

BIBLIOTECA DE LA ACADEMIA NACIONAL  
DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
DE BUENOS AIRES

SERIE IV – INSTITUTO DE DERECHO CIVIL – NÚMERO 13

# ESTUDIOS SOBRE DERECHO SUCESORIO HEREDITARIO



BUENOS AIRES  
2008

Santos Cifuentes

Estudios sobre derecho sucesorio hereditario -  
1ª ed.- Buenos Aires: La Ley, 2008.  
464 p.; 24 x 17 cm.

ISBN: 978-987-03-1282-6

1. Derecho Sucesorio. I. Título

CDD 346.5

Copyright © 2008 by La Ley S.A.E e I.  
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires  
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723  
Impreso en la Argentina

*Printed in Argentina*

Todos los derechos reservados  
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida  
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio  
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación  
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación  
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y del autor

All rights reserved  
No part of this work may be reproduced or transmitted  
in any form or by any means,  
electronic or mechanical, including photocopying and recording  
or by any information storage or retrieval system,  
without permission in writing from the publisher and the author

Queda hecho el depósito que marca la Ley 11.723  
Todos los derechos reservados

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires  
Av. Alvear 1711, primer piso. Tel./Fax: 48129327 y 4815-6976  
(1014) Buenos Aires - Argentina

Tirada: 200 ejemplares.

I.S.B.N.: 978-987-03-1282-6

PUBLICACIONES  
DE LA  
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

*- La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Su creación*

SERIE I – ANUARIOS

*Anales – Primera época, N° 1 (1915) – Segunda época, N° 1 a 45.*

SERIE II – OBRAS

- 1.- *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, por AGUSTIN DE VEDIA y ALBERTO RODRIGUEZ VARELA.
- 2.- *Bibliografía de Juan B. Alberdi*, por ALBERTO OCTAVIO CORDOBA.
- 3.- *La nueva ciencia política y constitucional*, por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA.
- 4.- *Política exterior en la edad nuclear*, por FELIPE A. ESPIL.
- 5.- *Académicos de Derecho y hombres de gobierno*, por JUAN SILVA Riestra.
- 6.- *La libertad, elección, amor, creación*, por MANUEL RIO.
- 7.- *El Congreso de Panamá*, por MARIANO J. DRAGO.
- 8.- *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, por MANUEL RIO.
- 9.- *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, por MIGUEL S. MARIENHOFF.
- 10.- *La Nación Argentina hecha ley*, por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA.
- 11.- *Historia del Derecho Político*, por AMBROSIO ROMERO CARRANZA.
- 12.- *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina*, por JUAN CARLOS MOLINA y JOAQUIN G. MARTINEZ.
- 13.- *Alberdi y su tiempo*, por JORGE M. MAYER (2 tomos).
- 14.- *Estudios sobre Historia Diplomática Argentina*, por ISIDORO RUIZ MORENO.
- 15.- *Historia de la doctrina Drago*, por ALBERTO A. CONIL PAZ.
- 16.- *La alborada. San Martín y Alberdi*, por JORGE M. MAYER.
- 17.- *Primeros Académicos de Derecho – 1925*.
- 18.- *Agüero o el dogmatismo constitucional*, por JORGE M. MAYER.
- 19.- *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por ELIAS P. GUASTAVINO (2 tomos).
- 20.- *Conferencias y Estudios*, por HECTOR P. LANFRANCO.



- 21.- *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial, por ELIAS P. GUASTAVINO (2 tomos). Segunda edición actualizada.*
- 22.- *Derecho y Realidad, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.*
- 23.- *Las cinco Argentinas, por JORGE M. MAYER.*
- 24.- *Vida y testimonio de Félix Frías, por AMBROSIO ROMERO CARRANZA y JUAN ISIDRO QUESADA.*
- 25.- *Victorino de la Plaza ( 1840 – 1919 ). Un eje institucional, por JORGE M. MAYER.*
- 26.- *Los posibles antidotos de la crisis, por JORGE M. MAYER.*
- 27.- *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.*
- 28.- *La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional, por ALBERTO LUIS ZUPPI.*
- 29.- *Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.*
- 30.- *El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.*
- 31.- *El derecho de la salud, XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.*
32. *Atribuciones de los Superiores Tribunales de Provincia, por AIDA R. KEMELMAJER DE CARLUCCI.*

### SERIE III – COMUNICACIONES

Comunicaciones – N° 1.

### SERIE IV – INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

- 1.- *Estudios sobre Derecho Civil.*
- 2.- *Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.*
- 3.- *La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil.*
- 4.- *Estudios sobre derecho ambiental.*
- 5.- *Estudios sobre daño moral.*
- 6.- *Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1999.*
- 7.- *Nuevos estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1998.*
- 8.- *Estudios sobre las posibles implicancias de la ley de convertibilidad 23.928.*
- 9.- *Estudios sobre la "pesificación" y la emergencia económica.*
- 10.- *Los vicios de la voluntad.*
- 11.- *Los vicios de la voluntad. Parte II*
- 12.- *Capacidad civil de las personas.*
- 13.- *Estudios sobre Derecho Sucesorio Hereditario.*

## INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACION

- *Quebrantamiento de la limitación de responsabilidad. El Derecho Marítimo alemán*
- *Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones.*
- *La protesta previa en el transporte de mercaderías por vía aérea.*
- *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar.*
- *Derecho Internacional.*
- *La Corte Penal Internacional y su competencia (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión).*
- *El derecho internacional privado en la Ley de la Navegación argentina.*

## INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

- *Sociedad de garantía recíproca.*
- *Sociedades anónimas deportivas.*
- *Apuntes sobre el Proyecto de Código Civil de la República Argentina (Comisión Decreto 685/95). Su influencia en los contratos.*
- *Evolución del derecho de los grupos de sociedades y Algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por la Argentina.*

## INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *La impugnación judicial de los actos administrativos en el orden nacional.*

## INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario.*

## INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

- *La justicia y la enseñanza del derecho. Aportes para su reforma y modernización.*

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES**

*Presidente*

**Académico Dr. Julio César Otaegui**

*Vicepresidente*

**Académico Dr. Juan Carlos Cassagne**

*Secretarios*

**Académico Dr. Santos Cifuentes  
Académico Dr. Héctor Alegria**

*Tesorero*

**Académico Dr. Jorge H. Alterini**

## COMISION DE PUBLICACIONES

### *Director de Publicaciones*

Académico Dr. José Domingo Ray

### *Vocales*

Académico Dr. Alberto Rodríguez Galán

Académico Dr. Jaime Luis Anaya

## ACADEMICOS DE NUMERO

*por orden de antigüedad*

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha</i>
Dr. Segundo V. Linares Quintana	Esteban Echeverría	28 mayo 1956
Dr. Julio H. G. Olivera	Juan B. Alberdi	6 mayo 1964
Dr. José Domingo Ray	Manuel Obarrio	22 mayo 1975
Dr. Alberto Rodríguez Varela	Luis María Drago	16 julio 1975
Dr. Juan R. Aguirre Lanari	Salvador M. del Carril	19 octubre 1978
Dr. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	9 setiembre 1982
Dr. Alberto Rodríguez Galán	Carlos Pellegrini	9 mayo 1985
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bermejo	23 octubre 1986
Dr. Augusto Mario Morello	Mariano Moreno	23 octubre 1986
Dr. Félix Alberto Trigo Represas	Nicolás Avellaneda	18 junio 1987
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	José Figueroa Alcorta	28 octubre 1993
Dr. Jorge R. Vanossi	José A. Terry	11 agosto 1994
Dr. Hugo Caminos	Eduardo Acevedo	23 noviembre 1995
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Aristóbulo del Valle	24 setiembre 1996
Dr. Carlos María Bidegain	José María Moreno	8 abril 1999
Dr. Julio César Otaegui	Estanislao Zeballos	23 setiembre 1999
Dr. Julio César Rivera	Dalmacio Vélez Sarsfield	25 noviembre 1999
Dr. Santos Cifuentes	Bartolomé Mitre	14 setiembre 2000
Dr. Jorge Horacio Alterini	Alfredo Colmo	14 diciembre 2000
Dr. Víctor Tau Anzoátegui	Lucio V. López	13 diciembre 2001
Dr. Roberto E. Guyer	Lisandro Segovia	10 abril 2003
Dr. Héctor Alegría	Roque Sáenz Peña	9 octubre 2003
Dr. Gregorio Badeni	Manuel Quintana	12 mayo 2005
Dr. Horacio P. Fargosi	Carlos Calvo	27 julio 2006
Dr. Enrique Manuel Falcón	Domingo F. Sarmiento	12 julio 2007
Dr. Roberto Enrique Luqui	José Manuel Estrada	27 setiembre 2007
Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia	Roberto Repetto	13 diciembre 2007

## MIEMBROS CORRESPONDIENTES

*por orden de antigüedad*

		<i>Fecha</i>
Prof. Ivon Loussouarn	Francia	25 noviembre 1971
Dr. Luis Sánchez Agesta	España	25 noviembre 1976
Dr. Pedro J. Frías	Córdoba	25 setiembre 1986
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagüés	Rosario	10 agosto 1989
Dr. Jesús González Pérez	España	24 mayo 1990
Dr. Carlos Fernández Sessarego	Perú	25 noviembre 1993
Dr. Adolfo A. N. Rouillon	Rosario	25 noviembre 1993
Dr. Eduardo García de Enterría	España	23 marzo 1995
Dr. Juan B. Vallet de Goytisolo	España	13 noviembre 1997
Dr. Ernesto F. Garzón Valdés	Alemania	11 diciembre 1997
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania	23 julio 1998
Dr. Saúl Litvinoff	EE.UU. de N.A.	22 agosto 2002
Dr. Giorgio Berti	Italia	10 julio 2003
Dr. Rudolf Dolzer	Alemania	22 abril 2004
Dr. Franck Moderne	Francia	27 mayo 2004
Dr. Carlo Angelici	Italia	22 julio 2004
Dr. Tomás Ramón Fernández	España	12 agosto 2004
Dr. Federico Carpi	Italia	12 mayo 2005
Dr. Gaspar Ariño Ortiz	España	11 agosto 2005
Dr. Marcelo G. Kohen	Suiza	25 agosto 2005
Dr. Francesco Galgano	Italia	25 agosto 2005
Dra. Giovanna Visintini	Italia	25 agosto 2005
Dr. Asdrúbal Aguiar	Venezuela	27 abril 2006
Dr. Angel Rojo Fernández-Río	España	10 agosto 2006
Dr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Brasil	26 abril 2007

## ANTIGUOS ACADEMICOS DE NUMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo	Dr. Salvador Fornieles
Dr. Carlos A. Adrogué	Dr. Vicente C. Gallo
Dr. Jorge A. Aja Espil	Dr. Guillermo Garbarini Islas
Dr. Juan Álvarez	Dr. Juan Agustín García
Dr. Octavio R. Amadeo	Dr. Juan M. Garro
Dra. Margarita Argúas	Dr. Juan A. González Calderón
Dr. Marco R. Avellaneda	Dr. Dimas González Gowland
Dr. Antonio Bermejo	Dr. Aquiles H. Guaglianone
Dr. Juan A. Bibiloni	Dr. Elías P. S. Guastavino
Dr. Germán J. Bidart Campos	Dr. Carlos Güiraldes (h)
Dr. Eduardo L. Bidau	Dr. Alberto Hueyo
Dr. Eduardo Bidau	Dr. Carlos Ibarguren
Dr. Rafael Bielsa	Dr. Eduardo Labougle
Dr. Bernardino Bilbao	Dr. Héctor Lafaille
Dr. Adolfo Bioy	Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Guillermo A. Borda	Dr. Hilario Larguía
Dr. Ernesto Bosch	Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Rodolfo Bullrich	Dr. Ricardo Levene
Dr. Carlos O. Bunge	Dr. Juan Francisco Linares
Dr. Eduardo B. Busso	Dr. Mario Justo López
Dr. Jorge Bustamante Alsina	Dr. José María López Olaciregui
Dr. Pablo Calatayud	Dr. Baldomero Llerena
Dr. Francisco Canale	Dr. Osvaldo Magnasco
Dr. Ramón S. Castillo	Dr. Carlos C. Malagarriga
Dr. Alfredo Colmo	Dr. Miguel S. Marienhoff
Dr. Jorge E. Coll	Dr. Félix Martín y Herrera
Dr. Julio César Cueto Rúa	Dr. Roberto Martínez Ruiz
Dr. Tomás R. Cullen	Dr. Agustín N. Matienzo
Dr. Mauricio P. Darack	Dr. José N. Matienzo
Dr. Calixto S. de la Torre	Dr. Jorge M. Mayer
Dr. Antonio Dellepiane	Dr. Carlos L. Melo
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	Dr. Leopoldo Melo
Dr. Mariano De Vedia y Mitre	Dr. Manuel A. Montes de Oca
Dr. Juan José Díaz Arana	Dr. Rodolfo Moreno (h)
Dr. Manuel María Diez	Dr. Carlos M. Muñiz
Dr. Luis M. Drago	Dr. José Luis Murature
Dr. Mariano J. Drago	Dr. Rómulo S. Naón
Dr. Wenceslao Escalante	Dr. Benito A. Nazar Anchorena
Dr. Felipe A. Espil	Dr. Luis Esteban Negri Pisano
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo	Dr. Manuel Obarrio
Dr. José Figueroa Alcorta	Dr. Pedro Olachea y Alcorta

Dr. Francisco J. Oliver  
Dr. Manuel V. Ordóñez  
Dr. Alfredo Orgaz  
Dr. Adolfo Orma  
Dr. Alberto G. Padilla  
Dr. Lino E. Palacio  
Dr. Jesús H. Paz  
Dr. José M. Paz Anchorena  
Dr. Federico Pinedo  
Dr. Norberto Piñeiro  
Dr. Ángel S. Pizarro  
Dr. Luis Podestá Costa  
Dr. Ernesto Quesada  
Dr. Juan P. Ramos  
Dr. Enrique Ramos Mejía  
Dr. Francisco Ramos Mejía  
Dr. Juan Carlos Rébora  
Dr. Roberto Repetto  
Dr. Manuel Río  
Dr. Marco Aurelio Risolía  
Dr. Horacio C. Rivarola  
Dr. Rodolfo Rivarola  
Dr. Ambrosio Romero Carranza  
Dr. José M. Rosa  
Dr. José María Ruda  
Dr. Enrique Ruiz Guíñazú

Dr. Isidoro Ruiz Moreno  
Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h)  
Dr. Alejandro Ruza  
Dr. Diego L. Saavedra  
Dr. Carlos Saavedra Lamas  
Dr. Antonio Sagarna  
Dr. Raymundo M. Salvat  
Dr. Matías G. Sánchez Sorondo  
Dr. José Manuel Saravia  
Dr. Juan Silva Riestra  
Dr. Sebastián Soler  
Dr. Juan B. Terán  
Dr. José A. Terry  
Dr. David de Tezanos Pinto  
Dr. Gastón Federico Tobal  
Dr. Ernesto J. Ure  
Dr. Enrique Uriburu  
Dr. Antonio Vázquez Vialard  
Dr. Benjamín Victorica  
Dr. Federico N. Videla Escalada  
Dr. Ernesto Weigel Muñoz  
Dr. Raymundo Wilmart de Glymes  
Dr. Mauricio Yadarola  
Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez  
Dr. Clodomiro Zavallá  
Dr. Estanislao S. Zeballos

## HEREDERO APARENTE

POR ELENA MARGARITA CAMPANELLA

SUMARIO: I. Introducción.— II. Concepto.— III. Heredero aparente y terceros.— IV. Heredero aparente y heredero real.

### I. Introducción

I.1. El tema parecía haber quedado agotado en su desarrollo con las exposiciones de los tratados generales, los manuales y los numerosos artículos sobre la materia (1).

Sin embargo en las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2) llevadas a cabo en septiembre de 2007, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora fue elegido para la Comisión n° 6, que trató “sucesiones”, y ello aun cuando en las XIX Jornadas de Derecho Civil (3), se trataron respectivamente, en la Comisión n° 6

(1) FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel, “El heredero aparente: el problema y la ley”, LA LEY, 137-855; GUASTAVINO, E., “La protección a terceros adquirentes de inmuebles”, JA, 1973-93 y sigtes., Sec. Doctrina; DIAZ DE GUIJARRO, E., “Los actos del heredero aparente ante el cónyuge supérstite que no reclama su parte de gananciales”, JA, 1946-IV-10, Sec. Doctrina; LAJE, E., “El derecho aparente y los actos del poseedor de herencia” en Revista Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Bs. As., año IV, n° 13, 1949-173; VAZQUEZ VIALARD, A., “El heredero real y los boletos de compraventa suscriptos por el poseedor de la herencia”, JA, 1960 -V, Sec. Doctrina, p. 5; HALPERIN, I., “Las personas que deben ser comprendidas en la calificación de herederos aparentes. Derecho Comparado”, LA LEY, 1-796.

(2) Libro de ponencias de las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Facultad de Derecho, septiembre de 2007, tomo II, ps. 565 y sigtes.

(3) Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil 1923-2003. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, ps. 81, 229 y 231.

la posesión hereditaria como tema intimamente relacionado y en la Comisión n° 8 los antecedentes de la teoría de la apariencia, cuyos efectos jurídicos habían sido abordados por las X Jornadas (4) en la Comisión del mismo número.

De la lectura de las ponencias presentadas en el año 2007, queda claro que no todos los problemas relacionados con la figura del heredero aparente están resueltos, que aún hay divergencias doctrinarias y que las actuales inquietudes tienen que ver más, que con el derecho como ciencia y teoría, con el derecho como técnica y práctica.

Henry y León y Jean Mazeaud (5) sostienen: "...Sin duda entre los juristas, los unos se entregan a una actividad más 'científica', en el sentido de que está más dirigida hacia la construcción de la regla de derecho y su enseñanza; los otros, a una actividad más 'práctica', en el sentido de que está esencialmente orientada hacia la solución de los conflictos que oponen entre sí a los individuos, y hacia los consejos que han de darse a cada uno de los adversarios..."

Y en este último sentido, los trabajos mencionados, así como las conclusiones de lege data y de lege ferenda, demuestran la preocupación actual y relevante por la aplicación en la práctica y en los procedimientos, de las normas que regulan la materia.

I.2. En las lecciones de "Derecho Civil Parte General", actualmente denominado "Elementos de Derecho Civil" en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, cuando se hace referencia al error como vicio de la intención y su clasificación en error de hecho y de derecho, al tratar este último como no admitido por nuestro Código Civil para ser invocado a los efectos de solicitar la nulidad del acto jurídico celebrado por error, se dan ejemplos de situaciones en las que el mismo Código permite excepcionalmente invocarlo y así aparecen los arts. 784, 858 y 3428.

(4) Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil 1923-2003. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, ps. 81, 229 y 231.

(5) MAZEAUD, Henry y León - MAZEAUD, Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, parte primera, vol. I, traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, ps. 30 y sigtes. Ediciones Jurídicas Europeo Americanas, Buenos Aires, 1959.

Borda (6) refuta estas excepciones y explica que en el caso del art. 784 del Código Civil que dispone "que el que por un error de hecho o de derecho se creyese deudor y entregase alguna cosa o cantidad en pago, tiene derecho a repetirla del que la recibió", el verdadero fundamento es el enriquecimiento sin causa, como lo dice Velez en la nota con cita de Marcade.

En el supuesto del art. 858 del Código Civil sobre la rescindibilidad de la transacción "cuando ha tenido por objeto la ejecución de un título nulo o de reglar los efectos de derechos que no tenían otro principio que el título nulo que los había constituido, hayan o no las partes conocido la nulidad del título o lo hayan supuesto válidos por error de hecho o por error de derecho...", expresa que la razón de la invalidez es la nulidad del título y no el error.

Por último, con respecto al art. 3428, Código Civil, también lo rechaza como excepción al art. 923. Cuando la norma expresa "...que el poseedor de la herencia es de buena fe, cuando por error de hecho o de derecho se cree legítimo propietario de la sucesión cuya posesión tiene...", para el autor el error no tiene que ver con la nulidad de actor jurídicos, sino con la validez de ciertos actos, por ejemplo la percepción de los frutos a la que alude el art. 3427.

No obstante el art. 3428 como veremos tiene que ver con la buena o mala fe del poseedor de la herencia y guarda íntima ligazón con el heredero aparente.

Por su parte, en los mismos cursos, cuando se enseña la nulidad, como causal de invalidez de los actos jurídicos y se explican sus efectos, con relación a determinados terceros (art. 1051 del Código Civil) se introduce la teoría de la apariencia o del derecho aparente, para proteger su derecho en circunstancias especiales, señaladas en la ley y para sumar otro ejemplo, se propone el art. 3430, que trata de los actos de disposición del heredero aparente y admite el sistema de la voluntad declarada (7), el que será específicamente detallado más adelante.

(6) BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil Argentino*, parte general II, 5° edición actualizada, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 1970, p. 307.

(7) OVSEJEVICH, Luis, en "El consentimiento; sus términos", en *Contratos* (1) Cátedra de Derecho Civil de Federico N. Videla Escalada. Ed. Victor P. Zaválfa, 1973, p. 279.

La apariencia, para tratar las relaciones del heredero aparente con los terceros y su error en la posesión de la herencia, en lo que respecta a sus relaciones con el heredero real, son dos institutos a los que siempre se hace referencia con los ejemplos de los artículos 3428 y 3430 y que se acoplan para la caracterización de la figura y de las consecuencias de sus actos.

## II. Concepto

II.1. Las características del heredero aparente, se suelen deducir de los artículos 3423 y 3430, éste en su anterior redacción a la reforma de la ley 17.711, para algunos autores y para otros en su texto reformado.

Recordemos que el art. 3423 enuncia que "la acción de petición de herencia se da contra un pariente del grado más remoto que ha entrado en posesión de ella por ausencia o inacción de los parientes más próximos; o bien contra un pariente del mismo grado, que rehúsa reconocerle la calidad de heredero o que pretenda ser también llamado a la sucesión en concurrencia con él".

Por su parte el anterior artículo 3430 decía: "Los actos de enajenación de bienes inmuebles a título oneroso que hubiese hecho el poseedor de la herencia tenga o no buena fe, son igualmente válidos respecto al heredero, cuando el poseedor es pariente del difunto en grado sucesible y ha tomado la herencia en esta calidad por ausencia o inacción de los parientes más próximos y cuando la posesión pública y pacífica de la herencia ha debido hacerlo considerar como heredero...".

En el texto actual se sostiene "Los actos de disposición de bienes inmuebles a título oneroso efectuados por el poseedor de la herencia, tenga o no buena fe, son igualmente válidos respecto al heredero, cuando el poseedor ha obtenido a su favor declaratoria de herederos o la aprobación judicial de un testamento...".

El art. 3428 al tratar la buena o mala fe del poseedor de la herencia textualmente dice "...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 que la sucesión está deferida a este último. Pero son de mala fe...".

Vélez, en ninguno de estos artículos relacionados con el tema utiliza la expresión *heredero aparente*, la que sí incluye, en las notas a los artículos 732, 787 y 3430.

El proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio (8) (decreto 685/95), que en más se denominará "Código Civil Unificado", utiliza la locución en sus artículos 2656 y 2657.

De los artículos arriba transcriptos, surgen como elementos que no todos los autores incluirán en el concepto, la posesión de la herencia, el parentesco, el haber obtenido a su favor una declaratoria de herederos o la aprobación formal de un testamento.

Para Fornieles (9) (en obra anterior a la reforma de la ley 17.711) "se llama heredero aparente a aquel que teniendo un auto de declaratoria a su favor, pasa a los ojos de todos como dueño de la herencia, la administra y dispone de los bienes".

Maffía (10), da el concepto como derivación de una situación, "Puede ocurrir que alguien, sin tener derecho a ello, se halle en la posesión de la herencia. Circunstancias posteriores, como puede serlo el resultado de una acción de petición de herencia o la admisión de falta de derecho sin llegar a ella, determinarán su desplazamiento para ceder el lugar al heredero genuino".

Goyena Copello (11) enfrenta al sucesor real y al aparente y sostiene que "El sucesor desde el momento que es considerado tal, es porque tiene apariencia de tal, y la misma se demuestra a través de su título a la herencia. Pero puede suceder, que con el transcurso del tiempo se demuestre que ese título ha quedado desvirtuado por otras circunstancias

(8) *Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio*, edición preparada y coordinada por la Dra. Aurora Besalú PARKINSON. Ed. Centro Norte Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, 1999, p. 625.

(9) FORNIELES, Salvador, *Tratado de las Sucesiones*, t. I, 4ª edición, Ed. T.E.A., Buenos Aires, 1958, ps. 269 y sigtes.

(10) MAFFÍA, Jorge O., *Manual de Derecho Sucesorio*, t. I, 3ª edición actualizada, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1993, p. 302.

(11) GOYENA COPELLO, Héctor R., *Tratado de Derecho de Sucesión*, La Ley, Buenos Aires, 1972, ts. I y II, ps. 533, 678 y sigtes.

que le hace perder vigencia". Llambías-Méndez Costa (12) sostienen: "Herederero aparente es el que está en posesión de los bienes de la herencia atribuyéndose el carácter de heredero que en realidad no le corresponde (en forma total o parcial) tenga o no declaratoria o el auto de aprobación de testamento a su favor". Estos autores parecen precisar más su concepto pues citan a Pérez Lasala, para quien "es necesario además apoyar el pretendido carácter de heredero en un título idóneo en abstracto, por su naturaleza para adquirir la herencia, pero ineficaz para ello en el caso concreto por estar afectado de un vicio o acompañado de circunstancias que le privan de su eficacia".

Zannoni (13), parte del art. 3423 Cód. Civil y expresa "Según este artículo, asume el carácter de heredero aparente el pariente de grado más remoto que ha entrado en posesión de la herencia por ausencia o inacción de los parientes más próximos, o un pariente del mismo grado que rehusa reconocerle la calidad de heredero, pretendiendo ser también llamado a la sucesión en concurrencia con él".

II.2. De este abanico de definiciones podemos concluir, que para estar incluido en la categoría de heredero aparente:

a) No resulta necesario ser pariente del difunto en grado sucesible (como surge del art. 3423 y del anterior art. 3430). Es decir que quedan incluidas otras situaciones como la del usurpador de la herencia que incurrió en falsedad para obtener una declaratoria nula, o de un testamento ineficaz (14), y desde ya los herederos testamentarios y también los legatarios.

(12) LLAMBIAS, Jorge Joaquín - MENDEZ COSTA, María Josefa, *Código Civil Anotado*, t. V-A, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988, ps. 391 y sigtes.

(13) ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil, Derecho de las Sucesiones*, t. I, 4ª edición, Ed. Astrea, Buenos Aires 1997, ps. 505 y sigtes.

(14) CNCiv., sala F, "Heredereros de la sucesión Luis Azzalini c. Rubinstein, Sara y otro s/ nulidad y restitución de bienes en sucesión Azzalini, Pedro", 22/12/1993... 2. No deja de ser heredero aparente el que dolosamente se ha creado un título de estado que no le corresponde. Igualmente sus actos son válidos respecto del tercero de buena fe porque lo que la ley protege es al tercero (art. 3430 del Cód. Civil y, por consiguiente, la seguridad de los negocios (conf. BORDA, *Tratado de Derecho Civil Argentino - Sucesiones*, t. I, p. 352, número 489). Ello sin perjuicio de la distinta responsabilidad que le puede caber al heredero aparente frente a los reales herederos cuando ha actuado de buena o mala fe, cuyas consecuencias se desprenden de la nota mencionada.

b) Tampoco resulta necesario que se den los requisitos del art. 3430 en lo que respecta a haber obtenido la declaratoria de herederos o el auto de aprobación de testamento, para estar en la categoría. Ambos supuestos sí, son requeridos para que los actos de disposición del heredero aparente sobre bienes inmuebles, con terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, sean amparados por el instituto de la apariencia y sólo para ello, prueba de lo cual, el art. 3429, no lo exige con respecto a los actos de administración (15).

Con el criterio que venimos desarrollando, parece acertada la caracterización que por unanimidad ha sido la conclusión de las XXI Jornadas de Derecho Civil: "El heredero aparente es aquella persona que, estando en posesión de la herencia, ha sido desplazada total o parcialmente por el heredero real, al resultar vencida en una acción petitoria hereditaria o como consecuencia de la admisión voluntaria del derecho que se reclama" (16).

En síntesis y como se dijo al comienzo de este trabajo, más allá de la opiniones teóricas que no han llegado a una definición única, resulta de importancia la mayor clarificación del concepto para que en la práctica se deslinde, la validez o invalidez de los actos, de quién se comporta como si fuera titular de los derechos cuando los ejerce, con relación a los terceros adquirentes y al heredero real.

### III. Heredero aparente y terceros

III.1. Es en este segmento del tema donde se observa como se conjugan el derecho como ciencia y teoría, con el derecho como técnica y práctica pues ocupa a los operadores del derecho, con el fin de resguardar los intereses de los litigantes a quienes las normas se aplican.

El análisis de los fundamentos de la validez de determinados actos, así como el alcance de la protección respecto a que tipo de sujetos y de actos, involucra incluso al derecho procedimental.

El heredero aparente administra y dispone de los bienes de la herencia, se comporta como dueño; si resulta luego vencido en una acción de pe-

(15) LLAMBIAS-MENDEZ COSTA, obra citada, p. 392.

(16) Conclusiones de las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, comisión 6, Heredero Aparente, [www.jornadascivil.com.ar/img/xxijndc-libro\\_conclusiones.pdf](http://www.jornadascivil.com.ar/img/xxijndc-libro_conclusiones.pdf).



tición de herencia deberá restituirlos al heredero real. El problema surgirá si los bienes ya no están en su posesión, sino que se ha desprendido de ellos; se genera el conflicto entre el heredero legítimo y el adquirente.

Los artículos 3429 y 3430, se refieren al tema y el derecho aparente consagrado en este último, aparece también en la nota del art. 732.

En el sistema general del Código respecto de la transmisión de derechos, es regla el art. 3270 que prescribe que nadie puede transmitir sobre un objeto un derecho mejor o más extenso del que él goza. Vélez Sarsfield en la nota respectiva da por sentado que en el Código este principio tiene un sentido general.

Este principio general se reafirma en la nota al art. 787 cuando dice "...En las herencias, si el heredero aparente, enajena las cosas hereditarias, pueden estas ser reivindicadas por los verdaderos herederos, cuando ha sido vencido en juicio, pues no se lo considera sino como poseedor de buena fe. No se pueden transferir otros derechos que los propios y la enajenación hecha por quién no es propietario no hace propietario al que la adquiere..."

Paralelo a ello y entendemos que no en contradicción sino en convivencia, existen textos como los art. 732, 960, 968, 970, 2130, 2310, 1051, después de la reforma de la ley 17.711 y 3430 que consagran disposiciones contrarias, a fin de preservar los derechos de los terceros en circunstancias especiales de sus relaciones civiles.

El texto del art. 732 indica "El pago hecho al que está en posesión del crédito es válido, aunque el poseedor sea después vencido en juicio sobre la propiedad de la deuda" y en su nota se aclara "...Así un heredero aparente está en posesión de los créditos hereditarios, y son válidos los pagos que les hacen los deudores de la sucesión, aunque después sea vencido en juicio y declarado no ser heredero..."

III.2. El art. 3430, transcripto parcialmente más arriba, señala en forma clara, bajo que circunstancias han de quedar a salvo los derechos de los terceros que hubieran celebrado actos jurídicos con el heredero aparente.

Este artículo ha sido modificado por la ley 17.711 por lo que se analizarán los requisitos de su aplicación, así como los cambios introduci-

dos y su justificación. Esta reforma fue en general bien recibida por la doctrina (17).

a) El anterior artículo 3430, en cuanto al tipo de actos protegidos, se refería a los de enajenación de bienes inmuebles; el texto modificado en cambio, a los de disposición de bienes inmuebles.

El criterio resulta preferible pues abarca al género y no solo a la especie, que serían los actos de enajenación.

Los actos de disposición (o de administración extraordinaria) son los que producen una modificación substancial en el patrimonio, por ende, quedan incluidos supuestos tales como la constitución de servidumbre, de usufructo, de hipoteca.

El Proyecto de Código Civil Unificado, también se refiere a los actos de disposición en su art. 2257, sin especificar ningún tipo de bienes. Es decir que permite incluir los bienes muebles, muebles registrales e inmuebles.

b) En el texto anterior se requería que el poseedor de la herencia fuera pariente del difunto en grado sucesible y hubiese tomado la herencia en dicha calidad por ausencia o inacción de los parientes más próximos y que la posesión fuera pública y pacífica, para considerarlo como heredero.

Todo ello se ha sustituido por la figura del poseedor de la herencia, que haya obtenido a su favor declaratoria de herederos o la aprobación judicial de un testamento, es decir queda excluida la necesidad de ser heredero del causante en grado sucesible en forma exclusiva.

El nuevo texto es más claro que el anterior, y se compatibiliza más con la aplicación del derecho aparente en su protección de determinados terceros, alejándose de circunstancias más vagas e indefinidas, quizás emparentadas en mayor medida con la máxima del "error común" o de "error communis facit jus".

(17) BORDA, Guillermo A., *La Reforma de 1968 al Código Civil*, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1971; LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Estudio de la reforma del Código Civil, Ley 17.711*, en *Revista de Jurisprudencia Argentina S.A.*, Bs. As. 1969.

c) En el texto modificado se enuncian las condiciones para que el tercero sea considerado de buena fe y consisten en que haya ignorado la existencia de sucesores de mejor derecho o que los derechos del heredero aparente estuvieran judicialmente controvertidos (18).

Esta inclusión ha sido criticada por Llambías (19) en el sentido de que hubiera podido omitirse aplicando el criterio doctrinario del concepto de buena fe, o bien de acuerdo al art. 2356, 2ª parte del Cód. Civil, esto es persuasión de su legitimidad por ignorancia o error de hecho.

Por el contrario Borda (20), la encuentra más precisa y consagratoria de un criterio subjetivo de la buena fe, alejándose de la consideración de la opinión general o común, acerca del carácter del heredero disponente.

(18) CNCiv., sala F, C 122.827, 22/12/93: "Tanto el antiguo art. 3430 del Cód. Civil, como el actualmente vigente, declaran válidos los actos de enajenación - hoy disposición. que hubiese efectuado el poseedor de la herencia, con tal que el tercero adquirente sea de buena fe. En este sentido resulta totalmente indiferente que, para la validez del acto, el heredero aparente hubiese actuado de buena o mala fe, ya que el único requisito para que el acto no caiga es que el tercero adquirente sea de buena fe" (Sumario 2278, Sucesiones, Heredero aparente- www.pjn.gov.ar. " 1- La protección de los subadquirentes, diseminada en diversas partes del Código Civil, constituye un principio general paralelo al contenido en el art. 3270 y que podría enunciarse afirmando que siempre que el interés de la sociedad lo exija y los terceros se hallen en la imposibilidad de conocer la parte oculta de una situación jurídica cualquiera, el que tiene a su favor la apariencia de un derecho, revestido de las formas legales, es considerado por la ley como si lo tuviera realmente al solo efecto de proteger a terceros que contratan con él, quedando a favor de los propietarios despojados las acciones rescisorias y conexas de los arts. 1056, 1057, 2779, 2780, etc. (conf. GUASTAVINO, E., "La protección a terceros adquirentes de inmuebles", en JA, 1973-Doctrina, ps. 93 y sigtes.). 2- Para que el tercero sea considerado de buena fe, en los términos del art. 3430 del Cód. Civil, no se le puede exigir otra condición que el conocimiento de la declaratoria de herederos que es la exteriorización formal del derecho del heredero aparente. La mayor garantía que puede pretender el adquirente surge de ese acto judicial por lo que no corresponde exigirle que averigüe si alguien tiene igual o mejor derecho, cuando el juez que entiende en la sucesión ha considerado suficientes los requisitos cumplidos y lo ha reputado tal. Y, si bien es cierto que la declaratoria se dicta en cuanto hubiere lugar a derecho, ello no impide a su titular actuar como heredero, mientras no se demuestre que alguien con mejor derecho debe sustituirlo (conf. BORDA, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Sucesiones*. t 1, núms. 487 y 488, ps. 350/1)" Sumario 2277, www.pjn.gov.ar., Herederos de la Suc. Luis Azzalini c. Rubinstein, Sara y otro s/Nulidad y restitución de bienes en suc. Azzalini, Pedro 22/12/93 c. 122.827 civil - sala F.

(19) LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Estudio de la Reforma del Código Civil Ley 17.711*, p. 434.

(20) BORDA, Guillermo A., *La Reforma de 1968 al Código Civil*, p. 598.

d) Los actos de disposición deben ser onerosos. No se protegen las transmisiones a título gratuito, en las que los terceros obtienen una ventaja independientemente de toda prestación de su parte, art. 1139 Cód. Civil.

III.3. La buena fe del tercero ha sido preocupación de las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. De conformidad con la jurisprudencia transcrito en la nota 18, no se puede exigir para considerarlo de buena fe, más que el conocimiento de la declaratoria de herederos, como exteriorización formal del derecho del heredero aparente. Es decir que no cabe pedirle que averigüe si alguien tiene mejor o igual derecho.

La buena fe del tercero adquirente se presume, salvo demostración en contrario, si conoce la existencia de otros sucesores o que el derecho estaba judicialmente controvertido.

La conclusión de *lege lata* y por unanimidad de las Jornadas citadas, ha sido que "la buena fe del tercer contratante se presume hasta la demostración de que conocía la existencia de sucesores de derecho concurrente o preferente, o que los derechos del heredero aparente estaban judicialmente controvertidos, lo que hace recomendable la compulsión del expediente sucesorio antes de la celebración del acto".

Esta interpretación del art. 3430 se funda en lo que es la experiencia práctica del derecho, aludida al comienzo del trabajo.

III.4. Una cuestión pendiente en la reforma es la falta de coordinación con el art. 3410 Cód. Civil, según el cual los descendientes, ascendientes y cónyuges gozan de la posesión de la herencia desde el día de la apertura de la posesión. Sin embargo, pese a ser poseedores de la herencia de pleno derecho, necesitan contar con la declaratoria de herederos (21).

(21) Excepcionalmente se admitió que en el caso de fallecimiento del trabajador, sobreviviente a la iniciación del litigio, pudieran actuar sus ascendientes, descendientes o cónyuge, bajo la figura del heredero aparente, que diseña la norma civil en las previsiones de los arts 3410 y 3417 del C. Civil. Tal solución, siempre tuvo en miras las características singulares que invierten a las personas involucradas y el carácter alimentario del derecho laboral. Pero no puede extenderse cuando se trata de transmisión de obligaciones en las que su asunción corresponde al heredero en el marco específico del proceso sucesorio que debe ser promovido por él o por el acreedor. No puede simplificarse este dispositivo con-

La incongruencia la señala Llambías (22), y se entiende que la solución es la que el autor propicia: debe interpretarse que para tal supuesto es de aplicación rigurosa el texto del art. 3430, no obstante la letra del art. 3410.

En el Código Civil Unificado, se mantienen la investidura de pleno derecho para los ascendientes, descendientes y cónyuge, mas, en el art. 2257 respecto de los actos del heredero aparente, no es requerida la obtención de la declaratoria de herederos ni la aprobación judicial del testamento y en el art. 2252, se establece la procedencia de la acción de petición de herencia contra el heredero investido de pleno derecho de su calidad de tal, instituido o declarado que niega el derecho del peticionario.

III.5. El sistema descripto, así como el que corresponde a los actos de administración, que se desarrollará en el punto IV, se desvía de la normativa del art. 3270, para proteger exigencias de la vida de relación y a fin de que los terceros de buena fe y por actos a título oneroso puedan resistir el efecto aniquilatorio de la acción de petición de herencia o de nulidad y ese desvío se canaliza a través de la protección de la apariencia, como principio de derecho, generador de efectos jurídicos. Cuando la doctrina señala la reforma del art. 1051, fundada en la apariencia, cita precisamente, como antecedente, el art. 3430 (23).

El legislador ha validado la fuerza del derecho aparente del tercero a fin de mantener la seguridad de las transacciones, y no inmovilizar los bienes hereditarios. Su interpretación no ha de ser restrictiva, pues no es una excepción a las directivas generales, sino una solución que se coordina, para amparar los derechos de quienes han confiado en la apariencia del derecho que se les presenta y celebrado actos a título oneroso, pese a que por una acción posterior, el disponente resulte vencido en juicio, sobre la propiedad de los bienes.

denando al fallecido en la persona del presunto heredero, en este caso el cónyuge supérstite. Autos: Cristaldo Galván José c. Colombo Dante y otro s/ Accidente 9688, arts. 3410 y 3417 C. Civil. Magistrados: Bermúdez, González. Sala II. Fecha: 18/02/1997 - Nro. Exp.: 80.381/97. Nro. Sent.: 80.381. Tipo de sentencia: Definitiva.

(22) LLAMBIAS, J.J., ob. cit., ps. 434 y 435.

(23) LLOVERAS de RESK, Marfa Emilia, *Tratado Teórico Práctico de las Nulidades*, Ed. De Palma, Bs. As. 1986, p. 391.

Se cumplen sus presupuestos de aplicación (24):

a) Una situación de hecho que, por su notoriedad sea objetivamente idónea para llevar a engaño a los terceros acerca del estado real de aquélla.

b) Que el tercero no haya podido conocer la verdadera situación, obrando con la debida diligencia. En el nuevo texto del art. 3430, la buena fe ha sido enumerada de modo más preciso y con un criterio más subjetivo.

El derecho francés no contiene normas sobre el tema, pero sí elaboraciones de la doctrina y la jurisprudencia; en el sentido apuntado, la opinión de Aubry y Rau, vertida en la nota del art. 3430, lo ponen de manifiesto.

Se ha invocado en Francia el error común o invencible, la máxima "Error communis facit jus" (también en nuestro país) que significa la opinión errada y generalizada de la colectividad frente a una situación de hecho que lleva al engaño de las personas de buena fe. El tercero cree que el heredero aparente es el verdadero propietario.

Sin embargo, no parece ser este el fundamento de las normas de nuestro Código y sí el del derecho aparente. La buena o mala fe del tercero, requiere para su confirmación un criterio subjetivo y no el de la colectividad.

Otro argumento para avalar la protección otorgada a los terceros, tiene que ver con la forma de exteriorización de la voluntad del heredero aparente; en estos supuestos prima por sobre la voluntad real, la voluntad declarada que llevó a los terceros a contratar, y que por lo tanto predomina para no afectar la seguridad del tráfico.

En el derecho español, conforme a la nota del art. 3430, igual solución a la de nuestro texto estaba mencionada por la L5, tit. 14, part. 6°; actualmente el art. 464 (25) del Código Civil prescribe que la posesión de

(24) Conclusiones de las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Corrientes 1985, Comisión n° 8, en obra citada en (2).

(25) *Código Civil*, Ed. La Ley Actualidad, S.A., Madrid, 2004, www.laley.net.

los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título y el art. 34 de la ley hipotecaria (26) incluye la protección con relación a los bienes inmuebles.

En el Código Civil Italiano del año 1942 (27), básicamente el art. 534 deja a salvo los derechos adquiridos por los terceros por efecto de convenciones a título oneroso y de buena fe con el heredero aparente.

Esta disposición no se aplica, tanto en el caso de bienes muebles, como inmuebles, inscriptos en los registros públicos, si las adquisiciones a título de heredero y heredero aparente no han sido transcritas, previamente a la transcripción de la adquisición por parte del heredero o del legatario verdadero o a la transcripción de la demanda judicial contra el heredero aparente.

III.6. Más allá del texto expreso de la ley que comprende a los actos de disposición sobre bienes inmuebles, con relación a los bienes muebles, los actos de disposición sobre ellos estarían amparados por las normas de los arts. 2412 y 3271, ya que el primero crea la presunción de propiedad por el poseedor de buena fe y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación, salvo que la cosa hubiera sido robada o perdida y el 3271 excluye lo dispuesto en el 3270, con respecto al poseedor de cosas muebles.

En cuanto a las cosas muebles registrables, que económicamente pueden ser incluso de mayor valor que los inmuebles, si se aplica la interpretación amplia que propiciamos en el parágrafo 3, estarían

(26) Ley hipotecaria, texto refundido según decreto de 8 de febrero de 1946. (BOE nº 58, 27 de febrero de 1946; rectificación BOE nº 73, 14 de marzo de 1946) modificada por las leyes: 7/1998 (BOE nº 89, 14-04-1998), 1/2000 (BOE nº 7, 8-01-2000), 24/2001 (BOE nº 313, de-12-2001), 53/2002 (BOE nº 313, 31-12-2001), 7/2003 (BOE nº 79, 2-04-2003), 22/2003 (BOE nº 164, 10-07-2003), 62/2003 (BOE nº 313, 31-12-2003), 24/2005 (BOE nº 277, 11-11-2005), 36/2006 (BOE nº 286, 30-11-2006), y por ley orgánica 15/2003 (BOE nº 283, 26-11-2003).

Artículo 34. El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscripto su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.

Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente. [http://constitucion.rediris.es/legis/1946/11946-02-08\\_hipotecaria.html](http://constitucion.rediris.es/legis/1946/11946-02-08_hipotecaria.html).

(27) *Il Nuovo Codice Civile, e le leggi complementari*, Ed. CyT, Roma 1999.

comprendidos Así lo estiman Maffía, Zannoni, Llambías-Méndez Costa, que aplican analógicamente el artículo 3430.

En las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, se han formulado, sin lograr unanimidad dos conclusiones de *lege lata*:

a) Se consideran incluidos en la protección del art. 3430 a los terceros contratantes, si se trata de actos celebrados a título oneroso y relativos a muebles registrables;

b) Se consideran incluidos los actos en iguales condiciones y relativos a todo bien mueble.

De *lege ferenda*, se ha propuesto que la protección se haga extensiva a los bienes muebles registrables.

Esta última conclusión resulta acertada a fin de aventar cualquier problema de interpretación.

El Proyecto de Código Civil Unificado no distingue a qué tipo de bienes se refiere, por lo que comprende todos los supuestos.

Con relación a las acreencias de la herencia se aplica el art. 732 citado, cuyo texto y nota, satisfacen la solución del tema.

III.7. Existen casos específicos sobre los que se discrepa si se encuentran incluidos o no, dentro de los actos de disposición a los que alude el art. 3430. Entre ellos se encuentran:

#### a) El boleto de compraventa

Zannoni sostiene que el boleto de compraventa no es un negocio de disposición, sino sólo un negocio de obligación, por lo que no resulta oponible al heredero real, que resultaría amparado por la norma del art. 1329 Cód. Civil.

Maffía da tres razones por las que adhiere a la doctrina que niega la inclusión del boleto de compraventa en el art. 3430 y que son: 1) el boleto no es un acto de enajenación sino un compromiso, que crea obligaciones personales; 2) no se da en el caso, la necesidad de certeza jurídica de saneamiento de los títulos de propiedad (28); 3) por ende se debe retomar la aplicación del art. 3270.

(28) MAFFIA, ob. cit., p. 310.

Llambías-Méndez Costa, sostienen igual posición, pues consideran que el boleto de compraventa no es un acto de disposición propiamente dicho, sino un mero compromiso de venta, con cita de la Cámara Civil, sala A, LA LEY, 122-602: "Los boletos de compraventa suscripto por el heredero aparente, no están amparados por el art. 3430".

Distinta postura sostienen Vázquez Vialard, Fleitas Ortiz de Rosas y Goyena Copello (29). Estos autores en líneas generales, plantean una interpretación amplia del art. 3430, en el sentido de proteger a quien ha contratado con el heredero aparente y que no puede luego verse defraudado por el heredero real, cuando muchas veces, entre la firma del boleto y de la escritura respectiva, media la entrega a cuenta de precio de importantes sumas de dinero.

Esta corriente invoca: 1) el art. 1185, del que surge la obligación de escriturar, cuando los contratos "que deben ser hechos en escritura pública, fueren hechos por instrumento particular, firmado por las partes o que fuesen hechos por instrumento particular en que las partes se obligan a reducirlo a escritura pública, no quedan concluidos como tales mientras la escritura pública no se halle firmada; pero quedarán concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública".

Luego la obligación de escriturar, asumida por el heredero aparente, es similar a cualquier otra, que pudo haber contraído, bajo la apariencia de propietario.

2) Las protecciones introducidas por la ley 17.711 al boleto de compraventa al incluir el art. 1185 bis en el Código Civil y modificar el art. 2355 párrafo 2º.

En nuestra opinión el boleto de compraventa es el contrato de compraventa definitivo; de conformidad con el art. 1323 "Habrà compra y venta cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra la propiedad de una cosa, y ésta se obligue a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero".

Autoriza por lo tanto, a demandar el cumplimiento de las obligaciones asumidas, no sólo la de hacer escritura pública, porque no es una promesa de compra y venta, sino un acuerdo de comprar y vender.

(29) Artículos y obra citados en (1) y (11).

Y para vender, la persona debe ser capaz de disponer, esto es la de realizar actos de disposición, que son a los que se alude en el art. 3430. El contrato de compraventa, como acto de disposición ha quedado perfeccionado con la firma del boleto, sin perjuicio de que para que se opere la transmisión del dominio sea necesaria la escritura pública y en su caso la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble (art. 2505).

Estas razones sumadas a las reseñadas en los párrafos precedentes, nos conducen a sostener que los boletos de compraventa deben considerarse incluidos en el art. 3430.

En las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil fue conclusión de la Comisión n° 6, punto V - Posesión hereditaria y boleto de compraventa, de *lege ferenda*: "Debe quedar contemplado en la norma del art. 3430 del Cód. Civil el boleto de compraventa".

En las XXI Jornadas, de *lege lata*: las opiniones fueron divididas y se obtuvieron dos conclusiones, contrapuestas sin que ninguna tuviera mayoría de votos.

#### b) Venta de un bien ganancial

Si el acto de disposición fuera realizado por el heredero aparente del cónyuge fallecido, se ha planteado, si la validez de acto comprende también la parte que corresponde al otro cónyuge, no como heredero, sino como "socio" en los bienes gananciales.

Parte de la doctrina propugna la validez del acto, incluso en lo que corresponde a la parte ganancial del cónyuge sobreviviente, partiendo de la inactividad del verdadero heredero.

Para Borda y otros autores hay que distinguir según que del título de propiedad no surja el carácter ganancial del inmueble, en cuyo caso el acto es válido. Por el contrario, si de los antecedentes de dominio se desprende que es ganancial, el tercero no podrá invocar buena fe para ser protegido en su adquisición.

#### c) Cesión de derechos sucesorios

El cesionario ocupa el lugar del heredero y si la cesión es total, tiene los mismos derechos que el cedente, por lo que no puede considerarse-



lo tercero respecto del propietario real, ni incluirse entre los actos alcanzados por el art. 3430. Distinto sería el supuesto de la cesión venta de bienes inmuebles en particular.

En las XXI Jornadas Nacionales, no hubo unanimidad ni mayoría de votos al respecto y *de lege lata* se votaron dos posibilidades: a) El artículo 3430 Cód. Civil no incluye la cesión de derechos hereditarios onerosa; b) El art. 3430 Cód. Civil incluye la cesión de derechos hereditarios onerosa.

d) En las últimas Jornadas Nacionales y de *lege lata* también se votaron por unanimidad las siguientes conclusiones:

“Los actos de disposición a título oneroso celebrados por el heredero aparente sobre participaciones societarias son válidas si el tercer contratante es de buena fe y existe orden de inscripción en los registros de la sociedad, aunque no se haya efectivizada” y “La apariencia de heredero, legítima a ejercer los derechos emergentes de participaciones societarias”.

III.8. Los actos de administración realizados por el poseedor aparente a favor de terceros, deberán ser respetados por el heredero, sea el poseedor de buena o mala fe, según el texto del art. 3429.

No se exige que el heredero aparente tenga a su favor declaratoria de herederos o la aprobación judicial de un testamento.

No se exige tampoco la buena fe del tercero, lo que parece inequitativo frente al art. 3430 y esta es la conclusión *de lege lata* y por unanimidad de las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil: “Los actos de administración y conservatorios celebrados por el heredero aparente, para ser válidos exigen la buena fe, del tercero contratante”.

El proyecto de Código Civil Unificado en el art. 2257, declara válidos los actos de administración del heredero aparente realizados hasta la notificación de la demanda de petición de herencia, salvo la mala fe suya y del tercero con quien contrató. Requiere, por ende buena fe del tercero pero también del heredero aparente. En los fundamentos del Proyecto se cita a Borda “Sucesiones”, n° 300.

Las posturas de las propuestas de la Jornada y del artículo del Proyecto, que se comparten, son más exigentes que las conclusiones a que ha

arribado la doctrina, con relación a la exigencia de la buena fe del tercero. Según éstas, resultan válidos no obstante la mala fe del tercero, los actos meramente conservatorios (venta de una cosecha, para evitar su pérdida) y los gastos útiles, aplicando el principio del enriquecimiento sin causa; y en general los actos de administración ordinaria, siempre y cuando, no perjudiquen al heredero real, por aplicación del art. 953 Cód. Civil. Si en cambio produjera perjuicio, su validez sólo se mantendrá si el tercero fuera de buena fe.

#### IV. Heredero aparente y heredero real

IV.1. El heredero aparente vencido en el juicio de petición de herencia o que ha reconocido el mejor derecho de quien reclama, debe responder ante el heredero real si hubiera realizado alguno de los actos amparados por el art. 3430 Cód. Civil.

Su responsabilidad es diferente, según que hubiese sido de buena fe, en cuyo caso sólo debe restituir el precio recibido. Si fuese de mala fe, deberá indemnizar a los herederos de todo perjuicio que el acto haya causado (art. 3430).

La buena fe se describe para el caso, en el art. 3428, que textualmente dice: “El poseedor de la herencia es de buena fe cuando por error de hecho o de derecho se cree legítimo propietario de la sucesión cuya posesión tiene. 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 que la sucesión esta 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 porque ignoraba que le fuera deferida”.

El artículo se aparta de los principios generales sobre la invocación del error como vicio de la intención, consistentes en que el error debe ser de hecho y no de derecho (arts. 20 y 923 Cód. Civil) así como del concepto vertido con respecto de la posesión de buena fe (art. 2356).

La excepción, como quedó señalada, fue refutada por Borda; sin embargo el texto legal es claro y le atribuye efectos específicos. El error tanto de hecho como de derecho, debe ser esencial y excusable y quien lo invoca, tendrá la carga de su prueba.

La doctrina, siguiendo a Borda, da como ejemplo de error de derecho excusable, cuando alguien se cree heredero en virtud de un testamento que luego es declarado nulo por un defecto formal (carecer del número de testigos que la ley exige). No lo sería en cambio si un sobrino se cree, con mejor derechos que un hijo (30).

El segundo y tercer párrafo del art. 3428, son explicativos del concepto de buena y mala fe. En concreto, el heredero aparente será de buena fe, si toma posesión de la herencia, aún conociendo la existencia de herederos con derecho preferente o concurrente; pero será de mala fe, cuando sabe que aquellos no se han presentado porque desconocían que la sucesión les hubiese sido deferida o cuando les ocultase el hecho del fallecimiento.

La buena fe se presume y es quien alega la mala fe, el que debe probarla.

En el proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio, es poseedor de mala fe, el que conoce o hubo de haber conocido la existencia de herederos preferentes o concurrentes que no hubiesen sabido que la herencia les era deferida. Nada se dice con relación a la buena fe. En este esquema se requiere que el heredero aparente no hubiese actuado ni con dolo ni con culpa.

Este último aserto, tiene que ver con el aspecto procesal de la publicación de edictos en el juicio sucesorio y su incidencia en la calificación de la buena fe del heredero aparente, cuando conoce la existencia de herederos con derechos preferentes o concurrentes y no los denuncia. ¿Está su omisión cubierta por la publicación de edictos o debe hacer la denuncia expresa?

Fornielles (31) ha sostenido: "la publicación de edictos, que entre nosotros es obligatoria, no facultativa como en Alemania, tiene por objeto hacer saber a todos la apertura del juicio y crea por lo tanto una presunción de conocimiento en las personas que podrían heredar, suponiéndose entonces que sino se han presentado es porque no han querido hacerlo, lo cual coloca a los demás en la condición de poseedores de buena fe —art 3428—. Es una ficción necesaria en interés de los terce-

(30) ZANNONI, ob. cit., p. 483; LLAMBIAS-MENDEZ COSTA, ob. cit., p. 388; GOYENA COPELLO, ob. cit., p. 276.

(31) FORNIELES, ob. cit., p. 250.

ros. Sin embargo, si de las constancias de autos aparece la existencia de un pariente conocido, no debe prevalecer la ficción sobre la realidad y es indispensable citarlo para que tome intervención en el juicio".

Opinamos, que a los efectos de calificar la conducta del heredero aparente como de buena o mala fe, debe primar la aplicación del art. 589 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (obligación de denunciar el nombre y domicilio de los herederos), por sobre el artículo 699 (publicación de edictos en las sucesiones ab intestato).

En las recientes Jornadas se ha interpretado por unanimidad, de *lege lata* que "el heredero aparente poseedor de la herencia será de mala fe, cuando conozca o razonablemente deba conocer que el heredero real no se presentó a recoger la sucesión porque ignoraba que le había sido deferida".

Asimismo se ha propuesto de *lege ferenda* por unanimidad: "que debe modificarse el art. 3428 del Cód. Civil considerando poseedor de mala fe al heredero que sabe o debe saber que existen herederos preferentes o concurrentes a quienes no ha hecho citar, actuando con la debida diligencia u omitiendo su denuncia".

IV.2. El heredero aparente, que haya celebrado actos amparados en su validez por el art. 3430 con respecto a los terceros, deberá responder ante el heredero real que hubiera triunfado en la acción de petición de herencia o cuando voluntariamente hubiese reconocido el mejor derecho.

Si actuó de buena fe, acorde lo expuesto en el anterior párrafo, sólo deberá restituirle el precio recibido. Si por el contrario fue de mala fe deberá indemnizar todos los perjuicios que el acto de disposición hubiese causado (art. 3430).

El párrafo tercero del art. 3430 mereció una interpretación amplia, aunque no por unanimidad en las Jornadas; se propicia de *lege ferenda* que cuando el precio recibido, que debe devolver el heredero aparente de buena fe, no represente el valor del bien al momento del pago, apareciendo manifiestamente desproporcionado con el valor real, el heredero real tiene derecho a reclamar un equitativo reajuste.

IV.3. La determinación de la buena o mala fe del heredero aparente, vencido en la acción de petición de herencia, influye también en sus

relaciones con el heredero real, más allá del específico supuesto contemplado en el art. 3430.

a) El demandado debe restituir todos los objetos hereditarios que estén en su poder con los accesorios y mejoras (art. 3425).

b) Con relación a la pérdida o deterioro de las cosas hereditarias, si el poseedor es de buena fe, no debe ninguna indemnización por los daños que hubiese causado por su culpa, salvo que se hubiese aprovechado del deterioro y solo por el provecho obtenido (art. 3426). Si la cosa fuese destruida después de notificada la demanda, es responsable, a no ser que ello se debiera a caso fortuito o fuerza mayor (art. 2433).

En caso de que la posesión sea de mala fe, debe responder por todo daño causado incluido el caso fortuito, salvo que la pérdida o deterioro hubiese ocurrido igualmente, si las cosas hubiesen estado en poder del heredero real (art. 3426).

c) Por último, en cuanto a los frutos de la herencia, el código reenvía a lo dispuesto respecto de los poseedores de buena o mala fe (art. 3427).

El poseedor de buena fe hace suyos los percibidos mientras tuvo posesión de la herencia (art. 2423). Los pendientes, naturales o civiles, corresponden al heredero real (art. 2426) que deberá a su vez, abonar al poseedor los gastos que hubiera hecho para producirlos.

Si existe demanda, el poseedor es responsable por los frutos producidos con posterioridad a la notificación y por aquellos que por su negligencia no se hubiesen percibido (art. 2433).

El poseedor de mala fe está obligado a restituir o pagar los frutos percibidos y los que por su culpa se hubiera dejado de percibir o producir (art. 2438).

d) En materia de las mejoras realizadas en las cosas hereditarias, el mismo artículo 3437 hace igual remisión que con relación a los frutos.

Se desprende del art. 3425, que se incluyen en la restitución de los bienes hereditarios. Sin embargo, si el poseedor es de buena fe, tiene derecho a cobrar los gastos necesarios o útiles (art. 2427) y a ejercer el derecho de retención hasta que le sean pagados (art. 2428). Los gastos

de simple conservación de la cosa en buen estado, se compensan con los frutos percibidos y no puede cobrarlos (art. 2430).

Cuando el poseedor es de mala fe, sólo tiene derecho a cobrar los gastos necesarios efectuados en la cosa y puede retenerla, hasta ser pagado (art. 2440).

El Proyecto Civil Unificado mantiene en el tema, un sistema similar al del código civil vigente y, en los artículos 2254 y 2255 sobre restitución de bienes y reglas aplicables remite a lo dispuesto sobre los efectos de las relaciones reales. ♦



# DERECHO DE ACRECER

POR OMAR JESÚS CANCELA

SUMARIO: I. Concepto. — II. Fundamento. — III. Condiciones de aplicación. a) Carácter excepcional; b) Carácter supletorio; c) Requisitos. — IV. Derecho de acrecer entre coherederos. a) Sucesión legítima; b) Sucesión testamentaria. — V. Derecho de acrecer entre legatarios. a) Sustitución de legatarios; b) Efectos del derecho de acrecer; c) Extinción.

## I. Concepto

Sin perjuicio del empleo del término “acrecer”, para denominar otras situaciones ajenas al derecho sucesorio —p.ej., abandono del condominio por uno de los titulares, que acrecentaría la proporción correspondiente a los restantes, art. 2685, Cód. Civil (1)—, en este ámbito del orden jurídico sucesorio, el derecho de acrecer es el que permite a coherederos y colegatarios, en ciertas situaciones, aprovechar la porción de aquél que renuncia o no recoge su parte en la herencia, como expresa y categóricamente lo dispone el artículo 3811 de nuestro código sustantivo. Fassi, con cita de Maynz, dice que el derecho de acrecer tiene lugar “...cuando de varias personas llamadas a la misma sucesión o a la misma porción de la herencia, una no concurre, su parte...es atribuida a aquéllos que están llamados con ella o, como se tiene el hábito de decir, la parte del que ha fallado, acrece a los otros...”.

Pérez Lasala, por su parte, luego de sostener, con una referencia a Beltrán de Heredia, la necesidad de acudir a los antecedentes históricos y doctrinarios de la institución, como materiales indispensables en la

(1) CIFUENTES, *Cód. Civil Comentado...*, t. III, p. 418; LLAMBIAS-ALTERINI, *Cód. Civil Anotado...*, t. IV-A, coment. arts. 2685 y 2686, p. 524, n° 5.

elaboración de este concepto, atribuye especial importancia al derecho de acrecer en el orden jurídico romano, como institución típica del derecho sucesorio, constituyendo un reflejo o consecuencia de todo el sistema allí adoptado. Así, continua diciendo que se presenta bajo dos formas, una general o típica, necesaria e independiente de la voluntad del difunto, frente a otra que denomina especial, voluntaria y dependiente de dicha voluntad, expresada en el testamento (2). Siempre refiriéndonos al derecho romano, la vigencia de la máxima "nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest", traía como lógica consecuencia una gran relevancia del acrecimiento, cuando existían dos o más herederos designados para recibir solo una parte de la herencia, ante la incompatibilidad entre una sucesión testamentaria y otra intestada, respecto del mismo causante. Como dicho óbice no ha pasado al derecho moderno, que reconoce la posibilidad de la apertura de una sucesión "ab intestato", para disponer mediante el orden legal sucesorio, con relación a los bienes sobre los que el fallecido no dispuso en su testamento, el campo de aplicación del derecho de acrecer se ha visto reducido en medida apreciable (3).

En el ámbito de esta noción básica, es conveniente hacer alguna referencia a ciertas discrepancias respecto de la extensión y aplicación del instituto a los diversos casos concretos que puedan presentarse. Así, en tanto el codificador, en el precepto del art. 3810 dispone que el derecho de acrecer solo tendrá lugar en las disposiciones testamentarias, Goyena Copello, sostiene la existencia de tal derecho también en la sucesión legítima o "ab intestato", pero con la salvedad de que solo se dará respecto del heredero, derivada de su vocación a la totalidad del haber hereditario. Muy similar es el parecer de Rébora, en el sentido indicado, atribuyendo el criterio de Vélez Sarsfield, como Goyena Copello, a la circunstancia de haber tomado la disposición del derecho francés, concretamente de Troplong, donde se trata en conjunto de las donaciones

(2) CIFUENTES, ob. cit., coment. arts. 3810/12, p. 455 y fallos allí citados. BORDA, *Tratado... Sucesiones*, t. II, núms. 1553/55, p. 461, 2ª ed., 1964; GOYENA COPELLO, *Tratado de Derecho Sucesorio*, t. I, p. 544, ed. 1972; MAFFIA, *Manual de Der. Sucesorio*, t. II, p. 326, n° 746, 3ª ed., 1989; REBORA, *Derecho de las Sucesiones*, t. 2, p. 263, n° 415, ed. 1932; RIBERT-BOULANGER, *Derecho... Sucesiones*, t. X, vol. 1, p. 375, n° 2148 y sigtes. Ed. La Ley, 1965; FASSI, "El Derecho de Acrecer", LA LEY, 92-845, cap. I; PEREZ LASALA, "El Derecho de Acrecer", LA LEY, 144-809, núms. 1 y 2.

(3) PEREZ LASALA, nota cit., cap. 2; FASSI, loc. cit. en nota anterior; LLAMBIAS-MENDEZ COSTA, "Cód. Civil...", t. V-C, p. 461, coment. art. 3811, n° 2.

y los testamentos, en tanto las sucesiones intestadas son regidas por otras disposiciones (art. 786, Cód. Napoleón). Fassi, por su parte, distingue tres situaciones posibles; el derecho de acrecer de los legatarios particulares, cuya reglamentación en el código francés (arts. 1044 y 1045) solo se refiere a dichas disposiciones testamentarias, excluyendo a las donaciones y a los sucesores universales; en segundo término, habla de los "legatarios universales y a título universal", en verdad y para nuestra legislación, los herederos instituidos por testamento, cuyo derecho de acrecer no se fundaría en dichas disposiciones, sino en la fuerza expansiva de dicha institución hereditaria, tendiente siempre a la transmisión de la universalidad del patrimonio; finalmente, habla del derecho de acrecer de los coherederos "ab intestato", que también tiene su fundamento en su vocación eventual hacia la transmisión de todo el acervo o patrimonio hereditario (4).

En este aspecto de la cuestión, me parece inconducente detenernos en una cuestión que, en nuestra opinión, es principalmente semántica, planteada en la doctrina francesa y reflejada en la nota al art. 3812 de nuestro código (1º párrafo), toda vez que el efecto concreto de la renuncia a su parte por un legatario o coheredero, dándose las condiciones previstas en la ley, es que el bien o bienes sobre los que recae la no aceptación, pase a engrosar en todo o en parte el patrimonio de cada uno de los que sí la aceptaron; denominar "acrecimiento" o "no decrecimiento" a dicha transmisión, como pareció preferir el codificador en esa nota, no me parece una cuestión relevante, sin perjuicio de compartir la opinión de quienes consideran dicha distinción como un tanto artificiosa y rebuscada.

Frente a esta postura, que podríamos denominar como "amplia", tanto Borda como Maffía y Lafaille sostienen un criterio, al que podría calificarse como "estricto", indicando que el derecho de acrecer constituye una figura típica de la sucesión a título particular, toda vez que el heredero siempre lo tiene, en razón de la naturaleza universal de su vocación sucesoria, de la ya mencionada fuerza expansiva dirigida a recibir la totalidad de los bienes que integran el acervo, aun cuando la concurrencia de otros coherederos lo obliguen a compartirlo. Esa naturaleza o vocación universal del heredero le viene de la propia ley, tanto al

(4) GOYENA COPELLO, loc. cit. en nota anterior; REBORA, loc. cit. en nota anterior; con las previsiones que brinda en notas 4/7; FASSI, loc. cit., núms. 2 a 5; comp. del mismo autor *Tratado de los Testamentos*, vol I, ps. 301 y sigtes., núms. 525 y 530; PEREZ LASALA, loc. cit.

regular el orden legítimo de sucesión, como al establecer los recaudos y requisitos de la institución hereditaria (conf. arts. 3710 y sigtes., especialmente art. 3713 y 3716, Código Civil). La nota del codificador al art. 3812, en el párrafo final, parece confirmar esta última opinión, al precisar la gran diferencia existente entre el "acrecimiento" que tiene lugar entre los herederos instituidos —deja al margen a los herederos llamados a recibir el acervo por la ley— y los legatarios particulares, caso en el que tal acrecimiento está subordinado a las condiciones rigurosas impuestas por la ley, que no se aplican a los herederos universales. Vélez dice seguir "en un todo..." a las disposiciones del derecho romano que antes se ocupó de precisar (las tres formas de conjunciones; *re tantum*, *re et verbis* y *verbis tantum*, sobre las que volveremos más adelante), afirmando, al mismo tiempo, que el Código Napoleón "...modificó notablemente las maneras de causar la conjunción por el derecho romano..." (5).

En nuestra particular y, como es natural, más que modesta opinión, consideramos que con la divergencia expuesta ocurre algo parecido a la utilización de los términos acrecimiento o no decrecimiento, a los que antes hiciera una breve mención; los herederos testamentarios o legítimos pueden incrementar en alguna medida su participación en el acervo, sea por renuncia, indignidad o premoriencia de alguno o varios de sus coherederos. A nadie podría ocurrírsele negarles ese derecho pretendiendo, como absurdo ejemplo, una declaración de vacancia al respecto para beneficiar al Estado Nacional. Provincial o Municipal. Denominar ese incremento como derecho de acrecer o consecuencia inevitable de la fuerza expansiva de la vocación hereditaria, en tanto tiende a recibir la universalidad de los bienes integrantes del patrimonio relicto, constituye también y en cierta forma, una cuestión semántica, sin que se alcance realmente a comprender sus verdaderos y reales alcances prácticos y concretos.

De todas maneras, ha de reconocerse que el propio codificador, dejó expresa constancia de que las previsiones legales sobre el derecho de acrecer se aplican tanto a los legados particulares como a la institución hereditaria, como ocurre en los artículos 3811, 3812, 3813 y 3814. Siguiendo esa línea de pensamiento, si los herederos instituidos por el

(5) BORDA, ob. cit., p. 462, n° 1554; véase en el n° 1553 la referencia a la nota aquí citada. MAFFIA, ob. cit., p. 326, n° 746; LAFAILLE, *Curso... Sucesiones*, comp. por Frutos y Argüello, t. II, p. 579, p. 386, ed. 1933.

testador tienen los mismos derechos, facultades y deberes, respecto de los bienes que le fueron transmitidos, que los herederos legítimos en el orden sucesorio previsto en la ley, parece lógico reconocer a estos últimos el mismo derecho de acrecer, aun cuando se lo pueda denominar, también, fuerza expansiva de la vocación hereditaria, dirigida a la obtención de todo el patrimonio relicto, que solo se verá limitada por la concurrencia de otros legitimados para compartir dicho acervo. En este sentido, volviendo sobre la opinión de Vélez Sarsfield, tal como fue expresada en la nota al art. 3810, el codificador ha tratado de diferenciar el derecho de acrecer, propio del derecho sucesorio, respecto de lo que ocurre en los actos entre vivos (contratos y donaciones entre vivos, dice textualmente), en los que este derecho no tiene cabida alguna (sin perjuicio de ello, debe señalarse el comentario sobre las donaciones "*in solidum*" y su consecuencia, que denomina "*jus non decrecendi*"). Obsérvese que, en el párrafo siguiente, sostiene que de no existir institución hereditaria, la caducidad de los legados aprovecha a los herederos "ab intestato", sea por este derecho de acrecer o por la fuerza expansiva de la vocación hereditaria (art. 3809, C.Civ.). Poco más adelante, en la nota al art. 3812, luego de expresar su ya citada inclinación a seguir el derecho romano "...en un todo", señala las marcadas diferencias entre el derecho de acrecer en la institución hereditaria frente a lo que sucede con los legados particulares, subordinados al cumplimiento de los recaudos establecidos en la ley, "...pero entre los herederos universales —sin distinción sobre el origen de su título— estas condiciones no son necesarias... la disposición testamentaria —y la ley, agregamos— las reemplaza por su latitud. El acrecimiento se causa... en virtud de la universalidad del título, que absorbe todo..."

## II. Fundamento

Como acertadamente sostiene Fassi, la supervivencia de la institución, que superó la crisis producida por la disolución del imperio romano, para permanecer prácticamente incólume en todos los códigos modernos, demuestra que no se trató de un mero arbitrio legislativo, destinado a satisfacer fines o propósitos pasajeros de una sociedad o época determinada; constituye un medio, entre otros, como la sustitución de herederos o legatarios, destinado a lograr que la transmisión de bienes "*mortis causa*" sea total e íntegra, evitando que ninguna de sus partes o bienes se convierta en "*res nullius*" (6).

(6) FASSI, *Tratado...*, vol. I, p. 303, n° 527, ed. 1970.

En el derecho romano, casi desde su origen, era admitida la concurrencia de varios herederos a una misma sucesión. Ello obligó a concebir la posibilidad de que, en caso de que uno de los llamados a suceder no pudiera o no quisiera recibir su parte en el patrimonio relicto, dicha parte engrosara o se sumara a la de los restantes. Si bien dicho acrecimiento respondía a previsiones o disposiciones legales, en la sucesión testamentaria dependía fundamentalmente de la voluntad del difunto, de la forma y alcance con que había expresado dicha voluntad, especialmente en lo que hace a los legados particulares.

En la sucesión legítima, el derecho de acrecer parecería funcionar de manera independiente de la voluntad del causante. Aun cuando podría pensarse en una suerte de "voluntad presunta" del fallecido, dicho acrecimiento igualmente se produciría, aun cuando pudiera demostrarse que la verdadera y real voluntad de aquél era contraria al derecho de acrecer entre los parientes coherederos.

En suma, la teoría o doctrina tradicional consideraba que el fundamento del acrecentamiento o no decrecimiento estriba en la voluntad, el deseo tácito o expreso del testador de beneficiar a todos los que ha llamado a recibir sus bienes; a ello cabe agregar que, en ciertas situaciones y con relación a los legados particulares, dados los recaudos legales acerca de la forma en que debe redactarse la cláusula testamentaria, parece más adecuado definir o describir la voluntad del difunto como expresa, según parece desprenderse de lo dispuesto por los arts. 3812, 3813 y 3816 del Código Civil.

Frente a esta opinión, una moderna corriente doctrinal encuentra el fundamento de la existencia de este derecho en lo que denomina como "vocación solidaria", que se atribuye a cada uno de los llamados a recibir la herencia, por el que tendrían derecho a recibir todo el patrimonio del fallecido (7). Por nuestra parte, pensamos que lo que se denomina como vocación solidaria de los llamados a la herencia, verdaderamente funciona en el supuesto de la institución hereditaria, sea que tenga su origen en la ley o en la voluntad expresada en el testamento. En los legados particulares, donde quizás pueda emplearse con mayor precisión y propiedad la expresión "derecho de acrecer", en cambio, la existencia de ciertos requisitos previstos en la ley, sobre los que nos extenderemos un

(7) PEREZ LASALA, nota cit., cap. IV; BELTRAN DE HEREDIA, *El Derecho de Acrecer*, ed. 1956, p. 63.

poco más adelante, nos hace pensar que el verdadero fundamento de la institución reside en dos aspectos fundamentales del derecho sucesorio: por un lado, la necesidad de que la totalidad del acervo se transmita a todos los llamados a recibirlo y, por otro, la verdadera existencia de una íntima voluntad del fallecido, expresada por medio de la disposición testamentaria o presunta, intuida sobre la base de la organización del orden sucesorio y los grados de parentesco. Según el orden natural de las cosas es dable presumir la intención del causante de beneficiar a sus parientes más cercanos, a quienes la ley llama en primer término a recibir la herencia. Si no existiera esa voluntad presunta del fallecido, seguramente él se habría ocupado de hacerlo constar cumpliendo con las formalidades estrictas y solemnes previstas en la ley, vale decir, en el testamento.

A fin de clarificar ciertos conceptos, es conveniente señalar, quizás de manera sobreabundante, cierta falta de autonomía en este derecho de acrecer, en tanto el heredero o legatario no tiene derecho a incrementar su parte en la herencia o legado con la de los herederos o legatarios que no quieran o puedan recibir la suya (p. ej., por indignidad o renuncia). Recién cuando se haya establecido quien o quienes concurren a recibirla, podrá determinarse cual es la medida del acrecentamiento de cada concurrente. Así, si el testador ha instituido cuatro herederos y uno de ellos no acepta la herencia, la ley lo ha de considerar como si nunca hubiese sido heredero (arts. 3353 y 3713, Cód. Civil); por lo tanto no puede decirse con propiedad que la cuota del renunciante acreció a las demás; el renunciante nunca pudo ni llegó a tener esa parte, ya que se lo considera como no existente. En consecuencia, por vía de la expansión de la titularidad jurídica solidaria propia de todos los llamados a la herencia, el activo hereditario, en verdad, habrá de dividirse en tres cuotas o, lo que es lo mismo, el derecho de acrecer habrá funcionado antes de que las cuotas hayan quedado determinadas a causa de la renuncia de alguno de los herederos o legatarios (8).

En la sucesión legítima ocurre algo bastante parecido, con independencia de que, como dijimos antes, el mecanismo legal se denomine como derecho de acrecer o fuerza expansiva de la vocación hereditaria. Ante el fallecimiento y la inexistencia de un testamento válido, existe una necesidad jurídica de que la sucesión opere o se cumpla de manera

(8) PEREZ LASALA, nota cit., ap. 5.

íntegra, transmitiendo todo el acervo. Para ello, la ley convoca al ámbito familiar, formado por los parientes legítimos dentro del cuarto grado, como lo dispone el art. 3545 de la ley sustantiva.

Dentro de ese amplio marco el código ha establecido un cierto orden, en el cual, los de grado preferente excluyen a los parientes más lejanos; así los descendientes excluyen a los ascendientes y a los parientes colaterales, pero a su vez concurren con el viudo o viuda sobrevivientes y eventualmente, con un descendiente de grado más remoto que quedó colocado en el lugar de su padre o madre, por vía de la representación establecida en el art. 3549 del Código Civil. Sin perjuicio de la eventual entrada en posesión inmediata de la herencia en la situación prevista por el art. 3410 del mismo código, lo cierto y concreto es que, recién cuando se hayan determinado, en la declaratoria de herederos como acto procesal del juicio sucesorio, las personas a quienes ha de transmitirse dicho patrimonio relictivo, podría hablarse de partes o cuotas en la sucesión, de acrecimiento o no decrecimiento; hasta ese momento, como paso previo a la efectiva partición de los bienes, cada uno de los llamados a recibirlos, por la propia naturaleza expansiva de la vocación hereditaria, podría tener la expectativa de ser el único heredero, en el caso de que los restantes renunciaran o no aceptaran dicha herencia (9). Aún a la nuera viuda, en algún caso, se le ha reconocido el carácter de sucesora legitimaria, a pesar de lo excepcional y restringido de la disposición del art. 3576 bis del Código Civil, cuando concurre sola a la sucesión de sus suegros, excluyendo la posibilidad de declaración de vacancia (10).

### III. Condiciones de aplicación

#### a) Carácter excepcional

Como se desprende de lo dispuesto por el art. 3809 del Código Civil, se atribuye al heredero, como obligado al pago del legado, el aprovecha-

(9) FASSI, *Tratado...*, vol. 1, p. 304, n° 528.

(10) SC Buenos Aires, en ED, 89-279, por una estrecha mayoría; en contra, CNCiv., en pleno, en LA LEY, 1983-D, 176; ED, 105-524; íd. sala B, en LA LEY, 1986-E, 284, especialmente voto del Dr. Molteni, donde se le reconoce el carácter de sucesora universal, porque su derecho no se relaciona con bienes determinados, sino con una cuota parte de ellos, pero no es heredera, porque su vocación sólo alcanza a una fracción del acervo.

miento de toda caducidad del mismo, salvo cuando se origina en la pérdida de la cosa y siempre que el testador no haya previsto la sustitución de los legatarios. Por otra parte, este derecho de acrecer depende del cumplimiento de los recaudos establecidos en la ley, especialmente cuando se trata de legatarios. En otras palabras, el orden jurídico solo admite la posibilidad de acrecer entre colegatarios, cuando se hayan redactado las mandas mediante del empleo de fórmulas como las previstas en los arts. 3812 y siguientes del mismo código u otra que pueda considerarse equivalente, toda vez que la ley no exige términos sacramentales (11).

#### b) Carácter supletorio

Es de toda evidencia que las normas que regulan esta institución revisten el carácter de supletorias de la voluntad del causante, salvo cuando se trata de la sucesión "*ab intestato*", ya que, como su propio nombre lo indica, no existe declaración de última voluntad del fallecido. Ello puede ocurrir de manera expresa, como lo ha previsto el artículo 3819 del Código Civil, en tanto admite la posibilidad de que el testador extienda la facultad de acrecer a situaciones de hecho no previstas en la ley o, por el contrario, la limite o prohíba, cuando ha concretado un legado que debe ser reputado como efectuado en forma conjunta. Lo mismo sucede cuando, como lo ha previsto en el art. 3811, en base a la voluntad presunta del fallecido, se autoriza a los coherederos o colegatarios a aprovechar la parte de aquéllos que, por cualquier motivo, no concurren a recoger su parte. En las sucesiones "*ab intestato*" el acrecimiento se funda en las disposiciones legales que, a su vez, reconocen como probable fundamento la misma voluntad presunta, toda vez que, como ya dijimos, el causante, en caso de que otra fuera su intención, hubiera dispuesto de sus bienes por testamento o, cuando menos, de la parte disponible de la legítima.

Debe señalarse al efecto, que no es necesario que el testador emplee la palabra "acrecer", como término sacramental a fin de expresar su voluntad; basta que ella quede reflejada de manera clara y concreta, con términos como "mejorar", "beneficiar" u otros equivalentes (12). En este

(11) BORDA, ob. cit., p. 462, n° 1555; FORNIELES, *Trat. de las Sucesiones*, t. II, p. 251, n° 312, 4ª ed., 1958.

(12) MAFFIA, ob. cit., p. 326, n° 746; BORDA, ob. cit., p. 566, n° 1561; PEREZ LASALA, nota cit., n° 14, p. 819.



aspecto de la cuestión, creemos innecesario reiterar aquí los principios generales en materia de interpretación de los testamentos, esencialmente el de respeto por la voluntad real o interna del testador, remitiéndonos a las obras generales en la materia y a lo que brevemente señalaremos un poco más adelante (13).

### c) Requisitos

Aun cuando no todos los autores los enumeran o agrupan de manera distintiva, consideramos útil a los fines de una mayor claridad expositiva, recordar las exigencias que la ley establece para tipificar o admitir el derecho de acrecer.

El primero se refiere a la unidad de objeto; puede referirse a un bien determinado, a varios objetos o prestaciones o a una cuota de la universalidad de bienes, siempre que se trate de un legado o institución hereditaria única, efectuada en una o varias disposiciones testamentarias (14).

El segundo de los requisitos que deben cumplirse para el ejercicio de este derecho es la pluralidad de sujetos que concurren a reclamar la herencia o manda, sea por disposición testamentaria (institución hereditaria, legado particular o de cuota, cuando la misma parte de la herencia es atribuida a más de un legatario, en principio, sin asignación de partes) (15).

En tercer lugar, reiterando lo que antes dijimos, es menester que el testador no se haya opuesto al ejercicio del derecho de acrecer, en forma expresa, como lo indica el art. 3819 del Código Civil o presunta, cuando, como lo establece el artículo 3814 del mismo código, haya asignado partes en la herencia o cosa legada, sin que pueda interpretarse que dicha asignación, de acuerdo con su voluntad, responde a la forma de cumplir el legado, de hacer la partición entre legatarios o coherederos (arg. art. 3815, Civ.; p. ej., cuando se emplea la conjunción "verbis tantum", diciendo que se lega a Juan y Pedro un determinado inmueble, para que el primero tenga las dos terceras partes del objeto y el segundo

(13) GOYENA COPPELLO, ob. cit., t. II, p. 359 y sus citas; FASSI, ob. cit., p. 230, n° 383 y sigtes., con sus citas; BORDA, ob. cit., p. 200, n° 1102 y sigtes., entre otros.

(14) BORDA, ob. cit., p. 462, n° 1556; CIFUENTES, ob. cit., p. 455, coment. art. 3812; MAFFIA, ob. cit., p. 327, n° 747.

(15) Citas en nota anterior.

la tercera parte restante (16). Como lo precisaremos un poco más adelante, las situaciones de hecho que se presentan con la aplicación de estas dos normas, alguna de ellas muy criticada —arts. 3814 y 3815, C. Civ.—, ofrece aristas muy peculiares que hacen necesario un muy cuidadoso examen de la disposición testamentaria, para establecer la verdadera y real voluntad del fallecido.

Finalmente, es necesario que uno de los coherederos o legatarios, por cualquier razón —renuncia, premoriencia, indignidad o desheredación— no concurra a recibir su parte.

## IV. Derecho de acrecer entre coherederos

### a) Sucesión legítima

A fin de garantizar la transmisión integral del patrimonio del fallecido, nuestro código sustantivo dispone el llamado a recibirlo por parte de un amplio entorno familiar, indicado en el artículo 3545 del Código Civil: los descendientes y ascendientes del difunto; su cónyuge supérstite y los parientes colaterales dentro del cuarto grado.

Con esa misma idea, la de reducir en lo posible las hipótesis en que la sucesión pueda reputarse vacante, los arts. 3549 y sigtes. del mismo código establecen por vía del derecho de representación, que los descendientes de un grado ulterior sean colocados en el lugar o grado que correspondía a su padre o madre en la familia del fallecido, a fin de recibir la misma parte que hubiera correspondido a dicho ascendiente, sea que hubiera fallecido o que, aún vivo, hubiera renunciado a recibir dicha parte (arts. 3552 y 3554, Cód. Civ.).

Dentro de ese orden legal —art. 3545, antes citado—, pueden presentarse distintas situaciones; si a la sucesión concurren a recibirla los descendientes, hijos o nietos en representación de sus padres fallecidos, tanto los ascendientes como los parientes colaterales resultan excluidos. Sin embargo, dichos descendientes deben concurrir con el viudo o viuda sobrevivientes, quienes, en cada caso, además de recibir su

(16) Citas en nota 13; FASSI, *Tratado...*, vol. 1, p. 320, n° 547 y fallo que cita en nota 386, demostrativo de las dificultades de interpretación que presenta esta cuestión.

parte en los gananciales, recibirán la misma parte que cada uno de los hijos, en los bienes propios del causante (arts. 3565, 3566, 3570 y 3576, Cód. Civil).

A falta de descendientes, los ascendientes concurren a recibir la herencia con el cónyuge sobreviviente y, en tal supuesto, además de la parte que le corresponde al viudo con relación a los bienes gananciales, recibirá la mitad de los bienes propios, es decir, lo mismo que el conjunto de los ascendientes que hayan aceptado la herencia (arts. 3567 y 3571, Cód. Civil). El cónyuge, por su parte, cuando concurre solo —vale decir, cuando no existen, renuncian o no aceptan la herencia los descendientes y ascendientes—, excluye a los parientes colaterales.

Como se desprende de este más que breve resumen de las disposiciones legales en materia de orden sucesorio, en buena parte de los procesos sucesorios se produce la concurrencia de herederos llamados a recibir el patrimonio relicto. Si alguno de ellos renuncia a recibir dicha herencia y no se produce su sustitución por vía de la representación indicada en el art. 3549 del Código Civil, su parte “acrecé” la de los restantes (art. 3820 del Código Civil, con referencia expresa a los legados). Técnicamente, sin embargo, no parece ser ese el mecanismo preciso para lograr tal propósito, porque en verdad, el sucesor que renuncia nunca ha sido heredero y, como reza el art. 3353, “...la sucesión se defiere como si el renunciante nunca hubiera existido. En otras palabras, en caso de renuncia o premoriencia sin posibilidad de representación, se prescinde por completo del interesado, de tal manera que la parte o cuota de cada uno de los aceptantes será fijada sin tener en cuenta a aquél que, por el motivo que fuere, nunca tuvo parte o cuota alguna en el patrimonio relicto.

De esta manera y poco menos que sin intención de terciar en la disputa doctrinaria que mencionamos en el punto I de estas líneas, terminamos por dar en ciertos aspectos la razón a quienes, como lo precisamos en el mismo acápite I, han desarrollado el criterio estricto acerca de la naturaleza y alcance del derecho de acrecer como propio de la sucesión particular, esencialmente de los legados (ver doctrina citada en nota 5). Vaya tal reconocimiento sin perjuicio de reiterar que, por una u otra vía —acrecimiento o fuerza expansiva de la vocación hereditaria—, se llega a resultados concretos esencialmente similares.

#### b) Sucesión testamentaria

Cuando dos o más personas son designados como herederos, lo mismo que cuando se los designa como “legatarios de remanente” (art. 3720, Cód. Civil) (17), se produce una situación similar a la que hemos analizado en los párrafos que anteceden, en torno a la fuerza expansiva de su vocación hereditaria, que los hace aspirar a recibir todo el patrimonio del fallecido, en el supuesto de que los otros herederos instituidos no concurren a aceptar o renuncien a la herencia. Sin embargo, entendemos que, más allá de la escasa virtualidad práctica de la distinción, corresponde referirnos a esa aspiración eventual a recibir una parte mayor que la originariamente prevista por el testador, como un verdadero derecho de acrecer, ante las categóricas disposiciones de la ley sucesoria (arts. 3811, 3812, 3813, del Código Civil).

En tal sentido y antes de analizar el régimen legal vigente, es menester recordar que en materia de interpretación de las disposiciones testamentarias, por no existir una declaración de voluntad común, como en los negocios jurídicos entre vivos, no rige el principio interpretativo de la buena fe convencional, consagrado en el artículo 1198 de la ley sustantiva, como aquello a que las partes verosímilmente se obligaron o pudieron entender obligarse, obrando con cuidado y previsión. En esta materia, como ya dijimos, rige como directiva general de decisiva importancia, el del respeto por la verdadera voluntad del testador, aun cuando no haya sido preciso o acertado en la forma o términos en que redactó su disposición testamentaria. Tan es así, que muchas de las disposiciones del código son, más que normas legislativas de aplicación imperativa, reglas o directrices de interpretación, vale decir, dirigidas a establecer, en la medida de lo posible, la verdadera voluntad del testador. Entre ellas y como se desprende de lo establecido por el artículo 3819 del Código Civil, las disposiciones acerca de las formas o recaudos de los legados particulares o de la institución de herederos, para que se verifique la posibilidad de acrecer, es menester que no se haya dado la circunstancia de que el causante hubiera prohibido todo acrecimiento o, por el contrario, extendiera tal posibilidad de incremento entre los colegatarios (p. ej., supuesto del art. 3814; legado de cosa cierta con asignación de partes: lego a Juan la mitad de ... y a Pedro la mitad restante, con posibilidad de acrecer si uno de ellos no quisiera o pudiera recibirla).

(17) BORDA, ob. cit., ps. 338/9, n° 1338; MAFFIA, op.cit., p. 262, n° 656.

Las disposiciones previstas como reglas interpretativas en la materia, derivan de las disposiciones del derecho romano, como el propio codificador lo dejó perfectamente aclarado en la nota el artículo 3812, cuyo texto vale la pena reiterar aquí, al menos de manera parcial. Luego de terciar entre los términos acrecimiento o no decrecimiento (1° párrafo) dice; "...Desde que el derecho de acrecer se deriva de una conjunción establecida por el testador, la ley romana había creado entre dos legatarios tres maneras de conjunciones: *re tantum*, *re et verbis* y *verbis tantum*... La conjunción *re tantum* tenía lugar cuando dos individuos eran llamados al mismo legado por dos disposiciones separadas. *Titio fundum Tusculanum do lego. Mevio eudem fundum Tusculanum do lego*. Se ve por esta fórmula, que aun cuando los colegatarios eran llamados por frases diferentes, estaban unidos por el vínculo que produce la unidad de la cosa legada. La conjunción *re et verbis* sucedía cuando por la misma disposición dos personas eran llamadas a la misma cosa. *Titio et Mevio fundum Cornelianum do lego*. La conjunción *verbis tantum* se hacía cuando el testador llamaba muchas personas a la misma cosa, señalando la parte que debían tener. *Titio et Mevio fundum Tusculanum do lego aequis partibus*...". Ulteriormente y luego de afirmar que seguía en todo las disposiciones del derecho romano, distingue entre el acrecimiento propio de los legados particulares, sujeto a las rigurosas condiciones establecidas en la ley, del que se produce en la institución hereditaria, en que esas condiciones no son necesarias, pues la "...universalidad del título... absorbe todo, por lo mismo que es universal...".

Sin embargo, como lo pone en evidencia Fassi, el empleo de las conjunciones puede poner en claro, en ciertos casos, si la disposición testamentaria constituye o no institución de heredero (legado de la nuda propiedad de todos los bienes que deje a su muerte, aun cuando el usufructo se legue a otro, art. 3717; legados que absorban la universalidad de los bienes, cuando el uso de una de las conjunciones permita el ejercicio del derecho de acrecer, art. 3718; legados de la universalidad de los bienes con asignación de cuotas, art. 3719) (18).

Dentro de esta materia, es decir, del ejercicio del derecho de acrecer por los herederos instituidos por testamento, es interesante atender a la situación prevista por el art. 3814 del Código Civil, ya que allí se habla de la asignación de partes en la herencia, previsión que se parece, en mi

opinión, más a la situación del legatario de cuota, como lo indica la disposición del ya citado artículo 3719, aun cuando ella solo pueda tener carácter meramente interpretativo de la voluntad del testador, como lo sostienen Borda y Pérez Lasala. Por ello, consideramos que la asignación de cuotas, a falta de evidencias concretas que indiquen la intención del testador de instituir heredero, debería interpretarse como legado o legados de cuota, según la norma indicada (art. 3719) y que, ante lo dispuesto por el ya citado artículo 3814, en principio no podría admitirse que exista entre estos coherederos o colegatarios derecho de acrecer, salvo que se presente la situación prevista en el artículo 3815, vale decir, que la intención del testador al asignar cuotas sea la facilitar la ejecución del legado o su partición entre los distintos herederos o legatarios; esa interpretación de la verdadera voluntad del causante al redactar su declaración de última voluntad ha sido seguida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia más cercana, para reconocer la aplicación del derecho de acrecer (19). En este sentido, es oportuno remarcar ciertas circunstancias de hecho que rodearon al precedente jurisprudencial citado en la nota 19: se trataba de un testamento, en el que luego de efectuarse varios legados particulares, la testadora instituía expresamente herederos del remanente de sus bienes (conf. art. 3720, C.Civ.); un 50% era atribuido a su hermano —prefallecido y, por lo tanto, imposibilitado de aceptar la herencia—, y el otro 50% a cuatro personas, por partes iguales. La forma estricta de la disposición testamentaria parecía imponer, sin otra alternativa, la solución prevista por el artículo 3814 del Código Civil, en concordancia con el ya citado art. 3719 del mismo código. El tribunal, con certero acierto, en mi opinión, indagó en torno a lo que debió ser la verdadera voluntad de la causante y aplicó la disposición siguiente, el art. 3815, concluyendo que las partes asignadas por la testadora tenían por finalidad facilitar o prever la forma en que se dividirían los bienes entre los beneficiarios de la manda, sin que de ello pudiera inferirse que no podían acrecer. El autor de la nota al pie de dicho fallo, también citado anteriormente (20), profundiza la cuestión de fondo, al argumentar en torno a la validez de la institución de herederos con asignación de partes, a pesar de lo dispuesto por el art. 3719, ya que lo considera meramente interpretativo de la verdadera voluntad del causante, cuando del contexto de las disposiciones testamentarias

(19) CNCiv., sala A, en ED, 89-367 y precedente allí citado, ED, 2-35; BORDA, ob. cit., p. 464, n° 1558, ap. 3; BELLUSCIO, nota en ED, 89-367, "Instit. de herederos por partes desiguales".

(20) BORDA, loc. cit. en nota 17; PEREZ LASALA, loc. cit. en nota 18.

(18) FASSI, ob. cit. p. 318, n° 544. PEREZ LASALA, ob. cit., cap. 9.



pueda desentrañarse dicha intención. Con muy fundado criterio, pone especial énfasis en el significado técnico de las palabras heredero y legatario, ya que no puede descartarse la posibilidad o probabilidad de que antes de utilizarlas el testador se haya informado o asesorado de su verdadero alcance y sentido. Por otro lado, al referirse al "legado de remanente", como institución hereditaria, el código no distingue entre el "legatario" del 100%, respecto de aquellos a quienes se asignaron partes (art. 3720). Si puede inferirse que tal asignación responde a lo dispuesto por el artículo 3815 del mismo cuerpo legal, personalmente no advierto ningún óbice insalvable para reconocer en esas situaciones tan especiales pero, al mismo tiempo, no infrecuentes, tanto la institución hereditaria como su lógica consecuencia, el ejercicio del derecho de acrecer.

Con el mismo sentido, tampoco puede perderse de vista que, aun cuando no afecte al orden público, se trata de una institución excepcional dentro de nuestro derecho (arg. art. 3809, C.Civ.), que debe ser objeto de una interpretación estricta, es decir, limitada a los supuestos previstos en la ley o por el testador (21). Dicho en otros términos cada caso concreto deberá ser objeto de una cuidadosa revisión, para desentrañar el sentido y alcance de la disposición testamentaria, sin desnaturalizarla ni sentar principios rígidos que no consulten una adecuada interpretación de las disposiciones testamentarias, ajustada, como dijimos, a la verdadera voluntad del testador.

Aun cuando ajena al tema que ahora nos ocupa, el carácter universal de la transmisión de los bienes del fallecido, nos impone el hacer una breve referencia a otra institución que, por así decirlo, completa o complementa las facultades del testador para lograr esa finalidad; la sustitución de heredero, prevista por los arts. 3724 y sigtes. del Código Civil, para dos supuestos concretos, el del heredero o legatario que no quiera aceptar la herencia (renuncia o repudio) o el del que no pueda aceptarla (p. ej. premoriencia; art. 3731 C.Civ., respecto del legatario).

## V. Derecho de acrecer entre legatarios

Teniendo presente el ya apuntado carácter excepcional del derecho de acrecer, la caducidad del legado, por cualquier causa que sea, en prin-

(21) BORDA, ob. cit., ps. 463/5, núms. 1556 y 1558; PEREZ LASALA, nota cit. cap. 12; FASSI, *Tratado...*, p. 322, n° 548.

cipio aprovecha al heredero o herederos, como sucesor universal del occiso, por aplicación de lo que podríamos denominar como principio general en esta materia, sentado por el art. 3809 del Código Civil. De esta regla solo cabe apartarse en dos situaciones posibles, por sustitución del legatario (art. 3817, Cód. Civ.) o cuando deba reconocerse el derecho de acrecer entre colegatarios.

Para que proceda tal acrecimiento, la cláusula testamentaria debe estar redactada mediante el uso de una de las conjunciones examinadas en el capítulo anterior, o una expresión equivalente, sin que, a nuestro juicio, sea dable exigir la utilización de fórmulas sacramentales. Así, es viable el acrecimiento cuando el testador lega el mismo o los mismos objetos a varias personas en la misma disposición (conjunción "*re et verbis*"; por ejemplo: dejo a Juan y Pedro el inmueble de la calle..., con los muebles y la biblioteca allí existentes; arts. 3812 y 3813, Cód. Civil). También es procedente el ejercicio del derecho de acrecer cuando en dos o más disposiciones separadas del testamento o testamentos (del mismo acto o actos diversos, dice expresamente la norma), se deja el mismo objeto, susceptible o no de ser dividido sin deteriorarse, a dos o más personas (conjunción "*re tantum*"; art. 3816, Cód. Civ.; en el mismo ejemplo anterior, que el legado a Juan se efectúe en una disposición testamentaria, en tanto el de Pedro aparezca en otra o en un testamento posterior que no revoque al primero; art. 3828, Cód. Civil).

En cambio, cuando el testador haya redactado el legado asignando partes a los beneficiarios de la manda, como principio no debe tener lugar el acrecimiento (art. 3814, Cód. Civil; se trata de la conjunción "*verbis tantum*", a que se refieren las notas de los arts. 3812 y 3814, con la particularidad de que en el ejemplo utilizado, el legado es en partes desiguales). Como ya dijimos con anterioridad, este tipo de cláusulas suele presentar delicados matices de interpretación, al tratar de ponerla en consonancia con la criticada disposición del art. 3815 del mismo código, ya que no es nada sencillo distinguir cuando la asignación de partes se efectúa al solo efecto de facilitar el cumplimiento del legado o el trámite de partición entre los legatarios. En tal sentido, compartimos la idea de Borda acerca de que no es posible atarse a ideas preconcebidas o a la literalidad de las palabras empleadas por el testador, que no siempre ha de conocer con exactitud su sentido y alcance jurídico, pero tampoco sin descartar que pueda conocer su verdadero significado. Es en el contexto general de la declaración de última voluntad donde debe efectuarse una labor de investigación para dar con la verdadera y real

voluntad del autor. Así, cuando en los ejemplos que este autor brinda, se emplea la frase “por partes iguales” o “por mitades”, pareciera que no hay dudas —salvo otra disposición del causante en contrario— acerca del reconocimiento del derecho de acrecer; distinto es el caso cuando el objeto se ha dividido en partes desiguales (nota art. 3814) o de manera perfectamente diferenciada (lego a Juan la mitad este y a Pedro la oeste de mi campo de...) (22).

En la misma disposición —art. 3814—, Vélez menciona como al pasar, la posibilidad de asignar partes en la herencia, posibilidad que claramente contradice otro artículo del mismo código, el 3719. En este delicado asunto, es menester referirnos a lo expresado antes al comentar el fallo y la nota citados con el n° 19 y recordar que deberá respetarse la verdadera e íntima voluntad del testador, de acuerdo con el contexto general del testamento.

El legado de cuota, a nuestro juicio, no constituye una excepción a las reglas generales en materia de derecho de acrecer, esto es, cuando se ha dejado a varias personas una parte determinada del acervo sucesorio (p. ej. el 30% de los bienes, legado a Juan y Pedro en forma conjunta mediante la conjunción “*re et verbis*”). Al producirse la caducidad del legado respecto de solo uno de ellos, sea por su fallecimiento anterior al causante (art. 3799, C.Civ.) o por su renuncia o repudio (art. 3804), no existe inconveniente legal alguno, a nuestro juicio para que el otro incrementemente su parte, obviamente que dentro de la misma cuota (23).

Pérez Lasala, por su parte, contempla una situación completamente distinta, admitiendo la posibilidad de existencia de una verdadera institución hereditaria, con asignación de partes o cuotas en la herencia (p. ejemplo, instituir 4 “herederos”, con derecho a recibir cada uno un porcentaje del acervo, 15%, 25% y 30% los dos restantes; comp. arts. 3718, 3719 y 3720). No hemos de caer en reiteraciones inconducentes, dado el objeto de estas líneas, toda vez que ya antes dijimos que el legado de diversas cuotas, respecto de la universalidad de los bienes del causante o del remanente, cuando se han previsto legados particulares, en general puede decirse que constituye una institución hereditaria,

(22) FASSI, nota cit., en LA LEY, 92-845, punto 7°, p. 850; comp. BORDA, ob. cit., p. 462, n° 1554.

(23) PEREZ LASALA, op., cit., cap. 9, p. 815; citas en nota 19.

antes que legatarios de cuota, sin dejar de reconocer que, repetimos, ello constituye una cuestión fáctica, vale decir, dependiente de la cuidadosa interpretación de la manda testamentaria, en orden a desentrañar el verdadero pensamiento de su redactor, especialmente cuando éste haya previsto de manera expresa o tácita pero inequívoca esa posibilidad de acrecer (art. 3819 del mismo código) o, en otro sentido, pueda concluirse que la asignación de partes tiene el sentido previsto por el art. 3815 de la ley sustantiva (24).

El legado de usufructo presenta algunas particularidades; en una primera instancia, la renuncia al legado por uno o varios de los colegatarios o su muerte acaecida antes de la del testador, supuestos en los que el legado se considera como si no hubiera existido, permite a los restantes, que aceptaron la manda, acrecer la parte que les corresponde, cuando reúna los requisitos establecidos en la ley (conjunciones *re et verbis* o *re tantum*, arts. 3812 y 3816, C.Civ.). En cambio, cuando el fallecimiento del legatario se produce después de aceptado el legado, en razón de las terminantes previsiones legales en materia de duración del usufructo (arts. 2822 y 2825, Cód. Civil), dicho beneficio no se transmite a los herederos del legatario ni, mucho menos, acrece el de los colegatarios, sino que se consolida en el titular de la nuda propiedad, generalmente el heredero del causante —legítimo o testamentario—, o un legatario de cosa cierta o de cuota a quien se haya adjudicado dicha titularidad del bien, tal como lo dispone el art. 3818 del Código Civil. Este principio sólo cede cuando de manera expresa o implícita el testador haya hecho constar su voluntad de que el colegatario o colegatarios sobrevivientes continúen gozando la integridad del usufructo (art. cit., *in fine*).

#### a) Sustitución de legatarios

Como ya lo hiciéramos notar al ocuparnos muy brevemente de la sustitución del heredero o herederos, las mismas disposiciones legales son aplicables en lo concerniente a los legatarios, como lo establece el art. 3731 del Código Civil. En tal circunstancia, ante la renuncia al legado por uno de los legatarios o su fallecimiento anterior al del testador, lo reemplaza su sustituto; el derecho de acrecer, por lo tanto, funciona

(24) BORDA, ob. cit., p. 466, n° 1560. PEREZ LASALA, nota cit., cap. 11; FASSI, *Tratado...*, p. 334, n° 564 y sigtes., especialmente, núms. 566 y 567.

recién en esa instancia, entre el sustituto y sus colegatarios (art. 3817 C.Civ. y su nota; Fassi, proporciona algunos ejemplos interesantes de sustitución, a los que nos remitimos por razones de brevedad).

*b) Efectos del derecho de acrecer:*

Como ya lo dejamos claramente indicado en párrafos anteriores, el primero y principal efecto o consecuencia del funcionamiento del derecho de acrecer, es que la parte que corresponde al que no quiere o no puede aceptar la herencia o legado, pasa a incrementar la de los restantes coherederos o colegatarios, según el caso. Pero también dijimos que, para conocer la cuantía del beneficio que ha de recibir cada uno, debe aguardarse la citación o presentación de todos los coherederos o colegatarios, porque recién en ese momento pueden "fijarse" las cuotas o partes, sea de la universalidad de bienes o de la cosa legada. Así, si se ha legado un inmueble a cuatro personas en partes iguales (para evitar la situación prevista en el art. 3814), si uno de los nombrados renunciara y solo hubieren aceptado el legado tres colegatarios, cada uno de ellos recibirá la tercera parte del bien; si tuviera lugar el derecho de acrecer cuando el legado fuera en partes desiguales (art. 3815), el acrecimiento de los aceptantes será proporcional a parte que cada uno de los designados está llamado a tomar (art. 3820, Cód. Civil).

Otra cuestión interesante es la inherente a la necesidad de aceptación del acrecimiento, aun cuando la presunción legal establecida con relación al legado (art. 3804, C. Civ.), naturalmente, debería hacer presumir también la aceptación de la parte de acrecimiento correspondiente a los colegatarios que no repudiaron las mandas (25). Sin perjuicio de ello, entendemos que nada impide a quien aceptó su parte en el legado, ejercer la facultad de repudiar la cuota de acrecimiento correspondiente, que lógicamente pasará a engrosar la de los restantes, dado que en la cuestión no está interesado el orden público y que las disposiciones en la materia son claramente supletorias de la voluntad de los interesados (arg. art. 3819, Cód. Civ.).

En caso de cesión de derechos hereditarios, pareciera que debe presumirse que la cesión comprende el derecho de acrecer, al menos cuando tal facultad operó antes de la cesión y el coheredero o colegatario ce-

(25) BORDA, ob. cit., p. 466, núms. 1562/1563; FASSI, *Tratado...*, p. 328, núms. 556 a 559; PEREZ LASALA, nota. cit., cap. 15.

dente tenían conocimiento de tal incremento de la parte transmitida. En todo caso debe estarse a la intención común de las partes, de acuerdo con el principio de la buena fe contractual que consagra el art. 1198 del Código Civil, teniendo en cuenta los términos empleados en el contrato de cesión o bien razones de equidad, como el precio pagado con relación al valor del bien o bienes objeto de la transmisión de derechos. Luego de consultadas esas circunstancias de hecho, si persiste la situación de duda entendemos, con Fassi, que deberá presumirse que la parte de acrecimiento corresponde al cedente, toda vez que éste transfiere derechos sobre una parte del bien o bienes, pero no su calidad de heredero o legatario (26).

Así como los legatarios y coherederos están obligados a cumplir las cargas a que estaban obligados (conf. arts. 3610, 3774 y 3807, C.Civ.) (27), también lo están respecto de las que se hubieran impuesto a un colegatario que repudió la manda y que ellos pretendan incrementar en la parte correspondiente (art. 3821, del mismo código). Obviamente, el principio cede cuando dichas cargas fueren, por su naturaleza, inherentes a la persona del legatario o heredero que ha repudiado el legado o la herencia (p. ej. ejecución de una obra artística, científica o de otra naturaleza tal que deba realizarse con la intervención personal e inexcusable del beneficiario), supuesto en el cual quienes ejercieron el derecho de acrecer no están obligados a cumplir con la modalidad (art. 3822, Cód. Civil; ver asimismo, arts. 562 y 565, entendiéndose que este último es perfectamente aplicable a los coherederos imposibilitados de cumplir el cargo sin culpa, por el repudio o no aceptación de la herencia por otro heredero instituido).

De la misma manera que el derecho sobre los bienes objeto del legado puede ser cedido por un negocio jurídico entre vivos, como el contrato de cesión, esos mismos derechos se transmiten "*mortis causa*" a los herederos de los beneficiarios, siempre que los legatarios no lo hayan repudiado, incluyendo el derecho de acrecer que les corresponda por el rechazo de otros, como lo dispone el art. 3823 del Código Civil, en con-

(26) FASSI, *Tratado...*, p. 330, n° 560.

(27) Sobre la aplicación de las normas generales de las modalidades de las obligaciones a la institución hereditaria, BORDA, ob. cit., p. 293, n° 1266 y sigtes., especialmente, respecto del cargo, p. 322, n° 1311 y sigtes., MAFFIA, ob. cit., p. 245, n° 635 y sigtes., espec. p. 243, n° 645; GOYENA COPELLO, ob. cit., t. II, ps. 325 y sigtes.

cordancia con el principio general que, en materia hereditaria, establece el art. 3316 del mismo cuerpo legal (28).

### c) Extinción

Finalmente, el derecho de acrecer se extingue un vez que todos los herederos o legatarios que estaban en condiciones de aceptar la herencia o reclamar los legados susceptibles de acrecimiento —recuérdese que la aceptación de los legados se presume, art. 3804—, lo han concretado, haciendo imposible la modificación ulterior de las partes o cuotas en el acervo o en los bienes individualmente considerados, en los legados de cosa cierta a varias personas (29). ♦

(28) BORDA, ob. cit., p. 467, n° 1565; MAFFIA, ob. cit., p. 331, n° 754, PEREZLASALA, nota cit., cap. 17.

(29) FASSI, nota cit., en LA LEY, 92-845, cap. 11, núms. 50/52.

## REDUCCION DE LAS DONACIONES

POR MARÍA LUISA CASAS DE CHAMORRO VANASCO

SUMARIO: I. Introducción. — II. Especies de donación. — III. Donaciones inoficiosas. — IV. Acciones que pueden esgrimirse en caso de donación inoficiosa. — V. El título.

### I. Introducción

El tema que inspira el presente trabajo, tiene por objeto reflexionar sobre algunas situaciones que se producen en el ámbito del contrato de donación cuando con su realización se ha excedido la porción disponible del donante y por ende se ha causado perjuicio a sus herederos forzosos o legitimarios.

Antes de abocarnos a esta tarea, estimamos conveniente esbozar algunos comentarios vinculados con el contrato que motiva la problemática del tema en cuestión y que por consiguiente servirá para aclararlo y ubicarlo en el lugar que jurídicamente le corresponde.

Desde el punto de vista de la metodología, hay que tener presente que nuestro codificador, Dalmacio Vélez Sarsfield, ubicó a la donación de manera correcta a nuestro modo de pensar, dado que la incluyó en el ámbito de los contratos.

Sin embargo, si se analiza el concepto que da el art. 1789 del Código Civil, se advierte que dicha norma resulta insuficiente para poder incluir el acto jurídico de que se trata dentro del espacio que le corresponde a aquel, pero la naturaleza jurídica que sostenemos resulta de la conjunción del precepto antes citado y otro posterior, el artículo 1792 que expresamente exige que se produzca la aceptación del donatario para que el acto celebrado tenga los efectos que le son propios.

De acuerdo con los textos legales mencionados, encontramos planteada la cuestión referida a la naturaleza jurídica de la donación que muestra dos facetas distintas: en primer lugar cabe afirmar que no existe unanimidad en la doctrina en lo que hace al carácter de contrato que reviste la donación y por otra parte la voluntad, tanto del donante como del donatario, son valoradas según parámetros distintos.

Evidentemente esa diferencia aparece con claridad para quienes niegan la calidad de contrato de la donación, aunque también se manifiesta entre quienes sustentan la posición contractualista.

A estas cuestiones que son sustanciales, cabe agregarles que hay normativas que sostienen que la donación sólo puede tener por objeto a las cosas y por causa fin la transmisión del dominio de las mismas. Otras legislaciones como por ejemplo el Código Alemán al que entre nosotros adhiere Bibiloni, entienden que el ámbito dentro del cual puede funcionar la donación es de mayor amplitud y que por lo tanto caben en él algunas de las figuras enumeradas en el art. 1791 del Código Civil, a las que se califican generalmente como liberalidades (1).

Sobre la base de estas observaciones, desde ahora estimamos oportuno adelantar que a nuestro criterio, la donación cabe en el ámbito de los contratos por lo cual tanto donante como donatario deben cumplir con los requisitos que se exigen para que las voluntades de los contratantes sean jurídicamente válidas, a pesar de lo cual, por revestir el acto el carácter de gratuito, dichas voluntades pueden ser consideradas mediante pautas diferentes.

Las dificultades para establecer la naturaleza jurídica de la donación tienen su origen, posiblemente, en las disquisiciones del Derecho Romano, que no calificó a esta figura como contrato nominado ni tampoco la incluyó entre los innominados (2).

Biondi afirma que "hasta tiempos de Constantino, la donación no es un negocio jurídico típico, sino causa de un número variado de actos de carácter patrimonial, que en su abstracción pueden realizarse por causas jurídicas diversas" (3).

(1) Código Alemán, art. 516 y BIBILONI, J. A., *Anteproyecto*, Kraft, Buenos Aires, 1939, t. II, ps. 306 y sigtes., y arts. 1564/65.

(2) BIONDI, B., *Sucesión testamentaria y donación*, Bosch, Barcelona 1960, ps. 645 y sigtes.

(3) BIONDI, B., ob. cit., p. 648.

Por otra parte y con ese mismo criterio, autores romanistas como por ejemplo Savigni, uno de los juristas más destacados de los últimos tiempos, adopta una postura que desarrolló ampliamente, a punto tal que lo llevó a ubicar la donación en la parte general de su obra "Sistema del Derecho Romano Actual", tratándola junto con los contratos pero juzgando que existe entre estas figuras diferencias bien marcadas, es decir que existe entre ellas una relación de género a especie (4).

Además, no acepta que se considere al acto jurídico de que se trata como un medio para adquirir la propiedad de la cosa donada dado que se requiere también la tradición y, desde otro punto de vista, afirma que el campo dentro del cual puede funcionar la donación, no se limita solamente al dominio sino que también puede utilizarse para el "usufructo, la anticresis, una simple promesa de contrato, la remisión de una deuda, etc." (5).

Para el destacado jurista "basta para que exista donación un acto jurídico que reúna las condiciones siguientes: 1°- que se verifique entre vivos; 2°- que una de las partes se enriquezca con lo que la otra pierda y; 3°- que ésta quiera enriquecer a la otra a sus expensas" (6).

A pesar de lo dicho cuando pondera a los elementos exigidos para que haya donación, agrega otro que permite distinguirla de las liberalidades en general, ya que incluye la exigencia de la transmisión del dominio sin la cual no sería posible hablar del referido contrato (7).

Como se advierte, no se señala la necesidad del acuerdo de voluntades y únicamente importa la del donante que quiere beneficiar al donatario en detrimento de sus propios intereses, y que eso efectivamente ocurra. En consecuencia la única voluntad que en principio se requiere es la del donante que debe actuar con la intención de favorecer a otro y que se ha dado en denominar "*animus donandi*".

En la actualidad, la doctrina en general afirma que la donación es un contrato y que debe ponderarse de distinta manera la voluntad

(4) MAYNZ, C., *Curso de Derecho Romano*, Molina, Barcelona 1892, t. II, p. 423 y sigtes.

(5) SAVIGNI, F. C., *Sistema del Derecho Romano Actual*, Góngora, Madrid 1879, t. III, p. 8.

(6) SAVIGNI, F. C., ob. cit., p. 9.

(7) SAVIGNI, F. C., ob. cit., p. 26.



de las partes que intervienen en la celebración de este acto jurídico (8).

Además de lo expuesto existe una cuestión de metodología, de técnica legislativa e inclusive razones históricas que añaden dificultades al tema de la naturaleza jurídica de la donación.

El Código Francés y la legislación que sigue sus aguas, no ubica a la donación en el campo de los contratos sino que lo hace cuando legisla sobre los testamentos y legados, es decir conjuntamente con actos unilaterales y gratuitos. Sin embargo, del contexto de las leyes que rigen ese tema no dejan duda respecto al carácter contractual de la figura (9).

El Código Napoleón, al igual que el nuestro en la definición del art. 1789, no incluye la referencia al contrato sino que menciona los actos entre vivos, expresión que se origina en una participación que habría tenido Napoleón Bonaparte cuando se elaboraba el Código Civil de los franceses (10).

Más allá del error de técnica legislativa apuntado, queda claro que a pesar de la terminología utilizada por nuestro codificador y por el francés, en la actualidad la donación es reconocida como contrato, calificación que es correcta ya que el acto no queda perfeccionado mientras falte una de las voluntades de los interesados (11).

Cabe destacar que en la obra de Vélez Sarsfield, el concepto de la figura surge con claridad de la conjunción de dos artículos, el 1789 y el 1793. Por otra parte, vale señalar que legislaciones más modernas como el Código Alemán, el Portugués y el Italiano de 1942, a pesar de haber empleado este último la metodología del Francés, se utiliza la expresión "contrato" cuando define a la donación.

(8) SALVAT, *Fuente de las obligaciones*, TEA, Buenos Aires 1954, t. III, p. 2; PLANIOL, M. y RIPERT, G., *Traité pratique de Droit Civil*, PICHON y DURAND-AUGIAS, Paris 1933, t. V, p. 15; SPOTA, A. G., *Contratos*, De Palma, Buenos Aires 1982, vol. 7, p. 237; Código Portugués, art. 940.

(9) Código Francés, art. 894.

(10) PLANIOL, M. y RIPERT, G., ob. cit., t. V, p. 13, nota 2.

(11) Autores citados en nota 8.

El criterio apuntado, es decir que la donación requiere de un acuerdo de voluntades destinado a reglar derechos de las partes en el ámbito patrimonial, sin lugar a dudas ubica a la donación en el campo contractual, de ahí que se le deben aplicar los principios de la teoría general de esa figura complementados con los que son propios de la donación (12).

Las normas específicas que rigen ese acto jurídico tienen en cuenta la gratuidad del mismo y por ello es muy importante tener en consideración la voluntad de quien favorece a otro sin recibir a cambio ninguna prestación. Esto ocurre por ejemplo con la capacidad y con los efectos del contrato, cuando es reprobable la conducta de donatario, lo cual lleva a la revocación del acto por causa de ingratitud (13).

En cuanto al modo en que nuestra legislación regula la donación, vale consignar que el codificador se enrola en la figura contractual y la define en el art. 1789 de su obra, la cual ha dado motivo a críticas fundadas.

En la referida norma, se consigna que "habrá donación cuando una persona, por un acto entre vivos, transfiera de su libre voluntad gratuitamente a otra, la propiedad de una cosa".

En realidad, al celebrarse este contrato, el donante no transmite la propiedad de una cosa sino que se obliga a hacerlo dado que este acto es consensual salvo en una de sus especies que reviste el carácter de real, como sucede con la donación manual.

Otra observación que se hace al artículo de referencia es que nada dice de la aceptación, a la cual se refiere el art. 1792 en el que se la exige para que el acto pueda producir los efectos que le son propios.

En cuanto a la expresión "por un acto entre vivos" resulta innecesaria porque todo contrato reviste esa característica. Esta inclusión tiene su origen en el Código Napoleón porque allí se trata la donación junto con los testamentos y legados y entonces es justificable la aclaración (14).

(12) SAVIGNI, F. C., ob. cit., t. III, p. 26 y Código Civil Argentino, nota al art. 1791. En la posición opuesta BIBILONI, J. A., ob. cit., t. II, ps. 305 y sigtes.

(13) LAFAILLE, H., *Tratado - Contratos*, EDIAR, Buenos Aires, p. 71.

(14) Código Francés, art. 894 y siguientes.

Igualmente resulta observable la expresión “de su libre voluntad”, porque al ser la donación un contrato es un acto jurídico y por ende voluntario. En realidad lo que se ha querido recalcar es que cuando se hace por obligación no hay donación.

Finalmente la norma en cuestión, en su último párrafo se refiere a la transmisión de cosas, deficiencia que es salvada más adelante al hacerse expresa mención de los bienes, en el sentido del art. 2311.

Además la expresión “de su libre voluntad”, resulta innecesaria dado que al tratarse de un acto jurídico y específicamente de un contrato, es esencialmente un acto voluntario. Esto encuentra explicación en el hecho de que si la prestación ofrecida por el donante se hace por obligación, el acto celebrado no reviste la calidad de contrato y finalmente por ser gratuito, no debe existir ningún tipo de presión sobre el donante.

En el Código Francés se dice que el donante debe estar sano de espíritu lo cual está indicando la importancia que tiene la voluntad de quien se empobrece por favorecer a otro (15).

Metodológicamente nuestro Código sigue a Freitas al igual que el Código Peruano, el Suizo y el Alemán entre otros, en tanto que el Francés lo ubica junto con los legados y los testamentos, aunque la doctrina en general, lo califica de contrato. La definición legal afirma que el donante se desposee actual e irrevocablemente de la cosa donada; actual para distinguirlo del legado, dado que no hay que esperar el paso del tiempo para que pueda efectivizarse, e irrevocable para distinguirlo del testamento, acto jurídico unilateral que es esencialmente revocable.

Respecto a los caracteres de esta figura no puede afirmarse que sean únicos y comunes para todos los tipos de donación ya que las distintas especies tienen caracteres propios y distintos. Así por ejemplo, si se afirma que es consensual debe señalarse que la manual es real, unilateral aunque la con cargo es bilateral no formal, salvo los supuestos del art. 1810 para los que el incumplimiento de la exigencia de la escritura pública resulta insalvable.

## II. Especies de donación

Como lo hemos anticipado, nuestro Código legisla respecto a distintas especies de donación a las que trata dentro del Libro II, Secc. III a partir del art. 1819 y hasta el 1832. Comienza su listado con las denominadas *mutuas*, para continuar con las *remuneratorias*, luego las *hechas con cargo* y concluir con las *inoficiosas*. Haremos un breve comentario de cada una de ellas dado que el codificador les dedica unas pocas normas, aunque cabe anotar que en el art. 1802 trata de las condicionales y regula en el 1803 a las que denomina *por causa de muerte*.

Las *mutuas*, también llamadas *causativas*, son aquellas que se celebran entre dos o más personas, recíprocamente y en un mismo y sólo acto. En rigor se trata de un acuerdo por el cual cada uno de los donantes se empobrece en beneficio del o los donatarios sin que éstos se obliguen con una prestación para convertirlo en un acto bilateral dado que el contrato celebrado o a celebrarse reviste el carácter de unilateral, de ahí que no se aproxima ni a la compra y venta ni tampoco a la permuta que son acuerdos bilaterales y onerosos.

Las *remuneratorias* son las que se celebran con motivo de un servicio prestado por el donatario a favor del donante y por el cual éste podría pedir, por la vía judicial correspondiente, que se cumpla con el pertinente pago.

