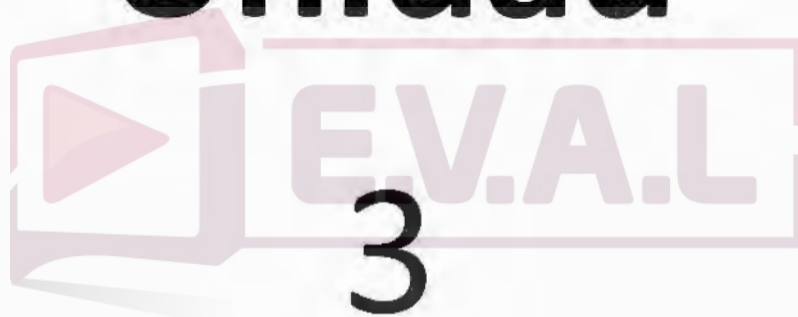


Unidad





Título: La cesión de herencia en el Código Civil de Vélez Sarsfield y en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Autor: Mourelle de Tamborenea, María Cristina

Publicado en: DJ18/03/2015, 1 - DFyP 2015 (mayo), 13/05/2015, 113

Cita Online: AR/DOC/4568/2014

Sumario: A) Código Civil de Vélez Sarsfield: 1. Introducción al tema; 2. Concepto; 3. Naturaleza jurídica el instituto; 4. Capacidad; 5. Contenido de la cesión; 6. Oportunidad: ¿desde cuándo y hasta cuándo se puede ceder?; 7. La forma; 8. Momento a partir del cual produce efectos. Publicidad; 9. El derecho de acrecer; 10. Efectos entre las partes; 11. Garantía por evicción; 12. Los acreedores hereditarios; 13. Efectos sobre la confusión entre el cedente y cesionario; 14. Indivisión postcomunitaria; 15. Cesión de bienes determinados.— B) Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación - ley 26.994/2014: 1. Fundamentos de la cesión de herencia en la nueva codificación; 2. La forma; 3. Efectos entre las partes; 4. El derecho de acrecer; 5. Efectos entre las partes: derechos y obligaciones del cesionario; 6. Garantía por evicción; 7. Efectos sobre la confusión entre el cedente y cesionario; 8. Indivisión postcomunitaria; 9. Cesión de bienes determinados.

En el nuevo código se establece con claridad qué queda comprendido y que excluido dentro del contrato de cesión de herencia frente a la falta de previsión en contrario. Regula la garantía por evicción según se trate de una cesión a título gratuito u oneroso; dispone que las previsiones legales rigen también para el supuesto de que el cónyuge supérstite ceda su parte en la indivisión postcomunitaria causada por la muerte, aunque en definitiva éste no sea heredero porque todos los bienes son calificados gananciales.; y por último da solución a la cuestión planteada referente a la cesión de bienes determinados, estableciendo que no habrá de regir este título para esa situación, si es que no se contrata sobre la indivisión.

A) Código Civil de Vélez Sarsfield

1. Introducción al tema

A partir de la aceptación de la herencia cada uno de los herederos es titular de una porción ideal del patrimonio del causante hasta que se produzca la partición, momento en el cual esta porción ideal habrá de transformarse en una porción real.

Esta porción, tiene un contenido económico referido a la cuantía de los bienes hereditarios, y si bien no se ejerce sobre cada uno de ellos a título singular, atribuye expectativas para recibir por partición de la herencia, esos valores que satisfagan dicha cuota. (1)

Son muy pocos los artículos que Vélez Sarsfield le dedicó a la cesión de herencia teniendo en cuenta que, de la nota al art. 1484 del Cód. Civil, explica el porqué de esta situación, al decir: "Regularmente los Códigos y escritores tratan en este título de la cesión de las herencias, método que juzgamos impropio, y reservamos esta materia para el libro 4º, en que se tratará de las sucesiones", pero, al elaborar el Libro V sobre las Sucesiones, omitió legislar sobre el tema.

En cuanto a las normas legales aplicables, fuera del art. 1184, inc. 6º, donde Vélez hace referencia a las formas, podemos mencionar los arts. 2160 y 2163, que prevén la garantía de evicción, y respecto del derecho sucesorio, la única referencia que encontramos, es cuando en el art. 3322 del Cód. Civil, hace una mención incidental al disponer: "La cesión que uno de los herederos hace de los derechos sucesorios, sea a un extraño, sea a sus coherederos, importa la aceptación de la herencia. Importa también aceptación de la herencia, la renuncia, aunque sea gratuita, o por un precio a beneficio de los coherederos".

A lo largo del presente trabajo, hemos de establecer un paralelo de la cesión de herencia teniendo en cuenta normas aplicables, doctrina y jurisprudencia del Código de Vélez Sarsfield y el articulado del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

2. Concepto

Para Borda y Maffia, la cesión de derechos hereditarios es la estipulación o contrato mediante la cual el heredero transfiere a otra persona todos los derechos y obligaciones patrimoniales —o una parte alícuota de ellos-, que le corresponden en una sucesión. (2)

Las "XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil" realizadas en la Universidad de Belgrano, Ciudad de Buenos Aires en 1987, adoptaron el siguiente concepto: "El contrato de cesión de derechos hereditarios es aquél por el cual el cedente transmite al cesionario la universalidad jurídica —herencia— o una cuota de ella, sin consideración especial de los elementos singulares que la componen".

3. Naturaleza jurídica el instituto

Es importante destacar, que conforme con los principios generales, la doctrina y la jurisprudencia han aceptado la naturaleza jurídica del instituto, teniendo en cuenta que a la cesión de derechos hereditarios se le deben aplicar las normas referentes a:

A) Las reglas de la compraventa, si la cesión se ha hecho por un precio cierto en dinero (conf. art. 1435 del C.C.).

B) Las reglas de la donación, si fuere gratuita, atento el art. 1437: "Si el crédito fuese cedido gratuitamente, la cesión será juzgada por las disposiciones del contrato de donación...".

C) Las reglas de la permuta si fuera como trueque por otra cesión o cosa, en virtud del artículo 1436 que reza: "Si el crédito fuese cedido gratuitamente, la cesión se juzgará por las disposiciones sobre el contrato de permutación, que no fueren modificadas en este título".

La cesión de derechos es el género y la cesión de derechos hereditarios y de créditos, conformarían la especie.

4. Capacidad

Por aplicación de las normas legales que indicamos en los puntos A), B) y C), del punto 3, de este trabajo, coincidimos con Maffia ⁽³⁾ que deberán tenerse en cuenta las siguientes situaciones:

— Si la cesión es onerosa, se requerirá la capacidad para vender o para permutar en el cedente; y la capacidad para comprar o para adquirir por permuta en el cesionario;

— Si la cesión es gratuita, el cedente requerirá la capacidad para donar y el cesionario la capacidad para aceptar donaciones

Rigen también las prohibiciones establecidas por el art. 1442 del Código Civil en cuanto fueren aplicables, al disponer: "Tampoco puede haber cesión a los administradores de establecimientos públicos, de corporaciones civiles o religiosas, de créditos contra estos establecimientos; ni a los administradores particulares o comisionados, de créditos de sus mandantes o comitentes; ni se puede hacer cesión a los abogados o procuradores judiciales de acciones de cualquier naturaleza, deducidas en los procesos en que ejerciesen o hubiesen ejercido sus oficios; ni a los demás funcionarios de la administración de justicia, de acciones judiciales de cualquier naturaleza, que fuesen de la competencia del juzgado o tribunal en que

serviesen". (4)

5. Contenido de la cesión

El carácter de heredero es intransferible, por lo tanto la cesión de herencia no importa el traspaso del carácter de heredero, sino solamente el de los derechos y obligaciones patrimoniales que derivan del mismo.

