

PETICION DE HERENCIA Y SUBROGACION REAL

SUMARIO: 1. Ubicación en el Código de Vélez Sársfield. 2. Concepto y naturaleza de la acción. 3. Legitimación activa y pasiva. 4. Juez competente. 5. Medidas cautelares. 6. Efectos de la acción e influencia de la buena o mala fe de la posesión. 7. El heredero y los principios de la subrogación real. 8. Prescripción de la acción. 9. Conclusiones.

1. UBICACION EN EL CODIGO DE VELEZ SANSFIELD

En el libro IV, título *De los derechos y obligaciones del heredero*, artículos 3421 a 3428, Vélez Sársfield, salvando el vacío del Código francés, ha reglamentado la petición de herencia cuyas disposiciones se mantienen intactas desde la vigencia del Código, pues la última y más extensa reforma de su articulado que sanciona la ley 17.711 no ha introducido ninguna variante con excepción del artículo 3430 mejorado sensiblemente al precisar el concepto de heredero aparente y de la buena fe del tercero que ha contratado con aquél.

El Código francés solamente alude a esta acción en el art. 137 al referirse a los derechos y acciones del ausente, de tal manera que ha sido la jurisprudencia la que ha debido remediar el silencio de la ley invocando los principios generales y la tradición, por lo cual Josserand ⁽¹⁾, en el estudio que de-

(1) JOSSERAND, L.: *Derecho Civil*, Bs. As., 1952, t. III, vol. 2º, p. 240, nº 1009. El Código Civil italiano de 1865 no la legislaba. El de 1942 alude a esta acción en el art. 533. El de Chile arts. 1264 al 1269. El de Colombia, arts. 1321 a 1326. El Código alemán de 1900 la reglamenta en los arts. 2018 al 2031. El Código español se refiere

dica a esta materia, dice que es un derecho de formación consuetudinaria.

2. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA ACCION

El heredero en defensa de sus derechos tiene a su alcance dos clases de acciones. Unas que pertenecían al causante y que ejercita como su continuador (arts. 3414, 3416, 3417, 3418), y otras que les son inherentes a su calidad de heredero (arts. 3421 y 3422). Las primeras son acciones particulares en las que se cuestiona la propiedad o posesión del causante sobre determinados bienes, mientras que las segundas no están destinadas a reclamar bienes en particular, sino el conjunto del caudal relicto, en virtud del título hereditario que el autor invoca.

De consiguiente, la petición de herencia es la acción que se acuerda al heredero fundada en su título de tal para reclamar del poseedor ilegítimo, con el reconocimiento de su calidad hereditaria, la restitución de todo o parte de los bienes, según se trate de heredero ab-intestato o testamentario que excluya totalmente al demandado, o bien concorra con éste a la sucesión disputada. La devolución no se concreta así a una cosa determinada, como acontece en la acción reivindicatoria, sino que dirigiéndose a una universalidad comprende la masa de bienes hereditarios poseídos indebidamente frente a su verdadero titular.

Es una acción análoga a la acción real reivindicatoria en la cual está en cuestión el título de heredero. En la doctrina

a la misma en los arts. 192, 1016 y 1021. El suizo la trata en los arts. 598 al 601.

BIBLONI, *Anteproyecto*, arts. 3008 al 3017. Proyecto de Reformas de 1936, arts. 1917 al 1921. Anteproyecto de 1954, arts. 707 al 709.

DE GÁSPERI en su *Anteproyecto de Código Civil para el Paraguay*, de 1964, en los arts. 3206 al 3312.

nacional su clasificación ha dado lugar a tesis contradictorias (2).

Para Segovia la petición de herencia es una reivindicación de patrimonio (art. 2766, con sus notas), puramente real y no mixta como piensa Troplong (3). Rébora tiene el mismo criterio, porque el derecho que protege es la vocación hereditaria, que no entraña un vínculo de obligación entre personas determinadas sino un derecho que puede ser invocado contra todos y contra cualquiera (4). En cambio, Prayones, fundado en la teoría de las acciones principales y accesorias, dice que la petición de herencia participa de la naturaleza de las acciones personales de estado, en cuanto requiere la justificación de la calidad hereditaria, y es real cuando probada esa calidad, se reclama la entrega de bienes determinados (5). A su vez, Lafaille explica que se trata de un conglomerado de acciones, una de las cuales, la principal, versa sobre el título, y secundaria la otra, como consecuencia de la primera, que produce el efecto económico de la restitución perseguida (6). Quinteros, en una valiosa monografía (7), expresa que los derechos de orden sucesorio deben quedar excluidos de la clasificación de los llamados derechos patrimoniales en reales y

