

ANTE LA EXISTENCIA DE LEGADOS, SIN INSTITUCIÓN HEREDITARIA, DEBERÍA ABRIRSE, ADEMÁS, LA SUCESIÓN AB INTESTATO

DICTAMEN DE LOS ESCRIBANOS RUBÉN D. GARCÍA
COLOMBO Y ARMANDO F. VERNI

Doctrina:

El título integrado por el testamento en el que no instituye herederos sino sólo un legado, inscripto en el Registro de la Propiedad, sin haberse abierto el proceso sucesorio ab intestato, con la publicación de edictos a fin de que los interesados pudieran hacer valer sus derechos, lo configura en observable.

Antecedentes:

El escribano E. P. N. refiere que de un estudio de títulos surge que el dominio de un inmueble es habido en virtud de un testamento en el que no se efectúa institución de herederos pero sí un legado a la cónyuge, en el que el juez del sucesorio testamentario cita a herederos por 10 días “a hacer valer los derechos que pudieran corresponderles”, ordenándose con posterioridad su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Considera que el no haberse abierto la sucesión *ab intestato* y el cumplimiento de lo estatuido en el art. 699 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Nación, hace observable al título.

Considerandos:

El testamento fue otorgado por acto público el 23/6/92, en el que el causante refiere que, en virtud de una partición anticipada de bienes ya realizada con sus hijos lega los bienes remanentes y que la parte disponible de su patrimonio, a su cónyuge. Abierta la sucesión, tramita como testamentaria, ordenando el juez la citación que se expresara precedentemente. Se agrega la libreta de matrimonio del causante de la que surge la anotación de los hijos matrimoniales quienes, presentados mediante escrito con sus firmas certificadas ante escribano público, prestan conformidad con la partición anticipada de herencia referida y con el legado de la porción disponible a favor de la cónyuge superviviente, renunciando a toda acción y ordenándose posteriormente su inscripción en el Registro respectivo.

En nuestro Código Civil no es obligatoria la institución de heredero, pudiendo el testador limitarse a constituir legados (art. 3710), es decir, un acto de disposición de bienes conforme al art. 3607 del mismo Código. De la lectura del testamento, impuesta la regla de que “sólo debe interpretarse a través del testamento mismo” cuya copia agregara el consultante, no surge ni eventualmente otra intención que la de conformar un legado, lo que encamina el procedimiento a lo ordenado por el art. 699 mencionado, en que la no institución de heredero obliga a ese procedimiento. Por otra parte, no se pondera la mención e incluso acreditación de una supuesta –en el sentido que configure la figura jurídica invocada– partición previa con la cónyuge e hijos del causante que no son, en general, receptados con buena disposición, ya que *en principio* no son admisibles, teniendo carácter restrictivo para su consideración, evitando de tal modo que se configuren pruebas preconstituidas que desvirtúen esa voluntad tan cara para la jurisprudencia y doctrina.

La determinación de los “continuadores” del causante y la conformación de su patrimonio, formalizando el balance en que se abonan primeramente las deudas y se distribuye el remanente entre esos “continuadores” a quien la ley o la voluntad en una extrema expresión de albedrío, otorgan el carácter de sucesores, configuran el Proceso Universal, ya que versa sobre la totalidad patrimonial. La iniciación de este proceso sucesorio deviene necesaria para la publicación de los derechos que requieren registración.

Si el causante murió sin haber expresado su voluntad para después de su muerte, el proceso será *ab intestato* y en el otro supuesto será testamentario. Cuando la expresión de voluntad no hubiera instituido herederos, es decir, sólo mandas y legados, el proceso abierto por el testamento debe complementarse con el primero mencionado, a fin de llamar a los posibles sucesores para que hagan valer sus derechos.

Es coincidente nuestra opinión con la del consultante. El mentado artículo 699, en el que se inicia el Capítulo II de las Sucesiones *Ab Intestato*, titulado Providencia de Apertura y Citación de los Interesados, ordena: “Cuando el causante no hubiera testado o *el testamento no contuviere institución de heredero*, en la providencia de apertura del proceso sucesorio, el juez dispondrá la citación de todos los que se consideren con derecho a los bienes dejados por el

causante, para que dentro del plazo de treinta días lo acrediten: A tal efecto ordenará: 1º La notificación... a los herederos denunciados y 2º La publicación de edictos por tres días en el Boletín Oficial...” En siguientes artículos se va conformando el procedimiento mediante la declaratoria de herederos y a sus efectos respecto de terceros.

