



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FCE
FACULTAD DE
CIENCIAS ECONÓMICAS

EL TESTAMENTO COMO HERRAMIENTA IDÓNEA PARA LA PROTECCIÓN FAMILIAR

Trabajo de Investigación

POR

Liliana Beatriz Cardozo
Paula Etel López Sandez
Víctor Hugo Quintana Arratia
Noelia Fernanda Villafañe Crespo

DIRECTORA:

Prof. María Margarita Heluani

M e n d o z a - 2 0 1 3

Índice

Introducción	1
<hr/>	
Capítulo I	
El hombre, la familia y el derecho de propiedad	3
<hr/>	
A. EL HOMBRE Y LA FAMILIA	3
1. Antecedentes históricos	3
2. La familia: Conceptualización	4
3. Origen de la familia	5
4. Funciones de la familia moderna	7
5. Tipología de la familia	9
B. EL DERECHO DE PROPIEDAD	10
1. El origen de la noción de propiedad	10
2. Concepto de propiedad privada	13
3. Propiedad y dominio	14
4. Fundamentación del derecho de propiedad	14
Capítulo II	
Sucesión y derecho sucesorio	17
<hr/>	
A. SUCESIÓN	17
1. Concepto	17
2. Tipos de sucesión	18
3. Elementos de la sucesión mortis causa	20
4. Tipos de sucesión mortis causa	29
5. Distintos sistemas de sucesión	30
B. DERECHO SUCESORIO	31
1. Concepto	31
2. Régimen legal	31
3. Fundamento del derecho sucesorio	32

Capítulo III

Disposiciones de última voluntad y su uso en la planificación sucesoria

33

A. ORIGEN DE LA NECESIDAD DE ESTABLECER DISPOSICIONES DE ÚLTIMA VOLUNTAD	33
B. LA PLANIFICACIÓN SUCESORIA	34
C. CLASES DE PLANIFICACIÓN SUCESORIA	34
1. Planificación con fines de partición y/o indivisión	34
2. Planificación con fines de mejorar a un heredero forzoso	35
3. Planificación con fines de administración a favor de un heredero forzoso	35
4. Planificación con fines de beneficiar a un extraño	35
5. Planificación con fines de creación de instancias eficaces de autocomposición o heterocomposición de conflictos sucesorios	36
6. Planificación con fines de transmisión de la empresa familiar	36
D. LÍMITES PARA LA PLANIFICACIÓN SUCESORIA: AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD VERSUS EL ORDEN PÚBLICO SUCESORIO	36
E. DISTINTAS HERRAMIENTAS PARA PLANIFICAR LA SUCESIÓN	37
1. Fideicomiso	37
2. Donaciones	38
3. Constitución de bien de familia	39
4. Sociedades	39
5. Seguros	39
6. Testamento	40
7. Otros instrumentos	40

Capítulo IV

El testamento: parte general

43

A. CONCEPTO DE TESTAMENTO	43
B. CARACTERÍSTICAS DEL TESTAMENTO	44
C. ELEMENTOS DEL TESTAMENTO	45
1. Elemento objetivo:	45
2. Elemento subjetivo	46
3. Elemento formal	46
4. Tipos de testamento	48
5. Libertad de testar	57
6. El Testamento y la Legítima	58

Capítulo V

El testamento y las disposiciones testamentarias

64

A. EL TESTAMENTO COMO GARANTÍA DE QUE SE CUMPLA LA VOLUNTAD DEL TESTADOR	64
B. CONTENIDO DEL TESTAMENTO	64
1. Designar herederos	64
2. Establecer legados	66
a) Legado de cuota parte	66
b) Legado de cosa determinada	66
c) Legado de género o de cosa indeterminada	67
d) Legado de prestaciones periódicas	67
e) Legados de derechos reales	68
f) Legado de crédito	68
g) Legado de liberación de deuda	68
h) Legado de deuda	69
i) Legado a favor del acreedor	69
3. Mejorar la porción legítima	69
4. Realizar partición por ascendientes	69
5. Imponer una indivisión forzosa	70
6. Establecer la condición de no enajenar el bien legado por un plazo no mayor de diez años	70
7. Disponer la afectación de un inmueble como bien de familia	71
8. Desheredar a un hijo que haya cometido graves injurias contra el padre o la madre	71
9. Establecer el perdón expreso del indigno	72
10. Designar tutores para sus hijos menores	74
11. La designación de un curador para sus hijos mayores dementes o sordomudos	74
12. Revocar la existencia de otro testamento	77
13. La disposición de todo el cadáver del disponente o de partes separables del mismo (órganos o materiales anatómicos), para uso científico o para ser implantadas dichas partes separables en otros seres humanos vivos	77
14. Reconocer hijos de una relación extramatrimonial o de un hijo por nacer de una unión actual	79
15. Crear un fideicomiso	80
16. Designar albacea	85
17. Designar contador-partidor	87
18. Designar el abogado que quiere que se ocupe de su sucesión	88

C. EL TESTAMENTO Y LA PROTECCIÓN DE LOS PARIENTES CON CAPACIDADES DIFERENTES	88
Conclusión	89
Bibliografía	90

Introducción

Si bien el término “testamento” es muy conocido y cualquier persona, en menor o mayor grado comprende su significado, en nuestro país, no tenemos como costumbre la acción de testar. ¿Y esto por qué? Porque los argentinos preferimos dejar que el tema sucesorio lo arregle el Juez de la sucesión, con la ingenua idea de que nuestros seres queridos, al momento de nuestro deceso, no se van a pelear en nuestro lecho de muerte. Y decimos, que es una idea “ingenua”, con toda la connotación de la palabra, ya que es de público conocimiento de que toda sucesión, trae en cierto modo, un conflicto familiar.

Entonces, nuestra preciada “familia”, este instituto tan amparado por nuestra legislación, ve afectado sus vínculos afectivos, cuando aparece el juicio sucesorio, y no porque éste tenga un origen conflictivo, ya que por el contrario es voluntario, sino porque el conflicto aparece ante la falta de una planificación sucesoria. Tal vez, el difunto antes de morir, tenía bien en claro cuáles eran sus intenciones para el momento de su muerte, y hasta es muy probable que los herederos tuvieran conocimiento de las mismas, pero al no quedar plasmadas por escrito, “los interesados pierden la memoria” y las mismas no son consideradas por el Juez.

El presente trabajo pretende informar a la sociedad argentina sobre los beneficios que se obtienen al realizar una buena planificación sucesoria; el común de los argentinos no hace testamento y esto implica un riesgo para la institución familiar, la cual puede quedar desprotegida a la hora de la muerte del sucesor.

En el comienzo de esta obra, se puede observar cómo desde los albores de la humanidad el hombre se ha visto en la necesidad de vivir en sociedad, lo que lo ha llevado en un primer momento a vivir en grandes grupos, unidos por un vínculo común y general, para luego pasar a un grupo más pequeño, la familia, con un unión mucho más profunda, ligados por vínculos fraternos y afectivos. En relación al tema, vimos oportuno hacer mención del derecho de propiedad, ya que sin el mismo no existiría la necesidad de suceder.

A posteriori, se intenta que el lector incorpore los conceptos básicos de la sucesión y el derecho sucesorio, que le permita formarse una visión para comprender la sucesión testamentaria.

Con la lectura de los dos capítulos anteriores, el lector estará en condiciones de comprender el núcleo del trabajo, y al adentrarse en la necesidad de establecer disposiciones de última voluntad, podrá considerar valioso realizar una buena planificación sucesoria.

Por último se intenta informar al lector sobre el instrumento testamentario, y las grandes ventajas que implicaría su uso; no tan sólo para ser una guía esquemática de sus disposiciones de última voluntad, sino también para asegurarse que las mismas se cumplan, y por sobre todo evitar que queden desprotegidos aquellos que más puedan verse vulnerados al momento de su muerte y mitigar los conflictos familiares que podrían poner en riesgo los vínculos afectivos de sus miembros. De esta forma, se espera que el trabajo sea útil para la comunidad argentina, permitiendo aumentar el actual uso del testamento.

Capítulo I

El hombre, la familia y el derecho de propiedad

A. El hombre y la familia

1. Antecedentes históricos

Tal como lo afirmó Aristóteles "*el hombre es un ser social por naturaleza*", y por ello, desde la prehistoria, se ha podido apreciar que el ser humano, con el fin de satisfacer sus necesidades básicas, ha debido valerse de la ayuda de sus congéneres, conformando diversos grupos sociales, lo que le ha permitido aumentar las posibilidades de supervivencia.

El sociólogo francés, Émile Durkheim, en su obra "*Les regles de la methode sociologique*", concibe que la forma de sociedad más simple y primitiva, era la horda, definiéndola como "*un conglomerado social que no comprende y no ha comprendido nunca en su seno ningún otro grupo más elemental, pero que se resuelve inmediatamente en individuos. Éstos no forman, en el interior del grupo total, grupos especiales ni diferentes del anterior; están yuxtapuestos atómicamente...*", mientras que los clanes eran agrupaciones de hordas y las tribus se conformaba por un conjunto de clanes. Estas formas primitivas de agrupación social, estaban compuestas por alrededor de cinco a ochenta personas, unidos por un vínculo ancestral (real o mitológico), bajo la dirección de un líder, el cual era elegido en forma informal, y se caracterizaban por la promiscuidad de las relaciones entre sus miembros, la solidaridad, el intercambio recíproco y la igualdad social.

¹ DURKHEIM, Emile, **Les regles de la methode sociologique** citado por CHAMPURÍN de, Ernestina, **Las reglas del método sociológico**, 3ª ed., Fondo de Cultura Económica, en *Colección Cuadernos de la Gaceta* (México, 1986), pág. 133.

Con el correr del tiempo, el vínculo común y general que caracterizaba al clan, fue reemplazado por el sentimiento familiar, lo que posibilitó la formación de grupos más pequeños y discriminados, surgiendo así la familia, unidos por vínculos fraternos y afectivos.

2. La familia: Conceptualización

Si bien el término "familia" nos resulta "familiar", ya que es común en nuestro vocabulario, a la hora de conceptualizarlo se hace difícil precisar su significado.

a) Desde un punto de vista etimológico

La palabra familia procede del latín familia, famŭlus, el cual a su vez deviene del vocablo famel, que según el osco (lengua indoeuropea prehistórica) significa: siervo, esclavo; teniendo su origen más remoto en el término sánscrito vama que hace referencia al hogar, significando por consiguiente "*conjunto de personas y/o siervos que habitan bajo la dirección de un jefe de hogar (pater familias)*".

b) Desde un punto de vista jurídico

El término familia hace referencia a lo que comúnmente llamamos parientes o parentela, e incluye al parentesco por consanguinidad (ascendientes, descendientes, colaterales), por adopción (ya sea plena o simple), por afinidad (ascendientes, descendientes y colaterales del cónyuge) y al propio cónyuge, que no es un pariente propiamente dicho. Responde a este concepto, lo que Belluscio² denomina familia en sentido amplio, definiéndolo como el "*conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico de orden familiar*".

c) Desde un punto de vista sociológico

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, expresa en su Art. 16, inc. 3, que "*la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene el derecho a la protección de la sociedad y del estado*". Siguiendo esta idea, nuestra Constitución Nacional incorporó el Art. 14 Bis, el cual dispone que: "*...En especial, la ley establecerá: ... la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna*", poniendo así de manifiesto, la obligación del Estado de defensa y/o protección de la familia. Aquí es donde toma relevancia la noción de familia en sentido

restringido, que es aquella formada por el padre, la madre y los hijos que se encuentran bajo su potestad; ésta familia es a la que Durkheim, hacía alusión cuando se refería a la familia conyugal o pequeña familia) como última etapa de la evolución de la historia de la familia.³

3. Origen de la familia

Con respecto a la pre-historia, existen diversas hipótesis planteadas por la Sociología, que tienen por objeto vislumbrar el origen de la familia; que no pasan de ser más que "simples supuestos", más o menos verosímiles, pero carentes de certeza histórica, ya que las mismas se han elaborado en base al estudio de la organización de los pueblos que aún contemporáneamente permanecieron en un estado primitivo de organización y de precarios datos materiales directos. Dichas hipótesis, han llevado a la creación de diversas teorías, entre las que se distinguen:

a) *La teoría matriarcal*

Los sociólogos basados en esta teoría, consideran que en la época primitiva, debido a la promiscuidad existente, el padre ocupaba un papel secundario (ya que la paternidad era insegura) y la madre era el centro y origen de la familia. Luego, en un período avanzado, con la prohibición del incesto, al pasarse de la exogamia a la endogamia y por último a la monogamia, se substituyó el "parentesco por línea materna o uterino" por el "parentesco paterno o agnaticio".

Tal como lo indica Belluscio⁴, los principales sostenedores de esta tesis, fueron Bachofen, Morgan, Mac Lennan y Giraud – Teulon.

b) *La teoría patriarcal*

Por oposición a la teoría matriarcal, ésta niega la promiscuidad primitiva y considera que el hombre, desde los albores de la humanidad, ha sido el único centro de la familia.

El principal expositor de esta teoría, fue Sumner Maine, que en su obra Derecho Antiguo (Ancient Law)⁵ expresa: "...*El pariente varón de más edad, el ascendiente mayor de edad, era*

² BELLUSCIO, Augusto César, **Manual de derecho de familia**, T. I., 7ª ed., Astrea (Buenos Aires, 2004), pág. 3.

³ "...En la evolución de la historia de la familia, Durkheim vislumbra lo que denomina la "ley de contracción de la familia" con lo cual sitúa sus orígenes en el clan exógamo amorfo (la familia primitiva, un grupo político familiar originario, relativamente indiferenciado, fundado en el totemismo y las creencias míticas). A partir de éste se pasa al clan diferenciado, a la familia diferenciada y luego a la familia indivisa de agnados del tipo zadruga que constituye una forma de familia extensa. Otra serie de etapas marca el desarrollo de formas familiares más restringidas, la familia patriarcal romana y la paterna germana, hasta llegar a la familia conyugal basada en el matrimonio y compuesta por el marido, la esposa y los hijos menores solteros..." texto extraído del libro: BACA OLAMENDI, Laura, **Léxico de la política**, Fondo de la Cultura Económica (México, 2000), 831 pág. 234.

dueño absoluto en su casa; tenía el poder de vida y muerte sobre sus hijos y su familia, al mismo tiempo que sobre sus esclavos, y en realidad, las relaciones de padre e hijo y de señor y esclavo, no diferían apenas en otra cosa que en la capacidad del hijo para llegar a jefe de la familia..." y con el fin de refutar las teorías matriarcales, efectúa los siguientes argumentos: En primer lugar niega que el hombre, en estado salvaje, haya practicado la promiscuidad en sus relaciones sexuales, ya que ni siquiera en los animales se puede observar ello de modo uniforme; en segundo lugar, afirma que el hetairismo suprime, de la vida del hombre en los primitivos tiempos, el celo sexual y el sentimiento del amor, lo que no se puede llegar a entender, ya que las mismas hacen a la esencia del hombre; en tercer lugar considera violento para nuestro razonamiento, admitir de una manera normal, que las sociedades primitivas eran promiscuas, ya que ésta es actualmente una situación patológica, enferma y poco favorable a los fines de reproducción de la especie. Y en cuarto lugar, concluye que tales teorías del hetairismo, promiscuidad y matriarcado, son opuestas a las manifestaciones de la religión universal, que otorgaba autoridad y superioridad a la figura paterna.

En síntesis, Henry Sumner Maine como todos aquellos que siguen esta teoría, se apoyan principalmente en la primera pareja mencionada en la Biblia, es decir que para ellos, la humanidad surge con la pareja de Adán y Eva, lo que los lleva a concluir que la familia primitiva, ha sido patriarcal desde sus orígenes.

c) *Fases en la organización familiar*

Avanzando en el tiempo, y adentrándonos en la época histórica, podemos observar, tal como lo señala Borda⁶, tres fases o etapas en la organización familiar:

(1) EL CLAN

Agrupación social, política y económica, compuesta por grandes familias o grupos de familias, basados en un sistema de igualitarismo democrático, bajo la autoridad de un jefe común.

Un ejemplo de este tipo de organización familiar, lo encontramos en la familia germánica o sippe; en donde los miembros de la misma, se sentían portadores de la fuerza de la sangre que habían recibido de sus antepasados, y por ello sentían la necesidad de legarlo a sus

⁴ BELLUSCIO, Augusto César, **op. cit.**, pág. 14.

⁵ SUMNER MAINE, Henry, **Derecho Antiguo**, parte general, Escuela Tipográfica del Hospicio (Madrid, 1893), pág. 88.

⁶ BORDA, Guillermo A, **Tratado de Derecho Civil - Familia**, T. I., 4ª ed., Abeledo-Perrot (Buenos Aires, 1993), pág. 4.

descendientes. Lo antes mencionado, explica el hecho de que los germanos trataban de destacarse, sobre todo en las batallas, para poder transmitir de generación en generación su honor y dignidad.

En esta etapa, el nombre constaba de un solo elemento, y por ello, cada vez que el clan se hacía más numeroso, se presentaban mayores dificultades al aumentar las coincidencias de personas con el mismo nombre, lo que llevó a que se le efectuara un agregado a ese nombre único, como el nombre del padre de la persona nombrada (por ejemplo Isaac hijo de Pedro), o del lugar de nacimiento (por ejemplo Jesús de Nazareth), entre otros.

(2) LA GRAN FAMILIA (O FAMILIA EXTENSA)

El aumento de la población, y los cambios en la cultura, hicieron necesario la creación de una organización de un nivel superior que la familia, surgiendo así el Estado, a quien se lo invistió del poder político, quedando la familia como una agrupación social y económica. Un ejemplo de esta fase, es la familia romana primitiva, dónde el *pater familiae* es el jefe supremo de una comunidad conformada por su mujer, hijos, parientes y esclavos; con poder absoluto sobre los integrantes de la gran familia, y único dueño de todos los bienes familiares y al momento de su muerte era adorado como dios lar, es decir como el Dios doméstico de la familia.

(3) LA PEQUEÑA FAMILIA (O FAMILIA NUCLEAR)

Los cambios económicos y culturales, producidos por el aumento de la riqueza, por la dureza con la que el *pater* ejercía su poder, la abolición de la esclavitud, el cristianismo, entre otras cosas, llevaron a que la familia se redujera, y se limitara a cumplir una función biológica y espiritual, dejando en manos del Estado las demás funciones.

Esta etapa, está ejemplificada por la familia nuclear (o familia moderna), que es aquella que conforme al refrán: "el casado casa quiere", se aísla de la parentela, con el objeto de crear su propia familia, en otro hogar, separado de su familia de origen.

4. Funciones de la familia moderna

Según López Herrera⁷, *"La familia moderna no es sino una vinculación natural de personas, que nace por la fuerza de las necesidades fisiológicas y se desarrolla con el impulso*

⁷ LÓPEZ HERRERA, Francisco, **Derecho de Familia**, Tomo I, 2ª ed., Universidad Católica Andrés Bello (Caracas,

del instinto, con el mandato del deber moral y con el juego de circunstancias afectivas...", siendo sus principales funciones las siguientes:

a) *Función de supervivencia de la especie humana*

El "mantener la especie", no sólo se limita al hecho del instinto natural de procreación, sino también el de la protección de la descendencia para que no perezca, por lo tanto los padres tienen el deber de alimentar y proteger a sus hijos menores de edad, como así también los hijos tienen el deber de asistencia a sus progenitores, cuando éstos lo precisen. Tal es así, que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948) deja expreso en su Art. XXX que: "*Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten*".

b) *Función educativa*

Esta función hace referencia a la educación de la prole. Esta función parte de la idea de que los padres, al dar vida a los hijos, se encuentran obligados a darles educación y por lo tanto son los primeros y principales educadores. La familia debe cumplir este deber de educación familiar, siendo entonces la primera escuela de las virtudes sociales, que todas las sociedades necesitan. Esta función tiene por objeto, que los padres preparen para la vida a sus hijos, de forma tal que cuando llegue el momento en que éstos constituyan nuevas familias se encuentren instruidos para repetir el ciclo.

c) *Función conservadora de la civilización*

Esta función hace referencia que la familia, cumple la función de transmitir de generación en generación el aprendizaje de los antepasados, sus valores, sus costumbres, para así contribuir y facilitar el desarrollo de los miembros de la misma.

d) *Función socializadora*

La familia es la encargada de procurar que sus hijos se desarrollen como miembros de una nación y de un grupo social, afianzando el sentimiento de "pertenencia al grupo", y respetando su cultura.

5. Tipología de la familia

En la actualidad, con los cambios producidos en nuestra cultura, la familia ha sufrido cambios notables, pudiendo distinguir los siguientes tipos de familia:

a) *Familia nuclear*

Es el tipo de familia clásica, conformada por el padre, la madre y los hijos menores.

b) *Familia monoparental*

Es aquella clase de familia, que se encuentra conformada por uno de los padres y sus hijos. Este tipo de familia puede verse originado por la separación de hecho o divorcio vincular de los padres; el fallecimiento de uno de los cónyuges o el caso de la madre soltera.

c) *Familia homoparental*

Es el tipo de familia, formada por una pareja homosexual y sus hijos biológicos o adoptados. Nuestro Código Civil, reformado por la Ley 26.618, se ha adaptado al cambio que ha vivido nuestra cultura en torno a las relaciones afectivas, reconociendo un trato igualitario respecto de las familias homoparentales y las clásicas.

d) *Familia concubinaria o de hecho*

Se da en el caso, que una pareja convive sin la existencia de un vínculo conyugal. Bossert y Zannoni⁸ conceptualizan al concubinato expresando que: "*El concubinato es la unión permanente de un hombre y una mujer que, sin estar unidos en matrimonio, mantienen una comunidad de habitación y de vida similar a la que existe entre cónyuges*".

⁸ BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A., **Manual de derecho de familia**, 6ª ed. Actualizada, Astrea (Buenos Aires, 2004), pág. 423.

e) ***Familia extendida o parental***

Como su nombre lo indica, es aquel tipo de familia que incluye, además de los miembros de la familia clásica, a los parientes consanguíneos o afines, por ejemplo: abuelos, tíos, primos, suegros, etcétera

f) ***Familia acoplada, ensamblada o reconstituida***

Es aquella que se encuentra conformada por el agregado de dos o más familias; por ejemplo cuando una madre sola con hijos se va a vivir junto a un padre viudo con hijos. En la actualidad, nos encontramos cada vez más con este tipo de familia, conformada por "*los tuyos, los míos, los nuestros*", y esto se debe a que los divorcios han aumentado progresivamente en los últimos años.

Tal como lo indican los Dres. Roberto Savariano y Graciela Mariano de Bustinza, en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia⁹, "*la complejidad del sistema de relaciones de grupos familiares obliga a los que operan con ella a abandonar toda idea dogmática acerca de la familia nuclear y exige la necesidad de estar abiertos a una revisión constante de sus ciclos vitales*".

B. El derecho de propiedad

1. El origen de la noción de propiedad

El sociólogo Lewis Morgan, al diferenciar los distintos estadios del salvajismo y barbarie¹⁰, y el filósofo Friedrich Engels, en su obra "*El Origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*"¹¹, son quienes nos brindan, a nuestro criterio, una claridad visual de cómo el concepto de "propiedad" se fue instaurando en la mente del ser humano.

⁹ SAVARIANO, Roberto y MARIANO de BUSTINZA Graciela, **El derecho de familia y los nuevos paradigmas**, en *X Congreso Internacional de Derecho de Familia*, (Mendoza, 1998), pág. 2.

¹⁰ MORGAN, Lewis H., **Ancient Society of Research in the Lines of Human Progress from Savagery through Barbarium to Civilization**, trad. La Sociedad Primitiva, Editorial Ayuso (Madrid, 1975), pág. 77/98.

¹¹ ENGELS, Friedrich, **El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado**, Planeta - Agostini (Barcelona, 1992), pág. 27/64.

a) *Periodo de Salvajismo***(1) ESTADIO INFERIOR DEL SALVAJISMO**

El cual comienza con la infancia del hombre y finaliza con la adquisición de una subsistencia a base de pescado y el conocimiento del uso del fuego. Durante este periodo, los hombres permanecían en los bosques tropicales o subtropicales, viviendo, por lo menos en forma parcial, en los árboles, hecho que le permitía sobrevivir a posibles ataques de las grandes fieras salvajes. Subsistían en base a frutos, nueces y raíces, que le servían de alimento. En esta etapa, no es posible hablar de propiedad, ya que el hombre ni si quiera producía su propio sustento; además el hecho de que debían vivir escapando de todos los peligros que lo acechaban, hacía que éstos no tuvieran un lugar fijo de residencia, siendo nómades por naturaleza.

(2) ESTADIO MEDIO DEL SALVAJISMO

El cual comienza con el empleo del pescado, como base alimentaria, gracias al uso del fuego y culmina con la invención del arco y flecha. Durante este período, los hombres se diseminaron por la mayor parte de la tierra, siguiendo el curso de los ríos y mares; así mismo en este estadio gracias a la invención de las primeras armas (la maza y la lanza) aparece la caza como una forma de provisión eventual de alimentos. En este periodo, podríamos decir que surge en el hombre la noción de posesión de la tierra, por lo menos de un modo temporal, ya que si bien en esa época los seres humanos eran nómades, ya comenzaban a asentarse en algunos puntos específicos para no les faltara el sustento.