(2) SEGOVIA, L.: *Código Civil de la República Argentina*, con su explicación y crítica bajo la forma de notas, Bs. As., 1881, t. II, pág. 462, nota 39; MACHADO, José O.: *Exposición y comentario del Código Civil Argentino*, Bs. As., 1922, t. VIII, p. 638; LLERENA, B.: *Concordancias y comentarios del Código Civil Argentino*, Bs. Aires, 1931, t. IX, p. 259, n° 1; RÉBORA, J.C.: *Derecho de las sucesiones*, Bs. As., 1932, t. I, p. 240 y ss.; FORNIELES, S.: *Tratado de las sucesiones*, Bs. As., 3ª ed., 1950, t. I, págs. 239 y ss.; LAFAILLE, H.: *Sucesiones*, Bs. As., 1932, t. I, p. 232 y ss.; BORDA, G.A.: *Tratado de Derecho Civil Argentino, Sucesiones*, Bs. As., 1958, t. I, págs. 346 y ss.; PRAYONES, E.: *Sucesiones*, Bs. As., 1957, págs. 143 y ss.; ARIAS J.: *Sucesiones*, Bs. As., 1942, p. 341; QUINTEROS, F.: *Petición de herencia*, Bs. As., 1950, p. 23 y ss.; DE GÁSPERI, L.: *Derecho Hereditario*, Bs. As., 1953, t. II, p. 62 y ss.; GATTI, H.: *Petición de herencia*, Montevideo, 1953, págs. 27 y ss.

(3) SEGOVIA, L.: *op. cit.*, t. II, p. 462, nota 39.

(4) RÉBORA, J.C.: *op. cit.*, t. I, p. 240, n° 142 a).

(5) PRAYONES, E.: *op. cit.*, p. 144.

(6) LAFAILLE, H.: *op. cit.*, t. I, p. 230, n° 342.

(7) QUINTEROS, F.: *op. cit.*, p. 26; GATTI, H.: *op. cit.*, p. 42 y s.

personales, porque tienen una fisonomía distinta y un carácter diferente, por lo cual tampoco corresponde darle esa ubicación dentro de las acciones reales o personales a aquellas con que se persigue la protección integral de esos derechos como la petición de herencia, tanto menos en nuestro ordenamiento jurídico, en que no es necesario buscar esa semejanza para resolver problemas que, como el de la jurisdicción y el de la prescripción, están resueltos en normas expresas (arts. 3284, incs. 1 y 2, y 3469).

A juicio nuestro, el profesor uruguayo Hugo E. Gatti ⁽⁶⁾ señala con acierto que esta acción no tiene ese doble objeto descrito entre otros autores por Prayones y Lafaille, sino que su fin es único: obtener la restitución de todo o parte de la herencia mediante la justificación del título de heredero. Así como técnicamente tampoco la acción reivindicatoria tiene por objeto el reconocimiento de la calidad de propietario y, consecuentemente, la restitución de los bienes poseídos por un tercero, sino que su fin es conseguir el reintegro de la cosa mediante la prueba de la propiedad. En la petición de herencia el objeto es precisamente lograr la herencia mediante la justificación del título de heredero.

Por lo demás, Vélez, en su nota al art. 4023, advierte que el Código no reconoce acciones mixtas de reales y personales. Al referirse Borda ⁽⁷⁾ a los distintos aspectos de la petición de herencia y a los análisis complicados de ciertos autores y fallos, hace atinadas observaciones y coincide sagazmente con el pensamiento del autor uruguayo: "Nadie la intenta para obtener una declaración teórica, ni para que se lo declare heredero de quien nada tenía. Eso podía revestir interés en Roma por razón de culto, pero no en nuestros días. El reconocimiento del carácter de heredero no es el fin de la acción, sino el medio para adquirir los bienes".

(6) GATTI, H.: *op. cit.*, págs. 28, 42 y ss.

(7) BORDA, G. A.: *op. cit.*, t. I, p. 348, n° 466 c).

Los autores franceses en su mayoría la consideran una acción real, de igual modo que los italianos ⁽¹⁰⁾.

La doctrina admite unánimemente que la petición de herencia reviste los caracteres de patrimonial y universal en cuanto se ejercita contra cualquiera que posea cosas hereditarias y desconozca el título de heredero del demandante, y con el reconocimiento de esta calidad se dirige a recuperar no cosas singulares, sino las cosas o derechos del causante; es divisible, si la acción es promovida simultáneamente por varios herederos, cada uno de ellos obra en el límite de su propio interés; y, por último, es prescriptible en el derecho francés, según opinión generalizada de los autores, no así en el italiano (art. 533, Cód. Civil de 1942) ⁽¹¹⁾.

En suma, el principio fundamental en materia de petición de herencia, como en la acción reivindicatoria, es que el demandado debe restituir los bienes que constituyen el objeto de la acción con sus frutos, accesiones y mejoras, aunque éstos tengan origen en el hecho del poseedor (art. 3425). Además, se extiende no sólo a las cosas que el difunto poseía a título de dueño, sino a las que detentaba en cualquier otro carácter, sea como simple poseedor, comodatario, acreedor prendario, depositario, derechos y acciones, créditos, etc. (art. 3422).

⁽¹⁰⁾ PLANIOL, M.: *Traité élémentaire de Droit Civil*, París, 1927, t. III, p. 489 y ss.; JOSSEMAND, L.: *op. cit.*, t. III, vol. 2º, p. 241; nº 1013; PLANIOL-RIPERT-MAURY-VIALLETON: *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Sucesiones*, La Habana, 1933, t. 4, p. 379; MAZEAUD, H., L. y J.: *Lecciones de Derecho Civil*, Bs. As., 1965, parte 4ª, t. III, p. 193, nº 1253; DE RUGGIERO, R.: *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, 1945, t. I, vol. 2º, p. 357; BARBERO, D.: *Sistema del Derecho Privado, Sucesiones*, Bs. As., 1967, t. V, p. 112 y s.; MESSINEO F.: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Bs. As., 1967, t. VII, p. 444 y s.; SCHLESINGER, Piero: *La petizione di eredita*, Torino, 1956, págs. 195 y ss.