En consecuencia, no se ha cumplimentado el proceso judicial; la forma procesal especialmente ordenada no puede ser suplida por otra, ni invocarse la buena fe del continuador del dominio. Queda configurada una nulidad en la función pública procesal y presenciamos la existencia de un vicio de los elementos del acto que permite su invocación a quien le haya impedido ejercer sus facultades procesales y producido un perjuicio concreto. Se priva de virtualidad jurídica al acto desprovisto de la suficiencia para cumplir el fin al que estaba destinado. Como todas las nulidades procesales, que son de naturaleza relativa, son susceptibles de convalidación, no obstante que el art. 172 del CPN nos diga que “podrá ser declarada a petición de parte o de oficio”.

El título constituido por el testamento en el que no se instituye herederos sino sólo un legado, inscripto en el Registro de la Propiedad, sin haberse abierto el proceso sucesorio *ab intestato*, con la publicación de edictos a fin de que los interesados hicieran valer sus derechos, lo configura en observable.

DICTAMEN DEL ESCRIBANO FRANCISCO CERÁVOLO

I. Antecedentes:

1.- Los señores A. C. A. –casado en primeras nupcias con E. M. G. F. Z.– y L. G. G. F. Z. –soltero– adquirieron por compra en condominio y partes iguales dos fracciones de terreno ubicadas en el partido de Pilar, provincia de Buenos Aires, según escrituras otorgadas ante escribano de esta ciudad en fecha 26/09/47.

2.- Falleció el señor A. C. A. bajo el imperio del testamento documentado en escritura del 23/06/92. Resulta de la copia de dicha escritura, obrante en estas actuaciones, que el testador declaró ser “casado en primeras nupcias con doña E. M. G. F. Z., que de dicha unión nacieron sus únicos hijos” –seis– cuyos nombres y fechas de nacimiento explícita y “que no ha tenido ni tiene hijos naturales”.

Seguidamente hace referencia a “una partición anticipada de herencia entre sus seis hijos durante el año 1989”, declara que los bienes adjudicados a aquéllos “constituyen y constituían la parte indisponible de su patrimonio”, agrega que “los bienes anticipados y entregados en propiedad a sus hijos fueron tanto en inmuebles, muebles, acciones, semovientes y en dinero en efectivo”. Los numerales séptimo y octavo del testamento rezan textualmente: “Séptimo: Que en consecuencia los bienes que eventualmente queden en su patrimonio en oportunidad de su fallecimiento constituyen la porción disponible del mismo, o sea un quinto del total, los que LEGA EN SU TOTALIDAD A SU ESPOSA E. M. G. F. Z. (así con mayúsculas en el texto). Octavo: Que para el caso de que el compareciente sobreviva a su nombrada esposa, los bienes que

deje a su fallecimiento, quedarán para sus hijos por partes iguales, instituyéndolos, para este caso, sus herederos”.

3.- La señora E. M. G. F. Z. promovió la sucesión testamentaria ante el correspondiente Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil de esta Capital; en el escrito pertinente destacó las enunciaciones del testamento respecto de la existencia de los seis únicos hijos habidos en el matrimonio del causante, la inexistencia de hijos extramatrimoniales, y la disposición contenida en el numeral séptimo de aquél. Previo dictamen del Agente Fiscal, el Juzgado dictó el 30/09/93 el auto por el que se declaró válido en cuanto a sus formas el testamento y abierto el proceso sucesorio testamentario; el párrafo II de su resolución es del siguiente tenor: “Teniendo en cuenta que en el testamento de autos no se efectúa institución hereditaria, cítese a los restantes herederos forzosos del causante para que en el plazo de diez días comparezcan a hacer valer los derechos que les pudieren corresponder. Notifíquese en sus domicilios reales, que previamente deberán ser denunciados en el expediente”.

El pronunciamiento no fue recurrido.