El principio general es que quedan comprendidos en ella todos los bienes y cargas patrimoniales; y la partición fijará con carácter provisorio los elementos concretos de la cesión "decimos con carácter provisorio porque después de ella pueden aparecer otros bienes o deudas, que también pasan al cesionario". (5)

6. Oportunidad: ¿Desde cuándo y hasta cuándo se puede ceder?

Como surge de los arts. 3279 y 3282 del Cód. Civil, a partir de la muerte del causante se transmiten los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, por ello no cabe ninguna duda, que sólo puede realizarse a partir de la muerte del autor de la sucesión, toda vez que conforme el art. 1175 del Código Civil de Vélez, es nulo todo pacto sobre herencia futura. El citado artículo, textualmente reza: "No puede ser objeto de un contrato la herencia futura, aunque se celebre con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate; ni los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares".

Respecto de: hasta cuándo se puede ceder, entendemos que debe ser con la aprobación de la partición, ya que la adjudicación ut singulis de los bienes que conforman el acervo sucesorio hace cesar el estado de indivisión, y cada heredero en caso de ceder -una vez realizada la partición-, lo estará haciendo dentro de los términos genéricos de cesión de derechos, pero no cesión de derechos hereditarios. Es por ello que la cesión de derechos hereditarios debe realizarse durante la comunidad hereditaria, tiempo en el cual el heredero tiene una cuota o parte alícuota de una herencia, y vocación potencial al todo.

Al respecto, ha dicho la jurisprudencia: La herencia puede cederse desde la muerte del causante, aún antes de la declaratoria de herederos. Asimismo, puede extenderse mientras dure el estado de indivisión, habida cuenta que, configurada la partición, la figura ya sería una cesión de créditos o una compraventa. (6)

7. La forma

El mencionado art. 1184, inc. 6º, texto según la ley 17.711, determina que deben

ser hecho en escritura pública la cesión, repudiación o renuncia de derecho hereditarios. De acuerdo con esta norma, es importante determinar: si la cesión hereditaria debe efectuarse necesariamente por escritura pública o si es suficiente un escrito presentado en el proceso sucesorio.

Teniendo en cuenta las formas *ad solemnitatem* y *ad probationem*, se ha discutido a cual de estas formas se refiere el citado art. 1184, inc. 6º.

Una parte de la doctrina, sostiene que estamos en presencia de formas *ad solemnitatem*, es decir las solemnes y por ello no pueden ser hechas de otra forma que no sea la impuesta por la ley.

En sentido contrario, se interpreta que el mencionado art. 1184, inc. 6º, como forma *ad probationem*, y que la supresión de la frase "bajo pena de nulidad" —efectuado por la ley 17.711 al mencionado artículo—, tiene su explicación en el hecho de que los contratos que debiéndose efectuar por instrumento público son realizados por instrumento privado, quedan concluidos como contratos en lo que las partes se obligan a hacerlo en escritura pública. Por lo expuesto, el acto privado no es nulo, puesto que permite exigir la escritura y el cumplimiento de lo pactado. (7)

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, estas posiciones han sido superadas luego de haberse debatido ampliamente el tema, y arribado al acuerdo plenario que estableció: "La escritura pública es la única forma idónea para instrumentar la cesión de derechos hereditarios". (8)

De todas maneras, ha entendido la jurisprudencia, que: La cesión de derechos hereditarios a un tercero debe ser necesariamente formalizada mediante escritura pública porque tanto el inc. 2º, del art. 1184, como el art. 3462, del Código Civil, hablan de herederos, por lo tanto el tercero está excluido. (9)

También, ha dicho: la supresión de la expresión "bajo pena de nulidad" que contenía el art. 1184, del Código Civil, antes de la reforma (Ley 17.711), y el texto expreso de la última parte del art. 1185, demuestran que la exigencia contenida en el inc. 6º, de la norma citada en primer término es *ad probationem* y no *ad solemnitatem*, y por ello la escritura puede ser suplida por un acta labrada por el actuario del tribunal ante el cual se tramita el juicio sucesorio o con un escrito firmado por el cedente, ratificada la firma ante el mismo funcionario. (10)

8. Momento a partir del cual produce efectos. Publicidad

Como ya hicieramos mención respecto a que son muy pocas las normas que Vélez le dedicó a la cesión de herencia, la doctrina y la jurisprudencia son las que han entendido que: entre las partes, la cesión produce efectos desde el mismo momento de su celebración. Pero, no es tan simple la respuesta cuando la cuestión le atañe a terceros que pueden verse afectados por ella.

Frente a este último supuesto, no existe coincidencia entre la doctrina y la jurisprudencia acerca de determinar a partir de qué momento es oponible a ellos, y se han planteado las siguientes posiciones doctrinarias:

a) No requiere notificación: La eficacia de la cesión, aún frente a terceros, opera desde la celebración del acto, independientemente de cualquier otro trámite posterior.

b) Desde su agregación al expediente sucesorio : En el proceso sucesorio se concentra todo lo referido a la existencia y extensión de los derechos hereditarios y la agregación del testimonio de la escritura pública coloca a todos los interesados en la posibilidad de conocerla y si fuere el caso impugnarla. Al respecto, la jurisprudencia ha dicho: Para que la cesión de derechos hereditarios sea oponible respecto de terceros es necesaria la agregación de la escritura al expediente sucesorio, por cuanto en el proceso sucesorio se concentra todo lo relativo a la existencia, cuantía y extensión de los derechos hereditarios, y su agregación les da a todos los interesados la posibilidad de conocerla y, en su caso, de impugnarla. (11)

c) Desde su inscripción en el Registro respectivo: Esta es la posición dispuesta por el fallo Plenario de la Cámara Nacional Civil: "Para que la cesión de derechos hereditarios que comprende cosas inmuebles sea oponible a terceros interesados, debe ser anotada en el Registro de la Propiedad". (12)

9. El derecho de acrecer

A la pregunta: ¿Qué ocurre si el cedente acrece con posterioridad a la cesión, ya sea por muerte de un heredero, indignidad, o por un llamamiento testamentario ignorado al momento de realizarse la cesión?, el acrecimiento ¿beneficia al cedente o al cesionario? Entendemos con Maffia, que deberá estarse a lo que las partes han querido y previsto. De esa forma, el acrecimiento favorecerá al cesionario si se operó antes de la cesión y el cedente lo sabía. De lo contrario, la solución estará determinada por la intención de las partes, que podrá evidenciarse en los términos usados, o en el monto del precio.

