los efectos contra terceros se producen desde la agregación de la escritura de cesión al expediente sucesorio, le está dando a esa agregación los efectos típicos de la oponibilidad. La cesión no agregada al expediente no produce efectos contra terceros, ya sean acreedores del cedente, ya sean adquirentes del cedente en el caso de doble cesión. Esto último, sin perjuicio de las acciones indemnizatorias que correspondieran al primer cesionario que llegó tarde a la agregación del contrato en el expediente sucesorio, para dirigirse contra el cedente de mala fe, incluso contra el segundo cesionario si había sido cómplice en el fraude.

En todo caso, pensamos que la agregación de la escritura de cesión al expediente sucesorio debería ser seguida de normas complementarias que fijaran un tiempo prudencial al notario para la agregación de la escritura al expediente, quizás haciendo una reserva de rango por un breve tiempo. A su vez se deberían crear ficheros de cesión, a cargo de las Supremas Cortes provinciales, que facilitarían el conocimiento de las cesiones hereditarias y paliarían los problemas derivados del archivo de los expedientes.

671. La cesión y el registro de cesiones de derechos hereditarios en la Capital Federal

A) *Régimen durante la vigencia del Código de Vélez.* En el ámbito de la Capital Federal, el artículo 58 de la ley local 17.417 (año 1967) creó el Registro de cesiones de acciones y derechos hereditarios, anteriores a la registración de la respectiva declaratoria o testamento.

Al derogarse la ley 17.417 por la ley 22.231 desapareció este registro de cesiones de derechos hereditarios, ya que el decreto 2080/80 sólo contempló la anotación de las inhibiciones. Sin embargo, en el año

1999, cuando se modifica el decreto 2080 por el decreto 466/99 (T. O.), reaparece este Registro. El artículo 137 de este último decreto establece: "En las cesiones a que se refiere el artículo 30 de la Ley 17.801 y sus modificaciones se anotarán: a) la inhibición de las personas para disponer de sus bienes; b) la cesión de acciones y de derechos hereditarios anteriores a la registración de la respectiva declaratoria o testamento".

Ante todo, corresponde aclarar que este Registro se creó al amparo del artículo 30 de la ley 17.801, que en su inciso a, se refiere a la inscripción de la inhibición de las personas y en el inciso b, a "toda otra registración de carácter personal que dispongan las leyes nacionales o provinciales". Estábamos, pues, ante un Registro de anotaciones personales, con el común denominador de su limitación en el tiempo. Esta inscripción, según la resolución técnico-registral número 6 se mantuvo durante cinco años. Dos objeciones concretas cabía formular.

En primer lugar, la limitación de la registración de las cesiones de derechos hereditarios al tiempo anterior a la registración de la declaratoria de herederos. No se inscribía la cesión si estaba inscrita la declaratoria de herederos o de aprobación de testamento. Esa limitación se marcó claramente en el artículo 99 del decreto que dispone: "Una vez registrada la declaratoria o testamento, no se tomará razón de la cesión de acciones y derechos hereditarios con relación al asiento de dominio, salvo que se dispusiera judicialmente".

Semejante disposición era inconstitucional por contradecir normas del Derecho de fondo.

Como decía Zannoni⁹², constituye una recepción de la tesis que afirma que la toma de razón de la declaratoria de herederos en la matrícula correspondiente a los inmuebles integrantes del acervo sucesorio, transforma la comunidad hereditaria en condominio.

Como había condominio, no cabía ceder derechos hereditarios. Pero esto encerraba una confusión, consecuencia de otorgar a la declaratoria de herederos efectos que no poseía. Si se tenía en cuenta que la declaratoria de herederos es un acto "meramente declarativo" del derecho que los herederos tienen desde el momento de la muerte del causante

⁹² Ob. cit., t. I, p. 592.

y, por tanto, sin efecto de oponibilidad y mucho menos con el poder de transformar una comunidad hereditaria en condominio, se empezaba a aclarar la confusión. La cesión de derechos hereditarios se podía hacer hasta que tiene lugar la partición, aun después de inscrita la declaratoria de herederos. La confusión cesaría totalmente si se inscribiera la declaratoria de herederos, como sugiere el citado autor⁹³ en un registro diferente del Registro de la Propiedad, como podría ser el Registro de Juicios Universales.

En segundo lugar, la escritura pública de cesión de derechos hereditarios no era algo que implique limitación en el tiempo, sobre todo si la cesión contiene cosas materiales, que es lo común. El dominio sobre ellas no admitía limitación en el tiempo. Este aspecto entró en contradicción con el carácter personal de los registros de anotaciones personales válidas por un tiempo breve (5 años) que es lógico en el Registro de las inhibiciones para disponer, y que resulta inapropiado en el Registro de cesiones de derechos hereditarios.

B) Régimen del nuevo Código Civil y Comercial.

Para el nuevo Código la única forma para que la cesión de herencia produzca efectos contra terceros, es la agregación de la escritura pública al expediente sucesorio. El artículo 2302 establece que el contrato de cesión de herencia tiene efecto "respecto de otros herederos, legatarios y acreedores del cedente, desde que la escritura pública se incorpora al expediente sucesorio". De ahí la caducidad absoluta de este Registro de cesiones de derechos hereditarios dependiente del Registro de la Propiedad, al entrar en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

En la Capital Federal la Cámara Civil dictó un fallo plenario en el caso "Discoli, Alberto s/Sucesión", con fecha 24 de diciembre de 1979⁹⁴, en el que se estableció que "para que la cesión de derechos hereditarios, que comprende inmuebles, sea oponible a terceros interesados debe ser anotada en el Registro de la Propiedad". Esta inscripción según la Cámara, debe ser hecha con anterioridad a la inscripción de la respectiva declaratoria de herederos. Si se trata de cesiones

⁹³ Ob. cit., t. I, p. 479.

⁹⁴ L. L. 1980-A-327.

posteriores a la declaratoria de herederos, la Cámara entiende que la publicidad exigida resulta de lo dispuesto en el artículo 2º, inciso a, de la ley 17.801, es decir, de las inscripciones de los documentos que transmiten derechos reales sobre inmuebles en particular. El plenario dejará de tener aplicación cuando entre en vigencia el nuevo ordenamiento civil, lo que torna un tanto inútil su comentario.

672. ¿Cabe la cesión de objetos hereditarios?

Cuando existan varios herederos, uno de ellos puede ceder la cuota que le corresponda en la masa indivisa, incluso le cabe ceder una cuota de esa cuota, utilizando la figura del contrato de cesión de herencia, cuya característica es la indeterminación de los bienes que componen la cuota y las deudas que la gravan (*supra*, N° 741). En el estado de indivisión, como se sostiene unánimemente, sólo existen partes alícuotas “sobre el total del patrimonio hereditario indiviso”. No existen partes alícuotas sobre cada uno de los objetos que forman la herencia (*supra*, N° 531). En el estado de indivisión el comunero carece de título de dominio sobre bienes concretos y determinados. Como no tiene título sobre bienes concretos, tampoco tiene cuota sobre cada uno de esos bienes. La consecuencia es ineludible: el contrato de cesión de herencia o de derechos hereditarios no puede tener por objeto bienes particulares de la herencia.

Las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Tucumán en 2011, en concordancia con lo expuesto, concluyeron que “no es posible que los herederos puedan transmitir bienes individualmente determinados durante el estado de indivisión, a título de cesión de herencia”⁹⁵.

Tampoco cabe la cesión de objetos hereditarios cuando exista un solo heredero. Si bien aquí no habría dificultades sobre la titularidad del cedente sobre el objeto transmitido, éste carecería de la indeterminación propia del contrato de cesión. Un contrato así, si mediare precio,

⁹⁵ Dictamen de la mayoría, del tema IV, Cesión de derechos hereditarios, punto 2, posición A, firmado por Stefaninni, Ugarte, Natale, Hernández, Lloveras, F. Pérez Lasala, Arianna, Orlandi, Verplaetse, Stafann, Dalla Fontana, Casado, Argiro, Cohen, Burgos, Villahoz, Sánchez Toranzo, Issa de Gómez, Paz de Centurión.

debe tenerse por venta, cualquiera que sea la denominación empleada por las partes⁹⁶.

La realidad muestra los perjuicios que los cesionarios pueden sufrir, aun sin intención dolosa del cedente, pues sólo la partición en estos casos es la que otorga el título de dominio sobre los bienes concretos.

El nuevo Código ha aceptado estas ideas sin precisar si se cede la cuota de uno de los herederos o si se cede toda la herencia del heredero único. El artículo 2309 dice así: "*Cesión de bienes determinados*. La cesión de derechos sobre bienes determinados que formen parte de una herencia no se rige por las reglas de este Título, sino por las del contrato que corresponde, y su eficacia está sujeta a que el bien sea atribuido al cedente en la partición".

El artículo subordina la eficacia de esa cesión de objetos particulares —que no sería cesión de herencia sobre un objeto particular, sino venta, permuta, donación, etcétera— a que el bien sea atribuido al cedente en la partición.

⁹⁶ Si al contrato se lo calificara de cesión, encerraría un engaño para el cesionario, que respondería por las deudas del causante, en proporción al valor del objeto cedido.

CAPÍTULO XVIII

PETICIÓN DE HERENCIA. ACTOS DEL HEREDERO APARENTE

SUMARIO: I. *Acción de petición de herencia.* 673. Acciones de defensa de la herencia: precedentes históricos. 674. Acciones del heredero: sus diversos grupos. 675. Acción de petición de herencia: concepto y caracteres. 676. Naturaleza jurídica: enunciación. 677.A) La petición de herencia como acción universal o como acción particular. 678.B) La petición de herencia como acción meramente declarativa, como acción vindicativa o como acción de contenido mixto. 679.C) La petición de herencia según la naturaleza de los objetos vindicados. 680. Nuestra posición sobre la naturaleza jurídica. 681. Sujeto activo. 682. Sujeto pasivo. 683. No puede ser sujeto pasivo el poseedor que no invoca título alguno. 684. La acción de petición de herencia y la defensa de la legítima. 685. La acción de petición de herencia y la acumulación de otras acciones. 686. La acción de petición de herencia y el proceso sucesorio. 687. La acción de petición de herencia y el proceso sucesorio terminado. 688. Juez competente y fuero de atracción. 689. Oportunidad del ejercicio de la acción. 690. Renuncia de la acción. 691. Carga de la prueba. 692. Imprescriptibilidad de la acción de petición de herencia. 693. Efectos principales de la acción: restitución de los objetos hereditarios y de los subrogados. 694. Poseedor de la herencia de buena o mala fe, como principio rector. 695. Efectos secundarios de la acción: buena o mala fe del poseedor. 696. Medidas precautorias. 697. Alcance de la cosa juzgada. II. *Actos del heredero aparente.* 698. Heredero aparente: concepto. 699. Actos del heredero aparente: antecedentes históricos. 700. Actos del heredero aparente en el Derecho argentino: artículo 2315 del nuevo Código Civil y Comercial. 701. Actos de disposición de bienes: particularidades cuando hay inmuebles. 702. Actos de disposición de bienes muebles. 703. Actos de disposición de bienes muebles registrables. 704. Posibles calidades que puede revestir el heredero aparente. 705. Relaciones entre el heredero real y el aparente. 706. Legatario aparente: actos de disposición de inmuebles. 707. Actos de administración del heredero aparente.

I. ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA

673. Acciones de defensa de la herencia: precedentes históricos

En el Derecho Romano algunos medios de protección procesal amparaban al heredero civil y otros al *bonorum possessor*. Veamos:

a) El heredero civil podía ejercer las "acciones singulares" que correspondían al difunto respecto de los derechos transmisibles que componían la herencia. Si el causante era propietario, acreedor, etcétera, el heredero lo era también y, como tal, disponía de la *reinvindicatio* o de la particular acción ejercible para cada caso concreto.

Pero, aparte de estas acciones, el *ius civile* conoció una *vindicatio generalis*, la *hereditatis petitio*, mediante la cual el heredero podía reclamar la totalidad del haber hereditario, partes o cosas concretas de él, obtener el cobro de créditos y, en general, cualquier pretensión ligada a su calidad de heredero, invocando, no su condición de titular de los derechos singulares sobre las cosas de la herencia, sino su condición de *heres*. En el Derecho Antiguo y en el Clásico, la *petitio hereditatis* fue una *actio in rem*, en tanto que en el Derecho justiniano fue una acción mixta, en consideración de las prestaciones y responsabilidades del demandado.

Su justificación —como dice Biondi¹— aparece evidente. Las defensas fragmentarias del heredero unas veces no satisfacían y otras resultaban demasiado molestas. Cuando el demandado no negaba el derecho del causante, sino la cualidad de heredero en el actor, si el heredero tenía que ejercer tantas acciones singulares cuantos derechos hereditarios hubiesen sido transmitidos, el derroche procesal, las molestias y los gastos inútiles serían patentes. Pero, además podría ocurrir que el heredero resultase vencedor en unas acciones y vencido en otras, pese a que la base del juicio hubiera sido en todos su cualidad de heredero, dándose el absurdo de que una misma persona, con un mismo título, podría ser heredero en cuanto a algunas relaciones sucesorias y no serlo en cuanto a otras, deviniendo incierto el título hereditario.

El demandante, en la *petitio hereditatis*, fue desde un principio el

¹ *Diritto ereditario romano. Parte generale*, Milano, 1954, p. 381.

heredero civil, legítimo o testamentario, condición que debía probar. Pero más tarde se otorgó la *hereditatis petitio*, como *utilis* a personas que, como el fideicomisario universal o el Fisco respecto de las *cuotas caducaæ*, se hallaban en situación análoga a la del heredero.

El demandado era el *possessor pro herede* (D. 5, 3, 11), es decir, quien poseyendo la herencia se negaba a entregarla por creer que el heredero era él. Más tarde —con el procedimiento formulario— también pudo ser demandado el *possessor pro possessore* (D. 5, 3, 12), es decir el poseedor de cosas hereditarias que no alegaba la calidad de heredero ni invocaba título singular alguno o, en otras palabras, aquél que no podía indicar la causa de su posesión, por poseer de mala fe y sin título. Asimismo, se podía ejercer la acción contra cualquier deudor que se negaba a pagar un crédito —*possessor iuris*—, siempre que alegara como razón la de no considerar al demandante como heredero (D. 5, 3, 13, 15).

También se podía dirigir la acción contra el *pro herede possidens* que tenía el precio de las cosas vendidas (D. 5, 3, 16, 1) o que, sin tenerlo, disponía de una acción para su consecución (D. 5, 3, 35); o contra quien, poseyendo *pro herede*, había sido despojado por la violencia, ya que pudiendo recuperar la posesión con el *interdictum de vi*, era considerado como si poseyese. En estas aplicaciones de la *hereditatis petitio* —como dice Iglesias²— campeaba el concepto bizantino de la *possessio iuris*, cuyo enlace con la *possessio rerum* es, desde todo punto de vista, desafortunado.

b) El *interdictum quorum bonorum* fue la vía de amparo procesal de los *bonorum possessores*, similar a la *hereditatis petitio* de los *heredes civiles*³.

El interdicto *quorum bonorum* tenía por objeto sólo las cosas corporales⁴. El demandante era el *bonorum possessor*, que era la persona a quien el pretor ponía en posesión del patrimonio hereditario —no

² IGLESIAS, *Derecho Romano* cit., p. 602.

³ ARIAS RAMOS, *Derecho Romano* cit., p. 617.

⁴ Estas limitaciones del interdicto estaban subsanadas, porque para reclamar los créditos, y en general toda clase de bienes y derechos pertenecientes al causante, tenía el *bonorum possessor*, como útiles, cuantas acciones correspondían al *heres*, incluso la *utilis petitio hereditatis*.

siempre coincidía con quien resultaba heredero con arreglo a los puros preceptos del *ius civile*— ya que el pretor no adjudicaba el título de *heres*. La demanda podía ser dirigida únicamente contra quien poseía las cosas corporales *pro herede* o *pro possessore*.

Justiniano, completando el proceso de unificación esbozado en la época posclásica, fundió el régimen de la *hereditatis petitio* con el interdicto *quorum bonorum*: éste fue hecho extensivo a la *hereditas*. La dualidad subsistió, pero cambió absolutamente de sentido: en tanto que la *petitio hereditatis* tenía carácter petitorio, el interdicto *quorum bonorum* era sólo un medio provisorio por el cual aquél que aparecía *prima facie* como heredero podía ser impuesto en la posesión de la herencia, dejando a salvo la afirmación definitiva para la *petitio hereditatis*. Así el interdicto fue utilizado como trámite provisorio previo a la petición de herencia⁵.

674. Acciones del heredero: sus diversos grupos

Si la sucesión hereditaria coloca al heredero en una situación compleja que no coincide con la del *de cuius*, al faltar parte de sus bienes y nacer *ex novo* otros, se hace preciso discriminar las distintas acciones que le asisten, las cuales pueden ser clasificadas en dos grandes grupos:

A) *Acciones que correspondían al causante en vida y que el heredero ejerce como propias del difunto*. Por ejemplo, las acciones en defensa de la propiedad o de los derechos reales, las de daños, las de nulidad, etcétera.

B) *Acciones que surgen del título sucesorio y que ejerce el heredero, no como acciones del causante, sino como propias, a modo de consecuencia de su calidad de heredero*.

Corresponde hacer esta subdistinción:

1) De un lado se hallan las acciones particulares, que el heredero tiene en su favor en defensa de facultades concretas que la ley le otorga, ya como legitimario (acción de reducción de donaciones, acción de suplemento de legítima, etcétera), ya como beneficiario de la co-

⁵ BIONDI, ob. cit., p. 383.

lación (acción de colación), ya como integrante de la comunidad hereditaria (acción de división), etcétera. Todas estas acciones implican pretensiones singulares que no sirven —como explica Binder⁶— para hacer valer la situación de heredero en cuanto tal, sino sólo los derechos singulares adquiridos por el heredero o las consecuencias del reconocimiento de aquella situación.

2) De otro lado está la acción universal que protege la herencia en su consideración unitaria. Esta acción se llama acción de petición de herencia, y busca, mediante el reconocimiento de la calidad de heredero, hacer efectivas las titularidades contenidas en el caudal relicto y los estados posesorios que tenía el causante sobre determinadas cosas (art. 2312, párr. 1°).

675. Acción de petición de herencia: concepto y caracteres

El Código Civil de Vélez Sársfield no definió la acción de petición de herencia, pero delimitó los aspectos salientes en los artículos 3421, 3422 y 3423, dentro del Capítulo titulado *Derechos de los herederos*.

La acción de petición según esos artículos tenía como fin la entrega de los objetos que componen la herencia (art. 3421), y se dirigía contra los que, poseyendo las cosas hereditarias, invocaban el título de herederos y contra “los que tengan de ellas la posesión” (art. 3422), frase esta última de controvertido alcance, y que interpretamos refiriéndola, a los que poseían cosas hereditarias sin invocar título alguno sobre ellas.

Teniendo presente los principios doctrinales que la delimitaban y los aspectos legislativos indicados, podríamos definirla como “la acción en virtud de la cual el heredero reclama la restitución de todos los bienes hereditarios o de alguno en particular; sobre la base del reconocimiento de su calidad de heredero, contra quien en principio los posee a título de heredero o de simple poseedor”⁷.

⁶ BINDER, ob. cit., p. 269.

⁷ En nuestro Derecho, Formieles (ob. cit., t. I, N° 184) la define como “la acción que se concede al dueño de una herencia para reclamarla totalmente de aquellos que la poseen invocando el falso título de herederos, o parcialmente de aquellos que siendo herederos rehúsan reconocerle el mismo carácter”. Y Borda (ob. cit., t. I, N° 463) como “la acción por la cual el heredero reclama la entrega de los bienes que

El artículo 2310 del nuevo Código mejoró la procedencia de la petición de herencia contenida en el Proyecto de 1998; pero amputó como posible demandado al simple poseedor de bienes. Dice así: "*Procedencia.* La petición de herencia procede para obtener la entrega total o parcial de la herencia, sobre la base del reconocimiento de la calidad del heredero del actor, contra el que está en posesión material de la herencia e invoca el título de heredero".

El artículo precisa que la acción de petición de herencia se dirige contra el que está en "posesión material" de la herencia, invocando el título de heredero. El Proyecto de Código Civil unificado de 1998 dirigía la acción contra el heredero investido de pleno derecho de su calidad de tal, instituido o declarado que niega el derecho del peticionario. En ese Proyecto el demandado era el que gozaba de la "posesión hereditaria", no de la posesión material. A su vez, excluía como demandado al poseedor que no invocaba título singular alguno⁸.

componen el acervo sucesorio, de quien los detenta invocando también derechos sucesorios". Estas definiciones sólo contemplan como posibles demandados a aquellos que invocan título de herederos. En el Derecho español, Roca Sastre (*Anotaciones a KIPP*, ob. cit., vol. I, p. 376) la define con precisión, diciendo que "esta acción es la que compete al heredero real contra quienes posean todos o parte de los bienes hereditarios a título de herederos del mismo causante o sin tener título alguno, a fin de obtener dicho heredero la restitución de tales bienes, a base de la comprobación o reconocimiento de que a él corresponde la calidad de heredero. En sentido similar Polacco (*De las sucesiones* cit., p. 144).

⁸ Sugerimos a la Comisión redactora una doble corrección: 1) determinar que el demandado era el que, invocando la calidad de heredero, tenía la posesión material de la herencia; 2) extender el ámbito del sujeto pasivo, incluyendo al mero poseedor de un bien que no invoca título singular, como hacen los Códigos más modernos, el italiano, el español, etc.

Decía así *el mail*, referido al Proyecto de 1998: 1) A mi entender el legislador entró en cierta confusión. La acción de petición de herencia se dirige contra el que tiene la herencia total o parcialmente, invocando el título de heredero. El actor debe probar su calidad de heredero para obtener el reintegro de los bienes. No es necesario que quienes detentan los bienes hayan sido declarados herederos, con tal que invoquen ese carácter. El artículo 2252 de ese Proyecto, refiriéndose al demandado, lo denomina "heredero instituido de pleno derecho de su calidad de tal, instituido o declarado". Los artículos 2286 y 2287 del Proyecto se refieren a la "posesión hereditaria", distinta de la "posesión material" de los bienes que debe ostentar el demandado. 2) Por otra parte, el precepto omite el supuesto de que el demandado sea un mero poseedor de un bien que no invoca título singular. Si

Coordinando la definición que hemos dado con el nuevo artículo 2310, podríamos precisarla así: "Es la acción en virtud de la cual el heredero reclama la restitución de todos los bienes hereditarios o de alguno en particular, sobre la base del reconocimiento de su calidad de heredero, contra quien posee a título de heredero". En la definición hemos suprimido la figura del demandado como simple poseedor.