⁽¹¹⁾ MESSINEO, F.: *op. cit.*, t. VII p. 446, nº 4; POLACCO: *De las sucesiones*, Bs. As., 1950, t. II, p. 175; DE RUGGIERO, R.: *op. cit.*, t. II, vol. 2º, p. 358; JOSSEMAND, L.: *op. cit.*, t. III, vol. 2º, p. 241; PLANIOL-RIPERT-MAURY-VIALLETON: *op. cit.*; t. 4, p. 382; SCHLESINGER, Piero: *op. cit.*, p. 185 y s.

3. LEGITIMACION ACTIVA Y PASIVA

Está autorizado a promover la petición de herencia todo heredero legítimo o testamentario. También el legatario de cuota. Y aun el Estado, en el supuesto de vacancia ⁽¹²⁾. Igual derecho se le reconoce al cesionario de derechos y acciones hereditarias, y a los acreedores de uno de los herederos mediante el ejercicio de la acción subrogatoria, toda vez que la petición de herencia no se halla supeditada a otra acción personalísima, como serían las reclamaciones e impugnaciones de estado ⁽¹³⁾.

Fornieles ⁽¹⁴⁾ observa que esta acción siempre es resultado de otra que la precede y a la que se halla íntimamente vinculada y referida al título hereditario. Así, la nulidad de un testamento, la filiación de un hijo extramatrimonial o la exclusión de un cónyuge. Declarada la invalidez del acto testamentario, admitida la filiación o resuelta la exclusión del cónyuge, es de rigor el derecho del actor, a que le sean entregados los bienes de la herencia. Hay evidente ventaja práctica en la acumulación de acciones y así lo han declarado los tribunales.

El mismo autor ⁽¹⁵⁾ fundado en la redacción del artículo 3422 y remontándose a precedentes del derecho romano, opina que la petición de herencia como un caso excepcional también procedería contra el mero poseedor, aunque no invoque título hereditario alguno, criterio compartido por Rébora ⁽¹⁶⁾. Sin embargo, la mayoría de los autores nacionales,

⁽¹²⁾ BORDA, G. A.: *op. cit.*, t. I, p. 349 y s.; QUINTEROS, F.: *op. cit.*, págs. 47 y ss.; DE GÁSPERI, L.: *op. cit.*, t. II, p. 68 y ss.; RÉBORA, J. C.: *op. cit.*, t. I, p. 241, n° 143.

⁽¹³⁾ BORDA, G. A.: *op. cit.*, t. I, p. 350, n° 469.

⁽¹⁴⁾ FORNIELES, S.: *op. cit.*, t. I, p. 242, n° 186; LAFAILLE, H.: *op. cit.*, t. I, p. 230, n° 342; C. Civ. 1ª Capital, J. A., t. 37, p. 672; Cám. Ap. Córdoba, La Ley, t. 12, p. 1018; Sup. Trib. de Santa Fe, Sa'a 2ª, La Ley, t. 42, p. 575.

⁽¹⁵⁾ FORNIELES, S.: *op. cit.*, t. I, p. 242, n° 187.

⁽¹⁶⁾ RÉBORA, J. C.: *op. cit.*, t. I, p. 243, n° 4.

a mi juicio con indudable fundamento, está de acuerdo en que esta acción se da únicamente contra quien invoca un derecho sucesorio (17). Como bien señala Borda (18) esta solución se conforma mejor con la naturaleza de la acción y las fuentes del precepto que son el art. 1264 del Código de Chile y los comentarios de Aubry et Rau (t. 6, p. 616), y precisa aún más su pensamiento: "Si el poseedor, sin invocar título alguno, niega a la vez el carácter de heredero del actor y fundado en esa negativa trata de mantenerse en la posesión, entonces procedería la acción desde que así parecería cuestionado el título".

Por lo tanto, la petición de herencia se admite contra cualquiera que hallándose en posesión de los bienes de la herencia desconozca al accionante la calidad de heredero. El artículo 3423 ha sido tomado de Aubry et Rau, y, en general, los autores nacionales han indicado un error de redacción en el texto de Vélez, pues no se concibe que esta acción se promueva contra quien pretende derechos en la herencia y no se halle en posesión de ella, por lo cual se ha dicho que las palabras "o que" deben ser sustituidas por "a quien" (19). Sin embargo, la reforma de la ley 17.711 ha dejado el mismo texto tachado de confuso en esta segunda parte.

La acción procede contra el simple tenedor que invoque derechos hereditarios y aunque no cuente con una declaratoria de herederos mediante la cual se obtiene la posesión (arts. 3422, 3424, 3425 y 3426). Y por supuesto también cabe contra el Estado que por efecto de una declaración de vacancia de una sucesión hubiese tomado posesión de la herencia (20).

(17) LAFAILLE, H.: *op. cit.*, t. I, p. 234, nº 346; SEGOVIA, L.: *op. cit.*, t. 2 p. 465, nota 44; QUINTEROS, F.: *ob. cit.*, p. 65 y s.; DE GÁSPERL, L.: *op. cit.*, t. II, p. 76; OVSEJEVICH, L.: en Enciclopedia OMEBA, t. XXII, p. 318 y ss.