(3) ESTADIO SUPERIOR DEL SALVAJISMO

Este periodo tiene su comienzo con la invención del arco y de la flecha, y tiene su fin al nacer el arte de la alfarería. Durante este estadio, los hombres comenzaron a vivir en aldeas fijas, haciendo de la caza una de sus ocupaciones normales. Es decir, que en las primeras comunidades humanas vivieron en forma pacífica, en un comunismo primitivo, basados en un sistema social de ayuda mutua, donde no existía la propiedad privada y tampoco existían niveles jerárquicos.

b) Periodo de la Barbarie

(1) ESTADIO INFERIOR DE LA BARBARIE

Tiene su comienzo con la alfarería, y tiene su fin en el continente oriental, con la domesticación y cría de animales y en el continente occidental con el cultivo del maíz y plantas mediante riego, juntamente con la utilización de adobe o piedra para la construcción de casas.

(2) ESTADIO MEDIO DE LA BARBARIE

El cual comienza en el continente oriental, con la domesticación y cría de animales y en el continente occidental con el cultivo del maíz y plantas mediante riego, y culmina con la invención del procedimiento de fundir el hierro con metal. Durante este periodo, los hombres del continente oriental tenían una vida pastoril, al domesticar los animales formaban rebaños y se suministraban de leche y carne; en cambio los hombres del continente occidental, basaban su alimentación en ciertos cultivos hortenses y otras plantas de huerta, vivían en casas de madera, en aldeas protegidas por empalizadas (cercados), lo que nos lleva a pensar que se estaba comenzando a instaurar en esa época, la idea de la propiedad.

(3) ESTADIO SUPERIOR DE LA BARBARIE

Comenzó con el trabajo de hierro y culminó con la invención del alfabeto fonético y el uso de la escritura en la notación literaria. Durante este periodo, el hombre comenzó a practicar la agricultura, a través de la invención del arado de hierro tirado por animales domésticos y la tala, a través del hacha y la pala de hierro, lo que motivó un rápido aumento de la población. Es en esta etapa, donde comienza a instaurarse en la mente del ser humano la idea de la propiedad, ya que el hombre deja de ser un simple depredador y pasa a ser un "hombre productor", que producía bienes para su subsistencia, los acopiaba e intercambiaba, surgiendo de este modo también el trueque.

Tal como lo indica Engels, podemos concluir que *"la domesticación de animales y la cría de ganado habían abierto manantiales de riqueza desconocidos hasta entonces, creando relaciones sociales enteramente nuevas. Hasta el estadio inferior de la barbarie, la riqueza duradera se limitaba poco más o menos a la habitación, los vestidos, adornos primitivos y los enseres necesarios para obtener y preparar alimentos: la barca, las armas, los utensilios caseros más sencillos..."*¹², y dicha riqueza, pertenecía en su origen a la gens, pero luego debió

¹² **Ibíd.**, pág. 56.

desarrollarse la propiedad privada de los rebaños y es por ello que en los umbrales de la historia, nos encontramos a los rebaños como propiedad particular de los jefes de familia, al igual que los productos de arte, los enseres de metal como así también los esclavos.

Todas las civilizaciones, hasta el presente, se han basado en la propiedad privada de los medios de producción. Civilización y propiedad privada fueron siempre de la mano.

Ludwig von Mises

2. Concepto de propiedad privada

a) Desde un punto de vista etimológico

El término propiedad surge del vocablo latino propietas, el cual deviene de la voz propierum, que significa "lo que pertenece a una persona o es propio de ella", y desde un punto de vista gramatical, la Real Academia Española define a la propiedad como: "Derecho o facultad de poseer alguien algo y poder disponer de ello dentro de los límites legales".

b) Desde un punto de vista legal

Se puede definir a la propiedad como todo derecho (ya sea personal o real) susceptible de apreciación pecuniaria, el cual puede recaer tanto sobre cosas materiales (dominio) como inmateriales (como por ejemplo, el derecho de propiedad intelectual).

c) Desde el punto de vista de nuestro régimen jurídico

Nuestra Constitución Nacional, utiliza la expresión "propiedad" tanto en su Art. 14, en el que expresa: "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: ... de usar y disponer de su propiedad...", como en su Art. 17, donde dispone: "La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada...". Haciendo una lectura de los mencionados artículos, podemos inferir que nuestra Carta Magna, considera que la propiedad privada es un derecho natural, y por ello sólo lo garantiza, sin cuestionar su existencia.

3. Propiedad y dominio

Desde el derecho romano, ambos términos (propiedad y dominio) han sido utilizados como sinónimos; y si hacemos una lectura a nuestro Código Civil, podremos observar que Velez Sarsfield, utiliza estos vocablos como equivalentes, en varias disposiciones normativas. Sin embargo, es importante aclarar que no significan lo mismo, ya que la propiedad es el género y el dominio la especie; es decir que "todo dominio es propiedad, pero no toda propiedad es dominio".

El art. 2.506 del Código Civil Argentino, define al dominio de la siguiente forma: "*El dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona*" y esta definición, pone de manifiesto que el objeto del dominio son sólo las cosas, es decir bienes materiales, por lo que técnicamente el derecho de dominio es mucho más específico que el derecho de propiedad.

4. Fundamentación del derecho de propiedad

a) *Desde el punto de vista de derecho natural*

El mentor de la teoría que considera que la propiedad es un derecho natural, fue el pensador inglés John Locke, el cual afirmaba que la misma era un derecho que le correspondía al ser humano por naturaleza. Los argumentos de Locke, fueron expresados en su obra "Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil"¹³, donde entre otras cosas deja en claro su pensamiento, al manifestar que la tierra y todo lo que habita en ella fue dado por Dios a la humanidad para garantizar su supervivencia, y por ello el hombre, se vio en la necesidad de "apropiarse" de alguna manera de ellos, y la vía por la que se produce dicha apropiación, es a través del trabajo; es decir que las cosas recién tienen valor agregado cuando se les aplica a ellas por la que se produce dicha apropiación, es a través del trabajo; es decir que las cosas recién tienen valor agregado cuando se les aplica a ellas las manos del hombre. Según Miguel Ángel Quintana Paz, el razonamiento de Locke resultaba simple: "*nadie puede negar que mi trabajo es algo mío, que no le pertenece a ninguna persona que no sea yo (pues entonces estaríamos hablando de (...) esclavitud). Si yo he unido, luego, mi trabajo a algún objeto material (por ejemplo, a las zarzamoras del bosque, al recolectarlas...), entonces esos objetos, que están compuestos de una*

¹³ LOCKE, John, **Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil -Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil**, trad. por Carlos Mellizo, Editorial Alianza (Madrid, 1990), pág. 10/7, disponible en <http://es.scribd.com/doc/62073157/John-Locke-Segundo-Tratado-Sobre-El-Gobierno-Civil> [abr/13].

*parte natural, sí, pero también del resultado de mi trabajo, me pertenecen en virtud de esa parte mía que está a ellos adherida...".*¹⁴

b) Desde un punto de vista utilitarista

Uno de los principales propulsores de esta teoría, fue el pensador inglés Jeremy Bentham, quien criticó duramente la noción de "derecho natural" como una respuesta a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano adoptada por la Asamblea Constituyente Francesa; así pues, dejó expresado en sus manuscritos *"no existe el derecho llamado natural y a más de esto, sí hay un derecho para el hombre que vive en familia (que es lo que se llama leyes económicas..."*¹⁵, y tal como lo indica Covarrubias, al referirse a Bentham *"...invocar leyes naturales, derecho natural u honestidad común para referirse a la conducta humana no es más que proceder a espejismos o ambigüedades. Según el inglés, recurrir a estos términos implica perder de vista la eficiencia del acto legislativo, que debe quedar siempre referido a la utilidad propia indefectiblemente buscada por cada individuo. La utilidad no pide ser explicada sino administrada mediante leyes positivas y codificadas..."*¹⁶.

Es decir que para una perspectiva utilitarista lo más ético es conseguir que se otorgue la "mayor felicidad" al "mayor número posible de personas afectadas" por la acción que emprendamos; por consiguiente no atienden a normas como los derechos humanos, ni a principios morales, sino que se limitan a "calcular" qué acto reportará más beneficios (mayor bienestar) a la humanidad.

Para esta corriente la razón última de la institución de la propiedad debe su existencia a su utilidad para la sociedad, ya que la propiedad privada posee unas cualidades que resultan útiles a los individuos: promueve la eficacia en las tareas productivas; favorece el progreso y

¹⁴ QUINTANA PAZ, Miguel Ángel, **¿Es éticamente aceptable la propiedad intelectual de los derechos de autor?**, en *Revista Procesos de mercado*, vol. V, n° 1 (Madrid, 2008), pág. 100.

¹⁵ DUMONT, Esteban, **Traité de législation civile et pénale**, trad. Ramón Salas, tomo IV, Imprenta de D. Fermin Villalpando (Madrid, 1822), pág. 16.

¹⁶ COVARRUBIAS, José Enrique, **En busca del hombre útil – Un estudio comparativo del utilitarismo neomercantilista en México y Europa, 1748-1833**, Universidad Nacional Autónoma de México (México, 2005), pág. 18.

elimina conflictos, y es por ello que podemos concluir que la propiedad privada es ética desde el punto de vista del utilitarismo.

Capítulo II

Sucesión y derecho sucesorio

A. Sucesión

1. Concepto

El término "suceder" proviene del latín *succedĕre*, el cual deviene de la conjunción de 'sub' y 'cederé', que significa *"subentrar una persona en la posición que otra ocupaba en una relación jurídica determinada, la cual se mantiene inalterada"*¹⁷ y desde un punto de vista gramatical significa: *"Entrar en lugar de otra o seguirse a ella"*.¹⁸

Desde un punto de vista jurídico, se denomina "sucesión", al cambio de titularidad en una relación jurídica patrimonial, donde el nuevo titular de la misma, la adquiere a título derivativo y no a título originario; como bien sabemos, los derechos y las obligaciones, surgen a la vida jurídica y luego se extinguen, pero en el caso de la sucesión, no existe tal extinción, sino un cambio de titular, donde el sucesor continúa con el derecho del transmitente, siempre respetando el principio *nemo plus iuris*, dispuesto por el Artículo 3.270 del Código Civil que reza *"Nadie puede transmitir a otro sobre un mismo objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere" o con las obligaciones que emergen de las relaciones jurídicas existentes (exceptuando por ejemplo, las obligaciones intuitu personae)."*

¹⁷ FERRER, Francisco A. y MEDINA, Graciela, *Código Civil Comentado*, T. I, 2º ed. Actualizada, Rubinzal – Culzoni Editores (Buenos Aires, 2011), pág. 10.

¹⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Suceder*, disponible en <http://www.rae.es/drae> [abr/13].

2. Tipos de sucesión

Podemos clasificar a la sucesión según el origen de la misma y la extensión de su objeto.

a) *Según el origen*

Considerando la causa que originó la sucesión, encontramos:

(1) SUCESIÓN INTER-VIVOS

Es aquella que surge como consecuencia de un acto jurídico entre vivos, como por ejemplo aquellos derivados de los contratos de compraventa, permuta, donación, dación en pago, entre otros. Tal como lo afirma el profesor Gabriel B. Ventura *"Cuando las partes celebren un contrato con idoneidad traslativa, es decir con la forma adecuada exigida por las leyes, conforme a los sujetos, acto y objeto del mismo, dicho contrato será un "título suficiente" y, por consiguiente, podrá producir el traspaso de la propiedad del causante (vendedor, copermutante, donante, dador en pago, etc.) al sucesor"*.¹⁹ Es decir, este tipo de sucesiones, presupone un acto de disposición, donde la transmisión de derecho opera entre personas vivas, y surge como consecuencia del ejercicio de la autonomía de la voluntad, produciendo para el sucesor una "adquisición derivada traslativa de derechos" y no una adquisición derivada constitutiva de derechos, como ocurriría cuando se constituye un usufructo, servidumbre, etcétera.

(2) SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE

Es aquella que surge a raíz de un hecho jurídico, que es la "muerte" del titular de la relación jurídica que se va a suceder; es decir, como consecuencia de la muerte, la ley ordena el destino de los derechos y obligaciones que tenía la persona al momento de su muerte, y que constituye el objeto de la sucesión. Nuestro Código Civil, en su artículo 3.279, hace referencia a este tipo de sucesión, definiéndola como: *"la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla. El llamado a recibir la sucesión se llama heredero en este Código"*.

¹⁹ VENTURA, Gabriel, **Sucesión Mortis Causa Extrajudicial**, en *XI Jornada Notarial Iberoamericana* (Buenos Aires, 2004), pág. 2, disponible en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/sucesion-mortis-causa-extrajudicial> [abr/13].

A diferencia de la sucesión inter vivos, el traspaso dominial en este tipo de sucesión es más compleja, tal como lo indica el profesor Gabriel B. Ventura: *"El aspecto que inquieta hoy a la doctrina moderna..., lo constituye el traspaso dominial por causa de muerte; ... ya que se involucran aquí, para lograr la "idoneidad traslativa", también acreditaciones y declaraciones (el carácter de heredero), y que, al ser cumplidas, producen la efectiva transferencia o traspaso de los derechos de unos a otros una vez adjudicados los bienes del causante"*.²⁰

La sucesión mortis causa, produce para el sucesor, una *"adquisición derivada traslativa de derechos y obligaciones"* y en forma excepcional, puede producir una *"adquisición derivada constitutiva de derechos"*, tal es el caso de la constitución del derecho real de habitación a favor el cónyuge supérstite.

b) Según la naturaleza del objeto transferido

Considerando la extensión patrimonial de las relaciones jurídicas que se suceden, encontramos:

(1) SUCESIÓN A TÍTULO PARTICULAR

Es aquella donde la o las relaciones jurídicas de carácter patrimonial que se suceden, se encuentran individualizadas, es decir se encuentran *"determinadas individualmente"* y puede surgir como consecuencia de un acto entre vivos (por ejemplo donación, venta) o por causa de muerte (como por ejemplo el legado). El artículo 3.263 del Código Civil Argentino, en su última parte define al sucesor singular como: *"...Sucesor singular, es aquel al cual se transmite un objeto particular que sale de los bienes de otra persona."* En este tipo de sucesión se transmiten derechos singulares.

(2) SUCESIÓN A TÍTULO UNIVERSAL

Es aquella que produce un cambio de titularidad en el patrimonio íntegro de una persona, concebido como una universalidad jurídica. Este tipo de sucesión, puede comprender toda la universalidad o una parte alícuota de la misma (un tercio, un cuarto, la mitad), y es a razón de ello, que nuestro Código Civil, en su artículo 3.263, define al sucesor universal como *"...aquél a quien pasa todo, o una parte alícuota del patrimonio de otra persona..."*.

²⁰ **Ibidem**, pág. 4.

c) ***Según el origen y el objeto***

Haciendo una combinación entre los tipos de sucesiones mencionados ut supra, nos encontramos frente a las siguientes clases de sucesión:

(1) Sucesión mortis causa a título universal

En este tipo de sucesión hay sucesión en los derechos, en las deudas y en la posesión. En nuestra legislación, el heredero, es el típico sucesor universal.

(2) SUCESIÓN MORTIS CAUSA A TÍTULO PARTICULAR

Se da en el caso que el testador ha dispuesto en su testamento un legado particular. En nuestro derecho, el legatario, es el típico sucesor particular en la sucesiones por causa de muerte.

(3) SUCESIÓN INTER VIVOS A TÍTULO PARTICULAR

En el derecho argentino, la sucesión entre vivos siempre es a título particular, y el comprador, donatario, etcétera, son aquellos que asumen la calidad de sucesor.

(4) SUCESIÓN INTER VIVOS A TÍTULO UNIVERSAL

En nuestro derecho no existe esta clase de sucesión. Ejemplos de este tipo de sucesión, los encontramos en la antigua Roma con el matrimonio '*cum manu*', donde la mujer pasaba a ser *alieni iuris del Pater* familia, o el caso de la Adrogación donde el *Pater* vendía a otro *Pater* la universalidad de bienes, pasando a ser *alieni iuris* de otro *Pater*

De todos los tipos de sucesiones mencionados, nos avocaremos en profundizar la sucesión mortis causa, ya que es la pertinente a nuestro trabajo.

3. Elementos de la sucesión mortis causa

a) ***Elemento objetivo***

El objeto de la sucesión mortis causa es el patrimonio del difunto, llamado comúnmente herencia. Desde un punto de vista etimológico, el término "herencia", proviene del latín *haerentia* (*haerēre*, estar adherido), que hace referencia "al conjunto de los bienes, derechos y obligaciones que forman el patrimonio del fallecido". ¿Pero la herencia es sinónimo de patrimonio del causante? La respuesta a esta pregunta es negativa, ya que si bien, los derechos y

obligaciones con contenido patrimonial de los cuales era titular el causante, forman parte del caudal relicto, existen algunos que se extinguen con la muerte de su titular; tales como:

Los derechos reales de usufructo, uso y habitación:

Algunos beneficios otorgados por leyes de la seguridad social: como por ejemplo las jubilaciones y pensiones.

El derecho y la obligación alimentaria (con excepción de lo previsto en el artículo 208 Código Civil).

Derechos vitalicios (como rentas vitalicias), ya que dichos derechos los posee la persona mientras se encuentra viva, por lo que se extingue al producirse el fallecimiento de la misma, y por consiguiente NO forman parte de la herencia.

¿La Herencia sólo está conformada por bienes y obligaciones con contenido patrimonial?

Haciendo una lectura del contenido del artículo 498 del Código Civil, que establece: *"Los derechos no transmisibles a los herederos del acreedor, como las obligaciones no transmisibles a los herederos del deudor, se denominan en este Código: 'derechos inherentes a la persona, obligaciones inherentes a la persona'"*, podemos decir que la regla general es que los derechos y obligaciones extra-patrimoniales no forman parte de la herencia, ya que por ejemplo sería impensable admitir que los derechos de la personalidad (derecho a la vida, a la intimidad, al honor), los derechos políticos del causante y los deberes personalísimos, puedan ser transmitidos al heredero.

Con respecto a los derechos de familia, si consideramos que el estado de familia es inherente a la persona, motivo por el cual la cualidad de padre, hijo, cónyuge, etcétera, es intransmisible, podríamos decir que éstos y sus correlativas obligaciones se extinguen con la muerte de su titular, al igual que las acciones de estado de familia, aunque esto último es válido pero con excepciones, tales como: acción de reclamación de la filiación, acción de impugnación de la paternidad / maternidad, acciones de nulidad de la adopción y la acción de nulidad de matrimonio en caso de bigamia, donde éstas si son transmisibles al heredero, pudiendo actuar éste en forma activa o pasiva; así mismo existen acciones de estado de familia, que si bien son intrasmisible, pueden ser continuadas por el heredero, activa o pasivamente, como por ejemplo: acción de revocación de la adopción simple por indignidad o por no prestarse alimentos y la acción de nulidad del matrimonio, tanto en los casos de nulidad absoluta como relativa.

Si bien dijimos que los derechos personalísimos son intransmisibles, el heredero cumpliendo su función de depositario y custodio de la memoria de la persona fallecida, está

legitimado para demandar por derecho propio o puede continuar las acciones promovidas por el causante, como por ejemplo: acciones para declarar la indignidad sucesoria, revocación del legado, revocación de la donación, etcétera. Asimismo, con el fin de proteger la intimidad del causante y la integridad de su obra, el heredero está legitimado para accionar el cese de la violación de tal intimidad y el resarcimiento del daño, todo ello en defensa de la memoria del causante.

En consecuencia, podemos concluir que existen algunos derechos y obligaciones extra patrimoniales, que por un fin tutelar, son transmitidos a los herederos; y de esta manera concordamos en un todo con las palabras expresadas por el Dr. Francisco M. Ferrer que manifiesta: *"La herencia también comprende el aspecto personal, espiritual y moral de la personalidad del causante, en cuya faceta también sucede el heredero, considerándose que tiene una misión de tutela de los intereses extra patrimoniales del causante, de lo que puede llamarse su patrimonio moral, carácter del heredero que evoca el principio de continuidad personal del causante que hay en la herencia (Castán Tobeñas, Ripert-Boulanger, Zacearía, Kayser, LacruzBerdejo-Sancho Rebullida). Esta sucesión en derechos extrapatrimoniales y bienes de la personalidad expresa la solidaridad que debe existir entre los miembros de una misma familia (Ripert-Boulanger)."*²¹

b) Elemento subjetivo

Entre los sujetos que intervienen en toda sucesión mortis causa encontramos:

(1) CAUSANTE O DE CUJUS

Se denomina así al sujeto que fallece y cuyo caudal relictu se transmite a otros por motivo de su muerte. El término "de cujus", es la abreviatura de la voz latina "Is de cujus hereditate agitur", que significa "aquel de cuya herencia se trata".

(2) SUCESORES O CAUSAHABIENTES

Son los llamados a la sucesión, sea por ley o por voluntad del difunto El artículo 3.262 del Código Civil, establece que: *"Las personas a las cuales se transmiten los derechos de otras personas, de tal manera que en adelante puedan ejercerlas en su propio nombre, se llaman sucesores"*.

²¹ FERRER, Francisco A. y MEDINA, Graciela, **op. cit.**, pág. 26.

(a) *Herederos*

Es aquel sujeto llamado a suceder al causante en la universalidad de sus bienes, o en una parte alícuota de ellos, con vocación eventual al todo. El Código Civil expresa en su artículo 3.279 que: "*La sucesión es la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla. El llamado a recibir la sucesión se llama heredero en este Código*", por lo que nuestra legislación denomina "heredero" tanto al llamado por ley, como al llamado por testamento, y a consecuencia de ello, podríamos decir que estamos frente a dos tipos de herederos:

(i) El heredero legitimario

Llamado también heredero forzoso, es aquella persona física llamada por ley en una sucesión *ab intestato*.

(ii) El heredero testamentario

Es el heredero instituido por una disposición de última voluntad. A diferencia del heredero legitimario, dónde sólo podían ser personas físicas, el heredero testamentario puede ser tanto persona física como jurídica.

Coincidiendo con Zannoni, podemos afirmar que nuestra legislación, organiza un sistema de llamamientos a suceder en el ámbito de la familia, sobre la base del parentesco, y permite también al mismo causante, en vida, instituir o nombrar a quienes según su voluntad recibirán la herencia una vez fallecido.²²

Atento a lo mencionado *ut supra*, podemos apreciar, que si bien nuestro Código Civil está fuertemente influenciado por el derecho francés, se mantiene fiel con la terminología del derecho romano, en lo que respecta al heredero. Recordemos que el antiguo derecho francés, otorgaba la calidad de heredero sólo a los llamados a raíz de un vínculo de sangre con el causante, y dicho concepto se acuñaba en la frase "*Dieu seul peut faire un héritier*" ("sólo Dios puede hacer herederos"), y siguiendo a Maffia Jorge, podemos decir que el Código Napoleónico distinguía cuatro clases de sucesores: a) el heredero propiamente dicho; b) el legatario universal, que corresponde a nuestro heredero instituido; c) el legatario a título universal, lo que para nosotros es el legatario de parte alícuota; y d) el legatario a título singular.²³

²² ZANNONI, Eduardo A., **Derecho de las sucesiones**, T. 1, 4ª ed. actualizada, Astrea (Buenos Aires, 1999), pág. 11.

²³ MAFFIA, Jorge, **Manual de Derecho Sucesorio**, T.1 y 2, 4ª ed., Depalma (Buenos Aires, 1997), pág. 21.

(b) *Herederero Aparente*

Nuestro Código Civil, no da una definición de que se entiende por "Herederero aparente", sino que se puede intuir su significado a partir del artículo 3.423 del mencionado cuerpo normativo.

Según Zannoni, será herederero aparente el pariente de grado más remoto que ha entrado en posesión de la herencia por ausencia o inacción de los parientes más próximos, o un pariente del mismo grado que rehúsa reconocerle la calidad de herederero a quien pretende ser llamado a la sucesión en concurrencia con él.²⁴

En síntesis, el herederero aparente es quien se encuentra en posesión de los bienes hereditarios y se comporta como herederero real sin serlo, en virtud de un título idóneo por su naturaleza para adquirir la herencia pero ineficaz -total o parcialmente- para ello, por estar afectado de un vicio, o por existir circunstancias fácticas que le privan de sus consecuencias jurídicas.²⁵

(c) *Legatario*

Se denomina legatario a aquel que recibe una liberalidad del causante dispuesta por éste en el testamento. La diferencia entre legatario y herederero testamentario, se aprecia al observar que el legatario, es un sucesor singular, que no continúa la persona del causante, ni confunde su patrimonio con éste, y su responsabilidad se encuentra limitada al valor de la cosa legada y esto aún cuando el legado esté sujeto a reducción si sobrepasara la legítima; en cambio el herederero testamentario, es un sucesor universal, llamado por el testador a recibir la universalidad o una parte de la herencia, continúa con la persona del causante y tiene vocación al todo, pudiendo ser extendida su responsabilidad ultra vires.