De la definición surgen los siguientes requisitos: 1) es necesario que el reclamante invoque, para fundar la acción, su título de heredero; 2) la acción debe ser dirigida contra quien posea todos los bienes hereditarios, o parte de ellos, a título de heredero; 3) es necesario que el reconocimiento de la cualidad de heredero tenga como finalidad obtener la restitución de tales bienes.

676. Naturaleza jurídica: enunciación

Desde muy antiguo se viene discutiendo sobre la naturaleza y el verdadero carácter de la petición de herencia.

En el propio Derecho Romano surgieron concepciones distintas, pues en tanto que en los períodos antiguo y clásico se calificó dicha acción como una *actio in rem*, en el Derecho justiniano se la consideró más bien como una *actio mixta tam in rem quam in personam*⁹.

En el Derecho moderno se han agudizado las dudas acerca de este problema, cuya dificultad nace de los aspectos múltiples que ofrece la petición de herencia. Por un lado, se discute si es una acción universal o particular. Por el otro, se debate sobre su finalidad declarativa, vindicativa o mixta. Por último, se adoptan posturas

alguien tiene en su poder un bien de la herencia y no invoca título singular que lo justifique, el auténtico heredero, en lugar de ejercer las correspondientes acciones singulares, puede esgrimir la pretensión de que se reconozca su calidad de heredero a través de la petición de herencia. Si demuestra ser heredero, el vencido deberá restituir el bien. En cambio, si frente a la misma pretensión del heredero, el demandado le opone un título singular (por ejemplo, haber comprado la cosa del causante), el heredero tendrá que ejercer otra acción, la reivindicatoria, en la que la prueba será más difícil.

La Comisión aceptó el criterio indicado en el punto 1, que es el más importante. Pero no tuvo en cuenta lo expresado en el punto 2.

⁹ IGLESIAS, ob. cit., p. 604.

diferentes sobre su carácter real, personal o mixto, atendiendo a la naturaleza de los objetos vindicados. Lo analizaremos a continuación.

677.A) La petición de herencia como acción universal o como acción particular

En torno de este problema se han formulado diferentes tesis:

a) *Acción universal basándose en la herencia como universitas*. Una primera concepción, que tiene su origen en la glosa¹⁰, califica a esta acción de universal, sobre la base de admitir que el heredero adquiere, además de los derechos que componen la herencia, un derecho distinto sobre la herencia misma entendida unitariamente como *universitas*. Es acción universal —según esta concepción— porque tiende a conseguir el *universum ius defuncti*, como un todo unitario, distinto de los elementos que lo componen.

Esta concepción ha sido objeto de las más variadas objeciones, entre las cuales cabe señalar las siguientes¹¹:

1) En la herencia no hay objeto unitario sobre el cual recaiga un derecho subjetivo único.

No hay objeto unitario. El hecho de que el heredero suceda en todas las relaciones del causante no quiere decir que tales relaciones formen una unidad orgánica; la unidad de la sucesión está en el título¹².

Tampoco hay un derecho subjetivo unitario. La suma de derechos sobre una pluralidad de objetos no constituye nunca un dere-

¹⁰ En el Derecho Romano justinianeo no se conoce la calificación de "universal" respecto de la *hereditatis petitio*.

¹¹ SANCHO REBULLIDA, Francisco, *Las acciones de petición de herencia en el Derecho español*, Madrid, 1962, p. 17.

¹² Siendo así, las deudas pasan al heredero por imperativo de la ley junto con los bienes, pero no trabadas en ellos unitariamente; por eso, cuando se cede la herencia a un tercero la transmisión sólo alcanza al activo relicto y no al pasivo, que sigue pesando sobre el heredero, cualquiera que sea la voluntad de los contratantes. También es obra de la ley el paso de la posesión; si ésta pasase como integrante de la *universitas*, deberá dejar de existir si al disolverse ésta el heredero no hubiese tomado la posesión material de los bienes.

cho único sobre la suma de éstos. Aceptando los derechos sobre las cosas particulares que componen la herencia, resulta inadmisiblemente admitir un superderecho sobre el conjunto, independiente y distinto de los derechos sobre las cosas particulares¹³. ¿Para qué obstaculizar la relación directa, creando un ente intermedio que en nada es útil?

2) Si el objeto de la acción fuese la universalidad, el heredero no podría accionar sino para reclamarla en bloque. Pero he aquí que la acción de petición de herencia puede ser dirigida contra quien posee alguno o algunos de los bienes hereditarios. Su objeto puede consistir en un bien determinado, en el pago de una deuda, etcétera, o en una serie de bienes agrupados por el denominador común de pertenecer al caudal relicto, pero no concibiendo éste como objeto único o cosa universal.

3) No se puede pedir la entrega de un objeto o cantidad calificado como algo abstracto¹⁴.

Estas objeciones, que estimamos decisivas, impiden calificar de universal la acción de petición de herencia sobre la base de la *universitas*.

b) *Acción universal basándose en otros aspectos*. Muchos autores modernos, no obstante negar la tesis de la *universitas*, han buscado salvar el carácter universal de la acción basándose en otros aspectos:

Barbero¹⁵, después de rechazar la idea de la herencia como *universitas*, sostiene que la particularidad de la *petitio hereditatis* consiste en la consideración *sub specie universitatis*, que le hace posible al heredero, mediante una sola acción, demandar un complejo de cosas sin necesidad de indicar, como objeto de la demanda, ninguno específicamente, lo cual será cometido de la prueba.

Una posición más subjetiva, dentro de esta misma línea, la sostienen aquellos que cifran la universalidad de la acción en el carácter universal del título de heredero, sobre cuya base se acciona. Cícu¹⁶ considera

¹³ FORNIELES, ob. cit., t. I, N° 7; TRULLUNQUE, *La actio petitio hereditatis*, en *RJD*, Madrid, 1948, p. 323.

¹⁴ CÍCU, *Derecho de Sucesiones. Parte general* cit., N° 76.

¹⁵ BARBERO, Domenico, *L'universalità patrimoniali*, Milano, 1936, p. 244.

¹⁶ CÍCU, ob. cit., p. 474.

esta acción como universal porque tiende a conseguir, no un bien determinado, sino el *universum ius defuncti*, si bien ese *universum* no es considerado como una unidad orgánica, sino como un conglomerado de elementos unidos por la circunstancia de haber pertenecido a un mismo sujeto, el causante.

Roca Sastre¹⁷ entiende que el juego unitario de la petición de herencia es consustancial en ella, por ser derivación del carácter universal de la condición de heredero.

Binder¹⁸ sostiene que el objeto de la petición de herencia no es la *universitas iuris* como tal, sino sólo aquellos objetos singulares de la herencia que posee el demandado. La universalidad de la pretensión no se exterioriza en su objeto, sino en el fundamento de la acción, que es precisamente el derecho hereditario del demandante.

c) *Acción particular*. Una última concepción niega el carácter universal de la acción de petición de herencia. En nuestra doctrina se manifiesta así Borda¹⁹, basándose en la inexistencia de la universalidad de la herencia. Fornieles²⁰ niega igualmente ese carácter a la acción de petición de herencia, por entender que no hay universalidad hereditaria. Si yo he vendido —dice este autor— muchos objetos en un mismo acto y pretendo luego que ha habido error o vicio de consentimiento, y por eso los reclamo en conjunto, nadie sostendrá que hay una acción universal: lo mismo pasa con la petición de herencia.

En España, Sancho Rebullida²¹ niega el carácter universal de la acción, por entender que su objeto no es universal. Acepta que el fundamento de la acción es el título de heredero, que es un título universal, pero entiende que las acciones no pueden ser calificadas por su fundamento, sino por su objeto.

De las tres concepciones expuestas nos inclinamos por la segunda, pues entendemos que la acción de petición de herencia es una acción universal, no porque tenga por objeto una *universitas iuris*, sino porque el actor puede reclamar la herencia en bloque, comprendiendo la to-

¹⁷ ROCA SASTRE, ob. cit., p. 316.

¹⁸ BINDER, *Derecho de Sucesiones* cit., p. 270.

¹⁹ BORDA, ob. cit., N° 464.

²⁰ FORNIELES, ob. cit., N° 185.

²¹ Ob. cit., p. 22.

alidad de los bienes que la componen y sin necesidad de especificar los bienes singulares (esta especificación será objeto de la prueba), aunque a veces el reclamo se refiera a bienes concretos de la herencia. Ese conglomerado de bienes está unificado por el hecho de que todos han pertenecido a un solo titular, el causante, y ahora pertenecen al heredero o herederos, sucesores universales de él.

678.B) La petición de herencia como acción meramente declarativa, como acción vindicativa o como acción de contenido mixto

Veamos cada una de estas tesis:

a) *Acción de petición de herencia como acción meramente declarativa.* Dada la circunstancia de que en la petición de herencia se discute la calidad de heredero del actor, algunos autores la han considerado como una acción meramente declarativa de tal cualidad, y hasta ha habido quienes han sostenido que se trata de una acción de estado.

Pillet²², en el siglo XIX, afirmó que la petición de herencia era una acción de reclamación de la cualidad de heredero, y nada más; terminada en su favor la controversia, el heredero obtenía la restitución de los bienes hereditarios que se hallaban en posesión del demandado con ayuda de las acciones singulares transmitidas por el causante.

La cualidad de heredero no constituye el objeto de la petición de herencia, sino que el objeto de ésta es vindicar bienes, aunque para ello juegue como presupuesto lógico el reconocimiento de dicha cualidad.

Con mayor motivo, la acción de petición de herencia no puede ser considerada como una acción de estado, porque la cualidad de heredero no constituye un *status* en sentido técnico. Como dice Cicu²³, "el significado técnico de la palabra 'status', tradicionalmente usado para poner de manifiesto la cualidad de miembro del Estado o de la familia,

²² PILLET, *Essai sur la nature de la pétition de hérédité en Droit français*, en *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, año XXXIII, nueva serie, t. XIII, Paris, 1884, ps. 208/28.

²³ CICU, *ob. cit.*, p. 45.

posición no de autonomía, sino de subordinación a fines superiores, que determina una ligazón orgánica entre los sujetos, por lo que la relación jurídica tiene una estructura distinta como integrante de un fin superior unitario a cuyo servicio se ponen las voluntades. Por eso no es científicamente correcto ni útil hablar de un *status* de heredero”.

Negar como objeto de la petición de herencia el reconocimiento de la cualidad de heredero no implica que dicho fin no pueda ser conseguido en forma única y exclusiva.

El actor puede tener interés en obtener el simple reconocimiento de esa cualidad. Para ello dispondrá de la acción correspondiente, que la doctrina italiana llama “acción de declaración positiva de certeza”²⁴, la cual sólo tendrá por fin obtener una sentencia puramente declarativa que reconozca la calidad de heredero. Pero esta acción no es la acción de petición de herencia.

En síntesis, la acción de petición de herencia no puede ser considerada, a nuestro juicio, como una acción meramente declarativa, pues el carácter vindicativo es consustancial en ella. La tesis declarativa ha sido prácticamente abandonada por la doctrina²⁵.

b) *Acción de petición de herencia como acción vindicativa.* Ésta es la posición prevaleciente en la doctrina moderna. Borda²⁶ entiende que la finalidad de la acción es reclamar la entrega de los bienes que componen el acervo hereditario. Fornieles considera que la acción es concedida para reclamar la herencia, total o parcialmente²⁷. Pero estos autores no alcanzan a explicar por qué falta en la acción el aspecto del reconocimiento de la calidad de heredero.

Con mayor precisión, Sancho Rebullida²⁸ considera que la finalidad de la acción de petición de herencia es la restitución de los bienes que forman el caudal relicto. La petición de herencia es una acción de condena a una prestación (restitución de bienes), consecuente con

²⁴ MESSINEO, ob. cit., t. VIII, p. 444.

²⁵ La ha seguido, sin embargo, el fallo del Superior Tribunal de Santa Fe, 2-4-46, L. L. 42-515.

²⁶ BORDA, ob. cit., N° 463.

²⁷ FORNIELES, ob. cit., N° 184; conf.: LLERENA, ob. cit., t. VI, p. 209; SEGOVIA, ob. cit., t. I, p. 462, nota 39.

²⁸ Ob. cit., ps. 31 y 38.

la probanza de la condición de heredero. El reconocimiento de la calidad de heredero es fundamento que el actor ha de probar, pero no puede ser puesto al lado de la *vindicatio*. De la misma manera que en la acción reivindicatoria el titular ha de probar su cualidad de tal, a efectos de obtener la restitución de la cosa, en el juicio de petición de herencia el actor debe probar su derecho a la herencia, con el fin de obtener su entrega.

El reconocimiento del carácter de heredero juega, pues, como presupuesto o antecedente que, debiendo ser probado siempre, puede no exigir pronunciamiento, de la misma manera que en la acción reivindicatoria puede no existir ese pronunciamiento sobre la calidad de propietario del actor, con tal de que se ordene la restitución del bien²⁹.

Nos adherimos a esta posición, que es la que cuenta con mayor apoyo legal. El artículo 3422 revela esta finalidad vindicativa cuando dice que el heredero tiene acción para que le sean restituidas las cosas hereditarias. El artículo 3421, 1ª parte, dice, en el mismo sentido que "el heredero puede hacer valer los derechos que le competen por una acción de petición de herencia, a fin de que se le entreguen todos los objetos que la componen".

c) *Acción de petición de herencia como acción de contenido mixto (declarativo y vindicativo)*. Algunos autores, teniendo en miras la finalidad práctica de la acción de petición de herencia, que es la restitución de los bienes, pero sin olvidar la importancia que en ella tiene el reconocimiento de la calidad de heredero, la consideran como una acción de contenido mixto, dado su carácter declarativo y vindicativo a la vez.

En la doctrina francesa mantienen esta posición Baudry-Lacantinerie y A. Wahl³⁰, para quienes la petición de herencia contiene, a la vez, una demanda de reconocimiento de la calidad de heredero y una reivindicación general del patrimonio.

Comparte esta posición Messineo³¹, para quien la acción de petición

²⁹ Comúnmente, se requiere pronunciamiento sobre el carácter de heredero cuando a esta acción son acumuladas otras de naturaleza diferente, como la acción de nulidad de testamento, la acción de indignidad, etc.

³⁰ *Traité théorique et pratique de Droit Civil. Des successions*, 3ª ed., 1905, t. I, p. 675.

de herencia tiene por fin el reconocimiento de la cualidad de heredero, conduciendo de reflejo a obtener la restitución de los bienes.

En nuestra doctrina, Prayones³² considera que la acción de petición de herencia participa de las acciones personales de estado, en cuanto requiere la justificación de la calidad hereditaria, y de las acciones reales, en cuanto, justificada esa calidad, se reclama la entrega de bienes.

Como una variante del carácter mixto se puede considerar la posición de los autores que ven en la petición de herencia un conglomerado de acciones, una que versa sobre el reconocimiento del título de heredero, otra u otras que tienden a la restitución de los bienes. Esta tesis la defiende, en España, Trullenque Sanjuan³³, quien la califica como acción compleja integrada por dos acciones: comprobación de la cualidad de heredero y restitución de bienes y derechos. En nuestra doctrina, Lafaille³⁴ habla de un conglomerado de acciones, una de las cuales, la principal, versa sobre el título, y la otra, la secundaria, consecuencia de la primera, es la que produce el efecto económico de la restitución perseguida.

Estas construcciones jurídicas tienen aspectos certeros; pero, a nuestro juicio, adolecen de tales inconvenientes que las hacen inaceptables. La acción de petición de herencia no tiene dos finalidades ni dos naturalezas, sino que constituye una acción homogénea con una finalidad específica: la restitución de bienes. Tampoco la forman varias acciones, pues entonces habría una superacción y varias acciones integrantes de ella, todas con finalidades diferentes, lo cual nos parece inadmisibles.

679.C) La petición de herencia según la naturaleza de los objetos vindicados

Dentro de la posición que considera la petición de herencia como acción vindicativa, cabe distinguir los siguientes puntos de vista:

a) *La acción de petición de herencia como acción real.* La consideración de la acción de petición de herencia como acción real, que

³¹ MESSINEO, ob. cit., p. 444.

³² PRAYONES, ob. cit., p. 138.

³³ TRULLUNQUE, ob. cit., p. 397.

³⁴ LAFAILLE, ob. cit., p. 230.

tiene su origen en el Derecho Romano clásico, ha prevalecido en la doctrina nacional y extranjera³⁵.

La tesis de la acción real conduce a la concepción de la herencia como *universitas*, porque en su más pura expresión implica la titularidad directa e inmediata —al modo del derecho real— sobre el patrimonio hereditario considerado como unidad abstracta.

Baudry-Lacantinerie y Wahl³⁶ afirman, en este sentido, el carácter real de la acción, explicando que aun en el caso de que el patrimonio sólo lo formaran objetos incorporales, no se podría decir que esta acción es solamente personal, pues los créditos no son reclamados contra el deudor, sino considerados como una “universalidad jurídica”, y la reclamación es dirigida al pretendido acreedor, y no al deudor.

Los autores que siguen esta orientación, pero que niegan la condición de *universitas iuris* de la herencia, extraen el carácter real de la acción de la circunstancia de que se la ejerce, no contra una persona determinada en virtud de un vínculo obligatorio, sino contra el detentador de los objetos hereditarios, cualquiera que sea³⁷.

Esta concepción implica enmarcar la acción en el estrecho campo de la distinción de las acciones patrimoniales en reales y personales, olvidando que las acciones sucesorias tienen fisonomía propia³⁸.

b) *Una segunda posición, con muy pocos seguidores, sostiene que la naturaleza de la petición de herencia depende de los derechos reclamados*³⁹. Así podrá ser real, personal o mixta, si la acción tiende a proteger derechos reales, personales o ambos, respectivamente. Aquí, el término “mixta” no significa combinación del elemento declarativo y del vindicativo, sino del derecho real y del personal. Esta posición, cuyo origen se remonta a la época del De-

³⁵ LLERENA, ob. cit., t. VI, p. 209; MACHADO, ob. cit., t. VIII, p. 638; FORNIELES, ob. cit., N° 188; BORDA, ob. cit., N° 466, y en la doctrina extranjera, entre otros Demburg, Aubry y Rau, Planiol y Ripert, Bonnecase, Josserand, Pacifici-Mazzoni, Roca Sastre, Bonet.

³⁶ Ob. cit., p. 675.

³⁷ FORNIELES, ob. cit., N° 188; BORDA, ob. cit., N° 466.

³⁸ Esta distinción la destaca con claridad QUINTEROS, *Petición de herencia* cit., p. 26.

³⁹ QUINTEROS, ob. cit., p. 12.

recho Romano justinianeo⁴⁰, rompe la homogeneidad de la acción de petición de herencia, al hacer depender su naturaleza jurídica de la distinta naturaleza de los objetos de los derechos que corresponden al caudal relicto. Es una posición que consideramos insostenible.

680. Nuestra posición sobre la naturaleza jurídica

La acción de petición de herencia no puede ser encuadrada en la distinción entre acciones reales y personales. Como dice Cicu⁴¹, como las acciones reales, es absoluta y ejercible *erga omnes*; pero no es una acción real, porque no tiene como presupuesto un derecho real. Las acciones reales protegen los derechos reales, los cuales recaen siempre sobre cosas. Por eso no se puede hablar de una acción real para proteger derechos de crédito. Y como la acción de petición de herencia protege derechos de distinta naturaleza, reales y creditorios, no se la puede calificar de acción real. No obstante no ser real, comparte con las acciones reales el ser ejercible *erga omnes*, es decir, la facultad de poder dirigirla contra cualquiera que posea los bienes del caudal relicto.

La acción de petición de herencia es afín a la acción reivindicatoria, pero hay diferencias: 1) la acción reivindicatoria tiene por objeto la restitución de una cosa determinada, en base al reconocimiento del derecho de propiedad sobre ella; en tanto que la acción de petición tiene por objeto la restitución de un conjunto de cosas o derechos de créditos u otros derechos incorporales, en base al reconocimiento de la calidad de heredero. 2) En la acción reivindicatoria el actor debe probar no sólo que ha adquirido la propiedad sino también que la ha adquirido de quien era propietario; en tanto que en la acción de petición de herencia debe probar su título de heredero.

Por lo demás, se trata de una acción universal y vindicativa.

681. Sujeto activo

Conviene estudiar por separado los distintos casos que se pueden

⁴⁰ El pasaje en que se dice *tam in rem quam in personam* sólo tiene alcance ejemplificativo.

⁴¹ CICU, ob. cit., p. 474.

presentar, para analizar quiénes están legitimados para el ejercicio de la acción de petición de herencia.

Veamos estos casos:

A) *El heredero*. Todo heredero, sea legítimo o testamentario, está activamente legitimado para ejercer la petición de herencia⁴².

La legitimación del heredero para ejercer la acción de petición de herencia en relación con la posición jurídica del demandado implica, unas veces, tener un derecho excluyente frente a él, en cuyo caso el resultado de la acción supone privar al demandado de la cosa objeto de la acción; otras veces supone un derecho recurrente en cuyo caso el demandado no se verá privado de la cosa, sino que concurrirá con el actor en la proporción que determine la ley o la voluntad del causante.

La legitimación activa corresponde a todo heredero que no tiene la posesión material de los bienes de la herencia, con independencia de que en el ámbito procesal haya obtenido declaratoria de herederos o auto de aprobación de testamento.

Señalaremos como casos de mayor interés, en el campo de la legitimación activa, los siguientes:

1. *Caso de varios herederos*. Existiendo varios herederos, cuando todos ellos demandan mancomunadamente no hay duda acerca de su legitimación activa. Tampoco la hay, respecto de cada coheredero, por la parte que le haya correspondido en la partición de la herencia.

El problema surge con relación a la legitimación activa de uno de los coherederos durante el estado de indivisión. Teóricamente, caben dos posibilidades: que el heredero accione en beneficio de la comunidad, o que accione en beneficio exclusivo de su cuota.