(18) BORDA, G.A.: *op. cit.*, t. I, p. 353, nº 472.

(19) SEGOVIA, L.: *op. cit.*, t. 2, p. 466, nota 49; BOREA, G. A.: *op. cit.*, t. I, p. 352, nº 470; RÉBORA, J.C.: *op. cit.*, t. I, p. 242; nota 2.

(20) Se ha cuestionado si el fisco está o no obligado a restituir al heredero el importe con que el Consejo de Educación favorece al de-

4. JUEZ COMPETENTE

La naturaleza jurídica de la petición de herencia tiene importancia para determinar la competencia de los tribunales, como igualmente para establecer si es o no prescriptible, y, en su caso, el plazo de la misma.

El art. 3284 inc. 1, confiere competencia al juez del juicio sucesorio para entender en esta acción, que lo es el del lugar del último domicilio del causante. Para Fornieles⁽²¹⁾ este precepto es una prueba de su carácter real, pues sigue el fuero de la situación de la cosa-herencia y no el de la persona del demandado.

Si hay un solo heredero, de acuerdo con el art. 3285, la acción ha de entablarse ante el juez de su domicilio.

Por razones de simplicidad y economía, y sobre todo de orden práctico, los tribunales han admitido que la petición de herencia se sustancia ante el Juez de la sucesión, aunque este juicio universal se hubiere terminado. No hay, como lo señalaba el fiscal Dr. Sussini⁽²²⁾, en esos casos verdadera cuestión de competencia.

nunciante. El Superior Tribunal de Santa Fe, Sala 2ª, y la Cámara de Apelaciones de Rosario, Sala 2ª, han coincidido en la solución afirmativa (J. A., t. 76, p. 884; Repertorio de Santa Fe, t. 18, p. 221 y ss.). La Cámara Civil 2ª de la Capital ha resuelto que al fisco que ha entrado en posesión de una herencia vacante (art. 3588 C. C.), debe considerárselo poseedor de buena fe, no mero detentador, por lo que no está obligado a devolver los frutos percibidos a los herederos que se presentan después (art. 3589, último ap. y 3417), J. A., t. 61, p. 460. JOSSELAND, I.: *op. cit.*, t. II, vol. 2º, p. 252; QUINTEROS, F.: *op. cit.*, p. 59; J. A. 1948, I, 121; Cám. Civ. 1ª, Capital, La Ley, t. 49, p. 933; Sup. Tribunal de Entre Ríos, J. A. 1945, IV, 790. La Cám. Civ. 1ª de la Capital en el caso "Marzola c. Bruger" dijo que la cesionaria es una sucesora a título universal y de acuerdo a lo prescripto en los arts. 3421 y 3423 resulta inaceptable la falta de acción opuesta por la demandada, pues según lo advierte el codificador en la nota hay inmensa diferencia entre el adquirente de derechos sucesorios y el adquirente de objetos hereditarios singularmente considerados. El primero está sometido a la acción de petición de herencia y el segundo a la reivindicación (La Ley, t. 49, p. 933).

(21) FORNIELES, S.: *op. cit.*, t. I, p. 244, nº 189.

(22) BORDA, G. A.: *op. cit.*, t. I, p. 349, nº 437; FORNIELES, S.: *op. cit.*, t. I, p. 244; QUINTEROS, F.: *op. cit.*, p. 80; J. A. 1945, 2, 361 y 1947, 2, 319.

5. MEDIDAS CAUTELARES

La falta de norma expresa de la ley civil no ha impedido a los jueces decretar medidas cautelares interpretando disposiciones de la ley adjetiva, toda vez que se demuestre prima facie el derecho que se invoca con los antecedentes o documentos acompañados. Los tribunales de la capital han aplicado por analogía el art. 447 del C. de Ptos. que autoriza el embargo de la cosa mueble o inmueble objeto de una acción reivindicatoria. Se ha cuestionado si el embargo cabe extenderlo a los frutos de la cosa. La doctrina y jurisprudencia predominantes, con buenas razones, han concluido por admitir su procedencia ⁽²³⁾.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ley 17.454, art. 210, incs. 1 y 4, autoriza a pedir embargo preventivo al coheredero, condómino o socio sobre los bienes de la herencia, del condominio o de la sociedad, si se acredita la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, y también a la persona que haya de demandar por acción reivindicatoria, petición de herencia, nulidad de testamento o simulación, respecto de la cosa demandada, mientras dure el juicio, y siempre que se presentaren documentos que hagan verosímil la pretensión deducida.

