

CAPITULO II - TRANSMISION HEREDITARIA.

1. Vocación sucesoria y delación

- a) Vocación sucesoria. Concepto**
- b) Vocación actual y eventual**
- c) Fuentes**
- d) Delación**

2.- Compatibilidad y relaciones entre la sucesión testada y la intestada.

3.- Sucesión contractual. Derecho Comparado

4. Pacto sobre herencia futura

- a) Antecedentes históricos**
- b) Los pactos en el nuevo código civil y comercial**
- c) Contratos o actos comprendidos**
- d) Fundamentos del principio general de nulidad**
- e) Excepciones**
- f) Antecedentes contemporáneos en el derecho comparado**
- g) Crítica a los pactos**
- h) Ámbito de aplicación**
- i) Finalidad**
- j) Contenido y compensaciones en favor de otros legitimarios**
- k) Límites**
- l) Legitimados**
- m) Otros tipos de pactos sobre herencia futura**
- n) Extinción de los pactos**
- ñ) Inoficiosidad**
- o) Revocación**
- p) Forma**

5.- Apertura de la sucesión

a) Concepto

b) Causa

c) La muerte

d) Muerte presunta

e) Conmoriencia

6. Ley que rige la sucesión

a) Sistemas de la unidad y de la pluralidad de sucesiones

b) Régimen del código civil

c) Tratados de Montevideo

d) La ley aplicable en el nuevo código civil y comercial.

7. Ley que rige la sucesión en el tiempo

a) Consecuencias a las que se aplicará el Código Civil y Comercial de la Nación

b) Valor del testamento cerrado y los testamentos especiales

c) Derechos sucesorios del cónyuge separado inocente

d) La desheredación

e) Derecho real de habitación

f) La legitima

g) La acción de reducción

h) Aplicación de la ley en el tiempo y proceso sucesorio.

8. Contenido de la transmisión hereditaria

a) La transmisión en el Código civil

b) Derechos que se transmiten

c) Derechos que no se transmiten a los herederos

1. Vocación sucesoria y delación

a) Vocación sucesoria. Concepto

Según el Diccionario de la Real Academia Española, el término “vocación” deriva del latín “*vocatio-onis*”, que significa acción de llamar.

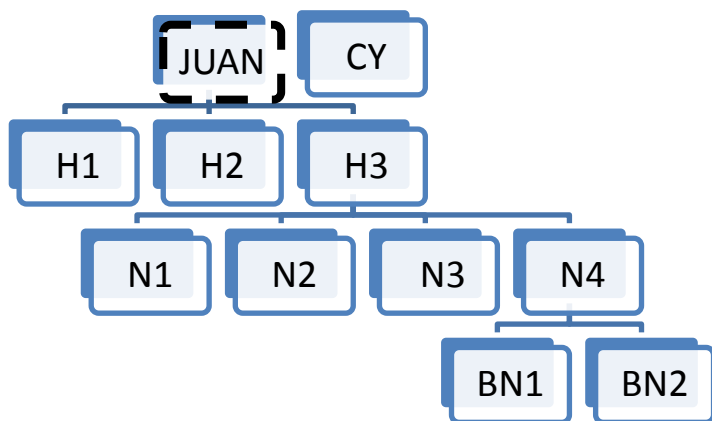
La vocación sucesoria constituye el llamamiento de todos los posibles herederos en el momento de la muerte del causante, sea por voluntad de éste (sucesión testamentaria), o de la ley (sucesión ab-intestato o intestada).

Este llamamiento tiene lugar frente a todo pariente dentro del cuarto grado, o cualquier persona designada en el testamento ya sea en forma principal o subsidiaria, entendiéndose que la vocación sucesoria se halla unida al llamamiento eventual de esas personas.

b) Vocación actual y eventual

En otros términos, la vocación hereditaria existe en cabeza de todos los llamados a la sucesión, desde el mismo instante en que se produce la muerte del causante. Empero, en tanto quienes son llamados en primer término, poseen un llamamiento “actual”, los sucesibles en grados ulteriores, tienen una vocación “eventual”, sujeta a la inexistencia o renuncia de los llamados en primer lugar.

Un ejemplo sirve para clarificar la cuestión: a la muerte de Juan, lo sobreviven tres hijos (H1, H2, H3), su cónyuge (CY), 4 nietos (N1, N2, N3, N4) y dos bisnietos (BN1, BN2). Todos ellos tienen vocación hereditaria pero solo el cónyuge (CY) y los hijos (H1, H2, H3), tienen llamamiento actual. En cambio los nietos (N1, N2, N3 y N4) y los bisnietos (BN1, BN2), tienen llamamiento eventual.



Nuestro ordenamiento jurídico no impone a nadie la calidad de heredero. Los llamados a una sucesión determinada –a quienes se atribuye la titularidad de la vocación hereditaria-, se encuentran facultados para aceptar o renunciar la herencia (art. 2287). Este derecho de opción –o *ius delationis*- marca una nítida diferencia entre la titularidad de la vocación hereditaria y la titularidad de la herencia. Esta última recién aparecerá una vez producida la aceptación, aunque con efecto retroactivo a la fecha del fallecimiento del causante (art. 2291). Interín, como bien señala Zannoni, se mantiene una “situación objetiva de herencia provisionalmente no aceptada”, período durante el cual no existe aún titular definitivo de la herencia.

La circunstancia de que éste llamado se produzca en relación a una sucesión determinada nos permite distinguir la vocación sucesoria de la llamada capacidad para suceder, que es la aptitud legal para recibir bienes por causa de una transmisión mortis causa (art. 2279).

De lo dicho se desprende que la vocación sucesoria requiere de la previa capacidad a los fines de ser llamado a una sucesión, o lo que es lo mismo, que quien es llamado a una sucesión en particular debe gozar de capacidad para suceder.

c) Fuentes

La vocación hereditaria tiene tres diferentes fuentes: legal, voluntaria y contractual. Ellas presentan un evidente correlato con las distintas clases de sucesiones.

i) Legal

Es el primer supuesto, y reside directamente en la ley, dando origen a la llamada sucesión legítima. Esta última es la ordenación y distribución legal de los bienes dejados por una persona, en razón del vínculo de parentesco o conyugal existente entre el heredero y el causante.

ii) Voluntaria

Cuando la causa de la transmisión hereditaria encuentra fundamento en la voluntad del causante, se dice que la sucesión es voluntaria. Este criterio también ha sido recogido en el ordenamiento civil bajo el rótulo sucesión testamentaria, que es aquella deferida por voluntad del hombre manifestada en testamento válido.

Los autores suelen subdividir la presente categoría en dos supuestos: la sucesión testamentaria, y la sucesión contractual. Al respecto, hemos de reservar el título “sucesión voluntaria” para la testamentaria, es decir aquella en la cual el llamado a la sucesión es realizado, concreta o específicamente, por el *de cuius* mediante un acto de última voluntad (testamento).

iii) Contractual

Finalmente, circunscribiremos la noción de sucesión contractual a aquella que tiene lugar a raíz de un acuerdo de voluntades bilateral. Esto nos llevará directamente al tratamiento de los pactos sucesorios.

d) Delación

En doctrina, no se advierte una uniformidad de criterios con respecto a la admisión y conceptualización del término delación.

Nos recuerda Iglesias que, en el derecho romano, la “delación” era el llamamiento hecho a una o varias personas para adquirir una determinada herencia, la cual era deferida u ofrecida por testamento o por ley. Se entiende, entonces, que la herencia era deferida cuando podía ser conseguida mediante la aceptación, afirmándose en tal sentido que *“delata hereditas intelligitur, quan quis possit adeundo consequi”*.

La hereditas romana debía transitar por tres etapas desde el fallecimiento del causante hasta su adquisición por los herederos. La primera, la delación de la herencia (*hereditas delata*), se desarrollaba a partir de la muerte del de cuius, y tenía por objeto llamar a los herederos a concurrir a la sucesión. La segunda, la herencia yacente (*hereditas iacens*), era el intervalo entre la delación y la adquisición de la herencia, caracterizada por la falta de un titular. Y la tercera, la adquisición de la herencia (*hereditas adquisita*), en la cual se fijaba su titularidad. Adquisición que, en el sistema romano, tenía lugar de pleno derecho cuando se trataba de herederos suyos y necesarios, y requería de la adición o aceptación (aditio) frente a los herederos extraños o voluntarios.

En la actualidad, en tanto algunos autores desechan el término en análisis, otros lo vinculan con el vocablo francés *“devolution”*, no faltando quienes estiman que el *ius delationis* es el derecho que tiene el sucesible de hacer suya la herencia de modo efectivo y actual o de rechazarla. En este último sentido se pronuncia Pérez Lasala, al decir que “la delación implica un llamamiento actual y efectivo, porque los así llamados no tienen obstáculos para adquirir la herencia”, añadiendo que “quien goza de delación es heredero, a no ser que renuncie a la herencia” o, dicho de otro modo, “para que una persona sea heredero no le basta tener

vocación, sino que requiere tener delación”. Guastavino, en sentido similar, afirma que “la delación supone la efectivización de la vocación hereditaria”. Concordantemente se expiden Zannoni, Llambías, Méndez Costa, Lorenzo de Ferrando, entre otros.

Personalmente, compartimos éste criterio. En efecto, la delación constituye el ofrecimiento actual y concreto de una herencia –por ende, no opera frente a quienes gozan de vocación sucesoria eventual-; siendo que el denominado “ius delationis” viene a ser el derecho a hacer suya definitivamente o rechazar la herencia deferida. Y como bien se ha puesto de relieve, la delación presupone la vocación hereditaria, siendo menester aclarar que ésta última puede existir sin mediar delación -v.gr. en los llamados en segundo lugar, cuando media aceptación por parte de quienes lo fueron en primer término-, o puede suceder que ambas coincidan –v.gr. cuando los sucesibles resulten ser quienes gozan de vocación sucesoria actual-.

2.- Compatibilidad y relaciones entre la sucesión testada y la intestada.

El estudio de las fuentes romanas nos revela que el régimen de la sucesión testada y la intestada o ab-intestato se desenvolvía en ámbitos diversos e incompatibles entre sí. Ello así, ya que no se admitía que alguien pudiera morir en parte testado y en parte intestado: *“nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest”*.

Los especialistas en la materia nos dicen que la incompatibilidad de ambas formas de sucesión en el derecho romano debe buscarse en el carácter de la *hereditas* primitiva, enderezada al traspaso de la potestad familiar, única e indivisa, la que no podía verificarse en mérito a dos títulos diferentes. Posteriormente, cuando fue admitido el nombramiento de varios herederos, el título que se les confería debía derivar de la misma fuente.

En nuestro derecho, la simple lectura de los conceptos expresados en torno a la sucesión testada y la intestada o ab-intestato pareciera llevarnos a concluir que ambas se desenvuelven en ámbitos diversos. Sin embargo, a poco que nos adentremos en su análisis veremos la relación y compatibilidad que éstas presentan en la actualidad.

El artículo 2278 del CCyCN dispone “La muerte real o presunta de una persona causa la apertura de su sucesión y la transmisión de su herencia a las personas llamadas a sucederle por el testamento o por la ley. Si el testamento dispone sólo parcialmente de los bienes, el resto de la herencia se defiere por la ley”. La norma transcripta se aparta en forma expresa de la regla romana, al admitir que la herencia de una misma persona puede deferirse por voluntad del hombre en una parte, y en otra por disposición de la ley.

Por su parte, el artículo 2462 del ordenamiento citado, dispone que “Las personas humanas pueden disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, respetando las porciones legítimas establecidas en el Título X de este Libro, mediante testamento otorgado con las solemnidades legales; ese acto también puede incluir disposiciones extrapatrimoniales”. De lo cual se puede colegir que la ordenación y distribución legal de los bienes dejados por una persona -sucesión ab-intestato o legítima-, sólo se realizaría cuando el causante muere sin testar, o cuando el testamento es ineficaz o insuficiente para cubrir la totalidad de los bienes, o el heredero testamentario ha renunciado, e incluso, cuando el testamento no instituye herederos, limitándose a efectuar disposiciones patrimoniales a título de legado de una parte de su patrimonio.

Si bien es cierto que, en principio, la transmisión hereditaria es reglada por la ley en forma supletoria, es decir ante la ausencia de testamento válido; no lo es menos que nuestro sistema legal establece determinados frenos a la voluntad del testador en favor de ciertos herederos, llamados “legitimarios” (art. 2444 CCyCN). Entra a

jugar aquí la institución de la legítima, la cual restringe la libre disponibilidad del causante de la totalidad de su patrimonio cuando concurren a su herencia dichos herederos, a quienes la ley reserva cierta porción de la cual no pueden verse privados. Estos sujetos gozan de vocación legítima, con vocación legitimaria, de carácter imperativo.

Partiendo de tales premisas, hemos de concluir que cuando existan herederos legitimarios o forzosos, las facultades de testar se verán notablemente acotadas a la porción disponible; en tanto, en su ausencia, el de cujus gozará de la plena disponibilidad de su patrimonio para después de su muerte, y la vocación legítima sólo operará en forma supletoria al llamamiento que efectuaré el testador.

Tal mecanismo es acertadamente descrito por Rébora, quien nos muestra como entre la función de la voluntad y la de la ley debe haber una adecuación, que puede ser consecutiva o simultánea-consecutiva. En la primera, se reconoce prevalencia a la voluntad del testador, atribuyéndose a la ley una función supletoria, que cobrará eficacia ante la ausencia, ineficiencia o insuficiencia del testamento. Por el contrario, en la segunda, la función prioritaria la detenta la ley, en miras de un grupo de herederos forzosos o legitimarios, limitándose la potestad de testar; y sólo en ausencia de éstos, se extiende y cobra plena eficacia la función de la voluntad, y se asigna a la ley una función supletoria.

3.- Sucesión contractual. Derecho Comparado

Huelga reiterar que se entiende por sucesión contractual, aquella que tiene lugar a raíz de un acuerdo de dos o más voluntades regladas contractualmente. Como su nombre indica, la fuente de la vocación sucesoria es de carácter voluntario y contractual.

En derecho comparado no todos los ordenamientos jurídicos conocen el llamado contrato sucesorio. Incluso, muchas legislaciones lo juzgan contrario al orden

público, en la medida en que infringe el principio de la revocabilidad de los testamentos. Como veremos, los países de raigambre latina suelen rechazar los acuerdos o pactos sucesorios, aunque reconocen ciertas excepciones.

El examen del derecho comparado moderno nos revela que existe una mayor aceptación a los pactos sobre herencia futura sobre todo relacionado con la empresa familiar.