La doctrina le reconoce al coheredero la facultad de accionar en beneficio de la comunidad, pidiendo la restitución integral de los bienes que componen el caudal hereditario o de alguno de ellos en particular⁴³.

⁴² No lo está, en cambio, el instituido bajo condición suspensiva hasta tanto ésta sea cumplida.

⁴³ LACRUZ, *Anotaciones* a BINDER, ob. cit., p. 278; ROCA SASTRE, *Anotaciones* a KIPP, ob. cit., p. 378; BORDA, ob. cit., N° 468.

Esta solución concuerda con la sostenida en materia de reivindicación en la comunidad hereditaria⁴⁴.

Más difícil es determinar si el coheredero tiene la facultad de actuar en beneficio de su propia cuota, es decir, si puede accionar *pro parte*. En ese caso no puede pretender la restitución de los bienes hereditarios poseídos por la demandada, sino como en el Derecho Romano, *la possessio pro indiviso* correspondiente a su cuota⁴⁵.

2. *Caso de inactividad del heredero con derecho excluyente*. El artículo 3424 del Código de Vélez se refería a un supuesto en que el heredero con derecho excluyente permanece inactivo: "En caso de inacción del heredero legítimo o testamentario —dice el artículo—, la acción corresponde a los parientes que se encuentran en grado sucesible, y el que la intente no puede ser repulsado por el tenedor de la herencia porque existan otros parientes más próximos".

Ante la pasividad del pariente de grado más próximo o del heredero testamentario, la ley concedía la acción de petición de herencia al heredero que está en grado ulterior o al heredero legítimo, respectivamente. En consecuencia, le negaba al demandado el derecho de oponer como defensa la eventualidad del derecho del accionante.

El nuevo Código Civil y Comercial no contiene un precepto similar al artículo 3424, y no lo tiene porque resulta innecesario, ya que el contenido que tenía ese artículo surge de los principios generales que rigen la sucesión.

En nuestra opinión, basta aplicar los conceptos de vocación y delación. La legitimación del accionante surge de su indiscutible vocación y de su eventual delación, máxime cuando se la hace valer frente a quien no tiene derecho sobre el bien o bienes de la herencia.

Circunscribiéndonos al caso de inactividad del heredero más próximo (sucesión intestada), la norma halla también su fundamento en la falta de necesidad de probar la inexistencia de herederos de grados más próximos. Al heredero accionante le basta probar su parentesco con el causante, que le otorga derecho a la herencia, y la ley no le exige la prueba de un hecho negativo, cual es la inexistencia de he-

⁴⁴ PÉREZ LASALA, ob. cit., t. I, N° 504.

⁴⁵ Ídem Sancho Rébullida, con referencia al Derecho italiano (ob. cit., p. 36).

rederos más próximos⁴⁶. Lo mismo sucede si hay un testamento y los beneficiarios de él no lo presentan en el juicio sucesorio; los herederos intestados están legitimados para ejercer la acción.

Esto no obsta para que quienes tengan un derecho excluyente respecto del accionante puedan reclamarle más tarde el objeto recibido, salvo que se haya operado la prescripción en su favor. El mejor derecho sobre el accionante presupone la delación definitiva del heredero de grado más próximo o del heredero testamentario.

B) *Cesionario*. La cesión de la herencia es un contrato que versa únicamente sobre derechos patrimoniales (y las consiguientes obligaciones) contenidos en la herencia, y no sobre la calidad de heredero. De esto resulta que como en la cesión no se trasfiere la calidad de heredero —calidad que es el presupuesto de la petición de herencia—, el cesionario no puede ejercer una acción de petición de herencia en sentido propio.

Empero, como lo que se trasmite en la cesión hereditaria tiene un objeto idéntico al de la petición de herencia, el cesionario se ve asistido por una acción semejante a la petición de herencia. Esto ocurre cuando el demandado se opone negando la calidad hereditaria del cedente, no el título singular del cesionario, pues entonces el actor cesionario reclamará los bienes en cuanto pertenecientes a la herencia. Más aún, en este caso hay una importante diferencia con la acción de petición, ya que el demandante debe probar no sólo la calidad de heredero del cedente, sino su título singular de adquisición⁴⁷.

No obstante, la doctrina, comúnmente, sin entrar en mayores profundidades, concede al cesionario la legitimación para ejercer la acción de petición de herencia, y lo mismo ocurre con la jurisprudencia⁴⁸.

C) *Acreedores de los herederos*. Los acreedores de los herederos pueden ejercer la petición de herencia por vía de la acción subrogatoria,

⁴⁶ RIPERT y BOULANGER, *Sucesiones* cit., t. X, vol. 2, N° 2305.

⁴⁷ SANCHO REBULLIDA, ob. cit., p. 42; LACRUZ, ob. cit., N° 442; CICU, ob. cit., N° 77.

⁴⁸ MESSINEO, ob. cit., p. 444; BORDA, ob. cit., N° 469. Ver fallos citados por este autor.

siempre que la petición de herencia no esté subordinada al ejercicio previo o concomitante de una acción personalísima, como es la de reclamación o impugnación de estado⁴⁹.

D) *El Estado*. También está legitimado el Estado para ejercer la acción de petición de herencia, en el caso de vacancia de la herencia.

E) *Legatario de parte alcuota*. Para los que aceptan esta figura en el nuevo Código Civil y Comercial, el legatario de parte alcuota formaría parte de la comunidad hereditaria; de ahí su legitimación para ejercer la petición de herencia como los herederos. Las únicas modalidades son las que surgen de la concurrencia con otros herederos, siendo de aplicación lo dicho en la letra A.

F) *Ausente con presunción de fallecimiento reaparecido*. La acción que entablara el reaparecido, que ha sido declarado fallecido, con el fin de obtener la restitución de su propio patrimonio, no sería de petición de herencia. No podría calificársela de petición de herencia por cuanto el patrimonio de una persona viva no constituye herencia.

No obstante ello, la estructura de la acción es la misma (hasta el punto de que el Código Civil alemán concede la acción de petición de herencia al reaparecido, en el artículo 2031). Por eso podemos aceptar la legitimación activa del reaparecido para ejercer una acción semejante a la de petición de herencia con el propósito de lograr la restitución de su patrimonio⁵⁰.

682. Sujeto pasivo

A) *Quien posee como heredero*. El sujeto pasivo por excelencia es el poseedor que invoca la calidad de heredero, el llamado comúnmente "heredero aparente". Cuando decimos "poseedor" nos referimos

⁴⁹ BORDA, ob. cit., N° 469.

⁵⁰ ROCA SASTRE, ob. cit., p. 379; SANCHO REBULLIDA, ob. cit., p. 43; MESSINEO, ob. cit., p. 444.

a la posesión material, con independencia de si tiene o no la posesión hereditaria⁵¹. Consecuentemente, la acción de petición de herencia jamás puede ser dirigida contra quien no ha entrado en la posesión material de los bienes que componen la herencia.

Los romanos llamaron a este poseedor, muy gráficamente, "*possessor pro herede*". A él se refiere el artículo 2310, parte 2ª, cuando dice que "La acción de petición de herencia procede [...] contra el que está en posesión material de la herencia e invoca el título de heredero".

La calidad de *possessor pro herede* puede tener su origen en diferentes causas: unas veces será por la ineficacia del título de heredero, como ocurrirá cuando se declare nulo el testamento, o cuando un testamento se vea revocado por otro posterior, o cuando se anule una declaratoria de herederos en virtud de la aparición de un testamento, o cuando se declare indigno a un heredero, etcétera; otras veces se deberá a que el poseedor se arroga la condición de heredero sin mediar título real (en forma absoluta o en forma relativa en cuanto a la pretensión del actor).

Desde otro punto de vista, la acción de petición de herencia puede ser ejercida contra el *possessor pro herede* en forma excluyente o en forma concurrente. En el primer caso, el heredero aparente será desplazado por el demandante por carecer de derechos hereditarios; en el segundo, el heredero aparente, que reúne en sí la cualidad de heredero real y la de aparente (tiene derechos hereditarios, pero pretende de la herencia una parte mayor que aquella que realmente le corresponde), tendrá que compartir la herencia con el actor.

B) *Los herederos del "possessor pro herede", poseedores materiales de los bienes.* La legitimación pasiva de los herederos del *possessor pro herede* aparece evidente, puesto que tales herederos subentran en las relaciones jurídicas del causante⁵².

C) *El "cuasi possessor pro herede".* Si en la herencia no hay más que créditos, la acción de petición de herencia puede ser dirigida contra

⁵¹ Por eso no es necesario que haya sido declarado heredero. Conf.: BORDA, ob. cit., N° 471.

⁵² La doctrina española acepta este temperamento, y también el Tribunal Supremo (SANCHO REBULLIDA, ob. cit., p. 50).

quien está en posesión del crédito, invocando el carácter de heredero (podemos llamarlo "*cuasi possessor pro herede*"). Lo mismo cabe decir de ciertas servidumbres en las cuales el demandado es *cuasi* poseedor.

D) *Los poseedores de cosas de las que el causante era poseedor.* Si el causante, sin tener título de propiedad poseía cosas, esos estados posesorios pasan al heredero.

Cuando ese heredero es aparente, la acción de petición de herencia se puede dirigir contra él como heredero aparente, poseedor de las cosas que poseía el causante.

El artículo 2312, con ocasión de la restitución de bienes que pesa sobre el heredero aparente, expresa que el heredero debe restituir "...inclusive las cosas de las que el causante era poseedor..." La acción de petición de herencia consecuentemente puede dirigirse contra él, como poseedor de esas cosas.

E) *Cesionario de la herencia.* El cesionario de la herencia no es un heredero aparente, puesto que en ningún caso el heredero cedente transmite su condición de tal. De ahí que en este aspecto no se lo pueda considerar como *possessor pro herede*. Por otra parte, el cesionario es un adquirente a título particular, aunque el heredero le transmita la totalidad o una parte alícuota de la herencia (en nuestro Derecho no hay transmisión universal *inter vivos*). De ahí que tampoco pueda considerárselo como *possessor pro possessore*, porque es condición esencial de éste no tener como base título particular alguno.

Estrictamente, corresponde negar la legitimación pasiva al cesionario de la herencia. Tal es el criterio de Gullón, que comparte Lacruz⁵³; pero este último admite que se pueda dirigir la acción de petición de herencia contra el cesionario como *possessor pro possessore*, en el supuesto de que le sea posible o no quiera ampararse en el título particular de su adquisición.

No obstante lo dicho, otros autores opinan que quien adquiere una herencia como cesionario está equiparado al heredero en cuanto al

⁵³ En España, GULLÓN, *La acción de petición de herencia*, en ADC, 1959, p. 219; LACRUZ, ob. cit., N° 443.

objeto transmitido. Adquiere el todo o una parte alícuota del patrimonio relicto impregnado de un sentido de universalidad, aunque estrictamente su título adquisitivo no sea universal. Esta equiparación del cesionario al heredero en lo relativo al objeto transmitido, que es precisamente lo que va a ser objeto de la acción de petición de herencia, los lleva a admitir esta acción contra el cesionario. Polacco⁵⁴ alega que aunque el título es singular, es universal el objeto de su adquisición. Roca Sastre⁵⁵ entiende que hay base suficiente para admitir que quien adquiere por compra u otro título traslativo una herencia o cuota de ella, está equiparado al poseedor de la herencia a estos efectos, ya que si bien la compraventa y otros contratos análogos constituyen títulos singulares de adquisición, no obstante, cuando tienen por objeto el todo o una cuota de un patrimonio relicto, se impregnan de un sentido de universalidad, que se refleja, por ejemplo, en el artículo 1531 del Código Civil español.

La legitimación pasiva del cesionario es aceptada por la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia francesas. Nuestra doctrina no se ocupa en forma especial de la legitimación pasiva del cesionario de la herencia.

El artículo 2312, párrafo 3º del nuevo Código se refiere al cesionario: "El cesionario de los derechos hereditarios del heredero aparente está equiparado a éste en las relaciones con el demandante".

F) *El exposeedor*. Ya vimos que en el Derecho Romano el *ex possessor* sólo podía ser sujeto pasivo de la *petitio hereditatis* en determinados casos, no admitiéndose en forma genérica su legitimación.

En el Derecho moderno la cuestión es debatida, incluso en los ordenamientos jurídicos que han previsto esta hipótesis⁵⁶. En nuestra opinión, cabe admitir en nuestro Derecho una concepción amplia, en cuanto a la legitimación pasiva del exposeedor en la acción de petición de herencia, basándonos en el concepto de la subrogación real.

Partimos de la idea de que la subrogación real es siempre especial,

⁵⁴ POLACCO, ob. cit., t. II, p. 140.

⁵⁵ Ob. cit., p. 278.

⁵⁶ SANCHO REBULLIDA, ob. cit., ps. 55 y ss.

y de que es indispensable que el bien que entre en el patrimonio esté individualizado y sea el mismo que el que salió de él⁵⁷.

La legitimación pasiva del exposeedor puede surgir del artículo 92, parte 2ª del nuevo Código, que representa un caso típico de subrogación real. Dicho artículo se coloca en el supuesto de que una persona declarada fallecida reaparezca después de cesada la prenotación. Dice así: "Si el ausente reaparece, puede reclamar: a) la entrega de los bienes que existen en el estado en que se encuentran; b) los adquiridos con el valor de los que faltaren; c) el precio adeudado de los enajenados; d) los frutos no consumidos".

La acción se dirige contra los herederos del ausente declarado erróneamente fallecido, que estuvieron en posesión de los bienes que enajenaron (fueron exposeedores), adquiriendo otros en su lugar.

La acción de petición de herencia se ejerce para reclamar los bienes adquiridos con el valor de los que faltaren (inc. b) y el precio que se adeudase de los que hubiesen sido enajenados (inc. c). Estamos ante casos típicos de subrogación real, ya que los elementos que entran en lugar de los que salieron del patrimonio son perfectamente individualizados. Los bienes adquiridos y el precio adeudado de los enajenados, no se confunden con el conjunto de los bienes del enajenante.

No vemos inconveniente en extender la hipótesis del artículo a otros supuestos en que el dinero fuese individualizable; por ejemplo, si es objeto de un depósito judicial, o en casos en que con el dinero obtenido sean adquiridos otros bienes.

La posibilidad de la presentación de otros herederos preferentes no es exclusiva —como dice Aráuz Castex⁵⁸— del supuesto de fallecimiento presunto; puede ocurrir en cualquier sucesión. De ahí que arribemos a la conclusión de la admisión de la legitimación procesal pasiva del exposeedor en la acción de petición de herencia, cuando medie el fenómeno de la subrogación.

También se aplica el concepto de subrogación, en la concepción de Bonncase que hemos aceptado, a los casos en que por enajenación,

⁵⁷ BONNECASE, Julien, *Elementos de Derecho Civil*, trad. mexicana, 1946, t. III, ps. 28 y ss. En nuestra doctrina: QUINTEROS, *Subrogación real*, Buenos Aires, 1942, ps. 139 y ss.; LAFAILLE, *Teoría de la subrogación real*, en J. A. 1942-IV-3, sec. doct.

⁵⁸ *Derecho Civil*, Buenos Aires, 1974, t. I, p. 518.

pérdida o deterioro de los bienes, hay que pagar una indemnización. El derecho a la indemnización, representado por un derecho de crédito en contra de una persona determinada, es un bien concreto que no se funde en el patrimonio de su titular. En este caso, la extensión de la indemnización dependerá de la buena o mala fe del exposeedor del bien hereditario. Unas veces el límite o la medida será el precio; otras, todos los perjuicios causados como sucede en el artículo 2315, párrafo 3º, según que el poseedor de la herencia sea de buena o mala fe.

Lo característico de este supuesto es que el derecho del heredero real consistirá en un derecho de crédito, representado por el derecho a indemnización, que abarcará una amplia gama de situaciones, en las cuales, sin duda, aparecerá incluido el supuesto de quien deja de poseer por dolo, el *qui dolo desuit possidere* de las fuentes romanas. La acción de petición de herencia tiene aquí un efecto resarcitorio del daño, en sustitución de los objetos salidos del patrimonio del demandado que pertenecieron a la herencia.

Aunque en nuestro Derecho no está especialmente reconocido como sujeto pasivo el exposeedor, creemos que en estos últimos casos tal reconocimiento surge del artículo 2315. No dudamos que la acción de petición de herencia pueda ser dirigida contra el poseedor de la herencia que ha enajenado un bien, a efectos indemnizatorios (su extensión variará según que haya buena o mala fe), pues de lo contrario bastaría la simple enajenación por parte del poseedor, aun después de interpuesta la demanda, para privar al heredero real de la acción de petición de herencia, con todas las ventajas que ésta lleva consigo.

Para terminar, aclaramos una vez más que la amplitud que hemos admitido sólo se refiere al exposeedor, pero jamás a quien nunca fue poseedor material de los bienes hereditarios. La acción de petición de herencia nunca puede ser ejercida contra quien no tuvo la posesión material de los bienes, aunque fuese poseedor hereditario (posesión civilísima).

683. No puede ser sujeto pasivo el poseedor que no invoca título alguno

El poseedor de los bienes hereditarios que, sin invocar el carácter de heredero, no justifique su posesión en título singular, no puede ser

sujeto pasivo de la acción de petición de herencia en el nuevo Código. Ese poseedor, como en el Derecho Romano justinianeo, era el que no manifestaba *animus heredis*; quien, interrogado, contesta "*possideo qui possideo*", "poseo porque poseo". Los romanos lo llamaron, por eso, "*possessor pro possessore*".

La figura del *possessor pro possessore* pasó del Derecho Romano al Derecho común, y de ahí a las legislaciones modernas (Cód. italiano, art. 533; arg. art. 1021, Cód. español; etc.). Excepcionalmente, el Código Civil alemán eliminó a este poseedor al considerar legitimado pasivamente sólo al *possessor pro herede* (art. 2018).

La figura de este poseedor aparece ampliamente justificada. Sería injusto obligar al actor a probar no sólo su título de heredero, sino también el dominio del causante, ante una persona que no basa su posición en título particular alguno o que se limita a negar la cualidad de heredero en el accionante, máxime cuando, frente a quien invoca la condición de heredero, al accionante sólo le basta probar su calidad de heredero. La postura que asume quien no invoca título alguno, sino sólo la posesión, para permanecer en poder de objetos hereditarios, debe merecer mucho menos consideración que quien invoca la calidad de heredero. De ahí que desde antiguo se ha permitido al actor accionar contra él por medio de la acción de petición de la herencia, sin necesidad de recurrir a las acciones particulares.

Fornieles⁵⁹, en este sentido, se pregunta: ¿cómo explicar una petición de herencia contra quien no posee a título de heredero? Si el difunto viviese, habría tenido que accionar por reivindicación y suministrar la prueba de su derecho de propiedad para vencer en el pleito. ¿Por qué, entonces, producida su muerte, se dispensa al heredero de una prueba a la cual estaría obligado su autor?

"Muchas razones se han dado —dice el autor—, admitiéndose generalmente las que expuso Cujacio, que se resumen así: El poseedor *pro possessore*, que no tiene derecho alguno en que apoyar su posesión y se defiende con el solo hecho de tenerla, es un deshonesto que no merece ningún interés, y a quien hay que tratar sin miramientos.

"Ahora bien: es sabido que la posición del actor es más ventajosa

⁵⁹ FORNIELES, ob. cit., N° 187.

cuando tiene sólo que probar su condición de heredero (petición de herencia) que cuando tiene que probar también el dominio del causante, sobre todo si son varios los bienes, en que ha de rendir para cada uno prueba distinta. Frente a un demandado que no sabe dar ninguna razón de su posesión, sería inocuo colocar al actor en condición peor que si invocara un derecho hereditario para apoyarla”.

El Código Civil de Vélez, siguiendo la tradición romanista, aceptó, a nuestro juicio, la figura del *possessor pro possessore* en el artículo 3422, 2ª parte: “El heredero tiene acción para que se le restituyan las cosas hereditarias [...] o de los que tengan de ellas la posesión con los aumentos que haya tenido la herencia”. La frase, expresada en forma más clara, dice que el heredero tiene acción para que le sean restituidas las cosas hereditarias contra quienes tengan la posesión de ellas, es decir, de las cosas hereditarias.

Ésos son, precisamente, los *possessores pro possessores* del Derecho Romano. Tales poseedores no tienen título singular alguno que justifique su posesión frente al accionante de la petición de herencia, o, simplemente, niegan el carácter de heredero en el actor⁶⁰.

No obstante la claridad de los textos, un importante sector de la doctrina, basándose en el artículo 164 del Código Civil de Chile, citado en la nota, y en la definición de petición de herencia contenida en la obra de Aubry y Rau⁶¹, pretendió negar la calidad de sujetos pasivos de la acción a estos poseedores⁶². Para ello alteraron el texto del artículo 3422, cambiando la expresión “de ellas” por “de ellos”, basándose en un presunto error tipográfico. Con esta alteración queda, entonces, así el sentido de la frase: el heredero tiene acción para que le sean restituidas las cosas hereditarias poseídas por otros como sucesores universales o poseídas por quienes tengan “de ellos”, la posesión; quienes tienen de los herederos (de ellos) la posesión son, para ese sector

⁶⁰ Así lo aceptan, en general, RÉBORA, ob. cit., t. I, p. 237, N° 4; FORNIELES, ob. cit., N° 187; BIBILONI, *Anteproyecto de reformas al Código Civil. Sucesiones* cit., ps. 210 y ss.; SPOTA, prólogo a *Petición de herencia*, de QUINTEROS.

⁶¹ Ob. cit., párag. 616, p. 181.

⁶² MACHADO, ob. cit., t. VIII, p. 644; SEGOVIA, ob. cit., t. II, p. 487; LA-FAILLE, ob. cit., t. I, N° 347; BORDA, ob. cit., N° 472; ZANNONI, ob. cit., t. I, N° 444.

doctrinal, los cesionarios de derechos hereditarios. La jurisprudencia en varias oportunidades se ha hecho eco de esta posición⁶³.