También se diferencia de la dación en pago porque en ésta no existe el “*animus donandi*”, elemento esencial de la donación, sino que se efectúa el cumplimiento de una obligación, lo cual no ocurre en la donación.

En cuanto a las con cargo o modales, como en cualquier contrato las obligaciones que de él han nacido pueden ser sometidas a alguna de las modalidades legalmente permitidas, como la condición, el cargo o el plazo. Con referencia al cargo, el donante tiene derecho a imponerlo siempre que sea lícito y posible y puede establecerse a favor del donante o de un tercero. En caso de incumplimiento, el donante tiene derecho a la revocación del acto, en tanto que el tercero sólo puede requerir el cumplimiento de la obligación accesoria dado que carece de facultades revocatorias.

En todo lo que se refiera al cargo o modo son de aplicación las normas contenidas en materia de obligaciones —arts. 558 al 565— y por consi-

(15) Código Francés, art. 901.

guiente deben cumplirse con las exigencias legales para que funcionen como corresponde (16).

Finalmente cabe consignar a las inoficiosas que serán sometidas a un análisis más profundo por ser las que más importan para el tema de fondo de estas reflexiones.

### III. Donaciones inoficiosas

Las donaciones inoficiosas están tratadas en el Código Civil en los arts. 1830 a 1832, y la primera de estas normas incluye una definición en los términos que siguen: "Repútase donación inoficiosa aquella cuyo valor excede en la parte de que el donante podía disponer y a este respecto se procederá conforme a lo determinado en el Libro 4 de este Código". Como se advierte, sus expresiones son claras y precisas de modo tal que cuando una donación excede, por su valor, la porción de los bienes que el donante puede libremente disponer, es considerada inoficiosa y en consecuencia los herederos forzosos tienen derecho a demandar la reducción de las mismas. Es decir que la liberalidad realizada en vida del causante, no debe perjudicar la legítima de sus herederos legítimos o forzosos.

El codificador en el art. 3591 da un concepto de la institución de la legítima en los términos que siguen: "La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. La capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos".

También está consignado en la ley el quantum de la porción legítima, estableciendo que para los hijos es de cuatro quintos, de todos los bienes dejados por el testador; a los que se deben adicionar las donaciones que hubiere realizado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3570 del Código Civil reformado por la Ley 23.264. La legítima de los ascendientes es de dos tercios y la de los cónyuges es el cincuenta por ciento del patrimonio dejado por el causante.

(16) GARRIDO - ZAGO, *Contratos Civiles y Comerciales*, t. II, Parte Especial, p. 448.

Determinar la naturaleza jurídica de la legítima es una cuestión que ha provocado arduas disquisiciones entre destacados juristas dado que algunos sostienen que es una porción de la herencia, en tanto que otros entienden que es una porción de los bienes.

El Código Civil no escapa al problema y contiene normas que resultan contradictorias que, por consiguiente, impiden afirmar que su postura es una u otra de las precedentemente enunciadas.

Esta es una cuestión que tiene antecedentes en el Derecho Romano, para quien el heredero no era tan sólo alguien a quien pasaban los bienes dejados por el causante al producirse su fallecimiento, sino aquél que debía seguir como jefe de la familia sin importar si quedaban o no bienes materiales ya que esto no era imprescindible para calificar de heredero a una determinada persona.

Así ocurría en el Derecho Romano Clásico y recién fue con el Derecho Imperial que se exigió la aceptación por parte del heredero, no tanto por los bienes que pudiera recibir, sino por la función que debía asumir como continuador de la persona del *de cuius* en el ámbito familiar (17).

Posteriormente distintas leyes acuerdan a diferentes parientes una cierta cantidad de bienes de la que no pueden ser privados salvo que existiere una causa justa para hacerlo.

De este modo puede afirmarse que la legítima era una porción de los bienes, que era recibida sin más trámite que el imperativo legal que acreditara ese derecho.

En el Derecho Germánico, el tratamiento de esta cuestión era diferente ya que a la legítima sólo tenía derecho el heredero y así como en el Derecho Romano la legítima era "*pars bonorum*", en el Germano se caracterizaba por ser "*pars hereditates*".

En cuanto al Derecho Francés, el tema tampoco ha sido resuelto pero ha recibido la influencia de las dos posturas antes reseñadas, lo cual también ha ocurrido entre nosotros que hemos recibido además, como fuente, al Derecho Español.

(17) GOYENA COPELLO, Héctor R., *Tratado del Derecho de Sucesión*, t. II, ps. 607 y sigtes.



En realidad en la normativa del Código se advierten sobre este tema, algunas contradicciones que permiten enrolarse en cualquiera de las posiciones sostenidas en el Derecho Comparado, cuestión que se advierte por las expresiones de los artículos 3591 y 3354 cuya derogación por la Ley 17.711 ha dado relativa solución al problema. No obstante hay autores que sostienen que a pesar de la referida derogación la problemática del tema, aún subsiste.

También la jurisprudencia ha hecho su aporte en esta cuestión. En efecto, un fallo plenario del año 1953 declaró que la legítima es una parte de la herencia y no de los bienes.

Sin embargo, con posterioridad, otra sentencia, también dictada en un plenario de la Cámara Civil de la Capital Federal, cambió lo reglado en la referida norma y entendió que, dejando a salvo la legítima de los herederos forzosos y habiendo heredero instituido en el testamento, a éste le corresponden los bienes que exceden la porción legítima.

Y esto es precisamente lo que dispone después de la reforma introducida por la Ley 17.711, el art. 3715 del Código Civil, complementado por la derogación del 3354 de ese mismo cuerpo legal.

En consecuencia, por el contenido vigente de la norma del Código, es posible sostener que la legítima es una parte de los bienes dejados por el causante que les corresponde a los herederos forzosos.

#### IV. Acciones que pueden esgrimirse en caso de donación inoficiosa

Las acciones con que cuentan los herederos legitimarios cuando se ha afectado con una donación la porción que la ley les reconoce por su calidad de tales, son la de reducción y la de colación.

Son titulares de la mencionada en primer término los herederos forzosos, o sea los que están facultados para solicitar, cuando se produzca la partición de los bienes dejados por el causante, que se les reste a otros con la misma calificación, aquellos bienes que, por vía de donación, hubiesen recibido del *de cuius*, en el supuesto que éste se hubiere excedido de la porción disponible.

La justificación del reconocimiento de este derecho, se basa en la protección de la ley a la legítima de quienes son titulares de la referida

acción y, desde otro punto de vista, para que no se vulnere la igualdad que debe existir entre los herederos de igual grado.

Si bien estos principios son reconocidos por gran parte de la doctrina, no faltan voces que los critican ya para negarlos de plano, ya para dar preeminencia a uno sobre otro, olvidando muchas veces, y este es un caso en que los puntos de apoyo de una institución son varios, y le permiten convertir en sólida base lo que de otro modo alcanzaría un equilibrio inestable.

También se ha discutido entre los estudiosos del Derecho, cual es la naturaleza jurídica del instituto que comentamos porque no se cuenta con una caracterización que conforme a todos. Por esa razón adherimos a quienes entienden que se trata de una acción personal de tipo obligacional por ser la que más se adecua a las características de la colación.

En cuanto a quien o quienes están facultados a colacionar es una cuestión que nuestro Código la resuelve con lo contenido en el art. 3477, norma a la que complementa el 3476. De la conjunción de ambos, surge sin lugar a dudas que la colación únicamente corresponde a los herederos forzosos por las donaciones efectuadas en su favor por el causante.

Obviamente quien no reviste tal calidad, no puede estar obligado a colacionar, caso por ejemplo del que renunció a la herencia, o el desheredado o el indigno, y sólo puede entablarse entre coherederos. No obstante, este principio admite alguna excepción.

En efecto, conforme a lo dispuesto en el art. 3483 se permite a los acreedores hereditarios y legatarios cuando el heredero a quien le es debida la colación, ha aceptado la sucesión pura y simplemente.

En cuanto a la acción de reducción, la ley dispone que corresponde a los herederos forzosos existentes al tiempo en que se celebró la donación, pero seguidamente agrega la norma reformada por la Ley 17.711 "empero si existiesen descendientes que tuvieren derecho a ejercer la acción, también competirá el derecho de obtener la reducción a los descendientes nacidos después de la donación".

En rigor, la reforma de este texto ha servido para que sus términos se clarifiquen dado que la acción de reducción la tienen todos los herederos forzosos en protección de sus respectivas legítimas.

En realidad más trascendente es el cambio efectuado en la última parte del primer inciso del art. 1832 por el cual la acción de reducción sólo era reconocida para los herederos existentes al tiempo de la elaboración del contrato de donación que afectara sus correspondientes legítimas.

El principio contenido en esta norma resulta justo pero, como dice Borda "La ley no tiene por qué crearle obstáculos a la generosidad en miras a la eventualidad de que más tarde tenga hijos" (18). La reforma soluciona esta cuestión al establecer que también les compete la acción a los descendientes nacidos después de celebrada la donación, siempre que al tiempo de efectuada ésta, ya existieran herederos con derecho a ejercer la acción de reducción.

Por otra parte se debe proceder a aclarar que la reducción otorga el derecho al reintegro del valor de lo donado y no de la cosa, objeto de la donación. Como es sabido, la legítima definida por el Codificador en el art. 3591 es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia y en razón de ello para poder atacar de inoficiosidad a una donación, es necesario proceder del modo que sigue: en primer lugar es necesario efectuar el inventario de los bienes dejados por el causante, para determinar el quantum del patrimonio relicto, al que se deben adicionar las donaciones que se hubieran efectuado. Respecto de estas se les asignará el valor que les corresponda al momento de la apertura de la sucesión.

El total de este patrimonio, que se denomina legitimario, es el que va a permitir que se establezca a cuánto asciende la porción disponible del *de cuius* y por consiguiente la legítima de los herederos forzosos, que si son descendientes será de cuatro quintos, para los ascendientes dos tercios y de un medio para el cónyuge supérstite, conforme lo establecido en los arts. 3593/3595 del Código Civil.

Teniendo en cuenta esas disposiciones legales y de acuerdo a los herederos que queden se podrá saber, si hubo donaciones, si afectaron o no la legítima. En el primer supuesto, obviamente, dicho acto jurídico no será atacable, pero en el otro caso, en razón de su inoficiosidad, se la reducirá hasta el monto que sea necesario en protección de la legítima.

(18) BORDA, GUILLERMO, *La Reforma al Código Civil*, p. 352.

También puede ocurrir que el causante haya hecho legados, en tal caso estos se reducen a prorrata antes de atacar las donaciones. Esto encuentra su razón de ser en el carácter revocable que tiene el testamento.

La acción de reducción sólo funciona para los actos a título gratuito y no así para los onerosos, en los que por haber prestaciones recíprocas no afectan de manera desfavorable, el patrimonio del causante.

Otra cuestión que despierta interés es determinar, en el caso de haberse celebrado más de una donación, a cuál se la reduce. La lógica hace pensar que deberá atacarse a la más cercana en el tiempo dado que es probable que sea esta la que afectó la legítima.

El criterio apuntado es ampliamente mayoritario en la doctrina, no obstante lo cual, juristas, como Segovia, entienden que debiera reducirse a prorrata, tanto los legados como las donaciones.

Otra cuestión que ha sido motivo de discrepancias es la calificación de la acción a la que nos estamos refiriendo, para determinar si cabe en el ámbito de las reales o si se la debe ubicar entre las personales.

La mencionada en segundo término es la que cuenta con más adhesiones, inclusive la jurisprudencia plenaria de un fallo dictado por la Cámara Civil en pleno en el año 1912 dictaminó a favor del carácter real de la acción con el voto favorable de cinco camaristas y cuatro por la minoría.

Consecuentemente la acción de reducción es real cuando se invoca respecto a donaciones inoficiosas en las que el efecto reipersecutorio es lo principal y sólo se extingue por el transcurso del tiempo, es decir por vía de prescripción. Si se tratare de una acción personal, ese plazo es de diez años de acuerdo a lo establecido en el art. 4023 del Código Civil, plazo que se computa a partir del fallecimiento del donante.

A pesar de la claridad de la norma referida, juristas de la calidad de Lafaille, sostenían que es necesario fijar un plazo distinto según si fuera el donatario el que experimentara la acción o el tercero adquirente de aquel. En el primer supuesto el plazo para que prescriba la acción es de diez años, en tanto que en el segundo supuesto se extiende a veinte, es decir el tiempo necesario para que se pueda usucapir.

Discrepamos con ese criterio ya que ese tratamiento diferencial perjudica aún más al tercero dado que el fundamento de la acción sigue siendo el mismo.

Además de estas acciones, es decir la de colación y la de reducción, el sucesor cuenta con la de complemento y la de rescisión.

La primera, con la reforma de la Ley 17.711, ha quedado bastante reducida lo cual se evidencia en el art. 3600 del Código de Vélez que dice que el heredero forzoso al que el causante ha dejado menos de lo que le corresponde, es decir menos que su legítima, sólo podrá pedir su complemento.

En cuanto a la rescisión, tiene como objetivo asegurar la igualdad que es primordial, al efectuarse la partición. En caso de violarse esa igualdad entra a funcionar la referida rescisión.

Esa acción, conforme lo dispuesto en el art. 3536, sólo puede sustanciarse después del fallecimiento del causante y las consecuencias, si se las compara con las de la reducción, no le quita validez a la partición que se hubiere realizado, y lo que debe hacerse, es entregar el faltante al accionante, en tanto que la rescisión deja sin efecto la partición y en consecuencia debe efectuarse una nueva.

En definitiva, la ley otorga distintas soluciones para los diferentes supuestos que puedan plantearse cuando se afecta la legítima de los herederos forzosos como consecuencia de actos de carácter gratuito realizados por el causante ya sea a favor de otro herederos o de terceros ajenos a su sucesión.

Este modo de protección que la ley otorga en resguardo de la legítima, no es una creación del codificador quien se ha inspirado en el Derecho Romano y en el Código Francés que lo consagra de manera expresa.

## V. El título

Para concluir con estas reflexiones vinculadas con los medios y modos de proteger la legítima de los herederos forzosos, las donaciones inoficiosas, sus garantías y la validez de las mismas, he de referirme seguidamente a la observabilidad de los títulos cuando en la sucesión

de transmisiones, sobre todo de bienes inmuebles, ha habido alguna a título gratuito.

La gran mayoría de la doctrina se ha pronunciado aceptando que en las donaciones realizadas en vida del causante en beneficio de un tercero es decir de alguien que no ostenta carácter de heredero forzoso, se halla implícita la condición resolutoria que consiste en que aquel acto jurídico sea calificado de donación inoficiosa y por lo tanto, el título resulta observable.

Ese criterio que compartimos, también ha sido puesto de manifiesto en diversos dictámenes de las Comisiones de consulta del Colegio de Escribanos de esta Capital Federal, donde se ha sostenido que en principio es observable el título que tiene como antecedente una donación gratuita a favor de un tercero que no reviste la calidad de heredero forzoso, lo cual no ocurre si el donatario es un heredero.

De no aceptar ese modo de pensar, significaría desvirtuar el contenido del art. 3477 del Código Civil y dejar de lado, por vía de interpretación, las expresiones que contiene la nota a la referida norma.

En verdad, en la actualidad, los títulos originados en una donación de bienes inmuebles, es opinión generalizada que padecen en la práctica, de una situación especial que dificulta la circulación normal de los mismos.

El dominio originado en un acto gratuito que realiza el causante con un tercero, que por tanto no reviste la calidad de heredero, es calificado de revocable y por ende el dominio que adquirió el ahora enajenante, es calificado de imperfecto.

Esto desalienta, seguramente, a quienes poseen inmuebles y carecen de herederos, a realizar actos en beneficio de personas que les han prodigado afecto o como premio a determinadas conductas. Esto permite comprender el empeño puesto por los Escribanos para encontrar solución adecuada dentro de la normativa vigente.

Tal situación sólo podrá superarse a través de una reforma legislativa que tenga en cuenta los intereses de quienes merezcan protección.

Las dificultades se presentan cuando el acto de liberalidad ha sido realizado a favor de alguien que no es heredero del benefactor, dado que

cuando se trata de alguien que detenta esa calidad, el título no merece objeciones, no obstante lo cual es destacada y numerosa la doctrina que opina que también esos actos son merecedores de críticas similares.

En realidad parece adecuado pensar que la solución correcta puede encontrarse en el juego armónico de las normas dedicadas a este tema, lo cual es necesario que sea efectuado sin violentar, por vía de interpretación el verdadero contenido de la ley.

Los Proyectos de Reforma del Código Civil elaborados por destacados juristas, se ocuparon de la cuestión que abordamos y tanto el de 1987 como el de 1993, se pronunciaron por la derogación del art. 3955 del Código Civil. Por su parte el Proyecto de 1998, separa claramente las acciones que por violación a la legítima corresponden cuando el causante ha realizado una donación a un descendiente de cuando lo ha hecho a favor de un tercero.

Lamentablemente ninguno de los Proyectos elaborados se ha podido convertir en ley, razón por la cual el Código de Vélez y la Ley 17.711 mantienen sus principios. Sólo cuando se hagan las modificaciones necesarias se logrará llegar a la tan ansiada certeza del Derecho y a la seguridad jurídica en general y en particular para el tráfico inmobiliario, que por el momento sólo podría lograrse con la modificación de la ley, teniendo en cuenta los intereses involucrados para poder darles la solución que en justicia corresponde. ♦

## LA SUCESION DEL CONYUGE (PRINCIPIOS GENERALES DE SU RANGO SUCESORIO)

POR SANTOS CIFUENTES

SUMARIO: I. Derecho antiguo y romano. — II. El Derecho Argentino. a) Antecedentes. b) Rango sucesorio en el Código Civil. c) Título y prueba. d) Concurrencia y porción: 1) Con los descendientes; 2) Con los ascendientes; 3) Legítima y porción disponible. — III. Explicación final. — IV. Bibliografía.

### I. Derecho antiguo y romano

En razón del arraigado prejuicio de que los bienes del difunto, en particular el patrimonio inmueble, debían conservarse dentro de la corriente de sangre de su procedencia, el antiguo Derecho prácticamente ignoró la sucesión entre cónyuges. Aparte de que la mujer no era estimada y quedaba bajo la potestad paterna, se ligaba al marido por lazos parecidos a los de la esclavitud; desaparecía ante su autoridad; se diluían sus derechos en cabeza de aquél (llamado en Roma el *sui juris* o *pater*; libertad, más ciudadanía, más jefatura familiar omnipotente), e influía la cuidadosa prevención de que la fortuna no derivara a manos que no pertenecieran a la *gens*. La comunidad de sangre, base o principio capital de la transmisión hereditaria, inexistente entre cónyuges, se oponía al traspaso a otras familia, que en los tiempos de la tribu y del feudo solían ser enemigas, contendientes acérrimas, como los célebres Montescos y Capuletos. El correr de los siglos, a medida que hizo caer esos preconceptos que parecían intangibles, asentados sobre el *splendor familiae et nominis*, y que se realizaba un reajuste del papel que en la vida matrimonial debe conferirse a la mujer, ha debido suavizar el rigor, aflojar la tirantez de la cuerda, y reconocer vocación sucesoria a

los cónyuges entre sí. Cuando la mujer no era considerada persona a la par del hombre, sujeto pleno de derechos y obligaciones resultaba imposible el flujo y reflujo hereditario entre ellos. Sólo una vez que se admitió su independencia jurídica, se hizo inevitable la conclusión de que podían sucederse el uno al otro; más, todavía, de que eran herederos forzosos.

Pero aun después de la llamada liberación femenina, en este mucho más equitativo y ponderable mundo de ahora (a pesar de la siempre actual y dolosa queja de Jorge Manrique: "cualquier tiempo pasado..."), que, además, se ha alejado de las egoístas tradiciones de la sangre, del concepto feudal del dominio sobre la tierra y sus adyacencias, perdura inexplicablemente en muchas legislaciones una desacompasada o inadecuada regulación de la herencia entre cónyuges.

En el Génesis bíblico, mientras la mujer vivía en la casa paterna estaba sometida al padre, quien podía venderla, casarla con quien y cuando quisiera y significaba una pesadilla si no lo conseguía (ver: Génesis, cap. 4, 19-24; cap 29 23.30; Exodo 21, 7; Eclesiástico 42, 9-14). Con el caso de Jefté, se indica que el progenitor tenía sobre ella derecho de vida o muerte (Jueces 11, 30.40). Una vez casada, soportaba el peso de los caprichos de su "dueño" y "señor"; la infidelidad podía llevarla a la muerte, mientras que la de su consorte no se condenaba; era factible, además, que aquél la repudiara; quedaba excluida del culto como oficiante y la ley la consideraba una propiedad del varón, como el buey, el asno, el campo (Exodo 20,17). No debe extrañar, entonces, que en la época patriarcal, que se inspiró en el Derecho del país de origen (Babilonia, Ur y Harrán, ciudades mesopotámicas entre el Eufrates y el Tigris), se aplicara el sistema del Código de Hammurabi, que tiene su antecedente en la ley de Eshnunna, recientemente descubierta y publicada por A. Goetze en 1948. Las hijas eran excluidas de la herencia paterna, sólo a falta de varones heredaban, pero siempre que se casaran en su tribu; luego venían los hermanos, los tíos paternos o parientes más próximos en esa línea. Las viudas no heredaban y debían sostenerse con los bienes de los hijos. En caso de que tales bienes resultaran insuficientes, regresaban a la casa del padre, salvo que se volvieran a casar. Se recomendó, sin embargo, la justicia y la caridad para con ellas y se les atribuyó, igual que a los levitas, extranjeros y huérfanos, la décima de cada tercer año (Exodo 22,21). La autoridad paterna pasaba al primogénito, y si no tenía hijos le tocaba esperar que algún pariente deseara cumplir los deberes del levirato, es decir, que tomara por mujer a la viuda y se diera al hijo de

esta última unión, el nombre y la herencia del difunto (he aquí el origen de las maniobras de Onán, tan severamente repudiadas. Génesis 38,9). Con el tiempo estas costumbres orientales se suavizaron (ver libro de Judit, 8,7 y 16,14).

El derecho romano primitivo confería la herencia a la cónyuge *in manu*, pues era como una hija, *loco filiae*. Cuando se dejó de lado el sistema de la *manus*, al final de la República, quedó también en aquel caso excluida, salvo institución marital voluntaria. A pesar de la libertad que adquirió la mujer, el patrimonio de cada uno conservaba una especie de intocable individualidad, de independencia recíproca. La situación, en ocasiones embarazosa, fue modificada por la obra del gran creador del Derecho práctico: el pretor. Porque se debía evitar dentro de lo posible, la vacancia sucesoria.

Más tarde, Justiniano, en la novela 117 (cap. 5º), a fin de proteger a la viuda pobre y sin dote, le aseguró la concurrencia con los parientes del marido rico sobre una "porción viril" o igual, si aquéllos eran más de 3 hijos, y a una cuarta parte (*quarta uxoria*), si quedaban tres o más descendientes, u otros parientes, pero solamente en usufructo. El mantenimiento de la nuda propiedad en cabeza de los cognados, preservaba la continuidad del patrimonio en la familia de sangre e impedía que pasara a la de la mujer.

En síntesis: aparte de la cuarta marital, excepcional y de sustento, el viudo solo heredaba en defecto de otros parientes (novela 118). Era algo así como el personaje de repuesto, el último en ser llamado.

## II. El Derecho Argentino

### a) Antecedentes

Producida la liberación, quedó sin base el sentimiento arcaico y tradicional, o, si se quiere, romántico del matrimonio. Desaparecieron los vínculos anteriores; se había roto el lazo con España, aislado el país, y las familias quedaron casi sin historia. No era posible el arrastre ancestral porque todo tenía sabor a nuevo y renovado. El origen era reciente. La fortuna también. Además, y esto es lo fundamental, para quedar aquí, echar raíces y troncos, sin la mirada puesta allende el mar.



En 1812 el Triunvirato dictó un decreto, que modificó la cédula de 1801, eximiendo de toda contribución a las herencias y legados entre marido y mujer. Dicha cédula los gravaba con un impuesto del 1%. Por otro lado, la Asamblea de 1813 suprimió el mayorazgo, lo cual vino a repercutir en la igualdad de los hijos y atacó el principio que se sustentaba en el traspaso incólume del patrimonio, sin solución de continuidad, por vía del primogénito.

Un antecedente de importancia es la ley uruguaya de 1837, más tarde reproducida en el artículo 1124 del proyecto de Acevedo. Si el cónyuge no estaba divorciado o separado de hecho, y si no existían descendientes o ascendientes legítimos y naturales, la herencia le pertenecía, a pesar de los colaterales, aunque fueran hermanos del difunto. Posteriormente, el Código de 1869 (art. 1002), dio un paso hacia atrás al preferir a aquéllos. (Ver Alfredo Colmo: "Técnica Legislativa", ps. 94, 95, 97, 103).

La ley uruguaya fue seguida por las provincias de La Rioja en 1855 y Jujuy en 1856. Buenos Aires, durante el tiempo de la secesión, consagró igual principio por inspiración de Vélez Sarsfield; entonces ministro del Interior. Ya se avizoraba un criterio renovador en favor del viudo. Disponía el artículo 1º de la ley: "en las sucesiones intestadas, faltando herederos forzosos" (se refería a los descendientes y ascendientes), "la mujer legítima heredará al marido y éste a aquélla, con exclusión de todo otro colateral". Según el 2, perdía dicho derecho el causante de la separación judicial. En tal tendencia se enrolaron Entre Ríos y Santa Fe, en 1862.

#### b) Rango sucesorio en el Código Civil

La innovación fue profunda. Superó la citada ley bonaerense de 1857 y desatendió toda la corriente legislativa de la época. Por lo tanto, también fue heroica y original.

El cónyuge es preferido a los colaterales y concurre con los descendientes y ascendientes. Jamás, salvo los casos de exclusión que examinare en particular y que son taxativos, deja de heredar. Pero de heredar en el cabal sentido de la expresión: recoger la herencia del muerto, más no sólo un usufructo. Se le transmiten los bienes en propiedad, los adquiere sin cortapisas ni vigilancia, y a su vez los traspasa a sus herederos. He aquí el dominio perpetuo, absoluto y exclusivo. He aquí el derecho que adquiere por muerte de su consorte. Ponderable novedad que

seguramente influyó en los Códigos de Venezuela y Perú (1916 y 1936). Ellos se apartaron del italiano de 1865 y dieron, también, un decisivo paso a favor del viudo. Polacco y Huc muestran a este último como ejemplo de buen trato hacia el cónyuge, cuando en realidad sólo le defería un derecho de usufructo. Vélez y sus seguidores fueron mucho más allá y ni siquiera están citados, creo, por los famosos autores.

He aquí los 4 artículos que colocan al cónyuge en un lugar de preferencia después de la reforma de la ley 23.264: art. 3570: "*Si han quedado viudo o viuda e hijos, el cónyuge sobreviviente tendrá en la sucesión la misma parte que cada uno de los hijos.* Art. 3571: "*Si han quedado ascendientes y cónyuge supérstite, heredará este la mitad de los bienes propios del causante y también la mitad de la parte de gananciales que corresponda al fallecido. La otra mitad la recibirán los ascendientes.* Art. 3572: "*Si no han quedado descendiente ni ascendientes, los cónyuges se heredan recíprocamente, excluyendo a todos los parientes colaterales.* Art. 3592: "*Tienen una porción legítima, todos los llamados a la sucesión intestada en el orden y modo determinado en los cinco primeros Capítulos del Título anterior.*"

Además, para completar el panorama, subsisten los beneficios de la sociedad conyugal que queda disuelta con la muerte. Debe aplicarse el artículo 1315: "*los gananciales de la sociedad conyugal se dividirán por iguales partes entre marido y mujer, o sus herederos, sin consideración alguna al capital propio de los cónyuges, y aunque alguno de ellos no hubiese llevado a la sociedad bienes algunos.*" Luego es indudable que confluyen en el viudo la condición de socio y heredero. Se verá después la injusta limitación introducida por la reforma del artículo 3576.

#### c) Título y prueba

Todo heredero *ab-intestato* debe acreditar el vínculo para ser declarado como tal. Con mayor razón el viudo, que debe ser puesto en posesión de la herencia, está obligado a comprobarlo con el acta correspondiente. El testimonio, certificado, la copia o fotocopia extraída del Registro donde se celebró o inscribió el matrimonio, u, hoy también, la libreta de familia debidamente firmada y sellada, son los instrumentos que se deben presentar. Ninguna otra constancia de un Registro distinto tiene validez. Además, con respecto a las partidas posteriores a la última ley del Registro Civil, ya no es necesaria la legalización si provienen de diversa competencia territorial argentina, porque sus disposi-

ciones tienen carácter nacional. Sólo se requiere la de las extranjeras (ver: arts. 24, 25 y 63 del decreto ley 8204/63).

#### d) Concurrencia y porción

##### 1) Con los descendientes

De conformidad con el art. 3570 transcrito, el viudo tiene una parte igual a la del hijo. Esta disposición no hace distinción sobre el origen de los bienes que componen el acervo (si propios o gananciales), pero se lo debe concordar con el art. 3576 actual (versión de la ley 23.264): "*En todos los casos en que el viudo o viuda es llamado a la sucesión en concurrencia con descendientes, no tendrá el cónyuge sobreviviente parte alguna en la división de bienes gananciales que correspondieran al cónyuge prefallecido.*" La norma de Vélez, en cambio disponía: "en todos los casos en que el viudo o viuda son llamados a la sucesión, no tendrán parte alguna en la división de los bienes que le corresponden al muerto por gananciales del matrimonio, *que se hubiesen dividido con el cónyuge sobreviviente*".

No cabe duda que, para el codificador, el viudo participaba hereditariamente sin tenerse en cuenta el carácter ganancial o propio del patrimonio. En el primer caso recogía bienes por un doble camino: como socio (art. 1315), y como heredero. Pero aquí está la razón de ser (única) de la norma; si los gananciales "*se hubiesen dividido*" en vida, antes del fallecimiento del causante, no podía pretender derechos sucesorios sobre los que le correspondieron a aquél. El sistema era justo y razonable, aunque la disposición adoleciera de imprecisión terminológica. La interpretación no daba margen para los interrogantes. Concordaba con el ya citado artículo 3570, que establece que el viudo *tendrá en la sucesión* la misma parte que los hijos, sin hacer distinciones sobre el origen de los bienes. Y ello porque la herencia, lo que se transmite *mortis causa*, sólo comprende a los propios y a los gananciales del difunto. Los del viudo le pertenecen no por la sucesión, sino por el origen societario; sólo falta adjudicarlos previa partición. Si ésta se hubiera realizado en vida, el muerto no transmitiría gananciales porque no los habría, ya que la comunidad conyugal se disolvió antes de fallecer. Además. Resultaría violento reconocerle derechos después de la división y del reparto, pues el viudo recibió lo suyo por causas que, la mayoría de las veces, lo excluyen de la sucesión.

El artículo 1° de la ley 1196 dispuso: "tégase por ley, la siguiente planilla de correcciones al Código Civil vigente, edición oficial de Nueva York, imprenta Hallet y Breen, 1870...", pero, otra que simple Fe de Erratas y corrección de una edición, aquí se cambió todo el sistema hereditario del cónyuge. La modificación dio un paso atrás y en el vacío. Apartó al viudo de los gananciales del difunto en todos los casos, cuando concurre con descendientes o ascendientes. Lleva a la paradoja de que si el acervo sólo se compone de bienes de tal carácter, no es heredero frente a los hijos, o bien, como se ha explicado por parte de la doctrina, es un *heres sine re*; sólo recibe lo suyo. Quedó retaceado inexplicablemente el principio general del 3570; destruido por el nuevo 3576. El viudo ya no recibe una parte igual a la de cada hijo, porque en tal supuesto, no recibe nada por causa de la sucesión. Queda entonces, implícitamente excluido.

Me parece equivocada la reforma, poco pensada e injusta. Da lugar, por otro lado, a serias complicaciones que luego estudiaré. Ni siquiera se ganó algo sobre la imprecisión terminológica que señalara. Pero es ley y tiene inveterada aplicación. Sólo cabe propiciar la vuelta al viejo régimen, aunque, lamentablemente, el Proyecto de 1936 (artículo 2000), mantiene la ley de Fe de Erratas.

La doctrina que se ha ocupado del tema está dividida. Ponderan la disposición actual: Segovia (quien dio su opinión antes de que se produjera y posiblemente influyó en ella), Machado, Prayones, Borda, Bendersky. La critican: Lafaille, Rebora, De Gásperi, Llerena, Acuña Anzorena, A. Chaneton, Fornieles, Ardoy.

Se dirá que con el sistema anterior el cónyuge percibía una cuota muy superior frente a los hijos; que éstos recibían, comparativamente, muy poco. Pero ello no es verdad. La cuota era igual para todos. En nada se desdibujaba la norma paritaria del 3570, ya que, repito, no se transmiten ni pasan a la sucesión los gananciales que pertenecen al viudo en calidad de socio. Los otros herederos no pueden pretender que se los considere formando parte de la herencia, porque tienen un dueño por su origen, que no por la muerte del socio y por el traspaso *mortis causa*. El viudo, entonces, sólo concurriría en igualdad de condiciones sobre los del muerto, que son los únicos gananciales que pertenecen al caudal hereditario. Lo que pasa, es que la herencia aparentemente se achica, lo que es incierto, pero no que el cónyuge fuera a recoger hereditariamente una cuota superior. En realidad ni se achica, es como es.

En casi todos los casos los descendientes no tienen por qué preocuparse, pues en última instancia les pertenecerá todo: lo del muerto, lo del viudo y lo que el muerto dejó por herencia al viudo. ¿Qué más pueden desear el viudo y los hijos? Si se piensa en los ascendientes, el viejo sistema era más justo y el mal actual se agrava. Los bienes de la sociedad conyugal, precisamente, son amasados con el esfuerzo mutuo. No es equitativo, por ende, que aquellos, sin haber tenido arte ni parte en la adquisición y formación de la fortuna conyugal, dejen sin herencia al viudo, como si le dijeran: "toma lo tuyo, que lo del difunto es nuestro". Con mayor razón si son ascendientes de 2° o 3° grado: abuelos y bisabuelos.

En el sistema de Vélez, cuando la separación se había producido en vida no era posible que el cónyuge reclamara sobre la cuota que le tocó al causante. Al decirse *en todos los casos*, también la perdía frente a los colaterales. Dicha separación de bienes tiene una de las siguientes causas: concurso o mala administración del marido, divorcio y separación de hecho para la mayoría de la jurisprudencia, nulidad de matrimonio. Cualquiera de tales motivos demuestra la violencia de reconocerle, sobrevinida la muerte, derechos sobre los gananciales *que se hubiesen dividido*. Se podrá discrepar acerca de la porción sucesoria del cónyuge, la forma de la concurrencia y los enunciados de las disposiciones, pero no se puede negar que el sabio legislador fue mucho más profundo, previsor y armónico que los reformistas.

Según los informantes de la ley 1196, dictada en 1882 (diputado Ruiz de Llanos y senador Argento), la modificación se hizo necesaria debido a la falta de concordancia entre el viejo 3576 y el 3595. Este último dispone que la legítima del cónyuge será de la mitad de los *bienes de la sucesión*, aunque los *bienes de la sucesión*, repite, sean gananciales. No alcanzo a ver la discordancia que motivara la malhadada reforma. Al decir "*los bienes de la sucesión gananciales*", fácil se comprende que correspondía al viudo el 75% del patrimonio a partirse, porque la frase indicaba bien que se trataba de los gananciales del muerto, que son los únicos que se suceden. Un 50% de gananciales no entran en la sucesión, dependen de un régimen distinto, ni se transmiten por no formar parte del acervo, ya que es el que corresponde al sobreviviente. Entraba en cambio el 50% que era del finado, o sea, que el 25% del total de la masa societaria, era la porción legítima del viudo: exactamente la mitad de los *bienes de la sucesión*. Cuando son bienes propios, todos pertenecen a la sucesión, siendo por la mitad legitimario el viudo. Claro está que si

la disolución de la sociedad conyugal había ocurrido en vida, se aplicaba el viejo principio del 3576 y el viudo no era heredero en dichos bienes, ni legitimario. ¿Había, pues, falta de armonía como creyeron los reformadores?

Al suprimirse la última frase que solucionaba una situación concreta en forma expresa, se ha planteado un interrogante para el intérprete cuando la separación de bienes es anterior a la muerte. Pocos son los casos que se presentan, pero puede suceder que el viudo, a pesar de la citada disolución conyugal en vida del causante, haya conservado la vocación hereditaria, y entonces cabe preguntarse hasta dónde alcanzarán sus derechos. La Cámara Civil 2ª de la Capital Federal, resolvió que el viudo conserva vocación hereditaria sobre los bienes que eran propios del muerto antes de la disolución de la sociedad conyugal y sobre los adquiridos, con posterioridad por cualquier título (conf.: JA, 68-387). La sala C de ese tribunal, por el voto del Dr. Chute, luego de aclarar que la viuda no puede heredar los gananciales que se adjudicaron al causante en la liquidación de la comunidad conyugal, siguió el mentado criterio de la Cámara Civil 2ª (conf.: JA, 1963-IV-270, en especial ps. 274 y 275).

Chaneton, en cambio, opinó que como los bienes gananciales que pasaron al difunto en vida perdieron ese carácter, si el viudo concurre con un hijo, debe hacerlo con iguales derechos que si se tratara de bienes propios, correspondiéndole la mitad a cada uno. La supresión de la última frase del artículo 3576 lo llevó a tal conclusión, produciendo una diferencia en la forma de participar en los gananciales cuando la disolución es una consecuencia de la muerte. A pesar de que los reformadores habían aclamado que sólo pretendían aclarar la norma, provino una solución contraria a ella. Estrictamente, Chaneton, a quien parece seguir López del Carril, tenía razón. Pero como observa Lezana al ponderar el fallo de la Sala "C", ello importa establecer que el viudo que no colaboró con el causante a partir de su separación, queda mejor colocado frente al hijo (porque va a recibir el 75% de los bienes sociales), a diferencia del que lo hizo hasta el fallecimiento (quien sólo retira, dado el nuevo 3576, el 50% suyo). Tal no ha sido el objetivo de la ley de Fe de Erratas, mas fue tan mala la reforma que mueve a la confusión y se deben abrir muy bien los ojos para encontrar la vía equitativa y evitar la disparidad, haciendo jugar, con buena voluntad, el espíritu de la ley y el fin querido por el legislador.



Por último, la mentada reforma ataca la integridad del patrimonio, porque impone la división forzosa de los gananciales, a fin de que los herederos tomen lo suyo. Para formar sus hijuelas debe liquidarse la sociedad conyugal, lo que puede ser perjudicial en el orden comercial e industrial. El cónyuge no está facultado, como en Alemania, para optar por la continuación de la comunidad con los descendientes legítimos o disolverla. Si el viudo fue el fundador del establecimiento, por la triste circunstancia de haber fallecido su mujer, debe liquidarlo para satisfacer a los hijos, cuando no a los ascendientes.

Me parece entonces, a través de lo explicado, equivocada la enmienda; la crítica de Segovia a la disposición del codificador (nota 19 al art. 3578 de su numeración), y la interpretación que, siguiendo el exégeta, hizo la jurisprudencia anterior a 1882 (conf.: CCiv., fallos: t. 7, p. 582; CCiv. 1ª, JA, 10-540; CCiv. 2ª, G. del F. de 1921, p. 157, cits. por Lafaille; en contra y a nuestro favor, el fallo citado por Chaneton: JA, 14, sec. doc., p. 55).

En la práctica, los jueces en las declaratorias de herederos, al aplicar las disposiciones vigentes, declaran a los hijos "sin perjuicio de los derechos que le corresponden al cónyuge supérstite" (según la rebuscada fórmula). Claro que si en el caudal hay bienes propios, también declaran heredero al cónyuge. De todas maneras, éste debe pedir la posesión judicial de la herencia, y hasta tanto ella no sea acordada no puede ejercer las acciones que dependen de la sucesión (conf.: CNCiv., sala A, JA, 1963-I-391).

## 2) Con los ascendientes

La difícil rotura de los moldes clásicos, no siempre ha dado soluciones parejas y equitativas. Los derechos hereditarios del cónyuge, esa cuña puesta por Vélez en la sucesión de los parientes de sangre, no están con claridad preservados. Ello se pronuncia singularmente cuando se trata de los ascendientes. Veamos. Aquellos forman parte del segundo grado sucesorio y, cuando no existen descendientes legítimos, comparten la herencia con el viudo y con los hijos extramatrimoniales. Se la dividen, si acuden solos, por cabeza, quedando descartada la partición por líneas o troncal, como la de la *fente* francesa explicada (arts. 3568 y 3569). El 3571 aplica igual principio al viudo: "si han quedado ascendientes y cónyuge supérstite, heredará éste la mitad de los bienes propios del

causante y también la mitad de la parte de gananciales que corresponda al fallecido. La otra mitad la recibirán los ascendientes".

Con sobrada razón se ha señalado lo arbitrario del sistema. Si viven el padre y la madre que es el caso más común y menos grave, al cónyuge le corresponderá el tercio de los bienes propios y nada sobre los gananciales del difunto (art. 3576). Pero si vienen a recoger la herencia los 4 abuelos, lo que no es imposible, únicamente el 20% será del viudo y nada en los comunes. A medida que se aleja el grado de ascendencia y aumenta el número de aquéllos, el cónyuge verá disminuidos sus derechos. Ello es adverso a los sanos principios sucesorios y a las relaciones de familia, y desmantela el fundamento de la sucesión intestada, la cual se asienta en los afectos más profundos, lazos más cercanos, y en la propensión a cumplir con la presunta voluntad del *de cuius*.

Bibiloni y la comisión de 1936, mejoraron la situación. El anteproyecto (art. 3143) dispuso la división, *in cápita* cuando se trata de los padres del causante, mas si faltaran aquellos y concurrieran otros ascendientes legítimos, una mitad sería del viudo y la otra de dichos ascendientes. El proyecto (art. 1998, incs. 2º y 3º) propugnó igual solución con el fin de suprimir, según el informe de la comisión, "las notorias injusticias del régimen actual".

Yo creo que si al viudo se lo ha equiparado justamente al primer rango, debe quedar debilitado (ya que no excluido) el segundo. Es por ello que, tratándose de padres, ni siquiera me parece equitativo dividir *in cápita*, sino que sería más razonable hacerlo por mitades, dándole una al cónyuge. Y para el caso de presentarse ascendientes más lejanos, debieran quedar excluidos, sin perjuicio de contemplarse una especie de beneficio de supervivencia, si se comprobara la necesidad. De esta manera se fortalecería la sucesión del cónyuge, y ende más, la relación matrimonial. Se evitaría, también, la pregunta paradójica: ¿qué rango tiene el cónyuge, que está asimilado al primero el cual excluye al segundo, y a su vez es igual al segundo? Hoy es urgente emplear todos los resortes humanos y jurídicos que contengan la separación y beneficien la familia matrimonial.

Por supuesto que reclamo por la modificación del artículo 3576, que se refiere también a los ascendientes, y propongo lisa y llanamente, que se lo haga *heredero* efectivo en los gananciales.

### 3) Legítima y porción disponible

Amplia libertad de testar, sin barreras, que importa desconocer la existencia de herederos legitimarios, ha sido consagrada en algunas legislaciones, como las de Inglaterra, Nueva Zelandia, Honduras, Guatemala, Costa Rica, México, y los estados de Georgia, Nueva York, Ohio, California y Montana, de los Estados Unidos. Otros la restringen para favorecer a los parientes más cercanos quienes son denominados herederos forzosos, o, con más propiedad, *legitimarios*. Se establecen límites con diversa extensión, y tampoco hay uniformidad acerca de quienes deben ser los favorecidos por la ley. Naturalmente que siempre se mantiene una parte, la que excede dicho límite, librada a la voluntad del titular del patrimonio, autor de la sucesión, y ella se llama *porción disponible*, para contraponerla a la *porción de la legítima*.

No es esta la oportunidad de explayarse sobre la historia y antecedentes de la legítima, o sobre la vieja discusión acerca de si debe o no respetarse la libertad absoluta para disponer *mortis causa*; libertad que fue preconizada por Montesquieu, La Play, Laurent, H. Coulom, Albert, pero negada por Rousseau, Robespierre y Mirabaeu. Tampoco de estudiar los alcances razonables de la porción legítima, en tanto que, por su intermedio, se puede llegar a coartar la garantía constitucional de disponer libremente de la propiedad, así como impedir que el padre de familia posea un arma eficaz para encauzarla, premiar y castigar hereditariamente a los que se lo merecen. El Dr. Molinario ha dicho que, al sobrepasarse ciertos límites, se ataca dicha garantía que nuestra Constitución declara inviolable, y, por ello, como está legislada en la Argentina, la legítima es inconstitucional, ya que no debe exceder el 33% del patrimonio, que es el máximo no confiscatorio aceptado para el impuesto a la transmisión gratuita de bienes.

Con respecto al cónyuge, no existe uniformidad. Lo convierten en legitimario o reservatario con parecidos derechos, los Códigos italianos de 1865 y 1942, español, alemán, suizo, venezolano, peruano, turco, de los soviets (año 1928), dinamarqués, argentino. Le niegan esa categoría: el portugués, chileno, uruguayo, brasileño. Es más, divergen los países citados en primer término acerca de si se trata de un derecho de dominio o de un usufructo. Esta última solución fue acogida, verbigracia, en España (Cód. arts. 335 y siguientes). En Francia, por ejemplo, aun frente a la reforma de 2001 si el difunto no deja descendientes, padre o madre, el cónyuge recibe toda la herencia, pero de los bienes que aquel

hubiera recibido de sus padres por sucesión o donación y que se encuentren en especie en su patrimonio, les corresponde la mitad a sus hermanos o sus descendientes que sean a su vez descendientes de los padres premuertos del difunto (arts. 757-2 y 757-3). Si el cónyuge concurren con descendientes de ambos esposos puede optar por el usufructo de todos los bienes o la propiedad de una cuarta parte; si concurre con descendientes que lo son solo del difunto, le corresponde un cuarto en propiedad (art. 757). Si concurre con los padres, recibe la mitad y cada uno de estos un cuarto; si solo queda el padre o la madre recibe tres cuartos y un cuarto el padre o la madre (art. 757-1). De haber ascendientes más lejanos que los padres, el cónyuge los excluye, pero si se encuentran en necesidad se les atribuye un derecho alimentario contra la sucesión (art. 758). Como se ve, a diferencia de nuestra ley los derechos del cónyuge son mucho más restringidos para el viudo o viuda en la legislación del actual país galo.

Ya se ha visto que Vélez, a través de la corriente adoptada que realza los derechos sucesorios del cónyuge y lo coloca en primera plana, lo incluyó en la enunciación de los herederos forzosos y lo benefició con una porción legítima (art. 3592). Si es el único heredero, se aplica el art. 3595: "*la legítima de los cónyuges, cuando no existen descendientes ni ascendientes del difunto, será la mitad de los bienes del cónyuge muerto, aunque los bienes de la sucesión sean gananciales*". En consecuencia, ante la falta de descendientes y ascendientes, el viudo retira sus gananciales y no puede ser disminuida su herencia en más de la mitad de los propios y gananciales del finado. No hay otros bienes de la sucesión gananciales. Los del cónyuge no forman parte de ella; desde antes de la muerte, por derecho de adquisición le pertenecieron, ya que era partícipe de la comunidad conyugal.

El codificador, sin embargo, no se atuvo a un solo modelo o fuente, y siguió también aquellas legislaciones que atribuían al cónyuge el carácter de legitimario. De ahí que, si bien lo colocó en una encomiable situación de privilegio, acorde con el alto grado hereditario que le adjudicó, varias disposiciones del Código no están correlativa y armónicamente ajustadas. La situación ha provocado discusiones, en las que se ha llegado a afirmar que se trata de un legitimario para ciertos supuestos y efectos, y para otros no. Así, por ejemplo, la enconada controversia en derredor del art. 3576, pues, como recuerda Chaneton, al convertirlo en un *heres sine re* cuando todos los bienes son de la sociedad conyugal, se trataría también de un legitimario sin legítima.

Por otro lado, la desheredación ha sido dirigida exclusivamente, y con reciprocidad, a los descendientes legítimos y a los ascendientes (arts. 3747 y 3748). Ella sólo afecta a la porción legítima (arts. 3714 y 3744). El viudo, por ende, es uno de los herederos forzosos pero está ajeno a la privación de aquélla por causa de desheredación. Es cierto que, como se ha señalado, existen normas especiales sobre exclusión del consorte que sustituyen las mentadas causas de desheredación. Hubiera sido clarificador que el Código, al disponer en general sobre la privación de la legítima, se hubiera en este caso remitido a aquellas. Corresponde aplicar, además, las que tratan de la indignidad, bajo el título "De la incapacidad para suceder" (arts. 3291, 3292 y siguientes).

La norma que, precisamente, tiene por objetivo defender a los legítimos, al permitir que se anule la institución testamentaria por preterición alude en concreto a *los herederos forzosos* (art. 3715). Muchos autores piensan que, debe aplicarse al viudo (Segovia, Rébora, De Gásperi, Lafaille, Borda, Colombo); otros, que si bien hubiera sido más congruente reconocerle el derecho de hacerla caer, no es permitido extender dicha acción a quienes la ley no menciona, y el cónyuge, por lo tanto, no puede ponerla en juego (Machado, Díaz de Guijarro, Ibarguren, Fassi). La jurisprudencia tiende a seguir este último criterio (conf: LA LEY, 16-7; 46-300; 55-414; 79-241; JA, 30-180; 67-252; 1959-IV-63; 1963-IV-363). Casi todo el mundo está de acuerdo en que el motivo de la omisión se debió a que la fuente, el Código español, no hace al cónyuge heredero forzoso (arts. 807, 814, 834, 835 y 837), siendo viable preferirlo por testamento. Pero en el nuestro el sistema es inverso y como dice Colombo, es la índole del sucesor lo que debe prevalecer, porque la *ratio legis* no debe quedar modificada por algunos vocablos que casi accidentalmente (ciñéndose a un modelo contrario) emplea la ley.

Existe conformidad en que, de todas maneras, le compete al viudo la *acción de reducción*, a fin de que pueda recoger sin desmedro la legítima. Sin embargo, cuando se trata de un acto entre vivos, se presenta el escollo del artículo 1832 sobre donaciones inoficiosas. Establece que dicha reducción sólo puede ser demandada por los descendientes que ya existían al tiempo de realizarse. Se omite al cónyuge, y tampoco lo incluye el art. 3477 que trata del deber de *colacionar*.

Pese a tales lagunas, el espíritu general de la ley y la incuestionable claridad de los artículos 3595 y 3597, impiden negar al viudo la calidad

de legitimario. Dada esa calidad irrefragable, deben concedérsele todas las acciones que la defiendan y que impongan el mandato legal de respetar su porción legítima. Serio contrasentido sería estatuir aquélla sin protegerla, ni sancionar los actos que la violen.

Aparte de ese caso, creo que sumamente sencillo debido a la claridad del precepto, existen dificultades que, como ha señalado el juez Dr. Federico M. Peltzer (conf: JA, 1966-I-291 y LA LEY, 120-534), derivan de no haberse contemplado, concreta y separadamente, la concurrencia de herederos legítimos. El codificador sólo determinó la porción legítima de cada uno, sin resolver el choque de ellas. Cuando se presentan legítimos de distinto rango, al no haberse previsto el concurso, generalmente el respeto de las porciones legítimas importaría borrar lisa y llanamente la disponible; en especial si está en juego el derecho de los más importantes, como los hijos y el viudo.

Aquélla es intangible; derecho tanto o más respetable que el que surge de la legítima, ya que importa conferir al testador la facultad de hacer disposiciones de última voluntad y distribuir bienes, como una de las expresiones del derecho de disponer de la propiedad. De ahí que se lo pueda restringir o delimitar, mas nunca suprimir. Se ha pensado, por ello, que cuando convergen dos legítimas que agotan el caudal hereditario, la menor debe sacarse de la mayor. O sea que se superponen y dividen entre ellas, pero queda inalterada la porción disponible.

El primer supuesto lo constituye la concurrencia del viudo con hijos legítimos. A éstos les corresponde  $\frac{4}{5}$  (art. 3593) y a aquél  $\frac{1}{2}$  (art. 3595). De sumarse ambas legítimas quedaría sobrepasado el 100% del haber, de modo que el máximo intocable debe ser  $\frac{4}{5}$ , de los que deben extraerse las citadas legítimas, quedando al arbitrio del testador el  $\frac{1}{5}$ . Si la herencia es de 100, sobre 80 son llamados los legítimos en la proporción que establece el art. 3570, pudiendo el causante mejorar a uno o beneficiar a un tercero con 20 (art. 3605).

Los ascendientes se benefician con los  $\frac{2}{3}$  (art. 3594). De manera que la porción disponible será de  $\frac{1}{3}$ . Enfrentados con el viudo, sobre dichos  $\frac{2}{3}$  habrá que aplicar la distribución por cabeza del art. 3571. De 100, entonces, 75 se reparten por legítima los herederos, y sobre 25 puede disponer el *de cujus*.

### III. Explicación final

Interrumpo aquí las múltiples disquisiciones que suscita la sucesión del cónyuge, dejando de lado entre otras muchas las causales de exclusión. Fue mi propósito hacer un rápido repaso histórico, dar cuenta del rango sucesorio, su título y concurrencia con otros herederos, así como la legítima que le pertenece y porción disponible testamentaria, la prueba de su título y las defensas de su derecho hereditario. Nada más.

### IV. Bibliografía

ARIAS, J., *Derecho Sucesorio*, Bs. As. 1950; BELLUSCIO, Augusto C., "La reforma del derecho sucesorio en Francia", LA LEY, 2002-A, 1359; BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Sucesiones*, con la colaboración de Federico J. M. PELTZER, ts. I y II, 1958; CHANETON, A., *Historia de Vélez Sarsfield*, t. 2; ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de las sucesiones*, 4ª ed., Astrea, 1997; DASSEN, Julio, "La vocación hereditaria del cónyuge y el divorcio vincular", JA, 1963-II-199, nota al fallo N° 6588; DE GASPERI, Luis, *Tratado de derecho hereditario*, t. III, Bs. As., 1953; DEGNI, *Il Diritto di famiglia*, Padua, 1943; DEMOLOMBE, "Traité du mariage", en *Cours de Code Napoléon*, t. 3, París, 1865; Enciclopedia de la Biblia, vols. III y V, voces "Mujer", "Herencia" y "Hammurabi, Código de", Barcelona, eds. Garriga; FORNIELES, S., *Tratado de las sucesiones*, t. 2, Bs. As., 1958; GUAGLIANONE, Horacio A., "La vocación hereditaria del cónyuge mediando divorcio vincular", LA LEY, 108-842, nota al fallo N° 49.366; LAFAILLE, Héctor, *Curso de Derecho civil, Sucesiones*, t. II, Bs. As., 1933; LAGOMARSINO, Carlos A. R., "Los derechos hereditarios del cónyuge mediando divorcio vincular", LA LEY, 102-1047; "El divorcio vincular, la reconciliación matrimonial y la vocación hereditaria de los cónyuges", LA LEY, 113-926; LEHMANN, Heinrich, *Derecho de familia*, p. 155; LOPEZ DEL CARRIL, Julio, "Sucesión del cónyuge", en *Lecciones y Ensayos*, t. 12; LLERENA, B., *Comentarios al Código Civil*, t. 6, Bs. As., 1889 y 1891; MACHADO, O., *Exposición y comentario del Código Civil Argentino*, t. 9, Bs. As., 1889; OSSORIO y FLORIT, Manuel, "Herencia", Enc. Omeba, t. XIII, p. 826; PLANIOL-RIPERT-ROUAST, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, ts. 2 y 3, La Habana, 1946; PRAYONES, *Derecho de Sucesión*, Bs. As., 1924; SEGOVIA, L., *El Código Civil de la República Argentina*, t. 2, Bs. As., 1881 y 1894; SANTOS CIFUENTES y Santos E. CIFUENTES, *Código Civil Comentado y Anotado*, t. IV, La Ley, 2004, ps. 261 y sigtes. ♦

## DONACIONES INOFICIOSAS. ACCION DE REDUCCION

POR MANUEL O. COBAS

SUMARIO: I. Introducción.— II. La noción de "legítima".— III. La donación inoficiosa.— IV. La acción de reducción.— V. La noción de título perfecto.— VI. Conclusiones.

### I. Introducción

Desde antiguo, la porción que se le asigna a determinados herederos en la sucesión de su causante, ha venido teniendo una especial y particular protección de distintas legislaciones, dejando de lado la libertad absoluta del causante para disponer de sus bienes por causa de muerte.

Mayns, señalaba que en Roma, en los últimos tiempos de la República, se había comenzado a mirar con cierto disfavor, a quienes en sus testamentos no tenían en cuenta a sus allegados, violando de esa manera lo que se consideraba un deber moral o de piedad hacia sus parientes, cuando por el contrario hasta la época del Imperio, las personas pudieron disponer de sus bienes como les pareciere, no estando obligadas a dejar cosa alguna a nadie (1).

Borda por su parte le asignaba al carácter individualista del Derecho Romano primitivo las facultades ilimitadas que tenía el testador para

(1) MAYNZ, Carlos, *Curso de Derecho Romano*, 2ª edición, t. III, p. 455. Trad. José Pou y Ordinas. Ed. Marcelino Bordoy. Barcelona. 1913. LAFAILLE, Héctor. *Curso de Contratos*, Ed. Biblioteca Jurídica Argentina, t. III, p. 51. "En el Derecho moderno, la inoficiosidad ha quedado reducida al caso de perjudicarse a los herederos forzosos".

disponer de sus bienes sin cortapisa alguna, situación que perduró hasta los fines de la República, en la que se consideró irrazonable semejante conducta del causante y se introdujo un remedio cual fue la "*querella inofficiosi testamenti*", que producía la caída de todo el testamento (2), apareciendo con Justiniano la institución de la legítima con su estructura moderna, habilitando al heredero forzoso a reclamar la parte de la herencia de la cual no podía ser privado sin justa causa (3).

Nuestro Código Civil, siguió la corriente señalada y en su art. 3591, instituyó la legítima de los herederos forzosos, a los que nominó de manera taxativa (4).

El criterio de Vélez sobre el particular, muestra la preeminencia que en el siglo XIX, le asignó el Codificador en la estructura de su proyecto —luego convertido en Código Civil—, a la continuidad económica de la familia a través del derecho sucesorio (5).

(2) ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de las sucesiones*. 4ª edición, Ed. Astrea, t. 2. p. 176.

(3) BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, 5ª edición. Ed. Perrot. Buenos Aires, t. II, ps. 101 y sigte.

(4) Código Civil, art. 3714: "Son herederos forzosos, aunque no sean instituidos en el testamento, aquellos a quienes la ley reserva en los bienes del difunto una porción de que no puede privarlos, sin justa causa de desheredación". CNCiv., sala D, 20/5/1981, "Dufour de Busco María E.", LA LEY, 1982-A, 580 (36.067-S) citado por BARRIONUEVO, Daniel. "La legítima y su protección", LLC, 1998-327. "La legítima es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia en beneficio de los denominados herederos forzosos". Código Civil de Portugal: art. 2156. "Entende-se por legítima a porção de bens de que o testador nao pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros legitimários". Código Civil de España art. 806: "Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos". Código Civil del Brasil. art. 1846. "Pertenece aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima". Código Civil de Colombia. art. 1239: "Legítima es aquella cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamados legitimarios. Los legitimarios son por consiguiente herederos". Código Civil del Perú.: art. 723. "La legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos". Proyecto de Código Civil de la Republica Argentina unificado con el Código de Comercio, art. 2394: "Tienen una porción legítima de los bienes del causante, de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito, los descendientes, los ascendientes y el cónyuge".

(5) OBSEJEVICH, Luis, *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Ed. Bibliográfica Omeba. t. XVIII. p. 43. Señala Obsejevich, que la evolución histórica de la humanidad y por consiguiente la del Derecho, está siempre signada por tres instituciones, concatenadas entre sí: familia, propiedad y sucesión.

La legítima de los herederos forzosos se estableció en la ley y se protegió contra las disposiciones testamentarias que pudieran afectarla (6), y esa línea de protección se extendió para abarcar también, aunque de manera controvertida, los efectos de los actos entre vivos de naturaleza gratuita, como los contratos de donación, y en tanto perjudiquen los derechos de dichos herederos. Ello, en función de sostener la prevalencia del derecho de los herederos forzosos del causante a percibir la porción que por ley les corresponde como legítima, por sobre el derecho del donatario en tanto beneficiario a título gratuito del mismo, ya que de admitirse lo contrario, por esa vía podría vaciarse de contenido el derecho sucesorio de tales herederos (7).

Puede observarse entonces, la conexión que se estableció en ese contexto, entre la donación como acto contractual de atribución patrimonial gratuita entre vivos, y la transmisión de derechos por la vía testamentaria (8), y aún con la sucesión *ab intestato* (9).

Ya el Código Civil francés, había incluido la donación en su Libro tercero, nominado "De las diferentes maneras de adquirir la propiedad", Título II, "de las donaciones entre vivos y de los testamentos", regulando en la sección primera, art. 913 en adelante, la porción de bienes disponibles mediante liberalidades hechas por actos entre vivos o por causa de muerte (10), metodología de la que luego en su obra, Vélez se apartaría (11).

(6) Código Civil. art. 3598: "El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas declaradas en este Título. Si lo hiciere, se tendrán por no escritas".

(7) LAFAILLE, Héctor. *Curso de Contratos*. Ed. Biblioteca Jurídica Argentina. t. III, p. 52. "En consecuencia, las disposiciones entre vivos o mortis causa que afecten la legítima pueden ser reducidas; están limitadas a la cuota disponible, siendo válidas solamente en cuanto no la excedan. Tal es la teoría de los actos inoficiosos y de la acción de reducción".

(8) HIRSCH, León. Coordinador. "Donación de inmuebles. Conceptos. Clases. Acciones de colación y reducción. Donaciones inoficiosas. Validez del título proveniente de donación". *Revista del Notariado*. Colegio de Escribanos de la Capital Federal. Mayo - Junio 1977, núm. 753, p. 594.

(9) LAFAILLE, Héctor, *Curso de Contratos*. Ed. Biblioteca Jurídica Argentina. t. III. p. 51: "Varias veces nos hemos referido a la correlación que existe entre el régimen de la donación y el sistema hereditario vigente. Dicho nexo queda puntualizado de un modo claro cuando se trata de las donaciones inoficiosas, última especie que nuestro Código reglamenta de manera particular".

(10) *Code Civil*. Dalloz, 2001, ed. n° 100.

(11) En particular la excusión de los bienes del donatario prevista en el art. 930.



De lo expuesto resulta por un lado, la potencial limitación que soporta una persona para disponer en vida de sus bienes a título gratuito, y por el otro, los efectos que de dichos actos podrían desprenderse para los adquirentes de los mismos a la muerte del donante, según la interpretación que de las disposiciones del Código Civil se formule. Es evidente entonces el conflicto que se suscita entre los donatarios del causante y los herederos forzosos del mismo, si las expectativas sucesorias de estos últimos, no han sido cubiertas según las disposiciones legales (12).

Pero también puede apreciarse la extensión del conflicto señalado, a quienes hubieran habido a su vez dichos bienes del donatario, como los subadquirentes de inmuebles a título oneroso.

En este último caso, no solo se trata de los efectos de los actos realizados en la cadena de transmisiones a partir de la donación gratuita de un inmueble, sino también del grado de perfección de los títulos que se hubieren originado en ese acto gratuito, en razón de que éste pudiera ser potencialmente inválido, resoluble o inoponible a determinados herederos del donante, e imperfecto el dominio transmitido, inmovilizando la propiedad en cabeza del donatario o del subadquirente de éste, o haciéndola también insusceptible de ser usada como garantía de carácter real (13), todo ello agravado por el término de la prescripción liberatoria de la acción de reducción y el momento desde el cual cabe computar dicho término.

A todo ello cabría agregar las dificultades interpretativas que plantea la muerte del donante y el comienzo del curso de la prescripción adquisitiva con relación al inmueble objeto de la donación.

(12) Código Civil Título 9: Del orden en las sucesiones intestadas. art. 3593: "[La porción legítima de los hijos es cuatro quintos de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que éste hubiese donado, observándose en su distribución lo dispuesto en el art. 3570]" (Texto según Ley 23.264). art. 3594: "[La legítima de los ascendientes es de dos tercios de los bienes de la sucesión y los donados, observándose en su distribución lo dispuesto por el art. 3571]" (Texto según Ley 23.264). art. 3595: "La legítima de los cónyuges, cuando no existen descendientes ni ascendientes del difunto, será la mitad de los bienes de la sucesión del cónyuge muerto, aunque los bienes de la sucesión sean gananciales".

(13) Ver resolución N° 261 del Banco de la Nación Argentina, año 1994, que dispone otorgar créditos para las adquisiciones de viviendas entre cuyos antecedentes exista una donación a extraños y el donante este vivo. (Citado en los considerandos del proyecto N° 4633-D-2003 Cámara de Diputados. Congreso de la Nación).

El motivo del presente trabajo es pues, el análisis —aunque parcial—, del conflicto legal que se suscita entre los adquirentes a título oneroso de inmuebles provenientes de una donación gratuita y los herederos forzosos del donante, mentados en el art. 1832 del Código Civil, que acusa filosas aristas.

La cuestión no sólo impacta en términos jurídicos, sino que también tiene ángulos económicos de importancia y desde prácticamente el comienzo del siglo XX viene discutiéndose en doctrina y jurisprudencia, con importantes fundamentos en uno y otro sentido, sin hallarse una solución pacífica.

Desde ya empero, cabe señalar que más que por la vía de la interpretación doctrinal o jurisprudencial, esta problemática debiera ser abordada y zanjada definitivamente por el camino legislativo (14).

De hecho y en este sentido, los sucesivos proyectos de reformas del Código Civil y hasta el de unificación del Código Civil con el de Comercio del año 1998 (15), y aun algún intento de modificación parcial de la actual legislación civil que destaco (16), se han ocupado del tema, asumiendo también distintas posturas.

(14) Del voto del Dr. Jiménez Zapiola en el fallo plenario de las Cámaras Civiles de la Capital Federal, en los autos "Escary José c. Pietranera Tancredi s/ Escrituración", del 11 de junio de 1912. JA, t. V, agosto de 1920. ps. 1 y sigte. En dicho fallo el juez de la Torre al referirse a la norma del art. 3955 señaló en similar sentido al voto del Dr. Jiménez Zapiola que: "Solo aquella disposición se reputa incongruente con algún principio de economía y contraria al fácil movimiento y traspaso de la propiedad raíz, será materia del legislador el derogarla, pero en tanto subsista es deber de los jueces aplicarla en toda su integridad". Ceravolo Angel Francisco. Donaciones inoficiosas y títulos observables. Una reforma necesaria y urgente. LL 2006 B p. 679. "La reclamada certeza del derecho aplicable al caso en análisis y la consecuente seguridad en el tráfico inmobiliario solo advendrá con una reforma que contemple con justicia los intereses comprometidos; ella, además de necesaria es urgente, por lo que no cabe esperar una reforma total del Código. Podría concretarse con la sola modificación del art. 1832 del Código Civil, especificando en el mismo, que la reducción de las donaciones solo puede ser demandada con relación a las hechas por el causante a quienes no sean herederos legítimos y siempre que hayan sido realizadas en los últimos diez años previos a su fallecimiento;...".

(15) Puede consultarse sobre el particular *Estudios sobre el Proyecto de Código Unificado de 1998*. Dir. Roberto H. BREBBIA. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Instituto provincial de Santa Fe. Zavalia Editor.

(16) CIGOGNA, Luis F. Proyecto de ley N° 4633-D-2003. Cámara de Diputados de la Nación aprobado por la Comisión de Legislación General de esa Cámara, art. 1°. Incorporo-



## II. La noción de "legítima"

Del art. 3591 de nuestro Código Civil (17) se desprende que la legítima es el derecho de determinados herederos a recibir una porción de la herencia (18), de la que no puede privárselos sin una justa causa de desheredación (19).

Cifuentes señala sobre el particular de manera muy ilustrativa que "cualquier persona en vida puede disponer libremente de su patrimonio a título oneroso e inclusive consumirlo. Lo que le está vedado, dice el nota-

rse como párrafo final del art. 1831 del Código Civil, el siguiente párrafo: La reducción declarada por los jueces, no afectara la validez de los derechos reales sobre bienes inmuebles constituidos o transmitidos por el donatario, a favor de terceros de buena fe y a título oneroso. La mala fe del tercero no podrá presumirse, y consistirá en el conocimiento por su parte de que la donación afectaba ostensiblemente los derechos del heredero preterido. Art. 2º. Sustituyese el art. 3955 del Código Civil por el siguiente: La acción contemplada por los arts. 1831 y 1832 de este Código, no es prescriptible sino desde la muerte del donante. Art. 3º. Comuníquese al Poder ejecutivo. sala de la Comisión noviembre 6 de 2003.

(17) Código Civil. art. 3591: "La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. La capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos".

(18) Para una ampliación del análisis de esta institución del derecho sucesorio puede consultarse a OBSEJEVICH, Luis, en Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XVIII, p. 42. ARIAS, José, *Derecho Sucesorio*. Ed. Guillermo Kraft, 2ª edición, p. 104. "Nos referimos a una institución particular del derecho sucesorio, la legítima; esto es, aquella parte del patrimonio del *de cuius* que la ley reserva para ciertos parientes en grado sucesible, llamados forzosos, vedándole, por lo tanto, disponer de ella en otra forma por actos gratuitos". MAFFIA, Jorge O., *Manual de Derecho Sucesorio*. Ed. Depalma. 3ª edición, t. II, p. 100. "La legítima es un derecho de sucesión sobre determinada porción del patrimonio del causante, protegido por la ley". CNCiv., sala G, 3/3/1993, "Goldaracena Hnos. S.A. c. Goldaracena de Illescas Maria", LA LEY, 2000-B, 441. La legítima reviste el carácter de orden público, pues una comporta una limitación al poder disposición del causante, ya que no puede afectar las porciones reservadas por la ley a los herederos forzosos". Código Civil argentino: art. 3592: Tienen una porción legítima, todos los llamados a la sucesión intestada en el orden y modo determinado en cinco primeros Capítulos del Título anterior." Código Civil brasileño: art. 1846: Pertenece aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima". Proyecto de Código Civil del año 1998, art. 2394: "Tienen una porción legítima de los bienes del causante, de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito, los descendientes, los ascendientes y el cónyuge". Art. 2395: "La porción legítima de los descendientes es de dos tercios, la de los ascendientes de un medio y la del cónyuge de un medio...".

(19) OBSEJEVICH, Luis, ob. cit., p. 61. Código Civil del Perú: art. 723: "La legítima constituye la parte de la herencia lo que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos".

ble jurista, es disponerlo a título gratuito por actos *inter vivos* o *mortis causa*, excediendo la porción disponible en violación a la legítima" (20).

Borda, al justificar el concepto de legítima, señalaba que este instituto responde a un poderoso sentimiento de justicia, que se ve excepcionado solo en algunas legislaciones como la de Inglaterra y la mayor parte de los estados de Estados Unidos de Norteamérica (21).

Sin embargo y a pesar de tan categórica afirmación, el propio Borda admitía la posibilidad de atenuar por vía legislativa el rigor del conflicto entre adquirentes de la cosa donada por el causante y los herederos forzosos, proponiendo la excusión del donatario antes de dirigirse contra dichos adquirentes o la paralización de la acción de reducción por la vía del pago al heredero accionante del valor faltante para completar su porción de la legítima.

El instituto de la legítima ha suscitado en su larga trayectoria distintas opiniones y en nuestra doctrina incluso, alguna impugnación de orden constitucional (22).

Se ha dicho también sobre la legítima, que es necesario reducirla cuantitativamente.

En este último sentido, se inclinaba Bibiloni en su Anteproyecto de reformas al Código Civil argentino, sosteniendo que "el simple hecho de que los códigos más recientes amplíen la parte disponible, es la demostración concluyente de que es un error paralizar las facultades del padre para amparar a sus hijos; y que si la legítima es una protección para éstos, también lo es la parte de que el causante puede disponer libremente a favor de ellos o de terceros que los acompañaron fielmente en la administración de sus bienes y fueron sus compañeros de trabajo para adquirirlos (23).

(20) CIFUENTES, Santos, *Código Civil Comentado y anotado*. Ed. La Ley, t. IV, p. 295. CNCiv., sala G, 3/3/2003, LA LEY, 2000-B, 441. La integración de la legítima se alcanza con la reducción de la donación inoficiosa, en concordancia con las acciones de reducción y complemento".

(21) BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, ob. cit., p. 103.

(22) SALOMON Marcelo J., "La Constitución Nacional y la legítima hereditaria", JA, 2001-IV-913.

(23) Citado por ARIAS, José, ob. cit., p. 107.

En los fundamentos del Proyecto de Código Civil, originado en la Comisión de Juristas, creada por el dec. 685/95, en consonancia con lo que ya había sostenido Bibiloni, se admitió también disminuir la porción legítima de los descendientes a los dos tercios y la de los ascendientes a un medio y mantener la del cónyuge, respondiendo también a una observación reiterada de la doctrina, que considera excesivas las porciones legitimarias establecidas en el Código vigente (24), entendiéndose más justo ampliar las posibilidades de libre disposición del causante (25).

De lo expuesto se desprende que la cuestión no solo es jurídica o de política legislativa sino también y principalmente de naturaleza cultural y por ende social, cuestión que creo ha evolucionado en el tiempo, requiriendo un cambio de criterio sobre los derechos de las personas a disponer de sus bienes por cualquier título, sea en vida de las mismas, o por actos de última voluntad, y decidir con libertad el grado de la continuidad económica del causante en la persona de determinados sucesores (26).

Quizás resulte de interés para el análisis de la cuestión planteada, recordar la evolución histórica y jurídica de ciertos institutos del Dere-

(24) Terceras Jornadas de Derecho Civil (Universidad Nacional de Tucumán. 1967). V. Sucesiones... II. Que, en cambio, siguiendo los lineamientos de la legislación comparada, debe concederse un prudente aumento de la porción disponible y una correlativa disminución de la porción legítima. Jornadas de Derecho Civil. Familia y Sucesiones en homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa. Comisión 4... III. Legítima y mejora... b) se recomienda reducir la legítima de los descendientes, incluyendo en la misma la porción de mejora, a las dos terceras partes del acervo sucesorio. c) Se propone reducir la legítima de los ascendientes a un medio del acervo hereditario.

(25) Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio. Fundamentos. Edición de la Asociación de docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, p. 172, art. 2395.

(26) LOPEZ CABANA, Roberto M., "La porción disponible del causante con hijos", en: *Sucesiones*, libro de homenaje a la Prof. Méndez Costa. Ed. Rubinzal-Culzoni p. 183; citado por MOSSET ITURRASPE, Jorge, en: "Naturaleza del dominio adquirido a través de donaciones de quien tiene herederos forzosos. ¿Se trata de dominio imperfecto?", p. 66. "Nos parece que el sedicente derecho de los herederos es bastante discutible. Habría que distinguir en el mejor de los supuestos, entre "una fortuna" heredada a través de generaciones, sobre la cual podría argumentarse una especie de propiedad familiar, y otra formada por el exclusivo esfuerzo personal del titular, respecto la cual es mucho más difícil esgrimir derechos sucesorios. Discrepamos con que la fortaleza económica se traduzca en fortaleza espiritual o afectiva y, por tanto, que ocurra lo contrario con las familias desheredadas o carentes de bienes".

cho Civil, su vigencia en épocas determinadas y luego su desaparición, y la opinión social reflejada en los mismos en cada tiempo y en la legislación de cada momento, y en particular me refiero al instituto de la prodigalidad, comparando los términos de la nota al art. 54 del Código Civil que explican porque Vélez no puso al prodigo entre los incapaces; luego, los fundamentos de la reforma de la ley 17.711 del año 1968, para variar de criterio agregando la prodigalidad como causal de inhabilitación; y por último, la propuesta eliminación de la polémica figura, en la letra del Proyecto de Código Civil del año 1998 (27).

Y la referencia a la prodigalidad tiene relación con los actos de donación que revistan el carácter de gratuidad, dada la protección que la ley civil le asignó taxativamente a determinados integrantes de la familia, como los ascendientes, descendientes y cónyuge, precisamente herederos legitimarios forzosos, frente a la prodigalidad de quien en perjuicio de ellos, dilapidó gran parte de su fortuna, según resulta del tercer supuesto del art. 152 bis.

Y no aparece hoy muy seguro, que el sentimiento de Justicia al que se refirió el Maestro Borda en su texto al referirse a la legítima, sea tan fuerte hoy, como para protegerla con el amplio alcance que él señaló y por el contrario no se aproxime el momento de estudiar a fondo el propio régimen sucesorio para determinar la vigencia de una institución como la mencionada, sea para reducir la porción que debiera cubrir la misma o incluso para eliminarla, estableciendo en este último caso, la libertad del causante para disponer de sus bienes por actos entre vivos de carácter gratuito o por causa de muerte (28), dejando

(27) Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio art. 42: "Inhabilitados. Puede inhabilitarse judicialmente a los ebrios o toxicómanos consuetudinarios, y a los disminuidos en sus facultades físicas o psíquicas, cuando del ejercicio de su plena capacidad puede resultarles presumiblemente algún daño".

(28) Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Ed. La Ley. XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Buenos Aires 2001. Comisión Nº 6. Colación y reducción. ... Temas a reflexionar: Esta Comisión: 1. "Sugiere reflexionar hacia el futuro sobre la legítima y los alimentos 'post mortem'. 2. Sugiere reflexionar sobre el posible conflicto de intereses entre las acciones protectoras de la legítima y el tráfico comercial". SALOMON, Marcelo J., "La Constitución Nacional y la legítima hereditaria", JA, 2001-IV-917: "Estimamos que el sistema de herencia legítima actual en varios supuestos regulados confronta con normas constitucionales de cumplimiento operativo que regulan los derechos civiles de los habitantes y además colisiona con el propio espíritu e ideología de la Carta Magna. Para finalizar, no creemos que el actual sistema sucesorio sea un medio eficaz de protección

jugar a la donación de inmuebles un mayor papel jurídico que el actual, alejándola de prácticas elusivas o simuladas, tendientes a encubirla.

Un cambio tan radical del criterio legal en materia sucesoria, modificando en lo absoluto el vigente, llevaría a replantear la inoficiosidad del contrato de donación, la posición de los terceros adquirentes a título oneroso de bienes correspondientes al patrimonio sucesorio de los cuales el causante hubiera dispuesto en vida a título gratuito; y la eliminación de la ley fonal, de una serie de disposiciones controvertidas, como la del art. 3955.

En el caso de que solo se optare por reducir la porción legítima, podría subsistir el conflicto entre los herederos forzosos y el donatario y los subadquirentes a título oneroso de los inmuebles donados, frente a los efectos de la acción de reducción, hoy contemplada en el art. 1831 del Código Civil, si no se modifica la letra del art. 3955.

Para amenguar dicho conflicto, el Proyecto de unificación del año 1998 propuso autorizar la reducción de las donaciones hechas por el causante en los diez años anteriores a su deceso (29), lo que redundaría en beneficio de la seguridad jurídica (30), pero dejaría inmovilizados los bienes donados en ese período.

i) Los extremos de la controversia sobre el alcance de la legítima pueden identificarse en un muy antiguo plenario de las Cámaras Civi-

de la familia. Creemos sí, que es un medio de consolidación de la propiedad privada y de inmovilización de la misma. Estamos convencidos de que el Estado tiene el deber impostergable de llevar adelante acciones positivas que tienda a la efectiva protección de las diferentes formas familiares que se dan en la sociedad actual, reformulando el derecho vigente bajo la inspiración, la ideología y las normas de la Constitución Nacional".

(29) Proyecto de Unificación del Código Civil con el Código de Comercio, art. 2402: Reducción de donaciones. Si la reducción e las disposiciones testamentarias no es suficiente para que quede cubierta la porción legítima, el legitimario puede pedir la reducción de las donaciones hechas por el causante en los diez (10) años anteriores a su deceso y que sean computables según lo dispuesto en el art. 2395, exceptuados los presentes de uso. Se reduce primero la última donación, y luego las demás en orden inverso a sus fechas, hasta salvar el derecho del reclamante. Las de igual fecha se reducen a prorrata.

(30) ALTERINI, Atilio A., "La seguridad jurídica". Ciclo de Mesas redondas. Departamento de Derecho Privado. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UBA; en *Temas de Derecho Privado*. Edición del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, 1995, p. 30: "al hablar de seguridad jurídica se involucran por lo menos tres fases básicas: la de la seguridad por medio del derecho, la de la seguridad como certidumbre del derecho y la seguridad como estabilidad del derecho".

les de la Capital Federal y buena parte de la interpretación jurisprudencial y doctrinaria posterior al mismo, que sostienen la naturaleza real (31) de la acción de reducción o el carácter mixto de la misma, y su efecto reipersecutorio sobre los inmuebles donados por el causante después de muerto éste, si se afectó la legítima de los herederos forzosos, aun en relación a subadquirentes de ellos, cualquiera fuese el título de su adquisición y sin importar si son de buena fe, lo que indica el predominio de la legítima a la hora de protegerla.

ii) No toda la doctrina concuerda con la visión antes expresada y una segunda posición, apoyada en la interpretación de otros institutos, puede concebir una solución opuesta a la señalada antes por la mayoría de dicho plenario y coincidir con la minoría del mismo.

Esta última interpretación de la normativa en juego, conducirá a limitar por la vía de la interpretación, los efectos reipersecutorios de la acción de reducción, si los subadquirentes de inmuebles del donatario, lo son a título oneroso y de buena fe.

Los conflictos señalados no se plantean en relación a las cosas muebles, en razón de la protección que al poseedor actual de buena fe le brinda el art. 2412 del Código Civil, lo que excluye a los terceros de mala fe conforme lo que resulta del art. 2671. Debe tenerse presente asimismo en relación al contexto de la cuestión, que no aparecen como reivindicables los bienes que no sean cosas, ni los títulos de crédito al portador, como resulta de los arts. 2762 y 2760 de dicho cuerpo de normas.

Por una razón metodológica y dado que las diferencias de criterio se refieren a los efectos del contrato gratuito de donación otorgado por el causante y su incidencia sobre la legítima de los herederos forzosos, corresponde en primer lugar analizar el supuesto de la donación inoficiosa, para luego hacerlo en relación a la propia acción de reducción y su naturaleza jurídica.

(31) Proyecto de unificación del Código Civil con el Código de Comercio, 1998, art. 2199: "Acciones reales. Acciones reales son los medios de defender en juicio la existencia, libertad y amplitud de los derechos reales, y en su caso con el efecto sustitutivo o complementario de indemnización del daño...".

### III. La donación inoficiosa

Sabido es que Vélez asignó a la donación el carácter de un contrato, aunque con la vacilación que aparenta el texto de la definición del art. 1789 y su ampliación con la aceptación del donatario recién en el art. 1792.

Sin perjuicio de las controversias que pudieren existir sobre la naturaleza jurídica de dicha especie de liberalidad (32), sustentadas en el tratamiento que a la misma le dio el Código Civil francés, la discusión en nuestro derecho no parece tener andamio alguno y está definitivamente clausurada (33), opinión que comparto con la doctrina mayoritaria y desde el punto de vista de la legislación civil vigente y aunque puedan encontrarse opiniones en contrario (34).

Se trata entonces de un contrato, acto entre vivos según el art. 947 del Código Civil, que sin perjuicio de sus distintas categorías —que en algunos supuestos la tiñen de onerosidad—, tiene como causa clásica, el ánimo del donante de beneficiar a la otra parte, el donatario, de manera definitiva (35), sin contraprestación alguna, siendo por consiguiente

(32) DIEZ-PICAZO, Luis-GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, Ed. Tecnos, 4ª ed. vol. II, p. 392. “La donación es considerada en el art. 609 como un modo de adquirir el dominio, radicalmente separado de aquellos supuestos en los que se adquiere también, pero o como consecuencia de ciertos contratos seguidos de la tradición”. HEDEMANN, J.W., *Tratado de Derecho Civil*, vol. III. Derecho de las Obligaciones. Ed. Revista de Derecho Privado. Trad. Jaime Santos Briz.

(33) MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Naturaleza del dominio adquirido a través de donaciones de quien tiene herederos forzosos. ¿Se trata de un dominio imperfecto?”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Sucesiones*. 2000-2. p. 64 y su nota N° 1.

(34) ABELENDA, Cesar A., *Donación, otras liberalidades y el contrato de donación*. Ed. Cicero, p. 9. “Creemos que se contempla tres tipos de instituciones jurídicas bien diferenciadas: 1º. La donación prevista en el art. 1789 que la tipifica como un acto jurídico unilateral, entre vivos, que constituye la causa gratuita de la transferencia del dominio sobre una cosa (inmueble) que realiza el donante a favor del donatario, los que se opera por la simple manifestación formal de la voluntad del otorgante, de transferirlo. 2º. Las liberalidades enumeradas y tipificadas en el art. 1791, que no son donaciones. 3º El contrato de donación que se perfecciona con la donación descripto o tipificada en el art. 1789 que opera también como oferta contractual y la aceptación del donatario prevista en el art. 1792”.

(35) Código Civil, art. 1802: “El donante puede imponer a la donación las condiciones que juzgue convenientes, con tal que sean posibles y lícitas. No podrá, sin embargo, bajo pena de nulidad de la donación, subordinarla a una condición suspensiva o resolutoria, que le deje directa o indirectamente el poder de revocarla, de neutralizar o de restringir sus efectos”.

en este supuesto un contrato gratuito, tal como resulta del art. 1139 del Código Civil (36), y en este último carácter el objetivo de una serie de observaciones a la hora de juzgar su eficacia en correlación a otros institutos del Derecho Civil (37).

El contrato de donación de inmuebles, otorgado con la formalidad prevista en el art. 1810, es título suficiente para transmitir derechos reales, junto con el modo requerido por el art. 577 del Código Civil, es decir la tradición de la cosa donada, y en relación a terceros, con la inscripción en los registros inmobiliarios que corresponda, juzgándose con ello, perfeccionada dicha transmisión, conforme lo dispone el art. 2505.

Perfilado el instituto que nos interesa y en vinculación con los derechos del donante a disponer en vida de sus bienes de manera gratuita, el art. 1830 del Código Civil, señala que se reputará donación inoficiosa, a aquella cuyo valor exceda la parte que el causante podía disponer, en los términos que se encarga de indicar el art. 1830 (38), que remite a lo normado en el Libro IV de dicho cuerpo dispositivo.

No se trata de una categoría específica del contrato de donación, como pueden serlo las llamadas “remuneratorias” o con “cargo”.

El término “inoficiosa” califica al contrato de donación, con fundamento en la lesión de los derechos de herencia forzosa (39). También

(36) GARRIDO, Roque F. - ZAGO, Jorge A. *Contratos Civiles y Comerciales*. Ed. Universidad Buenos Aires. 2ª edición, 1998, t. II, ps. 447 y sigte.

(37) VONTHUR, Andreas. *Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil alemán*, vol. III Ed. Depalma. p. 194. “Cuando se considera en su conjunto el régimen especial de los negocios gratuitos, y especialmente el de las donaciones, es fácil comprobar que en comparación con la adquisición a título oneroso el legislador trata como menos digna de protección a la adquisición que deriva de esos negocios”. ALTERINI, Jorge H., “La buena fe y los prejuicios ante las adquisiciones a título gratuito”, en el *Tratado de la buena fe en el derecho*. Dirección Marcos M. Córdoba. Ed. La Ley. p. 160. “Si el donatario está expuesto a tantas vicisitudes, si la donación despierta tantas suspicacias, hasta sería más congruente prohibirla, que incurrir en el absurdo de admitirla, pero desalentarla y desguarnecerla de protección. El mismo asombro y rechazo debería provocar el trato tan despectivo hacia la donación que su directa prohibición”.

(38) El Código Civil dispone también en su art. 1831: “Si por el inventario de los bienes del donante fallecido, se conociere que fueron inoficiosas las donaciones que había hecho, sus herederos necesarios podrán demandar la reducción de ellas, hasta que queden cubiertas sus legítimas”.

(39) GARRONE, José Alberto. *Diccionario Manual Jurídico*, 2ª edición, Ed. Abeledo Perrot, p. 438. SC Buenos Aires, 28/7/1981, “B de I. L. c. B. N de C. M. H.”, LA LEY, 1982-A, 71:



dicho término, puede indicar a aquello que va “contra los sentimientos de piedad y afección que nos dicta la naturaleza” (40), constituyendo un exceso, por el cual el donante dispuso de bienes en vida, en cuantía superior a la permitida por la ley (41).

El art. 1831 antes mentado, le acordó a los herederos que menciona como “necesarios”, una acción de reducción de dichas donaciones, bajo ciertos términos, y hasta que quede cubierta su legítima (42).

La legitimación activa corresponde en principio a los herederos forzosos que existían a la época de la donación que se considera inoficiosa (43) y cuando ella fuera gratuita, es decir no se comprende en esta acción a las donaciones remuneratorias o con cargo, salvo por su parte de gratuidad.

La afectación de las donaciones efectuadas por el causante, se determinará solo a la fecha del deceso del causante, si no se puede cubrir la porción legítima, reduciendo a prorrata o dejando sin efecto si fuera necesario, las disposiciones testamentarias, tal como lo indica el texto del art. 3602 del Código Civil (44), siendo por consiguiente la de reducción una acción subsidiaria.

“Si los actos del causante denunciados como simulados encubrían una donación a favor de uno de los herederos, la necesidad de un testamento que disponga una mejora ha quedado superada por la existencia de la donación inoficiosa que prevén los arts. 1830 y 3476 del Código Civil, por lo que en tal caso procede la reducción prevista por el art. 1832 del mismo Código en lo que excede la porción disponible del causante”.

(40) OSORIO y FLORIT, Manuel. Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XV, p. 993, citando a Escriche, en “Diccionario Razonado de Jurisprudencia y Legislación.”

(41) CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*. 4ª edición, Ed. Bibliográfica Omeba, t. II, p. 390.

(42) SC Tucumán, 14/2/1939, “Peccia Zoila c. Veliz Damira del Carmen y otro”, JA, 67-592. “La acción de reducción es la que incumbe a los herederos forzosos para atacar las donaciones aparentes o encubiertas hechas en vida por el causante, mas allá de la porción disponible.” BARRIONUEVO, Daniel, “La legítima y su protección”, LLC, 1998-334. “La acción de reducción se encuentra instituida a favor de los legitimarios quienes podrán a través del ejercicio de la misma atacar aquellos actos a título gratuito que mengüen su porción sobre la herencia”.

(43) Empero, si existieran estos herederos también tendrán legitimación para obtener la reducción, los descendientes nacidos después de la donación, conforme lo señala la última parte del inc. 1º del art. 1832.

(44) Código Civil art. 3602: [Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes quedados por muerte del testador. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agrega-

Así, el contrato de donación deviene en ineficaz (45), respecto de aquellos herederos forzosos, cuya porción legítima en la sucesión del donante se hubiera visto afectada en los términos de nuestra ley civil, es decir en aquellos supuestos en los que efectuado el inventario de los bienes del donante fallecido, en la forma y tiempo que indica la ley, se advierta que los bienes que integran el patrimonio dejado por el mismo, no alcanza para cubrir esa porción legítima (46).

Se ha dicho que la ineficacia es “la falta de efectos del contenido del acto, de sus efectos típicos” (47). Se trata pues de un género (48), con distintas categorías, entre las cuales podemos mencionar la nulidad, la inoponibilidad, la resolución, la revocación, la rescisión, la frustración de la causa del acto, etc. (49).

¿Cuál de las categorías del género “ineficacia”, comprende a la donación inoficiosa?

rá el que tenían las donaciones, aplicando las normas del art. 3477. No se llegará a las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima reduciendo a prorrata o dejando sin efecto, si fuere necesario, las disposiciones testamentarias] (Texto según Ley 17.711).

(45) LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando J., *Teoría de los contratos*. Parte General. Ed. Víctor P. de Zavalia. Buenos Aires 1971. p. 351: “Este vocablo utilizado en su mas amplia acepción, designa a todas las situaciones en las cuales, por una razón u otra, el negocio no produce sus efectos”. SALVINI, Andrea Fernanda. “Problemática del art. 3955 del Código Civil. Factibilidad de la armonización interpretativa y/o reformulación legislativa en miras a la inobservabilidad de los títulos”. Revista Notarial. Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. N° 947 enero abril 2004. p. 58: “Si bien las donaciones son irrevocables con la sola voluntad de una de las partes (art. 1848 C.C.), es de destacar que algunas veces la donación perfeccionada puede devenir ineficaz por causa determinada por disposiciones legales o voluntad de los particulares”.

(46) Código Civil español. art. 636: No obstante lo dispuesto en el art. 634, ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, mas de los que pueda dar o recibir por testamento. La donación será inoficiosa en todo lo que exceda de esta medida. DIEZ-PICAZO Luis - GULLON, Antonio, ob. cit. p. 394: “La razón de la norma es la salvaguardia de los derechos de los herederos que tienen derecho a una parte de la herencia (la legítima, de la que el testador no puede disponer en beneficio de otras personas: art. 806 y 807)”.

(47) LLOVERAS de RESK, María E., *Tratado Teórico Práctico de las Nulidades*. Ed. Depalma, p. 3.

(48) COBAS, Manuel O. - ZAGO, Jorge A., *Derecho Civil*, Parte General, Ed. Universidad. p. 457.

(49) Puede consultarse en este tema a MORELLO, Augusto M., *Ineficacia y frustración del contrato*. Ed. Librería Editora Platense, ps. 69 y sigte.

i) La donación inoficiosa ubicada así en el género, no parece ser un supuesto de ineficacia por nulidad, sin perjuicio de la constelación de opiniones que existen sobre el particular (50).

La razón de este criterio surge de advertir que al momento de la donación, ésta no adolece de vicio alguno, siendo un acto jurídico válido, y recién con posterioridad, a la muerte del donante, aparece su ineficacia por las razones que indica la ley y solo frente a determinadas personas que encuentran protección en sus disposiciones.

Es dable observar por otra parte que integrada la legítima, la porción de lo donado que no fue alcanzada por la reducción, subsiste en cabeza del donatario (51), efecto típico de la inoponibilidad, como puede observarse en los efectos de la acción pauliana o revocatoria.

Por consiguiente los efectos de la ineficacia de las donaciones inoficiosas no son por lo menos en un principio, los propios de la nulidad (52).

(50) CNCiv., sala G, 3/3/1999, "Goldaracena Hnos. SAC s/ Actuaciones por quiebra c. Goldaracena de Illescas María de la Luz s/nulidad de acto jurídico", LA LEY, 2000-B, 441. "Cuando el heredero forzoso, cuya legítima se ve afectada por una donación inoficiosa, solicita la nulidad de ésta y, subsidiariamente su reducción por inoficiosidad, ese acto no es nulo ni anulable sino concurre una causal de nulidad distinta a la afectación de la legítima, pues, si bien transgrede la prohibición legal de afectación de aquella, la ley establece los arbitrios para que ésta sea respetada mediante las acciones de reducción y complemento". En contra C2ª Apel. La Plata, sala I, 14/5/1948, "R., P. s/ suc.", LA LEY, 51-339. "La donación inoficiosa es un acto simplemente anulable y el donatario deber considerado de buena fe, por lo que esta autorizado a hacer suyos los frutos percibidos durante la posesión, no corriendo los intereses mientras no medie una interpelación que lo coloque en situación de mora". NICOLAU, Noemí L., "Transmisión de bienes a los legitimarios por actos entre vivos", JA, 2001-IV-918. "Creemos que en nuestro derecho puede cuestionarse la existencia de una legítima de caracteres tan rígidos y porcentajes tan elevados, pero lo que no puede hacerse es admitir la validez de un acto de autonomía privada que la afecte directa o indirectamente. Por tratarse de un instituto de orden público, todo negocio jurídico que la afecte constituye un fraude a la ley que habilita para declarar su nulidad". RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planioi*. t. X, 2º volumen, Sucesiones, Ed. La Ley, p. 237, Nº 2664. "Una liberalidad que supere lo disponible no es nula. Era imposible para el donatario saber si se sobrepasaba o no lo disponible, puesto que el cálculo sólo se hará al deceso del donante. Hay simplemente lugar a la reducción. Pero la reducción puede ser total y, en ese caso, equivale a una nulidad de la liberalidad".

(51) CNCiv., sala G, 3/3/1993, "Goldaracena Hnos. S.A. c. Goldaracena de Illescas María", LA LEY, 2000-B, 441. "Toda vez que la donación que afecta la legítima de algunos herederos forzosos, debe reducirse en la medida del interés de tales herederos, la porción no alcanzada por esa reducción subsiste en cabeza de la donataria".

(52) CNCiv., sala C, 20/12/1984, "Fulgenzi Enzo c. Monserrat Dora", LA LEY, 1986-E, 697. "El heredero forzoso puede demandar en un juicio la nulidad del acto y subsidia-

Para buena parte de la doctrina, no resultaría entonces de aplicación, la norma del art. 1051 del Código Civil en orden a la protección de los terceros adquirentes de bienes inmuebles, por título oneroso y de buena fe (53), sin perjuicio de considerar aquí esta última norma, a los fines de comparar sus efectos con los se producirían según la interpretación literal del art. 3955, y dentro de un supuesto genérico de ineficacia, como el que se ha señalado antes (54).

ii) No parece ser tampoco una hipótesis específica de ineficacia por resolución, en tanto la donación no puede sujetarse bajo pena de nulidad, a una condición suspensiva o resolutoria, que le otorgue al donante directa o indirectamente el poder de revocarla, neutralizarla o de restringir sus efectos, según resulta de la norma del art. 1802 del Código Civil —en este caso, sus legitimarios forzosos, continuadores de la persona del donante—, teniendo en cuenta que fueron los actos del donante y sus efectos sobre el acervo hereditario, los que provocan la inoficiosidad final.

Queda por supuesto la posible existencia de condiciones legales implícitas, como la que podría resultar del texto del art. 1830 (55).

riamente la reducción de la donación inoficiosa que ese acto haya importado". CNCiv., sala H, 12/5/1998, "Yebra Patricia c. Gasparini de Roca Marta y otros s/ acción de reducción". Del voto del Dr. Kiper: "Es cierto que, como señala la apelante, no se trata aquí de un supuesto de nulidad, sino de resolución, circunstancia que impone analizar si resulta aplicable el art. 1051 del Código Civil, que deja a salvo los derechos adquiridos por terceros subadquirentes de buena fe y a título oneroso".

(53) GHERSI, Carlos A., *Contratos Civiles y Comerciales*. Ed. Astrea, p. 333. "En cuanto a los 'terceros adquirentes', si son de buena fe y a título oneroso, no son alcanzados por los efectos de la reducción (cfr. art. 1051)". Código Civil, art. 1051: "Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual, salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable".

(54) VILLALBA WELSH, Alberto. *La reforma del art. 1051 del Código Civil y su proyección en la actividad notarial*, citado por Andra Fernanda SALVINI, en "Problemática del art. 3955 del Código Civil". Revista Notarial. Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. Nº 947 p. 63, nota 2.

(55) CNCiv. sala H, "Yebra Patricia E. c. Gasparini de Roca Marta E. y otros s/ acción de reducción", 12/5/1998. Del voto del Dr. Kiper: "Toda donación esta sometida a la condición tácita de no ser inoficiosa (art. 1831) y hay dominio revocable tanto cuando las partes estipulan expresamente una condición resolutoria, como cuando la condición es tácita, esto es, impuesta por la voluntad de la ley. Se trata de supuestos en los que el dominio se



Sin embargo, el art. 1830 parece establecer más bien un supuesto de ineficacia del acto jurídico contractual, si en los términos del Libro IV, se da el supuesto de inoficiosidad y no una condición legal como podría resultar del art. 70 del Código Civil. En este sentido, el acto jurídico donación no es un supuesto de derecho eventual, del que resulte sólo una expectativa o un pre-derecho o un dominio imperfecto o resoluble.

No parece haber pues una condición legal ni la misma resulta pactada por las partes, sobre la base de una reglamentación establecida en la ley, como lo son los supuestos de revocación de la donación por super-nacencia de hijos, o la cláusula comisoria o la de retroventa.

Por otra parte, también se discute la retroactividad de las propias condiciones (56), en razón de que la misma conduce a lesionar el interés de los terceros de buena fe y perjudica la seguridad y la estabilidad jurídica (57).

iii) No pudiendo desde luego obviarse el texto expreso del art. 1830, ni la institución de la legítima, tal como aparece hoy legislada, pareciera que más que un supuesto de resolución se trata el de las donaciones inoficiosas de un supuesto de ineficacia por inoponibilidad (58).

transmite en forma temporaria, pues al acaecer el evento resolutorio, la cosa debe retornar al primitivo enajenante.” DIEZ-PICAZO, Luis - GULLON, Antonio, ob. cit., p. 395. “La reducción es una ineficacia parcial y sobrevenida, con grandes analogías con la rescisión”.

(56) Código Civil, art. 543: Cumplida la condición, los efectos de la obligación se retrotraen al día en que se contrajo.

(57) REZZONICO, Luis María, *Estudio de las obligaciones en nuestro Derecho Civil*. Ed. Librería Editorial Ciencias Económicas. p. 309.

(58) LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando J., *Teoría de los contratos*. Parte Especial. Ed. Víctor P. De Zavalía. Buenos Aires, 1976. p. 526. “Nosotros pensamos que trata de una acción personal que pertenece al género de las acciones de inoponibilidad, de entre las cuales el ejemplo más relevante está dado por la acción pauliana”. DI CASTELNUOVO, Gastón, “Donaciones: nuevos enfoques respecto de inmuebles donados a terceros en la jurisprudencia y la doctrina”, *Revista del Notariado*. Órgano del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 886 octubre diciembre 2006, p. 120. ALTERINI, Jorge H., ob. cit., nota 35. “En mi trabajo ‘Resolución de los contratos y dominio revocable’, ED, 50-633 y sigtes., concretamente en las ps. 656 a 658, objeté la postura de Guastavino, que en general adhiere a la mía sobre los efectos de la resolución, en cuanto a que la acción de reducción también tendrá por objetivo la resolución de las donaciones inoficiosas, pues entiendo que su finalidad es que se las declare inoponibles al heredero perjudicado; por ello son extrañas a la órbita del art. 2670 y concs.” ALTERINI, Jorge. “Resolución de los contratos y dominio revocable”, ED, 50-657. “...Pensamos que la acción de reducción no tiene como

La inoponibilidad es una categoría del género de la ineficacia, que tiene en derecho varias manifestaciones o naturaleza, que resultan por ejemplo y entre otras, como efecto de la acción de fraude ejercida por los acreedores contra determinados actos de sus deudores o de la falta de fecha cierta del instrumento privado, inoponible a terceros conforme resulta del art. 1034 del Código Civil, pero que se conectan entre sí, porque los efectos del acto o en su caso del instrumento, no alcanzan a determinados terceros, que encuentran protección en la ley (59).

Cifuentes señala a la inoponibilidad como una ineficacia relativa, congénita o sobrevenida del negocio jurídico, en consideración a determinados sujetos a los cuales ésta puede interesar, pero que mantiene su eficacia entre los que lo celebraron y también en algunos casos respecto de terceros” (60).

En el supuesto específico del contrato de donación, cuando resulta inoficiosa, el donatario no podría según el último criterio, oponerle a los herederos nominados por el art. 1832 del Código Civil.

En este caso, dichos herederos según lo señala alguna doctrina, podrán recuperar la cosa de manos del donatario o según otro criterio interpretativo, solo el valor de la parte faltante de su porción legítima.

A su vez, como lo ha sostenido una abundante doctrina, el donatario podrá paralizar la acción de los herederos forzosos del donante, entregando la cosa objeto de la donación, abonando su valor o la parte del mismo necesaria para completar la legítima (61).

objetivo la resolución de las donaciones inoficiosas, sino que se las declare inoponibles al heredero perjudicado, de allí que en torno del art. 3955 del Código Civil, no deba encontrarse argumento para debilitar la tesis que seguimos”.

(59) COBAS, Manuel O. - ZAGO, Jorge A., *Derecho Civil*, Parte General, Ed. Universidad, p. 460.

(60) CIFUENTES, Santos, *Elementos de Derecho Civil*, 4ª ed., Ed. Astrea, ps. 395 y sigtes.

(61) Del voto del Dr. Zapiola en el Plenario “Escary c. Pietranera”, JA, V-5: “Creo también, que el demandado puede evitar los efectos de la acción, desinteresando al reivindicante; esto es pagándole la cantidad necesaria para completar su legítima, puesto que, siendo ese el único objeto de la acción, no se explicaría su prosecución, a pesar de ofrecer el pago del perjuicio ocasionado por la donación”. *Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Ed. La Ley, p. 209. “... II. La colación y la reducción entre herederos forzosos... 2. En el supuesto de ejercerse la reducción del exceso, el donatario podría ofrecer o asegurar el valor de lo reclamado a fin de neutralizar los efectos de la acción reipersecutoria”. CNCiv.

Sobre este último aspecto de la cuestión, Garrido y Zago sostuvieron enfáticamente, que la reducción de las donaciones, determina el reintegro del valor de la cosa donada y no de la cosa donada en si misma, considerando un abuso de derecho pretender que el donatario deba restituir la cosa que le fue donada, interpretación que sustentan en el juego de los arts. 1831, 3591, 3600, 3602 y 3604 del Código Civil (62).

En particular deben tenerse presente no solo la norma del art. 1071, sino también específicamente lo dispuesto por el art. 3600 (63), norma que autoriza que el heredero forzoso a quien el testador dejase por cualquier título, menos de la legítima, podrá solo pedir su complemento (64),

sala E, 10/3/1998, "Calejman Ricardo T. c. Calejman, Luisa S. y otro", LA LEY, 1999-A, 106. "El valor del inmueble y no el inmueble mismo, calculado en la forma establecida en el art. 3602 del Cod. Civil, debe computarse en la masa hereditaria a los fines del calculo de la porción legítima correspondiente al heredero que ejerció la acción de reducción de la donación inoficiosa realizada por el causante. En caso de excederla, deben restituirse a la donataria —heredera del causante— los valores suficientes para dejar a salvo su legítima".

(62) GARRIDO, Roque F.- ZAGO, Jorge A., *Contratos Civiles y Comerciales*. 2ª ed., Ed. Universidad, t. II, p. 473. CIFUENTES, Santos, *Código Civil Anotado y Comentado*, Ed. La Ley, t. IV, p. 303: "No obstante el demandado puede pagar al heredero legítimo el valor del exceso de la porción disponible y así detener la acción de reducción, ...". Proyecto de Código Civil para la Republica Argentina unificado con el Código de Comercio, art. 2403: "... En todo caso el donatario puede impedir la resolución entregando al legítimo la suma de dinero necesaria para completar el valor de su porción legítima..."

(63) Código Civil, art. 3600: "El heredero forzoso, a quien el testador dejase por cualquier título, menos de la legítima, sólo podrá pedir su complemento". ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de las sucesiones*, 4ª ed., Ed. Astrea, p. 187: "... El art. 3600 constituirá así, a nivel normativo, la expresión del límite con que opera toda reducción: el complemento de la legítima".

(64) Ver en contra de esta posición BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*. 7ª ed., Ed. Perrot, p. 119: "Consideramos conveniente la regla según la cual la restitución deber ser en especie, pues solo así se puede asegurar a los herederos forzosos contra las maniobras de los donatarios". RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, t. X, 2º volumen, Ed. La Ley, Nº 2742. "En principio, la enajenación del bien donado origina una modificación del modo de reducción: la reducción en especie se ve sustituida por la reducción en valor. El donatario deberá desde ese momento rendir cuentas a los legítimos del valor del bien donado. Así pues, si los legítimos, al demandar al donatario reciben el pago, no podrán inquietar al subadquirente. Solamente si el donatario es insolvente, el subadquirente estará expuesto a las demandas de los herederos forzosos. La acción adquiere así, a su respecto, un carácter subsidiario. Además solo puede ejercerse si el bien donado es un inmueble (art. 930)..." MAYNZ, Carlos, *Curso de Derecho Romano*, ob. cit., t. 3, p. 433. "La querela inofficiosae donationis se da al legítimo para hacer rescindir toda donación, aún cuando fuese simulada. ... El objeto de la acción es hacer rescindir la donación inoficiosa, en la proporción necesaria para que el demandante obtenga su porción legítima ...".

y lo dispuesto por el art. 3477 en materia de colación. En todos los casos la ley autoriza un reclamo de valores y no lo hace específicamente con relación a una cosa determinada.

Va de suyo que si el conflicto es entre herederos forzosos y adquirentes o subadquirentes a título gratuito, el mismo debiera zanjarse a favor de los legítimos forzosos, tal como por ejemplo lo resuelve la ley en materia de fraude a los acreedores, prefiriendo al acreedor antes que al donatario.

En cuanto a los subadquirentes a título oneroso, de inmuebles provenientes de una donación del causante, es necesario remitirse a la naturaleza de la acción de reducción.

#### IV. La acción de reducción

La acción de reducción es una acción que tiene por propósito proteger la legítima de los herederos forzosos (65).

Se encuentran legitimados activamente para ejercer la acción de reducción, los herederos que individualiza en el inc. 1º del art. 1832 del Código Civil (66).

(65) MEDINA, Graciela, "Prescripción en el derecho sucesorio. Acción de reducción y colación", en "Prescripción Liberatoria". Revista de Derecho Privado y Comunitario. Ed. Rubinzal-Culzoni, Nº 22, p. 137. *Código Civil anotado*. LLAMBIAS, Jorge J. - MENDEZ COSTA J. Directores. Ed. Abeledo Perrot, t. V-B, p. 472. "La reducción, estrictamente opera, por vía de excepción cuando la legítima puede salvarse no entregando todos o algunos de los legados y por vía de acción cuando es preciso atacar las donaciones realizadas por el causante o legados ya cumplidos".

(66) Código Civil, art. 1832: [La reducción de las donaciones sólo puede ser demandada: 1. Por los herederos forzosos que existían en la época de la donación; empero si existieren descendientes que tuvieren derecho a ejercer la acción, también competará el derecho de obtener la reducción a los descendientes nacidos después de la donación; 2. Si las donaciones fueren gratuitas, y no cuando fuesen remuneratorias o con cargos, salvo en la parte en que sean gratuitas.] (Texto según Ley 17.711). MENDEZ COSTA, María J., Comentario al art. 3601 en: *Código Civil Anotado*. Dirección Jorge J. LLAMBIAS - María Josefa MENDEZ COSTA, Ed. Abeledo Perrot, t. V-B, p. 473 párrafo b) "Supuesto de donaciones. La legitimación activa para el ejercicio de la acción de reducción de las donaciones efectuadas por el causante esta prevista en el art. 1832, inc. 1º, redacción de la ley 17.711".

No existiendo tales herederos no hay hipótesis de inoficiosidad de la donación (67).

¿Cuál es la naturaleza que se acuerda a la acción de reducción?

Los arts. 1831 y 1832 del Código Civil, sólo autorizan la misma, sin que de ello pueda desprenderse su carácter, remitiendo el art. 1830 a lo dispuesto en el Libro IV.

En el Título IX, Capítulo I del Código Civil, que trata de la acción de reivindicación, no se regula ni menciona a la acción de reducción resultante de una donación inoficiosa, como un supuesto de dicha acción real.

En realidad y como se ha señalado en distintas oportunidades antes, es el art. 3955 el que denomina a la acción de reducción como una acción reivindicatoria (68).

En efecto, en la Sección III del Libro IV del Código Civil, "De la adquisición y pérdida de los derechos reales y personales por el transcurso del tiempo", Título I, art. 3955, Vélez se refiere a la acción de reivindicación que compete al heredero legítimo, contra los terceros adquirentes de inmuebles comprendidos en una donación, sujeta a reducción por comprender parte de la legítima del heredero a los fines de fijar su periodo de prescripción, disponiendo que la misma no es prescriptible, sino desde la muerte del donante.

(67) CNCiv., sala F, 15/7/1988, LA LEY, 2000-B, 375: "Cuando el testador carece de herederos forzosos, puede disponer 'mortis causa' de la totalidad de sus bienes, según la facultad reconocida por el art. 19 de la Constitución Nacional, ya que no se encuentra obligado a respetar ninguna legítima".

(68) Código Civil, art. 3955: "La acción de reivindicación que compete al heredero legítimo, contra los terceros adquirentes de inmuebles comprendidos en una donación, sujeta a reducción por comprender parte de la legítima del heredero, no es prescriptible sino desde la muerte del donante". CIFUENTES, Santos, *Código Civil comentado y anotado*. Ed. La Ley, t. II, p. 600. "Esta acción en defensa de la legítima de los herederos forzosos que existen al tiempo del fallecimiento, tiene carácter reipersecutorio, si se trata de bienes inmuebles, respecto de terceros a quienes el donatario hubiera pasado los bienes recibidos (art. 3955). Si se trata de bienes muebles en caso de que los terceros fueren de mala fe (art. 2671). Todo ello sin perjuicio de la prescripción de la acción, cuyo curso de 10 años comienza a partir del fallecimiento del causante".

¿Es esta la acción a que se refirió el Codificador en su artículo 1831? O por la vía de esta norma, se introdujo en la estructura legal del Código, una acción de carácter real, con efectos reipersecutorios sobre terceros adquirentes, que podría también encontrar sustento en lo dispuesto por el art. 3270 del Código Civil (69); o se trata de una acción de resolución, en la que el efecto reipersecutorio sobre la cosa donada es consecuencia de la resolución previa? (70). ¿O por último, es una acción de

(69) Código Civil, art. 3270: "Nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere". CERAVOLO, Angel Francisco. "Donaciones inoficiosas y títulos observables". LA LEY, 2006-B, 675. "En suma, entendemos que en las donaciones a quienes no son herederos legítimos del donante, se halla implícita una condición resolutoria o revocatoria de fuente legal (ex lege) que operará en el supuesto que el acto a título gratuito se reputa inoficioso a la muerte del donante, por afectar la porción legítima de la que sus herederos forzosos no pueden ser privados; la reducción se efectúa en especie, admitiéndose no obstante, que puedan detenerse los efectos de la acción mediante el pago al herederos de la cantidad suficiente para cubrir su legítima". RIPERT, Georges-BOULANGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, t. X, 2º volumen, Ed. La Ley, Nº 2743. "La acción entablada contra el subadquirente es una acción real. Hablando estrictamente, la acción de reducción, que es una acción personal, solamente existe contra el donatario. Solamente porque se destruye el título del donatario es que los herederos forzosos pueden impugnar al del subadquirente. La falta de pago de los bienes donados acarrea la resolución de la donación y esta resolución hace recuperable a los legitimarios la propiedad de los bienes donados. Es ese derecho de propiedad el que afirman contra el subadquirente, considerado en su condición de tercero deudor. Es último análisis, su acción es una acción reivindicatoria". LAFAILLE, Héctor. *Curso de Contratos*. Compilado por Pedro Frutos e Isauro Arguello. t. III, Ed. Biblioteca Jurídica, p. 55. "En cuanto a la acción de reducción, la jurisprudencia ha realizado una obra verdaderamente pretoriana, a modo de lo que ha ocurrido en otras acciones persecutorias. Poco a poco se han infiltrado en la conciencia de los mismos jueces como de todos los hombres de ley los gravísimos males que irroga nuestro régimen de transmisión basado en el art. 3270, sistema marcadamente individualista, que no tiene para nada en cuenta los intereses sociales ni el derecho de terceros adquirentes". LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos*, t. III, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 626. En fallo plenario se afirmó que la acción de reducción es real (art. 3955 Cód. Civil), lo que permite afirmar que el bien donado es reivindicable, y por ello la donación a terceros en tanto no se modifique la legislación vigente, esta sujeta a la acción de reducción si afecta la legítima de herederos forzosos y el título es observable. En cambio, la mayoría de la doctrina actual, preservando la seguridad jurídica y los efectos publicitarios registrales, entiende que toda donación de un bien inmueble otorgado a favor de un heredero forzoso o de un tercero es un título perfecto que no merece notarialmente hablando, ninguna observación legal. Siendo una acción personal, prescribe a los diez años (art. 4023 Cód. Civil)".

(70) C2ª Apel. La Plata, sala I, 14/5/1948, LA LEY, 51-339. "La acción de reducción de las donaciones inoficiosas es personal, no alcanzando a los inmuebles sino a los valores, aun cuando indudable que esta acción puede tener por resultado la reivindicación". MAFFIA, Jorge O.,

carácter personal, de inoponibilidad, limitada al donatario y los sucesores del mismo a título gratuito, susceptible de convertirse en una acción de reparación de los daños y perjuicios causados a los herederos forzosos por la violación de su legítima, en el supuesto de transmisión de la cosa inmueble a subadquirentes a título oneroso y de buena fe? (71).

*Manual de Derecho Sucesorio*, ob. cit., p. 134. "... Acaso convenga recordar por último, que éste es también el pensamiento de Aubry y Rau, inspiradores de nuestro art. 3955. En efecto, los mencionados autores, al considerar las acciones, clasifican la de reducción entre las que siendo personales tendrán la virtualidad de resolver sobre la existencia de un derecho real (*Cours*, 3ª ed., t. VI, p. 298, parág. 746)". MEDINA, Graciela. "Prescripción en el derecho sucesorio. Acción de reducción y colación", ob. cit., p. 139. "Estimamos que la acción de reducción de una acción personal que tiene como objeto la resolución de un contrato, la donación hecha por el causante, siendo el derecho a perseguir la cosa un efecto accesorio de esa resolución", con cita en nota 5, de AZPIRI, Jorge. *Manual de Derecho de Sucesiones*, p. 323. *Código Civil Comentado*. Dir. Francisco A. M. FERRER. MEDINA, Graciela, *Sucesiones*. t. II, Ed. Rubinzal-Culzoni. p. 166. "La acción de reducción es una acción de resolución de la liberalidad que lesiona la legítima. La acción es pues personal, como las acciones de resolución. Y resuelve retroactivamente el dominio del donatario o del legatario, en virtud de los cual sobreviene la obligación de éstos de restituir el bien. Si lo hubiesen enajenado, surge la acción reivindicatoria contra terceros adquirentes (art. 3955). Se trata, por tanto de una acción personal con efectos reipersecutorios contra los subadquirentes. (Blousson, Machado, Lafaille, Fornieles, Ovsejevich, De Gasperi, Zannoni, Maffia, Ferrer)". OBSEJEVICH, Luis, ob. cit., p. 1233. CCiv. y Com. Santa Fe, sala I. 2/2/2003. LLLitoral 2003. Del voto del Dr. Saux ... El tema por sus singularidades, ha concitado la atención de la doctrina autoral y judicial nacional, a la cual no ha sido ajeno un viejo plenario de la Cámara Nacional Civil publicado en JA, V-1. Como lo señala J. PEREZ LASALA (*Derecho de Sucesiones*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981, t. II parte especial, p. 868), la cuestión pasa por resolver si la acción de reducción promovida por el heredero legitimario contra el donatario en cuanto afecta su legítima está encaminada a la restitución en especie de lo donado (al que adhiere, según hemos visto, Borda) o si se trata de una acción que busca restituir un valor, a lo que se añade el debate de si, en el primer caso, la acción es personal o por defecto de lo normado es el art. 3995 del mismo Código se torna en una acción real con efecto reipersecutorio. Quizás exhorbite el alcance de este voto adentrarse en los meandros de los proficuos argumentos vertidos en pro de unos y de otros pareceres, pudiendo consultarse con provecho una buena reseña de ellos en el trabajo de Graciela MEDINA titulado "Prescripción en el derecho sucesorio. Acción de reducción y colación", publicado en la Revista de Derecho Privado y Comunitario, t. 22, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, ps.137 y sigtes. Podemos si mencionar que coincidimos con quienes asignan a la acción de reducción en tal supuesto naturaleza personal, que tiene por fin la resolución de un contrato (de donación) siendo el efecto reipersecutorio una consecuencia accesorio de dicha resolución (de conformidad Fornieles, Borda, Pérez Lasala, Méndez Costa, Azpiri, Medina, Ferrer)". CCiv. 1ª Capital Federal, 25/3/1926, "Vieiro Andres c. Bonahora Ramon s/ resc. de contrato". JA, 25-930. Del voto del Dr. Colmo: "Por lo demás, no hay en el Código Civil ni un solo texto, ni en el mismo art. 787, que autorice la acción reivindicatoria contra un adquirente a título oneroso y de buena fe".

(71) CNCiv., sala 2ª, "González de Lastiri c. Trillo", 19/4/1920, JA, IV-193. Con los votos de los Dres. Zapiola, Gigena, Dupuis y Helguera se resolvió que: "La acción de reducción de

i) El plenario Escary c. Pietranera (72). Las Cámaras Civiles de la Capital Federal, tuvieron ocasión el 11 junio de 1912 (73), de considerar en pleno y en un juicio por escrituración, la naturaleza de la acción de reducción, decidiendo que "La acción reivindicatoria compete al heredero legítimo, contra los terceros adquirentes de inmuebles, comprendidos en una donación inoficiosa, sujeta a reducción por comprender parte de la legítima del heredero", conclusión plenaria hoy, se ha dicho, de dudosa vigencia (74), atento en parte a las reformas introducidas por la ley 17.711 al Código Civil, en el año 1968.

Sin perjuicio de lo resuelto por una mayoría muy ajustada de cinco votos contra cuatro, apoyada básicamente en la interpretación literal del art. 3955, con citas de la doctrina francesa (75), cabe señalar una

las donaciones que afectan la legítima es personal". LAFAILLE, Héctor. *Curso de Contratos*, ob. cit., p. 55. "La jurisprudencia entonces, ha concluido por considerar la acción de reducción como simplemente personal, no obstante los términos claros y explícitos del art. 3955 y a pesar de todo el mecanismo del art. 3270 y sus derivados". SALVINI, Andrea F., "Problemática del art. 3955 del Código Civil. Factibilidad de la armonización interpretativa y/o reformulación legislativa en miras a la inobservabilidad de los títulos". Revista Notarial. Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires N° 947, 2004, p. 72. "Asimismo, la Comisión Central de Consultas del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, se ha inscripto en la posición doctrinal ya comentada (Revista Notarial N° 879, p. 375 y N° 880, p. 565 dictámenes del Esc. Claudio A. Solari del Valle) entendiendo que la acción emergente del art. 3955 es de carácter personal." Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Ed. La Ley, p. 210, XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. ...IX. 1. La acción de reducción al ser personal se rige por el plazo de prescripción decenal (art. 4023 Código Civil).

(72) LORENZETTI, Ricardo L., *Tratado de los Contratos*. Ed. Rubinzal-Culzoni, t. III, p. 626, nota 74. "El plenario es del año 1912 y no puede sostenerse que aún tenga la vigencia que algunos autores le otorgan".

(73) JA, V-2.

(74) LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos*. Ed. Rubinzal-Culzoni, t. III, p. 626, nota 74. Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, art. 303: "La interpretación de la ley establecida en una sentencia plenaria será obligatoria para la misma cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales sea aquella, tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces dejen a salvo su opinión personal. Sólo podrá modificarse dicha doctrina por medio de una nueva sentencia plenaria".

(75) Se ha sostenido sobre el particular que en la doctrina francesa coexisten varias opiniones. Ver ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de las sucesiones*. Ed. Astrea, 4ª edición, t. 2, p. 191, N° 972: "En la doctrina francesa se han sostenido ambas posturas. Laurent entendía que toda donación inoficiosa debe reputarse nula en cuanto el causante ha concluido un acto de disposición que no le es permitido; otros autores, en cambio, prefieren hallar en la declaración de inoficiosa una típica condición resolutoria de carácter le-



particularidad de los hechos que llevaron a dictar dicho fallo, cual es que de la escritura que instrumentó el contrato de donación antecedente y que resultó inoficiosa, surgía la existencia de una heredera forzosa del donante, lo que no pudo escapar al conocimiento del donatario y con ello se aventaba cualquier defensa de su buena fe (76).

La minoría de dicho plenario sostuvo por su parte, que el art. 3955, importa una alteración de los principios generales de la ley, contraria a normas expresas de la misma en materia de donaciones y colación. Señaló en particular lo dispuesto por el art. 3478 del Código Civil y su nota.