Si la interpretación arroja dudas, hay consenso casi unánime en la doctrina y la jurisprudencia, en que lo obtenido por el acrecimiento no está comprendido en la cesión y corresponde al heredero, teniendo en cuenta para ello que el cedente se despoja de una masa de bienes, y no de su calidad de heredero. (13)

10. Efectos entre las partes

Como ya mencionáramos, la cesión de herencia no significa ceder el carácter de heredero ya que éste es intransferible, por lo tanto no habrá de importar el traspaso de esa calidad, sino solamente de los derechos y obligaciones patrimoniales que derivan de la cesión.

10.1. Obligaciones del cedente: Derechos del cesionario

El cedente tiene las siguientes obligaciones:

a) Entrega de los bienes: El cesionario tiene derecho a que el cedente le entregue los bienes que correspondan a la herencia cedida, es decir los bienes de aquélla que se encuentren en su poder y en la medida de lo contratado. Si antes de realizarse la cesión, el cedente hubiera cobrado algún crédito o dispuesto de ciertos bienes, debe devolver su importe al cesionario; de la misma manera está obligado a restituirle las rentas.

b) Responsabilidad por las deudas hereditarias. El cedente habrá de responder por esas deudas, pues no transmite su calidad de heredero. Su responsabilidad por las deudas de la herencia no impide que, en caso de ser compelido a realizar su pago, pueda reclamar luego el reembolso al cesionario. (14)

c) Garantía de evicción. Este es uno de los pocos aspectos específicamente legislados en el Código Civil de Vélez. En primer término el cedente solo responde por la evicción que excluyó su calidad de heredero y no por el contenido patrimonial que transmite.

10.2. Obligaciones del cesionario: Derechos del cedente

La doctrina y la jurisprudencia, entienden que los cesionarios tienen las siguientes obligaciones:

a) El pago del precio, si fuera venta, o la entrega de la cosa a que se hubiere obligado si fuere permuta.

b) El pago de las deudas del causante, recordar que entre las partes surte sus

efectos desde el mismo momento de su celebración. Esta obligación es muy importante respecto del cedente, teniendo en cuenta que si los acreedores del causante hubieran dirigido su acción contra él como es su derecho, podrá luego repetir del cesionario lo que hubiera pagado.

c) Gastos y mejoras, si se tratara de una cesión onerosa, y el cedente hubiera hecho mejoras en los bienes entre el momento de la apertura de la sucesión y el de la cesión: debemos preguntarnos si tiene derecho a que esos gastos le sean reintegrados. Al respecto, predomina la opinión negativa, teniendo en cuenta que cuando dos personas contratan con relación a ciertos bienes, entienden hacerlo en el estado en que se encuentran en ese momento. Sería contrario a la buena fe que el vendedor pudiera luego exigir un sobreprecio a título de mejoras, aunque hubieran sido necesarias

11. Garantía por evicción

La garantía por evicción, como ya anticipáramos, es uno de los pocos aspectos relativos a la cesión de la herencia que Vélez Sarsfield trató en los arts. 2160 a 2163 de su Código Civil.

El art. 2160, dispone: "En la cesión de herencia el cedente sólo responde por la evicción que excluyó su calidad de heredero, y no por la de los bienes de que la herencia se componía. Su responsabilidad será juzgada como la del vendedor". Conforme este artículo, Vélez interpretó que el cedente sólo responde por la evicción que excluyó su carácter de heredero y no por la de los bienes de que la herencia se componía, es decir su calidad de heredero, su título hereditario, pero tampoco asegura que tales o cuales bienes sean de propiedad del causante.

Por su parte, el art. 2161, deja sentado que si los derechos hereditarios fueran litigiosos o hubieran sido cedidos como dudosos, el cedente no responde por evicción, al disponer textualmente: "Si los derechos hereditarios fueren legítimos, o estuvieren cedidos como dudosos, el cedente no responde por la evicción".

Pero, si el cedente sabía que los derechos cedidos como inciertos o dudosos no le pertenecían, la exclusión de su calidad de heredero lo obliga a devolver al cesionario lo que de él hubiera recibido y además indemnizarlo por daños y perjuicios, como establece el art. 2162 del Cód. Civil, al recepcionar: "Si el cedente sabía positivamente que la herencia no le pertenecía, aunque la cesión de sus derechos

fuere como inciertos o dudosos, la exclusión de su calidad de heredero le obliga a devolver al cesionario lo que de él hubiere recibido, y a indemnizarlo de todos los gastos y perjuicios que se le hayan ocasionado".

También, puede ocurrir que el cedente hubiera hecho la cesión sin garantizar al cesionario que sufre la evicción, y en ese supuesto el cesionario tiene derecho solamente a lo dispuesto por el art. 2163 del Cód. Civil, el cual textualmente reza: "Si el cedente hubiere cedido los derechos hereditarios, sin garantizar al cesionario que sufre la evicción, éste tiene derecho a repetir lo que dio por ellos; pero queda exonerado de satisfacer indemnizaciones y perjuicios". (15)

12. Los acreedores hereditarios

Los acreedores hereditarios tiene acción directa contra el cesionario, pero, debe aclararse que el cesionario no pasa a ser deudor personal como puede serlo el heredero con responsabilidad ultra vires hereditatis por haber aceptado sin beneficio de inventario, ya que el cedente continua con su calidad de heredero y por lo tanto sigue siendo responsable por las deudas.

Estos acreedores tendrán acción contra el heredero cedente y contra el cesionario, pero insistimos, como el cesionario no asume responsabilidad ultra vires hereditatis, no podrán ejecutarse bienes pertenecientes al cesionario que no hayan sido objeto de la cesión. La doctrina mayoritaria acepta que su responsabilidad habrá de quedar limitada a la contribución en el pago en proporción a la alícuota cedida. (16)

Por lo expuesto, tenemos que tener en cuenta: "Respecto de los acreedores del heredero: si los acreedores del heredero no lo consienten, el traspaso de las obligaciones al cesionario no se produce. Pero aun en el caso que los acreedores lo aceptaran, el cesionario no responde ultra vires. En el caso de los acreedores de la sucesión: el cesionario responde por las deudas del causante hasta la concurrencia del valor de los bienes recibidos [...]. En lo que hace a los coherederos, el cesionario pasará a ocupar el lugar del coheredero cedente y tendrá idénticos derechos y obligaciones patrimoniales que aquél". (17)

13. Efectos sobre la confusión entre el cedente y cesionario

Al no tener una normativa específica para la cesión de derechos, son de aplicación las normas de las obligaciones, motivo por el cual debemos de tener presente que la confusión es un modo de extinción de una obligación y sucede cuando en una misma

persona se reúnen la calidad de acreedor y deudor de una misma obligación.

Esta situación puede tener lugar en una sucesión, en la transmisión de un crédito, o de la deuda a la persona del deudor o del acreedor, sea porque vengán a reunirse en una tercera persona las calidades que se le han transmitido de acreedor y deudor de la misma obligación, conforme lo dispuesto en el art. 862 del Cód. Civil.

Cuando el artículo citado hace mención a los sucesores universales, se está refiriendo a los herederos que no gocen del beneficio de inventario, ya que al respecto el art. 863 del Cód. Civil, dispone que la confusión no sucede, aunque concurren en una misma persona la calidad de acreedor y deudor por título de herencia, si la misma ha sido aceptada con beneficio de inventario.