Según Pérez Lasala *"el legatario no sucede en la posición jurídica del causante, sino que efectúa, esencial y directamente, una adquisición (se entiende, claro está, cuando el legado constituye una transferencia de derechos). Agota en su adquisición todas sus relaciones con el herederero o la sucesión del causante"*²⁶; es decir que el legatario es un adquirente, por lo que se lo considerará sucesor siempre y cuando adquiera efectivamente lo que el causante en su testamento le legó, y esto lo diferencia del herederero testamentario, ya que este último, como

²⁴ ZANNONI, Eduardo A., **Derecho de...op. cit.**, pág. 503.

²⁵ LLOVERAS, Nora y ORLANDI, Olga, **El herederero aparente: la perspectiva**, en *XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Revista Jurídica, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), (Buenos Aires, 2008), pág. 41.

²⁶ PEREZ LASALA, José Luis, **Curso de Derecho Sucesorio**, Depalma (Buenos Aires, 1989), pág. 53/4.

sucesor, puede hacer adquisiciones o pérdidas; en síntesis: "*El heredero adquiere porque sucede, mientras que el legatario sucede porque adquiere*".²⁷

El legatario, en suma, sólo es sucesor en bienes, derechos o valores patrimoniales determinados, que se detraen de la herencia. Por lo cual, normalmente el legatario particular es asimilable a un acreedor de la herencia, pero de rango inferior a los quirografarios, pues su crédito no puede ser pagado sino después de las cargas de la sucesión y de los acreedores del causante (arts. 3.398, 3.400, 3.475 y 3.797), y de satisfechas las legítimas (art. 3.598).²⁸

(d) *Legatario de cuota parte*

El legatario de cuota parte, también llamado legatario de cuota, o de parte alícuota, o parciario, es el sucesor a quien el testador le asigna una cuota parte fija del patrimonio que dejare a su fallecimiento, sin conferirle derecho de acrecer, es decir que su porción no se verá expandida hacia un porcentaje mayor por ausencia o renuncia de los herederos ya que la misma es inalterable; dicha cuota fija representa una parte ideal o abstracta de la universalidad jurídica que es la herencia.

A esta figura se la considera híbrida, ya que la doctrina no se ha puesto de acuerdo en considerar al legatario de cuota parte como sucesor universal o como sucesor particular; algunos autores como por ejemplo Zannoni, Maffia, Pérez Lasala, entre otros lo consideran como sucesor universal, mientras que por su lado, otros autores como Pascual y Anastasi, lo consideran como sucesor particular, al manifestar que no cumplen con los tres elementos requeridos para reunir la calidad de sucesor universal, a saber: suceder en todo el patrimonio o en una parte alícuota del mismo, continuar la persona del causante y tener vocación potencial a la universalidad (derecho de acrecer).²⁹

Por nuestra parte, estamos de acuerdo en considerar al legatario de cuota parte como sucesor universal, ya que si hacemos una lectura del artículo 3.263 de nuestro Código Civil, podremos observar que Vélez Sarsfield define al sucesor universal como aquel a quien se le transmite el todo o parte alícuota del patrimonio de una persona.

(e) *Nuera viuda sin hijos*

Nuestro Código Civil, en su artículo 3.576 bis dispone que la nuera viuda sin hijos hereda a sus suegros, en representación de su marido, en un cuarto de que lo que a éste le hubiera correspondido. El derecho de la nuera viuda sin hijos se fundamentaba por su naturaleza

²⁷ ZANNONI, Eduardo A., **Derecho de...op. cit.**, pág. 12.

²⁸ FERRER, Francisco A. y MEDINA, Graciela, **op. cit.**, pág. 35.

asistencial, ya que el legislador de aquella época pensó en la protección de la nuera pobre e indotada y sin hijo. Sin embargo, nuestra legislación no exige la incapacidad económica para otorgarle el beneficio sucesorio; éste se da aun a la nuera rica, así pues lo deja claro Acdeel Salas al expresar "*Podría pensarse que la vocación hereditaria atribuida a la nuera viuda tiene carácter asistencial, ya que se exige que no haya contraído nuevas nupcias. Tal fue el fundamento que originariamente reconoció el derecho concedido a la cónyuge en la sucesión del marido, como lo recuerda Vélez Sársfield en su nota al art. 3.572, cuando éste se otorgaba a la viuda pobre e indotada; pero como dicho extremo no es requerido en la nueva norma, nada obsta que la nuera rica sea heredera de sus suegro pobres, en concurrencia tal vez con sus cuñados todavía más pobres. Resulta claro entonces que el derecho que se le atribuye no reposa en una idea de aquel carácter, sino en el vínculo familiar existente*".³⁰

Ahora bien, si consideramos que en la actualidad no existe el carácter asistencial que inspiró la creación de la calidad de heredero forzoso de la nuera viuda sin hijos, entonces opinamos que se debería modificar la norma, estableciendo que el derecho se otorgue supeditado a razones asistenciales o en su caso suprimirlo. Por otro lado, existe jurisprudencia donde se equipara la calidad de la nuera viuda sin hijos con la de yerno viudo sin hijos, a fin de evitar "desigualdades de género", lo que complica aún más esta figura, y compartimos en un todo la opinión de Belluscio quien señala: "*...Creo que debería meditarse seriamente si se justifica en la actualidad conceder este anómalo derecho hereditario a parientes por afinidad*".³¹

(f) *El fisco*

Cuando una persona fallece, y no tiene herederos, o en el caso de que los tuviera, éstos renunciaren a la misma, entonces la herencia se reputa vacante y el patrimonio del causante pasa al Fisco. Nuestro Código Civil, en su artículo 3.588 expresa: "*A falta de los que tengan derecho a heredar..., los bienes del difunto, sean raíces o muebles, que se encuentren en el territorio de la República, ya sea extranjero o ciudadano argentino, corresponden al Fisco, provincial o nacional, según fueren las leyes que rigieren a este respecto*".

¿Entonces el Fisco tiene la calidad de heredero? No, y en este caso la doctrina argentina es unánime, ya que Vélez Sarsfield dejó bien en claro en su nota al artículo citado, que el Fisco recibe el acervo hereditario, en virtud del dominio eminente del Estado, quien es propietario de los bienes sin dueño, y esto es lo que claramente sucede cuando se produce la vacancia de la

²⁹ *Ibidem*, pág. 37.

³⁰ SALAS, Acdeel Ernesto, *La sucesión de la nuera (artículo 3576 bis del Código Civil)*, Tº IV, JA, sección doctrina, 1968, pág. 831.

³¹ BELLUSCIO, César Augusto, *La reforma del derecho de sucesiones sancionada por la Cámara de Diputados*, LL, 1994-B-1065.

herencia. Borda al referirse sobre el tema, expresa "*Prueba de ello es que los bienes no se adjudican a un solo Estado (al nacional, por ejemplo), sino a varios, si están situados en más de uno; y también que se excluye completamente al Estado extranjero, no obstante que el causante estuviera domiciliado en él al tiempo del fallecimiento*".³²

(3) ELEMENTO CAUSAL: LA VOCACIÓN HEREDITARIA

Se denomina vocación hereditaria al "*llamamiento*" para adquirir la herencia; dicho llamamiento puede provenir de la ley (sucesión legítima) o por testamento (sucesión testamentaria), y supone como sustento previo la capacidad del llamado. Siguiendo a Zannoni podemos afirmar que "... producido el fallecimiento de una persona, la ley o el testamento atribuyen a ciertas personas la titularidad de la vocación hereditaria o titularidad del llamamiento a suceder, lo cual los coloca, ipso iure, en condiciones de aceptarlo o renunciarlo. A nadie se le impone la calidad de heredero y es facultativo renunciar a tal calidad.

La opción entre la aceptación y la renuncia constituye un derecho (art. 3.313), y, si opta por esta última, se lo considera "*como no habiendo sido nunca heredero; y la sucesión se defiende como si el renunciante no hubiese existido (art. 3.353). Pero "aceptada la herencia", queda fija la propiedad de ella en la persona del aceptante, desde el día de la apertura de la sucesión*"(art. 3.344).³³

Es decir, que el llamado, tiene el derecho de escoger entre aceptar o renunciar a la herencia; por lo que, mientras no acepte la herencia, la persona sólo es titular de la vocación hereditaria, y va a pasar a ser titular de la herencia, obviamente con efecto retroactivo, una vez que acepte la misma, y a causa de la vocación hereditaria.

Como lo mencionamos anteriormente, para poder ser titular de la vocación hereditaria, se debe tener primero capacidad para recibir una sucesión, es decir poseer aptitud legal para recibir por transmisión mortis causa.

Nuestra ley, organiza el sistema de llamamientos hereditarios, en base a una sucesión de órdenes; el primer orden es de los descendientes, el segundo es de los ascendientes solos o en concurrencia con el cónyuge supérstite, el tercero es el de los parientes colaterales hasta el cuarto grado que sólo heredan ante la ausencia de descendientes, ascendientes o cónyuge. Así mismo, dentro de cada orden, el artículo 3.546 expresa "*el pariente más cercano en grado, excluye al más remoto, salvo el derecho de representación*".

³² BORDA, Guillermo A, **Tratado de Derecho Civil – Sucesiones**, T. I, Abeledo-Perrot (Buenos Aires, 1994), . punto 42.

³³ ZANNONI, Eduardo A., **Derecho de...op. cit.**, pág. 21.

Es decir, toda vocación hereditaria existe en cabeza de cada llamado desde el momento mismo de la muerte del causante. La vocación hereditaria del llamado en primer lugar y de los sucesibles en grados ulteriores coexiste simultáneamente desde la apertura de la sucesión, aunque sólo aquél posee un llamamiento actual a la herencia que le otorga el derecho de aceptar (delación). La vocación del llamado en segundo o ulterior grado es, pues, una vocación eventual, sin delación.³⁴

(4) ELEMENTO TEMPORAL

Según la nota al artículo 3.282 del Código Civil: "*La muerte, la apertura y la transmisión de la herencia, se causan en el mismo instante. No hay entre ellas el menor intervalo del tiempo: son indivisibles.*", lo que da a entender que en el mismo instante que una persona muere, se produce automáticamente la apertura de la sucesión, y al abrirse la misma, instantáneamente se transmite la herencia a los sucesores del fallecido. Por su parte, el Código Civil, establece que el sucesor recién adquiere la herencia una vez que la ha aceptado, por lo que el artículo 3.344 a fin de aclarar la situación, expresa: "aceptada la herencia, queda fija la propiedad de ella en la persona del aceptante, desde el día de la apertura de la sucesión".

(5) ELEMENTO FORMAL: EL PROCESO SUCESORIO

Siguiendo a Zannoni podemos expresar que "*El proceso sucesorio constituye fundamentalmente, el medio realizador del derecho hereditario, cuyo fin es el de asegurar que la transmisión o adquisición hereditaria se opera a la persona o personas cuya vocación resulta de la ley o del testamento válido del causante o testador*"³⁵ y sus etapas son reguladas por los Códigos Procesales Civiles de cada jurisdicción.

No debemos confundir a la apertura de la sucesión con la apertura del proceso sucesorio, y a fin de aclarar esto, seguimos a Catapano y Heluani, quienes expresan "*Cabe distinguir entre apertura de la sucesión y apertura del proceso sucesorio; la apertura de la sucesión se produce siempre a la muerte del causante...La apertura del proceso constituye, en cambio, el acto jurisdiccional por el cual el Juez competente dispone la realización de los actos procesales, tendientes a la aplicación de las normas del derecho hereditario*".³⁶

³⁴ *Ibidem*, pág. 22.

³⁵ ZANNONI, Eduardo, **El proceso sucesorio en la Provincia de Mendoza**, en *Revista de la Universidad Nacional de Cuyo*, Facultad de Ciencias Económicas, N° 5 (Mendoza, 1974).

³⁶ CATAPANO, Ricardo, HELUANI, María M. y [otros], **Temas de Derecho Sucesorio – Un enfoque jurídico contable**, Ediciones Jurídicas Cuyo (Mendoza, 1988), pág. 111.

4. Tipos de sucesión mortis causa

a) *Sucesión legítima*

También denominada sucesión *ab intestato*, es aquella que la ley defiere a los parientes más próximos, de conformidad con un orden que ella misma establece. Según Leone "*Se denomina sucesión intestada o ab intestato aquella que opera en virtud de llamamientos legítimos, sin intervenir la voluntad del causante expresada en su testamento válido. Es decir que la sucesión intestada se basa en una o más vocaciones legítimas en ausencia del testamento del causante que instituya herederos. Sin embargo, cuadra advertir que la vocación legítima, o llamamiento legal a la adquisición hereditaria, no solo suple la ausencia de testamento sino que, cuando los herederos o llamados por la ley gozan además, de una vocación legitimaria, resulta imperativo para el causante, en el sentido tradicional que no puede excluirlos 'sin justa causa de desheredación'*".³⁷

b) *Sucesión testamentaria*

Es aquel tipo de sucesión que se basa en la voluntad del difunto expresada en el testamento.

c) *Sucesión mixta*

Es aquel tipo de sucesión que se basa en parte en lo dispuesto por la ley, y en la otra parte en lo dispuesto por el testamento.

d) *En nuestro régimen legal*

Siguiendo a Borda, podemos afirmar que. "*En nuestra ley se admiten ambas clases de sucesiones, la legítima y la testamentaria,...*, Más aún, no hay ningún inconveniente en que los sucesores estén indicados en parte por la ley y en parte por la voluntad del causante,.... La ley romana "*nemo pro partetestatus...*" no rige entre nosotros. En nuestro sistema, el testador carece de facultad de disponer libremente de todos sus bienes. La ley reserva a los parientes en línea recta y al cónyuge una porción legítima, que varía según el parentesco y de la que aquél no puede disponer. Cuando no hay herederos forzosos, el testador tiene libertad para distribuir sus

³⁷ LOENE, Carolina Paula, **Derecho de las sucesiones**, en *Publicación del Grupo Interamericano de Reflexión Científica*, Año II, GIRC N° 34 (Abril, 2009), pág. 6.

bienes como mejor le plazca. Si no lo hace, la misma ley, interpretando sus deseos, adjudica su patrimonio a sus parientes en determinado orden y hasta el cuarto grado.

En cuanto a la porción disponible de la herencia, queda siempre librada al arbitrio del testador, aunque haya herederos forzosos.³⁸

5. Distintos sistemas de sucesión

Una larga controversia se ha producido en torno a la cuestión de que si el sucesor continúa la persona del causante o simplemente lo sucede en sus bienes. Esta tiene una repercusión importantísima en todo el derecho sucesorio.³⁹

a) *Sucesión en la persona*

En el derecho romano primitivo se acuñó la idea de la sucesión en la persona, donde se entendía que muerta la persona, era "indispensable" que alguien ocupara su lugar, con la finalidad de que éste ejerciese la autoridad dentro de la familia, y no se interrumpiese el culto familiar. Así mismo, el hecho de que el sucesor recibiese bienes del causante, se tomaba como elemento accesorio de la continuación de la persona.

El sistema romano adquirió un renovado impulso con el aporte de los juristas franceses, Charles Aubry y Charles Frédéric Rau, quienes consideraron al patrimonio como un atributo de la personalidad, es decir que no concebían a la persona sin patrimonio, y consideraban que el mismo era único e indivisible y como consecuencia de ello, no se concebía su transmisión a los herederos sino mediante la ficción de que éstos continúan con la persona del muerto.

b) *Sucesión en los bienes*

A diferencia de la concepción anterior, respecto a la sucesión en la persona, este sistema afirma que el heredero no ocupa el lugar del difunto. Borda al respecto expresa: *"La realidad jurídica de nuestros días es que el heredero sucede al causante únicamente en sus bienes. Es verdad que deberá también pagar las deudas, en tanto aquellos bienes alcancen a cubrirlas, pero para ello no es necesario recurrir a la ficción de la continuación de la persona. Lo impone no sólo un elemental principio de ética, sino también una necesidad económica. Si las obligaciones concluyeran con la muerte, todo el tráfico jurídico debería hacerse al contado; los*

³⁸ BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil – Sucesiones...op. cit.*, punto 5 y 6.

³⁹ BORDA, Guillermo A., *Manual de Sucesiones*, XIV ed. actualizada, Abeledo-Perrot (Buenos Aires, 2004), pág. 13.

*préstamos, las operaciones a plazo, los contratos de tracto sucesivo (locación, sociedad, etc.) serían prácticamente inconcebibles, pues nadie podría exponerse al riesgo de la muerte del contratante y la consiguiente extinción de todos los derechos creditorios emergentes del acto celebrado con él".*⁴⁰

c) *En nuestro ordenamiento jurídico*

Borda considera que Vélez Sársfield definió, en el art. 2.312 del Cód. Civil, al patrimonio con un criterio realista, considerándolo como el conjunto de los bienes de una persona, y al tratar el tema de las sucesiones se vio influenciado por la teoría de Aubry y Rau, siguiendo el sistema de la continuación de la persona, produciéndose una confusión del patrimonio del heredero con el del causante, y manifiesta que: *"En el artículo 3.417 Ver Texto, establece el sistema de la continuación de la persona: El heredero que ha entrado en posesión de la herencia o que ha sido puesto en ella por juez competente, continúa la persona del difunto y es propietario, acreedor o deudor de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor, con excepción de aquellos derechos que no son transmisibles por sucesión".*⁴¹

B. Derecho sucesorio

1. Concepto

Se puede definir al concepto sucesorio como el conjunto de normas jurídicas que regulan la transmisión hereditaria de una persona (causante) a favor de otra u otras personas (sucesores), sea por disposición de la ley o la voluntad del difunto.

2. Régimen legal

En nuestro régimen legal, el derecho sucesorio se encuentra contenido en las normas del Código Civil, Libro V, arts. 3.279 al 3.874.

⁴⁰ BORDA, Guillermo A, **Tratado de Derecho Civil – Sucesiones...op. cit.**, punto 13.

⁴¹ **Ibidem**, punto 14.

3. Fundamento del derecho sucesorio

El derecho de sucesión se trata de una institución consustanciada con la naturaleza humana, se apoya en diversos motivos:

- La transmisión mortis causa es inseparable de la propiedad privada, sin el derecho de sucesión seríamos meros usufructuarios vitalicios de los bienes por nosotros adquiridos.
- La sucesión tiene un sentido trascendente ya que no todo termina con la muerte. Responde al deseo humano de perpetuarse, que no se cumple solamente con los hijos, en la continuidad de la sangre, sino también en las obras.
- Responde a la necesidad de defender y fortificar la familia. Con gran frecuencia, el patrimonio de una persona es el fruto de la colaboración del cónyuge y de los hijos. Este trabajo carecería de aliciente si, al morir el padre, los bienes fueran a parar a manos del Estado.
- Hay también una razón de interés económico social. Si el hombre supiera que al morir, todo su trabajo va a quedar anulado, un egoísmo lo llevaría a disfrutar lo más posible sus bienes, a tratar de consumirlos junto con su vida. En vez de productores de riquezas, los hombres se convertirían en destructores, ya que el hombre no trabaja para la comunidad sino para sí y sus seres queridos.⁴²

⁴² BORDA, Guillermo A., **Manual de... op. cit.**, pág. 10.

Capítulo III

Disposiciones de última voluntad y su uso en la planificación sucesoria

A. Origen de la necesidad de establecer disposiciones de última voluntad

Desde que el hombre tomó conciencia del valor de la familia, de la importancia que tenía la propiedad privada, y del hecho de que se podía transmitir a sus herederos, las riquezas que había acumulado en vida, se vio en la necesidad de planificar su sucesión, estableciendo disposiciones de última voluntad que fueran respetadas al momento de su muerte, con el fin de proteger a su familia y no dejarla desamparada cuando se produjese su deceso.

Sin embargo, en la actualidad según datos de la Cámara Civil, apenas el 15% de las personas que viven en nuestro país, realiza testamentos y manifiesta su voluntad a través de los mismos; un caso paradigmático, muy conocido, es el de Juan Feliciano Manubens Calvet, un terrateniente que murió en 1981, dueño de una importantísima fortuna, el cual nunca se casó, ni dejó descendencia como así tampoco dejó testamento alguno, por lo que su herencia fue disputada por sus sobrinos nietos, lo que implicó que protagonizara uno de los casos judiciales más controvertidos en Argentina, durante las últimas décadas, situación que se podría haber evitado si Manubens Calvet hubiese hecho un testamento. Como vemos, en nuestro país, la mayoría de las personas no planifican su sucesión, ya sea por el miedo de pensar en su muerte (el típico pensamiento "no hablemos de la muerte, no vaya a ser cosa que la llamemos") o simplemente por dejar todo para mañana, considerando que todavía son muy jóvenes para pensar en la muerte, sin tomar conciencia que "nadie es inmortal", que la muerte llega tarde o temprano, y que "es mejor prevenir que curar". Por eso, es importante realizar una buena planificación sucesoria, con el fin de que nuestros seres queridos no se encuentren desamparados ante la presencia de nuestro deceso, pero no sólo planificarla sino también dejar asentado por escrito nuestras disposiciones de última voluntad, y de esta forma prevenir conflictos y prever el futuro en un marco de equidad, ya que de lo contrario "las palabras se las lleva el viento".

B. La planificación sucesoria

La planificación sucesoria es definida por el Dr. Glikin, como *"un proceso de elección de metas, y los pasos para lograrlas, a fin de que la transmisión hereditaria o la sucesión en una empresa responda a los intereses y deseos del heredante y a las necesidades de su entorno afectivo, en un marco de equidad"*.⁴³

Por su parte, la Profesora Heluani, define a la planificación sucesoria como *"un conjunto de pasos adecuados para la mejor transmisión el patrimonio, teniendo en cuenta "cada caso concreto"*.⁴⁴

Tal como lo indica Glikin, *"¿quién no sabe racionalmente que un día ha de morir?- transitamos este mundo como si fuésemos inmortales. Y esto nos cuesta. Hasta es posible que nos duela. Nos resistimos a programar las cosas para el día en que la muerte nos lleve de este mundo (...) pensar en la herencia no es un asunto relacionado con la muerte; en verdad se trata de todo lo contrario: es ordenar el presente y el futuro, tomar decisiones que alivian inmensamente a las personas y les permiten avanzar por el largo resto de sus vidas liberados de angustias y de incertidumbre. En definitiva, es un asunto "del más acá" que beneficia la forma de vivir en forma inmediata y duradera"*.⁴⁵

C. Clases de planificación sucesoria

Los profesores Iglesias y Hernández⁴⁶ nos señalan que la planificación sucesoria puede reconocer diferentes clases o especies, atendiendo a la función práctica a la que está llamada a cumplir, reconociendo, entre otras variantes, a las que comentamos en los puntos siguientes.

1. Planificación con fines de partición y/o indivisión

Es decir, para partir o mantener indiviso los bienes del acervo hereditario. En tal supuesto, el ordenamiento jurídico nos brinda algunos instrumentos valiosos. Piénsese por

⁴³ GLIKIN, Leonardo J., **El Psicólogo en la Planificación Sucesoria**, publicado en Planificación Sucesoria Personal, disponible en <http://www.caps.com.ar/news/81/pdf/planificacion-sucesoria-personal-g.pdf> [abr/13].

⁴⁴ HELUANI, María Margarita, **El testamento como herramienta de planificación sucesoria**, en *Libro de Jornadas de Ciencias Económicas*, UNC-FCE (Mendoza, 2006).

⁴⁵ GLIKIN, Leonardo J., **Pensar la Herencia**, 2° ed., Caps Ediciones (Buenos Aires, 2000), pág. 125.

⁴⁶ IGLESIAS, Mariana B. y HERNANDEZ, Carlos A., **La planificación sucesoria: diálogo entre el Derecho Contractual y el Derecho Sucesorio**, disponible en <http://www.hernandeziglesias.com.ar/upload/PlanificacionSucesoria.pdf> [may/13].

ejemplo, en el caso previsto en el artículo 3.514 del Código Civil, que da cuenta de la partición por ascendiente, que puede materializarse a través de una donación o de un testamento. Un supuesto paradigmático de planificación con propósito de indivisión lo reconocemos en la Ley 14.394, cuyo artículo 51 admite específicamente que el causante se encuentra autorizado a imponer una indivisión hereditaria con el límite temporal de 10 años, plazo que puede extenderse o excepcionarse frente a circunstancias especiales. Como se advierte, en ambos casos la lógica es la misma por cuanto se trata de dos caras de idéntica moneda.

2. Planificación con fines de mejorar a un heredero forzoso

No puede negarse, sin embargo, la escasa utilización de la figura entre nosotros, pese al conjunto de mecanismos a través de los cuales puede concretarse, sea a partir de un testamento o mediante pactos sobre herencia futura. En tal sentido, el derecho vigente admite diferentes variantes, emergentes de los artículos 1.805, 3.524 y 3.604 del Código Civil. A nuestro modo de ver, se trata de un instituto útil, por cuanto la realidad social nos muestra que no siempre todos los herederos deben ser merecedores del mismo trato, por lo cual se justifica que el causante pueda quedar habilitado para hacer discriminaciones o fraccionamientos que puedan atender a la concreta conformación de una determinada estructura familiar.