El juez Helguera dijo en dicho plenario que: "Considerada la mencionada disposición legal como acordando una acción reivindicatoria al heredero contra los terceros poseedores de inmuebles donados, importa indirectamente hacer ineficaces y peligrosas las donaciones y afectar los títulos de propiedad de vicios que los invaliden e impidan su transmisión. Las consecuencias de tal sistema no pueden sino traer dificultades y mantener perpetuamente a los dueños de bienes raíces una amenaza que hace ilusorio su derecho y los priva de disponer de lo que les pertenece".

ii) Puede agregarse a lo expuesto por la minoría en el Plenario "Escary" que:

1. La norma del art. 3955 es en realidad una norma destinada a reglar un supuesto de prescripción, incluida en el Título 1º, de la Sección

gal e inderogable por las partes a que toda donación esta sujeta. O sea que si muerto el donante se establece que el bien donado excede de la parte de libre disposición, la donación queda resuelta debiendo por lo tanto, reintegrarse al patrimonio de la herencia el bien en especie. Como en toda condición resolutoria, su cumplimiento obligaría a restituir lo que se hubiese recibido en virtud de la obligación (arg. art. 555). Desde este punto de vista la acción de reducción adquiriría los caracteres de toda acción real (art. 2756). Pero también en la doctrina francesa se sostuvo la tesis inversa, según la cual se estaría en presencia de una acción personal contra el donatario, lo que implica, obviamente, su inoponibilidad a terceros. Dentro de esta idea, autores como Demolombe y Baudry Lacantinerie decían que si bien la reducción es una acción personal contra el donatario, su revocación abre una acción real contra los terceros que hubieran adquirido el bien de aquél".

(76) Ver el voto del Dr. Gigena en los autos "Pascual c. Calero", CCiv. 2ª Capital Federal, 17/8/1923, JA, 11-335.

Tercera del Libro Cuarto del Código Civil, cuyo punto de partida fija en el momento de la muerte del donante.

La interpretación de la norma, y sin perjuicio de su fuente, debiera entonces tener en cuenta esta particular circunstancia metodológica del Código Civil.

2. Por su parte, la nota al art. 4023 señala que, "todas las acciones que no sean acciones reales o más bien, toda prescripción liberatoria, se cumple a los diez años. En este Código no reconocemos acciones mixtas de reales y personales".

Lo expuesto parece indicar que la acción de reducción es una acción personal (77), y no una acción de naturaleza real a tenor de la letra del art. 3955, que hubiera sido imprescriptible como tal.

Y si bien las notas del Codificador no son ley, si, configuran una valiosa doctrina, imprescindible para interpretar no solo el alcance de una norma, sino también la de un sistema coherente, aun independientemente de la fuente que se hubiera traspolado.

Frente a ello podría argüirse que la prescripción se refiere a la acción de reducción y no a una acción de carácter real como la reivindicatoria, secuencial a la primera.

Empero puede oponerse a lo último expuesto, que la letra del art. 3955 menciona a la acción de reivindicación que compete al heredero legítimo contra los terceros adquirentes, como prescriptible recién luego de la muerte del donante, texto del que no se desprende la existencia de dos acciones diferenciadas, con lo que podría sostenerse como se dijo antes, que si la acción de reducción es prescriptible, no es una acción real sino una acción de carácter personal (78).

(77) Gastón DI CASTELNUOVO. "Donaciones: nuevos enfoques respecto de inmuebles donados a tercero en la jurisprudencia y la doctrina". Revista del Notariado. N° 886 octubre-diciembre 2006, p. 120. "La acción de reducción es siempre de carácter personal".

(78) *Código Civil Comentado*. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída-KIPER, Claudio-TRIGO REPRESAS, Félix A. Ed. Rubinzal-Culzoni. Arts. 3875 a 4051. Comentario al art. 3955, p. 310. "Se ha discutido si esta acción es personal o real, existiendo en nuestro ordena-

3. Y si se tratara de una acción personal, puede recordarse que la acción de nulidad en materia de inmuebles, se detiene frente al tercer adquirente a título oneroso y de buena fe a tenor de lo dispuesto por el art. 1051 del Código Civil, según su versión introducida por la ley 17.711.

Y lo mismo sucede con la acción de fraude o pauliana, ejercida por un acreedor en los términos del art. 970 (79).

La norma del art. 3955 interpretada en el sentido de establecer a la acción de reducción como real o generar de manera mixta, una acción real con efectos persecutorios, secundaria a la acción de reducción, es insuficiente para tal propósito, sobre todo teniendo en cuenta que el Codificador regula de manera casuista la acción de reivindicación a partir del art. 2758 sin hacer mención expresa al supuesto de la acción de reducción como un caso de acción real, ni tampoco la de otra acción real, como secundaria o funcional a la acción de reducción (80), teniendo en cuenta el párrafo final de la nota al art. 4023.

No cabría por otra parte calificar al dominio transmitido por donación, como resoluble, en tanto la calificación debe resultar expresa-

miento disposiciones contradictorias. Pero aunque literalmente el texto de la norma parece conferir a los legitimarios una acción real, sin embargo habla de 'prescripción' lo que resulta a priori incompatible con una acción real..."

(79) COBAS, Manuel O., "El fraude" en *Negocio Jurídico*, Santos CIFUENTES, 1ª ed., Editorial Astrea, p. 553. CIFUENTES, Santos, *Negocio Jurídico*, 2ª ed., Editorial Astrea, p. 681.

(80) SEGOVIA, Lisandro, *Código Civil de la República Argentina. Su explicación y crítica bajo la forma de notas*. Editorial La Facultad. Buenos Aires. 1933, t. II, p. 739, nota 29. "El art. 1833 parecía no acordar una acción real, y en el título 'De las acciones reales' no se menciona este caso (ver el art. 2780). Compara con los arts. 969, 3311, 3432 y 3439, que parecían exigir que la adquisición a título oneroso fuera mantenida. El art. 930 francés no concede la reivindicación contra terceros, sino previa excusión de los bienes del donatario. Los bienes muebles se rigen por los arts. 2414 a 2416". En igual sentido ALLENDE, Guillermo, "El acto jurídico real", en LA LEY, 110-1077 citado por CARRAL, José Osvaldo-FERRARI, Emma B.-JULIANO, Alberto Félix-LLORENS, Luis R. y SOLARI DEL VALLE, Claudio A., LA LEY, 78-848, "Sobre la naturaleza jurídica de la acción de reducción y las donaciones de inmuebles". SPOTA, Alberto G., "Donación disfrazada, acción de reducción y dispensa de colación", LA LEY, 1986-B, 88. "En la acción de reducción no 'restituye el inmueble al acervo sucesorio' como lo pretende la sentencia comentada, sino que se computa su valor en la porción no disponible. Es una expresión poco feliz del art. 3955 aquella que apunta a una inexistente 'acción de reivindicación' en el supuesto de la acción de reducción".

mente de la ley o del acto jurídico que sirve de título, que no es el caso de la donación inoficiosa (81).

4. Cabe también acotar que el heredero forzoso no tiene la posesión de la cosa donada ni nunca la tuvo, dado que el donante transfirió la misma al donatario y la donación inoficiosa no es supuesto de ineficacia por resolubilidad o rescindibilidad, sino de inoponibilidad al heredero forzoso.

No parece tratarse por consiguiente de una hipótesis de dominio resoluble (82).

Y se ha dicho también que la solución no varía de tratarse de un supuesto de nulidad o de resolución (83).

(81) CARRAL, José Osvaldo-FERRARI, Emma B.-JULIANO, Alberto Félix-LLORENS, Luis R. y SOLARI DEL VALLE, Claudio A., LA LEY, 78-848. "Sobre la naturaleza jurídica de la acción de reducción y las donaciones de inmuebles". En contra de la posición que sostenemos: MOSSET ITURRASPE, Jorge. "Naturaleza del dominio adquirido a través de donaciones de quien tiene herederos forzosos. ¿Se trata de un dominio imperfecto?"; cuestión que el distinguido maestro responden afirmativamente. CNCiv., sala H, 20/11/1996. "Soncin, Zulema A. s/ suc.", LA LEY, 1998-B, 742. "El beneficiario de una donación efectuada por el causante tiene sobre el inmueble un dominio imperfecto, pues su derecho puede ser resuelto por el heredero perjudicado mediante el ejercicio de eventuales acciones de reducción".

(82) SAUCEDO, Ricardo J., "Los títulos perfectos y las donaciones inmobiliarias", JA, 2006-I-110. d) El dominio sustentado en una donación a terceros no es imperfecto por revocable o resoluble". Ver en contra ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de las sucesiones*, ob. cit., p. 192 par. 974. MAFFIA, Jorge O., *Manual de Derecho Sucesorio*, ob. cit., ps. 132 y 143. BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, 5ª ed., ob. cit., p. 156, par. 998. LAFALLE, Héctor, *Curso de Contratos*, ob. cit., p. 54, N° 65. CNCiv., sala M, 11/8/1997, "Estamatti Mirta R. s/ suc.", Revista del Notariado. Capital Federal N° 854, p. 217. "El a quo fundó su decisión en la normativa de los arts. 1051, 1831, 1832, 3955 y 4023 del Código Civil. De dicha normativa se obtiene que los efectos reipersecutorios que tiene la acción de reducción traen como consecuencia que el dominio transmitido sobre los inmuebles se resuelva y el tercero a adquirente —a cualquier título que fuera— debe restituir la cosa adquirida". Con comentario de Angel F. CERAVOLO.

(83) CNCiv., sala H, 12/5/1998, "Yebra, Patricia c. Gasparini de Roca, Marta E. s/ acción de reducción". Del voto del Dr. Kiper: "Ahora, si se trata —como en el caso— de una condición resolutoria implícita, el asunto es más complejo ya que en cada situación hay que examinar si el tercero conoció, o pudo haber conocido actuando con diligencia, los hechos que justifican la procedencia de la resolución. Aun para quienes adhieren a la tesis de aplicación del art. 2670, suscita dudas el caso de reducción de las donaciones. (Guastavino E. "La protección a terceros adquirentes de inmuebles. JA. 1973-111)".



5. Puede señalarse asimismo, que la donación inoficiosa, no es una especie particular de dicho contrato como se dijo antes, sino una hipótesis que se hace realidad sólo al momento de la muerte del donante si por una donación de carácter gratuito, ve afectada la legítima en los términos del art. 1830 del Código Civil, y no cuando éste otorgó el contrato con el donatario.

Y podrá no serlo nunca si no existen los herederos a los que se refiere el art. 1832 inc. 1º, en el momento de la donación (84).

A mayor abundamiento, la nota al art. 3477, indica que la donación es un contrato que transfirió la propiedad de las cosas al donatario, habiendo podido disponer éste de tales cosas como dueño, sin que la muerte del donante, revoque la donación. Tal expresión de pensamiento aparece como contradictoria con la existencia de una acción de carácter real que autorice la persecución del inmueble donado en manos de un adquirente a título oneroso y de buena fe.

En este terreno, y como se señaló antes, el art. 3600 dispone que el heredero forzoso, a quien el testador dejase por cualquier título menos de la legítima sólo podrá pedir el complemento de la misma. No parece pues tampoco, que una acción destinada a pedir el complemento de la legítima anteceda o se convierta en una acción con efectos persecutorios hacia terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe (85). Ni parece admisible que siendo una acción real, la integración del valor de la legítima por el donatario o los subadquirente pudiera detenerla.

6. La onerosidad del acto que se impugna y la buena fe del otorgante también han ganado un papel preponderante en el sistema legal de nuestro Código Civil, a la luz de la reforma de la ley 17.711 (86).

(84) CCiv., 23/5/1921. JA, VI-467, "Tarisco c. Biscardi". "El comprador de un inmueble no puede negarse a escriturar alegando que el origen del título del vendedor es defectuoso por cuanto proviene de una donación, si ésta ha sido efectuada por una persona que no tenía en la época en la que hizo herederos forzosos".

(85) CCiv. 1ª Capital Federal, 25/3/1926, "Vieiro Andres c. Bonahora Ramon s/ resc. de contrato". JA, 25-931. Del voto del Dr. Colmo: "...preceptos como el del art. 3955 deben ser entendidos con relación a los casos en que la reivindicación es efectivamente posible, ya por mediar mala fe en la última adquisición, ya por que la adquisición de referencia es gratuita (art. 2777 y sigte.). De otra suerte la circulación de valores que es todo un postulado, se encarece y restringe, lo que no puede ser de buen derecho".

(86) MORELLO, Augusto M., *Ineficacia y frustración del contrato*, op.cit., p. 95. "Ya sabemos que el resguardo de la confianza se manifiesta asimismo, dentro de la dinámica del

Así, el acto otorgado por el demente, cuya demencia no era notoria, resulta válido para los contratantes de buena fe y a título oneroso.

En materia de fraude a los acreedores, la acción de los acreedores sólo será admisible contra los subadquirentes (87), cuando el acto hubiere sido a título gratuito o cuando el tercero hubiera obrado de mala fe, siendo cómplice en el fraude, debiendo el cómplice en el fraude indemnizar al acreedor accionante cuando la cosa hubiera pasado a un adquirente de buena fe, tal como lo disponen los arts. 970 y 972 del Código Civil (88).

En materia de inmuebles, la transmisión de los mismos a subadquirentes a título oneroso y de buena fe, detiene los efectos de la nulidad del acto antecedente, sea el acto nulo o anulable, tal como ordena el art. 1051 del Código Civil según su reforma por la mentada ley 17.711 (89).

tráfico en la protección a los terceros de buena fe y a título oneroso (véase art. 1051 Código Civil texto ley 17.711) aun cuando se llegue a probar que el derecho del transmitente (causante) se adquirió en base a un título anulable".

(87) CCiv. y Com. Dolores, Provincia de Buenos Aires, 13/11/2007, "Lazarte Rolando c. Díaz Isidro s/ acción pauliana". Diario Judicial. Ed. Electrónica, 29/11/2007. "Por consiguiente, basta que en la cadena de las sucesivas transferencias de los bienes, se interponga una persona contra la cual la acción no es viable, para que queden a salvo las ulteriores adquisiciones. Actúa como barrera sanitaria que desinfecta del vicio de fraude a las transmisiones de bienes posteriores (LLAMBIAS, Jorge J., *Código Civil Anotado*, t. II, p. 147. Ed. Abeledo Perrot) ... para que el adquirente del adquirente del bien objeto del acto impugnado, se encuentre a salvo de la acción pauliana, debe acreditar que es de buena fe y a título oneroso, cualquiera haya sido el título de su antecesor".

(88) SAUCEDO, Ricardo J., "Los títulos perfecto y las donaciones inmobiliarias". JA, 2006-I-110. "... Los que opinamos en sentido contrario entendemos que precisamente la acción de reducción es un supuesto de acción personal, sustentada en el fraude a la institución de la legítima, perpetrado por el disponente a título gratuito, con la eventual complicidad del adquirente y sus posteriores sucesores a título universal o singular. Por tanto, de resultar precedente la acción personal quedarán expeditos los efectos restitutorios, salvo que el actual poseedor de la cosa en cuestión pueda esgrimir alguna otra causa o motivo para continuar en poder del objeto de la litis (por ejemplo, su ajenidad a dicha maniobra fraudulenta, reforzada y sustentada en su condición de tercer adquirente de buena fe y a título oneroso)". DI CASTEL NUOVO, Gastón, *Donaciones: nuevos enfoques respecto de inmuebles donados a terceros en la jurisprudencia y la doctrina*, ob. cit., p. 120. "El heredero preterido puede demandar la inoponibilidad de la enajenación hecha por el donatario a un tercero, aun a título oneroso, en el caso de que se haya en fraude a sus derechos, a cuyo fin se requerirá el cumplimiento de todos los requisitos de esa acción y que ella no se encuentre prescripta, art. 3955)".

(89) *Código Civil anotado*. Dir. Jorge J. LLAMBIAS - María Josefa MENDEZ COSTA, t. V-B, ob. cit., p. 482: "22. Si el art. 1051 del Código Civil ha incorporado un principio general de

A lo señalado debe agregarse lo dispuesto por la reforma de 1968 en materia de heredero aparente y tercero de buena fe, considerando a éste como el que ignorase con esa calificación la existencia de sucesores de mejor derecho o que los derechos del heredero aparente estaban judicialmente controvertidos, tal como lo indica el art. 3430, párrafo final según el texto dispuesto por la ley 17.711.

Porque habría entonces de situarse en mejor posición al heredero forzoso, frente al adquirente a título oneroso y de buena fe, que la que resulta de las hipótesis de demencia no notoria, fraude a los acreedores, nulidad del acto jurídico o a la misma apariencia en materia sucesoria (90).

Resulta evidente que se trata de una ardua cuestión para resolver, donde se hallan en juego normas francamente contradictorias (91).

protección del tráfico jurídico a través del amparo de los terceros adquirentes a título oneroso de buena fe, este principio hace ceder al apoyado en la máxima *resoluto iure dantis, resolvitur jus accipientis* que solo tendrá vigencia para los actos gratuitos o para los onerosos cuando el tercero es de mala fe. Por tanto, se comparte el criterio conforme el cual se protege a los subadquirentes tanto en la hipótesis de invalidez como de ineficacia: nulidad, resolución, revocación". CNCiv., sala E, JA, 1989-II-175.

(90) *Código Civil anotado*. Dir. Jorge J. LLAMBIAS - María Josefa MENDEZ COSTA, t. V-B, ob. cit., p. 482, 23. CNCiv., sala E, JA, 1989-II-175. "Cuando entran en colisión ambos derechos, la protección de la legítima y el amparo de los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe, derechos pertenecientes ambos a terceros (compradores y herederos legítimos) y siendo uno y otro de buena fe, es preciso inclinarse por el que devino sucesor a título oneroso, es decir, por el comprador y no por el heredero...". CNCiv., sala A, 23/9/1954, "Apeceche Rodolfo c. Navarro Viola María del Carmen y otra". LA LEY, 77-382 ... Del voto del Dr. Arauz Castex: ... Por otra parte la acción reivindicatoria contra terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso —ya bien dudosa en el código por interpretación de la última parte del art. 2778— es poco menos que intolerable a los ojos de un jurista moderno...".

(91) ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de las sucesiones*, ob. cit., p. 192, parg. 973. MENDEZ COSTA, María J., *Código Civil anotado*. Comentario al art. 3601, t. V-B, ob. cit., p. 478. "La jurisprudencia actual se inclina porque el principio general de protección del tráfico jurídico dispuesta por el art. 1051, exige proteger a los subadquirentes tanto en la hipótesis de invalidez como en las otras posibles de ineficacia, es decir tanto en las nulidad como de resolución y de revocación. Expresamente opta por la protección del comprador de buena fe sobre la protección del heredero también de buena fe. Mosset Iturraspe no duda en inclinarse a favor de "quienes buscan a través del intercambio de bienes, la satisfacción de sus necesidades. Nos parece, escribe, contrariamente a lo que piensan los especialistas en derecho de familia, que el de los herederos es un interés superior en la escala axiológica. La familia económicamente poderosa, como base de la familia fuerte, nos parece un prejuicio del siglo XIX. En cambio un intercambio, donde nadie puede sentirse seguro, cualesquiera sean sus previsiones y diligencias, luego de haber pagado un precio justo, nos parece lo más próximo al caos".

Tales divergencias han originado importantes perjuicios al tráfico jurídico, dado que en muchos casos se consideró observable el título de propiedad entre cuyos antecedentes dominiales constaba la existencia de una donación de carácter gratuito. Ello llevó en muchas ocasiones a las partes de una donación, a encubrirla bajo un acto a título oneroso (92) o a intentar dada la posible observación del título, la bonificación ulterior del mismo (93), cuestión ésta que también ha originado una compleja y no resuelta polémica (94).

A tal tipo de inseguridad jurídica debe agregarse la controversia doctrinaria que existe desde hace tiempo entre los miembros de los Colegios de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires y de la Provincia de Buenos Aires, sosteniéndose en el primer caso, la imperfección del título de propiedad originado en una donación de carácter gratuita (95) y una posición contraria la institución notarial provincial (96), lo que

(92) PANIZZA TORRENS, Luis P. - PIÑERA LOPEZ SERRANA L., "Aceptación del título de donación en Uruguay y comparación con la práctica notarial argentina". Revista del Notariado. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. N° 885, julio-septiembre 2006. "La postura que rechaza sin más el título donación genera problemas gravísimos. Como se ha señalado, deja fuera del comercio por plazos que pueden ser larguísimos los bienes que hubieran sido donados a no legitimarios. Y borra del Código todo el capítulo de donaciones, cuando la voluntad del donante es hacerlas en beneficio de esta categoría. Pero como la voluntad de las personas tiende a buscar la forma de hacerse valer; el rechazo estaría fomentando el recurso a la simulación de negocios onerosos, con los inconvenientes que no es del caso señalar aquí".

(93) Puede consultarse sobre el tema ARMELLA, Cristina N., "Donación. La pretendida bonificación de los títulos". LA LEY, 1994-D, 1048.

(94) AMELLA, Cristina N., "Contrarius Consensus. (A propósito de la pretendida bonificación de los títulos de donación)". Revista del Notariado. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. N° 837, abril-junio 1994, ps. 193 y sigte. CARGAT, "Pito catalán (a la donación) o de cómo vaciar formalmente una acción real inexistente". Revista del Notariado. N° 844, enero-marzo 1996, ps. 123 y sigte. CERAVOLO, Angel Francisco. Dictamen. 12/5/2005, Revista del Notariado. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. N° 881, julio-septiembre 2005. MARTI, Diego M., "Distracto de donación". Dictamen, diciembre de 2005. Revista del Notariado. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 883, enero-marzo 2006, p. 235. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, "Distracto de donación (art. 1200 Código Civil). Su procedencia". Revista del Notariado. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires N° 861, julio-septiembre 2000, p. 193.

(95) Ver SAUCEDO, Ricardo J., "Los títulos perfectos y las donaciones inmobiliarias", ob. cit. p. 102 y en particular su nota 28.

(96) Ver SAUCEDO, Ricardo J., "Los títulos perfectos y las donaciones inmobiliarias", ob. cit., p. 111 y en particular su nota 62.

eventualmente incrementa dicha inseguridad jurídica, a la que debiera ponerse fin por los perjuicios jurídicos y económicos que se originan.

## V. La noción de título perfecto

La noción de título, no es una noción unívoca. En un sentido, refleja el instrumento de donde resultan determinados derechos, por ejemplo un crédito del respectivo pagaré, o el derecho de propiedad de la escritura pública traslativa de dominio.

En otro sentido hace referencia a la causa o motivo; al origen o fundamento jurídico de un derecho o de una obligación.

Desde este último punto de vista, el título perfecto será aquel que impida reclamos de terceros, fundados en un mejor derecho que el adquirente. Se ha dicho también que es aquel que tiene plena eficacia jurídica (97).

En el mismo sentido se afirmó que título perfecto es el título en función del cual "el adquirente no será molestado por acciones reales de terceros, ni por la presentación de objeciones jurídicas en los negocios inmobiliarios que en adelante pretenda realizar" (98).

El art. 1425 del Código Civil, al legislar sobre las obligaciones del comprador, dispone que si éste tuviese motivos fundados de ser molestado

(97) HIRSCH, León, Coordinador. "Donación de Inmuebles. Conceptos. Clases. Acciones de colación y reducción. Donaciones Inoficiosas. Validez del título proveniente de donación". Trabajo presentado por la Delegación del Colegio de Escribanos de la Capital Federal a la XVI Jornada Notarial Argentina. Agosto de 1976. Revista del Notario. Colegio de Escribanos de la Capital Federal N° 753, mayo-junio 1977, p. 617.

(98) BAZET, María Cecilia - FIORENTINO, María Silvana. "No discriminen mi título", Revista Notarial. Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 946, septiembrediciembre 2003. p. 518. SAUCEDO, Ricardo J., "Los títulos perfectos y las donaciones inmobiliarias", JA, 2006-I-92. "La expresión 'título' en la órbita de los derechos reales, tiene dos acepciones o sentidos, a saber: i) Aquella que lo vincula con un negocio jurídico real, mobiliario o inmobiliario, que opera como causa eficiente para la adquisición, modificación, transmisión y extinción de estos derechos subjetivos (conf. art. 944). ii) Aquella que se relaciona con la forma que reviste el acto que opera como causa fuente en las mutaciones reales mobiliarias o inmobiliarias. Y para ello es posible acudir por igual a la forma instrumento público notarial, judicial o administrativo, y aun a la forma instrumento privado, según la identidad del objeto de la contratación".

por reivindicación de la cosa o por cualquier acción real, podrá suspender el pago del precio, a menos que se afiance su restitución.

¿Hay en el supuesto de donación de un inmueble, como antecedente de un contrato de compraventa, un temor fundado de ser molestado por una acción reivindicatoria o resolutoria con iguales efectos y por consiguiente siempre el título es imperfecto? (99).

Para quien admita que en el supuesto de donación inoficiosa, la acción de reducción que menta el art. 1831 del Código Civil, tiene carácter reivindicatorio según la letra del art. 3955, o carácter personal pero con efectos reipersecutorios, el título entre cuyos antecedentes conste una donación de carácter gratuito, no será perfecto, por tratarse de un dominio revocable o imperfecto, en los términos de los arts. 2661, 2670 y concordantes, sospechándose que podría afectar la legítima de los herederos forzosos (100).

(99) CNCiv., sala D, 16/6/2005, "Llarin, Pablo c. Millán, Jorge", LA LEY, 2006-B, 673. "La adquisición del dominio de un inmueble en base a título imperfectos da derecho al adquirente a resolver el contrato, ya que, se encuentra expuesto a una acción reivindicatoria si eventuales herederos forzosos vieran menguada la legítima".

(100) CNCiv., sala D, 16/6/2005, "Llarin, Pablo c. Millán, Jorge A.", LA LEY, 2006-B, 673. "Quien adquiere un inmueble de una persona que ostenta un título emanado de una donación se encuentra expuesto a la reivindicación, en caso de haberse afectado la legítima de los herederos forzosos, ello por aplicación de lo establecido en el art. 2670 del Código Civil. HIRSCH, León, Coordinador, ob. cit., p. 619. "Corresponde distinguir entre donaciones inoficiosas a herederos forzosos y a terceros. En el primer supuesto tiene lugar la acción de colación, que como ya hemos expresado reviste el carácter de personal y solo persigue el valor de las cosas; en el segundo, o sea cuando el donatario es un extraño o pariente no heredero forzoso, puede ejercerse la acción de reducción, que es real. Por tanto en este último caso, el título se torna objetable, es decir imperfecto, ya que los herederos que vieron afectada su legítima tendrán acción reivindicatoria...". ETCHEGARAY, Natalio P., "Subsanación de títulos provenientes de donaciones efectuadas a terceros (Personas que no son herederos forzosos del donante)". Revista del Notariado N° 874, octubre-diciembre 2003. Órgano del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, p. 66. Con sentido crítico afirma: "No se considera necesario demostrar la existencia de heredero alguno con derecho reipersecutorio sobre el inmueble, basta solamente para sustentar el rechazo del título la existencia de una escritura de donación y la consecuente referencia del art. 3955 Civil..." (trabajo presentado en XL Seminario "Laureano Moreyra" Academia Nacional del Notariado, t. I, oct. 2000 p. 80). DI CASTELNUOVO, Gastón. "Donaciones: nuevos enfoques respecto de inmuebles donados a terceros en la jurisprudencia y la doctrina", ob. cit., p. 120. "No puede desandarse tanto el camino recorrido en aras de la seguridad y de la firmeza de las relaciones jurídicas, sosteniendo que un dominio en cuyos antecedentes existe una donación sea a favor de extraños o no es resoluble, no surgiendo la existencia de herederos del título que se cuestiona, sólo por que no transcurrió

En una posición intermedia podría admitirse a la acción de reducción como una acción de carácter personal destinada sólo a recuperar el valor necesario para integrar la legítima, en la medida que la afectó la donación inoficiosa, armonizando así la solución con lo dispuesto en los arts. 3477, 3600, 3601 y 3602 (101).

A su vez, tratándose de un supuesto de ineficacia por inoponibilidad, el tercero adquirente de buena fe a título oneroso, estará protegido en los mismos términos que el adquirente en la hipótesis de fraude, que es una solución similar a la ordenada por el art. 1051 del Código Civil, sin perjuicio de las acciones que pudieran caber con relación al donatario.

Por consiguiente y salvo en el primer caso, el título entre cuyos antecedentes se encuentre una donación gratuita, no es automáticamente un título imperfecto (102), sino en los supuestos de un subadqui-

el plazo de prescripción de la acción del art. 3955, máxime cuando ha muerto el donante y nadie se ha presentado a invocar derechos".

(101) CARRAL, José Osvaldo y otros, ob. cit., LA LEY, 78-844. "Si la acción es reivindicatoria, los títulos transmisivos de dominio cuyo marco formal esté constituido por una donación no serán perfectos dado el alto margen de inseguridad que acarrearían; si en cambio es personal, el título será inobjetable, validos por ende los derechos de los terceros que contraten con el titular de dominio (donatario o su sucesor a título universal o singular), sin perjuicio de los alcances de la acción personal, que veremos más adelante". DI CASTELNUOVO, Gastón, "Donaciones: nuevos enfoques respecto de inmuebles donados a terceros en la jurisprudencia y la doctrina". "No basta presumir hipotética y eventualmente que haya existido en el momento de la donación un heredero habilitado para accionar sobre el inmueble donado en los términos del art. 3955 del Código Civil; no basta conjeturar la posibilidad de una descendencia no probada para que dentro de los términos legales pueda reivindicarse la cosa; es indispensable que se acredite inequívoca y fehacientemente que el titular de ese derecho existe y que mediando circunstancias particulares, pueda llegar a molestar o perturbar el dominio del adquirente". CCiv. 2ª Capital Federal, "Berilo, Luis c. Sandrini, Manuel s/esc.", Revista Notarial. Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. Nº 942. p.483. "El art.1832 en efecto. Establece que la reducción de las donaciones solo puede ser demandada por los herederos ascendientes o descendientes del donante que existían al tiempo de la donación. En el presente caso no solo no se ha invocado ni probado la existencia de los herederos que llegado el caso podrían ejercer la acción correspondiente, sino que la propia escritura de donación contiene una afirmación que la desvirtúa y no basta la presunción de que un acto puede estar remotamente expuesto a una sanción revocatoria para declarar imperfecto el título que lo comprueba".

(102) CNCiv., sala A, 23/9/1954, "Apeceche, Rodolfo c. Navarro Viola, Maria del Carmen y otra", LA LEY, 77-382. "No procede la rescisión del contrato de compraventa demandada por el comprador de un inmueble alegando la eventual existencia de otro heredero legítimo de la donante de las vendedoras, si la prueba producida y diversas circunstancias del caso llevan al ánimo el alto grado de improbabilidad de que exista ese

rente a título gratuito del donatario o de uno de mala fe a título oneroso (103).

La mala fe del subadquirente, consiste en conocer o deber conocer la existencia de herederos forzosos preteridos.

Esta también se configura por su falta de diligencia si no se efectuó el correspondiente estudio de títulos, con el alcance que la doctrina le asigna a la llamada "buena fe registral" (104).

Se ha sostenido que quien invoca su buena fe frente al ejercicio de una acción de reivindicación, debe acreditar la misma, consistiendo ésta en demostrar que "después de un adecuado estudio de los antecedentes del derecho transmissivo, no pudo advertir que se violaba la legítima de la actora" (105).

No basta por consiguiente la sospecha de una situación eventual o hipotética de inoficiosa, para considerar como imperfecto a un título de propiedad. Debiera por el contrario acreditarse fehacientemente que el titular de la acción de reducción existe y que en determinadas condiciones puede molestar fundamentalmente el dominio del adquirente, para considerar la imperfección del título (106).

heredero". CCiv. 1ª Capital Federal, 25/3/1926, "Vieiro, Andrés c. Bonahora, Ramón s/ resc. de contrato". JA, 25-930. "Debe desestimarse la observación del comprador si las partes están de acuerdo en que el donante hizo la donación siendo soltero, no habiéndose probado que tuviera descendencia natural".

(103) DI CASTELNUOVO, Gastón. "Donaciones: nuevos enfoques respecto de inmuebles donados a terceros en la jurisprudencia y la doctrina", ob. cit., p.120. "La mala fe del tercer adquirente no podrá presumirse y consistirá en el conocimiento por su parte de que la donación afectaba ostensiblemente los derechos del heredero preterido".

(104) Puede consultarse en la materia a KIPER, Claudio Marcelo. "La buena fe y el sistema registral inmobiliario", en *Tratado de la buena fe en el Derecho. Doctrina Nacional*, ps. 591 y sigtes.

(105) CNCiv., sala H, "Yebra, Patricia c. Gasparini de Roca, Marta E. s/ acción de reducción", 12/5/1998. Del voto del Dr. Kiper.

(106) REZZONICO, Luis María. *Estudio de los contratos en nuestro Derecho Civil*, 2ª ed. Ed. Roque Depalma, p. 260. "Para nuestro Código basta que existan motivos 'fundados', es decir antecedentes o circunstancias que hagan verosímil ese peligro. 'Temores legítimos, justos temores': temores serios, razonables y no temores quiméricos, según la expresión de Baudry-Lacantinerie, repetida por Salvat. Deben ser temores fundados y no constituir 'frivolidades o pretextos para retardar deslealmente el pago del precio', como dice

## VI. Conclusiones

Las notorias diferencias que existen en materia de interpretación de las normas del Código Civil, referidas a la naturaleza de la acción de reducción y la posición de los terceros adquirentes de inmuebles a título oneroso y de buena fe, entre cuyos antecedentes dominiales se registre una donación de carácter gratuito, hacen aconsejable una reforma del sistema legal, sea derogando el instituto de la legítima o en su defecto, asignando a la acción de reducción carácter personal y excluyendo de sus efectos a los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, a fin de dar estabilidad y certeza al tráfico jurídico.

Sin perjuicio de lo dicho, la acción de reducción prevista en el art. 1831 del Código Civil, aparece como una acción de carácter personal, destinada a integrar el valor de la legítima del heredero preterido y a ella se refiere el art. 3955 del Código Civil para determinar su prescripción, concordantemente con el sistema instaurado por la codificación nacional, en materia de protección a los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe. Desde este punto de vista, la sola interpretación de la letra del art. 3955 no luce como suficiente para alterar el criterio general de la ley civil, en el que prima la protección del tercero cuando éste opera a título oneroso y con buena fe.

Por consiguiente, en el conflicto entre el heredero preterido y el tercero, adquirente a título oneroso y de buena fe, debe preferirse a este último, coherentemente con lo dispuesto en forma sistemática en el Código Civil, y más, luego de la reforma del mismo por la ley 17.711 del año 1968.

La buena fe del adquirente se apoya en la diligencia previa a su adquisición a través del respectivo estudio de títulos y el desconocimiento de la existencia de herederos forzosos preteridos.

La mala fe del tercero no podrá presumirse, ya que la regla general es precisamente la contraria, y consistirá en el conocimiento por su parte de que la donación afectaba ostensiblemente los derechos del heredero

---

Marcadé. En fin, como lo enseñan todos los autores se trata de una cuestión de hecho que el Juez debe apreciar en el caso ocurrente y según las circunstancias que lo rodean".

preterido, tal como se sostuvo en el proyecto de modificación parcial del Código Civil de la autoría del Diputado Cigogna.

La existencia de una donación en los antecedentes dominiales no convierte por sí solo en imperfecto al respectivo título de propiedad. El temor fundado a que se refiere el art. 1425 del Código Civil requiere en materia de donación, que se acredite la existencia de los titulares de la acción y las circunstancias por las cuales de esa existencia podría resultar una turbación de derecho del dominio del titular. ♦



# CESION DE DERECHOS HEREDITARIOS Y PACTOS SOBRE HERENCIA FUTURA

(SOBRE LA CONVENIENCIA DE SU ADMISIÓN  
EN NUESTRO DERECHO)

POR JOSÉ MARÍA GASTALDI

SUMARIO: I. A manera de introducción. — II. El objeto de los contratos en general. II.1. Objeto y causa del contrato. Criterio diferenciador. II.2. Requisitos del objeto del contrato. — III. La "herencia futura". Normas implicadas. Su concepto. III.1. Normas implicadas. III.2. Concepto de "herencia futura". — IV. Los actos *mortis causa*, los actos de última voluntad y el pacto sobre herencia futura. El testamento. IV.1. Clasificación de los actos en el Código Civil. Actos *mortis causa* y de última voluntad. IV.2. Naturaleza jurídica de los pactos sobre herencia futura. IV.3. El testamento y los pactos. — V. El contrato de cesión de derechos hereditarios. V.1. El contrato de cesión de derechos hereditarios en el Código Civil. V.2. Conceptualización. V.3. Su atipicidad. Su carácter conmutativo. Otros caracteres. V.4. Su objeto. V.5. Su forma. V.6. Sus efectos. Entre partes y frente a terceros. V.6.1. Entre las partes. V.6.2. Frente a terceros. V.7. El derecho proyectado. — VI. Los pactos sobre herencia futura. Especies. VI.1. Concepto. VI.2. Especies de pactos sobre herencia futura. VI.3. Caracteres generales. — VII. Los pactos sobre herencia futura en la legislación comparada. Su admisión y su prohibición. VII.1. Los pactos en la legislación comparada. VII.1.1. Códigos que prohíben los pactos. VII.1.2. Códigos que autorizan los pactos. — VIII. Los pactos sobre herencia futura en el derecho argentino. VIII.1. Principio general: la prohibición de los pactos. El sustento histórico y actual de la misma. VIII.2. La prohibición no es tan rigurosa: excepciones a la prohibición. VIII.2.1. Convenciones matrimoniales. VIII.2.2. Partición por donación. VIII.2.3. Mandato *post mortem*. VIII.2.4. Casos societarios. VIII.2.5. Fundaciones. — IX. Sobre la conveniencia de la admisión en nuestro derecho de los pactos sobre herencia futura. Los pactos aceptables.

## I. A manera de introducción

Dentro de los diversos trabajos que, bajo el tema genérico de "sucesión hereditaria", se propusieron para integrar esta nueva publicación

del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, que tengo el honor de integrar, opté por referirme a los pactos sobre “herencia futura”, no sólo por el interés que despertó su análisis y la polémica sobre su prohibición, sino por su relación con el contrato, tanto desde el punto de vista de uno de sus elementos esenciales —el objeto— como de una de sus figuras, que considero atípica, la denominada cesión de derechos hereditarios. De esta manera, trato el subtema elegido en el marco del acto jurídico por excelencia que es, a su vez, la fuente más fecunda de obligaciones (1).

El presente estudio está centrado en los pactos, pero analizaré, aunque con menor intensidad, el contrato citado.

Anticipando mi postura respecto a aquéllos, he sostenido y reitero en el presente la “conveniencia de derogar (al menos parcialmente) la prohibición de la cesión de derechos hereditarios futuros”, que consagra nuestro Código Civil, desde su redacción originaria.

Sin pretender agotar el tema, trataré de dar bases que considero importantes para pronunciarse respecto a dicha eventual derogación, desde el concepto de dichos pactos o contratos hasta los motivos por los cuales propicio tal polémica conclusión (2).

## II. El objeto de los contratos en general

### II.1. Objeto y causa del contrato. Criterio diferenciador (3)

Estos dos elementos son esenciales del contrato, pero lo son también del acto jurídico, por lo cual lo correcto, incluso metodológicamente, es

(1) A ambos puntos de vista me he referido en trabajos anteriores. Véase GASTALDI, José María, *Introducción al estudio del contrato*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 88 y sigtes. y *Contratos*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. I, 1ª ed. 1994 y 2ª 1997, cap. IX—referido a los pactos en análisis—y t. II, 1ª ed. 1994 y 2ª 1998, cap. XVIII—referido al contrato de cesión de derechos hereditarios—. En ambos casos, tuve como base ponencias conjuntas que presentara a las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 1987.

(2) Para un análisis tan completo como profundo respecto a los pactos sobre herencia futura remito a GUASTAVINO, Elías P., *Pactos sobre herencias futuras*, EDIAR, Buenos Aires, 1968.

(3) He desarrollado el tema en GASTALDI, *Introducción al estudio del contrato*, cit., V, p. 78 y con mayor amplitud en *Causa final (una aproximación al tema de la causa)*, Libro Homenaje a Alberto J. Bueres, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2001, ps. 533 a 560.

que se regularan al tratar éste—que es el género—y de allí se proyecten al contrato—que es la especie—. Es la tendencia que se manifestó en los proyectos de unificación y reforma de nuestro Código Civil.

Antes de analizar el objeto es importante establecer un criterio diferenciador entre este elemento y la causa.

Así, siguiendo a mi maestro Videla Escalada (4), podemos decir que el objeto es la materia sobre la que versa el contrato, sea que en concreto se trate de objetos materiales o inmateriales o de hechos. Es un elemento o aspecto objetivo, que se presenta también respecto a los actos jurídicos.

La causa, en sentido de finalidad, en cambio, no tiene que ver con la materia sino con la voluntad. Es el elemento o aspecto volitivo o subjetivo. Es el fin buscado, que debe ser lícito, tal cual lo enuncia el Código Civil francés como elemento de los contratos (“causa lícita”). Es, en definitiva, la razón de ser del acto (5).

Solamente ampliando desmedidamente el marco del objeto y considerando el denominado objeto-fin (individual y social), como lo calificó Spota (6), puede pensarse que la causa queda comprendida en aquél, pero en realidad esta tesis mantiene la distinción y sólo se trata, a mi juicio, de una cuestión terminológica.

Un ejemplo ayudará a la comprensión.

(4) VIDELA ESCALADA, Federico N., *La causa final en el Derecho Civil*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1968.

(5) LAFAILLE, Héctor, *Derecho Civil*, t. VIII, *Contratos*, EDIAR, Bs. As., 1953, p. 225, nota 5, señala “que no sería posible equiparar el contenido de un acto (objeto), con la causa del mismo, o sea el propósito que se tuvo en mira, particularmente dentro de la tesis finalista”. Aclaro que este importante autor no coincide con la noción de objeto que acepto, pues sostiene que los bienes y los hechos no son “objeto directo” del contrato, sino que “desempeñan una función de segundo plano cuando, por ejemplo, se trata de ‘dar’”. BUSSO, Eduardo B. y colaboradores, *Código Civil Anotado*, Ediar, t. III, Bs. As., 1958, n° 171, p. 137, citando a JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Paris, 1928, n° 108, CAPI-TANT, *De la cause des obligations*, Paris, 1923, n° 16, y otros, dice: “La causa, considerada en su esencia, forma parte del fenómeno psicológico de la volición, en tanto que el objeto designa la materia de la obligación, la prestación debida, que es algo exterior a la voluntad”.

(6) SPOTA, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil, Contratos*, Ed. Depalma, Bs. As., 1977, vol. III, n° 361, ps. 5 y sigtes.

Supongamos una simple mesa de madera, que quedará comprendida en el ámbito de un contrato determinado.

Contrataré sobre la mesa de manera diferente, según sea mi finalidad. Si ésta consiste en adquirir el dominio de aquel objeto, deberé elegir y celebrar un contrato que me transfiera ese derecho (compra y venta, permuta, etc.). Si en cambio sólo deseo tener la mesa para algún evento especial y por tanto en forma temporaria (por ejemplo, para una fiesta), deberé buscar un contrato diferente, que sólo me asegure el uso por el plazo que deseo (locación de cosas, comodato).

Como conclusión, el objeto, como materia, es y debe ser separado de la causa fin o finalidad, que se sustenta en el aspecto volitivo, en la intención, que es subjetiva. Y debe ser "lícita", pues de lo contrario el acto será anulado. En el ejemplo anterior, si mi finalidad concreta fuera ilícita podrá la otra parte solicitar la nulidad.

Indudablemente que la mesa es objeto-materia y mi finalidad causa fin-volitiva-intención.

En otro ejemplo de finalidades concretas, podemos decir que si se alquila una casa, el objeto es esta cosa, mientras que la causa-fin estará dependiendo tanto del contrato de que se trata —locación de cosas— como del uso al que se destina —vivienda, comercio, etc.—.

Y si bien el consentimiento también se relaciona con la voluntad, el mismo sólo aparece en la formación del contrato, en tanto que el fin va más allá, es genético pero también funcional, de la etapa de ejecución. Todo esto queda claro y lleva a sostener la utilidad de la causa.

Para concluir recordemos que en la doctrina francesa particularmente se utilizaba un criterio diferenciador al decir que, cuando se pregunta ¿qué se debe?, se responde con "el objeto", y cuando se pregunta ¿por qué? o ¿para qué? se debe, se contesta con la causa fin.

## II.2. Requisitos del objeto del contrato

Es el Código Civil el que establece las normas relativas al objeto del contrato, en la teoría general de éste (artículos 1167 a 1179), como también lo hace en la sección de los actos jurídicos, en la que se destaca, como fundamental, el artículo 953. Obviamente, al margen todas las

normas de los contratos en especial que se refieren al objeto de cada una de las figuras.

El Código es muy claro cuando establece el objeto de los actos jurídicos, en su artículo 953: *"El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas (7) que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto"*.

En cambio, no ha sido claro en el capítulo "Del objeto de los contratos", al intentar establecer qué lo constituye.

El artículo 1167 nos dice: *"Lo dispuesto sobre los objetos de los actos jurídicos y de las obligaciones que se contrajeren, rige respecto a los contratos, y las prestaciones que no pueden ser objeto de los actos jurídicos, no pueden serlo de los contratos"*.

El 1168: *"Toda especie de prestación, puede ser objeto de un contrato, sea que consista en la obligación de hacer, sea que consista en la obligación de dar alguna cosa; y en este último caso, sea que se trate de una cosa presente, o de una cosa futura, sea que se trate de la propiedad, del uso, o de la posesión de una cosa"*.

El 1169: *"La prestación, objeto de un contrato, puede consistir en la entrega de una cosa, o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo susceptible de una apreciación pecuniaria"*.

Adviértase que comienza diciendo que rige el objeto del contrato el de los actos jurídicos, pero agrega también el de las obligaciones que, como sabemos, no es el mismo.

Luego se refiere a las "prestaciones" que, en todo caso, serían el objeto de las obligaciones, no de los actos jurídicos como dice el 1167, reiterando aquella expresión también en los artículos 1168 y 1169.

(7) Es pacífica la doctrina que atribuye a la palabra "cosas" el concepto de "bienes", o sea, comprensible de aquéllas y de los objetos inmateriales. Seguramente, Vélez se dejó llevar por la terminología francesa, en que el concepto de cosa es el amplio. Véase la nota al art. 1328, mal ubicado en la compra y venta, porque en ésta el objeto es la cosa, en el sentido restringido del art. 2311. Tampoco hay discusión en esta interpretación.

A partir de estas controvertidas normas se han elaborado diversas doctrinas.

Una primera, directamente sostiene que el objeto del contrato son las obligaciones que él origina, postura que se ampara en el artículo 1168, cuando expresa "sea que consista en la *obligación* de...". La considero inaceptable, por cuanto las obligaciones son el efecto del contrato, su fuente, no pudiendo al mismo tiempo ser su objeto.

Una segunda, afirma, amparándose en la segunda parte del 1168 y en la primera del 1169, que el objeto es la prestación. Pero ésta es, en opinión mayoritaria, el objeto de las obligaciones (8), no pudiendo serlo del contrato entonces.

Una tercera, realiza dos pasos: el objeto inmediato es la prestación, y el mediato, los bienes y los hechos, como objeto de ella. Se basa también en el 1168 y en el 1169, sin descartar el 1167 (9). Me parece innecesaria esta derivación.

Una cuarta, sostiene que el objeto es "la operación jurídica considerada", el contenido concreto e integral del contrato, variable hasta el infinito merced al principio consensualista (10). Aquella "operación" es la destinada a la creación, modificación, transmisión o extinción de las relaciones jurídicas obligacionales, que más convenga a sus intereses. No estoy de acuerdo en este concepto diría omnicompreensivo que pretende darse al objeto, máxime que se trata de una postura puramente doctrinaria, sin sustento en la ley. Es otorgar al objeto una amplitud que lo superpone, prácticamente, con todo el contrato. Ello se demuestra con sólo ver en qué consiste la "operación" según esta tesis.

En mi concepto (11), en una postura mucho más simple a las precedentes y con fuerte respaldo en todo el Código, avanzando un paso más

(8) Véase, por ejemplo, MOISSET de ESPANES, Luis, *Curso de Obligaciones*, Córdoba, 1993, t. I, p. 75.

(9) LOPEZ de ZAVALIA, Fernando J., *Teoría de los contratos*, Parte General, Ed. Zavallá, Bs. As., 1971, p. 136.

(10) MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Teoría General del Contrato*, Orbir, 1970, p. 235, siguiendo a Mazeaud y rectificando su anterior opinión del Manual.

(11) Así lo he sostenido desde siempre. Véase: *El contrato de concesión privada*, Ed. Astrea, Bs. As., 1974, p. 117 ss.; *Introducción al estudio del contrato*, cit., p. 82; *Contratos I*, cit., p. 219; etc. Conf. BUERES, Alberto J., *Objeto del negocio jurídico*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1986, p. 59.

cabe sostener que el objeto de los contratos son los bienes y los hechos, o sea, el mismo que en los actos jurídicos (según artículo 953 y corrección del término "cosas" por "bienes", pacíficamente admitido).

Tal postura se sustenta en:

a) El artículo 1167 hace remisión, la primera, al objeto de los actos jurídicos;

b) El contrato es un acto jurídico, por lo cual, corresponde aplicarle las normas de éste, en la medida en que no se encuentren claramente excluidas en la regulación del contrato.

c) El artículo 1170 se refiere a las "cosas" objeto de un contrato, al establecer que deben ser determinadas.

d) Al establecer los "casos especiales" de objeto —artículos 1172, 1173, 1174, 1175, 1176, 1177— el Código se refiere también a las "cosas" o a los "derechos".

e) En los contratos en particular, el Código también siempre hace alusión a los bienes —cosas u objetos incorporales— o hechos, como objeto de ellos (véase por ejemplo, los artículos 1327, 1444, 1499, 1623, 1649 —por interpretación, porque nuevamente confunde con las prestaciones—, 1799, 1869, 2182, 2240, 2260, todos ellos con sus concordantes).

Es bueno resaltar que autores que sostienen otras teorías, cuando llegan a los contratos en particular y los analizan, no dudan en considerar como objeto de ellos los bienes o los hechos, según corresponda.

f) La tesis guarda estrecha relación con la separación de objeto y causa, tal cual lo he analizado.

Debo agregar, en apoyo, que es la tesis seguida por nuestros proyectos de unificación y reforma, invariablemente.

Respecto a los requisitos del objeto, a los propios del acto jurídico —determinado (o determinable), lícito, posible material y jurídicamente— que resultan de la remisión del artículo 1167 y también de normas sobre contratos —arts. 1170 y 1171 respecto al primero—, se agrega el

que debe tener valor pecuniario (art. 1169), requisito este último que debe ser evaluado en la estricta teoría del "objeto" y separarlo del "interés". Puede considerarse también como requisito, la existencia de la cosa (1172).

En realidad, la licitud está referida a los hechos que, como dice el 953, no pueden ser "*imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes...*", porque las cosas no pueden, en sí, ser ilícitas; podrán ser destinadas a un fin ilícito; sí pueden ser "ilegítimas" desde el punto de vista de un determinado contrato, por ejemplo, cuando se prohíbe contratar sobre ciertos bienes, como anticipa el artículo 1160, aunque como prohibición que se vincula a la capacidad. Desde otro ángulo, también puede ser, como resulta de aquella norma, que sea prohibido contratar sobre determinados bienes, aunque ello se relaciona más con el tercer requisito (posible, material y jurídicamente).

Respecto a lo primero, el ejemplo clásico es tomado de una condición imposible: "tocar el cielo con las manos", pero entiendo puede extenderse el supuesto a todos los casos hipotéticos en que se contrataría sobre un objeto materialmente imposible, como sería vender la luna. También se me ocurre que hay "imposibilidad" en el caso del bien inexistente, que prohíbe el artículo 1172.

En cuanto a la imposibilidad jurídica, resulta claramente del comienzo del 953, al establecer que el objeto deben ser "*cosas que estén en el comercio... o que... no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico*".

El primer supuesto, nos remite a los artículos 2336, 2337 y 2338, que establecen cuándo las cosas están fuera del comercio como absoluta o relativamente inenajenables, lo que implica que no pueda contratarse sobre ellas o que se necesite autorización para hacerlo, respectivamente.

El segundo supuesto se vincula con todos los casos en que se prohíbe contratar sobre determinados objetos. Como ejemplos: el artículo 1175; al prohibir los pactos sobre herencia futura, las prohibiciones para ceder emanadas del artículo 1449 o del 1453; etc.

Finalmente, como requisito propio del objeto de los contratos —que no se exige para los actos jurídicos en general—, el valor pecuniario, que resulta del artículo 1169: "*La prestación, objeto de un contrato, puede consistir en la entrega de una cosa, o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo susceptible de una apreciación pecuniaria*".

La norma ha originado discusiones y críticas, sobre todo a partir del Anteproyecto de Bibiloni, que al proponer eliminarla fustigaba duramente a Vélez, entendiéndose que con el principio del artículo quedaba vedada la posibilidad de un contrato con contenido no pecuniario. Veremos que no es así.

Inicialmente considero que, tomada estrictamente la norma, que habla de "objeto" —bien o hecho en opinión justificada—, se ve limitada casi totalmente en su aplicación, desde que resultará muy difícil contratar sobre un objeto que, por sí, no tenga valor pecuniario (12).

Diferente es el caso del "interés", sobre el cual la nota del artículo 1169 también nos dice que debe representar para el acreedor una ventaja apreciable en dinero.

Pero la nota no es ley, por lo tanto la prohibición no obliga y, en este caso, en vez de utilizarse para limitar aún más el objeto ha servido a la doctrina para establecer su alcance —en opinión que comparto (13)—, en el sentido de que si bien un simple interés de afección no bastaría para otorgar acción, como dice la citada nota, la expresión permite interpretar el artículo separando el objeto —que debe tener valor pecuniario—, del interés —que no es necesario que lo tenga, pudiendo ser afectivo o moral—. Salvat (14) da el claro ejemplo de quien alquila un palco en un teatro para una función.

Con esta interpretación, se puede reducir la crítica de Bibiloni (15), pues éste, en realidad, enfoca la misma desde el punto de vista del interés del contrato, criticando que un interés afectivo no tenga protección legal.

(12) Siempre recuerdo que en un curso de Contratos de hace muchos años intentamos con los alumnos encontrar ejemplos de contratos cuyo objeto estuviera desprovisto totalmente de valor pecuniario. De varios propuestos y analizados, quedamos con uno bastante singular, por cierto: un contrato por el cual se compromete, por un religioso, la asistencia religiosa a las tropas, sin retribución alguna. En tal caso, nada tendría valor económico.

(13) GASTALDI, *Introducción al estudio del contrato*, cit., p. 84, con apoyo de SPOTA, *Instituciones de Derecho Civil, Contratos*, cit., vol. III, n° 377, ps. 44 y sigtes.

(14) SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino, Fuentes de las Obligaciones*, 2ª ed. actualizada por Arturo Acuña Anzorena, Tipográfica Editora Argentina, Bs. As., 1957, t. I, p. 103.

(15) BIBILONI, Juan Antonio, *Anteproyecto de Código Civil, Reforma al Código Civil*, Ed. Guillermo Kraft Ltda., Bs. As., 1939, al comentar la propuesta de supresión del 1169.



De acuerdo a la interpretación antedicha, ello no es así, pues debe distinguirse el objeto, que debe tener valor pecuniario, del interés, que no es necesario que lo tenga. La nota no obliga. Ello no significa que no estemos de acuerdo con la supresión del artículo, tal cual se ha propuesto en los proyectos de reforma y unificación.

Se menciona también como requisito la necesidad de existencia del objeto, a tenor de lo dispuesto por el artículo 1172: "*Son nulos los contratos que tuviesen por objeto la entrega de cosas como existentes, cuando éstas aún no existan, o hubieren dejado de existir; y el que hubiese prometido tales cosas indemnizará el daño que causare a la otra parte*".

La norma es clara y lógica, al margen que la existencia se considere o no un requisito, en virtud de que en realidad aquélla tiende a impedir una actitud que hasta podría ser dolosa, pues el tema pasa no tanto por la inexistencia de la cosa sino porque se contrata sobre ella "como existente".

La situación debe ser diferenciada del contrato sobre cosas futuras —artículo 1173—, supuesto en el cual, en realidad, también la cosa "aún no existe", pero es susceptible de existir. Terminológicamente, el Código utiliza el término "inexistente" en el sentido indicado en la norma.

Como una curiosidad, cabe mencionar que el artículo 1406 (16) establece un caso de "venta aleatoria" en el cual mantiene la validez del contrato no obstante que la cosa, en realidad, ya no existía al celebrarse el mismo, siempre que se ignorara la situación. En tal excepción da prioridad a la aleatoriedad sobre la existencia.

Finalmente, en el marco de los bienes futuros encontramos el caso que es motivo particular de este trabajo: la herencia futura, aludida en los artículos 1175 y 1176 y en otras normas que citaremos, estableciendo la prohibición de contratar sobre ella, todo lo cual paso a contemplar.

(16) Art. 1406: "*Si fuese aleatoria (aclaro: la venta) por haberse vendido cosas existentes, sujetas a algún riesgo, tomando el comprador ese riesgo, el vendedor tendrá igualmente derecho a todo el precio, aunque la cosa hubiese dejado de existir en todo o en parte en el día del contrato*". Art. 1407: "*La venta aleatoria del artículo anterior, puede ser anulada como dolosa por la parte perjudicada, si ella probase que la otra parte no ignoraba el resultado del riesgo a que la cosa estaba sujeta*" (o sea, si sabía que la cosa ya había dejado de existir).

### III. La "herencia futura". Normas implicadas. Su concepto

#### III.1. Normas implicadas

El art. 1175 del Código Civil, ubicado en el capítulo de objeto de los contratos, establece como norma: "*No puede ser objeto de un contrato la herencia futura, aunque se celebre con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate; ni los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares*" (17).

Se amplía la prohibición en el artículo 1176: "*Los contratos hechos simultáneamente sobre bienes presentes, y sobre bienes que dependen de una sucesión aun no deferida, son nulos en el todo, cuando han sido concluidos por un solo y mismo precio, a menos que aquel en cuyo provecho se ha hecho el contrato consienta en que la totalidad del precio sea sólo por los bienes presentes*" (18).

La prohibición se reitera en diversos artículos.

Así el art. 1449 —ubicado en el contrato de "cesión de créditos", parte pertinente—: "*Es prohibida la cesión de... las esperanzas de sucesión*" (19).

Art. 1790 —ubicado en el contrato de donación—: "*Si alguno prometiére bienes gratuitamente, con la condición de no producir efecto la promesa sino después de su fallecimiento, tal declaración de voluntad será nula como contrato, y valdrá sólo como testamento, si está hecha con las formalidades de estos actos jurídicos*" (20).

(17) Vélez Sarsfield cita como fuentes de este artículo Las Partidas, Zacharie, Troplong, arts. 791 y 1130 del Código Civil francés, 708 y 1084 del de Nápoles, 1109 y 1370 del holandés, 1118 del italiano (advirtase nuevamente la actualización de fuentes que tenía el codificador, desde que este código era de 1865 —luego reemplazado por el unificado de 1942— y Aubry et Rau. SEGOVIA, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina, Su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Imprenta de Pablo E. Coni, Editor, Bs. As., 1881, t. I, p. 325, cita también a Goyena, 994, § 2. Recordemos que Segovia corrige, o agrega, en numerosos artículos lo que considera las verdaderas fuentes de los mismos, no coincidiendo con las que indica el codificador.

(18) Como fuente se cita a Aubry et Rau.

(19) Como fuente también Aubry et Rau.

(20) No se cita la fuente por el codificador. Segovia cita a Freitas, art. 2138, Código chileno, 1000.

Art. 3311: “Las herencias futuras no pueden aceptarse ni repudiarse. La aceptación y la renuncia no pueden hacerse sino después de la apertura de la sucesión” (21).

Cabe detenerse en la nota de esta norma, en la cual el codificador confirma la prohibición y su alcance. Su lectura completa es interesante para el análisis del tema: “Es una consecuencia del artículo, que deben ser prohibidos los contratos sobre sucesiones futuras, no sólo a los herederos y a los terceros, sino también a aquél de cuya sucesión se trate, en el sentido de que la facultad de disponer de sus bienes por acto de última voluntad, no puede ser objeto de un contrato. Así, el acto por el cual una persona vende a otra los valores que ella tuviese el día de su fallecimiento, es nulo. Así, también sería nula la estipulación sobre una sucesión abierta y una sucesión futura, cuando hubiese en ella indivisibilidad, como por ejemplo, ambas por un solo precio. Véase Duranton, tomo 9, n° 713, Zacharie, nota 3, al § 377. No basta que la sucesión sea abierta para que sea aceptada o repudiada eficazmente; es preciso que el que es llamado a ella, conozca la apertura y su derecho al momento en que él hace la opción. Así, un acto que podría ser un hecho de adición de la herencia, si el heredero estaba instruido de la apertura de la sucesión, no sería considerado sino como una gestión oficiosa, si se prueba que el autor de ese hecho ignoraba la muerte que había producido la herencia. Chabot, art. 774, n° 1 y siguientes, Malpel, *Traité des success*, n° 186”.

Art. 3312, que en la línea de la invalidez de los pactos sobre herencia futura establece: “El heredero presuntivo que hubiere aceptado o repudiado la sucesión de una persona viva, podrá sin embargo aceptarla o renunciarla después de la muerte de la persona”.

Art. 3599: “Toda renuncia o pacto sobre la legítima futura, entre aquellos que la declaran y los coherederos forzosos, es de ningún valor. Los herederos pueden reclamar su respectiva legítima, pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por el contrato o renuncia” (22).

Art. 3618: “Un testamento no puede ser hecho en el mismo acto, por dos o más personas, sea en favor de un tercero, sea a título de disposición recíproca y mutua”.

(21) Como fuente Aubry et Rau y Zacharie.

(22) Como fuente se cita a Cód. Romano, Cód. Francés, art. 791, de Nápoles, 836 y “las disposiciones establecidas respecto a los contratos de herencia de personas vivas”. Segovia agrega a Goyena.

En la órbita del objeto de las transacciones —las cuales, con parte de la doctrina, considero contratos (23)— encontramos varias normas prohibitivas, a partir del art. 848 del Código Civil: “No puede haber transacción sobre los derechos eventuales a una sucesión, ni sobre la sucesión de una persona viva”. Esta norma resulta confirmada por el genérico art. 833, al disponer que se le aplican a las transacciones “todas las disposiciones sobre los contratos respecto... al objeto” y también el 844, al señalar que “los derechos que no son susceptibles de ser materia de una convención, no pueden ser objeto de las transacciones”.

Pero existen otras normas en el Código Civil y leyes especiales que determinan que el régimen prohibitivo no es absoluto, al permitir ciertos actos que serían excepción del mismo.

En la redacción original de aquel código, se puede mencionar el art. 1217, que al legislar sobre las convenciones matrimoniales establecía: “Antes de la celebración del matrimonio los esposos pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes:... 4°. Las donaciones que los esposos se hagan de los bienes que dejaren por su fallecimiento”.

También pueden mencionarse los arts. 1233 (24) a 1237, referidos a las donaciones entre esposos en relación con el fallecimiento de alguno de ellos, pero se considera que han quedado también sin vigencia por la derogación del mencionado inc. 4° del art. 1217 (25).

Pero el caso que parece más categórico en cuanto a las excepciones a la aparente rígida prohibición, resulta de la denominada “partición de ascendientes”, o denominación similar, regulada a partir del art. 3514,

(23) Véase GASTALDI, *Introducción al estudio del contrato*, cit., Segunda parte referida al “Contrato y su noción. Su naturaleza jurídica”, especialmente ps. 20 y sigtes., enmarcándolas en la definición del contrato que adoptamos ya en trabajos anteriores, el cual abarca el acuerdo de dos o más partes “para constituir, modificar, transferir o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial”.

(24) Art. 1233 Cód. Civ.: “Si las donaciones que los esposos hicieron de los bienes que quedaren al fallecimiento de alguno de ellos fuesen de bienes determinados, muebles o inmuebles, no podrán éstos ser enajenados durante el matrimonio, sino con el consentimiento expreso de ambos cónyuges”. Se complementaba con los también considerados derogados artículos 1234 a 1237.

(25) Conf. CIFUENTES, Santos, Director – SAGARNA, Fernando, Coordinador, *Código Civil Comentado y Anotado*, Ed. La Ley, Bs.As., 2003, t. II, p. 102.

que dispone: *"El padre y madre y los otros ascendientes, pueden hacer, por donación entre vivos o por testamento, la partición anticipada de sus propios bienes entre sus hijos y descendientes, y también, por actos especiales, de los bienes que los descendientes obtuviesen de otras sucesiones"*.

Respecto a este supuesto, mi análisis se limitará al caso de la donación, pues tratándose de un testamento queda fuera de los "pactos" sobre herencia futura, ya que ese acto es una disposición de última voluntad y sus efectos se producen a partir del fallecimiento del testador, al margen de ser un acto esencialmente revocable, precisamente por su naturaleza jurídica. El art. 3531 reafirma el concepto, al señalar que *La partición hecha por testamento está subordinada a la muerte del ascendiente, el cual durante su vida puede revocarla...*

En el marco de la donación, incluido en el tratamiento de este contrato, se menciona también el art. 1805: *"El padre y la madre, o ambos juntos, pueden hacer donaciones a sus hijos de cualquier edad que éstos sean. Cuando no se expresare a qué cuenta debe imputarse la donación, entiéndese que es hecho como un adelanto de la legítima"*.

En el contrato de mandato se admite el que se realiza con validez *post mortem*, generalmente como complemento del otorgamiento de un poder irrevocable, destacándose el art. 1982: *"El mandato continúa subsistiendo aun después de la muerte, cuando ha sido dado en el interés común de éste y del mandatario, o en el interés de un tercero"*, lo cual parece excepcionar la regla general del art. 1983 (26) que establece que *"Cualquier mandato destinado a ejecutarse después de la muerte del mandante, será nulo si no puede valer como disposición de última voluntad"*.

En materia de sociedades, civiles y comerciales, se admiten legislativamente situaciones que implican una suerte de pactos sobre herencias futuras, haciendo excepción a la causal de disolución, total o parcial, por muerte de los socios.

(26) Digo que "parece" excepcionar, por cuanto he sostenido, ante la norma que establece la extinción del mandato por muerte del mandante —art. 1963, inc. 3° del Código Civil—, que lo que subsiste es, en realidad, el poder que resulta del mandato, pues éste se ha extinguido. Conf. GASTALDI, José María, *Representación, poder y mandato*, Bs.As. 1960, publicado, posteriormente, en la Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XXIV, Bs. As. 1977, ps. 716 y sigtes., y en GASTALDI, *Contratos*, vol. II, cit. ps. 239 y sigtes.

Como norma genérica del Código Civil, el art. 1758, que inicia el capítulo dedicado a la disolución de la sociedad establece: *"La sociedad queda disuelta, si fuere de dos personas, por la muerte de una de ellas, pero no si constare de mayor número de socios"*.

Se complementa con el art. 1760: *"Continuando la sociedad después de la muerte de alguno de los socios, la partición con sus herederos se fijará el día de la muerte del socio, y los herederos de éste no participarán de los derechos y obligaciones ulteriores sino en cuanto sea una consecuencia necesaria de operaciones entabladas antes de la muerte del socio"*; agregando el siguiente, art. 1761: *"Lo mismo se observará aun cuando se hubiese convenido en el contrato social que la sociedad continuaría con los herederos, a no ser que éstos y los otros socios conviniesen entre ellos continuar la sociedad"*. Y el art. 1762: *"Los negocios pendientes de la sociedad continuarán con los herederos del socio muerto"*.

Cabe mencionar, para aclarar la posible continuidad, que el art. 1670 dispone: *"No tienen calidades de socios los herederos o legatarios de los derechos sociales, si todos los otros socios no consintiesen en la substitución; o si ésta no fuese convenida con el socio que hubiese fallecido, y aceptada por el heredero"*.

Finalmente, el art. 1788 bis, introducido por la ley 17.711, establece: *"En la liquidación parcial de la sociedad por fallecimiento o retiro de algún socio, la parte del socio fallecido o saliente se determinará, salvo estipulación en contrario del contrato social, computando los valores reales del activo y el valor llave, si existiese"*.

Completando el sistema, el art. 1654, inc. 3° originario (inciso derogado por la ley 17.711) establecía: *"Son válidas las estipulaciones siguientes:... 3. Que la totalidad de las ganancias, y aun de las prestaciones a la sociedad, pertenezca al socio o socios sobrevivientes"*.

Agregando el inc. 4: *Que por fallecimiento de cualquiera de los socios, sus herederos sólo tengan derecho a percibir como cuota de sus ganancias una cantidad determinada, o que el socio o socios sobrevivientes puedan quedar con todo el activo social, pagándole una cantidad determinada"*, inciso este último que la ley 17.711 mantuvo, si bien con un agregado: *"Empero la aplicación de esta estipulación, no podrá afectar la legítima de los herederos forzosos. Además será invocable en cualquier caso el derecho que acuerda el artículo 1198 respecto de las circunstancias imprevistas sobrevinientes"*.

En materia de sociedades comerciales, ya el Código de Comercio—luego derogado por la ley 19.550—prescribía en su art. 419: *“El contrato de sociedad puede rescindirse parcialmente, siempre que no se modifique la razón social... 8º Por la muerte de uno de los socios, si no contiene la escritura social pacto expreso para que la sociedad parcial subsista entre los socios sobrevivientes”*.

Por su parte, el art. 423: *“En caso de disolución parcial de la sociedad por muerte de un socio, los herederos del muerto sólo tienen derecho a la partición, considerada la sociedad al tiempo de la muerte, y no participan de los derechos ulteriores, sino en cuanto son consecuencia necesaria de lo que se hizo antes del fallecimiento del socio a quien heredan”*.

En las sociedades de responsabilidad limitada, el art. 22 de la derogada ley 11645 establecía: *“La sociedad de responsabilidad limitada no se disuelve por la muerte, interdicción o quiebra de uno o algunos de los socios ni por la remoción del gerente socio nombrado en el contrato, salvo disposición contraria de los estatutos...”*

La ley de sociedades comerciales 19.550, en el capítulo “De la resolución parcial y de la disolución”, art. 90 “Muerte de un socio”: *“En las sociedades colectivas, en comandita simple, de capital e industria y en participación, la muerte de un socio resuelve parcialmente el contrato. En las sociedades colectivas y en comandita simple, es lícito pactar que la sociedad continúe con sus herederos. Dicho pacto obliga a éstos sin necesidad de un nuevo contrato, pero pueden ellos condicionar su incorporación a la transformación de su parte en comanditaria”*.

Y en materia de sociedades de responsabilidad limitada, el art. 155 (“Incorporación de los herederos”) prescribe: *“Si el contrato previera la incorporación de los herederos del socio, el pacto será obligatorio para éstos y para los socios. Su incorporación se hará efectiva cuando acrediten su calidad; en el interin actuará en su representación el administrador de la sucesión. Las limitaciones a la transmisibilidad de las cuotas serán, en estos casos, inoponibles a las cesiones que los herederos realicen dentro de los tres (3) meses de su incorporación. Pero la sociedad o los socios podrán ejercer opción de compra por el mismo precio, dentro de los quince (15) días de haberse comunicado a la gerencia el propósito de ceder, la que deberá ponerlo en conocimiento de los socios en forma inmediata y por medio fehaciente”*.

En la ley 19.836, de fundaciones, se prevén (capítulo 7) las “fundaciones por disposición testamentaria”, estableciendo su art. 32: *“Intervención del ministerio público. Si el testador dispusiera de bienes con destino a la creación de una fundación, incumbirá al ministerio público asegurar la efectividad de su propósito, coadyuvantemente con los herederos y el albacea testamentario”* y su art. 33: *“Facultades del juez. Si los herederos no se pusieren de acuerdo entre sí o con el albacea en la redacción del estatuto y acta constitutiva, las diferencias serán resueltas por el juez de la sucesión, previa vista al ministerio público y a la autoridad administrativa de control”*.

He anticipado todas estas normas para ir encuadrando el tema en desarrollo y, particularmente, para una mejor lectura de las opiniones que habré de volcar.

### III.2. Concepto de “herencia futura”

La expresión “herencia futura”, utilizada en los artículos 1175 y 3311 del Código Civil—y la nota de este último, aunque emplea la denominación de “sucesiones futuras”—, no es correcta, porque la “herencia” depende del fallecimiento de la persona y la “sucesión” de ella ocurre, se abre, a partir de dicha circunstancia, conforme lo establece el artículo 3282. No obstante, es la terminología con que se conoce el conjunto de bienes de una persona que quedará cuando fallezca.

Con mejor criterio, el artículo 1176 denomina “sucesión no deferida” y la duda de la terminología quizá haya inspirado la mención de “esperanzas de sucesión”, que aparece en el art. 1499, la expresión del art. 3312 “sucesión de una persona viva” y las del art. 848 “derechos eventuales a una sucesión” y “sucesión de una persona viva”.

De cualquier manera, queda claro que la denominación se refiere a los casos en que el objeto del contrato es el patrimonio de un futuro causante, esto es, los bienes de una persona a su fallecimiento.

En esa línea se puede decir que se trata simplemente de una sucesión *mortis causa* (27) no abierta o “no deferida”, como menciona el art. 1176,

(27) Aclaro *mortis causa* para no dejar de recordar que el término “sucesión” no se refiere exclusivamente a ese supuesto, desde que el art. 3262 del Código Civil claramente esta-

o bien “no abierta”; en definitiva “bienes o derechos eventuales dependientes de una sucesión no abierta” (28).

La prohibición comprende tanto la sucesión testamentaria como la intestada.

#### IV. Los actos *mortis causa*, los actos de última voluntad y el pacto sobre herencia futura. El testamento

Enunciado el concepto de “herencia futura”, cabe establecer la relación de los pactos sobre la misma con los diversos supuestos de actos jurídicos que se vinculan con el fallecimiento de una persona.

##### IV.1. Clasificación de los actos en el Código Civil. Actos “*mortis causa*” y de última voluntad

Nuestro Código Civil, al clasificar los actos jurídicos, en su art. 947 establece: “*Los actos jurídicos cuya eficacia no depende del fallecimiento de aquellos de cuya voluntad emanan, se llaman en este Código actos entre vivos, como son los contratos. Cuando no deben producir efecto sino después del fallecimiento de aquellos de cuya voluntad emanan, se denominan disposiciones de última voluntad, como son los testamentos*”.

Es habitual identificar “disposiciones —o “actos”— de “última voluntad” con “actos *mortis causa*” (por causa de muerte), no obstante que, conforme con la doctrina que comparto (29), estos últimos comprenden, como

blece que los “sucesores” son “las personas a las cuales se transmiten los derechos de otras personas, de tal manera que en adelante puedan ejercerlos en su propio nombre” y el artículo siguiente distingue entre el “universal”, al que se transmite “todo o una parte alícuota del patrimonio de otra persona” y el “singular”, al que se transmite “un objeto particular que sale de los bienes de otra persona”. Este último caso es corriente—como ejemplo clásico se cita que el comprador de una cosa es sucesor particular del vendedor—; en cambio se discute si existen o no sucesores universales que no sean *mortis causa*, ejemplificándose con las transferencias de fondos de comercio.

(28) En este último concepto SALVAT, *Tratado de Derecho Civil Argentino, Fuentes de las Obligaciones*, cit., t. I, p. 116.

(29) GUASTAVINO, *Pactos sobre herencia futura*, cit., Sección Tercera, ps. 39 y sigtes., con cita de BINDER, Julio, *Derecho de Sucesiones*, traducción de la 2ª ed. alemana y anotado con el derecho español por José Luis Lacruz Berdejo, Barcelona, 1953, § 6; GIAMPICCOLO, Giorgio, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milán, 1954, p. 51; aclarando que este último autor señala que en las obras de

una especie, a aquéllos, pero hay excepciones, pues existen disposiciones por causa de muerte que no son actos de última voluntad.

Nuestro Código Civil reitera en varias normas, la misma terminología del art. 947, y en algunas la oposición entre unos y otros actos; así en los arts. 720, 951, 952, 2812 y otros.

En cambio, emplea también la expresión *mortis causa*, como sucede en el art. 1803 —“donaciones por causa de muerte”—, que se pone al concepto de donación que incluye en el art. 1789.

Respecto a la relación entre actos *mortis causa* y de última voluntad, por ejemplo el testamento, que menciona entre estos últimos el art. 947, es también un acto *mortis causa*, es decir, ingresa en ambas categorías: es de última voluntad y es por causa de muerte.

Pero se han señalado otros actos que son por causa de muerte pero no de última voluntad. Precisamente, los pactos de herencia futura, al menos los institutivos y renunciativos, son *mortis causa*, mas no de última voluntad, en tanto son actos entre vivos, cuyos efectos se concretan *post mortem*. En cambio, veremos más adelante que hay actos de última voluntad no testamentarios.

Analizado el art. 947 desde esta órbita, su redacción puede interpretarse sin que resulte que la única clasificación que se opone a los actos “entre vivos” son las disposiciones de “última voluntad”, en tanto no se identifica con *mortis causa*. Pero en algunos artículos o notas parece considerar al testamento como único caso, no como ejemplo. Así, en la nota del art. 3506 señala que “*calificamos con el nombre de testamento todos los actos de última voluntad*” y en el art. 3632 que “*las últimas voluntades no pueden ser legalmente expresadas sino por un acto revestido de las formas testamentarias*”.

El análisis de los “pactos sobre herencia futura”, que se efectúa a continuación, y su paralelo con el testamento, permitirán establecer, dentro de sus especies, típicos casos de actos entre vivos, que no se trata de actos de última voluntad, pero sí *mortis causa*, corroborando lo antes sostenido de que son especies diferentes.

COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milán, 1915, p. 320 y de L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milán, 1947, p. 42, se efectúa la distinción, señalando que es más amplio el concepto de actos por causa de muerte.



#### IV.2. Naturaleza jurídica de los pactos sobre herencia futura

Debemos tener presente que estos “pactos” son, en su naturaleza jurídica, contratos, aunque habitualmente se utilice aquella expresión para denominarlos. Y el contrato es un típico acto “entre vivos” (30), como claramente lo establece el citado art. 947.

Desde el punto de vista de los actos, simplificando la clasificación de la que antes se hizo mención, puede establecerse que los denominados por causa de muerte o *mortis causa* abarcan tanto actos de última voluntad —por ejemplo el testamento y aun no testamentarios, como la designación de tutor prevista en el art. 383— y otros que no lo son —los pactos sobre herencia futura o algunos de ellos (institutivos, renunciativos)— son *mortis causa*, pero no se trata de disposiciones de “última voluntad” (31).

La distinción puede no ser necesaria ante la prohibición de dichos pactos, pero lo es ante las situaciones que analizaremos luego y que se sustentan en las normas positivas que anticipamos, que consagran verdaderas excepciones a la aparentemente rígida prohibición.

En definitiva, los pactos sobre herencia futura —al menos los que antes citamos (institutivos y renunciativos)— cabe calificarlos como *mortis causa*, en tanto producen sus efectos “después del fallecimiento de aquellos de cuya voluntad emanan” —en esos casos, del titular de la futura herencia—, conforme establece el art. 947, pero no son de última voluntad.

#### IV.3. El testamento y los pactos

La distinción entre uno y otros es muy clara.

(30) Para su concepto y naturaleza jurídica remito a GASTALDI, *Introducción al estudio del contrato*, cit., segunda parte, ps. 13 y sigtes., en que lo defino como “Acto jurídico plurilateral y entre vivos, por el cual dos o más partes se ponen de acuerdo para constituir, modificar, transferir o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial”; respecto a su naturaleza jurídica lo califico, como se advierte, entre otros aspectos, como “acto entre vivos”. Aclaro que utilizo el término “plurilateral”, en lugar del frecuente “bilateral”, por considerar que aquella noción abarca esta última y también los casos específicos de contratos denominados “plurilaterales” (como la sociedad).

(31) MESSINEO, Francisco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducción de Santiago Sentís Melendo, EJE, Bs. As. 1954, t. II, § 35, n° 3, p. 349, ejemplifica con el seguro sobre

El testamento es un típico acto *mortis causa* y de “última voluntad”, para disponer de los bienes —como anticipa el art. 3606— al fallecimiento de la persona que lo celebra, según el concepto que emana del art. 3607: “El testamento es un acto escrito, celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte”.

Si bien respecto al testamento, no se ha dudado en su calificación, se ha discutido en nuestra doctrina y jurisprudencia si puede o no contener disposiciones extrapatrimoniales o sólo patrimoniales, lo cual ha servido para abrir paso a actos no testamentarios que se consideran *mortis causa* y de última voluntad.

Es que, en realidad, existen disposiciones de última voluntad no testamentarias, como ocurre con el art. 248, redacción según ley 23.264 —reconocimiento de hijos extramatrimoniales que resulte “de las disposiciones contenidas en actos de última voluntad” (32)— y el art. 383 —designación de tutores—, incluso algunas referidas a aspectos patrimoniales, como los arts. 720 —reconocimiento de obligaciones en disposiciones de última voluntad— y 2812, inc. 2 —constitución de usufructo por actos de última voluntad—.

Por la índole de este trabajo no cabe efectuar mayores comentarios, sin perjuicio de recordar la sustancial diferencia de tratarse el contrato de un acto plurilateral y el testamento de uno unilateral, independientemente de la aceptación o no de las disposiciones testamentarias por parte del destinatario de las mismas, que pueden abarcar desde la institución de herederos hasta los legados aun de bienes determinados.

#### V. El contrato de cesión de derechos hereditarios

##### V.1. El contrato de cesión de derechos hereditarios en el Código Civil (33)

Al concluir el título dedicado a la “cesión de créditos”, el codificador incluye una conocida nota al pie, en la que manifiesta: “Regularmente

la vida de una persona, que es negocio entre vivos pero por causa de muerte, también la revocación de un testamento.

(32) En el Código Civil, redacción original, el art. 333, derogado por la ley 23.264 de patria potestad, establecía la posibilidad de reconocimiento de hijos extramatrimoniales en las disposiciones de última voluntad, con contenido similar al actual 248.

(33) Tomo como base GASTALDI, *Contratos II*, cit., cap. XVIII y Ponencias “Régimen actual de la cesión de derechos hereditarios. Necesidad de su regulación legal” y “Forma

los Códigos y escritores tratan en este título de la cesión de las herencias, método que juzgamos impropio, y reservamos esta materia para el libro IV, en que se tratará de las sucesiones”.

Por motivos que se desconocen —que tendrían que ver a mi juicio con la complejidad de la obra y la indecisión sobre el método para tratar la transmisión de los derechos de todo tipo, más que por las falencias de las fuentes principales del Código—, Vélez no cumplió su promesa, dejándonos sólo disposiciones aisladas sobre este tema, que no alcanzan para tipificar la figura, precisamente, porque no se legislan todos los aspectos esenciales de la misma.

Doctrina y jurisprudencia han logrado, no obstante, armar la estructura de este contrato.

Para ello, se parte de los principios generales de la cesión de créditos —legislados a partir del art. 1434 del Código Civil—, se agregan las normas que aluden específicamente a la cesión ahora en análisis —arts. 1184, inc. 6º, 3322, 2160 a 2163, etc.— y se completa, en cuanto sean compatibles y no se vean modificados por esas normas particulares, con las cláusulas introducidas por las partes en cada caso concreto, las generales de los contratos y, a través de éstas, de las obligaciones y actos jurídicos, sin perjuicio de los usos y costumbres y la analogía. Es decir, se emplea el sistema regulatorio que considero aplicable para cualquier figura atípica (34).

y efectos (entre partes y terceros) de la cesión de derechos hereditarios (*lege lata* y *lege ferenda*), que presentara a las XI Jornadas de Derecho Civil, Buenos Aires, Universidad de Belgrano, junio de 1987. También ponencias “Contratos aleatorios y conmutativos” y “Contratos aleatorios en particular”, que presentara conjuntamente con Esteban Centanaro, Guillermo Colla, Inés Amura, Juan Pablo Rodríguez, José Mariano Gastaldi, Paula Fernández y Javier Fernández, con la colaboración de Sabrina Propper, Joaquín Clariá y Juan Riva, a las XX Jornadas de Derecho Civil, Buenos Aires, Facultad de Derecho de la UBA, septiembre de 2005. Aclaro que, sobre todo en materia de forma y efectos respecto de terceros —oponibilidad—, el cambio de normas —de fondo y reglamentarias— determina que en el presente trabajo efectúe modificaciones a mi opinión volcada en esos antecedentes.

(34) Sobre los contratos atípicos, remito a GASTALDI, *El contrato de concesión privada*, cit., 1ª parte, ps. 7 a 86; *Introducción al estudio de los contratos*, cit., ps. 32 y sigtes.; “Contratos nominados e innominados (típicos y atípicos)”, en *Contratos I*, Cátedra del Dr. Federico N. Videla Escalada, Ed. Víctor P. de Zavallía, 197, ps. 165 a 222; y *Contratos I*, cit., cap. VII.

De esta manera, ha sido posible solucionar desde la configuración de esta especie de cesión hasta sus efectos, pasando por los restantes elementos, receptando así un negocio de amplio espectro y práctica bastante frecuente, que permite abarcar variados casos, con lo que se demuestra su utilidad.

En este marco, he propuesto y reitero ahora (35), con algunos agregados, los diversos aspectos de la cesión de derechos hereditarios —terminología que prefiero a la de “cesión de herencia”, por ser más comprensiva de los diversos casos que pueden presentarse—.

Lo hago partiendo de las normas positivas (*lege lata*), sin perjuicio de indicar, en algunos aspectos al menos, cómo considero que debería regularse en caso de tipificarse el contrato (*lege ferenda*).

## V.2. Conceptualización

La cesión de derechos hereditarios, acto jurídico de naturaleza contractual, lo he definido como el contrato por el cual una parte —titular de derechos hereditarios— se obliga a transferir a otra, que acepta, en forma onerosa o gratuita, tales derechos o una parte alícuota de ellos.

Estimamos indiscutible el carácter contractual de la figura (36), admitiendo que verse sobre una universalidad jurídica —total o una parte alícuota—, pero respondiendo a la definición de contrato, que para nosotros es un acto jurídico plurilateral (37), entre vivos, por el cual dos o más partes se ponen de acuerdo para constituir, modificar, transferir o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial (38).

Dado tal carácter contractual, la referencia a la aceptación del cesionario es esencial en la definición, no así la mención de la contrapresta-

(35) Tomando como base los trabajos mencionados en la nota 33.

(36) Coincide con ello doctrina y jurisprudencia. Por ejemplo: CNCiv., A, 26/12/78, ED, 82-502; íd., B, 29/12/77, ED, 78-611; íd., E, 23/2/79, ED, 108-533; etc.

(37) Aclaro que utilizo el término “plurilateral”, en lugar del frecuente “bilateral”, por considerar que aquella noción abarca esta última y también los casos específicos de contratos denominados “plurilaterales” (como la sociedad).

(38) En su esencia, coincidimos con la noción que suministra VIDELA ESCALADA, Federico, *Contratos*, Cátedra del mismo, Ed. Zavallía, t. I, 1971. Spota da una noción similar simplificada: “Contrato es el acto jurídico bilateral —o plurilateral— y patrimonial.

ción que es propia de una de las especies, la onerosa, bastando con la aclaración de que puede ser de este modo o gratuita.

Debe remarcar el hecho de que el contrato exige para su configuración que el cedente sea titular, aunque no lo sea en forma exclusiva, de los derechos hereditarios que se obliga a transmitir, es decir, que la sucesión se encuentre abierta por fallecimiento de aquel sobre cuya herencia se contrata. Ello en virtud de la prohibición de nuestra legislación con relación a los pactos sobre herencia futura, conforme los artículos 1175, 1449 y concordantes del Código Civil (39), tema central de este trabajo.

### V.3. *Su atipicidad. Su carácter conmutativo. Otros caracteres*

La cesión de derechos hereditarios debe ser calificada como atípica en tanto no cuenta con una regulación expresa, completa y unitaria en la ley (40).

Esta afirmación, a la vez que supone el rechazo de la asimilación de la figura en cuestión con el contrato de cesión de derechos legislado en el Código Civil —mal llamado de cesión de créditos—, hace aconsejable su regulación expresa, especialmente si se considera la tipicidad social adquirida.

Es habitual, sin embargo, considerarla incluida dentro del concepto de la cesión de créditos (de derechos), en virtud de la amplitud con que el artículo 1444 del Código Civil describe el objeto de dicho contrato, al decir “todo objeto incorporal”, y aun analizarla, algunos autores, con las sucesiones. Pero en realidad presenta características propias que obstan a dicha inclusión.

En efecto, la universalidad jurídica que representa la herencia transmitida excede el concepto de objeto incorporal y el deudor cedido no existe en la cesión de derechos hereditarios.

(39) He sostenido que la estricta prohibición de dichos pactos debería derogarse. Véase GASTALDI, *Contratos I*, op. cit., capítulo IX y Ponencia conjunta “Sobre la conveniencia de derogar la prohibición de la cesión de derechos hereditarios futuros”, presentada a las XI Jornadas de Derecho Civil, Buenos Aires, Universidad de Belgrano, 1987. En el presente reitero mi opinión.

(40) Sobre este concepto de atipicidad y todo lo vinculado a los contratos atípicos remito a mis trabajos citados en nota 34.

Refuerza la idea de la autonomía del contrato que nos ocupa el hecho de que el codificador, en la nota ya citada al artículo 1484, haya reservado para el libro IV, correspondiente a las sucesiones, el tratamiento del contrato, que, aunque no concreta, pone en evidencia que le reconocía rasgos distintivos suficientes para su tipificación por separado.

La jurisprudencia no siempre ha señalado la atipicidad en forma directa, pero ha manifestado que “no se encuentra legislada”, o que el Código Civil “no contiene sobre la cesión de herencia sino algunas disposiciones aisladas”, por lo cual “deben considerarse aplicables las normas relativas a la cesión de créditos” (criterio de analogía), “que el contrato de cesión de derechos hereditarios, no legislado en el Código Civil...” o que “la cesión de derechos hereditarios no ha sido especialmente reglamentada en nuestro Código Civil” (41).

Descartada su subsunción dentro del contrato de cesión de derechos y, como mencioné, siendo aisladas las normas que se refieren específicamente a la cesión de derechos hereditarios: prescripciones sobre forma —artículo 1184, inciso 6—, garantía de evicción —artículos 2160 a 2163—, cesión que uno de los herederos hace de los derechos sucesorios —artículo 3322—, nos encontramos frente a un contrato atípico, precisamente porque no se legisla en forma expresa, completa y unitaria, condiciones que hemos insistido debe tener la tipicidad. Acá se advierte la importancia, sobre todo, de la completividad.

La forma de regularla ha quedado así en manos de la doctrina y la jurisprudencia, que, como ya dije, han tomado como sustento las pautas antes señaladas, es decir, las normas especiales referidas a la cesión de derechos hereditarios, las generales en materia de cesión de derechos (42) y las reglas de la doctrina general del contrato, obligaciones y actos jurídicos. En este caso en particular, preferimos anteponer la analogía a la doctrina general, por entender que, en definitiva, la cesión de derechos hereditarios es una especie de la cesión de derechos, aunque con características propias que he marcado que impiden asimilarla totalmente a ésta.

(41) CNCiv., sala II, 15/11/38, LA LEY, 12-750; íd., A, 26/10/72, ED, 47-260, CCiv. y Com. La Plata, I, 30/10/51, LA LEY, 66-666; SCBA, 13/5/38, LA LEY, 11-205; etc.

(42) CCiv. 2ª Cap., 20/04/38, LA LEY, 10-301; íd., 15/11/38, LA LEY, 12-750; C2ª Civ. y Com. La Plata, 03/04/70, ED, 33-184.

Es en realidad un caso curioso, pues casi se encuentra equidistante entre el contrato típico y el atípico, aunque la doctrina no suele detenerse en ello y más de un autor la ubican como una típica cesión de derechos.

En mi opinión, para ello sería necesario regularla expresamente en la ley, lo cual puede hacerse sobre la base de los principios mencionados y que a continuación se explicitan, debiendo ocupar un lugar en el título del contrato de cesión de derechos, como ubicación metodológicamente más adecuada.

Respecto a su carácter de onerosa o gratuita, al igual que la cesión en general, puede configurarse de ambos modos. En la práctica son habituales los dos, la última sobre todo cuando se realiza entre los mismos herederos.

La cesión onerosa supone que la ventaja otorgada por el cedente, al obligarse a transferir los derechos hereditarios de que es titular, lo es teniendo en mira, o con conocimiento de, la prestación, en dinero o especie, que a su vez le concede la otra parte (43), el cesionario, siendo entonces asimilable a la cesión-venta o cesión-permuta, según el caso.

La cesión gratuita, por el contrario, implica un acto de liberalidad, se cede sin precio ni ninguna otra onerosidad, resultando una suerte de cesión-donación, si la enmarcamos en el ámbito general de la cesión de derechos.

Sus otros caracteres principales son:

- Consensual (44), ya que el contrato queda concluido y se perfecciona por el solo consentimiento —artículo 1140 del Código Civil—.

En este sentido no hay discrepancias y se ha expedido la jurisprudencia al expresar que este contrato “no requiere la tradición de las cosas muebles o inmuebles comprendidas, máxime que efectuada esa cesión

(43) Sobre el concepto de onerosidad y también de bilateralidad remitimos a GASTALDI, *Contratos I*, op. cit., cap. VI.

(44) Sobre el concepto de consensual y real remitimos a GASTALDI, José María - CENANARO, Esteban, y colaboradores, *Contratos aleatorios y reales*, Ed. de Belgrano, 1998.

en el estado de comunidad hereditaria, mal podría referirse ella a bienes determinados ...” (45).

- Formal solemne relativo, carácter que analizo más adelante.
- Oneroso o gratuito, según ya he analizado.
- Bilateral o unilateral.

Puede asumir cualquiera de las dos variantes según que se haya pactado como oneroso o gratuito, siendo bilateral en el primer caso y unilateral en el otro, como consecuencia de las obligaciones, recíprocas o no, que genera. No se aparta, pues, del principio de que lo bilateral es oneroso y lo unilateral gratuito.

- Conmutativo y excepcionalmente aleatorio (46).

Descartando que esta clasificación sea aplicable exclusivamente a los contratos onerosos (47), como suele señalarse uniformemente por la doctrina, desde que no vemos por qué no puede haber un contrato gratuito aleatorio —caso de la donación (gratuita) de prestaciones vitalicias (art. 1810)—, y advirtiendo que alguna doctrina y jurisprudencia (48) califica como aleatorio al contrato en cuestión, paso a fundamentar mi posición, que he sostenido en trabajos anteriores (49) y que fuera la opinión mayoritaria en las XX Jornadas de Derecho Civil, de 2005 (50).

(45) CCiv. y Com., Santa Fe, sala I, 2/8/71, ED, 108-546, nros. 132 y 133.

(46) Sobre los conceptos de conmutativo y aleatorio puede verse GASTALDI, *Contratos II*, cit., p. 196 y “El álea en los contratos”, LA LEY, 2005-E, 1210 y sigtes.; y GASTALDI-CENANARO, *Contratos aleatorios y reales*, cit., y ponencias citadas en nota 33.

(47) Véase trabajos citados en nota anterior.

(48) Se ha dicho: “El contrato de cesión de herencia o de derechos hereditarios reviste carácter aleatorio, dado que, a la inversa de la compraventa, no comprende bienes especialmente individualizados”.

(49) Véanse los citados en nota 33, particularmente las ponencias a las XX Jornadas de Derecho Civil, Bs. As., 2005.

(50) Sobre la base de nuestras ponencias citadas en la nota 33, se decidió por amplia mayoría que “el contrato de cesión de derechos hereditarios es conmutativo y ocasionalmente aleatorio” (conclusión b).

Considero que es conmutativo el contrato que versa sobre prestaciones ciertas y determinadas, y por tanto no está sujeto a riesgo, aunque el resultado económico no esté asegurado o sea incierto (51).

Por oposición, el aleatorio —único conceptuado en el art. 2051 del Código Civil—, es aquel en que “sus ventajas o pérdidas para ambas partes contratantes, o solamente para una de ellas, dependan de un acontecimiento incierto” (52).

En el contrato de cesión de derechos hereditarios, el cesionario conoce la proporción determinada que va a corresponderle en la herencia (similar a lo que se sostiene para decir que la sociedad es contrato conmutativo), aunque ignore (en realidad, en la mayoría de los casos la conoce) la real extensión de los derechos que se le transmiten, extremo este último que reputamos insuficiente para convertir al contrato en aleatorio, y que, por otra parte, constituye un elemento especulativo que habitualmente no es ajeno al contrato de cesión de derechos en general.

Al cesionario se le cede un derecho cierto y determinado sobre una herencia determinada, sin asegurárselo el resultado económico de dicha cesión, lo que concuerda con la extensión de la garantía de evicción que se le debe, la que abarca la calidad de heredero, esto es la existencia y legitimidad de dicha calidad, mas no la cantidad de bienes incluida en la herencia —artículo 2160 del Código Civil—. En otras palabras, lo que importa es que sea cierta la calidad de heredero, no los bienes que componen la herencia. Esto último, precisamente, tiene que ver con aquel rasgo especulativo, que está presente, habitualmente, en toda cesión, no sólo en la de derechos hereditarios.

En efecto, en la cesión en general —que se considera conmutativa—, en realidad, no se sabe tampoco el resultado económico, pero lo importante es que el derecho cedido exista y sea legítimo.

Se ha señalado con razón que aunque se suele considerar a la cesión de derechos hereditarios como aleatoria, la afirmación debe ser tomada

(51) Dentro de este criterio, la sociedad se considera contrato conmutativo.

(52) LAFAILLE, Héctor, *Derecho Civil, Contratos*, EDIAR, p. 37, sostiene que “en su grado máximo origina la completa falta de contenido”, ejemplificando con el “golpe de red”.

con reservas y que en lo que atañe a la existencia, como a la cantidad de la herencia, la cesión de ésta es naturalmente conmutativa y sólo accidentalmente aleatoria (53).

Por excepción el contrato será aleatorio cuando los derechos cedidos sean litigiosos o dudosos, situación que resulta de la última parte del art. 1173 del Código Civil, pues se tratará de un negocio a riesgo exclusivo del cesionario.

#### V.4. Su objeto

En cuanto al objeto de la cesión de derechos hereditarios lo constituye el todo o una parte alícuota de los derechos hereditarios —no futuros— del cedente, abarcando tanto el activo como el pasivo de la herencia transmitida pero no la calidad de heredero que es personal e intransferible.

Es decir que el objeto consiste en la universalidad jurídica que representa la herencia recibida a título de heredero —o coheredero—, universalidad que puede cederse totalmente o en parte alícuota, pero siempre será una masa jurídicamente distinta de los bienes que la forman, constituida tanto por el activo como por el pasivo de la herencia transmitida (54), pero no se transmite la calidad de heredero considerada en sí misma, que es personal e incesible (55).

Pronunciarse en este sentido implica rechazar otras doctrinas relativas a la naturaleza jurídica del contrato que nos ocupa, sean aquéllas que lo contemplan como una simple cesión de créditos donde los coherederos del cedente serían los deudores de los derechos y acciones

(53) Véase ponencias citadas en nota 33 y conclusión en nota 50. LOPEZ de ZAVALIA, Fernando, *Teoría de los contratos*, Parte Especial, t. I, p. 646, si bien admite que la cesión en análisis es “accidentalmente aleatoria”, no coincide con la explicación que brinda este autor, cuando dice que es en el aspecto de la consistencia de la herencia donde aparece el elemento de riesgo, en el sentido de que económicamente se ganará más o menos. Ello por que no es el riesgo económico lo que importa, según vimos. Lo que ocurre, dice este autor, es que en este caso el riesgo asume tal intensidad que domina totalmente a la *universitas* transmitida. Ni aún así me convence la conclusión y prefiero quedarme con su primer concepto que, coincidiendo con nuestra postura, apunta a “naturalmente” conmutativo.

(54) Conf., por ej., LAFAILLE, *Sucesiones*, t. I, n° 381/2; CNCiv., B, 29/12/77, ED, 78-611; íd., A, 26/12/78, ED, 85-502.

(55) Conf. mismos fallos de nota anterior y CNCiv., E, 12/10/79, ED, 85-790.



cedidos, o como una cesión de cada uno de los objetos que conforman la herencia o de una cuota parte de cada uno de ellos (56).

#### V.5. Su forma

El contrato de cesión de derechos hereditarios debe celebrarse en escritura pública, conforme lo dispone el artículo 1184, inciso 6, del Código Civil, que prescribe el citado instrumento público para "la cesión, repudiación o renuncia de derechos hereditarios".

La primera cuestión a considerar es si estamos en presencia de una solemnidad absoluta —cuya ausencia determina la nulidad del acto— o relativa (para algunos *ad probationem*), que permite la aplicación, ante la omisión de la formalidad requerida, del artículo 1185 y concordantes del Código Civil, para subsanar la omisión mencionada exigiendo el otorgamiento de la escritura pública (57).

Antes de la reforma de la ley 17.711, se prescribía la escritura pública "bajo pena de nulidad" para la cesión de derechos hereditarios que importaran la suma de \$ 1000 —o más—, imponiéndose la tesis que no obstante aquella expresión sostuvo que ante la falta de la forma requerida podía reclamarse la misma, por el juego del mencionado art. 1185.

Después de la reforma, suprimida la aparente sanción de nulidad, la solución antedicha se impone sin mayor dificultad. Es decir, que la formalidad debe considerarse de solemnidad relativa.

Desde otro ángulo, cumple con el requisito de forma que para la cesión de derechos en general prescribe el art. 1454 —forma escrita— que, en mi opinión, es una solemnidad absoluta.

La segunda cuestión se refiere a si la escritura pública puede —o no— reemplazarse por un escrito judicial presentado por cedente y cesionario en el expediente en los autos sucesorios en que se ventilan los derechos cedidos.

(56) Sobre las teorías, puede verse REZZONICO, Luis María, *Estudios de los contratos en nuestro Derecho Civil*, t. I, p. 502.

(57) Sobre las diversas especies de forma remitimos a GASTALDI, José María, *Introducción al estudio de los contratos comerciales. Su relación con los contratos civiles*, Ed. de Belgrano, 1ª, 2ª y 3ª ed., 1981, 1985 y 1991, y reediciones.

Aquí la polémica ha sido ardua, sosteniéndose ambas posturas.

De lo que venimos exponiendo se deduce que, en materia de cesión de derechos hereditarios, existe una norma específica con relación a la forma del contrato que, en tanto tal, prima sobre el principio general de la simple —aunque solemne absoluta, según mi opinión— forma "escrita" y sobre la disposición relativa a la cesión de acciones litigiosas (que autoriza el "acta judicial" en reemplazo de la escritura pública y aún el escrito judicial).

En virtud de esa norma específica que prescribe la escritura pública, se sostuvo que ésta podría ser reemplazada por un escrito judicial presentado en los autos sucesorios en que se ventilan los derechos cedidos, o por un acta judicial labrada en el expediente —tomando como base la equiparación que de tal acta con una escritura pública establece el art. 979, inc. 4º, del Código Civil (58)—.

Esa tesis, que no comparto, supondría crear una excepción por analogía con una situación distinta, la cesión de derechos litigiosos, para la cual la ley prevé expresamente la posibilidad de optar entre la escritura pública y el "acta judicial" —art. 1455—, y, en este supuesto, sí se admite en la práctica que sea sustituida por la presentación de un escrito en el expediente judicial, previa ratificación o con firmas certificadas. Además, el acta judicial no se califica por la ley como escritura pública, sino con el género "instrumento público", tal cual resulta del art. 979 citado. La tendencia a la desolemnización de los actos tampoco es suficiente para crear una excepción en contra de una norma que considero expresa.

Sin embargo, la solución que propiciamos no fue pacíficamente aceptada en doctrina y jurisprudencia, dando lugar a sentencias contradictorias (59), que culminaron en la Capital Federal con un fallo plenario de la Cámara Nacional en lo Civil, que sentó como doctrina que "La escritura pública es la única forma idónea para instrumentar la cesión

(58) Aceptando el acta judicial puede verse: CNCiv., sala A, 22/07/62, ED, 5-87; íd., sala B, 10/10/69, ED, 33-531; íd., sala C, 19/12/67, ED, 21-165; íd. íd., 31/03/71, ED, 37-179; íd., sala E, 17/06/70, ED, 35-531.

(59) Véase los fallos citados en nota anterior, admitiendo el acta judicial como suficiente.

de derechos hereditarios" (60), debiendo aclarar que consideró que se trataba de una solemnidad relativa, que autoriza a aplicar el art. 1185 para lograr la escritura (61), con lo cual coincido conforme lo señale párrafos atrás.

Creemos conveniente que se mantenga exclusivamente la escritura pública como requisito formal, no sólo por razones de seguridad jurídica, sino también por resultar más acorde con la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble que sugerimos sea exigida, para que la cesión produzca efectos frente a los terceros, tema que luego ampliamos.

#### V.6. Sus efectos. Entre partes y frente a terceros

En cuanto a los efectos de la cesión de derechos hereditarios varían según que la misma sea onerosa o gratuita, pero existen efectos comunes a ambas.

Además, es muy importante determinar desde cuándo se producen los efectos, sobre lo cual no hay doctrina y jurisprudencia pacíficas.

Indicaremos, en su caso, cuando existen diferencias entre las especies onerosa y gratuita.

##### V.6.1. Entre las partes

Los efectos entre partes, al igual que en la cesión de derechos en general, se producen desde el momento mismo de la celebración del contrato, sin que sea necesaria la tradición o entrega, salvo que el heredero cedente estuviere en posesión material de las cosas comprendidas en la herencia, en cuyo caso debe entregarlas al cesionario —doctrina y jurisprudencia (62) prácticamente pacíficas—.

(60) "Rivera de Vignati, María s/sucesión", 24/02/1986, LA LEY, 1986-B, 155; ED, 117-311. Puede verse su comentario por Nelly A. RAVENNA, en GASTALDI, José María y colaboradores, *Contratos Civiles y Comerciales, Colección de análisis jurisprudencial*, Ed. La Ley, Bs. As., 2007, ps. 281 y sigtes.

(61) CNCiv., sala F, 15/02/96, LA LEY, 1998-D, 877 (40.647-S).

(62) Sobre el perfeccionamiento de la cesión entre partes a partir del contrato, CCiv. y Com. San Isidro, 24/10/96, LLBA, 1997-495.

La cesión comprende activo y pasivo de la herencia transmitida.

Pero no se transmite la calidad de heredero, la que es personal e intransferible, por lo cual el cesionario, salvo pacto en contrario, carece de derecho de acrecer. Estimamos ésta la solución más aceptable, cuando los contratantes no previeron el acrecentamiento y han contratado teniendo en cuenta —aunque no se garantice así ocurre en la práctica— el contenido real de la *universitas* transmitida y lo que se transmite —todo o parte alícuota—.

Si la cesión es onerosa, el cesionario debe la prestación convenida —generalmente un precio en dinero—, no teniendo obviamente obligación similar en la gratuita.

También en la cesión onerosa, el cedente debe la garantía de evicción prevista en los artículos 2160 a 2163 del Código Civil.

Por la primera de dichas normas queda en claro que la garantía alcanza sólo a la calidad de heredero, o sea, que el cedente tiene legítimo título de tal —vocación hereditaria— pero no garantiza la extensión ni el valor de los bienes que conforman el contenido patrimonial de la herencia transmitida. Se advierte alguna similitud entre "calidad de heredero" y "existencia y legitimidad" del crédito, que es lo que se garantiza en la cesión de derechos en general.

Si el objeto de la cesión lo constituyen derechos litigiosos o dudosos no hay responsabilidad por evicción —artículo 2161 del Código Civil—, salvo mala fe del cedente —artículo 2162—.

Las partes pueden, de común acuerdo, excluir la garantía de saneamiento por evicción, supuesto en que el cesionario tendrá derecho a repetir lo que dio, pero no podrá reclamar otra indemnización (art. 2163).

En el contrato gratuito, obviamente no se garantiza la evicción (norma general del art. 2091 y argumento analógico del art. 1484), salvo pacto en contrario (arts. 2098 y concs.).

Respecto a los aspectos no contemplados expresamente por los arts. 2160 a 2163, resultan de aplicación los arts. 2156 a 2159 —no el 2155 (caso de evicción de derechos dados en pago, remitidos o adjudicados y créditos transmitidos en virtud de subrogación real)—, relativos a la cesión de

derechos en general, sin perjuicio de las normas genéricas de la evicción, siempre teniendo en cuenta el tipo de contraprestación del cesionario (asimilable a cesión-venta o cesión-permuta). Tales normas se aplican por analogía, no sólo por la disposición general del art. 16 del Código Civil, sino por la particular del art. 2116, relativo a la extensión de la garantía por el mismo motivo.

#### V.6.2. Frente a terceros

Al igual que en la cesión en general —independiente de la forma exigida—, es importante determinar a partir de cuándo la de derechos hereditarios es oponible a los terceros —sucesivos cesionarios, acreedores del cedente, etc.—, lo cual también ha originado opiniones encontradas, en tanto se han sostenido a lo largo de los años varios criterios, expresados en doctrina y numerosos fallos (63): a) es oponible desde el otorgamiento de la escritura (64); b) es oponible con la agregación de la escritura pública en el expediente sucesorio (65); c) este último criterio si la cesión no fue inscrita en el Registro de la Propiedad (66); d) es oponible mediante el cumplimiento de las formalidades establecidas para cada categoría de bienes, particularizando en los inmuebles, exigiendo la inscripción en el registro correspondiente, tesis aceptada primero en fallos aislados y que fue sostenida posteriormente en la Capital Federal por el fallo plenario “Díscoli”, que luego menciono.

Debo anticipar que, en mi opinión, la interpretación de las normas vigentes conducen a la segunda solución —presentación de la escritura en el expediente sucesorio—, sin perjuicio de la conveniencia de pro-

(63) Puede verse al respecto, con citas jurisprudenciales, BELLUSCIO, Augusto César, *Efectos de la cesión de derechos hereditarios respecto de terceros*, en *Estudios en homenaje al Dr. Guillermo A. Borda*, Ed. La Ley, Bs. As., 1984, ps. 15 y sigtes.

(64) SCBA, 13/05/58, LA LEY, 11-205; íd., LA LEY, 17-668; CCiv. y Com. 1ª, La Plata, 01/03/40, LA LEY, 17-668; íd., 30/10/51, JA, 1952-II-106, etc.

(65) Muy numerosos fallos, CCiv. 1ª, 28/12/37, LA LEY, 9-136; íd., 03/06/42, LA LEY, 27-502; CCiv. 2ª, 26/06/33, JA, 42-842, íd., 15/11/38, LA LEY, 12-75; CNCiv., sala F, 06/10/60, LA LEY, 103-970, 7048-S; sala C, 13/12/65, LA LEY, 122-921; sala A, 04/04/67, ED, 18-738; íd., 02/06/68, LA LEY, 131-1066; íd., 12/05/72, LA LEY, 149-555; sala D, 29/02/77, ED, 68-710; sala E, 03/12/68, LA LEY, 136-1137, 22.556-S; ED, 33-524; sala B, 29/12/77, ED, 78-610; sala F, 15/09/72, ED, 45-197; etc.

(66) SCBA, modificando así su criterio del fallo mencionado en la nota 64.

piciar, a los efectos prácticos, la cuarta —inscripción en el registro correspondiente—, para mayor seguridad, en el caso de que existan inmuebles. Daré las razones para así considerarlo.

En efecto, creo que en el estado actual de nuestra legislación, es dable sostener que los efectos respecto de terceros se producen a partir de la presentación del instrumento de la cesión en el juicio sucesorio (67) que comprende los derechos cedidos (68), reitero, salvo la advertencia en relación con los inmuebles.

Sin embargo, hay quienes opinan que no es necesaria publicidad alguna, ni siquiera notificación, o bien que debe cumplirse con las formalidades de oposición a terceros prescripta por las leyes respecto a cada bien comprendido en la herencia transmitida: muebles registrables e inmuebles y derechos intelectuales, inscripción en los correspondientes registros; créditos, mediante notificación.

Por aplicación de esta última postura —aunque limitada a los inmuebles— la jurisprudencia plenaria de la Cámara Civil de la Capital Federal resolvió: “Para que la cesión de derechos hereditarios que comprende cosas inmuebles sea oponible a terceros interesados debe ser anotada en el Registro de la Propiedad” (69).

Con las normas actuales, pasamos a fundamentar por qué estimamos suficiente, en general, la presentación al juez del sucesorio del

(67) Ello, se sostiene, pues no existe mejor publicidad para una cesión que la cumplida en el propio juicio sucesorio, llenando los requisitos procesales correspondientes (conf. GOYENA COPELLO, Héctor Roberto, *Curso de Procedimiento Sucesorio*, 8ª ed. actualizada y ampliada, Ed. La Ley, Bs. As., 2005, p. 104, con cita de CNCiv., sala E, 03/08/71, ED, 38-593; íd., sala G, 10/08/81, LA LEY, 1982-A, 227. Coincide también con este criterio BELLUSCIO, *Efectos de la cesión*, cit., p. 29). También se ha dicho que el único procedimiento válido para acordar publicidad a las cesiones de derechos hereditarios y por ende hacerlas oponibles a terceros, es la agregación al expediente sucesorio del respectivo instrumento (íd., con cita de CS Tucumán, sala civil y penal, 21/02/96, DJ, 1996-2-135). Véase también fallos citados en nota 65.

(68) Conf. LAFAILLE, Héctor, *Curso de Sucesiones*, t. I, p. 380; FORNIELES, *Sucesiones*, t. II, nº 466; REZZONICO, *Estudio...*, cit., t. I, nº 617; BORDA, Guillermo A., *Sucesiones*, t. I, nº 763. Fallos: CCiv. 1ª, 28/12/37, LA LEY, 9-186; CCiv. 2ª, 15/11/38, LA LEY, 12-750; CNCiv., sala A, 4/4/67, ED, 18-738; íd., 24/3/72, ED, 42-605; íd., sala B, 23/12/77, ED, 78-610; íd., sala E, 3/8/71, ED, 38-592; íd., sala F, 5/9/72, ED, 45-197; etc.

(69) Autos “Díscoli. Alberto T. s/ sucesión”, 24/12/79, LA LEY, 1980-A, 327; ED, 86-430; JA, 1980-I-178.

instrumento de la cesión, pero analizaré particularmente el supuesto de las cesiones que incluyen inmuebles.

Desde el punto de vista general, el Código Civil no establece expresamente ningún sistema en el tema en análisis, lo cual es justificable si nos atenemos a las escasas normas sobre esta especie de cesión.

Siendo así, parecería que la solución debería ser amplia, es decir, no requerir ningún acto para la oponibilidad. Sin embargo, existen argumentos para considerar que debe restringirse ese criterio de amplitud.

Por de pronto, se sostiene con razón que la inexistencia de normas expresas no puede derivar en un sistema que deje sin protección a los terceros, ante actos que los pueden perjudicar y que impliquen conductas reprochables —del cedente, cesionario o ambos—; asimismo se ha dicho que ante la necesidad de aquella protección los jueces pueden atribuir efectos de publicidad a la agregación del instrumento, por aplicación de principios generales.

Sin perjuicio de que tales argumentos sean válidos, nos parece que el principio de analogía —aplicable con toda razón ante la atipicidad de este contrato— puede dar una solución más concreta.

En este caso, por aplicación analógica del art. 1467 —de la cesión de derechos—, cuando establece que para que ella produzca efectos contra terceros —que no sean el deudor cedido— la notificación debe realizarse por “acto público”.

En el caso de la cesión de derechos hereditarios, en que no existe “deudor cedido”, resulta entonces aplicable el criterio referido a otros terceros.

En cuanto a que el “acto público” pueda ser la presentación en juicio del instrumento de la cesión, es también perfectamente aceptable, toda vez que mayoritariamente se considera que tal expresión abarca diversos supuestos, que van desde la escritura pública, el instrumento público y aun el privado con fecha cierta (70), hasta el acto judicial cumplido en el expediente por el oficial notificador al intimar el pago (71), ha-

(70) Conf. CNCiv., sala 2ª, 12/5/66, LA LEY, 122-712.

(71) Conf. CNCiv., sala E, 6/3/70, ED, 33-529.

biéndose justificado tal exigencia, precisamente, por la necesidad de proteger los intereses de los terceros, para que no sean burlados por la mala fe o colusión del cedente y un supuesto cesionario (72).

Siendo así, en interpretación acorde con la existencia que cabe dar a la expresión mencionada por el codificador —evidentemente quiso significar algo distinto al instrumento público—, puede sostenerse que aquella presentación en el expediente queda comprendida en dicha expresión.

No se trata de exigir el “acto público” como requisito de forma, sino de oponibilidad a terceros, para la publicidad suficiente para ello. Y entonces puede sostenerse la tesis por el art. 1467.

Nos parece mejor esta postura que la de algunos fallos, que sostuvieron que la agregación al expediente era el modo de cumplir con la notificación al deudor cedido que prevé el art. 1459, considerando —erróneamente— que tal condición la asumían los coherederos (73).

Desde otro ángulo, en atención a la existencia de normas de registro inmobiliario que parecerían —según la interpretación que de ellas se haga— obligar a inscribir la cesión de derechos hereditarios en dicho registro cuando en la herencia cedida haya inmuebles, como así también la citada jurisprudencia plenaria que lo propicia, analizaremos esta solución.

De acuerdo a los fundamentos de tal fallo, se partía del art. 2º, inc. a), de la Ley Nacional de Registro Inmueble 17.801 y, en la Capital Federal, del mismo artículo e inciso de la derogada ley 17.417, en cuanto establecían que para su oponibilidad a terceros deben inscribirse los documentos “que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen, extingan o de cualquier otra forma se refieran al dominio y demás derechos reales sobre inmuebles”. Asimismo, se tomaba en cuenta el art. 2505 del Código Civil (74).

(72) Conf. CNCom., sala B, 21/4/75, ED, 63-532.

(73) Conf. CCiv. 2ª, 26/12/24, JA, 11-1177; CCiv. 1ª, 9/3/31, JA, 35-267; CCom., 31/12/42, LA LEY, 30-461, etc.

(74) Art. 2505 CCivil: *La adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda. Esas adquisiciones o transmisiones no*

En realidad, el fallo había perdido su sustento por cuanto al derogarse la ley 17.417 quedó sin aplicación su art. 58, inc. d), que preveía la inscripción, en el "Registro de Anotaciones Especiales", de "la cesión de acciones y derechos hereditarios anteriores a la registración de la respectiva declaratoria o testamento" y ni la ley 17.801, ni su decreto reglamentario 2080/80, contenían tal inciso en el art. 30 referido a tal Registro, si bien en su art. 3º, inc. b, mencionaba a "toda otra registración de carácter personal que dispongan las leyes nacionales o provinciales y que incida sobre el estado o la disponibilidad jurídica de los inmuebles".

Pero posteriormente a tal derogación, se dictó el decreto 466/99, que modificó y reordenó el 2080/80 y reprodujo textualmente en su art. 137, inc. b), aquel inciso d) del art. 58 de la derogada ley 17.417. Es decir, la situación volvió a la existente a la fecha del plenario, que, en mi opinión, recuperó así su vigencia.

Pero no coincido con la tesis de la mayoría del plenario en cuanto a que las cesiones anteriores a la registración de la declaratoria de herederos o del testamento deben anotarse en la Capital Federal en los folios personales del Registro de la Propiedad Inmueble y que en las posteriores la publicidad resulta regida por el ya citado art. 2505 del Código Civil.

En este aspecto me adhiero al voto de quienes no aceptaron la aplicación de esa norma (75).

*serán oponibles a terceros mientras no estén registradas.* Aclaramos que no obstante la expresión "solamente se juzgará perfeccionada", cabe interpretar que la inscripción no es constitutiva de derechos, sino que es, precisamente, para la oponibilidad hacia terceros, tal cual surge de la parte final de la norma. En cuanto a no compartir la tesis del plenario respecto a la aplicación de este artículo para oponibilidad de la cesión de derechos hereditarios, así lo sostenemos por cuanto el mismo no abarca la transmisión de una universalidad. A nuestro criterio, coincidente con el del camarista Dr. Raffo Benegas —que adhirió a la mayoría pero con distintos fundamentos—, la aplicación de dicho artículo implicaría considerar a la cesión de derechos hereditarios como una acumulación de contratos relativos a cada uno de los objetos particulares que están comprendidos en ella, en lugar de considerarla una universalidad jurídica.

(75) El Dr. Raffo Benegas, si bien compartió la mayoría, sosteniendo que la cesión de derechos hereditarios tiene por objeto una universalidad jurídica —coincido, según vimos al calificar el objeto— y no cada uno de los objetos singulares que componen la herencia, como así también el carácter universal del cesionario; que si la inscripción tuviera como base el art. 2505 se consideraría a la herencia como una acumulación de contratos relativos a cada uno de los objetos particulares que comprenden la herencia, en lugar de considerarla una universalidad jurídica.; la cesión resultaría así oponible a terceros desde la

Tal opinión deriva de la que he sostenido con relación al objeto del contrato, a saber, que lo transmitido es una universalidad y no los bienes particulares que conforman la herencia. A punto tal que en materia de evicción, según vimos, el cedente responde por su calidad de heredero y no por los bienes. En otras palabras, la causa —tomada como finalidad genérica—, calificadora del contrato, es la transmisión de derechos sobre la herencia, no sobre los bienes particulares de ella.

Por otra parte, el establecimiento por medio de una norma de derecho local, como son las registrales, de modificaciones a la legislación común, atenta contra el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional, en tanto reserva como atribución propia del Congreso Nacional el legislar todo lo relativo a los códigos de fondo.

La presentación del instrumento de la cesión en el expediente sucesorio como requisito de oponibilidad a los terceros del contrato, en cambio, resultaría de la legislación vigente —ver apartados precedentes—, con lo cual se reafirma el criterio de que la oponibilidad deriva de aquella presentación.

No obstante, desde el punto de vista práctico y en atención a las leyes de registro y a la interpretación que les ha dado la jurisprudencia de la Capital Federal y diversos tribunales provinciales, es aconsejable proceder a inscribir en los registros inmobiliarios las cesiones de derechos hereditarios que involucren inmuebles, a fin de evitar eventuales conflictos.

Finalmente, creo también aconsejable que se establezca legislativamente, por ley nacional, la obligación de inscribir en el Registro de la Propiedad Inmueble toda cesión que involucre bienes inmuebles, con independencia de los bienes concretos que integren el acervo, para que el contrato produzca efectos frente a los terceros.

Estimamos que se trata del sistema de publicidad más seguro, más práctico —pues no será necesario la inscripción en varios registros según la ubicación de los inmuebles ni, sobre todo, obliga al cesionario a iniciar el trámite sucesorio—, no siendo observable por el hecho de que

anotación en los folios personales del Registro. En cuanto al Dr. Ambrosioni opinó, desde la minoría, que no era aplicable el art. 2505 porque la cesión de herencias no puede ser calificada como inmueble.



no existieran en alguno de los registros secciones destinadas al efecto, pues ello se corrige con la organización de dichos registros, que es materia local. Es, por otra parte, el sistema al que tiende nuestra legislación, como se comprueba con el comentado art. 2505 del Código Civil.

### V.7. El derecho proyectado

Para finalizar, recuerdo el tratamiento de la cesión de derechos hereditarios en el derecho proyectado.

Me limito al comentario sobre las normas, sin efectuar juicio de valor sobre ellas, lo que no debe interpretarse como conformidad.

Me circunscribo al Proyecto de Código Civil de 1998, el cual ha tomado como evidente fuente inmediata las normas del Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 —que se inspiró en el Anteproyecto de 1954, según las notas puestas al pie de los artículos—, pues se reiteran casi todas ellas, incluso con igual redacción (76). No obstante, tal circunstancia no se menciona en los Fundamentos del Proyecto de 1998, que no alude a las fuentes, lo que es habitual en el mismo y he criticado en su momento. Por la similitud de las normas en este contrato resulta muy interesante la lectura de las extensas notas colocadas al pie de sus artículos por el Proyecto de 1993.

(76) En general, hemos preferido no sólo el sistema de ese Proyecto de 1993, sino sus soluciones concretas. Así: GASTALDI, José María, en las siguientes ocasiones, entre otras: *Contratos I*, cit., cap. IV; *Introducción al estudio de los contratos comerciales...*, cit.; en Mesa Redonda sobre Metodología y técnica de la Reforma Civil, Colegio de Abogados de la Ciudad de Bs.As., octubre 1993; en artículos: "Un nuevo intento de unificación de la legislación civil y comercial (sugerencias para la reforma, con especial referencia a la doctrina general de los contratos y a las sociedades civiles)", ED, 151-883; "La Doctrina General de los contratos en los proyectos de unificación de la ley civil y comercial. Concordancias y discordancias. Su compatibilización", ED, 158-869; "Estado actual de la unificación del Derecho Civil y Comercial", Revista Pensamiento Jurídico, Centro de Estudiantes de Derecho de la U.C.A., año 1, n° 1, octubre 1994; en jornadas-conferencias organizadas por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta, el Colegio de Abogados y el Colegio de Magistrados del Poder Judicial de la misma provincia, septiembre 1995, en que dicta Los contratos civiles y comerciales (su necesaria unificación legislativa); en "Análisis del Proyecto de Reformas del Código Civil de 1998", Parte General, Revista Temas de Derecho Privado (separata de la Revista del Notariado), n° XII, 2000; en "Análisis del Proyecto de Reformas del Código Civil de 1998, Doctrina General de los Contratos" (trabajo entregado a publicar por el Colegio de Abogados de Córdoba); en exposición realizada en las Jornadas sobre Unificación convocadas por el Congreso de la Nación, agosto 2000, concretada en trabajo entregado a la Comisión respectiva.