Consideramos esta tesis equivocada: 1) El artículo 3422 no pretendió unificar los criterios contenidos en la obra de Aubry y Rau y en el Código de Chile, sino que se separó deliberadamente de ambos. Aubry y Rau comprenden en su definición, como sujetos pasivos de la acción, a los sucesores universales del difunto y a los causahabientes de tales sucesores. El Código de Chile sólo permite dirigir la acción contra los poseedores que ostentan la calidad de herederos, para que sean restituidas las cosas hereditarias y aun aquellas de que el difunto era mero tenedor, como depositario, comodatario, etcétera. 2) Nadie duda de que la acción de petición de herencia puede ser acumulada a otras acciones, como la acción de nulidad de testamento. Si se ejercieran conjuntamente ambas acciones, la declaración de nulidad de testamento llevaría consigo, además, la reivindicación de las cosas hereditarias. Pero si se interpusiera primero la acción de nulidad de testamento y el juez declara su nulidad, el heredero no podría ejercer la acción de petición de herencia contra la misma persona por ser un simple poseedor que no podría invocar el título de heredero. En ese caso, el accionante se vería obligado a ejercer las acciones particulares que tenía el causante para obtener el goce de los bienes hereditarios, lo cual sería bastante incongruente, pues complicaría inútilmente la posición del heredero privado de la herencia.

El nuevo Código permite la procedencia de la acción contra el poseedor material que invoca el título de heredero (art. 2310), pero no extiende la acción contra el simple poseedor que no invoca título singular alguno. Pensamos que en esto hubo retroceso en vez de avance. Hubiera bastado clarificar el artículo 3422, parte 2ª del Código de Vélez.

684. La acción de petición de herencia y la defensa de la legítima

La acción de petición de herencia puede proteger indirectamente la legítima. Esto sucede cuando el accionante es legitimario y obtiene

⁶³ CNCiv., sala G, 16-10-2001, L. L. 2002-B-282; CCCom. de Santiago del Estero, 5-7-2005, L. L. NOA 2006-464, Online AR/JUR/4406/205.

el reconocimiento de su calidad de heredero, recibiendo como tal los bienes hereditarios. Si el demandado es excluido como heredero intestado o concurre en ese carácter con el actor, en la cuota hereditaria del reclamante va embebida la legítima. Lo mismo sucede si el demandado tenía en su favor un testamento nulo. La declaración de nulidad abre la sucesión intestada, y el reclamante, como heredero intestado, obtiene los bienes hereditarios. La acción de petición de herencia viene a proteger, así, la cuota de legítima, aunque su defensa abarque una porción mayor.

En cambio, cuando la ley sólo permite reclamar estrictamente la porción legítima, no cabe la acción de petición de herencia, sino la de reducción. Por ejemplo, si en un testamento válido se dispone de bienes que violan parcialmente la legítima de un legitimario, éste sólo podrá ejercer la acción de reducción para obtener el complemento faltante (art. 2451). Lo mismo sucederá cuando en un testamento el legitimario haya sido preterido (art. 2450). En estos supuestos, el legitimario obtendrá los bienes suficientes para cubrir integralmente su porción de legítima. No cabe, en tales casos, el ejercicio de la acción de petición.

685. La acción de petición de herencia y la acumulación de otras acciones

Es frecuente que sean acumuladas a la acción de petición de herencia otras acciones, de cuya resolución depende el reconocimiento del título de heredero. La doctrina⁶⁴ y la jurisprudencia así lo aceptan⁶⁵.

Estas acciones son muy variadas. Podemos citar, entre otras, las siguientes:

1. *Acción de ineficacia del testamento.* Esta ineficacia testamentaria puede provenir de la nulidad, de la caducidad o de la revocación del testamento, siempre que las citadas causales lo priven de efectos jurídicos. La declaración de ineficacia del testamento abrirá la sucesión intestada y posibilitará el reclamo de los herederos legítimos.

2. *Acción de indignidad.* Esta acción lleva consigo la exclusión

⁶⁴ FORNIELES, ob. cit., N° 186; LAFAILLE, ob. cit., N° 342, etc.

⁶⁵ G. F. 91-281; CCiv. 2° Cap., 22-2-32, J. A. 37-672.

del indigno de la herencia. La declaración de indignidad acumulada a la acción de petición de herencia implicará la exclusión del indigno y la consiguiente adquisición de los bienes hereditarios por el reclamante, en forma exclusiva o concurrente con otros beneficiarios.

Recordemos que la declaración de indignidad no priva del derecho hereditario a los descendientes del indigno (art. 2429).

3. *Incapacidad para suceder por testamento.* Esta acción produce la exclusión del incapaz de la sucesión testamentaria que lo favorece (art. 2482). La acción de incapacidad acumulada a la acción de petición de herencia llevará consigo la exclusión del incapaz y la consiguiente admisión de otros herederos, que recibirán la herencia en forma excluyente o concurrente, según los casos.

4. *Acción de exclusión del cónyuge.* Esta acción, acumulada a la acción de petición de herencia, permitirá la adquisición de los bienes hereditarios por parte del accionante, ya en forma excluyente, ya en forma concurrente con otros herederos.

5. *Acción de filiación.* Esta acción incorporará como hijo, en el sucesorio, al reconocido judicialmente como tal. Acumulada a la acción de petición de herencia, producirá la vindicación de los bienes hereditarios a favor del reconocido, excluyendo a otros herederos de grado ulterior o concurriendo con ellos. Cuando la demandada tiene en su favor un testamento válido en el cual se ha dispuesto de todos los bienes, el hijo debe ejercer la acción de reducción, y no la de petición de herencia⁶⁶.

El reconocimiento del carácter de heredero es presupuesto de la acción de petición de herencia. En principio, ese reconocimiento no requiere pronunciamiento expreso, pues la vindicación de los bienes ya implica tal reconocimiento. No obstante, comúnmente es necesario el pronunciamiento sobre el carácter de heredero cuando se dan estas acumulaciones de acciones.

La acumulación de estas acciones a la petición de herencia evitará promover un segundo juicio para obtener la devolución de los bienes⁶⁷. Pero esta acumulación no siempre será conveniente; ello dependerá

⁶⁶ *Infra* N° 210, a, 2.

⁶⁷ LAFAILLE, ob. cit., N° 342.

de las circunstancias del caso (por ejemplo, cuando se tenga la certeza de que, ganada la controversia sobre el carácter de heredero del reclamante, la devolución de los bienes hereditarios no será resistida). A veces, la inseguridad sobre la prosperidad de la acción antecedente (v. gr., acción de nulidad de testamento) aconsejará no acumular la de petición de herencia. Otras veces podrá entrar en juego la consideración del criterio regulador de honorarios, los cuales, cuando medie petición de herencia, serán regulados siempre por el valor de los bienes vindicados, cosa que puede no suceder si la acción procedente es ejercida sola, como en el caso de la citada acción de nulidad de testamento, etcétera.

686. La acción de petición de herencia y el proceso sucesorio

La acción de petición de herencia no necesita para prosperar el previo reconocimiento de la calidad de heredero, que se hace dentro del mismo proceso contencioso. De ahí deducimos que no es necesario para ejercer la acción que el actor haya obtenido previamente la investidura de su calidad de heredero, recurriendo al proceso sucesorio.

Esto tiene interés si el actor es un colateral, incluido en el artículo 2338, pues siendo un ascendiente, descendiente o cónyuge la investidura la tiene de pleno derecho, sin necesidad de intervención de los jueces.

Supongamos que los herederos sean los hermanos del causante (que no tiene hijos ni padres ni cónyuge). Si los hermanos inician una acción de petición de herencia contra un tercero que está en posesión de bienes hereditarios e invoca el título de heredero, no necesitan previamente abrir el juicio sucesorio para que se los declare herederos. Les basta probar en el proceso contencioso que son hermanos del causante con las correspondientes partidas del Registro Civil. Esto es así porque en el mismo proceso contencioso de petición de herencia deben probar la calidad de herederos, base previa y necesaria para obtener la recuperación de la cosa hereditaria en poder de un tercero que invoca el carácter de heredero.

Esto no quiere decir que el futuro actor de la acción de petición de herencia no pueda previamente obtener la declaratoria de herederos a su favor. Es una opción que siempre tendrá el futuro demandante.

Cosa similar sucede cuando se trata de una sucesión testamentaria basada en un testamento por instrumento público, en la cual el testador instituye herederos a sus hermanos (no tiene ascendientes, descendientes, ni cónyuge). Al actor de la acción de petición de herencia le bastará agregar al expediente el testamento efectuado por escritura pública, sin necesidad de haber obtenido el auto de aprobación del testamento.

En síntesis, ante la particularidad de la acción de petición de herencia, en principio no rige la división contenida en el artículo 2337 (investidura de pleno derecho) y el artículo 2338 (investidura otorgada por el juez). Esto en modo alguno impide al que va a ejercer la acción de petición de herencia recurrir previamente al juicio sucesorio para obtener en él la declaratoria de herederos o la aprobación del testamento.

El caso excepcional se produce cuando el actor funda su derecho de heredero en un testamento ológrafo. En ese caso resulta indispensable iniciar el juicio sucesorio testamentario para cumplimentar la etapa previa de reconocimiento de la autenticidad del testamento, seguido de la orden del juez para su protocolización. Ese trámite previo es privativo del proceso sucesorio y no puede efectuarse en el proceso contencioso que origina la acción de petición de herencia.

Con respecto al demandado, normalmente éste ostenta su calidad de heredero amparándose en una declaratoria de herederos a su favor o en un auto de aprobación formal de testamento. Pero esto no es necesario, pues el actor puede demandar al poseedor material de bienes hereditarios, que proclama su carácter de heredero, sin haber iniciado el juicio sucesorio que respalde su carácter de heredero.

Veamos algunas hipótesis:

1) Cuando se trata de una sucesión intestada y el actor reviste el carácter de heredero por tener vocación y delación según las mismas partidas del Registro Civil, bastará solicitar la revocación de la declaratoria de herederos del demandado por estar el actor en un grado sucesible que desplaza a los herederos declarados (por ejemplo, si la declaratoria de herederos fue hecha a favor de hermanos y un hijo reclama la herencia); o bastará la ampliación de esa declaratoria de herederos si actor y demandado tienen derecho a concurrir a la herencia

(por ejemplo, si la declaratoria de herederos es hecha a favor de dos hijos y aparece luego un tercer hijo). Esta revocación o ampliación de la declaratoria de herederos, y la consiguiente adquisición de los bienes por parte del actor, no requerirá recurrir a la acción de petición de herencia si el demandado permite dicho disfrute excluyente o concurrente, según los casos. La acción de petición de herencia será necesaria, en cambio, cuando el demandado le niegue al actor la entrega de los bienes o del disfrute compartido.

Dentro del ámbito de la sucesión intestada, resulta más interesante el supuesto en que el actor carece de vocación y delación según las partidas del Registro Civil, y es necesaria la previa rectificación para obtener la calidad de heredero (por ejemplo, si el hijo debe probar su filiación para ser considerado como tal y tener la consiguiente vocación y delación hereditarias). Éste es un supuesto en el cual se acumulará la acción de filiación a la de petición de herencia.

2) El campo propio de la acción de petición de herencia lo constituye el caso en que el testamento es nulo por cualquiera de las causas previstas en la ley. En tal supuesto, los herederos legítimos, sean o no legitimarios, heredarán como sucesores intestados y podrán reclamar los bienes hereditarios. Éste es un caso en que también se acumula a la acción de petición de herencia otra acción, cual es la de nulidad de testamento. El actor que está en grado sucesible debe probar con las correspondientes partidas su parentesco con el causante, sin necesidad de la previa declaratoria de herederos en su favor⁶⁸. La acción de petición de herencia excluirá al demandado de los bienes hereditarios o declarará la concurrencia del actor con él, según los casos.

Cuando se trata de una sucesión testamentaria (con testamento válido que abarca la universalidad de los bienes) y el actor, según las partidas del Registro Civil, aparece con derecho sobre la herencia por su carácter de legitimario, no corresponde ejercer la acción de petición de herencia, sino la acción de reducción, ya sea porque el legitimario no ha recibido toda su legítima, ya porque ha sido omitido. Los legitimarios deberán probar el carácter de tales.

⁶⁸ QUINTEROS, ob. cit., p. 85; CCiv. 1ª Cap., 12-4-31, J. A. 35-605; CCiv. 2ª Cap., 2-3-33, J. A. 42-180.

687. La acción de petición de herencia y el proceso sucesorio terminado

La acción de petición de herencia puede ser ejercida aun cuando el proceso sucesorio esté terminado. La particularidad reside en que si prospera la acción, la sentencia necesitará reconocer el carácter de heredero del reclamante y declarar la nulidad o reforma de la partición.

El artículo 2336, párrafo 2º reconoce la competencia del juez del sucesorio para entender en la acción de petición de herencia, sin ningún límite.

688. Juez competente y fuero de atracción

En nuestra opinión, cabe distinguir estas situaciones: a) que ni el actor ni el demandado hayan iniciado el proceso sucesorio; b) que alguno de ellos o ambos lo hayan iniciado; c) que a la acción de petición de herencia sean acumuladas otras acciones.

a) Puede suceder que el actor no haya sido declarado heredero (supuesto común), y tampoco el demandado, porque no haya recurrido al proceso sucesorio. En este caso, corresponde determinar quién es el juez competente para entender en la acción de petición de herencia. Tratándose de un problema de sucesión, la competencia corresponde a los jueces del lugar del último domicilio del causante, a tenor del artículo 2336, párrafo 1º del nuevo Código Civil y Comercial.

En el caso de heredero único se debe aplicar el mismo artículo 2336, párrafo 3º, con las limitaciones expuestas en el número 59.

b) Una vez iniciado el proceso sucesorio por parte del demandado, actuará el fuero de atracción previsto en el artículo 2336, párrafo 2º, siendo competente para entender en la acción de petición de herencia el mismo juez del sucesorio.

Si no hay proceso sucesorio iniciado por el demandado y, en cambio, el actor ha recurrido a dicho proceso, deberá entender en la acción de petición de herencia el mismo juez del sucesorio.

c) La situación debe ser resuelta en la misma forma cuando a la acción de petición de herencia son acumuladas otras acciones; por ejemplo, la de nulidad de testamento, la de indignidad, etcétera.

689. Oportunidad del ejercicio de la acción

Naturalmente, la acción de petición de herencia no puede ser ejercida antes de la muerte del testador.

No se necesita la iniciación del proceso sucesorio, aunque lo común es que éste tenga lugar, y haya declaratoria de herederos o auto de aprobación de testamento a favor del demandante.

Puesto que la acción es imprescriptible, no hay, en principio, límite temporal para su ejercicio. Pero, como veremos después, la prescripción adquisitiva de las cosas hereditarias hará que el ejercicio de la acción no prospere.

690. Renuncia de la acción

La renuncia de la acción de petición de herencia implica, en principio, renunciar al efecto propio del carácter de heredero, cual es recibir los bienes hereditarios. Ante una renuncia así, se mantendría la calidad de heredero vaciándola de su contenido patrimonial.

De ahí que en la práctica sea improbable que esta renuncia se produzca, al menos en forma expresa. Más imaginable es pensar en la renuncia de la herencia, con todas sus consecuencias (art. 2301).

691. Carga de la prueba

El heredero demandante debe probar, ante todo, la situación de heredero, esto es, los presupuestos de la apertura de la sucesión y su mejor derecho, ya por ser de mejor grado en la sucesión intestada, por ser nulo el testamento que le impide heredar, por ser incapaz o indigno el heredero instituido, etcétera. Las acciones de nulidad, incapacidad, indignidad, etcétera, serán absorbidas por la acción de petición de herencia (cuando el demandado esté en posesión material de los bienes). En segundo lugar, tiene que probar la posesión material de los bienes hereditarios que tiene el demandado. En tercer lugar, debe probar que las cosas reclamadas pertenecen al caudal hereditario⁶⁹.

Por su parte, el demandado tiene que probar los hechos impositivos

⁶⁹ LACRUZ, *ob. cit.*, p. 597.

de la pretensión del actor: su mejor derecho hereditario o la validez del título en que se funda. Si el demandado excepciona invocando un título particular (su prueba impedirá que prospere la acción de petición de herencia), a él le incumbirá la carga de la prueba.

692. Imprescriptibilidad de la acción de petición de herencia

La determinación del carácter prescriptible o imprescriptible de la petición de herencia ha dado lugar a opiniones divergentes en nuestra doctrina, ante el silencio del Código Civil. Para el desarrollo del tema distinguiremos los siguientes aspectos:

A) *Inaplicabilidad de la prescripción adquisitiva*. De entrada, hay que desechar la posibilidad de aplicación de la prescripción adquisitiva a la acción de petición de herencia. La usucapión es un modo de adquirir el dominio (o algunos *iura in re aliena*) por la posesión continuada de la cosa durante el tiempo fijado en la ley. No cabe hablar de prescripción adquisitiva, cualquiera que sea su clase, sin posesión. Y ésta es, precisamente, la que le falta al actor en la acción de petición de herencia, cuyo mecanismo supone la posesión de los bienes en el demandado.

B) *Imprescriptibilidad de la petición de herencia*. El artículo 2311 expresa: "*Imprescriptibilidad*. La petición de herencia es imprescriptible, sin perjuicio de la prescripción adquisitiva que pueda haberse operado con relación a cosas singulares".

El artículo ha terminado con las dudas sobre el tema, surgidas por la falta de una norma expresa en el Código de Vélez⁷⁰.

La acción de petición de herencia, al proteger la titularidad del heredero sobre los bienes de la herencia, permitiendo obtener su restitución, es dirigida contra cualquiera que tenga la posesión de tales bienes; es, por eso, una acción absoluta y ejercible *erga omnes*. Si

⁷⁰ MACHADO, ob. cit., t. X, nota al art. 3423; SEGOVIA, ob. cit., t. II, p. 160; FORNIELES, ob. cit., t. I, N° 190; MAFFÍA, *Manual de Derecho Sucesorio* cit., t. I, p. 247; MESSINEO, ob. cit., p. 449; CICU, ob. cit., p. 489. En contra: Fassi (*Prescripción de la acción de petición de herencia y de la partición hereditaria*, Buenos Aires, 1971, p. 72) aplica el plazo de 10 años contenido en el art. 4023.

estrictamente no podemos calificarla de real, porque no tiene como presupuesto un derecho real, tiene un mecanismo similar a las acciones reales, en especial la acción reivindicatoria. Este tipo de acciones, que protegen titularidades que en sí no implican la facultad de exigir una prestación frente a un sujeto especialmente obligado, son, en principio, imprescriptibles. Por eso, la calidad de heredero respecto de los bienes que le pertenecen no se extingue con el transcurso del tiempo, lo mismo que la calidad de propietario.

Esta imprescriptibilidad deja a salvo la posibilidad de la usucapión respecto de las cosas singulares de la herencia a favor de los poseedores de dichos bienes. En otras palabras, la acción de petición de herencia es imprescriptible, pero dicha acción no puede prosperar cuando se produce la prescripción adquisitiva de los bienes que en ella se reclama⁷¹. En este caso, el actor ha dejado de ser propietario de esos bienes, porque ya han sido adquiridos por medio de la usucapión.

C) *La imprescriptibilidad de la acción y el derecho de opción.* La imprescriptibilidad de la acción de petición de herencia no debe ser confundida con la pérdida del derecho de aceptar la herencia (o de renunciar a ella).

Si el heredero, que no se ha pronunciado durante 10 años guarda silencio, ese silencio tiene los efectos de una renuncia de la herencia (art. 2288). En ese caso, el heredero no podrá ejercer la acción de petición de herencia, porque ha perdido el carácter de heredero (a quien renuncia se lo considera como si nunca hubiese sido heredero). Falta, pues, para el ejercicio de la acción, el presupuesto más importante, que es la condición de heredero. No se puede decir, por eso, que la acción de petición de herencia ha prescrito a los 10 años, cuando lo que ha ocurrido es, simplemente, que ha caducado el derecho de aceptar la herencia.

D) *Caso de acciones acumuladas.* No obstante la imprescriptibilidad de la acción de petición de herencia, si a esta acción son acumuladas

⁷¹ CNCiv., sala C, 27-12-2001, MJ-JU-E-5330-AR; sala H, 14-5-2010, MJ-JU-M-58052-AR; CCCom. de Gral. Pico, 8-4-2008, L. L. Patagonia 2008 (agosto), p. 374; AR/JUR/3757/2008.

otras acciones, de cuya resolución depende el reconocimiento del título de heredero (como la acción de ineficacia del testamento, la de indignidad, la de incapacidad para suceder, la de exclusión de la vocación hereditaria conyugal, etc.), regirá el plazo de prescripción de cada una de ellas.

En esos casos dejará de tener aplicación práctica la imprescriptibilidad de la acción de petición de herencia, ante la prescriptibilidad de las acciones previas que se le acumularon.

693. Efectos principales de la acción: restitución de los objetos hereditarios y de los subrogados

La restitución, objeto de la acción de petición de herencia, abarca dos aspectos:

a) *Restitución de los bienes que forman la herencia.* La finalidad de la acción de petición de herencia es obtener la restitución de los bienes que componen la herencia. El artículo 2312 marca este objetivo, al decir: "*Restitución de los bienes.* Admitida la petición de herencia, el heredero aparente debe restituir lo que recibió sin derecho en la sucesión, inclusive las cosas de las que el causante era poseedor y aquellas sobre las cuales ejercía el derecho de retención.

"Si no es posible la restitución en especie, debe indemnización de los daños..."

Quedan comprendidas, entre las cosas a restituir, no sólo aquellas de que el causante era propietario, sino las que poseía en cualquier otro carácter: comodatario, arrendatario, etcétera.

b) *Restitución de los bienes objetos de la subrogación real.* Quedan comprendidos, entre las cosas a restituir, los bienes que han entrado en la herencia en sustitución de los que han salido de ella, ya aparezcan como "cosas" individualizadas (por ejemplo, permuta, compra de bienes con dinero de la herencia), ya como créditos, a modo de indemnización sustitutiva de los objetos salidos del patrimonio, deteriorados o destruidos, cuya extensión dependerá de la buena o mala fe del poseedor.

La jurisprudencia declaró, en este aspecto, que si el poseedor ha vendido la cosa, debe restituir el precio obtenido por la venta, con sus intereses, si el poseedor es de buena fe, y si es de mala fe y se

prueba que la cosa valía más, debe pagar como indemnización el verdadero precio⁷².

Le corresponde al demandado el derecho de retención en los casos previstos en los artículos 2587 y siguientes del nuevo Código Civil y Comercial.