El art. 228 dispone que "en todos los casos en que habiendo lugar a embargo éste no pudiere hacerse efectivo por no conocerse bienes del deudor, o por no cubrir éstos el importe del crédito reclamado, podrá solicitarse contra aquél la inhibición general de vender o gravar bienes, la que se deberá dejar sin efecto siempre que presentase a embargo bienes

⁽²³⁾ PODETTI, J. R.: *Tratado de las Medidas Cautelares*, Bs. As., 1969, págs. 247 y 549; QUINTEROS, F.: *op. cit.*, págs. 107 y ss.; y *Medidas cautelares en la reivindicación y petición de herencia*, La Ley, t. 52, p. 921; SPOTA, A. G.: *Medidas cautelares en Estudios de Derecho Procesal en homenaje al Dr. Hugo Alsina*; ORUS, M.: *Fundamento lógico y jurídico de la verosimilitud. Embargo preventivo*, La Ley, t. 47, p. 1005, sec. doct.; Cám. Civil 2ª Capital, J.A., t. 28, p. 123; G. del Foro, t. 76, p. 99; Cám. Civ. 1ª, Capital, L.L., t. 23, p. 580; Cám. Civ. 1ª, Capital, J.A., t. 64, p. 114.

suficientes o diere caución bastante”, y el art. 229: “Procederá la anotación de litis cuando se dedujere una pretensión que pudiese tener como consecuencia la notificación de una inscripción en el registro de la propiedad y el derecho fuere verosímil. Cuando la demanda hubiere sido desestimada, esta medida se extinguirá con la terminación del juicio. Si la demanda hubiere sido admitida, se mantendrá hasta que la sentencia haya sido cumplida”.

El Cód. de Ptos. Civiles de la Provincia de Santa Fe, ley 5531, mantiene la misma orientación legislativa de amplitud en la concesión de medidas precautorias observada en las leyes procesales anteriores. El art. 276 faculta a todo aquel que inicie un juicio relativo a bienes inmuebles a pedir que se inscriban como litigiosos en el Registro General, con fianza bastante por los daños que pudiese causar. El art. 277 autoriza en “cualquier estado de la causa y aún antes de la demanda a pedir embargo preventivo en bienes del deudor sin necesidad de acreditar la deuda, y con la sola condición de prestar fianza o caución real bastante para cubrir los daños y perjuicios si resultase que fue solicitado sin derecho. En todos los casos deberá justificarse la solvencia del fiador propuesto”. Y el art. 290: “De no conocerse bienes libres al deudor, podrá solicitarse contra él, inhibición general, que quedará sin efecto si presentare bienes o diere caución bastante”.

6. EFECTOS DE LA ACCION E INFLUENCIA DE LA BUENA O MALA FE DE LA POSESION

El objeto de la petición de herencia, según se ha visto, no es otro que la restitución al heredero verdadero de los bienes que integran la herencia y se hallan en poder del demandado, con las accesiones y mejoras que hubiesen recibido, aún cuando fueren por el hecho del poseedor.

En consecuencia, si el actor vence en la acción intentada, deben serle entregados los bienes que el causante poseía no

solamente a título de dueño, sino, también como simple tenedor, comodatario, depositario, etc. (arts. 3422 y 3425).

El Código omite referirse al caso particular en que el heredero aparente hubiese vendido algunos de los bienes y con cuyo dinero hubiese adquirido otros en su lugar. Fornieles, sin considerar especialmente este supuesto, entiende que debe restituir el precio obtenido en la venta con sus intereses, si el poseedor es de buena fe. Y si es de mala fe, y se prueba que la cosa valía más, debe pagar como indemnización el verdadero precio ⁽²⁴⁾.

Lafaille, en la hipótesis aludida, juzga que ha de resolverse en concordancia con lo previsto para la restitución de los bienes al ausente que contempla el art. 124. O sea, "que los bienes le serán entregados en el estado en que se encuentren, o los que con ellos se hubiesen comprado". Su pensamiento es claro y terminante: "Por más que el legislador no ha prescripto lo mismo respecto del heredero aparente, por similitud de situaciones, la doctrina y la jurisprudencia se han inclinado a idéntica solución" ⁽²⁵⁾. Asimismo, invoca en su apoyo la solución positiva dada por el propio legislador a los acreedores de la herencia y legatarios para obtener la separación de patrimonios que alcanza a "los bienes adquiridos en reemplazo de la sucesión, cuando constase el origen y la identidad" (art. 3440). Compartimos plenamente su criterio.

La ley en cuanto a los frutos de la herencia y a las mejoras hechas en las cosas hereditarias, se remite a lo dispuesto sobre los poseedores de buena o mala fe (art. 3427). Se aparta de los rigurosos principios del derecho romano y permite que el poseedor de buena fe haga suyos los frutos percibidos, y solamente está obligado a restituirlos a partir de la notificación de la demanda (arts. 2423, 2433, 2434 y 2443). Los productos, que no entran en la clase de frutos propiamente

⁽²⁴⁾ FORNIELES, S.: *op. cit.*, t. I, p. 246, nº 193.

⁽²⁵⁾ LAFAILLE, H.: *La teoría de la subrogación real*, en J. A. 1942, IV, p. 6, sec. doct.

dichos, cualquiera sea la índole de la posesión, deben ser restituidos (arts. 2444 y 3427).

El poseedor es de buena fe cuando, por ignorancia o por error de hecho, estuviere persuadido de su legitimidad (arts. 2356 y 4007). Pero en el régimen de la posesión de la herencia, el art. 3428 también considera poseedor de buena fe "cuando por error de hecho o de derecho se cree legítimo propietario de la sucesión cuya posesión tiene".

Esta excepción al principio de la no excusabilidad del error de derecho, estima Quinteros⁽²⁶⁾, tiene su sentido no sólo en la valoración de la necesidad de evitar que los intereses estén abandonados, sino también en que puede obedecer a justos móviles y además por el eventual llamado a la herencia del pariente más remoto.