3. Planificación con fines de administración a favor de un heredero forzoso

Repárese, por ejemplo, en la necesidad de resguardar o proteger a ciertos herederos, que por minoridad o insanía, se encuentran en una situación de debilidad a la cual el causante quiere considerar de modo particular. En tales supuestos, nuestro ordenamiento jurídico brinda un conjunto de herramientas, presentes en el Derecho Sucesorio y en el Derecho Contractual, que persiguen planificar estrategias adecuadas. Así, por ejemplo, el fideicomiso se constituye en un instrumento paradigmático.

4. Planificación con fines de beneficiar a un extraño

Es decir, a un sujeto que no es heredero. En ocasiones, la planificación aquí persigue garantizar un destino específico a ciertos bienes del acervo. En tal caso se sitúan las donaciones a favor de instituciones benéficas o para desarrollar o potenciar emprendimientos culturales. En este ámbito no pueden soslayarse los conflictos judiciales habidos con motivo de la interpretación y alcance temporal de los cargos bajo los cuales se otorgan dichas liberalidades, que ponen en evidencia la complejidad de la cuestión.

5. Planificación con fines de creación de instancias eficaces de autocomposición o heterocomposición de conflictos sucesorios

Por ejemplo, incorporar en el testamento un mecanismo tendiente a establecer procedimientos de composición de futuras disputas. El propósito no es otro que recurrir a mecanismos eficaces, menos costosos y más ágiles.

6. Planificación con fines de transmisión de la empresa familiar

Aquí, se planifica para concretar una trasmisión no traumática de los emprendimientos familiares. Este constituye un tema de estudio e interés en el último tiempo, que ha sido considerado principalmente desde la perspectiva del Derecho Societario, pese a su directa filiación con el Derecho Contractual y el Derecho Sucesorio. La relevancia del tema resulta ostensible, toda vez que interesa de modo especial para evitar que la muerte de alguno o varios de sus titulares pueda poner en riesgo la estructura de un bien tan valioso –social y económicamente- como lo es la empresa familiar.

Aunque existe cierto prejuicio en creer que la planificación constituye una estrategia aplicable y útil para las grandes sucesiones, nos parece que se trata de un instrumento valioso al que puede acudir no sólo para resolver los problemas que suscitan las transferencias mortis causa de dichos patrimonios, sino también el de las pequeñas sucesiones, como podría resultar de la donación del único inmueble de titularidad del causante.

D. Límites para la planificación sucesoria: autonomía de la voluntad versus el orden público sucesorio

En Argentina, la doctrina ha debatido enérgicamente con relación a la legítima hereditaria, que obliga al causante a respetar una determinada porción de la herencia, a favor de ciertos herederos (denominados herederos forzosos), limitándose así la eficacia de las liberalidades que éste realice durante su vida, ya sea en forma de donación o legados.

En relación a este tema, Iglesias y Hernández, expresan: "*Habida cuenta que recién a partir del fallecimiento del causante los herederos que dan habilitados para accionar a efectos de atacar esas liberalidades que exceden la porción disponible, y que en idéntico tiempo se determina el valor de la legítima, la planificación necesariamente habrá de atender a dichos extremos, lo que constituye un aspecto de cierta incertidumbre sobre el cual debe operarse adecuadamente, dado que nunca existe certeza absoluta en orden a saber si un patrimonio va o*

*no a movilizarse (vg. es posible que una donación que al momento de su perfeccionamiento vulnere la legítima hereditaria, por constituir un bien valioso del patrimonio del donante, tal hipotética inoficiosidad quede despejada al momento de la muerte de éste, al haber incorporado otros bienes a su patrimonio).*⁴⁷

E. Distintas herramientas para planificar la sucesión

Nuestra legislación, nos permite utilizar diversas herramientas para poder realizar una buena planificación sucesoria, así la Doctora Mirta Núñez, nos indica cuáles son los instrumentos legales más utilizados a fin de cumplir el cometido mencionado.

1. Fideicomiso

Es una figura legal muy utilizada en Estados Unidos y en Inglaterra y bastante poco conocida en Argentina. Se encuentra legislada actualmente por la Ley 24.441 desde 1995 y requiere un minucioso estudio para no ser invalidada posteriormente en la justicia. Se puede constituir por contrato o por testamento.

Existe fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmite a otra la propiedad de determinados bienes a otro (fiduciario), quien se obliga a administrarlo en beneficio de un tercero (beneficiario) y que en una fecha determinada, que no puede exceder los 30 años, o al cumplirse una condición, lo debe pasar a favor de ese tercero, de una cuarta persona o del propio fiduciante (constituyente). El fiduciario posee un dominio imperfecto, ese bien no entra en su patrimonio, percibe honorarios por su actuación y debe rendir cuentas de su gestión. El beneficiario recibe la renta que produzca el bien del fideicomiso.

Los beneficios del fideicomiso son:

- Que se genera un patrimonio de afectación, separado de los patrimonios del fiduciante, del titular fiduciario y de los beneficiarios o fideicomisarios.
- Es inembargable por los acreedores del fiduciante y fiduciario salvo caso de fraude.
- No es afectado en caso de quiebra del fiduciario o fiduciante.

El fideicomiso sirve para garantizar la continuidad de la empresa en caso de fallecimiento de un socio, para liquidarla, para liquidar bienes de la sociedad conyugal en caso

⁴⁷ **Ibidem.**

de divorcio, para proteger intereses de menores e incapaces, para proteger a personas por nacer, para impedir la administración de la herencia de los hijos menores por el ex cónyuge si no se lo considerara apto para ello, para proyectos inmobiliarios. Existen distintos tipos de fideicomiso: de garantía, de administración, de inversión, de seguro, financiero, etc. Es importante destacar que el fiduciario tiene que ser una persona de "total confianza" y capacidad para desempeñarse como tal.

2. Donaciones

Es habitual en muchos casos que - para evitar el gasto de una futura sucesión - se donen en vida los bienes a los hijos o directamente se adquieran con dinero propio pero a nombre de éstos.

Este fin loable, debe ser minuciosamente analizado, ya que si se trata de hijos menores (es usual que en un divorcio uno de los cónyuges inscriba su parte a nombre de los hijos menores) el bien únicamente se podrá vender con autorización del Asesor de Menores y del Juez y con cargo de reinvertir el dinero en un bien similar, trámite engorroso (porque exige peritos tasadores e intervención de abogado) y no permitiría que por ejemplo, ese dinero se destine a la atención de la salud del padre -que aún está vivo.

Otro caso es el de las donaciones a favor de hijos mayores de edad. En este caso muchas veces no se tiene presente que son los jóvenes quienes más expuestos se pueden ver a un posible embargo porque iniciaron un emprendimiento comercial y les fue mal, porque chocaron con la moto y no tenían seguro, ello sin contar con que "ese hijo puede ser maravilloso", pero nunca se sabe con quién se va a casar y qué influencia y afán patrimonial puede tener la nuera o yerno en el futuro. No son pocos los casos de padres que han donado en vida sus bienes a los hijos y al poco tiempo estos los han internado en un geriátrico expulsándolos de la casa que en realidad - aunque la hayan donado para evitar una sucesión - aún era habitada por ellos.

Por eso no siempre la donación es la mejor solución y en caso de hacerla o haberla hecho, es sumamente aconsejable que los padres se reserven el usufructo vitalicio, lo cual significa que pueden vivir allí hasta que mueran (aún cuando un acreedor embargara la nuda propiedad de los hijos) o pueden alquilarla y utilizar para ellos esa renta. No aconsejamos jamás hacer donaciones sin reserva de usufructo.

También es importante que la donación contenga una cláusula de retroversión, que significa que si su hijo llega a morir antes, ese bien no pasa a sus herederos sino que vuelve a su patrimonio. Y por último, el derecho de acrecer, que significa que si uno de los dos padres

muere antes que el otro, el sobreviviente no tendrá el usufructo sobre el 50 % del bien sino sobre el 100 % del mismo.

3. Constitución de bien de familia

La constitución de bien de familia es aconsejable para todos, ya que aún sin tener actividades comerciales riesgosas, nadie sabe si un día puede chocar con el auto y encontrarse con que el seguro que tenía contratado entró en liquidación y debe responder con su patrimonio propio o bien si se trata de un profesional puede llegar a tener un juicio por mala praxis profesional y no contar con un seguro que lo proteja.

4. Sociedades

Existen distintos tipos de sociedad: irregulares y regulares. Dentro de las regulares pueden ser de personas: sociedad de hecho, sociedad colectiva o de capital: sociedad anónima. En algunos casos es conveniente constituir una sociedad para evitar que todo el patrimonio esté expuesto a las deudas personales o a un nuevo matrimonio, pero en otros casos la existencia de una sociedad que no cotiza en bolsa, sino que su característica principal es "la persona" de uno de los socios y no hay herederos preparados o con voluntad de reemplazar al fallecido, puede generar serios conflictos. Por eso hay que analizar los pro y los contras de constituir o no sociedades y en su caso de prever un seguro que permita al socio sobreviviente adquirir la parte de la empresa a los herederos.

5. Seguros

También en nuestro país está poco difundida la cultura del seguro, tal vez por las malas experiencias que hemos tenido con compañías de seguro que han entrado en liquidación a la hora que las necesitamos para cubrir un siniestro. Pero existen compañías muy sólidas y antiguas en el mercado, con sede central en el exterior y la posibilidad de asesorarse antes de contratar con un profesional altamente especializado en la materia e inclusive controlar en Superintendencia de Seguros de la Nación el estado patrimonial y posicionamiento en el mercado de cada compañía y demás datos.

Generalmente se acostumbra asegurar sólo los automotores y en algunos pocos casos la vivienda o los muebles, pero pocas veces se piensa en el seguro de vida, ya que como ello implica pensar en la muerte y existe una resistencia a contratar. En otros países, sin embargo, es una herramienta muy difundida y para la planificación sucesoria se la considera como una de las

principales que le permite llegar a brindarle a la familia la protección necesaria acorde a sus necesidades o a las propias de quién lo contrato, ya que hay seguros que se pueden cobrar antes del deceso. Uno de los beneficios del seguro de vida es que el beneficiario no necesariamente tiene que coincidir con un heredero legítimo (se puede beneficiar a la pareja conviviente no heredera, por ejemplo).

Existen compañías que pagan las indemnizaciones en dólares, con lo cual se mantiene el poder adquisitivo de la moneda.

6. Testamento

En la Argentina no existe una cultura del testamento. Es más, hay gente que cree que están prohibidos cuando se tienen herederos forzosos y esto no es así. La ley lo único que establece es que hay una determinada porción de la herencia sobre la cual no se puede disponer si hay herederos forzosos, pero sí se puede hacer en un cierto porcentaje, ya sea para mejorar la porción hereditaria de un heredero o bien para testar a favor de un tercero o entidad de beneficencia. Obviamente, en caso de no tener herederos forzosos, se puede testar por el 100 % y es aconsejable hacerlo, antes que dejar que su patrimonio se convierta en una herencia vacante que supuestamente será destinada a fines educativos pero que sabemos que en la práctica *"nunca llega"...*⁴⁸

7. Otros instrumentos

A los instrumentos mencionados por la Dra. Núñez, podemos agregar los comentados en los puntos siguientes.

a) *El mandato irrevocable*

Si bien nuestro Código Civil, establece como regla general que el mandato es revocable, existen situaciones especiales que lo convierten en irrevocables; así pues, en su artículo 1977 dispone: *"El mandato puede ser irrevocable siempre que sea para negocios especiales, limitado en el tiempo y en razón de un interés legítimo de los contratantes o un tercero. Mediando justa causa podrá revocarse"* y en su artículo 1.982 establece *"El mandato continúa subsistiendo aun después de la muerte del mandante, cuando ha sido dado en el interés común de éste y del mandatario, o en el interés de un tercero"*.

⁴⁸ NÚÑEZ, Mirta, **Planificación patrimonial**, en *Dinero y Finanzas*, 10 de mayo de 2005.

Las mencionadas disposiciones legales, tornan al mandato irrevocable como un mecanismo idóneo para planificar la sucesión. En este sentido, la jurisprudencia argentina, reconoció la validez de una donación efectuada por el mandatario, luego de la muerte del donante, formalizado mediante un poder especial.⁴⁹

b) La renta vitalicia

La renta vitalicia, es un contrato oneroso y aleatorio, el cual debe ser formalizado por escritura pública, donde una de las partes entrega a la otra un capital (que puede ser cosas muebles, inmuebles, dinero y cualquier otro bien o derecho susceptible de valoración económica; una parte de la doctrina considera que también puede referirse a una prestación de hacer o a cosas futuras) a cambio de que la otra, asuma la obligación de pagar una renta en dinero a favor de una o varias personas, por un periodo de tiempo periódico y determinado.

La renta vitalicia, es un interesante mecanismo de planificación, y puede ser utilizado por ejemplo para compensar las distribuciones particionarias asimétricas establecidas que acuerden los herederos.

Por otro lado, el artículo 2.078, de nuestro Código Civil, establece que: *"El contrato de renta vitalicia será de ningún efecto cuando la renta ha sido constituida en cabeza de una persona que no existía el día de su formación, o en la de una persona que estaba atacada, en el momento del contrato, de una enfermedad de la que muriere en los treinta días siguientes, aunque las partes hayan tenido conocimiento de la enfermedad"*⁵⁰, es decir si la persona, no estando enferma, falleciere dentro de los treinta días, este hecho no afectaría el contrato; al igual que si la persona hubiese estado enferma al momento de celebrar el contrato, pero falleciera dentro de los treinta días por una causa distinta a su enfermedad.

⁴⁹ CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE SAN ISIDRO, Roson, María T. c/ Takagi, Kazuoni, 23/03/93, *Revista del Notariado* N° 833 (Abril/Junio de 1993), pág. 441.

⁵⁰ PITA, Enrique citado por LORENZETTI, Ricardo y HERNÁNDEZ, Carlos A., **Código Civil Comentado. Contratos**, T. III, Rubinzal-Culzoni (Santa Fe, 2008), pág. 63 y ss.

Capítulo IV

El testamento: parte general

A. Concepto de testamento

Desde un punto de vista etimológico, el término testamento proviene del latín "*testamentum*", que significa "testimonio de la voluntad", proveniente del verbo "testari" – "poner por testigo, atestiguar" y del sustantivo "testis" – "testigo", lo que implicaba que para hacer un testamento era imprescindible la presencia de un testigo.

Desde un punto de vista legal, nuestro Código Civil, en su artículo 3.607, define al testamento como un acto escrito, celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte. Siguiendo a Zannoni, coincidimos en que: *"la definición legal connota el contenido patrimonial del testamento, como acto de disposición de bienes, para después de la muerte, y, por ello, fuente de vocaciones concretadas mediante una declaración específica: la llamada delación testamentaria. Es claro que el testamento no sólo prefigura un acto de disposición patrimonial. Hemos visto en otro lugar que el acto puede contener sólo disposiciones de orden extrapatrimonial, como el reconocimiento de hijos (conf.art. 248, inc. 3o, Cód. Civil), nombramiento de tutores a los hijos menores (art. 383, Cód. Civil), etcétera. Por ello, más ajustadamente, la doctrina moderna prefiere definir al testamento como el acto unilateral y unipersonal mediante el cual una persona dispone de sus intereses, patrimoniales y/o extrapatrimoniales, para después de su muerte".*⁵¹

⁵¹ ZANNONI, Eduardo A., **Derecho de...**, op. cit., pág. 538.

B. Características del testamento

La Profesora María Margarita Heluani, es quien a nuestro criterio, nos brinda con mayor claridad las características del testamento, cuando expresa que "Las notas características del testamento son:

- Es un negocio jurídico personalísimo, lo que implica que la facultad de otorgarlo no puede delegarse en otra persona; cada individuo hace por sí su testamento, no cabe hacer testamento por medio de representante. Por ello el Art. 3.619 C.C. dispone que Las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador. Este no puede delegarlas ni dar poder a otro para testar, ni dejar ninguna de sus disposiciones al arbitrio de un tercero.
- Es un acto individual, un testamento en cada acto de testar y para una sola persona; no es posible que en un mismo acto otorguen testamento al mismo tiempo dos o más personas. Así el art. 3.618 C.C. dispone "*Un testamento no puede ser hecho en el mismo acto, por dos o más personas, sea en favor de un tercero, sea a título de disposición recíproca y mutua*". Esta prohibición del testamento mancomunado no impide que dos o más personas puedan hacer su testamento de forma simultánea –pero en actos separados-, y que en cada testamento se instituyan herederos recíprocamente; por ejemplo, A y B –que son marido y mujer- pueden el mismo día y ante el mismo notario hacer su respectivo testamento en el que cada uno de ellos instituye heredero al otro; aquí no hay testamento mancomunado (un solo testamento en el que varias personas al mismo tiempo disponen de sus bienes), sino dos testamentos simultáneos.
- Se trata de un negocio jurídico esencialmente revocable; el causante puede variar su última voluntad tantas veces como quiera, variando su testamento; para ello, sólo necesita otorgar un nuevo testamento, sin que sea preciso que el nuevo testamento modificativo del anterior sea del mismo tipo que el que se modifica.
- Es un negocio jurídico formal, en el sentido de que la manifestación de voluntad del testador tiene que exteriorizarse mediante alguna de las formas de testamento previstas por la ley; la forma es elemento esencial del negocio Arts. 3.627, 3.631 y concordantes. Como vimos anteriormente los testamentos son actos jurídicos formales solemnes, de solemnidad absoluta o sustancial, es decir que la vulneración de sus formalidades trae aparejada su nulidad con la gravedad de que el testamento nulo no vale como un acto distinto, salvo en lo referente al reconocimiento de hijos extramatrimoniales.

La justificación de las formalidades la encontramos en la necesidad de obtener una mayor seriedad en la voluntad testamentaria. Por otra parte las formalidades facilitan la prueba . y la certeza de que esa es la voluntad del testador y que no es una versión tergiversada relatada por un tercero en el caso del testamento oral o nuncupativo, prohibido por nuestro derecho.

No hay que olvidar que los efectos del testamento y por tanto su eficacia se va a tener en cuenta cuando el causante ya esté muerto y no pueda defender su voluntad.

La Suprema Corte de Mendoza ha sostenido que "las formas testamentarias tienen por objeto asegurar que el instrumento donde consten las últimas voluntades de una persona sea real y verdaderamente suyo. Lo que debe tenerse en cuenta es la voluntad del testador y no caer en el rito de formas inútiles contempladas en el Código"(SC. Mendoza, Sala I, 11/06/74, L.L.1975-A-790 (32178-S))[8]

- Aunque normalmente el testamento es un acto de liberalidad que hace el testador a sus herederos y, por ello, es un acto gratuito, no es esencial que el testador tenga ese ánimo de liberalidad por lo que puede imponer cargas y gravámenes a sus herederos.
- A diferencia de lo que sucedía en el derecho romano, que exigía la existencia de institución de heredero, en el derecho actual se puede hacer testamento sin designar heredero El art. 3.710 dispone "*La institución de heredero puede ser hecha sólo por testamento. El testador puede instituir o dejar de instituir heredero en su testamento. Si no instituye heredero, sus disposiciones deben cumplirse; y en el remanente de sus bienes se sucederá como se ordena en las sucesiones intestadas*".⁵²

C. Elementos del testamento

1. Elemento objetivo:

Siguiendo a Margarita Heluani, coincidimos en que "*el objeto específico del testamento es la disposición de los bienes del otorgante para después de su muerte. De este modo el contenido esencial es de naturaleza eminentemente patrimonial, lo cual no impide incluir disposiciones extrapatrimoniales, ..., podemos apreciar que mediante estas disposiciones mortis causa se puede planificar la sucesión.*"⁵³

⁵² HELUANI, María Margarita, **El testamento como...**, op. cit.

⁵³ **Ibidem.**

2. Elemento subjetivo

El Código Civil, en su artículo 3.606, expresa *"Toda persona legalmente capaz de tener voluntad y de manifestarla, tiene la facultad de disponer de sus bienes por testamento, con arreglo a las disposiciones de este Código, sea bajo el título de institución de herederos, o bajo el título de legados, o bajo cualquiera otra denominación propia para expresar su voluntad"*.

Es decir que nuestro régimen legal establece que la persona para poder testar debe cumplir con al menos dos requisitos: ser mayor de 18 años y que se encuentre en "perfecta razón", lo que implica que no debe sufrir ni enfermedades mentales que afecten su deliberación y voluntad, ni de alcoholismo crónico o sea toxicómano, ni cualquier otra causa que afecte su buen criterio, y esto es independientemente de la existencia o no de una sentencia judicial que lo declare demente.

Por tanto son incapaces para testar, los menores de edad, los dementes declarados judicialmente (si una persona testa luego de haber sido declarado demente por vía judicial, entonces ese testamento será reputado como nulo); los dementes no declarados judicialmente como tal, que a criterio del juez presentaren ausencia de perfecta razón y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito.

3. Elemento formal

El testamento debe cumplir ciertas formalidades (y por ello decimos que es un acto formal) y en caso de que no cumpla con los requerimientos estipulados por ley, será tachado como nulo (y esto es lo que le da la característica de solemne, ya que si el testamento incumple alguna formalidad será considerado inválido).

Los requisitos formales son necesarios para otorgarle mayor seguridad jurídica, ya que si no existiesen, muchos documentos podrían ser considerados como testamento, aunque no fuese esa la voluntad del causante.

Si bien cada testamento tiene sus formalidades particulares, existen dos requisitos que son comunes a todos los testamentos (salvo excepciones) y que no deben faltar; a saber:

a) *La firma del testador*

Nuestro Código Civil, en su artículo 3.633, dispone *"La firma debe escribirse con todas las letras alfabéticas que componen su nombre y apellido. El testamento no se tendrá por firmado cuando sólo se ha sucrito el apellido o las iniciales"*, agregando además: *"Sin embargo,*

una firma irregular e incompleta se considerará suficiente cuando la persona estuviere acostumbrada a firmar de esa manera los actos públicos y privados".

Por su parte Font define a la firma como "*el trazo grafológico que habitualmente utiliza la persona para expresar su voluntad, tanto para los actos públicos como para los privados*".⁵⁴ En la práctica, se considera que nuestra legislación hace referencia a la firma en este último sentido, por lo que la mayoría de nuestra doctrina entiende que no debe considerarse como firma la reproducción del nombre y apellido, si ésta no fuera la firma habitual del testador, reputando en tal caso al testamento como no válido.

La excepción a este requisito se da en el caso de que se trate de un testamento por acto público, cuando el testador no supiere o no pudiese firmar; en este caso no será considerada indispensable la firma.

b) La presencia de testigos

En todos los testamentos es necesaria la presencia de testigos, salvo cuando el testamento sea ológrafo; la función del testigo es la de confirmar que el testador ha testado libremente y asegurar que las disposiciones testamentarias contenidas en el mismo sean auténticas.

No pueden ser testigos: los menores de edad, los privados de su razón (que incluye no sólo los dementes, sino también los ebrios, seniles, drogadictos, etcétera), los ciegos, los sordos y los mudos. Así mismo no podrán ser testigos quienes no entiendan el idioma nacional y el idioma en que se redactó el testamento; los que no residieran en el distrito dónde se otorga el testamento; los ascendientes o descendientes del testador; los beneficiados por el testamento (en el caso de que alguno de los beneficiarios fuera testigo, no provocará la nulidad del testamento sino que caducará el beneficio a su favor) y los parientes del escribano dentro del 4º grado, su cónyuge, los dependientes de su oficina y sus domésticos.

Asimismo, nuestra legislación le otorga al testador una amplia libertad de elección de las formas ordinarias de testar; pudiendo elegir entre el testamento ológrafo, o el cerrado o el efectuado por acto público. Además la ley reconoce formas especiales o extraordinarias de testar, que se utilizan bajo ciertas condiciones, pero que en la actualidad están cayendo en desuso. Más adelante nos referiremos sobre el tema.

⁵⁴ FONT, Martín Andrés, **Guía de Estudio: Sucesiones**, ed. Estudio S.A. (Buenos Aires, 2005), pág. 162.

c) ***Elemento temporal***

En Argentina, en cualquier momento de su vida una persona puede efectuar un testamento, siempre y cuando posea la capacidad para testar que mencionamos anteriormente. Asimismo, el Código Civil, en su artículo 3.824, expresa que: *"El testamento es revocable a voluntad del testador hasta su muerte. Toda renuncia o restricción a este derecho es de ningún efecto. El testamento no confiere a los instituidos ningún derecho actual"*, lo que nos indica que la persona puede hacer muchos testamentos en su vida, y por eso es importante conocer cuál fue su último testamento, ya que *"el último testamento revoca al anterior"*.

4. Tipos de testamento

Nuestro Código Civil, distingue entre formas ordinarias y formas especiales de testar. Las primeras de ellas, son las que se realizan cumplimentando todas las formalidades establecidas por la ley, pudiendo ser utilizado por cualquier persona que acredite cumplir con los requisitos generales de capacidad; mientras que las segundas, sólo pueden ser utilizadas por determinadas personas y en determinadas situaciones, cumplimentando requisitos específicos que la ley establece.

a) ***Formas ordinarias de testar***

Nuestro Código Civil, en su artículo 3.622 establece que: *"Las formas ordinarias de testar son: el testamento ológrafo, el testamento por acto público y el testamento cerrado."*

(1) **EL TESTAMENTO OLÓGRAFO**

Podemos definir al testamento ológrafo, como aquel documento privado, escrito, fechado y firmado por el testador, sin requerir para su otorgamiento la intervención de un escribano ni otra formalidad.