Cualquiera haya sido el motivo de la confusión, su efecto será el mismo: producir la extinción de la obligación con todos sus accesorios. Pero, tenemos que tener en cuenta la excepción a este párrafo dada por el art. 867 del Cód. Civil, el cual recepta que: si la confusión cesara por un acontecimiento posterior que restablezca la separación de las calidades de acreedor y deudor, reunidas en la misma persona, las partes interesadas serán restituidas a los derechos temporalmente extinguidos y a todos los accesorios de la obligación. Así, por ejemplo si el heredero que había aceptado la herencia pura y simplemente es declarado indigno, cesará la confusión por el hecho de que la declaración de indignidad resuelve los derechos adquiridos por sucesión mortis causa. (18)

14. Indivisión postcomunitaria

Es muy frecuente que nos encontremos con la instrumentación de cesión de derechos hereditarios del cónyuge supérstite, en las que habitualmente no efectúan los distingos necesarios que clarifiquen qué clases de derechos han pretendido transmitir.

La cesión de derechos hereditarios como la cesión de gananciales son especies de la cesión de derechos, que frente a la coexistencia de indivisiones postcomunitaria por disolución de la sociedad conyugal por causa de muerte y hereditaria -sin perjuicio de las similitudes y relaciones que presentan, y teniendo en cuenta que ambas versan sobre universalidades, que justifican de lege ferenda su tratamiento conjunto-, se trata de contratos diferentes y autónomos por su contenido, ya que la mitad de los bienes gananciales le corresponden al cónyuge del causante iure proprio y no iure

hereditatis, por lo tanto no integran el acervo hereditario.

El contenido del contrato de cesión de gananciales es diferente y autónomo de la cesión de derechos y acciones hereditarios, con lo cual, la cesión de ésta última no implica la cesión de los derechos a los gananciales del cónyuge superviviente, siendo necesario que se incluya expresamente en el negocio jurídico, o que resulte de la interpretación de sus términos. (19)

Los bienes gananciales corresponden al cónyuge sobreviviente a título de socio, pues con la muerte se liquida la sociedad conyugal de que ambos formaban parte. (20)

La jurisprudencia, en un fallo muy reciente, ha dicho: Corresponde revocar la resolución que rechazó el pedido de aprobación de la cesión de derechos hereditarios realizada por la madre en favor de una hija del 50 % del inmueble ganancial de la cedente por considerar que se trató de un pacto de herencia futura, por cuanto dicha cesión de derechos hereditarios respecto del único bien que integró la herencia de la cedente es inexistente al no tratarse de un derecho que correspondía a la cedente como sucesora de su cónyuge premuerto, sino que le correspondía como integrante de la sociedad conyugal, y porque la cesión de los derechos sobre la sociedad conyugal disuelta por la muerte del esposo se realizó por medio de un contrato oneroso al haber la hija pagado un precio en dinero tratándose de una cesión regida por las reglas de la compraventa, y de una operación que no está prohibida por la ley entre padres e hijos mayores de edad y capaces (arts. 1358, 1361 y cc., Cód. Civil). (21)

Pero, también la misma sala IV, de la CCiv. y Com., de Corrientes, entendió que en el supuesto de la cesión de derechos hereditarios realizada por el cónyuge superviviente que concurre con los hijos matrimoniales y habiendo quedado sólo bienes gananciales, la cesión comprende los gananciales que recibe por parte de su cónyuge, pues de lo contrario la cesión carecería de sentido ya que se referiría a derechos hereditarios inexistentes en razón de tomarse el vocablo heredero en su sentido técnico. (22)

15. Cesión de bienes determinados

Puede ocurrir que el heredero pretenda transferir no la universalidad jurídica que en su carácter de heredero le corresponde, o una parte alícuota de la misma, sino

concretamente, uno de los inmuebles de la herencia.

Según hemos expresado suficientemente, la herencia es una comunidad formada por el conjunto de derechos que tienen los herederos sobre cada una de las cosas que la componen; y distinguimos especialmente los perfiles más notorios de esta figura, poniendo el énfasis en su carácter complejo, entendiendo que el objeto transmitido es el todo ideal, masa jurídicamente distinta de los bienes que la conforman. (23)

Cuando la cesión de derechos hereditarios recae, no sobre la universalidad de la herencia, sino sobre uno o varios bienes incluidos en ella individualmente determinados, la operación no es ya cesión de derechos hereditarios propiamente dicha, sino una simple venta de los derechos que al cedente le corresponden en esos bienes. (24)

Si la transferencia se efectúa por un precio cierto en dinero, no cabe duda que nos encontramos frente a una compraventa; si fuera gratuita, estaremos en presencia de una donación, y si a cambio se recibe otra cosa, el contrato será de permuta. Esta es la posición sostenida por Salas, Salvat, Fornieles, Méndez Costa y Guastavino entre otros. (25)

B) Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ley 26.994/2014

1. Fundamentos de la Cesión de Herencia en la nueva codificación

Conforme surge de los fundamentos tenidos en cuenta por la Comisión redactora que fuera convocada por dec. 191/2011, el nuevo código regula la cesión de herencia aclarando que se trata de un contrato, y se entiende por razones prácticas, que no es metodológicamente incorrecto incluirlo entre las normas que regulan el derecho de sucesiones, tomando distancia del Proyecto de 1998, que incluyó al instituto en el Libro IV, Título III, De los contratos en Particular.

La cesión de herencia está contemplada en el Libro V, Título III, arts. 2302 a 2309, inclusive. El nuevo ordenamiento, subsana cuestiones que han merecido posiciones encontradas en la doctrina, debido -como ya explicáramos ut supra-, a la falta de regulación legal como por ejemplo: el momento a partir del cual produce efectos la cesión de derechos entre los contratantes, los otros herederos, y los deudores de un crédito de la herencia.

Se establece con claridad qué queda comprendido y que excluido dentro del

contrato frente a la falta de previsión en contrario. Regula la garantía por evicción según se trate de una cesión a título gratuito u oneroso; dispone que las previsiones legales rigen también para el supuesto de que el cónyuge supérstite ceda su parte en la indivisión postcomunitaria causada por la muerte, aunque en definitiva éste no sea heredero porque todos los bienes son calificados gananciales.; y por último da solución a la cuestión planteada referente a la cesión de bienes determinados, estableciendo que no habrá de regir este título para esa situación, si es que no se contrata sobre la indivisión.

2. La forma

El Título III, dedicado a la cesión de herencia, no contiene ningún artículo que haga referencia a la forma en que debe ser redactado el instrumento.

Para desentrañar la omisión de este título, debemos centrarnos en el art. 1618, del nuevo Código Civil y Comercial, el que ubicado en el Capítulo 26, referente a la Cesión de derechos, Sección 1ª, del Libro Tercero, Derechos Personales, Título IV, Contratos en particular, textualmente reza: "Forma. La cesión debe hacerse por escrito, sin perjuicio de los casos en que se admite la transmisión del título por endoso o por entrega manual. Deben otorgarse por escritura pública: a. la cesión de derechos hereditarios; b. la cesión de derechos litigiosos. Si no involucran derechos reales sobre inmuebles, también puede hacerse por acta judicial, siempre que el sistema informático asegure la inalterabilidad del instrumento; c. la cesión de derechos derivados de un acto instrumentado por escritura pública", donde se establece que la forma es la escritura pública".