694. Poseedor de la herencia de buena o mala fe, como principio rector

El artículo 2313 del nuevo Código establece las reglas aplicables a la acción de petición de herencia, basándose en la similitud de la acción reivindicatoria, en cuanto a las obligaciones del poseedor de buena o mala fe. Dice así: "*Reglas aplicables.* Se aplica a la petición de herencia lo dispuesto sobre la reivindicación en cuanto a las obligaciones del poseedor de buena o mala fe, gastos, mejoras, apropiación de frutos y productos, responsabilidad por pérdidas y deterioros.

"Es poseedor de mala fe el que conocí o debió conocer la existencia de herederos preferentes o concurrentes que ignoraban su llamamiento".

La buena o mala fe sirve para determinar las consecuencias de la acción de petición de herencia, cuyo efecto principal es la restitución de los bienes, común a los poseedores de buena o mala fe del demandado, y cuyos efectos secundarios, como son los gastos, mejoras, apropiación de frutos, etcétera, difieren según que el demandado sea de buena o mala fe.

La determinación de esos efectos o consecuencias está íntimamente vinculada con la buena o mala fe del poseedor. De ahí la conveniencia del análisis previo de la buena o mala fe del demandado.

a) *Poseedor de buena fe.* El nuevo Código Civil y Comercial no especifica qué es la buena fe aplicada al heredero aparente demandado. Tampoco lo hacía el Código Civil de Vélez.

En nuestra opinión debe aplicarse el artículo 1918 del nuevo Código, situado en el título sobre posesión y tenencia, coordinado con el artículo 2313, párrafo 2°, que define la mala fe, interpretado *a contrario sensu*.

⁷² G. F. 33-136.

El artículo 1918 establece que el sujeto de la relación de poder es de buena fe si no conoce, ni puede conocer que carece de derecho, es decir, cuando por error de hecho esencial y excusable está persuadido de su legitimidad. El artículo 2313 —ya transcrito— dice que el poseedor de mala fe es el que conoce o debió conocer la existencia de herederos preferentes o concurrentes que ignoraban su llamamiento. El artículo, interpretado *a contrario sensu*, considera poseedor de buena fe al que no conoció ni pudo conocer la existencia de herederos preferentes o concurrentes.

Estas normas nos permiten afirmar que la buena fe del heredero aparente se da cuando no conoce su situación de heredero aparente (total o parcialmente), debido a un error de hecho esencial y excusable. El error debe ser un error de hecho, descartándose el error de derecho (el art. 3428 del viejo Código hablaba de error de hecho o de derecho). Ese error de hecho debe ser esencial y excusable; el error, para ser excusable, no debe provenir de una negligencia culpable. Todo esto provocará en el sujeto la persuasión o creencia de tener a su favor un título hábil que lo legitimó como heredero.

La creencia razonable de tener para sí un título idóneo con el cual adquiere la posesión de los objetos hereditarios, es —como dice Messineo⁷³— lo que caracteriza esencialmente la buena fe. Por ejemplo: es poseedor de buena fe quien ha sido designado heredero en un testamento que luego resulta revocado por otro posterior, o es declarado nulo, si es pariente legítimo que ignora la existencia de otros parientes más próximos que lo excluyen de la herencia.

El nuevo Código no contiene una norma especial que precise los alcances de la buena fe cuando los parientes más lejanos toman posesión de la herencia ante la inacción de los parientes más próximos, como la del artículo 3428, 2ª parte del Código Civil de Vélez, que decía: “Los parientes más lejanos, que toman posesión de la herencia por la inacción de un pariente más próximo, no son de mala fe por tener conocimiento de que la sucesión está deferida a este último. Pero son de mala fe cuando, conociendo la existencia del pariente más próximo, saben que no se ha presentado a recoger la sucesión

⁷³ MESSINEO, ob. cit., t. VII, p. 447.

porque ignoraba que le fuese deferida". Según el precepto, para atribuirle mala fe al poseedor —pariente más remoto— no bastaba el hecho de que entrara en posesión de los bienes hereditarios sabiendo que existe otro pariente más próximo que permanece inactivo. La mala fe se configura cuando el poseedor se incauta de los bienes teniendo conocimiento de que hay otro pariente más próximo que permanece inactivo porque ignora la apertura de la sucesión. La inactividad del pariente más próximo como heredero se debe a un vicio de la voluntad, la "ignorancia" de la muerte del causante, que excluye la conducta voluntaria de no presentarse.

En nuestra opinión, la idea contenida en el artículo 3428, parte 2ª no perdería su vigencia en el nuevo ordenamiento civil, porque el artículo 2313, párrafo 2º del nuevo Código configura la mala fe cuando el heredero aparente conocía que existían herederos preferentes que "ignoraban" su llamamiento.

b) *Poseedor de mala fe*. El párrafo 2º del artículo 2313 —ya transcrita— determina que la mala fe del poseedor (heredero aparente) se da cuando conoce la existencia de herederos preferentes, los cuales permanecen inactivos porque ignoran su llamamiento. Dos situaciones califican la mala fe del demandado: 1) conocimiento de la existencia de herederos preferentes; 2) conocimiento de que esos herederos ignoran su llamamiento.

Aunque el nuevo Código sólo se refiere a un vicio de la voluntad —la ignorancia—, es indudable que también el poseedor tendrá mala fe, si la inactividad del pariente más próximo se debe a cualquiera de los otros vicios de la voluntad, es decir, al dolo o a la violencia (arts. 271 y 276). El engaño o la violencia ejercidos por el poseedor sobre el pariente más próximo hacen que su inactividad no sea voluntaria, tornando así de mala fe la posesión del pariente más lejano (heredero aparente)⁷⁴.

La demanda iniciada contra el heredero aparente para obtener la restitución de los bienes varía en sus efectos. Si el demandado es de buena fe la extensión de su responsabilidad para devolución de frutos, mejoras, etcétera, será más reducida, en tanto que si es de mala fe la

⁷⁴ QUINTEROS, ob. cit., N° 46; SEGOVIA, ob. cit., t. II, p. 467, nota 59.

responsabilidad será más amplia. Este aspecto lo analizaremos a continuación.

Digamos, por último, que dado que se presume la buena fe, al poseedor que alega buena fe le basta probar la existencia del título en virtud del cual se creía heredero.

695. Efectos secundarios de la acción: buena o mala fe del poseedor

La determinación de los efectos consecuentes a la restitución de los bienes hereditarios está regulada en el capítulo destinado a los efectos de las relaciones de poder (arts. 1932 y ss.) y no en la sección correspondiente a la acción reivindicatoria (arts. 2252 y ss.).

Abarca los siguientes aspectos:

A) *Frutos y productos*. El artículo 2313 —ya transcrito— se remite, en lo referente a los frutos, a las normas atinentes a los poseedores de buena y mala fe, contenidas en el artículo 1935. De esas normas surge lo siguiente:

1. *Poseedor de buena fe*. El poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos y los naturales devengados no percibidos (art. 1935, párr. 2º). En cambio, los frutos pendientes corresponden a quien tiene derecho a la restitución de la cosa (art. 1935, párr. 3º).

2. *Poseedor de mala fe*. Está obligado a entregar o pagar los frutos que hubiese percibido y los que por su culpa deja de percibir (art. 1935, párr. 2º).

El régimen legal de los frutos no es aplicable a los productos obtenidos de las cosas, pues tanto el poseedor de buena fe como el de mala fe deben restituir los productos (art. 1935, párr. 2º, última parte).

B) *Mejoras y acrecentamientos*. En principio, la restitución de los bienes hereditarios incluye las mejoras efectuadas en ellos. Ahora bien: este principio rector debe conectarse con el carácter de la posesión que ostenta el demandado, es decir, si es de buena fe o de mala fe.

1. *Poseedor de buena fe*. El poseedor tiene derecho a reclamar el

costo de las mejoras necesarias. Puede, asimismo, reclamar el pago de las mejoras útiles, pero sólo hasta el mayor valor adquirido por la cosa (art. 1938). En cambio, el poseedor de buena fe no puede reclamar indemnización por las mejoras suntuarias. Estas últimas pueden ser retiradas si al hacerlo no se daña la cosa (art. 1938).

2. *Poseedor de mala fe.* Tiene derecho a reclamar el costo de las mejoras necesarias, excepto que se hayan originado por su culpa (art. 1938). El poseedor puede reclamar el costo de las mejoras útiles, lo mismo que el poseedor de buena fe. En cuanto a las mejoras suntuarias, se aplica el mismo régimen que para los poseedores de buena fe.

Los acrecentamientos originados por hechos de la naturaleza en ningún caso son indemnizables (art. 1936).

C) *Destrucción o deterioro de las cosas de la herencia.* El artículo 1936 contempla especialmente este supuesto, distinguiendo entre poseedores de buena fe y de mala fe:

1. *Poseedor de buena fe.* El poseedor de buena fe no responde por la destrucción total o parcial, sino hasta la concurrencia del provecho subsistente.

2. *Poseedor de mala fe.* El poseedor de mala fe responde por la destrucción total o parcial de la cosa, excepto que se hubiera producido igualmente de estar la cosa en poder de quien tiene derecho a su restitución.

D) *Reembolso.* El artículo 2314 en el nuevo Código Civil y Comercial expresa: "*Derechos del heredero aparente.* Si el heredero aparente satisface obligaciones del causante con bienes no provenientes de la herencia, tiene derecho a ser reembolsado por el heredero".

La solución es justa porque el pago lo hace el heredero aparente con bienes que no provienen de la herencia.

696. Medidas precautorias

La doctrina acepta uniformemente el derecho del accionante de solicitar medidas precautorias, en especial el embargo preventivo. La

jurisprudencia resolvió, también de manera uniforme, que la interposición de una demanda de petición de herencia autoriza, en determinadas circunstancias, el embargo de los bienes que componen la sucesión, cualquiera que se la causa en que ella se funde⁷⁵. El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ha previsto expresamente el embargo preventivo, en el caso de petición de herencia, en el artículo 210, inciso 4º, es decir: "Podrán igualmente pedir embargo preventivo [...] 4) La persona que haya de demandar por [...] petición de herencia [...] mientras dure el juicio, y siempre que se presentaren documentos que hagan verosímil la pretensión deducida".

Para decretar el embargo, se ha exigido siempre que el actor acompañe justificativos que hagan verosímil el derecho que invoca. En la concesión de esta medida debe prevalecer un criterio amplio; basta que haya un *fumus boni iuris* (apariencia de derecho justo), es decir, que *prima facie* surja la verosimilitud de la acción con los antecedentes o documentos acompañados. El artículo 210, inciso 4º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación exige, en este sentido, que sean acompañados documentos que hagan verosímil la pretensión deducida. La citada verosimilitud sólo puede surgir de documentos, no bastan otras probanzas. No se podría decretar el embargo, por eso, con la sola presentación de la demanda, por muy seria que ésta apareciera⁷⁶.

El embargo debe limitarse a salvaguardar el derecho del peticionante. Haciendo aplicación de este criterio, se ha resuelto que el embargo debe limitarse a la porción de la herencia que corresponde al actor⁷⁷. Esto, siempre que sea posible, pues a veces (por ejemplo, cuando el único bien de la sucesión es un inmueble y la acción la ejerce uno de los herederos), el embargo no puede menos que ser decretado sobre la totalidad del inmueble.

El embargo preventivo procede también, a nuestro juicio, sobre los frutos de las cosas hereditarias, pues éstos deben ser devueltos

⁷⁵ J. A. 28-23.

⁷⁶ Se ha criticado unánimemente un fallo publicado en L. L. 188-195, que decretó el embargo a pesar de no haber en los autos otro elemento de juicio que el contenido de la propia demanda.

⁷⁷ J. A. 1943-3-364; J. A. 1947-II-298.

por el poseedor de mala fe, e incluso por el poseedor de buena fe, desde la notificación de la demanda. No hay ninguna razón para admitir el embargo de las cosas hereditarias con el fin de asegurar su restitución y negarlo en los frutos, que también deben ser restituidos⁷⁸.

Otra medida cautelar que se puede decretar en la acción de petición de herencia cuando haya bienes inmuebles es la anotación de litis (art. 229, CPCCN), que deberá ser efectuada en el registro inmobiliario (art. 2º, ley 17.801).

Si la demanda prospera, la anotación de litis se mantiene hasta que la sentencia ha sido cumplida (art. 229), sin necesidad de renovarla. El plazo de caducidad de cinco años, previsto en el artículo 37, inciso b, de la ley 17.801, cede ante la disposición del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por la misma remisión que hace la citada ley, en el artículo 37, a las disposiciones en contrario de otras leyes.

697. Alcance de la cosa juzgada

Unas veces la sentencia recaída en la petición de herencia produce cosa juzgada oponible a terceros, y otras no, según los casos:

a) La sentencia no produce cosa juzgada oponible a terceros en lo referente a la condición de heredero del demandante, pues tal condición podrá luego ser impugnada probando su inexistencia por cualquier medio que no sea la repetida impugnación de un mismo acto *mortis causa*.

b) En cambio, la sentencia produce cosa juzgada cuando versa sobre las acciones acumuladas a la petición de herencia (por ejemplo, las acciones sobre nulidad de testamento, sobre incapacidad, indignidad, filiación, etc.). Lo sentenciado en estas acciones no podrá volver a ser discutido.

⁷⁸ En el mismo sentido, QUINTEROS, *ob. cit.*, p. 117; SPOTA, *Medidas cautelares*, p. 25, y DÍAZ DE GÚJARRO, *El embargo preventivo en la acción de petición de herencia*, en J. A. 74-619. Estos dos últimos autores admiten también el embargo preventivo de los frutos, aunque basándose en argumentos que no compartimos, re-
futados acertadamente por Quinteros.

II. ACTOS DEL HEREDERO APARENTE

698. Heredero aparente: concepto

Heredero aparente es quien se halla en posesión de los bienes hereditarios, comportándose como heredero real sin serlo, en virtud de un título idóneo en abstracto para adquirir la herencia, pero ineficaz en el caso concreto. Es el *possessor pro herede* de las fuentes romanas.

No basta poseer la herencia y actuar como heredero para que se pueda hablar de heredero aparente; es necesario, además, apoyar el pretendido carácter de heredero en un título idóneo por su naturaleza para adquirir la herencia, pero ineficaz para ello por estar afectado de un vicio o acompañado de circunstancias que le privan de su eficacia.

Por ejemplo, sería heredero aparente quien apoya su vocación en un testamento que luego se declara nulo o quien la basa en un grado de parentesco hábil para recibir la sucesión, que se torna ineficaz por existir parientes más próximos. Por tal razón no merece la denominación de heredero aparente aquel que, estando en posesión de los bienes hereditarios, por más que actuara como heredero, no invocara título alguno de heredero.

Una persona puede reunir a un mismo tiempo las dos cualidades de heredero verdadero y de heredero aparente, cuando estando realmente llamada a la sucesión haga propia una parte de la herencia mayor de la que importa su efectiva vocación⁷⁹. Sería el caso de que uno de los dos hijos del causante tomara posesión de toda la herencia: será heredero aparente en cuanto a la mitad y heredero real en cuanto a la otra mitad.

699. Actos del heredero aparente: antecedentes históricos

El interés del problema se centra históricamente en los actos de disposición del heredero aparente:

A) *Derecho Romano*. El Derecho Romano primitivo otorgaba siempre al heredero real el derecho a reivindicar los bienes que hubiesen

⁷⁹ Conf.: POLACCO, ob. cit., t. II, p. 154; *Novissimo digesto italiano*, t. VI, p. 651, voz *Erede apparente*.

sido enajenados por el poseedor de la herencia. Con ello no se hacía más que aplicar los principios del carácter resolutorio de las enajenaciones *a non domino*.

El senadoconsulto *Iuventianum* del año 129 dio una nueva regulación para el poseedor de la herencia. Después de disponer que los vendidos en la *hereditatis petitio* debían devolver el precio de las cosas hereditarias que hubieran enajenado, determinó que aquellos que hubiesen tenido motivos justificados para considerar que los bienes les pertenecían (poseedores hereditarios de buena fe), sólo serían responsables hasta la parte por la cual hubiesen llegado a ser más ricos⁸⁰. En otras palabras, si eran enajenadas cosas hereditarias, el poseedor de buena fe respondía sólo en la medida del enriquecimiento, debiendo restituir el *pretium*. La restitución del precio se interpretaba en forma muy favorable al poseedor de buena fe: cuando el precio obtenido hubiera sido dilapidado locamente y sin provecho pecuniario alguno, no había obligación de restituir al heredero, porque se entendía que en tal caso no existía enriquecimiento; faltaba la condición de que el poseedor de buena fe fuera más rico en el momento de la reclamación.

Hecha la enajenación por el poseedor de buena fe, el heredero real en el Derecho justiniano no podía intentar la reivindicación contra el adquirente, si éste disponía de una acción de regreso contra el enajenante para el caso de evicción⁸¹. Se consagraba así una excepción a las reglas generales sobre la reivindicación ante un heredero de buena fe enajenante, impuesta por la necesidad de ponerlo a cubierto de la evicción que le resultaba más perjudicial que la acción de petición de herencia. Téngase presente que en ésta su responsabilidad, a partir del senadoconsulto *Iuventianum*, se limitaba el enriquecimiento obtenido, no teniendo que pagar el precio si lo hubiera disipado.

Curiosamente, el tercer adquirente recibía la protección de rebote, es decir, como una consecuencia de la que recibía el poseedor de buena fe de la herencia, que fue el que mereció la preocupación del legislador romano.

B) *Derecho francés*. Ni el Derecho Histórico francés ni el Código

⁸⁰ Digesto, 5, 3, 20.

⁸¹ Digesto, 5, 3, 25, 17 interpolados.

Civil reglaron el problema de la validez de los actos de disposición del heredero aparente⁸². La jurisprudencia centró el problema en los actos de disposición de bienes inmuebles, ya que los adquirentes de buena fe de bienes muebles se hacían propietarios en virtud del principio de que la posesión vale título: *en fait de muebles la possession vaut titre*.

Los primeros fallos que aceptaron la validez de los actos de disposición del poseedor de la herencia invocaron la *saisine* colectiva para fundar su derecho a los bienes hereditarios, que permitiría considerar válido su ulterior acto dispositivo. La idea de la *saisine* colectiva, perteneciente a todos los posibles herederos, es decir, a todos los parientes del difunto hasta el 12º grado, servía para explicar la validez de los actos realizados por el heredero aparente, siguiendo la idea de un derecho general de administración perteneciente indivisamente a todos los herederos y que habría ejercido el más diligente al ser el primero que se había hecho cargo de los bienes hereditarios⁸³.

Pero esta idea pronto fue abandonada: era un hecho que la copropiedad familiar había desaparecido en Francia en esa época; el artículo 724, en el cual se pretendió fundar la *saisine* colectiva, confería la *saisine* a los herederos, y no a los parientes, y era sabido que no eran herederos más que aquellos parientes que pertenecían al orden más próximo.

En fallos ulteriores el Tribunal de Casación fundó la solución en la necesidad de proteger al adquirente de buena fe, que había sido víctima de un error común sobre la cualidad del enajenante⁸⁴.

Con todo, el verdadero fundamento estaba en la necesidad de velar por la estabilidad de las transacciones inmobiliarias. Las transacciones sobre los bienes hereditarios quedarían paralizadas si los adquirentes o los acreedores hipotecarios corrieran el peligro de que sus derechos fueran anulados porque el heredero aparente no fuera el verdadero heredero⁸⁵.

⁸² LAJE, Eduardo Jorge, *El heredero aparente y los actos del poseedor de la herencia*, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1949, N° 13, ps. 194 y ss.

⁸³ COLIN y CAPTANT, ob. cit., t. VII, p. 140. En este sentido tres sentencias de casación del 16-1-1843.

⁸⁴ Sentencias del 3-7-1877, 13-5-1879, y sobre todo del 26-1-1897.

⁸⁵ RIPERT y BOULANGER, ob. cit., t. X, vol. II, p. 70, consideran este fundamento como una aplicación de la regla *error communis facit ius*.

700. Actos del heredero aparente en el Derecho argentino: artículo 2315 del nuevo Código Civil y Comercial

Vélez Sársfield, haciéndose eco de los problemas surgidos en la doctrina y en la jurisprudencia francesas en torno de los actos del heredero aparente, regló en el Capítulo II, Título IV, Sección I, del Libro IV el destino de tales actos (arts. 3429 y 3430). La ley 17.711 modificó el artículo 3430.

El nuevo Código ha regulado el destino de los actos realizados por el heredero aparente en el artículo 2315, inspirándose en el artículo 3430, al que ha efectuado modificaciones. Dice así:

"Actos del heredero aparente. Son válidos los actos de administración del heredero aparente realizados hasta la notificación de la demanda de petición de herencia, excepto que haya habido mala fe suya y del tercero con quien contrató.

"Son también válidos los actos de disposición a título oneroso a favor de terceros que ignoren la existencia de herederos de mejor o igual derecho que el heredero aparente, o que los derechos de éste estaban judicialmente controvertidos.

"El heredero aparente de buena fe debe restituir al heredero el precio recibido; el de mala fe debe indemnizar todo perjuicio que le haya causado".

El nuevo artículo 2315 distingue entre los actos de administración y los actos de disposición efectuados por el heredero aparente. Circunscribiéndonos a los actos de disposición, la nueva normativa no distingue si el objeto del acto es una cosa mueble o una cosa inmueble o un automotor, en tanto que el artículo 3430 del Código de Vélez circunscribió el precepto a las cosas inmuebles, exigiendo que el heredero aparente que iba a disponer del bien tuviera a su favor declaratoria de herederos o la aprobación judicial del testamento.

Estas diferencias parecerían llevar consigo una modificación sustancial en la protección de los terceros, pero no es así. La falta de distinciones en el objeto enajenado, aplicando el artículo a toda clase de cosas, y la falta de exigencia de la declaratoria de herederos o la aprobación judicial del testamento en el enajenante, no ha alterado la idea sustancial de protección a los terceros a título oneroso y de buena fe.

No obstante, para su análisis ordenado distinguiremos las normas referidas a todos los bienes, señalando las particularidades referentes a los inmuebles, a los muebles no registrables y a los muebles registrables.

701. Actos de disposición de bienes: particularidades cuando hay inmuebles

El nuevo Código Civil y Comercial no exige que el heredero aparente tenga a su favor la declaratoria de herederos o la aprobación judicial del testamento. En materia de inmuebles, en nuestra opinión, no la exige porque la presupone. En efecto, el heredero aparente para poder transferir la propiedad de una cosa inmueble necesita de la inscripción registral.