El CCyC acepta por primera vez la posibilidad de realizar pactos sobre herencia futura en forma expresa, ello ha motivado dos posiciones doctrinarias divergentes. Por un lado están quienes lo aceptan y consideran que son un instrumento útil para la organización de la empresa familiar, mientras que otros critican su inclusión y los consideran inmorales y atentatorios contra la legítima.

Por nuestra parte consideramos que el tema es de suma importancia y que requiere un estudio detallado y profundo, empezando por el concepto de estos convenios para continuar con sus antecedentes históricos y con una visión del derecho comparado y luego adentrarnos específicamente en el estudio de los pactos comprendidos en el Art. 1010 del CCyC y de otros pactos sucesorios que están regulados en el código.

Partimos de aclarar que la sucesión contractual es excepcional y restringida y se limita a los supuestos de pactos sobre herencia futura legalmente aceptados.

4. Pacto sobre herencia futura

Los pactos sobre herencia futura, en nuestro derecho, pueden ser definidos como la convención por la cual el causante organiza su sucesión con otros interesados o estos estipulando por si en vida del causante transfieren o abdican derechos, o se comprometen en orden a la administración y a la resolución de futuros conflictos relacionados con una empresa

a) Antecedentes históricos

En el derecho Romano Justiniano los pactos sobre herencia futura de un tercero vivo estaban prohibidos, salvo que el tercero diera su autorización, y en ese caso no le impedía disponer de sus bienes hasta su muerte y el heredero que realizaba un pacto sin la autorización del causante perdía la herencia como indigno.

También estaban prohibidas las renunciaciones a una herencia futura y las convenciones por las cuales se instituía a otro heredero fuera del testamento, pero las excepciones a estas prohibiciones eran muchas igual que en el derecho moderno, por ejemplo la *societas omniun bonorum*, en el cual los socios aportaban a la sociedad todos sus bienes presentes y futuros, incluyendo los que debían adquirir en sucesiones aun no diferidas.

Por su parte en el derecho germánico los pactos sucesorios fueron ampliamente aceptados en parte porque los pueblos germanos desconocían el testamento y los pactos sobre herencia futura se hallaban escritos en las leyes barbaras anteriores a la conquista romana.

En la edad moderna, desde el siglo XV los germanos comenzaron a reglamentar los pactos sucesorios que se han conservado hasta la actualidad y han cobrado gran utilidad en el siglo XXI para proteger la empresa familiar.

b) Los pactos en el nuevo código civil y comercial

Los pactos sobre herencia futura están contemplados en el novedoso artículo 1010 que establece: *"La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa.*

Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a

futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros."

De la norma transcripta se desprende que la herencia futura no puede ser objeto de contratos. Sin embargo contiene una variedad de supuestos que iremos desarrollando.

c) Contratos o actos comprendidos

La doctrina enseña que están incluidos en la prohibición tres tipos de pactos: 1) los pactos dispositivos, por los cuales el futuro heredero dispone contractualmente de los derechos hereditarios que adquirirá a la muerte de su causante (art. 1010); 2) los pactos institutivos, esto es, el involucrado en un testamento hecho por dos o más personas, aun cuando sea recíproco (art. 2465, segundo párr.), que reproduce la prohibición del derogado art. 3618 del CC) y 3) los pactos renunciativos, esto es cuando la ley no autoriza la renuncia ni la aceptación de la herencia futura, sea por un contrato, sea por un acto unilateral (art. 2286). En el Código de Vélez la misma regla estaba expuesta en los arts. 3311 y 3312.

El código derogado disponía la invalidez del contrato que comprendía bienes presentes y bienes causados en una herencia futura cuando se había contratado por un solo precio. Esta regla no aparece en el nuevo código, con lo cual habrá que aplicar las reglas generales sobre nulidades, de modo que el acto podrá subsistir en la medida que sea separable la cláusula referida a la herencia futura o —como decía el Código de Vélez— aquel en cuyo provecho se ha hecho el contrato consienta que el precio es solo por los bienes presentes.

d) Fundamentos del principio general de nulidad

Los contratos otorgados sobre herencias futuras son de nulidad absoluta (art. 387). La jurisprudencia ha señalado que los convenios en el derogado código civil eran nulos por la inmoralidad de especular sobre la muerte de una persona y porque se tendía a impedir que se generen convenciones que vulneren el principio democrático de la división igualitaria entre sucesores y que se realicen estipulaciones usurarias acerca del deceso de una persona.

La nulidad de estos pactos no alcanza a los convenios sobre herencia futura que tienen por objeto una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos porque en estos casos no hay una razón inmoral dado que no se especula con la futura muerte sino que se acepta el fallecimiento como un hecho inevitable y se tiende a minimizar los impactos sobre las empresas o a prevenir y solucionar los conflictos que la transmisión empresarial genera.

e) Excepciones

El nuevo código sorprende con una excepción a la regla de prohibición de los contratos sobre herencia futura que está dirigida a facilitar la gestión y mantenimiento de la unidad de dirección de las denominadas empresas familiares.

f) Antecedentes contemporáneos en el derecho comparado

i) Derecho catalán

El derecho catalán otorga al empresario un instrumento jurídico que puede ayudarle a ordenar la transmisión del patrimonio familiar: el llamado "pacto sucesorio", que consiste en un contrato por el cual las partes acuerdan instituir heredero, y/o realizar atribuciones particulares de la herencia de cualquiera de ellas.

La diferencia fundamental con los pactos sobre herencia futura establecidos en el artículo 1010 radica en que en nuestros pactos no se puede instituir heredero porque en el sistema Argentino los herederos son instituidos por ley o por testamento pero no por contrato.

Los pactos sucesorios no son nuevos en el derecho de Cataluña, ya que desde siempre este orden jurídico ha conocido tradicionalmente los pactos sucesorios en forma de donación universal o heredamiento.

Estos pactos estaban destinados a la transmisión intergeneracional de los patrimonios familiares, de base típicamente agraria, por medio de la institución de heredero único, pactada en convenciones matrimoniales.

Con la estructura anterior eran muy poco usados ya que no respondían al tráfico negocial actual. La reforma adecua los pactos sucesorios de manera tal que puedan ser usados por los empresarios familiares a fin de ordenar la transmisión sucesoria de la empresa.

Con la reforma sucesoria de Cataluña, los pactos sucesorios sólo pueden celebrarse con el cónyuge o conviviente, con la familia de éste o con la familia propia, dentro de un cierto grado de parentesco por consanguinidad o afinidad. Esta regla tiene en cuenta el mayor riesgo de los contratos sucesorios entre no familiares, pero a la vez es suficientemente abierta para amparar los pactos que a veces se estipulan con ocasión de la transmisión de empresas familiares, en los que pueden llegar a intervenir varias generaciones de parientes en línea recta y otros miembros de la familia extensa. En consecuencia, los pactos sucesorios no pueden otorgarse con socios que no guardan vínculo de parentesco entre sí.

La restricción legal en cuanto al grupo de personas que pueden convenir pactos sucesorios no rige para ser favorecido, esto permite que se pacte que la empresa será transmitida a cualquier tercero.

ii) Derecho italiano

En el año 2006 Italia modificó su legislación admitiendo una modalidad de pactos sobre herencia futura denominados "pactos de familia", dando validez excepcional a los contratos sobre herencia futura para disponer de la empresa familiar.

La posibilidad de disponer de bienes y transmitirlos en vida por causa de muerte se introduce en el Código como una excepción a la regla general de la nulidad de los pactos sobre la sucesión futura que sigue proclamando el art. 458.

Después de la reforma de 2006, los nuevos apartados segundo a octavo del art. 768 del Código establecen el régimen jurídico para el "patto di famiglia" que se define como el contrato mediante el cual el empresario transfiere, en todo o en parte, su patrimonio empresarial (l'azienda) o mediante el cual el titular de participaciones societarias transfiere, en todo o en parte, la propia cuota a uno o más descendientes; siempre con respeto a las normas sobre empresa familiar y a los distintos tipos de sociedad (art. 768-bis).

iii) Derecho Alemán

En el Derecho Alemán el contrato de herencia futura, que tiene por objeto la institución hereditaria, ha sido admitido en el art. 2274 y siguientes del código civil con las siguientes características: el testador puede realizar un contrato de herencia sólo en persona. Los requisitos para que pueda hacerlos son: que tenga capacidad para contratar y que se realice ante un escribano en presencia simultánea de ambas partes. En el caso de un contrato de herencia entre los cónyuges o entre personas comprometidas que se unieron con un contrato de matrimonio en el mismo documento, la forma prescrita para el contrato de matrimonio es suficiente. Las disposiciones que no sean instituciones de herederos, legados y las cargas testamentarias no se pueden hacer por contrato.

iv) Otros derechos

En algunos países nórdicos, como Dinamarca y Noruega, se conoce el testamento mutuo al que se le reconocen algunos efectos similares a los de los pactos sucesorios, en particular su naturaleza irrevocable. En Dinamarca se ha introducido recientemente de forma limitada el pacto sucesorio, así el pacto de renuncia y el anticipo sucesorio, Vide RING, OLSEN-RING (2008, p. 437-438). En los países de tradición anglosajona o del common law esta institución es desconocida como tal.

g) Crítica a los pactos

La regulación de los pactos sobre herencias futuras en el nuevo código argentino ha sido duramente criticado por parte de la doctrina civilista.

Las principales observaciones, que se le han hecho son las siguientes:

i) Conveniencia de asegurar la intangibilidad del derecho de testar

Respecto de los pactos sobre la propia sucesión, la principal razón para prohibirlos consistió en la conveniencia de asegurar la intangibilidad del derecho de testar con el fin de dejar incólume la facultad de disponer por acto de última voluntad

La verdadera razón de la prohibición de los pactos sucesorios, extraída de la experiencia y de la sabiduría de las legislaciones, tanto romanas como del antiguo y moderno derecho francés, ha sido que resulta extremadamente peligroso que el hombre pueda disponer durante su vida por un compromiso irrevocable y definitivo de todos o parte de los bienes que dejará a su muerte, porque nadie sabe lo que el futuro le puede reservar; los acontecimientos futuros pueden exigir resoluciones nuevas, diferentes a las tomadas anteriormente, y por ello la prudencia aconseja al hombre, y la ley se lo impone, no disponer de los bienes más que por testamento, o sea mediante disposiciones siempre revocables hasta la muerte.

ii) Inutilidad del pacto

Laje sostiene que los bienes son de su titular hasta el último momento de su vida. Puede enajenarlos y hasta perderlos en una apuesta o en un juego de azar. Tornando ilusoria toda expectativa creada, y como se señaló, dificultando el tráfico comercial en vez de facilitarlos. Asimismo, es un principio general del derecho, por disposición de la más alta jerarquía normativa (art. 19 de la Constitución Nacional), que ningún habitante de la Nación está privado de lo que la ley no prohíbe. "Ello implica que las personas son libres para disponer de su herencia, salvo las limitaciones previstas por la ley".

Por lo que los pactos de terceros sobre aquella herencia, son tan aleatorios que resulta de dudosa eficacia y conveniencia su regulación. También podría suceder que la muerte de uno de los cónyuges modifique el contenido de la transmisión, por lo que cualquier previsión que se hubiera hecho sobre el contenido de la herencia no tenga relación con lo efectivamente dispuesto en el pacto.

Si bien coincidimos en cuanto a que el causante tiene la libre disposición de sus bienes hasta el momento de la muerte, como también que los pactos de los herederos sobre aquella herencia están sujetos al alea de que el causante no disponga de la empresa antes de morir, sin embargo entendemos que ello no le resta toda utilidad a los pactos sobre herencia futura, ya que afirmar esto sería sostener que todo contrato sobre derechos eventuales carece de valor, lo que no es cierto.

Por otra parte hay que tener en cuenta que existen dos tipos de pactos: los realizados por los herederos y los realizados por el causante.

Los realizados por el causante no están sujetos al mismo alea que los efectuados por los herederos porque el testador se obliga a transmitir esos bienes a determinados sucesores y este constituye un pacto eficaz inter vivos que de no

cumplirse puede dar lugar a responsabilidades. Hay que tener en cuenta que justamente por su naturaleza contractual son irrevocables por la mera voluntad del causante, a diferencia de los testamentos que pueden ser revocados hasta el fallecimiento del testador.

Por otra parte aun cuando los pactos estén sujetos al alea de la existencia de la empresa después de la muerte lo cierto es que las empresas familiares tienen como características la intención de traspasar la propiedad y sus valores empresariales a la siguiente generación. Esta circunstancia es la que no se tuvo en cuenta al formular las reservas contra el instituto, ya que no se han advertido las características de las empresas familiares cuyos fundadores no las hacen con el fin de lucrar con su venta, sino que buscan transmitir las a sus descendientes o a su familia.

iii) Inmoralidad del pacto

Córdoba afirma que es inmoral especular sobre los bienes que se recibirán de una persona aún con vida, expresando que "Lo anunciado en el proyecto de código unificado indica el intento de creación de un nuevo orden moral. Durante el casi siglo y medio de vigencia del código civil, la doctrina autoral y jurisprudencial coincidió en que la prohibición de la ley se basaba en la inmoralidad de los tratos sobre herencias de personas vivas. Ellos son, no sólo contrarios a las normas imperativas, sino también a las buenas costumbres, es decir, se trataría de objeto ilícito."

Si bien coincidimos en que la mera especulación sobre los bienes de una persona viva repugna el sentimiento de la moral común, también es cierto que los pactos sobre la herencia futura no tienen como objeto especular sobre los bienes de una herencia de alguien que aún no ha muerto, sino que se trata de evitar a través de

estos convenios los conflictos entre los herederos que se producen cuando fallece el dueño, el fundador o el director de la sociedad.

Desde nuestra mirada, estos pactos no son inmorales, son de gran valor porque buscan la continuidad de la empresa donde trabajan muchos empleados que dependen de la fuente de trabajo para su subsistencia.

iv) La teoría de la circulación.