No basta, pues, que haya otro pariente más próximo para excluir la buena fe del poseedor de la herencia, porque a pesar de su vocación y llamamiento a recibir la herencia, puede acontecer que se muestre inactivo y en ese caso el pariente de grado más remoto está autorizado a recogerla.

La buena fe se presume, y, por lo tanto, al poseedor le es suficiente probar el título en cuya virtud se ha creído heredero (art. 2362). Por eso, para que surja la mala fe será menester probar que el poseedor conocía la ilegitimidad del título por él invocado (art. 2434).

A los fines de dar conocimiento de la apertura de la sucesión para excluir la mala fe se ha resuelto que no es suficiente la publicación de edictos, aunque no sea imprescindible que la notificación personal se efectúe mediante los órganos jurisdiccionales. Basta que se haga de modo fehaciente⁽²⁷⁾.

"La circunstancia de que quien tomó posesión de la herencia conozca la existencia de otros parientes de vocación

(26) QUINTEROS, F.: *op. cit.*, p. 26; SEGOVIA, L.: t. II, p. 489, nota 58, 2ª parte.

(27) BORDA, G. A.: *op. cit.*, t. I, p. 358, nº 476; QUINTEROS, F.: *op. cit.*, p. 93, nº 46; LLERENA, B.: *op. cit.*, t. 6, p. 234; Cám. 2ª Ap. La Plata, La Ley, t. 10, p. 95.

igual o excluyente, no basta para que se lo considere de mala fe, ha declarado la C. Civil 1ª de la Capital. Es necesario, además, demostrar que estos no se presentaron a recoger la sucesión por ignorar que les había sido deferida" (28). Y así, se ha admitido la buena fe de la cónyuge que tomó posesión de la herencia sabiendo que la madre de su marido vivía en España, si ésta tenía otros hijos en el lugar en que falleció el causante y el juicio sucesorio se inició 8 meses después del deceso, sin que se haya presentado a los autos en los dos años que duró su tramitación (29).

El fallo de la C. Civil, Sala E, de la Capital Federal (30) exige con rigor extremo la prueba de la buena fe y se aparta de la jurisprudencia prevaleciente al declarar que "deben considerarse de mala fe a los parientes que han hecho total omisión de un heredero del mismo grado, si a pesar de conocer su existencia y domicilio, no acreditan haber realizado gestión alguna para que intervenga, no obstante que éste no pueda alegar ignorancia de que la sucesión se le defería".

El poseedor de buena fe de la herencia tiene derecho a cobrar al heredero los gastos necesarios o útiles que hubiese efectuado, los impuestos extraordinarios al inmueble e hipotecas que lo gravaban y por él canceladas y todo lo invertido en mejoras necesarias o útiles que existiesen en la fecha de la restitución, cuyos gastos no son compensables con los frutos percibidos por el poseedor de buena fe (arts. 2427 y 2429).

No puede exigir el interés del capital desembolsado en gastos y mejoras útiles y necesarias, ni los gastos hechos por la conservación de la cosa en buen estado, porque son compensables con los frutos percibidos. Ejerce el derecho de retención sobre la cosa mejorada o en que hizo los gastos, sin que pueda extender este derecho a otras cosas de la herencia (art. 2428).

(28) Cám. Civ. 1ª. Capital, J.A. 1948, I, 66; Cám. Civ. 1ª La Plata, J.A. 1948, II, 537.

(29) Cám. Civil 1ª La Plata, J.A. 1947, IV, 831.

(30) *El Derecho*, t. 2, p. 811; J.A. 1948, I, 66.

El poseedor de mala fe está obligado a entregar los frutos que hubiese percibido y los que por su culpa hubiese dejado de percibir (art. 2438) o de producir (art. 1069, 1109 y 2429), deduciéndose, en su caso, los gastos de cultivo, cosecha o extracción de los frutos pendientes, percibidos o que debieron percibirse (art. 2440). El heredero nunca quedará obligado a pagar, en concepto de gastos, más del valor de los frutos (31). Si por caso fortuito los frutos se perdieren, la obligación se extingue.

El poseedor de mala fe tiene derecho a repetir las mejoras y gastos útiles que hubieren aumentado el valor de la cosa, hasta el límite del mayor valor, pudiendo compensarlo ya con el valor de los frutos percibidos, ya con el de aquellos que por su culpa hubiera dejado de percibir, o bien con la indemnización por los frutos civiles que habría podido producir una cosa no fructífera de frutos naturales, si el propietario hubiese podido sacar un beneficio de ella (arts. 2438 y 2439). No tiene el derecho de retención por estas mejoras o gastos útiles, pero sí respecto a las mejoras y gastos necesarios (art. 2440).

La obligación de indemnizar del poseedor de mala fe se extiende a todo daño que se hubiere causado por el hecho de su posesión y responde, además, por el caso fortuito, a no ser que la pérdida o deterioro hubiese igualmente tenido lugar si los objetos se hubiesen hallado en poder del heredero (artículo 3426).