Concordantemente el tercero adquirente necesita que su transferente haya inscripto su dominio en el Registro de la Propiedad para poder transferirlo. A su vez para poder inscribir en el Registro el dominio de la cosa inmueble que el transferente recibió por herencia, necesita la declaratoria de herederos o la *aprobación judicial del testamento*.

Por eso, la circunstancia de que el artículo no mencione esa declaratoria de herederos o el auto de aprobación de testamento, no implica su negación, porque tal exigencia resulta de los principios que rigen la transferencia de bienes inmuebles.

En principio, para que haya venta (acto de disposición de un bien) se requiere que éste se halle determinado y desvinculado de las deudas hereditarias; eso se conseguirá con la adjudicación o partición correspondiente. Por otra parte, el artículo 2315 se refiere a los actos de disposición sobre bienes concretos (y desvinculados de las deudas hereditarias), como sería la venta o la permuta, quedando excluida la cesión de derechos hereditarios.

Las enajenaciones efectuadas de común acuerdo por todos los herederos antes de la adjudicación o la partición, serán válidas aunque la responsabilidad de ellos ante las deudas del causante se torne ilimitada (art. 2321). Igualmente el heredero único podrá vender los bienes heredados antes de la "adjudicación", respondiendo ilimitadamente, es decir, con sus propios bienes.

En estos casos también se transmiten bienes concretos desvinculados de las deudas hereditarias. El enajenante es un heredero aparente; el tercer adquirente a título oneroso y de buena fe será protegido por el artículo 2315.

Si el heredero aparente enajena bienes de la herencia, nace un conflicto entre el heredero real y el adquirente. Ese conflicto lo resuelve el artículo 2315 declarando la validez de los actos de disposición efectuados por el heredero aparente a un tercero a título oneroso y de buena fe.

El precepto forma parte integrante de la doctrina del derecho aparente, que antes de la reforma de la ley 17.711 del año 1968 aparecía reconocida en casos aislados, como excepción a la regla de que nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que gozaba. Ante la antítesis entre el respeto de los derechos subjetivos y la seguridad del tráfico jurídico, la ley se inclina en favor de esta última, protegiendo la adquisición del adquirente a título oneroso y de buena fe, en menoscabo de los derechos del verdadero heredero. La seguridad del tráfico jurídico —ha dicho la jurisprudencia⁸⁶— impone esta regla, que a la vez constituye un modo de limpiar los títulos de propiedad y proteger por lo mismo este derecho.

Analizaremos los aspectos referentes al acto de disposición y los vinculados a la persona del heredero aparente.

A) *Aspectos referentes al acto de disposición.* Distinguiremos al respecto el contenido del acto de disposición, el objeto del acto y su carácter oneroso.

a) *Contenido del acto de disposición.* El artículo 2315, párrafo 2° se refiere a los actos de disposición, que comprenden:

1) Los actos de enajenación de bienes. Las enajenaciones toman normalmente la forma de ventas.

2) Los actos de constitución de derechos reales limitativos sobre bienes, en especial sobre inmuebles. La doctrina se refiere preferentemente a la hipoteca: cuando el heredero aparente hipoteca un inmueble perteneciente al caudal hereditario, el heredero verdadero no

⁸⁶ CCCom. de Zárate, 16-5-95, L. L. B. A. 1996-561, AR/JUR/1222/1995.

podrá pedir la nulidad de la hipoteca, basándose en que el bien es de su propiedad. Hay aquí una excepción a lo que dispone el artículo 2206, que requiere que las hipotecas sean otorgadas por el propietario. Lo mismo cabe decir de la anticresis.

También hay que incluir entre los actos de disposición la constitución de los demás derechos reales inmobiliarios sobre cosa ajena que no son de garantía, como el usufructo, el uso, la habitación y las servidumbres.

La solución de la ley es lógica, pues dentro del concepto de seguridad del tráfico jurídico se comprenden el interés de quien entra en el tráfico para adquirir (o para constituir derechos reales de uso o goce) y el interés de quien entra en el tráfico como acreedor.

El acto de disposición para ser tal deberá cubrir las formalidades exigidas por la ley.

Tratándose de inmuebles se requerirá la escritura pública. En el caso, por ejemplo, de venta de un inmueble, la escritura pública será el título hábil para provocar el desplazamiento patrimonial (con el complemento de la tradición). Por eso los boletos de compraventa suscritos por el heredero aparente no están amparados por el artículo 2315, pues se trata de ventas que, por falta de la formalidad exigida por la ley (art. 1017, inc. a), no suponen actos de disposición sino meros compromisos de venta, y esto pese al derecho del comprador para exigir la escrituración. No juegan en este caso las razones de seguridad del tráfico jurídico que fundamentan la norma⁸⁷.

b) *Objeto del acto: bienes determinados*. El acto de disposición debe recaer sobre bienes "determinados". La doctrina acepta este criterio en forma unánime, basándose en el fundamento mismo que da validez a la apariencia jurídica⁸⁸. La validez de los actos de disposición del heredero aparente tiene su fundamento, como ya hemos dicho, en la necesidad de dar seguridad al tráfico jurídico. Esa seguridad sólo se da en los actos de disposición que se refieren a cosas determinadas.

De ahí que si se tratara de una cesión de derechos hereditarios en la cual se comprendieran bienes inmuebles, la indeterminación que

⁸⁷ BORDA, ob. cit., N° 497.

⁸⁸ FORNIELES, ob. cit., N° 206; BORDA, ob. cit., N° 496.

representa este contrato hace que el cesionario no quede protegido como adquirente de la herencia. "No militan aquí —como dice Borda⁸⁹— las razones de seguridad de los negocios, de estabilidad y saneamiento de los títulos de propiedad inmobiliaria que imponen la convalidación de las enajenaciones singulares". El alea que lleva consigo el contrato de cesión se contradice en sí misma con la seguridad del tráfico que fundamenta la norma contenida en el artículo 2315.

c) *Carácter oneroso*. El acto debe ser a título oneroso, como sería una venta o una permuta. El adquirente a título gratuito no merece igual protección, pues su patrimonio, al privársele de la cosa, queda en principio en la misma situación que tenía con anterioridad a la liberalidad. La limitación de la protección a los adquirentes a título oneroso es la que cuenta con mayor arraigo histórico y es la que se manifiesta en otras normas del Código Civil y Comercial (por ej.: art. 392).

B) *Aspectos vinculados con la persona del heredero aparente*. Dentro de este aspecto cabe analizar los siguientes puntos:

a) *Heredero aparente, legítimo o testamentario*. El primitivo artículo 3430 del Código de Vélez en su anterior redacción sólo se refería al "heredero aparente pariente del difunto en grado sucesible", con lo que literalmente la aplicación del precepto quedaba circunscrita a los actos de enajenación del heredero aparente *ab intestato*. La redacción dada por la ley 17.711 al artículo 3430 no dejaba lugar a dudas, ya que se refería a los actos de disposición efectuados por el poseedor de la herencia que haya obtenido en su favor declaratoria de herederos o aprobación judicial de un testamento.

El nuevo artículo 2315 habla de heredero aparente, sin indicar si la recibió por vía testamentaria o por vía intestada.

b) *El heredero aparente como poseedor de la herencia*. El viejo artículo 3430 hablaba de los actos efectuados por el poseedor de la herencia. Esa posesión no podía ser otra que la posesión material de los bienes hereditarios, al menos de los que se iba a disponer. Efectivamente, para transferir la propiedad de una cosa se requiere no solamente un contrato de finalidad traslativa sino la tradición o modo

⁸⁹ BORDA, ob. cit., N° 496.

(art. 1892, Cód. Civ.); mal se podría entregar la posesión (tradicón) si ésta no se tuviera.

El nuevo artículo 2315 no menciona la posesión del heredero aparente, pero ésta se presupone, pues de lo contrario no podría transmitir la propiedad.

Lo dicho vale cuando el heredero aparente, en vez de trasferir, constituye otros derechos inmobiliarios limitativos en favor de terceros.

c) *Necesidad de la declaratoria de herederos o de la aprobación judicial del testamento cuando se trate de inmuebles.* Ya hemos dicho que el artículo 2315 no menciona la declaratoria de herederos ni la aprobación judicial del testamento, pero ese silencio no puede interpretarse en materia de inmuebles como si ella no fuera necesaria. Al contrario, el artículo presupone la existencia de esa declaratoria de herederos (o la aprobación judicial del testamento), porque sin ella no se podría inscribir el dominio a nombre del heredero aparente, ni éste como consecuencia lo podría transferir.

d) *Irrelevancia de la buena o mala fe del heredero aparente.* En el Derecho Romano justinianeo se exigía la buena fe en el enajenante, para admitirle al heredero verdadero la reivindicación contra el adquirente.

Esta solución fue defendida por algunos autores franceses con posterioridad a la sanción del Código de Napoleón, pero pronto fue abandonada, ya que no se trataba de resolver la situación del enajenante sino la suerte del acto en relación con el adquirente.

Siguiendo esta tendencia, nuestro viejo artículo 3430 proclamaba la validez del acto de disposición "tenga o no buena fe" el enajenante. De ahí que la buena o mala fe del heredero aparente resultaba irrelevante y carente de influencia en lo que se refería al acto de disposición. La jurisprudencia lo declaró reiteradamente⁹⁰. La misma solución acepta el nuevo artículo 2315, párrafo 3º, que da por válida la enajenación; prevé con diferente intensidad las restituciones o indemnizaciones frente al heredero real, según que el heredero aparente sea de buena o mala fe.

⁹⁰ CCCom. de Lomas de Zamora, sala II, 13-6-96, L. L. B. A. 1996-1053, AR/JUR/4865/1996.

La finalidad del precepto es proteger al adquirente de buena fe, con independencia de que el transferente sea de buena fe o carezca de ella. La buena o mala fe del heredero aparente importa en sus relaciones con el heredero real, pero tal circunstancia no influye en la validez del acto de disposición⁹¹.

C) *Aspectos vinculados con la persona del adquirente.* El adquirente del bien inmueble debe ser a título oneroso (circunstancia contemplada en la letra A, inc. c), y de buena fe.

Históricamente siempre fue exigida la buena fe del adquirente. En el mecanismo del artículo 2315, la buena fe del adquirente es un elemento esencial para juzgar la validez o nulidad del acto. Tan esencial que la finalidad del artículo es precisamente proteger a ese tercero que contrata confiado en la apariencia jurídica. La seguridad del tráfico jurídico se consigue con la protección de los terceros adquirentes de buena fe, o de los que constituyen en su favor derechos reales limitativos sobre inmuebles, sean acreedores hipotecarios, usufructuarios, etcétera.

El artículo 2315, párrafo 2º, habla de la validez de los actos de disposición a favor de terceros "que ignoren la existencia de herederos de mejor derecho que el heredero aparente o que los derechos de éste estaban judicialmente controvertidos". Entendemos que el artículo no ha tratado de dar una definición de la buena fe ni de indicar exhaustivamente los casos en que ésta se da; más bien ha buscado reseñar supuestos típicos en que el tercero es considerado de buena fe. También cabe asignarle buena fe, por ejemplo, a quien desconociese la revocación del testamento que ha sido aprobado judicialmente.

La buena fe del adquirente consiste en la creencia de que el transmitente es verdadero heredero y correlativamente en la ignorancia sobre la falta total o parcial de titularidad del transmitente. Ignora la existencia de sucesores con vocación preferente o concurrente⁹².

⁹¹ La jurisprudencia ha declarado que la mala fe del heredero aparente que toma posesión de la herencia, consiste en saber que el pariente con vocación preferente o concurrente se mantiene inactivo por ignorar que la sucesión le fue deferida, es decir, que ignora la muerte del causante.

⁹² CNCiv., sala A, 19-5-88, 1988-D-260.

La circunstancia de que la venta efectuada por el heredero aparente se ha realizado por un precio inferior al valor real del inmueble no puede ser considerado como indicio de la falta de buena fe⁹³.

Es presupuesto de esa creencia, cuando el acto de disposición recae sobre un inmueble, que el heredero tenga en su favor declaratoria de herederos o aprobación judicial del testamento, indispensable para inscribir el dominio en el Registro de la Propiedad. Pero estos actos no bastan para crear la buena fe, pues si el adquirente, pese a existir tales actos, sabe de otros herederos de mejor derecho o que el testamento está revocado, o que la titularidad del transferente está controvertida judicialmente, entonces no hay buena fe.

La buena fe debe existir en el momento del otorgamiento del acto dispositivo, sin que el adquirente quede privado de la protección por la circunstancia de que se descubra con posterioridad la falta de titularidad del transferente: *mala fides superveniens non nocet*.

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe su mala fe. Por eso, quien impugne la validez del acto de disposición debe probar la mala fe del adquirente.

702. Actos de disposición de bienes muebles

El heredero aparente puede enajenar bienes muebles no registrables. El tercer adquirente, llamado también subadquirente, está amparado por el artículo 2315 si es adquirente de buena fe y a título oneroso. El artículo 1895 dice en el mismo sentido que la posesión de buena fe del subadquirente es suficiente, excepto que la adquisición sea a título gratuito. La buena fe del adquirente siempre consistirá en la ignorancia de la existencia de herederos de mejor o igual derecho que el heredero aparente o la ignorancia de que los derechos de éste estaban controvertidos. Pensamos que, aunque la cosa mueble sea hurtada o perdida, sin haber transcurrido los dos años en que se opera la prescripción a favor del transferente (art. 1898), el subadquirente será protegido.

No resulta necesario para la validez del acto, que el heredero aparente tenga en su favor declaratoria de herederos o auto de aprobación

⁹³ CCCom. de Zárate, 16-5-95, L. L. B. A. 1996-561, AR/JUR/1222/1995.

del testamento; basta con que esté en posesión material del bien mueble que va a transferir.

La buena fe del tercero consistirá en la creencia de que el transferente es heredero y, por tanto, propietario del bien.

703. Actos de disposición de bienes muebles registrables

El heredero aparente necesita inscribir el automotor que recibió por herencia para poder disponer de él en favor de un tercero. Eso presupone que ha obtenido la declaratoria de herederos (o aprobación judicial del testamento), pues esa declaratoria es necesaria para poder inscribir el automotor a su nombre.

El acto de disposición será válido si el subadquirente tiene buena fe, es decir, si ignora la existencia de herederos de mejor o igual derecho o que los derechos del enajenante estaban controvertidos. El tercero, para invocar la buena fe, necesita inscribir el automotor a su nombre. El artículo 1895, párrafo 2º dice en este sentido que "respecto de las cosas muebles registrables no existe buena fe sin inscripción a favor de quien la invoca". Entendemos que la norma hace referencia al subadquirente.

704. Posibles calidades que puede revestir el heredero aparente

Se encuentran dentro de la categoría de posibles herederos aparentes:

a) *Los incapaces*. Los actos de disposición sobre inmuebles que éstos realicen antes de la declaración de incapacidad serán válidos si tienen la posesión material de ellos y han obtenido en su favor declaratoria de herederos o aprobación judicial del testamento, siempre, claro está, que el adquirente sea de buena fe.

b) *Los indignos*. Los actos de disposición sobre bienes inmuebles de los indignos, antes de la declaración de indignidad, son válidos si el destinatario es de buena fe (art. 2283, párr. 2º). La norma se refiere a la misma hipótesis que contempla el artículo 2315. Para que el acto que realice el indigno pueda considerarse válido es indispensable que esté en posesión material del bien objeto del acto.

c) *Son también herederos aparentes de mala fe*, quien falsifica las

partidas de Registro Civil para aparecer como heredero en grado sucesible; quien fragúa una escritura pública de reconocimiento de filiación extramatrimonial; quien hace aparecer un testamento falso en el cual se hace nombrar heredero; etcétera.

d) *Son herederos aparentes de buena fe*, quien se cree heredero porque desconoce la existencia de otros parientes más próximos que lo excluyen, quien desconoce la nulidad del testamento en el cual se le instituye, etcétera.

Los actos de disposición realizados por todos ellos, tengan buena o mala fe, son válidos respecto del destinatario de esos actos a título oneroso y de buena fe, siempre que tales herederos aparentes estén en la posesión material de los bienes objeto de los actos de disposición, y tratándose de inmuebles tengan en su favor declaratoria de herederos o aprobación judicial del testamento.

705. Relaciones entre el heredero real y el aparente

Nos circunscribimos aquí a indicar las obligaciones que el heredero aparente que ha dispuesto de un inmueble tiene respecto del heredero real.

En el Derecho Romano, en un principio, se consideró al heredero aparente como un *negotiorum gestor* responsable de toda merma achacable a su gestión. Tal rigidez desapareció con el senadoconsulto *Iuventianum*, que distinguió entre los poseedores de buena fe y los de mala fe. Si eran enajenadas cosas hereditarias, el poseedor de buena fe respondía en la sola medida del enriquecimiento, de manera que debía restituir el precio; el de mala fe respondía del precio obtenido o del valor real de las cosas, a elección del actor.

El artículo 2315, párrafo 3º del nuevo Código distingue entre el heredero aparente de buena o mala fe. El de buena fe sólo debe restituir el precio recibido; aunque el artículo se refiere al precio recibido, es indudable que también hay que incluir el precio a percibir si quedara algún saldo: entendemos que ese saldo deberá ser pagado directamente al heredero real⁹⁴. El de mala fe debe indemnizar, además, de todo perjuicio que el acto le haya causado.

⁹⁴ Conf.: BORDA, ob. cit., N° 503.

706. Legatario aparente: actos de disposición de inmuebles

Aunque nuestra doctrina no se refiere al legatario aparente, entendemos que no hay inconveniente alguno para aceptar, bajo ciertas condiciones, la validez de los actos de disposición efectuados por un legatario que deja de ser tal por ineficacia del testamento en que se lo instituyó.

Por lo pronto, para poder hablar de un acto de disposición del legatario aparente se necesita que haya entrega del legado por parte de los herederos. Esa entrega es necesaria aun en el supuesto del legado de cosa cierta y determinada, pues aunque el legatario es propietario desde el momento de la muerte del causante, necesita solicitar la entrega a los herederos (art. 2498). Se aplica, pues, por analogía el artículo 2315.

707. Actos de administración del heredero aparente

El artículo 3429 del Código Civil de Vélez, establecía que: "el heredero está obligado a respetar los actos de administración que ha celebrado el poseedor de la herencia a favor de terceros, sea el poseedor de buena o mala fe".

El problema que planteaba el artículo consistía en saber si el acto de administración efectuado por el heredero aparente se consideraba válido respecto del tercero de mala fe o si, al contrario, resultaba indispensable la buena fe del tercero que entre en relación con el heredero aparente.

Como el artículo no decía nada al respecto, nuestra doctrina mantuvo dos posiciones. La mayoría de los autores, siguiendo el pensamiento de Aubry y Rau citado por la nota, exigía la buena fe del tercero, a semejanza de lo que sucede con los actos de disposición⁹⁵. Otros pensaban, al contrario, que en cualquier hipótesis el acto era válido.

Se basaban en el tenor literal del precepto que no exigía la buena fe, y en que los actos de administración no ocasionan perjuicios al heredero, por lo que sería poco práctico anularlos⁹⁶.

⁹⁵ SEGOVIA, ob. cit., t. II, p. 468, nota 62; LLERENA, ob. cit., t. VI, p. 234; FORNIELES, ob. cit., N° 214; LAJE, ob. cit., p. 498; MAFFÍA, *Tratado...* cit., t. I, N° 449 bis.

⁹⁶ MACHADO, ob. cit., t. VIII, p. 667.

El nuevo artículo 2315, párrafo 1º, en principio, considera válidos los actos de administración del heredero aparente, pero niega validez si ha habido mala fe del heredero aparente y del tercero con quien contrató. El artículo siguió, así, lo que sostuvo la mayoría de nuestra doctrina, que exigía la buena fe del tercero para que el acto se tuviera por válido.

En nuestra opinión, el problema no se puede resolver aplicando siempre la solución legal, si no se quiere caer en extremos inaceptables. El artículo no se debe interpretar literalmente, si no circunscribiéndolo a los casos especiales de administración de los cuales surge un daño para el heredero real, sobre la base del concierto fraudulento del heredero aparente con el tercero.

A estos efectos, podríamos hacer estas distinciones:

a) Actos meramente conservatorios que puede realizar el heredero, sin que impliquen aceptación de la herencia⁹⁷, como la recolección de frutos naturales cuando resulte indispensable para evitar su pérdida o deterioro; la venta de objetos perecederos si el dinero se deposita en la sucesión; los gastos por reparaciones urgentes o necesarias para la conservación de bienes hereditarios; etcétera. Entendemos que esos actos son siempre válidos, sea el tercero quien recibe los frutos o los objetos perecederos o quien realiza las reparaciones, de buena o mala fe.

b) Actos de administración ordinarios, que son los que responden a la producción de los bienes hereditarios y al aprovechamiento de esa producción, y las deudas normales que ocasionan esos actos⁹⁸. Tales actos, aunque los terceros sean de mala fe, también son válidos frente al heredero real.

c) Actos de administración extraordinaria, que son los gastos o los pagos de deudas contraídas por el causante, ajenos a los actos de producción, como sería el nombramiento de nuevos empleados, la contratación de servicios extraordinarios, etcétera⁹⁹. Esos actos sólo son válidos si los terceros que han contratado con el heredero aparente son de buena fe, aunque perjudiquen al heredero real, pero no si son de mala fe.

⁹⁷ *Supra* N° 461.

⁹⁸ *Supra* N° 449 y 462.

⁹⁹ *Supra* *ibídem*.

A. nuestro juicio, en esta materia debe predominar el principio de la validez de los actos de administración que no perjudiquen manifiestamente al heredero real, sea el tercero de buena o mala fe. Si se produce perjuicio sólo debe mantenerse la validez del acto cuando el tercero es de buena fe. La interpretación racional del artículo exige, pues, circunscribirlo al último supuesto.