Señala Córdoba que el derecho patrimonial se basa en la evolución socio económica y en la transmisión de los bienes y que los pactos pueden establecer la inmovilidad patrimonial

Al respecto, entendemos que una sociedad liberal tiene como base una economía empresarial y que el estado tiene que protegerla sin que ello pueda ser considerado dirigismo económico, y así la protección de la empresa familiar plasmada en la posibilidad de hacer pactos sucesorios, no es contraria a la dinámica de la transmisión hereditaria. Por el contrario, la acepta pero pretende que las reglas de la transición hereditaria no impidan la continuidad de la gestión empresarial por lo que a efectos de facilitar la continuidad de la gestión respecto de las explotaciones productivas o participaciones societarias permite la celebración de pactos sobre herencia futura que no violen la legítima.

h) Ámbito de aplicación

El nuevo código alude a las participaciones societarias de cualquier tipo y a las explotaciones productivas. La expresión "explotaciones productivas" no tiene un contenido jurídico preciso; pareciera que el Código quiere referirse a la "empresa individual o familiar" en la que trabajan padres e hijos y eventualmente otros

parientes, muchas veces de manera informal, y que constituye la fuente del sustento familiar.

En definitiva los pactos se pueden realizar sobre:

- * Una empresa individual o familiar con o sin organización societaria.
- * Participaciones societarias en una empresa.

En este último caso se está refiriendo a pactos sobre acciones o sobre cuotas sociales tendientes a evitar su venta o sincronizar el actuar de los accionistas sin llegar a una sindicación de acciones.

Señala Cesaretti que "el concepto de participaciones sociales es comprensivo de cualquiera de los tipos sociales regulares de la Ley 19.550, incluido el supuesto de asociación bajo forma de sociedad del artículo 3, las comprendidas en los nuevos artículos 17 y 21 (sustituidos por la Ley 26.994) y las del artículo 31, ya que la norma no exige que la actividad empresarial sea ejercida directamente por la sociedad cuyas participaciones sean objeto del pacto. Si bien el texto, al referirse a participaciones societarias, no distingue tipos sociales, tal condición es necesaria pero no suficiente, ya que expresa "con miras a la conservación de la unidad de gestión empresarial". Ello nos lleva a considerar que las participaciones respecto de una sociedad meramente tenedora de bienes no podrían ser objeto del pacto por no desarrollar una actividad referida a la producción o intercambio de bienes o servicios".

i) Finalidad

La finalidad de estos pactos son la conservación de la unidad de la gestión empresarial o/y la prevención o/y la solución de conflictos.

En orden a la prevención o solución de conflictos se puede pactar la mediación previa como forma alternativa de solucionar los problemas entre los herederos. También se puede convenir que la resolución se realizará por árbitros, incluso se

puede decidir el derecho a aplicar al arbitraje o la cantidad de árbitros que deberán actuar en la cuestión, la sede, el lugar y o la forma de designación de estos.

j) Contenido y compensaciones en favor de otros legitimarios

Estos pactos pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios.

Tanto si los convenios se realizan entre herederos como si lo realiza el causante y su cónyuge, se pueden establecer compensaciones económicas que varíaran de acuerdo a quien sea el que los realice.

Así, si son los legitimarios quienes pactan, pueden obligarse a distribuir los bienes de manera tal que algunos de ellos continúen con la empresa y el resto reciban otros bienes, ya sea de los mismos legitimarios o de bienes que se presuman que formarían parte del caudal relicto.

Si en cambio son los padres los que realizan el pacto sobre herencia futura pueden prever que la administración de la empresa la lleve alguno de los hijos que ha trabajado en ella o que las acciones o las cuotas sociales no sean divididas, y en compensación, se les atribuya a los otros herederos bienes que no sean los de la empresa.

k) Límites

Son válidos los pactos de esta naturaleza si no afectan: 1) la legítima hereditaria, 2) los derechos del cónyuge, ni 3) los derechos de terceros.

Luscchini Guastalla, señala que cuando muere el dueño, el fundador o el director de la sociedad y la empresa entra en sucesión, no existe solamente un tema económico sino también un tema de gestión directa o indirecta que hace a la economía en general. Fundado en ello destaca el valor de la continuidad de la gestión de la empresa y precisa que la doctrina duda mucho acerca de que el

testamento sea la forma más apta para solucionar estos problemas, sino que se cree que es el contrato, el instrumento más apto para su objeto, subrayando que, en cierto sentido, que se puedan redactar contratos en los cuales el objeto sea una sociedad en la medida que no afecten la porción de legítima. Distingue también entre las atribuciones mortis causa y las atribuciones post mortem, relacionando ello con los instrumentos alternativos para llevar a cabo una sucesión antes de la muerte. Finalmente, advierte sobre la vinculación de tales instrumentos con las figuras de la donación y del mandato.

La norma contenida en la última parte del artículo 1010 responde también a las cláusulas de consolidación, mediante las cuales los socios deciden si cuando uno de ellos muera, los herederos se incorporan a la sociedad porque tienen confianza en que los herederos futuros sean capaces o la consecuencia es la contraria.

Quedan comprendidas también en la normativa las cláusulas de continuación facultativa y la de opción recíproca para todos, por la cual en caso de muerte de un socio, el socio superviviente tiene la opción sobre la participación que forma objeto de la sucesión

I) Legitimados

De acuerdo a lo regulado en el artículo 1010 “estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge”.

En función a ello debemos interpretar que los pactos sobre herencia futura pueden ser celebrados: 1) Entre el causante y los herederos forzosos, 2) Entre el causante y el cónyuge, 3) Entre el causante, los herederos forzosos y el cónyuge, 4) Solo entre los herederos forzosos (con o sin el cónyuge).

Para que los pactos que contengan rentas vitalicias o usufructos, celebrados entre el causante y los herederos sean inatacables, todos los legitimarios deben prestar su conformidad pues en caso contrario cuentan con las acciones previstas en los

artículos 2453 (acción de reducción), 2451 (acción de complemento) y 2385 (acción de colación).

Cabe recordar que el mismo artículo 1010 establece que los pactos no pueden afectar la legítima.

Los pactos sobre herencia futura no solo deben entenderse como pacto de distribución de bienes, sino que también pueden referirse a pactos sobre administración a los efectos de facilitar la continuidad de la gestión respecto de las explotaciones productivas o de las participaciones societarias. Para que estos pactos sobre gestión de la empresa a la muerte del causante sean útiles, en principio, deben también contar con el consenso de los otros legitimados porque en estos temas el índice de litigiosidad es muy alto.

m) Otros tipos de pactos sobre herencia futura

Entre los pactos sobre herencia futura más aceptados y conocidos, podemos mencionar la partición por ascendientes, los pactos relativos a la colación y sobre reconocimiento de onerosidad de las enajenaciones.

i) Partición por ascendientes

La partición por donación es un acto jurídico por el cual el ascendiente dona parte sus bienes entre sus descendientes con la aceptación de éstos y tiene como finalidad anticipar el dominio de los bienes y evitar las disputas con respecto a la adjudicación entre los descendientes. Es por ello que, como señala Guastavino, es un pacto sobre herencia futura admitido por la normativa.

La partición por donación es traslativa de dominio, siendo los descendientes sucesores singulares, los que se convierten después de la muerte del ascendiente donante en herederos si aceptan la herencia. Por lo tanto pueden renunciarla con

los efectos que produce la renuncia sin que ello implique la devolución de los bienes recibidos.

ii) Pactos relativos a la dispensa de colación

Se entiende por dispensa de colación el pacto sobre herencia futura cuyo objeto es determinar que la entrega de valores o bienes por el causante se exima de la colación. En el derogado código, la dispensa de la colación en principio solo podía ser hecha por testamento, por lo dispuesto en el art. 3484 y se discutía si la imputación de las liberalidades a la porción disponible podía ser realizada por acto entre vivos, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1805 del CC.

En la actualidad la dispensa de colación puede ser hecha por testamento o en el mismo contrato de donación, conforme en lo establecido en el art. 2385, con lo cual es claro que constituye un pacto sobre herencia futura.

iii) Pactos sobre reconocimiento de onerosidad de las enajenaciones

Otro tipo de pacto sobre herencia futura relativa a la colación es el reconocimiento de la onerosidad de las enajenaciones o de eximición de la colación. El art. 2461 dispone *"Si por acto entre vivos a título oneroso el causante transmite a alguno de los legitimarios la propiedad de bienes con reserva de usufructo, uso o habitación, o con la contraprestación de una renta vitalicia, se presume sin admitir prueba en contrario la gratuidad del acto y la intención de mejorar al beneficiario. Sin embargo, se deben deducir del valor de lo donado las sumas que el adquirente demuestre haber efectivamente pagado... El valor de los bienes debe ser imputado a la porción disponible y el excedente es objeto de colación...Esta imputación y esta colación no pueden ser demandadas por los legitimarios que consintieron en la enajenación, sea onerosa o gratuita, con algunas de las modalidades indicadas"*.

El Código presume que ciertas enajenaciones del causante a favor de los herederos forzosos son a título gratuito, pero permite que los demás legitimarios reconozcan que estos actos de disposiciones están excluidos de la colación, ello al expresar "que la colación no puede ser demandada por los legitimarios que consintieron la enajenación onerosa o gratuita".

Sin lugar a dudas el reconocimiento de la onerosidad y la eximición de la colación aun en el caso de gratuidad constituye un pacto sucesorio no prohibido, en efecto lo es porque este consentimiento con la enajenación por parte de los legitimarios se otorga en previsión de una sucesión todavía no abierta, el objeto del contrato forma parte de esa sucesión ya que alude al modo de imputación de la transmisión en el acervo hereditario y el contrato se realiza en virtud de un derecho hereditario y no a título de crédito, con ello se reúne las condiciones de existencia de los pactos sucesorios.

n) Extinción de los pactos

Hay muchas causas para la extinción de los pactos sobre herencia futura, entre ellas cabe mencionar:

i) Cumplimiento del objeto

La forma natural de extinción del pacto es el cumplimiento de su objeto, por ejemplo en los pactos dispositivos el cumplimiento radica en la adquisición del derecho por la persona a la cual se lo ha transmitido en vida del causante.

ii) Imposibilidad

Otro motivo de extinción del pacto se da por la imposibilidad de su cumplimiento ya sea por destrucción de la cosa o por disposición del causante, cuando este no fue parte del pacto o, tratándose de una empresa, por su quiebra.

iii) Premoriencia del instituido como administrador

Normalmente la premoriencia del instituido no pone fin a los pactos, pero en estos casos es muy importante las condiciones personales del instituido ya que, si este fallece, no se puede transmitir a los herederos la obligación de administrar la herencia o la atribución de la empresa familiar, pues seguramente estuvo condicionada a las características del heredero.

En este supuesto es conveniente establecer que la premoriencia del instituido como administrador constituya una condición resolutoria expresa por las partes. También puede convenirse el derecho de reversión por premoriencia del donatario en la partición por donación; en este caso el derecho del donante a recuperar lo donado a la muerte del donatario no se fundaría en un acto mortis causa sino en una disposición inter vivos.

iv) Mutuo acuerdo

Puede resolverse también por mutuo acuerdo de las partes, si en el pacto sucesorio entre los cónyuges se establecieron derechos para algún descendiente o para tercero, las partes pueden resolver su extinción sin que el beneficiario pueda oponerse.

ñ) Inoficiosidad

Si el pacto sobre herencia futura lesiona la legítima de los herederos forzosos, estos pueden impugnarla por acción de reducción. Si se tratara de un acto simulado habrá que iniciar primero la acción de simulación y luego la de reducción. En la jurisprudencia anterior se aceptaba que la constitución de sociedades con algunos herederos excluyendo a otros herederos constituía un pacto sobre herencia futura

que era inoponible al heredero excluido. Está jurisprudencia ha perdido vigencia a partir de lo dispuesto en el nuevo art. 1010, salvo que viole la legítima.

o) Revocación

En principio los pactos sobre herencia futura son irrevocables por voluntad del otorgante pero siempre se los ha relacionado con los de revocación de donaciones y legados, ya que el pacto presupone una aptitud de consideración hacia el instituyente, motivo por el cual se podría revocar por ingratitud o por inejecución de cargo.

p) Forma

El nuevo código no establece una forma determinada para la realizarlo, por ende rige la libertad de forma, aunque por razones de seguridad siempre será conveniente la escritura pública.

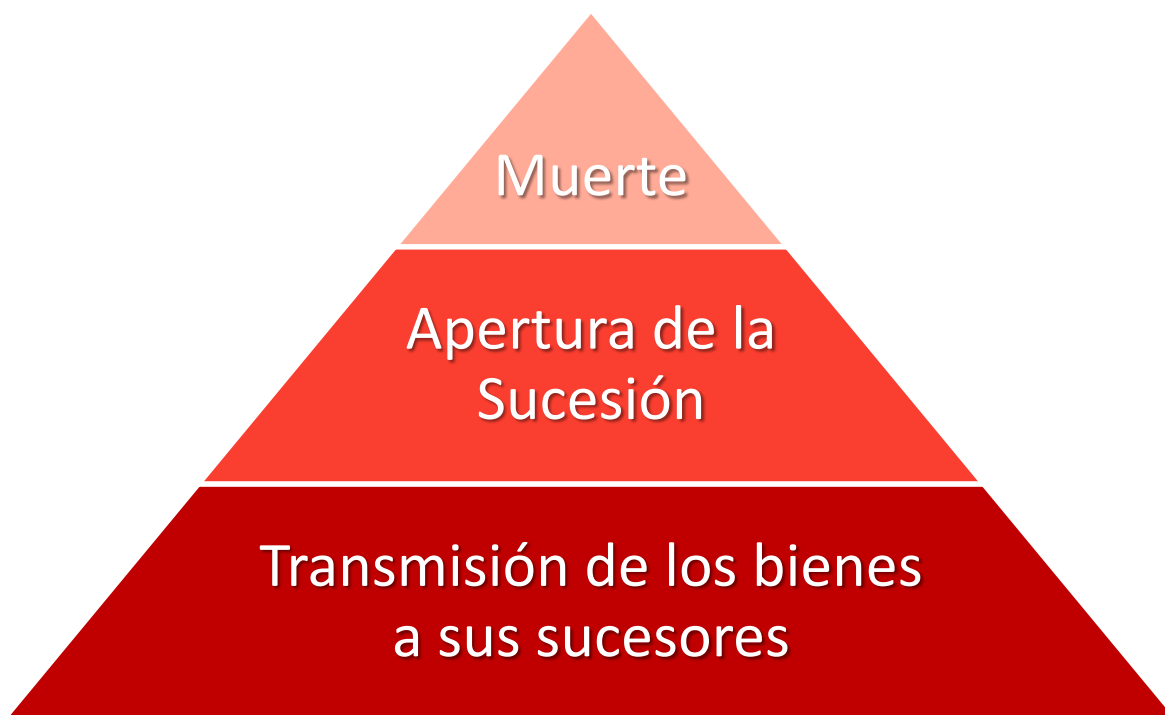
Sobre el tema explica Cesaretti que "Sin lugar a dudas, la elección de la opción de escritura pública estará determinada por la matricidad que implica. La gravitación del pacto de herencia en la vida futura de la empresa familiar inclinará a los actores jurídicos por la opción de la escritura notarial. Igualmente, dada la naturaleza de los intereses en juego en el pacto de herencia futura —y siguiendo el modelo del código civil de Cataluña consideramos aconsejable que los colegios de escribanos dicten normativas que hagan factible su inscripción en los registros de actos de última voluntad".