7. EL HEREDERO APARENTE Y LOS PRINCIPIOS DE LA SUBROGACION REAL

El art. 3425 establece que el tenedor de la herencia debe entregar al heredero las cosas que hubiese recibido y que estén en su poder con sus accesiones y mejoras, aunque sea por el hecho del poseedor. Referida la petición de herencia a una

(31) SEGOVIA, L.: *op. cit.*, nota 156; QUINTEROS, F.: *op. cit.*, p. 99 y s.

universalidad, el art. 3426 dispone que el tenedor de buena fe no debe ninguna indemnización por la pérdida o por el deterioro que hubiese causado a las cosas hereditarias, a menos que se hubiese aprovechado del deterioro; y en tal caso, por sólo el provecho que hubiese obtenido.

En caso de disposición de bienes inmuebles a título oneroso, el art. 3430, reformado por la ley 17.711, declara que los actos del detentador de la herencia, tenga o no buena fe, son igualmente válidos respecto del heredero real, cuando el poseedor ha obtenido a su favor declaratoria de herederos o la aprobación judicial de un testamento y siempre que el tercero con quien hubiese contratado fuere de buena fe. Si el poseedor de la herencia hubiese sido de buena fe, debe sólo restituir el precio recibido. Si fuese de mala fe, debe indemnizar a los herederos de todo perjuicio que el acto haya causado.

La ley 17.711, como último apartado del art. 3430 agrega:

“Será considerado tercero de buena fe quien ignorase la existencia de sucesores de mejor derecho o que los derechos del heredero aparente estaban judicialmente controvertidos”.

¿Qué resolver en el supuesto de cosas compradas con dinero de la herencia o con el precio recibido por la enajenación de bienes hereditarios? ¿Hasta dónde alcanza la obligación de restituir del heredero aparente que está en posesión de un establecimiento ganadero y de animales por cuya devolución es demandado por otro coheredero transcurrido muchos años de abierta la sucesión del causante?

En esta hipótesis el ganado recibido en herencia debió desaparecer por muerte natural o ventas sucesivas; pero, evidentemente, hubo de ser reemplazado por otros animales en la misma explotación ganadera proseguida sin interrupción en forma intensiva y próspera.

¿Cabe aceptar en este caso las consecuencias jurídicas de la subrogación real?

A juicio nuestro, la respuesta afirmativa se impone, porque es innegable que Vélez Sársfield con la genial sagacidad

que unánimemente se le reconoce, introdujo en su código numerosas disposiciones que consagran los efectos jurídicos de este instituto como no lo hiciera ningún otro código hasta entonces, con un inequívoco sentido de generalidad que permite la aplicación extensiva y justa de sus normas.

Subrogar denota la idea de reemplazar. En el ámbito jurídico este cambio o sustitución se produce tanto en las personas como en las cosas. Respecto del sujeto, como lo destaca Lafaille, el tema ha sido ampliamente desenvuelto y estudiado, pero con relación al objeto no ha ocurrido lo mismo al punto de expresar Bonnetcase que el concepto de subrogación real vivió durante mucho tiempo "en estado subconsciente".

La subrogación real tiene indiscutible vigencia en el Código Civil y en las leyes posteriores, y ha sido objeto de reiterada aplicación por los tribunales del país. Civilistas de prestigio como Dalmiro Alsina Atienza, Héctor Lafaille, Federico D. Quinteros y Elías P. Guastavino⁽³²⁾, en valiosos y significativos estudios, han analizado la variedad y proyección de estas normas que regulan los actos y negocios de la vida civil.

Nos bastará recordar aquí algunos de esos preceptos que sancionan la realidad de la teoría receptada por el codificador como regla de validez general y aplicable a casos análogos según lo preconizan los autores citados.

(32) ALSINA ATIENZA, D.: J.A., t. 43, p. 211 y ss; LAFAILLE, H.: J. A., 1942, IV, p. 3 y ss., sec. doct.; QUINTEROS, F.: *Subrogación real, doctrina, legislación y jurisprudencia*, Bs. As., 1942; GUASTAVINO, E. P.: *El sistema de indemnizaciones o recompensas de la sociedad conyugal*, en Rev. de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Univ. Nac. del Litoral; ns. 98 a 99, págs. 345 a 445; *Restituciones e indemnizaciones del heredero aparante*. J. A. 1934, IV, 168 y ss.; DÍAZ DE GUIJARRO, E.: *La restitución del valor de los bienes propios del marido cuando no subsisten en especie al liquidarse la sociedad conyugal*, J.A., t. 75 p. 999; BORDA, G. A.: *La teoría de las recompensas entre cónyuges ha tenido recepción en nuestro país*, La Ley, t. 102, p. 1107; COLMO, A.: *Obligaciones*, Bs. As., 3ª ed., 1944, ns. 643/7, p. 444; REZZÓNICO, L. M.: *Estudio de las Obligaciones*, Bs. As., 1957, p. 455; GALLI, E. V. en SALVAT, R.: *Obligaciones*, Bs. As., 1953; t. II, ns. 1473 b. a 1473 m; ZANNONI, E.: *Subrogación real y sociedad conyugal*, La Ley, t. 130, p. 276.