4.- La esposa y los hijos del causante presentaron escrito, con firmas certificadas por notario, en el que “prestan conformidad con el legado de la porción disponible en favor de su cónyuge superviviente, estando de acuerdo en que la totalidad de los bienes que integran el patrimonio del causante a la fecha del fallecimiento constituye la porción disponible y que el referido legado en tales condiciones en nada afecta la legítima de los demás herederos forzosos. En dicha presentación renuncian a toda acción y derecho por colación, rescisión y reducción” (transcripción de partes pertinentes del estudio de títulos acompañado en fotocopia).

5.- Por resolución del 18 de junio de 1994 se ordena la inscripción del testamento por tracto abreviado.

6.- La señora E. M. G. F. Z., viuda de A. C. A., y el señor L. G. G. F. Z. vendieron el inmueble a “S. A. C. de S. de V. y P. S. A.”, según escritura del 27/07/94. A su vez, la sociedad compradora vendió el bien a la sociedad “L. B. P. S. A.” en escritura del 23/01/95, y ésta última vendió a “I. S. A.”, actual titular del dominio. El inmueble fue sometido oportunamente al régimen de propiedad horizontal y, según información verbal, se han vendido y escriturado algunas unidades”.

7.- El colega consultante observa el título fundado en el incumplimiento de la disposición contenida en el art. 699 del Código de Procedimiento; la falta de institución hereditaria torna imprescindible el proceso sucesorio *ab intestato*; posteriormente remite fotocopias de las quince primeras fojas del expediente sucesorio y de la escritura de partición anticipada citada en el testamento, reitera su opinión y agrega que el auto que afirma la inexistencia de institución hereditaria sólo puede ser recurrido por las partes y ha quedado consentido por el simple transcurso de los plazos procesales.

8.- El dictamen de los señores miembros de esta Comisión, escribanos Armando J. Verni y Rubén D. Colombo, coincide con el criterio del consultante, concluyendo que “el título constituido por el testamento en el que no se insti-

tuyen herederos sino sólo un legado, inscripto en el Registro de la Propiedad, sin haberse abierto el proceso sucesorio *ab intestato*, con la publicación de edictos a fin de que los interesados pudieran hacer valer sus derechos, lo configura en observable”.

9.- Abocada la Comisión a la consideración del dictamen citado en párrafo precedente, el colega consultante hace llegar copia del dictamen que, sobre el tema, elaborara días atrás un prestigioso estudio jurídico de este medio, especializado en Derecho Civil, a requerimiento de un comprador de unidad resultante de la división en propiedad horizontal. En este dictamen, tras analizar las manifestaciones vertidas en el testamento y recordar las reglas que han de seguirse en la interpretación del acto de última voluntad, se llega a las conclusiones de que “la esposa del causante es legataria del remanente de sus bienes” y de que “no cabe promover otro tipo de juicio sucesorio que el promovido”, aserción que, en opinión de los dictaminantes, corroboran las órdenes de “inscribir el testamento en los registros correspondientes, respecto de todos los bienes que se fueron denunciando. En este sentido se dictaron las providencias de los días 10 de junio de 1994, 18 de octubre de 1994, 13 de diciembre de 1994, 10 de febrero de 1995 y 29 de abril de 1996”.

10.- En el escrito al que se adjuntara el dictamen mencionado en el numeral antecedente, el escribano consultante destaca que en ese estudio no se hace referencia “al hecho de que el juez de la causa dictó providencia calificando el testamento como carente de institución de hereditaria, por lo que, por imperio de la ley, debió implicar la tramitación del juicio *ab intestato*. Tal providencia se encuentra firme y consentida por la parte interesada”.

11.- La relación de los antecedentes se basa en las constancias del expediente.

II. Considerandos:

Doctrina y jurisprudencia coinciden en afirmar que la institución de herederos no requiere palabras sacramentales ni fórmulas específicas. Así se ha dicho que “la cuestión de saber si la cláusula pertinente del testamento equivale a una institución hereditaria, a un legado de cuota o a un legado particular, depende de la naturaleza misma de la disposición, tal como la define la ley, con prescindencia del nombre equivocado que le dé el testador, porque hay que atenerse más a la cosa en sí que a la manera defectuosa de nombrarla... Si bien es cierto que para establecer si la cláusula testamentaria importa o no institución hereditaria es menester considerar, en primer término, las palabras empleadas por el testador, también lo es que debe prescindir de ellas cuando del contenido resulta que han sido utilizadas con error evidente” (Cám. Nac. Civ., Sala A, 6-8-1974). La interpretación del testamento exige la indagación de la real intención del causante que ha de resultar del detenido examen de su contexto; no se advierte, sobre este aspecto, discrepancia alguna entre nuestros autores y las decisiones judiciales.