5.- Apertura de la sucesión

a) Concepto

El artículo 2277 establece que *“La muerte real o presunta de una persona causa la apertura de su sucesión y la transmisión de su herencia a las personas llamadas a sucederle por el testamento o por la ley. Si el testamento dispone sólo parcialmente de los bienes, el resto de la herencia se defiende por la ley”*. De ello se desprende que la fecha de la apertura de la sucesión no es otra que la del deceso del causante.

La nota al artículo 3282 del código de Vélez, ensayaba una explicación que ha venido transitando a través de los años: *“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”*. Dicho precepto, se encontraba complementado con lo previsto en el artículo 3415 que rezaba *“se juzga que los herederos han sucedido inmediatamente al difunto, sin ningún intervalo de tiempo”*.



El nuevo código unificado no le imprime claridad al tiempo de la transmisión, especialmente si cotejamos los artículos 2277 y 2337. Así, mientras que en el primero se expresa que la *“la muerte real o presunta de una persona causa la*

apertura de su sucesión y la transmisión de su herencia”, el segundo señala la investidura de herederos forzosos de pleno derecho “desde el día de la muerte del causante”.

En definitiva, en nuestro sistema legal el derecho hereditario se abre desde el instante mismo de la muerte del autor, a partir del cual el heredero es reputado propietario de la herencia (art. 2280), y si sobrevive al difunto aunque sea un solo instante, transmite a su vez la herencia a sus propios herederos.

Desde otro ángulo, el artículo 690 del Código Procesal de la Nación, dispone que *“El juez hará lugar o denegará la apertura del proceso, previo examen de su competencia y recepción de la prueba que resultare necesaria”*. La prueba a la que alude la norma es la requerida en el artículo 689 de dicho ordenamiento adjetivo que expresamente exige que *“quien solicitare la apertura del proceso sucesorio, deberá justificar, prima facie, su carácter de parte legítima y acompañar la partida de defunción del causante. Si éste hubiere hecho testamento y el solicitante conociere su existencia, deberá presentarlo, cuando estuviese en su poder, o indicar el lugar donde se encontrare, si lo supiere”*.

Sobre la base del citado precepto, puede sostenerse que el concepto procesal y/o judicial de la apertura de la sucesión difiere del concepto legal contenido en el artículo 2277 ya analizado.

La sucesión se abre con la muerte del causante. El proceso sucesorio se abre con el inicio de la sucesión aceptado por el juez. Pueden pasar muchos años entre la apertura de la sucesión (muerte del causante) y el inicio del juicio sucesorio porque los herederos no están obligados a abrir las actuaciones judiciales inmediatamente se produzca el deceso.

b) Causa

La primera etapa del fenómeno sucesorio está dada por la apertura de la sucesión. Y como ya dijéramos, ello encuentra su causa en el fallecimiento de una persona. Es así que, tal como lo expresa Pérez Lasala “la muerte de las personas físicas y la apertura de la sucesión están, pues en relación de causa a efecto”.

c) La muerte

i) Fecha

La muerte del *de cuius* constituye el punto de partida del régimen sucesorio, razón por la cual adquiere especial trascendencia la determinación precisa del momento en que ésta se produce.

Basta pensar en aquellos supuestos en que se produce el fallecimiento casi simultáneo de dos personas, que tienen derechos sucesorios entre sí. A modo de ejemplo, cabe mencionar el caso de muerte de ambos esposos sin ascendientes, ni descendientes: si el deceso de la esposa tiene lugar en primer lugar, la transmisión hereditaria opera a favor del marido, y a su fallecimiento, los derechos pasan a sus colaterales; y a la inversa, de fallecer el esposo en primer término, lo hereda su esposa, y a su deceso, los parientes colaterales de ésta última (arts. 2290, 2424 , 2435, 2438 Y 2439 del CCyCN.).

ii) Consecuencias jurídicas

Ahora bien, la muerte aparejado importantes consecuencias jurídicas que pasaremos a enunciar:

- 1) A partir del fallecimiento del *de cuius*, nace el derecho del sucesible de hacer suya la herencia o de rechazarla (art. 2286 y ss CCyCN)
- 2) La capacidad del sucesible para recibir la herencia debe tenerse al día de la muerte del causante (art. 2279).

3) El heredero, aunque fuera incapaz o ignorase que la herencia le ha sido deferida, es sin embargo propietario de la misma, desde la muerte del autor de la sucesión (art. 2280).

4) Consecuentemente, el sucesible que sobrevive aunque sea un solo instante al difunto trasmite la herencia a sus propios herederos, que gozan como él de la facultad de aceptarla o repudiarla.

5) La competencia para entender en el proceso sucesorio, corresponde al juez del último domicilio del de cujus, esto es, al del domicilio al momento de producirse su fallecimiento (Art 2336).

6) Asimismo, el derecho aplicable en todo lo relativo a las consecuencias jurídicas de la transmisión se rige por la ley vigente a la fecha del fallecimiento.

7) En el plano procesal, la justificación de la muerte del causante constituye el hecho que motiva la promoción del juicio sucesorio. De esto se deriva que si no es posible justificar la defunción, el juez no se puede dictar el “auto de apertura del sucesorio” que es aquella providencia una vez iniciado el proceso y cumplidos con los recaudos indicados, en el cual dispone la citación de todos aquellos que se consideren con derecho a los bienes dejados por el causante (art. 689 y 690 del CPCCN, 724 y 725 del CPCBA).

iii) Prueba

El artículo 96 del nuevo código dispone que “El nacimiento ocurrido en la República, sus circunstancias de tiempo y lugar, el sexo, el nombre y la filiación de las personas nacidas, se prueba con las partidas del Registro Civil. Del mismo modo se prueba la muerte de las personas fallecidas en la República”.

El medio de prueba para acreditar el fallecimiento es la partida de defunción expedida por el Registro Público correspondiente, siendo en Capital Federal el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

En efecto, la ley 26.413 del registro civil, dispone que “todos los actos y hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y capacidad de las personas deberán inscribirse en los correspondientes registros de las provincias y de la Nación” (art. 1°), los que serán organizados por los gobiernos locales (art. 2°).

Específicamente en torno a las defunciones, en vista de la trascendencia que reviste el momento en que se produce el fallecimiento, los artículos 63 y 64 de esa misma ley, exigen que la inscripción del fallecimiento contenga, amén de los datos personales del causante, la consignación del lugar, hora, día, mes y año en que éste ocurrió, además de la causa del deceso.

Por otro lado, el art. 94 del nuevo código, respecto de la comprobación de la muerte de una persona, establece que queda sujeta a los estándares médicos aceptados, debiendo verificarse al efecto la constatación conjunta de los requisitos previstos por el art. 23 de la ley 24.193 de transplante de órganos y materiales anatómicos.

Sin embargo, este principio general de la prueba mediante la partida de defunción admite tres excepciones: cuando el cadáver no sea hallado, el supuesto de muerte en combate, y el código aeronáutico y la ley de navegación.

1) Cuando el cadáver no sea hallado

El artículo 98 del nuevo código, en forma coincidente a lo regulado en el derogado artículo 108 del CC, reza que *“Si no hay registro público o falta o es nulo el asiento, el nacimiento y la muerte pueden acreditarse por otros medios de prueba. Si el cadáver de una persona no es hallado o no puede ser identificado, el juez puede tener por comprobada la muerte y disponer la pertinente inscripción en el registro, si la desaparición se produjo en circunstancias tales que la muerte debe ser tenida como cierta”*.

Puede ocurrir que no se pueda extender certificado de defunción porque el cadáver no sea hallado, aunque el accidente se haya producido en situación tal que la muerte ha de tenerse por cierta. Igual regla se aplicará en los casos en que el cuerpo fallecido sea hallado pero no fuese posible su identificación.

Un ejemplo de ello, se da cuando un barco se hunde en un lugar que por la temperatura de las aguas ha de tenerse por cierta la muerte acaecido un cierto tiempo (por ej. hundimiento en el Estrecho de Magallanes), o en el caso de un accidente aéreo que no deje posibilidad de sobrevida.

2) Muerte en combate

Otra excepción al principio de la necesidad de partida de defunción para acreditar la muerte se da en el caso de los militares. Para este supuesto el derogado código civil disponía en su artículo 105: “La de los militares muertos en combate, respecto de los cuales no hubiese sido posible hacer asientos, por lo que conste en el Ministerio de Guerra”.

Si bien este artículo no se reproduce en el nuevo código civil y comercial, debe entenderse que, en la actualidad, los integrantes de las fuerzas armadas muertos en combate sin que se haya podido extender la partida correspondiente, probarán su deceso con la constancia del Ministerio de Defensa, siendo en este caso innecesaria la prueba supletoria o el trámite de ausencia con presunción de fallecimiento.

Sin embargo no es necesaria una declaración de guerra, aunque no debe existir ninguna duda respecto del fallecimiento del militar (ocurrido en combate). Los artículos 106 y 107 del derogado código civil preveían formas especiales de demostrar la muerte cuando el fallecimiento se producía en conventos, cuarteles, prisiones, fortalezas o lazaretos, pero tales artículos han perdido relevancia en la

actualidad por lo cual aun cuando la muerte se produzca en estos lugares se debe acreditar con la correspondiente partida.

3) Código aeronáutico y ley de navegación

La última excepción a la prueba del deceso mediante la partida de defunción correspondiente está dada por el código marítimo y el código aeronáutico.

La Ley de Navegación 20.094, en sus artículos 123 y 124, dispone que cuando fallezca una persona a bordo de un buque, el capitán levantará inventario de sus papeles y pertenencias, con asistencia de dos oficiales del buque y de dos testigos si los hubiere. En cuanto al cadáver, podrá adoptar las medidas que estime prudentes y labrará un acta de defunción. Idénticas medidas son establecidas en el artículo 85 del Código Aeronáutico.

d) Muerte presunta

i) Procedimiento

En caso de ausencia con presunción de fallecimiento, el juez mediante un procedimiento especial “debe declarar el fallecimiento presunto si están acreditados los extremos legales, fijar el día presuntivo del fallecimiento y disponer la inscripción de la sentencia”, esto último en el Registro del estado civil y capacidad de las personas” (art. 89).

La desaparición de una persona, por sí sola, no es un hecho jurídico que genere el traspaso de derechos y obligaciones a los sucesores del ausente, ni tampoco disuelve el régimen de comunidad de gananciales.

Al derogar el régimen anterior de la Ley 14.394, el nuevo código incorpora de manera similar, el procedimiento a seguir, estructurando un régimen gradual, que

en función de la ausencia llega a la declaración de presunción de fallecimiento, la cual permitiría iniciar la correspondiente sucesión.

La importancia de la sentencia radica fundamentalmente en que en la misma se establece el día presuntivo de la muerte; lo cual resulta trascendente ya que en ese día tiene lugar la apertura de la sucesión del presunto difunto, y por consiguiente, se determina quiénes son las personas que tienen derecho a los bienes de aquél.

Al tratar la presente hipótesis, no ha de soslayarse que los efectos de la presunción de fallecimiento no son absolutamente idénticos a los de la muerte comprobada. Como bien observa Rivera, en punto a los bienes, ellos no se transmiten inmediatamente y de manera plena a los sucesores, sino que previamente deben cumplirse ciertos plazos posteriores al día presuntivo del deceso.

ii) Desaparición forzada de personas

Un supuesto que merece destacarse, se refiere a que los jueces han dicho que la pretensión incoada en los supuestos de ausencia por desaparición forzosa e personas, participa de la naturaleza de la “ausencia con presunción de fallecimiento”, en tanto la primera es un sucedáneo de la segunda arbitrado por el legislador para dar una solución legal más expeditiva a los problemas generados por la desaparición de personas durante la dictadura militar de los años 1976 a 1983 (Ley 24.321).

En tales casos, presumido fundadamente el secuestro de una persona desaparecida, de quien ya no se tuvieron más señales de existencia de vida, la cuestión debe encuadrarse -a los fines de la determinación del día presuntivo del fallecimiento- en el artículo 86 inciso a) del nuevo código, que engloba, sin agotar, la enunciación de diversos sucesos que implican violencia, de todos los cuales se deriva verosímilmente, un peligro mortal.

e) Conmoriencia

Puede ocurrir que dos personas mueran en un mismo accidente, de las cuales una fuera heredera de la otra, en circunstancias tales que impidan conocer quien murió primero y, en consecuencia, si medió transmisión de derechos entre ellas.

Los sistemas legales han dado distintas respuestas a esta problemática. El Esboço de Freitas siguió la tradición del derecho romano clásico, el cual establecía que “Si hubieren fallecido al mismo tiempo, no apareciendo quién falleció primero, no se considera que uno haya sobrevivido al otro”. Zannoni, nos recuerda que posteriores interpolaciones interpretaron que en el caso de producirse el fallecimiento coetáneo del padre y del hijo, debía presumirse la premorencia de aquél si el hijo era púber, o de éste si era impúber. Con el transcurso del tiempo, la glosa y los postglosadores elaboraron nuevas presunciones, en vista del sexo y edad de las personas de que se trate; para finalmente establecer un complejo sistema durante la Edad Media.

El Código napoleónico en sus artículos 720 a 722, y aquellos ordenamientos que siguieron a éste, fijaron una serie de presunciones determinantes de la premorencia de una persona frente a la otra según su sexo y edad.

Por su parte, Vélez Sarsfield se apartó del código francés, adhiriendo al criterio adoptado en el Esboço de Freitas y el código de Chile. Es así que en nuestro CC, la situación de conmoriencia era expresamente prevista en su artículo 109, el cual establecía que *“Si dos o más personas hubiesen fallecido en un desastre común o en cualquier otra circunstancia, de modo que no se pueda saber cuál de ellas falleció primero, se presume que fallecieron todas al mismo tiempo, sin que se pueda alegar transmisión alguna de derecho entre ellas”*.