3. Efectos entre las partes

El art. 2302 del CCiv.yCom., siglas con que de ahora en más nos referiremos al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, textualmente dispone:

"Momento a partir del cual produce efectos. La cesión del derecho a una herencia ya deferida o a una parte indivisa de ella tiene efectos: a. entre los contratantes, desde su celebración; b. respecto de otros herederos, legatarios y acreedores del cedente, desde que la escritura pública se incorpora al expediente sucesorio; c. respecto al deudor de un crédito de la herencia, desde que se le notifica la cesión".

El nuevo Código Civil y Comercial -como ya anticipáramos-, deja sentado que se ha procedido a darle solución a las cuestiones relacionadas respecto al momento a

partir del cual la cesión de derechos hereditarios produce efectos entre los contratantes, los herederos y los deudores de un crédito de la herencia. El artículo transcrito, da por finalizada la cuestión, disponiendo:

- a) entre los contratantes, desde su celebración;
- b) respecto de otros herederos, legatarios y acreedores del cedente , desde que la escritura pública se incorpora al expediente sucesorio.
- c) respecto al deudor de un crédito de la herencia , desde que se le notifica la cesión".

Los puntos a) y b) ut supra mencionados, fue la posición asumida de lege lata en las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en la Universidad de Belgrano, Bs. As. en el año 1987, tema que fuera tratado en la Comisión N° 6: "Cesión de derechos hereditarios". (26)

Por su parte, con el nombre de Transmisión de la herencia, el Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998, ubica el instituto de la Cesión de la herencia —como ya hicieramos mención-, en el Libro IV, Título III, De los contratos en Particular. Respecto de la extensión y las exclusiones, el art. 1553 del citado Proyecto, reitera los mismos lineamientos, a excepción de la relación con otros herederos, legatarios y acreedores del cedente, que lo será a partir del momento en que la escritura pública se inscriba en el registro respectivo.

4. El derecho de acrecer

El art. 2303 del CCiv.yCom., pone fin a las discusiones que se planteaban respecto de que incluía o excluía la cesión de herencia, y a falta de previsión en contrario, dispone textualmente:

"Extensión y exclusiones. La cesión de herencia comprende las ventajas que pueden resultar ulteriormente por colación, por la renuncia a disposiciones particulares del testamento, o por la caducidad de éstas. No comprende, excepto pacto en contrario: a. lo acrecido con posterioridad en razón de una causa diversa de las expresadas, como la renuncia o la exclusión de un coheredero; b. lo acrecido anteriormente por una causa desconocida al tiempo de la cesión; c. los derechos sobre los sepulcros, los documentos privados del causante, distinciones honoríficas, retratos y recuerdos de familia".

Conforme surge de la norma, la cesión de herencia comprende lo acrecido con

posterioridad en razón de una causa como la renuncia o la exclusión de un heredero. Además, aclara que no comprende, salvo pacto en contrario lo acrecido anteriormente por una causa desconocida al tiempo de la cesión, y los derechos sobre los sepulcros los documentos privados del causante, distinciones honoríficas, retratos y recuerdos de familia.

Estas disposiciones son meramente interpretativas y cabe la posibilidad de que las partes puedan pactar algo distinto.

El nuevo Código, mantiene los mismos lineamientos que el art. 1554 del Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998.

5. Efectos entre las partes: Derechos y obligaciones del cesionario

La nueva normativa, a través de los arts. 2304 y 2307 establece los derechos y obligaciones que produce la cesión de herencia entre cesionario y cedente.

5.1. Derechos del cesionario

El art. 2304 del CCiv.yCom., hace referencia a los derechos del cesionario, al disponer textualmente:

"Derechos del cesionario. El cesionario adquiere los mismos derechos que le correspondían al cedente en la herencia. Asimismo, tiene derecho de participar en el valor íntegro de los bienes que se gravaron después de la apertura de la sucesión y antes de la cesión, y en el de los que en el mismo período se consumieron o enajenaron, con excepción de los frutos percibidos".

El nuevo Código regula el derecho que tiene el cesionario de ser liberado de los gravámenes posteriores a la apertura de la sucesión, y a los consumidos o enajenados, excluyendo los frutos que se hayan percibido.

La nueva normativa, mantiene los mismos lineamientos que el art. 1555 del Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998.

5.2. Obligaciones del cesionario

El art. 2307 del CCiv.yCom., hace referencia a las obligaciones que asume el cesionario, disponiendo textualmente:

"Obligaciones del cesionario. El cesionario debe reembolsar al cedente lo que éste pague por su parte en las deudas y cargas de la sucesión hasta la concurrencia del valor de la porción de la herencia recibida. Las cargas particulares del cedente y

los tributos que gravan la transmisión hereditaria están a cargo del cesionario si están impagos al tiempo de la cesión".

El nuevo Código Civil y Comercial, dispone que el cesionario tenga la obligación de reembolsar al cedente lo que éste pague por su parte en las deudas y cargas de la sucesión, pero sólo estará obligado hasta la concurrencia del valor de la porción de la herencia que ha recibido. Si el cedente hubiere incurrido en actos que lo hacen responsable con su propio patrimonio, el cesionario no responde.

Con respecto a las cargas particulares que gravan al cedente, al igual que los tributos por tasas judiciales, impuestos sucesorios, etc., en las jurisdicciones que los impongan, si estas no han sido pagadas, deben ser absorbidas por el cesionario. (27)

El nuevo Código dispone textualmente lo recepcionado en el art. 1558 del Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998, salvo la eliminación del último párrafo del citado artículo, el cual disponía: "[...] Las reglas precedentes se aplican salvo estipulación en contrario".

6. Garantía por evicción

El art. 2305 del CCiv.yCom., regula la garantía por evicción que —como ya anticipáramos—, fue una de las pocas referencias relativas a la cesión de herencia que Vélez Sarsfield trató en los art. 2160 a 2163 de su Cód. Civil. El art. 2305, textualmente reza:

"Garantía por evicción. Si la cesión es onerosa, el cedente garantiza al cesionario su calidad de heredero y la parte indivisa que le corresponde en la herencia, excepto que sus derechos hayan sido cedidos como litigiosos o dudosos, sin dolo de su parte. No responde por la evicción ni por los vicios de los bienes de la herencia, excepto pacto en contrario. En lo demás, su responsabilidad se rige por las normas relativas a la cesión de derechos. Si la cesión es gratuita, el cedente sólo responde en los casos en que el donante es responsable. Su responsabilidad se limita al daño causado de mala fe".

El nuevo Código regula la garantía por evicción diferenciando según se trate de una cesión a título gratuito, o a título oneroso:

— Si la cesión es por un precio, el álea contenido en ella, o sea la cuantía o los bienes que integran la herencia, no será garantizada por el cedente, salvo pacto en contrario.

— Si la cesión es gratuita —como surge de la citada norma—, el cedente sólo habrá de responder en los casos en que el donante es responsable, y su responsabilidad se limita al daño causado de mala fe.