Analizo entonces el de 1998, por ser el último.

No define la cesión de derechos hereditarios —también la llama "transmisión de herencia"—, pero se refiere a "la cesión del derecho a una herencia ya deferida o a una alícuota de ella" (art. 1553).

Si bien no hace alusión al objeto, se infiere que se alude a la universalidad, no sólo por la referencia a la alícuota sino porque el art. 1561 excluye del contrato la "cesión de derechos sobre bienes determinados que formen parte de una herencia o indivisión poscomunitaria", diciendo que en tal caso no se rige por las normas de esta sección, sino "por las del contrato que corresponda, y su eficacia está sujeta a que el bien sea atribuido al cedente en la partición".

Prescribe para ella la forma "escritura pública" (art. 1532, inc. a), estableciendo que entre partes tiene efectos desde su celebración, pero en relación a los otros herederos, legatarios y acreedores del cedente, los tiene "desde que la escritura pública se inscribe en el registro referido en el art. 2186". Esta norma se refiere a las "registraiones personales", señalando que deben inscribirse diversas "situaciones jurídicas con relación a las personas", mencionando entre ellas "la cesión de derechos hereditarios" (en este aspecto difiere del Proyecto de 1993, que postulaba la oponibilidad a partir de la agregación de la escritura al juicio sucesorio).

Al deudor de un crédito a la herencia le es oponible a partir de su notificación.

El cesionario adquiere los mismos derechos que correspondían al cedente en la herencia, con algunas limitaciones (art. 1555).

Respecto a la evicción, siendo onerosa el cedente, garantiza la "calidad de heredero y la alícuota que le corresponde en la herencia, salvo que sus derechos hayan sido cedidos como litigiosos o dudosos sin dolo de su parte". En la cesión gratuita sólo responde aquél "en los casos en que es responsable el donante", limitándose su responsabilidad al daño causado por su mala fe (art. 1556).

## VI. Los pactos sobre herencia futura. Especies

### VI.1. Concepto

Anticipado el concepto de "herencia futura" —o sea, una sucesión *mortis causa* no abierta o no deferida—, me refiero ahora a los denominados "pactos" sobre la misma o "pactos sucesorios".

La expresión "pacto", en este caso, se ha tomado, quizá por una denominación histórica, como sinónimo de contrato, porque en realidad, de este acto jurídico se trata, con la particularidad de que su objeto es el patrimonio —"herencia"— de un futuro causante —o sea, sucesión no deferida—.

Pero quede bien claro, ya he calificado los actos desde el aspecto que interesa a este trabajo, que tratándose de un contrato es un acto "entre vivos", de acuerdo a su concepto, que también he citado.

Ensayando una definición simple bastaría decir que es el contrato por el cual una de las partes cede a la otra, gratuita u onerosamente, sus derechos eventuales sobre una herencia no deferida, y la otra parte acepta (77).

Precisamente, la configuración como contrato, una vez concluido éste, y su consecuencia la irrevocabilidad unilateral.

Opto así por un concepto que marque la esencia de estos pactos, sin descartar definiciones más comprensivas que la doctrina ha realizado (78).

Los proyectos de reforma y unificación, aun tratando la cesión de derechos hereditarios y los pactos, no suministran definición, lo cual es comprensible tratándose de proyectos que también los prohíben.

## VI.2. Especies de pactos sobre herencia futura

Al margen la clasificación según la extensión del objeto —universalidad de la herencia futura, parte alícuota u objetos particulares— o los

(77) GIORGI, Jorge, *Teoría de las Obligaciones en el derecho moderno*, traducida de la 7ª ed. italiana, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1910, vol. III, § 333, p. 352, lo define como "todo convenio que tenga por objeto la herencia de una persona viva, sea uno de los contratantes, sea un tercer extraño al contrato, tanto si comprende la herencia íntegra, cuando una de sus partes o una cosa determinada del caudal hereditario".

(78) GUASTAVINO, *Pactos sobre herencia futura*, cit., p. 76, analiza varios conceptos y formula el suyo: "es el contrato cuyo objeto es el todo o la parte de una herencia futura, y cuyo contenido concierne a su organización o a un aspecto de su organización, por referir a disposición o transferencia de derechos sucesorios eventuales o por referir a reglas de distribución de la herencia o a otras cuestiones sucesorias", si bien simplificando señala, p. 74, que "en términos generales, los pactos sucesorios son los contratos concernientes a herencias futuras". REBORA, Juan Carlos, *Derecho de las sucesiones*, 2ª ed., Bs. As., 1952,

sujetos que intervienen —el futuro causante y/u otros—, se reconocen varias especies de pactos, cuya importancia se destaca por su contenido diferente. Así se individualizan:

a) Institutivo —se lo menciona como pacto *in succedendo*—: es aquel por el cual el futuro causante —o persona de cuya sucesión se trate— acuerda con un eventual heredero o con un tercero —instituidos— en dejarle todo o parte de su herencia —o sea, lo instituye heredero del total o legatario de una parte— y el instituido acepta. También se incluye el supuesto de una institución recíproca de las partes que lo celebran.

Este pacto sólo se realiza con intervención del futuro causante.

Tanto se puede tratar de una sucesión intestada como de una testamentaria (79). Y también puede darse el caso de que el pacto se limita a confirmar al heredero instituido por la ley, por lo cual se dice que es un pacto "confirmativo".

Cabe insistir que se diferencia claramente de la institución testamentaria, en tanto el pacto es un verdadero contrato, que no se puede dejar sin efecto unilateralmente, como el testamento, esencialmente revocable.

El pacto es un contrato, que sería irrevocable, no se trata de una mera promesa sino de una designación, claro está que se realiza en relación a una sucesión no abierta (80), siendo aquella circunstancia —la irrevocabilidad— la que se menciona en defensa de su prohibición, frente a la validez que se otorga al testamento que es esencialmente revocable. Es uno de los motivos, veremos, de su prohibición, que surgiría también del ya citado art. 3618 del Código Civil.

t. I, § 44, a quien cita, definía: "pacto sucesorio es la convención por la cual el causante organiza su sucesión de acuerdo con ciertos interesados, o éstos, estipulando por sí, en vida del causante, transfieren o abdican sus derechos". También recuerda a SECO CARO, Enrique, *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo*, Barcelona, 1960, p. 162.

(79) Conf. SALVAT, *Tratado de Derecho Civil Argentino, Fuentes de las obligaciones*, t. I, *Contratos*, cit., p. 115; LAFAILLE, *Derecho Civil*, t. VIII, *Contratos*, vol. I, cit., p. 196.

(80) Art. 3282 Cód. Civil: "La sucesión o el derecho hereditario, se abre tanto en las sucesiones legítimas como en las testamentarias, desde la muerte del autor de la sucesión, o por la presunción de muerte en los casos prescriptos por la ley".

Es que, se sostiene con razón, el testamento es siempre revocable, no confiere un derecho actual sino una suerte de mera expectativa—art. 3824 del Código Civil—, su eficacia se traslada a la muerte del testador, con efecto retroactivo a ese día—arts. 3607 y 3344— prohibiéndose la aceptación de una herencia futura—art. 3311— (81). Reitero que mientras el pacto hereditario es acto bilateral e irrevocable—salvo causales que originen su nulidad o resolución—, el testamento es unilateral y revocable.

b) Dispositivo—se lo menciona como pacto *hereditate tertii*—: es aquel por el cual el futuro heredero—ya no el futuro causante— pacta con la otra parte sobre un bien que recibirá, eventualmente, de una herencia futura.

Tal es el caso, por ejemplo, de un sucesor forzoso—legitimario o no (82)— o aun testamentario, que dispone, contratando, alguno de los bienes que recibirá eventualmente en la sucesión futura. Puede tratarse, a su vez de un instituido mediante un pacto sobre dicha herencia. Se trata de ceder derechos hereditarios en expectativa, comprendidos en el art. 1449, ya transcripto, que prohíbe la cesión de “esperanzas de sucesión”.

Puede concretarse con intervención del futuro causante o sin ella.

c) Renunciativo—se lo menciona como pacto de *non succedendo*—: es aquel por el cual el futuro heredero renuncia—“abdica” se dice también— a un derecho sucesorio eventual—total o parcialmente—, es decir, lo hace cuando la sucesión aún no le está deferida, en tanto no ha fallecido aquel al cual herederá. De esta forma, favorece a los otros herederos o, si se quiere, otorga al futuro causante una mayor disponibilidad.

(81) Art. 3824 Cód. Civil: “El testamento es revocable a voluntad del testador hasta su muerte. Toda renuncia o restricción a este derecho es de ningún efecto. El testamento no confiere a los instituidos ningún derecho actual”.

(82) En mi criterio, no original por cierto, no obstante alguna confusión terminológica habitual entre ambas denominaciones, reflejada en algunas normas del Código Civil, el heredero forzoso es el género que comprende a todos aquellos que tienen línea sucesoria conforme la ley—sucesión intestada (art. 3545 del Cód. Civil)—, mientras que el legitimario o, si se prefiere, forzoso legitimario, es aquel al cual la ley le atribuye “legítima”, o sea, una porción de los bienes que el futuro causante no puede disponer libremente. El art. 3591, original de Vélez, parece marcar la diferencia entre el género y la especie al decir “La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia...”.

En realidad, para que sea un “pacto” es necesario que el beneficiado lo acepte, lo cual, si se admitiera por la ley tal contrato, tornaría irrevocable la renuncia.

Es aludido y prohibido en los arts. 3311 y 3599, que se han transcripto páginas antes.

d) Distributivo: es aquel por el que se pacta la distribución de los bienes que resultarán a la muerte del futuro causante, lo cual implicaría la división de la herencia, sea en vida del causante o a través de una persona designada (83).

Este pacto tampoco exige la intervención del futuro causante, pues puede también realizarse por los futuros herederos sin intervención de aquél.

Pero una importante diferencia con los anteriores es que no comprende una disposición de bienes, sino una distribución, por lo cual no ingresaría en los casos de pactos sobre herencia futura, a no ser que no se considere como carácter imprescindible aquella disposición, propia de las otras especies.

De allí que es habitual su falta de tratamiento al analizarse los diversos pactos (84).

Obviamente, se considera también prohibido por la norma genérica del art. 1175 y concordantes.

### VI.3. Caracteres generales

Como caracteres o aspectos generales de todos estos pactos—no todos aplicables al distributivo, como se puede advertir— pueden mencionarse:

(83) No todos los autores mencionan y/o explican esta especie. SPOTA, *Instituciones de Derecho Civil, Contratos*, cit., vol. I, ps. 70 y sigtes. y vol. III, ps. 60 y sigtes., no los contempla; tampoco LAFAILLE, *Contratos*, t. VIII, cit., ps. 193 y sigtes., ni SALVAT, *Tratado de Derecho Civil Argentino, Fuentes de las Obligaciones*, t. I, cit., ps. 114 y sigtes., ni otros autores.

(84) Pero son contemplados, por ejemplo, por los códigos civiles de Suiza—art. 608 (el disponente por pacto sucesorio puede establecer a sus herederos ciertas reglas para la partición)— y de España—art. 831 (caso de partición y mejoras encomendadas al cónyuge supérstite en las capitulaciones matrimoniales)—.

- Deben versar sobre una sucesión futura, es decir, la herencia—testamentaria o intestada— de una persona que esté viva al concretarse el pacto.
- El objeto es, precisamente, un derecho hereditario futuro, o sea, bienes eventuales.
- En consecuencia, uno de los contratantes, al menos, debe ser el causante o un heredero eventual o futuro.
- Son bilaterales o plurilaterales, lo recalco, se trata de contratos;
- Pueden ser gratuitos u onerosos;
- Son irrevocables unilateralmente, sin perjuicio de que jueguen las causales de nulidad y resolución, que permitirá dejarlos sin efecto (85);
- Quedan incluidos dentro de la protección de la legítima;
- En la calificación que he aceptado, al menos los pactos institutivos y renunciativos, se trataría de actos simultáneamente “entre vivos” y *mortis causa*, mas no de última voluntad (86).

## VII. Los pactos sobre herencia futura en la legislación comparada. Su admisión y su prohibición

En la línea de este trabajo, enunciada a su comienzo, es ilustrativo para sacar conclusiones respecto al tratamiento que debe darse a estos pactos y, fundamentalmente, a su aceptación o repudiación en la legislación, detenerse en la legislación comparada, para ir luego a la nuestra, cuyas normas implicadas he transcripto.

(85) GUASTAVINO, *Pactos sobre herencia futura*, cit., p. 103, admite que podría concebirse que el instituyente se reserve el derecho de revocación. Si bien agrega que la norma del art. 1234 del Cód. Civil, referida a las donaciones entre esposos, que en el supuesto que contempla ese artículo pueden ser revocadas, no es aplicable extensivamente. Coincido con esto último pero, además, tratándose los pactos de verdaderos contratos, las normas de revocación—causal de extinción unilateral según mi opinión— deben resultar expresamente de la ley (véase GASTALDI, José María, *Pacto Comisorio*, Ed. Hammurabi, Bs. As. 1985, ps. 30 y sigtes., y *Contratos II*, cit., ps. 138 y sigtes., reiterando la opinión expuesta en ponencias anteriores a esos trabajos).

(86) Conf. GUASTAVINO, *Pactos sobre herencia futura*, cit., p. 102.

Es importante recordar, al menos rápidamente que, al margen de legislaciones antiguas que contemplaban la facultad de disponer para después del fallecimiento, mediante actos solemnes y como extensión del derecho de propiedad, se instaló la polémica respecto a la posibilidad de disponer por convenios entre vivos sobre el patrimonio de un futuro causante o con relación a bienes incluidos en él.

La polémica habría sido resuelta por Justiniano, al menos parcialmente, al admitir la licitud de tales pactos en la medida que contaran con la conformidad de la persona de cuya sucesión se trataba (87). Las Partidas (V. tít. 5, ley 13) reconocieron esa excepción (88), si bien comenzó luego a imponerse la prohibición, que consagrara el Código Civil francés, de 1804.

### VII.1. Los pactos en la legislación comparada

Limitaré el análisis a algunos códigos, europeos y latinoamericanos, agrupando los que los prohíben y los que los autorizan (89).

#### VII.1.1. Códigos que prohíben los pactos

Mencionaré algunos europeos y otros latinoamericanos, adelantando que las prohibiciones no son tan absolutas, pues se suelen reconocer excepciones, a las cuales me referiré más adelante.

Partiendo del Código Civil francés, del que Vélez en su nota al art. 1175, cita, entre otros antecedentes, sus arts. 791 y 1130 (90), juntamente con

(87) LAFAILLE, *Contratos*, t. VIII, cit. p. 194 y sus notas, trae a colación los “datos históricos” que menciono en el texto.

(88) LAFAILLE, op. cit. en nota anterior, p. 195, nota 161, cita como legislaciones permisivas antiguas las leyes de Austria, las de Baviera y las de Luisiana, todas en forma parcial.

(89) Para un detallado análisis de los códigos, puede verse GUASTAVINO, *Pactos sobre herencia futura*, cit. cap. VII, ps. 189 y sigtes., aunque advierto que varios de ellos han sido modificados luego de la edición de esa obra, que data de 1968.

(90) Art. 791 Cód. Civ. francés: “No se puede renunciar, ni siquiera en capitulaciones matrimoniales, a la sucesión de una persona viviente, ni enajenar los derechos eventuales que puedan corresponder sobre esa sucesión”. El art. 1130: “Las cosas futuras puedan ser objeto de una obligación. Sin embargo no se puede renunciar a una sucesión no abierta, ni hacer estipulación alguna sobre la misma, ni siquiera con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate”. El art. 1600, relativo a la venta, establece que no se puede vender, ni siquiera con la conformidad del causante, la sucesión de una persona viva.

Aubry et Rau, según vimos, esos artículos. Particularmente el segundo —el primero se refiere al supuesto de un contrato de matrimonio— que si bien permite en su primer párrafo que las “cosas” futuras puedan ser objeto de los contratos, a continuación fulmina los contratos sobre herencias futuras, al establecer que no se puede renunciar a una herencia no abierta, ni efectuar ninguna estipulación sobre la misma, ni aun con el consentimiento del futuro causante.

El Código Civil español siguió igual orientación, pues en su art. 1271, si bien admite el contrato sobre cosas futuras, prohíbe celebrar contratos sobre herencia futura, aunque admite aquellos que tengan por objeto practicar entre vivos la división de un caudal, de acuerdo a su art. 1056 (91).

En cuanto al Código Civil italiano de 1865 —como sabemos derogado y reemplazado por el unificado de 1942—, establecía la prohibición de los pactos sobre herencia futura en su art. 1118, complementado por el art. 1460 —específico en cuanto declaraba nula la venta de los derechos de sucesión de una persona viva—, si bien contempló en otras normas algunas situaciones que se calificaban como excepciones.

El código de 1942 es riguroso en la prohibición, que consagra en su art. 418 (92), de todos los actos sobre herencia futura, a la par que no admite la institución contractual de herederos en las capitulaciones matrimoniales ni las donaciones *mortis causa* revocables hasta la muerte del donante, la partición por donación por ascendiente, autorizada por el código derogado, etc., pero igualmente se aceptan ciertas situaciones que se consideran excepciones.

(91) Art. 1271 Cód. Civ. español: “Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme el artículo 1056. Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres”. Art. 1056: “Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos. El padre que en interés de su familia quiera conservar individualmente una explotación agrícola, industrial o fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos”. Véase también el art. 831, que he citado en la nota 84.

(92) Art. 418 Cód. Civ. italiano de 1942: “Es nula toda convención por la que alguno dispone de la propia sucesión. Es igualmente nulo todo acto por el cual alguien dispone de los derechos que le puedan corresponder sobre una sucesión no abierta todavía o renuncia a los mismos”.

Entre los códigos latinoamericanos, citamos en primer lugar el uruguayo, que los prohíbe en varias normas, partiendo del art. 1285, que establece que “el derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva” no puede ser objeto de ningún contrato, ni aún con el consentimiento de la persona, complementado por el art. 1053 que prohíbe la aceptación o repudio de la herencia antes de la apertura de la sucesión (93). Admite igualmente excepciones.

También el de Brasil actual, que siguiendo la tendencia del anterior en su art. 1089 —prohibiendo los contratos sobre la herencia de una persona viva—, complementado por el art. 1573 —que no los ubica entre las fuentes de vocación sucesoria—, establece en sus arts. 426 y 1786 (94) similares principios a su antecedente y también se complementa por norma similar.

Sabemos que Paraguay, antes de la sanción del código unificado de 1987, había adoptado nuestro Código Civil, por lo cual la prohibición y las eventuales excepciones eran las mismas. El código unificado de 1987 siguió el mismo criterio prohibitivo, conforme su art. 697, complementado por el art. 2452 (95), pero también admite actos que pueden considerarse excepciones, destacándose el art. 2531 que permite al “autor de la herencia” efectuar la partición de bienes por acto entre vivos o por testamento (96).

En cuanto al Código Civil chileno, si bien establece una prohibición genérica a los contratos que versen sobre “el derecho de suceder por causa de muerte” en su art. 1463 (97), la atempera con varias disposiciones, verdaderas excepciones.

(93) Art. 1285 Cód. Civ. uruguayo: “El derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva no puede ser objeto de ningún contrato, aún cuando intervenga el consentimiento de la misma persona”. Art. 1053: “Nadie puede aceptar o repudiar (la herencia) sin estar cierto de haberse abierto la sucesión, y de su calidad de heredero (art. 1285)”.

(94) Art. 426 Cód. Civ. brasileño: “No puede ser objeto de contrato la herencia de persona viva”. Art. 1786: “La sucesión se otorga por ley o por disposición de última voluntad”.

(95) Art. 697 Cód. Civ. paraguayo: “No puede ser objeto de contrato la herencia futura”. Art. 2452, 2º párrafo, 1ª parte: “La herencia futura no podrá ser objeto de aceptación o renuncia...”.

(96) Art. 2531 Cód. Civ. paraguayo: “Si el autor de la herencia hiciere la partición de los bienes por actos entre vivos o en su testamento, deberá estarse a ella, salvo derecho de tercero o que sea provisional, y siempre que no perjudique a la legítima de los herederos forzosos”.

(97) Art. 1463 Cód. Civ. chileno: “El derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva no puede ser objeto de una donación o contrato, aun cuando intervenga el consenti-



El Código Civil de Colombia tiene un planteo similar al chileno, porque establece una prohibición general en su art. 1520 (98), en cuanto dispone que “el derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva no puede ser objeto de donación o contrato, aun cuando intervenga el consentimiento de la misma persona”, pero también permite diversas excepciones.

Por su parte el Código Civil federal de Méjico, prohíbe los pactos en su art. 1826, prohibición que abarca la renuncia a la sucesión de una persona viva, conforme el art. 1665 (99).

#### VII.1.2. Códigos que autorizan los pactos

Refiero ahora algunos de los códigos que autorizan, como principio general, los pactos sobre herencia futura.

El Código Civil alemán, de 1900, permite los pactos sobre la sucesión propia futura, tanto los institutivos como los renunciativos, en tanto prohíbe se celebren sobre una sucesión futura ajena.

Así resulta de diversas normas que admiten a los contratantes efectuar disposiciones contractuales de última voluntad, a partir del art. 2274 —autoriza el pacto sucesorio al interesado en persona—, art. 2278 —autoriza la institución de heredero, la asignación de cargos— y de los arts. 2346 y sigtes. (100) —renuncia a herencia futura—. Pero por el

miento de la misma persona. Las convenciones entre la persona que debe una legítima y el legitimario, relativas a la misma legítima o a mejoras, están sujetas a las reglas especiales contenidas en el título “De las asignaciones forzosas”.

(98) Art. 1520 Cód. Civ. colombiano: “El derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva no puede ser objeto de una donación o contrato, aun cuando intervenga el consentimiento de la misma persona. Las convenciones entre la persona que debe una legítima y el legitimario, relativas a la misma legítima o a mejoras, están sujetas a las reglas especiales contenidas en el título “De las asignaciones forzosas”.

(99) Art. 1826 Cód. Civ. Federal de Méjico: “Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. Sin embargo, no puede serlo la herencia de una persona viva, aun cuando ésta preste su consentimiento”. Art. 1665: “Ninguno puede renunciar la sucesión de persona viva, ni enajenar los derechos que eventualmente pueda tener a su herencia”.

(100) Art. 2274 Cód. Civ. alemán: “El pacto sucesorio sólo podrá hacerse por el interesado en persona”. Art. 2278: “En el pacto sucesorio cada contratante podrá hacer disposiciones contractuales de última voluntad. Sólo podrán hacerse por contrato instituciones de heredero, legados y cargos”. Art. 2346: “Los padres y el cónyuge del de cujus podrán, por contrato con éste,

art. 312 fulmina con la nulidad el contrato sobre la sucesión de un tercero que aún viva, pero lo admite entre futuros herederos (101).

El Código Civil suizo autoriza en forma amplia los pactos sobre herencia futura, ya que los permite —al “disponente”— sobre su propia sucesión futura —institutivos y renunciativos—, en los arts. 494, 495 y concordantes, y también sobre la herencia futura de otra persona en la medida que ésta preste su consentimiento, art. 636 (102).

Completando el sistema, el código suizo autoriza los pactos distributivos, en tanto permite al disponente mediante un pacto sucesorio —lo puede hacer por testamento— establecer ciertas reglas a sus herederos para la partición de la herencia y la formación de sus lotes, conforme el art. 608, 1er. párrafo; esto implica la aceptación de dichos pactos, considerados como una suerte de generalización de la partición por donación —la cual, anticipo, se admite en nuestro Código Civil—; se trata, conforme el segundo párrafo del art. 608, de reglas obligatorias para los herederos, con reserva de restablecer, llegado el caso, la igualdad de los lotes, que el disponente no tenía intención de derogar; finalmente, en su tercer párrafo la norma considera que la atribución a uno de los herederos de un objeto de la sucesión no es un legado, sino una

desistir de su derecho hereditario. El resistente será excluido de la sucesión legal como si no hubiese vivido en el momento de la muerte del causante, sin que haya derecho a la reserva. El desistimiento podrá limitarse también al mencionado derecho”. Los artículos siguientes regulan aspectos varios, entre ellos la forma.

(101) Art. 312 Cód. Civ. alemán: “El contrato sobre la sucesión de un tercero que aun viva será nulo. También lo será el contrato sobre la reserva o sobre un legado en la sucesión de un tercero vivo. Estas disposiciones no se aplicarán al contrato concluido entre futuros herederos legítimos sobre la parte hereditaria legítima o sobre la reserva de uno de ellos. Este contrato deberá hacerse por escrito ante el Juez o ante Notario”.

(102) Art. 494 Cód. Civil suizo: “El disponente se puede obligar, en pacto sucesorio, a dejar su sucesión o un legado a la otra parte contratante o a un tercero. El mantiene el derecho a disponer libremente de sus bienes. Pueden ser impugnadas todas las disposiciones por causa de muerte y las donaciones inconciliables con los compromisos resultantes del pacto sucesorio”; art. 495: “El disponente puede concluir, a título gratuito u oneroso, un pacto de renuncia a su sucesión con alguno de sus herederos. El renunciante pierde su calidad de heredero. El pacto es, salvo cláusula en contrario, oponible a los descendientes del renunciante”; art. 636: “Son nulos y de ningún efecto todos los contratos celebrados sobre una sucesión no abierta, por un heredero con sus coherederos o con un tercero, sin el concurso y asentimiento de aquél cuya herencia ha sido objeto de la convención. Las prestaciones efectuadas en virtud de tales convenciones están sujetas a repetición”.

regla de partición, si la disposición no indica una intención contraria de su autor (103).

Es importante señalar que, conforme el art. 513 (104), el pacto sucesorio en el derecho suizo puede ser rescindido, mediante acuerdo de los celebrantes, que debe ser por escrito. También se autoriza al disponente por sí solo a dejar sin efecto la institución de heredero o los legados, si el heredero o legatario incurren en un acto que sea causal de desheredación.

Además se prevé: aquel a quien el pacto confiere la facultad de reclamar prestaciones entre vivos puede resolverlo de conformidad al derecho de las obligaciones, si las prestaciones no son cumplidas o garantizadas según se ha convenido —art. 514—; el pacto se resuelve de pleno derecho cuando el heredero o legatario no sobreviven al disponente, pero los herederos del prefallecido pueden, salvo cláusula en contrario, repetir contra el disponente su enriquecimiento al día de la muerte —art. 515—; las liberalidades testamentarias o de pacto sucesorios no son anuladas si, con posterioridad, la facultad de disponer de su autor sufre una disminución, siendo, en tal caso, simplemente reducibles —art. 516—; se protege la legítima, en tanto se establece que las liberalidades efectuadas a título de liquidación anticipada de derechos hereditarios están sometidas a reducción —art. 527, inc. 2º—, pero el beneficiario de una liberalidad entre vivos, que padece una reducción, puede repetir la parte proporcional de las contraprestaciones efectuadas al disponente —art. 528, 2º párrafo—; finalmente, el renunciante obligado por la reducción a restituir todo o parte de las prestaciones efectuadas por el disponente, tiene la facultad de optar entre esta restitución y la colación de todo lo que ha recibido y, en este último caso, interviene en la partición común como si no hubiese renunciado —art. 536—.

(103) Art. 608 Cód. Civil suizo: “El disponente puede, por testamento o por pacto sucesorio, prescribir a sus herederos ciertas reglas para la partición y formación de los lotes. Esas reglas son obligatorias para los herederos, con reserva de restablecer, si se produce el caso, la igualdad de los lotes que el disponente no tuvo la intención de derogar. La atribución de un objeto de la sucesión a uno de los herederos no se considera legado, sino simple regla de partición, si la disposición no indica una intención contraria de su autor.”

(104) Art. 513 Cód. Civil suizo: “El pacto sucesorio puede ser rescindido (résilié) en cualquier tiempo por una convención escrita de las partes. El disponente puede anular por sí solo la institución de herederos o los legados, cuando después de la conclusión del pacto el heredero o el legatario se hace culpable hacia él de un acto que será una causal de desheredación. Esta anulación debe ser hecha en una de las formas prescriptas para el testamento”.

Como se advierte, el derecho suizo ha consagrado un sistema permisivo más amplio para los pactos sucesorios que otros códigos como el alemán, que he comentado, el austríaco, el portugués, etc. Al margen, ha contemplado en otras normas situaciones que extienden la posibilidad de actos sobre herencias futuras, vinculadas a la comunidad de bienes de los esposos, que admite que se conviertan en comunes los bienes provenientes de herencias futuras que ellos reciban —art. 215 y sigtes.—, imputación de liberalidades, disponiendo el causante cuáles deben colacionarse —art. 626—; la continuidad del contrato de sociedad con los herederos del socio premuerto (art. 545, inc. 2º, en este caso del Código Federal de Obligaciones, en interpretación *contrario sensu*).

El análisis efectuado será de utilidad manifiesta al opinar respecto a la conveniencia de modificar, al menos parcialmente, nuestro régimen prohibitivo de los pactos sobre herencia futura.

#### VIII. Los pactos sobre herencia futura en el derecho argentino

He transcripto en el apartado III.1 las normas que considero involucradas para el análisis de los pactos sobre herencia futura en el derecho argentino.

El art. 1175 del Código Civil es tan amplio como terminante, pues prohíbe que los contratos tengan como objeto una herencia futura, aunque se celebren “con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate”, prohibiendo también como objeto los “derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares”, es decir, abarca a una sucesión entera, a una parte alícuota o a bienes en particular.

La violación de esta norma engendra una nulidad absoluta, por considerársela de orden público (105), no permitiéndose ni siquiera el pacto con el consentimiento del futuro causante.

He mencionado también normas de varios códigos extranjeros, europeos y latinoamericanos, que tanto se oponen como admiten este tipo de pactos, de modo que sirvan para el análisis de nuestras normas y sostén de la opinión central de este trabajo, esto es, admitir que ante lo que parece una rígida prohibición de nuestro art. 1175 del Código Civil,

(105) CNCiv., sala B, 14/05/1951, LA LEY, 62-805.

existen normas de éste y de otras leyes que constituyen verdaderas excepciones a aquella prohibición y, con esa base y los modelos permisivos, sustentar la conveniencia de una derogación, al menos parcial, del principio aparentemente rígido.

Con la guía de todos esos antecedentes, que estimé indispensable recordar, paso a analizar el tema central.

#### VIII.1. Principio general: la prohibición de los pactos. El sustento histórico y actual de la misma

No cabe duda que el principio general de nuestro Código Civil es el que emana de su art. 1175, ubicado en el objeto de los contratos, complementado especialmente por los arts. 1176, 1449, 1790, 3311 —y su nota, en la cual el codificador confirma la prohibición amplia del código— y 3599, todos los cuales sustentan la prohibición de contratar sobre una “herencia futura”. Estas y otras normas son las que he anticipado con su transcripción íntegra.

No está de más recordar textualmente el genérico art. 1175: “No puede ser objeto de un contrato la herencia futura, aunque se celebre con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate; ni los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares”.

En cuanto a la nota del art. 3311, no implica una verdadera justificación de la postura asumida, más bien la confirma, insistiendo en que no se acepta el contrato sobre herencia futura, ni aun con el consentimiento de “aquel de cuya sucesión se trate”. Creo que sería más terminante la nota del art. 1175, si nos remitimos a las fuentes prohibitivas que invoca, aunque no podemos dejar de lado en el análisis de la cuestión la circunstancia histórica, que justificaba la prohibición, sin contarse por entonces con los códigos permisivos —al margen el antecedente del derecho romano y las Partidas, que ya he citado—.

Es cierto que la mayoría de las legislaciones mantuvieron la prohibición —criterio que siguieron invariablemente nuestros proyectos de reforma (106)— pero también lo es que en ellas, como en la nuestra

(106) Así el Anteproyecto de Biliboni, el Proyecto de 1936 y los proyectos de unificación y reforma de 1987 —mantuvo las normas—, el Federal de 1993 —mismo criterio—, el del Ejecutivo del mismo año —art. 882— y el de 1998 —art. 951—, aunque también consagraron supuestos de excepción, siguiendo la línea del Código Civil.

—comenzando por el mismo Código Civil en todos los casos— hay situaciones que son verdaderas excepciones.

¿Cuál ha sido el sustento de la tesis prohibitiva?

Se han esgrimido, históricamente, motivos generalmente morales que, sinceramente, creo que no tienen hoy asidero, máxime el rechazo de numerosos doctrinarios a lo largo de la vigencia de la tesis, generalmente cuestionando a partir de esos motivos.

El principal, estaba representado por el denominado *votum mortis* o *votum corvinum*, que parte del argumento que un pacto sobre una herencia futura originaría el deseo de quien es su beneficiario de que se produzca la muerte de aquel cuya herencia lo beneficiará, una suerte de “impulso” a desear esa muerte y provocarla. Lafaille señala, sin detallar los casos, que ocurrieron algunos “ruidosos” que confirmaron esos temores (107).

Al margen considerar que el propio argumento resulta inmoral en cierto modo, en tanto presume en las personas en general —cualquiera podría realizar un pacto sobre una herencia futura, de permitirse— un

(107) LAFAILLE, Héctor, *Curso de Contratos*, compilado por Pedro Frutos e Isauro P. Argüello, Biblioteca Jurídica Argentina, Bs. As., 1927, t. I, Parte General, p. 168, agregando la opinión de DEMOGUE, II, p. 849 y consec., en cuanto señalaba que con ese argumento habría que suprimir toda clase de contratos u operaciones que se fundasen en la muerte de una persona, pues podrían estar inspirados en el *votum mortis*. Agrega Lafaille que “con el mismo criterio —se ha dicho— podría pedirse la prohibición de la metalurgia del acero, sin tener en cuenta la utilidad social y económica que representa, porque en ella se forjan los puñales”; para concluir que hay casos como la renuncia gratuita de una sucesión no abierta, que estaría comprendida en la prohibición y sin embargo no da lugar al *votum mortis*, “lo cual viene a poner de manifiesto que el peligro de fomentar las pasiones homicidas no constituye el verdadero fundamento de la prohibición”. El distinguido autor, en su *Derecho Civil, Contratos*, cit., p. 196, reitera los conceptos, citando a DEMOGUE y GIORGI, III, n° 332, que menciono y transcribo más adelante, para concluir que “desalojado el fantasma del *votum mortis*, que impediría todas las modalidades basadas en el plazo incierto de la muerte, y aún daría base para proscribir la metalurgia del acero, es posible encarar el tema con mayor libertad. Coincide así con la tesis que he apoyado y apoyo en el presente análisis. Pero debo agregar que Lafaille, menciona que los pactos pueden generar dilapidaciones de un patrimonio que les llega prematuramente, que nuestras costumbres no miran con simpatía estos acuerdos, aunque admite que existen excepciones en nuestra ley y termina señalando que “es un problema a dirimir, no tanto en presencia de una lógica jurídica abstracta, como tomando en cuenta la idiosincrasia de cada país”. También señala que pueden perjudicar el “orden de la familia” y la “moral pública”.

deseo casi diría “macabro”, es un evidente producto de una época histórica, que no se condice con la realidad actual (108).

Basta señalar que con ese criterio deberían prohibirse todos los actos jurídicos o contratos o disposiciones de cualquier naturaleza que establezcan como condición de su aplicación la vida —en realidad el fin de ella— de una persona.

Así, tendrían que prohibirse también los seguros de vida (en realidad, de muerte, que es la condición para cobrarlo) —que también llegaron a prohibirse—, los mismos testamentos y otros supuestos —como las donaciones *mortis causa* o de prestaciones vitalicias, la renta vitalicia, aun el usufructo con tal característica—, o cualquier otro, en los cuales la vida es la que marca la finalización —aun el comienzo— de una prestación, a veces gratuita a veces onerosa.

Tampoco aparecen como decisivos (109) los argumentos respecto a que se trataría de operaciones riesgosas y aleatorias, sobre todo si preceden en mucho tiempo a la muerte de la persona de cuya herencia se trata, o que dan la posibilidad de explotar la inexperiencia, etc. —que se controlaría a través del instituto de la lesión—, o que los beneficiados dilapidan los bienes antes de recibirlos, o bien simplemente que se oponen a nuestra idiosincrasia nacional. Los códigos permisivos en forma amplia o restringida, como los supuestos que en las legislaciones —entre ellas la nuestra, según veremos— pueden verse como reales casos de excepción, confirman el rechazo de tales argumentos.

Pero en honor a la verdad, debo señalar que, sin embargo, numerosas opiniones de nuestra doctrina —que no comparto— sostuvieron y sostienen la prohibición de los contratos sobre herencia futura.

(108) Sin embargo, se ha resuelto en nuestra jurisprudencia que estas convenciones son “odiosas e inmorales porque la parte que se beneficia está interesada en la muerte del dueño de la herencia” (CNCiv., sala G, 12/08/80, LA LEY, 1981-D, 336, con nota de BELLUSCIO, Augusto C., “Pacto sobre herencia futura, donación de exigibilidad diferida y obligación de procurar prestación de terceros”, sosteniendo que en el caso —obligación asumida en una carta de pagar a un tercero una suma de dinero propiedad de la futura causante, cuando ésta falleciera— no existía la exigencia de que que el contrato se realizara en virtud de un título hereditario —y no a título de crédito u otra clase—, tratándose de una promesa de entrega de cosa ajena, con garantía del éxito de la promesa (arts. 1163 y 1177 del Cód. Civil).

(109) Conf. LAFAILLE, op. cit. en nota 107, p. 169.

Se insistió en considerarlos “odiosos e inmorales al especular con la muerte de una persona” y “peligrosos, porque el estipulante puede llegar a valerse de procedimientos criminales para apresurar la muerte del *de cuius*”; que “constituirían un medio de violar fácilmente las disposiciones sobre la legítima hereditaria, que el legislador ha considerado como una institución de orden social y ha querido poner a cubierto de toda especulación que pudiese comprometerla” (110).

Se ha agregado al argumento de la inmoralidad, el de ser contrarios a las buenas costumbres —siempre con el mismo fundamento de que se especula con la muerte de una persona— y a la idiosincrasia nacional y que, además, crean incertidumbre sobre la propiedad de los bienes, disminuyendo el crédito inmobiliario, posibilitan las violaciones al régimen sucesorio, a la institución de la legítima forzosa y dan pie a los aprovechamientos de la ignorancia, inexperiencia o necesidad de los herederos (111).

Sin embargo, ya hemos recorrido la legislación de otros países que, juntamente con parte de la doctrina, se ha inclinado por la aceptación de los pactos, al menos en forma parcial, en contra de la absoluta prohibición, criticando a los códigos que la consagran, lo que torna hasta

(110) SEGOVIA, *El Código Civil de la República Argentina*, cit., t. II, p. 411, nota 1, alude a “gravísimos peligros”; SALVAT, *Tratado de Derecho Civil Argentino, Fuentes de las Obligaciones*, cit., I, p. 115. Sin embargo, sostiene que la prohibición no funciona en varios casos que menciona, que se tratan, en realidad, de supuestos sometidos a la condición del fallecimiento de una persona o de la disposición de todos los bienes pero por actos entre vivos. Reconoce también excepciones o limitaciones (art. 3514 y sigtes., 3604, etc.). El anotador de Salvat, Arturo ACUÑA ANZORENA, p. 117, nota 115b, advierte que la prohibición “aparece en la actualidad manifiestamente limitada”, indicando varios códigos que admiten los pactos, como también la doctrina “se demuestra, en general, hostil a esta prohibición, llegándose a sostener que sólo obedece a motivos tradicionales, que han perdido hoy mucho de su autoridad”; cita a BEUDANT, t. VIII, n° 189-IV, p. 130; JOSSERAND, t. II, n° 121; DEMOGUE, t. II, n° 849; ESMEIN, en PLANIOL y RIPERT, t. VI, n° 246; GAUDEMET, p. 100. No obstante lo cual, agrega, algunas legislaciones modernas mantienen la prohibición. Sobre la violación de la legítima puede verse CNCiv., sala G, 12/08/80, LA LEY, 1981-D, 336, JA, 1981-I-686.

(111) Así se manifiesta MOSSET ITURRASPE, Jorge, en BUERES, Alberto J.-HIGHTON, Elena I., *Código Civil*, Ed. Hammurabi, Bs.As., 2000, t. 3B, p. 649. Sobre la calificación de inmoral, véase nota 108. SPOTA, *Instituciones de Derecho Civil, Contratos*, cit. vol. III, p. 69, invoca que los pactos no están dentro de nuestras costumbres; no obstante propicia la derogación parcial —de los institutivos—, afirmando que en el caso del dispositivo y del renunciativo —a los que considera que no son auténticos pactos— las razones son “todavía más intensamente morales”.



en cierto modo inexplicable la continuidad de la misma, subsistente en códigos modernos o incluida entre nosotros en proyectos de reforma.

Concluyo tales críticas, a las que antes me he referido, volviendo a recordar a Giorgi, que comienza por rechazar la prohibición fundándose en los principios de “equidad natural”, lo cual no tiene que ser de otro modo y critica los argumentos, basado en los casos que contemplan diversas excepciones a la regla, que el legislador ha establecido (112).

Entre nosotros, también se ha cuestionado, sobre todo la prohibición absoluta, máxima frente a la existencia en el propio Código Civil y en leyes especiales de casos que se consideran excepcionan la rigurosa prohibición, los que paso a analizar.

### VIII.2. La prohibición no es tan rigurosa: excepciones a la prohibición

El mejor camino para justificar la aceptación de los pactos, al menos en forma parcial, es analizar los casos que en nuestra legislación pueden considerarse como verdaderas excepciones a la supuesta rigurosa prohibición que emana de los artículos principales que la establecen, ya citados y transcritos, encabezados por los 1175, 1176, 1449, 1790, 3311 —y su nota— y 3599.

Ya hemos visto que en las legislaciones extranjeras, aun en las prohibitivas, desde antiguo se admitían excepciones.

(112) GIORGI, Jorge, *Teoría de las Obligaciones en el derecho moderno*, cit., vol. III, ps. 351/2, expresa: “el voto corvinum, sombra insidiosa que con frecuencia acompaña a esta manera de pactos; el peligro de lesión a que exponen a uno u otro de los contratantes; la perturbación que traen al orden sucesorio con la fácil ocasión que suministran de hollar las afecciones naturales, son los tres pecados capitales que han cerrado el templo de Temis a los pactos de que se trata. Pero el voto corvino, puede responderse, no se insinúa en los pactos de sucesión futura. La renta vitalicia, el seguro de vida y todas las adquisiciones hechas con ocasión de la muerte de una persona (*mortis causa capiones*), están turbadas por el mismo peligro. Y sin embargo, ningún legislador ha pensado nunca en suprimirlas de modo absoluto. La perturbación del orden de las sucesiones es un vano espantajo, cuando las leyes dan a los testadores plena libertad de disponer de lo suyo a su albedrío. La disminución de la libertad de testar se compensa con la libertad de contratar de que el disponente ha hecho uso mediante el pacto. Por último, en cuanto al peligro de lesión, hace mucho que pasó el tiempo de la tutela legislativa de los contratantes....”, concluyendo que la prohibición “es de mera utilidad o conveniencia política, no justificada por ninguna consideración de equidad natural”.

Cabe ahora contemplar las de la legislación argentina, habiendo anticipado diversas normas que se pueden considerar como verdaderas excepciones a la rígida prohibición de los pactos sobre herencia futura.

#### VIII.2.1. Convenciones matrimoniales

He mencionado, en la redacción original del Código Civil, el art. 1217, en tanto permitía a los esposos, antes del matrimonio, efectuar convenciones entre las cuales, en su inc. 4º derogado expresamente por la ley 17.711, se admitían las donaciones de bienes que dejaren después de su fallecimiento.

También pueden mencionarse los arts. 1233 (113) a 1237, en cuanto a su vinculación con el fallecimiento de alguno de ellos, pero se considera que han quedado también sin vigencia por la derogación antes mencionada, según citamos páginas atrás.

De cualquier manera, tales normas originales permiten sostener que el propio codificador, no obstante la prohibición de los pactos que parece terminante, admitía esas excepciones, como otras que paso a analizar.

#### VIII.2.2. Partición por donación

El caso que resulta ser más categórico, en mi opinión, es el que se encuentra normado en los arts. 3514 y siguientes, redacción original, en tanto autorizan la denominada “partición de ascendientes” o “partición por donación” (114), en el capítulo que se titula “*De la división hecha por el padre o madre y demás ascendientes, entre sus descendientes*”, estableciendo el primer artículo que, sea por donación o por testa-

(113) Art. 1233 Cód.Civ.: “Si las donaciones que los esposos hicieren de los bienes que quedaren al fallecimiento de alguno de ellos fuesen de bienes determinados, muebles o inmuebles, no podrán éstos ser enajenados durante el matrimonio, sino con el consentimiento expreso de ambos cónyuges”. Se complementaba con los también considerados derogados artículos 1234 a 1237.

(114) GUASTAVINO, *Pactos sobre herencia futura*, cit., p. 304, define esta partición, claramente, como “acto por el cual un ascendiente divide por sí mismo su herencia entre los descendientes, a quienes considera como sus herederos presuntos, fijándoles los lotes respectivos”. Faltaría agregar la aceptación de los donatarios, aceptación propia de todo contrato, que el código se encarga de recalcar en su art. 3516.



mento, el padre, la madre y los otros ascendientes *"pueden hacer la partición anticipada de sus propios bienes entre sus hijos y descendientes, y también, por actos especiales, de los bienes que los descendientes obtuviesen de otras sucesiones"*.

En cuanto a este caso, el análisis debe circunscribirse al caso de la donación, pues si la partición se realiza por testamento queda fuera de los "pactos" sobre herencia futura, ya que ese acto es una disposición unilateral y de última voluntad y sus efectos se producen a partir del fallecimiento del testador, además de ser un acto esencialmente revocable, precisamente por su naturaleza jurídica. El art. 3531 lo ratifica, al señalar que *"La partición hecha por testamento está subordinada a la muerte del ascendiente, el cual durante su vida puede revocarla..."*.

Es importante destacar la nota al art. 3514, en la cual el codificador, al par que justificar la norma, invocando las fuentes, da verdaderos argumentos que pueden muy bien extenderse para sustentar el criterio de la admisibilidad de otros casos en los que, en definitiva, se igualan en cuanto trasladan sus efectos para después de la muerte de aquel de cuya sucesión se trata.

Dice Vélez Sarsfield en esa nota: *"La ley les confiere a los ascendientes como medio de prevenir las diferencias a que podría dar lugar la partición, después de la muerte de ellos: Ut fraterno certamine eos preservent, dice la ley romana. Esa facultad evita también los gastos de división que podría necesitar la minoridad de uno de los hijos. Los padres sustituyen su voluntad ilustrada a la decisión de la suerte, puede decirse, para atribuir a cada uno de los hijos el bien que conviene a su carácter, a su profesión, o a su posición económica... No se trata de crear por la voluntad del hombre un derecho de sucesión, sino de reglar el ejercicio del derecho de sucesión conferido por la ley. Esta prerrogativa de los padres es ciertamente independiente de la facultad de disponer, pues que ella se aplica aun a la porción de bienes no disponibles... en el caso del artículo, los padres reglan la suerte de las legítimas de sus hijos que la ley sustrae a su acción... Como la división que hacen los padres abraza también la legítima de los hijos, tiene todas las consecuencias de una partición de los bienes, y no las que resultarían de una mera división de la propiedad del testador entre sus legatarios, los cuales no estarían obligados a saquearse entre sus respectivos lotes..."* El art. 3518 se encarga de limitar la partición a los bienes presentes al realizarse la partición por donación, disponiendo que los que el ascendiente adquiriera después, o no hubie-

ran entrado en la donación, se dividirán a su muerte según las particiones ordinarias.

Destaco la norma y su nota porque las mismas producen una fisura importante en lo que debería ser, si esa es la intención, un sistema inconvencional: la prohibición de los pactos que involucren una herencia futura; fisura que se complementa con las convenciones matrimoniales —en la redacción originaria del código— y las restantes excepciones.

Y tiene los efectos de un contrato, irrevocable unilateralmente, lo cual se confirma por lo dispuesto en el art. 3516: *"La partición por donación sólo podrá hacerse por entrega absoluta de los bienes que se dividen, transmitiéndose irrevocablemente la propiedad de ellos. Esta partición necesita ser aceptada por los herederos"*, agregando el siguiente que tal partición "entre vivos" —destaco el concepto— *"no puede ser hecha bajo condiciones que dependan de la sola voluntad del disponente, ni con el cargo de pagar otras deudas que las que el ascendiente tenga al tiempo de hacerla, ni bajo la reserva de disponer más tarde de las cosas comprendidas en la partición"*. Con las excepciones del art. 3522, que confirma la irrevocabilidad pero la admite en caso de *"inejecución de las cargas y condiciones impuestas, o por causa de ingratitud"*, siguiendo la línea de las donaciones en general, de las cuales dispone se apliquen al caso *"las formas prescriptas para las demás donaciones"*.

En normas sucesivas regula las diversas consecuencias, reiterando el principio de que la partición puede hacerse tanto por donación "entre vivos" —en expresión redundante pero confirmatoria de la diferencia— como por testamento.

Es cierto que en la nota del art. 3519 el código aclara que el acto de partición *"no puede ser mirado como una sucesión verdadera, pues que no hay herencia de persona viva"*, agregando que por ella los descendientes no continúan su persona y responden por sus deudas sólo hasta la concurrencia del valor de los bienes que reciben —lo cual aparece consagrado en otras disposiciones y sabemos que la aceptación de una herencia con "beneficio de inventario", luego de la reforma de la ley 17.711, se presume (art. 3363 Cód. Civil)—.

Pero el pacto sucesorio no implica sostener que exista una "herencia de persona viva", sino en regular sobre la misma, con efectos a partir de la muerte de la persona de cuyo patrimonio se trata.

Por otra parte, esta situación de excepción hemos visto que suele existir también en numerosos códigos extranjeros, no sólo los que permiten los pactos, sino los que los limitan a algunos supuestos, entre los que aparece el incluido por Vélez en el art. 3514 y siguientes.

Cabe concluir que la partición por donación es un verdadero pacto sobre herencia futura, en tanto involucra una sucesión no abierta, el objeto forma parte de ella y se realiza en virtud de un derecho hereditario presuntivo (115).

Y es es uno de los casos más claros que permiten sustentar la opinión que vuelco en el presente, en cuanto a la conveniencia de suprimir, al menos parcialmente, la prohibición de los pactos.

En cuanto a su debatida naturaleza jurídica, tanto en la doctrina extranjera como en la nacional, considero que se trata de un contrato de donación, aunque con una fuerte influencia del derecho sucesorio —por ejemplo, lo mencionado en la nota del art. 3514 en cuanto afirma que no es la creación por voluntad de un derecho sucesorio sino de reglar su ejercicio— pero, en tren de inclinarme por una u otra condición jurídica, me parece más adecuado sostener la teoría de que es una modalidad de aquel contrato, con características especiales.

Ello está fundamentalmente sustentado en la normativa del código, que no sólo alude a “donación entre vivos” —quizá redundante, pero ajustándose al concepto que de la figura contractual da el art. 1789 del Código Civil—, sino que en el capítulo específico, ya analizado, insiste en calificar al acto, reiteradamente, como una donación y le aplica principios propios del contrato y de la figura específica, por ejemplo al establecer la necesidad de aceptación, la entrega de los bienes incluidos, la irrevocabilidad y las causales expresas de revocabilidad —coincidentes con las de la donación común— y también al remitirse a la forma de ésta para el caso especial.

(115) Conf. GUASTAVINO, *Pactos sobre herencia futura*, cit. n° 257, p. 308, con cita de REBORA, Juan Carlos, *Contribución a la reforma del Código Civil. Metodización y consolidación de leyes*—Director—, La Plata, 1929, p. 75 (debo aclarar que, en general, esta obra, poco conocida, pero de la que hace años pude encontrar un ejemplar, apuntaba a la mejora del código, a un mejor ordenamiento, que quienes fueron mis profesores de derecho civil solían recordar), RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, Ed. Bs.As., 1965, t. X, vol. 1°, n° 1501 bis; HENRI, León y MAZEAUD, Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, Bs.As., 1965, Parte IV, vol. 2°, n° 693 y vol. 4°, n° 1808.

Pero tiene aquellas características particulares, precisamente porque su finalidad está vinculada con la distribución de una herencia futura.

Dentro del contrato de donación, también se menciona como excepción el citado art. 1805 (116), en cuanto autoriza a los padres, juntos o separados, a imputar las donaciones que hagan a sus hijos y, en caso de silencio, se las presume como anticipos de la legítima.

Coincido en que se trata también de un pacto sobre herencia futura, en tanto la norma permite imputar definitivamente lo donado, por voluntad del futuro causante, sea a la porción disponible de su herencia no deferida sea, en caso de silencio, a la legítima. Se ha considerado como una excepción al art. 3484 (117).

### VIII.2.3. Mandato *post mortem*

Este caso surge del ya citado art. 1982 del Código Civil que, como excepción al art. 1983 —que establece que el mandato para ejecutarse después de la muerte del mandante será nulo si no puede valer como disposición de última voluntad— dispone que continúa subsistiendo aun después de la muerte cuando ha sido dado en interés común del mandante y del mandatario o en el interés de un tercero. También el art. 1980 contiene otra excepción a la extinción del mandato por muerte del mandante, en el caso de que el negocio encomendado debe ser cumplido o continuado después de la muerte de aquél.

Puede discutirse si se trata de un verdadero pacto sobre herencia futura, en tanto es la misma ley que le da alcance *post mortem*, pero en el supuesto del art. 1982 es el propio mandante el que, con evidente intervención del mandatario o del tercero —pues el interés de uno de éstos está involucrado—, pacta con tal modalidad el contrato de mandato. No será específicamente un pacto de aquella naturaleza, pero sin duda puede involucrar un bien de una herencia aun no deferida. Por ejemplo, el otorgamiento irrevocable para escriturar la venta de un inmueble, completando la transmisión de la propiedad, supuesto en el cual, si

(116) GUASTAVINO, *Pactos sobre herencia futura*, cit., ps. 359 y sigtes.

(117) Art. 3484 Cód. Civil: “La dispensa de colación sólo puede ser acordada por el testamento del donante, y en los límites de su porción disponible”. En el sentido del texto se pronuncian, entre otros, el autor citado en la nota anterior, p. 364, citando a Segovia, Machado, Lafaille y Spota.

muere el poderdante queda claro que el acto se realizará sobre un bien que ya forma parte de su herencia.

El caso se conjuga habitualmente, en la práctica, con el art. 1977, que prevé el “mandato” irrevocable, supuesto este último que también involucra a las partes o a un tercero, pues el interés de éstos permite la irrevocabilidad. Y es habitual que en estos supuestos se consigne la validez *post mortem*, aunque se ha interpretado que, aun de no consignarse expresamente, esa irrevocabilidad subsiste después de la muerte, en tanto la voluntad de las partes está encaminada al cumplimiento del mandato y el interés es común o afecta a un tercero.

Debo aclarar que, en mi criterio, expuesto hace muchos años en un trabajo específico —en los que efectué las diferencias entre poder, representación y mandato y su sustento en el Código Civil (118)—, los supuestos contemplados como “mandatos” en los artículos precedentemente analizados, y algunos otros, están referidos al “poder” que aquéllos —habitualmente— otorgan y que es ese “poder” el que subsiste después de la muerte, no el mandato que, como todo contrato, se extingue con la muerte.

#### VIII.2.4. Casos societarios

Tanto en sociedades civiles como comerciales existen supuestos que se consideran pactos sobre herencia futura, excepciones a la causal de disolución por muerte de los socios.

Por de pronto, la norma general del Código Civil, aplicable al fallecimiento de los socios, está contenida en el art. 1758, que encabeza el capítulo referido a la disolución de la sociedad civil. Dispone, lo reitero: “La sociedad queda disuelta, si fuere de dos personas, por la muerte de una de ellas, pero no si constare de mayor número de socios” (119).

(118) *Mandato, representación y poder*, mi primer trabajo de posgrado, realizado en 1960 y publicado en la Enciclopedia Jurídica Omeba, bajo la voz “Representación”, t. XXIV, 1977, ps. 716 y sigtes., y luego compilado en *Contratos II*, cit., cap. XXI. El codificador admite esa distinción, no muy claramente, al mencionar muchas veces el “poder” o la “procura” o “procuración”, sobre todo en artículos expresos como el mismo 1877, 1184, inc. 7º, 1872, nota del art. 1879, 1881, etc.

(119) VIDELA ESCALADA, Fedrico N., *Las sociedades civiles*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1962, n° 382 y sigtes., ps. 324 y sigtes., menciona diversos casos en que influye el fallecimiento de un socio, provocando la disolución: 1) sociedad de dos miembros —art. 1758

Los arts. 1760 y 1761 complementan la última parte del anterior. El primero de ellos establece que en caso de continuar la sociedad después del fallecimiento de alguno de los socios la partición con sus herederos se fijará al día de su muerte, no participando sus herederos de derechos u obligaciones ulteriores, salvo que sean consecuencia necesaria de operaciones anteriores al fallecimiento, y el segundo establece igual solución aun cuando se hubiese convenido en el contrato social que la sociedad continuaría con los herederos, salvo que éstos y los otros socios convengan en continuar la sociedad. Finalmente, el art. 1762 dispone que los negocios pendientes continuarán con los herederos del socio muerto.

Pero el art. 1670 no otorga calidad de socios a los herederos o legatarios de los derechos sociales si los restantes socios no consienten en la sustitución o “si ésta no fuese convenida con el socio que hubiese fallecido, y aceptada por el heredero”.

Finalmente, el art. 1788 bis, introducido por la ley 17.711, establece: “En la liquidación parcial de la sociedad por fallecimiento o retiro de algún socio, la parte del socio fallecido o saliente se determinará, salvo estipulación en contrario del contrato social, computando los valores reales del activo y el valor llave, si existiese”.

En las normas mencionadas campean los pactos sobre herencia futura, si bien no en forma categórica.

El solo hecho de permitir continuar la sociedad no hace otra cosa que proyectar el contrato entre los socios más allá de la muerte de uno de ellos y ese “pacto”, obviamente, en ese aspecto, tendrá vigencia *post mortem* respecto de parte de los bienes de la herencia que al realizarse el mismo formaban parte de una “herencia futura”.

Adviértase también que, en algunas de las situaciones contempladas por las normas mencionadas, se respetan verdaderos convenios sobre la calidad de socio y el destino de las ganancias de la sociedad, los cuales en definitiva se realizan por una persona viva sobre bienes que quedarán a su fallecimiento, con consentimiento de los restantes socios que así lo han previsto en el contrato social, y que deben ser respetados. El

Cód. Civil—; 2) muerte del administrador socio designado en el contrato social—art. 1759—; 3) muerte del socio industrial —misma norma—; 4) fallecimiento del algún socio de particular importancia —misma norma—.

art. 1788 bis ratifica tal situación, porque admite para la liquidación parcial por muerte de uno de los socios, que en el contrato social se establezca el modo de hacer el cómputo, actuando la norma sólo supletoriamente, ante el silencio de dicho contrato.

En la redacción originaria del Código Civil citamos también el art. 1654, inciso 3º, inciso derogado por la ley 17.711, que autorizaba a destinar las ganancias y prestaciones a la sociedad a los socios sobrevivientes, como el inc. 4º, que en similar sentido permitía estipular que por fallecimiento de cualquiera de los socios sus herederos percibieran una cantidad determinada de las ganancias o que el sobreviviente quedara con todo el activo mediante el pago de una suma determinada, inciso que se mantuvo, si bien aquella ley le adicionó que esa estipulación no podía afectar la legítima y que, además, se puede invocar la teoría de la imprevisión "*respecto de las circunstancias imprevistas sobrevinientes*".

Estas estipulaciones son consideradas —no en forma unánime— como, al menos, relacionadas con los pactos sobre herencia futura y se admite que en algunos casos asumen la naturaleza jurídica de dichos pactos, como por ejemplo ocurre cuando entre los socios existen vínculos de parentesco que son fuente de vocación sucesoria, cuya eficacia o extensión resultan alteradas por la celebración de los pactos, en el límite autorizado por la ley (120).

En materia de sociedades comerciales, se ha admitido el supuesto, por los arts. I del Título Preliminar y 207 del Código de Comercio —en cuanto establecen la aplicación subsidiaria de las normas civiles a la materia comercial— (121), la cual no sería contradictoria con la excepcionalidad de las reglas del art. 1654 del Civil, en tanto integran la parte general del derecho de sociedades, aplicables a todas ellas (122); la jurisprudencia lo ha aplicado (123).

(120) Conf. GUASTAVINO, *Pactos sobre herencia futura*, cit. p. 405.

(121) Sobre este tema remito a GASTALDI, José María, *Introducción al estudio de los contratos comerciales. Su relación con los civiles*, Ed. de Belgrano, 1ª ed. 1981, 2ª de 1985 y 3ª ampliada, 1991, cap. III.

(122) LOPEZ OLACIREGUIL, José María, "A propósito del artículo 1654, inc. 4º, del Código Civil y de un fallo reciente: a los herederos del socio fallecido se les debe liquidar una suma que corresponda al valor real de la cuota del causante", en *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, t. XXXII, n° 1, enero-abril 1954, p. 39 y ss.

(123) Véase CCiv. 1ª Cap., 18/12/39, LA LEY, 17-44; JA, 68-934; CNCiv., sala C, 18/06/53, LA LEY, 72-534.

Al margen, el Código de Comercio, derogado en cuanto a las sociedades comerciales por la ley 19.550, prescribía en el inc. 8 del art. 419, ya citado, que: la sociedad podía disolverse parcialmente, en tanto no se modifique la razón social, por muerte de uno de los socios, salvo que el contrato social no contuviera un pacto expreso para que la sociedad continuara con los socios sobrevivientes. A su vez, según resultaba del art. 423, también mencionado, ante la disolución parcial los herederos del muerto tenían derecho a la partición sin participar de los derechos ulteriores.

También mencioné el art. 22 de la derogada ley de sociedades de responsabilidad limitada, en cuanto disponía que tal sociedad no se disolvía por la muerte de uno de los socios, salvo que los estatutos dispusieran lo contrario.

Las normas citadas de las sociedades comerciales, según el Código de Comercio, coincidían en parte con los principios que consagraba y mantuvo el Código Civil, los que se analizaron precedentemente, y se consideraban excepciones a la prohibición de los pactos sobre herencias futuras, no en forma absoluta, pero la continuación de la sociedad si así se había acordado en el contrato social se proyectaba *post mortem*, lo cual implicaba un pacto sobre bienes del futuro causante, es decir, sobre una herencia futura. Similar situación se presentaba en la partición que se pactaba en el contrato para entregar a los herederos del fallecido la porción de éste.

Por su parte, la ley 19.550, en el capítulo sobre la resolución parcial y la disolución, en su art. 90, referido a la "muerte de un socio", establece que en las sociedades colectivas, en comandita simple, de capital e industria y en participación, la muerte de un socio resuelve "parcialmente" el contrato, aceptando que en las dos primeras especies es lícito pactar que continúe con sus herederos, obligando dicho pacto a éstos "sin necesidad de un nuevo contrato", si bien ellos pueden condicionar su incorporación a la transformación de su parte en comanditaria.

En cuanto a las sociedades de responsabilidad limitada, el art. 155 LS, referido a la incorporación de herederos del socio, establece que si el contrato prevé dicha incorporación el pacto será obligatorio para ellos y los socios, incorporándose una vez acreditada su calidad; establece también que la limitación a la transmisibilidad de las cuotas, en esos casos, serán inoponibles a las cesiones que los herederos realicen den-

tro de los tres meses de incorporados, pero la sociedad o sus socios podrán ejercer opción de compra dentro de los 15 días.

Se advierte en estas soluciones para ciertos tipos de sociedades comerciales, que la muerte de un socio no es óbice para continuar la sociedad con sus herederos si así se ha pactado en el contrato, con lo cual, en definitiva, ello implica el reconocimiento de pactos sobre la herencia futura del socio que fallece.

Los pactos de sindicación de acciones también han sido considerados, en la medida que continúen después del fallecimiento de uno de los socios integrante de dicho pacto, como un contrato sobre una herencia futura; también las cláusulas limitativas a la libre transmisibilidad de las acciones, que pueden contemplar situaciones que se originan en una transmisión hereditaria (124).

#### VIII.2.5. Fundaciones

En la ley 19.836, que regula las fundaciones, que pueden crearse por disposición testamentaria (cap. 7), los arts. 32 y 33 disponen la intervención del ministerio público para asegurar el propósito del testador de crear la fundación, otorgando facultades al juez para resolver las diferencias en el caso de que los herederos no se pusieran de acuerdo entre sí o con el albacea para la redacción del acta constitutiva y del estatuto, dando previa vista a aquel ministerio y a la autoridad administrativa de control.

Se señala esta disposición como una excepción a la prohibición, en tanto la voluntad del testador se desplaza hasta después del fallecimiento—dado que se trata de un acto *mortis causa* de última voluntad—, a fin de constituir una fundación, concretándose ésta con el acuerdo de los herederos y, de no llegarse a él, será el juez quien resolverá las diferencias a fin de cumplir con aquella voluntad.

Puede vincularse esta situación con los llamados “pactos sucesorios indirectos”, entre los cuales se han ubicado los relacionados con el reco-

(124) Conf. sobre estos dos supuestos, GAGLIARDO, Mariano, *Pacto sucesorio*, exposición en el II Coloquio Economía y Poder Judicial, organizado por la *Internacional Judicial Academy* y la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, Bs. As., 25/10/2005 (véase publicación de dicha Academia, febrero 2006).

nocimiento de filiación extramatrimonial, filiación adoptiva, como también con las denominadas “promesas *post-mortem*”, como los casos de postergación de exigibilidad de obligaciones hasta la muerte de una persona, el seguro de vida, la renta vitalicia, los bienes reservables y las donaciones condicionadas a la muerte (125).

#### IX. Sobre la conveniencia de la admisión en nuestro derecho de los pactos sobre herencia futura. Los pactos aceptables.

Analizados tanto nuestro Código Civil, como otros, unos que consagran la prohibición y otros que la suprimen—con distinta amplitud—, como asimismo doctrina nacional y extranjera, concluyo, como ya lo he sostenido en trabajos anteriores, que es conveniente introducir modificaciones al riguroso régimen actual.

Avalan esta posición, precisamente, las legislaciones extranjeras que, con mayor o menor amplitud, admiten los pactos sobre herencia futura y la tendencia doctrinaria que critica su prohibición y admite introducirlos, al menos parcialmente, con fundamentos serios (126). Remito a su análisis, efectuado páginas antes.

Y la confirman, las diferentes verdaderas excepciones directas—y aun indirectas— que he analizado, que autorizan a llegar a la opinión permisiva, dejando de lado los fundamentos que históricamente se utilizaron para sostener la contraria—argumentos realmente insostenibles—y advirtiendo que tales modificaciones presentan ventajas y coadyuvan

(125) Véase sobre estos casos, que exceden el presente trabajo, GUASTAVINO, *Pactos sobre herencias futuras*, cit., cap. XI y XII, ps. 443 y sigtes.

(126) BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, Editorial Perrot, 4ª ed., Bs. As., 1976, ps. 187 y sigtes., no obstante sostener que la prohibición se funda en razones morales, pues se especula con la muerte de una persona, luego de mencionar las excepciones de nuestro Código Civil, admite que “en el derecho moderno se nota una tendencia a suavizar el rigor de esta regla que prohíbe los pactos sobre herencia futura; no todo pacto que tiene en miras bienes que se han de recibir por muerte de una persona es inmoral. Muchas veces las circunstancias los hacen razonables y prudentes”. Véase también las opiniones de LAFAILLE, SEGOVIA, SALVAT—particularmente su anotador ACUÑA ANZORENA—y MOSSET ITURRASPE, citadas en las notas 107, 110 y 111, que admiten la postura de atemperar la prohibición, e incluso, como es el caso del último citado, propicia la derogación de la prohibición en relación con los institutivos, coincidiendo con la postura de SPOTA, que luego cito y que justifico en este trabajo.



a un régimen armónico que complementaría, mediante normas generales, los casos de excepción (127).

Parecería que el principal escollo sería el orden público, en tanto implicaría una modificación de las reglas sucesorias que tienen aquel carácter, pero pienso que ello puede perfectamente coordinarse, aun elastiando las que se consideran demasiado rígidas en nuestro sistema. No sería necesario una modificación sustancial. Téngase en cuenta que existe en la doctrina, por ejemplo, una firme tendencia a aminorar la porción de los herederos legitimarios, que se ha reflejado en los proyectos de reforma (128).

Tampoco me parece que es argumento para mantener la prohibición el hecho de que se afectarían las costumbres o nuestra idiosincrasia, pues la actualización de la legislación, sobre lo cual hay innumerables ejemplos, si está bien fundamentada y concretada, se asimila rápidamente.

Con el análisis efectuado, recorriendo las razones de la prohibición, no las considero determinantes —sobre todo frente a algunos antiguos argumentos ya descartados y a las excepciones expresadas en nuestra legislación— por lo cual, aunque admito que es minoritaria, mantengo mi opinión respecto a la conveniencia de derogar la rígida prohibición.

(127) VIDELA ESCALADA, *Las sociedades civiles*, cit., n° 206, sostiene, refiriéndose a la partición por ascendientes —arts. 3514 y sigtes.—, que he analizado, que si bien es poco utilizada tiene innegables ventajas, especialmente al permitir que el jefe de familia prevea el desarrollo, para después de su fallecimiento, de las distintas empresas a que pueda estar ligado, poniéndolas así en las mejores condiciones para lograr un óptimo rendimiento. Creo que el fundamento puede extenderse para los pactos sobre herencia futura, al menos el institutivo.

(128) Dos proyectos de unificación y reforma, uno el propiciado y sancionado sólo por la Cámara de Diputados en 1993 y el de 1998, disponían, en materia de legítima, la reducción de la misma a dos tercios para los descendientes y a un medio para los ascendientes. En los “fundamentos” del segundo proyecto, n° 319, al justificar la reforma se decía que era “para responder así a una observación reiterada por la doctrina que considera excesivas las porciones establecidas por Vélez Sarsfield y más justo ampliar las posibilidades de libre y definitiva disposición del futuro causante”. No obstante esta última afirmación, no se extendió el criterio a los pactos sobre herencia futura, se mantenía la prohibición, aunque también excepciones que he tratado como tales. No hay duda que la tesis de la abolición de dichos pactos no se ha impuesto.

Quizá la cuestión se centra en si la derogación debe ser amplia, de todos los pactos, o restringida, limitándola sólo a alguno o algunos.

En tal sentido, creo que debe propiciarse se autorice el pacto institutivo, que se celebre con el futuro causante y sus herederos y, con mayor razón, si no tiene herederos o no tiene legitimarios, con cualquier tercero.

Lejos de atentar contra normas morales o de orden público, un pacto de esta naturaleza, en que interviene el futuro causante, podrá evitar futuras discusiones —muy comunes lamentablemente— entre los herederos, pues se realiza bajo la voluntad de quien, como familiar directo —padres, sobre todo— y titular actual de los bienes, tendrá la “ascendencia” personal necesaria para que sea aceptada su propuesta, sobre todo si es equitativa (129).

Recordemos que el pacto con intervención del futuro causante llegó a admitirse en el derecho antiguo (130).

Más discutibles son los otros tipos de pacto, cuya admisión es más restrictiva o no propiciada —véase la legislación comparada que he analizado—.

No obstante —y con base en las legislaciones permisivas—, creo que se puede admitir el renunciativo o aun el distributivo, que tampoco pueden calificarse como contrarios a la moral o al orden público, sin perjuicio de recordar que el último nombrado no suele considerarse un pacto sobre herencia futura, en tanto no dispone bienes, pero bien puede incorporarse al institutivo.

(129) SPOTA, *Instituciones de Derecho Civil, Contratos*, cit., vol. I, p. 75, al admitir sólo el pacto institutivo, señala que contribuiría a una “mayor paz y tranquilidad de la familia, evitándose toda discusión futura entre los sucesores”. Véase también vol. III, ps. 63 y sigtes. Cabe aclarar que según este autor, el institutivo es el único pacto que puede considerarse que es “sobre herencia futura”. Recordemos que calificada doctrina también admite la derogación, al menos parcial, o la sugiere e incluso recomienda que se autorice el institutivo. Véanse notas 126 y 127.

(130) Se citan las leyes de Austria, de Baviera y de Luisiana, todas en forma parcial (véase nota 88) y también el derecho canónico —el institutivo y renunciativo—, el derecho intermedio, estos últimos citados por GUASTAVINO, *Pactos sobre herencias futuras*, cit., p. 179 y sigtes.

El más cuestionado resulta el dispositivo, en tanto sí puede considerarse que afecta el orden público y las buenas costumbres, pues implica disponer de bienes incluidos en un mero derecho en expectativa.

Creo que estos pactos, al menos, deben ser analizados en profundidad para ver si se mantiene o no su prohibición, al encararse modificaciones a la legislación vigente que los prohíbe. La autonomía de la voluntad debe aplicarse en su regulación, sin perjuicio de las limitaciones a la misma.

Al margen, deben mantenerse las excepciones existentes, interpretándolas con criterio amplio pero razonable, en el marco de la equidad. ♦

## INTERPRETACION DE LOS TESTAMENTOS

POR JUAN CARLOS HARIRI

SUMARIO: I. Introducción. — II. Aspectos formales de los testamentos. — III. Notión de interpretación. — IV. Alcance de la interpretación. — V. Problemática de la interpretación. — VI. La voluntad del testador. — VII. Facultades del juez. — VIII. Conclusiones

### I. Introducción

Abordamos el tema sobre las normas que deben aplicarse a los efectos de interpretar los testamentos.

Estos actos jurídicos de última voluntad (ver nota al artículo 3606 del Cód. Civil), muchas veces ofrecen cierto grado de complejidad cuando el testador no ha sido claro en sus mandas, de modo tal que su ejecución se encontrará diferida hasta tanto el intérprete ponga luz a la verdadera intención del causante para que se cumpla íntegramente su voluntad.

Estamos frente a un acto jurídico unilateral que se distingue de los demás, por cuanto quien lo realizó ya no está, lo cual le da condiciones particulares que lo diferencian notablemente de los otros.

Por ello, es necesario valorar debidamente cuál ha sido la real voluntad del causante, recurriendo, si fuere el caso, a todos los medios legales que nos permite nuestro Código Civil, que ciertamente no son pocos.

Adviértase, que esa voluntad que dejó escrita el testador está destinada para ejecutarse después de su muerte.

Sabemos que el testamento, sea cual fuere la modalidad que le imponga el causante, es un acto formal y como tal debe ajustarse estrictamente a la ley.

Vélez previó distintas clases de ellos (el ológrafo, por acto público y el cerrado, además de los testamentos especiales), pero a todos les ha impuesto una forma determinada que debe respetarse no admitiéndose apartarse de ellas bajo ningún pretexto.

Es un acto trascendente, y por ello la búsqueda de la voluntad del testador a través de la interpretación que deba realizarse, será del mismo carácter e importancia.

Así observamos como regla lo dispuesto por el artículo 3619 del Código Civil en el sentido que las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador, quien no puede delegarlas ni dar poder a otro para testar prohibiendo, además, que alguna de sus disposiciones queden al arbitrio de un tercero.

Por eso estamos ante un acto personalísimo que por su naturaleza, no lo puede realizar otro que no sea su autor.

De allí entonces surge la necesidad de hacer valer sus disposiciones, teniendo presente que quién las hizo ya no vive, pero sin ninguna duda quiso realizarlas en bien de sus destinatarios manifestando también su completa razón.

En suma, si bien el tema ha sido abordado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, entiendo que no se encuentra agotado, pues los cambios sociales que se imponen a la vida, traerán nuevamente el caso ante los tribunales y será entonces donde el Juez, quién en definitiva es el último que realizará la labor de la interpretación, deberá aplicar las pautas necesarias para conocer que ha querido el testador.

## II. Aspectos formales de los testamentos

Antes de entrar a conocer la voluntad del testador, es necesario advertir sobre la necesidad que se encuentren cumplidos los aspectos de forma que ha impuesto el codificador, pues si ellos están ausentes será inútil la interpretación que se haga sobre sus mandas.

El artículo 3622 del Código Civil dispone que las formas ordinarias de testar son: el testamento ológrafo, el testamento por acto público y el testamento cerrado. Ello, sin perjuicio de los testamentos especiales (arts. 3672 al 3689 del Código Civil).

Todos ellos están sometidos a las mismas reglas, en lo que concierne a la naturaleza y extensión de las disposiciones que contengan, y gozan de la misma eficacia jurídica (art. 3623).

a) El testamento ológrafo requiere para ser válido en cuanto a sus formas que sea escrito todo entero, fechado y firmado por la mano misma del testador y la ausencia de alguna de estas formalidades lo anula en todo su contenido (art. 3639), y la nota a este artículo claramente dice que no todo acto escrito, datado y firmado por su autor es un testamento válido, pues es necesario que haya un propósito manifiesto de testar y una disposición de todo o parte de los bienes que dejará después de su muerte.

Allí, encontramos una directiva inicial de interpretación que es "un propósito manifiesto" de disponer el testador de sus bienes. Es decir, la verdadera razón del acto es que contenga una disposición manifiesta.

El intérprete deberá observar cuál es la disposición que contiene, para luego darle validez.

Tal vez este testamento sea el más seguro, pues refleja la personalidad de quién lo realiza con más intensidad que el efectuado por acto público, que en definitiva es redactado por el escribano sobre la base de una minuta o de las instrucciones que le imparta el testador.

b) El testamento por acto público debe ser hecho ante escribano público y tres testigos residentes en el lugar (art. 3654), y "*en los pueblos de campaña y en la campaña no habiendo escribano en el distrito de la municipalidad donde se otorgare el testamento, debe este ser hecho ante el Juez de Paz del lugar, y tres testigos residentes en el municipio. Si el Juez de Paz no pudiere concurrir, el testamento debe hacerse ante alguno de los miembros de la municipalidad con tres testigos*" (art. 3655). En este último supuesto el acto debe mandarse a protocolizar sin necesidad de otro trámite previo (art. 3690).

El escribano, bajo pena de nulidad del testamento debe designar el lugar en que se otorga, su fecha, el nombre de los testigos, su residencia

y edad, si ha hecho el testamento o si sólo ha recibido por escrito sus disposiciones (art. 3657), y debe leérselo al testador en presencia de testigos que deben verlo firmar junto con aquéllos.

En definitiva, se le pide también al escribano que observe lo dispuesto en los artículos 1001 y 1004 del Código Civil, además de la presencia de los tres testigos. No conozco la razón por qué Vélez eligió ese número de testigos, pero la jurisprudencia no ha sido uniforme para declarar la nulidad del testamento si faltare alguno de ellos, sobre todo en Tribunales de provincia y no en la Cámara Civil de la Capital Federal donde se le asigna a la presencia de ellos una función integrada del acto.

c) El testamento cerrado debe ser firmado por el testador y el pliego que lo contenga debe entregarse a un escribano público, en presencia de cinco testigos residentes en el lugar, expresando que lo contenido en aquel pliego es su testamento.

El escribano dará fe de la presentación y entrega, extendiendo el acta en la cubierta del testamento y la firmarán el testador y todos los testigos que puedan hacerlo, y por los que no puedan los otros a su ruego; pero nunca serán menos de tres los testigos que firmen por sí. Si el testador no pudiere hacerlo por alguna causa que le haya sobrevenido, firmará por él otra persona o alguno de los testigos. El escribano debe expresar al extender el acta en la cubierta del testamento, el nombre, apellido y residencia del testador, de los testigos y del que hubiere firmado por el testador, como también el lugar, día, mes y año en el que el acto pasa (art. 3666).

Sin embargo, este tipo de testamento, por su complejidad, afortunadamente es poco empleado pero hemos querido reflejarlo por cuanto está enunciado por el artículo 3622 del Código Civil.

También Vélez admitió de algún modo que no se trata de un acto simple, pues en el artículo 3670 previó que el testamento cerrado que no pudiese valer como tal por carecer de alguna de las solemnidades que debe tener, valdrá como testamento ológrafo, si estuviere todo escrito y firmado por el testador.

En definitiva, luego de analizadas el cumplimiento de las formalidades, podemos entrar a su interpretación y veremos que la forma elegida para testar nos colocará ante la personalidad del testador y con ello

intentaremos averiguar cuál fue la verdadera voluntad del causante, en el caso que se presenten dudas o frases oscuras.

En la práctica, los testamentos más comunes son el ológrafo y por acto público y a ellos en lo sustancial, nos remitiremos.

### III. Noción de interpretación

Interpretar un acto jurídico requiere una aptitud cuya finalidad es dar el verdadero contenido y alcance que contenga la norma.

En el caso de un testamento el intérprete debe poner luz a la manda o mandas que sean oscuras, colocándose si fuere posible, en el lugar que ocupaba el testador.

De allí que conocer sobre la vida del causante ayudará para revelar cuál fue su verdadera voluntad.

He advertido, en general, que los mayores problemas de interpretación de los testamentos ocurren en los ológrafos donde el testador está solo con su pluma y el papel e imagina y se representa su muerte.

Debe en tales circunstancias, conservar serenidad, sensatez y prolijidad respecto a sus disposiciones, y no debieran ser precipitadas, respondiendo a un íntimo convencimiento.

Téngase en cuenta que las disposiciones testamentarias representan la continuidad orgánica psíquica y económica de la personalidad y responden a sentimientos de gratitud, liberalidad y afecto (CCiv. 1ª, Capital Federal; LA LEY, 8-131).

En cambio, en el que se celebra por acto público, interviene el escribano a quién en definitiva el testador manifestará su deseo de testar y luego procederá a su dictado. Tal vez el profesional interviniente lo ayudará a esclarecer su voluntad y buscará la mejor forma par reflejarla, siempre que no se afecte su libertad.

Ello no significa que esta clase de testamentos no se hayan interpretados por los Tribunales y aún habérselos sancionados con su nulidad.

En suma, en materia de interpretación de testamentos resulta necesario conocer la voluntad del testador y saber que fue lo que ha querido disponer con relación a sus bienes. Y aquí radica la problemática, pues a veces resulta más o menos sencilla y otras no se la puede conocer y cae, por tanto, el testamento

#### IV. Alcance de la interpretación

La misión del Juez en el ejercicio de su imperio es buscar cuál es el alcance de las cláusulas y mandas testamentarias.

En primer orden señalaremos algunas de las normas que contiene nuestro Código Civil, en materia interpretativa, advirtiendo que no hay ninguna que tenga carácter general y absoluto, excluyente de aplicar otras.

Creemos que tienen este alcance aunque limitado lo dispuesto por los artículos 3476, 3718, 3719, 3720, 3721, 3722, 3723, 3727, 3728, 3729, 3765, 3790, 3812, 3816, 3870, entre otros.

Si bien para algunos autores las reglas de interpretación de los contratos y los testamentos son diferentes, criterio que compartimos, creemos que lo dispuesto por el artículo 1198 del Código Civil de algún modo puede emplearse.

En efecto, más allá de preservar el principio de la buena fe en materia interpretativa el resto del artículo es atinado al alcance que debe dársele a la interpretación que se haga cuando expresamente aquél prevé el obrar con cuidado y previsión.

En esta norma tan amplia se sienta todo el standard jurídico argentino en materia interpretativa.

De tal modo allí encontramos el principio rector que debe tener en cuenta el intérprete.

En segundo orden, existen también otros elementos para lograr un cabal entendimiento del testamento, como aquel que realiza un lector avezado que se atiene a la interpretación gramatical e integradora lógica y el objetivo que el testador tuvo en miras.

El alcance que se le da a la interpretación deberá ponderar en primer lugar cuál ha sido la verdadera voluntad del testador y para ello habrá que colocarse, en la medida de lo posible, en su persona, contando para ello con sus atributos que lo investían y especialmente su condición social.

La nota al artículo 3607 del Código Civil así lo revela al sostener que el artículo no exige términos precisos para manifestar la última voluntad, por incorrectos o irregulares que sean desde que el acto indique lo que él había querido que se hiciese después de su muerte de todo o parte de sus bienes, sería un testamento válido.

De esta premisa tan esclarecedora que nos brinda el codificador está el criterio que tiene que observar y aplicar el intérprete.

El artículo 1666 del Código de Brasil ofrece una solución análoga: cuando una cláusula testamentaria tenga interpretaciones diferentes, prevalecerá la que mejor asegure la observancia de la voluntad del testador.

También el artículo 707 del Código Civil de la República de Panamá nos dice que toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento.

En consecuencia, el alcance que tiene que llevar la interpretación es buscar la verdadera voluntad del testador y para lograrlo entiendo que el intérprete se valdrá del análisis general del testamento tratando de compatibilizar las mandas y de ese modo alcanzar lo que el causante quiso, sin desnaturalizar su voluntad.

#### V. Problemática de la interpretación

Tal como afirmamos, la interpretación de los testamentos trae consigo una problemática propia que se diferencia de los otros actos jurídicos.

Es prácticamente imposible y los hechos así lo demuestran establecer estándares que puedan aplicarse por igual a todos los casos, desde que



cada uno seguramente tendrá matices propios que lo convierten en supuestos disímiles de otros.

Pero, insisto, el elemento común es averiguar y desentrañar cuál es la voluntad del testador y de ahí se debe partir para lograr el fin querido.

Habitualmente el testador, y máxime cuando eligió el ológrafo, generalmente no está familiarizado con el lenguaje jurídico ni sus términos que lo caracterizan y por lo tanto su redacción puede verse afectada por distintas interpretaciones.

Tampoco el Código Civil francés trae reglas generales para la interpretación; sólo cuenta con algunas pocas (ej. 1022, 1023, 1246 entre otros), pero si tiene normas respecto a la interpretación de las convenciones (arts. 1156 al 1164).

En cambio, el Código Civil del Reino de España ha incluido ciertas reglas en esta materia en los artículos 668 a 675. Así observamos que: *"...En la duda, aunque el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha a título universal o herencia (art. 668)"*.

Y el artículo 675 de ese cuerpo legal es sumamente amplio: *"Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento..."*.

El Código alemán en su artículo 2084 dispone: *"Si el contenido de una disposición de última voluntad admite varias interpretaciones, en la duda ha de preferirse aquella interpretación con la que la disposición pueda tener efecto"*.

También el Código Civil italiano en el artículo 637 dispone respecto al término usado por el testador cuando es incorrecto haciéndolo valer por el que verdaderamente es el correcto, es decir, cesa para el intérprete el inadecuado.

También el Código uruguayo no trae normas en la materia. Sólo advertimos en el artículo 919 que se tendrá por no escrita la manda del testador que dispone pagar una deuda cuando en verdad no era deudor.

Y comentaristas del código (Eugenio Cafaro y Santiago Carnelli, t. 1, octava edición, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1994), aclaran el artículo 780 en el sentido que cuando el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha a título universal o de herencia.

En suma, la problemática que presenta la interpretación de los testamentos, notamos que aún en la legislación comparada tampoco se dan soluciones completas. Si advertimos la existencia de algo que es común en todas ellas; conocer cuál fue la verdadera y real voluntad del testador.

En efecto, como todo acto jurídico hay algo que tiene calidad central, esto es la voluntad la cual necesariamente se pone de manifiesto en su declaración, es decir, con la exteriorización plasmada en el papel.

El testador al disponer de sus bienes no se coloca personalmente en una situación de dependencia con relación a sus herederos, pues nada puede exigirles y tampoco puede demandarlos. El testamento importa un régimen objetivo para la transmisión póstuma de los bienes pero no entraña obligaciones (E.B. Busso: "Código Civil Anotado", t. III, p. 105, Ed. Ediar, Bs. As., 1949).

La dificultad radica, pues en que el intelecto del intérprete capte el pensamiento y la voluntad del causante al tiempo de hacer su testamento.

Y en este sentido, las reglas que reconoce la doctrina y la jurisprudencia no siempre nos llevará a la justa solución.

Por tanto será necesario analizar cada caso y si correspondiere, se recibirán la interpretación gramatical, la lógica, la sistemática, la teológica o la del sentido común, con el fin de poder llevar adelante la voluntad del testador.

Ya hemos dicho que la tarea no es sencilla, máxime que la voluntad de quien escribió el testamento no es susceptible de ser interrogada.

No debemos extrañarnos que la problemática que presentan para ser comprendidos debidamente sean más complejas que la interpretación

de los actos entre vivos, donde en última instancia pueden recurrirse a las partes.

Pero aún la dificultad que encierra el tema no podemos dejarla sin respuesta y mucho menos no resolver los problemas de interpretación que se presenten.

Para desentrañar la voluntad del causante habrá que recurrir al propio testamento para saber que es lo que se quiso decir teniendo en cuenta el espíritu que lo informa y para el supuesto de no obtenerse el resultado esperado se recurrirá a las pruebas extrínsecas que aporten los interesados (D. Fornieles: "Tratado de las Sucesiones", t. II, p. 151, n° 3, Ed. Ediar, 1950).

Por tanto, a falta de normas sobre interpretación de los testamentos, habrá que recurrir a los principios generales del derecho, incorporados a la experiencia jurídica de nuestra cultura occidental (S.C. Fassi: "Tratado de los Testamentos", vol. 1, p. 235, Ed. Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos., Bs. As., 1970).

La misión fundamental del intérprete —el Juez— es desentrañar el significado de la declaración de voluntad, en su sentido gramatical, normal; el interesado no podría probar más tarde que su intención era distinta de la que surge del significado propio y corriente de las palabras (G.A. Borda, "Tratado de Derecho Civil —Sucesiones—", t. II, p. 165, n° 1102, séptima edición actualizada, Ed. Perrot).

Y para juzgar sobre la claridad de las disposiciones testamentarias debe partirse del supuesto que las palabras han sido utilizadas en su correcta acepción, principalmente si el testador era una persona culta, que sabía redactar su testamento (F.A.M. Ferrer, "Cómo se interpretan los testamentos", p. 56, n° 50, Ed. Abeledo Perrot, 1994).

No obstante las valiosas citas doctrinarias, creemos que en ningún caso podemos dejar de lado lo dispuesto por los artículos 15 y 16 del Código Civil, máxime que es un principio básico el cual se extiende a todas las legislaciones republicanas el que sostiene que no puede haber en el derecho privado conflictos que no tengan solución (S. Cifuentes, "Código Civil, Comentado y Anotado", t. I, p. 14, Ed. La Ley, 2003).

En definitiva, la complejidad que presente el testamento en su interpretación deberá ser resuelta por el intérprete: es decir el Juez.

## VI. La voluntad del testador

Téngase presente que quien escribe su testamento o bien decidió hacerlo por acto público, no puede exigírsele con rigor la absoluta claridad de su voluntad.

Adviértase que en ese momento está previendo su propia muerte, dejando a un lado su historia, sus emociones, sus afectos y, naturalmente, imaginará a quien beneficiará con sus mandas.

Por tanto, el contenido del testamento, aún con imperfecciones que por su puesto no afecten su validez, será su voluntad y desea que sea cumplida fielmente.

De lo contrario no hubiere testado dejando sus bienes que se distribuyen de acuerdo a las normas del derecho sucesorio.

El testamento, en definitiva es la proyección de vida a los seres queridos del testador. De allí nace el respeto que se le debe a la voluntad de quien lo hizo.

Téngase en cuenta que aquél ha puesto su buen juicio, su cordura y su sensatez debiendo presumirse que ha obrado con cuidado y previsión.

La razonabilidad de sus cláusulas, aún que en algunos casos no aparezcan con la claridad que se hubiese deseado, seguramente obedecen a la preocupación que siente cualquier persona cuando testa, es decir que se ha dispuesto a enfrentar su muerte.

Como en definitiva las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador (art. 3619 del Cód. Civil), el Juez deberá indagar y declarar la real y verdadera voluntad del autor del testamento (F.A.M. Ferrer: "Cómo se interpretan los testamentos", p. 9, Ed. Abeledo Perrot, 1994), debiendo surgir única e inequívocamente del testamento, sin necesidad de completarla con otros papeles suyos, desprovistos de la forma testamentaria (S. Cifuentes: "Código Civil Comentado y Anotado", t. IV, p. 332 y sus citas).

## VII. Facultades del juez

Ya dijimos que el intérprete de los testamentos es el Juez que interviene en la sucesión.

El magistrado no es una máquina de razonar, sino, esencialmente, un hombre que toma conocimiento del mundo que le rodea y le conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales. La sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida (E.J. Couture, "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", p. 272, n° 173, tercera edición póstuma, Ed. Roque Depalma, 1958).

Nuestro Código Procesal, también le impone a los Jueces para formar sus convicciones la regla de la sana crítica (art. 386), alcance que también comprende a la interpretación que deban hacer sobre las cláusulas testamentarias.

En efecto, en materia de interpretación el Juez es soberano. Las partes podrán aportar pruebas, si fuere el caso, pero de ningún modo serán ellas quienes realicen esa tarea intelectual.

El testador deberá al redactarlo o dictarlo al escribano ser lo más claro posible evitando confusiones o frases oscuras. En una palabra, se le exige concisión y precisión.

Pero cuando no ocurre de este modo y los herederos o legatarios quieren hacer valer sus pretensiones respecto al testamento y el Juez advierte que hay intereses encontrados, no tendrá otro camino que sentenciar su interpretación para poner fin a la contienda.

Si dispuso bien o mal, si olvidó a sus parientes para beneficiar a extraños, si fue ingrato, esto no le interesa al juez y por ende no es materia de interpretación, pues no debe juzgar intenciones. La voluntad del testador expresada en su testamento debe prevalecer sobre consideraciones de orden moral (CCiv. 1ª, Capital Federal, LA LEY, 8-131).

Así veremos cómo se han pronunciado nuestros tribunales, habiéndose señalado que en la interpretación de los testamentos es preciso desentrañar la voluntad del testador.

Más allá de las palabras que puedan haber utilizado o de las sutilezas a que éstas puedan dar lugar, es preciso indagar qué es lo que quiso disponer respecto de sus bienes (CNCiv., sala G, 16/11/1984, LA LEY, 1985-A, 200).

Es necesario establecer la real intención del causante y para ello debe tenerse en cuenta el sentido en que suelen usarse las palabras entre los profanos, sin ceñirse al sentido literal y técnico de la expresión (CNCiv., sala E, 28/5/1982, LA LEY, 1982-A, 6).

Empero, la decisión del Juez encuentra como límite el objeto de la interpretación el cual consiste en conocer la voluntad del testador, de modo tal que no se cambie el deseo del causante, haciéndole decir precisamente lo que no ha querido. Por tanto, debe respetarse esa voluntad en la medida que no contradiga las normas del derecho sucesorio.

Por eso el intérprete tendrá que contemplar por un lado la voluntad del testador y por otro las previsiones del Código Civil que regulan la materia.

Desde otro ángulo, téngase en cuenta que la ley no exige términos sacramentales, ni fórmulas solemnes para instituir herederos (ver nota al art. 3607), pues lo principal que el Juez deberá tener en cuenta es que el sucesor de los bienes del causante sea el heredero a quien ha instituido.

Ciertamente, la intención del testador debe ser descubierta primeramente con los elementos intrínsecos del testamento. Sin embargo, esa investigación no es excluyente, el Juez puede acudir a todo los elementos extrínsecos, como por ejemplo, los documentos que dejó el causante, su situación personal en la familia y sus relaciones con los allegados (Henri y León Mazeaud y Jean Mazeaud, "Lecciones de Derecho Civil", parte cuarta, vol. II: "La Transmisión del Patrimonio Familiar", t. 14, p. 405).

Las facultades de los jueces no son pocas para conocer cuál fue la verdadera y real voluntad del testador.

Siguiendo con la potestad que tienen los jueces en materia de interpretación de los testamentos, creemos que no podemos obviar a Baudry-Lacantinerie y Colin ("Traite Theorique et Practique de Droit Civil, des Dons entre Vifs et des Testaments", t. II, ps. 11 y sigte.), cuando

sostienen que en relación a los poderes del Juez en materia de interpretación de testamentos, tienen aquellos un poder soberano de apreciación a los efectos de resolver si el testamento refleja la intención real del testador, agregando, además, que aún en la finalidad de llevar a cabo la labor interpretativa no pueden desnaturalizarla, desconociendo las mandas y las designaciones previstas.

No podemos dejar de mencionar, aún para los aspectos formales de los testamentos que la falta de fecha en uno ológrafo acarrea necesariamente su nulidad (CNCiv., en pleno, 14/4/1980, LA LEY, 1980-B, 356; ED, 87-673).

En definitiva, no cabe ninguna duda que el intérprete de los testamentos es el Juez. A él le corresponde averiguar cuál fue la voluntad del causante.

Y como es el Juez a quien la ley le ha encomendado esa tarea, vale recordar que aquél ejerce la función jurisdiccional, pues el Estado lo ha investido con dignidad de Magistrado.

Función que no puede ser más augusta y más delicada.

A él le está confiada la protección del honor, de la vida, de los bienes de los ciudadanos, por eso se le exigen condiciones excepcionales para desempeñar el cargo y se les rodea de garantías que aseguran su independencia y rectitud (H. Alsina: "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial", segunda edición, t. I, p. 196).

Conviene recordar la cita de Carnelutti: *"Pensad en el Juez que es la figura central del Derecho. Cuidad mucho la dignidad, el prestigio y la libertad del Juez"*.

Por tales razones no nos parece arbitrario que sea el Juez quien debe encargarse de interpretar los testamentos, máxime, como señalamos que a él el Estado le otorgó la función jurisdiccional y no a otro ciudadano.

Empero, podemos indicar, que a lo largo de la vida profesional hemos tenido que ver varios casos donde esa función que la ley le confiere al Juez pretendieron ejercerla las partes involucradas, afortunadamente sin éxito.

Y si el testador ha dejado albacea, tampoco a éste se lo podrá conferir la facultad de ser el intérprete, pues solamente ello, repetimos, le está encomendado a los jueces.

### VIII. Conclusiones

Hemos visto que averiguar la verdadera y real voluntad del testador no es una tarea que pueda sintetizarse a través de los distintos criterios imperantes en la materia.

Ellas no son rígidas y el intérprete habrá de recurrir para ello a los elementos de prueba que ofrezcan las partes y esencialmente a la convicción que arribe el Juez, empleando la regla de la sana crítica y si fuere el caso, podrá recurrirse a los principios generales del derecho.

En definitiva, el Juez tiene en su poder un marco jurisdiccional sumamente amplio pero limitado al contenido del propio testamento, para no contrariar la voluntad del causante.

No deberá apartarse de los criterios objetivos dirigidos principalmente a dar validez al acto, toda vez que el tema que nos ocupa lleva consigo una importancia práctica imposible de ser dimensionada. Estamos frente a la proyección de una persona que ha dejado exteriorizada su voluntad para que se cumpla y eso es en última instancia su testamento. ♦

# LA LEGITIMA

POR GUSTAVO PÉREZ COLMAN

SUMARIO: I. Introducción. — II. El origen y justificación del derecho sucesorio y de las sucesiones *ab intestato* y testamentaria. — III. Actualidad del debate. — IV. Análisis de los antecedentes e interrogantes. — V. Algunas ideas.

## I. Introducción

Mucho se ha escrito acerca de la legítima, entendida como el instituto que resguarda, a favor de aquellos sucesores a los que la propia ley asigna el carácter de herederos forzosos, una porción de los bienes dejados por una persona a su muerte.

Se han desarrollado múltiples teorías explicando su origen, defendiendo su justificación y sus bondades, y ha sido confrontada con la libertad de testar, surgiendo así fervorosas adhesiones y también serios cuestionamientos. El debate lleva siglos y se ha enriquecido con las ideas, la pluma y la impronta de muchas de las más ilustres personalidades que ha dado la humanidad en materia de derecho civil y filosofía política.

Se trata, sin embargo, de un debate inacabado, puesto que siempre habrá quienes estrechen filas en defensa de la legítima y quienes, ubicados en la vereda opuesta, privilegiarán la libertad de disposición.

Por otra parte, es también un debate esencialmente inacabable, si se tiene en cuenta que resulta inherente a la propia naturaleza de los institutos de derecho, por más sólidos e incommovibles que parezcan en un momento histórico determinado, la necesidad de que éstos se ade-



cuen a la evolución que experimenta la sociedad. En este sentido, es válido afirmar que el derecho debe acompañar dinámicamente el devenir de la comunidad, amoldando sus normas a los nuevos valores que en ésta se acuñan y modernizando los institutos de los que el derecho positivo se vale para reglar las relaciones jurídicas, de modo de responder a las nuevas exigencias que toda sociedad plantea a lo largo del tiempo.

No se trata de echar por la borda, cada cierto tiempo, nociones esenciales sobre las cuales se encuentra edificada la estructura jurídica de una nación, ni de someter sus instituciones a un continuo cuestionamiento, que favorecería la inseguridad jurídica y perjudicaría gravemente el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas dentro de la sociedad. Pero es indiscutible que el derecho debe adecuarse a la realidad, a los nuevos criterios imperantes, a los nuevos postulados.

Promover esa adecuación, cuando se juzga necesaria, es una de las tareas tal vez de mayor trascendencia de los juristas, que, a veces aplicando métodos exegéticos específicos, llamando la atención acerca de la necesidad de introducir reformas en ciertas normas o mediante proyectos concretos destinados a modificar textos legales, son quienes alertan acerca de la obsolescencia de ciertos criterios y propician los cambios que la sociedad precisa.

Partiendo de esta premisa nos proponemos, en este trabajo, hacer un repaso del instituto de la legítima, a fin de analizar la validez actual de las razones que históricamente se han enarbolado en su favor y en su contra, examinando cómo se encuentra actualmente regulada y, en definitiva, intentar arribar a algunas conclusiones que permitan al menos revitalizar el debate, sea que nos conduzca a ratificar el sistema tal cual se encuentra legislado, sea para advertir acerca de la necesidad de su adecuación a los tiempos actuales.

En esta tarea habremos de reseñar algunas de las teorías y autores que se han ocupado del tema. Seguramente muchos otros y de igual valía, que merecerían ser incluidos en este trabajo si su extensión lo permitiera, quedarán en el tintero. Sin embargo, hemos optado por aquellos autores que, en nuestra opinión, mejor han sintetizado las diversas posturas que la cuestión ha suscitado a lo largo del tiempo.

## II. El origen y justificación del derecho sucesorio y de las sucesiones *ab intestato* y testamentaria

1. Afirma Silveti que, si bien el testamento gozó de un sin igual favor en la antigua Roma, la sucesión *ab intestato* fue organizada desde los primeros tiempos, funcionando toda vez que no existía posibilidad de que hubiera testamento válido (1). Y dice: *"En definitiva, desde que el testamento asumió posición privilegiada y de preferencia en las transmisiones mortis causa, la sucesión ab intestato tuvo un carácter subsidiario; recién en la época imperial, en el derecho postclásico, adquiere nueva importancia por fundarse en el orden natural y familiar, impulsando el desarrollo de las disposiciones contra testamento. Pero en la época de predominio del testamento, la sucesión ab intestato sólo funcionaba cuando no había posibilidad de sucesión testamentaria y esto ocurría: a) cuando el causante no había otorgado testamento; b) cuando lo había otorgado, pero era nulo o se había invalidado posteriormente; c) cuando el heredero no podía aceptar la herencia por falta de capacidad o por cualquier otro motivo relevante; también, como en el caso del heredero voluntario que no quisiese aceptar la herencia"*.

2. En el mismo sentido, sostuvo Borda (2): *"En el derecho romano primitivo, rigurosamente individualista, el testador tenía ilimitados poderes para disponer de sus bienes. Ninguna porción de la herencia estaba reservada necesariamente a sus hijos, a su cónyuge. Esta situación se mantuvo hasta fines de la República. Ya por entonces, pareció chocante al sentimiento de justicia, esta facultad sin restricciones, para disponer de los bienes, que permitía dejar en la miseria a los hijos, sin ninguna razón fundada y por simple arbitrio caprichoso del padre. Se introdujo por aquella época un remedio que se llamó querela inofficiosi testamenti. Se partía de la ficción de que una exclusión injusta sólo podía emanar de una mente enferma; no era que se reputase demente al testador, ni que hubiera que producir la prueba de que éste lo estaba; bastaba esa simple apariencia de insania (color insaniae) derivada de la irrazonabilidad del acto, para que se hiciese lugar a la acción. El resultado era la caída de todo el testamento; los bienes se distribuían entonces como si aquél hubiera fallecido intestado"*.

(1) SILVETTI, Osvaldo Juan, "Sucesión Romana Ab Intestato", ED, 1968, t. 21, p. 876.

(2) BORDA, Guillermo A, *Tratado de Derecho Civil Argentino - Sucesiones*, t. II, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1958, p. 83.

3. Bettini (3), por su parte, ha enunciado las diversas doctrinas que desde antiguo se han sostenido para explicar los fundamentos del derecho sucesorio y de la sucesión ab intestato, y de la sucesión testamentaria.

Entre las primeras el citado autor menciona las siguientes:

- a) Doctrina del derecho natural.
- b) Doctrina biológica.
- c) Doctrina de la voluntad presunta del causante.
- d) Doctrina de la propiedad familiar o copropiedad doméstica.
- e) Doctrina del interés económico o del interés político.
- f) Doctrina de la creación legal.
- g) Doctrina de la seguridad y estabilidad de los derechos.

Las doctrinas mencionadas por este autor han tenido por objeto la justificación de la existencia del derecho sucesorio. No obstante, muchas de ellas, en el desarrollo de su formulación, se han pronunciado a favor de la sucesión intestada. A ellas nos referiremos a continuación.

### 3.1. Doctrinas favorables a la sucesión legítima.

a) Respecto de la doctrina fundada en el derecho natural, Bettini recuerda que *"Según Santo Tomás de Aquino 'es de derecho natural que los padres alleguen riquezas para los hijos y que éstos sean sus herederos"*, y agrega que esta doctrina ha sido también expuesta por los Pontífices León XIII, en la Encíclica Rerum Novarum, y por Pío XI, en la Encíclica Cuadragésimo Anno.

Luego expresa que: *"Los padres, por el matrimonio, constituyen voluntariamente la familia que es dispensadora de la vida, que, como llama maravillosa, se transmite a los hijos; éstos son vida de su vida, carne de su carne, sangre de su sangre; los progenitores se prolongan en la prole y ésta hereda sus caracteres físicos; en consecuencia, también debe heredar sus bienes. Agregan también fundamentos de orden psicológico y moral. No solamente los padres traen a la vida a sus hijos, sino que los*

(3) BETTINI, Antonio B., "Fundamentos de derecho sucesorio", LA LEY, 125-918, 1967.

*aman y por ese amor los cuidan, los asisten, los educan y los hacen participar, aun durante su vida, de sus bienes, sin los cuales no podrían satisfacerse convenientemente las necesidades de alimento, vestido, habitación y educación. Los hijos tienen derecho al amor de sus padres y por ser el amor generosidad, los padres tienen el deber de ser dadivosos con ellos y éstos tienen derecho a recibir sus bienes después de la muerte. Todo ello es impuesto por la naturaleza... El derecho sucesorio es, pues, un estímulo eficaz, fecundo e insustituible para acrecentar el trabajo, la riqueza doméstica y la fortuna del Estado.. Sirve, además, para espiritualizar al hombre, que, llenadas sus necesidades más apremiantes, trabajaría tan sólo para aumentar su propiedad y gozar de ella egoístamente, en tanto que por el derecho hereditario trabaja con altruismo para el bien de sus hijos e indirectamente de la sociedad"*.

*"La ley humana interviene también para establecer la manera concreta de cumplir las disposiciones de la ley natural y aun para asegurar su cumplimiento por medio de sanciones. Esta intervención es tanto más necesaria en derecho sucesorio, cuanto que en él concurren, como hemos dicho anteriormente, la persona, la familia y el Estado, y se relaciona con el matrimonio, con la filiación y sus especies, con el parentesco y con la patria potestad. Por ser así, al afirmar que el derecho sucesorio y especialmente la sucesión ab intestato, se fundan en el derecho natural, no negamos al Estado el derecho a legislar sobre esta materia, pero entendemos que no debe incurrir en arbitrariedad ni desconocer un derecho que responde a la ley de la naturaleza"*.

b) Respecto de la doctrina que funda el derecho sucesorio en razones biológicas, siguiendo a este autor, digamos que ella prescinde de la divinidad y del derecho natural, para fundarse en la ciencia biológica. En este sentido, lo que se llama "herencia jurídica" no es otra cosa que la secuela de la "herencia fisiológica".

*"La procreación exige en la especie humana el acoplamiento de los sexos femenino y masculino para originar un nuevo individuo que continúa en cierta manera la vida de sus padres. El hijo lleva en sí la sangre de sus progenitores juntamente con su herencia vital, física, psicológica y moral. Estas premisas llevan a deducir que, siendo así en el orden biológico, no se ve razón suficiente para que la ley civil se aparte de esa tendencia"*.

c) Otra de las doctrinas incluidas en el trabajo que venimos reseñando es la que se sustenta en la voluntad presunta del causante.

Esta teoría parte de la necesidad de la existencia de la propiedad privada y, desde este punto de partida, se explica que la sucesión intestada sea un modo derivado de adquisición del dominio. Añadiendo que: *"Atenta contra la paz social el hecho de que los bienes adquiridos con trabajo y sacrificio por el propietario, puedan ser tenidos a su muerte como cosa abandonada, susceptible de pertenecer al primer ocupante. Es ley de todos los pueblos que si el propietario no dispuso de sus bienes mortis causa éstos correspondan a las personas que se estiman como más queridas por él, por los vínculos de la sangre, en primer lugar sus descendientes en todos los grados; a falta de descendientes a los padres del hijo difunto; y no existiendo esto a los otros parientes por cosanguinidad del fallecido. El derecho positivo tiene que establecer el orden sucesorio, al que deben ajustarse las personas, excepto que por causas graves entiendan que pueden apartarse de tal ordenamiento"*.

d) El punto de partida de la doctrina de la propiedad familiar o de la copropiedad doméstica radica en estimar que los bienes que usa y disfruta todo grupo familiar constituyen en vida de los padres y de los hijos una copropiedad o condominio de los integrantes de la comunidad doméstica. Resulta, por tanto, lógico y natural que siendo los hijos copropietarios de los bienes, continúen en la propiedad de ellos cuando hayan desaparecido o fallecido sus padres.

e) La doctrina del interés económico o del destino político intenta justificar el derecho sucesorio por razones atinentes a la estructura y organización de la economía o del Estado.

Esta doctrina parte de ver que el sistema sucesorio guarda íntima conexión con la evolución y desenvolvimiento del trabajo, de la propiedad y de la sociedad política. Las leyes sucesorias influyen considerablemente sobre el régimen de los bienes, sobre su distribución y división. La institución de la legítima conduce a la división de la propiedad, al establecimiento de la pequeña industria, a la existencia de un mayor número de propietarios; concuerda con el principio de la igualdad. Se dice asimismo que estimula la iniciativa y el espíritu de trabajo, puesto que sabiendo que es poco lo que se recibirá por herencia, dado el principio de división, muévase cada individuo a formar su capital por medio del trabajo y del ahorro.

Para este sistema, el principio directivo y fundamental que debe guiar al legislador al organizar la sucesión es la explotación racional de la

riqueza, con un fin de utilidad social, debiendo, por tanto, transmitirse los bienes a quienes tienen mayor capacidad para conservarlos y lograr su incremento. La utilidad, centrada en el interés de la sociedad, ha de presidir la regulación de la transmisión hereditaria. Ese mismo interés puede llevar a respetar las afecciones del propietario y su libertad de disposición, si se las considera conveniente para el progreso y bienestar social.

f) Doctrina de la creación legal. La afirmación fundamental de esta doctrina consiste en sostener que el Estado, por medio de la ley civil, no reconoce el derecho sucesorio, sino que la ley civil crea ese derecho, que no se basa en ningún derecho natural y que se fundamenta y existe únicamente por la ley del Estado.

g) La doctrina de la seguridad y estabilidad de los derechos parte de la consideración de la existencia y permanencia de las relaciones jurídicas que vinculan a diversas personas.

Bettini explica esta doctrina diciendo: *"Al momento del fallecimiento de una persona se presenta el problema de la subsistencia o extinción de las relaciones jurídicas que se anudaban en ella. Como esa persona, como sujeto de derechos, ha desaparecido, es evidente que, si las relaciones jurídicas han de continuar existiendo, será por su emplazamiento en otro sujeto jurídico. Si se negara la subsistencia, habría que regular igualmente los efectos de la caducidad de tales relaciones. La extinción, por el hecho del fallecimiento de todas las relaciones jurídicas que se centran en el difunto, importaría ipso facto el desquicio de todo el ordenamiento jurídico, desapareciendo todo vestigio de seguridad y estabilidad jurídicas. De ahí el pronunciamiento del derecho positivo por la subsistencia de las relaciones jurídicas, por la regulación del destino a darse a los bienes del de cuius y por la persistencia del plexo de obligaciones que estuvo entroncado en el sujeto desaparecido. El mantenimiento, pues, de la sucesión, con la continuidad y permanencia de las relaciones jurídicas del causante, equivale a establecer que el fundamento del derecho de las sucesiones y del derecho sucesorio radica en la seguridad y en la estabilidad que la sucesión procura al orden jurídico de la sociedad"*.

Finalmente, de su propio cuño, concluye este autor afirmando que: *"Las relaciones que existen naturalmente entre padres e hijos acreditan en forma incuestionable que la unidad de vida, intimidad y amor más significativa, solidaria y perfecta se da entre ellos, demostrada porque*

*los hijos reciben la vida de sus padres y viven en común con éstos, con vínculos de dependencia, de protección, cuidado y educación, que mueven a los hijos a guardar respeto y reconocimiento a los padres, por cuanto han recibido en el orden biológico, económico, moral y espiritual. De ahí que la legislación deba reconocer prioridad a los hijos y sus descendientes en la sucesión de sus padres."*

3.2. Luego pasa revista Bettini a las teorías relativas a la sucesión testamentaria, clasificándolas en afirmativas y negativas.

Según el autor, las doctrinas afirmativas consideran que la testamentifacción se justifica por motivos racionales, económicos, políticos, sociales. Mientras que las doctrinas negativas, que le niegan toda razón de ser al testamento, propician su abolición o su limitación en grado extremo.

Al respecto, es interesante destacar que algunas de las doctrinas afirmativas de la sucesión testamentaria mencionadas por el autor auspician la limitación de la libertad de disposición en beneficio de ciertos familiares.

Así, cita:

a) Las que se basan en el derecho natural. En este punto, cita en primer lugar a Grocio: *"En la concepción de Grocio el origen de la sucesión testada está unido al 'ius alienandi', como facultad y característica eminentes del derecho de propiedad individual, sin las cuales este derecho desaparece. Justificada esta propiedad, y siendo la enajenación su característica fundamental y necesaria, ha de seguirse que el derecho a enajenar que corresponde al propietario no sería perfecto, si no tuviera la facultad de disponer por testamento. Éste, en cuanto a sus formas, es una creación del Estado, que en ese aspecto puede regularlo como quiera, no así en lo que atañe al fondo, por ser éste de derecho natural. Ahora bien: el derecho natural limita la propiedad privada y la libertad testamentaria. El testador no puede desheredar a los hijos, sin asegurarles la satisfacción de las necesidades vitales y educativas, por derivar de la generación con obligación natural, con testamento o sin él..."*

Luego señala que para Locke: *"...el derecho de disposición testamentaria es facultad natural, que proviene de la libertad y de la propiedad, pues el padre tiene la libertad de dar y legar sus bienes a quien le parezca*

*con la limitación de garantizar a la prole los medios indispensables para sobrevenir a las necesidades de la vida. Los hijos gozan del derecho natural de suceder a sus progenitores y a sus hermanos y este derecho deber ser respetado por la ley, cuando no hay testamento".*

Afirma también que, por su parte, para Troplong el testamento es el triunfo de la libertad en el derecho civil, *"El testamento, en efecto, está enteramente ligado a la suerte de la libertad civil, es molestado o contestado cuando la libertad civil está mal asentada; es respetado, cuando la libertad civil tiene, en la sociedad, el lugar que le pertenece. Siendo la libertad legítima conquista de la libertad del hombre sobre la materia, y el testamento la más enérgica expresión de la libertad del propietario, se sigue que hay tanta libertad civil en un Estado cuando sea la del testamento. Mas, ya que el testamento es el hombre mismo, se querrá que sea siempre sensato, cuando el hombre es a menudo poco razonable. Es precisamente porque la libertad de testar está sujeta a extravíos, que la ley ha debido intervenir para reglar equitativamente la forma y el fondo... Testar es de derecho natural; mas la libertad ilimitada de los testamentos, pudiendo tener inconvenientes, ha sido moderada por el derecho civil. Un pueblo no es libre si no tiene el derecho de testar, y la libertad de testamento es una de las más grandes pruebas de su libertad civil".*

Otros autores entienden que, por tratarse de una creación legal, puede regularse el derecho a la libre disposición con límites o sin ellos.

b) Así, los que afirman que se trata de una creación legal (entre los cuales Bettini menciona a Aristóteles, Bodin, el cardenal De Luca, Hobbes, Montesquieu, Rousseau, Robespierre, etc.), la testamentifacción y el testamento tienen un origen puramente civil. *"Son invenciones de la ley positiva y creación del legislador. Además, el derecho de propiedad y la característica esencial del mismo, cual es el 'ius disponendi', son también creación del derecho positivo, el que, por consiguiente, puede limitarlo y no conceder la testamentifacción, con miras a mantener precisamente el derecho de propiedad por medio de la sucesión ab intestato".*

c) También están quienes se pronuncian por la libertad absoluta de testar.

Los partidarios de la doctrina de la personalidad, de la libertad y de la propiedad, para quienes el derecho de testar se funda exclusivamente en la voluntad del difunto. El derecho positivo por respeto y considera-

ción de la voluntad del causante debe reconocerle libertad para disponer "mortis causa" de sus bienes. Así lo requieren la personalidad del hombre y el derecho de propiedad.

*"Para Stuart Mill la propiedad no entraña más que el derecho de cada cual a disponer de sus propias facultades, de lo que ellas pueden producir, y de todo lo que con ellas puede obtenerse en un mercado justo; juntamente con su derecho de darlo a cualquier persona si así lo desea, y el derecho de recibirlo y gozarlo. Resulta, por consiguiente, que si bien el derecho a legar o donar después de la muerte forma parte del concepto de propiedad privada, no sucede lo propio con el derecho de herencia, distinguiéndolo del de legar. El que la propiedad de las personas, que no han dispuesto de ella durante su vida, pase primero a sus hijos y a falta de éstos a sus parientes más cercanos, puede o no ser una buena medida, pero no tiene importancia por lo que se refiere al principio de la propiedad privada".*

d) Entre los autores antiguos que se inscriben en las doctrinas negativas de la sucesión testamentaria, cita el autor a Platón y Aristóteles. Dice: *"Para Platón el derecho de testar 'es efecto de la excesiva condescendencia del legislador porque el testador no tiene plena conciencia de sí en los últimos instantes' este derecho debería ser sustituido con la transmisión perpetua del patrimonio en la misma familia; a falta de hijos, el padre no debería tener otra facultad de disponer, sino la que se limita al décimo de sus bienes, debiendo corresponder el resto a un hijo adoptivo".*

Según este autor, Aristóteles *"...se pronuncia por la abolición del testamento, como medida necesaria para conservar los bienes en la familia, correspondiendo establecer la transmisión perpetua de los bienes a la descendencia masculina".*

Contraria también al testamento era la opinión de Robespierre: *"Yo concluyo, pues, de todo aquello que acabo de decir que las sucesiones no pueden ser pervertidas por las disposiciones del hombre. Pero yo no concluyo que la facultad de testar deba ser enteramente abolida. Creo que el ciudadano puede ser dueño de disponer de una parte de su fortuna, siempre que no trastorne el principio de la igualdad entre sus herederos".*

Para Mirabeau: *"Las leyes no protegen ni conservan solamente la propiedad; ellas la hacen nacer de alguna manera; ellas la determi-*

*nan. La sociedad tiene pues el derecho de rehusar a sus miembros, en tal o cual caso, la facultad de disponer arbitrariamente de su fortuna.... Los testamentos a su juicio son fruto y muestra de la arbitrariedad de los testadores. Mirabeau concluye que el padre de familia no podía quitar a sus hijos, por donación o testamento, más de la décima parte de sus bienes".*

Por su parte, en palabras de Bettini, Tronchet dice: *"La ley inmutable de la naturaleza, que ha creado al hombre mortal, limita invenciblemente su derecho a la propiedad, si no a un simple uso, por lo menos a los límites de su existencia. El derecho de transmitir después de él no es más que una excepción de la ley natural primitiva, y una concesión necesaria que la ley civil hace al hombre, menos para su ventaja personal que por el interés común de la sociedad. Es la doctrina de la convención social como origen de la propiedad y de la sucesión. El testamento es, por lo tanto, una concesión de la ley. Tronchet combate la idea de que en materia de sucesión la voluntad del hombre tenga preponderancia sobre aquella de la ley. De allí que sea partidario de la sucesión ab intestato".*

Bettini, sintetizando estas teorías, afirma: *"La doctrina negativa del testamento niega el fundamento racional del derecho hereditario; se opone precisamente al testamento por entender que el derecho de las sucesiones exige que la herencia pase a los herederos forzosos. No niega el derecho a la herencia. Por tal motivo no puede confundirse con la doctrina socialista que se opone a todo derecho sucesorio. La tesis negativa del testamento acierta en cuanto quiere que la herencia pase a los herederos forzosos; es errónea en su pretensión de que no existiendo estos herederos, los bienes hayan de pasar al dominio del Estado, pues en este último caso el propietario, por derecho natural, tiene la facultad de disponer libremente".*

3.3. Luego del extenso repaso por las diferentes doctrinas fundantes del derecho sucesorio, y de sus variantes *ab intestato* y la testamentaria, concluye Bettini que el sistema legitimario: *"...impuesto imperativamente por el derecho positivo, no es más que el reconocimiento del derecho de los herederos forzosos a la sucesión del causante, y no es menos que la imposición del cumplimiento de un deber natural, cuando el testador por cualquier motivo no justificado ha prescindido de él. De allí que el sistema legitimario, en nuestra opinión, es inatacable e inobjetable. Se justifica, pues, perfectamente la intervención de la ley y la consa-*



*gración expresa por el derecho civil, de una obligación, fundada en los vínculos más profundos y ennoblecedores que una persona honrada puede tener a su paso por la tierra, que concuerda naturalmente con los sentimientos del amor por aquellos que participan de una misma carne y de una misma sangre en la intimidad vital y múltiple de la familia”.*

4. De Gáspari (4) también se pronunció a favor de la sucesión intestada.

Sostuvo este prestigioso autor que: *“Si tratándose de la transmisión de los derechos de propiedad y posesión que sobre todo o parte de sus bienes hace el testador al heredero instituido por su libre y espontánea voluntad, puede verse la persecución de un fin individual, cual es la preservación de sus relaciones jurídicas del peligro de extinción por su muerte, lograda mediante el ejercicio de poderes inherentes al derecho de propiedad, no puede decirse lo mismo del orden de suceder establecido por voluntad del soberano, determinado en sus decisiones, no por móviles egoístas, ni por ningún interés individual, sino por el interés social de tutelar la familia, considerada en su función superior de principio y fin del orden jurídico existente”.*

Y agrega: *“La ciudad de la antigüedad y la nación de nuestros días, no son sino sumas de familias, fundadas, dirigidas y sostenidas por sus respectivos jefes: el padre o marido, y, en su defecto, por la madre o esposa, obligados no sólo en vida sino también post mortem a proveer con los frutos de su trabajo o bienes a la subsistencia de sus hijos y descendientes, legítimo o naturales, en el interés social de hacer duraderos los beneficios de la organización política de la nación para la relación de sus fines permanentes e históricos”.*

Concluyendo que: *“La protección de la familia es una necesidad orgánica de la nación interesada en su propia subsistencia. Los pueblos cuyas leyes conspiran contra ella se exponen a su propia disolución”.*

### III. Actualidad del debate

En la actualidad el debate acerca de cuál debe prevalecer, si la sucesión legítima o la testamentaria, no ha concluido, existiendo posturas

(4) DE GASPARI, Luis, *Tratado de Derecho Hereditario*, t. III, Parte Especial, ps. 6 y 7.

que se ubican por una y otra tesitura y también quienes admitiendo la validez de la legítima sostienen la necesidad de su reducción.