En este sentido lo recepta el nuevo código el artículo 95, al señalar que *“Se presume que mueren al mismo tiempo las personas que perecen en un desastre común o en cualquier otra circunstancia, si no puede determinarse lo contrario.”*

Por aplicación de este precepto, quien pretende la transmisión de derechos entre los fallecidos debe probar cuál de ellos falleció en primer término, pues a falta de esa prueba se considerará que la muerte se produjo simultáneamente. En puridad, el artículo 95 no contiene una presunción de conmorienca, sino un corolario del principio general sobre la prueba, en virtud del cual quien reclame la sucesión deberá probar la supervivencia de una persona en determinado momento.

6. Ley que rige la sucesión

a) Sistemas de la unidad y de la pluralidad de sucesiones

Dos sistemas han sido ideados a fin de dar solución a los conflictos de leyes sucesorias. Si bien este tema es propio del Derecho Internacional Privado, no puede soslayarse su consideración, aunque más no sea de manera sucinta, dada la trascendencia que reviste por cuanto determina la ley que ha de regir la transmisión hereditaria en sus muy diversos aspectos.

i) Sistema de la unidad

Una primer corriente se pronuncia por la “unidad sucesoria”, postulando que todo lo atinente a la transmisión hereditaria debe ser sometido a una única ley. Ahora bien, aquí aparece una primera división dentro del sistema de la unidad ya que, por un lado están quienes propugnan la sumisión a la ley de la nacionalidad del causante –criterio expuesto en detalle en el siglo pasado por Mancini; en tanto otros, siguiendo las enseñanzas de Savigny, consideran debe aplicarse la ley de su último domicilio.

En esta línea hemos de situar la ley de introducción al Código Civil alemán de 1986, la cual establece que la sucesión se rige por la ley del Estado de la última nacionalidad del causante (art. 25); y la ley federal suiza de derecho internacional privado de 1988, que somete la sucesión de una persona con último domicilio en

dicho país a la ley suiza, al mismo tiempo que prevé que un extranjero puede someter su sucesión por testamento o pacto sucesorio a la ley de una de sus nacionalidades –elección que queda sin efecto si al momento de su muerte hubiere perdido dicha nacionalidad o adquirido la nacionalidad suiza- (art. 90), para finalmente, en su artículo 91, estatuir que la sucesión de quien se hallaba domiciliado en el extranjero es regida por la ley que determine el derecho internacional privado del lugar de su domicilio –admitiendo aquí en forma expresa el reenvío-. A su turno, la ley italiana de derecho internacional privado de 1995 dispone la aplicación de la ley de la última nacionalidad del causante, añadiendo que el causante puede someter testamentariamente la sucesión a la ley del lugar de su residencia, aunque esta última elección queda sin efecto de no residir en dicho Estado al momento del fallecimiento.

ii) Sistema de pluralidad

Por el contrario, la tesis de la “pluralidad de sucesiones” o fraccionamiento, sostiene que debe considerarse cada bien relicto en forma particular, aplicándose la ley de su lugar de situación –*lex rei sitae*-.

Una vez más se observa dentro de este sistema la presencia de dos vertientes.

En primer término, la “pluralidad absoluta”, la cual al no efectuar distinción alguna fundada en la naturaleza de los bienes, evidentemente implica que de encontrarse éstos en diversos países, la transmisión sucesoria será regida por una “pluralidad” de leyes, como así también generará una multiplicidad de procesos –uno en cada país donde hayan quedado bienes del de *cujus*-; dando origen a un verdadero “fraccionamiento sucesorio” o “atomización”.

En segundo lugar, la “pluralidad relativa o mitigada” establece un régimen dual, razón por la cual algunos autores hablan de un “sistema mixto” que conjuga el sistema de la pluralidad y el de la unidad. Esta tesis propicia que los inmuebles sean

regidos por la ley de su lugar de situación –*lex rei sitae*–, en tanto los restantes bienes sean sometidos a una única ley, ya sea la de la nacionalidad o la del último domicilio del causante.

Véase en tal sentido la ley de Quebec de introducción de reformas al Código Civil de 1991, la cual siguiendo el criterio precedentemente expuesto, distingue la sucesión de bienes muebles, que somete a la ley del último domicilio del causante, de la sucesión de inmuebles, respecto a los cuales hace regir la *lex rei sitae*. Sin embargo, admite la elección por testamento de la ley aplicable a condición de que sea la ley de la nacionalidad o domicilio al momento de su elección o del deceso.

b) Régimen del código civil

El derogado código civil, adoptó, en apariencia, el principio de la unidad, ya que la regla surgía del artículo 3283, que establecía *“El derecho de sucesión al patrimonio del difunto, es regido por el derecho local del domicilio que el difunto tenía a su muerte, sean los sucesores nacionales o extranjeros”*.

Sin embargo, de las notas de los artículos 3283 y 3598, así como los preceptos de los artículos 10 y 11 del código Velezano, contenían significativos supuestos que convirtieron la regla del artículo 3283, en una excepción.

De esta forma, el principio de unidad sucesoria del artículo 3283 cedía ante dos situaciones: 1) en la trasmisión de los bienes inmuebles (art. 10) y 2) en la de los muebles que tienen una situación permanente (art. 11).

Es por ello que muchos doctrinarios de la época, entendía que se había generado una suerte de sistema mixto: entre la unidad como principio general del art. 3283 y de pluralidad, para la excepciones de los artículos 10 y 11 del CC.

c) Tratados de Montevideo

Como veremos más adelante, el nuevo código civil y comercial, cuenta con el Libro VI dedicado al derecho internacional privado, pero sus normas entre las que se encuentra el artículo 2644 solo son aplicables si no existen tratados internacionales que nos unan con el otro país donde surge el conflicto.

En efecto, cuando existe un tratado internacional que une a dos países se aplica ese documento, por eso en materia sucesoria además de estudiar las normas contenidas en el código civil, debemos incorporar lo establecido por los tratados de Montevideo, ya que la jurisdicción en materia sucesoria de este acuerdo internacional es exclusiva y excluyente y la aplicación del nuevo código en materia de jurisdicción internacional se realiza siempre que no se trate de supuestos que con vinculen con los estados parte del mismo.

El Tratado de Montevideo del año 1989, del cual son signatarios la Argentina, Uruguay, Paraguay, Bolivia y Perú, regula la materia sucesoria en sus artículos 44 y 45, adoptando un sistema prácticamente absoluto de fraccionamiento sucesorio.

En efecto, su artículo 44 reza que “La ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios, al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate, rige la forma del testamento”. A su vez, su artículo 45 dispone que la misma ley de situación de los bienes regirá: “a) La capacidad de la persona para testar; b) La del heredero o legatario para suceder; c) La validez y efectos del testamento; d) Los títulos y derechos hereditarios de los parientes y del cónyuge supérstite; e) La existencia y proporción de las legítimas; f) La existencia y monto de los bienes reservables; g) En suma; todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria”.

El Tratado de Montevideo de 1940 mantiene el sistema pluralista, aunque efectúa ciertas atenuaciones. Su artículo 44 reproduce, sin modificaciones, igual norma del Tratado de 1889; en tanto en su artículo 45 deja fuera de la aplicación del *lex rei sitae* todo aquello concerniente a la capacidad para testar, de lo cual se infiere que

ésta quedará regida por la ley del domicilio del causante –siendo así coherente con lo establecido en el artículo 1° del instrumento internacional en materia de capacidad de las personas físicas, la cual queda sometida a la ley de su domicilio-.

De cualquier modo, siguiendo a Goldschmidt, hemos de destacar las siguientes concesiones a favor de la unidad sucesoria:

1) En cuanto a las formas, ambos tratados en sus artículos 44 acuerdan validez al testamento otorgado por acto público en cualquiera de los Estados contratantes.

2) En materia de legados, los artículos 49 de los dos documentos establecen que “Los legados de bienes determinados por su género, y que no tuvieren lugar designado para su pago, se rigen por la ley del lugar del domicilio del testador al tiempo de su muerte”, haciéndose efectivos “sobre los bienes que deja en dicho domicilio; y en defecto de ellos, o por su saldo, se pagarán proporcionalmente de todos los demás bienes del causante”.

3) En lo atinente a la colación, los artículos 50 de los tratados en análisis, disponen que “La obligación de colacionar se rige por la ley de la sucesión en donde ella sea exigida...”, pero “cuando consista en alguna suma de dinero, se repartirá entre todas las sucesiones a que concurra el heredero que deba la colación, proporcionalmente a su haber en cada una de ellas”.

4) Por último, el artículo 47 del Tratado de 1940 prevé que si los bienes no alcanzaren para el pago de las deudas que deben ser satisfechas en alguno de los Estados contratantes –las cuales gozan de preferencia sobre los bienes allí existentes al tiempo de la muerte (art. 46 del tratado)-, “los acreedores cobrarán su saldo proporcionalmente sobre los bienes dejados en otros lugares, sin perjuicio del derecho preferente de los acreedores locales”. Idéntico criterio se aplica cuando en el lugar donde deben pagarse las deudas el causante no haya dejado bienes (art. 48). Quedan exentos de dichas disposiciones los créditos con garantía real, supuesto en el cual se observa un fraccionamiento auténtico. En otros

términos, las deudas en la proporción insatisfecha podrán ser cobradas cuando existe un superávit después de satisfacer a los acreedores locales proporcionalmente sobre los bienes dejados en otros lugares.

d) La ley aplicable en el nuevo código civil y comercial.

i) Marco legal

La cuestión en estudio, ha sido objeto de tratamiento en el nuevo código unificado, en el cual se establece como regla general que “la sucesión por causa de muerte se rige por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento” y referido a los bienes inmuebles expresa que “respecto de los bienes inmuebles situados en el país, se aplica el derecho argentino” (art. 2644). Ello debe ser complementado por lo regulado en el artículo 2667 al disponer que “los derechos reales sobre inmuebles se rigen por la ley del lugar de su situación” (*lex rei sitae*)

En ese mismo sentido, el artículo 2644 establece que para entender en la sucesión por causa de muerte son competentes los jueces del último domicilio del causante o los del lugar de situación de los bienes inmuebles en el país respecto de éstos (*forum rei sitae*). Así, la jurisdicción no corresponde única y exclusivamente a los jueces del último domicilio del *de cuius*, sino que se consagra el criterio del foro patrimonial.

ii) Diferentes supuestos

El nuevo código civil disemina el marco legal referido a la aplicación de la ley sucesoria, que merece un punto aparte para poder analizar con mayor detalle la forma en que esta se debe aplicar a los diversos supuestos.

Así, en el Título IV del Libro Sexto referido a las “Disposiciones de derecho internacional privado”, regula en la Sección 9ª “Sucesiones” el principio general de la ley aplicable a la sucesión *mortis causa*. Sin embargo ello debe ser

complementado con lo previsto en la Sección 15ª de ese mismo título, referida a la transmisión de “Derechos Reales”.

1) Principio general

Como regla general se aplica el derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento (art. 2644 1er párrafo).

No habría inconveniente alguno de aplicar este principio de manera lisa y llana, siempre que el difunto se domicilie en la República Argentina, ya que de no ser así, por ej. si el causante era Español, su último domicilio fue en Francia y es propietario de bienes en la Argentina, el principio general cede frente al orden público nacional, pero dependiendo de qué tipo de bienes formen parte de su patrimonio.

2) Bienes inmuebles

Para el supuesto de existir inmuebles en la república argentina, se aplica -sin excepción- la ley de nuestro país, es decir rige el principio de *“lex rei sitae”*. Así lo establece el artículo 2644, 2do párrafo al determinar que *“respecto de los bienes inmuebles situados en el país, se aplica el derecho argentino”* y también el artículo 2667 que dispone que *“Los derechos reales sobre inmuebles se rigen por la ley del lugar de su situación”*.

La nueva norma recoge el criterio aplicado en el derogado artículo 10 del código civil que señalaba *“Los bienes raíces situados en la República son exclusivamente regidos por las leyes del país, respecto a su calidad de tales, a los derechos de las partes, a la capacidad de adquirirlos, a los modos de transferirlos, y a las solemnidades que deben acompañar esos actos. El título, por lo tanto, a una propiedad raíz, sólo puede ser adquirido, transferido o perdido de conformidad con las leyes de la República”*.

3) Bienes muebles registrables

El código de Vélez no contaba con una norma expresa que regulara la ley aplicable a los bienes muebles registrables, por ello la doctrina hacía una interpretación amplia del viejo artículo 11 referido a los bienes de situación permanente.

El nuevo código incorpora esta figura en el artículo 2668 que establece que *“Los derechos reales sobre bienes registrables se rigen por el derecho del Estado del registro”*. Es decir que en el caso de automotores, aeronaves, barcos, buques, caballos de carrera, etc. que se encuentran registrados en Argentina, la ley aplicable es nuestro código civil.

De esta manera, se evita el problema del conflicto móvil, porque aunque se trata de bienes susceptibles de ser transportados de un país a otro, la radicación consolida el derecho aplicable en el Estado del registro de cada uno de los bienes.

4) Bienes muebles de situación permanente

Son muebles de situación permanente aquellos que se hallan en un país de manera fija, no participando de tal carácter únicamente los que el propietario lleva siempre consigo o que tiene para ser vendidos o transportados.

La jurisprudencia ha intentado caracterizarlos señalando que para determinar si el mueble tiene situación permanente en la República, debe atenderse a la intención de su titular, la que puede inferirse de la naturaleza de aquél, de las condiciones y circunstancias en que se le ha dado ubicación, y de la manera como se ha comportado a su respecto.

Respecto de los créditos, Maffía señala que deben reputarse como bien mueble con situación permanente, el crédito garantizado con hipoteca sobre un inmueble ubicado en la República, no así el quirografario resultante de haber pagado como fiador una deuda contraída por el afianzado en el extranjero.

Un supuesto particular se refiere a los depósitos bancarios, en caja de ahorro, a plazo fijo, o en cuenta corriente cualquiera que fuere su antigüedad. Al respecto una antigua jurisprudencia, le ha negado situación de permanente, salvo que por las circunstancias particulares del caso se pueda inducir la voluntad de su titular de conservarlas inmovilizadas por tiempo indefinido en la República, por lo cual se rige por la ley del último domicilio del causante¹. En cambio tanto los valores como las acciones emitidas por sociedades extranjeras con sede en el exterior, deben regirse por las leyes del país en que están situadas².

El nuevo artículo 2669 viene a ratificar este concepto, al dispone que *“Los derechos reales sobre muebles que tienen situación permanente y que se conservan sin intención de transportarlos, se rigen por el derecho del lugar de situación en el momento de los hechos sobre los que se plantea la adquisición, modificación, transformación o extinción de tales derechos. El desplazamiento de estos bienes no influye sobre los derechos que han sido válidamente constituidos bajo el imperio de la ley anterior”*.