En el art. 3.639 el código dispone que *"El testamento ológrafo para ser válido en cuanto a sus formas, debe ser escrito todo entero, fechado y firmado por la mano misma del testador. La falta de alguna de estas formalidades lo anula en todo su contenido"* y por su parte, el artículo 3.648 expresa: *"El testamento ológrafo debe ser un acto separado de otros escritos y libros en que el testador acostumbra a escribir sus negocios. Las cartas por expresas que sean respecto a la disposición de los bienes, no pueden formar un testamento ológrafo"*.

➤ Características

De la lectura de los mencionados artículos, podemos deducir que las características del testamento ológrafo son:

- Debe ser escrito de puño y letra del testador: De este hecho deviene su nombre, ya que el término ológrafo proviene de la conjunción de las palabras griegas "los" (que significa entero) y "grados" (que significa escritura).
- Puede ser realizado en cualquier tipo de material que permita la escritura y la firma: Como podemos ver, la ley sólo requiere que sea escrito, por lo que dicha escritura puede ser volcada en un papel o en cualquier elemento semejante que impida la alteración del contenido, como por ejemplo tela, vidrio, pergamino, pizarrón y muro, usándose lápiz, tinta o cualquier medio colorante. Al efecto, nuestra jurisprudencia hasta incluso ha admitido un testamento efectuado en una bolsa de polietileno.⁵⁵ Asimismo, se pueden utilizar papeles con membretes, siempre que permita conocer perfectamente la voluntad del testador y su clara e inequívoca voluntad de testar, y bajo esta idea se ha pronunciado nuestra jurisprudencia al considerar válidos los testamentos extendidos en un papel de memorándum con membrete comercial ⁵⁶, y un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, del 8/5/85, publicado en la Revista Jurídica La Ley, 1985-E-65, reconoció la validez de un testamento redactado en un papel que contenía un membrete de una compañía de seguros.

Además, la jurisprudencia ha aceptado la validez del testamento que ha sido redactado en varias hojas, siempre y cuando haya existido unidad de razonamiento⁵⁷, de lo contrario, es decir cuando no exista continuidad entre una hoja y la otra, se ha pronunciado declarando la nulidad de testamento. ⁵⁸

- Sólo puede ser realizado por quien sepa leer y escribir: Ello como consecuencia de que debe ser escrito de puño y letra del testador. Puede ser efectuado por cualquier forma de escritura de carácter alfabético, lo que descarta la posibilidad de testamento en donde no se utilice un sistema alfabético, por ejemplo el que utilice taquigrafía, o sistema braille o efectuado en sistema binario o hexadecimal de computadora.
- Al momento de su otorgamiento no se requiere la intervención de la figura del escribano.

⁵⁵ CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, González, Inocencia A., s/ Sucesión –, Sala L, 18 de Octubre del 2000.

⁵⁶ CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, 1a. 28-9 -37, LL 8-296.

⁵⁷ CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, sala C, 11-6-51, JA 1951-IV-383.

⁵⁸ CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, SC de Tucumán, 9-10-53, LL 74-641.

- Por sí mismo, carece de eficacia, por lo que resulta indispensable, que a la muerte del testador, se proceda a su protocolización: Dicha protocolización debe ser ordenada por el Juez del proceso sucesorio.
- El testamento ológrafo debe ser un acto separado de otros escritos y libros en que el testador acostumbra a escribir sus negocios: Sin embargo la doctrina como la jurisprudencia han terminado por aceptar el testamento con apariencia de carta misiva, pudiéndose distinguir entre las simples afirmaciones incidentales contenidas dentro de la misiva y relativas a la intención de su autor de beneficiar alguna persona, del instrumento redactado en la forma de una carta misiva pero que tiene como única finalidad la transmisión de los bienes para después de la muerte de su suscriptor.⁵⁹

➤ Ventajas y desventajas

Heluani expresa que *"La doctrina está muy dividida acerca de las ventajas e inconvenientes de esta forma de otorgar testamento; como ventajas que aconsejan su realización pueden mencionarse: su facilidad de otorgamiento, ya que sólo se requiere saber escribir y tener los instrumentos necesarios para recoger en ellos la voluntad testamentaria; además, la ausencia de Escribano autorizante hace que sea el testamento más económico, ya que no origina desembolso alguno al causante; por último su secreto, ya que el causante no tiene que comunicar a nadie que lo ha realizado y, por ello, puede mantenerlo oculto en las circunstancias que desee. Gran parte sus inconvenientes se derivan de su facilidad de otorgamiento; como desventajas pueden señalarse: la facilidad de incurrir el testador en defectos técnicos, consecuencia de la falta de asesoramiento jurídico que normalmente realiza el notario en los testamentos en los que interviene, que pueden privarlo de eficacia; la posibilidad de manipulación de la letra del testador; la facilidad destrucción, pérdida o desaparición al no existir un medio fácil para acreditar su existencia, aunque nada impide que el testador lo deposite en poder de un tercero o en un establecimiento que ofrezca garantías de seguridad, como pueden ser las cajas de seguridad de un Banco; por último, la falta de eficacia directa, que obliga a su ulterior protocolización, al objeto de dotarlo de plena eficacia".*⁶⁰

⁵⁹ MEDINA, Graciela, **Testamento redactado como una carta misiva**, cita a LAFAILLE, Sucesiones, T II, pág.232; REBORA, Sucesiones, TII, pág. 486; BORDA, Sucesiones, T II, pág. 486; FASSI, Santiago, **Los testamentos ológrafos y las cartas misivas**, LL 156-190, disponible en <http://www.graciamedina.com/assets/Uploads/codigo/sucesiones-intestadas/0000023648.pdf> [abr/13].

⁶⁰ HELUANI, María Margarita, **El testamento como...op. cit.**

(2) TESTAMENTO ABIERTO, NOTARIAL O POR ACTO PÚBLICO

Podemos definir a este tipo de testamento, como aquel otorgado por el testador, ante escribano mediante instrumento público y en presencia de tres testigos residentes en el lugar.

Nuestro Código Civil, dispone en su artículo 3.654, el testamento por acto público debe ser hecho ante escribano público y tres testigos residentes en el lugar; por lo que es un testamento público notarial, ya que su otorgamiento tiene que realizarse ante escribano hábil. A diferencia del testamento ológrafo, donde el causante podía mantener en secreto tanto la existencia del mismo como sobre su contenido, en el testamento abierto, existe publicidad de contenido. Una vez que el testamento es otorgado, el mismo es incorporado al protocolo del escribano autorizante y se da cuenta de su realización al Registro de actos de última voluntad.

Aunque su realización exige un desembolso económico derivado de los aranceles que han de abonarse al escribano autorizante, es la forma de testamento más utilizada en la práctica jurídica. La intervención del escribano, que conoce el contenido de la voluntad del testador, dota a esta forma de testamento de una eficacia probatoria mayor que la que puede derivarse de las otras formas de testar; el escribano da fe con su presencia no sólo del hecho de su otorgamiento, sino también del contenido de las disposiciones testamentarias que él mismo recoge en el documento público que constituye este testamento. Como el escribano tiene la obligación legal de advertir al testador de las irregularidades o prohibiciones en que pueda incurrir al manifestar su voluntad testamentaria, las posibilidades de impugnación del testamento por deficiencias legales se reducen.⁶¹

➤ Ventajas y desventajas

Font, nos señala como ventajas y desventajas del testamento por acto público, las siguientes:

➤ Ventajas

- No hay riesgo de destrucción: genera mayor seguridad que los testamentos ológrafo o cerrado, porque las disposiciones testamentarias quedan registradas en el protocolo del escribano.
- La intervención del escribano aleja la posibilidad de que se realicen mandas inoficiosas, en las que podría incurrir el testador por su falta de conocimiento jurídico.

⁶¹ **Ibidem.**

➤ Desventajas

- Menor privacidad: Al tener que intervenir varias personas (escribano, testigos) se torna más difícil mantener en secreto el testamento.
- Mayor complejidad: la presencia de testigos, escribano y un procedimiento cargado de estricto formalismo hacen del testamento por acto público la forma más compleja de testar.
- El testador deberá pagar gastos de escritura y honorarios del escribano
- Mayores formalidades y estricto formalismo: esto implica que ante la mínima desviación de las formalidades requeridas por ley, el testamento sea declarado nulo. Por ello es la forma de testar que más nulidades ocasiona en cuanto al incumplimiento de sus formalidades.⁶²

(3) EL TESTAMENTO CERRADO

Seguendo a Font, este tipo de testamento se puede conceptualizar de la siguiente manera: *"Habrá testamento cerrado cuando el testador entregue al escribano un pliego -conteniendo las disposiciones testamentarias- dentro de un sobre cerrado, y manifestando en presencia de testigos, que lo escrito en el pliego es su testamento. El testamento debe estar firmado por el testador, pero no se exige que esté escrito por él. El sobre debe estar fechado y firmado por el testador, el escribano y los testigos"*.⁶³

La Profesora Heluani, al referirse sobre el testamento cerrado en las Jornadas de Ciencias Económicas del año 2006, expresa: *"Esta forma de testamento tiene que ser autorizado por escribano hábil y con la presencia de cinco testigos. Se introducen los papeles en los que el testador ha recogido su voluntad (redactada por él o por un tercero a su ruego) dentro de un sobre que será cerrado y sellado de forma que no puedan extraerse sin romper el sobre; esta actividad puede llevarla a cabo el testador o realizarla ante el notario"*.

El testador comparece ante el notario y manifestará que dentro del sobre o cubierta que le presenta se encuentra el testamento, y sobre ella el escribano extiende el acta de otorgamiento. Ha de indicar el lugar, hora, día, mes y año del otorgamiento.

⁶² FONT, Martín Andrés, **op. cit.**, pág. 171.

⁶³ **Ibíd.**, pág. 172.

A diferencia del testamento abierto, y a semejanza del ológrafo, el testamento cerrado, a pesar de ser realizado con la presencia del escribano, es un documento privado por lo que carece de eficacia directa frente a terceros, lo que obliga a proceder a su protocolización a la muerte del testador; esta limitada eficacia y la necesidad de intervención del escribano, con el consiguiente gasto de honorarios, hace que en la práctica sea una forma de testar poco utilizada.⁶⁴

➤ Ventajas y desventajas

Font, nos señala como ventajas y desventajas del testamento cerrado, las siguientes:

➤ Ventajas

- Menor riesgo de destrucción que en el testamento ológrafo: cuando el testamento cerrado queda en poder del escribano brinda mayor seguridad que el testamento ológrafo.
- Mayor privacidad que en el testamento por acto público: porque si bien interesan varias personas (escribanos, testigos) nadie conoce el contenido del testamento hasta el fallecimiento del testador.
- Menor complejidad que para testar por acto público.

➤ Desventajas

- Mayor riesgo de destrucción que el testamento por acto público: porque cuando se testa por acto público, las disposiciones testamentarias quedan registradas en el protocolo del escribano.
- Menor privacidad que en el testamento ológrafo: por la intervención del escribano y los testigos.
- Mayor complejidad que para testar por testamento ológrafo.
- El escribano no interviene en la redacción del pliego interno: no podrá evitar mandas inoficiosas.
- El testador deberá pagar gastos de escritura y honorarios del escribano.⁶⁵

En Argentina, los tipos de testamentos utilizados con mayor frecuencia, son los testamentos ológrafos y los testamentos por acto público. Los primeros son preferidos por aquellos que priorizan mantener en secreto el testamento, y los segundos, por quienes priorizan la seguridad y la conservación del mismo.

⁶⁴ FONT, Martín Andrés, *op. cit.*, pág. 174/5.

b) Formas especiales de testar

Las formas especiales de testar, son aquellas que pueden utilizarse en situaciones excepcionales. En nuestro ordenamiento jurídico, se consideran testamentos especiales a los siguientes: el efectuado en país extranjero o consular, el militar, el marítimo y el aeronáutico; los últimos tres, tienen como principal característica, que su validez se encuentra sujeta a un periodo de tiempo, el cual una vez transcurrido, produce la caducidad del mismo.

(1) EL TESTAMENTO HECHO EN PAÍS EXTRANJERO

Este tipo de testamento, generalmente denominado testamento consular, está regulado por nuestro Código Civil, en los artículos 3.636 y 3.637, que dan la posibilidad a los argentinos y los extranjeros domiciliados en la Argentina cuando se encuentran en el extranjero, de otorgar testamento, ante un ministro plenipotenciario, cónsul o encargado de negocios (quienes efectuarán la labor del escribano en el testamento por acto público) y con la presencia de dos testigos argentinos o extranjeros, domiciliados en el lugar donde se otorgue el testamento.

(2) EL TESTAMENTO MILITAR

Se denomina testamento militar al otorgado en tiempo de guerra, por militares o civiles que se encuentren interviniendo en dicha guerra.⁶⁶

Este tipo de testamento, se encuentra regulado en los artículos 3.672 a 3.678 y se aplican tanto a los militares como a los "*los voluntarios, rehenes o prisioneros, los cirujanos militares, el cuerpo de intendencia, los capellanes, los vivanderos, los hombres de ciencia agregados a la expedición, y los demás individuos que van acompañando o sirviendo a dichas personas*", siempre que concurren dos circunstancias: 1°. Que se otorgue en tiempo de guerra, y 2°. Que el otorgante se encuentre en una expedición militar, o en una plaza sitiada, o en un cuartel o guarnición fuera del territorio de la república.

El testamento militar, sólo puede ser otorgado en tiempos de guerra, sin embargo no es necesario que exista una declaración oficial de guerra, sino que alcanza con que existan acciones bélicas; pero no puede otorgarse por los que están en la retaguardia o en los cuarteles ni estando de maniobras.

Nuestra legislación dispone que el testamento marítimo deberá ser otorgado ante un oficial que tenga al menos el grado de capitán, o ante un intendente del ejército o ante el auditor

⁶⁵ *Ibidem*, pág. 175.

⁶⁶ *Ibidem*, pág. 176.

general. Sin embargo, si el que desea testar se encontrase enfermo o herido, podrá testar ante el capellán o médico o cirujano que lo asista, y si se hallase en un destacamento, podrá hacerlo ante el oficial que lo mande, aunque éste tenga un cargo de grado inferior al de capitán. Así mismo se requiere la presencia de dos testigos.

Los testamentos militares tienen validez sólo durante los 90 días posteriores al día en que hubiese cesado – con respecto al testador-, el motivo que lo llevó a testar militarmente (por ejemplo finalización de la guerra; cuando el soldado fuese enviado de regreso por estar herido, etc.).⁶⁷

(3) EL TESTAMENTO MARÍTIMO

La Profesora Heluani, define al testamento marítimo como "*... el otorgado por los que vayan a bordo de un buque durante un viaje marítimo, tanto por los tripulantes como por los viajeros y ya se trate de un barco de la marina mercante (art. 3.683) o de la marina de guerra*"⁶⁸; es decir que sólo pueden testar por esta vía, quienes se encuentren navegando en un buque de bandera nacional.

El hecho de que su denominación sea "testamento marítimo", incluye tanto la navegación de alta mar como la de cabotaje, y no excluye la posibilidad de que sea aplicado a los viajes fluviales.

El testamento marítimo se otorga ante el comandante del buque (cuando el mismo sea de guerra) o ante el capitán, sus segundos o el piloto (cuando se trate de embarcación del tipo mercante) y con la presencia de tres testigos de los cuales dos por lo menos deben saber firmar; además hay que tener presente que sólo puede otorgarse durante el viaje; es decir, debe haberse iniciado el trayecto, por lo que no puede otorgarse antes de zarpar, pero sí puede ser otorgado durante algunas de las escalas que el buque realice. Sin embargo, el testamento no será marítimo, sino consular, si en el momento en que se otorgó, la embarcación se hallaba en puerto donde hubiese Cónsul de la República Argentina.

La profesora Heluani, al referirse a esta clase de testamento expresa que: "*Mientras dura la travesía, el testamento es custodiado por el comandante del buque de guerra o el capitán si se trata de buque mercante y se hará mención del acto de otorgamiento en el diario de navegación. Una vez llegado a puerto, deberán entregar el testamento a la autoridad marítima local, que lo enviará a la Ministerio de Defensa, si se trata de buque de guerra o al ministerio del que dependa la marina mercante, si es un buque mercante; si el primer puerto al que arribe*

⁶⁷ HELUANI, María Margarita, **El testamento como...op. cit.**

*el buque es extranjero, lo entregarán al representante diplomático argentino para que lo haga llegar al ministerio que corresponda".*⁶⁹

La caducidad de este tipo de testamento, se producirá luego de transcurridos 90 días, contados a partir del desembarco del testador, aclarándose que no se considerará desembarco el bajar a tierra por poco tiempo, para luego reembarcarse en el mismo barco.

(4) TESTAMENTO AERONÁUTICO

El Código Aeronáutico, en su artículo 85 expresa: *"El comandante de la aeronave registrará en los libros correspondientes los nacimientos, defunciones, matrimonio y testamentos, ocurridos, celebrados o extendidos a bordo y remitirá copia auténtica a la autoridad competente"*.

La doctrina está dividida, respecto a si para poder otorgarse es necesario encontrarse en una situación *"in extremis"*, o por el contrario puede otorgarse en cualquier momento; a tal efecto, la doctrina mayoritaria ha entendido que el testamento aeronáutico sólo podrá ser otorgado si el pasajero se encontrare en peligro de muerte durante la travesía, mientras que la postura contraria, entre los que se encuentran Zannoni, Maffia, entre otros, consideran que no se requiere ninguna circunstancia especial y puede efectuarlo el testador, estando o no enfermo o en peligro de muerte.

Según Heluani, este testamento ha sido equiparado al testamento marítimo y por lo tanto le son aplicables sus normas.⁷⁰

(5) OTROS TIPOS DE TESTAMENTO

Nuestra legislación, además de los tipos de testamentos mencionados un supra, ha establecido disposiciones respecto al testamento otorgado en caso de epidemia o peste (Artículo 3.689 C. Civil), y al testamento otorgado en distrito rural peste (Artículo 3.655 C.Civil); los cuales en la actualidad tienen poca o nula aplicación práctica.

El primero de ellos, ha perdido aplicación práctica debido a los avances medicinales y el segundo, con motivo de los avances en los medios de comunicación y de transporte.

⁶⁸ **Ibídem.**

⁶⁹ **Ibídem.**

⁷⁰ **Ibídem.**

5. Libertad de testar

En el primitivo derecho romano, el testador gozaba de una libertad absoluta para disponer de sus bienes; es decir que el causante podía prever libremente el destino de la totalidad de sus bienes para después de su muerte, aun cuando su cónyuge y sus hijos quedaran en la más absoluta miseria como resultado de su decisión. .

Por otro lado, el derecho germánico, establecía un sistema de sucesión forzosa absoluta, en la que la totalidad del destino de la herencia estaba determinada por ley.

Siguiendo la clasificación aportada por Castán Tobeñas⁷¹, podemos distinguir tres tipos de sistemas que se dan respecto a este tema, en los distintos ordenamientos jurídicos, a saber:

- SISTEMA DE LIBERTAD ABSOLUTA DE TESTAR. En la actualidad, son pocos los países que mantienen un sistema de libertad absoluta de disposición de los bienes, como por ejemplo Inglaterra y Canadá, y otros países, como México, Costa Rica y Panamá, entre otros, siguen este sistema, pero atenuado, ya que se establece que el causante está obligado a dejar a ciertos parientes una parte de sus bienes en concepto de alimentos. Este sistema se justifica al considerar que con el mismo, se logra la perpetuación del derecho a la propiedad, evitando fraccionamientos del patrimonio familiar.
- SISTEMA DE RESERVA TOTAL CON DISTRIBUCIÓN LIBRE. El Código de los Soviets, expresa que el testamento no puede tener más eficacia que la de disponer la transmisión de bienes a una o más de entre determinadas personas que son los descendientes directos (hijos, nietos, bisnietos), cónyuge supérstite y personas inútiles para el trabajo o falta de recursos a quienes viniera manteniendo el causante desde un año antes de su muerte.
- SISTEMA DE RESERVA PARCIAL: Dentro de este sistema, distinguimos:
 - Con distribución forzosa de cuota variable: 1) Según el número de hijos (sistema de derecho Justiniano, Francia, Bélgica, Holanda, Italia, entre otros), 2) De cuota única invariable: entre los países que siguen este sistema está Argentina, junto con Noruega, Suiza, Austria, Portugal y Brasil.
 - Con facultad de distribución libre: por ejemplo Derecho Aragonés.
 - Con porción de distribución forzosa y otra de distribución libre: por ejemplo España, Perú, Chile, Colombia y Guatemala.

⁷¹ CASTÁN TOBEÑAS, José, **Derecho civil español, común y foral**, ed. Reus (Madrid, 1973), pág. 467.

Nuestro Código Civil, establece que el causante tiene libertad de testar, fundamentando la misma en el principio de autonomía de la voluntad, sin embargo limita esa "libertad", a través del sistema de legítimas. En este orden de ideas, la profesora Heluani nos expresa que *"la sucesión testamentaria es la sucesión que se rige por la voluntad del causante manifestada en su testamento; es la forma de sucesión principal en el sentido que el legislador desea que sea el titular de los bienes el que decida quién va a sucederle y, por ello, su fundamento es el principio de autonomía de la voluntad: se basa en el respeto a las decisiones que el causante ordena respecto al destino de sus bienes; sólo cuando se abstiene de disponer de sus bienes, la ley suplente su pasividad." (...)* *"a través del testamento, la persona pueda expresar cuál es su verdadera voluntad, tropezando con el inconveniente de que la voluntad testamentaria se encuentra desjerarquizada en la realidad, en cuanto se den las condiciones impuestas por la ley. En consecuencia, al testar, el testador no podrá alterar ciertas disposiciones de orden público, como las relativas a la indivisión hereditaria, la intangibilidad de la legítima de los herederos forzosos y la prohibición de las sustituciones fideicomisarias".*⁷²

Si consideramos, que en la actualidad, nuestro sistema de legítimas es uno de los más altos que hay en el mundo, entonces podemos ver que la libertad de testar se encuentra limitada a una pequeña porción del caudal relicto.

6. El Testamento y la Legítima

Siguiendo a Font, podemos definir a la legítima como: *"la porción del patrimonio del causante que le corresponde a los herederos forzosos y de la cual no pueden ser privados sin justa causa de desheredación o indignidad".*⁷³

Por su parte, Orlandi nos brinda una definición de la legítima expresando que *"es una institución del derecho sucesorio, cuyas normas imperativas (orden público relativo) imponen un límite legal y relativo a la libertad de disponer por testamento o por donación, reconociendo a los herederos legitimarios (o forzosos) el derecho a determinada parte de la herencia, de la cual no pueden ser privados sin justa causa de desheredación".*⁷⁴

Es decir, que cuando una persona fallece y tiene herederos forzosos (descendientes, ascendiente, cónyuge y/o nuera viuda sin hijos) su herencia va a estar formada por dos porciones:

⁷² HELUANI, María Margarita, **El testamento como...op. cit.**

⁷³ FONT, Martín Andrés, **op. cit.**, pág. 139.

⁷⁴ LLOVERAS Nora, ORLANDI Olga y KOWALENKO Andrea, **La indivisión hereditaria y la legítima**, en *XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, (San Miguel de Tucumán, 2011).

- a) Porción destinada obligatoriamente a los herederos forzosos: que es la legítima.
- b) Porción disponible a voluntad del causante: esta es la porción que el causante, libremente, puede disponer a través de testamentos o donaciones efectuadas en vida. El hecho que pueda disponer libremente de la referida porción, le permite al causante distribuir la misma entre sus herederos forzosos en forma equitativa, o mejorar la porción de alguno, o beneficiar a un tercero.

Como lo mencionamos anteriormente, el sistema de legítimas previstas en nuestra legislación es excesivamente alto, y esto impide prácticamente la posibilidad de testar, ya que la cuota de libre disposición es pequeña. Ahora bien, tampoco sería conveniente pasar al otro extremo, es decir contar con un sistema de libertad de testar absoluta, pero si entendemos y somos conscientes, que nuestro régimen actual, al limitar la autonomía de la voluntad para disponer libremente de los bienes, conduce entre otros aspectos, a realizar actos fraudulentos que le permita al futuro causante disponer de sus bienes en favor del heredero elegido.

a) ***La legítima: su fundamento***

El instituto de la legítima, como restricción a la libertad de testar, se ha fundamentado en diversas razones, entre los que podemos mencionar:

- POR LA SOLIDARIDAD QUE DEBE EXISTIR ENTRE LOS MIEMBROS DE UNA FAMILIA. Este argumento es criticado por Azpiri al expresar: "'se ha sostenido que la legítima se fundamenta en la solidaridad que debe existir entre los miembros de una familia, por lo que el destino de la herencia debe recaer necesariamente en los parientes más próximos al causante. Sin embargo, esa solidaridad familiar tan amplia... no se encuentra reconocida por nuestro derecho en vida del causante...".⁷⁵
- POR LA COPROPIEDAD FAMILIAR. Este fundamento se basa en considerar a la familia como una unidad de producción, donde cada integrante del grupo familiar aporta con su trabajo al crecimiento del patrimonio de su familia, que estaba en cabeza del "pater familias"; por lo que este aporte debía ser retribuido asegurando la vocación hereditaria. Antes era común escuchar la frase "yo le entrego el sobre cerrado a mi padre", haciendo referencia a que el hijo le entregaba a su padre (o madre) el sobre cerrado con dinero que cobraba por su trabajo, para que éste lo administrase; en la actualidad, cada vez son menos los hijos que aportan para su casa, es más se independizan a muy corta edad (en Argentina desde el año

⁷⁵ AZPIRI, Jorge O., **Límites a la autonomía de la voluntad en el derecho sucesorio**, en *Jurisprudencia Argentina*,

2009 a partir de los 18 años), y en el caso de que trabajen, ya no es común que entreguen a su padre el mencionado sobre cerrado con el sueldo, sino que pueden disponer libremente del mismo.