1. Entre quienes adhieren a esta última posición, se encuentran Alterini y López Cabana (5).

En el trabajo que citamos, estos autores —respecto del cual corresponde aclarar que fue publicada con anterioridad a la sanción de la Ley N° 23.264 que eliminó, entre otras cosas, la distinción entre hijos legítimos y naturales—, decían: *“El derecho argentino prevé una legítima que, en el caso de concurrencia de descendientes matrimoniales y extramatrimoniales, confina la porción disponible del causante al 10 % de la herencia (art. 9º, ley 14.367). Cuando únicamente concurren hijos matrimoniales, esa porción llega al 20 % (art. 3593, Cód. Civil). La confrontación de los alcances de esas graves limitaciones al derecho de disponer mortis causa de los bienes con las directivas del Derecho comparado, de los proyectos legislativos especiales, y de la doctrina más caracterizada, plasmada además en las III Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán 1967), permitirá concluir... que las porciones disponibles del veinte por ciento (art. 3593, Cód. Civil), o del diez por ciento (art. 9º, ley 14.367) son por demás exiguas...”.*

Seguidamente, luego de repasar las previsiones contenidas en la legislación comparada, en las que en todos los supuestos de existencia de legítima la porción disponible es muy superior a la establecida en nuestra legislación, y en otros casos se privilegia lisa y llanamente la libertad total de testar, recuerdan los proyectos de reforma del Código Civil argentino (Anteproyecto de Bibiloni, Proyecto de 1936, Anteproyecto de 1954, Anteproyecto de De Gáspari), en cuyos articulados se establecía una mayor porción disponible para el testador que la actualmente vigente.

Asimismo, recordaron los proyectos legislativos específicos que, ora preveían limitar la legítima, ora simplemente suprimirla. V.gr.: propusieron suprimir la legítima los proyectos del diputado Carlés (1912), del diputado Olazo (1922), de los diputados Bergalli y otros (1928), disminuirla, los del diputado Rolón (1915), y del diputado Quirós (1922) (conf. Rébora, *Derecho de las sucesiones*, t. II, p. 304).

(5) ALTERINI, Atilio Aníbal y LOPEZ CABANA, Roberto M., “La porción legítima a favor de los hijos. Su excesiva extensión”, *LA LEY*, 1983-D, 1064 a 1066.

Citaron, también, en la misma tendencia, las conclusiones de las III Jornadas Nacional de Derecho Civil realizadas en Tucumán en el año 1967.

Y, finalmente, estimaron necesario: "... adecuar el sistema argentino a los parámetros que se observan en el Derecho comparado. Sobre este último aspecto es importante reiterar que en el Código extranjero que más se restringen las facultades del causante (legítima de cuatro quintos de la herencia) no se formula distingo alguno entre el origen de los hijos (art. 1059, Cód. Civil de Bolivia de 1975). También en palabras de Joaquín Costa que recuerda Vallet de Goytisoló ('Estudios de derecho sucesorio', I-39), 'sólo el padre puede valorar la gran complejidad de circunstancias personales y patrimoniales que debe tener en cuenta para expresar numéricamente su deber mortis causa con hijos. Podrán los padres equivocarse, pero el error es en ellos meramente posible y, en todo caso, no sucederá sino por excepción y accidentalmente; el legislador al contrario, no puede acertar nunca; el error es congénito y connatural a su regla'".

2. Por su parte, Belluscio (6), en su trabajo dedicado al proyecto de unificación del derecho civil y comercial, que el 3 de noviembre de 1993 obtuvo media sanción de la Cámara de Diputados de la Nación y que luego no fue sancionado, examina, entre algunas de las modificaciones que se proponían en materia sucesoria, la propiciada reducción de la porción legítima asignada a los herederos forzosos.

Así, advirtió que se proyectaba disminuir la legítima de los descendientes de 4/5 a 2/3 y la de los ascendientes de 2/3 a 1/2, manteniéndose la porción del cónyuge en 1/2, y agregó: "Se atiende de tal modo a una corriente doctrinal que considera demasiado elevadas las cuotas actuales y propicia su disminución. No comparto este criterio, que supone un debilitamiento de los vínculos familiares, al menos en cuanto a los descendientes; no comprendo qué interés protegible puede tener la persona que tiene descendientes de transmitir sus bienes a extraños".

2. Con inusual virulencia, Julio Chiappini (7), en su trabajo "La herencia forzosa es inconstitucional", cuestiona fuertemente el instituto de la legítima.

(6) BELLUSCIO, Augusto Cesar, "La Reforma del derecho de sucesiones sancionada por la Cámara de Diputados", LA LEY, 1994-B, 1053 a 1080, en especial p. 1076.

(7) CHIAPPINI, Julio, "La herencia forzosa es inconstitucional", LA LEY, 2006-E, 1387 a 1392.

Este autor cita, en primer lugar, a Baldomero Llerena quien, según aquél, asegura: "Solo diremos que el sistema legitimario tiene por base la moral, la justicia y la estabilidad social. La moral, porque entre otras cosas, fomenta los vínculos de familia, tan necesarios para ésta, y hace que la familia permanezca reconociendo siempre al padre como jefe. Sabiendo los hijos y la esposa que a la muerte del padre y del esposo, los ahorros y el fruto del trabajo va a ser repartido necesariamente entre los miembros de esa familia, todos ellos contribuirán a formar una fortuna que saben no irá a parar a manos de terceros extraños ... ¿Qué justicia habría en el proceder de un padre que ha formado una familia, y que al morir dispone que esa familia, a la cual va a faltar su jefe, quede sin los recursos necesarios para la vida, porque quiere regalar esa fortuna a un extraño? Pocas veces sucederá esto, pero el legislador, por más confianza que tenga, como dice Goyena, en el amor paterno, ha debido prever que hay abusos y que es necesario evitarlos."

"Por último, es conveniente a la sociedad, porque la estabilidad de ésta depende de la estabilidad de esa pequeña sociedad que se llama familia, que es la base de la sociedad civil... sin familia, sin moral doméstica, no hay sociedad, habrá agrupaciones de hombres, pero no habrá sociedades organizadas bajo bases sólidas".

"Está en los intereses del Estado, de la sociedad, fomentar los vínculos creados por la naturaleza, y no fomentar las injusticias. Si las leyes de un Estado descuidan las garantías positivas que deben dar a la existencia de las familias, atenta contra su propia estabilidad, pues que de la buena y sólida organización de la familia depende la prosperidad y bienestar de la sociedad. Fortificar la estabilidad de la familia es fortificar la estabilidad del Estado...".

En contraposición a esta postura, Chiappini destaca: "El rosarino José Olegario Machado en cambio pontifica: 'El codificador argentino, siguiendo la legislación de los pueblos latinos, trabajados por la idea del colectivismo, en que el individuo desaparece, por decirlo así, para confundirse con ese gran todo que se llama asociación o nación, ha encadenado la actividad humana poniendo un límite a los actos gratuitos que puede ejecutar el individuo en vida, cuando tiene ascendientes o descendientes, y como una consecuencia ha extendido es limitación a las disposiciones testamentarias, creando por su propia autoridad herederos forzosos, que están destinados a recoger los bienes que dejare el fallecido, sin que la voluntad del individuo pueda sobreponerse al mandato de la ley ...

privándole de disponer de lo que es fruto de su trabajo. No se ha tenido la suficiente confianza en la solidez de los vínculos que ligan a la familia argentina, cometiendo la injusticia de creer, que por cualquier cosa, los padres y los hijos olvidarían esos deberes sagrados. Las sociedades latinas trabajadas constantemente por el ideal religioso, que han creído llenar en forma de dádivas a las iglesias o corporaciones religiosas, se han visto paralizadas en su desenvolvimiento progresivo, por esa especie de enfermedad del espíritu, que olvidando sumisión en este mundo, han aspirado a la posesión del soñado paraíso. Esta fue una de las causas de esas limitaciones impuestas por los legisladores. Pero en los tiempos presentes, la herencia forzosa es un elemento de atraso, de falta de aspiraciones y de actividad en los individuos, que daña el progreso de las sociedades modernas. Se esteriliza el esfuerzo de los padres que han adquirido una fortuna, porque los hijos en vez de trabajar, de esforzarse por conquistar una posición propia, esperan tranquilos esa fortuna que tantos desvelos ha costado a sus padres, para gozar de los placeres que ella proporciona. Y de ahí, que de un hombre, que con su esfuerzo individual se habría conquistado una fortuna contribuyendo a la riqueza nacional, lo hemos convertido en una especie de parásito, que no hace esfuerzo alguno, porque tiene un nombre estimado y respetado, una posición distinguida, comodidades de toda especie, dinero para sus placeres y en un porvenir cercano una fortuna que recogerá necesariamente ... Por el contrario, si alguno de los sistemas puede tocar a la moral, pervirtiendo al hombre y creándole deseos inconfesables, es este sistema, que comenzando por herir la libertad de disponer, desconociendo el derecho del hombre para hacer imperar su voluntad aun más allá de la tumba, crea a favor de ciertos individuos derechos de que no pueden ser privados sino por causas graves, asegurándoles la propiedad de bienes en los que nada han hecho por adquirirlos; matando así el esfuerzo individual del descendiente, que en ciertos momentos siente, tal vez, que su padre o su abuelo prolonguen tanto una vida de labor, privándole de una fortuna que ya toca con la mano febril del deseo no satisfecho ... ¿Dónde está la justicia que permite al hombre durante su vida el disponer libremente por título oneroso de lo que es suyo, y le priva de esa facultad, cuando dispone para después de su muerte a título gratuito? Se dice que la libre disposición de los bienes perturba la estabilidad social, porque ataca a la familia, base y fundamento de toda sociedad organizada; pero esto no es exacto; por el contrario, une y estrecha más íntimamente a todos los que viven bajo un mismo techo, o que se encuentran ligados por los vínculos de la sangre; vigoriza la autoridad de los padres, haciendo más sumisos y obedientes a los hijos, no por el temor de que sus padres

no les dejen herencia, sino por el cariño y respeto con que siempre deben ser mirados ... ¿Qué padre, por otra parte, dejará sin herencia a sus hijos, sino por causas muy graves? Y suponiendo que haya casos en que haciendo preferencias indebidas, con aquellos que han halagado las debilidades de su vejez, dejándoles toda su fortuna, es más justo que carguen en esos casos raros con toda la responsabilidad de su injusticia, que interponerse entre ellos para impedirles que distribuyan el fruto de su esfuerzo entre aquellos que crean más dignos de continuar la obra comenzada' ”.

#### IV. Análisis de los antecedentes e interrogantes

1. Salta a la vista como dato común de todas las doctrinas defensoras de la legítima la reivindicación de la protección de la familia como núcleo básico de la sociedad.

En efecto, sea que a esta conclusión se arribe partiendo de los principios del derecho natural; sea que se llegue a ello haciendo extensiva la continuidad biológica de padres e hijos a los aspectos patrimoniales que derivan de esa relación; sea que se parta de la presunta voluntad del causante; o del carácter de propiedad familiar o copropiedad doméstica del patrimonio del difunto; sea que considere la cuestión desde la perspectiva del interés económico o del interés político del Estado; sea como consecuencia de la necesidad de otorgar seguridad y estabilidad a los derechos anudados por el *de cuius*; y aun para aquellos que, si bien defienden aquélla institución, afirman que se trata de una creación legal; en todos los casos el fundamento basal de la legítima no es otro que el resguardo de la familia primaria.

Además, como también hemos visto, muchos de quienes se enrolan en las teorías afirmativas del testamento, que a primera vista podrían verse como opuestas a la legítima, han puesto límite a la facultad de disposición del testador cuando existen herederos forzosos.

Otro de los aspectos que corresponde resaltar, es la tensión ínsita en esta materia entre la protección familiar impuesta por el legislador con el establecimiento de la legítima, por una parte, y el derecho de propiedad y la libertad de testar, por la otra.

Extremando las posiciones, pueden esgrimirse a favor de la facultad del legislador de prohibir o imponer límites a la facultad de disposición

vía testamentaria todas las teorías defensoras de la legítima reseñadas precedentemente; y, desde la vereda opuesta, pueden blandirse argumentos, en pos de respetar la libre disposición de los bienes, sustentados en las características que nuestro derecho positivo le reconoce al derecho de propiedad, en especial su inviolabilidad consagrada en el artículo 17 de la Constitución Nacional y, como derivación de ello, la libertad del propietario de distribuir sus bienes por vía testamentaria como mejor le parezca.

Sin embargo, de ambas posturas surgen interrogantes que es conveniente intentar develar.

1.1. La defensa de la legítima privilegia, como hemos dicho, la protección del núcleo familiar básico.

Ahora bien, la primera pregunta que cabe formularse es ¿qué aspectos de la familia son los que se quiere proteger?

Parece válido afirmar que dicho instituto se endereza a proteger los lazos familiares que se anudan entre padres y hijos, el fortalecimiento de ese vínculo, la relación de intimidad que nuclea a sus integrantes, el amor que cabe predicar de la relación paterno filial; en definitiva, la cohesión familiar, a la par que se busca hacer efectiva para después de la muerte la obligación de los padres de proveer al sustento de sus seres más allegados; y todo ello, como modo indirecto de resguardar a la propia sociedad, de la cual la familia es su célula básica.

En otros términos, la protección estaría, pues, dirigida hacia los valores fundantes de la familia; esencialmente, el amor, la solidaridad, el cuidado mutuo, el respeto, la unión del grupo primario, etc.

En esta línea argumental, la respuesta a la pregunta siguiente, es decir, si la protección "material" o "patrimonial" que implica la legítima constituye un medio idóneo para aquel fin, no parece sencilla.

En efecto, no surge nítidamente que el amor, la solidaridad, el cuidado, el respeto o la unión familiar pueda ser impuesto por la ley a través de disposiciones jurídicas enderezadas únicamente a reglar la transmisión patrimonial o que se fortalezcan dichos lazos porque el legislador le imponga al causante una limitación a su derecho de disposición de bienes *mortis causa*.

En rigor, dichos valores existen de ordinario en la mayoría de las familias, pero también hay numerosos supuestos en los que ellos no se encuentran presentes o que, al menos, aparecen sumamente aplacados. Nuestros tribunales, sin ir más lejos, están repletos de casos en los que un causante ha urdido maniobras destinadas a beneficiar a un hijo respecto de otro o a un tercero en desmedro de sus herederos forzosos; de sociedades constituidas al solo efecto de eludir la legítima de algún sucesor; de donaciones hechas para retirar bienes del futuro acervo hereditario; de pleitos entablados por hijos contra sus padres porque éstos, en vida, han otorgado actos de disposición que afectarán su legítima a la muerte de sus progenitores, etc.

En todos esos pleitos lo que sale a la luz es, contrariamente a lo buscado, el encono, la avaricia, la codicia, la mezquindad de la condición humana por sobre aquellos valores que se presumen existentes en toda familia; y no parece acertado sostener que será a través de la imposición de límites a la facultad de disposición de los padres como habrán de fortalecerse valores que se suponen presentes en una familia.

En realidad, en aquellas familias en las que los valores que se pretende resguardar existen, y se verifica, pues, la presunción legislativa, carece de importancia que se encuentre regulada la legítima, puesto que un padre que ama a sus hijos no habrá de dejarlos en estado de desprotección ni regalará desaprensivamente sus bienes a terceros, desapoderándose de ellos inútilmente, sino que se sentirá feliz de poder legar sus bienes a sus descendientes y será justo en repartirlos entre ellos de modo equitativo.

Y hacemos un alto en este punto porque deseamos hacer hincapié en el término "equitativo", por oposición a "igualitario", como obliga la ley entre sucesores de un mismo grado, puesto que el padre amante de sus hijos y conocedor de sus necesidades, de sus fortalezas y de sus debilidades, es quien está en mejores condiciones para saber cómo debe distribuir su patrimonio entre ellos, de modo de beneficiar, acaso, un poco más a aquél que ha tenido menos suerte en la vida u obtenido menos logros y que más habrá de necesitar para valerse por sí mismo en el futuro cuando él no esté para socorrerlo.

Por otra parte, resulta algo contradictorio que la ley, por un lado, partiendo de la premisa de la existencia de ciertos valores espirituales superiores inherentes a la familia afirme su interés en resguardarlos y, por

el otro, no confíe en que las familias habrán de honrar dichos valores y les imponga el modo en que deben distribuirse sus bienes *mortis causa*. Dicha obligación legal, más que protectora de valores esenciales preexistentes a la propia ley, parecería negar su existencia, en tanto requeriría del Estado para imponerlos. Pero, lo peor es que tampoco por esa vía lo consigue. Lo único que logrará la ley es establecer una determinada distribución patrimonial, pero allí donde el amor no exista, no habrá de brotar por el solo hecho de que la ley obligue al padre a entregar sus bienes a sus hijos.

Puede alegarse que de no reglarse la legítima se presentarán supuestos en los que la distribución hecha por un padre aparecerá como caprichosa. Pero permítasenos decir que, salvo que se trate de un padre enajenado, siempre habrá una razón atendible para explicar la conducta humana; y muchas veces tales razones se encuentran lejos de los supuestos de indignidad o desheredación que taxativamente la ley acepta. Habrá que preguntarse, entonces, si es el Estado el que debe juzgar de antemano dichas conductas.

Se podrá sostener también que en ocasiones la distribución libre de los bienes que haga una persona para después de su muerte será injusta. Sin perjuicio de que habría que reiterar aquí lo dicho en el párrafo precedente acerca de la existencia de razones que el legislador no puede conocer *a priori*, porque siempre las hay, cabe preguntarse si acaso una norma rígida de aplicación general para todos los casos, que por ende no contempla la infinidad de situaciones que en la vida se presentan, no será tanto o más injusta que la voluntad del causante en múltiples casos. Si entendemos esenciales a la naturaleza humana los valores que se predicán como inescindibles al concepto mismo de familia ¿no correspondería confiar en las personas, en la justicia y ecuanimidad con que habrán de distribuir los padres sus bienes entre sus hijos, precisamente en razón del amor que les profesan? Y si los padres desean beneficiar a un tercero ¿por qué hemos de atribuirle a ese deseo un carácter espurio, dañino o perverso? ¿No será, quizás, ese deseo una muestra de afecto legítimo y recíproco dispensado en vida a ese tercero, o una retribución o reconocimiento por valiosos servicios prestados en vida por ese tercero al causante? ¿Es reprochable esa actitud de recompensa? ¿No es valiosa esa actitud de reconocimiento del causante para alguien que, sin ser parte del núcleo familiar, lo ha atendido, brindado apoyo espiritual, su cariño, su amistad, le ha dispensado cuidados materiales, etc.? ¿No es acaso una enseñanza encomiable la que brinda un

padre a sus hijos reconociendo a ese tercero los servicios que le prestara o el apoyo que recibiera de él? ¿O sólo son plausibles y dignos de resguardo aquellos valores que presumimos inherentes al vínculo familiar más cercano?

Frente a inmensa y variopinta cantidad de situaciones que se verifican a lo largo de la vida ¿es preferible anteponer a la voluntad del causante la determinación apriorística del legislador, desconfiando así de la existencia misma de aquellos valores que presumimos preexistentes?

1.2. Una cuestión no menor de la problemática que genera la legítima, es la relativa a los derechos que la ley le otorga a los herederos forzosos para oponerse a ciertos actos de disposición hechos por sus padres, no sólo después de su muerte sino aun en vida de éstos.

No resulta fácil armonizar el derecho de propiedad y el hecho de que los descendientes de una persona puedan objetar ciertos actos de disposición de sus padres, por la afectación que tales actos puedan tener sobre su legítima, máxime teniendo en cuenta que el derecho a la legítima de los herederos forzosos sólo cobrará vigencia cuando aquéllos fallezcan.

Se ha dicho que: "*En salvaguarda de esta institución (la legítima) limitativa de la libertad de disponer, cuyos principios son de orden público, el codificador otorgó diferentes acciones tendientes a impedir que se violara la valla de la libre disposición, y que se aniquilara el derecho de los legitimarios de percibir una porción determinada de los bienes o de la herencia. Existen así, expresamente determinadas por el legislador, acciones que tienden a proteger indirectamente a la legítima, como las acciones de petición de herencia y de preterición por error, y acciones de protección directa a la legítima como las de preterición intencional (art. 3717, Cód. Civil); de desheredación injusta (art. 3601, Cód. Civil) y de suplemento de legítima, acción de reducción o rescisión (arts. 3536 y 3537, Cód. Civil). Estas acciones fueron previstas para impedir que el testador por medio de donaciones o de disposiciones testamentarias tratara de ampliar su cuota de libre disposición, es decir burlara el límite legal impuesto y redujere el derecho de los legitimarios"* (8).

(8) BUERES, Alberto J. y HIGHTON, Elena, *Código Civil y Normas Complementarias. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2001, t. 6-A, p. 779; y su nota al pie, donde cita la obra de PEREZ LASAIA, *Derecho de Sucesiones*, ed. 1981, t. II, p. 857.



Podrá señalarse que de no preverse los remedios legales aludidos la legítima sería fácilmente vulnerable, puesto que los padres entregarían en vida sus bienes a quien quisieran beneficiar, sea un heredero o un tercero, relegando la porción legítima del sucesor perjudicado a un mero derecho vacío de contenido patrimonial, y seguramente habrá casos en que así sería.

Pero aun en esos supuestos, parece un exceso admitir sin más la intromisión del derecho sucesorio en actos otorgados entre vivos. Por más encomiable que se considere el resguardo de la porción legítima que habrá de corresponderle a los herederos forzosos a la muerte de sus padres, el sistema debe tener límite, puesto que siempre habrá resquicios que cubrir, situaciones que escapan a la previsión legal, maniobras novedosas destinadas a eludir la imposición legal y si quisiéramos cubrir todas las hipótesis terminaríamos avasallando el derecho de propiedad hasta límites que podrían poner en riesgo su integridad.

En rigor, el sistema de la legítima parece sustentarse en la desconfianza de la ley en la conducta "moral" del hombre, que el legislador entiende plausible y exigible; y desde esa lógica se han diseñado normas que, lejos de regular e imponer actitudes morales —puesto que sería inadmisibile—, sólo atinan a reglamentar la transmisión *mortis causa* del patrimonio del causante, y que penetran e interfieren con los actos de disposición en vida de los individuos, en abierta contradicción, a nuestro juicio, con el derecho de propiedad.

2. Desde la postura de quienes cuestionan la legítima y se pronuncian por el respeto irrestricto de la voluntad del causante, se advierten también interrogantes de difícil respuesta.

2.1. Desde un punto de vista puramente dogmático, y si se quiere ideológico, resultaría sencillo, en apariencia, encolumnarse detrás del principio que consagra la inviolabilidad del derecho de propiedad y derivar de él la libertad del titular de los bienes para disponer de ellos del modo que le plazca para después de su muerte sin más límite que su voluntad y su conciencia. Sin embargo, dicha postura no estaría exenta de cuestionamientos jurídicos.

Como una primera cuestión que podría plantearse —en el plano teórico—, cabría señalar que llevada esta posición a sus últimas consecuencias, se advierten algunas grietas en su construcción lógica. Así,

comencemos por decir que el derecho de propiedad es un derecho individual, reconocido únicamente a favor de las personas concebidas como sujetos con capacidad de adquirir derechos. En razón de ello, cuando una persona muere deja de ser sujeto de derecho y por tanto se extingue su derecho de propiedad. De allí podría derivarse que, producido el deceso, los bienes que esa persona tenía en su patrimonio dejan automáticamente de tener dueño y, en consecuencia, podría verse como una contradicción sostener la validez de disposiciones de quien ya no es sujeto de derecho respecto de bienes que han dejado de tener propietario.

Sin embargo, no profundizaremos esa línea de análisis ya que, a nuestro juicio, sería un examen enderezado a hurgar en la elaboración dialéctica o el sustento lógico de la proposición teórica, pero que, ciertamente, no contribuye a resolver los inconvenientes que la cuestión suscita a diario en la sociedad.

2.2. Lo que sí hay que decir es que a la par de reconocer nuestro derecho positivo el derecho de propiedad, ha reconocido también el principio de la inexistencia de derechos absolutos y que aquellos que han sido consagrados por nuestra Carta Magna se encuentran sujetos a las normas que reglamentan su ejercicio, sin que ésta pueda alterar su espíritu.

En este sentido, cabría interrogarse si el establecimiento de la legítima, conforme se encuentra regulada, puede juzgarse como una reglamentación excesiva del derecho de propiedad que atenta contra el espíritu del que el constituyente lo embebiera.

De responderse afirmativamente a dicho interrogante, la cuestión no estaría saldada, puesto que todavía habría que determinar qué proporción del acervo hereditario podría reservarse a los herederos forzosos de modo de no alterar en su espíritu el derecho de propiedad y no infringir la manda constitucional.

Como se advertirá rápidamente, carece de importancia, para este trabajo, detenerse en la respuesta que se brinde a este último interrogante, puesto que, de admitírsele, el debate quedaría reducido a fijar un porcentaje menor o mayor, pero definitivamente se alejaría de la cuestión central: esto es, las razones por las que debería privilegiarse la libre disposición de los bienes y eliminarse el instituto de la legítima.

2.3. Otro aspecto que debe considerarse en el estudio de esta materia es que el patrimonio de las personas a su fallecimiento no se encuentra constituido únicamente por bienes a distribuir en beneficio de sus sucesores, sea conforme lo establezca la ley, sea siguiendo la voluntad del causante.

A lo largo de su vida las personas establecen relaciones jurídicas en virtud de las cuales no sólo adquieren bienes sino que también contraen deudas y otras obligaciones cuyos efectos en muchas ocasiones subsistirán con posterioridad a su muerte.

En efecto, las personas tienen hijos respecto de los cuales adquieren la obligación de mantenerlos, suministrarles alimento, educación, salud, etc. ¿Puede una persona desentenderse de esas obligaciones derivadas del vínculo filial entregando sus bienes a terceros luego de su muerte?

Las teorías que defienden a ultranza el derecho de propiedad y la libertad de testar posiblemente responderán afirmativamente, pero la aplicación de esta tesis a determinadas situaciones demuestra que su admisión consagraría posibles incumplimientos respecto de deberes legales del causante.

El mejor ejemplo, tal vez, sea la situación de un padre que muere dejando hijos menores de edad, respecto de los cuales se encontraba obligado a proveerles lo necesario para su sustento y desarrollo, y que a su muerte lega sus bienes a terceros.

Preguntémonos desde el punto de vista jurídico si es válido aceptar una disposición de última voluntad semejante que implica desentenderse de los deberes que tenía en vida para con sus hijos menores.

Nos atrevemos a afirmar que ello equivaldría a consagrar una gran injusticia, pero no por la confrontación de esa conducta con el valor justicia entendido como el *deber ser* esperable de toda conducta humana ponderada en su dimensión ontológica, sino porque una decisión de aquella índole significaría que terceros, ajenos a la relación paterno filial, o llegado el caso incluso la sociedad en su conjunto, a través de la intervención de las instituciones estatales, tendrían que hacerse cargo de esos menores a quienes el padre ha dejado sin recursos materiales para proveer a su subsistencia.

## V. Algunas ideas

1. La conclusión inicial que extraemos del análisis realizado es que el sistema legitimario, conforme se encuentra actualmente legislado en nuestro derecho positivo, requiere modificaciones.

Creemos que los valores que las teorías partidarias de la legítima pretenden resguardar, por intermedio de ese instituto, no se encuentran amparados por esa vía, ni son pasibles de protección a través de disposiciones legales.

Los sentimientos que encierra el núcleo familiar más cercano, constituido básicamente por padres e hijos, tales como el amor, el cuidado mutuo, la solidaridad, el respeto, la unión y otros de similar entidad que podrían añadirse, son valores trascendentales y encomiables que el Estado debe fomentar y favorecer por ser sustento de la cohesión social de la comunidad. Pero se trata de atributos propios del espíritu humano y no componen materia pasible de regulación legislativa; y menos aún mediante la aplicación de disposiciones que, con aquella finalidad, sólo alcanzan a reglamentar las consecuencias materiales que se presume derivarían de la existencia de dichos valores.

Por otra parte, compartimos como premisa la idea del respeto al derecho de propiedad y de la libertad de disposición de las personas; no sólo fundados en el espíritu de libertad que anida en nuestra Constitución Nacional, sino porque entendemos que el hombre merece que depositemos un voto de confianza en su favor, y porque cualquier sistema que se diseñe será falible, habrá de tener fisuras, consagrará algunas injusticias y tal vez arbitrariedades, y, en consecuencia, enfrentados a esa encrucijada, optamos por aceptar los riesgos que entraña la libertad, convencidos que la existencia en el corazón humano de los aludidos valores espirituales engendrará menores injusticias y arbitrariedades que un régimen impersonal y abstracto condenado desde su simiente a ser injusto en mucha mayor medida.

Sin embargo, estas primeras conclusiones no son suficientes para suscribir sin reparos la postura que de la absoluta libertad de disposición *mortis causa*.

2. En nuestro criterio, el régimen sucesorio debería edificarse dejando de lado los juicios morales y la intención de disciplinar las conductas.

basándose en tales valoraciones. No creemos que sea tarea de la ley imponer valores morales o espirituales. Además, pensamos que pese al esfuerzo que en ello se deposite no habrá de obtenerse éxito alguno a través de normas meramente patrimoniales. No es con disposiciones legales que un padre habrá de amar a su hijo ni éste le tendrá respeto; no se logrará la cohesión familiar por obligar a efectuar una distribución de bienes igualitaria entre los herederos en desmedro, muchas veces, de aquellas situaciones donde la desigualdad sería dotar de equidad el reparto, etc.

Pensamos que el sistema sucesorio debería dispensar mayor holgura a la libertad individual y, en todo caso, reglar situaciones vinculadas con los deberes impuestos a las personas en virtud de las relaciones jurídicas que voluntariamente éstas anudan a lo largo de su vida.

3. Partiendo de estas premisas, entendemos que debería partirse de la regla de la libre disposición y asignar a las normas que regulan la sucesión *ab intestato* carácter subsidiario; vale decir, para aquellos supuestos de muerte intestada, nulidad de testamento, etc.

Pero debería contemplarse, asimismo, la preeminencia, por sobre las disposiciones testamentarias, de la legítima de los herederos forzosos en determinadas situaciones.

En este sentido, y sin perjuicio de otros casos que podrán añadirse, creemos que el ejemplo más evidente es el del padre que muere dejando hijos menores o incapaces a los que debe legalmente proveer alimentos, en los términos del artículo 267 del Código Civil. En tal supuesto, la porción disponible del causante debería reducirse en la medida necesaria hasta completar la legítima de esos descendientes.

Privilegiar la legítima por sobre el testamento en tales situaciones es de rigurosa justicia.

En efecto, no parece justo ni razonable que la ley ampare a un padre que fallece dejando hijos menores o incapaces, a quienes se encontraba obligado hasta el momento de su deceso a prestar alimentos, que testa desinteresándose de su suerte y dejándolos en estado de absoluta desprotección por haber distribuido sus bienes a favor de terceros.

Pero no porque hagamos aquí un juicio moral de la actitud de ese padre, sino porque lo que cabe exigir en tal situación es el respeto al deber legal que le impone el cuidado de dichos descendientes.

Como puede verse, la preeminencia de la legítima en estos supuestos no se basaría en la necesidad de resguardar aquellos valores que, de modo general y abstracto, la ley presume presentes en todo grupo familiar, sino que respondería a la necesidad de asegurar el cumplimiento de los deberes que el causante tenía al tiempo de su fallecimiento por imposición legal indiscutible. Si se admitiera que el difunto pudiese disponer libremente de sus bienes habiendo hijos menores o incapaces a los que debe proveer alimentos, estaríamos transmitiendo dicha obligación a terceras personas, ajenas a la relación paterno filial o, en última instancia al Estado, solución que nos parece inaceptable.

El mismo criterio en virtud del cual los bienes del causante son utilizados para el pago de sus deudas y el cumplimiento de las obligaciones dejadas por éste a su fallecimiento, debería, pues, aplicarse en estos casos, de modo que los bienes que constituyen el acervo hereditario también se aplicasen a solventar las obligaciones alimentarias que tenía el causante al momento de su muerte.

Pensamos que también debería privilegiarse la legítima en los supuestos contemplados en el artículo 367 del Código Civil.

Así, aplicando esta última disposición, si alguno de los parientes de una persona fallecida a los que se refiere el artículo 367 del Código Civil probase que carece de medios para alimentarse y que no le es posible adquirirlos con su trabajo, sea cual fuese la causa que lo hubiere reducido a tal estado, podría reclamar la porción legítima que de acuerdo a su parentesco le corresponda. O, si se prefiere, podría dejarse librado a la apreciación judicial qué proporción de dicha legítima corresponderá asignarle de acuerdo con la situación personal del reclamante.

4. Hemos brindado un ejemplo. Seguramente podrán añadirse otros.

En todo caso, y como criterio general, en nuestra opinión, la legítima debería reservarse para aquellas situaciones derivadas de las relaciones jurídicas que generan obligaciones legales —no morales— atribuibles al causante y que de no ser contempladas por la legislación, a la muerte de aquél, perjudicarían a terceros o traerían aparejadas disvaliosas con-

secuencias para la sociedad. En tales casos los bienes de la persona fallecida, al igual que se procede con sus deudas, deberían ser aplicados a satisfacer aquellos deberes legales.

Fuera de estas situaciones, no vemos objeción en que se admita la libre disposición de los bienes *mortis causa* como regla general, otorgando a las normas que regulan la sucesión legitimaria carácter subsidiario. ♦

## NULIDAD DE TESTAMENTO

POR JOSÉ LUIS PÉREZ RÍOS

SUMARIO: I. Comentario preliminar. — II. El testamento como especie de acto jurídico. — III. Concepto y clasificación de las nulidades. — IV. Nulidad de testamento por incapacidad del testador. Principios generales a todos los testamentos. a) La incapacidad del menor para testar; b) La incapacidad por demencia del testador; c) Demente interdicto; d) Enfermo mental no interdicto; e) La incapacidad del sordomudo para testar. — V. Algunos aspectos particulares de la capacidad, relativos a las formas testamentarias. a) Testamento ológrafo; b) Testamento por acto público; c) Testamento cerrado. — VI. Nulidad del testamento por falta de capacidad del sucesor o legatario. — VII. Incapacidades de derecho en los testamentos por acto público. — VIII. Incapacidad de derecho respecto del testamento marítimo. — IX. Nulidad de testamento por vicios de la voluntad. a) El error; b) El dolo como vicio de la voluntad; 1) El dolo como vicio de los actos jurídicos en general; 2) La captación de la voluntad en los testamentos; c) Violencia e intimidación. — X. Nulidad de testamento por fallas relativas a las modalidades. a) El cargo y la nulidad testamentaria; b) El plazo y la nulidad testamentaria; c) El testamento condicionado. Su nulidad. — XI. La causa fin y la nulidad testamentaria. — XII. La nulidad testamentaria por defectos formales. a) Nulidad de testamento por vicios formales comunes a todos los testamentos; 1) Nulidad de testamento no escrito y por falta de firma; 2) Nulidad del testamento conjunto. 3) Especialidad de las formas. 4) Completividad del testamento. 5) El exceso de formalismo no invalida el testamento. 6) Nulidad de testamento por vicios de forma. b) Nulidad por defectos formales del testamento ológrafo. 1) El testamento ológrafo no escrito por el testador. Su nulidad. 2) La forma de escritura y, la nulidad del testamento ológrafo. 3) La fecha como requisito de forma del testamento ológrafo. Su nulidad. c) Nulidad por defectos formales del testamento por acto público. d) Testamento cerrado. Nulidad por defectos formales. — XIII. Bibliografía.

### I. Comentario preliminar

Concurren en el tema, dos "institutos" que necesariamente deben armonizarse para plasmar el fin perseguido por el derecho, en virtud del principio "favor testamenti". Nos referimos al "testamento" (conf.

art. 3607 Cód. Civil) (1), como medio de canalizar el derecho sucesorio y, a las "nulidades" (2), como causal de ineficacia de los actos jurídicos (3). En el caso, de los "unilaterales" (art. 946 del Cód. Civil); "mortis causa" (art. 947 Cód. Civil) y, "solemnes" (art. 3607 Cód. Civil).

Se trata de una delicada cuestión donde el interprete debe extremar su agudeza y fina percepción, toda vez que para cuando se plantee la "nulidad" (conf. art. 952 Cód. Civil), no se contará con la presencia del testador para constatar la existencia de vicios que puedan invalidar el

(1) El Código Civil español define el testamento en su art. 667, al expresar: "El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento". Definición esta, criticada por insuficiente, toda vez que el Proyecto de Código Civil de 1851 lo definía más apropiadamente, como: "acto solemne y esencialmente revocable por el que dispone el hombre de todo o parte de sus bienes para después de su muerte a favor de una o más personas" (Conf. CASTAN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español Común y Foral*, t. I, Madrid, Editorial Reus (S. A.), 1924, Punto I. "Definición de testamento", p. 455.). A su vez, el Código Civil italiano de 1942 lo caracteriza en el art. 587: "El testamento es un acto revocable por el cual una persona dispone para el momento en que haya dejado de vivir, de todos los propios bienes o de parte de ellos. Las disposiciones de carácter no patrimonial, que la ley permite se contengan en su testamento, tienen eficacia, si están contenidas en un acto que tiene la forma de testamento aun cuando falten disposiciones de carácter patrimonial". En tanto el Code Napoleón, sienta en el art. 895: "El testamento es un acto por el cual el testador dispone, para el tiempo en que ya no existirá, de todos sus bienes o de parte de ellos, y que puede revocar" (texto francés: "Le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens et qu'il peut révoquer").

(2) En un sentido mayoritariamente aceptado, la "nulidad" ha sido definida por BORDA, como "...la sanción legal que priva de sus efectos normales a un acto jurídico, en virtud de una causa originaria, es decir, existente en el momento de la celebración..." (conf. BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. II, octava edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1984, N° 1235, p. 404). En tanto MEDINA, proyecta este concepto al plano específico del acto jurídico "testamento", al expresar: "La nulidad del testamento es una sanción legal que priva al testamento de sus efectos propios o normales por adolecer de defectos originales y esenciales, y que requiere necesariamente de un proceso de impugnación" (conf. MEDINA, Graciela, *Nulidad de Testamento*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, N° 2. "Concepto de nulidad del testamento", p. 14).

(3) Conf. CIFUENTES, Santos, *Negocio Jurídico*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986, parágrafo 302. "Invalidez, nulidad e ineficacia", afirma en p. 570: "...Ineficacia es un concepto jurídico más amplio, que abarca diversas situaciones en las que los actos carecen de vigor, fuerza o eficiencia para lograr sus efectos. Dentro de esas situaciones queda incluida la nulidad o invalidez, de manera que la ineficacia tiene un alcance general que comprende también otros supuestos de ineficacia, como los de caducidad, rescisión, resolución, revocación, cumplimiento de una condición suspensiva, etcétera..."

acto de última voluntad; siendo por ello que el testamento en su interpretación se basta a sí mismo (4).

Para tal empresa, será necesario individualizar y separar *prima facie*, los vicios que afectan a la "capacidad de hecho" del testador (conf. arts. 3613; 3614; 3615; 3616 y, 3617 Cód. Civil). Como así también las "incapacidades de derecho" que, imposibilitan heredar respecto de un determinado causante; como la que, v.gr., establece el art. 3664 del Código Civil en el testamento por "acto público", o, las que surgen de los arts. 3736; 3739 y 3740 del mismo cuerpo legal, por caso. No olvidando tampoco, a los vicios que afectan a la "voluntad", como elemento caracterizante del acto jurídico "testamento" (conf. arts. 944; 3606 y 3619 Cód. Civil). Debiéndose tener presente que, a la falta de discernimiento, el Código Civil la denomina en esta materia "falta de perfecta o completa razón" (conf. arts. 3615 y 3616 Cód. Civil).

Tampoco podemos olvidar el tema de la "causa fin" en relación a sus dos variantes, "causa fin determinante" y, "causa móvil o impulsiva" (conf. art. 3832 Cód. Civil).

Luego habrá que ocuparse de los aspectos "formales" del propio testamento (conf. arts. 916; 973; 3607; 3622 y su nota; 3630; 3632, etc., Cód. Civil); cuya dificultad variará según sea la "forma" del testamento de que se trate (conf. arts. 3622; 3639; 3654 y 3666 Cód. Civil). Como así también, de las disposiciones relativas a su contenido (v.gr., arts. 3612; 3608; 3609; 953, Cód. Civil).

Finalmente, cabe destacar la dispersión, falta de organicidad y cauisismo en el tratamiento que el Código Civil dispensa a las causales de "nulidad testamentaria"; circunstancia que dificulta el análisis y comprensión del tema.

(4) Conf. CIFUENTES, Santos, obra de cita anterior. Parágrafo 126: "*Reglas de interpretación de las declaraciones no recepticias. Los actos de última voluntad*", señala en ps. 255 *in fine* / 256: "...En nuestra jurisprudencia prevalece el criterio de que no son admisibles las pruebas extrañas al testamento mismo para demostrar la verdadera intención del testador. Se considera que es un *instrumento autónomo*, sobre el cual el sentido *gramatical* y el *contexto* general son pautas para determinar el significado de las palabras empleadas. La prueba externa, no obstante, se ha admitido en caso de duda que no se pueda resolver por el testamento mismo, como —por ejemplo— la que resulta de los actos testamentarios anteriores revocados por el causante. Pero, para que sea admisible, la voluntad testamentaria debe resultar principalmente del testamento mismo".



Este es en términos generales y, en esta apretada síntesis, el esquema a desarrollar y, parte de las dificultades que se deberán sortear.

## II. El testamento como especie de acto jurídico

Como introducción al tema, vayan estas agudas palabras de Castán Tobeñas (5): "De todos los actos jurídicos, dice Ruggiero, ninguno aventaja al testamento en la importancia de los efectos que está destinado a producir, en la solemnidad de las formas que lo acompañan, ni en el particular cuidado con que la ley atiende a cumplir la suprema voluntad del difunto...". Más adelante completa (6): "...Quizá nadie como Cimbali ha tenido el acierto de explicar, en una fórmula armónica, la significación de la sucesión testamentaria, al lado de las demás especies de sucesión que integran el sistema sucesorio del derecho moderno. Dice, en efecto, el autor de *La nueva fase del derecho civil*, que en la formación de la propiedad intervienen tres factores o coeficientes: la actividad *individual*, la influencia o colaboración de la *familia* y la tutela del *Estado*. Pues bien: cuando por muerte del titular se resuelve el derecho complejo de propiedad, cada elemento debe obtener su parte: el individuo, mediante el respeto de su *disposición testamentaria*; la familia, mediante sus *legítimas*; el Estado, por medio del *impuesto de sucesión*...".

Así, el testamento definido alguna vez en el derecho romano por Modestino, como: "*Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit*" (Digesto, lib. XXVIII, tít. 1º, fragm.); sería perfectamente aplicable al derecho moderno (7).

Por su parte expresan los Mazeaud (8): "El testamento es un acto jurídico unilateral, solemne, cuyos efectos no se concretan sino a la muerte del testador, y que es esencialmente revocable. Por lo tanto, se presenta, en el sistema jurídico francés, como un acto excepcional en el sentido de que deroga las reglas del derecho común".

(5) CASTAN TOBEÑAS, José, obra y t. de cita (1); "L" "El testamento", p. 452.

(6) CASTAN TOBEÑAS, José, obra y t. de cita (1), p. 453.

(7) Conf. CASTAN TOBEÑAS, José, obra y t. de cita (1), Punto I. "Definición de testamento", p. 455.

(8) MAZEAUD, Henri y Léon - MAZEAUD, Jean, *Lecciones de Derecho Civil*. Parte cuarta, volumen II, traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Lección XLIV. "Sumario", p. 342.

Y, a ello agrega Messineo (9): "...se llama sucesión testamentaria (o *testada*) aquella que trae su origen de la *voluntad* del *de cuius*, expresada en *acto* (*negocio*) especial, que se llama testamento y cuya noción da la ley (art. 587). Por tanto, el testamento, además de ser considerado en su función y en su contenido, debe estudiarse en el aspecto (*estructural*) de negocio jurídico...".

En virtud de lo que antecede, no cabe duda alguna que el "testamento" es un "acto jurídico" o "negocio jurídico" (en la terminología italiana, alemana y española). Y, ello es así, por cuanto reúne genéricamente todos los elementos jurídicos configurativos de tal acto.

Así, debemos recordar que el art. 944 de nuestro Código Civil define al "acto jurídico", diciendo: "Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos".

De este modo, el "testamento" debe reunir, *prima facie*, todos los requisitos genéricos que enuncia la transcrita definición de Vélez Sarsfield. Es acto voluntario, porque para ser tal, debe realizarse por la persona de existencia visible con discernimiento, intención y libertad. Es lícito, en cuanto debe ser conforme al derecho objetivo ó normativo y; finalmente, para diferenciarse del "simple acto voluntario lícito" (conf. art. 899 Cód. Civil), debe indispensablemente tener un "fin inmediato" de producir efectos jurídicos. Rasgo este esencial en la configuración del "acto jurídico" que, ha sido resaltado por Cifuentes (10), al sentar: "El fin inmediato de producir efectos jurídicos, característica sobresaliente en la ley, puesto que constituye un elemento de su definición colocado en tercer término, es lo que mayormente tipifica a los "actos o negocios jurídicos". Según se ha visto, los distingue de todos los otros que pese a ser voluntarios y lícitos no son expresión del querer o propósito fuertemente coloreado de jurídico, por dirigirse la obtención de efectos de derecho...".

(9) MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducción de Santiago Sentís Melendo, t. VII, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, parágrafo 181 "El testamento. Naturaleza y caracteres. Fundamento", punto 1, p. 70.

(10) CIFUENTES, Santos, obra de cita (3), punto d): "Fin inmediato de producir efectos jurídicos secundado por el ordenamiento legal", p. 130.

Y, luego agrega (11): "...Cuando la voluntad va dirigida a tales efectos jurídicos, que en la definición del art. 944 se concretan en que ella se encamine a "establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos", queda caracterizado el acto o negocio jurídico. Mientras que si tal propósito o intención (tomada la palabra con este sentido) se dirige a un fin no jurídico, es decir, a la obtención de efectos extraños a las relaciones jurídicas entre personas, en la variada gama enunciativa de la norma, tendríamos un simple acto voluntario lícito, que solamente produce efectos en derecho por disposición legal, no por la voluntad del sujeto..."

Pero con todo, la "especificidad" del acto jurídico "testamento", exige la concurrencia adicional de otros requisitos que lo perfilen como tal.

Al respecto, dicen los Mazeaud (12): "...a) El testamento es un "acto" (jurídico); o sea, una *manifestación de voluntad que produce efectos jurídicos: la transmisión, ya sea de la totalidad o de una fracción de un patrimonio, ya sea de bienes determinados*. Se trata de un acto jurídico unilateral: la voluntad del testador es eficaz por sí sola. Sin duda, el legatario tiene la posibilidad de rechazar el beneficio del legado; pero su aceptación no podrá ser equiparada a la manifestación de voluntad del aceptante en una convención, que resulta indispensable para la formación misma del contrato: el testamento es válido antes de que el legatario haya aceptado el legado. Por lo demás, se observará que si el testamento no fuera considerado como un ofrecimiento hecho al legatario, la aceptación de éste sería ineficaz por tardía, ya que se registra en el momento en que el ofrecimiento habría caducado por la muerte del oferente (cfr. Parte segunda, n° 135). *El legatario adquiere, pues, los bienes legados desde el instante de la muerte del de cujus y por el solo efecto del testamento.*

b) El testamento figura en el número de los raros *actos solemnes* del derecho francés. La observancia de formalidades es necesaria para su validez. La voluntad del testador debe encerrarse en uno de los tres moldes cuyas formas están reglamentadas estrictamente por el Código civil: *testamento ológrafo, testamento auténtico, testamento cerrado.*

(11) CIFUENTES, Santos, *id.* cita anterior, ps. 130 *in fine*/131.

(12) MAZEAUD, Henri y Léon - MAZEAUD, Jean, obra, parte y volumen de cita (8), punto 957. "El testamento: definición y caracteres", ps. 344/345.

c) El testamento es un *acto por causa de muerte cuyos efectos no se concretan sino con la muerte del testador*: "para el tiempo en que ya no existirá". El testador no modifica, pues, su propia situación jurídica; sino la de sus herederos ab intestato. Por eso también, el testamento aparece como un acto excepcional (sobre la prohibición de estipulaciones *post mortem*, cfr. Parte segunda, n° 750).

d) Es esencialmente *revocable, provisional*. Hasta el momento de su muerte, el testador tiene la facultad de modificar la transmisión de sus bienes. Se trata con ello de un *derecho absoluto*; es decir, que no es susceptible de abuso. El legislador ha asegurado, mediante una reglamentación muy severa (cfr. *infra*, núms. 965 y 1036 y sigtes.), la revocabilidad de las disposiciones testamentarias.

Por todos esos caracteres derogatorios del derecho común, el testamento aparece como un *acto jurídico excepcional*".

A su vez, completa Messineo: "a) Como *negocio jurídico*, el testamento es indudablemente negocio *unilateral* y, por tanto, es válido *independientemente de la aceptación* de aquel, o de aquellos, que son designados en el mismo como sucesores (a título universal, o particular); desde este punto de vista, está distante el esquema contractual: y hasta es antitético de él.

Diversa es la función de la aceptación en los dos casos: en el caso del contrato, la aceptación forma parte con la propuesta y da lugar a aquel hecho compuesto que es el consentimiento (*retro*, parágrafo 133, n°6); en el caso del testamento, la aceptación no es tampoco una adhesión; la misma tiene valor por sí, como negocio a su vez unilateral (cfr. parágrafo 192, n° 1 bis), y sus eventuales vicios no comprometen la validez del testamento, si éste es válido.

Además, no se aplica al testamento el art. 1324 (acerca del cual, *retro*, parágrafo 35, n° 1 bis).

Es negocio —*no recepticio*— porque no está dirigido específicamente a los llamados, ni tiene necesidad de llegar a conocimiento de éstos para ser eficaz: el llamado lo es, *aun cuando no sepa que lo es*. Además, el testamento, al prevalecer en él el interés del disponente sobre el de los llamados, es siempre *revocable* (art. 587: *infra*, letra c, y n° 6, y *retro*, parágrafo 35, n° 1 bis).

b) El testamento es negocio a *título gratuito*, en cuanto quien con él realiza actos de disposición, no recibe ningún equivalente (o sea, compensación). En el caso presente, gratuidad y unilateralidad coinciden.

Aunque, de ordinario, sea también *acto de liberalidad*, el testamento no es siempre y necesariamente tal. No lo es en los casos de herencia *dañosa* (*retro*, parágrafo 170, n° 5), en los que, aunque el llamado acepte con beneficio de inventario, podrá salvar el propio patrimonio personal de la agresión de los acreedores hereditarios, pero no podrá obtener de la herencia un beneficio patrimonial; y si, por otra parte, acepta pura y simplemente, recibirá de la herencia, no un beneficio, sino un daño.

Pero, como acto de liberalidad, el testamento es (o puede ser) *título* para la transferencia o la constitución de *derechos patrimoniales* en la persona del llamado.

c) El testamento es negocio *revocable y modificable* (arts. 587 y 679); diferente, en esto, de otros negocios patrimoniales unilaterales (entre vivos), los cuales son, de ordinario, irrevocables (*arg.* arts. 1989-90, y *retro*, parágrafo 35, n° 1 *bis*). La revocabilidad del testamento es conexas (y se aclara) con el principio de la denominada *libertad testamentaria* con la que el legislador es obsecuente, queriendo asegurar al testador la posibilidad de expresar verdaderamente la "*última*" voluntad y, por consiguiente, de modificar las propias disposiciones cuantas veces le plazca (*cf.* art. 463, ns. 4 y 5; *infra*, n° 6, y parágrafo 186, n° 2). Recuerdese el famoso pasaje romano (Dig. 34, 4, 4) que declara *ambulatoria* la voluntad del difunto hasta el último instante de su vida.

Por tanto, la revocabilidad del testamento se debe considerar como principio de orden público (art. 31 de las disposiciones preliminares) y es nula la cláusula denominada *derogatoria* (acerca de ella, *cf.* parágrafo 185, n° 1) que atentaría a aquel principio.

d) En el cuadro de los negocios *unilaterales* de contenido patrimonial, el testamento ocupa un puesto absolutamente propio, en el sentido de que, a diferencia de los negocios unilaterales patrimoniales entre vivos, admitidos solamente con carácter excepcional (*retro*, parágrafo 164, n° 1), el mismo es el único instrumento para la expresión de la *última voluntad* del sujeto respecto de los bienes; por el contrario, no tiene el carácter de instituto de *ius singulare*, que es propio de aquellos otros.

En efecto, no se aplican al testamento, como negocio no-recepticio, las reglas generales sobre los contratos (en particular, arts. 1334 y 1335) que, en cambio (art. 1324), son en principio aplicables a los negocios unilaterales entre vivos (*retro*, parágrafo 134, n° 3).

e) El testamento es *acto personalísimo*; esto es, debe ser *obra exclusiva* del testador, a fin de que sea reflejo fiel de su voluntad (de ahí, la *prohibición de representación y de ingerencia* del tercero en el testamento) (*arg.* arts. 631-632, y *cf.* parágrafo 183, n° 6 y parágrafo 187, n° 9). Por consiguiente, una procura (un poder), aun concebida en los términos más amplios, no podría autorizar al representante a testar por el representado (*cf.* *retro*, parágrafo 41, n° 3).

Las *formas rigurosas*, de las cuales hablaremos (*cf.* parágrafo 182, núms. 1 *bis* y sigtes.), están prescriptas *también* para conjurar la posibilidad de ingerencia de extraños en la confección del testamento.

f) El testamento es, además, acto *unipersonal*, en el sentido de que no se admite el testamento conjunto (véase *infra*, n° 5 *bis*).

g) El testamento debe tener un *contenido lícito y posible* (*arg.* arts. 634, 636 y 626) (*cf.* parágrafo 187, núms. 1 y 8)". (Lo remarcado es original de Messineo).

Siendo así, podemos sintetizar con Hernández y Ugarte (13) que, el "testamento" es un acto jurídico; escrito; formal y solemne; es unilateral (no puede haber testamento conjunto); es un acto de última voluntad; es de contenido esencialmente patrimonial (aunque puede contener disposiciones extrapatrimoniales); es esencialmente revocable; es un acto espontáneo y discrecional; es un acto independiente, separado o discrecional; es un acto personalísimo e indelegable y, finalmente, es un acto definitivo, no un proyecto.

(13) Conf. HERNANDEZ, Lidia Beatriz - UGARTE, Luis Alejandro, *Régimen Jurídico de los Testamentos*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2005, punto 2. "El testamento. Concepto y características", ps. 72 / 90. Id. MEDINA, Graciela, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Alberto J. Bueres, dirección. Elena I. Highton, coordinación, t. 6-A, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 801, parágrafo 2. "Caracteres de los testamentos". Id. BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, t. II, octava edición, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, puntos 1054 a 1062 f), ps. 136/138.

Cabe ahora recordar que el Código Civil de Vélez Sarsfield, fiel a su tradición pedagógica, contiene una definición de “testamento” de por sí incompleta, pero que sirve como una aproximación al tema. En efecto, su art. 3607 dispone: “El testamento es un acto escrito, celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte”.

Esta caracterización ha sido mejorada y completada por Medina (14), al señalar: “El testamento es el acto personalísimo de última voluntad, esencialmente revocable, por el cual se dispone de todo o parte de los bienes para después de la muerte, pudiendo contener también disposiciones extrapatrimoniales.

A la definición legal contenida en el art. 3607 se la ha criticado tanto en nuestro derecho como en el derecho español, porque no es completa, ni exacta.

No es exacta porque atribuye al testamento un sentido exclusivamente patrimonial, siendo que lo mismo puede contener disposiciones acerca de los bienes que declaraciones y derechos relativos a las personas (tales como cláusulas de fines piadosos, reconocimientos de hijos, nombramientos de tutores, etcétera).

No es completa porque prescinde de los caracteres del testamento, de los cuales depende nada menos que su eficacia y validez (como la revocabilidad y la formalidad)”.

Precisado de este modo el significado de “testamento” en nuestro derecho, concepto que representa obviamente la existencia del acto jurídico en sí, debemos ahora en aras del desarrollo del trabajo que nos ocupa, confrontar esta noción con la antitética de “nulidad”; como causal de ineficacia del negocio jurídico en general y, del “testamento” en particular.

Ello es así, toda vez que el “acto jurídico” representa la existencia jurídica; mientras la “nulidad” encarna la invalidez del acto jurídico en

(14) MEDINA, Graciela, obra y t. de cita (13), parágrafo 1. “Concepto”, p. 800. Id. HERNANDEZ, Lidia Beatriz - UGARTE, Luis Alejandro, obra de cita (13), punto 2.1. “El concepto de testamento en el Código Civil”, ps. 71/72. Id. BORDA, Guillermo A., obra y t. de cita (13), punto 1054 “Concepto y caracteres”, p. 136.

todo o en parte. Debiéndose tener claro que la “nulidad” como sanción legal que es, solo se puede predicar respecto de los actos o negocios jurídicos.

### III. Concepto y clasificación de las nulidades

Nos dicen Planiol y Ripert (15): “Un acto jurídico es *nulo* cuando se halla privado de efectos por la ley, aunque realmente haya sido ejecutado y ningún obstáculo natural lo haga inútil. Por tanto, la nulidad supone, esencialmente, que el acto podría producir todos sus efectos, si la ley así lo permitiera...”.

A su vez los Mazeaud (16), la definen: “La nulidad es una sanción que alcanza a un acto no conforme con los requisitos de validez (de forma o de fondo) impuestos por la regla de derecho. El acto, como contrario a la ley, se considera entonces que no ha tenido jamás existencia, y las partes son restablecidas, en toda la medida de lo posible, en el estado anterior a ese acto”. Seguidamente, agregan (17): “La *nulidad es susceptible de alcanzar a todos los actos jurídicos*; contratos o actos unilaterales (testamentos).

Se incurre en ella no sólo cuando la ley ha previsto expresamente la sanción —*nulidades textuales*—, sino también cuando, habiendo determinado los requisitos de validez, el legislador ha omitido indicar la sanción de su inobservancia: *nulidades virtuales*. En efecto, los requisitos impuestos por el legislador serían letra muerta si los particulares pudieran eludirlos impunemente; hay que considerar, pues, la nulidad que resulta de la voluntad tácita del legislador...”.

Por su parte afirma Messineo (18) que: “*Nulidad* se tiene cuando faltan uno o más elementos *esenciales* o *constitutivos* del negocio, por lo

(15) PLANIOL, Marcel - RIPERT, Georges, “Derecho Civil” (Parte A), Volumen 3, traducción de Leonel Pereznieta Castro, Harla, México, Capítulo 6. “Nulidades”, p. 53.

(16) MAZEAUD, Henri y LÉON - MAZEAUD, Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, Parte Primera, volumen I, traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, “II. La nulidad”, N° 348. “Definición”, p. 518.

(17) MAZEAUD, Henri y LÉON - MAZEAUD, Jean, obra y volumen de cita anterior, N° 349. “Alcance”, p. 518.

(18) MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducción de Santiago Sentís Melendo, t. II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, parágrafo 47 “Vi-

cual está en cuestión el negocio en lo *intrínseco* del mismo. ...". Y, cita como ejemplo el art. 654 del Código Civil italiano de 1942, el cual dispone: "*Legado de cosa no existente en el caudal hereditario.*— Cuando el testador ha dejado una cosa suya particular, o una cosa determinada solamente en el género a tomarse de su patrimonio, el legado no tiene efecto si la cosa no se encuentra en el patrimonio del testador al tiempo de su muerte. Si la cosa se encuentra en el patrimonio del testador al tiempo de su muerte, pero no en la cantidad determinada, el legado tiene efecto en cuanto a la cantidad que se encuentra en el patrimonio".

En cuanto a nuestro derecho civil, la definición mayoritariamente aceptada, ha sido elaborada por Borda (19), en los siguientes términos: "Nulidad es la sanción legal que priva de sus efectos normales a un acto jurídico, en virtud de una causa originaria, es decir, existente en el momento de la celebración...". Y, como seguidamente completa el citado autor (20): "...Tres son, por consiguiente, las notas características de la nulidad: 1) está establecida en la ley; 2) importa privar de sus efectos *normales* al acto; 3) la causa de la sanción es contemporánea con la celebración...".

Proyectando esta definición al plano específico del "testamento", expresan Hernández y Ugarte (21), que: "...En este sentido, bajo el título de ineficacia del testamento nos referiremos a la *nulidad*, como sanción legal que priva al acto de sus efectos propios en virtud de una causa originaria, o sea existente al momento de su celebración...".

Así también, es de importancia para posibilitar la adecuada aplicación del sistema de "nulidades", tener claro su criterio clasificatorio ya

---

cisitudes y efectos del negocio (perfección, extinción, validez, eficacia, invalidez (nulidad y anulabilidad), ineficacia, imposibilidad, etc.)", punto 4 A), p. 490.

(19) BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil*. Parte General, t. II, octava edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1984, Capítulo XV. "Nulidad de los actos jurídicos", punto 1235, p. 404. Cabe aclarar que prestigiosos autores han hecho propia esta definición de "nulidad" elaborada por BORDA. Al respecto cabe citar a LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil*. Parte General, t. II, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1961, punto 1873. "Nulidad de la Actos Jurídicos. Concepto. Caracteres", p. 577, donde expresamente lo reconoce en la cita 4. Id. CIFUENTES, Santos, obra de cita (3), parágrafo 303. "Concepto de la nulidad de los actos jurídicos", p. 573.

(20) BORDA, Guillermo A., obra, tomo y capítulo de cita (19), parágrafo 1235, p. 404 *in fine*/405.

(21) HERNANDEZ, Lidia Beatriz - UGARTE, Luis Alejandro, obra de cita (13), punto 3. 2. "Ineficacia del testamento", ps. 659 *in fine*/560.

que se trata de una cuestión oscurecida en parte por la poco feliz redacción del Código Civil y, también, por la interpretación no siempre certera y concordante de los autores.

Sobre el particular, seguimos como acertado el criterio clasificatorio estructurado por Cifuentes (22) que, distingue:

- a) Nulidades expresas y nulidades implícitas o virtuales.
- b) Nulidades manifiestas y no manifiestas.
- c) Nulidades de actos nulos y nulidades de actos anulables.
- d) Nulidades absolutas y nulidades relativas.
- e) Nulidades completas o totales y nulidades parciales.

Expuesto el esquema que nos orienta, procederemos a desarrollarlo según nuestra óptica.

En consecuencia, se impone analizar un primer criterio clasificatorio; aquel que distingue entre nulidades "expresas" y "virtuales", también llamadas "implícitas".

Sobre el particular, nos aclaran los Mazeaud (23): "*La nulidad es susceptible de alcanzar a todos los actos jurídicos*: contratos o actos unilaterales (testamentos).

Se incurre en ella no sólo cuando la ley ha previsto expresamente la sanción —*nulidades textuales*—, sino también cuando habiendo determinado los requisitos de validez, el legislador ha omitido indicar la sanción de su inobservancia: *nulidades virtuales*. En efecto, los requisitos impuestos por el legislador serían letra muerta si los particulares pudieran eludirlos impunemente; hay que considerar, pues, la nulidad que resulta de la voluntad tácita del legislador...".

Esta clasificación se perfila a partir de lo que disponen los arts. 1037 y 18 del Código Civil y, dio lugar, como es sabido, a una superada discu-

---

(22) CIFUENTES, Santos, obra de cita (3), parágrafo 313 "Clasificación de la nulidades", p. 593.

(23) MAZEAUD, Henri y Léon - MAZEAUD, Jean, obra y volumen de cita (16), punto 349 "Alcance", p. 518.



sión (24) sobre la viabilidad de las nulidades implícitas, en virtud de los términos categóricos del art. 1037 del Código Civil, al sentar: "Los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este Código se establecen".

Al respecto señala Llambías (25): "Esta disposición (se refiere al art. 1037 Cód. Civil) plantea la llamada cuestión de las nulidades implícitas: se trata de saber si, conforme a aquel precepto, es indispensable que la sanción de nulidad esté formalmente expresada en el texto, o si es posible que el intérprete descubra una incompatibilidad entre la norma y la eficacia de cierto acto jurídico, de manera que quede excluida tácitamente la validez de éste sin una explícita determinación en ese sentido".

Por su parte, Borda (26) clarifica: Un excesivo apego a la interpretación literal ha hecho pensar a algunos autores que no pueden pronunciarse otras nulidades que aquellas expresamente previstas en la ley. Pero es evidente que tal tesis no resiste la crítica y hoy debe considerarse definitivamente abandonada en nuestro derecho. No es necesario que la palabra *nulidad* esté expresada en la ley; basta que de sus disposiciones no pueda resultar otra consecuencia que la invalidez. Lo que el legislador ha querido evitar con el art. 1037, es que los jueces puedan fundarse en cualquier omisión o trasgresión legal para dictar una medida tan grave como es la anulación de un acto; sólo que esta sanción surja claramente de la norma, sea expresa o implícitamente, puede el juez decretarla".

Cabe considerar, en consecuencia que, el art. 18 del Código Civil constituye suficiente sustento legal de estas denominadas nulidades "implícitas" o "virtuales", toda vez que, en forma amplia dispone: "Los actos

(24) Ver LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. II, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1961, ps. 580/581, puntos 1881, 1882 y 1883. Id. CIFUENTES, Santos, *Negocio Jurídico*. Ed. Astrea, Buenos Aires, parágrafo 315, ps. 596; 597; 598 y 599. Id. CIFUENTES, Santos, *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, Anotado y Concordado*, Director Augusto C. Belluscio; Coordinador Eduardo A. Zannoni, t. IV, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982, parágrafo 8, ps. 684/686.

(25) LLAMBIAS, Jorge Joaquín, obra y tomo de cita (24), p. 580, parágrafo 1880.

(26) BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. II, 8ª edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1984, p. 422, punto 1258, "Nulidades expresas y virtuales: ¿existen nulidades implícitas?"

prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención".

Sobre el alcance de esta norma dice Lavalle Cobo (27): "El artículo (se refiere al art. 18 Cód. Civil) impone en general la sanción de nulidad para todas las transgresiones de normas prohibitivas referentes a los actos jurídicos, dejando a salvo los casos de excepción, en que la ley establezca una sanción específica distinta.

La nulidad priva al acto de sus efectos propios, en virtud de causas existentes en el momento de su celebración, y por ello, si al celebrarse un acto jurídico se han transgredido expresas disposiciones legales, por lógica consecuencia, y como regla general, el acto no debe producir el efecto querido por las partes".

Por último concluye (28): "El art. 1037 prohíbe a los jueces 'declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este Código se establecen'. La nulidad genéricamente establecida en el art. 18 no implica contradicción alguna ni otorga a los jueces la potestad de crear nulidades virtuales. Esta nulidad decretada en general se considera parte integrante de todas las normas de carácter prohibitivo, evitando la necesidad de establecer en cada una de ellas la sanción correspondiente".

En virtud de lo que antecede, consideramos necesario remitirnos, como conclusión, a la claridad conceptual de Llambías (29): "En definitiva cabe concluir que el art. 1037 no exige que la sanción de nulidad esté expresamente consagrada en la ley. El sentido del precepto sólo indica que esa sanción siempre deriva de la ley y no de la voluntad de los jueces, que no podrán arbitrar para invalidar un acto, causas que no estén efectivamente incorporadas, siquiera de una manea tácita, al ordenamiento legal".

Otro criterio clasificatorio aplicable al caso que nos ocupa, es el que distingue entre "nulidad manifiesta" y "no manifiesta". El cual, a pesar

(27) LVALLE COBO, Jorge E., *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, Anotado y Concordado*, Director Augusto C. Belluscio; Coordinador Eduardo A. Zannoni, t. I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 98, parágrafo 1. "Las sanciones prescriptas por las leyes prohibitivas".

(28) Id. que anterior, p. 98, parágrafo 2. "Las nulidades implícitas".

(29) LLAMBIAS, Jorge Joaquín, obra y tomo de cita (24), p. 581, punto 1882, c); 3ª) *in fine*.

de su claridad y fácil comprensión, ha provocado confusiones doctrinales en diversos autores (30) —en virtud de la redacción poco feliz del art. 1038 del Código Civil—, al subsumirlo en una clasificación absolutamente distinta, como es la de acto “nulo” y “anulable” que, obviamente no apunta a la exteriorización o no, del vicio en el acto jurídico invalidado; sino al encuadre rígido y sanción expresa de este en la norma; vale decir, la ley sanciona la nulidad del acto jurídico “ex lege”, —“ipso iure”— sin que haya necesidad de ser declarada por el juez. En tanto en el “anulable”, se requiere de la necesaria intervención del magistrado para constituir la nulidad; quien deberá valorar el vicio que contiene el acto. De ahí que determine el art. 1046 del Código Civil: “Los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados; y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulase”. Y, ello es así, ya que es el juez quien constituye en este caso la nulidad, a partir del principio de sanción contenido en la ley (31).

Confusión conceptual que ha quedado definitivamente concluida con el nuevo texto del art. 1051 del Código Civil, introducido por la ley 17.711 de 1968, el cual dispone: “Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente al poseedor actual, salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable”.

Por otra parte, el art. 1047 del Código Civil, sienta en forma clara y terminante en su primer párrafo que: “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto...”.

Finalmente, Llambías (32), aclara: “El vicio que obsta a la validez del acto puede estar patente en el mismo, o, por el contrario, estar oculto,

(30) Ver TOBIAS, José W., *La inhabilitación en el derecho civil*, 2ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, párrafo 190, p. 298 —último párrafo— y p. 299, 1º y 2º párrafos.

(31) Conf. CIFUENTES, Santos, *Negocio jurídico*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986, párrafo 324, p. 609, expresa: “...Los actos nulos, por lo tanto, están ya prefijados y valorados objetivamente por la norma. Los actos anulables apenas si están contemplados en ella y dependen del juzgamiento; su valoración habrá de hacerla el juez que aplica la norma; hasta que recaiga sentencia, se los considera válidos...”.

(32) LLAMBIAS, Jorge Joaquín, obra y tomo de cita (24), ps. 583/584, punto 1887 I) “Nulidades Manifiestas y no Manifiestas”.

de modo que se requiera una investigación para ponerlo de relieve. Esta diferenciación es la que da origen en nuestro sistema legal, como en el de Freitas, a quien ha seguido el codificador en este aspecto y en varios otros de la teoría de las nulidades, a la clasificación de nulidades manifiestas y no manifiestas (o dependientes de juzgamiento según la terminología del Esbozo)”.

Así, de este modo, llegamos al criterio clasificatorio que distingue entre nulidad de acto “nulo” y “anulable”, donde como ya se advirtió, el enfoque de la invalidez no pasa por la exteriorización o no, del vicio en el acto; sino, por su existencia precisa, rígida, insusceptible de más o de menos en el acto o, no. En el primer caso el acto será nulo, toda vez que la ley lo sanciona “ex lege”, “ipso iure”, sin necesidad de procedimiento judicial alguno que, si lo hubiera sería meramente declarativo de la nulidad y no constitutivo de ella.

En el segundo supuesto, esto es, en el acto “anulable”, el vicio que afecta el acto al no presentar las características apuntadas precedentemente, la nulidad deberá ser exclusiva y necesariamente desentrañada y pronunciada por el juez; por lo que el acto en cuestión y, como lo determina el art. 1046 del Código Civil, seguirá siendo válido hasta el día de la sentencia que lo anule. Resultando el pronunciamiento judicial en este caso, constitutivo de la nulidad.

Y, a partir de este momento, el acto invalidado por el juez queda equiparado en cuanto a sus efectos legales al “nulo” (33).

Como aclara Borda (34): “En el Código Civil no está expresado con claridad cuál es el criterio que permite distinguir los actos nulos de los anulables. No obstante ser tan frecuentes en él las definiciones, esta vez el codificador ha preferido limitarse a enumerar unos y otros”.

(33) Conf. CIFUENTES, Santos, obra de cita (31), párrafo 337, “Validez latente de los actos anulables”, ps. 621 *in fine*/622, dice: “...Surge de lo dicho que frente a un acto anulable hay dos tiempos. Uno en que el acto mantiene su vigencia antes del proceso o en su transcurso, sin perjuicio de la facultad de los interesados que lo atacan por nulidad de solicitar las medidas precautorias en resguardo de sus derechos. El segundo momento se presenta cuando la sentencia que pasó en autoridad de cosa juzgada lo ha anulado, y ya en esta etapa el acto pasa a ser nulo, pues de ahí en adelante la invalidez queda sancionada con las características de la nulidad de pleno derecho...”.

(34) BORDA, Guillermo A., obra y tomo de cita (26), p. 408, punto 1241.

Al respecto, señala Llambías (35): "Hemos dicho en otra ocasión que la ley, frente a los actos que ella prohíbe, puede encontrarse en una doble situación, radicalmente diferente e inconfundible. En una primera situación, la ley puede por sí misma, y sin la cooperación de otro órgano o poder, aniquilar el acto vedado, lo que ocurre cuando la imperfección de éste es taxativa, rígida, determinada, insusceptible de más o de menos, cuando existe en la misma dosis en todos los actos de la misma especie. En la segunda situación, la ley por sí misma es impotente para aniquilar el acto cuando la imperfección de éste es, por su propia índole, variable en los actos de la de la misma especie, indefinida, susceptible de más o de menos, ligada a las circunstancias concretas que condicionan efectivamente la realización del acto. En la segunda situación la ley no puede sino establecer un principio de sanción, que será desenvuelto, definido y regulado por el juez en función de las circunstancias particulares que el caso presente, avaloradas de acuerdo a su criterio: es una nulidad intrínsecamente dependiente de la apreciación judicial. Si en la primera situación, en razón de que la causa de invalidez es rígida, definitiva, invariable, insusceptible de estimación cuantitativa, la ley puede invalidar el acto y declararlo nulo, en la segunda situación no puede sino reputarlo anulable, es decir, susceptible eventualmente de ser anulado por la sentencia que determine, defina y declare que la causa de imperfección existe, y aun a veces que ella revisite la intensidad suficiente como para arrastrar la invalidez del acto. Si el acto nulo es invalidado inmediatamente por la ley misma, "expresamente", según la fórmula hartamente confusa del art. 1038, Cód. Civil, el acto anulable resulta invalidado por la sentencia del juez que, apoyada en el principio de sanción establecido en la ley, aniquila el acto que sólo se tiene por nulo desde el día de la sentencia que lo anula, conforme el art. 1045, Cód. Civil" (36).

El Código Civil enuncia como actos nulos, los previstos en los arts. 1041; 1042; 1043 y 1044. Debiéndose destacar que los tres primeros están referidos a los actos realizados sin capacidad (el art. 1041 alude a la incapacidad absoluta de hecho; el art. 1042 a la incapacidad relativa de hecho y, el 1043 a la incapacidad de derecho); en tanto que el art. 1044

(35) LLAMBIAS, Jorge Joaquín, obra y tomo de cita (24), ps. 584/585, punto 1888 II "Nulidades de derecho (actos nulos) y nulidades dependientes de apreciación judicial (actos anulables)".

(36) Id. CIFUENTES, Santos, obra de cita (31), parágrafo 324. "Cuarta subdivisión: actos nulos y anulables", ps. 608/609.

comprende cuestiones relativas a la causa; el objeto y la forma. Como son los supuestos que prevé, a saber: a) "cuando sus agentes hubiesen procedido con simulación o fraude presumido por la ley"; b) "o cuando fuese prohibido el objeto principal del acto"; c) "o cuando no tuviese la forma exclusivamente ordenada por la ley"; y d) "o cuando dependiese para su validez de la forma instrumental, y fuesen nulos los respectivos instrumentos".

Debe sin embargo, remarcarse algo fundamental que, sostiene Cifuentes (37): "Sin embargo estas enunciaciones son ejemplificativas, pues en el supuesto de que una falla tuviera las características expuestas (ver parágrafo 1 y sus remisiones), aunque no pudiera encuadrársela en alguno de los casos enumerados, habría que considerar la existencia de una nulidad de pleno derecho. Al aceptarse las nulidades implícitas (art. 1037, ver comentario, parágrafo 8), esta idea es razonable, siempre y cuando esa nulidad tenga asiento virtual en la ley que la valora y sanciona" (38).

Por su parte el art. 1045 del Código Civil, enuncia los actos anulables (39), al disponer: "Son anulables los actos jurídicos, cuando sus agentes obraren con una incapacidad accidental, como si por cualquiera causa se hallasen privados de su razón, o cuando no fuere conocida su incapacidad impuesta por la ley al tiempo de firmarse el acto, o cuando la prohibición de objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho, o cuando tuviesen el vicio de error, violencia, fraude o simulación; y si dependiesen para su validez de la forma instrumental, y fuesen anulables los respectivos instrumentos".

Finalmente, cabe destacar las consecuencias jurídicas que traerá aparejado el encuadramiento en una u otra categoría, ya que como lo señala el art. 1046 del Código Civil: "Los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados; y solo se tendrán por nulos desde el día de

(37) CIFUENTES, Santos, *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, Anotado y Concordado*. Director Augusto C. Belluscio. Coordinador Eduardo A. Zannoni, t. IV, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 700, parágrafo 2. "Enumeración de los actos nulos".

(38) Ver al respecto, BORDA, Guillermo A., obra y tomo de cita (26), quien en el punto 1244, p. 411, expresa: "...como la enumeración legal no es exhaustiva, resulta indispensable conocer el criterio de distinción que permita ubicar los casos no previstos dentro de una u otra especie de nulidades..."

(39) Conf. BORDA, Guillermo A., obra y tomo de cita (26), p. 409, punto 1243.

la sentencia que los anulase". En tanto que el art. 1038 del mismo cuerpo legal determina, en su confusa redacción que: "La nulidad de un acto es manifiesta, cuando la ley expresamente lo ha declarado nulo, o le ha impuesto la pena de nulidad. Actos tales se reputan nulos aunque su nulidad no haya sido juzgada".

Lo cual determina claramente que, mientras el acto anulable recién es inválido a partir de la sentencia firme que la declare ineficaz ya que, esta es constitutiva de la nulidad. El acto nulo es tal desde su misma configuración o nacimiento porque así lo determina la ley y, sin necesidad que medie pronunciamiento judicial en tal sentido que, de existir, solo será declarativo de la nulidad dispuesta por la norma legal (40).

Y así, de este modo, llegamos al criterio clasificatorio que distingue entre nulidades "absolutas" y "relativas".

Aquí el punto en consideración no pasa por la exterioridad o no del vicio, o, por la naturaleza rígida o flexible de este; sino, por el interés jurídicamente tutelado y que, se encuentra en juego en el acto jurídico sujeto a nulidad.

En tal sentido, el Código Civil se refiere a estas dos categorías, precisando sus particularidades en los arts. 1047 y 1048 respectivamente.

El primero dispone: (1047) "La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto. Puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Puede también pedirse su declaración por el ministerio público, en el interés de la moral o de la ley. La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación".

En tanto que, el segundo expresa (1048) "La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte, ni puede pedirse su

(40) Conf. CIFUENTES, Santos, obra y tomo de cita (37), parágrafo I. "Criterio de distinción de los actos anulables", ps. 707/708. Id. CIFUENTES, Santos, obra de cita (31), parágrafo 318, p. 603 *in fine*, señala: "...Por otra parte, bien se ha dicho que en los actos nulos la sentencia es *declarativa*, y no intrínsecamente necesaria; si la parte hubiera obrado de hecho como si el acto viciado no existiera, habría procedido válidamente, pues está invalidado ya *ipso iure*. En cambio, en los actos con nulidad no manifiesta y anulables, la sentencia del juez es *constitutiva*, ya que crea un nuevo estado de cosas, modificando el preexistente..."

declaración por el ministerio público en el solo interés de la ley, ni puede alegarse sino por aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las leyes".

Como dice Borda (41): "De lo dispuesto por los arts. 1047 y 1048, se desprende claramente el siguiente concepto fundamental: la nulidad absoluta obedece a una razón de orden público, de interés social; de ahí que pueda pedirla cualquiera y que, inclusive, el juez pueda y deba declararla de oficio, si apareciere manifiesta, aunque nadie la hubiera pedido; de ahí también que los actos viciados de tal nulidad no pueden confirmarse, puesto que no se trata ya de amparar el interés de las partes intervinientes, sino el social. Por el contrario, la nulidad relativa se establece exclusivamente en interés de las partes intervinientes, únicas que pueden pedirla" (42).

Cabe destacar que la nulidad relativa, por amparar solo intereses particulares, es confirmable y prescriptible. No así la absoluta, en virtud del interés superior de la comunidad que ampara.

En este sentido dispone el art. 1058 del Código Civil: "La nulidad relativa puede ser cubierta por confirmación del acto". Mientras que el art. 1047 en su último párrafo expresa: "...La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación".

Finalmente, debemos destacar una acertada aclaración que formula Cifuentes (43), en cuanto a que en las nulidades absolutas lo que se protege no es el orden público, sino el interés de la comunidad o de la

(41) BORDA, Guillermo A., obra y tomo de cita (26), p. 412, B. "Nulidad absoluta y relativa", punto 1246. "Criterio de la distinción".

(42) Conf. LLAMBIAS, Jorge Joaquín, obra y tomo de cita (24), p. 586, punto 1891. a) "...En cambio, la nulidad absoluta se distingue de la nulidad relativa por la mayor intensidad de la sanción legal de invalidez, calidad que a su turno depende de que el acto efectuado entre o no en conflicto con el orden público o las buenas costumbres. El acto contrario al orden público o a las buenas costumbres adolece de nulidad absoluta, es decir, sufre todo el peso de la sanción legal. En cambio, el acto nulo o anulable que no afecta al orden público ni a las buenas costumbres, sólo presenta una nulidad relativa establecida para la protección de un interés particular. Lógicamente, en este caso, la imperfección del acto podrá subsanarse si el interesado, o sea la persona en cuyo favor se ha establecido la sanción de nulidad, confirma el acto viciado, o si se prescribe la acción pertinente".

(43) CIFUENTES, Santos, obra de cita (31), p. 610, parágrafo 325. "Quinta subdivisión: nulidades absolutas y nulidades relativas".

sociedad en si misma y en su conjunto. En tal sentido expresa: "Como señala Belluscio, muchas veces se confunde nulidad absoluta con atentado al orden público, y nulidad relativa con ausencia de relación a dicho orden público, pero esto no es del todo exacto, pues hay normas de orden público (v.gr., las que establecen la capacidad e incapacidad de las personas), que dan lugar a la nulidad relativa, ya que el punto de mira es el derecho protegido (en ese caso el del incapaz, no el de la sociedad). Como ha dicho Planiol, el examen del fundamento y fin de la particular disposición legal permite señalar si el acto está afectado de nulidad absoluta o de nulidad relativa".

Para concluir el análisis, debemos resaltar la importancia en materia testamentaria, del criterio clasificatorio contenido explícitamente en el art. 1039 del Código Civil, al disponer: "La nulidad de un acto jurídico puede ser competata o sólo parcial. La nulidad parcial de una disposición en el acto, no perjudica a las otras disposiciones válidas, siempre que sean separables".

Discutido en cuanto a su viabilidad en materia de contratos por el entramado de sus cláusulas que, por lo general, no permiten lograr la nulidad de alguna de ellas sin que se afecte la estructura y significado del todo. Ello fue zanjado por Borda (44) al sostener: "...En principio, por consiguiente, no es aceptable la nulidad parcial de un contrato. Empero, hay casos en que las cláusulas son separables y en que la nulidad de una no invalida todo el acto: a) El caso más frecuente es el de cláusulas nulas sustituidas *de jure* por normas imperativas; ejemplos: ciertas cláusulas de irresponsabilidad incluidas en los contratos de adhesión son nulas, sin que ello afecte el acto; la convención que fije al contrato de locación un término menor que el establecido por ley es de ningún valor, pero la relación jurídica se mantiene en vigencia; b) Puede ocurrir, asimismo, que del contexto del acto resulte indudable que sin esa cláusula el acto se hubiera también concluido; c) Finalmente, hay que admitir que la parte afectada por la nulidad de una cláusula tiene derecho a mantener la validez del restante convenio, si aún así le conviniera; en este caso, nada justificaría la nulidad total. Bien entendido que debe tratarse siempre de partes *separables*, como dice el art. 1039, pues si se tratara de una cláusula fundamental, relativa al objeto, la causa, etc., es inconcebible la nulidad parcial".

(44) BORDA, Guillermo A., obra y tomo de cita (26), punto 1257 "Nulidad total y parcial", ps. 421/422.

Sin embargo, tratándose de "testamentos", este criterio clasificatorio no produce mayores dificultades en su aplicación ya que, es viable la separación de alguna cláusula sin afectar al todo. Como dice Borda (45): "...la nulidad de un legado, de la institución de herederos, no tiene por qué perjudicar las restantes disposiciones de última voluntad (arts. 3630, 3715, 3730, C. Civil)...".

La excepción a la regla está dada en la primera parte del art. 3630 del Código Civil, al disponer: "La nulidad de un testamento por vicio en sus formas, causa la nulidad de todas las disposiciones que contiene...". Ello es así, por ser el testamento un acto jurídico formal "ad-solemnitatem", donde las formas hacen a la esencia estructural de este. Y, en consecuencia, el incumplimiento, aun parcial de ellas, produce la nulidad de todo el "testamento".

Fijado de este modo el marco jurídico del tema, procederemos a analizar específicamente las "nulidades testamentarias", teniendo en mira los vicios que las generan y la clase de nulidad que provocan.

#### IV. Nulidad de testamento por incapacidad del testador. Principios generales a todos los testamentos

Siendo el "testamento" una especie del acto jurídico; en el caso "unilateral" (art. 946 Cód. Civil); "mortis causa" (art. 947 Cód. Civil); y, "solemne" (art. 3607 Cód. Civil); el primer principio que debe aplicarse, es el general que comprende a todo "acto jurídico" y que estructura el art. 1040 del Código Civil: "El acto jurídico para ser válido, debe ser otorgado por persona capaz de cambiar el estado de su derecho".

Este principio, es luego retomado por Vélez en el "Libro Cuarto", Título 11: "De la sucesión testamentaria", en el art. 3606, al disponer: "Toda persona legalmente capaz de tener voluntad y de manifestarla tiene la facultad de disponer de sus bienes por testamento, con arreglo a las disposiciones de este Código, sea bajo el título de institución de herederos, o bajo el título de legados, o bajo cualquiera otra denominación propia para expresar su voluntad".

(45) BORDA, Guillermo A., obra y tomo de cita (26), punto 1257, p. 421. Id. CIFUENTES, Santos, obra de cita (31), parágrafo 323. "Aplicación del principio en los testamentos", ps. 607/608.



Haciéndonos eco de la crítica de Borda (46), la norma debería haber precisado que la “persona” es exclusivamente la de “existencia visible” ya que, las “jurídicas” por su naturaleza no testan.

Así también precisa el art. 3613 que: “Para calificar la capacidad de testar, se atiende sólo al tiempo en que se otorga el testamento, aunque se tenga o falte la capacidad al tiempo de la muerte”.

Como se advierte, en materia “testamentaria”, al igual que ocurre respecto de todos los “actos jurídicos”, el principio general sigue siendo el de la “capacidad”, estructurado en el art. 52 del Código Civil: “Las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones. Se reputan tales todos los que en este Código no están expresamente declarados incapaces”.

Sin embargo y, a partir de ello, se admiten en materia testamentaria algunas diferencias que sin llegar a cambiar la estructura general del Código Civil, en cuanto al régimen de la capacidad de hecho; constituyen al menos connotaciones particulares al respecto, como por caso es el tope de edad mínima de 18 años (conf. art. 3614 Cód. Civil) para que los menores puedan testar válidamente, siendo que la capacidad de hecho se adquiere a los 21 años (conf. art. 128 Cód. Civil). Y, otras, debidas a una particular terminología utilizada por el codificador en los arts. 3615 y 3616, al emplear simultáneamente las expresiones “perfecta razón” y “completa razón”, lo que ha generado discusiones doctrinales sobre si en realidad se trata o no de términos sinónimos del “discernimiento”, como elemento interno de la “voluntad” (ver arts. 897 y 921 Cód. Civil).

Al respecto parece acertada la postura de Lafaille, asumida por Llam-bías (47) —la cual seguimos—, quien señala: “...lo relativo al discernimiento en materia testamentaria está regido por principios especiales contenidos en los arts. 3615 y 3616 que pasamos a considerar.

Acerca de ese punto el art. 3615 requiere indispensablemente (arg. “es preciso”) que para testar “la persona esté en su perfecta razón”.

(46) BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, t. II, octava edición, Lexis-Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, punto 1067, “El artículo 3606”, ps. 141 *in fine*/142.

(47) LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. I, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1961, punto 735 “Situación especial de los testamentos”, ps. 492/495.

Sobre esta noción referente al discernimiento para testar —la posesión de la perfecta razón— se han emitido dos opiniones.

La primera, desarrollada con interesantes consideraciones por Llerena, sostiene que en materia de discernimiento para testar el codificador ha establecido un criterio más riguroso y exigente que para la realización de otra clase de actos. “El Código ha exigido —dice Llerena— algo más que no estar demente; ha exigido una razón perfecta, un estado completamente normal y sano, pues que bien puede suceder que una persona no haya sido declarada demente ni lo esté en realidad, pero no estar sin embargo, por una enfermedad, o por cualquier otra causa, en su completo estado de razón. El testamento quita a la familia del testador sin hacerle adquirir nada en compensación, y por lo mismo, dice D’Aguesseau, se necesita un criterio menos equívoco, una razón más clara y una voluntad más firme que para obligarse en un contrato”. De aquí que concluya este autor “que para declarar nulo un testamento por incapacidad mental del testador no se necesita que éste haya sido declarado demente, ni aún probar que estaba demente, tomada esta palabra en sentido restrictivo, sino únicamente probar que no estaba en su perfecta razón... Bastará que los hechos probados sean suficientes para deducir que una persona no ha estado en el uso completo de sus facultades intelectuales, aunque no pueda ser tenida por demente, para que su testamento no sea la expresión de la voluntad libre del testador, y en consecuencia, nulo, con arreglo al artículo que estudiamos”.

Luego agrega Llam-bías: “...A esta opinión parece adherir Borda quien observa que ‘las normas referentes a la capacidad para testar no coinciden siempre con las relativas a los actos jurídicos en general. En algunos casos son más amplias: la capacidad para testar se adquiere a los 18 años y no a los 21. En otros las exigencias son mayores: para testar se requiere una perfecta razón, art. 3615, una completa razón, art. 3616. La insistencia sobre este concepto revela que la ley ha querido ser particularmente exigente en este punto”.

Esta comprensión del sistema legal, que tiene la saludable ventaja de sanear el ambiente en que a veces se desenvuelven los últimos días de las personas que se encuentran en estado de declinación mental, sin acusar una alienación definida, no ha sido compartida por la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera, pues, dice Trasbot, “llevaría al resultado violento de que si el mismo día y al mismo tiempo, el disponente realizara una venta y un legado o donación, el

primero de los dos actos podría subsistir y el segundo quedar anulado aun cuando el estado mental del que los realizara fuera el mismo”.

De aquí que para Lafaille el art. 3615 parte 1ª, en cuanto exige para testar que la persona esté en su perfecta razón, ha querido referirse al discernimiento que define Freitas como la facultad legal de conocer y distinguir entre lo justo y lo injusto, lo lícito y lo ilícito...”.

Finalmente concluye Llambías: “...Por nuestra parte pensamos que no hay fundamento bastante para admitir una dualidad de criterio sobre el discernimiento del sujeto según que este celebre actos onerosos o gratuitos. Su aceptación no sólo tropieza con la dificultad señalada por Trasbot, antes referida sino que conduce a la posibilidad de que no obstante demostrarse el quebrantamiento de la razón en el agente se entienda que ha podido gozar de discernimiento para contraer matrimonio o celebrar un contrato oneroso. La aptitud de discernimiento, aunque no definida por el Código es una noción unívoca que se verifica en cada caso según la posibilidad efectiva del sujeto para conocer lo que hace y advertir las consecuencias previsibles de sus acciones, distinguiendo lo verdadero de lo falso lo justo de lo injusto, lo conveniente de la inconveniente”.

Por lo demás, agregamos por nuestra parte que, un código civil por ser tal, debe ser un todo armónico y sistemático y, no puede desentenderse de sus propios principios generales, menos aun por interpretaciones doctrinales que lo fisuran.

Dicho lo cual, debemos proceder al análisis particular de tema.

#### a) La incapacidad del menor para testar

El principio general que rige la capacidad para testar del menor, se encuentra en el Código Civil en el Libro Primero “De las Personas”, Sección Segunda: “De los derechos personales en las relaciones de familia”, Título 3 “De la patria potestad”, art. 286, al disponer: “El menor adulto no precisará la autorización de sus padres para estar en juicio, cuando sea demandado criminalmente, ni para reconocer hijos ni para testar (Texto según ley 23.264)”.

Sin embargo, en materia testamentaria el mismo Código rectifica en parte lo que antecede. En efecto, el art. 3614 establece expresamente: “No pueden testar los menores de dieciocho años de uno u otro sexo”.

Con lo cual, cabe concluir que del art. 286 solo subsisten dos aspectos: 1) Que el menor que el art. 3614 capacita para testar es genéricamente “un menor adulto”. Y, 2) Que el menor legitimado para testar, no “precisará la autorización de sus padres”, lo cual es obvio por tratarse de una acto “personalísimo”.

Por lo demás esta capacidad, por aplicación de los principios generales, la adquirirá el día que cumpla 18 años (48).

Es de destacar que el Código Civil español dispone un límite de edad menor en su art. 663, inc. 1º, al disponer en lo pertinente: “Están incapacitados para testar: 1º Los menores de catorce años de uno y otro sexo. ...”. En tanto el Código Civil italiano de 1942, expresa en su art. 591, inc. 1 que: “Pueden disponer por testamento todos aquellos que no son declarados incapaces por la ley. Son incapaces de testar: 1) aquellos que no han cumplido la edad de dieciocho años;...”.

Otra cuestión a clarificar es si el menor “emancipado por matrimonio”, en el caso, la mujer entre 16 y menos de 18 años (conf. art. 166, inc. 5 del Código Civil) puede testar válidamente. Ello, sin olvidar los casos de dispensas judiciales que habilitan a ambos sexos a contraer matrimonio a menor edad que la legal (49).

Entendemos que la respuesta debe ser afirmativa, con la salvedad del segundo párrafo del art. 131 del Código Civil. Al respecto señala Medina (50): “Se plantea la cuestión de si los emancipados por matrimonio que no hubieran llegado a los dieciocho años adquieren capacidad para testar. Un sector de la doctrina opina que los emancipados por matrimonio menores de dieciocho años no pueden testar porque tra-

(48) Este es el criterio que sienta el Código Civil respecto de la adquisición de la mayoría de edad de los menores en el art. 128, primer párrafo. Id. ED, 182-373; LLBA, 1998-1220.

(49) Conf. HERNANDEZ, Lidia Beatriz - UGARTE, Luis Alejandro, obra de cita (13), punto 1.9. “Los emancipados y la aptitud para testar”, p. 102.

(50) MEDINA, Graciela, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Alberto J. Bueres, dirección. Elena I Highton, coordinación, t. 6-A, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2006, parágrafo 2. “La capacidad para testar del emancipado por matrimonio”, ps. 807/808. Id. BORDA, Guillermo A., obra y tomo de cita (46), punto 1073. “Menores emancipados”, ps. 145/146. Con criterio dubitativo, HERNÁNDEZ, Lidia Beatriz - UGARTE, Luis Alejandro, obra de cita (13), punto 1.9. “Los emancipados y la aptitud para testar”, ps. 102/104.

tándose el testamento de un acto de disposición de bienes requieren autorización judicial o acuerdo del otro cónyuge, lo que es incompatible con el carácter unilateral y personalísimos del testamento. En cambio la mayoría sostiene que debe reconocérseles capacidad para testar, ya que esta forma de disposición de bienes no envuelve para el emancipado los riesgos de la disposición por actos entre vivos”.

Finalmente cabe destacar que el “Proyecto de Código Civil de la República Argentina. Unificado con el Código de Comercio” de 1998 (Decreto 685/95)—, dispone en su art. 2411: “*Edad para testar.* — Pueden testar las personas mayores de edad al tiempo del acto”. Y, la mayoría de edad la fija el “Proyecto”, a los 18 años de edad. Al respecto dice su art. 20: “*Mayoría de edad.* — Son menores las personas que no tienen la edad de dieciocho años. Su incapacidad cesa el día en que cumplen esa edad”.

En consecuencia, el testamento otorgado por un menor contrariando lo expuesto precedentemente, será “nulo” porque la invalidez surge “ipso iure” de la ley, a pesar de no existir una disposición expresa de orden testamentario que así lo disponga, toda vez que operará una nulidad implícita (art. 18 del Cód. Civil) que equiparará el supuesto al del art. 1042 del Código Civil (51). De ordinario será una nulidad manifiesta porque está a la vista con el solo cotejo de la partida de nacimiento del testador y la fecha del testamento. Aunque podría por excepción ser no manifiesta en el caso que este hubiera adulterado adecuadamente su documento de identidad (como podría ocurrir en el supuesto de testamento por “acto público”); y luego su edad, al no ser concordante con la que surja de la partida de nacimiento del causante, generar una investigación judicial para que aflore el vicio.

También será relativa, toda vez que protege un interés particular y, finalmente, será completa ya que la incapacidad del testador es general y, se proyectará como tal sobre todo el testamento.

Por lo demás, siendo la nulidad relativa, será confirmable (conf. arts. 1058 y 1065 Cód. Civ.), luego de cesado el vicio que invalidaba el testamento. Y, también será prescriptible (conf. art. 4031 Cód. Civil),

(51) Conf. CIFUENTES, Santos, obra de cita (31), parágrafo 327 “Enumeración de los actos nulos”, p. 612, expresa: “...Al aceptarse las nulidades implícitas, esta idea es razonable, siempre y cuando esa nulidad tenga asiento virtual en la ley que la valora y sanciona”.

debiéndose tener presente que como toda acción que recién puede intentarse después de la muerte del causante, no es prescriptible sino desde la apertura de la sucesión (conf. art. 3953 Cód. Civil).

Por lo demás, nada impide que el mismo testador, luego de adquirida la edad prevista en el art. 3614 del Código Civil, lo revoque por otro si así lo considera, por ser el testamento esencialmente revocable por éste.

#### b) *La incapacidad por demencia del testador*

Si bien en sus principios generales el Código Civil contempla en forma explícita la incapacidad por demencia de la persona de existencia visible, claramente estructurada en los arts. 54 inc. 3; 140 y sigtes.; 472; 475 y concs. del Código Civil. Como así también, los actos del enfermo mental no interdicto, cuyo art. 921 los comprende genéricamente dentro de los practicados sin “discernimiento”, con la salvedad expresa de los “intervalos lúcidos”; sin olvidar por cierto, a los arts. 473 y 474 del Código Civil. El codificador volvió a tratar el tema en materia “testamentaria” en dos arts. 3615 y 3616 respectivamente que, por su redacción poco clara, imprecisa e insuficiente, oscurecen la coherencia sistemática del Código y su certeza que, deben ser remediadas mediante la interpretación jurídica, a más de generar dudas como las ya analizadas, respecto de las expresiones “perfecta razón” y “completa razón” que damos por reproducidas.

Tampoco estructura mecanismos jurídicos para acreditar la existencia de “perfecta o completa razón” al momento de testar (conf. art. 3613 Cód. Civil), como acontece por caso, en el Código Civil español, cuyo art. 665 dispone: “Siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el Notario dos Facultativos que previamente le reconozcan, y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán los Facultativos además de los testigos”.

Otros, como el Código Civil italiano de 1942, ha sistematizado el tema en su art. 591, al disponer: “*Casos de incapacidad.*— Pueden disponer por testamento todos aquellos que no son declarados incapaces por la ley.

Son incapaces de testar:

1) Aquellos que no han cumplido la edad de dieciocho años;

2) Los que sufren interdicción por enfermedad mental;

3) Aquellos que, si bien no sufren interdicción, se pruebe que han sido, por cualquier causa, aunque sea transitoria, incapaces de entender o de querer en el momento en que hicieron testamento.

En los casos de incapacidad previstos por el presente artículo, el testamento puede ser impugnado por quienquiera que tenga interés en ello. La acción prescribe en el término de cinco años a contar del día en que se haya dado ejecución a las disposiciones testamentarias”.

Veamos ahora, que nos dicen en cambio los artículos 3615 y 3616 del Código Civil.

Art. 3615: “Para poder testar es preciso que la persona esté en su perfecta razón. Los dementes sólo podrán hacerlo en los intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos y prolongados para asegurarse que la enfermedad ha cesado por entonces”.

Art. 3616: “La ley presume que toda persona está en su sano juicio mientras no se pruebe lo contrario. Al que pidiese la nulidad del testamento, le incumbe probar que el testador no se hallaba en su completa razón al tiempo de hacer sus disposiciones; pero si el testador algún tiempo antes de testar se hubiese hallado notoriamente en estado habitual de demencia, el que sostiene la validez del testamento debe probar que el testador lo ha ordenado en un intervalo lúcido”.

En el primer párrafo del art. 3616, surge explicitada una presunción “iuris tantum” del “sano juicio” para testar, en tanto no se pruebe lo contrario; esto es, que el testador no se encontraba en su “completa razón”. Y, como dice Borda (52): “...La duda debe resolverse a favor de la validez del acto”.

Pero es de advertir que ni el art. 3615 ni el 3616, diferencian la hipótesis del “demente interdicto”, de las del “enfermo mental no interdicto”, a pesar de su diferente tratamiento, aunque por la generalización de sus términos deben considerarse incluidas en dichos artículos. En tanto la

(52) Conf. BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, t. II, octava edición, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, punto 1078 “c) “Presunción de Salud”, p. 148.

reforma de la ley 17.711, tendría que haber agregado un párrafo para aclarar la situación del “inhabilitado” al que el art. 152 bis considera por omisión capaz de hecho (conf. art. 52 Cód. Civil) y, limita su capacidad a tan solo los actos de “disposición entre vivos” y, “los de administración que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso”. Actos que deberán ser realizados por el inhabilitado con la obligada asistencia del curador (53).

Por su parte aclaran Hernández y Ugarte (54) que: “El art. 3615 del Cód. Civil, luego de referirse a la exigencia de la perfecta razón para poder testar, agrega: “Los dementes sólo podrán hacerlo en los intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos y prolongados para asegurarse que la enfermedad ha cesado por entonces”...”.

Sin embargo, de la letra de la nota del Codificador a tal artículo, queda claro que Vélez se refiere a la “demencia” desde un exclusivo y superado enfoque médico, como “...expresión genérica de todas las variantes de la locura...”.

La citada nota al art. 3615 del Código Civil, expresa en lo pertinente: “...Nombramos sólo en el artículo a los dementes, porque la demencia es la expresión genérica que designa todas las variedades de la locura; es la privación de la razón con sus accidentes y sus fenómenos diversos. Todas las especies de demencia tienen por principio una enfermedad esencial a la razón, y por consiguiente falta de deliberación y voluntad. La demencia es el género y comprende la locura continua o intermitente, la locura total o parcial, la locura tranquila o delirante, el furor, la monomanía, el idiotismo, etc. La primera parte del artículo comprende la embriaguez y todo accidente que prive de la completa razón...”.

Ello lleva a concluir a algunos autores que, el Codificador ha apuntado en estos dos artículos a un enfoque fáctico de la cuestión y, no, a una categoría jurídica (55).

(53) Ver PEREZ RÍOS, José Luis, *La Inhabilitación Civil. Régimen Sustancial y Procesal*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004, Capítulo III. “La capacidad y el rol del curador en el art. 152 bis”, ps. 67/186.

(54) HERNANDEZ, Lidia Beatriz - UGARTE, Luis Alejandro, *Régimen jurídico de los testamentos*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2005, punto 1.12. “La norma comprende a los dementes declarados y no declarados”, p. 112.

(55) Conf. HERNANDEZ, Lidia Beatriz - UGARTE, Luis Alejandro, obra y punto de cita (54), p. 114.

Circunstancia que ha sido reconocida mayoritariamente por la doctrina, siendo por ello que tanto el demente "interdicto" como el que no lo es, pueden testar válidamente en los "intervalos lúcidos", independientemente que el primero sea desde un enfoque jurídico, un "incapaz absoluto de hecho" (conf. art. 54 inc. 3 Código Civil) y, el otro sea en cambio "capaz" y, aquí en este último supuesto, se ingresa al plano del art. 921 del Código Civil que, aclara que serán hechos sin discernimiento "...los actos de los dementes que no fuesen practicados en intervalos lúcidos, y los practicados por los que, por cualquier accidente, están sin uso de razón".

Es por ello que la jurisprudencia tiene dicho, como resultante del fallo CNCiv., sala E, 25/8/76, "Amora, Teresa c. Aira, José", LA LEY, 1977-B, 330:

1. La ley presume que toda persona está en su sano juicio mientras no se demuestre lo contrario. Al que pide la nulidad del testamento le incumbe probar que el testador no se hallaba en su completa razón al tiempo de hacer sus disposiciones.

2. La ley exige con respecto al testador algo más que no estar demente; exige una razón perfecta, una razón más clara y una voluntad más firme que para obligarse por contrato.

3. El art. 474 del Cód. Civil se aparta de una regla general en cuya virtud todo acto que emana de una persona que no está en su sano juicio debe ser anulado.

4. El concepto expresado en la nota del art. 3615 del Cód. Civil de que en las disposiciones gratuitas el ejercicio de las facultades intelectuales debe exigirse con mayor rigor que en los actos a título oneroso, no debe mal interpretarse. No se trata de un problema de intensidad o de grado, porque el discernimiento indispensable para que el acto jurídico pueda reputarse voluntario se requiere en igual medida cualquiera sea del carácter del acto, gratuito u oneroso, entre vivos o de última voluntad (arts. 54, 141, 469, 897, 900, 921, 1045, 3606 y concs., Código Civil). El contenido de aquella nota se vincula con la regla del art. 474, que es ajena a la cuestión que se ventila en este juicio. Lo que importa en estos casos es que la prueba del discernimiento sea exigida y valorada con todo rigor, discernimiento que es el mismo que se requiere para la validez de todo acto jurídico, y no requiere una más afinada lucidez mental.

5. Cuando el art. 3616 del Cód. Civil establece que el que pide la nulidad debe probar que el testador no se hallaba en su "perfecta razón", sienta una regla relativa al cargo de la prueba, pero no pretende un mayor grado de discernimiento.

6. No cualquier anormalidad, o alteración de las facultades del espíritu es suficiente para viciar la voluntad de quien la padece, mientras no llegue a anular o comprometer gravemente el uso de la razón. A la inversa, la voluntad de un sujeto normal puede estar viciada cuando el discernimiento se halla oscurecido por una causa cualquiera, como la embriaguez u otras afecciones momentáneas.

7. Si la ley ha establecido con relación a los actos testamentarios, que el disponente debe estar en su "perfecta razón", no es porque exija una voluntad más intensa que en los demás actos jurídicos, sino porque con ello admite la posibilidad de atacar el testamento después de la muerte del testador, a diferencia de lo que prescribe el art. 474 respecto de los actos entre vivos.

8. La ley presume la salud mental del disponente. El que pretende lo contrario debe probarlo. Pero se invierte la carga de la demostración "si el testador algún tiempo antes de testar se hubiese hallado notoriamente en estado habitual de demencia" (art. 3616, Cód. Civil). En ese supuesto, el que sostiene la validez del acto debe probar que su autor lo otorgó en un intervalo lúcido.

9. Para que las presunciones constituyan prueba eficaz es menester que se funden en hechos reales y probados, y que por su precisión, gravedad y concordancia sean susceptibles de llevar al ánimo del juez la razonable convicción de la existencia del hecho que se pretende demostrar de acuerdo con la naturaleza del juicio y las reglas de la sana crítica.

10. La prueba tendiente a demostrar la incapacidad del testador debe ser fehaciente y decisiva, los hechos han de trasuntar de manera inequívoca dicha incapacidad. En la duda, la decisión judicial debe inclinarse a favor de la lucidez mental del otorgante.

11. En la averiguación del estado mental del disponente la prueba más importante consiste en la rectitud y el buen sentido de las disposi-



ciones. Si se hallan bien concertadas y responden a las afecciones presuntas del testador, bastan para decidir la duda a favor de la capacidad”.

Así las cosas, quien pretenda nulificar el testamento deberá probar que el testador no se hallaba en su “completa razón” cuando lo otorgó (conf. art. 3616 Cód. Civil). Ya que, como se expresó, la regla general que impera en la materia (conf. art. 3616 primer párrafo Cód. Civil), es el de validez del testamento por presumirse la capacidad del testador.

A su vez agrega la citada norma, que: “...si el testador algún tiempo antes de testar se hubiese hallado notoriamente en estado habitual de demencia, el que sostiene la validez del testamento debe probar que el testador lo ha ordenado en un intervalo lúcido” (conf. CNCiv., sala E, 25/8/76, LA LEY, 1977-B, 330; íd., ED, 69-244).

Como dice Medina (56): “...En el derecho nacional no existe ninguna disposición que exija un dictamen pericial para que el interdicto en estado de lucidez pueda testar. Tal falta de reglamentación contribuye, en parte, al estado de confusión en que se encuentra sumida la doctrina referente al tema. ...”.

Sin embargo y, a pesar de ello, nada impide que el demente pueda testar válidamente en un intervalo lúcido.

Así lo consagran los arts. 3615 y 3616 del Código Civil. Debiéndose recordar que el propio Codificador caracteriza a estos intervalos lúcidos en la parte final de su nota al art. 3615, al decir: “...Los intervalos lúcidos de que hablan las leyes no es una tranquilidad superficial, una remisión accidental y pasajera del mal. Es preciso que el intervalo lúcido sea una vuelta completa a la razón, que disipe las ilusiones y los errores de que estaba poseído el demente. Este estado es el que Justiniano llama *perfectissima intervalla*, (L. 6, Código, de Curat. Furiosi.) y en el que las Leyes Romanas han procurado indagar el valor de los actos ejecutados por un demente en esos intervalos dados a la razón, y han decidido que esos actos deben valer, cuando emanan de una voluntad capaz de bien y de mal. *Furiosum in suis indusiis ultimum condere elogium possunt*. L. 9, Cod., *Qui test. facere possunt*” (57).

(56) MEDINA, Graciela, *Nulidad de testamento*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, punto “b) Situación en el Derecho Argentino”, p. 38.

(57) MEDINA, Graciela, obra y punto de cita (56), p. 39.

En cuanto a los términos sinónimos “perfecta o completa razón” que emplean los referidos artículos, no registran precedentes en nuestro derecho y, han fracturado a la doctrina en su esfuerzo por clarificar el significado de tales expresiones. Considerando por nuestra parte — como ya lo hemos expuesto—, más lógico y coherente el criterio sustentado por Lafaille y Llambías (58), al parificar lisa y llanamente la expresión “perfecta o completa razón” con el mero discernimiento, a pesar de no ser mayoritario.

Recordemos al respecto las claras y lógicas consideraciones de Llambías (59): “...Por nuestra parte pensamos que no hay fundamento bastante para admitir una dualidad de criterio sobre el discernimiento del sujeto según que éste celebre actos onerosos o gratuitos. ...”. Y, seguidamente termina: “...La aptitud de discernimiento, aunque no definida por el Código, es una noción unívoca que se verifica en cada caso según la posibilidad efectiva del sujeto para conocer lo que hace y advertir las consecuencias previsibles de sus acciones, distinguiendo lo verdadero de lo falso lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo inconveniente”.

Al prevalecer en cambio la postura que requiere un discernimiento más riguroso, acrecentado con otros elementos tales, como “una esclarecida intención” y “una total libertad” (60), incluyendo y confundiendo en el “discernimiento” a los otros elementos internos de la voluntad que hacen a la “teoría del acto voluntario”; se contraviene la clara posición del Código Civil, sustentada en su “Libro segundo” (conf. arts. 897 y 900 del Cód. Civil).

Desde ya para que el acto jurídico sea tal, este —entre otros requisitos— deberá ser necesariamente voluntario; esto es, realizado con discernimiento, intención y libertad. Y ello no varía trátese de un acto jurídico “entre vivos” o “mortis causa”.

Por consiguiente, la ausencia de alguno de estos elementos internos de la voluntad, torna anulable el acto jurídico (conf. art. 1045 del Cód. Civil).

(58) Ver LLAMBIAS, Jorge Joaquín, obra, tomo, punto y páginas de cita (47).

(59) LLAMBIAS, Jorge Joaquín, obra, tomo y punto de cita anterior, p. 495.

(60) Ver MEDINA, Graciela, obra de cita (56), punto 9. “Perfecta razón”, p. 41.

No comprenderlo así, entendemos, implica fracturar la unidad y coherencia sistemática que deben caracterizar a un "Código" por ser tal.

Dicho lo cual, debemos ahora caracterizar las nulidades aplicables al caso, según los distintos supuestos a considerar:

### c) *Demente interdicto*

En el caso que el testador fuese demente interdicto y no haya testado en un intervalo lúcido que reúna los requisitos prescriptos en el art. 3615 del Código Civil, el testamento será nulo en virtud de lo dispuesto en el art. 1041 del dicho cuerpo legal. A más de ello, el vicio será manifiesto por surgir de la sentencia de interdicción. La nulidad será completa (conf. art. 1039 Cód. Civil), por comprender a todo el acto y, de nulidad relativa por involucrar un interés particular del demente interdicto (conf. art. 1048 Cód. Civil).

Siendo así, será confirmable (conf. art. 1058 Cód. Civil); infiriéndose además tal circunstancia del texto del art. 1065 que dispone: "La confirmación tiene efecto retroactivo al día en que tuvo lugar el acto entre vivos, o al día del fallecimiento del disponente en los actos de última voluntad. Este efecto retroactivo no perjudicará los derechos de terceros".

También será prescriptible, según dispone el art. 4031 del Código Civil, debiéndose aclarar que, en este supuesto queda desplazada la norma del art. 4023 por lo antedicho ya que, en el caso, expresamente dispone el art. 4031 del Código Civil: "...y los que están bajo curatela..."; como acontece en el supuesto del demente interdicto. Siendo el plazo de prescripción de dos años, a contar desde la apertura de la sucesión, según establece el art. 3953 del Código Civil.

Sin perjuicio de lo cual, nada obsta que el testador "demente interdicto", una vez sanado pueda revocar el testamento nulo, para lo cual deberá haber sido rehabilitado en los términos del art. 150 del Código Civil y, en la Capital Federal, del art. 635 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Por lo demás, haciendo una interpretación extensiva del art. 633 tercer párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación al supuesto de rehabilitación (conf. 635 del mismo cuerpo legal), nada obsta para que si el demente interdicto en el proceso de rehabilitación

no fuera reconocido plenamente capaz, sino como "inhabilitado" del art. 152 bis del Código Civil, tampoco habrá problema en que este revoque el testamento ya que, en este supuesto, el "inhabilitado" es capaz por definición (conf. art. 52 Cód. Civil), y su limitación de capacidad no alcanza a los actos de última voluntad como es el testamento.

Por su parte, Borda (61) se refiere a un supuesto particular que plantea en abstracto, de testamento otorgado por un interdicto antes del levantamiento de la interdicción y, en tal sentido afirma: "Puede ocurrir que el demente, curado, solicite el levantamiento de la interdicción. Es examinado por los médicos que unánimemente lo declaran sano; pero antes de la sentencia, sintiéndose morir, testa. ¿Es válido este testamento? Si se rechaza la opinión de que el demente declarado tal puede testar en intervalos lúcidos, no hay forma de resolver el problema. Nosotros, que hemos adherido a la doctrina opuesta, pensamos que el juez puede considerarlo válido. En efecto, la pericia médica ha demostrado que el testador se encontraba en estado de plena lucidez: la similitud de este estado mental con el intervalo lúcido, es palmaria y hace aplicable la misma solución legal. Avancemos un paso más. La prueba, aunque no del todo categórica, ha sido suficiente para que en Primera Instancia se levante la interdicción: pero la sentencia es apelada y antes del fallo definitivo, el incapaz testa y muere. Como el fallo de Primera Instancia no ha hecho cosa juzgada, pensamos que el juez ante el cual se plantea la nulidad del testamento debe examinar la prueba producida y convalidar el acto si tuviera la convicción de que el testador estaba lúcido".

### d) *Enfermo mental no interdicto*

En el supuesto que un enfermo mental —"demente" en la terminología del Código Civil—, no se encuentre interdicto, la nulidad será o no manifiesta, según se exteriorice o no esta. El acto será anulable (conf. art. 1045 Cód. Civil); de nulidad relativa por estar en juego un interés particular del "enfermo mental" (conf. art. 1048 Código Civil). Es confirmable (conf. arts. 1058 y 1065 Cód. Civil); y prescriptible, siendo en este caso de aplicación el art. 4023 y, no, el 4031 del Código Civil, por no encontrarse el enfermo mental sujeto a "curatela". Corriendo el plazo de prescripción, a partir de lo que dispone el art. 3953 del Código Civil. Tampoco nada obsta a que, una vez recuperada la salud mental al en-

(61) BORDA, Guillermo A., obra y tomo de cita (52), punto 1085 "Testamentos otorgados por interdictos antes del levantamiento de la interdicción", ps. 152/153.

contrarse en su "perfecta" o "completa razón" (conf. arts. 3615 y 3616 Cód. Civil), pueda revocar el testamento viciado.

Finalmente, nos parece adecuado clarificar sobre el difícil tema de la prescripción liberatoria cuyo computo comienza en materia testamentaria "...desde la apertura de la sucesión..." (conf. art. 3953 Cód. Civil), transcribiendo el siguiente comentario de Arean (62): "La prescripción liberatoria comienza a correr desde el momento en que nacen las acciones, pues es en razón de la duración de la acción que la ley la declara extinguida.

En consecuencia, hay prescripción desde que hay acción. Rige la máxima "*actio non nata non praescribitur*".

Mientras un derecho no existe, no es posible descuidar ejercitarlo ni perderlo por negligencia. Para que una prescripción comience, es precisa una *actio nata*.

Puede afirmarse entonces, como principio general, que la prescripción se inicia desde que puede ejercerse la acción respectiva.

Ahora bien, como la acción es el derecho ejercido en justicia, el acreedor puede accionar desde que la obligación se ha formado.

Sin embargo, este principio no es inmutable, por lo que puede sostenerse que el comienzo del curso de la prescripción variará según la acción de que se trate. Así, por ejemplo, si se está ante una acción personal por el cobro de un crédito, si éste está sujeto a plazo o condición, no es exigible hasta que el primero venza o la segunda se cumpla. Luego, la prescripción sólo comenzará a correr cuando ello ocurra.

Si se trata, en cambio, de derechos eventuales, el curso se iniciará recién con la muerte de la persona, ya que su existencia real depende de la apertura de la sucesión y hasta entonces no integran el patrimonio de nadie ...".

#### e) La incapacidad del sordomudo para testar

El art. 3617 del Código Civil dispone que: "No pueden testar los sordomudos que no sepan leer ni escribir".

(62) AREAN, Beatriz, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Alberto J. Bueres, dirección. Elena I. Highton, coordinación. t. 6-B, parágrafo 2. "Curso de la prescripción liberatoria", p. 591.

Se repite así la incapacidad absoluta de hecho que contiene el art. 54, inc. 4 del Código Civil, aunque esta última norma encuadra exclusivamente al interdicto. El concepto está también explicitado en el art. 153 del Código Civil, al disponer: "Los sordo-mudos serán habidos por incapaces para los actos de la vida civil, cuando fuesen tales que no puedan darse a entender por escrito".

En el caso, el fundamento de esta incapacidad está determinado en la imposibilidad del sordomudo de exteriorizar su voluntad en un acto jurídico formal como es el "testamento" que, necesariamente debe ser otorgado por escrito (conf. art. 3607 Cód. Civil).

En consecuencia, no basta para cubrir la exigencia legal que, quien testa en la condición de sordomudo tenga aptitud para dibujar palabras desconociendo su significado ya que, ello afectaría la necesaria voluntad del testador al no interpretar el contenido del acto, tornándolo nulo. (conf. JA, 38-209 y LA LEY, 8-317).

En sentido opuesto, cabe concluir que el sordomudo que sabe leer y escribir, puede otorgar testamento válido.

Opinando algunos autores que, si bien el sordomudo no podría ser beneficiario de "intervalos lúcidos" porque estos apuntan obviamente a una cuestión psíquica y, no, a la aptitud para leer y escribir. Podría hacerse una interpretación extensiva de ello, cuando el sordomudo interdicto, con posterioridad "...ha aprendido a darse a entender por escrito y aun no se ha levantado la interdicción, debe considerárselo en 'intervalo lúcido y apto para testar...'" (63).

#### V. Algunos aspectos particulares de la capacidad, relativos a las formas testamentarias

##### a) Testamento ológrafo

Dispone el art. 3639 del Código Civil: "El testamento ológrafo para ser válido en cuando a sus formas, debe ser escrito todo entero, fechado y firmado por la mano misma del testador. La falta de alguna de estas formalidades lo anula en todo su contenido".

(63) MEDINA, Graciela, obra de cita (56), punto 15. "Capacidad del sordomudo para testar", p. 58.

Siendo así, es evidente que el analfabeto no puede otorgar testamento ológrafo válido, al no poderlo escribir de su puño y letra, ni firmarlo.

Una cuestión debatida es si el ciego es capaz de otorgar válidamente testamento ológrafo. Siendo la respuesta afirmativa, siempre que no se redacte en escritura Braille, atento la exigencia del art. 3641 del Código Civil que, dispone: "El testamento ológrafo debe ser escrito precisamente con caracteres alfabéticos y puede escribirse en cualquier idioma". (conf. CNCiv., sala B, 18/10/57, JA, 1958-II-211).

Otra cuestión planteada es si en el testamento ológrafo la impresión digital puede sustituir a la firma. Concluyéndose que la firma del testador es requisito esencial que no puede ser remplazada, por la sencilla razón de hacer propia la manifestación de voluntad del disponente. Ello por lo demás, es una aplicación del principio general contenido en el art. 1012 del Código Civil. Al respecto nos dice Cifuentes (64): "...Finalmente, la mayor parte de los autores (Orgaz, Borda, Orelle, Salvat), sostiene que la impresión digital es uno de los signos que están excluidos en el art. 1012. En realidad, dicha impresión es prueba cabal de identidad, pero no de la *voluntariedad* de la declaración, porque quien no sabe firmar (analfabeto), tampoco puede leer esa declaración y tener pleno conocimiento de ella. Por otra parte, sería posible estampar la impresión digital de una persona en estado de inconsciencia y hasta la de un muerto..."

Como dicen los Mazeaud (65): "La firma no se exige con un fin de identificación, sino *para darle al testamento un carácter definitivo*, que lo distinga del borrador o del proyecto. Por eso, la manera de firmar es indiferente, si es la que usaba normal y seriamente el testador; se firma generalmente con el nombre y apellido, pero son suficientes el nombre propio (CCiv., 24 de junio de 1952, cfr. *infra*, *lecturas*) o un pseudónimo; hasta simples iniciales, como suele estilarse en el episcopado: en el antiguo derecho, el testamento de *Massillon*, firmado J. B., obispo de Clermont, impugnado por su hermano, fue tenido por válido a favor del Hospital de la Caridad de Clermont, el legado universal; la Corte de Pau

(64) CIFUENTES, Santos, *Elementos de derecho civil*. Parte general, 4ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, parágrafo 203. "La impresión digital y la firma a ruego", p. 320.

(65) MAZEAUD, Henri y Léon - MAZEAUD, Jean, *Lecciones de derecho civil*, Parte Cuarta, volumen II, traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, punto 977. "La firma es el sello de la voluntad", p. 368.

(12 de julio de 1822: S. 1822. 2. 337) y, ante recurso, la Corte de casación (Req., 23 de marzo de 1924: S. 1828. I. 245) reconocieron igualmente la validez de un testamento firmado por J. J., obispo de Bayona. La Cámara civil, Sección civil I, de la Corte de casación (5 de octubre de 1959: D. 1959. J. 507, 2º caso, y nota de *Holleaux*; gaz. Pal., 1959. 2. 261, 1er. Caso; *Sem. Jur.*, 1959. II. 11323, 2º caso y nota de *Voirin*) admitió también una firma distinta de la empleada normalmente por el testador, desde el instante en que no quedaba duda alguna sobre la voluntad del autor del acto en cuanto a la aprobación de las disposiciones..."