La nueva norma replica, de manera similar, el art. 11°, 1er párrafo del viejo código civil que establecía que, *“los muebles que tienen situación permanente y que se conservan sin intención de trasportarlos, son regidos por las leyes del lugar en que están situados”*.

Como puede observarse, en ambas normas se resaltaba el elemento subjetivo de la intención del propietario, para caracterizarlo esencialmente como de situación permanente.

5) Bienes muebles sin situación permanente

El nuevo artículo 2670 establece que *“Los derechos reales sobre los muebles que el propietario lleva siempre consigo o los que son de su uso personal, esté o no en su*

¹ CCiv. 1ª Cap., sala II, 17-7-31, JA. 36-253, en igual sentido CCiv. 1ª Cap 27/4/1936, LL 4-163.

² CNCiv., sala D, 22-12-57, LL 90-447.

domicilio, como también los que se tienen para ser vendidos o transportados a otro lugar se rigen por el derecho del domicilio de su dueño. Si se controvierte o desconoce la calidad de dueño, se aplica el derecho del lugar de situación”.

Dicha norma es una transcripción prácticamente literal del derogado artículo 11, 2do párrafo del código civil que rezaba *“Los muebles que el propietario lleva siempre consigo, o que son de su uso personal, esté o no en su domicilio, como también los que se tienen para ser vendidos o transportados a otro lugar, son regidos por las leyes del domicilio del dueño”.*

En este caso nos encontramos con dos tipos de bienes. Por un lado, aquellos que el causante lleva consigo o son de uso personal, entre los que podemos encontrar, su vestimenta, laptop, joyas, etc., y por el otro los bienes que el propietario tiene interés de vender o transporta a otro lugar.

En ambos supuestos, la ley que va a regir en la sucesión mortis causa es la del domicilio que tiene el dueño, previéndose de esta forma el único supuesto en el que puede aplicarse una ley extranjera, ya que en los casos descriptos anteriormente, y salvo contadas excepciones, rige la ley argentina. Así, si por ej., el causante tenía su domicilio en Australia, se presume que las cosas personales o aquellas que quiere enajenar o transportar, se regirán por la ley Australiana.

La parte final del artículo prevé el supuesto de que la calidad de dueño se encuentre controvertida o resulte desconocida y en ese caso la solución es aplicar el derecho del lugar de situación.

ii) Efectos de la ley aplicable

La ley aplicable a la sucesión mortis causa, tiene un aspecto de notoria relevancia, especialmente en lo relativo a los efectos y consecuencias jurídicas que puede generar. Entre ellas podemos mencionar:

1) Las personas que puede suceder al causante

- 2) El orden sucesorio, es decir la regulación de las personas que son llamadas por ley, en función a la regulación legal imperativa.
- 3) Las causales de exclusión hereditaria, como indignidad, la exclusión del cónyuge separado de hecho o el matrimonio *in extremis*.
- 4) Las porciones hereditarias, es decir los porcentajes que corresponden a los herederos y al cónyuge, así como las concurrencias y limitaciones
- 5) La legítima
- 6) Los acciones sucesorias, como la colación, reducción, entrega de legítima, petición de herencia, etc..
- 7) Las obligaciones y garantías, como la evicción o los vicios ocultos
- 8) La validez intrínseca de las disposiciones de última voluntad, por ejemplo, la admisión o no de una sustitución fideicomisaria o las condiciones o cargos prohibidos o contrarios a la moral.

7. Ley que rige la sucesión en el tiempo

La cuestión en torno a la ley que rige la sucesión en el tiempo encuentra solución a partir de las directivas contenidas en el artículo 7 del nuevo código.

La mencionada norma dispone *“A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.”*

Toda vez que la muerte produce la apertura de la sucesión y la transmisión de la herencia a las personas llamadas a recogerla; con ese fallecimiento queda constituida una situación jurídica de efectos instantáneos lo que trae por consecuencia que los derechos de los herederos deben ser juzgados por la ley vigente en aquel momento.

Aplicando tales principios, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires oportunamente resolvió que “si la apertura de la sucesión de produjo con anterioridad a la vigencia de la ley 23.264, no pueden reclamarse derechos hereditarios con fundamento en esa norma (art. 3 y 3282 del C.C.)” . En otros supuestos, el mismo tribunal juzgó que “el cónyuge supérstite no puede reclamar el derecho real de habitación (art. 3573 bis del C.C.) si la apertura de la sucesión fue anterior a la vigencia de ese beneficio (arts. 3 y 3282 C.C.)” .

Por su parte, la Cámara Nacional Civil, sala I, decidió que “si el causante murió en el año 1976, el caso ha de quedar regulado por las normas existentes al tiempo del deceso, y por la interpretación plenaria que de ellas se efectuó en su oportunidad, de modo que es de entera aplicación la doctrina obligatoria dictada in re “Mauri de Mauri, Francisca s/sucesión” del 12/02/86, según la cual la carga de la prueba de las causales de exclusión sucesoria recae sobre quienes cuestionaren la vocación hereditaria del cónyuge supérstite. De ahí que no resulte admisible interpretar cual ha sido la incidencia de la reforma introducida por la ley 23.515 sobre los derechos hereditarios del cónyuge superado de hecho si ésta es posterior al fallecimiento”.

Finalmente, el más alto Tribunal de la Nación ha dicho que “El pronunciamiento que dispuso la conversión en divorcio vincular de un divorcio obtenido durante la vigencia de la ley 2393 no afecta derechos adquiridos de la recurrente –declarada inocente- por cuanto la pérdida de la vocación hereditaria sólo la priva de una mera expectativa o esperanzas de suceder ya que los derechos

hereditarios no se convirtieron en subjetivos ni cabe considerarlos incorporados a su patrimonio desde que aún no los ha ejercido, y al momento de la muerte del causante y de la apertura del proceso universal –en el actual contexto legal- están derogados” .

En todo caso, pretender que se aplique una ley posterior al hecho indicado, cuando ya operó el traspaso de los derechos a favor del heredero, importa una aplicación retroactiva que conculcaría garantías constitucionales.

a) Consecuencias a las que se aplicará el Código Civil y Comercial de la Nación

El Código Civil y Comercial de la Nación se aplicará a las consecuencias que se produzcan después de su sanción. Estas reglas que parecen tan claras en términos generales, y sobre las cuales los autores concuerdan, no son fáciles de poner en la práctica frente a situaciones concretas, como lo demuestra el debate doctrinario que se ha suscitado en torno a la cuestión.

Intentaremos explicar lo antedicho con relación a diferentes aspectos del derecho sucesorio conforme los cambios o supresiones que se han dado en los institutos que existían bajo el amparo del Código de Vélez.

b) Valor del testamento cerrado y los testamentos especiales

¿Qué valor tienen los testamentos cerrados realizados antes del 1° de agosto del 2015, cuando el causante muere con posterioridad a tal fecha?

El Código Civil regulaba el testamento cerrado, y los testamentos especiales mientras que el Código unificado no admite estas formas testamentarias.

Ninguna duda cabe que desde el 1ro de agosto en adelante no se podrá testar por testamento cerrado. La cuestión que plantea preguntas es la determinación del valor a dar los testamentos cerrados realizados con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo ordenamiento ius privatista argentino cuando la sucesión se abra

con posterioridad a la muerte, teniendo en cuenta que el principio general es que el derecho sucesorio se rige por la ley vigente al momento de la muerte del causante.

La respuesta debe encontrarse en lo dispuesto por el artículo 2472 del Código Civil que establece una clara directiva sobre la ley que rige la forma testamentaria, al señalar que *“La ley vigente al tiempo de testar rige la forma del testamento.”*

Esta solución jurídica viene del derecho romano y es explicada por Roubier cuando manifiesta que *“entre el momento del testamento y el momento de la muerte del testador se está frente a una situación en curso de formación, que admite que para las formas testamentarias se aplique la ley del día de la fecha del testamento mientras que para el contenido del testamento se aplique la ley de la muerte del causante”*.

Lo que ocurre es que las soluciones en derecho testamentario son complejas porque requieren de dos elementos, el primero es la existencia de un testamento válido y el segundo la muerte del causante.

Antes de la muerte, el testamento no ha generado ningún efecto jurídico y el mismo puede ser revocado hasta el instante mismo del deceso, pero una vez producida la muerte lo que se debe determinar es que efecto tiene el testamento redactado con una forma válida al momento de su confección pero invalida al momento del deceso. Y esto nos lleva a preguntarnos si se puede obligar al testador a adecuar su voluntad a las nuevas formas testamentarias o si habiendo testado por una forma válida no tiene obligación de cambiar la forma de expresar su voluntad testamentaria

La solución a este interrogante ha sido uniforme desde el derecho romano, donde se estableció que la ley que determinaba la validez o invalidez de la forma de los testamentos era la ley vigente al momento de su redacción. Esta respuesta puede ser discutida pero lo cierto es que ha sido adoptada por la generalidad de los

derechos de la familia continental europea, entre ellas por la ley transitoria holandesa de 1833, por las disposiciones de las leyes transitorias del Código italiano y es también la solución aceptada por la jurisprudencia francesa.

La razón de esta solución es que la forma de un acto debe ser regida por la ley en vigencia al momento de su dictado porque no se le puede exigir a una persona que no adopte formas prohibidas por una ley posterior. Así no se le puede exigir a quien testó en Julio del 2014 que no testara por testamento cerrado cuando tal forma era válida en ese momento.

En otros términos la ley de la forma testamentaria es esencialmente la ley actual, aunque los derechos resultantes del acto no sean irrevocablemente asegurados en virtud de la revocabilidad propia del testamento, lo que importa es que el testamento era perfecto en cuanto a su forma de conformidad a la ley que estaba en vigor al tiempo de su dictado.

La consecuencia de lo dispuesto en el artículo 2472 del Código unificado es que el testamento que era válido en cuanto a su forma al tiempo de su dictado no deviene nulo porque una nueva ley cambie la forma y viceversa el testamento nulo en cuanto su forma al tiempo de su dictado no se transforma en un testamento válido porque la forma se cambie al momento de la apertura de la sucesión.

La solución del legislador es lógica y razonable ya que otra posibilidad hubiera sido exigir que el testador rehiciere su testamento de acuerdo a las nuevas formas aceptadas por el código unificado, pero tal solución sería irrazonable, por ej, en el supuesto en que el testador que hubiera perdido la capacidad de testar por una incapacidad mental, no podría adecuar la forma testamentaria.

c) Derechos sucesorios del cónyuge separado inocente

¿Qué derechos sucesorios tiene el cónyuge declarado inocente por sentencia judicial?

En el régimen del código civil el cónyuge separado inocente tenía vocación hereditaria. Esto nos lleva a preguntarnos qué derechos sucesorios le corresponden al cónyuge declarado inocente por sentencia judicial a partir de la vigencia del Código Civil Unificado que elimina el instituto de la separación judicial y deja de lado toda referencia a culpabilidad e inocencia en el divorcio vincular.

El cónyuge separado personalmente, cuya sentencia haya declarado su inocencia, no podrá hacer valer la misma en orden a los derechos hereditarios toda vez que el CCyC en su artículo 2437 dispone que *“el divorcio, la separación de hecho sin voluntad de unirse y la decisión judicial de cualquier tipo que implica cese de la convivencia, excluyen el derecho hereditario entre cónyuges”*.

El legislador no ha dejado este tema librado a la interpretación judicial sino que establecido claramente que el cónyuge separado inocente carece de vocación hereditaria conyugal.

La solución dada por el artículo 2437 responde a los principios de que las sucesiones se rigen por la ley vigente al tiempo de su apertura y que los derechos hereditarios son eventuales y solo se adquieren definitivamente al momento de la muerte del causante, ya que antes de su muerte la sentencia de inocencia solo le confiere una expectativa.

Esta es la solución que había dado la jurisprudencia cuando se discutió este tema al tiempo del dictado de la ley de divorcio vincular 23515 al decir “La reforma introducida por la ley 23.515 en el art. 3574, último párrafo del Cód. Civil, que consagra la pérdida de la vocación hereditaria de los cónyuges con el dictado de la sentencia que decreta el divorcio vincular o convierte la separación personal en este último, se aplica a las sucesiones en las que el fallecimiento del causante tuvo lugar luego de su entrada en vigencia, aun cuando la resolución judicial que disolvió el vínculo se haya dictado con anterioridad al cambio legislativo, pues el derecho

de los cónyuges a sucederse es una mera expectativa que se consuma recién con el deceso del otro esposo”³.

En definitiva la disposición del 2437 encuentra su fundamento en que la vocación hereditaria entre los cónyuges se basa en la subsistencia del vínculo matrimonial y como la finalización del matrimonio por separación importa la desaparición del fundamento objetivo de la vocación hereditaria, desde que su conservación sin correspondencia con la comunidad de vida y efectos que da razón de ser y sustento al llamamiento, sería, al cabo, una pura especulación patrimonial.

d) La desheredación

¿Qué derechos tiene el heredero desheredado por un testamento anterior a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial que suprime el instituto de la desheredación?

El Código Civil unificado suprime el instituto de la desheredación lo que nos lleva a preguntarnos sobre la situación del heredero que ha sido desheredado por un testamento anterior a la entrada en vigencia del código unificado.

Acá la solución es diferente a la dada sobre la validez del testamento cerrado o de los testamentos especiales después de la entrada en vigor del nuevo ordenamiento privado argentino.

Es que en el caso del testamento cerrado estamos frente a la determinación de la validez de una forma testamentaria válida al tiempo de su dictado e inexistente al momento de la apertura de la sucesión, supuesto que ya dijimos se rige por la ley vigente al tiempo de su dictado; mientras que la desheredación es una cuestión de contenido y se rige por la ley vigente al tiempo de la apertura de la sucesión.

³ CNCivil, sala K. 14/08/2003. E., A. C. c. G., R. R. LA LEY 2003-E , 763 • AR/JUR/1219/2003

La solución se encuentra prevista en el artículo 2466 que establece que *“el contenido del testamento, su validez o nulidad, se juzga según la ley vigente al momento de la muerte del testador”*.

Así el heredero desheredado se verá en principio beneficiado por la entrada en vigor del nuevo código, salvo que sea declarado indigno.