ÍNDICE SUMARIO

PRÓLOGO	11
---------------	----

PARTE GENERAL

CAPÍTULO I

DERECHO DE SUCESIONES. SUCESIÓN Y ADQUISICIÓN

I. DERECHO DE SUCESIONES

1. Derecho de Sucesiones: Concepto	17
2. Relaciones del Derecho de Sucesiones con otras partes del Derecho Civil	19
3. Su situación dentro del Derecho Civil	19
4. El Derecho de Sucesiones como sección del Derecho Civil	20

II. SUCESIÓN Y ADQUISICIÓN

5. La sucesión universal <i>mortis causa</i> : precedentes romanos	21
6. Concepto de sucesión universal <i>mortis causa</i>	23
7. Consecuencias inmediatas de la sucesión universal	26
8. Los dos aspectos del fenómeno sucesorio	27
9. El heredero no es un simple sucesor	29
10. La sucesión del heredero en el Derecho argentino	30

11. La adquisición a título particular del legatario: precedentes	31
12. Concepto de adquisición a título particular del legatario	32
13. La adquisición a título particular del legatario en el Derecho argentino	33
14. Terminología del Código de Vélez respecto al heredero y al legatario	33
15. Sucesión legítima y testamentaria: concepto	34
16. El problema de la compatibilidad o incompatibilidad de estas sucesiones	34
17. Preferencia o subordinación de una sucesión respecto de la otra	36

CAPÍTULO II

BASES HISTÓRICAS Y FUNDAMENTO DEL DERECHO DE SUCESIONES

I. BASES HISTÓRICAS DEL DERECHO DE SUCESIONES

18. Derecho Romano: orígenes del Derecho de Sucesiones	39
19. Evolución posterior del Derecho de Sucesiones	42
20. Rasgos generales de la evolución	43
21. Derecho germánico: organización de la propiedad	45
22. Orígenes del Derecho Sucesorio germánico	46
23. Origen de la sucesión testamentaria	47
24. Evolución posterior	48
25. Rasgos generales de su evolución	48
26. Síntesis comparativa de los sistemas históricos romano y germánico	50
27. El elemento cristiano	54
28. Derecho anglosajón	55

II. FUNDAMENTO DEL DERECHO DE SUCESIONES

29. Fundamento del Derecho de Sucesiones: introducción	57
--	----

30. Fundamento filosófico-jurídico del Derecho de Sucesiones: teoría del Derecho natural y de la creación legal.....	58
31. Fundamento inmediato del Derecho de Sucesiones: presupuesto.....	60
32. Teorías positivas: teoría del reconocimiento de la voluntad del testador, de la copropiedad familiar y del interés colectivo.....	61
33. Teorías negativas: teorías socialistas clásicas y socialistas modernas.....	64
34. Apreciación crítica.....	65

CAPÍTULO III

LEY QUE RIGE LAS SUCESIONES. PROCESO SUCESORIO. JUEZ COMPETENTE Y FUERO DE ATRACCIÓN

I. LEY QUE RIGE EL DERECHO DE SUCESIONES

35. Planteo.....	69
36. Sistemas en el Derecho Internacional Privado.....	70
37. Sistema argentino anterior a la sanción del nuevo Código: teorías.....	74
38.A) Teoría de la unidad de la sucesión.....	74
39.B) Teoría pluralista.....	76
40.C) Teoría mixta.....	76
41. Sistema argentino en el nuevo Código Civil y Comercial.....	79
42. Las legítimas, ¿suponen una excepción a la ley del domicilio?.....	81
43. Leyes fiscales.....	82
44. Tratados de Montevideo.....	82
45. Legislación comparada.....	84

II. PROCESO SUCESORIO

46. Proceso sucesorio: concepto.....	85
47. Caracteres.....	86
48. Etapas del proceso sucesorio.....	87
49. Clases de procesos sucesorios: introducción.....	88
50.A) Proceso sucesorio intestado.....	89

51.B) Proceso sucesorio testamentario	91
52.C) Proceso sucesorio mixto	92
53. Requisitos para la apertura del proceso	94
54. Quiénes son parte legítima para iniciar el proceso sucesorio	96
55. Medidas de seguridad	106
56. Simplificación de los procedimientos	107
57. Personas que intervienen en el proceso sucesorio	107

III. JUEZ COMPETENTE

58. Juez competente: supuestos	111
59. Caso en que haya un solo heredero	113
60. Determinación del domicilio	114
61. Acumulación de diferentes procesos sucesorios de un mismo causante, iniciados en una misma jurisdicción	115
62. El escrito inicial y la regulación de honorarios	118
63. Acumulación de diferentes procesos sucesorios de un mismo causante, iniciados en diferentes jurisdicciones	120
64. Acumulación de diferentes procesos sucesorios de distintos causantes	121

IV. FUERO DE ATRACCIÓN

65. Fuero de atracción: concepto y caracteres	121
66. Fundamento	123
67. Supuestos de actuación del fuero de atracción	123
68. Acciones no atraídas por el sucesorio	127

CAPÍTULO IV

HEREDERO Y LEGATARIO

I. HEREDERO

69. Justificación de la figura del heredero	129
70. Naturaleza jurídica de la sucesión del heredero: teorías	130
71. Teoría de la continuación de la personalidad del causante: antecedentes históricos	131

72. Formulación moderna	132
73. Fenómenos que explican esta teoría	132
74. Crítica de la teoría.	133
75. Teoría de la representación: concepto	134
76. Teoría de la sucesión en la posición jurídica del causante: precedentes romanos	135
77. Formulación moderna	135
78. Teoría de la adquisición de una <i>universitas iuris</i> : precedentes	136
79. Formulación moderna	137
80. Fenómenos que explican la teoría	138
81. Crítica de la teoría de la <i>universitas</i>	139
82. Teoría de la adquisición de la totalidad o de una suma de bienes: concepto	143
83. Teorías intermedias.	145
84. El problema de la naturaleza jurídica de la herencia en el Derecho argentino	150
85. Titularidades que asume el heredero	151

II. LEGATARIO

86. Justificación de la figura del legatario	154
87. El legatario y sus diferencias esenciales con el heredero	155
88. El legado como atribución voluntaria y los legados legales	156
89. Variedad del contenido de los legados	157
90. Legados que suponen atribución patrimonial	158
91. Legados que no suponen atribución patrimonial	159

CAPÍTULO V

SISTEMAS DE DETERMINACIÓN DEL HEREDERO Y DEL LEGATARIO. VARIEDADES EN SU INSTITUCIÓN

I. SISTEMAS DE DETERMINACIÓN DEL HEREDERO Y DEL LEGATARIO

92. Determinación del heredero y del legatario: sistemas	161
93. Sistema subjetivo	162
94. Sistema objetivo	163

95. Sistema intermedio	164
96. Sistema aplicable al Derecho argentino	165
97.A) La institución de heredero en cosa cierta: antecedentes históricos	166
98. Evolución de la doctrina	167
99. Presunción <i>iuris tantum</i> y prueba en contrario en el heredero de cosa cierta	170
100. Casos de herederos instituidos en cosa cierta	174
101. Efectos de la institución de cosa cierta	175
102. Institución <i>excepta re certa</i>	175
103.B) El legado de parte alícuota: antecedentes históricos	177
104. El legado de cuota en el Código Civil de Vélez Sársfield	179
105. El heredero de parte alícuota y la posibilidad del legatario de cuota en el nuevo ordenamiento	180
106. Caracteres del legatario de parte alícuota	182
107. Conclusiones	188
108. Tendencias actuales en el Derecho extranjero	190

II. VARIEDADES EN LA INSTITUCIÓN DE HEREDEROS Y DE LEGATARIOS

109. Variedades concretas de instituciones de herederos y de legatarios: generalidades y casos	192
110. Distribución de la herencia en legados particulares	192
111. Distribución de la herencia en masas de bienes	194
112. Legado de una herencia recibida por el causante	194
113. Legado de usufructo	194
114. Institución en el remanente	195
115. Institución en la porción disponible	196

CAPÍTULO VI

LA HERENCIA EN SENTIDO OBJETIVO

.....	197
-------	-----

I. CONCEPTOS

116. Acepciones de la herencia	198
--------------------------------------	-----

117. Herencia en sentido objetivo	198
118. La herencia como remanente líquido	198
119. Pretendido derecho subjetivo del heredero sobre la herencia	199
120. Titularidades del heredero sobre la herencia	200

II. EL CAUDAL RELICTO

121. La transmisibilidad de los derechos y obligaciones del causante: principio y excepciones	201
---	-----

A) DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE COMPONEN EL CAUDAL RELICTO POR UNA SITUACIÓN JURÍDICA DERIVADA DEL CAUSANTE

122. Principio	203
123.A) Derechos reales	204
124.B) Derechos derivados de la posesión	209
125.C) Derechos y obligaciones derivados del contrato	209
126. Algunos contratos en particular	214
127.D) Obligaciones y derechos derivados de fuente extracontractual. Los hechos ilícitos	227
128.a) Legitimación activa	227
129.b) Legitimación pasiva	231
130.E) Estados de familia y acciones que los protegen	232
131.a) Acciones de emplazamiento: Reclamación de la filiación matrimonial o extramatrimonial	234
132.b) Acciones de desplazamiento	236
133.c) Acción de revocación de la adopción simple y acción de revocación de la adopción de integración	243
134.d) Acción de nulidad de la adopción	244
135.e) Acción de nulidad de matrimonio	245
136.f) Acción de divorcio	246
137.F) Derechos patrimoniales de familia	246
138.G) Recuerdos de familia. Cartas misivas	249
139.H) Derecho sobre sepulcros	251
140.I) Adquisición de la condición de parte en el proceso	258

B) DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE NACEN CON MOTIVO DE
LA MUERTE, VINCULADOS AL FENÓMENO SUCESORIO,
PERO CREANDO SITUACIONES ORIGINARIAS
EN EL HEREDERO

141. Concepto y casos	259
-----------------------------	-----

C) DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE AUNQUE NACEN CON
OCASIÓN DE LA MUERTE DE LA PERSONA, ESTÁN
DESVINCULADAS DEL FENÓMENO SUCESORIO

142. Concepto y casos	261
143.A) Las pensiones por fallecimiento	261
144.B) La indemnización por accidente de trabajo que reciben los parientes de la víctima por muerte	262
145.C) Los seguros de vida en general	263
146.D) Las acciones de daños y perjuicios derivadas del delito de homicidio	264
147.E) El derecho sobre el cadáver	270
148.F) El derecho real de habitación del cónyuge supérstite	273
149.G) La atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes	275

D) DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS CUALES ERA TITULAR
EL CAUSANTE, PERO QUE NO SE TRANSMITEN A SUS
HEREDEROS, SINO QUE SE EXTINGUEN O
CADUCAN A SU MUERTE

150.A) Relaciones jurídicas de carácter público	276
151.B) Algunas relaciones derivadas de las asociaciones	276
152.C) Derechos y actos personalísimos	276
153.D) Algunas vinculaciones derivadas de los actos jurídicos de contenido patrimonial	279

III. SITUACIONES EN QUE PUEDE ESTAR LA HERENCIA

154. Situaciones en que puede estar la herencia: enunciación	282
155. Herencia yacente: presupuestos	283
156. Precedentes históricos de la herencia yacente	283
157. Naturaleza jurídica	285
158. La herencia yacente en el Derecho argentino	287

CAPÍTULO VII

MOMENTOS DEL FENÓMENO SUCESORIO. LA ADQUISICIÓN POR ACTOS ENTRE VIVOS

I. MOMENTOS DEL FENÓMENO SUCESORIO HASTA LA ADQUISICIÓN DEFINITIVA DE LA HERENCIA

159. Enunciación de los momentos del proceso sucesorio	289
--	-----

A. APERTURA DE LA SUCESIÓN

160. Apertura de la sucesión: muerte natural	291
161. Comprobación y publicidad de la muerte	291
162. Determinación del momento de la muerte: importancia	293
163. Caso de conmorienencia	293
164. Declaración judicial de muerte presunta	294
165. Extinción de las personas jurídicas	295

B. VOCACIÓN

166. Irrelevancia de la designación del sucesor	297
167. Vocación a la herencia: concepto	298
168. Caracteres de la vocación	299
169. Momento de la vocación: planteamiento	299
170. Sistema romano de las vocaciones sucesivas	300
171. Sistema de las vocaciones simultáneas	300
172. Formas de vocación	302
173. Vocación testamentaria, legítima y legitimaria	302
174. Vocación pura y condicional	303
175. Vocación directa e indirecta	305
176. Vocación solidaria y parciaria	305

C. DELACIÓN: LLAMAMIENTO CONCRETO Y ADQUISICIÓN PROVISIONAL

177. Delación de la herencia: concepto	306
178. Caracteres de la delación	310
179. Momentos de la delación: delaciones sucesivas	310
180. Los llamados en segundo lugar	311

D. ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA

181.	Sistemas de adquisición de la herencia	311
182.	Antecedentes históricos	313
183.	Sistema argentino	316
184.A)	Adquisición provisional, sin pronunciarse por la aceptación ni por la renuncia	316
185.	Terminología	317
186.	Facultades del heredero provisional	317
187.B)	Consolidación de la adquisición mediante la aceptación	318
188.	Adquisición de los legados	318

II. LA ADQUISICIÓN POR NEGOCIO JURÍDICO "INTER VIVOS" Y LA ADQUISICIÓN POR SUCESIÓN

189.	Introducción	319
190.	La transmisión por contrato: precedentes históricos	320
191.	La transmisión por sucesión: precedentes históricos	324
192.	La transmisión por contrato y por sucesión en el Derecho argentino	325
193.	La transmisión por contrato y por sucesión de bienes inmuebles: función de la inscripción registral	326
194.	La transmisión por contrato y por sucesión en materia de automotores: función de la inscripción en el Registro de Propiedad del Automotor	330

CAPÍTULO VIII

VOCACIÓN REFERIDA: EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN

195.	Vocación referida	333
196.	El derecho de representación: concepto	334
197.	Su regulación en el Código Civil y Comercial	335
198.	Diferencia con la representación general	336
199.	Procedencia terminológica	336
200.	Fundamento	338
201.	Antecedentes históricos	339

202.	Naturaleza jurídica.	341
203.	Parientes que gozan del derecho de representación: grupos	343
204.A)	Parientes en línea descendente.	344
205.B)	Parientes en línea colateral.	345
206.	Parientes que carecen de derecho de representación	347
207.	Supuestos de concurso representativo	348
208.	Supuesto de una sola stirpe	350
209.	Presupuestos objetivos del derecho de representación	351
210.	Presupuestos subjetivos del derecho de representación	353
211.	Efectos de la representación.	355
212.	La representación en la sucesión testamentaria: orientaciones.	357
213.	La representación en la sucesión testamentaria en el nuevo Código	358
214.	La representación testamentaria en la línea descendente: fundamento y extensión	359
215.	La representación testamentaria en la línea colateral: fundamento y extensión	364

CAPÍTULO IX

VOCACIÓN SOLIDARIA: EL DERECHO DE ACRECER

216.	Vocación solidaria y vocación parciaria.	367
217.	Derecho de acrecer: precedentes	368
218.	Campo de aplicación del derecho de acrecer en el Derecho moderno	371
219.	Fundamento del derecho de acrecer en la sucesión testada.	372
220.	Requisitos del derecho de acrecer en la sucesión testada	373
221.	Naturaleza jurídica del derecho de acrecer.	374
222.	El derecho de acrecer entre coherederos: fuentes romanas	375
223.	El derecho de acrecer entre coherederos: supuestos.	377
224.	Falta del derecho de acrecer entre herederos instituidos por cuotas (sobre toda la herencia o dentro de la conjunción)	379

225. Institución de herederos con asignación de partes y sin asignación de partes en el mismo testamento	385
226. El derecho de acrecer entre colegatarios unidos por una conjunción	386
227. Supuesto de sustitución de legatarios	386
228. Falta del derecho de acrecer entre legatarios instituidos por cuotas dentro de la conjunción	387
229. Derecho de acrecer entre herederos y colegatarios cuando el testador asigne las cuotas por mitad o por partes iguales.....	387
230. Legado de usufructo	390
231. Efectos del derecho de acrecer	391
232. Imposición de cargas	392
233. Trasmisión a los herederos	392
234. Carácter supletorio de las normas sobre acrecimiento.....	393
235. El derecho de acrecer en la sucesión intestada	393

CAPÍTULO X

PRESUPUESTOS SUBJETIVOS DE LA DELACIÓN

236. Enunciación	397
------------------------	-----

I. CAPACIDAD PARA SUCEDER.

237. Capacidad para suceder: precedentes	398
238. Concepto.....	400
239. Personas capaces.....	401
240. Incapacidades para suceder.....	402

II. INDIGNIDAD

241. Indignidad para suceder: precedentes históricos.....	404
242. Concepto.....	405
243. Diferencias con la incapacidad	405
244. Fundamento de la indignidad	406
245. ¿Cómo actúa la indignidad antes de la declaración de indignidad?.....	407
246. La indignidad frente a la delación.....	412

247. Personas que pueden ser declaradas indignas.	412
248. Causales de indignidad: enunciación.	413
249.a) Delito doloso contra la persona, el honor, la integridad sexual, la libertad o la propiedad.	413
250.b) Maltratos y ofensas a la memoria del difunto.	414
251.c) Acusación criminal contra el difunto.	415
252.d) Omisión de denunciar la muerte dolosa del causante.	416
253.e) Abandono del difunto.	416
254.f) Falta de reconocimiento voluntario.	417
255.g) El padre o madre privados de la responsabilidad parental.	418
256.h) Atentados contra la última voluntad del difunto.	418
257.i) Causales de ingratitud que permiten revocar las donaciones.	420
258. No es necesaria la condena criminal.	420
259. Eliminación de la desheredación: consideraciones críticas.	420
260. A quiénes beneficia la indignidad.	423
261. Extinción de la indignidad: perdón.	424
262. Caducidad de la indignidad: principio.	425
263. Análisis de los supuestos.	427
264. Acción de indignidad: concepto.	428
265. Indivisibilidad de la acción de indignidad.	429
266. Vías procesales.	430
267. Juez competente.	431
268. Sujeto activo, ¿quiénes pueden demandar la indignidad?	431
269. Sujeto pasivo: contra quiénes se puede demandar la indignidad.	433
270. Sentencia de indignidad.	434
271.A) Efectos de la sentencia de indignidad respecto del indigno: principio.	435
272. Restitución de los bienes hereditarios con sus aumentos y mejoras.	436
273. Devolución de frutos y productos.	437
274. Enajenación de bienes hereditarios: indemnización.	439
275. Renacen los derechos y obligaciones.	439
276. Bienes recibidos en vida del causante por donación.	440

277.B) Efectos respecto de los descendientes del indigno	440
278.C) Efectos respecto de terceros	441

CAPÍTULO XI

POSESIÓN HEREDITARIA. INVESTIDURA DE LA CALIDAD DE HEREDERO. DECLARATORIA DE HEREDEROS

I. POSESIÓN HEREDITARIA

.....	443
279. Adquisición <i>ipso iure</i> de la posesión hereditaria	444
280. La posesión hereditaria: concepto	444
281. Fundamento de la posesión hereditaria	446
282. Precedentes históricos	446
283. La posesión hereditaria en el antiguo Derecho español	451
284. Las Leyes de Indias y el juzgado de bienes de difuntos	451
285. La recepción de la posesión hereditaria en el nuevo Código Civil y Comercial argentino	453
286. Quiénes tienen esta posesión hereditaria	454
287. La posesión hereditaria no participa de las cualidades de la posesión del causante	455
288. No otorga por sí derecho a los frutos	456
289. La facultad de entrar en la posesión material de los bienes hereditarios	456
290. Ejercicio de las acciones posesorias	457
291. Sus efectos no alcanzan a la titularidad de la herencia	457
292. Indivisibilidad de la posesión hereditaria	458
293. Síntesis de los caracteres y efectos de la posesión hereditaria	458

II. INVESTIDURA DE LA CALIDAD DE HEREDERO

294. La posesión hereditaria y el problema de la intervención de los jueces en el Código Civil de Vélez Sársfield	459
295. La investidura de la calidad de heredero: concepto	461
296.A) Investidura de pleno derecho	461
297. Aplicación práctica de la falta de necesidad de la intervención de los jueces: ejercicio de las acciones judiciales	462

298.B)	Investidura otorgada por el juez del sucesorio	464
299.	El ejercicio de las acciones judiciales.	465
300.	Crítica de la dualidad aceptada en el nuevo Código.	466

III. DECLARATORIA DE HEREDEROS Y APROBACIÓN JUDICIAL DEL TESTAMENTO

301.	Declaratoria de herederos: concepto	467
302.a)	La declaratoria de herederos como resolución judicial.	468
303.b)	La declaratoria de herederos tiene carácter declarativo	469
304.c)	La declaratoria de herederos no causa estado	469
305.d)	Verificación previa de la calidad de heredero y reconocimiento como tal	470
306.e)	El heredero debe presentarse en el expediente sucesorio	473
307.	Diligencias previas.	473
308.	Ampliación del contenido de la declaratoria de herederos	474
309.	Restricción del contenido de la declaratoria de herederos	475
310.	Estructura y forma de la declaratoria de herederos.	476
311.	Efectos de la declaratoria de herederos	477
312.	Nulidad de la declaratoria de herederos	478
313.	Recurso de apelación	479
314.	La declaratoria de herederos y los actos de disposición: bienes registrables	479
315.	La inscripción de la declaratoria de herederos	480
316.	Aprobación judicial del testamento: concepto	483
317.	Diligencias previas.	483
318.	Remisión	484

CAPÍTULO XII

ACEPTACIÓN Y RENUNCIA DE LA HERENCIA. DERECHO DE OPCIÓN

I. ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA

.....	485	
319.	Aceptación de la herencia: precedentes	486

320. Concepto de la aceptación	487
321. Caracteres	488
322. La llamada aceptación forzada	490
323. Capacidad para aceptar: principios	491
324. Incapacidades para aceptar herencias	492
325. Caso del ausente	494
326. Caso del fallido y de la mujer casada	495
327. Formas de hacer la aceptación	495
328. Aceptación expresa: concepto	496
329. Forma de efectuar la aceptación expresa	497
330. Aceptación tácita: concepto	497
331. Actos que importan aceptaciones tácitas	499
332. Actos que no implican aceptación de la herencia	504
333. Nulidad de la aceptación: normas supletorias	505
334. Causales de nulidad: enunciación	505
335. Falta de las formalidades	506
336. Vicios del consentimiento: dolo, violencia y error	506
337. Caso de aparición de un testamento desconocido	508
338. Efectos de la nulidad	509
339. Aceptación de los legados	510