El nuevo CCiv. y Com., recoge los mismos lineamientos que el art. 1556 del Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998.

7. Efectos sobre la confusión entre el cedente y cesionario

El art. 2306 del CCiv.yCom., tiene en cuenta los efectos que acarrea la confusión en la relación entre cedente y cesionario, al disponer textualmente:

"Efectos sobre la confusión. La cesión no produce efecto alguno sobre la extinción de las obligaciones causada por confusión".

Respecto del tema de la confusión —como medio de extinción de una obligación—, es importante resaltar que el nuevo ordenamiento, trata el tema de la confusión, en dos únicos arts. 931 y 932, ubicados en el Libro Tercero - Derechos Personales - Título I - Obligaciones en general, Sección Segunda.

El art. 931, textualmente dispone: "Definición. La obligación se extingue por confusión cuando las calidades de acreedor y de deudor se reúnen en una misma persona y en un mismo patrimonio", manteniendo los mismos lineamientos que Vélez Sarsfield; y el art. 932, el cual dispone, respecto a los efectos de la confusión, que: "La obligación queda extinguida, total o parcialmente, en proporción a la parte de la deuda en que se produce la confusión.

El nuevo Código recepta para el caso concreto de la cesión de herencia, que los efectos acarreados por la confusión, no habrán de renacer con el otorgamiento de una cesión.

El art. 1557 del Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998, consideró que: cuando las relaciones jurídicas son extinguidas por la confusión ocasionada por la transmisión hereditaria, se consideran subsistentes entre cedente y cesionario.

8. Indivisión postcomunitaria

El art. 2308 del CCiv.yCom., al referirse a la cesión de derecho que puede realizar el cónyuge supérstite respecto de los bienes en la indivisión poscomunitaria, textualmente dispone:

"Indivisión postcomunitaria. Las disposiciones de este título se aplican a la cesión

de los derechos que corresponden a un cónyuge en la indivisión postcomunitaria que acaece por muerte del otro cónyuge".

El nuevo Código, no aclara la cuestión referida a cómo debe interpretarse la cesión de derechos realizada por el cónyuge supérstite, por lo tanto, deberá considerarse la interpretación vigente, teniendo en cuenta que tanto la doctrina como la jurisprudencia no es pacífica al respecto, como explicáramos en el punto 14, de este trabajo.

La nueva normativa, recepta los lineamientos del art. 1560 del Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998.

9. Cesión de bienes determinados

El art. 2309 del CCiv.yCom., dispone sobre la imposibilidad de hacer cesiones sobre bienes determinados, al disponer textualmente:

"Cesión de bienes determinados. La cesión de derechos sobre bienes determinados que forman parte de una herencia no se rige por las reglas de este Título, sino por las del contrato que corresponde, y su eficacia está sujeta a que el bien sea atribuido al cedente en la partición".

Esta posición es acorde con la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia habían aceptado mayoritariamente al carecer de normas específicas en el Código Civil de Vélez.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, fulmina la posibilidad de realizar cesión de derechos hereditarios sobre bienes determinados, reafirmando que no se rigen por las reglas de la cesión de herencia, sino por las del contrato que corresponde, remitiendo al lector al punto 3 y 15, del presente trabajo.

Respecto del Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998, el art. 2309 del CCiv.yCom., es tomado prácticamente en forma textual del art. 1561 del mencionado Proyecto.

(1) ZANNONI, EDUARDO, Derecho Civil-Derecho Sucesorio, T° I, Ed. Astrea, 1997, p. 569.

(2) BORDA, Guillermo, Tratado de Derecho Civil-Sucesiones, Ed. Perrot, Bs. As., T° I, 1994, p.528. MAFFIA, Jorge O., Manual de Derecho de Familia, Ed. Depalma, Bs. As., T° I, 1989, p. 311.

- (3) MAFFIA, Jorge O., Manual de derecho sucesorio, Ed. Depalma, Bs. As., 1989, p. 317
- (4) ZANNONI, Eduardo, ob. cit., p. 585.
- (5) BORDA, Guillermo, ob. cit., p. 535.
- (6) CCiv. y Com., Sala 1, Santa Fe, 13/02/2013, autos: Velázquez, Carlos Eugenio y otra s/ Sucesorio, Rubinzal Online; RC J 6647/13.
- (7) CÓRDOBA - LEVY -S OLARI - WAGMAISTER, Derecho Sucesorio, T° 2, Ed. Universidad, Bs. As., 1992, p. 78 y sgte.
- (8) CNCiv. En pleno, 24/02/1986, autos: "Rivera de Vignati, María F. s/suc.". ED 117-311. LL-1986-B-155; JA-986-II-73.
- (9) CCiv. y Com., N° 1 de Concordia, 05/04/2010, autos: Orega, José Antonio s. Sucesorio intestato, Rubinzal Online; RC J 14629/10).
- (10) CCiv. y Com., Morón, Sala II, 14/11/2000, Rubinzal Online; RC J 2792/06.
- (11) El procedimiento válido para acordar publicidad a las cesiones de derechos hereditarios y, por ende, hacerlas oponibles a terceros, es la agregación al expediente sucesorio del respectivo instrumento. La cesión de derechos hereditarios produce efectos respecto de terceros desde la agregación del testimonio de la escritura respectiva al juicio sucesorio, quedando a salvo los derechos transmitidos a título oneroso sobre bienes singulares a terceros de buena fe. Suprema Corte de Justicia de Mendoza, 01/09/2009, "Quargnolo, Gustavo C. y otro s. Recurso de casación en: Huerta, Julio C. Sarmiento, Martha Raquel s. Ejecución hipotecaria" Tercería Sumarios Oficiales Poder Judicial de Mendoza; R, C J 10551/1. En el mismo sentido: CCiv.Com., Crim. y Correc. de Campana, 14/08/2008, Mattig, Luis A. y Tobler, Elida Matilde s/ Sucesión ab intestato, Rubinzal Online; RC J 3632/08.
- (12) CNCiv., en pleno, 24/12/1979. "Díscoli, Alberto s/sucesión". LL-1980-A-327; ED-86-430; JA-980-I-178.
- (13) MAFFIA, Jorge O., ob. cit., p.319.
- (14) PÉREZ LASALA, José Luis, Derecho de las Sucesiones, T° I, Ed. Depalma, Bs. As. 1978, p. 790.
- (15) BORDA, Guillermo, Tratado de Derecho Civil-Sucesiones, T° I, Ed. Perrot, Bs. As., 1994, p.541 y sgtes.