La justificación a esta solución está dada porque se trata de una disposición de última voluntad que tiene efecto después de la muerte y que hasta ese momento debe adecuar su contenido a los cambios de la legislación.

e) Derecho real de habitación

El art. 3573 bis del código civil establecía que *“Si a la muerte del causante éste dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiera constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepasare el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia, y concurrieren otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge supérstite tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. Este derecho se perderá si el cónyuge supérstite contrajere nuevas nupcias”*.

El mencionado artículo consagraba el derecho de habitación vitalicio y gratuito que tenía el cónyuge supérstite sobre la vivienda que hubiere constituido el hogar conyugal. Para que fuera aplicable este derecho se requería: que el causante dejara un solo inmueble habitable; que sea integrante del haber hereditario; que aquel inmueble hubiera constituido el hogar conyugal; que su estimación no sobrepasara el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia; que el cónyuge supérstite hubiera concurrido con otras personas con vocación hereditaria o como legatarios.

Al no operar de pleno derecho, debía hacerse valer por el interesado a partir de la apertura de la sucesión y hasta la partición, y según la opinión mayoritaria tenía

que ser reconocida judicialmente, e inscrita en el Registro de la Propiedad para ser oponible a terceros. Asimismo, ese derecho se perdía si el cónyuge supérstite contraía nuevas nupcias, o si aceptaba la partición del inmueble o su venta.

El nuevo art. 2383 del CCyC establece: *“El cónyuge supérstite tiene derecho real de habitación vitalicio y gratuito de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó el último hogar conyugal, y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante”*.

Por su parte, el conviviente podrá invocar el mismo derecho, sobre la vivienda que ocupaba durante la vigencia de la unión convivencial, conforme a lo dispuesto en el artículo 527: *“El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante. Se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ésta.”*

La nueva regulación que protege la vivienda del cónyuge y del conviviente supérstite, nos plantea numerosos interrogantes, referidos a la aplicación de la ley en el tiempo, en especial podemos señalar dos específicos:

¿Puede el viudo invocar que el derecho real de habitación se constituye de pleno derecho en los procesos en trámite en los cuales se discute la prioridad de derechos entre los acreedores y el cónyuge titular del derecho real de habitación iniciado?

La solución en el tema no es sencilla porque se entremezclan dos cuestiones, la primera es la aplicación de la ley en el tiempo a los procesos en trámite y la

segunda es el comienzo de los derechos sucesorios del cónyuge viudo o dicho de otra forma la ley aplicable a los derechos sucesorios del esposo sobreviviente.

Rivera sostiene que la aplicación de la ley nueva a los procesos en trámite importa volver sobre una relación -la procesal- constituida con la demanda, reconvención y contestaciones, por lo que incluso sería contraria a la misma regla general del efecto inmediato del art. 7° primer párrafo según la extensión que le da Roubier.

Por nuestra parte entendemos que la cuestión planteada se resuelve con la aplicación del artículo 2644 que establece que la ley que rige las sucesiones es la vigente al momento de la muerte del causante, ello así si la sucesión se abrió antes de la entrada en vigencia del código civil y comercial como el derecho real de habitación no se concedía automáticamente de pleno derecho, ya que para que fuera oponible a terceros era necesario su inscripción en el registro respectivo (art 2505 CC). Ello implica que recién a partir del 1° de agosto el derecho puede considerarse otorgado de pleno derecho al cónyuge supérstite.

¿Puede el conviviente alegar el derecho real de habitación, cuando el causante falleció con anterioridad al 1° de agosto del 2015?

Al respecto cabe recordar que la Cámara Nacional Civil de la Capital tiene dictado un plenario que establece que el artículo 3573 bis no es reconocido al cónyuge supérstite cuando el causante falleció con anterioridad a la sanción de la ley 20.798. Si trasladamos analógicamente este fallo al derecho del conviviente, podemos afirmar que este derecho no es reconocido cuando el causante conviviente falleció, con anterioridad al primero de agosto del año 2015

El fundamento de lo antedicho se encuentra en:

- Que por imperio de las normas legales que rigen la institución, el heredero es propietario de la herencia desde la muerte del causante, en razón de que la

muerte, la apertura y la transmisión de la herencia se operan en el mismo momento de pleno derecho.

- Que al producirse la muerte queda constituida la situación jurídica, que es de efectos instantáneos, razón por la cual los derechos de los concurrentes a la sucesión deben ser juzgados por la ley que impera en ese instante, por tratarse precisamente de una situación jurídica consumada y no en curso de desarrollo.
- Que el derecho de habitación del conviviente importa la constitución de un gravamen que afecta la cosa que es también de propiedad de los restantes coherederos.
- Que habiéndose constituido la situación jurídica bajo el régimen anterior a la sanción del Código Civil unificado, la transmisión se produjo sin el derecho de habitación a favor del conviviente, vale decir sin restricción o gravamen alguno.
- Que, sin perjuicio de la respectiva garantía constitucional (art. 17, Constitución Nacional) y de acuerdo a las razones expuestas, la aplicación retroactiva de la ley -que no fue prevista por la misma- importaría afectar el dominio así recibido.

En definitiva, podemos concluir que el art. 527 del Cód. Civil no puede aplicarse cuando el causante falleció antes de la puesta en vigencia del CCyC, por cuanto la solución contraria implicaría una aplicación retroactiva de la ley.

f) La legitima

Los Herederos legitimarios cuentan actualmente con menor porción legítima asignada. Conforme el artículo 2445 *"La porción legítima de los descendientes es de dos tercios, la de los ascendientes de un medio y la del cónyuge de un medio"*

En el primer párrafo del art. 2445 se dice que "la porción legítima de los descendientes es de dos tercios (2/3), la de los ascendientes de un medio (1/2) y la del cónyuge de un medio (1/2)".

De tal modo, los dos primeros órdenes hereditarios tienen una reducción en la porción que les atribuía el anterior Código: $4/5$ y $2/3$: arts. 3593 y 3594, respectivamente.

Ello nos lleva a preguntarnos desde cuando se produce la reducción de las porciones legítimas de los herederos forzosos, si desde la muerte del causante o desde la apertura del juicio sucesorio.

Pensemos en un causante que murió en agosto del año 2014 y que su proceso sucesorio es abierto en septiembre del 2015 después de la entrada en vigencia del código civil.

Nuevamente la respuesta viene dada por la ley que se aplica a las sucesiones abintestato que se encuentra contenida en el artículo 2644 del Código Civil que determina que la ley que rige las sucesiones es la vigente al momento de la muerte del causante.

Por lo tanto para todas las sucesiones en que la muerte haya ocurrido antes del 1° de agosto del 2015, las legítimas son las del derogado código civil y para las posteriores a esa fecha, las porciones legítimas serán las del nuevo código civil y comercial, pudiendo darse el caso de que los hijos tengan una legítima superior en la sucesión del padre y una inferior en la de su madre, dependiendo de la fecha del deceso de los progenitores.

g) La acción de reducción

El artículo 2459 establece que *“La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el artículo 1901”*,

La cuestión a considerar es desde cuando comienza la vigencia de esta norma, ello implica dilucidar si debe considerarse que dicho precepto se aplica a las donaciones realizadas con anterioridad a la entrada en vigencia del código civil y comercial y

que el plazo se comienza a contar desde la adquisición de la posesión cualquiera sea el tiempo en que se ha producido o si solo va a tener efectos hacia el futuro.

Creemos que el tema se soluciona con la aplicación del segundo principio establecido por el 7º del Código Civil y Comercial que es el de la irretroactividad de la ley.

Creemos que no se puede aplicar retroactivamente el artículo 2459 y que por ende el plazo de prescripción comienza a correr a partir del 1 de agosto del 2015.

h) Aplicación de la ley en el tiempo y proceso sucesorio.

El Proceso Sucesorio ha sido regulado en el Título VII del libro V. La cuestión a determinar es como se aplican estas normas procesales, a los juicios sucesorios en trámite.

Siguiendo el criterio de la Corte Suprema de la Nación podemos afirmar que en principio las normas de índole procesal son de aplicación inmediata. Así lo ha sostenido el más alto Tribunal de la Nación en la casusa Medina donde señaló que "Las leyes que organizan los procedimientos son de inmediato aplicables a los juicios en trámite, en tanto no se invaliden actuaciones cumplidas con arreglo a las leyes anteriores"⁴.

Por otra parte siguiendo a Rivera entendemos que no siempre el Código Civil y Comercial resulte necesariamente de aplicación inmediata a las causas judiciales en trámite. Por el contrario, ello puede resultar en una afectación retroactiva de la relación procesal, en la violación de la garantía del debido proceso al vulnerarse el derecho de alegación y prueba; y concluir en una sentencia incongruente con lo pedido por las partes.

⁴ Caso "Medina" de 1951 (Fallos 220:30). Más actuales, por ejemplo: "Pluspetrol S.A." de 2003 (Fallos 326:2095); "Y.P.F. S.E." de 2001 (Fallos 324:1411); "Cirigliano" de 2000 (Fallos 323:1285); "Jorge García" de 1998 (Fallos 321:1757, voto del juez Boggiano); "Francisco Costa" de 1996 (Fallos 319:1915, voto del juez Fayt).

Pero también hay que tener en cuenta que el juicio sucesorio es un proceso voluntario en el cual, la aplicación inmediata de la nueva ley, resulta más sencilla porque no se tropieza con la dificultad de la traba de la *litis*, ni de la violación al derecho de defensa, salvo en aquellas cuestiones controvertidas.

Creemos que en relación a la aplicación de la nueva ley procesal corresponde distinguir tres situaciones:

1º) Las nuevas normas procesales no pueden aplicarse a los procesos concluidos con sentencia firme, pues si se pretendiera su aplicación retroactiva ello sería jurídicamente inválido; así, pues, al avanzar sobre los derechos "adquiridos" a partir de esa sentencia firme, la pretensión se vuelve claramente inconstitucional⁵. En tal sentido no se podría exigir que a los fines de la transferencia de bienes registrales los herederos que tienen la posesión de la herencia de pleno derecho hubieran requerido declaratoria de heredero conforme lo establecido por el artículo 2337 del Código Civil y Comercial Unificado, para realizar transferencias antes del 1º de agosto del 2015 (aunque en los hechos se exigía).

2º) Sólo podrían aplicarse las nuevas normas procesales, a partir de la entrada en vigencia del código unificado, a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes; esto es, a aquellos juicios iniciados y no concluidos, o pendientes, en lo que fuera pertinente y considerando la preclusión de actos o etapas realizadas (arts. 5º y 7º).

Como tiene dicho la Corte Suprema: "las leyes modificatorias de la jurisdicción y competencia, aun en caso de silencio de ellas, se aplican de inmediato a las causas pendientes, siempre que no importen privar de validez a los actos procesales cumplidos , o que no contengan disposiciones de las que resulte un criterio distinto"⁶.

⁵ CSJN, 1991, "Gaggiamo", Fallos 314:1477.

⁶ CSJN, 1961, "Cafés, Chocolates Águila y Productos Saint Hnos. S.A.", Fallos 249:343.

Explica Descalzi que no está de más recordar que el principio de preclusión hace a la estructura misma de los juicios. En general, la idea de proceso impone que, agotados los plazos que se conceden para realizar los actos, se considere precluida la posibilidad de ejecutar los no realizados, y que habrían podido realizarse, o de reeditar los ya concretados, debiéndose pasar a la etapa siguiente

Es cierto que los jueces podrían disponer que los procesos ya iniciados continúen su trámite según las normas procesales anteriores, esto es, la ultra actividad de normas derogadas para juicios "residuales". Sin embargo, sobre esto la Corte Suprema tiene dicho que "se crearía una interminable confusión en los procedimientos si cada caso debiera ser solamente sustanciado de acuerdo con las reglas procesales vigentes cuando los hechos ocurrieron"⁷.

8. Contenido de la transmisión hereditaria

a) La transmisión en el Código civil

Un tema por demás importante para el desarrollo de este capítulo se refiere al contenido de la transmisión hereditaria, es decir cuáles son los derechos transmisibles por sucesión y cuáles no, en definitiva poder determinar cómo está compuesta la herencia de una persona.

De acuerdo al derogado artículo 3417 del CC, la sucesión abarcaba la universalidad de derechos patrimoniales del difunto, toda vez que el heredero era "propietario, acreedor o deudor de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor". Pareciera, según expresaba Borda, que los derechos patrimoniales se transmitían a los herederos y que por el contrario, los extrapatrimoniales se extinguían con la muerte.

⁷ Caso "Magín Suárez" de 1987, Fallos 310:2845

Esas reglas no eran absolutas y admitían excepciones, teniendo en cuenta que la doctrina y la jurisprudencia así lo habían establecido.

b) Derechos que se transmiten

El nuevo código mantiene la regla, ratificando que los derechos patrimoniales se transmiten a los herederos siempre que no sean *intuitu personæ*, y no se transmiten los derechos extrapatrimoniales, pero sí sus consecuencias patrimoniales.

Así, se transmiten los derechos reales, salvo los de uso, habitación y usufructo, los derechos patrimoniales derivados de la propiedad intelectual hasta setenta años contados a partir del 1º de enero del año siguiente al de la muerte del autor (art. 5º de la ley 11.723, modificada por ley 24.870), las patentes de invención (ley 24.481, modificada por la 24.572, t. o. 1996, B. O. del 22-3-96), y las marcas de fábrica, de comercio y agricultura (art. 9º, ley 3975). Desde las obligaciones se transmiten a los herederos los alimentos posteriores al divorcio a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide autosustentarse (art. 434 inc a)).

En general pasan a los herederos todos los derechos derivados del contrato, salvo pacto en contrario o limitaciones específicas como las dispuestas en la Ley de Sociedades.

Claramente nuestra legislación positiva vigente determina que las obligaciones que tengan como fuente un delito se transmiten con la muerte a los herederos. La doctrina entiende que este supuesto también se extiende a los cuasidelitos.

En definitiva el principio general es que la muerte no debe modificar la relación obligacional entre deudor y acreedor salvo en los referente a las relaciones *intuitu personæ*.