II. RENUNCIA DE LA HERENCIA

340. Renuncia de la herencia: precedentes	510
341. Concepto	511
342. Caracteres	512
343. Formalidades de la renuncia: Código Civil de Vélez Sársfield	513
344. Tesis que rechazaba la dualidad de formalidades en el Código de Vélez	514
345. Formalidades de la renuncia en el nuevo Código Civil y Comercial	515
346. El principio de la irrevocabilidad de la renuncia	515
347. Retracción de la renuncia	516
348. Capacidad para renunciar	517
349. Efectos de la renuncia	518

350. El renunciante y su derecho a legítima	519
351. Nulidad de la renuncia: regulación supletoria	520
352. Causales de nulidad: enunciación	520
353. Falta de formalidades	520
354. Vicios del consentimiento	521
355. Efectos de la nulidad de la renuncia	521
356. Revocación de la renuncia pedida por los acreedores	522
357. Renuncia de los legados	523

III. MOMENTO DE LA ACEPTACIÓN Y DE LA RENUNCIA. DERECHO DE OPCIÓN

358. Momento de la aceptación y de la renuncia: supuestos	524
359. Desde cuándo se puede aceptar o repudiar la herencia	524
360. Hasta cuándo se puede aceptar o renunciar una herencia: plazos	525
361. Quiénes pueden invocar el plazo	528
362. Efectos del derecho de opción	529
363. Trasmisión del derecho de aceptar o renunciar	529
364. Intimación de los terceros interesados para exigir la aceptación o la renuncia	530
365. Formas de computar el plazo	530
366. Personas que pueden exigir la intimación	531
367. Caso de silencio del heredero intimado	531

CAPÍTULO XIII

RESPONSABILIDAD LIMITADA Y RESPONSABILIDAD ILIMITADA DEL HEREDERO FRENTE A LOS ACREEDORES DEL CAUSANTE

.	533
368. Introducción	534

I. PRIMERA ETAPA: LA ACEPTACIÓN PURA Y SIMPLE Y LA ACEPTACIÓN BENEFICIARIA

369. Determinación y principios que la rigen	534
370. Clases de aceptación y carácter de cada una de ellas	535

371.	Efectos de la aceptación pura y simple.	535
372.	Formas de evitar la confusión de patrimonios	537
373.A)	Aceptación con beneficio de inventario: precedentes históricos	538
374.	Concepto	539
375.	Personas que pueden aceptar con beneficio de inventario	540
376.	Concurrencia de herederos beneficiarios y no beneficiarios.	541
377.	Plazo para acogerse al beneficio de inventario.	542
378.	Plazo para hacer el inventario y para deliberar.	542
379.B)	Separación de patrimonios: precedentes históricos	543
380.	La separación de patrimonios en el Derecho francés (antes de la ley del 23 de junio de 2006)	546
381.	La separación de patrimonios en el Código Civil de Vélez Sársfield: concepto.	547
382.	Forma de pedir la separación	550
383.	El inventario: su función	551
384.	Medidas precautorias	552
385.	Bienes sobre los que recae la separación	552
386.	Plazo para pedir la separación	554
387.	Efectos de la separación de patrimonios.	555
388.C)	La separación de patrimonios y el beneficio de inventario.	556
389.	El nuevo Código Civil y Comercial ante la primera etapa	559

**II. SEGUNDA ETAPA: LA ACEPTACIÓN BENEFICIARIA
COMO PRINCIPIO Y LA RESPONSABILIDAD ILIMITADA**

390.	Determinación temporal	560
391.	La aceptación beneficiaria como principio.	560
392.	Ámbito de la aceptación beneficiaria	561
393.	Falta de plazo para acogerse al beneficio de inventario si no hay intimación	566
394.	Función del inventario.	568
395.	Intimación judicial para hacer el inventario: juez competente	570
396.	Personas que pueden intimar la realización del inventario: prueba del interés	570

397. Personas intimadas para hacer el inventario: supuestos especiales	571
398. Plazo para hacer el inventario: caracteres	571
399. Plazo para deliberar (autorrevocación de la aceptación beneficiaria)	571
400. Omisión del inventario en el plazo legal	572
401. Inventario espontáneo sin intimación	576
402. Cesación del beneficio de inventario. Causales	576
403. Efectos de la cesación del beneficio	578
404. No es necesario el beneficio de separación de patrimonios, mediando beneficio de inventario	578
405. El nuevo Código Civil y Comercial en la segunda etapa	578

III. TERCERA ETAPA: LA RESPONSABILIDAD LIMITADA COMO PRINCIPIO. EXCEPCIONES

406. Principio de limitación de la responsabilidad del heredero, y consiguiente separación de patrimonios	579
407.A) Limitación de la responsabilidad: concepto	579
408. Precedentes históricos	580
409. Limitación de la responsabilidad en el nuevo Código Civil y Comercial	581
410. Limitación de la responsabilidad en el legado de una universalidad	583
411. Reembolso en el pago de deudas o legados	583
412. Formas de limitación de la responsabilidad	585
413. Bienes que responden por las deudas del causante: principio	587
414. Frutos	587
415. Valores colacionables y bienes sujetos a reducción	588
416.B) Separación de patrimonios: función del inventario	589
417.a) Subsistencia de los derechos personales y reales	590
418.b) Subrogación	591
419.c) Acciones del heredero contra la sucesión	592
420.d) Acciones de la sucesión contra el heredero	592
421. Preferencia de los acreedores del causante respecto de los acreedores del heredero, sobre los bienes de la herencia	593

422. La presentación de acreedores tardíos después de terminado el proceso de liquidación	593
423. Pérdida de la responsabilidad limitada	595
424. Caso de no hacer inventario en el plazo de tres meses desde la intimación de acreedores o legatarios	596
425. Ocultamiento fraudulento de los bienes de la sucesión	597
426. Exageración dolosa del pasivo sucesorio	597
427. Enajenación de bienes de la sucesión	598
428. Falta de confusión de patrimonios	599
429. Preferencia o concurrencia sobre los bienes propios del heredero	599

CAPÍTULO XIV

COMUNIDAD HEREDITARIA

.....	603
-------	-----

I. CONCEPTO. CARACTERIZACIÓN. LAS CUOTAS

430. Comunidad hereditaria: concepto	604
431. El condominio y la comunidad hereditaria	605
432. Precedentes históricos	606
433. Influencia de las comunidades clásicas en el Derecho moderno	609
434. Caracterización de la comunidad hereditaria	610
435. La comunidad hereditaria en el Derecho argentino: las cuotas	610
436. La pretendida personalidad jurídica de la comunidad hereditaria	613

II. OBJETO. CONTENIDO DE LAS RELACIONES DE COMUNIDAD

437. Objeto de la comunidad hereditaria: extensión y modificaciones	615
438. Personas que integran la comunidad hereditaria	616
439. La comunidad hereditaria y los legatarios	617
440. Contenido de las relaciones de comunidad hereditaria: distinción	618

441.A) Derechos de los coherederos sobre la masa indivisa: enunciación.	619
442. Uso de las cosas comunes	619
443. Posesión de los bienes	622
444. Ejercicio de acciones	623
445.B) Derechos de los coherederos sobre sus cuotas en la masa indivisa	624
446.C) Enajenación de bienes concretos	625

III. INDIVISIÓN FORZOSA

447. Justificación	627
448. Indivisión impuesta por el testador	627
449. Pacto de indivisión	628
450. Oposición del cónyuge	629
451. Vivienda que ha sido residencia habitual de los cónyuges	630
452. Oposición del heredero	631
453. Oponibilidad frente a terceros. Derechos de los acreedores	632

IV. ADMINISTRACIÓN EXTRAJUDICIAL Y ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA

454. Administración extrajudicial de la comunidad hereditaria	633
455. Administración judicial de la comunidad hereditaria: fuentes del nuevo Código Civil y Comercial	634
456. Personas que pueden ejercer el cargo de administrador judicial	636
457. Designación de administrador judicial	636
458. Designación por el testador	638
459. Pluralidad de administradores	639
460. Remuneración y gastos	639
461. El administrador no está obligado a garantizar el cumplimiento de sus obligaciones	640
462. Remoción del administrador judicial	641
463. Medidas urgentes ante el inconveniente del administrador para entrar en funciones	642

464. Régimen jurídico de la administración judicial: precedentes	643
465. Régimen jurídico de la administración judicial en el Código Civil de Vélez Sársfield	644
466. Funciones del administrador judicial en el nuevo Código Civil y Comercial	646

V. SITUACIÓN DE CRÉDITOS Y DEUDAS

467. Los créditos y las deudas: precedentes históricos.....	651
468.A) Los créditos y las deudas divisibles en el Código Civil de Vélez Sársfield	653
469.a) Los créditos divisibles en el Código de Vélez: principio	653
470. Consecuencia de la divisibilidad <i>ipso iure</i>	653
471. Crítica de la división <i>ipso iure</i> de los créditos	655
472.b) Las deudas divisibles en el Código Civil de Vélez Sársfield: principio.....	655
473. Momento en que se produce la división de las deudas	656
474. Consecuencias de la divisibilidad de las deudas	657
475. Quiénes están obligados a pagar las deudas hereditarias	659
476. Crítica del sistema de división de las deudas	659
477.B) Los créditos y las deudas en el nuevo Código Civil y Comercial	660
478.a) Cobro de créditos.....	661
479. Acciones judiciales	662
480. Rendición de cuentas durante el período de la administración	663
481.b) Pago de deudas: presentación de los acreedores.....	664
482. Declaración de legítimo abono.....	664
483. Procedimiento de pago a los acreedores.....	667
484. Los acreedores ante la inexistencia de bienes de la sucesión, existiendo legatarios.....	671
485. Procedimiento de pago a los legatarios	672
486. Oposición de los acreedores y legatarios a la entrega de bienes o legados	673
487. Masa indivisa insolvente	674
488. Cargas de la sucesión.....	675

489. Conclusión de la administración judicial: rendición de cuentas.	675
490. Formas de hacer la rendición de cuentas: contenido de las cuentas.	676
491. Extinción de la comunidad hereditaria.	677

CAPÍTULO XV

PARTICIÓN

679

I. CONCEPTO. CLASES. EFECTOS

492. Partición: concepto.	680
493. Consideraciones generales: conclusión de la indivisión e inscripción de bienes registrables.	681
494. La llamada "partición provisional".	685
495. Naturaleza jurídica de la partición.	686
496. Oportunidad para pedir la partición.	688
497. Herederos condicionales.	690
498. Partición parcial.	691
499. Personas que pueden pedir la partición.	691
500. Imprescriptibilidad de la acción.	693
501. Bienes que se incluyen en la partición.	693
502. Bienes que se excluyen de la partición.	694
503. Formas de hacer la partición: enunciación.	696
504.A) Partición extrajudicial o privada.	696
505.B) Partición judicial: casos en que procede.	697
506. Diligencias previas a la partición judicial: inventario y avalúo.	698
507. Impugnaciones al inventario y avalúo.	704
508. Retasa.	704
509. Licitación.	705
510. El partidor.	705
511. Composición de la masa.	707
512. Formación de lotes.	708
513. Principio de igualdad en la formación de lotes.	710

514. Principio de adjudicación en especie	711
515. Otras reglas a que debe ajustarse la partición	712
516. Presentación de la cuenta particionaria: asignación de lotes	713
517. Atribución preferencial	716
518. Cargas de la masa	718
519. Inscripción de las hijuelas en los registros	719
520. Entrega a los herederos de las copias de las hijuelas y de los títulos de los bienes adjudicados	720
521. Oposición de los acreedores a la entrega de los bienes	720
522. La comunidad conyugal y las operaciones particionales	720
523. Efectos de la partición: carácter declarativo y garantía por evicción	721

II. NULIDAD DE LA PARTICIÓN

524. Alcance: nulidad y reforma de la partición	725
525. Naturaleza jurídica según las distintas particiones	727
526. Campos de aplicación de la acción de nulidad, según las distintas clases de partición	730
527. Cuándo se viola el principio de igualdad de la partición judicial	739
528. Cuándo se viola el principio de partición en especie en la partición judicial	741
529. Violación del concepto de partición adjudicando bienes en condominio	742
530. ¿Hay cosa juzgada en el proceso partitivo?	743
531. Juez competente	743
532. Sujetos activos y pasivos	743
533. Efectos de la sentencia de nulidad	744

A. NULIDAD DE LA PARTICIÓN EXTRAJUDICIAL

534. Causas de nulidad de la partición extrajudicial	744
535. Análisis de los vicios del consentimiento en la partición extrajudicial: supuestos	745
536. Prescripción	745
537. Error: su aplicabilidad a la partición extrajudicial	745
538. Clases de error	746

539. Casos de error esencial: enunciación	746
540.A) Error sobre la naturaleza del acto	747
541.B) Error sobre el objeto	747
542.C) Error sobre la cualidad esencial de la cosa, o motivos personales relevantes incorporados al acto	749
543.D) Error sobre la persona	750
544. Dolo: concepto y requisitos	751
545. Su aplicación a la partición extrajudicial	752
546. Efectos de la nulidad por dolo: extensión.	752
547. Violencia en la partición extrajudicial: concepto y clases	753
548. Simulación: concepto y clases	754
549. Su aplicación a la partición extrajudicial	755
550. Prescripción	756
551. Fraude en perjuicio de los acreedores del heredero: su aplicación a la partición extrajudicial	756
552. Efectos de la acción pauliana	758
553. Prescripción	759
554. Lesión subjetiva: su aplicabilidad a la partición extrajudicial.	759
555. La opción del afectado.	762
556. Prescripción	762

B. NULIDAD DE LA PARTICIÓN JUDICIAL

557. Causas de la nulidad de la partición judicial.	762
558. Vicios de la voluntad en la partición judicial	763
559. Simulación y fraude en la partición judicial	764
560. Vicios del procedimiento	765

III. PARTICIÓN POR LOS ASCENDIENTES

561. Partición por los ascendientes: introducción	766
562. Disposiciones comunes	766
563.A) Partición por donación: precedentes.	769
564. Concepto	769
565. Objeto de la partición.	770
566. Derechos que puede transmitir.	770

567. Revocación	771
568. Forma	771
569. Acción de reducción	771
570. Valor de los bienes	772
571. Efectos de la partición por donación	772
572.B) Partición por testamento: precedentes	774
573. Concepto	774
574. Revocación	775
575. Objeto de la partición	775
576. Forma	776
577. Efectos de la partición por testamento	776

CAPÍTULO XVI

COLACIÓN

.....	777
-------	-----

I. COLACIÓN DE DONACIONES

578. Precedentes históricos	778
579. Colación: concepto	781
580. Presupuestos de la colación	785
581. Fundamento y finalidad de la colación	786
582. La colación en la sucesión testamentaria	787
583. Momentos de la colación	789
584. Masa que sirve de base para determinar la colación	792
585. Las deudas y cargas sucesorias y la colación	793
586. Momento para determinar el valor de lo donado	794
587. Tipos principales de colación	796
588. Posibilidad de colacionar en especie	799
589. Las operaciones de colación y las de cálculo de la legítima	800
590. Las donaciones a un heredero forzoso y la tesis de la aplicación absoluta de la colación entre herederos forzosos, durante la vigencia del Código Civil de Vélez Sársfield	802
591. El nuevo Código Civil y Comercial: rechazo expreso de la colación absoluta entre herederos forzosos	806

592. Supuesto en que lo donado supere la cuota del heredero, sin afectar la legítima de los otros descendientes o del cónyuge.	807
593. Dispensa de colación: modos de hacerla.	812
594. Donación a un descendiente o cónyuge con dispensa de colación, que excede la libre disposición.	813
595. La colación no opera de oficio.	816
596. Acción de colación: concepto y caracteres.	816
597. Divisibilidad de la acción de colación.	817
598. Juez competente.	819
599. La colación en el proceso sucesorio.	819
600. La acción de colación en el proceso contencioso.	821
601. Oportunidad del ejercicio de la acción.	822
602. Renuncia de la acción.	823
603. Carga de la prueba.	823
604. Prescripción.	825
605. El plenario Arce de la Cámara Nacional Civil: aspectos valorativos.	827
606. Sujeto activo: ¿Quiénes pueden pedir la colación?	833
607. Momento en que el sujeto activo debe tener el carácter de heredero forzoso.	833
608. El caso de acreedores y legatarios.	836
609. Sujeto pasivo: ¿Quiénes están obligados a colacionar?	838
610. Momento en que el sujeto pasivo debe tener el carácter de heredero forzoso.	839
611. El cónyuge como sujeto activo y pasivo de la colación: particularidades.	841
612. Heredero renunciante.	842
613. Indignos.	843
614. Donaciones realizadas a terceros (colación por otro).	843
615. Deber de colacionar de los representantes.	845
616. Liberalidades sujetas a colación.	847
617. Liberalidades que no hay que colacionar.	849
618. Vicisitudes de la cosa o su valor después de efectuada la donación: principio.	853
619. Pérdida o deterioro de la cosa donada: solución legal.	853

620. El problema de los frutos	855
621. Enajenación de la cosa donada: imposibilidad de accionar contra terceros	856
622. Donaciones nulas	856
623. Caso del artículo 2461: remisión.	856
624. Donaciones remuneratorias.	857
625. Donación de gananciales	857
626. Campos de aplicación práctica de la acción de colación y de la acción de reducción	858

II. COLACIÓN DE DEUDAS: CONCEPTO Y FUENTE

627. Colación de deudas: concepto.	860
628. Deudas objeto de la colación: derechos del causante	861
629. Deudas surgidas durante la indivisión.	862
630. Diferencias con la colación propiamente dicha.	863
631. Intereses de las sumas colacionables.	865
632. Imputación de la deuda y excedente deudor después de la imputación	865
633. Coheredero deudor que a su vez es acreedor.	867

CAPÍTULO XVII

CESIÓN DE LA HERENCIA

634. Cesión de la herencia: precedentes	869
635. Regulación legislativa.	871
636. Concepto.	872
637. Terminología	872
638. Caracteres del contrato de cesión: enunciación.	873
639. El contrato de cesión es consensual o traslativo, según los casos	873
640. Se trasmite el activo gravado con las deudas.	876
641. Responsabilidad del heredero cedente con el valor de los bienes heredados (responsabilidad <i>pro viribus</i>).	877
642. El contrato de cesión es formal.	878
643. No se trasmite la calidad de heredero del cedente.	880

644. El contrato de cesión es aleatorio	881
645. El objeto de la cesión no constituye una <i>universitas iuris</i>	882
646. El cesionario no es un sucesor universal	884
647. El cesionario es un sucesor a título singular	886
648. Único heredero que cede toda la herencia: el contrato de cesión no transmite instantáneamente los bienes	887
649. El heredero único puede optar por la venta particular de los bienes	889
650. Varios herederos: transmisión inmediata de la cuota. No se transmiten instantáneamente los bienes particulares	889
651. Cesión parcial	892
652. Diferencias con otros contratos	892
653. La cesión de la herencia no hace perder la responsabilidad limitada	895
654. La intervención del cesionario en el juicio sucesorio	897
655. Cesión de la cuota en la indivisión postcomunitaria	898
656. La cesión y el efecto declarativo de la partición	898
657. Cesión efectuada por el heredero de parte alcuota	900
658. La cesión y el certificado registral	900
659. Desde cuándo se puede ceder la herencia	901
660. Hasta cuándo se puede ceder la herencia	901
661. Momento en que se determina el contenido del patrimonio cedido	902
662. Casos especiales	903
663. Supuesto de aumento de la porción hereditaria del cedente	907
664. Supuesto de disminución de la porción hereditaria del cedente	910
665. Bienes excluidos de la cesión	911
666. Efectos del contrato de cesión: enunciación	912
667.a) Efectos entre partes	912
668.b) Efectos respecto de los acreedores	915
669. Momento a partir del cual se producen los efectos del contrato entre las partes y frente a terceros	916
670. Los efectos de la agregación de la cesión en el expediente sucesorio	918

671. La cesión y el registro de cesiones de derechos hereditarios en la Capital Federal	920
672. ¿Cabe la cesión de objetos hereditarios?	923

CAPÍTULO XVIII

PETICIÓN DE HERENCIA. ACTOS DEL HEREDERO APARENTE

.....	925
-------	-----

I. ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA

673. Acciones de defensa de la herencia: precedentes históricos	926
674. Acciones del heredero: sus diversos grupos	928
675. Acción de petición de herencia: concepto y caracteres.	929
676. Naturaleza jurídica: enunciación	931
677.A) La petición de herencia como acción universal o como acción particular	932
678.B) La petición de herencia como acción meramente declarativa, como acción vindicativa o como acción de contenido mixto	935
679.C) La petición de herencia según la naturaleza de los objetos vindicados	938
680. Nuestra posición sobre la naturaleza jurídica	940
681. Sujeto activo	940
682. Sujeto pasivo	944
683. No puede ser sujeto pasivo el poseedor que no invoca título alguno	949
684. La acción de petición de herencia y la defensa de la legítima	952
685. La acción de petición de herencia y la acumulación de otras acciones	953
686. La acción de petición de herencia y el proceso sucesorio	955
687. La acción de petición de herencia y el proceso sucesorio terminado	958
688. Juez competente y fuero de atracción.	958

689.	Oportunidad del ejercicio de la acción	959
690.	Renuncia de la acción	959
691.	Carga de la prueba	959
692.	Imprescriptibilidad de la acción de petición de herencia.	960
693.	Efectos principales de la acción: restitución de los objetos hereditarios y de los subrogados	962
694.	Poseedor de la herencia de buena o mala fe, como principio rector	963
695.	Efectos secundarios de la acción: buena o mala fe del poseedor	966
696.	Medidas precautorias	967
697.	Alcance de la cosa juzgada	969

II. ACTOS DEL HEREDERO APARENTE

698.	Heredero aparente: concepto.	970
699.	Actos del heredero aparente: antecedentes históricos	970
700.	Actos del heredero aparente en el Derecho argentino: artículo 2315 del nuevo Código Civil y Comercial.	973
701.	Actos de disposición de bienes: particularidades cuando hay inmuebles.	974
702.	Actos de disposición de bienes muebles	980
703.	Actos de disposición de bienes muebles registrables	981
704.	Posibles calidades que puede revestir el heredero aparente.	981
705.	Relaciones entre el heredero real y el aparente	982
706.	Legatario aparente: actos de disposición de inmuebles	983
707.	Actos de administración del heredero aparente.	983