- **POR PRINCIPIOS DEL DERECHO NATURAL.** El derecho natural considera que la herencia de los padres es debida a los hijos, quedando en manos del derecho positivo sólo su cuantía; es decir que para el naturalismo la legítima se fundamenta por los principios del derecho natural, sin embargo la misma puede ser reducida, pero no suprimida, por normas del derecho positivo.
- **POR EL AFECTO O LA VOLUNTAD PRESUNTA DEL CAUSANTE.** Según Ronchetti *"se presume, dogmáticamente, que los padres quieren a todos sus hijos más que a nada y a nadie, y que la manera de ser consecuentes con ese amor es hacerlos sucesores de sus bienes. Se presume, también, que los padres forjaron un patrimonio para sus hijos, y se reputa estéril cualquier manifestación de voluntad en contrario, como si estuviera viciada (por contradecir un incuestionable canon moral)."*⁷⁶
- **POR EL CARÁCTER ALIMENTARIO DE LA MISMA,** Se puede justificar a la legítima por su carácter alimentario, sin embargo la legítima puede exceder a la obligación alimentaria o ser insuficiente.
- **POR RAZONES BIOLÓGICO – ASISTENCIALES.** En la época en la que fue sancionado el Código Civil de nuestro país, la expectativa de vida era de 36 años, y por ello se consideraba que la legítima cumplía un fin asistencial, y es por ello que, limitando con la misma la libertad del testador, se garantizaba la protección de su familia, considerando por ejemplo que si fallecía a la edad promedio, era muy probable que dejara hijos pequeños y por eso la ley estuvo atenta a esa situación. Actualmente, la esperanza de vida de los argentinos, ronda los 75 años para el hombre y 77 años para la mujer; por lo que es muy probable que cuando se produzca su fallecimiento, sus hijos (cuya edad rondaría los 50 años) ya estén consolidados económicamente, por lo que hoy en día, la legítima no podría encontrar su fundamento en tal fin asistencial.

Fascículo N° 4 (Buenos Aires, 2001), pág. 909.

⁷⁶ RONCHETI, Alfredo Fernando, **Calidad de vida en la ancianidad: más libertad de testar es más justicia**, ed. Oñati Socio- Legal Series, (Buenos Aires, 2011), vol.1, n° 8, pág. 5.

b) La legítima y la porción disponible

Como advierte Maffia⁷⁷, legítima y porción disponible son entidades complementarias, ligadas por una relación inversamente proporcional, en la medida que la primera crece, disminuye la segunda.

Nuestro Código Civil, en su artículo 3.605 dispone: *"De la porción disponible el testador puede hacer los legados que estime conveniente, o mejorar con ella a sus herederos legítimos. Ninguna otra porción de la herencia puede ser detraída para mejorar a los herederos legítimos"*. Por lo que, coincidiendo con Perez Lasala, podemos expresar que *"la mejora es la porción de libre disposición que, aplicada a los legitimarios, sirve para mejorar (aumentar) las porciones de legítima que les otorga la ley."*⁷⁸

Hasta ahora hemos mencionado que el sistema de legítimas limita la autonomía de la libertad de testar, y que ésta última sólo puede recaer sobre la porción disponible, pero no hemos dicho nada de su cuantificación. Para ello hemos elaborado el presente cuadro a fin de clarificar la situación.

Cuadro 1

	Legítima en el Cód. Civil	Porción disponible	Legítimas del proyecto
Descendientes	4/5	1/5	2/3
Ascendientes	2/3	1/3	1/2
Cónyuge	1/2	1/2	1/2
Nuera viuda sin hijos	1/5	4/5	Se elimina

Nota: Para el caso de concurrencia de herederos de distintos órdenes, que tienen distinta porción legítima, la mayor absorbe la menor.

Haciendo una lectura del cuadro, podemos observar que ante la presencia de descendientes, el testador sólo puede disponer libremente de un quinto de su caudal relicto. Según Ronchetti *"En el derecho argentino ninguna persona puede disponer, para después de su muerte, de más que un quinto de su patrimonio, cuando tiene descendientes. (...) Tomemos un ejemplo para ilustrar los alcances de este régimen: una persona de edad avanzada, que tiene dos hijos, de los cuales sólo uno se ocupa de atenderlo, acompañarlo, ayudarlo, brindarle cariño y apoyo económico, podrá mejorar a éste solamente con hasta un quinto de su patrimonio. Esto significa que el buen hijo puede ser recompensado únicamente con hasta una*

⁷⁷ MAFFIA, Jorge, **Tratado de las Sucesiones**, T. II, 3ª ed., Abeledo- Perrot (Buenos Aires, 2012), pág. 1017.

quinta parte de los bienes de su padre, y sumando esta a la porción legítima, será acreedor a 3/5 (60%) de los bienes; mientras que el otro hijo, que nunca atendió a su padre, ni lo visitó, que se desentendió de sus necesidades cuando más lo necesitaba, será acreedor a su porción legítima de 2/5 (40%). El padre no puede desheredar a un hijo, salvo por causales de indignidad (arts. 3.291 al 3.297 del Código Civil) o desheredación (arts. 3.744 al 3.750 del mismo código). Pero estos institutos en la práctica no funcionan, porque son muy restringidas las causales y se ejercen muy esporádicamente".⁷⁹

Es por ello, que todos los proyectos de reforma del Código Civil han considerado incrementar la porción disponible del testador, así pues el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial, consagra la reducción de la legítima de los descendientes a los dos tercios y la de los ascendientes a un medio, manteniendo la del cónyuge en esta última proporción, como consecuencia de las observaciones efectuadas por la doctrina que considera excesivas a las proporciones establecidas por Vélez Sarsfield.

Si consideramos los fundamentos mencionados ut supra, que justificaron la creación de la legítima, podemos vislumbrar que el sistema de legítimas adoptado por nuestro codificador, respondía a una época muy distinta a la actual, y de ello surge la necesidad de introducir modificaciones en nuestra legislación respecto a la misma.

Por su parte, el hecho de que se reparta la herencia en porciones iguales entre personas que no son iguales desde el punto de vista del causante, torna a la misma injusta; es decir, le ley no puede presumir la voluntad del causante, y atento a ello Rolleri expresa: *"Nadie mejor que cada persona para realizar el reparto de sus propios bienes, pues son ellos quienes conocen a sus herederos, son ellos a quienes les corresponde la facultad de distribuir su patrimonio, según los diversos y múltiples factores que lo asistan, como sus debilidades y fortalezas, las necesidades de cada uno de ellos, las distintas capacidades y las diferentes conductas agraviantes que los herederos hayan tenido para con el causante"*.⁸⁰ En este sentido, García Goyena ha dicho: *"El legislador no puede amar como un padre, ni conocer los vicios o virtudes, las desigualdades y necesidades de los hijos"*⁸¹, como así también Costa deja expresado: *"Sólo los padres conocen el carácter de cada hijo, sus inclinaciones y sus aptitudes, su grado de*

⁷⁸ PEREZ LASALA, José Luís, **op. cit.**, pág. 800

⁷⁹ RONCHETI, Alfredo Fernando, **op. cit.**, pág. 3.

⁸⁰ ROLLERI, Gabriel G., **Doctrina del día: desheredación, autonomía personal y privación de la legítima hereditaria**, en *Revista Derecho de Familia*, publicado en Thompson Reuters, 21 de junio de 2012.

⁸¹ GARCIA GOYENA, Florencio, **Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español**, citado por PEREZ LASALA, José Luis, **Manual de Derecho de Sucesiones**, 4ª ed., Astrea (Buenos Aires, 1999), pág. 476.

capacidad intelectual, su conducta, sus recursos, los reveses de la fortuna, las desigualdades naturales que separan a uno de otro hijo". ⁸²

Tal como lo indica la Profesora Heluani, consideramos que *"el sistema legitimario debe permitir que aquel que puede disponer de sus bienes en vida, tenga el derecho a su muerte de mejorar la situación de los herederos forzosos que él quiera. En este sentido, y como modelos dignos de tenerse en cuenta encontramos el sistema del código civil español y en Latinoamérica los sistemas de Perú y Colombia, donde una parte de la legítima es de libre disposición entre los hijos. De esta manera se asegura que la herencia vaya a mano de legitimarios, no se desprotege a ningún hijo y se permite que el padre, sin violar la ley, pueda disponer de esa porción conforme las diferentes necesidades de sus hijos o teniendo en cuenta la desigualdad de sus merecimientos."* ⁸³

⁸² COSTA, Joaquín, **La libertad de testar y las legítimas**, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (Madrid, 1882), pág. 522.

⁸³ HELUANI, María Margarita, **Negocios Jurídicos Familiares e Intangibilidad de la Legítima**, en *Libro de Ponencias del X Congreso Internacional de Derecho de Familia*, (Mendoza, sf), pág. 380.

Capítulo V

El testamento y las disposiciones testamentarias

A. El testamento como garantía de que se cumpla la voluntad del testador

El testamento, es a nuestro criterio el mejor mecanismo para garantizar que se cumplan las disposiciones establecidas por una persona, cuando la misma fallezca. Si bien el testamento es principalmente un acto de disposición de bienes, ello no significa que no pueda contener disposiciones de carácter extrapatrimonial; tales como nombrar herederos, establecer legados, reconocer hijos extramatrimoniales, nombrar un tutor, entre otras. Así mismo puede contener consejos o ruegos a sus herederos o referencias religiosas, pero estas últimas carecen de obligatoriedad.

B. Contenido del testamento

De conformidad con lo expresado por la Profesora Margarita Heluani, comentamos en los puntos siguientes lo que a través del testamento se puede.⁸⁴

1. Designar herederos

La institución de heredero, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3.710 de nuestro Código Civil, sólo puede ser hecha por el testador, por medio del testamento y mediante cualquiera de las formas establecidas por ley. Al decir que sólo el testador puede instituir herederos queremos hacer referencia a que dicha facultad no puede ser delegada, ya que es un acto personalísimo.

⁸⁴ HELUANI, María Margarita, **El testamento como...op. cit.**

Al otorgarse un testamento no es obligatorio instituir herederos, es decir que el testador está facultado para instituir o dejar de instituir un heredero en su testamento; en este último caso, las disposiciones volcadas en el mismo deberán cumplirse y luego, respecto al remanente de sus bienes, se sucederá como se ordena en las sucesiones intestadas.

La determinación del heredero por parte del testador tiene que ser inequívoca. Se ha aceptado la designación de sucesores por el nombre de pila, siempre que puedan ser individualizados.

Nuestra legislación, no se opone a que los herederos legítimos coexistan con los testamentarios. Sin embargo, cuando los herederos forzosos han sido totalmente omitidos en un testamento en que se instituye otro heredero, sin justa causa de desheredación, se produce la llamada preterición.

Antiguamente el artículo 3.715 de nuestro Código Civil expresaba: *"La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en la línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento, o que nazcan, muerto el testador, anula la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas"*. Esta disposición, fue considerada por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia como injusta, ya que en miras de *"salvar la legítima"*, no se respetaba la voluntad del testador.

Luego la Ley 17.711 modificó el art. 3.715 de la siguiente manera: *"La preterición de alguno o todos los herederos forzosos, sea que vivan a la fecha del testamento o que nazcan después de otorgado, no invalida la institución hereditaria; salvada que sea la legítima y pagadas las mandas, el resto debe entregarse al heredero instituido"*. El Dr. Lezcano expresa *"...desde la entrada en vigencia de la reforma se produjo una sustancial modificación en este tema, pues antes de ella la preterición de un heredero forzoso directamente anulaba la institución de heredero, y solamente valían las mandas y mejoras en cuanto no fueran inoficiosas. En la actualidad, la ley ha impuesto el criterio contrario, ya que la preterición no produce la invalidez de la institución hereditaria, por lo que, una vez salvada la legítima y pagadas las mandas, el remanente corresponde al heredero instituido. La acción de preterición puede ser ejercida tanto si el preterido existía al tiempo de hacerse el testamento como si nació después, y son titulares de la misma todos los herederos forzosos, inclusive el cónyuge."*⁸⁵

⁸⁵ LEZCANO, Osvaldo Sergio, **Institución y Sustitución de Herederos en el Derecho Civil Español y en el Derecho Civil Argentino**, publicado por el Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Buenos Aires, pág. 89, disponible en http://www.cmfbas.org.ar/archivos/12_RP5-10-Inst%20y%20Sust%20Hered.pdf [may/13].

2. Establecer legados

En nuestro país, el único medio que se tiene para poder establecer legados en favor de otra u otras personas, es a través del testamento. Por ello coincidimos con Heluani, cuando expresa: *"El legado está vinculado exclusivamente a la sucesión testamentaria; su existencia depende de la voluntad del causante manifestada en su testamento; no hay legado sin un previo testamento que lo recoja, de modo que no son posibles los que llamaríamos legados legales o intestados en el sentido de impuesto por la ley en defecto de la voluntad del causante, a diferencia de lo que sucede con la designación de heredero"*.

Se pueden establecer diferentes tipos de legado, a saber:

a) *Legado de cuota parte*

Son aquellos mediante los cuales el testador otorga a otra persona (legatario) el derecho a una cuota o a una porción de la herencia, sin especificar concretamente qué bienes le corresponden. Antes de la partición los legatarios de cuota no adquieren la propiedad de su porción respectiva y sin haber entrado en la posesión efectiva de los bienes no tienen derecho de reivindicación. Es decir, que el legatario de cuota parte no goza de la posesión hereditaria de pleno derecho, sino que para poder ejercer los derechos sobre los bienes, necesitará una orden judicial que le otorgue la posesión hereditaria, y tal como lo indica Font "tampoco tendrá derecho a la posesión material de los bienes, por ello deberá solicitar a los herederos la entrega de la parte que le corresponda".⁸⁶

b) *Legado de cosa determinada*

*"Habrá legado particular, cuando el testador otorgue al beneficiario (legatario) en forma gratuita, derechos de carácter patrimonial, sobre uno o varios bienes particulares"; y tal como lo expresa Heluani, este tipo de legado "tiene por objeto un bien singular y específicamente determinado, por ejemplo mi casa de tal calle o mi automóvil La cosa, por ejemplo una vivienda, en este caso es de propiedad del legatario desde la muerte del testador y aquél transmite a sus herederos el derecho al legado. El bien se debe entregar en el estado en que se encuentre a la muerte del causante."*⁸⁷

⁸⁶ FONT, Martín Andrés, **op. cit.**, pág. 190.

⁸⁷ **Ibíd.**, pág. 190.

c) Legado de género o de cosa indeterminada

Nuestro Código Civil, en su art. 3.756 dispone "*El legado de cosa indeterminada, pero comprendida en algún género o especie determinada por la naturaleza es válido*", y este caso no implica la transmisión del derecho de propiedad sino la exigibilidad de un crédito contra el heredero para que le entregue la cosa legada y en el caso de que al momento de producirse el fallecimiento, no existiese la cosa legada en el patrimonio del causante, el heredero deberá adquirirla y entregársela al legatario. A fin de ejemplificar este tipo de legados, podemos decir que no sería válido expresar "lego a Juan Pérez un animal", pero sí "lego a Juan Pérez un caballo".

d) Legado de prestaciones periódicas

(1) LEGADO DE RENTA VITALICIA (YA SEA A CARGO DEL HEREDERO O DE OTRO LEGATARIO)

Tal como lo expresa Heluani, una persona puede ceder bienes a otra (obligado al pago), quien recibe el dominio de los bienes a cambio de procurar la pensión de una persona. Este tipo de legado debe ser satisfecho en los tiempos establecidos por el causante como en cada año –o periodo que fije en el testamento-, comenzando el primero con la muerte del testador y adquiriendo el legatario derecho a la cantidad debida por cada uno de los términos, aunque sólo haya sobrevivido al principio del mismo (art. 3.793 C.C.)

No se trata de un solo legado sino de tantos como períodos sucesivos deben pagarse, que es, por otra parte lo que prescribe el art. 3.794 del C.C. El primero de los legados es puro y simple; y los siguientes están condicionados a que el beneficiario viva al iniciarse cada período, pues la manda se cumple por adelantado. La prescripción no es única y habrá tantas como años o términos haya fijado el causante (art. 3.794 in fine).

La renta puede ser fija, por ejemplo 1.000 pesos mensuales, o variable, por ejemplo mil pesos mensuales aumentados trimestralmente según algún índice como el de costo de vida, o puede tener por objeto la renta de un inmueble. El aseguramiento de esta obligación puede realizarse mediante hipoteca –de prestaciones periódicas- o condición resolutoria, en cuanto no existe preferencia real sobre el bien.

(2) LEGADO DE ALIMENTOS Y EDUCACIÓN

Según nuestro ordenamiento jurídico, un legado de alimentos comprende, conforme lo dispuesto por el art. 3.790 del Código Civil a: la comida, el vestido, la habitación, la asistencia en las enfermedades, etcétera, y establece que su duración perdurará hasta que el beneficiario cumpla

los 18 años, salvo que se encuentra imposibilitado de procurarse alimentos, donde en este último caso perdurará toda la vida del legatario

Ante la pregunta ¿el legado de alimentos persiste sólo si se mantienen las necesidades del legatario? Font responde: la doctrina se encuentra dividida entre quienes consideran que el legado persiste mientras exista la necesidad del legatario (Borda, Zannoni, entre otros) y quienes sostienen que el legado continúa aunque el legatario deje de necesitarlo.⁸⁸

e) *Legados de derechos reales*

Tal como lo explica la Profesora Heluani, los derechos reales pueden ser objeto de legado ya sean referidos a derechos existentes, a derechos por constituirse o a liberación de los mismos.

El legado relativo a derechos reales ya constituidos puede referirse a una hipoteca, a una prenda o a una servidumbre; no podrían, en cambio, ser objeto de la manda, el usufructo, el uso y la habitación, pues éstos se extinguen con la muerte del titular.

Puede legarse un derecho real a constituir un usufructo, uso o habitación tal el caso si se deja a A la nuda propiedad y a B el usufructo sobre la vivienda.

f) *Legado de crédito*

De conformidad a lo establecido en el art. 3.786 del Código Civil, que expresa "*El legado de un crédito a favor del testador, comprende sólo la deuda subsistente y los intereses vencidos a la muerte del testador. El heredero no es responsable de la insolvencia del deudor. El legatario tiene todas las acciones que tendría el heredero*" podemos observar que el testador puede legar, además de objetos materiales, derechos crediticios. El crédito así legado puede tener como deudor a un tercero, o al propio legatario; en este último caso se trataría de un "*legado de liberación*".

La manda resulta eficaz al momento de la muerte del causante y el legatario recibe el derecho tal como se encuentra en dicho momento; por lo que el heredero sólo es responsable de la entrega del título pero no garantiza la solvencia del deudor.

g) *Legado de liberación de deuda*

Es un medio extintivo de las obligaciones según el cual se entrega al deudor el documento de la obligación; en el testamento, el causante puede expresar que lo exime del cumplimiento de la

⁸⁸ *Ibidem*, pág. 198.

prestación. El art. 3.782 señala que *"La sucesión o el derecho hereditario, se abre tanto en las sucesiones legítimas como en las testamentarias, desde la muerte del autor de la sucesión, o por la presunción de muerte en los casos prescriptos por la ley"*.

h) Legado de deuda

Como expresa Lafaille, el legado de deuda puede ser anulado si ha mediado error *"la disposición se tendrá por no escrita"* dice el art. 3.789. A su vez, si se manda pagar más de lo que se debe, el exceso no es debido ni como legado (art. 3.789, 2º parte).

i) Legado a favor del acreedor

Si el causante instituye legatario a un acreedor, lo que legare no puede compensarse con la deuda (art. 3.787), pues se trata de un título distinto y no de un pago a cuenta.

3. Mejorar la porción legítima

Asimismo, habiendo herederos forzosos, el testador puede utilizar su porción disponible para mejorar a uno de ellos.

Establece el art. 3.605 *"De la porción disponible el testador puede hacer los legados que estime conveniente, o mejorar con ella a sus herederos legítimos. Ninguna otra porción de la herencia puede ser detraída para mejorar a los herederos legítimos"*.

Con la porción disponible el testador puede hacer lo que quiera, hacer legados incluso a extraños. A la porción total o parcial de libre disposición, que el testador les otorga a sus propios herederos forzosos se le llama mejora.

Perez Lasala hace notar que la mejora no constituye en nuestro derecho una porción hereditaria autónoma sino que es la porción de libre disposición, en cuanto es aplicada a los herederos forzosos para mejorar las porciones de legítima que le otorga la ley.

Con esta disposición el código eliminó el régimen de la mejora vigente hasta la sanción de aquél, que tenía gran ascendencia en la tradición española.

4. Realizar partición por ascendientes

Es decir, decidir cómo se repartirán los bienes entre sus herederos siempre que no afecten los derechos de cada uno. Ello ocurre cuando el ascendiente divide y adjudica sus bienes por

testamento entre sus hijos y descendientes, para cuando muera, conforme a las condiciones que establece la ley (arts. 3.514 y ss.).

Establece el art.3.514 del CC *"El padre y madre y los otros ascendientes, pueden hacer, por donación entre vivos o por testamento, la partición anticipada de sus propios bienes entre sus hijos y descendientes, y también, por actos especiales, de los bienes que los descendientes obtuviesen de otras sucesiones"*.

Debemos aclarar que esta institución tiene más complejidad de lo que puede aparecer a simple vista, porque se debe respetar la sociedad conyugal y los bienes propios para conocer las porciones legítimas. Incluso hay autores que no admiten la partición por testamento cuando subsiste la sociedad conyugal, porque la existencia de bienes gananciales constituye una masa indivisa, en la que no se sabe qué bien le será adjudicado a cada cónyuge a la liquidación.

5. Imponer una indivisión forzosa

Por el art. 51 de la Ley 14.394 el causante puede imponer a sus herederos –por testamento– inclusive a los forzosos, la indivisión de los bienes hereditarios por un plazo no mayor de diez años.

Si se tratare de un bien determinado o de un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de cualquier otro que constituya una unidad económica.

El lapso de la indivisión podrá extenderse hasta que todos los herederos alcancen la mayoría de edad, aún cuando ese tiempo exceda los diez años. Si el causante impusiera un término superior al de diez años, se entenderá que queda reducido a este plazo.

Pero, a su vez, el juez podrá autorizar la división total o parcial, a pedido de parte interesada y antes del transcurso del tiempo establecido, cuando concurren circunstancias graves, razones de manifiesta utilidad o interés legítimo de tercero.

También puede ponerse fin al estado de indivisión antes del plazo impuesto por el testador si están en ello de acuerdo todos los herederos.

6. Establecer la condición de no enajenar el bien legado por un plazo no mayor de diez años

Si bien el art. 3.608 sienta el principio general de que toda condición prohibida trae aparejada la anulación de la disposición a que se halle impuesta, en materia de legados de cosas ciertas el artículo prevé 3.781 que si se lega una cosa con calidad de no enajenarla y la enajenación no compromete ningún derecho de tercero, la cláusula de no enajenarse se tendrá por no escrita.

Fácilmente se advierte, pues que en este caso no se hace perder efecto a la disposición que contiene el legado sino que se deja ésta a salvo, considerándose al legado como puro y simple, o a lo sumo limitándose la prohibición de enajenar al término de diez años, conforme lo dispone el artículo 2.613 *"Los donantes o testadores no pueden prohibir a los donatarios o sucesores en sus derechos, que enajenen los bienes muebles o inmuebles que les donaren o dejaren en testamento, por mayor término que el de diez años"*.

La aparente contradicción existente entre dicha disposición y lo reglado por el artículo 3.781 es resuelta por la mayoría de la doctrina, afirmándose que *"si la cláusula de no enajenar no fija término, debe tenerse por no escrita (art. 3.871); si fija un término menor al decenal, será válida, y si fija uno mayor, deberá reducirse al término de diez años (art. 2.613)"*.

7. Disponer la afectación de un inmueble como bien de familia

El Bien de Familia es una institución jurídica, dotada de fundamentos, caracteres y fines específicos.

Está reglada por la Ley Nacional 14.394. Se basa en la voluntad de los titulares de dominio para someter el inmueble que es objeto de alojamiento o sustento económico de la familia, a un régimen especial.

Este régimen ofrece un beneficio principal que es "la protección del inmueble".

Tiene como objetivo asegurar la conservación dentro del patrimonio familiar, del inmueble que sirve como vivienda o explotación personal para sustento económico, para así asegurar la cohesión familiar.