- (16) CORDOBA - LEVY - SOLARI - WAGMAISTER, ob. cit., p. 83.
- (17) PÉREZ LOZANO, Néstor, Revista Notarial N° 901, p. 1410.
- (18) ZANNONI, Eduardo, Código Civil Comentado, T° III, Ed. Depalma, Bs. As., 1994, Bs. As., p. 750.
- (19) Cám. Apel. Civ. y Com., Junín, 14/04/2011. Autos: Serio, Amalia y otra c. Serio, Carlos Juan s. Nulidad de acto jurídico; Rubinzal Online; RC J 5607/11.
- (20) CCiv. Com. y Laboral de Rafaela, 20/02/2014, autos: Binaghi, René Alberto c. Binaghi, René Baltazar s. Incidente de rendición de cuentas en: Baque, Ana s. Sucesorio, Rubinzal Online; RC J 2113/14.
- (21) Cám. Apel. Civ. y Com. de Corrientes, sala IV, 18/03/2014, autos: Balcaza, Mamerto y otra s. Sucesión ab intestato, Rubinzal Online; RC J 2215/14.
- (22) Cám. Apel. Civ. y Com. de Corrientes, sala IV, 11/08/2010, autos: Torres, Agustín y otro s. Sucesión, Rubinzal Online; RC J 15141/10
- (23) LOYARTE, Dolores, Cesión de derechos hereditarios, Revista Notarial N° 901, p. 1149.
- (24) CCiv. y Com. de Concepción del Uruguay, 15/11/1996, autos: Grane, Juan Carlos c. Vinovezky, Adolfo y otro s. Acción de escrituración, Dirección de Biblioteca y Jurisprudencia del Poder Judicial de Entre Ríos. En el mismo sentido: CCiv. y Com. de Corrientes, sala IV, 18/06/2013, Rubinzal Online; RC J 16914/13.
- (25) ZINNY, Mario Antonio, Cesión de herencia, Ed. Ad Hoc, 2da. edición, Bs. As., 2010, p. 43.
- (26) Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 2005, p. 91, La Ley.
- (27) DI LELLA, Pedro, De la transmisión de los derechos por causa de muerte, en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, RIVERA, Julio Cesar, Director, MEDINA, Graciela, Coordinadora, p. 1118, Bs. As., Ed. AbeledoPerrot, 2012.

Voces: APERTURA DE LA SUCESION ~ CONMORIENCIA ~ DECLARATORIA JUDICIAL DE HEREDEROS ~ DERECHOS DEL HEREDERO ~ PERSONERIA ~ PRESUNCION ~ PRUEBA ~ SUCESION

Tribunal: Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de San Rafael (C1aCivComMinasPazyTribSanRafael)

Fecha: 07/08/2009

Partes: Antonio y Otilia Elizabeth Polaksterusky

Publicado en: LLGran Cuyo2009 (diciembre), 1107

Cita Online: AR/JUR/27974/2009

Hechos:

En un juicio sucesorio el magistrado de primera instancia entendió que no resultaba posible incluir en la declaratoria de herederos al nieto del causante debido a que había existido conmoriencia entre su progenitor y su abuelo. La Cámara revocó dicho pronunciamiento.

Sumarios:

1. Si bien el abuelo y el padre del actor fallecieron al mismo tiempo según los términos del art. 109 del Código Civil, éste no puede ser excluido de la herencia de su abuelo, pues los nietos heredan por derecho de representación aún en caso de conmoriencia, en tanto la ley requiere solamente que el representado no viva al momento de la apertura de la sucesión.

Texto Completo:

2ª Instancia. — San Rafael, agosto 7 de 2009.

Considerando: I. Los antecedentes

A fs. 59 y vta. no se hace lugar a la ampliación de declarativa de herederos solicitada a favor del Sr. Danilo Oscar Bosich (fallecido, e hijo de los causantes don Antonio Bosich y doña Otilia Elizabeth Polak-Sterusky) por parte de su hijo Sr. Marcos Gabriel Bosich.

Se fundamenta el citado decisorio en que, entre el causante de autos don Antonio Bosich y su hijo don Danilo Oscar Bosich ha existido conmoriencia, por lo que de acuerdo con el art. 109 del Cód. Civil no se puede alegar transmisión alguna de derechos entre ellos. Que entonces, como la declaratoria de herederos dictada a fs. 43/44 ha sido fundada, entre otros artículos del C.P. Civil y del Cód. Civil, en el citado art. 109, ella es ajustada a derecho.

II. El recurso y sus motivos

La referida resolución es apelada por Marcos Gabriel Bosich (fs. 62), quien al fundar recurso solicita la revocación de ella y que se haga lugar a la ampliación solicitada, porque es contraria a derecho y según lo siguiente.

Que en relación a doña Otilia E. Polak (fallecida el 07/01/1997), debe tenerse presente que ella ha sido declarada heredera de su esposo don Antonio Bosich (fallecido el 16/04/1976), por lo que Danilo Bosich (hijo de ambos), premuerto a su madre, le sucede, y Marcos Bosich por representación de su padre (Danilo Bosich), también (arts. 3549 y 3556 del Cód. Civil).

Sostiene luego, que el a quo ha interpretado incorrectamente el derecho de representación que ostenta Marcos Bosich en la sucesión de sus abuelos, otorgando un alcance que no tiene el art. 109 del Cód. Civil puesto que la conmoriencia de los señores Antonio y Danilo Bosich, no tiene repercusión sobre el derecho de representación de Marcos Bosich, toda vez que el caso de conmoriencia del causante y del representado debe ser asimilado al de premoriencia.

III. El responde del heredero declarado a fs. 43/44, Alejandro Antonio Bosich.

Éste, al contestar a fs. 82 el traslado de la fundamentación de recurso antes reseñada, pide que se lo exima de costas, en razón de no haber dado lugar a la apelación articulada, ya que su parte en el escrito de apertura solicitó la declaración de heredero del apelante Marcos Gabriel Bosich.

IV. El dictamen del Ministerio Fiscal

Este Ministerio al que se le ha conferido la correspondiente intervención (conf. fs. 90 y 92), guarda absoluto silencio al respecto.

V. La solución al caso.

V. 1) La prueba colectada, que está constituida por la instrumental de fs. 5/10 y 14/15, acredita lo siguiente:

a) Que don Antonio Bosich y Otilia Elizabeth Polak contrajeron matrimonio el 20/05/1944 (fs. 8).

b) Que de ese matrimonio nacieron Alejandro Octavio Bosich el 11/03/1945 (fs. 10) y Danilo Oscar Bosich el 12/01/1948 (fs. 9).

c) Que de la unión de Danilo Oscar Bosich y Yolanda Paulina Calderón nació Marcos Gabriel Bosich el 26/08/1973 (fs. 14/15).

d) Que el día 16 de abril de 1976, a una hora no determinada fallecieron en el mismo lugar y por igual causa, Antonio Bosich y su hijo Danilo Oscar Bosich (fs. 5 y 6).

e) Que Otilia Elizabeth Polak murió el 06/01/1997.

De las constancias de autos resulta que la apertura de este sucesorio la produce el pedimento de Alejandro Antonio Bosich efectuado el 26/06/2007, quien tras mencionar el grupo familiar precedentemente referido como así también los fallecimientos de Antonio Bosich, Danilo Oscar Bosich y Otilia E. Polak, pide que se declaren únicos y universales herederos de don Antonio Bosich y de doña Otilia Elizabeth Polak, a Alejandro Antonio Bosich y a Marcos Gabriel Bosich (fs. 11/12).

Declarado abierto el juicio sucesorio (fs. 27) y efectuada la audiencia de comparendo, el único compareciente a ella Alejandro Antonio Bosich, reitera su pedido que se dicte declaratoria de herederos a él y a su sobrino Marcos Gabriel Bosich (fs. 36).