2.- Se impone en el caso determinar si nos hallamos en presencia de legado de porción disponible o de una institución hereditaria. En mi opinión, fue

clara la voluntad del testador en el sentido de que quedaran transmitidos a su esposa la totalidad de los bienes integrantes de su patrimonio al momento de su fallecimiento, considerando que ellos constituían la porción disponible en razón de haber efectuado donaciones a sus hijos —explicitadas en el testamento— cuyo valor total, en su entender, equivalía a la parte indisponible de aquél; el testador no legó a su esposa el quinto de sus bienes sino que legó la totalidad de los que le quedaban luego de los anticipos de herencia realizados a sus hijos; como se afirma en el dictamen aludido en I. 9, “la referencia al quinto” tuvo por objeto “puntualizar la precisión con que se ha respetado el derecho de todos los herederos al patrimonio del causante”. Se trata, pues, de un verdadero legado de remanente que, conforme lo preceptuado por el art. 3720 del C. Civ., importa institución de heredero, “cualquiera que sea la importancia de los objetos legados respecto a la totalidad de la herencia”, y cualquiera sea la terminología empleada. Esa voluntad del testador queda confirmada en la cláusula octava del testamento por la que instituye a sus hijos herederos sustitutos, eventual subrogación inexplicable sin la existencia de institución de heredero en primer término. De este modo, en órbita limitada a la especulación doctrinal y con enfoque eminentemente subjetivo, dejo expuesto mi criterio sobre este aspecto de la cuestión, sin olvidar la regla fundamental de que compete exclusivamente al juez la interpretación de la voluntad del testador.

3.- La posibilidad de la coexistencia de la sucesión testamentaria y la intestada se consagra a texto expreso por el art. 3710 de nuestro Cód. Civil; consecuentemente, prescribe el art. 699 del Cód. Procesal: “Cuando el causante no hubiera testado o el testamento no contuviere institución de heredero, en la providencia de apertura del proceso sucesorio, el juez dispondrá la citación de todos los que se consideraren con derecho a los bienes dejados por el causante, para que dentro del plazo de treinta días lo acrediten. A tal efecto ordenará: 1) La notificación por cédula, oficio o exhorto a los herederos denunciados en el expediente, que tuvieren domicilio conocido en el país. 2) La publicación de edictos por tres días en el Boletín Oficial y en otro diario del lugar del juicio...” Respecto de la sucesión testamentaria dispone el art. 707 del mismo cuerpo legal: “Presentado el testamento... el juez dispondrá la notificación personal de los herederos instituidos, de los demás beneficiarios y del albacea, para que se presenten dentro de los treinta días. Si se ignorase el domicilio de las personas mencionadas en el apartado anterior, se procederá en la forma dispuesta en el artículo 145” (notificación por edictos).

4.- En su comentario al citado art. 707, escribe Falcón: “En primer lugar se cita a los herederos instituidos, porque de faltar éstos, el testamento no tramita por el procedimiento de la sucesión testamentaria, sino de la *ab intestato*... Habiendo herederos instituidos, se cita a los demás beneficiarios de la misma forma. Por supuesto que si no hay herederos instituidos, habiendo testamento y aunque la sucesión tramite por el procedimiento *ab intestato*, se cita a los restantes beneficiarios e interesados. También se cita al albacea... Si se tuviese conocimiento de herederos forzosos omitidos en el testamento, deberán ser citados igualmente personalmente, por cédula o por edictos, según se trate, al

igual que los testamentarios (conf. Fassi, *Cód.* III, pág. 320; Fenochietto-Arazi, *Cód.* III, pág. 445). Pero el heredero testamentario no tiene la carga de la denuncia de otros herederos” (Falcón, Enrique M., *Cód. Proc. Civ. y Com.*, T. IV, pág. 797).