Como dice la vieja máxima francesa: *La mort fixe l'état des biens et des dettes d'un homme; que les choses se passent comme si le défunt était vivant.* (La muerte fija las condiciones del activo y pasivo de un hombre; que las cosas suceden como si el fallecido estuviese vivo)

c) Derechos que no se transmiten a los herederos

i) Comodato

El principio general es que los herederos del comodatario no podrán seguir usando la cosa, salvo que esté expresamente estipulado por las partes, o bien, que se desprenda en forma inequívoca de la naturaleza del comodato que el mismo no fue otorgado *intuitu personae*. (conf. art. 1540 y 1541 inc. d) CCyC).

ii) Obligaciones a mejor fortuna

Las obligaciones a mejor fortuna son de plazo indeterminado y están contempladas en el artículo 871 del Código Civil y Comercial. Un sector de la doctrina entiende que a la muerte del causante esta modalidad no se extiende a los herederos por ser *intuitu personæ*, y en consecuencia se hace exigible aun cuando no se hubiere mejorado la situación económica.

iii) Ofertas de los contratos si no han sido aceptadas

El artículo 976 del Código Civil y Comercial, que reemplaza la redacción del art. 1149 del Código derogado dispone: *“La oferta caduca cuando el proponente o el destinatario de ella fallecen o se incapacitan, antes de la recepción de su aceptación”*.

iv) Contratos de condiciones personales del causante

Sus habilidades artísticas científicas o culturales. Por ejemplo la obligación de escribir un libro, realizar una obra artística, una operación quirúrgica, un asesoramiento o tarea profesional, etc..

v) Intransferibilidad por cláusula contractual

Los 959 y 1021 del código civil y comercial prevén la regla general. El primero se refiere a que todo contrato celebrado, es obligatorio para las partes y su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo entre ellas y el segundo que cualquier contrato sólo tiene efecto entre las partes contratantes y no lo tiene con respecto a terceros. En ambas normas se exceptúa los casos previstos expresamente en la ley.

vi) Renta vitalicia

Así lo dispone el artículo 1606 del Código Civil y Comercial al señalar que *“El derecho a la renta se extingue por el fallecimiento de la persona cuya vida se toma en consideración para la duración del contrato, por cualquier causa que sea...”*.

vii) Penas y sanciones

Entre ellas podemos encontrar las multas por infracciones impositivas si tienen el carácter de sanción penal, infracciones de tránsito, contravenciones, etc..

viii) Locación de obra

Disponen los artículos 1259 y 1260 del CCyC que la muerte del comitente y/o la del empresario o prestador extingue el contrato de locación, excepto que el comitente acuerde continuarlo con los herederos de aquel. De no darse este supuesto, debe pagar a los herederos de aquél, en proporción del precio convenido, el valor de la

parte de la obra ejecutada y de los materiales preparados, si éstos fuesen útiles a la obra.

Durante la vigencia del código de Vélez, las obligaciones del empresario de una obra no se transmitían a sus herederos por la calidad personal del contrato (arquitecto- ingeniero), sin perjuicio de estar a las situaciones de cada caso en particular. Amén de ello, y como hemos señalado, el art. 1260 establece en forma expresa que el comitente puede acordar continuar la obra con los herederos de aquel, hecho que entendemos que se dará en el caso que alguno de los herederos del comitente desarrolle la misma profesión que el causante, en virtud de la especialidad profesional requerida para continuar con la obra encomendada.

ix) Daño moral

Bajo la vigencia del Código Civil derogado, el daño moral no se transmitía en su faz activa, es decir si el causante había sufrido un daño moral y no lo reclama en vida, esta acción no puede ser ejercida por los herederos. En cambio si el difunto lo hubiese reclamado ninguna duda cabe de que la obligación de repararlo se transmitía a sus herederos (conf art. 1078 CC).

EL art. 1741 del Código Civil y Comercial por su parte, establece –en principio- la misma regla; solo el damnificado directo puede reclamar indemnización por daño moral, las que en el Código Civil son denominadas “consecuencias no patrimoniales”, pero que tienen exactamente el mismo alcance conceptual que el denominado “daño moral”.

Sin embargo, establece la norma referida que en caso de muerte del damnificado directo, o en caso de gran discapacidad la acción puede ser interpuesta a título personal por los ascendientes, descendientes, cónyuges o con quién el dañado mantenga “trato familiar ostensible” hecho que deberá ser demostrado en el juicio pertinente.

La regla de la transmisión mortis causa sigue siendo la misma. El daño moral solo se transmite si el damnificado directo interpuso la acción en vida. Los herederos ejercen la acción *iuri hereditatis* si reclamando un crédito que por haberlo demandado en vida ingresó al patrimonio del difunto; no resultando posible la acción subrogatoria del daño moral.

x) Derechos de usufructo, uso y habitación. Según lo dispuesto por el juego armónico de los artículos 2152; incs a) y b); 2155 y 2159 del nuevo código, los derechos reales de uso y habitación no se transmiten a los herederos.

El usufructo se extingue por la muerte del usufructuario y el que es establecido a favor de una persona jurídica por la cesación de la existencia de esa persona.

xi) Otros supuestos

Tampoco se transmite el derecho de preferencia en la compraventa (art. 1165), la calidad de socio –sin perjuicio que los demás aceptan la sustitución o la misma se encuentre prevista en el contrato social (ley 19.550)-, los derechos provenientes del mandato (art. 1329 inc. e) -salvo las medidas que sean requeridas por las circunstancias (art. 1333), las ofertas de los contratos si no han sido aceptadas (art. 976), la revocación de las donaciones (art. 1566) -pues solo puede ser estipulada en provecho del donante.

Dentro del ámbito del derecho del trabajo encontramos el contrato de trabajo (art. 21 LCT), la indemnización por accidente de trabajo que, como consecuencia del mismo, haya sobrevenido la muerte del trabajador -salvo que este hubiese iniciado la acción en vida (art. 18 ley 24.557)-, la indemnización por fallecimiento del trabajador (art. 248 LCT) y la pensión por fallecimiento (art. 53 ley 24.241).

Tampoco son transmitidos los derechos políticos, ni de domicilio, ni el nombre, aunque, si bien los hijos llevan el apellido de los padres, no se trata de una

transmisión *mortis causa* pues gozan de él aún en vida de los progenitores; ni la percepción de un seguro de vida (art. 128 y sgtes. ley 17.418), ni las acciones de estado de familia con innumerables excepciones. Lo mismo ocurre con los derechos personalísimos como el derecho a la vida, a la libertad y al honor.

BIBLIOGRAFIA

Álamo, Roxana • La exclusión de la vocación hereditaria del cónyuge separado de hecho • DFyP 2016 (octubre) , 185 • AR/DOC/2397/2016

Cesaretti, María - Cesaretti, Oscar • El pacto sucesorio y la empresa familiar en la unificación • Revista del Notariado 918 , 56 • AR/DOC/2504/2016

Córdoba, Marcos M. • Pacto sobre herencia futura. El derecho vigente y el proyectado • DFyP 2013 (diciembre) , 105 • AR/DOC/4273/2013. La Ley

Dubois Eduardo M. Favier. Cambios en la vida familiar por el nuevo Código Civil. 17-2-16. El Dial.

Faraoni, Fabián - Sola, Andrea P. - Assandri, Mónica. La vocación hereditaria del conviviente supérstite: la necesidad de su reconocimiento legal. MJ-DOC-7599-AR | MJD7599. MicroJuris

Ferrer, Francisco A. M. • Personas que pueden suceder al causante • LA LEY 13/03/2015 , 1 • LA LEY 2015-B , 660 • DFyP 2015 (abril) , 91 • AR/DOC/685/2015. La Ley

Ferrer, Francisco Alberto Magin - "Los pactos sucesorios en el Código Civil y Comercial" - RC D 343/2015. Rubinzal Culzoni

Ferrer, Francisco A. M. • Pactos sucesorios y el Código Civil y Comercial • LA LEY 20/08/2015 , 1 • LA LEY 2015-D , 1124 • AR/DOC/2158/2015. La Ley

Ferrer, Francisco Alberto Magin - "Ley sucesoria aplicable en relación al territorio - Jurisdicción internacional" - RC D 1087/2014. Rubinzal Culzoni

Ferrer, Francisco Alberto Magin - "Ley aplicable en el tiempo a las sucesiones" - RC D 1094/2014. Rubinzal Culzoni

Gutiérrez Dalla Fontana, Esteban Matías - "Los pactos de herencia futura en el Código Civil y su regulación en el Código Civil y Comercial Unificado (Ley 26994)" - RC D 1042/2014. Rubinzal Culzoni

Laje, Alejandro • Pactos sobre herencias futuras • DFyP 2014 (mayo) , 139 • AR/DOC/1021/2014. La Ley.

Lisoprawski, Silvio V. • Fideicomiso de planeación patrimonial y la prohibición del pacto sobre herencia futura • DCCyE 2015 (febrero) , 119 • LA LEY 03/03/2015 , 1 • LA LEY 2015-A , 1085 • DFyP 2015 (octubre) , 125 • AR/DOC/201/2015. La Ley
Medina, Graciela • Pactos sobre herencia futura • LA LEY 13/10/2015 , 1 • LA LEY 2015-E , 1144 • AR/DOC/3398/2015. La Ley

Molina Sandoval, Carlos A. • Programación patrimonial en la empresa familiar • LA LEY 08/09/2015 , 1 • LA LEY 2015-E , 677 • AR/DOC/2986/2015

Morón, Adriana • La ley que rige el derecho de las sucesiones en el Código Civil y Comercial. ¿La clausura definitiva del debate? • DFyP 2015 (julio) , 161 • AR/DOC/1795/2015

Olmo, Juan Pablo • Aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos en trámite: jurisprudencia en materia de persona, familia y sucesiones • RCCyC 2016 (abril) , 113 • AR/DOC/936/2016

Rivera, Julio Cesar. El Código Civil y Comercial. Efectos sobre las relaciones y situaciones jurídicas preexistentes. 7/8/15. MicroJuris

Rolón, Avelino (h.) • Pactos sobre herencia futura permitidos en el Código Civil y Comercial (art. 1010, segundo párrafo): una interesante herramienta de planificación del patrimonio familiar • RCCyC 2016 (mayo) , 129 • AR/DOC/917/2016. La Ley

Solari, Néstor E. • La vocación sucesoria ab intestato y las nuevas formas de familia
• DFyP 2012 (noviembre) , 161 • AR/DOC/5291/2012. La Ley

JURISPRUDENCIA

El pronunciamiento recurrido en cuanto consideró inocente a la cónyuge supérstite separada e hizo lugar a su favor a la acción de colación debe ser revocado, pues en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación –el cual entró en vigencia con posterioridad a la interposición de los recursos extraordinarios – desaparece el derecho hereditario del cónyuge separado inocente –art. 2437 Cód. Civil y Comercial- ya que al suprimirse el concepto de culpa en el divorcio se impone la pérdida de la vocación hereditaria en la separación de hecho sin voluntad de unirse al no existir el fundamento que justifique la sucesión del cónyuge. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes • 26/04/2016 • Ribles, Isabelina y Meza, Debora Elizabeth c. Meza, Miguel Ángel s/ colación • • LLLitoral 2016 (septiembre) , 7 • DJ 28/09/2016 , 51 • DFyP 2016 (octubre) , 185 con nota de Roxana Álamo • AR/JUR/18902/2016

El cónyuge supérstite que se separó de hecho de su esposa, tuvo hijos de otra relación y no asistió a esta en la etapa de enfermedad debe ser excluido como heredero, pues adquiere trascendencia fundamental la plena convivencia matrimonial por encima del título a los fines de mantener la vocación hereditaria (arts. 3574 y 3575, Código Civil derogado; art. 2437, Código Civil y Comercial). Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J • 22/03/2016 • R. L., H. M. - Dra. I. N. I. y otro c. P. P., J. D. s/ exclusión de heredero • • LA LEY 08/06/2016 , 9 con nota de María Magdalena Galli Fiant • LA LEY 2016-C , 530 con nota de María Magdalena Galli Fiant • RCCyC 2016 (junio) , 117 • DJ 10/08/2016 , 69 • DJ 31/08/2016 , 64 • AR/JUR/9316/2016

Se mantiene vigente la jurisprudencia que dice: El derecho hereditario se abre desde la muerte del autor (art. 3283); es así que el heredero es propietario desde entonces , y, si sobrevive al difunto un solo instante, transmite a la vez la herencia a sus propios herederos (CNCiv., sala D, 18/3/1982, ED 99-407.) La transmisión hereditaria, por lo tanto, ocurre en el mismo momento de la muerte del causante (CNCiv., sala C, 2/5/1977, LA LEY 1978-D-820, nro. 34.855; íd., sala F, 12/4/1976, ED 70-302); en forma instantánea, formándose una comunidad hereditaria entre los herederos (CNCiv., sala G, 17/6/1980, ED, 91-149).

En el sistema de nuestro Código, la muerte del de cuius, la apertura de la sucesión y la transmisión de la herencia se producen en el mismo momento, por lo que, siendo el heredero propietario de la herencia desde la muerte del causante , allí quedan fijados sus derechos irrevocablemente (SCBA, 21/2/1978, ED, 78-780; CNCiv., sala E, 24/3/1972, LA LEY, 148-189), los cuales deben ser juzgados por la ley vigente en ese momento, por tratarse de una situación jurídica consumada y no en vías de desarrollo (JCiv. y Com. 3ª Nom. Rosario, firme, 13/4/1994, Z. 66-J-44).

En los primeros cuarenta años de vigencia del Código Civil, los tribunales aceptaban unánimemente que el legatario de cuota era un sucesor universal, sobre la base de lo dispuesto en el art. 3263 (CCiv. Cap. En Jurisprudencia Civil, fallos de la CCiv., 42-418, 421 y 426, y 60-263 y 266; SCBA, 6/12/1880, AyS, serie 2ª, t. 1, p. 241). A partir de 1908, con el leading case “Amadeo”, cambia la jurisprudencia (8/10/1921, JA, 1-866, CCiv. 1ª Cap., 20/5/2018, JA, 1-866; íd., 10/6/1929, JA, 30-74; 26/4/1939, LA LEY, 14-832 y JA, 66-154, por el voto del Dr. Barraquero, quien sostiene que al legatario de cuota se le deben aplicar los principios correspondientes al sucesor particular); SCBA, 15/10/1918, JA, 2-666; C1ªCiv. y Com. San Nicolás, 28/9/1971, LA

LEY, 146-654, nro. 28620-S y JA, 1973-13-578; CNCiv., sala B, 24/4/1979, ED, 88-800 y LA LEY, 1980-A-635, nro. 35.375-S.

Mantiene vigencia la jurisprudencia plenaria de la Cámara Nacional Civil de Buenos Aires, que ha resuelto por voto unánime: “La acción en curso por reparación del daño moral puede ser continuada por los herederos del damnificado” (CNCiv., en pleno, 7/3/1977, LA LEY, 1977- B, 84; JA, 1977-II-229 y ED, 72-320), criterio que ya habían consagrado otros importantes tribunales del interior del país (SCBA, 7/9/1971, DJBA, 94-121).