La sentencia de declaratoria de herederos declara que por fallecimiento de don Antonio Bosich, le suceden como sus herederos Alejandro Antonio Bosich y Otilia Elizabeth Polak en su carácter de cónyuge supérstite; y que por fallecimiento de esta última, le sucede su hijo Alejandro Antonio Bosich. Respecto de Marcos Gabriel Bosich nada dice (fs. 43/44).

En actuación posterior comparece este último quien formula la petición que es denegada en el auto de fs. 59 y vta. referido en el comienzo de la presente y que es objeto del recurso de apelación que nos ocupa.

V. 2) Así enjuiciada la cuestión, corresponde considerar si la referida denegatoria fundada en el art. 109 del Cód. Civil es correcta o si por el contrario la razón le asiste al apelante.

Decididamente nos pronunciamos a favor de esta última. Explicaremos por qué.

Sabido es que dentro de una misma línea de parentesco (descendientes, ascendientes o colaterales), los parientes de grado más próximo desplazan a los más lejanos (art. 3546 C.C.). Más, esta regla tiene -como el mismo artículo citado lo dice en su parte final-, una importante excepción en el derecho de representación, que nuestro Código define así: "La representación es el derecho por el cual los hijos de un grado ulterior son colocados en el grado que ocupaba su padre o madre en la familia del difunto, a fin de suceder juntos en su lugar a la misma parte de la herencia a la cual el padre o la madre habrían sucedido" (conf. art. 3549 C.C.).

Quiere decir -a modo de ejemplo-, que si a la muerte del causante queda un hijo vivo, habiendo fallecido con anterioridad el otro, que a su vez ha tenido un hijo, si se aplicara con rigurosidad la regla antes expuesta según la cual los parientes de grado más próximo excluyen a los más lejanos, este nieto del causante (hijo del hijo premuerto) quedaría excluido de la herencia del abuelo. Como esta solución es evidentemente injusta, la ley según el citado art. 3549, le reconoce a los descendientes del hijo premuerto el derecho de ocupar el lugar que hubiera tenido su padre y heredar, por tanto, en concurrencia con su tío.

Este es un recurso conocido ya en el derecho romano y afortunadamente hoy aplicado universalmente.

Venimos hablando de premoriencia, es decir del derecho de representación -con el ejemplo expuesto- del hijo del hijo premuerto del causante.

¿Pero cuál debe ser la solución de los casos no de premoriencia al que hemos hecho referencia sino de conmoriencia según acontece en la especie, en donde el reclamante al derecho hereditario es hijo de un hijo que se considera conmoriente con el causante (el abuelo de aquél)?

Recordemos, que dos tesis se han sostenido sobre este delicado problema. Según la primera, los nietos carecen en este supuesto de derecho de representación. Se funda en que la representación tiende a que los representantes sucedan juntos en la misma parte de la herencia a la cual el padre o la madre hubieran sucedido (art. 3549 C.C.); y como en caso de conmoriencia se presume que todos han muerto en el mismo momento, sin que se pueda alegar transmisión alguna entre ellos, los nietos no pueden pretender un derecho que nunca tuvo su padre.

De acuerdo con una segunda tesis -que este Tribunal decididamente comparte- los nietos heredan por derecho de representación aun en caso de conmoriencia (conf. Zannoni, t. 2, n° 801; Portas en Conmoriencia y derecho de representación, LA LEY, 66-893, Borda en Tratado de Derecho Civil - Sucesiones - T. II 9ª ed. Act. por Delfina M. Borda - Bs. As. 2008, n° 798 bis en págs. 8 y 9; Barbero en Conmoriencia y derecho de representación, LA LEY, 1978-II, 599). Este último autor arguye -en nuestra opinión-, de manera convincente que, si según la definición del art. 3549, los hijos son colocados en el grado de su padre o madre para suceder lo que ellos habrían sucedido, es porque el padre o la madre no pudieron suceder. Si murieron antes que el causante evidentemente no pudieron suceder, y si murieron al mismo tiempo, tampoco, por expresa disposición del art. 109. Luego en ambos casos hay representación.

Por su parte Eduardo A. Zannoni, al referirse al tema que nos ocupa, expresa compartir -de igual manera que esta Cámara- la idea expuesta por Portas, en el sentido que "nuestra ley no exige que el representado muera con anterioridad al causante, aunque por ser éste el caso más común, el art. 3557 se refiere a él en forma ejemplificativa. En cambio, los arts. 3549, 3554 y 3562, que delimitan la institución y sus efectos, no hacen mención alguna de la premoriencia. La ley requiere solamente que el representado no viva al momento de la apertura de la sucesión, y por definición en la conmoriencia se cumple ese requisito (conf. Derecho Civil - Derecho de las Sucesiones, Ed. Astrea - Bs. As., 1997, T. 2, pág. 23).

V. 3) En consecuencia, si como lo hemos referido: * Antonio Bosich y su hijo Danilo Oscar Bosich, murieron al mismo tiempo según los términos del art. 109 del Cód. Civil; * que años después falleció la esposa del primero y madre del segundo, Otilia E. Polak; y que a la muerte de todos ellos les sobrevivieron Alejandro Antonio Bosich (hijo de Antonio Bosich y Otilia E. Polak) y Marcos Gabriel Bosich (hijo de Danilo Oscar Bosich y nieto de Antonio Bosich y Otilia E. Polak), este último no puede ser excluido de la herencia como erróneamente lo dispone el auto apelado, correspondiendo que se lo incluya en la declaratoria de herederos, tal como lo requiere el apelante y lo solicitó el heredero declarado al abrir la sucesión (postura que ratifica al responder el recurso de apelación).

Corresponde entonces, la revocación del auto apelado, con imposición de costas por su orden

según el art. 36 inc. V del C.P. Civil. En cuanto a los honorarios, ellos serán regulados de acuerdo con las pautas del art. 10 de la ley 3641 (t.o. s/ dec. ley 1304/75) por tratarse de una cuestión que si bien tiene un contenido económico él no puede ser valuado, y en correlación con los arts. 1º, 14, 15, 31 y conc. del citado cuerpo legal.

Por todo ello, el Tribunal Resuelve: I. Revocar la resolución de fs. 59 y vta. II. Incluir como heredero en los dispositivos I) y II) de la sentencia de fs. 43/44, al Sr. Marcos Gabriel Bosich – D.N.I. N°..., en su carácter de representante de su padre fallecido Sr. Danilo Oscar Bosich hijo de don Antonio Bosich y de doña Otilia Elizabeth Polak- Sterusky. III. Imponer las costas de esta instancia, por su orden. IV. Regular los honorarios profesionales de la siguiente forma: Dr. J. A. N. en la suma de pesos cien (\$100); Dr. D. G. B. en la suma de pesos treinta (\$30) y Dr. D. C. G. en la suma de pesos cuarenta (\$40).

De conformidad con lo dispuesto por el art. 2º de la ley 3800, se hace constar que no firma la presente resolución la Dra. Liliana Gaitan, por encontrarse en uso de licencia. — *Nelia Lambardi de Lucchesi.* — *Ricardo A. Angriman.*