5.- Como se desprende del texto del auto de fecha 30/09/93 reproducido, en lo pertinente, en el párrafo I. 3., se citó a los restantes herederos forzosos en razón de que en el testamento “no se efectúa institución hereditaria”; es decir que la citación se hizo con arreglo a lo normado por el art. 707 del C. P. C. (Libro V, Título Único, Cap. III., Sucesión Testamentaria, Sec. 2ª); el auto aparece así como contradictorio en sus propios términos, por cuanto si se consideró que no existía institución hereditaria debió procederse con arreglo a lo dispuesto por el art. 699. El proceso sucesorio siguió tramitando como testamentario; los herederos forzosos, cuya existencia emanaba del mismo testamento se presentaron haciendo las manifestaciones que, parcialmente, se transcriben en párrafo I. 4; se obló “la tasa de justicia respecto de los bienes de referencia” y se ordenó, por resolución del 18/06/94, “la inscripción del testamento por el sistema (sic) de tracto abreviado” (ver estudio de títulos acompañado); además de la mencionada, se dictaron, según consta en dictamen referido en I. 9, otras tres providencias ordenando inscripciones del testamento con respecto a otros bienes componentes del acervo.

6.- La orden de inscripción en el Registro de la Propiedad marca, por lo común, la culminación del proceso sucesorio. Según Falcón “el acto administrativo de inscribir la transmisión de derechos por causa de muerte se realiza con una intervención menor del órgano judicial que prácticamente concluye su función con la expedición de testimonio de la declaratoria de herederos, del testamento o de la hijuela, en su caso...” “El testimonio emitido de acuerdo con las disposiciones legales es un documento portante de un derecho real” (C. Civ., Sala C, LL 154-660, sum. 38. Ob. cit. págs. 563 y 564).

7.- El auto por el que se aprueba el testamento en cuanto a sus formas tiene valor y eficacia iguales a los de declaratoria de herederos en los procesos *ab intestato*; esa resolución no es, estrictamente, una sentencia, pues se dicta sin perjuicio de tercero; no causa estado y no hace cosa juzgada. Tiene la virtud de otorgar “la posesión de la herencia a los herederos que no la tuvieren de pleno derecho”, de acuerdo con el segundo párrafo del art. 708 del C. P. C. C.

8.- Es viable sostener que la aprobación del testamento y la orden de inscripción de éste respecto del inmueble denunciado como integrante del acervo –en tanto dicha providencia no la hubiere limitado a la cuota correspondiente a la porción disponible del testador–, configuraron la situación del heredero aparente y, por tanto, válidos los actos de disposición de bienes inmuebles realizados a título oneroso siempre que ellos encuadraren en lo dispuesto por el art. 3430 del Cód. Civ.; al respecto ha de tenerse presente que se presume la buena fe del adquirente; que los herederos cuya existencia no podría ignorar son la de los hijos del testador, que expresamente declararon su conformidad con el testamento y su renuncia a toda acción y que, en cualquier caso, carga sobre quien la alegare la prueba de la mala fe del adquirente.

9.- Lo dicho en el numeral precedente no brinda –ni puede hacerlo– la certeza de la bondad del título que, como destaca el colega consultante, ha de procurar el notario por los medios a su alcance, desde que, en el caso, puede haber interpretación distinta –tal la del dictamen de los miembros de esta Comisión, escribanos Verni y García Colombo– con fundamento en la aseveración de inexistencia de institución hereditaria hecha en el auto de aprobación del testamento. En efecto: sin olvidar la superior jerarquía procesal de ese auto respecto de la providencia que ordena la inscripción, cabe preguntarse si la contradicción emanada del propio auto de aprobación del testamento y la prosecución del proceso sucesorio como testamentario hasta su culminación con la orden de inscripción importaron un apartamiento de aquella declaración de inexistencia de institución hereditaria. Me parece que la respuesta a este interrogante sólo compete al juez no sólo como intérprete de la voluntad del testador sino, esencialmente, como conductor del proceso; estimo que ello es procedente por aplicación del principio de saneamiento que rige en Derecho Procesal, siempre, claro está, que la petición se formule por quien se hallare legitimado al efecto. Obvio es señalar que la ratificación de los actos de disposición por herederos declarados tales en eventual proceso *ab intestato* cubriría toda posibilidad de observación al título.