El art.44 de la Ley 14.394 dispone que cuando se hubiere dispuesto por testamento la constitución de un bien de familia, el juez de la sucesión, a pedido del cónyuge o, en su defecto, de la mayoría de los interesados, ordenará la inscripción en el registro inmobiliario respectivo siempre que fuere procedente con arreglo a las disposiciones de la presente ley. Si entre los beneficiarios hubiere incapaces, la inscripción podrá ser solicitada por el asesor o dispuesta de oficio por el juez.

8. Desheredar a un hijo que haya cometido graves injurias contra el padre o la madre

La desheredación es una sanción legal que se acuerda al testador a efectos de excluir a un heredero forzoso que ha incurrido en una de las causales taxativamente establecidas por el Código, debiendo el causante expresarlo en su disposición de última voluntad.

Funciona únicamente por testamento y sólo con respecto a los herederos forzosos, que no pueden ser privados de una parte de la herencia –legítima-sin justa causa. No se aplica con respecto a los herederos no forzosos pues basta con que el causante designe a otro como heredero testamentario.

El art. 3.745 establece que *"La causa de la desheredación debe estar expresada en el testamento. La que se haga sin expresión de causa, o por una causa que no sea de las designadas en este título, es de ningún efecto"*.

Las causales de desheredación:

- DE LOS DESCENDIENTES POR LOS ASCENDIENTES. Según el art. 3.747 los ascendientes pueden desheredar a los descendientes legítimos o naturales por las causas siguientes:
 1. Por injurias de hecho, poniendo el hijo las manos sobre su ascendiente. La simple amenaza no es suficiente.
 2. Si el descendiente ha atentado contra la vida del ascendiente.
 3. Si el descendiente ha acusado criminalmente al ascendiente de delito que merezca pena de cinco años de prisión o de trabajos forzados.
- DE LOS ASCENDIENTES POR LOS DESCENDIENTES. De acuerdo con lo dispuesto por el art. Art.3.748. El descendiente puede desheredar al ascendiente por las dos últimas causas del artículo anterior.

No pueden desheredarlos en caso de injurias de hecho, ya que se admite que los padres pueden en circunstancias excepcionales, castigar moderadamente a sus hijos.

Ya vimos que el art. 3.745 exige que el testador exponga la causa de desheredación, pero además es necesario que los herederos del testador prueben la causa expresada a menos que ello haya sido probado en juicio en vida del testador (art. 3.746) Incumbe entonces la carga de la prueba a los herederos que concurren con el desheredado, o sea a quienes afirman la validez del testamento.

9. Establecer el perdón expreso del indigno

El Código Civil a partir del art. 3.291 y hasta el artículo 3.296 bis, establece las incapacidades para suceder por indignidad. Así considera indignos a:

- Los condenados en juicio por delito o tentativa de homicidio contra la persona de cuya sucesión se trate, o de su cónyuge, o contra sus descendientes, o como cómplice del autor directo del

hecho. Esta causa de indignidad no puede ser cubierta, ni por gracia acordada al criminal, ni por la prescripción de la pena.

- El heredero mayor de edad que es sabedor de la muerte violenta del autor de la sucesión y que no la denuncia a los jueces en el término de un mes, cuando sobre ella no se hubiese procedido de oficio. Si los homicidas fuesen ascendientes o descendientes, marido o mujer, o hermanos del heredero, cesará en éste la obligación de denunciar.
- El que voluntariamente acusó o denunció al difunto, de un delito que habría podido hacerlo condenar a prisión, o trabajos públicos por cinco años o más.
- El condenado en juicio por adulterio con la mujer del difunto.
- El pariente del difunto que, hallándose éste demente y abandonado, no cuidó de recogerlo, o hacerlo recoger en establecimiento público.
- El que estorbó por fuerza o por fraude, que el difunto hiciera testamento, o revocara el ya hecho, o que sustrajo éste, o que forzó al difunto a que testara.
- Es indigno de suceder al hijo, el padre o la madre que no lo hubiera reconocido voluntariamente durante la menor edad o que no le haya prestado alimentos y asistencia conforme a su condición y fortuna.

El código no considera de orden público las causas de indignidad, motivo por el cual admite la posibilidad de sanearla mediante dos remedios legales la posesión de los bienes de la herencia por parte del heredero indigno durante un plazo que fija la ley o el perdón por parte del causante.

Con respecto al perdón el art.3.297 expresa *"Las causas de indignidad mencionadas en los artículos precedentes, no podrán alegarse contra disposiciones testamentarias posteriores a los hechos que las producen, aun cuando se ofreciere probar que el difunto no tuvo conocimiento de esos hechos al tiempo de testar ni después"*.

El perdón debe patentizarse, exclusivamente, por testamento y la institución en éste del heredero indigno borra los efectos de la indignidad, de pleno derecho, no admitiéndose pleito sobre la cuestión, como claramente lo expresa la parte final de la norma.

No es necesario, tampoco, que en el testamento figure la mención expresa del perdón; la inclusión del indigno lo hace presumir.

La interpretación del artículo debe ser rigurosa en cuanto no se admite otra forma de perdón que no sea por testamento posterior al hecho de la indignidad.

10. Designar tutores para sus hijos menores

Según el artículo 383 del C.C. *"El padre mayor o menor de edad, y la madre que no ha pasado a segundas nupcias, el que últimamente muera de ambos, puede nombrar por testamento, tutor a sus hijos que estén bajo la patria potestad"*.

Se trata de una facultad exclusiva de los padres. No obstante para que el nombramiento de tutor sea válido tiene que haber muerto el otro progenitor, pues de lo contrario no correspondería discernir la tutela, porque subsistiría la patria potestad del otro cónyuge, o sea del sobreviviente. Solo tiene este derecho el padre o la madre que estuviera en el ejercicio de la patria potestad.

Aunque el art. 383 privaba del derecho a designar tutor al cónyuge que había contraído segundas nupcias –el cual, según el sistema del código, perdía la patria potestad- hoy día, después de la Ley 11.357, ha desaparecido esa restricción.

Los padres de hijos extramatrimoniales también pueden nombrarles a éstos tutor testamentario, con tal de que el reconocimiento haya sido voluntario (Arg. art. 3.296 bis, según la Ley 23.254) y que los hayan instituidos como herederos (art. 394).

11. La designación de un curador para sus hijos mayores dementes o sordomudos

El artículo 479 del Código Civil, según el cual en todos los casos en que el padre o madre puede dar tutor a sus hijos menores de edad, podrá también nombrar curadores por testamento a los mayores de edad, dementes o sordomudos.

Según Borda, la facultad del padre para designar el curador de sus hijos mayores de edad pero incapaces, por medio de un testamento, rige solamente en los casos en que aquél ejerce la curatela del hijo; por tanto, carece de validez la designación si hay otra persona con mejor derecho para desempeñar el cargo (como el cónyuge o sus hijos) o si vive el otro progenitor hábil para desempeñarla.

El hecho que sólo puede designar curador testamentario el padre o madre que se hallare en ejercicio de la curatela al momento de hacer el testamento, nos permite ver con claridad uno de los tantos inconvenientes que trae aparejada la no declaración judicial de incapacidad y la necesidad de llevar a cavo este procedimiento judicial.

Vemos necesario volver sobre el tema de la declaración judicial de incapacidad, en virtud de que el pariente tiene la obligación de denunciar la insanía, y si no lo hace pierde el derecho a la curatela legítima (arts. 378 y 398, inc. 14, Código Civil – aplicables por medio del art. 475 del mismo ordenamiento).

El Código Civil sólo regula el supuesto de delación de la curatela por los padres del incapaz por medio del testamento. Regula con ello el supuesto más habitual. Pero nada impide extender la hipótesis a otras no previstas, personas que constituyen su círculo de guarda, pueden adoptar diversos tipos de disposiciones respecto de la administración de bienes cuya determinación coincide con la distinción civil entre medidas de carácter personal y patrimonial.

La delación testamentaria es una de las formas tradicionales, de delación de la curatela.

El claro componente tradicional de institución cuasi familiar, en cierta forma inspirada en la patria potestad, aunque no sea cierta (no crea status familiar, ni filiación, no puede hablarse de relación parental) subyace en la concepción testamentaria de la curatela.

En cualquier caso, la delación de la curatela (testamentaria, legítima y dativa, desde el Derecho Romano Clásico) queda sujeta al correspondiente nombramiento judicial. Es decir, los padres pueden establecer medidas de tutela pero el juez decide.

El nombramiento constituye una prerrogativa otorgada a los padres para el caso de su fallecimiento o, en su defecto al juez, sea que la tutela recaiga en alguno de los parientes que la ley prevé (art. 390 C.C.) o en un tercero (art. 393 C.C.).

Sin embargo, ese nombramiento debe ir unido a un control de mérito de las calidades personales y morales del designado y de su capacidad (art. 398 C.C.) y antes de quedar investido del cargo, el nombrado debe *"asegurar bajo juramento el buen desempeño de su administración"* (art. 406 C.C.). Por eso, el juez tiene que confirmar la designación de tutor hecha por los padres (art. 399 C.C.).

Por otra parte a pesar de que el art. 479 se refiere exclusivamente a la designación por testamento, nada impide la validez de la designación hecha por medio de escritura pública, ya que ninguna razón habría para apartarse de lo previsto por el art. 394 C.C.

La duplicidad de formas presenta dos problemas. El primero de elección de medio; el segundo de publicidad de la designación.

En cuanto al primer supuesto, es sabido que el testamento surte eficacia después del fallecimiento del testador, momento al que hay que referir por tanto el nombramiento del curador.

Puede entenderse que no ocurre así con la escritura pública, que produciría efectos desde su otorgamiento, no estando dirigido a regular la esfera post mortem del disponente.

Asimismo, dada su finalidad dirigida a regular la curatela de incapacitados, deben entenderse ambos documentos destinados a surtir eficacia en el momento del fallecimiento del disponente.

Sin embargo, nos parece muy importante destacar que a través de la escritura pública se podría prever el supuesto de incapacidad posterior del padre o madre ordenante.

En este punto parece conveniente realizar algunas reflexiones en orden al concepto de administración del patrimonio del tutelado, o más exactamente de su gestión.

El art. 481 del C.C. dispone que la obligación principal del curador del insano, será cuidar que recobre su capacidad y a este objeto se han de aplicar con preferencia la renta de sus bienes.

Por otra parte la gestión no supone una mera conservación de los bienes del tutelado sino que debe considerarse una explotación dinámica de los mismos.

Baste indicar que la idea rectora es obtener del conjunto patrimonial la rentabilidad global que puede alcanzar, siendo posible la enajenación a efectos de reinversión en el mismo u otro activo.

De prosperar esta interpretación, el legado en bienes determinados o bien la donación – título gratuito– ordenada por el padre o la madre, pudiese, si es imputada al quinto de libre disposición, gozar de un régimen más flexible que los bienes incluidos en la curatela en sentido estricto. Nada impide que una misma persona puede ser al mismo tiempo administrador de un bien concreto y curador de los bienes de la persona y bienes del incapaz.

Finalmente, en el ámbito del artículo 451 C.C. referido a la retribución del curador, debemos destacar que no se puede alterar la proporción fijada por la norma, por lo cual la remuneración no puede ser inferior ni superior. Sin embargo en un caso se resolvió que si al curador del insano se lo designó administrador de los bienes en el juicio sucesorio en que se lo declaró al interdicto único heredero, carece de derecho a la décima, si en dicho carácter se le asignó y cobró una suma superior.

Posteriormente se hará alguna precisión sobre las formas de aseguramiento de la voluntad del testador (no del disponente en escritura pública salvo que coordine su contenido con un testamento, lo que siempre es aconsejable).

La principal preocupación a la hora de prever el futuro económico de los hijos y seres queridos consiste en garantizar un flujo adecuado que permita conseguirle un digno nivel de vida y el aseguramiento de las condiciones materiales precisas.

Tras una valoración adecuada de las circunstancias concurrentes en cada caso, pueden ser el establecimiento y garantía de una renta o el aseguramiento de vivienda.

12. Revocar la existencia de otro testamento

Se acepta que el testamento solo tenga como disposición la revocación de otro anterior.

Una de las notas esenciales del derecho testamentario es la posibilidad permanente de su revocación, a punto que el art. 3.824 dispone *"El testamento es revocable a voluntad del testador hasta su muerte. Toda renuncia o restricción a este derecho es de ningún efecto. El testamento no confiere a los instituidos ningún derecho actual"*.

La revocación es el acto –expreso o tácito– por el cual el testador deja sin efecto el testamento anterior. Será expresa cuando ello se dice en un testamento posterior y tácita cuando es corolario de algún acontecimiento previo, tales como la destrucción del testamento o el matrimonio posterior del causante.

La revocación del testamento quita a éste todos sus efectos, con excepción de la cláusula por la que se reconoce a un hijo extramatrimonial.

13. La disposición de todo el cadáver del disponente o de partes separables del mismo (órganos o materiales anatómicos), para uso científico o para ser implantadas dichas partes separables en otros seres humanos vivos

El artículo 19 de la Ley 24.193 dispone: Toda persona capaz mayor de dieciocho (18) años podrá autorizar para después de su muerte la ablación de órganos o materiales anatómicos de su propio cuerpo, para ser implantados en humanos vivos o con fines de estudio o investigación.

La autorización a que se refiere el presente artículo podrá especificar los órganos cuya ablación se autoriza o prohíbe, de un modo específico o genérico. De no existir esta especificación, se entenderán abarcados todos los órganos o tejidos anatómicos del potencial donante.

Asimismo podrá especificar con qué finalidad se autoriza la ablación. De no existir esta especificación, se entenderán abarcados exclusivamente los fines de implantación en humanos vivos y excluidos los de estudio e investigación científica.

Esta autorización es revocable en cualquier momento por el dador; no podrá ser revocada por persona alguna después de su muerte.

Posteriormente la Ley N° 26.066 de trasplante de órganos y tejidos sancionada el 30 de noviembre de 2005 trae una modificación de la Ley N° 24.19, respecto a la manifestación de su voluntad negativa o afirmativa por parte de las personas respecto de la ablación de los órganos y tejidos de sus propios cuerpos. Ablación en los casos de personas capaces mayores de 18 años que no hayan dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se lleve a cabo la

extracción de sus órganos y tejidos. Fallecimiento de menores de 18 años no emancipados. Comunicación al Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI).

Esta ley Promulgada de Hecho el día 21 de diciembre de 2005 dispone en su artículo 4º: Sustitúyese el artículo 19 de la Ley N° 24.193 por el siguiente texto:

Artículo 19: Toda persona podrá en forma expresa:

1. Manifestar su voluntad negativa o afirmativa a la ablación de los órganos o tejidos de su propio cuerpo.
2. Restringir de un modo específico su voluntad afirmativa de ablación a determinados órganos y tejidos.
3. Condicionar la finalidad de la voluntad afirmativa de ablación a alguno o algunos de los fines previstos en esta ley —implante en seres humanos vivos o con fines de estudio o investigación —.

El artículo 5º — Incorpórase a la Ley 24.193, como artículo 19 bis el siguiente:

Artículo 19 bis: La ablación podrá efectuarse respecto de toda persona capaz mayor de DIECIOCHO (18) años que no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de sus órganos o tejidos, la que será respetada cualquiera sea la forma en la que se hubiere manifestado.

Este artículo entrará en vigencia transcurridos NOVENTA (90) días de ejecución de lo establecido en el artículo 13 de esta ley, que modifica el artículo 62 de la Ley 24.193.

El artículo 6º — Incorpórase a la Ley N° 24.193, como artículo 19 ter el siguiente:

Artículo 19 ter: En caso de fallecimiento de menores de DIECIOCHO (18) años, no emancipados, sus padres o su representante legal, exclusivamente, podrán autorizar la ablación de sus órganos o tejidos especificando los alcances de la misma.

El vínculo familiar o la representación que se invoque será acreditado, a falta de otra prueba, mediante declaración jurada, la que tendrá carácter de instrumento público, debiendo acompañarse dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) horas la documentación respectiva.

La falta de consentimiento de alguno de los padres eliminará la posibilidad de autorizar la ablación en el cadáver del menor.

En ausencia de las personas mencionadas precedentemente, se dará intervención al Ministerio Pupilar, quien podrá autorizar la ablación.

14. Reconocer hijos de una relación extramatrimonial o de un hijo por nacer de una unión actual

El reconocimiento de hijos extramatrimoniales (art. 248 inc. 3) es materia que se trata fundamentalmente en el derecho de familia, pero caben, no obstante, algunas observaciones.

Aunque el reconocimiento se califique como acto inter vivos, la circunstancia de que el reconociente haya optado por la forma testamentaria para concretarlo, no puede resultar indiferente.

El testamento, como acto de última voluntad, produce sus efectos recién después de muerto su autor (arts. 947 y 952). El reconocimiento, contenido en un testamento, no puede escapar a esta singularidad del acto testamentario. La ley no lo exceptúa. Sólo establece que es irrevocable, dejándolo al margen del principio de revocabilidad de toda disposición testamentaria.

Pero no lo excluye de la eficacia post mortem propia de las disposiciones de última voluntad. Por lo cual, si quien reconoce ha querido hacerlo a través de un acto testamentario, no se ve por qué no se ha de respetar su voluntad de que el reconocimiento recién adquiriera eficacia después de su fallecimiento, conforme a la naturaleza de última voluntad del acto que ha elegido para efectuarlo. La irrevocabilidad del reconocimiento no puede identificarse con la eficacia inmediata del mismo, característica de los actos inter vivos, porque aquí es la misma ley que consiente el reconocimiento en un acto de última voluntad, sin excluirlo de la eficacia post mortem propia de este tipo de actos.

La irrevocabilidad del reconocimiento testamentario no conlleva que también este acto deba constituir una excepción al principio legal de que el testamento recién adquiere eficacia después de la muerte de su autor (arts. 947 y 952 CC.), porque tal excepción la ley no la establece. Que una persona disponga para después de su muerte y que no obstante a su disposición de última voluntad se le atribuyan efectos inmediatos, inter vivos, no resulta de la ley, y viola el principio moral y legal de respeto a la voluntad del testador.

Por todo ello, no pareciera acertada la doctrina que asigna efectos inmediatos al reconocimiento testamentario, y niega el carácter de testamento al acto de última voluntad revestido de forma testamentaria que sólo contenga el reconocimiento de hijo. La ley ha querido que el reconocimiento pueda resultar de un acto de última voluntad (art. 248 inc. 3 CC.), y que sea irrevocable (art. 249). Pero no ha dicho nada más. Por lo tanto, si un sujeto reconoce un hijo en su

testamento, ese reconocimiento sólo adquirirá eficacia con la muerte del testador. De lo contrario, no tendría sentido la referencia de la ley al acto de última voluntad.

La eficacia post mortem del reconocimiento contenido en un testamento resulta clara cuando se trata de testamento cerrado. No podrá procederse a la apertura de un testamento cerrado antes del fallecimiento de su autor, por más vehementes que sean los indicios de que contenga un reconocimiento de hijo extramatrimonial. Con el ológrafo la situación es similar. Su carácter privado, íntimo del testador, contribuye a que produzca efectos cuando aparezca después del fallecimiento de su autor. Y si aparece a la luz antes de tal acontecimiento, no adelantará tal aparición los efectos del reconocimiento: su eficacia se producirá con la muerte del testador, una vez protocolizado (art. 3.692 CC.).

Con respecto al testamento por acto público, si bien el art. 39 decreto ley 8.204/63 establece que los escribanos ante quienes se hiciesen reconocimientos remitirán a la Dirección General de Registro Civil los documentos pertinentes, tratándose de un testamento por acto público lo exacto es que recién se podrá inscribir comprobándose la muerte del testador, pues hasta ese momento el acto testamentario no tiene existencia, por aplicación del art. 952 CC.

El reconocimiento testamentario de un hijo producirá efectos, en consecuencia, sólo a partir de la misma fecha en que el testamento adquiere eficacia, es decir, a partir del fallecimiento de su autor. Es lo que en forma expresa y coherentemente dispone el Código Civil italiano (art. 256). Es también la doctrina del derecho francés y del español. En España, la reforma de 1986 al Reglamento del Registro Civil ya no deja dudas, pues dispone que cuando el reconocimiento conste en testamento, para inscribirlo se debe acreditar la defunción del reconociente (art. 188).

El proyecto argentino de Código Civil de 1998 en esta materia deja las cosas como están. Su art. 550 inc. c no innova la redacción del vigente art. 248 inc. 3, por lo cual la discrepancia doctrinaria seguirá abierta.

15. Crear un fideicomiso

El empleo del fideicomiso ha sido resistido en nuestro país, quizá por, los malos antecedentes que conocemos del derecho romano, donde el *fideicommissum* y el *pactum fiducie* sirvieron como instrumento para concretar abusos, en perjuicio del constituyente, acreedores y herederos legítimos.

A todo este desprestigio debemos agregar, que la mayoría identifica el fideicomiso con los negocios ocultos o simulados y su inevitable vinculación con el fraude.

No obstante pensamos que este instituto posee virtudes que se van a poner de manifiesto cuando realmente se ponga en funcionamiento en nuestro país, ahora que contamos con la Ley 24.441 que sirve de marco contenedor.

La doctrina nunca se puso de acuerdo sobre si se podían o no constituir fideicomisos de última voluntad, ríos de tinta han corrido al respecto. Ahora la Ley 24.441; hace que todas estas discusiones doctrinarias sean historia, al disponer expresamente que el fideicomiso también puede constituirse por testamento.

La ley al dar el concepto de fideicomiso se concreta a decir que *"hay fideicomiso cuando una persona (el fiduciante), transmite la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (el fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designa en el contrato (el beneficiario) y a transmitir la propiedad plena a la finalización del fideicomiso al fiduciante, al beneficiario o a un tercero (el fideicomisario) "* (art. 1°).

Conceptualizando a los sujetos que pueden intervenir en el fideicomiso tenemos:

- a) El fiduciante, también llamado fideicomitente que es quién transmite la propiedad fiduciaria de bienes determinados.
- b) El fiduciario, es quién recibe la propiedad fiduciaria y se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato o testamento, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario, por supuesto que si se trata de un fideicomiso testamentario sólo se lo podrá transmitir al beneficiario o fideicomisario, ya que se hará efectivo después de la muerte del fiduciario.
- c) El beneficiario es el sujeto a favor de quién se instituye el fideicomiso y en cuyo provecho se lo administra.
- d) El fideicomisario, es el destinatario final de los bienes fideicomitados, una vez cumplido el plazo o la condición a que se encuentra sometido el dominio fiduciario.

Para la hipótesis de que beneficiario y fideicomisario sean efectivamente personas distintas, la propuesta de la comisión designada por dec. 468/92 de reformas al Código Civil contempló que el fideicomisario sea el beneficiario residual, y que en caso de que tampoco acepte o no llegue a existir atribuyó la calidad de beneficiario al mismo fiduciante. En el artículo 26, regulando la extinción del fideicomiso, la Ley 24.441 dispone que el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitados al fideicomisario o a sus sucesores.

En lo que respecta a la conceptualización del dominio fiduciario, podemos decir que se trata de un dominio imperfecto, temporario o de duración limitada y su destino es la retransmisión a quién corresponda según el contrato, el testamento o la ley.

La fuente natural del fideicomiso establecida por la nueva ley, es sin duda el contrato, pero la ley ha previsto otra fuente diferente, cual es el acto de última voluntad, por medio del cual el testador, futuro causante, puede constituir un fideicomiso que carecerá de efectos inmediatos y su eficiencia dependerá, entre otras cosas de la muerte del testador.

En cuanto al contenido, la ley dice que *"contendrá al menos las enunciaciones requeridas por el artículo 4..."*. En consecuencia deberá contener: a) *"La individualización de los bienes objeto del contrato"*; b) *"La determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso"*; c) *"El plazo o condición a que se sujeta el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar más de treinta (30) años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere un incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad"*; d) *"El destino de los bienes a la finalización del fideicomiso"*; y e) *"Los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo si cesare"*.

◀ La sustitución fideicomisaria prohibida en el art. 3.723 del C.C. se distingue del fideicomiso testamentario en cuanto alude a un orden sucesivo de vocación.

Para distinguir la sustitución fiduciaria del fideicomiso sucesorio, podemos decir, que encontramos esta diferencia en uno de los requisitos que es esencial en la primera, y es la existencia de un orden sucesivo, ya que el segundo instituido, recibe cuando muere el primer heredero, en cambio en el fideicomiso esto no se da, ya que el traspaso de los bienes del fiduciario, no depende de la muerte del fiduciario, sino de un plazo, el que nunca podría superar los 30 años desde su constitución (art. 4 c), salvo que el beneficiario fuera un incapaz, en cuyo caso sería, por la vida del mismo o hasta que éste recupere su capacidad.

O sea que la distinción entre el fideicomiso y la sustitución fideicomisaria está relacionada con la muerte; si la propiedad ha de pasar del fiduciario al fideicomisario a la muerte del fiduciario hay una sustitución fideicomisaria, porque se ha nombrado un heredero al heredero, pero si está sujeto a un plazo o una condición diferente a la muerte se estará en presencia de un fideicomiso permitido por la ley.