#### b) Testamento por acto público

El art. 3651 del Código Civil, dispone: "El sordo, el mudo y el sordomudo, no pueden testar por acto público".

Esta disposición está tomada del derecho francés, como se infiere de la nota del Codificador. Aclarando los Mazeaud (66) que el testamento auténtico: "Es un acto solemne, cuyas formas han sido simplificadas en 1950. Se requiere desde luego la presencia de dos notarios, o de un notario y dos testigos. El testador le dicta su testamento al notario, que lo escribe o hace que otro lo escriba, a máquina o a mano; el testamento se le lee al testador, y se firma por los testigos, el notario y el testador. El testamento auténtico da fe de su realidad y de las constancias notariales y, en consecuencia, de su fecha también, hasta la impugnación por falsedad".

Más adelante puntualizan (67): "...*El testador le dicta su testamento al notario*; por lo tanto este modo de testar le está prohibido a los mudos. ...".

Sin embargo, en nuestro derecho ello no se justifica ya que, el testador esta facultado, también, a darle al escribano el texto escrito o las disposiciones que debe contener el testamento.

El art. 3656 del Código Civil dispone: "El testador puede dictar el testamento al escribano o dárselo ya escrito, o sólo darle por escrito las

(66) MAZEAUD, Henri y Léon - MAZEAUD, Jean, obra de cita (65), punto II. "El testamento auténtico", p. 363.

(67) MAZEAUD, Henri y Léon - MAZEAUD, Jean, obra de cita (65), punto 989. "Formalidades", p. 377.

disposiciones que debe contener para que las redacte en la forma ordinaria”.

Como dice Medina (68): “La prohibición de que el mudo teste por escritura pública se funda en que el testamento debe serle leído al testador, quien no lo podría escuchar de haber perdido tal sentido. Pero carece de razón cuando el testador puede leerlo no obstante que no lo pueda escuchar...”.

Respecto del ciego, dispone el art. 3652 del Código Civil: “El ciego puede testar por acto público”. La norma es obvia, por cuanto el ciego puede dictar al escribano el testamento y, aun, escribir su texto (conf. art. 3656 Cód. Civil).

Sin embargo, como aclara Borda (69): “...El *ciego* puede negarse a firmar la escritura. Es verdad que materialmente no está imposibilitado de suscribirla; pero firmar es estampar el nombre y la rúbrica con plena conciencia del lugar donde se pone y pleno conocimiento de lo que se firma, y un ciego no puede tener esa conciencia y ese conocimiento”.

Sin perjuicio de lo cual estimamos que, el escribano debe aclarar en la escritura que contiene el testamento, la causa por la cual no firmó el testador, en virtud de lo dispuesto en el art. 3662 “in fine” del Código Civil que, en lo pertinente establece: “...El escribano debe expresar la causa porque no puede firmar el testador”. De no hacerse así, el acto no estaría concluido y no valdría como testamento.

Finalmente, cabe destacar que en la nota al art. 3652 del Código Civil, Vélez, refutando a Troplong, niega la posibilidad jurídica del ciego para testar en la forma ológrafa. Las razones que brinda son claras: “...Nosotros creemos que sería fácil cambiarle su testamento o alterárselo para que no sirviera”.

### c) Testamento cerrado

El art. 3665 del Código Civil, establece: “El que no sabe leer no puede otorgar testamento cerrado”. Y, la nota a la norma citada dice: “Cód.

Francés, art. 978. No es preciso que sepa escribir: puede dictar el testamento y verificar, leyéndolo, si está bien escrito...”.

La exigencia de saber leer por parte del testador es requisito esencial que hace a la validez del acto en virtud de las características que presenta esta forma testamentaria, según los requisitos del art. 3666 del Código Civil, ya que si no sabe o puede escribir puede dictar a otro el testamento, pero si por el contrario no sabe leer, cómo tener certeza de que ese es su testamento y, no, otro.

Al respecto, señalan Hernández y Ugarte (70): “El testador debe saber leer para otorgar testamento cerrado. Así lo dispone el art. 3665, Cód. Civil. Por lo tanto el analfabeto no puede valerse de esta forma testamentaria. Como se advertirá, no se requiere que el testador sepa escribir, pues como dijimos, el testamento puede ser mecanografiado o escrito por un tercero, pero el testador debe saber leer para asegurarse de que lo escrito es fiel de su voluntad testamentaria. Además, debe saber firmar porque así lo requiere el art. 3666, Cód. Civil. Su imposibilidad de firmar sólo puede ser sobreviviente y suplida en el acta extendida en la cubierta del testamento.

Como el que no sabe leer no puede otorgar testamento cerrado, tampoco puede hacerlo el ciego, quien no puede leer. No obstante, se ha señalado que el ciego podría otorgar testamento cerrado válido cuando ha sido redactado utilizando la escritura Braille, pues a diferencia del ológrafo el art. 3666, Cód. Civil, no exige la utilización de caracteres alfabéticos...”.

## VI. Nulidad del testamento por falta de capacidad del sucesor o legatario

Se trata de incapacidades de derecho que como tales, están establecidas para salvaguardar la “moral y buenas costumbres”; evitando la “captación de herencia o del legado”, bien sea ejerciendo indebida injerencia sobre la voluntad del testador para que, teste en determinada forma, beneficiando de este modo a quien no debía beneficiar. O, también, en

(68) MEDINA, Graciela, obra de cita (56), p. 61.

(69) BORDA, Guillermo A., obra y tomo de cita (52), punto 1193. “Caso de que no pueda firmar”, p. 226.

(70) HERNANDEZ, Lidia Beatriz - UGARTE, Luis Alejandro, obra de cita (54), punto 3.4. “Capacidad del testador”, p. 222.



el supuesto del tutor de menores, tiene por finalidad proteger a estos del poder que dichos representantes ejercen sobre sus pupilos, influenciándolos contra sus legítimos intereses; logrando la captación de herencia.

Estas incapacidades de derecho, están previstas en los arts. 3736; 3739; 3740 y 3573, del Código Civil.

En síntesis, prohíben genéricamente la adquisición de la herencia a ciertas personas comprendidas en las normas citadas, como son: El tutor del menor de edad; los confesores del testador en su última enfermedad; el ministro protestante que asiste al testador en su última enfermedad; y el cónyuge de matrimonio "*in extremis*".

También, y con otro fundamento, se encuentra la incapacidad de derecho prevista en el art. 3734 del Código Civil, al disponer: "No pueden adquirir por testamento las corporaciones no permitidas por la ley". Y, la nota a la norma transcrita, aclara: "Las asociaciones o corporaciones no son personas jurídicas hasta que su existencia no está debidamente autorizada".

En tanto el art. 3735 del Código Civil, salva excepcionalmente este impedimento, cuando expresa: "Pueden, sin embargo, recibir por testamento las corporaciones que no tengan el carácter de personas jurídicas, cuando la sucesión que se les defiere o el legado que se haga, sea con el fin de fundarlas, y requerir la competente autorización".

Respecto al fundamento de ello, aclara Medina (71): "La ley argentina ha creado, así, supuestos de verdaderas incapacidades de derecho, al prohibir que tales personas tengan parte en la herencia, declarándolas incapaces sin posibilidad de demostrar que no ha existido captación de la voluntad.

Los afectados por tales incapacidades son perfectamente capaces en general, pero están incapacitados para suceder a determinado causante. El incapaz lo seguirá siendo aunque éste, hipotéticamente, pueda probar que la disposición respondía a una voluntad libre y consciente del testador.

(71) MEDINA, Graciela, *Nulidad de Testamento*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, punto 1. "Fundamento de las incapacidades", p. 66.

Estas incapacidades llevan consigo la consecuencia de la nulidad de la cláusula del testamento que instituye al incapaz. La solución dada por el derecho argentino impide abrir el litigio para probar la inexistencia de la captación de la voluntad, precisamente porque la incapacidad de derecho no admite prueba alguna sobre la existencia o inexistencia de la causa que la funda".

Esta nulidad, será según el supuesto de que se trate, manifiesta ó no manifiesta. Así, por caso, será manifiesta en el supuesto del tutor del menor, si fue investido como heredero o legatario de su pupilo, antes que las cuentas de su administración no estuvieran aprobadas.

Así lo dispone el último párrafo del art. 3736 del Código Civil; norma que expresa: "Los tutores de los menores de edad, no pueden recibir cosa alguna por el testamento de los menores que mueran bajo su tutela. Aun después que hubieren cesado en la tutela nada pueden recibir por el testamento de los menores, si las cuentas de su administración no están aprobadas".

Sobre el punto, Borda (72) hace la siguiente salvedad: "...El artículo 3736 mantiene la incapacidad hasta el momento de la *aprobación* de las cuentas de la tutela. Pero es indudable que esta disposición debe ser interpretada en el sentido de que basta la *presentación* y el depósito del saldo, si las cuentas son correctas; pues no sería justo que una demora en la aprobación judicial, no imputable al tutor, lo perjudique tan gravemente. Pero no bastará la mera presentación de las cuentas, si luego se demuestra que la rendición tiene fallas que obligan a desaprobala.

Si las cuentas se hubieren aprobado antes de la apertura de la sucesión, pero después de ésta se anulare la aprobación y se demostrare la incorrección de las cuentas rendidas, subsiste la incapacidad.

Supongamos ahora que las cuentas no se hubieren rendido, pero hubiere transcurrido el plazo de prescripción de la acción de rendición de cuentas. Parece razonable considerar que vencido ese plazo cesa la incapacidad, pues ya nadie tendrá acción para cuestionar la corrección del desempeño y de la administración del tutor. En realidad, si el pupilo, llegado a su mayoría, no ha reclamado que se le rindan cuentas,

(72) BORDA, Guillermo A., obra y tomo de cita (52), punto 1115, "Incapaces", ps. 176/177.

revela con su conducta una aprobación tácita, que se refuerza con la misma disposición testamentaria”.

Luego debemos concluir que por tratarse de supuestos de incapacidad de derecho, el acto en cuanto a tal investidura, será nulo (conf. art. 1043 Cód. Civil). La nulidad será completa o parcial según el caso, esto es que, abarque todo el acto o ciertas cláusulas del mismo (conf. art. 1039 Cód. Civil) y, finalmente estimamos que la nulidad será absoluta (conf. art. 1047 Cód. Civil) por estar comprendidas la “moral y buenas costumbres”, valores que hacen al orden público (conf. art. 953 Cód. Civil). Siendo por ser tal, inconfirmable e imprescriptible (73).

Habiéndonos referido al supuesto del tutor devenido en heredero o legatario, réstanos por transcribir el art. 3737, que señala una excepción a lo antedicho. Dice la norma en cuestión: “Exceptúanse de la disposición del artículo anterior, los ascendientes que son o han sido tutores de sus descendientes”.

El supuesto se justifica en la relación familiar y de afecto que ello presupone y que, liga en el caso, al tutor con el pupilo. Por lo demás, también se ha sostenido que la excepción se asienta en que siendo los ascendientes posibles herederos forzosos del pupilo, resulta lógico que no se presuma en tal supuesto la captación (74). Circunstancia esta última que no compartimos ya que, en materia de intereses económicos no siempre es así.

Respecto del supuesto de incapacidad de los “confesores del testador en su última enfermedad”, dispone el art. 3739: “Son incapaces de suceder y de recibir legados: los confesores del testador en su última enfermedad; los parientes de ellos dentro del cuarto grado, si no fuesen parientes del testador; las iglesias en que estuviesen empleados, con excepción de la iglesia parroquial del testador, y las comunidades a que ellos perteneciesen”.

(73) Conf. LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil*. Parte General, t. II, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1961, Parágrafo 4. “Nulidad absoluta y relativa; criterio de la distinción; consecuencias”, puntos 1971; 1973 a 1979, ps. 626/630.

(74) Conf. HERNANDEZ, Lidia B., *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Alberto J. Bueres, dirección. Elena I. Highton, coordinación, t. 6-B, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 5.

Esta disposición tiene por objeto impedir la captación de la voluntad del causante por parte de quien ha asistido espiritualmente como confesor, al testador en su última enfermedad. Siendo así, no queda comprendido dentro de la incapacidad de derecho el confesor anterior del testador a esta circunstancia.

Tampoco alcanza la prohibición al confesor si el testador luego de la confesión, estando enfermo, muere con posterioridad en un accidente (75).

Como dice Borda (76): “...La jurisprudencia francesa ha resuelto que, por *última enfermedad*, debe entenderse aquella de la que murió el causante, de tal modo que, si el confesor lo atendió durante una enfermedad crónica pero luego murió de otra, el testamento otorgado durante la primera a favor del confesor es válido, aunque esa enfermedad se haya prolongado hasta el deceso”.

Finalmente y, para evitar fraudes, la norma extiende dicha prohibición a los “parientes del confesor hasta el cuarto grado, en la medida que no fueren a su vez, parientes del testador; y, a las iglesias en que estuviesen empleados”. Dejando a salvo como excepción por cuestión de afecto que, tornaríala improbable la captación de voluntad del testador, a la iglesia parroquial de este y, “las comunidades a que ellos perteneciesen”.

Otro supuesto emparentado al anterior, es el del “ministro protestante”, a tenor del art. 3740 del Código Civil: “Tiene la misma incapacidad el ministro protestante que asiste al testador en su última enfermedad”.

Al respecto dice Borda (77): “Igual incapacidad tiene el ministro protestante que asiste al testador en su última enfermedad (art. 3740). Y aunque la ley habla solamente del ministro protestante, es obvio que también están comprendidos en los términos de esta disposición los sacerdotes de cualquier religión, cristiana o no, que hayan asistido al causante. El peligro de captación es el mismo en todos los casos. Va de suyo que la prohibición legal no sólo afecta al sacerdote, sino también a

(75) Conf. HERNANDEZ, Lidia B., obra de cita (74), p. 6.

(76) BORDA, Guillermo A., obra y tomo de cita (52), punto 1119, p. 178.

(77) BORDA, Guillermo A., obra y tomo de cita (52), punto 1120, ps. 178/179.

sus parientes e iglesias o comunidades, lo mismo que en el caso del confesor católico.

Empero, es evidente que, si el sacerdote ha prestado asistencia religiosa a su mujer, no constituye esto un impedimento para recibir por testamento, puesto que por su doble condición de sacerdote y marido le debe asistencia y consuelo”.

Creemos que el punto débil del argumento de Borda al extender el supuesto del “ministro protestante” a los “...sacerdotes de cualquier religión, cristiana o no, que hayan asistido al causante. ...”; es que la analogía, si bien aceptable desde un punto de vista lógico y jurídico general (conf. art. 16 Cód. Civil); en el caso no es procedente por tratarse de incapacidades que, por ser tales, son de orden público y, no pueden ser creadas por interpretación analógica; sino exclusivamente, por expresa disposición de la ley. La interpretación en el supuesto, es restrictiva. (conf. arts. 52; 53 y 3289 Cód. Civil).

Para concluir, quedamos por analizar la disposición del art. 3573 del Código Civil que contempla la hipótesis del “matrimonio *in extremis*”, al sentar: “La sucesión deferida al viudo o viuda en los tres artículos anteriores, no tendrá lugar cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio, muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes, salvo que el matrimonio se hubiere celebrado para regularizar una situación de hecho”.

Sobre el particular, nos dicen Hernández y Ugarte (78): “...La norma presupone implícitamente, el conocimiento de la enfermedad por el contrayente superviviente y que el matrimonio tiene propósitos utilitarios. Deja a salvo el caso en que ese matrimonio se haya celebrado con el fin de regularizar una situación de hecho anterior, manteniendo la vocación sucesoria entre los esposos.

El matrimonio no se invalida, solamente el cónyuge carecerá de vocación hereditaria. Por consiguiente, subsisten los efectos revocatorios del testamento por ese matrimonio, aunque se hubiere celebrado *in extremis*...”.

(78) Conf. HERNÁNDEZ, Lidia Beatriz - UGARTE, Luis Alejandro, obra de cita (70), punto 1.21. “Revocación y matrimonio *in extremis*”, p. 713.

La doctrina discute si la expresión no del todo precisa, incluida en la norma: “La sucesión deferida al viudo o viuda en los tres artículos anteriores, no tendrá lugar...”; puede interpretarse como un supuesto de incapacidad de derecho. Entendemos como ya lo hemos expuesto que, las incapacidades por ser un instituto de orden público, deben ser taxativamente determinadas por la ley y no pueden inferirse por analogía (conf. art. 3289 Cód. Civil).

### VII. Incapacidades de derecho en los testamentos por acto público

Dos son las normas a considerar. El art. 3664 del Código Civil, dispone: “El escribano y testigos de un testamento por acto público, sus esposas y parientes o afines dentro del cuarto grado, no podrán aprovecharse de lo que en él se disponga a su favor”.

La otra, es el art. 3706 del Código Civil: “No pueden ser testigos los herederos instituidos en el testamento, ni los legatarios, ni los que reciben algún favor por las disposiciones del testador”.

De los artículos transcritos, surge claro el propósito moral de la ley al evitar por parte del escribano interviniente y, las demás personas que mencionan las normas referidas que puedan captar la voluntad del testador, torciéndola de su determinación originaria.

Como dice Medina (79): “...La cláusula que beneficia al escribano, al testigo o a sus parientes no anula el testamento, sino que tiene como efecto la nulidad de dicha cláusula. Esto es así en virtud del principio “*favor testamenti*”.

Esta interpretación plantea un problema frente a la coordinación del art. 3664 con el art. 3706, pues se ha dicho que la vulneración del segundo produce la invalidez del testamento.

En nuestra opinión, sería un contrasentido que el favorecer al escribano interviniente en un testamento, tenga el efecto de implicar la nulidad de la cláusula, y el favorecer a los testigos implique la nulidad de todo el testamento.

(79) MEDINA, Graciela, obra de cita (71), punto II. “Incapacidad en los testamentos por acto público”, ps. 78/79.

Es por eso que para determinar la incidencia del art. 3706 respecto del instrumento, nos hacemos eco de la nota que nuestro codificador hiciera al art. 3664 al decir que: "Nosotros decimos con Goyena, que un testamento es una cosa muy grave para declararlo absolutamente nulo por sólo la sospecha de un interés personal que puede recaer en alguna de las mandas, sin afectar en nada por lo demás la veracidad o idoneidad del escribano o testigos. ...".

### VIII. Incapacidad de derecho respecto del testamento marítimo

El artículo 3686 del Código Civil, dispone: "Son nulos los legados hechos en testamento marítimo a los oficiales del buque, si no fuesen parientes del testador".

La norma rige exclusivamente cuando se emplea para testar esta formalidad testamentaria (conf. art. 3679 Cód. Civil). Y, el propósito moral de la ley es impedir en tales circunstancias, la captación de la voluntad del testador por maniobras o presiones del oficial del buque ante quien se otorga; excepcionándose del supuesto al oficial pariente del disponente.

Pero nada obsta que si en tal ámbito, el testador opta por testar en forma ológrafa, pueda válidamente hacer legado a favor del capitán o algún oficial del buque.

### IX. Nulidad de testamento por vicios de la voluntad

Siendo el testamento una especie del género acto jurídico (conf. arts. 944; 946 y 947 Código Civil), debe ser necesariamente voluntario y, esa voluntad, se integra por tres elementos que son el discernimiento, la intención y la libertad (conf. art. 897 Cód. Civil).

Sin embargo, esos elementos internos que conforman la voluntad, pueden estar viciados. El "discernimiento" por la inmadurez; la enfermedad mental y la causas accidentales (conf. art. 921 Cód. Civil). La "intención", por el error y la ignorancia, ambos conceptos parificados en el término genérico "error" (80); y, el dolo como vicio

(80) Expresa la nota al art. 923 del Código Civil, en lo pertinente: "La noción exacta de una cosa puede faltarnos, dice Savigny, ya porque no tengamos ninguna idea, o ya por-

de la voluntad (conf. art. 931 Cód. Civil). Finalmente, la "libertad" se encuentra afectada por la fuerza, llamada en el derecho romano "vis absoluta" y, la "intimidación", denominada por ese derecho "vis compulsiva o metus" (81).

Planteado el marco jurídico del tema, debemos afirmar que la teoría del acto voluntario, incluidos sus vicios, se encuentra desarrollada en el Código Civil, en su "Libro segundo". En consecuencia, el codificador no la vuelve a desarrollar específicamente en materia de "testamentos", por ser una especie del género "acto jurídico" (conf. arts. 944; 946 y 947, Cód. Civil); con lo cual y, salvo aspectos puntuales y específicos respecto de los cuales el Código Civil legisla en particular, no vuelve a desarrollar el tema (V.G.: arts. 3789 o, 3752, por caso). En lo demás, rigen los principios generales con una salvedad que aclara Cifuentes (82): "...En esta interpretación no es dable, en principio, apartarse del texto literal del testamento, salvo en muy contadas ocasiones, por lo cual pierden eficacia los hechos exteriores, tanto previos como posteriores, y hasta la buena fe entendida como una relación de confianza y lealtad entre las partes, para cobrar, en cambio, todo su relieve el testamento como instrumento autosuficiente o autónomo y la real voluntad del testador determinada por medio de ese instrumento. Pero, también, en el caso dudoso acerca de su validez o nulidad rige el principio *favor testamenti*, para evitar su declaración de nulidad y, de esa manera, asegurar el cumplimiento de dicha real voluntad testamentaria.

Sólo es posible la prueba ajena o extraña al texto del testamento, en contados casos de duda en los cuales no pueda resolverse cómodamente por el testamento mismo. Pero, en general, la jurisprudencia se limita a una investigación gramatical y a analizar todo el texto, lo que facilita comprender las palabras empleadas en las partes o en los detalles".

que tengamos una falsa idea. En el primer caso hay ignorancia, en el segundo error. La apreciación jurídica de estos dos estados del alma es absolutamente la misma, y desde entonces es indiferente emplear una u otra expresión. Los juristas han adoptado la segunda, porque, respecto a las relaciones de derecho el error se presenta más de continuo que la simple ignorancia..."

(81) Conf. CIFUENTES, Santos, *Elementos de derecho Civil. Parte general*, 4ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, parágrafo 230. "Fuerza e intimidación", p. 357.

(82) CIFUENTES, Santos, obra de cita (81), parágrafo 178. "Distinciones en la interpretación de los actos entre vivos y de última voluntad", p. 290.

a) *El error*

Como introducción al tema, nos parecen de interés estas palabras de Borda (83): "Al tratar de los actos jurídicos en general, hemos expuesto nuestra opinión de que el error no es ni puede ser una causa de nulidad de dichos actos. Sin embargo, la cuestión debe ser reexaminada en materia de testamento, pues no juega aquí uno de los argumentos capitales que nos impulsan a negarle tales efectos. En los contratos, merece tanta protección el declarante como el recipiente de la declaración; el Derecho debe amparar a quien ha hecho fe en una declaración revestida de los recaudos legales, y a quien en virtud de su confianza en la palabra de otro contratante, ha ofrecido y quizá cumplido prestaciones equivalentes. Todo ese conjunto de circunstancias hace repugnante la idea de que el Derecho se coloque de parte de quien se equivocó (pues eso significa conceder la nulidad del acto suscripto por error), y no de parte de quien obró en sus negocios con la debida seriedad, tomando todas las precauciones exigidas por la prudencia y el sentido de la responsabilidad, para evitar errores.

Pero en los testamentos no existe este problema. El beneficiario no puede invocar iguales derechos que el testador; en el fondo, lo único que interesa en nuestro caso es establecer la auténtica voluntad del causante y hacerle producir efectos. Pareciera que, por lo menos aquí, habría que admitir que el error es causa de nulidad de las disposiciones testamentarias. Pero en la práctica, ello no resulta posible. La razón fundamental es que no pueden hacerse valer contra las disposiciones testamentarias pruebas extrañas al testamento mismo; de lo contrario sería fácil desvirtuar las disposiciones de última voluntad fraguando pruebas que demuestren supuestos errores del causante. Y si el error surge del propio testamento, entonces la invalidez de la cláusula se fundará en que el juez tiene el deber de hacer prevalecer la auténtica voluntad del causante; en otros términos, hay aquí tan sólo un problema de interpretación de la voluntad. Estas ideas quedarán más en claro cuando hagamos el análisis de los distintos supuestos. Adelantamos, sin embargo, que nuestra jurisprudencia no registra casos de nulidad de testamento por error; y que en la extranjera sólo se registran unos pocos, en los cuales la teoría del error ha sido mal aplicada.

(83) BORDA, Guillermo A., obra y tomo de cita (52), punto 1090. "El error con relación a los testamentos", ps. 155/157.

Y aunque la doctrina clásica insiste en sostener, como principio, la anulabilidad de los testamentos por error (principio que, se ha dicho, no tiene vigencia práctica en la vida de los tribunales), se nota ya alguna reacción. Ultimamente Albaladejo, ilustre catedrático de la Universidad de Barcelona, ha sostenido la tesis contraria, en base a razones similares a las aducidas por nosotros, hallando un auspicioso eco en la doctrina de su país".

En síntesis, nuestro Código Civil distingue el error de derecho (conf. arts. 20 y 923 Cód. Civil), definido por Cifuentes (84) como el "desconocimiento de la existencia o contenido de una norma jurídica, o interpretar su significado de manera distinta de la real, o hacer con ella una aplicación inexacta a una situación que no regula y, por tanto, también atribuir a un hecho o a una relación una calificación jurídica distinta de la que le es propia o, finalmente, suponer en vigor una norma inexistente".

Esta clase de error, por regla general, no puede alegarse por razones de orden público (85), salvo excepcionalmente, en los casos que la ley expresamente lo prevé (v.gr.: arts. 784; 858 y 3428 Cód. Civil).

(84) CIFUENTES, Santos, obra de cita (81), parágrafo 225. "Error de derecho", ps. 348/349.

(85) Dice la nota al art. 923 del Código Civil, en lo pertinente: "...En estos últimos tiempos el juriconsulto Pochannet ha escrito un tratado especial sobre el error, entrando en el examen de las doctrinas asentadas por Vinnio, Savigny y Cujacio. Este es un trabajo lleno de ciencia y de buen juicio en la interpretación de los textos del Derecho Romano. Tomamos de él el párrafo siguiente que enseña y explica la doctrina del artículo. Dice así: "El error de derecho no excusa jamás, no puede tener el efecto de hacer declarar como no sucedida una obligación perfecta, según las leyes, ni hacer renacer un término legalmente vencido. En los casos siguientes, por ejemplo, no es admisible la alegación del error de derecho: Yo he cometido un delito, y para disculparme me excepciono con mi ignorancia de la ley penal. Heredero legítimo, he aceptado una sucesión pura y simplemente, y pido ser librado de mi aceptación porque ignoraba que el heredero fuese obligado a pagar las deudas de la sucesión *ultra vires hereditatis*. Yo demando la resolución de un contrato de venta, porque siendo el vendedor ignoraba que la ley me imponía la obligación de saneamiento. El sentido de la máxima *error juris nocet* es bien claro: al que quiere substraerse a la aplicación de una ley de policía, al que pretende escapar de las consecuencias legales de un acto jurídico regular y válido, al que procura salvarse de un término vencido, alegando su ignorancia del derecho, le oponemos la regla *error juris nocet*. "La prueba del error de derecho no puede admitirse siempre que se quiera bajo pretexto de error de derecho, eludir una disposición legal que cree una obligación, pronuncie una nulidad, o el vencimiento de un término. La ley, el derecho, se suponen sabidos desde que son promulgados, y esta disposición, base del orden social, no puede admitir que a cada individuo le sea permitido probar que ignoraba la ley". *Revista crítica*, tomo 8, p. 177, y tomo 9, p. 178. Bresolles,



En contraposición, el error de hecho acontece, como también lo expresa Cifuentes (86), cuando: "el falso conocimiento recae sobre los datos de hecho, o bien sobre el contenido o los presupuestos del acto". Siendo esta última clase de error alegable por regla general.

A su vez, el esquema del Código Civil distingue entre error esencial y accidental. Siendo el primero "...el que recae sobre lo sustancial del acto o los datos principales que las partes han tenido en mira al hacer la declaración...". Y, el segundo, el que "...recae sobre datos o elementos secundarios..." (87).

Respecto del error esencial, el Código Civil reconoce cinco supuestos, a saber: a) El error sobre la naturaleza del acto (art. 924 Cód. Civil); b) el error sobre la persona (art. 925 Cód. Civil); c) el error sobre la causa principal del acto (art. 926 Cód. Civil); d) el error sobre la sustancia o cualidad de la cosa que se ha tenido en mira (art. 926, segunda parte, Cód. Civil); y, e) el error sobre el objeto (art. 927 Cód. Civil).

Finalmente, para que el error pueda causar la nulidad del acto (conf. art. 1045 Cód. Civil); a más de "esencial", debe ser "excusable", esto es, como dice el art. 929 del Código Civil: "El error de hecho no perjudica, cuando ha habido razón para errar, pero no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable". Ya que, el error "inexcusable", carece obviamente de esta virtualidad.

sabio jurisconsulto francés, ha tratado últimamente todas las cuestiones sobre el error de derecho, combatiendo muchas de las opiniones de Cujacio y Savigny, y concluye estableciendo dos reglas que también confirman la disposición de nuestro artículo. Regla 1ª. "La ignorancia de la ley no puede servir de excusa siempre que es invocada para substraerse a obligaciones que impone, o a las penas que pronuncia contra sus infracciones". Regla 2ª. "Cuando al contrario, esta ignorancia es invocada con objeto de aprovecharse de los derechos que la ley concede o protege, puede servir de base a una demanda de restitución". *Revista Wolowski*, año 1843, tomo 2, p. 158. Rogron, en una larga nota al art. 1110 del Cód. Francés, sostiene que el error de derecho puede ser invocado como una causa de nulidad del acto, cuando el error lo ha motivado, o cuando el acto tiene por fundamento un error de derecho, porque entonces la obligación, el contrato, o el acto quedan sin causa".

(86) CIFUENTES, Santos, obra de cita (81), parágrafo 216. "Error de hecho. Concepto. Clasificación", p. 338.

(87) CIFUENTES, Santos, obra de cita (81), parágrafo 218. "Error esencial y error accidental", p. 339.

Expuestos los principios generales del "error" que, por lo ya expuesto son de aplicación a los testamentos, debemos ahora abocarnos a analizar las pocas normas existentes en el Código Civil sobre algunos aspectos vinculados a la materia.

Siguiendo un orden cronológico, hemos constatado las siguientes: Arts. 3621; 3712; 3752; 3760; 3764; 3789, por caso, del Código Civil.

Veamos qué disponen cada uno de ellos.

1. Art. 3621.— "Toda disposición a favor de persona incierta es nula, a menos que por algún evento pudiese resultar cierta".

La norma exige que en el testamento quede identificado el heredero o legatario instituido. En tal sentido se considera válido el testamento a favor de "los hermanos", esto es, de todos los hermanos del testador, aunque no se los haya identificado con sus nombres y apellidos. Como así también, es válido el testamento por el cual el testador instituye heredero a la primera persona que concorra el día de su sepelio ya, que, en el caso, el hecho que individualiza al heredero ha sido previsto expresamente por el testador. El principio que se desprende de la norma es que, la institución de una persona incierta es nula a menos que por cualquier circunstancia pueda resultar cierta, a fin de evitar el error en la persona de heredero.

2. Art. 3712.— "El heredero debe ser designado con palabras claras, que no dejen duda alguna sobre la persona instituida. Si la institución dejare duda entre dos o más individuos, ninguno de ellos será tenido por heredero. Esta disposición rige igualmente en los legados". Se trata de una aplicación del principio establecido en el art. 3621 del Código Civil, ya visto.

La norma exige que la designación de heredero o legatario sea hecha en forma precisa e indudable; esto es, de manera inequívoca. No es necesario en el régimen del Código que la persona del heredero o legatario sea designada con nombre y apellido, aunque ello sería lo ideal; basta en cambio que de los términos del testamento surja indudablemente determinada la persona del heredero o legatario.

Como dice Hernández (88): "...En cambio, la institución será nula si, por ejemplo, el causante se refiere en el testamento a su hermano y el

(88) HERNANDEZ, Lidia B., obra de cita (74), t. 6-A, p. 893.

mismo no puede ser identificado entre los varios hermanos del testador. Así, se consideró válido el contenido del testamento que decía: "Únicos y universales herederos mis hermanos...", seguido de una rúbrica y la respectiva fecha 1° de abril de 1968 y agregándose "...del quinto a mis sobrinos a mis ahijados Guillermina, Estela P., María L. Y Jorge J.", tras lo cual se firmó y fechó nuevamente 28 de mayo de 1982".

3. Art. 3752.— "El testador no puede legar sino sus propios bienes. Es de ningún valor todo legado de cosa ajena cierta y determinada, sepa o no el testador que no es suya, aunque después adquiriese la propiedad de ella".

Como claramente dice Azpiri (89): "Este tema ha dividido a la doctrina debido a las soluciones contradictorias que surgen de otras disposiciones del Código y además a la incongruencia lógica y jurídica que se produce como consecuencia de lo establecido en la norma que se comenta.

En efecto, el art. 3752 dispone que el testador no puede legar sino sus propios bienes debiendo entenderse que se refiere a los existentes al tiempo de hacer el testamento, ya que la última parte de esa disposición priva de valor al legado de cosa ajena cierta y determinada, aunque después adquiriese la propiedad de ella.

La solución es contradictoria con el art. 2504 que dispone la validez de la transmisión de un derecho real que no tenía cuando es adquirido con posterioridad y con el art. 1330 en tanto establece que la venta de cosa ajena queda cubierta cuando el vendedor ulteriormente ha venido a ser sucesor universal o singular de la cosa vendida.

Por otra parte, existe la incongruencia lógica y jurídica señalada precedentemente por cuanto la transmisión sucesoria se produce al momento del fallecimiento del causante, por lo que habría que juzgar si el bien es propio o ajeno en ese instante y no cuando otorgó el testamento. Además, si el testador ha llegado a ser propietario de un bien que no poseía cuando efectuó el testamento, y no modifica esta disposición, está poniendo de manifiesto una clara voluntad de beneficiar al legatario.

(89) ASPIRI, Jorge O., *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Alberto J. Bueres, dirección. Elena I Highton, coordinación, t. 6-B, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005, ps. 21/22.

rio. Este artículo se aplica sólo a los legados de cosa cierta y determinada, por lo que tienen validez los legados de cosa ajena cuando se trata de legados de género o cantidad. A ello cabe agregar que el caso de legado de una cosa ajena pero con orden de adquirirla para entregarla al legatario tiene validez y está contemplado en el art. 3754".

4. Art. 3760.— "El legado de cosa fungible, cuya cantidad no se determine de algún modo, es de ningún valor. Si se lega la cosa fungible, señalando el lugar en que ha de encontrarse, se deberá la cantidad que allí se encuentre al tiempo de la muerte del testador, si él no ha designado la cantidad; y si la ha designado, hasta la cantidad designada en el testamento. Si la cantidad existente fuese menor que la designada, sólo se deberá la existente, y si no existe allí cantidad alguna de la cosa fungible, nada se deberá".

El art. 2324 del Código Civil, define a las cosas fungibles, diciendo: "Son cosas fungibles aquellas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y que pueden sustituirse las unas por las otras de la misma calidad y en igual cantidad".

Así también, completa el art. 606 del Código Civil: "La obligación de dar cantidades de cosas es la obligación de dar cosas que consten de número, peso o medida".

En síntesis, es necesario que de algún modo explícito o implícito, la cantidad quede comprendida en el legado de cosa fungible, caso contrario, no será válido.

5. Art. 3764.— "El error sobre el nombre de la cosa legada, no es de consideración alguna, si se puede reconocer cuál es la cosa que el testador ha tenido la intención de legar".

Lo que protege la norma transcripta es que a pesar del error, de alguna forma se pueda reconocer cual es la cosa legada; esto es, identificarla de manera cierta.

En el caso, la doctrina sostiene mayoritariamente que para tal cometido se puede avanzar más allá del contenido del propio testamento; pudiéndose utilizar cualquier medio de prueba, aun fuera del contexto testamentario. Ello encuentra justificación en la circunstancia de no modificarse la voluntad del testador, sino en procurar la corrección de un error material en la denominación de la cosa legada.

6. Art. 3789.—“Si el testador manda pagar lo que cree deber, y no debe, la disposición se tendrá por no escrita. Si en razón de una deuda determinada se manda pagar más de lo que ella importa, el exceso no es debido, ni como legado”.

Se trata de la aplicación del principio estructurado en materia de obligaciones en el art. 499 del Código Civil, en el sentido que no puede haber obligación sin causa. En consecuencia, existe un error en el legado y eso lo invalida en el primer supuesto. En cuanto al segundo, la solución de la norma también es acertada, toda vez que tampoco existe por parte del testador la intención de realizar una liberalidad, debiéndose pagar —en consecuencia—, hasta lo exclusivamente debido.

Sintetizando, el vicio de error será no manifiesto por la necesidad de aflorarlo; el acto será anulable (conf. arts. 954 primer párrafo y 1045 Cód. Civil); con lo cual el acto jurídico será válido hasta la sentencia firme que lo declare nulo (conf. art. 1046 Cód. Civil). Así también, la nulidad será relativa por estar otorgada en el exclusivo interés particular (art. 1048 Cód. Civil). Y, por ser tal, será confirmable (art. 1058 Cód. Civil) y, es prescriptible (arts. 4030 Cód. Civil y 3953 Cod. Civil).

#### b) El dolo como vicio de la voluntad

Nuestro Código Civil no contiene ninguna norma específica sobre dolo como vicio de la voluntad, en materia testamentaria. A contrario de lo que ocurre en la legislación española e italiana.

El art. 673 del Código Civil español, dispone: “Será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude”.

En tanto el art. 624 del Código Civil italiano de 1942, expresa: “*Violenza, dolo, error*. La disposición testamentaria puede ser impugnada por quienquiera que tenga interés cuando es efecto de error, de violencia o de dolo.

El error sobre el motivo, ya sea de hecho o de derecho, es causa de anulación de la disposición testamentaria cuando el motivo resulta del testamento y es el único que ha determinado al testador a disponer.

La acción prescribe a los cinco años desde el día en que se ha tenido noticia de la violencia, del dolo o del error”.

Sin embargo y, pesar de ello, la cuestión es plenamente subsanable en nuestro derecho, acudiendo a los principios generales sobre dolo como vicio de la voluntad de los actos jurídicos en general (conf. arts. 931/935 Cód. Civil), por ser el testamento una especie de los primeros (conf. arts. 944; 946 y 947 Cód. Civil).

En síntesis y, como dice Borda (90): “...Todo engaño *determinante* de una disposición testamentaria la vicia de nulidad...”.

Sin perjuicio de ello, debemos resaltar que en materia testamentaria, el dolo suele adoptar una forma que le es característica; nos referimos a la “captación de voluntad”, también caracterizada como “captación” o “sugestión”. Punto sobre el cual el Código Civil no se ha expedido, aunque es de recordar que en la nota al art. 3660, Vélez Sarsfield hace una referencia de soslayo a la “sugestión”, al afirmar: “La firma del testador es una de las formalidades indispensables toda vez que sea posible. Cuando él se niega a firmar el testamento, se hace dudosa la libertad de sus disposiciones. Hay lugar de presumir una sugestión a la cual ha querido sustraerse no firmando el testamento...”.

A estos temas nos referiremos seguidamente, comenzando por el análisis esquemático del dolo como vicio de la voluntad de los actos jurídicos en general, por ser un tema conocido y, luego, centraremos nuestro esfuerzo específicamente al tema de la llamada “captación de voluntad” en materia testamentaria.

#### 1) El dolo como vicio de los actos jurídicos en general

El art. 931 del Código Civil, lo caracteriza claramente al señalar: “Acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto, es toda aserción de lo falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin”.

Como sintetiza Cifuentes (91): “...Al decir la norma “*que se emplee con ese fin*”, se refiere al objetivo del acto doloso, que es determinar a la

(90) BORDA, Guillermo A., obra y tomo de cita (52), punto 1094, p. 160.

(91) CIFUENTES, Santos, obra de cita (81), párrafo 226. “Concepto de dolo como vicio de los actos jurídicos, como elemento intencional del delito civil y del incumplimiento de las obligaciones”, p. 351.

otra parte a que caiga en el error a fin de que realice el acto o negocio. Es el dolo, en consecuencia, un error provocado, no espontáneo, porque significa inducir a error a alguien a fin de conseguir la ejecución de un acto...”.

Y aquí, en este punto, el dolo que nos interesa es el llamado “principal”; esto es, aquel que cumple con los requisitos taxativos del art. 932 del Código Civil ya que, es el que posibilita la anulación del acto jurídico; toda vez que el “incidental” del art. 934, no lo permite por no ser “causa eficiente del acto”, sin perjuicio de generar, como lo exterioriza la norma, la obligación de “...satisfacer cualquier daño que haya causado...”.

El art. 932 del Código Civil, dispone:

“Para que el dolo pueda ser medio de nulidad de un acto es preciso la reunión de las circunstancias siguientes:

1. Que haya sido grave.
2. Que haya sido la causa determinante de la acción.
3. Que haya ocasionado un daño importante.
4. Que no haya habido dolo por ambas partes”.

Analizando sucintamente los cuatro elementos del dolo “principal”. “Que haya sido grave”, apunta a la entidad de la maniobra engañosa que deberá ser idónea para engañar a la víctima; atento, como dice Cifuentes (92); a las “...cualidades y circunstancias que atañen a la persona engañada, ya que no es igual la impresión que causa un artificio en persona inculta que el que se dirige a persona inteligente y con mucha experiencia...”.

“Que haya sido la causa determinante de la acción”; significa que el dolo ha sido la causa exclusiva que impulsó al sujeto pasivo o engañado a realizar el acto ya que, si a pesar del engaño, igual se hubiera realizado, el dolo carecería de esta virtualidad; con lo cual dejaría de ser “principal” y no posibilitaría la anulación del acto; sin perjuicio de la posibilidad de reclamar daños y perjuicios (conf. art. 934 Código Civil).

(92) CIFUENTES, Santos, obra de cita (81), parágrafo 227. “Condiciones para que el dolo determine la anulación del acto”, p. 354.

“Que haya ocasionado un daño importante”; apunta, como lo destaca Cifuentes (93), a que: “...El daño debe tener entidad considerable para proteger a la víctima, pues si es insignificante, no se puede justificar la anulación del acto. Es una condición objetiva, que habrá de ponderar el juez en cada caso. Cuando el daño es insignificante también es dolo incidental...”.

Finalmente, “Que no haya habido dolo por ambas partes”, ya que, como también dice Cifuentes (94): “...El que obró con dolo no podría invocar que la otra parte a su vez lo engañó. Esta exigencia negativa es aplicación del principio de que la ley no protege al que obra torpemente. Frente a dos tramposos, el derecho se desinteresa y no protege a ninguno...”.

Sin embargo, en materia testamentaria y respecto a este inc. 4 del art. 932 del Código Civil, Medina (95), afirma: “...La cuestión de la reciprocidad no tiene importancia en los actos jurídicos unilaterales como lo es el testamento...”; a pesar que seguidamente reconoce que otras legislaciones como la Uruguaya y Chilena exigen que no haya reciprocidad.

Así, el art. 783 del Código Civil uruguayo, considera disposición captatoria a “aquella en la que el testador asigne una parte de sus bienes a otro a condición de que éste le deje por testamento parte de los suyos”.

Por su parte el Código Civil chileno, dispone en su art. 1059:

“Las disposiciones captatorias no valdrán.

Se entenderá por tales aquellas en que el testador asigna alguna parte de sus bienes a condición que el asignatario le deje por testamento alguna parte de los suyos”.

En igual sentido se expiden Hernández y Ugarte (96), quienes expresan: “...Por último, el dolo recíproco obstaculiza la nulidad del acto,

(93) CIFUENTES, Santos, obra de cita (81), punto c) “Que haya ocasionado un daño importante”, p. 355.

(94) CIFUENTES, Santos, obra de cita (81), punto d) “Que no haya habido dolo recíproco”, p. 355.

(95) MEDINA, Graciela, obra de cita (71), punto d) “Que no sea recíproco”, p. 110.

(96) HERNANDEZ, Lidia Beatriz – UGARTE, Luis Alejandro, obra de cita (54), punto 2.2.2. “Requisitos del dolo”, p. 287.

pues la ley no permite alegar la propia torpeza. Dado el carácter unilaterial del acto testamentario, consideramos que no es aplicable este recaudo para anular un testamento por dolo..." (97).

Así también, debemos recordar que el engaño que implica el dolo como vicio de la voluntad en los actos jurídicos, puede operar por acción o por omisión. Y, al respecto, aclara el art. 933 del Código Civil: "La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se hubiere realizado sin la reticencia u ocultación dolosa".

En síntesis, la acción dolosa es el despliegue positivo de ardides o embustes para engañar —en este caso al testador—, los que deberán encuadrar en los términos del art. 931 del Código Civil. En cambio, omisión dolosa, consistirá en un calculado omitir del sujeto activo para que el sujeto pasivo continúe en el engaño en que espontáneamente ha caído y, de este modo, aprovechar en beneficio propio el error de éste.

Finalmente, el art. 935 del Código Civil, dispone: "El dolo afectará la validez de los actos entre vivos, bien sea obra de una de las partes, o bien provenga de tercera persona. Si proviene de tercera persona, regirán los artículos 941, 942 y 943".

Ello quiere significar que el dolo puede ser realizado de ordinario por quien se beneficia directamente con el engaño ó, también, por un tercero. Las consecuencias jurídicas de esto último, las remite la norma transcrita al Capítulo 3: "De los hechos practicados por la fuerza y el temor", sito en el Libro segundo, Sección segunda, Título 1: "De los hechos".

En consecuencia, nos referiremos a los arts. 941; 942 y 943, del Código Civil, al tratar tales vicios; aunque por su claridad conceptual, dichas normas no requieren mayor comentario.

(97) Ver BORDA, Guillermo A., obra y tomo de cita (52), punto 1094. "El dolo y la captación de la voluntad", p. 160, donde expresa sin hacer salvedad alguna que: "Todo lo dicho en relación al dolo con respecto a los actos jurídicos en general es aplicable a los testamentos (véase *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, t. 2, núms. 1145 y sigtes.) ...".

## 2) La captación de la voluntad en los testamentos

Señala Messineo (98): "...Se considera generalmente como *especie particular de dolo*, a tenor del art. 624, la denominada *captación* (aun parcial) ejercida sobre la persona del testador, para inducirlo a testar de una determinada manera (sobre la condición captatoria, que es cosa diversa de la captación, *retro*, parágrafo 185, nº 1).

La misma consiste en *engaños, o artificios, o actos de circunvencción*, empleados sobre la persona del testador, para inducirlo a error, o para debilitar su voluntad, o para desviar sus propósitos, del que habría sido su curso natural (*iter*) y para determinar la formación de disposiciones testamentarias, a favor propio o de terceros, o que excluyan de la herencia a otras personas, y que, sin la acción psíquica de aquellas maniobras, no se habrían tenido.

La captación puede también asumir la manifestación de la denominada *sugestión*, cuando, más que inducir a engaño al testador, se trata de *inspirar su* voluntad testamentaria en un determinado sentido, con halagos, lisonjas, presiones o sugerencias.

Se considera que, por el contrario, las simples adulaciones, solicitudes o consejos, aunque sean indelicados, dirigidos al testador, no dan lugar a captación o a sugestión; y por tanto, las referencias a ella (y la respectiva prueba) no basten para legitimar la impugnación del testamento.

La prueba de la captación y sugestión debe ser rigurosa, en cuanto se trata de ir contra el tenor de la voluntad del testador. Sin embargo, se considera que puede recurrirse a presunciones (siempre que sean objetivamente fundadas) y al examen de escritos, diversos del testamento, pero provenientes del testador.

El silencio de la ley, en orden a estas particulares formas de influencia sobre la voluntad del testador, plantea un doble problema: el de su admisibilidad, como medio de impugnación del testamento, y el de la diferencia de tales formas, respecto de la violencia y, sobre todo, respecto del dolo, con el cual las actividades se intuyen como más íntimas.

(98) MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducción de Santiago Sentís Melendo, t. VII, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, parágrafo 187, punto 7.-E) "Los vicios de la voluntad", subpunto c), ps. 171/172.



El primer problema es fácilmente resoluble en sentido afirmativo, considerando que, por efecto de la captación o de la sugestión, la voluntad del testador no ha sido libre, y que los interesados (los preteridos en el testamento) deben poderse defender.

El segundo problema debe resolverse en el sentido de que la diferencia existe, pero que, mientras el *modo* de obrar de la captación y de la sugestión, psíquicamente considerado, no difiere del modo de obrar del dolo y de la violencia, difiere, en cambio, desde el punto de vista de la *intensidad*. Esto es, en el sentido de que, para dar vida a la captación o a la sugestión, basta *algo menos* que el dolo o, respectivamente, la violencia; y por eso la captación y la sugestión deben considerarse razones de impugnación del testamento, aunque no concurren todos los requisitos prescritos para el dolo o para la violencia...".

Pero cabe recordar que el Código Civil italiano de 1942, no prevé expresamente la "captación" o "sugestión" en su art. 624, referido a los vicios de la voluntad en materia testamentaria, como ya se adelantara y, solo considera al dolo como vicio de la voluntad en general.

A su vez, debemos destacar que en el antiguo derecho francés, la "captación" y la "sugestión" estaban expresamente reconocidas como vicios especiales de la voluntad del testador diferentes del dolo; siendo que la Ordenanza de agosto de 1735 en su art. 47 preveía la acción de nulidad por "captación" y "sugestión" (99).

Sin embargo, ello no fue siempre así en Francia ya que, el "Code Napoléon" no reprodujo la Ordenanza de 1735. Considerándose en la actualidad tanto en la doctrina como en la jurisprudencia del país galo que, la "captación" y "sugestión" solo constituyen causas de nulidad del testamento, cuando únicamente presentan los caracteres del "dolo" como vicio de la voluntad. Y, la jurisprudencia ha exigido que no se trate de un hecho aislado, sino de un "conjunto de maniobras dolosas".

Siendo este el criterio que impera en nuestro país (100), donde actualmente se tiende a abandonar la diferenciación entre "captación" y

(99) Conf. REIMUNDIN, Ricardo, "La captación de la voluntad del testador", LA LEY, 1975-D, 178, punto II "El 'Code' Napoleón".

(100) Conf. BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, t. II, octava edición, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, punto 1094. "El dolo y la captación

"sugestión", subsumiendo ambos aspectos bajo el rótulo genérico "captación".

Sin embargo existen entre ambos matices diferenciadores. La "sugestión" como afirman Hernández y Ugarte (101), "...se caracteriza como la conducta tendiente a influir en el ánimo del testador mediante insinuaciones e inspiraciones, afirmaciones maliciosas, noticias falsas que lo vayan dominando...". En tanto la "captación", según los referidos autores, "...consiste en las maniobras tendientes a complacer al testador, los servicios, la afección amistosa con el fin de obtener una disposición testamentaria a su favor o la revocación de la ya efectuada en beneficio de terceros...".

Pero lo importante es tener presente que tanto la "captación" como la "sugestión", sólo podrán producir la nulidad del testamento cuando configuren una especie de "dolo" como vicio de la voluntad. Circunstancia esta que, ha sido puesta de resalto por la jurisprudencia (102).

de la voluntad", ps. 160/161, donde dice: "... Pero en materia testamentaria, el dolo suele asumir una forma que le es típica: *la captación de voluntad*. Es frecuentísimo que en torno al lecho del enfermo, los parientes, los amigos, los sirvientes, multipliquen sus atenciones en mira a ganarse su afecto o su agradecimiento, con la esperanza de ser recordados en el testamento. Mientras la conducta de los allegados se mantenga en ese terreno, no hay causa suficiente de nulidad, aunque las atenciones y cuidados no sean el fruto de un auténtico cariño y tengan sólo un fin especulativo. El juez no puede penetrar en estos estados de conciencia, en los que por otra parte, suelen mezclarse con frecuencia el cariño con el interés: ello lo llevaría a un terreno resbaladizo, puesto que probar las intenciones es casi siempre imposible.

Pero el testamento deberá anularse cuando la captación de la voluntad del testador se ha logrado con *medios o procedimientos* responsables, por maniobras o alegaciones falaces, tales como calumnias contra la familia, interceptación de la correspondencia, alejamiento de los parientes o de los domésticos fieles, intrusión incesante en los negocios del disponente, autoridad dominadora.

Por lo general esta conducta dolosa no consiste en un solo engaño circunstancial, sino en una maniobra prolongada en el tiempo, que hace perdurar el estado de sumisión de la voluntad del testador hasta su muerte. Y los jueces se mostrarán dispuestos a admitir este motivo de nulidad cuando las maniobras han sido facilitadas por la debilidad de espíritu, la enfermedad, el aislamiento o la avanzada edad del causante.

La captación dolosa es causa de nulidad, sea que las maniobras estén enderezadas a beneficiar a su autor o a un tercero".

(101) HERNANDEZ, Lidia Beatriz - UGARTE, Luis Alejandro, obra de cita (54), punto 2.2. "La captación dolosa", subpunto 2.2.3. "La captación y la sugestión dolosa", p. 287.

(102) Ver CNCiv., sala B, 4/4/1975, "Ferro, Santiago G. del C. de M. c. Ferro, Manuel. Suc.", LA LEY, 1975-D, 179; "Uveda de Robledo, Epifanía c. Kodama, María", ED, 163-520; "Gerez,

Desde ya, tales maniobras tendrán mayor probabilidad de éxito cuando se despliegan ante personas ancianas, enfermas o débiles de carácter. Pero siempre, reiteramos, deben revestir una actitud dolosa en los términos del art. 931 y 932 del Código Civil para que puedan dar lugar a la invalidez testamentaria.

Cuando la "captación" es dolosa, el vicio será no manifiesto por no estar a simple vista y ser necesaria una investigación para ponerlo en evidencia; el acto viciado será anulable en los términos de los arts. 954 primer párrafo y 1045 del Código Civil. Y si bien este último no incluye expresamente al dolo como vicio de la voluntad, lo comprende implícitamente por ser su enumeración meramente enunciativa ya que, incluye a los restantes vicios de la voluntad.

En consecuencia, el juez deberá investigar si el "dolo" en cuestión, reúne los requisitos del art. 932 del Código Civil para que pueda dar lugar a la nulidad. Por consiguiente, el acto será válido hasta la sentencia firme que lo declare nulo (conf. art. 1046 Cód. Civil). Y, finalmente, la nulidad será relativa por estar fundada en el exclusivo interés particular del damnificado que la interpone. Siendo así, será confirmable (conf. arts. 1058 y 1065 Cód. Civil) y, prescriptible (conf. arts. 4030 y 3953 Cód. Civil). Todo ello, sin perjuicio que el mismo testador en vida revoque el testamento en cuestión.

Así también, la nulidad habilitará el reclamo de daños y perjuicios (conf. art. 1056 Cód. Civil). Siendo de destacar que en virtud del art. 3296 del Código Civil, el supuesto es causal de indignidad para quien ha cometido el vicio de "dolo".

### c) *Violencia e intimidación*

Como dice Borda (103): "...El testamento, como cualquier otro acto jurídico, es impugnado por violencia. Se aplican aquí las reglas generales..."

Alberto A. c. Herrendorf de Baccetti, Olga y otros s/ nulidad de testamento", 15/7/1998. CF 233709, Base de datos. CNCiv., sala F, 20/8/1998, "Melluso, Vicente c. Russo, María E.", JA, 2000-I-595.

(103) BORDA, Guillermo A., obra y tomo de cita (52), punto 3. "Violencia", N° 1095. "Aplicación de los principios generales", p. 161.

En consecuencia, nos limitaremos a hacer un análisis somero de los aspectos principales que rigen el tema en general; para luego referirnos a sus particularidades en materia testamentaria.

El Código Civil distingue la "violencia" de la "intimidación".

La primera es caracterizada en el art. 936 al sentar: "Habrà falta de libertad en los agentes, cuando se emplease contra ellos una fuerza irresistible".

Lo que caracteriza a la "vis absoluta", es su irresistibilidad por parte del sujeto pasivo que la padece.

En tanto a la intimidación o "vis compulsiva o metus", se refiere el art. 937 del Código Civil: "Habrà intimidación, cuando se inspire a uno de los agentes por injustas amenazas, un temor fundado a sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes, o de su cónyuge, descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos". En tanto la nota a los arts. 936, 937 y 938, aclara en lo pertinente: "...Dicho art. 937 no es limitativo, a las personas que en él se designan. Si mi negativa a firmar un acto debe hacer ejecutar la amenaza de arruinar a un hermano, o de infligir malos tratamientos a una persona de mi amistad, o de asesinar a una persona que me es extraña si se quiere, es claro que la violencia ejercida contra esa tercera persona produce en mí una violencia moral, un temor que me es enteramente personal. El sentido pues, del artículo, es que, en el caso de los esposos, descendientes o ascendientes, la violencia ejercida contra una de esas personas, producirá el mismo efecto que si hubiese sido contra la parte, mientras que respecto a las otras personas, los jueces podrán resolver por las circunstancias del caso..."

En síntesis, dice Cifuentes (104): "La fuerza viene a ser la coacción material o física sobre el sujeto pasivo, el cual queda reducido a un elemento instrumental del sujeto activo, como cuando la mano del que escribe ha sido llevada por la mano de otro. La intimidación es la violencia moral, que consiste en inspirar un temor o miedo de amenazas, suprimiendo psíquicamente la libertad de obrar..."

(104) CIFUENTES, Santos, obra de cita (81), parágrafo 230, "Fuerza e intimidación", p. 357.

De este modo, nuestro Código Civil regula ambas clases de violencia —la física y la moral—, que se ejercen sobre el sujeto pasivo y que tienen por finalidad cercenar su libertad decisoria, afectando su voluntad. Ambas, de ser probadas, generan como consecuencia la anulabilidad del acto jurídico; en el caso, testamento (conf. arts. 954 primer párrafo y 1045 Cód. Civil).

También es de puntualizar como lo hace el Código Civil (conf. art. 941 Cód. Civil) que, la “violencia” y la “intimidación” puede provenir del sujeto que se beneficia con el acto —en el caso heredero o legatario—, o bien, de un tercero. Aclarando Cifuentes, en general (105), que: “...La palabra tercero está tomada en un sentido comprensivo de toda persona que no tenga un interés comprometido con el acto; luego pueden ser testigos, el escribano, los representantes, el nuncio o agente, los acreedores o los *penitus extranei*...”.

Desde ya, si quien se beneficia con el acto es conocedor de la violencia ejercida por un tercero, éste será cómplice y solidariamente responsable con el primero; debiendo ambos afrontar los daños y perjuicios irrogados. En tanto que si la violencia fue exclusivamente cometida por el tercero, e ignorada por quien se beneficia con el acto, solo este será responsable (conf. arts. 942 y 943 Cód. Civil).

En materia testamentaria, a más de aplicarse los principios generales sobre vicios de la voluntad relativos a toda clase de actos jurídicos, según antecede; la violencia ejercida en la persona del testador se sanciona también, con la indignidad de quien coacciona a este, en los términos del art. 3296 del Código Civil: “Es incapaz de suceder el que estorbó por fuerza o por fraude, que el difunto hiciera testamento, o revocare el ya hecho, o que substrajo éste, o que forzó al difunto a que testara”.

Como expresa Medina (106): “...Cabe señalar que quien actuó con violencia es indigno y no incapaz, y que en nuestro Código Civil la indignidad se purga transcurridos tres años desde la posesión de la herencia y que se la puede perdonar testamentariamente (arts. 3297 y 3298), pero no así la incapacidad. Por el contrario, las cuestiones de

(105) CIFUENTES, Santos, obra de cita (81), parágrafo 231. “Violencia ejercida por un tercero”, p. 361.

(106) MEDINA, Graciela, obra de cita (71), p. 129.

incapacidad resultan indisponibles para las partes, las que en materia testamentaria resultan expresamente establecidas por la ley. ...”. Y, cita el art. 3289 que expresa: “No hay otras incapacidades para suceder o para recibir las sucesiones, que las designadas en este Título y en el *De las sucesiones testamentarias*.”

Otra cuestión de interés que puede presentarse en materia testamentaria es que transcurra mucho tiempo entre el testamento dictado bajo violencia o intimidación como vicio de la voluntad, y la muerte de quien lo ha otorgado.

La pregunta que debe responderse es si el transcurso del tiempo —en el caso largos años—, y, para el supuesto que el testador no hubiese revocado el acto, puede constituir un factor de dudas sobre si el testamento en cuestión puede haber sido otorgado bajo coacción ya que, resulta extraño que de haber sido así, luego de cesado el vicio, el testador no hubiera revocado el testamento.

Como dicen Hernández y Ugarte (107) “...La doctrina francesa discrepó sobre si pasado largo tiempo de cesado el vicio de violencia o intimidación, el causante no hubiese revocado el testamento, podría suponerse que en realidad hubiera confirmado el acto viciado. Por la negativa se pronunció Troplong, mientras Baudry Lacantinerie y Colin consideraron que debe descartarse la acción de nulidad fundada en violencia, cuando un largo intervalo de tiempo ha transcurrido entre que se hizo la liberalidad y el deceso del testador.

Aubry y Rau, seguidos en nuestro país por Borda, sostienen una posición intermedia. Señalan que si ha pasado largo tiempo desde que el vicio cesó y el día de la muerte del causante, los jueces deben ser muy reticentes para admitir su prueba si resulta que más tarde, pudiendo haber revocado el causante el testamento no lo ha hecho.

Sin embargo, creemos con Fassi, que no podría oponerse a quienes accionan por nulidad el silencio guardado por el testador, a pesar de haber cesado la violencia mucho antes de su muerte, pues como sabemos, los derechos de los legitimados para accionar por nulidad no prescriben sino desde el fallecimiento del causante. Ello sin perjuicio de

(107) HERNANDEZ, Lidia Beatriz - UGARTE, Luis Alejandro, *Régimen Jurídico de los testamentos*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2005, punto 2.4.3. “Confirmación”, p. 301.

que el silencio del testador que pudiendo hacerlo no revocó el testamento, constituya un elemento de juicio en el sentido de que no existió el vicio de voluntad invocado como causal de nulidad”.

En síntesis, el testamento por ser una especie del género acto jurídico, puede ser anulado por violencia en los términos del art. 936 del Código Civil o, por intimidación (conf. art. 937, con la aclaración de la nota a los arts. 936, 937 y 938, Cód. Civil). No interesando que la “violencia” o “intimidación” haya sido ejercida por quien se beneficia con el testamento o por un tercero (conf. arts. 941; 942 y 943 Cód. Civil).

Pero se ha aclarado por lo demás que, es poco factible que este vicio pueda acontecer en testamento por “acto público” o “cerrado”, al intervenir en el caso un escribano público. Con lo cual solo queda como probabilidad cierta el “ológrafo”; siendo en tal supuesto susceptible de ser remediado el vicio por el propio testador al revocarlo por otro, una vez cesada la causa que afectaba su validez.

Como todo vicio de la voluntad que afecta a los actos jurídicos; en el caso testamento, este será no manifiesto ya que habrá que realizar una investigación para aflorarlo. El acto será anulable, ya que el juez deberá constatar si en el caso se cumplen los requisitos exigidos por los arts. 936 ó 937 del Código Civil, según sea (conf. arts. 954 primer párrafo y 1045 Cód. Civil). Con lo cual el acto será hábil hasta la sentencia firme que lo tenga por nulo (conf. 1046 Cód. Civil). La nulidad será relativa, toda vez que está dada en salvaguarda de un interés particular (conf. art. 1048 Cód. Civil). Y, por ser tal, será confirmable (arts. 1058 y 1065 Cód. Civil) y, también, prescriptible (conf. arts. 4030 y 3953 Cód. Civil).

Sin perjuicio de lo cual, el propio testador una vez cesado el vicio, podrá revocar el testamento que lo contiene.

## X. Nulidad de testamento por fallas relativas a las modalidades

Vélez Sarsfield, apartándose de su mentor brasileño, trató con deficiente metodología el tema de las modalidades como elementos accidentales de las “obligaciones”, en vez de hacerlo sobre los actos jurídicos en general, como lo hicieron por otra parte el “Anteproyecto de Babilonia”; el “Proyecto de 1936”; el “Anteproyecto de 1954” y, el “Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 1998”. Este últi-

mo, contempla metodológicamente el tema en el Libro Segundo “De la parte general”, Título VI “De las modalidades de los actos jurídicos”.

Esta circunstancia es importante para hacer extensivas las modalidades a los testamentos, toda vez que estos constituyen una especie del género acto jurídico y, no son en consecuencia, una “obligación”.

El Código Civil determina en su art. 527, que: “La obligación es pura cuando su cumplimiento no depende de condición alguna”. Y, a partir de ello, a pesar que la norma transcripta se circunscribe a la “condición”, la doctrina haciendo una interpretación extensiva, considera que la obligación es pura cuando no está sujeta a modalidad alguna; esto es, condición, plazo y cargo.

Como expresan Hernández y Ugarte (108), “...Tales modalidades integran, pues, el contenido del acto como requisitos de su eficacia. Los efectos típicos del acto se hacen inciertos por obra de la condición, el plazo los limita en el tiempo, y el cargo introduce entre las consecuencias típicas otras accesorias y secundarias respecto de aquéllas...”.

Sobre el particular, señala Messineo (109) refiriéndose a las modalidades: “Elementos accidentales son aquellos que, a los fines del *minimum* que es necesario para la validez del negocio, pueden, indiferentemente, *existir o no existir...*”. Con lo cual y como lo expresa el jurista italiano, la modalidad es un elemento accidental del negocio jurídico que subordina la eficacia de este a su realización (110).

La metodología seguida por Vélez Sarsfield en el Código Civil sobre las modalidades en materia sucesoria, ha merecido críticas de la doctrina. Al respecto nos ilustra Borda (111): “En toda esta materia, el Código ha

(108) HERNANDEZ, Lidia Beatriz - UGARTE, Luis Alejandro, obra de cita anterior, Capítulo VII. “Modalidades de las disposiciones testamentarias”, I. “Nociones generales”, I. I. “Generalidades”, p. 304.

(109) MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, traducción de Santiago Sentis Melendo, t. II, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, parágrafo 44, “Elementos accidentales en el negocio. La condición, el termino, el modus”, punto 1, p. 459.

(110) HERNANDEZ, Lidia Beatriz - UGARTE, Luis Alejandro, obra de cita (107), punto y subpunto de cita (108), p. 303.

(111) BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, t. II, octava edición, NexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, punto 1267. “Crítica del método del Código”, p. 262.

seguido un método desordenado. Trata de la condición, el plazo y el cargo en materia de obligaciones, cuando debía haberlo hecho con relación a los actos jurídicos en general, con lo que hubieran quedado comprendidos los testamentos, sin perjuicio de establecer respecto de ellos alguna regla especial.

En lo que les atañe, se advierte un evidente desorden. Así, por ejemplo, trata del plazo y el cargo con referencia exclusiva a los legados, cuando debió hacerlo con relación a las disposiciones testamentarias en general, pues también la institución hereditaria puede estar sujeta a ellas. La circunstancia de que tengan más frecuente aplicación práctica en los legados, no justifica el método seguido. En cambio, de la condición trata en un modo general (arts. 3608 y sigs.). Este desorden dificulta la comprensión y aplicación del sistema legal.

Así debemos considerar que respecto a la "condición" en materia testamentaria, rigen los arts. 3608; 3609 y 3610 que, remiten en forma explícita o más o menos explícita, a los principios generales del Código Civil, conteniendo normas específicas respecto de los legados, arts. 3771; 3772 y 3799 del Código Civil.

Agregando Hernández y Ugarte (112) que: "...Entre las normas generales no se menciona ni el plazo ni el cargo, estas modalidades se han tratado exclusivamente con respecto a los legados, sin ninguna aclaración en cuanto a su aplicación a la institución de herederos. ...". Por nuestra parte acotamos en relación a los legados que, el Código legisla sobre el plazo y el cargo en los arts. 3771 y sigtes.

Afirmándose en la doctrina que la institución testamentaria puede ser sometida a condición y cargo, pero no a plazo (113). En cambio, no habrá inconveniente en someter un legado a la modalidad del "plazo".

#### a) El cargo y la nulidad testamentaria

Respecto al testamento, el cargo es una obligación cuyo cumplimiento ha sido impuesto a quien se concede a título gratuito un derecho

(112) HERNANDEZ, Lidia Beatriz - UGARTE, Luis Alejandro, obra de cita (107), punto 1.2. "Metodología del Código Civil en cuanto a las modalidades testamentarias", p. 305.

(113) Conf. MEDINA, Graciela, *Nulidad de testamento*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, punto 2. "Modalidades testamentarias", p. 134.

patrimonial, consistiendo aquella en la realización de un hecho cualquiera a favor de quien ha transmitido el derecho o de un tercero (114).

Zannoni (115), expresa que: "Consiste en la obligación de cumplir una prestación —dar, hacer o no hacer—, que es accesoria a una disposición patrimonial".

Como afirma Medina (116): "...La doctrina en general coincide en que el cargo no constituye una contraprestación; por eso su imposición no desnaturaliza el carácter gratuito de la liberalidad...".

Dice el art. 3608 del Código Civil: "En las disposiciones testamentarias, toda condición o carga, legal o físicamente imposible, o contraria a las buenas costumbres, anula la disposición a que se halle impuesta". Como se advierte, la norma se refiere indistintamente a la "condición" o "carga", por lo que enfoca ambas cuestiones.

Se trata en nuestro entender, de una aplicación del principio general estructurado en los arts. 953 y 530 del Código Civil que, invalida específicamente el cargo, pero no al testamento al cual accede como una modalidad accesoria de este, el cual seguirá conservando su validez.

#### b) El plazo y la nulidad testamentaria

El régimen sucesorio en nuestro país, sigue el principio de sucesión en la persona, no en los bienes. En virtud de ello, el heredero continúa instantáneamente la persona del difunto, operándose "ipso facto", con su muerte, la transmisión hereditaria a favor de sus herederos. Disponiendo el art. 3282 del Código Civil: "La sucesión o el derecho hereditario, se abre tanto en las sucesiones legítimas como en las testamentarias, desde la muerte del autor de la sucesión o por la presunción de muerte en los casos prescriptos por la ley".

(114) Conf. TRIGO REPRESAS - CAZEAUX, *Derecho de las obligaciones*, tomo II, Librería Editorial Platense, Buenos Aires, 1975, p. 333.

(115) ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de las Sucesiones*, t. II, Editorial Astrea, Buenos Aires, p. 581.

(116) MEDINA, Graciela, obra de cita (113), punto a) "Concepto de cargo en el testamento", p. 135.



En tanto su nota precisa: "La muerte, la apertura y la transmisión de la herencia, se causan en el mismo instante. No hay entre ellas el menor intervalo de tiempo; son indivisibles. ...".

Al respecto, aclara Borda (117): "...El Código establece que lo dispuesto respecto de la *condición* en las obligaciones es aplicable a las disposiciones testamentarias (art. 3610); nada dice en cambio del plazo, del que sólo trata con referencia a los legados. Es natural suponer que Vélez entendía no innovar en materia de plazo con respecto a la legislación vigente, que, de conformidad a una regla tradicional, originada en el derecho romano, no admitía el plazo en la institución hereditaria. Si hubiera querido innovar, sin duda habría establecido una regla clara e inequívoca. ...". Y, seguidamente concluye (118): "...Finalmente, la institución de heredero a plazo, envuelve una sustitución hereditaria prohibida por la ley.

Por tanto, el plazo en la institución hereditaria debe tenerse por no escrito. Es el sistema de nuestra tradición jurídica y el que se ajusta a las tendencias legislativas más modernas. Estas consideraciones son aplicables en un todo a los legados de cuota".

Por lo demás, no es posible instituir heredero con la modalidad del plazo suspensivo, pues quebraría la continuidad en la transmisión hereditaria, según visto, al quedar los bienes del causante sin titular.

Y así también, el art 3341 del Código Civil dispone que: "La aceptación pura y simple importa la renuncia irrevocable de la facultad de repudiar la herencia o de aceptarla con el beneficio de inventario, y su efecto remonta al día de la apertura de la sucesión". Con lo cual, la aceptación de la herencia es irrevocable y no sería posible fijar un plazo resolutorio en una institución de herederos testamentaria, pues sería contraria a la ley.

Por su parte expresa el art. 3772 del Código Civil: "Si una condición suspensiva o un término incierto es puesto, no a la disposición misma sino a la ejecución o pago del legado, éste debe considerarse como puro

(117) BORDA, Guillermo A., obra y tomo de cita (111), punto 1309. "¿Puede la institución hereditaria sujetarse a plazo?", p. 287.

(118) BORDA, Guillermo A., *id.* cita anterior, p. 288.

y simple, respecto a su adquisición y transmisión a los herederos del legatario".

En el caso, el legado seguirá siendo válido ya que la condición suspensiva o el término incierto en su caso, están referidos a la ejecución o pago del mismo, siendo que el derecho al legado en sí debe considerarse puro y simple, esto es, sin ninguna modalidad.

### c) *El testamento condicionado. Su nulidad*

En materia de obligaciones, dispone el art. 528 del Código Civil que: "La obligación es condicional, cuando en ella se subordine a un acontecimiento incierto y futuro que puede o no llegar, la adquisición de un derecho, o la resolución de un derecho ya adquirido".

De los mismos términos de la norma transcripta, surge claro que la condición puede ser "suspensiva" o "resolutoria".

En consecuencia, proyectando este concepto al derecho sucesorio (conf. art. 3610 Cód. Civil), la disposición testamentaria estará sujeta a condición cuando su cumplimiento o resolución esté subordinada al acontecer de un hecho incierto y futuro.

Como dice Medina (119): "...En general, en materia de testamento condicional, el codificador remitió a las obligaciones condicionales, salvo en lo que se refiere a las condiciones imposibles o prohibidas en que se aparta de la regla del art. 530, aceptando la validez del testamento y la anulación de la cláusula".

El tema de la condición en el derecho testamentario, está tratado en el Código Civil en tres artículos: 3608; 3609 y 3610, respectivamente.

El art. 3608, dispone: "En las disposiciones testamentarias, toda condición o carga, legal o físicamente imposible, o contraria a las buenas costumbres, anula la disposición a que se halle impuesta".

Se trata de la aplicación de un principio que el Codificador previó en materia de obligaciones en el art. 530: "La condición de una cosa impo-

(119) MEDINA, Graciela, obra de cita (113), punto 5. "Nulidad de testamento condicionado", "a) Concepto de testamento condicionado", p.138 *in fine*/139.

sible, contraria a las buenas costumbres, o prohibidas por las leyes, deja sin efecto la obligación”.

Aclarando Hernández y Ugarte (120): “...Como se sabe, frente a una condición imposible, históricamente se han sostenido dos posiciones. Por un lado, aquella que considera que la condición imposible anula la disposición testamentaria y, por el otro, la que concluye que debe tenerse por no escrita. La primera fue la posición de los proculeyanos; la segunda, fue la preponderante en Roma, seguida por los savinianos. Justiniano la acogió en el *Corpus Iuris Civile* y actualmente es la solución de los códigos francés, italiano y español, entre otros.

En la nota al art. 3608, Cód. Civil, Vélez explica la razón de su apartamiento del derecho romano y del art 900 del Código francés. Refiriéndose a los testamentos dice, siguiendo a Marcadé, que mantiene la solución general, pues en esta materia la condición física o legalmente imposible, hace imposible el cumplimiento de la disposición testamentaria y ejemplifica: “...si habéis ordenado que Sempronio sea vuestro heredero si toca el cielo con sus manos, como vos sabéis que jamás puede tocar el cielo, decís por esto mismo que no queréis que sea vuestro heredero”. Se justifica, dice el codificador que el derecho romano siguiera distinta solución, pues en Roma era un deshonor morir intestado, y esta idea hacia decidir que las condiciones imposibles o ilícitas fuesen como no escritas en los testamentos a fin de que pudiese existir la disposición testamentaria”.

Por lo demás, los supuestos contenidos en el art. 3608 del Código Civil, coinciden con los similares del art. 953 del mismo cuerpo legal, en materia de objeto de los actos jurídicos, por lo que se repiten los conceptos de “...o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero...”.

Debiéndose aclarar que, la imposibilidad en materia de obligaciones debe ser entendida como que el hecho debe ser imposible en general; en cambio en materia testamentaria hay que estar a la intención del

(120) HERNANDEZ, Lidia Beatriz – UGARGE, Luis Alejandro, obra de cita (107), punto 2.5. “Condiciones imposibles”, ps. 308 *in fine*/309.

causante, para, como dice Maffia (121) “...determinar si su intención fue tomar exclusivamente en cuenta las actitudes del beneficiario”.

A su vez, el art. 3609 del Código Civil, expresa: “Son especialmente prohibidas la condiciones designadas en el art. 531 de este Código. Corresponde a los jueces decidir si toda otra condición o carga entra en una de las clases de las condiciones del artículo anterior”.

Ante la expresa remisión contenida en la norma transcrita, cabe recordar que el art. 531 del Código civil, dispone: “Son especialmente prohibidas las condiciones siguientes:

1. Habitar siempre un lugar determinado, o sujetar la elección de domicilio a la voluntad de un tercero.
2. Mudar o no mudar de religión.
3. Casarse con determinada persona, o con aprobación de un tercero, o en cierto lugar o en cierto tiempo, o no casarse.
4. Vivir célibe perpetua o temporalmente, o no casarse con persona determinada o separarse personalmente o divorciarse vincularmente”.

No obstante ello, la jurisprudencia ha considerado válida la condición testamentaria que determina una limitación temporal del derecho de casarse (SCBuenos Aires, 21/8 /31, JA, 36-78).

Por otra parte, también ha sido considerada válida la disposición que nombra legatario a quienes permanezcan solteras, otorgando la propiedad del bien a la última de ellas que se conserve viva y soltera, ya que esa disposición trataba de brindar un sostén económico a las sobrinas nietas solteras (CNCiv., sala D, 1/4/63, JA, 1963-467).

Quédanos por transcribir la última norma referida al tema que nos ocupa; esta es, la del art. 3610 del Código Civil que, como fácilmente se advierte de su texto, hace una remisión genérica a las “obligaciones condicionales”.

La norma en cuestión, establece: “A las disposiciones testamentarias, hechas bajo condición, es aplicable lo establecido respecto a las obligaciones condicionales”.

(121) MAFFIA, Jorge, “La condición en las disposiciones testamentarias”, LA LEY, 1982-D, 1014.

Para finalizar, debemos ahora analizar como encuadran en la clasificación de las nulidades, la invalidez de las modalidades testamentarias, según visto.

En primer lugar habrá que ver si por la exteriorización del vicio, este es manifiesto o, no; circunstancia que habrá que verificar en el caso concreto y, de no serlo, será necesaria la investigación judicial para aflorarlo. Aunque entendemos que, al estar exteriorizada la "modalidad" en el acto, el vicio será de ordinario, manifiesto.

En segundo lugar, será una nulidad de acto nulo cuando el vicio sea rígido y la sanción esté expresamente prevista en la ley, siendo en tal caso la sanción de nulidad "ipso iure" de la propia norma jurídica, como acontece respecto de "condiciones" o "cargos" de objeto prohibido o inmoral (conf. arts. 3608 y 953 Cód. Civil). En cambio, será anulable, si es necesario realizar una investigación para que el juez verifique el encuadramiento legal del vicio por no ser rígido, en cuyo caso la sentencia será constitutiva de la nulidad (conf. art. 1046 Cód. Civil).

Así también, la nulidad podrá ser absoluta si el vicio afecta el interés general, como ocurre respecto de "condiciones" o "cargos" testamentarios que tengan un objeto prohibido o inmoral, en cuyo caso la nulidad será inconfirmable e imprescriptible (conf. art. 1047 Cód. Civil). O, por el contrario, si la nulidad está dada en la exclusiva protección de un interés particular, esta será relativa y, como tal, confirmable y prescriptible (conf. arts. 1048 y 1058 Cód. Civil), siendo el plazo de prescripción de 10 años (conf. art. 4023 Cód. Civil), a contar desde la apertura de la sucesión (conf. art. 3953 Cód. Civil).

Normalmente, tratándose de modalidades testamentarias, la invalidez de alguna de ellas, por ser, al decir de Messineo (122), "elementos accidentales" del negocio, generan una nulidad parcial (conf. art. 1039 Cód. Civil).

Sin perjuicio de lo que antecede, el propio testador podrá revocar la "modalidad" o, si lo prefiere, revocar todo el testamento o el legado que la contiene.

(122) MESSINEO, Francesco, ver cita (109).

## XI. La causa fin y la nulidad testamentaria

Tócanos ahora ocuparnos de la causa fin como uno de los elementos esenciales del acto jurídico testamento; la que, como es sabido, presenta en derecho civil, una doble configuración. Conociéndosela en su faz "objetiva" como causa "fin determinante" y, en su enfoque "subjetivo", como causa "móvil o impulsiva".

Referida a los actos jurídicos en general, ha sido caracterizada por Cifuentes (123) en su doble aspecto, al decir: "...*causa fin determinante*. Es la dirección de la voluntad (propósito o intención) en la obtención de ciertos efectos jurídicos o el fin inmediato que las partes se propusieron al hacer el acto o negocio...". Y, "... *causa impulsiva o móvil*. Atiende a los fines mediatos, ocasionales o que en último término indujeron a las partes a realizar ese acto o negocio, movidas por un querer individual y concreto...".

Ahora bien, proyectando estas nociones generales a la materia testamentaria, cabe concluir que la causa "fin determinante" es la "transmisión de los bienes para después de la muerte del testador" (124) que, constituye el fin inmediato perseguido en el acto jurídico testamento (conf. arts. 944 y 3607 Cód. Civil).

En tanto la causa "móvil o impulsiva", es el propósito siempre subjetivo y ocasional que llevó al disponente a testar de esa forma y no, de otra.

A ello agrega Medina (125), que: "...La causa jurídica en sentido subjetivo en materia testamentaria, es la intención que movió al testador a beneficiar a determinada persona después de su muerte. Para que adquiriera alguna relevancia a los fines de la validez del testamento, creemos que este motivo individual debe haber sido exteriorizado. En otras palabras, el testamento debe haber sido 'causalizado'..."

(123) CIFUENTES, Santos, *Elementos de derecho civil*. Parte general, 4ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, parágrafo 210 "Irregularidades en el sujeto, objeto, forma y causa", p. 332.

(124) Conf. MEDINA, Graciela, obra de cita (113), Capítulo V. "Nulidad de testamento por falta de causa", Punto 1. "Concepto de causa fin y delimitación en el ámbito testamentario", p. 147.

(125) Id. que anterior, p. 148.

Al respecto, dispone el art. 3832 del Código Civil: "Toda disposición testamentaria, fundada en una falsa causa o en una causa que no tiene efecto, queda sin valor alguno".

Con ello, cabe concluir que, todo testamento fundado en causa ilícita o inmoral, es nulo.

En síntesis, el artículo transcrito no hace sino aplicar a la materia testamentaria, los principios generales que rigen respecto del "acto jurídico" (conf. art. 944 Código Civil). Y, así, es incuestionablemente nulo el acto que teniendo la apariencia de un testamento, no tiene por "fin inmediato" transmitir bienes para después de la muerte de quien lo ha otorgado.

Al respecto, un ilustrativo fallo de la CNCiv., sala B, "Laurent de Lieber, Cecilia J.", 19/11/1990, Nº 89.368 (126), ha puesto de resalto que: "No todo acto escrito, datado y firmado será reputado ológrafo, sino que debe tratarse de un testamento escrito, datado y firmado por su autor, puesto que es necesario "un propósito manifiesto de testar y una disposición de todo o parte de los bienes". Debe ser acto separado de otros escritos del testador, hecho precisamente para probar las últimas voluntades de aquél; es lo que se denomina independencia intelectual del testamento ológrafo".

También la desaparición o falta de la causa "móvil o impulsiva" cuando ella, haya sido exteriorizada en el testamento, invalida el acto. Así ocurre, por caso, en el llamado legado de alimentos.

Al respecto, expresa Fassi (127): "Si el testador lo ha denominado legado de alimentos, no ha podido entender otra cosa que destinarlo a ese fin y a la correlativa necesidad del instituto, si éste la tenía para la época de testar. Supongamos que el testador ha contemplado la situación de un pariente impedido de todo trabajo remunerativo por un defecto físico, pero que logra superarlo convirtiéndose en un gran pintor. No sería equitativo imponerle al gravado una prestación que no responde al móvil que la inspiró".

(126) Publicado en LA LEY, 1991-B, 401.

(127) FASSI, Santiago, *Tratado de los testamentos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, t. I, Nº 1049.

Por su parte en el derecho español, el art. 767 del Código Civil, dispone: "La expresión de una causa falsa en la institución de herederos o nombramiento de legatario será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución si hubiese conocido la falsedad de la causa. La expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera, se tendrá también por no escrita".

Volviendo a nuestro derecho, el art. 3735 del Código Civil, dispone: "Pueden, sin embargo, recibir por testamento las corporaciones que no tengan el carácter de personas jurídicas, cuando la sucesión que se les defiere o el legado que se haga, sea con el fin de fundarlas, y requerir después la competente autorización".

Y, ello ha generado la posibilidad, cuando en tal cometido se vulnera la legítima de los herederos forzosos que, la cláusula testamentaria que así lo disponga sea nula por causa ilícita.

Es el caso, v.gr., de las fundaciones cuya ley 19.836, establece:

"Art. 3. "Estatuto. Las fundaciones se constituyen por instrumento público, o privado, con las firmas certificadas por escribano público. Dicho instrumento debe ser otorgado por los fundadores o apoderado con poder especial, si la institución tiene lugar por acto entre vivos, o persona autorizada por el juez de la sucesión si lo fuere por disposición testamentaria. ...".

Art. 32: "Intervención del ministerio público. Si el testador dispusiera de bienes con destino a la creación de una fundación, incumbirá al ministerio público asegurar la efectividad de su propósito, coadyuvantemente con los herederos y el albacea testamentario".

Art. 33: "Facultad del juez. Si los herederos no se pusieren de acuerdo entre sí o con el albacea en la redacción del estatuto y acta constitutiva, las diferencias serán resueltas por el juez de la sucesión, previa vista al ministerio público y a la autoridad administrativa de control".

También la nulidad testamentaria puede tener lugar por fraude a la ley.

Debiéndose entender por "fraude a la ley", como afirma Cifuentes (128) que: "...El acto fraudulento, al contrario del acto ilícito, requiere para su configuración de la existencia de un acto en principio válido, otorgado conforme a la ley, no contra ella. Precisamente, la mecánica del fraude a la ley, trata de obtener un efecto similar o análogo al prohibido por una norma imperativa, apoyándose en otra norma. Repárese que el efecto fraudulento no será igual al del acto prohibido, en cuyo caso caería bajo el peso de la norma prohibitiva, sino análogo. Para ello, el acto fraudulento se otorga bajo la protección de otra norma, que no es prohibitiva, gráficamente designada como norma de cobertura, eludiendo así la aplicación de la norma imperativa o norma defraudada, logrando un acto aparentemente válido.

Sostiene Von Tuhr que tales negocios no merecen un trato distinto del que les correspondería si estuviesen comprendidos directamente en la letra de la ley.

La anterior conclusión debe a nuestro juicio admitirse sin titubeos. Empero tenemos que señalar que la dificultad del tema no estriba en ella, sino en los medios para alcanzarla. Repárese que no se trata de un acto contra la ley, sino, por el contrario, de un acto otorgado, por lo menos en cuanto a su apariencia, conforme a la ley. Es, precisamente, la norma de cobertura, bajo la cual se ampara, la que le brinda un aspecto de legalidad que dificulta su encuadramiento.

Por consiguiente, es necesario determinar si la norma defraudada, a través de la operatoria negocial, apoyada en la norma de cobertura, es susceptible de una interpretación extensiva o analógica, que comprenda los efectos del acto calificado de fraudulento.

Aquí la doctrina presenta vacilaciones y criterios antagónicos.

Empero, la respuesta al interrogante planteado debe ser positiva. La configuración del acto fraudulento, con la estructura ya planteada, ha de producir efectos similares o análogos a aquellos cuya producción precisamente veda el propio ordenamiento y que son los que el defraudador ha querido obtener. Esta motivación, este interés concreto, ad-

(128) CIFUENTES, Santos, *Negocio Jurídico*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986, parágrafo 282 "El fraude a la ley", ps. 549/550.

quiere una relevancia especial y se objetiva, como señala Santoro Passarelli, a través de la idoneidad del acto para producir tales resultados, análogos a los prohibidos. La producción de esos resultados y la satisfacción de los intereses concretos que no pudieron lograrse por medio de la norma defraudada, constituyen pues un motivo que pasa a ser fraudulento y por consiguiente dicho acto aparecerá alcanzado por la correspondiente nulidad.

En función de dicho interés concreto, indebidamente satisfecho por la manipulación de la norma de cobertura, no consideramos el elemento intencional o subjetivo, el propósito o la finalidad de eludir la norma defraudada. Tal elemento aparece implícito en el resultado obtenido y carecerá de relevancia que el defraudador conociera la prohibición y se propusiera burlarla".

Generalmente ocurre en materia testamentaria que, el "fraude a la ley" tiene por finalidad afectar la legítima de los herederos forzosos, a pesar de la apariencia lícita que pueda brindar la norma legal de cobertura.

También en materia de incapacidades testamentarias puede haber fraude a la ley, cuando el testador pretende utilizar personas interpuestas para evitar prohibiciones legales.

Ejemplo de ello, son los arts. 3741 y 3742 del Código Civil.

Art. 3741. "Toda disposición a beneficio de un incapaz es de ningún valor, ya se disfrace bajo la forma de un contrato oneroso, o ya se haga bajo el nombre de personas interpuestas. Son reputadas personas interpuestas el padre y la madre, los hijos y descendientes, y el cónyuge de la persona incapaz. El fraude a la ley puede probarse por todo género de pruebas".

Art. 3742. "Las personas interpuestas sobre que dispone el artículo anterior, deberán volver los frutos percibidos de los bienes desde que entraron en posesión de ellos".

Otro aspecto a considerar es el que plantea el legado de usufructo, renta vitalicia, uso o habitación que, puede prestarse a una maniobra de fraude a la ley cuando el testador por caso, deja a un amigo la porción disponible y el usufructo del único bien inmueble de la sucesión, exis-



tiendo herederos forzosos. Con lo cual, los herederos afectados deberán promover la nulidad de la cláusula por fraude a la ley.

En nuestro Código Civil, el art. 3603, dispone: "Si la disposición testamentaria es de un usufructo, o de una renta vitalicia, cuyo valor exceda la cantidad disponible por el testador, los herederos legítimos tendrán opción a ejecutar la disposición testamentaria, o a entregar al beneficiario la cantidad disponible".

Sobre esta norma, dice Borda (129): "Hasta aquí hemos supuesto el caso normal de que el legado o donación sea de cosa cierta o de cantidades de cosas. Pero, a veces, lo que se lega es una renta, el usufructo de un bien. ¿Cómo establecer su valor? En verdad, ese valor depende de la duración de la vida del beneficiario; es imposible saber a ciencia cierta si excederá o no del límite de la porción disponible del causante.

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

Sobre el particular, se registra un esclarecedor fallo de la CNCiv., sala C, 4/12/1985, N° 85.798 "Rodríguez Santos de Rimoldi, S. c. Rodríguez Santos, Alberto O." (130); donde el tribunal resolvió entre otras cuestiones, que: "... 2. Cuando se trata del legado de usufructo o de renta vitalicia, debe aplicarse la solución que da el art. 3603 del Cód. Civil en cuanto dispone que si la disposición testamentaria es de un usufructo o de una renta vitalicia, cuyo valor exceda la cantidad disponible del testador, los herederos legítimos tendrán opción, a ejecutar la disposición testamentaria, o a entregar al beneficiario la cantidad disponible".

Diferente es el supuesto, como dice Medina (131), cuando "...el testador dispone de la cuota de libre disponibilidad y además otorga el usufructo a un tercero no legitimario; en estos casos, si el usufructo violenta la legítima, el legitimario podrá demandar la nulidad de la cláusula".

Quédanos ahora por referirnos al tema de la nulidad de testamento o legado por causa inmoral.

Si bien el tema de la "moral", también llamada en nuestro derecho "buenas costumbres" (conf. arts. 953 y 1071 Cód. Civil), constituye un Standard jurídico para mantener orbitadas las relaciones jurídicas. Baste recordar los arts. 530; 953; 1071; etc., y, en materia testamentaria el art. 3608, por caso, del Código Civil. Lo cierto es que, no siempre la doctrina ha coincidido en que consiste tal valor.

En particular, entendemos, la nota al art. 530 del Código Civil, al decir: "...En el lenguaje del derecho, se entiende por buenas costumbres, el cumplimiento de los deberes impuestos al hombre por las leyes divinas y humanas. ..."; ha contribuido a confundir la cuestión al entremezclar lo religioso con lo temporal.

Independientemente de ello y, como dice Cifuentes (132): "...Se trata de atender a la moral media y predominante en la sociedad con un criterio especialmente sociológico, pero siguiendo el juez las tendencias mayoritarias y no a los datos que proporciona la conducta de grupos minoritarios (Bueres). Es norma dirigida al juez, que debe ser aplicada con moderación para preservar la seguridad jurídica. Se ha sostenido que es subordinante, pues cubre todas las instituciones y actos jurídicos, como base del ordenamiento legal que impone a todo acto satisfacer un objeto-fin social (Spota)...".

Siendo así, la disposición testamentaria contraria a la moral y buenas costumbres, será nula (conf. art. 1044 Cód. Civil) y, la nulidad absoluta, por afectar el interés general (conf. art. 1047 Cód. Civil). Por consiguiente, tampoco será prescriptible ni confirmable, por resultar insanablemente nula. Además, también habrá que estar en cuanto al alcance de la invalidez, a si ésta es completa, por abarcar todo el acto o, meramente

(129) BORDA, Guillermo A., obra y tomo de cita (111), N° 959, ps. 101/102.

(130) LALEY, 1987-C, 317/327, con comentario de Carlos H. VIDAL TAQUINI, "Heredero forzoso: preterición y legado de usufructo".

(131) MEDINA, Graciela, obra de cita (113), "d Jurisprudencia", p. 159.

(132) CIFUENTES, Santos, obra de cita (123), p. 282.

parcial, por estar referida exclusivamente a una cláusula del testamento (conf. art. 1039 Cód. Civil).

### XII. La nulidad testamentaria por defectos formales

Permítasenos comenzar el análisis del tema, reproduciendo estas palabras de los Mazeaud (133) que, tienen un carácter introductorio: "*Finalidad de las formalidades legales*. El legislador somete todas las liberalidades a ciertas formas; pero la finalidad de la solemnidad es diferente según se consideren las donaciones o los testamentos.

Las formas de las donaciones (necesidad de un documento notarial) se refieren, ante todo, a la protección del patrimonio familiar y a la de los intereses de los legitimarios: las donaciones sin forma, incluso si no son disfrazadas propiamente hablando, expondrían a que se quedaran ignoradas por los legitimarios y atentar así contra la legítima; por otra parte, la presencia del notario es bastante para apartar al disponente de actos manifiestamente contrarios a los intereses de la familia (cfr. *infra*, nº 1452).

No es ése el sentido de las formalidades requeridas para el testamento. Este acto no presenta para la familia los mismos peligros que las donaciones; puesto que los legados, que no pueden ocultarse —la superchería que consiste en disfrazar los legados tras la apariencia de falsos reconocimientos de deudas incluidas en el testamento, se frustra con facilidad— caducan en toda la amplitud en que la legítima no sea respetada. Las formas del testamento no tienden, pues, principalmente a defender a los parientes próximos, cuya legítima no compromete, sino a *proteger la libertad del testador* contra presiones que pueda sufrir, tanto más temibles por cuanto están expuestas a producirse en un momento en que aquél se encuentra debilitado por los años o una enfermedad: hay que asegurar la conformidad de las últimas disposiciones del *de cuius* con su voluntad real.

Accesoriamente, y porque casi siempre el *de cuius* desea que sus bienes se transmitan a su familia, las reglas de forma protegen el patrimonio familiar contra las captaciones o las falsificaciones por extraños.

(133) MAZEAUD, Henri y Léon - MAZEAUD, Jean, *Lecciones de derecho civil*, Parte cuarta, volumen II, traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Sección I "Formas del testamento", N° 959, ps. 347/348.

Por último, las reglas de forma tienden a evitar la arbitrariedad de los tribunales en la interpretación de la voluntad del testador: la nulidad del testamento les prohíbe toda interpretación en algunas situaciones en que esa interpretación sería más bien adivinación.

Por no comprometer el testamento la legítima, la *jurisprudencia* no manifiesta ninguna hostilidad de principio a su respecto; y, por respeto para una voluntad cierta, *atenúa en ocasiones el rigor de las exigencias legales*. Pero no hay que exagerar la acción de la jurisprudencia, porque proclama la necesidad de las formalidades siempre que le parecen adecuadas para asegurar la libertad del *de cuius*; denunciar la "desolemnización del testamento" por los tribunales (Josserand, en D. H. 1932, crónica, p. 72) es encomiar la prudencia mostrada por los jueces en esta esfera particular.

Hay que subrayar que, pese a su finalidad, que consiste en la protección de la voluntad del testador, las reglas de forma son tratadas como tales y no como reglas relativas al consentimiento y a sus vicios. Así se explica que sean sancionadas con la nulidad absoluta (cfr. *infra*, nº 967). Así se explica igualmente que se aplique en derecho internacional privado la regla *locus regit actum*...

Así las cosas, la forma testamentaria es "*ab solemnitate*" o, como la caracterizan modernas clasificaciones (134) de "solemnidad absoluta" ya que, como expresa Cifuentes (135): "...la regla formal tiene carácter constitutivo del negocio, *ad substantiam*, por lo cual la violación de la solemnidad estatuida lleva a la nulidad, como única forma, según dice Larenz, de garantizar la observancia de los preceptos sobre la forma, que de otro modo tendrían sólo significado de recomendaciones no obligatorias. En los de *solemnidad absoluta*, por lo tanto, cuando se ha omitido la forma impuesta, ese vicio privaría a los negocios de sus efectos propios y de todo otro efecto civil (claro está, con referencia a la eficacia en sí del acto y no involucrando efectos derivados, como el resarcimiento)..."

(134) CIFUENTES, Santos, *Negocio Jurídico*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986, párrafo 102 "Nueva formulación tripartita de las formalidades", p. 205.

(135) Id. cita anterior, ps. 205/206.

Por su parte, aclara Messineo (136): "...A) El testamento es un negocio *formal*, o sea *solemne*: esto es, debe ser, *bajo pena de nulidad, redactado por escrito (forma constitutiva)*, aun debiéndose observar que se admite la elección, por parte del testador, *entre múltiples formas* (lo que no tiene correspondencia en otras zonas del derecho privado, donde la forma exigida es siempre una sola y exclusiva) y que no es necesario, a los efectos del rigor formal, que el disponente califique el propio acto como testamento, siempre que resulte, de manera indubitable, que se trata de un acto de última voluntad.

En rigor formal está justificado por la *importancia social del acto*, acerca de la cual se debe llamar la atención del testador, y por el propósito de *garantizar su genuinidad, su espontaneidad, su seriedad y su ponderación*.

Diremos dentro de poco cuáles son las posibles formas que el testamento puede asumir y entre las que el testador puede elegir; aquí, baste haber advertido que el mismo debe, en todo caso, asumir *necesariamente una* de ellas.

Por tanto, no se debe considerar admitido el testamento *oral* (o *nuncupativo*) (arg. art. 606, primer apartado); respecto del mismo, no es obligatoria la ejecución, salvo que el gravado con una carga establecida por él, la cumpla, pero ajustándose, entonces a una obligación llamada natural (*retro*, parágrafo 122, n° 17).

Sin embargo, no falta quien admita la validez del testamento nuncupativo. Pero obsérvese que, aun negando la validez de tal testamento, no debe negarse que, cuando sea cierta su existencia y confección, mediante escritura, y se haya perdido, el testamento sea reconstituible (*infra*, n° 6 bis); en efecto, la voluntad del *de cuius* se ha manifestado de manera idónea y debe ser respetada.

Obsérvese, entretanto, que la forma, según lo que se ha dicho en otra ocasión (*retro*, parágrafo 39, n° 3), tiene el carácter de *carga*, no de

(136) MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducción de Santiago Sentis Melendo, t. VII, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, parágrafo 182 "Requisitos del testamento: La declaración de voluntad testamentaria; la voluntad en el testamento; formas y capacidad de testar. Límites al poder de disponer", punto 1 bis, ps. 83/85.

obligación; si el testador no se ajusta a ella, el efecto será —dentro de los límites y bajo los presupuestos de que se hablará aquí en seguida— la *invalidéz* del testamento y, si no existen otros válidos, la *apertura de la sucesión legítima*.

El testamento es *acto privado*, cuando sea redactado por el testador o por un tercero; es *acto público*, cuando sea redactado al cuidado de notario (véase *infra*, n° 2 ter. N. 3).

B) Se considera por algún autor que la forma tiene en la materia del testamento, la específica función de proteger a los herederos legítimos, o sea a la familia; pero no parece que tal concepto sea exacto, puesto que, de un lado, contra los eventuales excesos del testador, provee la acción por legítima lesionada y, de otro lado, no se comprende cómo la ley, mientras reconoce el instituto del testamento como acto patrimonial, pueda ver en él una cosa a obstaculizar o a hacer particularmente difícil: un *favor testamenti*, si bien no ya en el sentido romanístico (porque hoy en día, la sucesión por causa de muerte no está necesariamente subordinada a la institución de heredero), existe también en el derecho moderno, según se infiere de numerosos indicios (por ejemplo, art. 591 (que admite a testar a los menores de veintidós años), art. 607 (la posibilidad de la conversión del testamento secreto en ológrafo) arts. 634 y 647, tercer apartado (incomunicabilidad de la ilicitud y de la imposibilidad de la condición o del *modus*, al testamento); la *benignitas* a emplear en la interpretación del testamento: cfr. parágrafo 185, n° 3).

Sin embargo, el *favor testamenti* opera en materia *de contenido* del testamento; pero no puede llevarse hasta el extremo de contravenir los requisitos de forma establecidos por la ley en salvaguardia de la pureza de la voluntad testamentaria..."

Siendo así, el art. 1044 del Código Civil sienta categóricamente que: "Son nulos los actos jurídicos...cuando no tuviese la forma exclusivamente ordenada por la ley..."

Y, a ello habrá que agregar que por ser la forma, en el caso, "ab solemnitatem" o, de "solemnidad absoluta", por hacer a la esencia estructural del acto, se encontrará afectado el interés general y, por ello, la nulidad

será absoluta. Con lo cual la invalidez será imprescriptible e inconfirmable.

En tal sentido opinan los Mazeaud (137): "Por ser la solemnidad un elemento constitutivo del testamento, la ausencia o la violación de las formas lleva consigo la nulidad absoluta: la forma, en razón de su finalidad, se requiere *ad solemnitatem*..."

Al respecto dispone el art. 3630 del Código Civil: "La nulidad de un testamento por vicio en sus formas, causa la nulidad de todas las disposiciones que contiene; pero si se han llenado las formas, la nulidad de la institución de herederos por cualquier causa que fuere, no anula sus otras disposiciones".

Y, a ello agrega el art. 3632 del Código Civil: "Las últimas voluntades no pueden ser legalmente expresadas sino por un acto revestido de las formas testamentarias. Un escrito, aunque estuviese firmado por el testador, en el cual no anunciase sus disposiciones sino por la simple referencia a un acto destituido de las formalidades requeridas para los testamentos, será de ningún valor".

Todo lo cual ha hecho decir a la Suprema Corte de Mendoza (138) que: "...las formas testamentarias tienen por objeto asegurar que el instrumento donde consten las últimas voluntades de una persona sea real y verdaderamente suyo. Lo que debe tenerse en cuenta es la voluntad del testador y no caer en el rito de formas inútiles contempladas en el Código".

Expresado lo que antecede, nos ocuparemos en primer término de analizar la nulidad testamentaria por vicios formales comunes a todos los testamentos. Para luego acudir al tratamiento específico de los aspectos formales correspondientes al testamento "ológrafo"; por "acto público" —también llamado en el derecho español, "abierto", conforme art. 676 de su Código Civil (139), aunque tal denominación tampoco es

(137) MAZEAUD, Henri y Léon - MAZEAUD, Jean, obra, parte y volumen de cita (133), punto II. "Sanción de la inobservancia de las reglas de forma", n° 967. "Nulidad absoluta", p. 355.

(138) SCMendoza, sala I, 11/6/74, LA LEY, 1975-A-790, sum. 32.178.

(139) El art. 676 del Código Civil español, dispone: "El testamento puede ser común o especial. El común puede ser ológrafo, abierto o cerrado". Ver también, CASTAN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Común y Foral*, t. I, Madrid, Editorial Reus (S. A.), 1924, Ca-

ajena a nuestro derecho, conforme surge de los arts. 3637 y 3678 del Código de Vélez— y del testamento "cerrado".

#### a) Nulidad testamentaria por vicios formales comunes a todos los testamentos

##### 1) Nulidad de testamento no escrito y por falta de firma

En primer lugar cabe observar que la doctrina francesa destaca dos cuestiones esenciales respecto de las reglas de forma comunes a todos los testamentos. Así lo expresan los Mazeaud (140), cuando afirman: "Dos reglas esenciales, inspiradas en la Ordenanza del canciller D'Aguesseau, de 1735, y concretadas por los redactores del Código civil, son comunes a todos los testamentos: *el testamento debe ser escrito; debe ser hecho por documento separado*". Y, más adelante agregan (141): "La necesidad de un escrito obliga al testador a no expresar sino una voluntad libre y reflexiva. Incluso gozando de todas sus facultades, cabe pronunciar palabras inconsideradas (*verba volant*). Con mucha mayor razón, un testador, cuando se encuentra disminuido, se deja arrastrar, por ceder a la solicitud de los que lo rodean, a afirmaciones verbales cuyo alcance no medirá. La obligación de escribir por sí mismo su testamento, o la de dictar su voluntad a un notario que la transcribe, le evitará al testador adoptar disposiciones irreflexivas o inconscientes. Por lo demás, solamente un escrito le permite al testador expresar su voluntad con todos los detalles deseables; si se entregara a la memoria de testigos el cuidado de transmitir su pensamiento, debería atenerse a las líneas generales. Por otra parte, el juez experimentaría dificultad para distinguir entre la voluntad real enunciada oralmente y un simple proyecto apenas esbozado, o incluso una broma; el acudir a la escritura suprime ese riesgo. Por último, los intereses en juego suelen ser de tal importancia, que si fuera válido el testamento verbal, sería grande la tentación de sobornar a algunos testigos.

pítulo LI. "Clases de testamento admitidas por el Código civil. Idea general de cada una de ellas", punto III. "Formas testamentarias admitidas por el Código civil: clasificación y concepto de las mismas", p. 465. Tal denominación, tampoco es ajena a nuestro derecho, ver arts. 3637 y 3678 del Código Civil.

(140) MAZEAUD, Henri y Léon - MAZEAUD, Jean, obra, parte y volumen de cita (133), punto 960. "El testamento debe ser escrito y hecho en documento separado", p. 349.

(141) Id. cita anterior, punto 961. "El escrito, requisito de validez", ps. 349/350.

El antiguo derecho contaba con una larga experiencia del testamento verbal ante testigos, llamado *testamento nuncupativo*; el desarrollo de la escritura le permitió prohibirlo a D'Aguesseau, en 1735.

*El Código civil no admite sino testamentos escritos ...*

Debiendo expresar por nuestra parte que, lo mismo acontece en nuestro derecho ya que, el testamento "nuncupativo" o "verbal", no es válido. Ello significa que, necesariamente el testamento debe estar extendido en un instrumento firmado, normalmente por el testador que, deberá ser de papel o de otro material que permita su escritura, salvo el extendido por "acto público" que deberá ser necesariamente redactado en un protocolo notarial. Ello excluye, por ahora, la posibilidad de extender testamento válido a través de "documentos electrónicos".

La necesidad de extenderse por escrito, se comprende claramente en la circunstancia que este se deberá ejecutar luego de la muerte del testador y que, para entonces este no estará y, por consiguiente, habrá que remitirse a lo que dispongan las cláusulas del testamento, para poder cumplir la última voluntad del causante (*principio de completividad*, art. 3627 Cód. Civil).

Pero para que las disposiciones testamentarias se le puedan atribuir al testador, éstas deberán estar firmadas normalmente por el testador. Y, decimos "normalmente", porque el Código Civil, determina algunas excepciones, v.gr. arts. 3661 y 3662.

Como dice Cifuentes (142): "...Desde el punto de vista del derecho privado y con relación a los actos de los particulares, puede admitirse que el instrumento es *'la declaración escrita de la voluntad y que ha sido suscripto con el fin de hacer constar un acto o negocio que interesa al derecho'*. De ahí que, para todo instrumento, la firma de los declarantes sea un elemento esencial, pues esa firma da pie a considerar la existencia de una voluntad o aceptación del contenido escrito ...".

En consecuencia, como dice Medina (143): "La firma es un requisito esencial para la validez del testamento, ya que es la prueba de que el

(142) CIFUENTES, Santos, obra de cita (123), parágrafo 189. "Documento e instrumento. Conceptos", p. 303.

(143) MEDINA, Graciela, obra de cita (113), punto 3. "Nulidad de testamento por falta de firma", p. 177.

autor del acto no redactó un simple proyecto. En principio es indispensable (salvo lo dispuesto en los arts. 3660 y 3661)...".

Dispone el art. 3633 del Código Civil: "En los testamentos en que la ley exige la firma del mismo testador, debe ésta escribirse con todas las letras alfabéticas que componen su nombre y apellido. El testamento no se tendrá por firmado cuando sólo se ha suscrito el apellido, o con letras iniciales, nombres y apellidos, ni cuando en lugar de suscribir el apellido propio se ha puesto el de otra familia a la cual no pertenece el testador. Sin embargo, una firma irregular e incompleta se considerará suficiente cuando la persona estuviese acostumbrada a firmar de esa manera los actos públicos y privados".

Pero como dice Borda (144): "...En la práctica, el carácter maquinal y la frecuencia del uso de la firma, el deseo del firmante de definir su personalidad o de evitar falsificaciones, hacen que frecuentemente la escritura degenera en rasgos en los cuales se hace difícil encontrar semejanza con las letras que componen el verdadero nombre. Basta, sin embargo, que sea esa la manera habitual de suscribir sus actos públicos o privados, para que se la repute válida...".

También aclara Borda (145): "Es posible que una persona haya usado durante toda su vida un nombre que no le corresponda; no obstante ello, la firma del testamento sería válida, si fuere su manera habitual. De igual manera, debe considerarse válida la firma estampada con el seudónimo teatral o cinematográfico, si tiene gran difusión y ha sido usado en todos o en la mayor parte de sus actos. En cambio, no basta escribir al pie 'vuestro padre', 'tu esposo'...".

Sin perjuicio de lo que antecede, en materia de testamento por "acto público", se establecen tres salvedades en el Código Civil, en los arts. 3669; 3661 y, 3662.

El primero de ellos dispone: Art. 3660: "Si el testador sabiendo firmar, dijere que no firmaba el testamento por no saber firmar, el testamento será de ningún valor, aunque esté firmado a su ruego por alguno de los

(144) BORDA, Guillermo A., obra y tomo de cita (111), punto 1133. "Cómo debe firmarse", ps. 186/187.

(145) Id. cita anterior, punto 1134, p. 187.



testigos, o por alguna otra persona". Al respecto, aclara Borda (146): "¿Qué ocurre si el otorgante ha dicho que no podía firmar y luego se demuestra que ello era falso y que, en verdad, podía hacerlo?"

Consideramos que este delicado problema exige formular una distinción: a) Si la causa invocada fuera notoriamente falsa (por ej., decir que es manco cuando no lo es), el testamento debe ser anulado. Esa notoria falsedad pone en evidencia, o bien que el testador no estaba presente y que, por lo tanto, el acto es fraguado; o bien que, estándolo, ha invocado una causa a todas luces inexacta para eludir su firma. Téngase presente que, si el causante dice que no firma por no saber hacerlo y esa manifestación es falsa, el acto es nulo (art. 3660); y no se ve qué motivos habría para aplicar a este caso una solución distinta. b) Si, en cambio, la causa no fuera notoriamente falsa (por ej., si se adujera un excesivo temblor en el pulso, una extrema debilidad física), consideramos que no debería admitirse la prueba de la falsedad, porque ello abriría innumerables cuestiones sobre la validez de los testamentos y comprometería la estabilidad y seguridad del acto. Sin perjuicio de que los impugnantes puedan atacar el testamento por razones de fondo y demostrar la falsedad de la manifestación contenida en él como una prueba más de la falsedad del acto, de la violencia ejercida sobre el testador, etcétera.

En suma: no es posible sentar sobre el particular reglas fijas; es preferible que el tribunal juzgue y decida cada caso de acuerdo con las circunstancias peculiares.

No invalida el testamento la circunstancia de que en él se exprese que el otorgante no pudo firmar por padecer de una cierta enfermedad, cuando en realidad adolecía de otra. El escribano no es médico, no garantiza la certeza del diagnóstico; tampoco avala la verdad de lo que se le manifiesta. El se limita a comprobar que existe un impedimento físico y a expresar la causa que indica el otorgante".

En nuestro entender y, sintetizando, la norma sanciona con la nulidad, un proceder evidentemente inmoral contenido en la manifestación de voluntad testamentaria.

(146) Id. cita anterior, punto 1194, ps. 226/227.

El art. 3661, sienta: "Si el testador no supiese firmar, puede hacerlo por él, otra persona o alguno de los testigos. En este último caso dos de los testigos por lo menos deben saber firmar".

Esta norma tiende a suplir la imposibilidad del testador de estampar su firma en el testamento por "acto público" cuando, como dice la norma, no sabe firmar; en tal sentido la ley acude a los principios generales de toda escritura pública, aunque a deferencia de lo que dispone el art. 1001 del Código Civil, en este caso también habilita a hacerlo válidamente a "...alguno de los testigos del acto..." (conf. art. 3661 Cód. Civil).

Igual solución plantea el art. 3662 cuando "...el testador sabe firmar y no lo pudiese hacer...". Aclarando la norma en su párrafo final que: "...El escribano debe expresar la causa porque no puede firmar el testador".

Así también, el art. 3652 del Código Civil, dispone: "El ciego puede testar por acto público". Y, al respecto la doctrina mayoritaria sostiene que aunque el ciego sepa firmar, puede negarse a hacerlo, siendo igualmente válido el testamento ya que al no ver no tiene conocimiento de lo que firma (147).

También hay que destacar que, es nulo el testamento por poder, en virtud de lo que determina el art. 3619: "Las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador. Este no puede delegarlas ni dar poder a otro para testar, ni dejar ninguna de sus disposiciones al arbitrio de un tercero".

La razón, es que el testamento es un acto jurídico "personalísimo" (148) que, por ser tal, solo puede ser otorgado por el testador. Pero como la

(147) Conf. PEREZ LASALA, José Luis, *Derecho de Sucesiones*, t. II, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 350. Id. BORDA, Guillermo A., obra y tomo de cita (109), punto 1193. "Caso que no pueda firmar", afirma en p. 226: "...El ciego puede negarse a firmar la escritura. Es verdad que materialmente no está imposibilitado de suscribirla; pero firmar es estampar el nombre y la rúbrica con plena conciencia del lugar donde se pone y pleno conocimiento de lo que se firma, y un ciego no puede tener esa conciencia y ese conocimiento".

(148) Conf. HERNANDEZ, Lidia Beatriz - UGARTE, Luis Alejandro, obra de cita (107), punto 2.13. "Es acto personalísimo e indelegable", p. 88, expresan: "El art. 3619 del Cód. Civil prevé que las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa del testador. Este no puede delegarlas ni dar poder a otro para testar, ni dejar ninguna de sus disposiciones al arbitrio de un tercero..."

prohibición del art. 3619 del Código Civil es formal, se aplica al caso el art. 3638 del mismo cuerpo legal, con lo cual el testamento otorgado en país extranjero será válido, si la forma empleada era la que regía donde se otorgó.

Para concluir, el art. 3645 dispone: "Las disposiciones del testador escritas después de su firma deben ser fechadas y firmadas para que puedan valer como disposiciones testamentarias". La razón es obvia y, surge de los principios generales, ya que la firma hace propia la declaración de voluntad extendida en el instrumento antes de ella, por consiguiente, para que ello acontezca debe cerrar el acto (149).

## 2) Nulidad del testamento conjunto

Ahora debemos ocuparnos de la nulidad del testamento conjunto que, no es otro que aquel que otorgan dos o más personas en un mismo acto (150).

Dispone el art. 3618 del Código Civil: "Un testamento no puede ser hecho en el mismo acto, por dos o más personas, sea a favor de un tercero, sea a título de disposición recíproca y mutua".

Como dicen Hernández y Ugarte (151): "...El fundamento de la prohibición de los testamentos conjuntos radica en el carácter unilateral y esencialmente revocable del acto testamentario, que se vería impedido sin la voluntad concurrente de los restantes otorgantes.

Más de una persona concurre al acto en los casos de testamentos: a) simultáneos, si se extienden en un solo acto; b) recíproco, cuando los testamentos se instituyen sucesores recíprocamente; c) correspectivos, si un otorgante dispone a causa de la disposición del otro, como retribución del beneficio obtenido.

Debe tratarse de mancomunación intelectual: si en un mismo papel dos personas testan una a continuación de la otra, pero se trata de

(149) Conf. BORDA, Guillermo A., obra y tomo de cita (111), punto 1135. "Lugar de la firma", p. 188.

(150) Conf. PEREZ LASALA, José Luis, obra y tomo de cita (147), p. 223.

(151) HERNANDEZ, Lidia Beatriz - UGARTE, Luis Alejandro, obra de cita (107), punto 2.6. "Prohibición del testamento conjunto", ps. 78/79.

testamentos distintos e independientes, no hay testamento conjunto ineficaz.

Si existe mancomunación intelectual, debe darse un solo y mismo acto, es decir que exista unidad material, sea la institución recíproca, o de los otorgantes a favor de un tercero. En tal caso, el testamento será inexistente para una parte de la doctrina y nulo para la otra...".

Este es un tema tratado desde antiguo en el derecho continental europeo, como lo dejó sentado el párrafo transcrito de los Mazeaud al comienzo del punto anterior, al recordar la Ordenanza del canciller D' Aguesseau de 1735 (152). Así, en el derecho español Castan Tobeñas (153) manifiesta que: "Se llama testamento *mancomunado* o de *mancomún* el otorgado por dos personas en un solo acto o instrumento, comprensivo de la última voluntad de ambos acerca de la disposición de sus bienes para después de su muerte (Sánchez Román). Tenía dos formas, según que los otorgantes se instituyeran recíprocamente herederos o hicieran la institución en favor de un tercero. Algunos autores, como Viso y Escriche, distinguían estas especies, dando a la primera el sobrenombre de testamento *mutuo*, y a la segunda el de testamento *común*.

No tiene su origen el testamento mancomunado en ley ninguna del derecho romano ni del antiguo de Castilla, pues aunque varios autores (entre ellos Bofarull y *Mucius Scaevola*) pretenden encontrar su sanción en la ley 9ª, tít. 6º, lib. III del Fuero Real, lo que esta disposición autoriza es el *pacto de hermandad* que podían hacer marido y mujer con respecto a sus bienes, transcurrido que fuera un año de su matrimonio sin tener hijos u otros herederos forzosos. Fue la práctica la que introdujo el testamento mancomunado, como una expresión —dice Sánchez Román— de la armonía y confianza entre los cónyuges, y con el propósito de economizar duplicidad de actos, puesto que en uno sólo y con las solemnidades a su clase correspondiente, se lograba establecer la legalidad testamentaria para la sucesión de ambos...".

A su vez, el Código Civil español, dispone en su art. 669: "No podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo ins-

(152) Ver cita (140).

(153) CASTAN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español Común y Foral*, t. I, Madrid, Editorial Reus (S. A.), 1924, Capítulo LIII "El testamento mancomunado y por comisario antes del Código civil", "I. Testamento mancomunado. A. Su naturaleza y origen", ps. 485/486.

trumento, ya lo hagan en provecho recíproco, y en beneficio de un tercero”.

Por su parte en el derecho italiano, expresa Messineo (154): “...Está prohibido (art. 589), y, por tanto, es nulo, el testamento *conjunto*, esto es, aquel que sea la obra de dos (o más) personas y esté contenido en el *mismo acto* (negocio), en beneficio de un heredero (o más) o de un legatario (o más); el cual, aparte su invalidez, da lugar a un caso de acto (negocio) *colectivo* (retro, parágrafo 35, n° 2).

Para que haya testamento conjunto, es necesario que se forme un acto *único e inescible*, o sea, que el *testamento sea uno solo*, en el sentido de que su contexto sea obra de dos (o más) personas y no puedan ser, en él, identificadas las disposiciones provenientes de los testadores singulares, de manera que el testamento no pueda ser revocado por obra de uno solo de ellos.

En cambio, no implica unidad de testamento la circunstancia de que se emplee el mismo documento por dos o más personas, *si los testamentos son*, en efecto, *autónomos* (caso del llamado testamento *simultáneo*), de manera que cada uno de los testadores quede en libertad de revocar o modificar, sin necesidad de concurso del otro o de los otros. El testamento simultáneo no está prohibido (el art. 589 es de interpretación estricta).

El art. 589 del Código Civil italiano de 1942, sienta: “*Testamento conjunto o recíproco*. No se puede hacer testamento por dos o más personas en el mismo acto, ni en beneficio de un tercero ni con disposición recíproca”.

Pero volviendo a nuestro derecho, ha sido reconocida la validez del testamento recíproco, hecho conforme a las leyes del lugar de su otorgamiento (CCiv., 2ª, 3/11/1948, JA, 1948-IV-541); por tratarse de una cuestión formal que se rige por la ley del lugar de celebración, conforme arts. 3635 y 3638 del Código Civil.

Por su parte, Pérez Lasala exceptúa tal validez, cuando con ello se afecta el orden público de nuestro país (155).

(154) MESSINEO, Francesco, obra y tomo de cita (136), parágrafo 181 “El testamento. Naturaleza y caracteres. Fundamento”, punto 5 bis-a), ps. 76/77.

(155) PEREZ LASALA, José Luis, obra y tomo de cita (147), n° 112, p. 227.

### 3) Especialidad de las formas

El art. 3626 del Código Civil, establece expresamente: “La forma de una especie de testamento no puede extenderse a los testamentos de otra especie”. Ello significa que más allá de los principios formales generales para toda clase de testamentos; los específicos, son exclusivos y no pueden aplicarse más que al tipo de testamento para el cual la ley las ha previsto.

### 4) Completividad del testamento

Dice el art. 3627 del Código Civil: “La prueba para la observancia de las formalidades prescriptas para la validez de un testamento, debe resultar del testamento mismo, y no de los otros actos probados por testigos”.

Esta norma tiene por finalidad garantizar la voluntad genuina del testador, sin la afectación y distorsiones derivadas de pruebas exógenas al testamento. Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia ha reconocido que: “en caso de desaparición del original de un testamento ológrafo ocurrida antes de su protocolización, es admisible la prueba supletoria de su existencia y contenido (156).

### 5) El exceso de formalismo no invalida el testamento

Al respecto dispone el art. 3628 del Código Civil: “El empleo de formalidades inútiles y sobreabundantes no vicia un testamento, por otra parte regular, aunque esas formalidades en el caso de haberlas supuesto necesarias, no pudiesen ser consideradas como cumplidas válidamente. Así, un número mayor de testigos del que exige la ley, no vicia el testamento, que queda válido a pesar de la incapacidad de alguno de ellos, cuando suprimido el número de testigos incapaces queda un número suficiente de testigos capaces”.

El principio de la norma es dejar a salvo que todas las formalidades que se agreguen al testamento, más allá de las exigidas obligatoriamente por la ley, en general y, en particular para cada tipo de testamento, no le agregan ni le quitan nada a su validez.

(156) CNCiv., sala C, “Mathis Esther y otra c. Mathis, Alberto C. y otra”, LA LEY, 1980-D, 114.

## 6) Nulidad de testamento por vicios de forma

Como dicen los Mazeaud (157): "Por ser la solemnidad un *elemento constitutivo del testamento, la ausencia o la violación de las formas lleva consigo la nulidad absoluta*: la forma, en razón de su finalidad, se requiere *ad solemnitatem*..."

Por su parte acota Messineo (158): "...Puesto que la *forma* en el testamento se concibe como elemento esencial (forma constitutiva), deducción coherente de ella sería la nulidad del testamento cuando la forma no haya sido radicalmente observada, o sea deficiente. Pero en esta materia, inspirándose en el *favor testamenti*, el legislador ha sacrificado la coherencia a la exigencia práctica de no-atribuir siempre la misma importancia a la inobservancia de la forma por parte del testador, considerando que ella, a su vez, no reviste, en el testamento, siempre la misma importancia..."

En lo que hace a nuestro derecho, dispone el art. 3630 del Código Civil: "La nulidad de un testamento por vicio en sus formas, causa la nulidad de todas las disposiciones que contiene; pero si se han llenado las formas, la nulidad de la institución de herederos por cualquier causa que fuere no anula sus otras disposiciones".

Como dice Medina (159): "La forma es indivisible y si no ha sido observada, produce la nulidad total del testamento que no podría ser en parte nulo y en parte válido. En cambio las cláusulas testamentarias son divisibles y la nulidad de alguna de ellas no afecta a las restantes; así la preterición de un heredero no afecta la validez general de un testamento sino sólo la nulidad o reducción de la institución del heredero".

(157) MAZEAUD, Henri y Léon - MAZEAUD, Jean, obra, parte y volumen de cita (133), punto II. "Sanción de la inobservancia de las reglas de forma", N° 967. "Nulidad absoluta".

(158) MESSINEO, Francesco, obra y tomo de cita (136), parágrafo 187. "Invalidez (nulidad y analabilidad), ineficacia, reducción, resolución de las disposiciones testamentarias", punto 1, subpunto B), p. 156.

(159) MEDINA, Graciela, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Alberto J. Bueres, dirección. Elena I. Highton, coordinación, t. 6-A, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 825.

Completando Hernández y Ugarte (160): "...La nulidad del testamento por vicio de forma también es absoluta, pues se trata de actos formales *ad solemnitatem*, conforme lo prevé el art. 1044 del Cód. Civil. Como destaca Zannoni, tanto es así, que en estos casos, el art. 3629, Código Civil dispone que "el testador no puede confirmar por un acto posterior las disposiciones contenidas en un testamento nulo por sus formas, sin reproducirlas, aunque dicho acto esté revestido de todas las formalidades requeridas para la validez de los testamentos", reiterado por el art. 3829, Cód. Civil..."

## b) Nulidad por defectos formales del testamento ológrafo

Como dice Castan Tobeñas (161): "La etimología de la palabra *ológrafo*, que derivada de las griegas *olos* y *graphos*, significa *escrito entero*, no marca por sí sola la exacta naturaleza de este testamento, que con más propiedad debiera llamarse *autógrafo*; pero teniendo por sobreentendida la nota de autografía, da a entender que se trata de un testamento escrito *todo él* por el mismo testador.

Puede ser definido el testamento ológrafo como aquella disposición de última voluntad que el testador formaliza por sí mismo, escribiéndola y firmándola de su puño y letra, sin intervención de testimonio ajeno alguno. La característica esencial, que le diferencia del testamento abierto y del cerrado, es, pues, la *autoconfección* por el testador, sin intervención de personal alguna extraña. De este carácter se derivan otras notas que distinguen al testamento ológrafo, y son la *autografía total* (condición esencial en este testamento, y meramente potestativa en el cerrado) y el *secreto absoluto de la disposición testamentaria* (que le separa y diversifica del testamento cerrado, en el cual es reservado el contenido de la disposición, pero conocida la existencia del testamento)".

Por su parte el art. 688 del Código Civil español dispone: "El testamento ológrafo solo podrá otorgarse por personas mayores de edad.

Para que sea válido este testamento deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue.

(160) HERNANDEZ, Lidia Beatriz - UGARTE, Luis Alejandro, obra de cita (107), punto 3.7. "Nulidad absoluta y nulidad relativa del testamento", p. 669.

(161) CASTAN TOBEÑAS, José, obra y tomo de cita (153), LVII. "El testamento ológrafo", p. 532.

Si contuviere palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma.

Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma”.

De no cumplirse lo que antecede, el art. 687 del mismo cuerpo legal, establece: “Será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo”.

A su vez, el Código italiano de 1942 contiene la norma del art. 602 que, expresa: “*Testamento ológrafo*. El testamento ológrafo debe ser escrito por entero, fechado y firmado de puño y letra del testador.

La firma debe ponerse al final de las disposiciones. Aun cuando no indique nombre y apellido es, sin embargo, válida cuando designa con certeza la persona del testador.

La fecha debe contener la indicación del día, mes y año. La prueba de la falta de verdad de la fecha se admite solamente cuando se trata de juzgar de la capacidad del testador, de la prioridad de la fecha entre varios testamentos o de otra cuestión a decidirse a base del momento del testamento”.

En síntesis, como dicen los Mazeaud (162): “*El testamento ológrafo es un acto solemne*, porque está sometido a tres formalidades de rigor: debe ser ‘escrito por entero, firmado y fechado de puño y letra del testador’ (art. 970 del Cód. Civ.)...”.

Siendo así, nuestro Código Civil establece en el art. 3639: “El testamento ológrafo para ser válido en cuanto a sus formas, debe ser escrito todo entero, fechado y firmado por la mano misma del testador. La falta de alguna de estas formalidades lo anula en todo su contenido”.

Y, a su vez, la nota al mismo aclara. “Aceptamos el testamento ológrafo, reconocido en casi todas las legislaciones de Europa, por la facilidad que esta forma proporciona para testar. El que hace un testamento oló-

(162) MAZEAUD, Henri y Léon - MAZEAUD, Jean, obra, parte y volumen de cita (133), I. “Testamento ológrafo”. N° 972. “Acto solemne”, p. 364.

grafo puede meditarlo todos los días, leerlo, estudiarlo fácilmente y rehacerlo cuando quiera, y sin que nadie sepa si ha testado o no. Es su obra personal y exclusiva. Los escritores franceses nos dicen que la experiencia ha demostrado que es del todo remoto el peligro de la suposición de un testamento ológrafo.

El artículo no dice que todo acto escrito, datado y firmado por su autor será un *testamento* válido, sino que todo *testamento* escrito, datado y firmado por su autor será válido. Es preciso, pues, que haya un testamento, un propósito manifiesto de testar y una disposición de todo o parte de los bienes que dejará después de sus días. Véase Marcadé, sobre el art. 970, Coin Delisle, sobre el mismo artículo, n° 6.

La firma no es la simple escritura que una persona hace de su nombre o apellido; es el nombre escrito de una manera particular, según el modo habitual seguido por la persona en diversos actos sometidos a esta formalidad. Regularmente la firma lleva el apellido de la familia; pero esto no es de rigor si el hábito constante de la persona no era firmar de esta manera. Los escritores franceses citan el testamento de un obispo, que se declaró válido, aunque la firma consistía únicamente en una cruz seguida de sus iniciales, y de la enunciación de su dignidad. Véase Demante...”.

#### 1) El testamento ológrafo no escrito por el testador. Su nulidad

El art. 3640 del Código Civil establece que: “Si hay algo escrito por una mano extraña, y si la escritura hace parte del testamento mismo, el testamento será nulo, si lo escrito ha sido por orden o consentimiento del testador”.

En tanto su nota aclara: “...Como si el testador no pudiendo acabar el testamento, lo hubiese dictado a un tercero. Lo escrito contra la voluntad del testador en vida de él o después de su muerte, no podría traer la nulidad de acto, porque no se puede dar a un tercero la facultad de anular por ese medio un testamento regular. La única dificultad que se presenta es saber si la escritura extraña que se encuentra en el testamento ha sido o no hecha contra la voluntad del testador; mas ésta es una cuestión de hecho, que se debe abandonar a la apreciación de los jueces, apreciación que no es tan difícil como parece. La regla general es, que no hace parte del testamento todo lo que no está escrito de



mano del testador. Por este medio, si el testamento reducido a lo que está escrito de su mano, presenta un sentido completo y suficientemente claro, se ejecutará sin tener consideración a las adiciones emanadas de una mano extraña. En el caso contrario, el testamento no valdrá, porque no se podría buscar en las adiciones de otra mano, el complemento a la explicación del pensamiento que no siendo suficientemente claro, debía quedar sin ejecución. Véase Coin Delisle, sobre el art. 970 - Demante, tomo 4, n° 115 bis”.

La finalidad de la norma es clara, ya que, hace a la esencia constitutiva del testamento ológrafo que debe ser necesaria y exclusivamente extendido de puño y letra del testador, para garantizar la libre y propia expresión de la voluntad del disponente.

En consecuencia y, en tal supuesto, el testamento quedará circunscrito —en la medida que reúna las condiciones de tal—, a lo exclusivamente redactado por el disponente, de su puño y letra. Lo demás será ajeno al testamento. De no ser así, como dice la última parte de la nota, “...el testamento no valdrá, porque no se podría buscar en las adiciones de otra mano, el complemento a la explicación del pensamiento que no siendo suficientemente claro, debía quedar sin ejecución...”.

## 2) La forma de escritura y, la nulidad del testamento ológrafo

El art. 3641 del Código Civil, dispone: “El testamento ológrafo debe ser escrito precisamente con caracteres alfabéticos y puede escribirse en cualquier idioma”.

La norma sienta como requisito de validez del testamento que, este sea redactado con caracteres alfabéticos para que la última voluntad del disponente pueda ser leída e interpretada y, con ello implementada. Siendo así, el no cumplimiento de la exigencia legal, acarrea la nulidad del testamento por incumplimiento de la forma solemne impuesta.

Dejando en claro la norma que, cumplido lo que antecede, “...puede escribirse en cualquier idioma”. Circunstancia sumamente atendible en un país como el nuestro que, en gran medida, se formó con el arribo de contingentes migratorios europeos que hablaban distintas lenguas.

Por consiguiente, ello impide redactar el testamento ológrafo en taquígrafía; escritura Braille, por caso.

Por lo demás, planteando lo que antecede y, de cara al futuro, pensamos que en algún momento será necesario analizar de “*lege ferenda*”, la utilización de medios electrónicos para extender esta clase de actos jurídicos *mortis causa*.

Cumplíndose la norma del art. 3641 del Código Civil, no habrá inconvenientes en redactar el testamento ológrafo en cualquier papel o elemento susceptible de ser escrito, tampoco interesará el tipo de letra, ni el color de la tinta o bolígrafo e, incluso podrá emplearse papel membretado, aunque sea de uso comercial, ya que lo que esencialmente interesa es la intención de testar y que ello pueda desvincularse de otras anotaciones que no hagan al testamento, para que este pueda guardar su propia unidad conceptual.

## 3) La fecha como requisito de forma del testamento ológrafo. Su nulidad

Dispone genéricamente el art. 3639 del Código Civil: “El testamento ológrafo para ser válido en cuanto a sus formas, debe ser escrito todo entero, fechado y firmado por la mano misma del testador. La falta de alguna de estas formalidades lo anula en todo su contenido”.

De esta norma surge evidente que la fecha es un requisito esencial para la validez formal del testamento ológrafo; aunque no aclara en que debe consistir y, como se la debe insertar válidamente en el mismo.

Esto último está salvado en el art. 3642 del Código Civil, al sentar: “Las indicaciones del día, mes y año en que se hace el testamento, no es indispensable que sean según el calendario: pueden ser reemplazadas por enunciaciones perfectamente equivalentes, que fijen de una manera precisa la fecha del testamento”.

Y, en la nota a dicho artículo, el codificador brinda un ejemplo para ilustrar lo expuesto, al decir: “...Como si un testador escribiese: ‘firmado el Viernes Santo de 1869’...”.

En síntesis, lo que exige la ley para la validez formal del testamento ológrafo es que, de alguna manera pueda surgir de su texto con claridad, la fecha en que éste fue otorgado; aunque ello no concuerde necesariamente con la forma en que habitualmente el calendario gregoriano lo expresa, indicando explícitamente el número de día, el mes por su nombre y el año por su número.

Como dice Borda (163): "Bajo pena de nulidad, el testamento ológrafo debe estar *fechado* (art. 3639). Esta exigencia se explica por un doble motivo: en primer lugar, porque como el testamento posterior revoca el anterior, es indispensable saber cuál de los dos ha de prevalecer; en segundo término, porque es el elemento sustancial que permitirá decidir, si el testador era o no capaz en el momento de redactarlos".

Cabe señalar que, respecto a la falta de fecha, un fallo plenario de la Cámara Nacional en lo Civil de la Capital, ha resuelto que su falta total provoca la nulidad del testamento ológrafo (14/4/1980, LA LEY, 1980-B, 356). Por su parte, aclara Borda (164) que, en el supuesto de falta de fecha, la nulidad es relativa porque no afecta un interés público, social. "...En nuestro caso, no existen otros interesados en la nulidad que aquellas personas que heredarían los bienes en caso de anularse el testamento. Es decir, se trata de un interés particular y la nulidad es claramente relativa por lo que sólo pueden pedirlo los interesados (art. 1048).

Además, el artículo 3643 establece que fecha puede acreditarse por pruebas externas, siempre que la omisión haya sido involuntaria; por lo tanto, dice Ferrer, la falta de fecha no es un defecto que torne rígidamente nulo el testamento con sólo procederse a su constatación, porque siempre deja pendiente la posibilidad de la apreciación judicial sobre la base de la presentación de pruebas de la parte interesada".

Con respecto a la fecha incompleta, Borda (165), se plantea la cuestión de validez de aquellos supuestos en que el testamento contiene tan solo la indicación del mes y año, pero no, la del día. Y, en tal sentido expresa: "...Pero, ¿cuál es el fundamento de la exigencia de fecha? La respuesta es también clarísima: es necesario saber si este testamento es la expresión de la *última* voluntad del causante y si éste era capaz en el momento de otorgarlo. Pero si el causante no hubiera otorgado otro testamento en ese mismo mes y año; si no se ha puesto en cuestión su capacidad, la omisión del día en que se lo otorgó carece de toda trascendencia, de todo significado jurídico. Luego de alguna jurisprudencia

(163) BORDA, Guillermo A., obra y tomo de cita (111), punto 1170. "Exigencia de la fecha; modo de mencionarla", p. 206.

(164) Id. que anterior, punto 1173, "La nulidad por fecha incompleta o falta de fecha no puede declararse de oficio", p. 209.

(165) Id. que anterior, punto 1171. "Fecha incompleta", ps. 207/208.

vacilante, hoy los tribunales se inclinan decididamente por esta solución.

Todavía se puede agregar otra consideración en torno a la supuesta exigencia formal de que se mencione inexcusablemente el día. El artículo 3639, que contiene la exigencia de que el testamento sea "fechado", no menciona el día; y cuando una persona envía a otra una carta que dice "mayo de 1994" nadie puede afirmar seriamente que no está fechada. Es verdad que en el caso del testamento, los defensores de la teoría que impugnamos destacan que el art. 3642 menciona expresamente la indicación del día, mes y año en que se lo hace; pero este artículo no dispone que el testamento daba indicar día, mes y año, sino que todos estos datos pueden ser reemplazados por enunciaciones perfectamente equivalentes, que fijen de una manera precisa la fecha del testamento. Y es que la precisión del día puede ser indispensable en el caso de que el causante haya otorgado en ese mismo mes y año otro testamento o que en ese tiempo haya sido declarado demente. En ese caso, según ya lo hemos dicho, es indispensable la enunciación del día del otorgamiento, para poder determinar si ese testamento fue realmente la *última* voluntad del causante, o si éste era capaz de otorgarlo. Pero no mediando esas circunstancias, la enunciación del día es completamente superflua.

Cabe agregar que algunos fallos convalidaron testamentos en los cuales las primeras cifras del año estaban impresas, habiéndose completado la fecha de puño y letra del testador".

Al respecto, dispone el art. 3643 del Código Civil: "Una fecha errada o incompleta puede ser considerada suficiente, cuando el vicio que presenta es el resultado de una simple inadvertencia de parte del testador, y existen en el testamento mismo enunciaciones o elementos materiales que fijan la fecha de una manera cierta. El juez puede apreciar las enunciaciones que rectifiquen la fecha, y admitir pruebas que se obtengan fuera del testamento".

Ello ha permitido afirmar a Medina (166) que: "Hay que tener presente que el art. 3643 permite que la fecha incompleta pueda acreditarse mediante pruebas externas; por lo tanto, la fecha incompleta no es un

(166) MEDINA, Graciela, obra de cita (113), punto c) "Falta de fecha", p. 196.

defecto que torne rígidamente nulo al acto, pues siempre deja pendiente la posibilidad de una apreciación judicial, sobre la base de la presentación de pruebas por la parte interesada...”.

Respecto de la fecha falsa, la postura mayoritaria sostenida entre otros por Borda (167), sostiene en sentido contrario a la jurisprudencia francesa que, el testamento puede ser en principio antedatado o posdatao: “...Mientras sea indiferente desde el punto de vista de los eventuales derechohabientes la exactitud de la fecha, mientras sea inoperante que lo haya otorgado tiempo antes o tiempo después, no hay por qué permitir la prueba de la falsedad, ni admitir ninguna impugnación por este motivo...”.

En apoyo a esta postura mayoritaria, el art. 602 del Código Civil italiano de 1942 dispone en lo pertinente: “...La fecha debe contener la indicación del día, mes y año. La prueba de la falta de verdad de la fecha se admite solamente cuando se trata de juzgar de la capacidad del testador, de la prioridad de fecha entre varios testamentos o de otra cuestión a decidirse a base del momento del testamento”.

Para concluir, el “Proyecto de Código Civil de la República Argentina. Unificado con el Código de Comercio” de 1998, no sanciona con la nulidad de testamento al que contenga una fecha falsa, si con ello no se ha violado una disposición de orden público. Al respecto dice el art. 2422 del citado Proyecto: “El testamento ológrafo debe ser íntegramente escrito con los caracteres propios del idioma en que sea otorgado, fechado y firmado por la mano misma del testador.

La falta de alguna de estas formalidades invalida el acto. Sin embargo, la fecha incompleta no afecta la validez del testamento salvo que deban dirimirse controversias cuya solución dependa del tiempo en que aquel haya sido hecho. En tal caso el testamento carente de fecha precisa es de ningún valor, salvo que contenga enunciaciones o elementos materiales que permitan establecer la fecha de una manera cierta, a cuyo fin pueden admitirse pruebas que se obtengan fuera del testamento.

La firma debe estar después de las disposiciones, y la fecha puede ponerse antes de la firma o después de ella.

(167) BORDA, Guillermo a., obra y tomo de cita (111), punto 1173 bis. “Fecha falsa”, ps. 210/211.

El error del testador sobre la fecha no perjudica la validez del acto, pero el testamento no será válido si aquél le puso voluntariamente una fecha falsa para violar una disposición de orden público.

Los agregados hechos por extraños sólo vician el testamento cuando han sido efectuados por orden del testador o con su consentimiento”.

### c) Nulidad por defectos formales del testamento por acto público

Respecto del testamento por acto público, también llamado abierto, nos dice Castán Tobeñas (168), como introducción al tema: “Expresa con exactitud el art. 679 del Código Civil el concepto de este testamento, al decir que es aquel en que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone. Ya en el tema LI decíamos que las características esenciales del testamento abierto, son: la necesidad de la intervención de personas distintas del testador, en el otorgamiento del testamento (nota que lo diferencia del ológrafo); y la publicidad para dichas personas del contenido de la última voluntad (que lo diferencia del cerrado).

Algunos Códigos y autores extranjeros llaman a esta forma de testar *testamento público*, pero esta denominación es equívoca, pues en cierto sentido también es público (en cuanto lo autoriza un funcionario de esta clase y tiene plena autenticidad), el testamento cerrado. En nuestra Patria se suele llamar también al testamento abierto *nuncupativo* (de *nuncupare*, hablar, expresarse oralmente), porque de ordinario el testador manifiesta por medio de la palabra su voluntad, aunque hoy, según el Código, puede también manifestarla por escrito.

El testamento abierto puede tener, y tiene en la legislación comparada, multitud de formas por razón de las personas o funcionarios que lo autorizan. Así en Inglaterra no se conoce otra forma pública de testar que el testamento oral ante testigos; en Austria, Alemania y Suiza se admiten como formas públicas la notarial y la judicial; en Italia y en Escocia se conserva, para casos excepcionales, el testamento hecho ante un eclesiástico. Pero, como dice Valverde, es preciso reconocer que

(168) CASTAN TOBEÑAS, José, obra y tomo de cita (153), LIV. “Testamento abierto”, punto I. “Su naturaleza y formas”, p. 495.

todas estas formas van cayendo en desuso y va ganando importancia la forma notarial; buena prueba de ello es que el testamento otorgado por uno o varios notarios con el concurso del testigos está en vigor en Francia, Alemania, Suiza, Rusia, Bélgica, Holanda, Portugal y Estados Sud-Americanos”.

Por su parte, el art. 3654 del Código Civil expresa: “El testamento por acto público debe ser hecho ante escribano público y tres testigos residentes en el lugar”.

Cabe señalar como ventajas de este tipo de testamento que, brinda mayor seguridad de no ser destruido o que desaparezca. Viabiliza la posibilidad de testar a quienes no saben leer y escribir y, tiene la autenticidad propia de un instrumento público.

El art. 3657 del Código Civil, dispone: “ El escribano debe, bajo pena de nulidad del testamento, designar el lugar en que se otorga, su fecha, el nombre de los testigos, su residencia y edad, si ha hecho el testamento, o si sólo ha recibido por escrito sus disposiciones”.

Al respecto cabe aclarar como interpretación de la norma que, la constancia del lugar de otorgamiento del testamento es necesaria para determinar la competencia territorial del notario, conforme principios generales del Código Civil contenidos en los arts. 980 y 981. Y, de no ser así ello genera la nulidad del acto, rigiendo los arts. 1001 y 1004 del Código Civil; esto es que, la escritura pública deberá contener necesariamente “...el lugar, día, mes y año en que fuesen firmadas, que puede serlo cualquier día, aunque sea domingo o feriado o de fiesta religiosa...” (art. 1001 Cód. Civil). La consecuencia de tal omisión será la nulidad de la escritura, conforme lo determina el art. 1004 del Código Civil. Pero, por lo demás, el testamento contenido en una escritura pública nula, tampoco valdrá ni como testamento ológrafo al no ser posible la conversión formal prevista en el art. 987 del Código Civil, al no estar extendido en el caso, de puño y letra del testador y no cumplir con lo demás exigido en el art. 3639 del Código Civil.

Obviamente el testamento debe contener el nombre y firma del escribano otorgante, como del testador para precisar el acto y, en caso que el testador no supiera o no pudiera firmar, se aplicaran los arts. 3660, 3661 y 3662 del Código Civil, en la pertinente. Su omisión implica la nulidad prevista en el art. 3658 del Código Civil.

También, deberá precisar el nombre, residencia, edad y firma de los testigos del acto (conf. arts. 3657 y 3658 Cód. Civil).

Con respecto a la edad de los testigos, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha considerado que basta con la expresión de ser los testigos hábiles, a los fines de la validez del testamento (169).

El art. 3653 del Código Civil expresa: “El escribano pariente del testador en línea recta en cualquier grado que sea, y en la línea colateral hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad inclusive, no puede concurrir a la redacción del testamento”.

Se trata de una incapacidad de derecho que tiene por objeto preservar el principio ético de la imparcialidad del escribano en el acto testamentario. Por lo demás, la norma proyecta al ámbito sucesorio y, con mayor exigencia, un principio general conocido en el art. 985 del Código Civil.

Su incumplimiento, genera la nulidad del testamento.

El art. 3658 del Código Civil, dispone en lo pertinente que: “Bajo pena de nulidad, el testamento debe ser leído al testador en presencia de testigos, que deben verlo...”.

Como parece surgir de la norma transcripta, según interpretación de la doctrina, la lectura del testamento no necesariamente debe ser realizada en forma personal por el escribano interviniente, basta que lo sea en presencia del testador y los testigos ya que lo que se persigue es que el disponente esté en perfecto conocimiento del contenido del testamento y, por la particularidad de la materia, no es de aplicación el principio general contenido en el art. 1001 del Código Civil, en cuanto dispone que: “...El escribano debe dar fe de que conoce a los otorgantes, y concluida la escritura debe leerla a las partes...”. En lo personal entendemos que, esta última, la que surge del art. 1001 del Código Civil, es la interpretación acertada que, aunque no lo explicita el art. 3658, tampoco lo excluye; dándolo por sobrentendido a tenor del principio general del art. 1001 del Código Civil. No pudiéndose olvidar que, el fin esencial perseguido en esta clase de testamentos es la autenticidad y fe pública

(169) MORENO DUBOIS, Eduardo E., “El requisito de la expresión de la edad de los testigos del acto en el testamento por acto público. Su correcta hermenéutica”, LA LEY, 130-649/658.

que brinda el notario interviniente en todo el acto y, no en una parte del mismo, para lograr la plena seguridad jurídica del testador y, hasta de los herederos designados.

Respecto de la firma del testador en el testamento por acto público, cuatro artículos se refieren específicamente al tema. Ellos son, el 3659; 3660; 3661 y 3662, del Código Civil.

La firma es un requisito esencial, en razón de hacer propia del testador la manifestación de voluntad contenida en el testamento.

Razón por la cual, la falta de firma del testador en el instrumento, convierte al acto jurídico testamentario en inexistente. Principio que claramente se infiere del texto del art. 3659 del Código Civil: "Si el testador muriere antes de firmar el testamento, será éste de ningún valor aunque lo hubiere principiado a firmar" (170).

Los subsiguientes artículos enunciados, se refieren al supuesto de la validez de la firma a ruego.

El art. 3660 del Código Civil, sanciona con la nulidad del testamento el proceder del testador que sabiendo firmar alega falazmente que no sabe hacerlo. Y, al respecto dispone: "Si el testador sabiendo firmar, dijere que no firmaba el testamento por no saber firmar, el testamento será de ningún valor, aunque esté firmado a su ruego por alguno de los testigos, o por alguna otra persona".

Por su parte, aclara la nota a la citada norma: "La firma del testador es una de las formalidades indispensables toda vez que sea posible. Cuando él se niega a firmar el testamento, se hace dudosa la libertad de sus disposiciones. Hay lugar a presumir una sugestión a la cual ha querido sustraerse no firmando el testamento...".

En tanto los restantes arts. 3661 y 3662 del Código Civil, se refieren a dos supuestos distintos pero válidos de firma a ruego del testador.

(170) Conf. HERNANDEZ, Lidia Beatriz - UGARTE, Luis Alejandro, obra de cita (107), punto 2.17. "Firma del testamento. Falta de firma", p. 211, expresan: "...El testamento sin firma no es un testamento, pues evidencia la falta de un elemento esencial para su nacimiento, como lo es la voluntad testamentaria ratificada con la suscripción del instrumento".

Art. 3661 del Código Civil: "Si el testador no supiese firmar, puede hacerlo por él, otra persona o alguno de los testigos. En este último caso dos de los testigos por lo menos deben saber firmar".

Art. 3662 del Código Civil: "Si el testador sabe firmar y no lo pudiere hacer, puede firmar por él otra persona, o uno de los testigos. En este caso, dos de los testigos por lo menos deben saber firmar. El escribano debe expresar la causa porque no puede firmar el testador".

En tanto la nota a esta última norma, expresa: "La declaración de no saber o no poder firmar suple la firma, porque ella significa que el testador firmaría si le fuese posible. Esta declaración, y no solo el hecho de la impotencia, es la que debe ser expresamente mencionada. Lo mismo está ordenado para los actos ordinarios respecto a las firmas de la partes. Pero la ley debe exigir una declaración más precisa, expresándose la causa que le impedía firmar".

Aclarando Hernández y Ugarte (171): "...La aparente contradicción entre la nota y la norma se ha interpretado en la jurisprudencia a favor de aquella. Las notas no son la ley pero tampoco le son extrañas. Su valor es considerable si se tiene en cuenta, además, la aprobación a libro cerrado del Código Civil, contienen la opinión del redactor y permiten verificar sus fuentes.

Indudablemente la declaración a que se alude es la del testador, quien deberá señalar la imposibilidad de firmar y la causa que le impide suscribir.

La declaración de no poder firmar es un hecho personalísimo que ha de figurar en boca del testador como una de las expresiones que el notario asienta para dar fe del desarrollo del acto y para precisar su alcance, no por manifestación propia —que sería contraria a su función de escribano público— sino del causante".

#### *d) Testamento cerrado. Nulidad por defectos formales*

Como dicen los Mazeaud (172): "El testamento cerrado, o secreto, fue creado en el derecho romano por una constitución de Teodosio y Valen-

(171) Id. que anterior, punto 2.21. "Testador que no puede firmar", p. 213.

(172) MAZEAUD, Henri y Léon - MAZEAUD, Jean, obra, parte y volumen de cita (133), III. "El testamento cerrado", punto 991. "Historia", p. 378/379.



tiniano III, del 439; era llamado *tripertitum*, porque se había formado por elementos dispares tomados de tres formas de testamentos más antiguos. Se mantuvo en los *países de derecho escrito*, donde suplía la ausencia del testamento ológrafo.

El *Código civil*, lo conservó; pero ha perdido, en gran parte, *su utilidad práctica* en presencia del testamento ológrafo, igualmente secreto, y del testamento auténtico que presenta mayores garantías y un mayor valor probatorio. Apenas si ofrece interés más que para aquellas personas que, por no poder escribir, no quieren confiarse a un notario y para los mudos que quieren conferirle a su última voluntad una solemnidad mayor que la del testamento ológrafo.

La Comisión de reforma del Código civil lo ha mantenido, no obstante; lo califica de "testamento secreto" (arts. 914 y sigtes. del anteproyecto).

Y, en cuanto a sus formalidades agregan (173): "La ley del 8 de diciembre de 1950 ha atenuado las formalidades del testamento cerrado, al igual que lo ha hecho para el testamento auténtico.

Estas formalidades se encuentran descritas con detalle en los artículos 976 a 980 del Código Civil:

El testamento cerrado *se escribe por el testador o por un tercero, a mano o a máquina, y se firma* por el testador, salvo declaración ulterior de no saber firmar.

A continuación *se presenta cerrado y sellado al notario y a dos testigos*; el testador declarará que el contenido es su testamento y, de no haberlo escrito por sí mismo, que ha verificado personalmente el escrito; de lo cual resulta que sólo pueden testar en esta forma las personas que sepan leer (art. 978 del Cód. civ.). En cambio, un mudo puede otorgar un testamento cerrado; y formulará por escrito, en el acto de suscripción, la declaración exigida (art. 979 del Cód. civ.). El notario extiende por simple autenticación —lo cual quiere decir que no conserva el acta en sus protocolos (cfr. Parte primera, n° 413; art. 976, párr. 3°, y art. 20, párr. 2°, de la ley del 25 de ventoso del año XI, modificada por la ley del 8 de diciembre de 1950)— un *acta de suscripción*, escrita por él, o que hace que se escriba a mano o a máquina (el anteproyecto exige

que el acta de suscripción esté escrita de puño y letra del notario: art. 914, párr. 3°). Esa acta contiene la mención de su fecha, del lugar donde ha sido levantada, la descripción del pliego, del sello que le cierre; y se firma por el testador, el notario y los dos testigos. En su caso, el acta menciona la declaración del testador que no ha podido firmar el testamento o el acta de suscripción. Todas esas formalidades deben ir cumplidas "sin interrumpirlo con otros actos". Esta exigencia, como la de un lacre, que los tribunales quieren colocado de tal suerte que no se pueda abrir el sobre, tienen por finalidad *impedir toda sustitución del testamento*.

El testamento cerrado no se deposita obligatoriamente en la notaría; pero casi siempre el testador lo deposita en poder del notario que haya otorgado el acta de suscripción (el artículo 915 del anteproyecto del Código civil exige ese depósito) De todas formas, el testamento cerrado, al igual que el testamento ológrafo, debe ser presentado luego de la muerte del *de cuius* al presidente del tribunal civil, que hará la descripción en una acta (cfr. *supra*, n° 986).

Nulo como testamento cerrado, tal documento podrá ser válido como testamento ológrafo, con la condición de que esté enteramente escrito, firmado y fechado de puño y letra del testador".

Pero volviendo a nuestro derecho, el art. 3666 del Código Civil, dispone: "El testamento cerrado debe ser firmado por el testador. El pliego que lo contenga debe entregarse a un escribano público, en presencia de cinco testigos residentes en el lugar, expresando que lo contenido en aquel pliego es su testamento. El escribano dará fe de la presentación y entrega, extendiendo el acta en la cubierta del testamento, y la firmarán el testador y todos los testigos que puedan hacerlo, y por los que no puedan los otros a su ruego; pero nunca serán menos de tres los testigos que firmen por sí. Si el testador no pudiese hacerlo por alguna causa que le haya sobrevenido, firmará por él otra persona o alguno de los testigos. El escribano debe expresar al extender el acta en la cubierta del testamento, el nombre, apellido y residencia del testador, de los testigos y del que hubiere firmado por el testador, como también el lugar, día, mes y año en que el acto pasa".

Aclarando su nota que: "...Ni la fecha, ni el secreto son de esencia del testamento cerrado...". Con lo cual la falta de data, no afecta la validez de éste.

(173) Id. que anterior, punto 992. "Formalidades", ps. 379/380.

Sin perjuicio de ello, es de la esencia del testamento cerrado que esté firmado por el testador para hacer propia la voluntad testamentaria. Ello no es extensivo al sobre que lo contiene ya que al respecto, dispone la norma trascrita que: "...Si el testador no pudiese hacerlo por alguna causa que le haya sobrevenido, firmará por él otra persona o alguno de los testigos..."

Sin embargo, el testamento cerrado nulo por falta de alguna de las solemnidades, podrá valer como testamento ológrafo, si estuviera todo escrito y firmado por el testador.

Es lo que dispone el art. 3670 del Código Civil: "El testamento cerrado que no pudiese valer como tal por falta de alguna de las solemnidades que debe tener, valdrá como testamento ológrafo, si estuviere todo él escrito y firmado por el testador."

Y, a mayor abundamiento, precisa su nota: "Cód. de Luisiana, art. 1583. La resolución del artículo ha originado una gran cuestión entre los juriconsultos, sosteniendo algunos que cuando el testador ha querido hacer un testamento cerrado, y no vale por falta de solemnidad, tampoco puede valer como testamento ológrafo. La equidad y buen sentido rechazan la presunción de que una persona que en efecto ha querido testar no haya querido dar subsistencia a su última voluntad, habiendo un medio legal para que subsistiera cuando faltaba el medio que había elegido. La Ley Romana decía: *Nec credentus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda judicia sua; sed magis utroque genere voluisse propter fortuitos casus*. L 3, Dig. De test. Militis.- Troplong. *Testament*, n° 1654, expone los fundamentos de una y otra opinión. Hoy el mayor número de los autores ha admitido la validez del testamento como testamento ológrafo..."

Sin embargo y, a pesar de lo que antecede, la conversión testamentaria que plantea el art. 3670 del Código Civil, ha generado una discusión doctrinal sobre si para valer éste como testamento ológrafo, es necesario que contenga ó no la fecha en que ha sido otorgado. Mientras una postura de la doctrina enrolada en el derecho francés considera que la falta de fecha no afecta, en tal caso, la validez del testamento ológrafo cuando no está afectada la capacidad; conforme surge de la ley francesa del 8 de diciembre de 1950 que reformó el art. 979 del Código Napoleón. Otra postura considera que ello solo se remedia si el testamento cerra-

do nulo por defecto de forma que, no tiene fecha en su tenor, presenta en la cubierta la fecha en que fue entregado al escribano.

En cuanto a la responsabilidad del escribano por la nulidad del testamento cerrado por defectos formales, es de destacar que el Código Civil español contempla tal situación, al disponer en su artículo 715: "Es nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en esta sección; y el Notario que lo autorice será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si se probare que la falta procedió de su malicia o de negligencia o ignorancia inexcusables. Será válido, sin embargo, como testamento ológrafo, si todo él estuviere escrito y firmado por el testador y tuviere las demás condiciones propias de este testamento".

Nuestro derecho civil, salvo el supuesto del art. 3671, no contiene ninguna norma similar relativa a la responsabilidad del escribano, por lo que la cuestión ha debido subsanarse por la jurisprudencia de nuestros tribunales. Siendo claro, como dice Medina (174) que: "Considera nuestra jurisprudencia que los escribanos deben responder en forma patrimonial por los daños y perjuicios ocasionados por la celebración de actos nulos, cuando la nulidad sea consecuencia del mal desempeño de sus tareas."

Determina también que este mal desempeño es de carácter contractual, ya que quien recurre a los servicios de un escribano lo hace con el fin de recibir un servicio determinado".

### XIII. Bibliografía

AREAN, Beatriz, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Alberto J. Bueres, dirección. Elena I. Highton, coordinación, t. 6-B, Editorial "hammurabi", Buenos Aires, 2005.

AZPIRI, Jorge O, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Alberto J. Bueres, dirección. Elena I. Highton, coordinación, t. 6-B, Editorial Hammurabi", Buenos Aires, 2005.

(174) MEDINA, Graciela, obra de cita (113), V. "Responsabilidad del escribano", subpunto 2. "En el derecho argentino", p. 214.

BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil*. Parte General, t. II, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1984.

BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, ts. I y II, octava edición, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003.

CASTAN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español Común y Foral*, t. I. Madrid, Editorial Reus (S. A.), 1924.

CIFUENTES, Santos, *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*. Director Augusto C. Belluscio. Coordinador Eduardo A. Zannoni, t. 4. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979.

CIFUENTES, Santos, *Negocio Jurídico*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986.

CIFUENTES, Santos, *Elementos de derecho civil*, 4ª edición. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995.

COBAS, Manuel O. - ZAGO, Jorge, *Derecho civil parte general*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 2007.

"Código Civil. Comentado y Anotado". ts. I y IV. Directores: Santos CIFUENTES - Santos E. CIFUENTES. Coordinador: Fernando Alfredo SAGARNA. Editorial La Ley, Buenos Aires, 2007.

Código Civil Español.

Código Civil Francés.

Código Civil Italiano de 1942.

FASSI, Santiago, *Tratado de los testamentos*, ts. I y II. Editorial Astrea.

HERNANDEZ, Lidia B., *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Alberto J. Bueres, dirección. Elena I. Highton, coordinación. ts. 6-A y 6-B, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2006 y 2005.

HERNANDEZ, Lidia Beatriz - UGARTE, Luis Alejandro, *Régimen jurídico de los testamentos*. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2005.

LAVALLE COBO, Jorge E., *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, Anotado y concordado*. Director Augusto C. BELLUSCIO. Coordinador Eduardo A. Zannoni, t. 1, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979.

LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil Parte General*, t. II. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1961.

MAFFIA, Jorge, "La condición en las disposiciones testamentarias". LA LEY, 1982-D, 1014.

MAFFIA, Jorge, *Manual de derecho sucesorio*, ts. I y II. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1993.

MAZEAUD, Henri y Léon - MAZEAUD, Jean, *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Primera, volumen I, y Parte Cuarta, volumen II, traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

MEDINA, Graciela, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Alberto J. Bueres, dirección. Elena I. Highton, coordinación, t. 6-A, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2006.

MEDINA, Graciela, *Nulidad de testamento*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.

MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, traducción de Santiago Sentis Melendo, ts. I, II y VII. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

MORENO DUBOIS, Eduardo E., "El requisito de la expresión de la edad de los testigos del acto en el testamento por acto público. Su correcta hermenéutica". LA LEY, 130-649.

PEREZ LASALA, José Luis, *Derecho de Sucesiones*, ts. I y II, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978.

PEREZ RÍOS, José Luis, *La inhabilitación civil. Régimen sustancial y procesal*. Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004.

PLANIOL, Marcel - RIPERT, Georges, *Derecho Civil (Parte A)*, volumen 3, traducción de Leonel Pereznieta Castro, Editorial Harla, Mexico.

“Proyecto de Código Civil de la República Argentina. Unificado con el Código de Comercio”. 1998. Asociación de Docentes. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Buenos Aires.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., *Derecho Civil. Parte General*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000.

REIMUNDIN, Ricardo, “La captación de la voluntad del testador”, LA LEY, 1975-D, 177.

TRIGO REPRESAS - CAZEAUX, “Derecho de las obligaciones”, t. II, Librería Editorial Platense, Buenos Aires, 1975.

VIDAL TAQUINI, Carlos H., “Heredero forzoso: preterición y legado de usufructo”. LA LEY, 1987-C, 317. ♦

## CESION DE HERENCIA. OPONIBILIDAD A TERCEROS INSEGURIDAD Y REFORMA LEGISLATIVA

POR ANDRÉS RIVAS MOLINA

SUMARIO: I. Introducción. — II. Concepto. — III. Denominación del contrato. — IV. Naturaleza jurídica de la “Cesión de Herencia”. — V. Publicidad, oponibilidad e inseguridad jurídica. — VI. Primer plenario. — VII. Cambio normativo. — VIII. Segundo plenario. — IX. Otro cambio normativo. — X. Vigencia de un plenario. — XI. Nueva Jurisprudencia contradictoria. — XII. Reforma necesaria. — XIII. Importancia del contrato. — XIV. Propuesta de reforma necesaria. — XV. Conclusiones.

### I. Introducción

Como introducción al tema concreto de este trabajo, que es la debida publicidad a los efectos de la oponibilidad a los terceros de la cesión de herencia, y los conflictos que se han suscitado al respecto, hemos de referirnos a la denominación del contrato y a su naturaleza.

### II. Concepto

Con un alcance que va más allá de los propios del contrato nominado “Cesión de Créditos”, el art. 1444 del Cód. Civil prescribe: “Todo objeto incorporal, todo derecho y toda acción, sobre una cosa que se encuentra en el comercio, pueden ser cedidos...”. En estos amplios términos abarca a la cesión de derechos en general.

### III. Denominación del contrato

Aunque Vélez Sarsfield no ha legislado en particular sobre la cesión de los derechos recibidos por herencia (1), la designa "cesión de herencia" en el art. 2160 (evicción entre cesionarios y cedentes); también, pero en plural, en el asterisco (a) del artículo 1484; o como "cesión de derechos hereditarios" en el art. 1184, inc. 6° (terminología respetada por la ley 17.711 que modificó ese inciso) y, de igual modo, en el art. 2163. Al tratar los efectos de la cesión respecto de la aceptación de la herencia, el art. 3322 se refiere a "derechos sucesorios".

Ninguno de estos sinónimos está exento de críticas razonables. La diversidad de relaciones que abarcan esas denominaciones y las especiales particularidades de los distintas relaciones jurídicas que se pueden comprender, llevan a inclinarse por la más ajustada: "cesión de herencia", como la califica el art. 2160 (2).

También está propuesto que se legisle sistemáticamente como "Cesión de Herencia" en el anteproyecto de Biliboni y en el proyecto de reforma del Código Civil de 1936. Es, asimismo, la designación del proyecto de 1954, reiterada en los arts. 1144 a 1150. No es otra la del proyecto de 1993 (decreto 468/92), que en la nota al art. 1060 llega a la misma conclusión luego de analizar las distintas formas de designar el contrato y afirmar que no se trata exclusivamente de cesión de derechos, sino de una universalidad jurídica, o de una parte alícuota de ella. Se mantiene así en el Proyecto de 1998, denominación que en la Sección tercera: "Transmisión de herencia", aparece en los arts. 1553 hasta 1561, especialmente en el art. 1554 (3).

(1) En el Título IV, De la Cesión de Créditos, el codificador anticipa: Regularmente los códigos y escritores tratan en este título de la cesión de las herencias, método que juzgamos impropio, y reservamos esta materia para el libro IV, en que se tratará de las sucesiones".

(2) Fernando LOPEZ DE ZAVALIA, en su *Teoría de los Contratos*, edición 1976. Parte especial, t.1, ps. 642/3, punto 3, hace un estudio crítico de estas denominaciones.

(3) Se han evaluado todos los proyectos de reforma, aún aquellos que no incluyeron una regulación especial del contrato de cesión de herencia. Al respecto dice Santos Cifuentes en su comentario al fallo del 28/8/95, de la sala B, de la Excma. Cámara Civil, publicado en LA LEY, 1996-D, 559 "...criticablemente y prescindiendo de estos antecedentes que daban una encomiable enseñanza, el Proyecto de Unificación Legislativa de 1999 (arts. 1434 y sigtes. y de modo similar el Proyecto de la llamada Comisión Federal de 1993, aprobado por la Cámara de Diputados (OD. 1322-28-7-93), incomprensiblemente omitieron un tratamiento especial, aunque en algún desperdigado asunto, como el de la

### IV. Naturaleza jurídica de la "Cesión de Herencia"

Tal vez la falta de legislación sistemática sea la causa de tanto esfuerzo de la doctrina y los magistrados para caracterizar jurídicamente a este contrato. Discrepancias tan notables, reiteradas y sostenidas, dan interés y mantienen viva la ciencia del derecho (4).

Entre las divergencias que se tratarán en este trabajo es primordial precisar las que se refieren a su naturaleza jurídica y las consecuencias sobre los efectos del contrato que resultan de la misma.

Beatriz A. Garbini (5), menciona tres posiciones sustentadas en doctrina. Una de ellas la considera una cesión de créditos, que tiene a los coherederos como deudores de los derechos y acciones cedidas. Las objeciones a esta posición son de suficiente entidad como para no tratarla ahora. Tampoco se analizará la que considera que la cesión es la suma de cesiones de objetos, total o parcialmente, que constituyen el haber hereditario y que respecto de cada uno de ellos deben cumplirse las formalidades correspondientes para transmitirlos. Aunque no dejan de advertirse los aspectos prácticos de esta posición.

Tiene particular importancia estudiar las diferencias conceptuales entre los que consideran que se cede una universalidad. Para parte de la doctrina que así lo sustenta es jurídica y para otra es una *universitas facti*.

López de Zavallía ha desarrollado los argumentos que sostienen la transmisión de una sucesión universal *de iure*. Comienza por rechazar la incidencia contraria que para ese enfoque corresponde atribuir a la

forma de la cesión, dieron indicaciones concretas (art. 1443), lo que muestra la falta de perspicacia en tal consideración no autónoma por la necesidad de contemplar modalidades especiales."

(4) REZZONICO, Luis María, *Estudio de los Contratos, Compraventa... Cesión de Derechos*, p.700, 3ª ed., Depalma, 1967, al considerar desde qué momento produce efectos el contrato, dice: "Se vincula este tema al de la naturaleza jurídica..."

(5) GARBINI, Beatriz A. en BELLUSCIO, Augusto C., *Código Civil comentado*, t.VII, Apéndice "Cesión de derechos hereditarios", ps. 153 a 193. Con un detallado análisis esta autora distingue las consecuencias de admitir el carácter de sucesor particular —aunque aclara de una "universitas facti"—, de las consecuencias de aceptar el carácter de sucesor universal (ps. 163/164).



nota del art. 3280, que expresa: "No hay pues sucesión universal por contrato". La desestima por ser sólo una nota y por el ejemplo que contiene, al que otorga un alcance amplio que vincula con su posición. La nota, a su criterio, se refiere a la imposibilidad de contratar la sucesión hereditaria de una persona viva. Menciona como apoyo el texto del artículo mencionado.

Con alcance conceptual este autor distingue sucesión universal de sucesión *mortis causa*, por un lado, y sucesión y herencia, por el otro. Es distinto referirse a causa que a amplitud y características. Por su causa distingue sucesión *mortis causa* y entre vivos y, respecto de la amplitud y características, sucesión particular y universal.

Afirma que estos criterios quedan demostrados porque la sucesión *mortis causa* puede ser a título universal o a título particular y que, *mutatis mutandi*, no cabe negar que hay actos jurídicos entre vivos transmisivos de sucesiones universales.

Como se dijo, López de Zavalía sigue su desarrollo gramatical distinguiendo sucesión y herencia. A la primera palabra la toma como fenómeno de suceder (6) y a herencia como sucesión de una universalidad recibida. Concluye, entonces, que no es contradictorio hablar de una herencia que se recibe de un heredero por contrato de cesión. Apoya su razonamiento en el análisis de los dos preceptos que contiene el art. 3263. Argumenta con los arts. 3264, 3281.

Este desarrollo es notable, pero no logra vencer viejas objeciones como la de Fornieles, que un cuarto de siglo antes decía, citando a Zachariae, "La sucesión es, relativamente a aquél que la compra, *universitas facti*, no *universitas juris*".

No cabe duda, concluye este jurista, de que no se cede el carácter de heredero, al cesionario no se le infunde la calidad de heredero del autor de la sucesión; tampoco es heredero del cedente, del que no recibe su patrimonio, ya que se le transmite todo o parte del haber hereditario

(6) El Diccionario de la Real Academia Española da como primera versión de la palabra sucesión la empleada por López de Zavalía: acción y efecto de suceder y como cuarta y sexta versión: conjunto de bienes, derechos y obligaciones que, al morir una persona, son transmisibles a sus herederos o sus legatarios.

que perteneció al causante. "Es pues, una universalidad de hecho lo que se transmite..." (7).

Salas-Trigo Represas, en el apéndice sobre Cesión de Derechos Hereditarios, del "Código Civil anotado", dicen, con el respaldo de los fallos que citan: Por la cesión el heredero transfiere los derechos y obligaciones resultantes de su calidad de tal, lo que constituye una universalidad de hecho, pero no su calidad de heredero...". La cesión no tiene por objeto los bienes que integran el acervo hereditario individualmente considerados, pues no se trata de una universalidad de cosas, sino de una universalidad de los derechos, que se tienen como consecuencia de la calidad de heredero, por esta misma razón, el cesionario no puede pretender que se le entreguen determinados bienes de la sucesión, sino los que le correspondan en la partición (8).

Cifuentes emite su sufragio en los siguientes términos: ...se inclina por el criterio traslativo, pero no de la herencia o de una *universitas iuris*, sino del conjunto de bienes como sucesión singular de una *universitas facti*.

Es a las últimas posiciones resumidas y a la de Borda, Loyarte, Garrido-Zago, Pérez Lasala, Maffia, a las que adherimos.

## V. Publicidad, oponibilidad e inseguridad jurídica

La vastedad del contenido de la cesión de herencia, hace imposible tratar aquí con la debida extensión los múltiples aspectos conflictivos que suscita este interesante contrato, por lo que hemos considerado útil desarrollar el tema más evidente y revelador de la necesidad de buscar un remedio legislativo que consideramos imprescindible.

La publicidad y su oponibilidad a terceros han sido abordadas reiteradamente (9). Eso justificaría no dedicarle más que una referencia sinté-

(7) FORNIELES, Salvador, *Tratado de las sucesiones*, t. II, p. 303, parág. 442.

(8) SALAS, Acdeel - TRIGO REPRESAS, Félix A., *Código Civil anotado*, t. II, p. 211, 4, A) y B).

(9) Ya Guillermo A. Borda, con mucha anterioridad a la vigencia de ley 17.801, hablaba de las dificultades del tratamiento del efecto respecto a terceros, que pueden verse gravemente afectados por la cesión de derechos hereditarios, refiriéndose a "una verdadera anarquía en nuestra jurisprudencia". *Tratado de Derecho Civil Argentino, Sucesiones*, p. 535, Perrot 1958.

tica a las posiciones doctrinarias asumidas, a las normas legales vigentes y a los múltiples fallos que las han reflejado. Sin embargo, la notoria influencia que tiene sobre la seguridad jurídica y la forma en que esta seguridad se ha visto vulnerada a través de los años, incidiendo sobre el derecho de las personas, debido a modificaciones normativas pendulares, impone un nuevo tratamiento. Ya Fornieles al tratar los efectos de la cesión respecto a terceros afirmó que "Estamos en la parte más delicada y de mayor aplicación en esta materia (10).

Desde 1968 rige la ley 17.801 (11), que establece un régimen común en todo el país. Sobre el origen de esta norma nada mejor que remitirse a Felipe Pedro Villaro. Expresa este autor que en el decreto-ley 11.643/63 (ley de la provincia de Buenos Aires 6736), norma a la que califica como pionera en materia registral inmobiliaria argentina, aparecen por primera vez figuras, mecanismos, principios y técnicas que se introducen luego en la ley 17.801. Se remite también a la III Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad, de 1966, que aprobó un anteproyecto de ley nacional de registros (12), el que, junto con la ley local 17.417, fueron la fuente directa de la ley nacional 17.801.

A partir de la sanción de esta última ley, en el ámbito de la Capital Federal, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, se ha pasado por períodos en los que se podían registrar las cesiones de herencia en asientos personales y otros en que no estaba previsto. Estas distintas

(10) FORNIELES, Salvador, op cit., II, ps. 313 y siguientes. Hace un claro estudio de este tema, también con anterioridad a la vigencia de la ley 17.801.

(11) VILLARO, Felipe Pedro en su libro *Elementos de derecho registral inmobiliario*, Editorial Scotti, 3ª ed., 2003, hace un ilustrativo estudio histórico de la vigencia de la ley 17.801, a partir de la concepción de Vélez Sarsfield, que, afirma, rechaza la publicidad registral, y de la creación del "Registro de Propiedades, Embargos e inhibiciones" en la Provincia de Buenos Aires, en 1879, del Registro de la Propiedad de la Capital Federal, en 1881, y en varias provincias desde el año 1900. Analiza planteos de inconstitucionalidad contra los registros creados por leyes locales y los fallos de la Corte Suprema que los acogieron., para concluir con la sanción de la ley 17.801 del año 1968 y la incorporación tardía de la publicidad registral como ley común de fondo en el Código Civil, a casi cien años de su vigencia, con el nuevo art. 2505, introducido por la ley 17.711. Ver, BIBILONI, Juan Antonio, *Anteproyecto de Reforma del Código Civil Argentino*, t. VII, p. 84, "Del registro de inscripciones", Abeledo, 1932, donde expresa: "El Cód. Civil ha prescindido del Registro como medio de constitución y condición de eficacia de los derechos".

(12) Los autores de este anteproyecto fueron Edgardo Augusto Scotti, director general del Registro de la Capital Federal y Miguel Norberto Falbo, director del Instituto Registral.

circunstancias han tenido especial influencia sobre la publicidad del contrato para su oponibilidad a los terceros.

Una vez más es distinto el tratamiento de este punto a partir de la vigencia del decreto nacional 2080, reglamentario del registro de la propiedad inmueble, pero no en su texto originario sino en el ordenado por decreto nacional n° 466/99, y del dictado de la disposición registral n° 6, del 3/7/99, referente al asiento de la anotación personal de cesión de acciones y derechos hereditarios, y, por lo tanto, nuevamente es procedente determinar la renovada incidencia de estas disposiciones en las relaciones jurídicas.

El art. 2° de la ley 17.801 no legisló sobre una anotación de cesiones de herencia, pero en su inciso 3° dispuso que en los registros se inscribirán o anotarán los documentos que se establezcan por otras leyes nacionales o provinciales.

Con esa remisión legal, la ley 17.801 se integró para la Capital Federal, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, con la ley 17.417 local, que ya regía sin el sustento de una norma nacional, la que en su art. 58, establecía la inscripción en el registro de anotaciones personales, de la cesión de acciones y derechos hereditarios anteriores a la registración de la declaratoria o testamento.

Once años después de su vigencia, estas normas vinculadas no habían logrado encaminar a la jurisprudencia. López de Zavallía reconocía que la tesis que sustenta la necesidad de la inscripción en el registro inmobiliario había cobrado fuerza con las normas citadas y diversas normativas provinciales, pero negaba que la exigencia de inscripción resultara de la ley 17.801 y que pudiera ser extraída del art. 2505 del Código Civil, salvo renunciando al concepto unitario del contrato de cesión de herencia. Sostenía, en una posición que consideramos objetable, que si al tiempo de la cesión no se había iniciado el juicio sucesorio, era necesario hacerlo para poder acompañar al mismo la escritura pertinente, a partir de lo cual recién el negocio jurídico sería oponible a terceros (13).

(13) LOPEZ DE ZAVALIA, ob. cit., ed. 1976, Parte Especial, t.1, p. 665.

## VI. Primer plenario

En ese estado de cosas, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno, dictó el fallo *Díscoli A. T. s/ suc.* el 24 de diciembre de 1979 (14). La cuestión planteada a los señores Jueces fue: "Si la cesión de derechos hereditarios que comprende bienes inmuebles presentada en el proceso es oponible a terceros o requiere a ese efecto su anotación registral acorde con lo que dispone el CC. Art. 2505".

En forma impersonal, la mayoría consideró en primer término la seguridad de las relaciones jurídicas, concluyendo: "...incumbe al Estado resguardar los derechos de los particulares e interesa a los titulares de ellos hacerlos conocer por los terceros, para facilitar así las relaciones negociales".

El fallo considera los efectos del contrato de cesión entre las partes, para lo que basta el consentimiento sin ningún otro acto adicional y que con relación a los acreedores del causante, la muerte de éste y el trámite del sucesorio constituyen suficiente publicidad, máxime que tienen acción contra cedente y cesionario. Es con relación a los acreedores del heredero, respecto de los cuales pueden los bienes cedidos salir del patrimonio que es su garantía, por lo que resulta necesario fijar el momento de oponibilidad de una transmisión por acto entre vivos.

La mayoría continúa con una reseña de las encontradas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales, para concluir que la polémica "... ha quedado resuelta a través de la interpretación armónica del nuevo artículo 2505, en su correlación con la ley 17.801 y, para el ámbito de la Capital Federal, con la ley 17.417".

Continúa aseverando que a través del derecho positivo vigente ha perdido sustento afirmar que es suficiente la presentación en juicio del documento que instrumenta el contrato, "rudimentario sistema de publicidad" que importa la necesaria apertura del proceso sucesorio, condicionamiento que no surge de ningún texto legal.

Luego de mencionar el juego de las disposiciones entonces vigentes se transcribe el art. 58 de la ley 17.417 que regulaba, en ese entonces, la

(14) LA LEY, 1980- A, 327.

anotación en folios separados de la cesión de acciones y derechos hereditarios anteriores a la registración de la respectiva declaratoria o testamento.

El voto mayoritario impersonal fue el siguiente: "Para que la cesión de derechos hereditarios que comprende cosas inmuebles sea oponible a terceros interesados debe ser anotada en el Registro de la Propiedad".

Este plenario no ha estado exento de críticas, algunas más contundentes que otras.

En el mismo fallo, el voto por sus fundamentos del Dr. Raffo Benegas, expresa que la publicidad debe ser acorde con la naturaleza del derecho transmitido y por tratarse de una universalidad será preciso que la publicidad abarque a lo cedido como un todo ideal.

Coincide con la mayoría en que la publicidad debe producirse mediante la pertinente inscripción en el Registro Inmobiliario, en función de lo preceptuado por las leyes 17.801 y 17.417, pero no por aplicación del art. 2505 CC. por cuanto ello implicaría considerar la cesión como una acumulación de contratos relativos a cada uno de los objetos particulares que comprende la herencia, en lugar de tratarla como una universalidad jurídica. Luego de remitir al art. 30, inc. b) de la ley 17.801 y al 58 de la n° 17.417, concluye que resulta claro que la cesión debe inscribirse en los folios personales que lleva el registro.

Compartimos esta observación, que otorga amplitud a lo resuelto, pero no sin recordar que la cuestión propuesta se refirió concretamente a un cesión que comprende cosas inmuebles y que, además, estaba subyacente una objeción constitucional a sistemas de publicidad de los derechos reales por distintas disposiciones locales no previsto por las normas nacionales (15).

Como crítica dogmática de fondo, Zannoni considera que la invocación del art. 30 de la ley 17.801 implica olvidar que la cesión de derechos hereditarios no modifica durante la indivisión el estado o disponibili-

(15) GUASTAVINO, Elías P., "Oponibilidad de la cesión de herencia anterior a la declaratoria de herederos". El autor expresa sobre este tema: "Efectivamente, tales preceptos legales no parecieran limitar la obligación registral a casos de cesiones de herencia sobre inmuebles determinados cuyos asientos de dominio estuviesen registrados", LA LEY, 1988- B, 340.

dad jurídica de los inmuebles, por lo que ningún heredero podría por sí sólo disponer de un inmueble de la herencia —art. 3451— (16).

Lo que parece no advertirse en este argumento es que el plenario no consideró la disponibilidad de inmuebles como efecto de la cesión, sino la oposición a terceros de esa cesión de una universalidad de derechos hereditarios, todo ideal, inscripta con anterioridad a la declaratoria de herederos y que la cuestión publicitaria de las cesiones posteriores a la registración de la declaratoria o del testamento depende de las directivas del arts. 2505 CC. y 2, 20 y 22 de la ley 17.801 (17).

A su vez, Belluscio agrega que “la mayoría del plenario capitalino incurrió en notorios errores. No puede calificarse de rudimentario el sistema de publicidad mediante la agregación del testimonio al juicio sucesorio; por el contrario, puede ser aún más perfecto que la inscripción en un registro de anotaciones personales, por la mayor facilidad de consultar el expediente...” No compartimos esta crítica. La simple compulsu que permite el sistema de registración actual aparece como la mejor garantía de publicidad de la cesión instrumentada (18).

En el voto por sus fundamentos, el Dr. Vernengo Prack consideró necesario aclarar que la cesión no transmite el dominio o condominio sobre bienes hereditarios y que por estar publicitada por medio de anotaciones personales no hace concluir el derecho real de dominio que tienen los herederos sobre los bienes relictos y que no se debe entender que están definitivamente adquiridos por el cesionario.

## VII. Cambio normativo

¿Qué ocurrió luego para cuestionar la vigencia de este fallo plenario basado en normas concretas? Nada menos que un cambio básico en la legislación local.

(16) ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de las Sucesiones*, t. I, Comunidad hereditaria y partición, Astrea 2001.

(17) El art. 1561 del Proyecto de 1998, decreto 685/95 expresa “La cesión sobre bienes determinados que formen parte de una herencia o indivisión poscomunitaria no se rige por las normas de esta Sección sino por las del contrato que corresponda, y su eficacia está sujeta a que el bien sea atribuido al cedente en la partición; y el art 105 del decreto 2080/80, que “Una vez registrada la declaratoria o testamento, no se tomará razón de cesiones de acciones y derechos hereditarios con relación al asiento de dominio”.

(18) BELLUSCIO, Augusto C., “Efectos de la cesión de derechos hereditarios”, en estudios en homenaje al Dr. Guillermo a Borda, p.28.

La ley 22.231 del 3/6/1980 derogó a la ley local 17.417, y dispuso que en sesenta días el Poder Ejecutivo nacional debía dictar una nueva norma reglamentaria del Registro de la Propiedad para la Capital Federal, Tierra del Fuego, Antártida e islas del Atlántico Sur. Así se cumplió con el dictado del decreto 2080/80. Pero este decreto no incluía, entonces, la inscripción de las cesiones de herencia en la forma prevista en el art. 58 de la ley derogada, cuyo texto había gravitado en la conclusión del Plenario Díscoli (19).

La nueva norma reglamentaria sólo aceptaba la inscripción de las cesiones conjuntamente con la declaratoria de herederos o el testamento.

El péndulo se había movido, lo que provocó lógicamente que recrudecieran las discusiones sobre la forma de instrumentar la cesión de derechos hereditarios, porque, a falta de registro, ello incide sobre la oponibilidad a los terceros.

## VIII. Segundo plenario

Se requirió otro fallo plenario para enfrentar parcialmente el problema. La cuestión propuesta a los señores Jueces de Cámara fue la siguiente: “Si la escritura pública es la única forma idónea para instrumentar la cesión de derechos hereditarios”.

En el texto del voto impersonal se cita doctrina y jurisprudencia que demuestra la necesidad de este nuevo pronunciamiento. Adviértase las fechas de varios de los fallos allí citados, posteriores al cambio normativo, que demuestran que el conflicto doctrinario sólo estaba acallado. El plenario Díscoli es de fecha 24/12/79, el nuevo decreto reglamentario del 24/9/80, y a partir de su vigencia se sucedieron resoluciones judiciales en los años 1981 a 1985, opuestas a la doctrina legal obligatoria que resultaría de este segundo plenario de principios de 1986.

La escritura pública para instrumentar la cesión de herencia pasó a ser la solución más calificada para la mayoría, que votó en forma impersonal, descartándose como suficiente la presentación de un escrito en el proceso sucesorio.

(19) No se habría tratado de una mera omisión, sino de una posición doctrinaria asumida.

La conclusión se apoya en el art. 1184 inc. 6°, que luego de la reforma de la ley 17.711 prescribe que deben ser hechos en escritura pública la cesión repudiación o renuncia de derechos hereditarios sin el agregado: "que importen la suma de mil pesos" como regía anteriormente.

Con expresa citas doctrinarias de autores que sostienen que la escritura pública es un instrumento exigido sólo "ad probationem" (20), se desestima esta posición, por considerar a esta doctrina superada (21).

Se admite que la forma requerida es de solemnidad relativa, ya que si se omite la forma prescripta se podrá tener a la cesión por concluida una vez que se cumpla la solemnidad legal.

Luego se hace un estudio del inciso 2° del art. 1184, en su texto también modificado, que contempla la posibilidad de contar con un instrumento privado presentado al juez de la sucesión, lo que no ocurre en el inciso 6°, por lo que no se advierte la posibilidad de apartarse de lege lata de lo que prescribe este inciso. También se descarta la aplicación analógica del art. 1455, respecto de las cesiones de derechos litigiosos.

La mayoría termina afirmando que "para quedar concluida como tal la cesión de derechos hereditarios, debe ser efectuada en escritura pública. De no ser así, no tendrá efectos frente a terceros, pero nada obsta

(20) BORDA, ob. cit., 4ª ed., t. I, p. 557; GOYENA COPELLO, *Tratado de Derecho de Sucesión*, t. III, p. 549, y SPOTA, *Instituciones de Derecho Civil- Contratos*, 2ª reimposición, vol. III, p. 149, a lo que se suma la cita de fallos dictados hasta el año 1985, sustentando los mismos principios, varios de los cuales son posteriores al dictado del decreto reglamentario 2080 del 24/9/80, que dejó sin efecto la inscripción personal de las cesiones de herencias.

Gonzalo SOZZO, en *Derecho Civil Comentado*, director Ricardo Luis Lorenzetti, t. III, p. 219, se inclina por la forma "ad probationem" de la escritura pública. Aunque no trata en profundidad estos temas, admite la procedencia del acta judicial y el instrumento privado para ser presentado en la sucesión. Respecto de la publicidad frente a terceros, agrega a la escritura, la tradición e inscripción registral, en su caso, con lo que parecería que se está limitando a la cesión de derechos hereditarios sobre bienes inmuebles o a la cesión regida por la compraventa.

"Ad probationem" lo consideran también la sala 1ª Civ. y Com. Bahía Blanca, con voto en disidencia, LLBA. 2006-1346. La sala II de esa Cámara, causa "Franco, L. R. c. Fisco de la Prov. de Bs. As.", LLBA, 2007-626.

(21) GUASTAVINO, *Elementos sustanciales de los contratos*, en Boletín del Seminario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de La Universidad Nacional del Litoral, 1953, t. 4, p. 210; MOSSET ITURRASPE, *Teoría General del Contrato*, p. 277; LOPEZ DE ZAVALIA, ob. cit., Parte General, p. 182.

a la conversión del acto en otro, que satisfaga el interés de las partes, lo que surge del art. 1185..." Los señores Jueces transcriben literalmente el texto que posibilita esta decisión y concluyen que "Se estará, así, frente a una convención de cesión que legitima a las partes para exigir el otorgamiento de la forma prevista por la ley" (22).

En definitiva quedó como doctrina legal de este plenario que: "La escritura pública es la única forma idónea para instrumentar la cesión de derechos hereditarios".

En su fundado voto en disidencia los Doctores Burnichón y Motes de Oca, con la adhesión del Dr. de Mundo, sostienen la posición contraria a la mayoría. Invocan una realidad consolidada en la práctica judicial que admite que la escritura puede ser sustituida, también de manera idónea, por un acta judicial, o por un escrito presentado en los autos sucesorios, declarado auténtico por el juez. Agregan "la necesaria certificación previa, invariablemente requerida sobre la inexistencia de inhibiciones", todo lo que no aconseja la intervención notarial (23).

Se apoyan estos magistrados en razones de orden práctico, "en la notoria necesidad de asegurar la fluidez del tráfico de la circulación de bienes" al que se le opondrán incontables trabas, algunas burocráticas, sin beneficio para quienes tienen un interés legítimo tutelable, sin dejar de considerar el incremento de los costos que de por sí importa la tramitación del juicio sucesorio.

Cabe contestar a estos argumentos con los expuestos en el voto afirmativo por sus fundamentos del Dr. Alterini, que luego de analizar la intrascendencia de la supresión de la frase "bajo pena de nulidad" en el artículo 1184, por la ley 17.711, transcribe el artículo anterior que establece que decretada la forma del contrato este no valdrá si se lo hace con otra forma distinta.

Agregó este magistrado a lo prescripto por ese artículo: Hay más, el art. 976 dispone: "En los casos en que la forma del instrumento público

(22) ZANNONI, Eduardo A., "Forma de la cesión de derechos hereditarios, La exigencia de la escritura pública", JA, 1976-III-330.

(23) HERSALIS, Marcelo: "La cesión de derechos hereditarios y su instrumentación", nota a fallo, LLBA, 2007-626, hace un repaso de las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales respecto de la forma del contrato de Cesión de Herencia.



fuese exclusivamente ordenada, la falta de ella no puede ser suplida por ninguna otra prueba, y también el acto será nulo". Es decir que, como se ha ordenado "exclusivamente" la forma del instrumento público (escritura pública) su "falta" provocará que el acto sea "nulo" (24).

Si de la investigación realizada por la Secretaria de Jurisprudencia de la Cámara, que menciona el voto en disidencia, se evidencia la escasez de antecedentes jurisprudenciales referentes a juicios de escrituración de cesiones de herencias, ello es un buen ejemplo del acatamiento por las partes de lo dispuesto por los arts. 1197 y 1198 del Cód. Civil (25). Pero la mayoría de los juicios, mas allá de los planteados por cesionarios sucesivos de lo mismo, se suscitan con terceros y en tal sentido el desorden jurisprudencial ha atentado contra la seguridad jurídica.

Como bien dijo el Dr. Greco en su voto afirmativo por sus fundamentos: "No debe, empero, confundirse forma con publicidad; aquella se exige como modo de exteriorización del consentimiento, en tanto ésta como requisito de oponibilidad a terceros."

En "Díscoli" se trató específicamente esto último: la oposición a terceros requería la inscripción en el registro existente, en "Rivera" se decidió cual era la doctrina legal respecto a la forma idónea para instrumentar la cesión de derechos hereditarios (26).

## IX. Otro cambio normativo

Se anticipó, como razón de ser de este trabajo, que una vez más es distinta la situación a partir de la vigencia del decreto nacional 2080,

(24) LOPRETE, Rubén Marcelo, en su comentario a fallo "Cesión de Derechos Hereditarios" dice: "De un lado debió preservarse que cuando la ley no hace distinciones, éstas no deben introducirse por vía de interpretación. En este particular el texto del art. 1184, inc. 6°, del Cód. Civil, es concluyente y no requiere de interpretación alguna. De otro costado, correlativamente, debe atenderse a que ningún medio de interpretación es admisible como idóneo cuando se debe respeto al texto claro de la ley. No parece razonable apartarse del mismo con invocación de argumentos tales como valoraciones éticas, razones económicas, motivos de equidad u otros. El art. 16 del Cód. Civil supone un valladar que válidamente no puede franquearse."

(25) Ver fallo de la sala F de CNCiv., en LA LEY 28/6/2005,8, "Salgueiro O. c. Ochagavía M. y otros", sobre escritura pública, incomparecencia de la cedente, y arrepentimiento.

(26) GODOY, Humberto Luis: "Cesión de derechos hereditarios. (Por escritura o acta judicial)" publicado con posterioridad al fallo plenario "Rivera" en LA LEY, 1987-B, 1097. CApel.

reglamentario del registro de la propiedad inmueble, pero en su texto ordenado por decreto nacional n° 466/99, y el dictado de la disposición registral n° 6, del 3/7/99, referente al asiento de anotación personal de cesión de acciones y derechos hereditarios (27).

Es otro movimiento pendular que modifica los supuestos legales y retorna, con distinta normativa pero iguales alcances, a una situación similar a la que imperaba en la doctrina legal del plenario Díscoli, que expresó: "Para que la cesión de derechos hereditarios que comprende cosas inmuebles sea oponible a terceros interesados debe ser anotada en el Registro de la Propiedad".

Se consideró que este plenario había perdido vigencia por la derogación de la ley 17.417/77, que admitía, como ley local, la inscripción de las cesiones de herencia previas a la inscripción de la declaratoria de herederos.

El texto ordenado del año 1999 del decreto 2080/80, que rige actualmente, dispone en su artículo 98: "Si se hubiere efectuado cesión de acciones y derechos hereditario ella deberá ser inscripta simultáneamente con la declaratoria o testamento, sea que se acompañe el testimonio de sus partes pertinentes o el instrumento de cesión." Y en el siguiente artículo que "Una vez registrada la declaratoria de herederos o testamento no se tomará razón de cesión de acciones y derechos hereditarios con relación al asiento de dominio, salvo que se dispusiere judicialmente".

En el art. 137 el mismo reglamento agrega: En la secciones a que se refiere el artículo 30 de la ley 17801 y sus modificaciones se anotarán: ...b) la cesión de acciones y derechos hereditarios anteriores a la registración de la respectiva declaratoria o testamento.

El art. 30 al que se remite prescribe: El registro tendrá secciones donde se anotarán: b) Toda otra registración de carácter personal que dispon-

Civ., Com. y Garantías en lo Penal de Necochea "Montenegro E. c. Aggio H.E.", LLBA 2003-94, presentación de la escritura en el sucesorio, oponible a terceros.

(27) MENDEZ COSTA, María J. en su trabajo publicado en LA LEY, 1994-B, 1990, titulado "Forma y oponibilidad de la cesión de herencia en el derecho argentino proyectado" hace un detenido estudio de la doctrina y jurisprudencia con relación a la forma del contrato y su oponibilidad a terceros, que es anterior a las normas registrales ahora vigentes.

gan las leyes nacionales o provinciales y que incida sobre el estado o la disponibilidad jurídica de los inmuebles.

A raíz de lo expuesto se dictó con fecha 3/7/99, la Disposición Registral n° 6/99, firmada por el Dr. Isaac R. Molina, la que en sus considerandos expresa "Que resulta imprescindible que la aplicación de la norma permita cumplir los fines: publicidad que tuvo en miras al implantarse, sin entorpecer los negocios que se instrumenten. Que es menester regular el modo de registración de este negocio jurídico de manera que los interesados puedan verificar mediante la simple compulsión los documentos en que se hubieren instrumentado el alcance de los mismos".

En coincidencia con la doctrina legal obligatoria del plenario "Rivera", el Registro dispone que lo que se inscribe es una escritura pública. Luego establece los recaudos necesarios que deben cumplirse en esa escritura para que pueda ser inscrita: certificado de inhibiciones y de derechos hereditarios por el causante y los de inhibiciones por el cedente, entre otros.

Por lo tanto, esta disposición se ajusta a lo resuelto en ambos plenarios, haciendo hincapié en la necesaria publicidad y en facilitar la compulsión de datos por parte de los interesados, lo que considera especialmente la seguridad jurídica y evitar conflictos.

Así como antes de la firma de un boleto de compraventa se requieren habitualmente los pertinentes certificados de dominio e inhibiciones —y nadie debería concluir ese contrato sin obtenerlos— hay, por ahora, un registro de anotaciones personales que permite inscribir cesiones de herencia sin necesidad de haber abierto una sucesión y que protege los intereses de las partes y los terceros, y al que se deben requerir los certificados pertinentes. Se evita, asimismo, la dolosa transmisión de los mismos derechos a más de una persona. Si la sola escritura pública de cesión no tiene el efecto publicitario suficiente, lo tiene este medio de inscripción personal.

## X. Vigencia de un plenario

¿Puede la doctrina legal de un fallo plenario hacerse inaplicable por desaparecer su fundamento normativo y revivir años después al restablecerse iguales fundamentos?

La respuesta debe ser afirmativa. Respecto de la obligatoriedad de los fallos plenarios el art. 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, dispone: La interpretación de la ley establecida en una sentencia plenaria será obligatoria para la misma cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales sea aquella tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces dejen a salvo su opinión personal. Sólo podrá modificarse dicha doctrina por medio de una nueva sentencia plenaria.

La norma es clara, pero los hechos siempre superan lo previsto y se abre paso a la interpretación. Ya se ha sentenciado sobre un caso que tuvo en cuenta un cambio de la ley que regía al momento de dictarse un fallo plenario. La sala C, de CNCiv. (28) lo resolvió concluyendo que sólo cesa la obligatoriedad de un fallo plenario por modificación de la doctrina, mediante una nueva sentencia plenaria, o por cambio de legislación que derogue o modifique la norma interpretada por aquel, no bastando para considerar que ha perdido vigencia la sanción de una nueva ley, si ésta mantiene la misma norma objeto del plenario (29).

En orden a una interpretación similar, la vigencia del plenario Díscoli presenta una particularidad más, no es sólo el cambio sucesivo de legislación manteniendo la misma norma una y otra ley. En este caso igualmente ocurrió dicho cambio, pero con un intervalo de diecinueve años entre ambas normativas similares.

Respecto al aspecto temporal se ha pronunciado la Cámara Civil en el fallo plenario Kartopapel S.A. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, con voto del Dr. Alterini, y adhesiones por sus fundamentos de los doctores Belluscio y Cifuentes, concluyendo que "Los fallos plenarios no pierden vigencia por el mero transcurso del tiempo (30).

(28) ED, 92-431.

(29) Opinan de igual modo SERANTES PEÑA-PALMA, en *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. I, p. 694 y FENNOCHIETTO-ARAZI en *Código Procesal Civil de la Nación, comentado y concordado*, t. I, p. 894, parág. 3, ambos con cita del fallo comentado. En contra: CNCrim. y Correc. en pleno, 20/10/86, JA, 1987-I-152, respecto de normas de distinta naturaleza.

(30) CNCiv. en pleno, 15/7/1997, ED, 74-322. *Código Civil y Comercial de la Nación*, comentario al artículo 303, Goggi Carlos y Adriana Luján de Pildain, directores Elena H. Highton y Beatriz Areán.

Que la cuestión sigue produciendo dudas lo pone de manifiesto un fallo de primera instancia, que consideró inoponible la cesión debidamente registrada, por no haberse acompañado oportunamente la escritura al expediente, prescindiendo de los efectos y la fecha de esa inscripción personal y admitiendo un embargo sobre lo cedido —causa *Holcman Leib s/ Suc.* (31)—.

La sala A, de CNCiv., con buen criterio, revocó esta sentencia; hizo una reseña de las vicisitudes legislativas y jurisprudenciales detalladas más arriba y concluyó que el plenario “Discoli” recobró su vigencia, a partir de la sanción de las nuevas disposiciones registrales, siendo, por lo tanto, oponible la cesión desde que se produce su inscripción registral.

Este pronunciamiento contesta la pregunta anterior, porque nada ha afectado el contenido ni la conclusión de esa doctrina legal obligatoria, que sólo quedó en suspenso mientras careció de sustento legal. Por eso opinamos que ambos plenarios son actualmente obligatorios respecto a la forma del contrato y a su adecuada publicidad.

## XI. Nueva Jurisprudencia contradictoria

A esta altura del trabajo más discrepancias judiciales nos obligan a reiterar en forma ordenada el cuadro de fechas que demuestra los vaivenes del tema tratado:

*Año 1968* - Ley nacional 17.801, aún vigente. Se integra con la ley local 17.417, y queda implementada la inscripción de las Cesiones de Herencias previas a la inscripción de la declaratoria o testamento.

*Año 1979* - Considerando esa legislación, el plenario en la causa Alberto Teodoro Díscoli sienta como doctrina legal obligatoria la necesaria inscripción en el Registro, para poder oponer la cesión a terceros.

*Año 1980* - Es derogada la ley 17.417, por la ley 22.231 y se dicta el decreto 2080 reglamentario que suprime la posibilidad de inscribir la cesión.

(31) LALEY, 2002-E, 473.

*Año 1986* - Se dicta el plenario Rivera que prescribe la escritura pública para el contrato de cesión de herencia.

*Año 1999* - Por decreto nacional 466/99 se actualiza al decreto reglamentario, que pasa a ser “Decreto 2080, texto ordenado 1999”, el que vuelve a incorporar la inscripción de cesiones de herencia en su art. 137, lo que fue regulado por la disposición registral 6/99.

Creíamos haber llegado a un equilibrio a partir de 1999, gracias a normas armónicas, nacional y locales, dos plenarios vigentes y un fallo clarísimo del año 2002 de la sala A, que reconoce la vigencia actual del plenario Díscoli de 1979, de acuerdo con nuestro criterio.

Sin embargo, la sala M del mismo tribunal, resolvió en el año 2004, conforme al sumario de su publicación: “Corresponde revocar la resolución que estableció que a los fines de la inscripción de una cesión onerosa, ésta debía realizarse en instrumento público, pues la legislación vigente no incluye norma alguna sobre la eficacia y efectos de la cesión de herencia con respecto a terceros y el criterio mayoritario adoptado por la doctrina y jurisprudencia establecen como único procedimiento válido para otorgar publicidad al acto de cesión, y tornarlo oponible a terceros, la presentación en el sucesorio”.

Analicemos este pronunciamiento —más allá de este sumario— que considera que el único procedimiento válido para otorgar publicidad al acto de cesión es la presentación de la escritura pública en el sucesorio.

Comienza afirmando que el plenario Díscoli quedó sin sustento normativo a partir del dictado de la ley 22.231 —1980—, aserción que no compartimos, de acuerdo con el fallo citado de la sala A, que es un antecedente de singular importancia que, sin embargo, no se menciona en este nuevo pronunciamiento.

Continúa con la afirmación más cuestionable: “La legislación vigente no incluye ninguna norma sobre la eficacia y efectos de la cesión de herencia con respecto a terceros.

El fallo omite mencionar el texto ordenado de 1999 del decreto 2080 y la disposición registral 6/99, que tiene como fundamento cumplir los fines de publicidad y permitir que los interesados puedan verificar mediante simple compulsa los instrumentos en que su hubieran instru-

mentado la cesión de herencia. Además, todos los precedentes jurisprudenciales que se mencionan en la sentencia analizada son anteriores a 1999, fecha de vigencia de las normas indicadas.

Aún argumentándose —lo que no compartimos— que las normas vigentes en esta jurisdicción “no se pronuncian sobre la eficacia y efectos de la cesión de herencia con respecto a terceros”, no existe en este fallo una crítica fundada que respalde la inaplicabilidad de la legislación que es sustento del criterio opuesto al que se arribó. Si la misma sentencia consideró que el plenario Díscoli tuvo suficiente sustento normativo, el que era similar al actual, no se entiende porque éste nuevo “sustento normativo” no fue analizado y ni siquiera mencionado, aún si se admitiera que el plenario Díscoli perdió vigencia (32).

Esta sala ya había resuelto en igual sentido en el año 2002, en la causa Kaliman c. Bromberg, pero hemos preferido analizar el fallo posterior en los términos que anteceden, por ser más detallado (33).

Otro fallo de la sala H, del año 2005, parece desconocer la vigencia del plenario Díscoli y la existencia de la normativa vigente, t.o. 1999 del 2080, y Disposición Registral 6/99. Aunque sus fundamentos son menos claros que los de la sentencia de la sala M (34).

Por su parte, la CNCom., sala B, desestimó la exigencia de inscripción en el Registro, porque la cesión de derechos hereditarios fue anterior a la vigencia del decreto 466/99, con lo que implícitamente reconoció la necesidad de esta inscripción, respecto de actos posteriores (35).

## XII. Reforma necesaria

Una vez más se pone de manifiesto la tarea constructiva de la doctrina y jurisprudencia para suplir la falta de tratamiento especial del con-

(32) CNCiv., sala M, “Arvas Fernando c. Trabado Rufina”, fallo del 21/5/2004, LA LEY 14/9/2004.

(33) CNCiv., sala M, expte R363054, “Kaliman Raquel c. Bromberg Jacobo s/ sucesión”, diciembre de 2002.

(34) CNCiv., sala H, expte. R424885, “Grinberg David s/ Sucesión ‘ab-intestato’”, 16/5/2005.

(35) DJ, 2004-1-868, fallo del 16/10/2003, “Neumann Neumann., Guillermo, s/ quiebra”. En el fallo publicado en LA LEY 2003-F 899, del 1/9/2003, causa “M., J. M s/ suc.”, la sala G de la CNCiv. resolvió que se requiere el otorgamiento de escritura pública, con lo que se adecua al plenario “Rivera”.

trato de cesión de herencia, que regule su formación y efectos, o sea, el régimen que lo caracteriza. Son muchos los estudios doctrinarios que se ocupan de este tema, contemplando la totalidad de la figura o algunos de los múltiples aspectos que suscitan distintas opiniones, reflejadas en los fallos divergentes. Tanto esos estudios, como los de investigación de jurisprudencia (36), desarrollan el tema en forma sistemática, de acuerdo con el criterio de cada autor.

No cabe duda que se necesita una reforma legal que abarque la Cesión de Derechos en general. Esa es la aspiración de todos, pero éste trabajo tiene un objetivo más humilde.

Con el objeto de poner en evidencia los alcances de la legislación pendiente, hemos analizado los proyectos de reforma del Código Civil actual o unificado con el Código de Comercio, que, dejando de lado diferencias de detalle, coinciden en muchos de los aspectos principales. Por eso se ha optado por comentar el texto del proyecto de 1998 —decreto 685/95— (37), que se atuvo a la reforma constitucional de 1994 y al contenido de materias relativas a los derechos civil y comercial de los tratados con jerarquía constitucional, conforme el artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional (38).

Para mensurar la magnitud de la reforma necesaria, nada mejor que la nota de elevación del Proyecto. En ella la Comisión Redactora explica que no se han incluido notas, como las del Código Civil vigente, porque no las tiene ningún código civil conocido, ni los otros códigos argentinos, lo que se justificaba en el último tercio del siglo XIX, considerando el avance de la cultura jurídica en el país y, principalmente, por las discordancias de muchas notas con el texto legal, generadoras de graves discusiones doctrinarias (39).

Aún así la Comisión consideró importante informar por separado sobre los fundamentos del Proyecto en 334 apartados explicativos.

(36) SALAS-TRIGO REPRESAS, ob. cit., t. II; MATTERA, Marta del R. y ARPIN, Roberto Eduardo, “Cesión de Derechos Hereditarios”, ED, 108-531.

(37) Publicado por la Asociación de Docentes de la UBA, presentado por Oscar J. Ameal, coordinado por Aurora Basalú Parkinson.

(38) Nota de elevación del proyecto de la Comisión Redactora, publicación por Asociación de Docentes de la UBA, citada, ps. 21/22.

(39) Es discutible que estos debates doctrinarios resultaran “inútiles”, como también se los califica en los Fundamentos.

En el proyecto se caracteriza al contrato de cesión como aquel mediante el cual una de las partes transfiere a la otra un derecho —art. 1527, Proy.—, manteniendo la regla de la transmisibilidad de todo derecho, lo que coincide con el art. 1444 del Código Civil vigente.

Al contrato de cesión se le aplican las reglas de los contratos de compraventa, permuta o la donación —art. 1528 del proyecto—, a los que, sin similar economía, remite nuestro Código Civil en los arts. 1435, 1436 y 1437.

Respecto al tema elegido para el presente trabajo, se conserva la regla de la forma escrita y se exige escritura pública para la cesión de derechos hereditarios —art. 1532, inc. a), Proy.—, pero no se incluye en esa norma la repudiación o renuncia de la herencia, como en el artículo 1184 del CC., reformado por la ley 17.711 (40).

Resulta necesario transcribir el apartado 25 explicativo, que abarca la mayoría de los temas discutidos por los autores y los jueces. Se manifiesta allí, luego de aclarar que el Proyecto subsana la omisión del tratamiento del contrato en nuestra ley actual, que lo hace “estableciendo que el cesionario adquiere los mismos derechos que le correspondían al cedente en la herencia, y que tiene, asimismo, derecho a participar en el valor de los bienes que antes de la cesión han sido consumidos o enajenados a título oneroso o gratuito, con excepción de los frutos percibidos, y el valor íntegro de los que se han gravado; y que la cesión comprende las ventajas que puedan resultar ulteriormente por colación, por las renuncia de disposiciones particulares del testamento o por caducidad de éstas. Regula las garantías por evicción; los efectos sobre relaciones jurídicas extinguidas por la confusión ocasionada por la transmisión hereditaria, que se consideran subsistentes en las relaciones entre cedente y cesionario; las obligaciones del cesionario frente al cedente, así como su responsabilidad por las deudas que, en ambos casos, llega sólo hasta el valor de la porción de la herencia recibida. La eficacia de la cesión de derechos sobre bienes determinados que forman parte de una herencia o una indivisión poscomunitaria, está sujeta a que el bien sea atribuido al cedente en la partición”.

(40) En el Proyecto se admite que la renuncia se pueda realizar tanto por escritura pública como por acta judicial, salvo casos de caducidad del derecho de opción y en el caso de intimación para aceptar. Esta disposición está incluida en el título de las sucesiones —art. 2249—.

De todos estos temas, debatidos doctrinariamente hasta el cansancio, estamos tratado sólo uno, cuya complejidad ilustra respecto a la magnitud de la tarea legislativa pendiente.

Luego de establecer las pautas generales que hacen a la esencia de la cesión de derechos, el proyecto se ocupa de las situaciones típicas del contrato de cesión de herencia.

Cabe acotar que en un sistema escrito de derecho como el nuestro, apegado a actuar y razonar partiendo de normas que sientan principios generales, legislar adecuadamente implica evitar controversias como las generadas por éste contrato y otorgar orden y seguridad en las transacciones, afianzando la seguridad jurídica (41).

Con un método que va armónicamente de lo general a lo particular se llega en el Proyecto de la Cesión de derechos a la regulación de las situaciones enumeradas en el apartado explicativo 25, propias del contrato de Cesión de Herencia de las que sólo transcribiremos los vinculados con los que ahora estudiamos:

*Art. 1553. Desde cuándo produce efectos:*

a) Entre las partes: “La cesión del derecho a una herencia ya deferida o una alícuota de ella, tiene efectos entre los contratantes desde su celebración”.

Esto es así porque, dejando de lado los aspectos formales, el contrato queda concluido con el consentimiento de las partes contratantes.

Se configura este contrato de cesión de herencia, deferida por la muerte del causante, cuando un heredero transfiere a otra persona todo o parte alícuota de los derechos y obligaciones recibidas del causante. No se transmite el patrimonio o partes de éste sino los derechos y obligaciones que

(41) CIFUENTES, Santos, en su comentario a fallo citado, dice respecto del contrato: “La mejor ubicación y método que importa colocarlo dentro de un título general como el de “cesión de derechos”, desprendiéndolo del específico capítulo de la “cesión de créditos”, requiere no obstante un acápite separado para asumir las peculiaridades propias de esta operación negocial, puesto que cualquier derecho singular, o conjunto unitario de derechos —así por ej. un fondo de comercio— no es igual a los derechos hereditarios, en donde ha de verse el traspaso de una inconfundible universalidad.”



resultan de la sucesión que recibe el heredero o coheredero. Al cesionario no se traspasa el título o condición de heredero, que no es cesible, por lo cual, salvo convención expresa, no queda obligado *ultra vires*.

El art. 900 del Proyecto, al referirse a la consensualidad, prescribe que los contratos quedan concluidos para producir sus efectos propios desde la manifestación del consentimiento, es decir, con la oferta y la aceptación —art. 915, Proy.—. Este último artículo remite al título que regula los hechos y actos jurídicos, en el cual el art. 249, Proy., se refiere a la manifestación de la voluntad.

Continúa el art. 1553, Proy.: b) “En relación a los otros herederos, legatarios y acreedores del cedente, produce efectos desde que la escritura pública se inscribe en el registro referido en el artículo 2186”.

Este artículo 2186, Proy., concerniente a la publicidad registral, establece cuáles son las situaciones jurídicas que deben inscribirse con relación a las personas, y en el inciso b) se refiere a “La cesión de derechos hereditarios”, lo que se vincula con el art. 1532, Proy., que determina la forma de la cesión y que en su inciso a) exige la escritura pública para ese contrato transmisivo.

El siguiente inciso del art. 1553, Proy. expresa: c) “...Al deudor de un crédito de la herencia..., le es oponible a partir de su... notificación... conforme al artículo 1534.”

Este último artículo se refiere al contrato de cesión en general y a los efectos respecto de terceros. La cesión tiene efecto para el deudor cedido desde su notificación por instrumento público o privado de fecha cierta, sin perjuicio de las reglas especiales sobre bienes registrables.

Art. 1561. “Cesión de bienes determinados. La cesión de derechos sobre bienes determinados que formen parte de una herencia o indivisión postcomunitaria no se rige por las normas de esta Sección sino por las del contrato que corresponda y su eficacia está sujeta a que el bien sea atribuido al cedente en la partición”.

Con este conciso articulado que hemos transcripto como ejemplo quedan abarcadas las cuestiones que motivaron la necesidad de dictar dos fallos plenarios, consecuencia de las discrepancias jurisprudenciales y doctrinarias que se alimentan en el vacío legal actual.

### XIII. Importancia del contrato

Antes de la conclusión de este trabajo, es necesario preguntarse si el contrato de cesión de herencia tiene suficiente importancia en el ámbito de los negocios jurídicos. Son varios los autores que han agotado este tema. Humberto L. Godoy lo plantea así: “¿Cuándo o en qué circunstancias de hecho tiene lugar una cesión?” y responde, por el desinterés del heredero por el escaso valor del acervo, o el afán de beneficiar a un coheredero, para prevenir un conflicto futuro o simplificar el juicio sucesorio; un heredero de edad avanzada que quiere evitar otro juicio sucesorio cede a sus hijos, todos supuestos que encuadra en el ámbito de familia, sin conflictos. Luego trata la transmisión a terceros, por un interés pecuniario o, también para evitar conflictos futuros (42).

Cifuentes hace una exhaustiva enumeración de las circunstancias que motivan concluir este contrato, la que es útil transcribir: la necesidad inmediata de fondos sin esperar la terminación del juicio sucesorio; la rápida definición del estado patrimonial, soslayando lentos pasos del traslado de los bienes; la pretensión de esquivar divergencias y conflictos con otros herederos; la de beneficiar lo más pronto posible a un coheredero o a un tercero, evitando dobles traspasos; la obtención de créditos proporcionando como garantía todo o parte de lo heredado, el propósito de desligarse de los letrados, autoridades judiciales, administradores, albaceas; el sacrificio económico para lograr tranquilidad (43).

Si una legislación completa y ordenada como la del Proyecto comentado, o alguno de los anteriores, rigiera, no hubiera sido necesario escribir cientos de páginas y se habrían evitado arduos debates, más allá de la conformidad de cada jurista con la ley vigente, en todo o en parte. Sin duda no se habrían producido fallos contradictorios en cuestiones principales, con agravio a los intereses individuales, como los que han provocado la necesidad del dictado de dos plenarios, uno de ellos sujeto a las modificaciones de las normas locales en cuanto a la permanencia de su doctrina obligatoria.

El efecto dañoso de la cosa juzgada y los fallos contradictorios ejecutoriados en cada caso concreto, no quedó modificado por la doctrina

(42) GODOY, Humberto Luis, trabajo citado.

(43) CIFUENTES, Santos, comentario a fallo citado.

legal obligatoria a la que se arribó luego de dictados cada uno de los plenarios motivados por esas divergencias (44).

A más de la desorientación de los particulares dispuestos a ser cedentes o cesionarios sobre la forma de encarar, instrumentar y prevenir daños, o de los terceros afectados por esas relaciones jurídicas, numerosos derechos individuales han quedado lesionados en el camino, no por la arbitrariedad de los magistrados, sino por la libertad del pensamiento jurídico que la ausencia de normas permite —art. 16 del Cód. Civil—.

En definitiva la cesión de los derechos en general es un capítulo esencial de los negocios jurídicos y la cesión de herencia cubre necesidades e intereses importantes de las personas.

#### XIV. Propuesta de reforma necesaria

Sería obvio reiterar la conveniencia de legislar sistemáticamente sobre la cesión de los derechos en general. Es tarea menos ambiciosa, pero discutible, intentar una reforma tipificando y regulando aisladamente al Contrato de "Cesión de Herencia", prescindiendo del articulado previo de la cesión de derechos en su totalidad, que debe introducir los principios generales que resultarán aplicables a cada una de las cesiones especiales.

Es mucho más simple y posible encarar la regulación legislativa concreta de la forma y la publicidad de la cesión de herencia.

En este último supuesto de menor pretensión, con un régimen común de alcance nacional, se daría certeza y seguridad a estos negocios jurídicos (45).

El art. 2º, inciso c) de la ley 17.801 establece cuales son los documentos que se deben inscribir en el Registro de la Propiedad Inmueble: inci-

(44) PODETTI, J. Ramiro, *Tratado de los actos procesales*, Ediar, 1955, p. 462. "Concluido el proceso para la construcción de la sentencia, y agotadas las instancias y recursos que cada ordenamiento jurídico prevé para asegurar una mejor justicia, la norma legal que decide el caso, se torna inderogable...".

(45) BELLUSCIO, Augusto C. "Efectos de la cesión de derechos hereditarios", en estudios en homenaje al Dr. Guillermo a Borda, se refiere a las objeciones de orden constitucional (p. 28).

so a) Los que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles; inciso b) Los que dispongan embargos inhibiciones y demás providencias cautelares.

No está previsto expresamente en esta norma común para todo el país, la necesaria inscripción de las cesiones de herencia, pero ello queda cubierto, lo que es a nuestro juicio el origen de todos estos problemas, por el inciso d) que faculta a que se disponga la inscripción conforme lo establecido por otras leyes nacionales o provinciales, y posibilita regímenes distintos o cambiantes.

Eduardo A. Loustaunau, ya preguntaba en 1983, luego de haberse suprimido en el orden local la posibilidad de la inscripción en registros personales de la cesión de herencia y antes de dictarse del fallo plenario Rivera: ¿Cómo ampara la ley a los acreedores del cedente? ¿Cómo se tutela el derecho del cesionario frente a otros cesionarios? ¿Qué solución da al caso de un heredero que ha cedido a personas distintas sus derechos? ¿Qué norma resulta aplicable en el caso de un acreedor del cedente que embarga las acciones y derechos hereditarios de su deudor, estando agregada la cesión al expediente pero no inscripta en el Registro de la Propiedad? (46).

Todos saben que una sucesión puede comprender al causante, herederos y bienes, acreedores, deudores, que estén domiciliados y localizados en distintas jurisdicciones provinciales y nacionales, sin excluir a los ubicados fuera del país. El heredero que vive en La Quiaca y quiere ceder derechos hereditarios respecto de una sucesión radicada en Usuhia, o en cualquier otro lugar, con bienes ubicados en distintas partes del territorio nacional, podrá recibir asesoramiento equivocado o insuficiente y cometer errores dañosos para sus legítimos derechos.

Si obligatoria es la disposición registral de inscribir las inhibiciones en todo el país en los términos del art. 30. inc. 1º de la ley 17.801, que por su naturaleza no se refieren a bienes determinados, también debería serlo la anotación de cesiones de herencias, anteriores a la apertura del juicio sucesorio o del dictado de la declaratoria o aprobación del testamento, esté o no abierta la sucesión cuyos bienes se ceden, ya que por la

(46) LOUSTAUNAU, Eduardo A., "La Cesión de derechos hereditarios y su publicidad", JA, 1983-III-739. Este autor sugería la creación de un registro especial y, para completar el sistema, la publicación de edictos.

naturaleza de este contrato abarcan una universalidad de hecho. Queda en claro que este registro no gravita sobre el estado ni la disponibilidad de los bienes porque no es de carácter real sino personal (47).

Sin embargo, éste es por ahora un tema de disposición local, sujeto a la posibilidad de sucesivas variaciones, conforme las leyes nacionales locales o provinciales, decretos reglamentarios o disposiciones registrales, multiplicadas por la cantidad de jurisdicciones existentes.

El resultado resulta poco valioso y objetable, como opinamos ha ocurrido en el caso que analizamos, porque ha habido un juego pendular negativo en la armonización de la ley 17.801 y las normas locales de la Capital Federal, Tierra del Fuego, Islas del Atlántico Sur y Antártica Argentina.

Además, ya no existe el Territorio Nacional de Tierra del Fuego, que es provincia desde 1990, con su constitución jurada el 1° de junio del año 1991 y jurisdicción registral propia. Para más dificultades, ahora tenemos una Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con su constitución, leyes, y tribunales propios, sin contar otras aspiraciones (48).

¿A quiénes corresponde legislar sobre este tema? ¿Qué puede ocurrir con el Registro Inmobiliario de los bienes de la ciudad de Buenos Aires? ¿Qué otro movimiento pendular podríamos tener a corto plazo en esta jurisdicción local?

## XV. Conclusiones

Dos son las conclusiones de este trabajo. En primer término afirmamos que los plenarios de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Díscoli Alberto Teodoro s/ Suc., del 24 de diciembre de 1979, que dispone que deben inscribirse las cesiones de derechos hereditarios en el Registro para que sean oponibles a terceros, y Rivera de Vignatti, María F.M. s/ suc. del 24 de febrero de 1986, que estableció que la escritura

(47) Conf. F.P. VILLARO, ob. cit., ps. 172 y sigtes. Agrega el autor: Se inscribe para publicar el contrato de cesión, con lo que se pretende evitar la doble cesión por parte del titular de las acciones y derechos. Sostiene que la exigencia de escritura pública responde a una eficaz protección de la seguridad jurídica, p. 174.

(48) No son pocos los intentos anteriores de crear el registro civil de la ciudad de Buenos Aires.

ra pública es la única forma idónea para instrumentar la cesión de derechos hereditarios, son doctrina legal obligatoria. Estos plenarios y las normas registrales actuales deberían otorgar estabilidad jurídica local por el momento, lo que no ocurre.

En segundo término, se considera que sería necesario dictar una ley nacional que modifique el art. 2° de la ley 17.801, incorporando al mismo la inscripción obligatoria de las cesiones de derechos hereditarios, sin perjuicio de las facultades reglamentarias de las jurisdicciones locales. Igual incorporación habría que hacer en el artículo 30 de esa ley.

El texto reformado de la ley 17.801 que proponemos, quedaría así:

Art. 2°.— De acuerdo con lo dispuesto por los arts. 2505, 3135 y concordantes del Código Civil, para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de esta ley, en los mencionados registros (49) se inscribirán o anotarán, según corresponda, los siguientes documentos:

a) Los que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles;

b) Los que dispongan embargos inhibiciones y demás providencias cautelares y *la cesión de acciones y derechos hereditarios anteriores a la registración de la respectiva declaratoria o testamento.*

c) Los establecidos por otras leyes nacionales o provinciales.

### ...Registro de Anotaciones Personales

Art. 30.— El Registro tendrá secciones donde se anotarán:

a) La declaración de la inhibición de las personas para disponer libremente de sus bienes;

*b) Las escrituras de cesión de acciones y derechos hereditarios anteriores a la registración de la respectiva declaratoria o testamento;*

(49) Los registros de la propiedad locales de todo el país. Por lo que hemos consultado a expertos en materia registral, la inclusión como asiento de anotaciones personales de cesiones de herencia, no podría crear inconvenientes insalvables a esos registros si se considera que de acuerdo con el art. 30 de la ley 17.811, ya se inscribe en sus secciones la inhibición de las personas para disponer de sus bienes.

c) Toda otra registración de carácter personal que dispongan las leyes nacionales o provinciales y que incida sobre el estado o la disponibilidad jurídica de los inmuebles.

El texto propuesto seguiría siendo compatible con la norma local, decreto 2080, texto ordenado 1999 por decreto nacional 466/99, art. 137. Cualquier otra norma que la reforme debería ajustarse al mismo.

En este proyecto de reforma queda bien en claro que lo que se inscriben son escrituras públicas, de acuerdo con el plenario Rivera, y que se otorga un sistema adecuado de publicidad, conforme lo consideró el plenario Díscoli, pero a partir de la nueva ley tendría fuerza obligatoria como norma común para todo el país. Deberían mantenerse en la reglamentación pertinente local las actuales disposiciones del art. 137 (50), también las exigencias para el otorgamiento de escrituras de Cesión de Acciones y Derechos Hereditarios que contiene la Disposición Técnico Registral n° 6/99, con la necesaria presentación del certificado de inscripción de cesiones anteriores.

Esta propuesta de reforma legal pretende concluir con las contradicciones existentes y evitar los riesgos de nuevos cambios en las legislaciones locales. El texto posible, que modificaría las actuales normas, u otro texto legal con similar alcance, aportarían la seguridad jurídica que consideramos necesaria en este tema tan debatido, que continúa creando dificultades. ♦

(50) Y en las reglamentaciones locales de todo el país.

## DISTINTOS SUPUESTOS LEGALES DE PROTECCION DE LA VIVIENDA DEL CONYUGE SUPERSTITE

POR EDUARDO A. SAMBRIZZI

SUMARIO: I. Introducción. — SUPUESTOS CONTEMPLADOS EN LA LEY 14.394. II. La ley 14.394 contempla supuestos especiales de protección del interés del cónyuge supérstite. — III. Con respecto al bien de familia: a) Nociones generales. b) El supuesto contemplado en el inciso b) del artículo 49. c) Prerrogativa del cónyuge supérstite para requerir la inscripción del bien de familia dispuesto por testamento. — IV. La indivisión de la casa habitación. — V. La indivisión de un establecimiento que constituya una unidad económica. — VI. Reglas relativas a la indivisión del inmueble: a) El término de la indivisión es por diez años. b) Con respecto a la ejecución del bien por parte de los acreedores. — EL DERECHO REAL DE HABITACIÓN DEL CONYUGE SUPERSTITE. VII. La norma que consagra el derecho en análisis y su antecedente. — VIII. Finalidad del otorgamiento del derecho y procedencia del mismo en caso de duda. — IX. Naturaleza jurídica del derecho de habitación del cónyuge supérstite. — X. Requisitos de aplicación de la norma: a) Haber el causante fallecido con posterioridad a la sanción de la ley 20.798. b) Ser el único inmueble habitable integrante del haber que se transmite, el cual no debe estar en condominio con terceros. c) Con relación al requisito de que el inmueble debe haber constituido el hogar conyugal. d) El beneficio debe ser invocado por el esposo sobreviviente. e) Cuestión relativa a si los muebles del hogar se encuentran incluidos en el beneficio. f) Con respecto a la propiedad del inmueble asiento del hogar conyugal. g) La norma requiere que el valor del inmueble no debe ser mayor que el límite máximo por el cual las viviendas pueden ser constituidas como bien de familia. — XI. Caracteres del derecho de habitación y normas aplicables. — XII. El derecho real de habitación debe ser inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble. Oponibilidad del derecho. — XIII. Derechos y obligaciones del habitador. — XIV. Extinción del derecho de habitación del cónyuge supérstite. — XV. Diferencias entre el derecho real de habitación y el beneficio del artículo 53 de la ley 14.394.

### I. Introducción

Desde hace ya tiempo se ha comenzado a extender una saludable conciencia social protectora de la vivienda familiar, en virtud de la cual

se han dictado en el país diversas normas enderezadas a evitar que los integrantes de una familia —o al menos, la mayor parte de los mismos, e inclusive sólo uno de ellos, como es en el caso del cónyuge supérstite— se vean de pronto, con motivo del fallecimiento de uno de los esposos, en una situación de desamparo en lo relativo al lugar en el que habitan.

Seguidamente haremos referencia a algunas de esas normas —que constituyen excepciones al principio de divisibilidad, tanto del acervo hereditario (art. 3452, Cód. Civil), como de la sociedad conyugal (artículo 1315)—, aunque debemos aclarar que en el análisis nos limitaremos a analizar la situación del cónyuge una vez fallecido su consorte, así como también, que no nos ocuparemos de todos los aspectos involucrados en los distintos temas en estudio, sino sólo de aquellos que creemos más relevantes.

#### SUPUESTOS CONTEMPLADOS EN LA LEY 14.394

### II. La ley 14.394 contempla supuestos especiales de protección del interés del cónyuge supérstite

Son varios los casos a los que se refiere la ley 14.394 en los que se le ha dado una especial protección al interés del cónyuge supérstite —y, en particular, con relación a la vivienda del mismo—, entre los cuales se encuentra el denominado bien de familia, así como también el relativo a la posibilidad de requerir la indivisión de la casa habitación de carácter ganancial que fuera la residencia habitual de los esposos, como asimismo la de un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole tal que constituya una unidad económica, que hubiera sido adquirido o formado en todo o en parte por el cónyuge supérstite.

### III. Con respecto al bien de familia

#### a) Nociones generales

El denominado *bien de familia*, legislado en los artículos 34 y siguientes de la ley 14.394, del año 1954 (1), tiene una finalidad tanto de orden

(1) Con relación a los antecedentes habidos en nuestro país del “bien de familia”, remitimos a lo recordado al respecto por ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, 5ª ed., Buenos Aires, 2006, p. 641.

económico como social, acarreado la afectación de un inmueble bajo ese régimen una serie de ventajas —a las que se refiere la ley—, entre otras, que el mismo no será susceptible, como principio general, de ejecución o embargos por deudas posteriores a su inscripción como tal. La afectación del inmueble en el régimen del bien de familia debe ser practicada de acuerdo a lo que se dispone en la mencionada ley, tanto en cuanto a las personas a cuyo favor se debe constituir, como en lo relativo a los restantes aspectos contemplados en ella, estando el propietario o su familia obligados a habitar el bien sobre el cual se constituye el “bien de familia” (2), así como, en el caso de que en el inmueble se desarrollare una actividad económica, a hacerlo por cuenta propia, *salvo excepciones que la autoridad de aplicación podrá acordar sólo transitoriamente y por causas debidamente justificadas* (art. 41).

Debe tratarse de un inmueble urbano o rural —sólo uno, pues la misma persona no puede constituir más de un “bien de familia” (art. 45, ley 14.394)—, el que debe ser de propiedad del constituyente, o de éste y del cónyuge supérstite, no debiendo su valor, dado por la valuación fiscal del inmueble, exceder las necesidades de sustento y vivienda de los mismos y de su familia, según normas que, tal como dispone el artículo 34, *se establecerán reglamentariamente* (3). Sobre lo cual cabe señalar que el tope máximo de la valuación fiscal del inmueble para poder ser constituido como bien de familia, que en un principio fue establecido en determinados montos en las distintas provincias (4), fue posteriormente dejado sin efecto en varias de ellas, como también en el orden nacional, lo cual fue así, en este último caso, en el supuesto de que el inmueble *estuviere destinado a vivienda del constituyente o su familia, o cuando, además de ese destino, se llevara a cabo actividad lucrativa desarrollada personalmente por el titular o los beneficiarios de la institución* (5), pudiendo

(2) Por lo cual, un bien arrendado no puede ser constituido como bien de familia. Conf., GUASTAVINO, Elías P., Bien de Familia, en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, dirigida por Carlos A.R. Lagomarsino y Marcelo U. Salerno, t. I, Buenos Aires, 1991, p. 499.

(3) Dicha reglamentación se produjo mediante los decretos 2513/60 (modificado posteriormente por los decretos 1722/71 y 3091/73), 38/63, 2528/66 (actualmente derogados) y 2080/80, que rige para la ciudad de Buenos Aires.

(4) De acuerdo al art. 9º del decreto 2513/60, reglamentario de la ley 14.394, “las Provincias podrán establecer valores diferentes de los enunciados en el artículo precedente, de acuerdo con el nivel económico local”.

(5) Conf., art. 168 del decreto n° 2080/80, reglamentario de la ley 17.801, que se ocupa del régimen a que quedarán sujetos los Registros de la Propiedad Inmueble existentes en la Capital Federal y las provincias.



do, por tanto, en la actualidad, en las jurisdicciones en las que se dejó sin efecto el límite máximo, constituirse un inmueble como bien de familia con independencia de su valuación fiscal.

Y si bien la desafectación del inmueble de dicho régimen debe ser practicada de acuerdo a lo que resulta de las normas establecidas en la ley 14.394, corresponde considerar cada supuesto en particular. Sobre lo cual queremos recordar un caso en el que había fallecido el constituyente del bien de familia y concurrían a la sucesión (en la que el acervo hereditario era, según se afirmó, "de significación en términos relativos") la cónyuge supérstite y dos hijas del primer matrimonio del causante, habiéndose resuelto contra la oposición de aquella, desafectar el inmueble de su inscripción como bien de familia, por exceder el mismo las necesidades de la viuda, a la que tampoco se le había otorgado el derecho real de habitación consagrado en el artículo 3573 *bis* del Código Civil. También se tuvo en cuenta para resolver, que el conflicto se planteaba estrictamente dentro del ámbito familiar (y no, en cambio, mediante la acción de una pretensión externa proveniente de un tercero acreedor), como asimismo, en razón de la legítima expectativa de las restantes herederas a la partición, y al hecho de la desaparición de la familia como tal, con lo cual —se afirmó— se había de tal forma agotado el propósito social económico del instituto en cuestión. Se señaló, igualmente, que el bien de familia no involucra la obtención de ventajas patrimoniales indebidas bajo la apariencia de tutela del interés familiar (6).

*b) El supuesto contemplado en el inciso b) del artículo 49*

La ley 14.394 se ocupa en forma específica de la protección del cónyuge supérstite, entre otros, en su artículo 49, que se refiere a la desafectación del inmueble y la cancelación de su inscripción en el registro inmobiliario como bien de familia. En efecto, en el inciso b) de dicha norma se dispone que dicha desafectación y cancelación procederá a solicitud de la mayoría de los herederos, cuando el "bien de familia" se hubiere constituido por testamento, si bien ello ocurrirá, se agrega, salvo que medie disconformidad del cónyuge supérstite o existan incapaces, caso en el cual el juez de la sucesión o la autoridad competente resolverá lo que sea más conveniente para el interés familiar.

(6) CNCiv., sala D, LA LEY, 1984-C, 198.

De lo transcripto resulta la facultad que se le otorga al cónyuge supérstite para oponerse a la desafectación y consiguiente cancelación de la inscripción del beneficio del bien de familia en el pertinente Registro inmobiliario, aunque como resulta del artículo, esa oposición no será admitida si el juez o la autoridad competente consideran que la misma no resulta conveniente para el interés familiar. Marina Mariani de Vidal ha puesto de relieve que la norma persigue un loable propósito, ya que responde a un sentimiento de justicia al tratar de que el esposo sobreviviente no quede desamparado (7).

La ventaja que se le otorga al cónyuge en dicha disposición resulta evidente, en particular en el supuesto de que el inmueble a ser afectado al régimen de la ley 14.394 sea de carácter propio del causante, y aquél tenga una porción minoritaria en el inmueble.

*c) Prerrogativa del cónyuge supérstite para requerir la inscripción del bien de familia dispuesto por testamento*

Asimismo, en el artículo 44 de la ley 14.394 se le otorga al cónyuge supérstite —o en su defecto, a la mayoría de los interesados—, en el supuesto de que el causante hubiere dispuesto por testamento la constitución de un "bien de familia", la prerrogativa de poder sólo él, sin intervención de los restantes coherederos, requerir la inscripción de ese beneficio en el Registro inmobiliario.

Cabe sin embargo aclarar que en el supuesto contemplado, el constituyente del bien de familia no es el cónyuge supérstite, sino el causante, no obstante lo cual, la ley le otorga a aquél con preferencia, la prerrogativa de completar la voluntad del fallecido. Pues de ello se trata, es decir, de *completar* esa voluntad (8), circunstancia necesaria para que el juez deba ordenar la afectación del inmueble al régimen de la ley 14.394.

(7) "Ley 20.798: Derecho real de habitación del cónyuge sobreviviente", LA LEY, 1976-C, 498.

(8) Conf., ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, cit., t. I, p. 650, párr. 517. De conformidad a la última parte del art. 44 de la ley 14.394, "si entre los beneficiarios hubiere incapaces, la inscripción podrá ser solicitada por el asesor o dispuesta de oficio por el juez".

#### IV. La indivisión de la casa habitación

Otra de las normas de la ley 14.394 que presta una especial protección al cónyuge supérstite, la constituye el artículo 53, según cuya última parte, el mismo puede oponerse por el término de diez años a la división de *la casa habitación construida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal formada por el causante, si fuese la residencia habitual de los esposos*.

Como se advierte, el beneficio nace de la ley, dependiendo su ejercicio de la opción que el esposo sobreviviente exteriorice al respecto (9). De la norma transcripta resulta que además de haber constituido la residencia habitual de los esposos, la casa habitación tiene que haber sido adquirida o construida con fondos gananciales, siendo indistinto que la misma haya sido de titularidad del causante, del cónyuge supérstite, o de ambos en forma conjunta, cualquiera que sea la proporción en la titularidad. También se encuentra incluido en la norma el supuesto de que la casa habitación hubiera sido construida con fondos gananciales en un terreno de carácter propio de uno de los esposos (10), lo que es así en virtud del contenido del precitado artículo 53, no obstante que en ese caso la construcción tiene el carácter de bien propio del dueño del terreno (conf., art. 1266, Código Civil), sin perjuicio del derecho a recompensa a favor de la sociedad conyugal.

Se ha sostenido que el cónyuge supérstite divorciado o separado por su culpa, o que fuera indigno de heredar o desheredado, no puede ejercer el derecho conferido en la última parte del precitado artículo 53 (11); y si bien ello no surge en forma explícita de la ley, el hecho de que la norma requiera que la casa habitación *fuese la residencia habitual de los esposos*, parece denotar en un primer análisis, la necesidad para poder ejercer ese derecho, de que los cónyuges hayan cohabitado en la casa en

(9) Conf., VIDAL TAQUINI, Carlos H., "De algunas cuestiones sucesorias ante la concurrencia del cónyuge", LA LEY, 1976-C, 204.

(10) Conf., MICHELASSI, Liliana Lourdes, "Partición de la sociedad conyugal", en *Código Civil Comentado. Derecho de Familia Patrimonial*, de MENDEZ COSTA, María Josefa, Santa Fe, 2004, p. 317; BELLUSCIO, Augusto César, *Manual de Derecho de Familia*, 5ª ed., Buenos Aires, 1991, t. II, p. 173; MENDEZ COSTA, María Josefa, *Derecho de Familia*, de dicha autora y D'ANTONIO, Daniel Hugo, Santa Fe, 1990, t. II, p. 274, a.3.3).

(11) CADOCHE de AZVALINSKY, Sara, en *Derecho de Familia*, de MENDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo, t. III, Santa Fe, 1991, p. 362.

cuestión hasta el fallecimiento del causante, lo que, de hecho, implica que no se haya producido entre ellos una situación tal —de divorcio o separación— que haya llevado a uno de los esposos a abandonar el hogar. Sin embargo, la cuestión no es clara, en especial con respecto a la situación de que haya sido el esposo sobreviviente el que —con independencia de la culpa en la que pudo haber incurrido— haya quedado habitando el que fuera el hogar conyugal, debiendo además tenerse en cuenta en el análisis, que de acuerdo con la norma, la casa debe haber sido *construida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal*, o sea, con dinero del que, al menos una parte, le corresponde al supérstite. En definitiva, creemos que también en el supuesto recién referido conserva su vigencia el propósito tuitivo que ha llevado a la ley a proteger la vivienda del supérstite, lo que nos lleva a concluir que al cónyuge o ex cónyuge sobreviviente, aún separado o divorciado del causante, con o sin culpa, que habitaba la casa al tiempo del fallecimiento de este último, le asiste el derecho que consagra el artículo 53 de la ley 14.394, de requerir la indivisión del inmueble. Con relación a lo cual también debe considerarse que la culpa tiene efectos en la relación existente entre los dos esposos, pero no en la que existe entre el cónyuge supérstite y los herederos del causante.

Cabe asimismo señalar que el cónyuge que hace uso del beneficio que le otorga el artículo 53, debe compensar a los restantes herederos del causante por el uso exclusivo del bien, ya que, como bien señala Vidal Taquini, no existe norma legal ni razón alguna para apartarse de la aplicación de los principios generales que rigen la cuestión (12).

#### V. La indivisión de un establecimiento que constituya una unidad económica

Asimismo y no obstante alejarnos un tanto del tema central de esta nota —referente a la protección de la vivienda del cónyuge supérstite—, creemos de interés recordar que de conformidad a lo establecido en la primera parte del recién referido artículo 53 de la ley 14.394, el cónyuge que hubiese adquirido o formado en todo o en parte un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole tal

(12) VIDAL TAQUINI, Carlos H., "De algunas cuestiones sucesorias ante la concurrencia del cónyuge", cit., LA LEY, 1976-C, 204. Conf., MENDEZ COSTA, María Josefa, *Derecho de Familia*, cit., p. 276, a.5).

que constituya una unidad económica, también puede oponerse a la división de ese bien por un término máximo de diez años.

Para la aplicabilidad de la norma se requiere que el esposo sobreviviente invista el carácter ya sea de "socio", o el de heredero, o, por supuesto, ambos caracteres (13). Además y como resulta de dicha disposición, el establecimiento debe haber sido ganancial de titularidad conjunta de los esposos, o sólo del cónyuge supérstite, o que este último haya contribuido efectivamente a formarlo (14). Pero no, en cambio, si el establecimiento es ganancial de titularidad exclusiva del causante, y el esposo sobreviviente no contribuyó a su formación (15).

Del contenido del artículo resulta que se está ante una indivisión forzosa, limitada en el tiempo y de un plazo máximo de diez años. Mientras permanezca indiviso, el bien deberá ser administrado por el cónyuge supérstite, aunque, como es lógico, los beneficios que se obtengan deberán ser distribuidos entre los herederos, en proporción a la parte que les corresponde en la herencia.

Borda afirma que el propósito de la ley al hablar de bienes que constituyan una *unidad económica*, ha sido el de asegurar un medio de vida decoroso al cónyuge supérstite, pero no, en cambio, impedir la división de bienes cuantiosos, por lo que, a su juicio, no se encuentra protegido el latifundio; aunque agrega que cuando se trata de un establecimiento industrial o comercial, éste debe ser considerado una unidad económica, por importante que sea, pues no puede ser dividido sin destruir o perjudicar gravemente su capacidad productiva (16).

No está de más señalar que la facultad que se le otorga al cónyuge de oponerse a la división del bien, puede acumularse con el beneficio referido de la indivisión de la casa habitación, recordado en el punto que antecede, ya que ninguna norma lo impide (17).

(13) MENDEZ COSTA, María Josefa, *Derecho de Familia*, cit., t. II, p. 273, a), 3)1.

(14) Conf., entre otros, MICHELASSI, Liliana Lourdes, "Partición de la sociedad conyugal", cit., p. 316, c).

(15) Conf., MENDEZ COSTA, María Josefa, *Derecho de Familia*, cit., t. II, p. 274, a.3.2).

(16) *Tratado de Derecho Civil. Familia*, 9ª ed., Buenos Aires, 1993, t. I, p. 403, n° 487, 1).

(17) Conf., BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Familia*, cit., t. I, p. 404, n° 487.

## VI. Reglas relativas a la indivisión del inmueble

Seguidamente mencionaremos en forma sucinta las reglas que establece la ley 14.394 relativas a la indivisión tanto de la casa habitación, como del establecimiento comercial, industrial, etc., que constituya una unidad económica.

### a) El término de la indivisión es por diez años

En cualquiera de los casos recién reseñados, los bienes gananciales no podrán ser partidos entre el cónyuge supérstite y los herederos —o entre éstos—, por el término de diez años, a cuyo término, la indivisión se extingue de pleno derecho. Aunque la misma no podrá oponerse a terceros sino a partir de su inscripción en el registro respectivo (art. 54).

No obstante, ese término de diez años podrá reducirse, lo que resulta de la segunda parte del artículo 53, que dispone que el juez podrá autorizar el cese de la indivisión a instancias de cualquiera de los herederos, si concurrieren causas graves o de manifiesta utilidad económica que justificasen la decisión. Así como también, el cónyuge podrá convenir con los otros herederos un término menor de indivisión que el que establece la ley.

Méndez Costa considera que los herederos postergados en la partición podrán solicitar el cese de la indivisión, en el caso en que el cónyuge supérstite contrajera nuevas nupcias o viviera en concubinato, pues en tales supuestos —dice— incurriría en abuso de derecho (18). No concordamos con lo expresado, que, a nuestro juicio, carece de fundamento legal, debiendo por otra parte señalar que no siempre el nuevo casamiento coloca al cónyuge en una situación económica suficientemente cómoda como para no necesitar la asistencia que resulta de la indivisión.

### b) Con respecto a la ejecución del bien por parte de los acreedores

De acuerdo al artículo 55 de la ley 14.394, *durante la indivisión autorizada por la ley, los acreedores particulares de los copropietarios no podrán ejecutar el bien indiviso ni una porción ideal del mismo, pero sí*

(18) *Derecho de Familia*, cit., t. II, p. 277, a.6).