Por tanto no habría sustitución prohibida, si el fideicomiso se constituye sobre bienes que deberán ser administrados por el fiduciario en beneficio de un tercero o de alguno de los herederos y para que al cabo de un plazo o condición los transfiera al beneficiario o al fideicomisario. Con lo cual queda claro que no se le está de ninguna manera dando un heredero al heredero y que este efecto jurídico es totalmente ajeno a la muerte del fiduciario.

◀ En cuanto al respeto a las legítimas

La aplicación del fideicomiso testamentario, tropieza en la mayoría de los casos con la legítima de los herederos forzosos, convirtiéndola en una utopía, por más que se encuentre perfectamente encuadrada legalmente.

Si existen herederos forzosos el fideicomiso sólo podría ser constituido sobre la parte de libre disposición, porque lo contrario violentaría la legítima.

◀ Existencia de un heredero incapaz

Por nuestra parte, sin desconocer que el C.C. determina que los bienes que deben recibir los sucesores universales convocados por un llamamiento legal, y de los cuales no pueden ser privados; y que según el art. 3.598, deben recibir sin cargas ni condicionamientos; creemos que merece distinto tratamiento, cuando entre los herederos existe un incapaz, a quién el testador pretenda proteger, o incluso que esa protección se la quiera asegurar a toda la familia.

Y es justamente esta creencia, la que nos lleva a sostener que a través de la doctrina y la jurisprudencia, como ya ha sucedido en otras oportunidades en nuestro derecho, se busque la armonización de las normas, solucionando los conflictos sin que ninguno de los principios del derecho se vea afectado.

Figuras como la afectación de un inmueble al régimen de la Ley 14.394 de bien de familia por la vía testamentaria o la determinación de la indivisión forzosa de los bienes hereditarios regulada en los arts. 51 a 55 del mismo ordenamiento legal, han sido consideradas excepciones al concepto de intangibilidad de la legítima, de interpretación restrictiva.

Por su parte Bossert, expresa que se ha señalado que en caso de advertirse conflicto entre los principios que rigen la legítima o la división hereditaria con los que inspiran la institución del bien de familia, deben preferirse estos últimos, adecuándose cuando sea necesario para que funcionen éstas, de lo que se deriva que la Ley 14.394 ha modificado implícitamente el régimen sucesorio.

En este orden de ideas, ante la afectación de la legítima de los herederos forzosos, originada en que el testador al constituir el fideicomiso testamentario involucró en él bienes que superan la parte disponible, se imponen dos soluciones.

Conforme a la primera, los herederos legitimarios podrían solicitar la reducción del derecho a la porción disponible, esta solución se apoyaría en el Código Civil.

La segunda, considerando este caso como una excepción a la intangibilidad de la legítima, que solo se vería postergada temporariamente, en pos de metas superiores, como es por ejemplo la

propia protección de los bienes fideicomitidos que le correspondan al heredero incapaz. Todo ello siempre y cuando se involucre en él a los herederos legitimarios y no se pretenda beneficiar a través de esta figura a terceros existiendo herederos forzosos.

El plazo permitido para mantener vigente un fideicomiso es de treinta años, pudiendo ser más extenso si se vincula con la incapacidad del beneficiario. Treinta años aparece como suficientemente extenso, pero no lo es tanto el marcado por los arts. 51 a 53 de la Ley 14.394, que es de 10 años, o hasta que la totalidad de los herederos adquieran la mayoría de edad. Suponiendo que al tiempo de la constitución de la indivisión recién haya nacido el más pequeño de los herederos, el plazo máximo sería de veintiún años

La constitución del fideicomiso testamentario sería una excepción más a la intangibilidad de la legítima, cuando estén involucrados intereses prioritarios, como la protección patrimonial de incapaces o de la misma familia, desplazándose de este supuesto el beneficio de terceros no legitimarios.

-Como ya quedó explicado en este tipo de fideicomisos, el interesado dicta su testamento en cualquiera de las formas permitidas por la ley y en él expresa su voluntad para que a su muerte se constituya fideicomiso sobre todos o parte de los bienes que integrarían su acervo hereditario, estipulando quiénes serán los fideicomisarios, cuáles serán los fines a cuya consecución, deberá proveer el fiduciario y en general todo lo que desea que el fiduciario realice con dichos bienes y el destino que habrá de darles.

Con el fideicomiso testamentario, cualquiera que sea la forma que se utilice, se tienden a evitar los mismos riesgos que con los fideicomisos de seguro, esto es, la dilapidación o mala administración del patrimonio hereditario y además ayudar a garantizar que se cumpla con estricto rigor la voluntad del testador, respecto a la administración, aplicación y destino de ese patrimonio, evitando desviaciones, así como conflictos entre herederos o legatarios, frecuentes sobre todo cuando el albacea o los encargados de la administración no están en aptitud de proceder imparcialmente, por tener también intereses en la herencia.

A través del testamento el testador expresa su voluntad y deseo, obviamente revocable, como lo es todo testamento, de que a su muerte, se constituya fideicomiso en los términos, condiciones y para los fines que el propio testamento se determinen.

Cuántas veces hemos escuchado anécdotas de menores de edad que al llegar a su mayoría, ya no tenían el patrimonio hereditario que les habían dejado sus padres, algunas veces fortunas, otras veces el fruto del sacrificio de toda una vida.

La circunstancia de no saber quién, ni cómo se van a administrar los bienes que les dejemos a nuestros hijos a nuestra muerte, si estos fueran menores, es una fuente de preocupación común a todos los padres. Y ni que decir, cuando se tiene la certeza de que un hijo, por padecer alguna enfermedad física o mental o ambas, no va a adquirir nunca la capacidad para valerse por sí mismo y mucho menos para administrar su patrimonio o persona.

Ahora a través del testamento, con la posibilidad que le otorga la ley, y pudiendo los padres como ya vimos, constituir un fideicomiso de administración o de inversión sobre su patrimonio, para después de su muerte, le aseguran al hijo una cobertura económica para atender su salud, cuidados, asistencia y la manera como quieren que se provean esas necesidades, sabiendo además que esos bienes se van a invertir o administrar correctamente.

Son numerosos los autores que han visto que la posibilidad de constituir un fideicomiso testamentario, está íntimamente vinculada con las relaciones de familia.

16. Designar albacea

Persona de confianza que se ocupará de cumplir y hacer cumplir lo dispuesto por Ud. en el testamento. Como disposición testamentaria en el testamento se puede proceder a la designación de albacea, pudiendo incluso establecer sus facultades, y cuya función tiene carácter oneroso (arts. 3.844 y 3.872).

Respecto a la ejecución de últimas voluntades existiendo incapaces (judicialmente incapacitados o no) interesados en la sucesión, es muy conveniente proceder a la designación testamentaria de albacea

La extensión de las facultades a conferir al albacea es variable. Puede ser designado para funciones concretas: vigilar el cumplimiento de modos, condiciones resolutorias, entrega de legados. El artículo 3.851 C.C. dispone que las facultades del albacea serán las que designe el testador con arreglo a las leyes, y si no las hubiese designado, el ejecutor testamentario tendrá todos los poderes que según las circunstancias sean necesarios para la ejecución de la voluntad del testador.

No obstante la amplitud de la regla preindicada se anotan entre las principales atribuciones del albacea, las siguientes:

- a. **RETENCIÓN PARA EL PAGO DE DEUDAS Y LEGADOS.** Si bien, existiendo herederos forzosos o instituidos corresponde a éstos la posesión de la herencia, debe quedar en poder del albacea una parte de ella, cuando fuese necesario, para pagar las deudas y legados, si los herederos no opusiesen con respecto a estos últimos que se perjudica su legítima (art. 3.852). Todo, sin

perjuicio de que los herederos y legatarios puedan pedir al albacea las garantías necesarias por la parte de la herencia que queda en su poder (art. 3.853 C.C.).

El albacea debe pagar las mandas con conocimiento de los herederos; y si éstos se opusieren al pago, debe suspenderlo hasta la resolución de la cuestión entre los herederos y legatarios"

- b. POSESIÓN DE LA HERENCIA. Cuando en el testamento sólo se hiciesen legados, no habiendo herederos legítimos ni instituidos, la posesión de la herencia corresponde al albacea (art. 3.854 C.C.).
- c. VENTA DE BIENES. El causante puede autorizar al albacea para vender bienes muebles o inmuebles; pero ello no se hará sino cuando sea indispensable para la ejecución del testamento y de acuerdo con los herederos o autorizado por el juez (art. 3.856).
- d. EJECUCIÓN DE CARGOS. El albacea tiene atribuciones para demandar a herederos y legatarios por la ejecución de los cargos que el testador les hubiere impuesto en su propio interés (art. 3.861 C.C.).
- e. INTERVENCIÓN EN JUICIO. Es parte en las contestaciones relativas a la validez del testamento o en las cuestiones sobre la ejecución de las mandas; pero no interviene en los pleitos que promuevan los acreedores de la sucesión u otros terceros, en los cuales sólo son parte los herederos y legatarios. (art. 3.862 C.C.).
- f. REEMBOLSO DE GASTOS. Según el artículo 3.873, *"los gastos hechos por el albacea relativos a sus funciones son a cargo de la sucesión"*. La norma no hace sino aplicar las reglas de los arts. 1.948 y 1.949 del C.C..
- g. ADMINISTRADOR DE LA HERENCIA. La doctrina mayoritaria en nuestro país ha entendido que puede administrar la herencia en el caso de que no existan herederos y *"cuando las disposiciones del testador tuviese sólo por objeto hacer legados"*. En este sentido debe entenderse, como dispone el artículo 3.863 del C.C. que *"el nombramiento de un albacea, deja a los herederos y legatarios todos los derechos cuyo ejercicio no se atribuye especialmente a aquél"*. No obstante el Código Procesal de Mendoza, en su art. 322 al referirse a la designación de Administrador y Perito dispone en su inciso 1º última parte que si hubiera albacea testamentario, a este se designará administrador en todos los casos.

El albacea tiene la obligación de realizar un inventario de los bienes hereditarios, poner en conocimiento de los herederos del pago de las mandas y posteriormente rendir cuentas de su gestión (arts. 3.857 a 3.860 C.C. y 3.874 C.C.)

También tiene derecho a ser retribuido por su trabajo, y esta será una comisión graduable conforme lo que ha hecho y la importancia de los bienes de la sucesión (art. 3.872).

17. Designar contador-partidor

Acudir a la profesionalización y nombrar un doctor en Ciencias Económicas o Contador Público Nacional, para que sea quién se ocupe de las operaciones a que de lugar la futura sucesión, es de gran utilidad.

Debemos tener en cuenta que el art. 3.515, autoriza a los ascendientes que nombren tutores a sus descendientes menores (curadores a los mayores) para que hagan los inventarios, tasaciones y particiones de sus bienes extrajudicialmente presentándolas después a los jueces para su aprobación. Naturalmente la solución para los padres que opten por esta facultad que les otorga el código, está en que se designe una persona especializada que tenga una capacitación en esta materia, y por lo tanto, lleve a cabo con más solvencia las operaciones, profesional de Ciencias Económicas.

En Mendoza, en sentido distinto a lo que dispone el Código Procesal de la Nación, el Código de procedimiento provincial en el artículo 322 dispone en el inciso 2º) respecto al nombramiento de perito que *"se nombrará un perito evaluador, doctor en ciencia económicas o contador público nacional, que hará también el inventario, si fuera de necesidad. Agregando en el inciso 3º)." "Podrá también designarse un perito partidor en la forma señalada en el inciso precedente, debiendo la cuenta particionaria ser suscripta conjuntamente con el abogado que intervenga. Los herederos declarados, por mayoría, podrán resolver que el perito evaluador haga también la partición."*

Si la partición puede ser realizada por el propio testador conforme lo autoriza el art. 3.514, o también puede el testador delegarla al tutor como ya vimos, con más razón entendemos que está facultado para designar un Contador Público Nacional, pues quién puede lo más puede lo menos.

Además debemos tener presente que las particiones que involucren a menores o incapaces deben ser judicial homologadas judicialmente. El sentido de la exigencia es asegurar a los coherederos la garantía de sus derechos resguardados por el trámite judicial.

18. Designar el abogado que quiere que se ocupe de su sucesión

C. El testamento y la protección de los parientes con capacidades diferentes

Tal como lo indica la profesora Heluani, en el punto anterior, el testamento puede incluir disposiciones que tiendan a la protección de menores e incapaces.

Los padres de hijos incapaces, tienen una preocupación constante respecto a quién se va a encargar de los mismos, cuando se produzca su fallecimiento, y fundamentalmente quién será el encargado de cubrir sus necesidades y la administración de sus bienes, que hasta el momento son administrados por ellos.

La posibilidad que nos da el testamento, para de alguna forma contemplar la situación de este tipo de parientes, es de vital importancia; más aún, considerando que nuestra legislación no otorga ningún régimen de privilegio respecto a los parientes con capacidades diferentes. En tal sentido, Bonzano expresa: *"Los parientes discapacitados, no aparecen como sujetos de privilegio alguno y si integran el orden hereditario concurrirán a la sucesión del causante en igualdad de condiciones que sus coherederos. Eventualmente podrán ser excluidos de la herencia en tanto no revistan el carácter de legitimarios. Tal exclusión podría resultar particularmente gravosa para el pariente discapacitado del causante que era beneficiario de prestación alimentaria a cargo del de cuius, derecho que se extinguirá ipso iure con la muerte del alimentante, atento la intransmisibilidad de tal obligación alimentaria en razón de su carácter eminentemente asistencial".*⁸⁹

⁸⁹ BONZANO DE SAIZ, María de los Ángeles, **Los discapacitados y el Derecho Sucesorio**, J.A., Lexis Nexis (Buenos Aires, 2002), pág. 14.

Conclusión

Tal como lo indicamos en la introducción de nuestro trabajo, en la actualidad, el Testamento es un instrumento poco utilizado en nuestro país, ya sea por la falta de conocimiento sobre el mismo, o por la idea errónea inserta en la mayoría de la sociedad, de que sólo se utiliza si no se tienen herederos forzosos, o por el miedo de no tocar el tema de la muerte, como si el hecho de hablar de este desenlace natural del ser humano, fuera a llamar nuestro deceso.

Como pudimos observar, el hombre, en vida intenta acumular riquezas, que le permitan tanto a él como a su familia, vivir de una forma digna, y el hecho de que nuestro régimen legal permita la sucesión hereditaria, hace que éste considere no despilfarrar su patrimonio, para sí poder proteger a su parentela, garantizándole un bienestar digno cuando llegue el momento de su muerte.

Es menester insertar en la conciencia del hombre, los principios establecidos en las Sagradas Escrituras cuando aconseja: "Conserva tu autoridad: ni al hijo, ni a la mujer ni al hermano, ni al amigo, jamás les des potestad sobre ti, ni cedas a otros lo que posees para que no suceda que, arrepentido, hayas de pedirles rogando que te lo devuelva. (...) Reparte tu herencia, cuando se terminen los días de tu vida, al tiempo de tu muerte." ⁹⁰

Así pues, sería recomendable, que la comunidad toda observe las ventajas de prever el momento de su muerte, a través de una buena planificación sucesoria, y de esta forma evitar futuros litigios que se susciten entre los derechohabientes.

A través de la lectura del presente trabajo, intentamos transmitir los conocimientos básicos del derecho sucesorio, en relación a las disposiciones de última voluntad, con el fin de que se adopte la práctica de testar, ya que como pudimos ver, el testamento, efectuado conforme lo establece la ley, es la figura idónea para que nuestros deseos se cumplan de forma irrefutable.

⁹⁰ "La Sagrada Biblia", Eclesiástico; cap. 33, versículos 20 a 24.

Bibliografía

- AZPIRI, Jorge O., **Límites a la autonomía de la voluntad en el derecho sucesorio**, en *Jurisprudencia Argentina*, Fascículo N° 4 (Buenos Aires, 2001).
- BACA OLAMENDI, Laura, **Léxico de la política**, Fondo de la Cultura Económica (México, 2000), 831 pág.
- BELLUSCIO, Augusto César, **Manual de derecho de familia**, T. I., 7ª ed., Astrea (Buenos Aires, 2004), 604 pág.
- BELLUSCIO, César Augusto, **La reforma del derecho de sucesiones sancionada por la Cámara de Diputados**, LL, 1994-B-1065.
- BONZANO DE SAIZ, María de los Ángeles, **Los discapacitados y el Derecho Sucesorio**, J.A., Lexis Nexis (Buenos Aires, 2002).
- BORDA, Guillermo A, **Tratado de Derecho Civil - Familia**, T. I., 4ª ed., Abeledo-Perrot (Buenos Aires, 1993), 366 pág.
- BORDA, Guillermo A, **Tratado de Derecho Civil – Sucesiones**, T. I, Abeledo-Perrot (Buenos Aires, 1994), 495 pág.
- BORDA, Guillermo A., **Manual de Sucesiones**, XIV ed. actualizada, Abeledo-Perrot (Buenos Aires, 2004), 494 pág.
- BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A., **Manual de derecho de familia**, 6ª ed. Actualizada, Astrea (Buenos Aires, 2004), 703 pág.
- CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE SAN ISIDRO, Roson, María T. c/ Takagi, Kazuoni, 23/03/93, *Revista del Notariado* N° 833 (Abril/Junio de 1993).
- CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, 1a. 28-9 -37, LL 8-296.
- CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, Gonzalez, Inocencia A., s/ Sucesión –, Sala L, 18 de Octubre del 2000.
- CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, sala C, 11-6-51, JA 1951-IV-383.
- CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, SC de Tucumán, 9-10-53, LL 74-641.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, **Derecho civil español, común y foral**, ed. Reus (Madrid, 1973).

- CATAPANO, Ricardo, HELUANI, María M. y [otros], **Temas de Derecho Sucesorio – Un enfoque jurídico contable**, Ediciones Jurídicas Cuyo (Mendoza, 1988).
- CHAMPURÍN de, Ernestina, **Las reglas del método sociológico**, 3ª ed., Fondo de Cultura Económica, en *Colección Cuadernos de la Gaceta* (México, 1986).
- COSTA, Joaquín, **La libertad de testar y las legítimas**, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (Madrid, 1882).
- COVARRUBIAS, José Enrique, **En busca del hombre útil – Un estudio comparativo del utilitarismo neomercantilista en México y Europa, 1748-1833**, Universidad Nacional Autónoma de México (México, 2005).
- DUMONT, Esteban, **Traité de législation civile et pénale**, trad. Ramón Salas, tomo IV, Imprenta de D. Fermin Villalpando (Madrid, 1822).
- ENGELS, Friedrich, **El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado**, Planeta - Agostini (Barcelona, 1992).
- FERRER, Francisco A. y MEDINA, Graciela, **Código Civil Comentado**, T. I, 2º ed. Actualizada, Rubinzal – Culzoni Editores (Buenos Aires, 2011).
- FONT, Martín Andrés, **Guía de Estudio: Sucesiones**, ed. Estudio S.A. (Buenos Aires, 2005), 272 pág.
- GLIKIN, Leonardo J., **El Psicólogo en la Planificación Sucesoria**, publicado en Planificación Sucesoria Personal, disponible en <http://www.caps.com.ar/news/81/pdf/planificacion-sucesoria-personal-g.pdf>.
- GLIKIN, Leonardo J., **Pensar la Herencia**, 2º ed., Caps Ediciones (Buenos Aires, 2000), 229 pág.
- HELUANI, María Margarita, **El testamento como herramienta de planificación sucesoria**, en *Libro de Jornadas de Ciencias Económicas*, UNC-FCE (Mendoza, 2006).
- HELUANI, María Margarita, **Negocios Jurídicos Familiares e Intangibilidad de la Legítima**, en *Libro de Ponencias del X Congreso Internacional de Derecho de Familia*, (Mendoza, sf).
- IGLESIAS, Mariana B. y HERNANDEZ, Carlos A., **La planificación sucesoria: diálogo entre el Derecho Contractual y el Derecho Sucesorio**, disponible en <http://www.hernandeziglesias.com.ar/upload/PlanificacionSucesoria.pdf>.
- LEZCANO, Osvaldo Sergio, **Institución y Sustitución de Herederos en el Derecho Civil Español y en el Derecho Civil Argentino**, publicado por el Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Buenos Aires, disponible en http://www.cmfbas.org.ar/archivos/12_RP5-10-Inst%20y%20Sust%20Hered.pdf.
- LLOVERAS Nora, ORLANDI Olga y KOWALENKO Andrea, **La indivisión hereditaria y la legítima**, en *XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, (San Miguel de Tucumán, 2011).
- LLOVERAS, Nora y ORLANDI, Olga, **El heredero aparente: la perspectiva**, en *XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Revista Jurídica, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), (Buenos Aires, 2008).

- LOCKE, John, **Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil -Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil**, trad. por Carlos Mellizo, Editorial Alianza (Madrid, 1990), 234 pág., disponible en <http://es.scribd.com/doc/62073157/John-Locke-Segundo-Tratado-Sobre-El-Gobierno-Civil>.
- LOENE, Carolina Paula, **Derecho de las sucesiones**, en *Publicación del Grupo Interamericano de Reflexión Científica*, Año II, GIRC N° 34 (Abril, 2009).
- LÓPEZ HERRERA, Francisco, **Derecho de Familia**, Tomo I, 2ª ed., Universidad Católica Andrés Bello (Caracas, 2008), 529 pág.
- LORENZETTI, Ricardo y HERNÁNDEZ, Carlos A., **Código Civil Comentado. Contratos**, T. III, Rubinzal-Culzoni (Santa Fe, 2008), 628 pág.
- MAFFIA, Jorge, **Manual de Derecho Sucesorio**, T.1 y 2, 4ª ed., Depalma (Buenos Aires, 1997), 462 pág.
- MAFFIA, Jorge, **Tratado de las Sucesiones**, T. II, 3ª ed., Abeledo- Perrot (Buenos Aires, 2012), 1832 pág.
- MEDINA, Graciela, **Testamento redactado como una carta misiva**, disponible en <http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/codigo/sucesiones-intestadas/0000023648.pdf>.
- MORGAN, Lewis H., **Ancient Society of Research in the Lines of Human Progress from Savagery through Barbarium to Civilization**, trad. La Sociedad Primitiva, Editorial Ayuso (Madrid, 1975).
- NÚÑEZ, Mirta, **Planificación patrimonial**, en *Dinero y Finanzas*, 10 de mayo de 2005.
- PEREZ LASALA, José Luis, **Curso de Derecho Sucesorio**, Depalma (Buenos Aires, 1989), 847 pág.
- PEREZ LASALA, José Luis, **Manual de Derecho de Sucesiones**, 4ª ed., Astrea (Buenos Aires, 1999), 757 pág.
- QUINTANA PAZ, Miguel Ángel, **¿Es éticamente aceptable la propiedad intelectual de los derechos de autor?**, en *Revista Procesos de mercado*, vol. V, n° 1 (Madrid, 2008).
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, **Sucedor**, disponible en <http://www.rae.es/drae>.
- ROLLERI, Gabriel G., **Doctrina del día: desheredación, autonomía personal y privación de la legítima hereditaria**, en *Revista Derecho de Familia*, publicado en Thompson Reuters, 21 de junio de 2012. V
- RONCHETTI, Alfredo Fernando, **Calidad de vida en la ancianidad: más libertad de testar es más justicia**, ed. Oñati Socio- Legal Series, (Buenos Aires, 2011), vol.1, n° 8.
- SALAS, Acdeel Ernesto, **La sucesión de la nuera (artículo 3576 bis del Código Civil)**, T° IV, JA, sección doctrina, 1968.
- SAVARIANO, Roberto y MARIANO de BUSTINZA Graciela, **El derecho de familia y los nuevos paradigmas**, en *X Congreso Internacional de Derecho de Familia*, (Mendoza, 1998).

SUMNER MAINE, Henry, **Derecho Antiguo**, parte general, Escuela Tipográfica del Hospicio (Madrid, 1893).

VENTURA, Gabriel, **Sucesión Mortis Causa Extrajudicial**, en *XI Jornada Notarial Iberoamericana* (Buenos Aires, 2004), disponible en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/sucesion-mortis-causa-extrajudicial>.


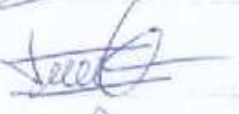

ZANNONI, Eduardo A., **Derecho de las sucesiones**, T. 1, 4ª ed. actualizada, Astrea (Buenos Aires, 1999).

ZANNONI, Eduardo, **El proceso sucesorio en la Provincia de Mendoza**, en *Revista de la Universidad Nacional de Cuyo*, Facultad de Ciencias Económicas, N° 5 (Mendoza, 1974).

Declaración Jurada Resolución 212/99 – CD

“Los autores de este trabajo declaran que fue elaborado sin utilizar ningún otro material que no hayan dado a conocer en las referencias, que nunca fue presentado para su evaluación en carreras universitarias y que no transgrede o afecta derechos de terceros”.

Mendoza, septiembre de 2013

Liliana Beatriz Cardozo	Reg. nº 18.115	
Paula Etel López Sandez	Reg. nº 22.564	
Victor Hugo Quintana Arratia	Reg. nº 22.028	
Noelia Fernanda Villafañe Crespo	Reg. nº 23.374	