*podrán cobrar sus créditos con las utilidades de la explotación correspondiente a su respectivo deudor.*

Debemos señalar que la limitación establecida con respecto a los acreedores particulares de los herederos —cuyo fundamento reside en el hecho de evitar que obtengan en forma indirecta la división del bien, haciéndose ejecutar por un acreedor que, inclusive, puede ser simulado—, no alcanza a los acreedores del causante, como tampoco a los acreedores que resulten con motivo de la administración del bien. La cuestión, en cambio, no es tan clara en cuanto a si los acreedores del cónyuge supérstite pueden ejecutar el bien indiviso, no obstante lo cual, nos inclinamos junto con Borda, por la solución afirmativa, lo que dicho autor fundamenta en que, a diferencia de los restantes herederos, el cónyuge supérstite —que es quien debe requerir la indivisión— carece de interés en simular una deuda que puede llevarlo a la venta del bien; además, la protección de dicho cónyuge es a los efectos de evitar los reclamos de división practicados por sus coherederos, pero la misma no puede llegar hasta impedir a sus propios acreedores que cobren sus créditos (19).

Méndez Costa, por el contrario, entiende que los acreedores del cónyuge sólo pueden cobrar sus créditos sobre las utilidades de su deudor —que son proporcionales al valor de su cuota de socio o de heredero—, si bien considera que la solución es inequitativa (20).

#### EL DERECHO REAL DE HABITACIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

### VII. La norma que consagra el derecho en análisis y su antecedente

Otro de los supuestos contemplados en la ley mediante el cual se protege la vivienda del cónyuge supérstite, lo constituye el contemplado en el artículo 3573 *bis* del Código Civil —norma incorporada al Código por la ley 20.798, del año 1974—, que dispone que *si a la muerte del causante éste dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiera constituido el hogar conyugal, cuya*

(19) *Tratado de Derecho Civil. Familia*, cit., t. I, p. 405 y sigte., n° 490.

(20) *Derecho de Familia*, cit., t. II, p. 276, a.6).

*estimación no sobrepasare el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia, y concurrieren otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge supérstite tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. Este derecho se perderá si el cónyuge supérstite contrajere nuevas nupcias.* Como se advierte, el derecho que resulta de la norma transcrita tiene características especiales que la diferencian del derecho de habitación legislado en los artículos 2948 y siguientes del Código Civil, habiendo creado aquél una excepción al principio que resulta del artículo 2949, según el cual, el derecho de habitación no puede ser constituido por una vía legal (21); además de que este último debe constituirse sobre un inmueble ajeno, en lugar de sobre uno parcialmente propio, como ocurre con respecto al derecho real de habitación del artículo 3573 *bis* del Código (22). No obstante lo cual, para aquellas cuestiones que no resulten de su contenido, se aplican subsidiariamente las normas que el Código establece para el derecho de habitación (23).

El antecedente del artículo 3573 *bis* lo constituye el decreto n° 11.157/45 (ratificado por la ley 12.921), en cuyo artículo 48, inciso a), se dispone que en caso de muerte del adquirente o propietario de una vivienda comprendida en el régimen especial que establece dicho decreto, o de su cónyuge, “si el sobreviviente habitaba en la vivienda en el momento del fallecimiento del premuerto y concurriesen herederos de éste sobre el bien, le corresponderá el derecho de uso y habitación sobre la vivienda hasta su propia muerte, sin perjuicio de los derechos del acreedor hipotecario y siempre que cumpla con las obligaciones emergentes del contrato. Sin consentimiento del sobreviviente la vivienda no podrá salir del estado de indivisión”.

(21) Conf., MOLINARIO, Alberto D., “Estudio del artículo 3573 *bis* del Código Civil”, LA LEY, 1975-B, 1047, n° 16.

(22) José Ignacio CAFFERATA afirma, en cambio, que como, a su juicio, a pesar de no haber aceptado la herencia, el cónyuge supérstite tiene derecho a ejercer el beneficio del art. 3573 *bis*, el inmueble sobre el cual lo ejerce, puede llegar a ser totalmente ajeno, lo que así ocurrirá en el supuesto de no haber aceptado la herencia y se hubiera tratado de un bien propio del causante (“El derecho real de habitación del cónyuge supérstite [art. 3573 *bis* del Código Civil]”, LA LEY, 1977-B, 726, VI, 1°).

(23) MENDEZ COSTA, María Josefa, en *Código Civil Anotado*, de LLAMBIAS, Jorge Joaquín y MENDEZ COSTA, María Josefa, t. V-B, Buenos Aires, 1992, p. 387, n° 4, b), y p. 388, B); MOLINARIO, Alberto D., “Estudio del artículo 3573 *bis* del Código Civil”, cit., LA LEY, 1975-B, 1054, n° 26.

Debemos asimismo señalar que, a nuestro juicio y siempre que hubiera bienes suficientes, el beneficio otorgado al cónyuge supérstite no impide la división del inmueble —ninguna norma lo prohíbe—, que de ser adjudicado a otro u otros de los coherederos, deberán respetar el derecho de habitación de aquél. Si, en cambio, el inmueble se adjudicara al esposo sobreviviente, el dominio pasará a consolidarse en el patrimonio de éste, lo que llevará a la extinción del beneficio (24).

#### VIII. Finalidad del otorgamiento del derecho y procedencia del mismo en caso de duda

No resulta dudoso que el otorgamiento del derecho real de habitación tiene por finalidad prestar una asistencia al cónyuge supérstite, para evitar que con motivo de la muerte de su consorte pueda encontrarse obligado a tener que liquidar el inmueble que en vida habitaron ambos, encontrándose dentro de las previsiones de la norma aquellos inmuebles cuyo valor no sea demasiado elevado, lo que resulta del hecho de haberse dispuesto que el mismo no debe sobrepasar *el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia*. En el sentido indicado, se ha sostenido que “el derecho de habitación se acuerda al cónyuge supérstite atendiendo a indiscutibles motivos asistenciales. Por tanto, su satisfacción involucra una carga legal impuesta a los herederos en beneficio del cónyuge supérstite, independientemente de la cuota o porción a él asignada en concurrencia con otros herederos”, siendo la filosofía dominante en la ley 20.798, “la de impedir que el cónyuge supérstite quede sin habitación al producirse el fallecimiento de su consorte en virtud de su concurrencia con otros herederos con quienes deba compartir el inmueble...” (25).

(24) Véase las distintas alternativas posibles al respecto, en: MENDEZ COSTA, María Josefa, *Derecho de Familia*, cit., t. II, ps. 279 y sigte., nota 190. Conf. en que no se trata de un caso de indivisión forzosa, KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Buenos Aires, 1995, p. 323.

(25) CNCiv., sala K, LA LEY, 1996-C, 1, con nota aprobatoria de GOWLAND, Alberto Jorge, “Sucesión. Derecho de habitación del cónyuge supérstite (Exteriorización, oportunidad y publicidad)”. Conf., CNCiv., sala A, LA LEY, 1985-C, 2. Véase, asimismo, entre otros, BORDA, Guillermo A., “Acerca de la naturaleza jurídica del derecho de habitación creado por el art. 3573 bis del Código Civil”, ED, 60-884; MENDEZ COSTA, María Josefa, en *Código Civil Anotado*, cit., t. V-B, p. 387, n° 3; y *Derecho de Familia*, cit., t. II, p. 278, nota 190; MOLINARIO, Alberto D., “Estudio del artículo 3573 bis del Código civil”, cit., LA LEY, 1975-B, 1052, n° 19; CAFFERATA, José Ignacio, “El derecho real de habitación del cónyuge supérstite”, cit., LA LEY, 1977-B, 727, VII.

Siguiendo esas mismas pautas, también se ha afirmado que “el derecho consagrado por el artículo 3573 bis del Código Civil, tiene un carácter netamente asistencial. No reviste una función patrimonial ni persigue fines de lucro, puesto que tiende a la protección de la vivienda del cónyuge supérstite, permitiendo la continuidad del derecho que en ese carácter tenía antes de la muerte del *de cuius*” (26). Asimismo, se ha dicho que “el instituto del derecho real de habitación (art. 3573 bis, Cód. Civil) ha procurado asegurar un techo razonable a la cónyuge supérstite, a expensas de la postergación del derecho de los herederos o legatarios concurrentes a la sucesión” (27).

Con respecto a la procedencia del derecho en caso de duda, se han producido interpretaciones encontradas, habiéndose resuelto al respecto —con lo cual concordamos— que “la naturaleza del derecho real de habitación a favor del cónyuge supérstite obliga a que la interpretación del mismo se haga con amplitud, para que no desvirtúen los fundamentos asistenciales que le dieron origen y, por ende, se torne ilusoria su aplicación” (28). Contrariamente a lo cual, se ha sostenido que al ser el derecho real de habitación del cónyuge supérstite un desmembramiento del dominio, y configurar, en consecuencia, un derecho de excepción, ello hace que en caso de duda sobre la procedencia de su ejercicio, deba ser interpretado con sentido negativo (29). Lo cual llevó en el caso recién citado en nota, en que la oposición al ejercicio del derecho real de habitación fue practicada por dos hijas del primer matrimonio del causante, y en el cual la superficie del inmueble sobre el que la cónyuge supérstite quiso ejercer el derecho del artículo 3573 bis, excedía sustancialmente los requerimientos de la peticionante de ese derecho, a rechazar el requerimiento, por cuanto, se dijo que en ausencia de previsión específica al respecto en la citada disposición, correspondía la aplicación del artículo 2953 del Código Civil, según el cual la habitación se limita a las necesidades personales del habitador y su familia, según su condición social”.

(26) CNCiv. en pleno, LA LEY, 1979-C, 530; y ED, 84-504.

(27) CNCiv., sala D, LA LEY, 1984-C, 198.

(28) CNCiv., sala G, LA LEY, 1988-A, 328.

(29) CNCiv., sala D, LA LEY, 1984-C, 198.



## IX. Naturaleza jurídica del derecho de habitación del cónyuge supérstite

Si bien se discute la naturaleza jurídica del derecho real de habitación, creemos que el mismo consiste en un derecho al que el cónyuge supérstite accede *iure proprio* al fallecimiento del causante, como una consecuencia de carácter patrimonial derivada del matrimonio (30).

Otra de las doctrinas que se han sostenido al respecto lo consideran, en cambio, un derecho sucesorio *ab intestato*, o *iure hereditatis* (31), deferido legalmente al cónyuge supérstite, que involucra una carga impuesta a los herederos. Pero si bien es indiscutible que el ejercicio del derecho involucra una carga para los restantes herederos, no estamos de acuerdo en la afirmación de que al derecho se accede por herencia, pues para que ello pudiera ocurrir, el mismo debió haber estado en cabeza del causante, lo que no es así (art. 3279 y concs., Código Civil). En efecto, no puede afirmarse que el derecho en cuestión —que es de carácter *vitalicio*— haya estado en cabeza del causante, desde el momento que el mismo no tenía un derecho a habitar el inmueble de por vida —como, en cambio, tiene el esposo sobreviviente, por aplicación del artículo 3573 *bis*—, pues, como bien señala Borda, en caso de divorcio el otro cónyuge podría reclamar la liquidación de la sociedad conyugal, y con ello, la división del inmueble, con el consiguiente desalojo; además de que la “vida” a la que se refiere la ley no es la del causante, sino la de su cónyuge (32). Por otra parte, aun cuando el cónyuge no revistiera la calidad de heredero, por ejemplo, por ser todos los bienes de carácter ganancial, lo mismo le correspondería el derecho real de habitación.

(30) Conf., BORDA, Guillermo A., “El derecho de habitación del cónyuge supérstite”, ED, 57-756, n° 4; VIDAL TAQUINI, Carlos H., “De algunas cuestiones sucesorias ante la concurrencia del cónyuge”, cit., LA LEY, 1976-C, 202; y “Caducidad del derecho real de habitación del cónyuge supérstite por sus actos propios”, LA LEY, 1983-A, 63; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, cit., p. 322; PENNA, Marcela A. y BARBIERI, Patricia, “Acercas del derecho real de habitación del cónyuge supérstite”, LA LEY, 1988-E, 443.

(31) Conf., MOLINARIO, Alberto D., “Estudio del artículo 3573 *bis* del Código civil”, cit., LA LEY, 1975-B, 1050 y sigtes., n° 18. Contra, CAFFERATA, José Ignacio, “El derecho real de habitación del cónyuge supérstite (art. 3573 *bis* del Código Civil)”, cit., LA LEY, 1977-B, 722 y sigtes., V.

(32) BORDA, Guillermo A., “Acercas de la naturaleza jurídica del derecho de habitación creado por el artículo 3573 *bis* del Código Civil”, ED, 60-883 y sigte.

## X. Requisitos de aplicación de la norma

Son varios los requisitos necesarios para la aplicación del beneficio establecido a favor del cónyuge supérstite en el artículo 3573 *bis*, a los cuales nos referiremos seguidamente.

### a) Haber el causante fallecido con posterioridad a la sanción de la ley 20.798

Si bien en su momento se dictaron fallos contradictorios al respecto, parece claro que para la aplicación del beneficio de que se trata, el causante tiene que haber fallecido estando en vigencia la ley 20.798, ya que de otra manera, la aplicación de la nueva ley se haría en forma retroactiva, a pesar de la inexistencia de una disposición que así lo hubiera establecido, lo que resulta inadmisibles (conf., art. 3° del Código Civil). Debe tenerse presente al respecto que el derecho de habitación del cónyuge supérstite nace al tiempo del fallecimiento del causante, por lo que si en ese momento la ley no se encontraba vigente, resulta de toda imposibilidad la adquisición con posterioridad, del derecho en cuestión (33).

En sentido contrario, se ha argumentado con el contenido de la recién mencionada norma del Código Civil, por aplicación de la cual —se ha dicho—, a partir de su entrada en vigencia las leyes deben aplicarse aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, siempre que, en el caso del derecho real de habitación, todavía no se haya hecho partición de la herencia; lo cual, se ha dicho, no constituiría una aplicación retroactiva de la ley, sino inmediata, a una situación jurídica existente, lo que no importa negar o desconocer el derecho de propiedad que obra en cabeza de los restantes herederos, sino admitir una limitación temporal del mismo (34). Contra lo expresado, se ha resuelto la inaplicabilidad de dicha norma a un caso en que el causante había fallecido antes de la entrada en vigencia de la ley 20.798, en razón de que en tal caso —se dijo— no resulta aplicable el artículo 3° del Código Civil, debido a que el derecho real de habitación del cónyuge

(33) Conf., entre otros, VIDAL TAQUINI, Carlos H., “De algunas cuestiones sucesorias ante la concurrencia del cónyuge”, cit., LA LEY, 1976-C, 202; IV Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil, celebradas en el mes de marzo de 1976.

(34) CNCiv., sala D, LA LEY, 1978-A, 503, con nota aprobatoria de HERMIDA, Darío Luis, “El artículo 3573 *bis* del Código Civil, es aplicable en los casos en que la muerte del causante se produjo antes de la promulgación de la ley 20.798”.

supérstite “no puede encuadrarse dentro de las *consecuencias de relaciones y situaciones jurídicas existentes*, sino que proviene de una relación pasada; no es una situación pendiente sino pretérita” (35).

Finalmente la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la ciudad de Buenos Aires dictó un fallo plenario, en el que se resolvió que “el derecho real de habitación consagrado por el artículo 3573 *bis* del Código Civil no es reconocido al cónyuge superviviente cuando el causante falleció con anterioridad a la sanción de la ley 20.798” (36). Entre otros argumentos, se sostuvo en ese fallo que “la causa del derecho es la muerte y su constitución es instantánea por efecto de ese hecho jurídico, el cual agota todos los efectos de la transmisión o de la adquisición de la situación jurídica que se crea, por lo que es inaplicable el párrafo 1° del artículo 3° del Código Civil”, debiendo los derechos de los concurrentes a la sucesión ser juzgados por la ley que impera en el instante de la muerte del causante, por tratarse de una situación jurídica consumada y no en curso de desarrollo. Así como también, que “por imperio de la noción de *consumo jurídico*, los hechos pasados que han agotado su propia virtualidad, no pueden ser alcanzados por una nueva ley, en razón de que si se los afecta se incurriría en retroactividad”.

*b) Ser el único inmueble habitable integrante del haber que se transmite, el cual no debe estar en condominio con terceros.*

El primero de dichos requisitos es expresamente exigido por el artículo 3573 *bis*, pudiendo el inmueble ser urbano o rural, pues la ley no efectúa distinción alguna. Pero si bien el principio es que el haber hereditario no debe estar constituido por más de un inmueble habitable, se ha resuelto al respecto que cuando no obstante existir otros inmuebles, éstos fueran insuficientes para satisfacer las necesidades habitacionales del cónyuge superviviente, este último tiene derecho al beneficio establecido por dicha norma (37).

(35) CSTucumán, ED, 99-740, sum. 20.

(36) LA LEY, 1979-C, 530; y ED, 84-504. La disidencia a lo resuelto se basó, fundamentalmente, en que la aplicación de la nueva ley a situaciones existentes con anterioridad a su entrada en vigencia, “no implica retroactividad de la ley sino su aplicación inmediata a una situación jurídica existente: el dominio”.

(37) CNCiv., sala A, LA LEY, 1985-C, 2. Conf., KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, cit., ps. 323 y sigte.

Por otra parte, si bien del artículo 3573 *bis* no resulta que el esposo sobreviviente no debe ser propietario de otro inmueble habitable, parece razonable entender que así debe ser, pues en el supuesto de que efectivamente fuera dueño de otro inmueble en el que pudiera vivir, carecería de fundamento la aplicación de la norma, que, como se vio, tiene un fundamento asistencial (38); en tal sentido, la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ha resuelto que “como no se trata de avasallar las prerrogativas y aspiraciones legítimas de los sucesores en forma inconsulta o arbitraria, si es posible el amparo del cónyuge sobreviviente por conducto de otros resortes (distintos al del art. 3573 *bis*) —v.gr. la existencia de bienes propios del superviviente...—, no puede exigirse el sacrificio o sometimiento de la propiedad de los herederos (arg. art. 1071, Cód. Civil)” (39). Recordamos asimismo un caso en el que se resolvió la procedencia del derecho en cuestión, en un supuesto en el que la cónyuge era propietaria de otro inmueble que se encontraba en condominio con la hija, en el que ésta vivía con su familia, no habiéndose acreditado que la viuda pudiera habitarlo (40).

Cabe asimismo puntualizar que se ha considerado inaplicable la norma en análisis, cuando a pesar de constituir el inmueble que se transmite el único habitable, la cónyuge recibe en la sucesión un importante patrimonio, “porque entonces, la *ratio legis* de la norma de excepción pone en evidencia su propia y manifiesta inaplicabilidad” (41). Aída Kemelmajer de Carlucci ha sostenido en tal sentido, con relación a la procedencia del derecho de habitación, que “ante la existencia notoria o manifiesta de otros bienes de gran valor, puede llegar a sostenerse, razonablemente, que la invocación vulnera los fines tenidos en mira al otorgarlo” (42).

(38) Conf., BORDA, Guillermo A., “El derecho de habitación del cónyuge superviviente”, cit., ED, 57-756, n° 3; BARBERO, Omar U., “El derecho de habitación del cónyuge superviviente y las Cuartas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil”, LA LEY, 1976-D, 686, II; CNCiv., sala B, ED, 99-745, sum. 47; ídem íd., sum. 48. Lo mismo se aprobó en las mencionadas Jornadas Sanrafaelinas. Contra, MENDEZ COSTA, María Josefa, en *Código Civil Anotado*, cit., p. 389, n° 6, MARIANI de VIDAL, Marina, “Ley 20.798: Derecho real de habitación del cónyuge sobreviviente”, cit., LA LEY, 1976-C, 500, nota 10.

(39) LA LEY, 1984-C, 198. Conf., CNCiv., sala C, ED, 128-624. Esa es, también, la solución establecida en el art. 881-7 del Código Civil uruguayo.

(40) CNCiv., sala G, LA LEY, 1988-A, 328.

(41) C1° Civ. y Com. de Bahía Blanca, LA LEY, Rep. 1982, J-Z, p. 2514, sum. 106. Conf., CNCiv., sala A, LA LEY, 1985-C, 3; ídem, sala D, LA LEY, 1984-C, 198.

(42) *Protección jurídica de la vivienda familiar*, cit., p. 327.

De acuerdo a lo hasta aquí visto, debe ser el único inmueble *habitable*, lo que significa que puede haber otros inmuebles que, por distintas razones, no fueran habitables, tal como sucedería, por ejemplo, si en ellos no se pudiera vivir por razones ya sea de destino comercial, de afectación productiva, o por otras causas en virtud de las cuales el o los otros inmuebles no tuvieran esa característica. La habitabilidad del inmueble significa que deba poder ser ocupado por el cónyuge superviviente, lo que no ocurriría si se tratara de un inmueble que estuviera alquilado, lo que impediría la posibilidad de su ocupación por parte del esposo sobreviviente (43).

Un aspecto susceptible de interpretación lo constituye el supuesto de la existencia de otro inmueble habitable, pero ubicado en una zona muy alejada del domicilio o del lugar de trabajo del cónyuge superviviente, lo cual constituye una cuestión de hecho que debe ser analizada en cada caso en particular. Por nuestra parte, creemos que de llegarse a la conclusión de que efectivamente al esposo sobreviviente le resultaría muy gravoso vivir en ese otro inmueble, el beneficio podría hacerse efectivo sobre la casa habitación que éste habitaba con el causante (44). En sentido coincidente, Borda afirma que "el cónyuge superviviente no puede ser arrancado del centro donde tiene el círculo de su familia, de sus amistades, en donde ha desenvuelto su vida y ha anudado afectos. En suma, el inmueble habitable que se ofrezca al cónyuge superviviente, debe estar ubicado en la misma ciudad o zona donde estaba el hogar conyugal" (45).

Asimismo, para la procedencia del derecho real de habitación, se ha resuelto que el inmueble no debe estar en condominio con terceros, lo cual es entendible, pues, de lo contrario, implicaría el absurdo de pretenderse ejercer un derecho en desmedro de los igualmente legítimos que invocan los restantes copropietarios (46). Siguiendo esa pauta, se

(43) Conf., BORDA, Guillermo A., "El derecho de habitación del cónyuge superviviente", cit., ED, 57-755, n° 3; BARRIONUEVO, Heriberto N., "Derecho real de habitación del cónyuge", cit., LA LEY, 1977-A, 725, VII, 1. Contra, IV Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil.

(44) Conf., CNCiv., sala A, LA LEY, 1985-C, 3.

(45) "El derecho de habitación del cónyuge superviviente", cit., ED, 57-756, n° 3.

(46) CNCiv., sala E, ED, 70-301, sum. 10. Conf., CNCiv., sala A, LA LEY, 1982-C, 481; ídem íd., LA LEY, 1982-D, 403; ídem, sala C, ED, 90-323; ídem, sala D, ED, 94-290; ídem, sala E, LA LEY, 1982-D, 545, 36.228-S; ídem, sala F, LA LEY, 1976-B, 248; CApel.Civ.y Com. Mercedes, sala II, LA LEY, 1980-B, 555. Conf., MENDEZ COSTA, María Josefa, *Derecho de Familia*, cit., t. II, p. 278, nota 190; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, *Protección jurídica de la vivienda*

ha resuelto que para que resulte aplicable la norma en análisis, "el inmueble asiento del hogar conyugal debe ser de dominio exclusivo, propio o ganancial del causante (47), con el fin de que el derecho de habitación del artículo 3573 *bis* del Código Civil no grave sobre intereses de terceros, cuales son los hijos del autor de la sucesión" (48); cabe aclarar que la manifestación de que el inmueble debe ser de dominio exclusivo del causante, significa que no debe estar en condominio con terceros, no implicando que el inmueble no pueda ser ganancial de titularidad del cónyuge sobreviviente.

*c) Con relación al requisito de que el inmueble debe haber constituido el hogar conyugal*

De la norma no resulta en forma expresa si para la concesión del beneficio es necesario que el inmueble haya sido el hogar conyugal al momento de la apertura de la sucesión, lo que así sostiene relevante doctrina (49). Hay quien considera, en cambio, la innecesariedad de que ello hubiera sido así, pero siempre que, en caso de separación, ésta hubiera ocurrido por culpa del causante (50). Análogamente, María Josefa Méndez Costa entiende que en el beneficio del artículo 3573 *bis* se encuentra comprendido el cónyuge inocente de la separación personal o el enfermo mental, alcohólico o drogadependiente que gozaran del derecho conferido por el artículo 211 del Código Civil (51).

*familiar*, cit., p. 335, c). Esa fue, asimismo, una de las recomendaciones practicadas en las IV Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil. No obstante, se ha resuelto que "aunque en principio el derecho real de habitación que confiere el art. 3573 *bis* del Cód. Civil no opera en los casos en que el inmueble está en condominio con terceros, tal situación se altera si el condómino presta conformidad en lo que hace a su parte indivisa" (CNCiv., sala E, ED, 83-280).

(47) Lo cual, se agrega en el fallo, no se verifica cuando lo transmitido es la parte indivisa del bien, no pudiendo el derecho que consagra el art. 3573 *bis*, afectar bienes que no integran el acervo relicto, como lo son las partes indivisas de un condominio que no pertenecen al causante.

(48) CNCiv., sala G, ED, 162-687.

(49) BORDA, Guillermo A., "El derecho de habitación del cónyuge superviviente", cit., ED, 57-756, n° 3, b); MOLINARIO, Alberto D., "Estudio del artículo 3573 *bis* del Código Civil", cit., LA LEY, 1975-B, 1048, y p. 1053, n° 23.

(50) CAFFERATA, José Ignacio, "El derecho real de habitación del cónyuge superviviente...", cit., LA LEY, 1977-B, 729, C).

(51) En *Código Civil Anotado*, cit., ps. 388 y sigte. n° 5, c). En cambio, dicha autora no incluye entre los beneficiarios al esposo inocente del divorcio, lo que es consecuente con

Se ha resuelto al respecto que el artículo 3573 *bis* del Código Civil se refiere al hogar conyugal donde hubieran convivido cónyuge y causante en el momento del fallecimiento de éste, o al menos, en el que hubiera permanecido el cónyuge inocente del divorcio (52).

Por nuestra parte, entendemos que para poder ejercer el derecho real de habitación, resulta necesario que el esposo sobreviviente viva en el inmueble al tiempo de la muerte del causante (53), lo que a nuestro juicio es así, teniendo en cuenta el propósito tuitivo de la ley, de protección de la vivienda del mismo. Quizás no esté de más señalar que en caso de haber estado los cónyuges separados por sentencia de juez competente, el cónyuge sobreviviente no debe haber dado causa a la separación (conf. art. 3574, 1ª parte, Código Civil).

*d) El beneficio debe ser invocado por el esposo sobreviviente*

En efecto, el derecho de que se trata debe ser invocado por el beneficiario, pues el mismo no opera de pleno derecho, pudiendo tanto los demás herederos como también los legatarios —si tuvieran un interés legítimo al respecto— cuestionar su otorgamiento, en el supuesto de considerarlo legalmente inadmisibles, lo que deberá ser resuelto por el juez del sucesorio.

Molinario concuerda con lo expresado, y agrega que el derecho debe ser invocado por el cónyuge supérstite al tiempo de acceder al sucesorio y aceptar la herencia, o, a lo sumo, antes de la designación de administrador judicial provisorio (54). Se ha resuelto al respecto que “la posibilidad de invocar el artículo 3573 *bis* del Código Civil se extiende

---

su afirmación en el sentido de que si el cónyuge sobreviviente careciera de vocación hereditaria, cualquiera que hubiera sido la causa, resultaría excluido del beneficio que establece el artículo 3573 *bis* (p. 389, n° 5, 3°).

(52) CNCiv., sala D, LA LEY, 1980-A, 385.

(53) Conf., KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, cit., p. 329.

(54) “Estudio del artículo 3573 *bis* del Código Civil”, cit., LA LEY, 1975-B, 1054, n° 25. Conf. en que el derecho debe ser invocado por el cónyuge supérstite, KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, cit., p. 332; VIDAL TAQUINI, Carlos H., “Caducidad del derecho real de habitación del cónyuge supérstite por sus actos propios”, cit., LA LEY, 1983-A, 64. Ello fue, asimismo, aprobado en las IV Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil.

hasta que el peticionante diera expresa conformidad a la partición en pleno dominio del bien, aunque la declaratoria de herederos o del testamento se hallase inscrita, porque la inscripción no significa adjudicación en condominio del inmueble, sino exteriorización de la indivisión hereditaria o postcomunitaria entre el cónyuge y los herederos del difunto” (55). Aun cuando también se ha resuelto que ello es así, “en tanto y en cuanto el beneficiario no haya ejercido actos o adoptado una actitud incompatible con el ejercicio de tal facultad, pues si el cónyuge acepta y nada opone a pedidos que implican partir el bien o tender a ello, tal derecho ha caducado”, lo cual ocurriría —se sostuvo— si en una de las audiencias celebradas con el fin de partir el inmueble, “las partes se comprometen a solicitar tasaciones en forma privada para proceder a su partición”, por lo que pretender con posterioridad ejercer el derecho real de habitación, implicaría ir contra sus propios actos (56).

En cambio, José Ignacio Cafferata afirma que como la asignación del derecho tiene un carácter asistencial, no resulta necesaria una manifestación expresa por parte del cónyuge supérstite aceptando el beneficio, pues, a juicio de dicho autor, la aceptación se presume; aunque aclara que para que el derecho tenga efectos contra terceros, requiere que sea inscripto en el Registro inmobiliario de la jurisdicción que corresponda (57).

*e) Cuestión relativa a si los muebles del hogar se encuentran incluidos en el beneficio*

Si bien nada resulta al respecto del texto de la ley, lo cierto es que parece razonable que el beneficio establecido en el artículo 3573 *bis* se extienda a los bienes muebles que adornan el hogar (58), aunque cree-

---

(55) CNCiv., sala A, LA LEY, 1987-E, 426, con nota aprobatoria de FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel M. y LOPEZ FUSTER, Gustavo O., “La prolongación de la indivisión hereditaria y el derecho de habitación del cónyuge supérstite”.

(56) CNCiv., sala F, LA LEY, 1983-A, 63, con nota aprobatoria cit. de VIDAL TAQUINI, Carlos H., “Caducidad del derecho real de habitación del cónyuge supérstite por sus actos propios”.

(57) “El derecho real de habitación del cónyuge supérstite”, cit., LA LEY, 1977-B, 732 y sigte, K).

(58) Conf., KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, *Protección Jurídica de la Vivienda Familiar*, cit., p. 320. BARBERO, Omar U., “El derecho de habitación del cónyuge supérstite y las Cuartas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil”, cit., LA LEY, 1976-D, 686, II, como también lo aprobado en dichas Jornadas.

mos que ello no es así con relación a bienes de mucho valor que sean innecesarios para gozar de la vivienda, como podría ocurrir en el supuesto de que en el inmueble hubiera cuadros muy valiosos, o adornos como piedras duras, marfiles, esculturas o muebles de gran valor, cuya indivisión vitalicia no se justifica, constituyendo esas excepciones circunstancias de hecho que deben ser resueltas en cada caso en particular. Recordamos con relación a esto último, que el artículo 1321 del Código Civil español dispone que “fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber. No se entenderá comprendido en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor” (59).

José Ignacio Cafferata concuerda con la solución que admitimos, y con fundamento en el artículo 2956 del Código Civil (60), afirma que el inmueble sobre el cual se ejerce el derecho de que se trata, debe continuar prestando al sobreviviente la misma utilidad que la que procuraba a los esposos cuando ambos vivían; utilidad que no se prestará, agrega, si al inmueble se lo despoja de los muebles que lo adornan e integraban su ajuar y que hacían del mismo, realmente un hogar (61). Aunque nada manifiesta con relación al supuesto de que parte de esos bienes sean de mucho valor.

#### f) Con respecto a la propiedad del inmueble asiento del hogar conyugal

Para la aplicabilidad de la norma no es necesario que el inmueble con respecto al cual se quiere hacer valer el beneficio establecido por el artículo 3573 bis, haya sido de propiedad del causante —ya sea como propio o ganancial—, siendo a nuestro juicio suficiente que el mismo se encuentre a nombre de ambos cónyuges (62), o que sea ganancial y esté a nombre del cónyuge superviviente (63), ya que en ese caso también

(59) Otros Códigos extranjeros comprenden en forma expresa a los bienes muebles dentro del derecho de habitación, tal como resulta del art. 540 del Código Civil italiano, y del art. 881-2 del Código Civil del Uruguay.

(60) Dicha norma establece en su primera parte que “si el derecho de uso se ha establecido sobre un fundo, se extiende tanto a lo que es inmueble por su naturaleza, cuanto a todos los accesorios que están en él para su explotación”.

(61) “El derecho real de habitación del cónyuge superviviente...”, cit., LA LEY, 1977-B, 728, IX, 2°.

(62) Conf., CNCiv., sala D, ED, 94-290.

(63) Conf., MENDEZ COSTA, María Josefa, en *Código Civil Anotado*, cit., p. 387, n° 5, 1°, a); GOWLAND, Alberto Jorge, “Sucesión. Derecho de habitación del cónyuge superviviente

se da el fundamento por el cual se otorga el beneficio, esto es, tal como más arriba señalamos, la existencia de un motivo asistencial en favor del esposo sobreviviente.

De más está señalar que en el supuesto de no heredar al causante, por ejemplo, por estar divorciado del mismo, el cónyuge superviviente no podrá —si el inmueble fuera *propio* de aquél— ejercer el derecho de habitación, por cuanto tal como resulta del contexto del artículo 3573 bis, para el ejercicio de ese derecho el sobreviviente deberá ser —antes o después de la muerte del causante— cotitular del dominio del inmueble.

*g) La norma requiere que el valor del inmueble no debe ser mayor que el límite máximo por el cual las viviendas pueden ser constituidas como bien de familia*

Lo cual es así, debido a que, como resulta de lo más arriba expresado, de lo que se trata es —al evitar la división del inmueble mediante la concesión del beneficio— de proteger la vivienda del cónyuge superviviente, pues de producirse la partición, el esposo sobreviviente vería peligrar la posibilidad de poder, con su producido, adquirir una vivienda digna, lo que, por lo general, no ocurriría si el inmueble fuera de gran valor.

No obstante y tal como más arriba recordamos, en varias de las jurisdicciones provinciales, como también en el orden nacional —conforme resulta, en este último caso, de lo normado por el artículo 168 del decreto 2080/80—, dicho límite ha sido dejado sin efecto cuando el inmueble estuviere destinado a vivienda, o cuando además de ese destino, se llevare a cabo en el mismo una actividad lucrativa desarrollada personalmente por el titular o los beneficiarios de la institución.

## XI. Caracteres del derecho de habitación y normas aplicables

El derecho de habitación del cónyuge superviviente constituye un derecho real (64) cuya fuente es la ley, siendo el mismo vitalicio y gratuito.

(Exteriorización, oportunidad y publicidad)”, cit., LA LEY, 1996-C, 2. Va de suyo que de ser de carácter propio del cónyuge superviviente, no se daría el supuesto contemplado en el art. 3573 bis, de concurrencia sobre el inmueble, de otras personas con vocación hereditaria o como legatarios.

(64) Conf., entre muchos otros, CAFFERATA, José Ignacio, “El derecho real de habitación del cónyuge superviviente”, cit., LA LEY, 1977-B, 728, IX, A); CNCiv., sala D, LA LEY, 1984-C, 198.



Sobre lo cual cabe aclarar que la circunstancia de que el derecho sea *gratuito*, no puede significar que el beneficiario no deba hacer frente al pago de los impuestos y tasas, sino que la gratuidad resulta del hecho de no encontrarse obligado a pagar por ese uso a los restantes coherederos (65).

Molinario señala al respecto que el cónyuge debe atender el pago de todas las tasas, impuestos y contribuciones de mejoras que afectan al inmueble, así como las reparaciones de conservación que fueran necesarias, e igualmente, las expensas —si el inmueble estuviera sometido al régimen de la ley 13.512—, lo que debe hacer en forma total —si ocupa todo el inmueble—, o proporcionalmente a la parte que ocupa, si la ocupación fuera sólo parcial (66).

Asimismo, por su finalidad asistencial —que incluye el aspecto alimentario—, el derecho real de habitación del cónyuge supérstite es inembargable (67), siendo, asimismo, incesible (conf., art. 2963 *in fine*, Código Civil) (68).

(65) Conf., BORDA, Guillermo A., "El derecho de habitación del cónyuge supérstite", cit., ED, 57-757, n° 5; MOLINARIO, Alberto D., "Estudio del artículo 3573 *bis* del Código Civil", cit., LA LEY, 1975-B, 1047, n° 16, y p. 1055, n° 27; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, cit., ps. 345 y sigte.; MARIANI de VIDAL, Marina, "Ley 20.798: Derecho real de habitación del cónyuge supérstite", cit., LA LEY, 1976-C, 503, 8.

(66) "Estudio del artículo 3573 *bis* del Código Civil", cit., LA LEY, 1975-B, 1057, n° 31. Conf., CAFFERATA, José Ignacio, "El derecho real de habitación del cónyuge supérstite", cit., LA LEY, 1977-B, 732, D, 2°; BARRIONUEVO, Heriberto N., "Derecho real de habitación del cónyuge", cit., LA LEY, 1977-A, 726, X, 1 y sigtes.; PENNA, Marcela A. y BARBIERI, Patricia, "Acercas del derecho real de habitación del cónyuge supérstite", cit., LA LEY, 1988-E, 443 y sigte.

(67) Lo cual no significa que el inmueble no pueda ser embargado, sino por el contrario. En efecto, tanto los acreedores del causante como los de los herederos, pueden ejecutarlo, aunque únicamente por la parte indivisa que le corresponde a su deudor, debiendo en ambos casos respetar el derecho de habitación que estuviera inscripto en el Registro inmobiliario. Conf., BORDA, Guillermo A., "El derecho de habitación del cónyuge supérstite", cit., ED, 57-757, n° 6. Se ha resuelto al respecto que "el derecho de habitación del cónyuge supérstite es oponible al acreedor de uno de los herederos. De lo contrario, los coherederos que no quieran respetar este derecho, tendrían un recurso muy simple para desplazarlo" (CNCiv., sala D, DSJ, 1987-II-54, cit. en LLAMBIAS, Jorge Joaquín y MENDEZ COSTA, María Josefa, *Código Civil Anotado*, t. V-B, cit., p. 398, n° 37).

(68) Conf., MENDEZ COSTA, María Josefa, en *Código Civil Anotado*, cit., ps. 389 y sigte., n° 7; MOLINARIO, Alberto D., "Estudio del artículo 3573 *bis* del Código Civil", cit., LA LEY, 1975-B, 1055, n° 27.

El cónyuge debe habitar el inmueble, lo que puede hacer con su familia, comprendiéndose, dentro de la misma, *los hijos legítimos y naturales* (69), *tanto los que existan al momento de la constitución, como los que naciesen después, el número de sirvientes necesarios, y además las personas que a la fecha de la constitución del uso o de la habitación vivían con el usuario o habitador, y las personas a quienes éstos deban alimentos* (art. 2953, Cód. Civil. Véase, asimismo, art. 2963).

## XII. El derecho real de habitación debe ser inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble. Oponibilidad del derecho

Por constituir un derecho real, el mismo debe ser inscripto en el pertinente Registro de la Propiedad Inmueble (70), tal como resulta de los artículos 2505 del Código Civil, y 2° inciso a) de la ley 17.801, siendo el derecho oponible desde la inscripción, tanto a los acreedores del causante (71), como a los del cónyuge supérstite (72).

Siguiendo esa pauta, José Ignacio Cafferata afirma que el derecho de habitación inscripto en el Registro de la Propiedad, debe ser respetado por el adquirente del inmueble ejecutado con posterioridad a la inscripción, ya sea por una deuda del causante o de un acreedor del cónyuge supérstite, debiendo la disminución del valor del bien con motivo de la existencia del derecho de habitación —agrega dicho autor—, ser soportado por el acreedor (73).

Sobre el tema se ha resuelto que es necesario exteriorizar el derecho real de habitación, para conocimiento de los herederos o legatarios y de

(69) Actualmente, matrimoniales y extramatrimoniales (art. 1°, ley 14.367).

(70) Conf., CNCiv., sala F, ED, 81-756; MARIANI de VIDAL, Marina, "Ley 20.798: Derecho real de habitación del cónyuge sobreviviente", cit., LA LEY, 1976-C, 501, 4).

(71) Aída Kemelmajer de Carlucci está de acuerdo con la afirmación de que el derecho real de habitación debe ser inscripto en el Registro inmobiliario, pero disiente, en cambio, con la afirmación de la preeminencia de ese derecho por sobre el derecho de los acreedores del causante (Protección jurídica de la vivienda familiar, cit., ps. 338 y sig.). Con lo cual omite considerar que una vez inscriptos en el Registro correspondiente, los derechos reales —y, particularmente, el de habitación del cónyuge supérstite— son oponibles *erga omnes*.

(72) Conf., MENDEZ COSTA, María Josefa, en *Código Civil Anotado*, cit., p. 392, n° 11; VIDAL TAQUINI, Carlos H., "De algunas cuestiones sucesorias hasta la concurrencia del cónyuge", cit., LA LEY, 1976-C, 204.

(73) CAFFERATA, José Ignacio, "El derecho real de habitación del cónyuge supérstite", cit., LA LEY, 1977-B, 731, H, 1°.

los terceros interesados (74), debiendo recordar al respecto que en las IV Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil se aprobó que la inscripción del beneficio en cuestión en el Registro inmobiliario debe practicarse previa orden judicial. Si bien además de los acreedores, el derecho real de habitación también es oponible a los coherederos y legatarios, puede ocurrir que el mismo quiera hacerse valer contra familiares que convivían con el esposo sobreviviente al tiempo de la muerte del causante, habiéndose decidido sobre esta cuestión que "si bien el artículo 3573 *bis* del Código Civil confiere a la cónyuge supérstite el derecho a habitar el bien que fuera el hogar conyugal, no resulta de su texto que el mismo pueda ser ejercido con exclusión de los restantes miembros del grupo familiar que convivían en el inmueble al tiempo del fallecimiento del causante, pues el precepto no hace referencia alguna a una limitación de tal naturaleza. Por el contrario, cuando se da la hipótesis precedentemente aludida, la facultad de que se trata debe ser utilizada en concordancia con lo previsto en el artículo 2953 del Código Civil que permite el ejercicio del derecho allí regulado a todo el grupo familiar" (75).

### XIII. Derechos y obligaciones del habitador

Los derechos que tiene el cónyuge habitador se extienden hasta el momento de su muerte, salvo que antes de ello se hubiera producido una causa de extinción del beneficio. Aparte de la gratuidad a la que antes hemos hecho referencia, el beneficiario tiene iguales derechos que los que resultan del derecho real de habitación, por lo que puede habitar el bien junto con su familia, y hacer uso del mismo —también puede continuar con la actividad industrial o comercial que se desarrollaba en el inmueble—, no pudiéndosele oponer el eventual hecho de no ser una persona necesitada. En cambio, como resulta de lo antes expresado, le está vedado ceder, como también alquilar el bien (arts. 2953, 2954 y 2963, Código Civil) (76).

(74) CNCiv., sala A, LA LEY, 1987-E, 427.

(75) CNCiv., sala B, JA, 1986-III-149, síntesis, cit. por KEMELMAJER de CARLUCCHI, Aída, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, p. 333, donde afirma coincidir con la solución del fallo, aunque ello es así, agrega, siempre que el uso pueda ser compartido, pues si la convivencia se volviera intolerable, el cónyuge podría solicitar la exclusión del resto de las personas que habitan el inmueble.

(76) Para un mayor desarrollo con respecto a los derechos y obligaciones del cónyuge habitador, remitimos a lo expresado por MARIANI de VIDAL, Marina, "Ley 20.798: Derecho real de habitación del cónyuge sobreviviente", cit., LA LEY, 1976-C, 502 y sigtes.

Más arriba hemos puesto de relieve las obligaciones de reparación del inmueble que tiene el habitador, así como la del pago de los impuestos y tasas, aparte de lo cual, el beneficiario debe dar fianza para garantizar la devolución en el mismo buen estado en que los recibió —salvo el desgaste por el uso y el paso del tiempo—, tanto del inmueble como de los muebles que lo adornan, como también confeccionar un inventario de los bienes sobre los que ejerce el derecho, conforme resulta del artículo 2967 del Código Civil (77).

### XIV. Extinción del derecho de habitación del cónyuge supérstite

Aparte de la causal contemplada en el artículo 3573 *bis*, son varias las causas por las cuales se puede producir la extinción del derecho del esposo beneficiario, entre las cuales podemos por de pronto señalar la muerte del mismo (78) —también la muerte presunta—, así como la consolidación en el habitador del derecho de habitación con la nuda propiedad de la totalidad del inmueble, conforme resulta de los artículos 2920 y 2928 del Código Civil, aplicables en virtud de lo normado por el artículo 2969, que extiende al derecho de habitación las causales de extinción establecidas en el Código para el usufructo.

Pues bien, por aplicación de la disposición recién citada, también constituyen causales de extinción la resolución de los derechos que el causante tenía sobre el inmueble (art. 2918); la pérdida del inmueble (art. 2934), comprensiva de la destrucción total de la cosa; la renuncia del derecho por parte del habitador; el transcurso del plazo que el cónyuge supérstite hubiera eventualmente convenido con los restantes herederos para el ejercicio del derecho (art. 2921) (79); como asimismo,

(77) Conf., CAFFERATA, José Ignacio, "El derecho real de habitación del cónyuge supérstite", cit., LA LEY, 1977-B, 733, X; MARIANI de VIDAL, Marina, "Ley 20.798: Derecho real de habitación del cónyuge sobreviviente", cit., LA LEY, 1976-C, 501, 5), quien afirma que en cualquier tiempo los coherederos pueden obligarle a prestar la fianza y confeccionar el inventario, siendo la sanción para el caso de haber omitido el inventario, la presunción de hallarse los bienes en buen estado cuando los recibió (art. 2847, Cód. Civil). Contra, BARRIONUEVO, Heriberto N., "Derecho real de habitación del cónyuge", cit., LA LEY, 1977-A, 723.

(78) Conf., CNCiv., sala D, LA LEY, 1988-E, 440, con nota cit. de PENNA, Marcela A. y BARBIERI, Patricia, "Acerca del derecho real de habitación del cónyuge supérstite".

(79) Contra, BARRIONUEVO, Heriberto N., "Derecho real de habitación del cónyuge", cit., LA LEY, 1977-A, 721, lo que fundamenta en el hecho de tratarse el artículo 3573 *bis* del Código Civil, de una norma de orden público.

el cumplimiento de la condición resolutoria pactada con los coherederos (art. 2926).

Se ha resuelto que el no uso del inmueble por el término de diez años constituye una causa de extinción del derecho (art. 2924) (80). Y si bien si ello hubiera ocurrido, resulta clara la extinción, pensamos que el derecho también se extinguiría si el inmueble sobre el cual se ejerce el beneficio hubiera dejado de ser utilizado en forma habitual por el cónyuge supérstite durante un plazo relativamente prolongado —aún menor que el de diez años—, pues de una conducta de esa naturaleza resultaría la falta de necesidad del beneficio, lo que, a nuestro juicio, da lugar a su extinción, por cuanto, de lo contrario, se produciría un inadmisibles abuso del derecho (art. 1071, Cód. Civil). Tanto Molinario (81) como José Ignacio Cafferata (82) coinciden en que el beneficio debe quedar extinguido por el transcurso de un plazo prolongado —menor que el de diez años— durante el cual el inmueble no haya sido utilizado por el cónyuge sobreviviente.

Por la misma razón recién apuntada, de la falta de necesidad del inmueble por parte del cónyuge supérstite, y con fundamento adicional en el artículo 1071 del Código Civil, entendemos que el beneficio se pierde en el supuesto de que con posterioridad a haber adquirido el derecho, el cónyuge hubiera accedido a la propiedad de otro inmueble; aunque debemos aclarar que ello es, a nuestro juicio, así, siempre que el nuevo inmueble fuera habitable y que resultare suficiente para el cónyuge supérstite, debiendo además encontrarse ubicado en un lugar tal que no le cause incomodidad alguna para el desarrollo de su vida, incluidas sus actividades laborales. Contrariamente a lo cual, se ha resuelto que el derecho que resulta del artículo 3573 *bis* “no puede modificarse por el hecho de que otro inmueble haya sido adquirido por el beneficiario *a posteriori* de haber comenzado su goce, toda vez que los requisitos que la ley exige para otorgarlo se encontraban cumplidos al momento de la muerte del causante” (83).

(80) CNCiv., sala D, LA LEY, 1988-E, 440, con nota aprobatoria cit. de PENNA, Marcela A. y BARBIERI, Patricia, “Acercas del derecho real de habitación del cónyuge supérstite”.

(81) “Estudio del artículo 3573 *bis* del Código Civil”, cit., LA LEY, 1975-B, 1059, n° 33.

(82) “El derecho real de habitación del cónyuge supérstite”, cit., LA LEY, 1977-B, 734, XI, 7°.

(83) CNCiv., sala J, LA LEY, 2004-F, 614.

También en la última parte del artículo 3573 *bis* se establece una causal de pérdida del derecho de habitación por parte del cónyuge supérstite, consistente en el hecho de haber el mismo contraído nuevas nupcias (84). La solución de la norma es ciertamente dudosa, habiéndose muy posiblemente pensado como fundamento de la misma, que la celebración de otro matrimonio haría desaparecer la necesidad, que fundamenta el derecho contenido en la referida norma; pero ello no siempre es así. En tal sentido, Borda critica dicha causal de extinción del beneficio, en razón de que, según afirma, si el viudo es el marido, un nuevo casamiento no mejoraría su situación económica, resultando la disposición una incitación al concubinato, a la par de un injustificable castigo al matrimonio (85).

Otra de las causas por las cuales se pierde el derecho real de habitación, la constituye el caso de que el cónyuge supérstite hubiera prestado conformidad con la partición o la venta del inmueble (86).

#### XV. Diferencias entre el derecho real de habitación y el beneficio del artículo 53 de la ley 14.394

Si bien el beneficio establecido por el artículo 53 de la ley 14.394, al que nos hemos referido al comienzo, se superpone con el dispuesto en el artículo 3573 *bis* del Código Civil, existen no obstante ciertas diferencias, tales como que aquella norma sólo contempla el supuesto de que el inmueble sea ganancial, mientras que el derecho real de habitación también puede ser ejercido sobre bienes propios del causante. Además de que el derecho que confiere el artículo 53 tiene una duración máxima de diez años, mientras que el derecho real de habitación es de carácter vitalicio.

(84) Cabe señalar que la pérdida del beneficio se encuentra en concordancia con lo dispuesto en el artículo 218 del Código Civil, que establece que *la prestación alimentaria y el derecho de asistencia previstos en los artículos 207, 208 y 209 cesarán en los supuestos en que el beneficiario contrajere nuevas nupcias, viviere en concubinato o incurriese en injurias graves contra el otro cónyuge*.

(85) “El derecho de habitación del cónyuge supérstite”, cit., p. 756, n° 3, d). Contra, MOLINARIO, Alberto D., “Estudio del artículo 3573 *bis* del Código Civil”, cit., LA LEY, 1975-B, 1059, n° 33.

(86) CNCiv., sala A, LA LEY, 1987-E, 426, con nota cit. de FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel M. y LOPEZ FUSTER, Gustavo O., “La prolongación de la indivisión hereditaria y el derecho de habitación del cónyuge supérstite”; ídem, sala F, LA LEY, 1976-C, 411; ídem íd., LA LEY, 1983-A, 63; ídem, sala G, LA LEY, 1981-B, 213.

Por otra parte, este último beneficio es de carácter gratuito; en cambio, como resulta de lo más arriba expresado, en el caso contemplado por el artículo 53, el cónyuge debe una compensación a sus coherederos por el uso exclusivo del bien.

Señalamos, asimismo, que a diferencia del derecho real de habitación, para poder ejercer el beneficio del artículo 53 de la ley 14.394, no es necesario que se trate del único inmueble habitable. ♦

## CONTRATOS SOBRE HERENCIA FUTURA

POR RUBÉN S. STIGLITZ

SUMARIO: I. Objeto del contrato. Noción. — II. El objeto del contrato y su distinción con el objeto de las obligaciones y con las prestaciones. — III. El objeto del contrato y su distinción con el contenido. — IV. El objeto del contrato y su distinción con sus efectos obligacionales. — V. Presupuestos de validez del objeto. Licitud del objeto: noción. — VI. El contrato ilegal. Contrato sobre herencia futura. El texto legal. Naturaleza de las normas regulatorias.— VII. El contrato sobre herencia futura (Continuación). Concepto. Alcance. Algo más sobre sus fundamentos. — VIII. Negocio "inter vivos". — IX. Presupuestos para la admisibilidad de la prohibición. — X. El contrato sobre herencia futura (Cont.). Contratos no alcanzados por la prohibición. — XI. El contrato sobre herencia futura (Cont.). Efectos derivados de su celebración. — XII. Supuestos que no constituyen contratos sobre herencia futura.

Aludir a los contratos sobre herencia futura, ineludiblemente nos remite al examen del objeto del contrato. De allí que, metodológicamente, y antes de encarar derechamente la cuestión en análisis, pensamos que es conveniente, aunque sea ligeramente, introducimos en esta cuestión que calificamos de preliminar y perteneciente a la teoría general del contrato.

### I. Objeto del contrato. Noción

El artículo 1167 del Código Civil dispone: "Lo dispuesto sobre los objetos de los actos jurídicos y de las obligaciones que se contrajeren, rige respecto a los contratos, y las prestaciones que no pueden ser el objeto de los actos jurídicos, no pueden serlo en los contratos".

A su vez, el artículo 1168 expresa: "Toda especie de prestación puede ser objeto de un contrato, sea que consista en la obligación de hacer, sea

que consista en la obligación de dar alguna cosa; y en este último caso, sea que se trate de una cosa presente, o de una cosa futura, sea que se trate de la propiedad, el uso, o de la posesión de la cosa”.

Esta disposición debe ser armonizada con el artículo 1169, en cuanto señala que “la prestación, objeto de un contrato, puede consistir en la entrega de una cosa, o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo susceptible de una apreciación pecuniaria”.

Como se advierte, en las mencionadas disposiciones el Código Civil ha legislado sobre el objeto de las obligaciones nacidas del contrato. Lo propio acontece con el Código Civil francés que le ha servido de fuente (arts. 1126 a 1128).

Quedó señalado que las obligaciones nacidas de los contratos se sitúan como capítulo inherente a los efectos de los contratos, y no como objeto de ellos.

En consecuencia, hemos comenzado afirmando, en un primer intento consistente en suministrar un perfil de la noción misma de “objeto de los contratos” que, cuando las partes se ponen de acuerdo en una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos, lo hacen en función de una operación jurídico-económica que entienden realizar, con el propósito, ya sea de crear, modificar, transmitir o extinguir relaciones jurídicas obligacionales. Para ello, debe quedar entendido que el consensualismo tolera que los sujetos operen jurídicamente sobre la base de figuras típicas (reguladas) o que, en función de un tráfico comercial, que no se caracteriza precisamente por su inmovilismo sino por su dinámica, vayan creando figuras de naturaleza contractual, atípicas, diversas una de otra, como también lo son los intereses que aspiran a regular convencionalmente.

Así, el objeto de la compraventa será el intercambio de cosa por precio; en la locación de cosa, será el intercambio del uso y goce de la cosa por un precio; en la sociedad civil será procurar, en común, una utilidad; en el contrato estimatorio será el intercambio de cosas muebles para ser vendidas en un plazo y por un precio acordados previamente; en el contrato de suministro, será el intercambio de cosas, en forma periódica o continuada, por un precio.

Como se advierte, la noción de objeto del contrato introduce un “plus” por sobre los efectos. Se alude a ellos, pero se subraya la función económica de la operación jurídica seleccionada.

## II. El objeto del contrato y su distinción con el objeto de las obligaciones y con las prestaciones

Además, no es factible confundir el objeto de los contratos con el objeto de las obligaciones, pues en ocasiones el primero es contrario al ordenamiento legal como, por ejemplo, lo veremos más adelante con mayores precisiones, el contrato sobre herencia futura (art. 1175, Cód. Civ.), y sin embargo la prestación a la cual se obliga el heredero (transmisión de derechos), es legítima. A su turno, el intercambio de la actividad productiva, lícita y dirigida, por una remuneración y de por vida (contrato de trabajo; art. 2º, ley 20.744, t.o.), es ilícita, no en razón del objeto del contrato, sino porque el objeto de la obligación —prestación de servicios de por vida—, más que un exceso, evidencia una estipulación abusiva o leonina y, por tal, contraria al orden jurídico.

Esa operación jurídica debe ser distinguida de las prestaciones, que son el objeto de las obligaciones. Es evidente que cuando los artículos 1168 y 1169 del Código civil mencionan las prestaciones de hacer o de dar, se trate de una cosa presente o de una cosa futura (art. 1168), como cuando se alude a la prestación consistente en la entrega de una cosa, o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo (art. 1169), están haciendo referencia al objeto de las obligaciones.

## III. El objeto del contrato y su distinción con el contenido

Tampoco creemos que sea factible confundir el objeto con el contenido del contrato, entendiendo por este último las reglas de conducta a las que deben subordinarse las partes. Las reglas de conducta no se agotan con lo estipulado por los sujetos del contrato.

El contenido del contrato se halla integrado, además de los preceptos de voluntad creados por una o por la totalidad de las partes y que trasuntan el resultado de la libertad de contratación en el marco de la autonomía de la voluntad, por reglas de conducta que no se originan en la voluntad común de los contratantes, sino en mandatos legales. Y además, por



los usos y costumbres atinentes a situaciones no regladas legalmente (art. 17, Cód. Civ.) y, finalmente, por las reglas secundarias de conducta.

En consecuencia, el objeto del contrato —operación jurídico-económica destinada a la creación, modificación, transmisión o extinción de relaciones jurídicas obligacionales que las partes han considerado realizar— se halla regulado por el contenido que suministran las normas imperativas, los preceptos de voluntad, para ciertos supuestos las normas supletorias, los usos y costumbres atinentes a situaciones no regladas, y las reglas secundarias de conducta.

#### IV. El objeto del contrato y su distinción con sus efectos obligacionales

A su vez, no es factible confundir el objeto del contrato con los efectos que derivan de él.

Así, el contrato genera obligaciones, en ocasiones correspectivas (contratos bilaterales); en otras, sólo una de las partes se obliga hacia la otra, sin que ésta le quede obligada (art. 1138, Cód. Civ.). Pues bien, las obligaciones son los efectos o consecuencias que derivan, en etapa funcional o de ejecución, de lo acordado al formalizarse la operación (objeto) jurídica.

En cambio, el contenido del contrato, como ya quedó expresado, son los preceptos a los cuales las partes se someten —regulación convencional y legal— desde el perfeccionamiento hasta la extinción del negocio.

En suma, el objeto del contrato es la respuesta a la indagación sobre qué deben las partes.

Ello nos coloca en la necesidad de establecer ciertos principios o condiciones de admisibilidad de él en consideración a la validez del negocio.

#### V. Presupuestos de validez del objeto. Licitud del objeto: Noción

Comencemos recordando que el artículo 1167 del Código Civil establece que “lo dispuesto sobre los objetos de los actos jurídicos y de las obligaciones que se contrajeren, rigen respecto a los contratos, y las

prestaciones que no pueden ser el objeto de los actos jurídicos, no pueden serlo de los contratos”.

La cuestión referente al objeto de los actos jurídicos se halla regulada por el artículo 953 del Código Civil: “El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que están en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto”.

Armonizando ambas disposiciones, es factible sistematizar los presupuestos que debe reunir el objeto del contrato en punto a la preservación de su validez.

Así, podemos señalar que el objeto debe ser (a) lícito, (b) posible y (c) con contenido patrimonial.

Entendido el objeto del contrato como la operación jurídico-económica destinada a la creación, modificación, transmisión o extinción de relaciones jurídicas obligacionales, anticipamos que su licitud se halla subordinada a su conformidad con el ordenamiento jurídico (1).

De suerte tal que nos hallaremos frente a un objeto contractual ilícito cuando él sea contrario al ordenamiento jurídico. De allí que se tenga decidido que si el contrato es de objeto ilícito por estar penado por la ley, ser contrario a las buenas costumbres y perjudicial a los derechos de terceros, al lesionar el interés colectivo, encuadra en las previsiones de los artículos 18 y 21 del Código Civil y cae bajo la sanción del artículo 953, que los declara “nulos como si no tuvieran objeto” y dicha nulidad es de carácter absoluto (2).

Así comprendido el objeto, todo intercambio que resulta de un contrato típico, en principio, es formal y materialmente lícito. En efecto,

(1) Lo que presupone su conformidad con la moral (Suprema Corte de Mendoza, sala I, 9/10/1989, “Autorronda S.R.L. c. Rodríguez C.”, JA, 1990-I-406).

(2) CCiv. y Com., Bahía Blanca, sala II, 7/3/1995, “Austral Motor c. Jaureguiberry de Tano”, JA, 1995-III-146.

desde que se lo admite y se lo regula (tipicidad contractual), en principio, queda descartada la ilicitud.

La ilicitud del objeto puede hallarse motivada —como lo está la causa— en distintos órdenes de razones: (a) el contrato ilegal, que es el que infringe un precepto necesario o forzoso; (b) el que contraría una prohibición legal (artículos 953, 975, 1361, 1443, 1790), en cuyo caso se hace operativa la sanción (“son de ningún valor”) prevista por el artículo 18 del Código Civil; (c) los contrarios al orden público y, finalmente, (d) aquellos que contrarían la moral y las buenas costumbres (arts. 953, 1206, 1501, 1891, etc.), cuya sanción es la nulidad, de conformidad a lo previsto por el artículo 21 del Código Civil.

#### VI. El contrato ilegal. Contrato sobre herencia futura. El texto legal. Fundamento de la prohibición legal. Naturaleza de las normas regulatorias

Contrato ilegal es aquel que contraría una norma imperativa como, por ejemplo, el contrato celebrado sobre herencia futura.

Al respecto, el artículo 1175 establece: “No puede ser objeto de un contrato la herencia futura, aunque se celebre con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate; ni los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares”.

De la simple lectura de la disposición precedente, surge que el contrato sobre herencia futura tiene como característica saliente que se celebra en circunstancias en que la sucesión no se halla abierta (*les successions non encore ouvertes*) (3), por lo que se la considera fuera del comercio (4) en los términos del art. 953 del Cód. Civil.

(3) Cf. C1ª Civ. y Com. Córdoba, 22/2/1990, “Bringas E. c. Bringas J.”, JA, 1991-III-608, donde decidió que “nuestra ley no admite que quien pueda creerse con derecho a una herencia futura pueda realizar actos referidos a ella (artículos 3311 y 1175, Cód. Civil); los que en el futuro puedan llegar a ser herederos, no pueden hacer disposición alguna de la herencia futura, ni pueden impedir que alguien que puede en el futuro ser su causante, realice actos de disposición de sus bienes. Por tanto, si no tienen ningún derecho, no tienen tampoco acción alguna que ejercer sobre bienes de una herencia futura y, por ende, no puede haber prescripción alguna de una acción si ésta no existe. De este modo se demuestra palmariamente que es necesario que se abra la sucesión para que pueda ser ejercida por los sucesores la acción de simulación en contra del coheredero”.

(4) JOSSERAND, L., *Derecho Civil. Teoría general de las obligaciones*, Bosch y Cía., Bs. As., 1950, t. II, vol. I, nro. 120, p. 88.

En la misma línea se adscribe el artículo 1176 del Código Civil: “Los contratos hechos simultáneamente sobre bienes presentes, y sobre bienes que dependen de una sucesión aún no deferida, son nulos en el todo, cuando han sido concluidos por un solo y mismo precio, a menos que aquel en cuyo provecho se ha hecho el contrato consienta en que la totalidad del precio sea sólo por los bienes presentes”.

Se sostiene que el fundamento de la prohibición legal de contratar sobre herencias futuras es de índole moral (5), ya que resulta chocante admitir la legitimidad de pactos en los cuales se especula con la muerte de una persona (6).

Se afirma que se trata de “pactos contrarios a la honestidad pública porque crean un interés en la muerte de una persona; por otra parte, ofrecen el peligro de mantener o introducir el uso de derogar el orden legal de las sucesiones” (7).

En síntesis, se los considera “inmorales y peligrosos” y, por ello, se le atribuye a la prohibición de los pactos sucesorios carácter de orden público (8).

Se añade que las convenciones sobre herencias futuras resultan odiosas e inmorales, porque la parte que se beneficia está interesada en que la muerte del dueño de la herencia se produzca cuanto antes (9); en consecuencia, aquéllas resultan, además, peligrosas, porque pueden

(5) MOSSET ITURRASPE, J., en BUERES, A.J. (Dir)-HIGHTON, E.I., *Código civil y normas complementarias*, Hammurabi, Bs. As., 2000, t. 3B, p. 648.

(6) Es nulo el convenio por el cual causante reconoció un crédito laboral a favor de la actora y dispuso que dos inmuebles de su propiedad garantizarían dicho crédito y se transmitirían a la accionante después de su muerte, toda vez que se trata de un acto mortis causa caracterizable como pacto sucesorio, que el Código Civil tizna con nulidad absoluta, en cuanto no puede ser objeto de un contrato la herencia futura, aunque se celebre con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate, al considerárselos contratos odiosos e inmorales que especulan con la muerte de una persona.

(7) PLANIOL, M.-RIPERT, J., *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. “Las obligaciones”, Cultural S.A., Habana, 1946, tomo sexto, nro. 246, p. 342.

(8) BAUDRY-LACANTINERIE G., *Précis de Droit Civil*, Recueil Sirey, París, 1921, t. 2, nro. 103, p. 43, quien señala que son inmorales porque se especula con la muerte de una persona y peligrosos porque “pueden dar nacimiento a pensamientos criminales”.

(9) SALVAT, R.L., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuente de las obligaciones*, TEA, Bs. As., 1950, t. I, nro. 121, p. 114.

llevar al beneficiario a valerse de procedimientos criminales, para apresurar el fallecimiento del de cujus.

Por otra parte, estos contratos constituyen un recurso que facilita la violación de las disposiciones legales sobre la legítima hereditaria, que se ha querido poner a cubierto de todo compromiso (10).

En efecto, si se tratara de pactos autorizados, constituirían un ingenio para infringir los principios legales sobre la legítima hereditaria, que el legislador ha considerado como una institución de orden social y, por tanto, se halla a cubierto de toda especulación que pudiese comprometerla (arg. art. 3599, Cód. Civil) (11).

En cuanto a la naturaleza de las normas regulatorias, cabe destacar que ambas hipótesis, las de los artículos 1175 y 1176 se hallan reguladas por normas imperativas, no sólo porque importan un límite inherente a la autonomía de la voluntad, sino porque acudiendo a un criterio de interpretación filológica (artículos 1175 y 1176), contienen un elemento gramatical de donde se deduce, inequívocamente, su aplicación aun cuando las partes hayan pactado lo contrario, pues la sola lectura del texto afirma la imposibilidad de que un precepto de autonomía se anteponga a la norma.

En efecto, el artículo 1175 del Código Civil comienza explicitando que “no puede ser objeto de un contrato...”, en inequívoca referencia a la ilicitud que importa todo precepto de autonomía que la contraríe.

Otro criterio de interpretación es el que acude a los móviles (causa final). Así, serán también normas imperativas aquellas que del texto legal surjan como consecuencia genérica del “sin efecto”, la nulidad, la invalidez, la ineficacia, o la prohibición del precepto de autonomía que las infrinja (12).

Y precisamente, el artículo 1176 fulmina con nulidad “los contratos hechos simultáneamente sobre bienes presentes, y sobre bienes que

(10) CNCiv., sala G, 12/8/1980, “Steinhardt de Penas, M. c. Penard, A.”, JA, 1981-I-686.

(11) SALVAT, R.L., *Tratado... Fuentes...*, cit. t. I, nro. 121, p. 115.

(12) STIGLITZ, R.S., *Contratos civiles y comerciales*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1998, t. I, nro. 334, p. 377.

dependen de una sucesión aun no deferida [...] cuando han sido concluidos por un solo y mismo precio”. La excepción a este principio está dada para cuando “aquel en cuyo provecho se ha hecho el contrato consienta en que la totalidad del precio sea sólo para los bienes presentes”.

Por lo demás, es ilegal todo contrato cuyo objeto sea contrario al orden público, a las buenas costumbres y la moral.

## VII. El contrato sobre herencia futura (Cont.). Concepto. Algo más sobre sus fundamentos. Alcance

Se ha definido al contrato sobre herencia futura o pacto sucesorio, como todo contrato referido a la transmisión mortis causa de la totalidad o parte de una herencia futura y cuyo contenido está referido a la organización o división de la sucesión, antes de la apertura de la misma, es decir, con antelación a la muerte del causante (13).

De allí que se afirme que, casi siempre, proceden de un heredero presunto quien, obligado por la necesidad, cede sus derechos eventuales. Por ello, tales operaciones, hieren sentimientos respetables y se considere inmoral “ver a un individuo especular con la muerte de uno de sus parientes” (14).

En cuanto a los alcances de la prohibición, se extiende a los: (a) pactos de institución, que son aquellos que tienen por objeto instituir contractualmente a otra persona como heredera o legataria (arg. art. 3618, Cód. Civil); (b) pactos de renuncia, que constituyen abdicación a una herencia futura del cocontratante o de un tercero (arts. 3311 y 3312 del Cód. Civil); (c) pactos de disposición, que son aquellos referidos a la aceptación actual de una herencia futura y su concomitante o ulterior negociación sobre ella, también alcanzados por la prohibición legal (15) y

(13) LAVALLE COBO, J.E., en BELLUSCIO (Dir.)-ZANNONI (Coord.), *Código civil y leyes complementarias*, Astrea, Bs. As., 1984, t. 5, p. 802.

(14) COLIN, A. - CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho Civil. Teoría general de las obligaciones*, Reus, Madrid, 1943, t. III, p. 651.

(15) CAPEL, Civ., Com. y Garantías, Necochea, 28/11/2003, “Ramírez, Ma. Isabel c. Santos, Ramón”, LLBA, 2004-671, donde se estableció que: “Es nulo el convenio por el cual causante reconoció un crédito laboral a favor de la actora y dispuso que dos inmuebles de su propiedad garantizarían dicho crédito y se transmitirían a la accionante después de su

(d) pactos distributivos, que tienen por objeto la división de la herencia y que se celebran entre los presuntos herederos, con o sin intervención del causante (16).

Por lo demás, en cuanto a su alcance, vale señalar que la ineficacia se extiende a los pactos, se trate de sucesiones testamentarias o ab intestato (17).

### VIII. Esencia del contrato sobre herencia futura: Negocio "mortis causa"

La distinción entre "actos entre vivos" y "disposiciones de última voluntad" se halla contenida en el artículo 947 del Código Civil. En rigor, la distinción debe ser entendida en cuanto al momento del comienzo de la producción de sus efectos (18).

El contrato sobre herencia futura, para las legislaciones que los permiten (19), constituye un acto "mortis causa" (de última voluntad), ya que la función de estos últimos está en la disposición de los propios bienes para después de la muerte y cuyos efectos no tienen lugar sino "a la muerte y por la muerte del declarante" (20).

En cambio, los pactos sucesorios se refieren a sucesiones futuras o "no abiertas".

muerte, toda vez que se trata de un acto mortis causa caracterizable como pacto sucesorio, que el Código Civil tizna con nulidad absoluta, en cuanto no puede ser objeto de un contrato la herencia futura, aunque se celebre con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate, al considerárselos contratos odiosos e inmorales que especulan con la muerte de una persona".

(16) MOSSET ITURRASPE, J., en BUERES, A.J.-HIGHTON DE NOLASCO, E., ob. cit., t. 3B, p. 649.

(17) PLANIOL, M.-RIPERT, J., ob. cit., t. VI, nro. 246, p. 343; SALVAT, R.L., *Tratado... Fuentes...*, t. I, ob. cit., nro. 122, p. 115, quien señala que la ley habla simplemente de herencia futura, palabras que comprenden los dos casos.

(18) RIVERA, J.C., *Instituciones de Derecho Civil*, Parte general, Lexis Nexis, Bs. As., 2004, n° 1185, p. 554.

(19) CIFUENTES, S., *Negocio jurídico*, Astrea, Bs. As., 2004, p. 311.

(20) BUERES, A.J., en BUERES, A.J. (Dir.)- HIGHTON DE NOLASCO, E., *Código Civil y normas complementarias*, Hammurabi, Bs. As., 2000, 2B, p. 535; CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico*, Aguilar, Madrid, 1967, t. I, nro. 74, p. 256.

O dicho de otro modo, la eficacia de los actos "inter vivos" no depende del fallecimiento de aquellos de cuya voluntad emanan, al punto tal que comienzan a existir desde su celebración (art. 951, Código Civil).

### IX. Presupuestos para la admisibilidad de la prohibición

Para que sea aplicable la prohibición legal, se hace ineludible la observancia de los siguientes presupuestos:

(a) Que la materia sobre la que trate el contrato (objeto) recaiga sobre bienes o derechos eventuales, dependientes de una sucesión que no se ha abierto; (b) Que si el contrato se celebra respecto a la herencia de un tercero, resulte que el promitente lo celebra en consideración a un derecho hereditario que pretende se abrirá en su provecho sobre los bienes o derechos objeto de la operación; (c) Que si el contrato se celebra sobre la herencia de una de las partes, la otra intervenga en el acto en base a un derecho hereditario sobre el cual entiende que será investido cuando se abra la sucesión.

### X. El contrato sobre herencia futura (Cont.). Contratos no alcanzados por la prohibición

Las prohibiciones a que hemos hecho referencia, admiten excepciones o limitaciones, a saber:

(a) Enajenación de bienes a uno de los herederos forzosos, cuando sea con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo, en cuyo caso el valor de los bienes será imputado sobre la porción disponible del testador (art. 3604, Cód. Civil);

(b) Contrato de seguro de vida celebrado a favor de un tercero sobreviviente por el que se establece que el capital o renta a pagarse en caso de muerte lo sea a favor de un tercero determinado o determinable al momento del evento (art. 143, ley 17.418);

(c) En punto a las sociedades civiles, puede estipularse la extensión de los derechos que corresponda a los herederos del socio fallecido, sin perjuicio que no afecte la legítima de los herederos forzosos (art. 1654, inc. 3, Cód. Civil);

(d) Donaciones del padre y la madre, o ambos juntos, efectuada a sus hijos de cualquier edad, estableciéndose que si no se expresa a qué cuenta debe imputarse la donación, debe entenderse que es hecha como adelanto de la legítima (art. 1805, Cód. Civil);

(e) El contrato de cesión gratuita de derechos hereditarios mediante el cual el causante cede a una persona todos los derechos y bienes que tiene y que le corresponden, sean éstos posesorios y/o hereditarios, carece totalmente de validez y en nada influye que se haya dejado expresa constancia de la inexistencia de hijos ni herederos a los cuales beneficiar, puesto que la ley es suficientemente clara en la prohibición.

#### XI. El contrato sobre herencia futura (Cont.). Efectos derivados de su celebración

La nulidad absoluta que se predica de un pacto sucesorio (contrato sobre herencia futura) que contraría el derecho necesario y el orden público, no es factible de ser confirmado después de la muerte de la persona de quien se trate (21).

En efecto, se trata de una prohibición absoluta. La ley no formula distinciones en punto a la economía del contrato ni por razones atinentes a la finalidad perseguida (causa móvil).

Por lo demás, ni tan siquiera la autorización de la persona misma de cuya sucesión futura se trata, convalida la operación (22). Al punto tal que la prohibición se extiende a los supuestos de contratos hechos sin intervención o conocimiento del dueño de la herencia, como el celebrado con su consentimiento o el formalizado por el propio dueño, ya que la ley no formula distinción alguna por lo que los motivos de la prohibición existen aun en ese caso.

En síntesis, tal como quedó anticipado, el efecto consiguiente al pacto sucesorio es la nulidad absoluta, invocable por todos los interesados y no suplible por confirmación, expresa o tácita (23).

(21) SALAS, A.-TRIGO REPRESAS, FA., *Código civil anotado*, Depalma, Bs. As., 1984, t. 2, p. 21.

(22) COLIN, A.-CAPITANT, H., ob. cit., t. 3, p. 652.

(23) JOSSELAND, L., ob. cit., t. II, vol. I, nro. 120, p. 89; SALVAT, R.L., ob. cit., nro. 124, p. 116; ALTERINI, A. A., en LLAMBIAS, J. J.-ALTERINI, A. A., *Código civil anotado*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1985, t. III-A, nro. 9, p. 85; CNCiv., sala B, 14/5/1951, "C.U.R.M. (suc.)", LA LEY, 62-805.

Por lo tanto, se hallan "desprovistos de toda existencia legal" (24).

#### XII. Hipótesis que no constituyen herencias futuras

Se tiene expresado que no constituye pacto sucesorio, el convenio celebrado entre cónyuges que incluye una donación-partición a favor de sus cuatro hijos.

En efecto, ante un recurso de queja por el que "se sostiene la nulidad del convenio por considerarlo encuadrado dentro de la prohibición contenida en el artículo 1175 del Cód. Civil, como pacto de herencia futura, se ha resuelto que los agravios intentados por el demandado..., pierden entidad si se llega a la conclusión de que el convenio objeto de estas actuaciones no puede ser calificado de contrato sobre herencia futura, sancionado con la nulidad prevista en el art. 1175 del Cód. Civil... Tampoco puede decirse que dicho convenio afecte a la moral y a las buenas costumbres o que lo acordado, al tiempo de liquidar la sociedad conyugal, tendiente a dotar de una renta y de un patrimonio a los hijos del matrimonio, pueda estimular a los herederos a 'finar' a alguno de sus padres. Coincidiendo con el enfoque jurídico del fiscal en cuanto señala que sin perjuicio de contener estipulaciones a favor de un tercero el contrato... configuraría una partición por donación o partición-donación conjunta, y... según el art. 3526 del Cód. Civil permite este tipo de partición por los ascendientes, previsión que se aplica no sólo en materia testamentaria, sino también en donaciones... No se trataría sino de la puesta en acción de la disposición contenida en el art. 1805 del Cód. Civil, norma que explícitamente contempla la posibilidad de que padre y madre, juntos, hagan donaciones a sus hijos, y que son hechas como un adelanto de la legítima (25).

Asimismo, se tiene decidido adversamente el pedido de nulidad de un convenio fundado en la infracción a los términos del art. 1175 del Código Civil (26) en razón que "no se trata de un pacto de herencia futura ya que el objeto de un contrato de esa naturaleza es el todo o parte de una herencia futura, y sus elementos son la sucesión de una persona viva, la

(24) BAUDRY-LACANTINERIE, G., ob. cit., t. 2, nro. 103, p. 43.

(25) CNCiv., sala C, 24/9/1996, "D.L.A. de R.M.C. c. R.U." (inédito).

(26) CCiv., Com., Minas, Paz y Trib., Mendoza, 2, 1/4/1992, "Pettinati, A. c. Delgado J. s/ escrituración".



transferencia de uno o más bienes dentro de esa sucesión o partes alícuotas, y debe haberse suscripto a título de eventual heredero". En el caso, "quienes asumen la calidad de herederos se comprometen, en el cuestionado convenio, a hacer entrega del inmueble y cumplir la obligación (escriturar) del causante, o futuro causante, no realizan un contrato de herencia futura sino un contrato sobre cosa ajena. Del juego armónico de los art. 1163 y 1177 resulta claro en nuestro derecho, la posibilidad de prometer, en términos generales, la prestación ajena, o bien, más precisamente, la entrega de cosa ajena". ♦

## EL REGIMEN VIGENTE DE LA ACEPTACION DE HERENCIA CON BENEFICIO DE INVENTARIO, DESPUES DE LA REFORMA DE LA LEY 17.711

POR FÉLIX A. TRIGO REPRESAS

SUMARIO: I. Introducción. — II. El primitivo régimen de nuestro Código Civil sobre "aceptación de la herencia con beneficio de inventario". — III. El sistema de la sucesión "en los bienes". — IV. La aceptación con beneficio de inventario en el nuevo régimen de la ley 17.711: a) Principio general: presunción de que toda aceptación de herencia lo es con beneficio de inventario; b) La innecesariedad a priori de la facción del "inventario"; c) Supuestos de aceptación de herencia sin beneficio de inventario; d) Implantación, en los hechos, de un sistema sucesorio "intra vires"; e) Quiénes gozan del "beneficio de inventario"; f) Situación jurídica del heredero beneficiario. — V. El inventario: a) Concepto; b) Su naturaleza jurídica; c) Oportunidad para su realización. — VI. Pérdida del beneficio de inventario. — VII. Reflexiones finales.

### I. Introducción

La reforma de la ley 17.711 introdujo unas cuantas variantes, de mayor o menor trascendencia, a nuestro régimen sucesorio, cuya bondad hoy suele pasar casi inadvertida, especialmente para quienes se iniciaran como operadores jurídicos con posterioridad al primero de julio de 1968. Lo cual es así en razón, precisamente, de que su aplicación judicial ha sido casi pacífica, sin diferendos ni controversias.

Hubo por ejemplo una importante modificación, en punto a los derechos sucesorios del cónyuge supérstite en los casos de concurrencia con los ascendientes legítimos de su premuerto esposo. Ya que hasta

entonces, el viudo no heredaba en la mitad de gananciales del esposo prefallecido (primitivo art. 3576 del Código Civil), y con relación a los bienes propios del mismo concurría "por cabeza" con los ascendientes de igual grado (originario art. 3571 del mismo Código); con lo cual se daba la paradoja de que cuanto más lejano fuese el parentesco en el orden ascendente de los coherederos, menor habría de ser la porción a recibir por parte del cónyuge supérstite: ya que si verbigracia concurría con los padres, se dividían los bienes "propios" por tres, correspondiendo al cónyuge un tercio; en tanto que si la concurrencia hubiese sido con los cuatro abuelos vivos del esposo premuerto, cuyos padres también hubieran fallecido con anterioridad, la división se hubiese debido hacer por cinco, y al cónyuge sólo le habría correspondido una quinta parte; etc. Por el contrario, con el nuevo texto del art. 3571 del Código Civil reformado por la ley 17.711 (1), el viudo pasó a heredar "la mitad de la parte de gananciales que correspondía al fallecido", lo cual sumado a su propia parte de gananciales, le permite quedarse con las tres cuartas partes de la herencia, o sea el 75% de la misma, heredando además "la mitad de los bienes propios"; con lo que, obviamente, ya no ha quedado expuesto a la eventualidad de ver disminuir su haber en el caso de tener que concurrir con un mayor número de ascendientes de grado más lejano, de su premuerto esposo.

Y todo ello tuvo su razón de ser en el "estándar" o directiva de privilegiar la situación del "cónyuge sobreviviente", mejorando su porción hereditaria con relación a otros parientes del esposo premuerto; a lo cual apuntará también el reconocimiento de la condición de heredera en la sucesión de sus suegros, de la "nuera viuda y sin hijos", del art. 3576 bis del Código Civil, también agregado por la reforma de la ley 17.711 y luego ligeramente modificado por la ley 23.515; o el "derecho real de habitación", vitalicio, sobre el único inmueble sucesorio, reconocido al cónyuge supérstite por el art. 3573 bis, incorporado al Código Civil por la ley 20.798.

## II. El primitivo régimen de nuestro Código Civil sobre "aceptación de la herencia con beneficio de inventario"

Pero sin duda lo más importante en esta materia de la reforma de la ley 17.711, fue lo relativo al régimen de la "aceptación de herencia con beneficio de inventario".

(1) Dicho texto sufrió luego otra modificación por la ley 23.264, que suprimió el diferente tratamiento acordado hasta entonces a los padres "naturales".

Nuestro Código Civil en efecto, había seguido el sistema del derecho romano, luego adoptada en el Código Napoleón y en las legislaciones que en él se inspiraran, basado en la trilogía conceptual del patrimonio-persona, la confusión de patrimonios y la responsabilidad *ultra vires hereditatis*: el heredero continuaba la persona del causante, cuyo patrimonio se transmitía como una unidad abstracta y se confundía con el personal del heredero, de manera que, consecuentemente, si los bienes dejados por el causante resultaban insuficientes, aquél venía a responder *ultra vires* con sus propios bienes, frente a los acreedores del difunto y, aun más, ante los mismos legatarios que éste hubiera podido instituir en su testamento (arts. 3281, 3342, 3343, 3417, 3776 y concordantes del Código Civil).

La responsabilidad ilimitada del heredero constituía, pues, el principio general; aunque podía evitarse mediante el mecanismo del "beneficio de inventario", el cual permitía al heredero eludir su responsabilidad personal por el pago de las deudas del difunto, y responder en cuanto a ellas solamente con los mismos bienes dejados por aquél.

Pero sucedía que, conforme al primitivo texto del art. 3363 del Código Civil, esta forma de aceptación no se presumía sino que debía ser expresa, y además el heredero debía "*declararlo así, ante el Juez a quien corresponde conocer de la sucesión, en el término de diez días*", careciendo "*cualquier otra declaración*" de "*efecto alguno*". Amén de que además, luego el heredero debía hacer el inventario dentro de los tres meses de la apertura de la sucesión, y contaba después con treinta días más para optar entre la aceptación pura y simple o la beneficiaria, o bien por la renuncia a la herencia (originario art. 3366 del Código Civil).

Aunque en verdad, con tan solo diez días para formular la manifestación de que se deseaba aceptar "con beneficio de inventario", contados además desde la apertura de la sucesión operada con la muerte del causante (arts. 3282, 3415 del Código Civil); aun de sumarse a aquéllos, conforme con la entonces opinión dominante de nuestra doctrina y jurisprudencia, los nueve días corridos de llanto y luto del art. 3357 del Código Civil, lo cierto era que tales plazos resultaban igualmente de una brevedad angustiosa y agobiante. Y además la ley interpretaba con sumo rigor numerosos actos del heredero, atribuyéndoles el sentido de una aceptación pura y simple.

Por todo lo cual se pudo decir entonces con razón, entre otros por Fornieles y Borda, que nuestro sistema legal constituía “una verdadera emboscada” para los herederos; quiénes pasados esos diez días sin haberse manifestado, ya no tenían otro recurso frente una sucesión presuntamente insolvente, que la de renunciar la misma (2).

Por ello es que, en rigor, quizá sólo cuando existía entre los herederos algún abogado, o lo había entre parientes suyos más o menos próximos, podían aquéllos llegar a formular tempestivamente la manifestación de su voluntad de aceptar la herencia con beneficio de inventario. Sin perjuicio de que, dado el carácter separado e individual de la concepción de tal beneficio a cada uno de los distintos herederos, la aceptación beneficiaria efectuada por alguno de ellos, “no modifica los efectos de la aceptación pura y simple, hecha por otros” (arts. 3360 y 3361 del Código Civil).

Sucedía empero, que aún los códigos más modernos que todavía continuaban con ese mismo o parecido régimen, establecían sin embargo plazos mayores para la aceptación con beneficio de inventario; tal como sucedía por ejemplo con el Código Civil de Bolivia de 1976, cuyo art. 1032 fija para ello un término de seis meses.

### III. El sistema de la sucesión “en los bienes”

Ahora bien, frente al referido sistema de la sucesión en la persona, existía otro de raigambre germánica, conocido como de *sucesión en los bienes*, en el cual el heredero no ocupaba el lugar del difunto, sino que venía a ser un mero liquidador del patrimonio por él dejado: pagaba las deudas del difunto con los bienes que recibía, para lo cual realizaba el activo, y si quedaba algún saldo éste le correspondía, aunque debía dividirlo y repartirlo con sus coherederos, de existir éstos.

O sea que conforme a este régimen, los bienes recibidos protegían la responsabilidad (“*haftung*”) del causante, no asumida por el heredero; quien en rigor no venía a recibir un activo y un pasivo como en el otro sistema, sino solo un *remanente* o *saldo*; es decir lo que pudiese que-

(2) FORNIELES, Salvador, *Tratado de las sucesiones*, 4ª ed., Bs. As., TEA, 1958, t. I, p. 143, n° 88; BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil Argentino. Sucesiones*, 1ª ed., Bs. As. Perrot, 1959, t. I, p. 187, n° 236.

dar luego de haber sido satisfechas íntegramente las deudas del difunto y legados que dejara por testamento. Amén de que desde otro punto de vista, los acreedores del difunto quedaban en idéntica situación a la que tenían antes frente al mismo, ya que no debían temer la concurrencia de molestos terceros acreedores personales del heredero; aunque por otra parte **tampoco podían perseguir los bienes personales del sucesor**, quien no quedaba obligado frente a ellos con su propio patrimonio.

Este último sistema, “a todas luces más simple, más lógico y más realista”, era el preferido por el Dr. Guillermo A. Borda, reconocido inspirador de la reforma de 1968 (3), como así también por la mayoría de nuestra doctrina especializada.

Y además, en ese mismo sentido se había ido inclinando la tendencia más moderna en materia de derecho sucesorio. Así, tal había sucedido en el Código del Brasil, que disponía en su art. 1587 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”; con el de Portugal de 1966, que dice en su art. 2071 inciso 2, que: “siendo la herencia aceptada pura y simplemente, la responsabilidad por las obligaciones tampoco excede el valor de los bienes heredados, pero incumbe en este caso a los herederos probar que en la herencia no existen valores suficientes para el cumplimiento de las obligaciones”; como así, dentro de la misma línea, con el art. 661 del de Perú de 1984, que reza: “El heredero responde de las deudas y cargas de la herencia sólo hasta donde alcancen los bienes de ésta. Incumbe al heredero la prueba del exceso, salvo cuando exista inventario judicial”.

A su turno en el derecho mejicano, el Código Civil delega la administración del patrimonio hereditario en el albacea, bajo cuya responsabilidad se desarrolla el proceso de liquidación de los bienes, pago de deudas, cumplimiento de legados, etc., como asimismo la partición, adjudicación y entrega del saldo líquido a los herederos (arts. 1750 y sigtes.); o sea que existe un verdadero proceso de liquidación colectiva, que garantiza en el juicio el pago de las deudas hereditarias, con preferencia a las particulares del heredero. Siendo aun más radical el art. 525 inc. 1° del Código Civil de Cuba, que adopta claramente el principio de la res-

(3) Ver la 1ª ed. de su *Tratado de Derecho Civil Argentino. Sucesiones*, cit., t. I, ps. 15 y sigte., n° 9, y 20 y sigtes., n° 13.

ponsabilidad *intra vires* y *cum viribus*, al disponer: "Por la aceptación de la herencia el heredero responde de las obligaciones de ésta *solamente con los bienes, derechos y acciones que la integran*".

#### IV. La aceptación con beneficio de inventario en el nuevo régimen de la ley 17.711

##### a) Principio general: presunción de que toda aceptación de herencia lo es con beneficio de inventario

La reforma de la ley 17.711 sustituyó el principio de la aceptación pura y simple de la herencia, contenido básicamente en los arts. 3329 y 3359, por el de la aceptación beneficiaria.

Se modificaron los arts. 3363 y 3366 del Código Civil, los que pasaron a establecer que: "*toda aceptación de herencia se presume efectuada bajo beneficio de inventario, cualquiera sea el tiempo en que se haga*" (art. 3363, 1ª parte), y que: "*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. 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*"; como así que, por último: "*la realización de actos prohibidos en este Código al heredero beneficiario importará la pérdida del beneficio*" (art. 3363, 2ª parte).

Toda aceptación de herencia se presume pues, ahora, realizada con beneficio de inventario; por lo que no requiere de declaración expresa ni de formalidad alguna, bastando con que se la haya aceptado, sin más aclaraciones.

Bien se ha podido decir así, que: "Por lo tanto la limitación de la responsabilidad del heredero a lo recibido es presumida por la ley", aunque "conviene advertir que esta presunción es *juris tantum* y puede ceder cuando el heredero manifieste expresamente su voluntad de aceptar pura y simplemente. Conviene advertir, también, que la limitación de responsabilidad es *cum viribus hereditatis*, ya que los alcances del Código en esa materia no han sido modificados (arts. 3379 y conchs.)" (4).

(4) MAFFIA, Jorge O., *Manual de derecho sucesorio*, Bs. As., Depalma, 1975, t. I, p. 162, n° 129.

Sin embargo también se incurrió en tal reforma en algunas desprolijidades, tal como ocurre con la contradicción del nuevo régimen frente a la subsistencia del no derogado ni modificado art. 3329 del Código Civil, que reza: "*En todos los casos de aceptación tácita, la sucesión se considera aceptada pura y simplemente*"; norma ésta que empero ha sido tenida, sin discrepancias, como implícitamente derogada por el nuevo régimen legal (5).

##### b) La innecesariedad a priori de la facción del "inventario"

Aunque pueda parecer una contradicción, lo cierto es que en principio, en el régimen actual de la aceptación beneficiaria, la confección del inventario ya no constituye más un requisito imprescindible de tal forma de aceptación de la herencia, puesto que su realización está ahora supeditada a una previa intimación judicial para que se la lleve a cabo, practicada por parte interesada (6).

Lo que ha permitido afirmar que el inventario, que era antes una condición *sine qua non* de ese "beneficio", *ya no lo es ahora*, atento que sólo corresponde confeccionarlo en el caso de que alguien lo requiera judicialmente (7). En tanto mientras ello no ocurra, el heredero adquie-

(5) SC Buenos Aires, 3/8/71, "Fondeville de Bettaglio c. Marino", ED, 38-385 y JA, 13-1972, p. 515; íd. 3/8/71, "Pascale c. Marino", JA, 15-1972, p. 549; CNCiv., sala D, 8/7/71, "Famita S.A. c. Brown Bustos", ED, 38-384; ídem, sala F, 12/8/81, "Gatti c. De la Villa", ED, 98-203 y LA LEY, 1983-A, 581, Jurispr. Agrup. n° 4893.

(6) BORDA, Guillermo A., "Reforma del código civil. El beneficio de inventario", en ED, 34-748 y sigte., n° III-5 y 6; FERRER, Francisco A. M. su comentario al art. 3366 en *Código civil comentado. Doctrina-Jurisprudencia-Bibliografía. Sucesiones*, directores Francisco A. M. Ferrer y Graciela Medina, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, t. I, p. 280, n° 1; LLAMBIAS, Jorge Joaquín - MENDEZ COSTA, María Josefa, *Código Civil anotado. Doctrina Jurisprudencia*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1988, t. V-A, ps. 181 y sigte., n° 1; MAFFIA, Jorge O. "Suspensión de la prescripción en materia sucesoria" en el N° 17 de la Revista JUS, La Plata, Ed. Platense, p. 23, n° VI; VANELLA, Vilma-VAZQUEZ, Angela, "comentario" al art. 3366 en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Dir. Alberto J. Bueres, Coord. Elena I. Highton, Bs. As., Hammurabi, 2001, t. 6-A, p. 185, § 2; SC Buenos Aires, 3/8/71, "Fondeville de Bettaglio c. Marino", ED, 38-385 y JA, 13-1972, p. 515, con nota de Jorge O. MAFFIA, "El beneficio de inventario y los actos del heredero"; íd. 3/8/71, "Pascale c. Marino", JA, 15-1972, p. 549.

(7) GOYENA COPELLO, Héctor Roberto, "El derecho sucesorio en la reforma del Código Civil" en LA LEY, 133-1080 y sigte.; GUASTAVINO, Elías P., "El beneficio de inventario" en JA, Doctrina 1969, ps. 187 y sigte., especialmente núms. 12 y 20; ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de las sucesiones*, 4ª ed., Bs. As., Astrea, 1997, t. 1, p. 349, § 305.

re la herencia por su aceptación expresa o tácita, pero limita su responsabilidad *intra vires* por las deudas y cargas de la sucesión.

O sea, en suma, que el inventario y los trámites subsiguientes, ya no son de la esencia del beneficio.

*c) Supuestos de aceptación de herencia sin beneficio de inventario*

Por otra parte, lo antedicho no obsta a que igualmente puedan darse supuestos de aceptación de la herencia sin beneficio de inventario.

Ante todo, si el heredero así lo declara expresamente, ya que sin duda él puede aceptar en forma pura y simple si así lo desea; atento que el beneficio de inventario es renunciable (arts. 3341 y 3404 del Cód. Civil) (8).

Y asimismo existen ciertos casos de aceptación tácita de la herencia, en los que el acto que la induce es a la vez uno de los que, por estarles prohibidos al heredero beneficiario, va a importar al mismo tiempo la pérdida del beneficio (art. 3363 *in fine*).

Siendo esto último lo que ocurre en las hipótesis que se mencionan a continuación:

- a) actos de disposición de muebles o inmuebles sucesorios, a título oneroso o gratuito (art. 3321), realizados por el heredero beneficiario sin cumplir previamente con el recaudo de la previa autorización judicial; y además en el caso de enajenación de inmuebles, de que se lo hubiese hecho mediante remate público (arts. 3390, 3393 *in fine* y 3406 del Cód. Civil);
- b) constitución por el heredero de hipotecas, servidumbres y otros derechos reales sobre inmuebles de la sucesión (art. 3321 Cód. Civil), no estando autorizado judicialmente para hacerlo (art. 3390 Cód. Civil);

(8) GUASTAVINO, "El beneficio de inventario" en JA, Doctrina 1969, ps. 187 y sigte., núms. 12 y 20 especialmente; MAFFIA, Jorge O., "Suspensión de la prescripción en materia sucesoria" cit., en el N° 17 de la Revista "JUS", La Plata, Ed. Platense, p. 23, n° VI; ídem, *Manual de Derecho Sucesorio*, Bs. As., Depalma, 1975, t. I, p. 162, n° 129; CNCiv., sala D, 8/7/71, "Famita SA c. Brown Bustos", ED, 38-384; ídem, sala F, 12/8/81, "Gatti c. De la Villa", ED, 98-203 y LA LEY, 1983-A, 581, Jurispr. Agrup. n° 4893.

- c) la transacción o sometimiento a compromiso arbitral de pleitos que interesan a la sucesión (art. 3324), lo que le está vedado al aceptante de la herencia con beneficio de inventario (art. 3383 *in fine*), si antes no ha sido autorizados por el juez de la sucesión (art. 3390 Cód. Civil);
- d) el supuesto de aceptación forzada del art. 3331 del Código Civil, resultante del hecho de haber ocultado el beneficiario bienes sucesorios, lo que configura uno de los actos prohibidos al mismo (art. 3405) (9).

Para algunos autores lo es también la aceptación, sin beneficio de inventario y sin previa autorización judicial, de una herencia deferida al autor de la sucesión (art. 3389 Cód. Civil); por cuanto entonces la presunción legal de aceptación beneficiaria no es suficiente para considerar derogada la prohibición, dado que siempre resulta posible la pérdida del beneficio y la consecuente responsabilidad *ultra vires* en la herencia deferida al causante (10).

*d) Implantación, en los hechos, de un sistema sucesorio "intra vires"*

Pero lo esencial es que con la reforma de 1968, se logró en los hechos un régimen de sucesión *mortis causa* en el cual: no se produce la confusión entre los patrimonios del causante y de su heredero (arts. 3371, 3373 y 863 del Código Civil), y consecuentemente la responsabilidad de este último resulta ser "*intra vires*", circunscripta a los bienes que "ha recibido de la herencia" (citado art. 3371 del Código Civil), no estando tampoco "*obligado con los bienes que el autor de la sucesión le hubiere dado en vida, aunque debiese colacionarlos entre sus co-herederos*" (art. 3372 Código Civil).

Todo ello, sin perjuicio de que subsista siempre la posibilidad de la pérdida del beneficio de inventario, por "*la realización de actos prohibi-*

(9) GUASTAVINO, ob. cit. en JA, Doctrina 1969, p. 188, núms. 17- b) y 18; MAFFIA, Jorge O., "El derecho sucesorio en la reforma del Código Civil", La Plata, Colegio de Abogados de La Plata, 1969, ps. 19 y sigte., n° 6; ZANNONI, *Derecho de sucesiones*, cit., 4ª ed., t. I, p. 365, § 322; CNCiv., sala D, 8/7/71, "Famita SA c. Brown Bustos", ED, 38-384; SC Buenos Aires, 3/8/71, "Fondeville de Bettaglio c. Marino", ED, 38-385 y JA, 13-1972, p. 515; íd., 3/8/71, "Pascale c. Marino", JA, 15-1972, p. 549.

(10) GUASTAVINO, "Beneficio de inventario", cit. en JA, Doctrina 1969, p. 196, n° 44; ZANNONI, *Derecho de sucesiones*, cit., 4ª ed., t. I, ps. 365 y sigte., § 322, letra e).



dos en este Código al heredero beneficiario" (arts. 3363 *in fine*, 3383 *in fine*, 3389, 3390, 3393, 3405 y 3406 del Código Civil), o en su caso por la no facción del inventario "dentro del plazo de tres meses contados desde que hubiese sido judicialmente intimado por parte interesada" (art. 3360, primer párrafo, del mismo Código).

Zannoni ha señalado sobre el respecto, en la cuarta edición de su "Derecho de las sucesiones": "que, si bien el legislador de 1968 ha cuestionado, en última instancia, el sistema sucesorio basado en la trilogía conceptual del patrimonio-persona, la confusión de patrimonios y la responsabilidad *ultra vires hereditatis*, se ha valido para 'sustituirlo' de una institución típica en el contexto original del Código Civil, que abreva en aquel sistema y del cual esa institución era una excepción. En otras palabras ha transformado la excepción en la regla" (11).

#### e) Quiénes gozan del "beneficio de inventario"

Conforme al art. 3358 del Cód. Civil, "todo sucesor universal, sea legítimo o 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".

La alusión a los "sucesores universales" se circunscribe sin embargo a los herederos, pero sin comprender a los legatarios de cuota; dado que estos últimos nunca asumen una responsabilidad *ultra vires* por las deudas de la herencia, que es precisamente lo que procura evitar la aceptación beneficiaria, de forma tal que para ellos resulta innecesario el beneficio de inventario (12).

Sin perjuicio de lo cual, en el supuesto de pluralidad de herederos el beneficio se concede individual y separadamente a cada uno de ellos; por lo que unos pueden aceptar la sucesión pura y simplemente y otros pueden hacerlo con beneficio de inventario (art. 3360 Cód. Civil).

(11) ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de las sucesiones*, 4ª ed., Bs. As., Astrea, 1997, t. 1, p. 346, § 300.

(12) FERRER, su comentario al Art. 3358 en *Código civil comentado. Sucesiones*, cit., directores Ferrer y Medina, t. I, p. 267, n° 3; LLAMBIAS - MENDEZ COSTA, *Código Civil anotado*, cit., t. V-A, p. 164, n° 5; VANELLA, Vilma - VAZQUEZ, Angela C. "comentario" al art. 3366 en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Director Alberto J. Bueres, Coordinación Elena I. Highton, Bs. As., Hammurabi, 2001, t. 6-A, p. 161, § 6; ZANNONI, *Derecho de las sucesiones*, cit., t. 1, p. 347, § 301.

#### f) Situación jurídica del heredero beneficiario

En los hechos el heredero beneficiario viene a ser entonces un administrador y liquidador del patrimonio dejado por el causante: realiza el activo y con su producido paga las deudas del difunto y los legados que hubiese dejado por testamento; correspondiéndole en propiedad solo el *remanente* o *saldo* que hubiese podido quedar, luego de haber sido satisfechas íntegramente aquellas deudas y legados dejados por el de cujus.

Su actuación lo es pues en interés de todos los herederos, acreedores y legatarios, pero también por cierto en su propio beneficio; puesto que si algo queda después de satisfechas todas aquellas cargas sucesorias, dicho saldo le pertenece.

### V. El inventario

#### a) Concepto

El beneficio de inventario es, en definitiva, "el derecho del heredero de hacer recuento de los bienes del causante para expresar con los resultados a la vista, su decisión de aceptar la herencia del caso, con la condición de no responder por el debe sino con el haber que recibía" (13).

Y el "inventario" ha de consistir en la descripción exacta de todos los bienes que componen la herencia, abarcando tanto el activo como el pasivo; puesto que de la comparación de ambos habrá de surgir el contenido económico de la herencia (14).

#### b) Su naturaleza jurídica

Buena parte de nuestra doctrina ha considerado al inventario, como un *medio de prueba* relativo al acervo patrimonial hereditario, utiliza-

(13) RIVAS, Adolfo Armando, "El beneficio de inventario. Enfoque procesal", nota a fallo en LA LEY, 1992-A, 208, n° I.

(14) FORNIELES, Salvador, *Tratado de las sucesiones*, 4ª ed., Bs. As., Tea, 1958, t. I, p. 191, n° 122; VANELLA, Vilma - VAZQUEZ, Angela C. "comentario" al art. 3366 en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Director Alberto J. Bueres, Coordinación Elena I. Highton, Bs. As., Hammurabi, 2001, t. 6-A, p. 184, § 1.

ble frente a terceros y eventualmente a coherederos y legatarios, apto para generar una presunción *iuris tantum* de que los bienes en él consignados son los únicos que componen tal haber (15).

En cambio otra tendencia, de corte procesalista, caracteriza a dicho acto como una medida cautelar destinada a individualizar bienes, para poder determinarlos y contar con ellos en otra actividad que surja del proceso (16).

En la doctrina extranjera, Ugo Rocco ha asignado al inventario ambos caracteres: eficacia probatoria y a la vez medida cautelar (17).

### c) Oportunidad para su realización

#### 1) Principio general

Ya ha quedado dicho que en la actualidad el Código Civil no exige la confección del inventario y al heredero no le corre ningún término para hacerlo mientras no le sea requerido judicialmente.

Por supuesto, que el heredero puede ante todo decidir en cualquier momento, espontáneamente, realizar el inventario, sin haber sido intimado para ello; en cuyo supuesto no se encuentra limitado por plazo alguno para su confección (18). Pero puede plantearse en cambio la duda, de si cuenta también dicho heredero, después de la facción del inventario, con el término de treinta días para renunciar a la herencia, del segundo párrafo del art. 3366 del Código Civil, o si debe tenerse a la aceptación beneficiaria como definitiva. Sobre el respecto coincidimos

(15) LLAMBIAS-MENDEZ COSTA, *Código civil anotado*, cit., t. V-A, p. 208, n° 12; GOYENA COPELLO, Héctor R., *Tratado del Derecho Sucesorio*, Bs. As., La Ley, 1975, t. III, p. 163; PEREZ LASALA, José Luis, *Curso de derecho sucesorio*, Bs. As., Depalma, 1989, p. 223; ZANNONI, Eduardo A., "Los principios fundamentales del derecho sucesorio y el beneficio de inventario en la ley 17.711", en LA LEY, 142-808.

(16) FALCON, Enrique M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado, concordado y comentado*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1988, t. II, p. 241; RIVAS, "El beneficio de inventario. Enfoque procesal" nota a fallo cit. en LA LEY, 1992-A, 211 y sigtes., n° V.

(17) ROCCO, Ugo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Bogotá, Ed. Temis - Buenos Aires, Ed. Depalma, 1977, t. V, p. 353.

(18) SC Buenos Aires, 3/8/71, "Fondeville de Bettaglio c. Marino", ED, 38-385 y JA, 13-1972-515; íd. 3/8/71, "Pascale c. Marino", JA, 15-1972-549.

con la Dra. Méndez Costa, en que "la renuncia de la herencia es una ventaja para el heredero que no puede negársele ya que ha sido diligentemente asumiendo la carga de inventariar y facilitando la gestión de los acreedores, que no tienen que intimarlo y pueden cobrarse en cuanto estén determinados los bienes del acervo... Sería absurdo sostener una conclusión distinta a la que se sustenta cuando hay intimación a inventariar si el efecto que éste persigue, el inventario, ya está logrado. Es decir, abrirse la posibilidad de renunciar y fijarse el comienzo del plazo para hacerlo depende del heredero mismo que es el primer interesado en la nueva opción" (19).

#### 2) La intimación para hacer el inventario

Conforme al art. 3366 del Cód. Civil, la intimación al heredero para inventariar ha de ser *judicial*, y debe ser solicitada "*por parte interesada*" al juez de la sucesión, que es el del último domicilio del causante (art. 3284 inc. 4° Cód. Civil).

Los interesados sólo pueden requerir la intimación a inventariar después de vencido el plazo de nueve días de llanto y luto del art. 3357. Y además debe existir ya algún heredero aceptante de la herencia; puesto que si no lo hubiere, primeramente se deberá "*exigir al heredero acepte o renuncie la herencia en un término que no pase de treinta días*" (art. 3314 Cód. Civil) (20). Aunque "una intimación a inventariar formulada al heredero que aún no ha aceptado la herencia, resultaría convalidada si éste la cumple confeccionando el inventario en el plazo y con las formalidades legales" (21).

La preceptiva del art. 3366 sólo dice que el heredero puede ser intimado "*por parte interesada*". Habiéndose entendido que son partes interesadas: los acreedores de la sucesión, los legatarios y aquellas personas en cuyo beneficio se hubiesen impuesto cargas por el testador, a un

(19) MENDEZ COSTA, María Josefa "Revocabilidad de la aceptación beneficiaria de herencia" en LA LEY, 148-1300; LLAMBIAS-MENDEZ COSTA, *Código civil anotado*, cit., t. V-A, p. 199, n° 22; ZANNONI, *Derecho de las sucesiones*, cit., t. 1, p. 360, § 314.

(20) MAFFIA, *Manual de Derecho Sucesorio*, cit., t. I, p. 164, n° 131; ZANNONI, *Derecho de las Sucesiones*, cit., t. 1, p. 351, § 307.

(21) FERRER, su comentario al art. 3366 en *Código civil comentado. Sucesiones*, cit., directores Ferrer y Medina, t. I, p. 282, n° 5.

heredero o a un legatario (art. 3358 Cód. Civil); como así también pueden serlo, sin lugar a dudas, los acreedores personales del heredero.

Por otra parte, aquella norma no exige que los "interesados" tengan que justificar de qué manera podrían resultar afectados sus derechos; pese a lo cual hay quienes estiman que para solicitar al juez la intimación judicial al heredero, se debe probar sumariamente la existencia del interés legítimo que se invoca (22). No obstante, en sentido contrario se ha resuelto que, desde el momento que alguien es acreedor del causante, por esa sola circunstancia es parte interesada en su sucesorio (23).

### 3) Supuestos especiales de intimación a ciertos herederos

En algunos supuestos, las especiales circunstancias personales atinentes a determinados herederos, pueden dar lugar a dudas sobre la eficacia de la intimación para inventariar cursada a los mismos.

Tal sucede ante todo en el supuesto de herederos menores e incapaces, en cuyo caso: de tener representantes legales (padres, tutor o curador), la carga de inventariar corresponde a éstos, a quienes se deberá dirigir la intimación. En tanto que de no tenerlos, corresponderá primero designarles judicialmente un tutor *ad hoc*, con conocimiento e intervención del defensor de menores (art. 493 del Cód. Civil); para que luego se le pueda efectuar al mismo la intimación para inventariar (24).

Tratándose de herederos en condición de "inhabilitados judicialmente" del art. 152 bis del Código Civil, siendo éstos en principio personas capaces y que conservan la iniciativa de la gestión de sus bienes, la intimación para inventariar debe hacerse al propio inhabilitado. Pero debe notificarse igualmente al curador del inhabilitado, atento sus fun-

(22) FERRER, su comentario al art. 3366 en *Código civil comentado. Sucesiones*, cit., directores Ferrer y Medina, t. I, p. 282, n° 6; GOYENA COPELLO, *Tratado de Derecho de Sucesiones*, cit., t. III, ps. 76 y sigtes.

(23) CNCiv., sala D, 24/12/90, "Domínguez Decarames, Rosa", LA LEY, 1992-A, 208; íd. 9/3/72, "Dalces, Vicente E. - sucesión", ED, 42-598.

(24) FERRER, su comentario al art. 3366 en *Código civil comentado. Sucesiones*, cit., directores Ferrer y Medina, t. I, p. 283, n° 9-a); VANELLA-VAZQUEZ, "comentario" al art. 3366 en *Código Civil y normas complementarias...*, cit., Director Bueres, Coord. Highton, t. 6-A, ps. 190 y sigte., § 9-a); ZANNONI, *Derecho de las Sucesiones*, cit., t. 1, ps. 384 y sigtes., §§ 338 y 339.

ciones de "asistencia" al mismo y de que su conformidad resulta imprescindible para cualquier acto de disposición de bienes de su parte, como indudablemente podría llegar a serlo cualquier aceptación pura y simple de una herencia deficitaria (25).

A su turno, si el heredero se encuentra concursado, la intimación debe dirigirse al síndico, quien será el encargado de cumplir con la facción del inventario; dado que el *in fine* del art. 111 de la Ley 24.522 establece que: "En todos los casos actúa el síndico en los trámites del sucesorio en que esté comprometido el interés del concurso"; siendo ciertamente de interés del concurso los trámites del sucesorio, en la medida en que el acervo concursal resulte impotente para satisfacer los gastos del proceso falencial y el pago a los acreedores cuyo créditos resultaron verificados o declarados admisibles (26).

### 4) Efectos de la intimación para inventariar.

Conforme al primer párrafo del art. 3366 del Código Civil, a partir de la intimación judicial efectuada al heredero para que practique el inventario de los bienes sucesorios, comienza a correr el plazo de tres meses que la ley acuerda al mismo para que lo lleve a cabo. Tratándose de un término de tres meses corridos, por estar fijado en el propio Código Civil, que es ley sustancial (doctrina de los arts. 27 a 29 del mismo Código) (27); sin perjuicio de que puede ser prorrogado por los jueces, "si por la situación de los bienes o por otras causas no ha podido concluirse" en tiempo (art. 3368 Cód. Civil).

Como resulta del propio art. 3366 del Código Civil, la no realización del inventario dentro del plazo legal, con más el de su prórroga conce-

(25) FERRER, su comentario al art. 3366 en *Código civil comentado. Sucesiones*, cit., directores Ferrer y Medina, t. I, p. 283, n° 9-b); VANELLA-VAZQUEZ, "comentario" al art. 3366 en *Código Civil y normas complementarias...*, cit., Director Bueres, Coord. Highton, t. 6-A, p. 191, § 9-b).

(26) FERRER, su comentario al art. 3366 en *Código civil comentado. Sucesiones*, cit., directores Ferrer y Medina, t. I, p. 283 y sigte., n° 9-c); VANELLA-VAZQUEZ, "comentario" al art. 3366 en *Código Civil y normas complementarias...*, cit., Director Bueres, Coord. Highton, t. 6-A, ps. 191 y sigte., § 9-c); ZANNONI, *Derecho de las Sucesiones*, cit., t. 1, ps. 386, § 340.

(27) FERRER, su comentario al art. 3366 en *Código civil comentado. Sucesiones*, cit., directores Ferrer y Medina, t. I, p. 284, n° 10; LLAMBIAS-MENDEZ COSTA, *Código Civil anotado*, cit., t. V-A, p. 189, n° 11; MAFFIA, *Manual de Derecho Sucesorio*, cit., t. I, p. 165, n° 133; VANELLA-VAZQUEZ, "comentario" al art. 3366 en *Código Civil y normas complementarias...*, cit., Director Bueres, Coord. Highton, t. 6-A, p. 188, § 7.

didada judicialmente si la hubiere, trae aparejada como consecuencia la pérdida del beneficio de inventario; por lo que el heredero queda como aceptante puro y simple.

#### 5) Facción del inventario

Con arreglo al art. 3370 del Código Civil: "*El inventario debe ser hecho ante un escribano y dos testigos con citación de los legatarios y acreedores que se hubiesen presentado*".

Pero el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dispone en su art. 716 inciso 1º, que el inventario debe hacerse *judicialmente*: "*A pedido de un heredero que no haya perdido o renunciado al beneficio de inventario, o en el caso del artículo 3363 del Código Civil*": o sea, en suma, siempre que la herencia hubiese sido aceptada con beneficio de inventario. Aunque lo que ello significa, es que el inventario debe llevarse a cabo por un escribano designado judicialmente (art. 719 del Cód. Procesal en lo Civil y Com. de la Nación), y que está sujeto asimismo a aprobación judicial (art. 724 del mismo Código Procesal).

De manera tal que resultan ser *formas* esenciales del inventario, para su validez: la intervención del escribano público (art. 997 Cód. Civil), nombrado por el juez de la sucesión (art. 719 Cód. Procesal); la citación a los legatarios y acreedores (art. 3370 Cód. Civil y 721 Cód. Procesal); la comparecencia al acto y firma de dos testigos (arts. 3370 y 1004 Cód. Civil); la firma de los herederos, legatarios y acreedores que comparezcan (arts. 988 Cód. Civil y 721 Cód. Procesal), salvo que alguno de ellos se negase a firmar, circunstancia de la que habrá de dar fe el escribano; la agregación de un testimonio del acta en el expediente sucesorio a disposición de los interesados (art. 724 Cód. Procesal); y su aprobación judicial (art. 724 Cód. Procesal) (28).

El inventario realizado con las formalidades legales y aprobado judicialmente, crea la presunción *iuris tantum* de que los bienes consigna-

(28) FERRER, su comentario al art. 3366 en *Código civil comentado. Sucesiones*, cit., directores Ferrer y Medina, t. I, p. 293, n° 7; LLAMBIAS-MENDEZ COSTA, *Código Civil anotado*, cit., t. V-A, ps. 204 y sigtes., núms. 6 y sigtes.; MAFFIA, *Manual de Derecho Sucesorio*, cit., t. I, ps. 166 y sigte., n° 135; VANELLA-VAZQUEZ "comentario" al art. 3366 en *Código Civil y normas complementarias...*, cit., Director Bueres, Coord. Highton, t. 6-A, ps. 208 y sigtes., § 4; ZANNONI, *Derecho de las sucesiones*, cit., t. 1, p. 361, § 316.

dos en él son los únicos que componen la masa hereditaria. Su función es, pues, la de probar frente a acreedores y legatarios cuáles son los bienes que componen el caudal hereditario; sirviendo a la vez al heredero para dejar a salvo sus bienes personales, de la acción de los acreedores del causante. Y aunque se trata de una presunción susceptible de demostración en contrario, la carga de tal prueba habrá de pesar sobre los acreedores y/o legatarios que cuestionen el inventario, siempre y cuando no lo hubiesen consentido con anterioridad (29).

#### 6) El ulterior plazo para "deliberar" del heredero

Después de concluido el inventario, el heredero goza de un plazo de treinta días (segundo párrafo del art. 3366 del Cód. Civil), conocido como de "deliberación"; para poder analizar, conociendo ya el estado de la herencia en razón de haber confeccionado el inventario, que posición final habrá de adoptar con relación a aquélla.

El citado art. 3366 dice textualmente que el mencionado plazo lo es "*para renunciar a la herencia, vencido el cual se lo considerará aceptante beneficiario*". Pero en verdad, el heredero aceptante beneficiario que hizo el inventario en debida forma, cuenta con tres posibles opciones: puede ante todo renunciar a la herencia, o, diciéndolo con mayor rigor científico: dejar sin efecto su anterior aceptación beneficiaria (30); o permanecer callado para continuar siendo lo que ya era: heredero beneficiario, aunque ahora con carácter definitivo; o bien renunciar al beneficio de inventario, quedando entonces como aceptante puro y simple, aunque esto último también puede hacerlo en cualquier tiempo (31).

Tratándose dicho término, se ha sostenido, de un plazo de caducidad (32).

(29) FERRER, su comentario al art. 3366 en *Código civil comentado. Sucesiones*, cit., directores Ferrer y Medina, t. I, p. 296, n° 15.

(30) LLAMBIAS-MENDEZ COSTA, *Código Civil anotado*, cit., t. V-A, p. 194, n° 15.

(31) FERRER, su comentario al art. 3366 en *Código civil comentado. Sucesiones*, cit., directores Ferrer y Medina, t. I, p. 285, n° 11.

(32) FERRER, su comentario al art. 3366 en *Código civil comentado. Sucesiones*, cit., directores Ferrer y Medina, t. I, p. 285, n° 13; LLAMBIAS-MENDEZ COSTA, *Código Civil anotado*, cit., t. V-A, p. 195, n° 16; MAFFIA, *Manual de Derecho Sucesorio*, cit., t. I, p. 165, n° 133.

## VI. Pérdida del beneficio de inventario

La pérdida del beneficio de inventario se puede producir:

- a) por "*la realización de actos prohibidos en este Código al heredero beneficiario*" (art. 3.363 *in fine* Cód. Civil), como verbigracia: "*someter en árbitros o transar los asuntos en que la sucesión tenga interés*" (3383 *in fine*); "*aceptar o repudiar una herencia deferida al autor de la sucesión, sin licencia del juez, y si el juez la diese, deberá hacerlo con beneficio de inventario*" (art. 3389); "*No puede constituir hipotecas y otros derechos reales sobre los bienes hereditarios, ni hacer transacciones sobre ellos, ni someter en árbitros los negocios de la testamentaría, sin ser autorizado para estos actos por el juez de la sucesión*" (art. 3390); no puede en general enajenar los muebles de la sucesión, "*sin licencia judicial*" y "*la venta de los inmuebles sólo podrá verificarse en remate público*" (arts. 3393 y 3406); y "*por la ocultación que hiciere... de algunos valores de la sucesión, y por la omisión fraudulenta en el inventario de algunas cosas de la herencia*" (art. 3405 del Código Civil); y
- b) por la no facción del inventario "*dentro del plazo de tres meses contados desde que hubiese sido judicialmente intimado por parte interesada*" (art. 3360, primer párrafo, del mismo Código).

## VII. Reflexiones finales

Pensamos que, por encima de algunos descuidos sin mayor trascendencia práctica, merecen destacarse los indudables méritos de la reforma de la ley 17.711, al haber establecido un régimen sucesorio en el que toda aceptación de herencia se presume hecha bajo beneficio de inventario.

En efecto, de esa manera, sin recurrir a un traumático cambio total de nuestras instituciones sucesorias y con solo unas pocas modificaciones, la ley 17.711 posibilitó superar ese antiguo régimen de "verdadera emboscada" para los herederos, y lograr en los hechos uno de sucesión *mortis causa* "en los bienes" y no en la persona, sin confusión de los patrimonios de causante y heredero (arts. 3371, 3373 y 863 del Código Civil), y con responsabilidad "*intra vires*" para este último (art. 3371 Código Civil).

O sea en suma, permitió alcanzar un nuevo sistema ajustado al estándar de la "sucesión en los bienes", pero sin dar totalmente vuelta lo ya existente, sin destruir los cimientos para edificar de nuevo; sino con, nada más, una adecuada armonización de las nuevas pautas o directivas con los principios subsistentes, no tocados, del primitivo régimen de la sucesión en la persona.

Siendo, quizá, la mejor prueba del indiscutible acierto de la reforma de 1968 en esta materia sucesoria, la circunstancia de que no se haya intentado para nada volver a modificar dicho régimen, en ninguno de los ulteriores proyectos de reforma, que se sucedieran sin éxito en nuestro país: el de 1987, los dos del año 1993 y el de 1998. Como así también el hecho de que el vigente nuevo sistema del Código Civil argentino, haya sido después seguido y adoptado en un Código moderno, el de Paraguay entrado en vigor el 1º de enero de 1987, cuyo artículo 2468 casi reproduce el texto del actual art. 3363 de nuestro Código Civil, cuando establece que: "*Toda aceptación de herencia se presume hecha a beneficio de inventario. La realización de actos prohibidos por este Código al heredero beneficiario importará la pérdida del beneficio*". ♦



## INDICE

<i>Heredero aparente</i> , Elena Margarita Campanella .....	1
<i>Derecho de acrecer</i> , Omar Jesús Cancela .....	25
<i>Reducción de las donaciones</i> , María Luisa Casas de Chamorro Varnasco .....	47
<i>La sucesión del cónyuge (principios generales de su rango sucesorio)</i> , Santos Cifuentes .....	63
<i>Donaciones inoficiosas. Acción de reducción</i> , Manuel O. Cobas .....	79
<i>Cesión de derechos hereditarios y pactos sobre herencia futura (sobre la conveniencia de su admisión en nuestro derecho)</i> , José María Gastaldi .....	119
<i>Interpretación de los testamentos</i> , Juan Carlos Hariri .....	191
<i>La legítima</i> , Gustavo Pérez Colman .....	207
<i>Nulidad de testamento</i> , José Luis Pérez Ríos .....	235
<i>Cesión de herencia. Oponibilidad a terceros. Inseguridad y reforma legislativa</i> , Andrés Rivas Molina .....	355
<i>Distintos supuestos legales de protección de la vivienda del cónyuge superviviente</i> , Eduardo A. Sambrizzi .....	385
<i>Contratos sobre herencia futura</i> , Rubén S. Stiglitz .....	415
<i>El régimen vigente de la aceptación de herencia con beneficio de inventario, después de la reforma de la ley 17.711</i> , Félix A. Trigo Represas ...	429