Todas las relaciones interpatrimoniales que establece el régimen de la comunidad, como lo destaca con acierto y sutileza Elías P. Guastavino en *El sistema de indemnizaciones o recompensas de la Sociedad Conyugal* ⁽³³⁾, están regidas fundamentalmente por la idea de un equilibrio legal o convencional que si bien se altera durante la vida matrimonial debe restablecerse al finalizar ésta. Y precisamente, el restablecimiento del equilibrio entre los patrimonios se obtiene mediante la subrogación real, o, en todo caso, por las indemnizaciones o recompensas.

En la sociedad conyugal los bienes propios de la mujer y los adquiridos por compra o permuta a cambio de los mismos, expresándose el origen del dinero, mantienen idéntica calidad. La misma regla se extiende al capital del marido (arts. 1246, 1247 y 1266). El marido administrador respondía del aporte propio de la mujer, tanto de los valores que tuviera en su poder en especie a la época de la disolución, como de los que hubieran ingresado en reemplazo de ellos (arts. 1254 y 1258). La ley 11.357 ha mantenido iguales directivas para determinar el capital de los esposos o la responsabilidad del cónyuge administrador (art. 3, inc. 2, ap. c) ⁽³⁴⁾.

⁽³³⁾ Rev. de la Fac. de Der. y Ciencias Sociales de la Univ. Nac. del Litoral, ns. 98/99, págs. 334 y s.

⁽³⁴⁾ QUINTEROS, F.: *Subrogación real*, cit., págs. 57 y ss. La Ley 17.711 ha introducido importantes modificaciones en el régimen de la sociedad conyugal, haciendo efectiva la igualdad jurídica de los cónyuges en cuanto a la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo. Respecto a los actos de disposición exige el consentimiento de ambos cónyuges, en los casos previstos en el art. 1277. El nuevo sistema se inspira en plausibles proyectos nacionales y en una nutrida legislación comparada que se orienta hacia la mejor protección de los derechos de los cónyuges, y en la real comunidad del matrimonio, tal como lo puntualiza con acierto el principal autor de la reforma (BORDA, G. A.: *La reforma de 1968 al Código Civil*, Bs. As., 1971, págs. 483 y ss.). Véanse, además, los valiosos estudios siguientes: GUASTAVINO, E. P.: *Régimen de bienes en el matrimonio*, en *Reforma al Código Civil (ley 17.711)*, curso de estudio y debate realizado por el Colegio de Abogados de Santa Fe, 1ª Circunscripción, 1968, págs. 247/261; *Modificaciones al régimen jurídico conyugal*, Bs. As., 1968; *Modificaciones al régimen conyugal*, en *Revista del Notariado*, nº 699, mayo-junio, 1968, p. 491; MÉNDEZ COSTA, M. J.: *Algunos as-*

El art 124 confiere acción al ausente con presunción de fallecimiento para exigir del poseedor de la herencia los bienes que quedaren "o los que con el valor de ellos se hubiesen comprado". El art. 3430 impone aún al poseedor de buena fe el deber de restituir el importe que hubiere obtenido con la enajenación de los bienes. También el indigno debe responder por los daños y perjuicios en los supuestos de ventas o donaciones, hipotecas y servidumbres que hubiere constituido en el tiempo intermedio, según el art. 3309. La separación de patrimonios alcanza al precio de los bienes vendidos por el heredero, cuando aún es debido por el comprador, y a los bienes adquiridos en reemplazo de la sucesión cuando constase el origen y la identidad de los mismos (artículo 3440).

En las obligaciones de dar cosas ciertas (arts. 579, 581, 585, 587, 595), cantidades de cosas (art. 610), o en las alternativas después de su individualización (arts. 639 y 641), si los objetos hubieren perecido o experimentado menoscabo, por culpa del deudor, o que éste se hallare en la imposibilidad de cumplir la prestación, el resarcimiento es ineludible. Respecto de las obligaciones de hacer, siempre que no pudiere ejecutarse por negligencia o negativa del deudor, en caso de no ser posible la ejecución forzada, procede el deber de indemnizar el perjuicio (arts. 628 y 629).

De todo hecho ilícito con daño en los bienes, el deber de reparación consiste en restituir el objeto o pagar su equivalente (arts. 1091, 1092 y 1094). Y toda vez que los bienes de alguien aumentan por obra del capital ajeno, procede la indemnización para cubrir la diferencia, sustituyéndose así a la cosa (arts. 907, 2306, etc.).

pectos de la gestión de bienes de los cónyuges, Bs. As., 1971; *Incidencia de la ley 17.711 sobre el régimen de disolución y liquidación de la comunidad conyugal de los bienes*, en J. A. Doctrina 1969, p. 223; *El art. 1277 y la capacidad de los cónyuges*, Gaceta del Notariado, enero-abril 1970, p. 483; CAFFERATA, J. I.: *Administración y disposición de bienes en la sociedad conyugal* (Reforma del Cód. Civil), Córdoba, 1972.

En la doctrina clásica del derecho civil se consideraba la subrogación real como una ficción jurídica cuyas condiciones de aplicación varían según sea aquella general o especial. Los autores modernos con sólidos fundamentos repudian la idea de ficción. Henry Capitant ⁽³⁵⁾ en un análisis notable, se refirió a variadas situaciones reguladas por el Código francés y sostuvo que el instituto debía aplicarse aun sin una norma expresa, en especial respecto de masas de valores sujetas a un régimen jurídico distinto, como ser aportes matrimoniales, acervo común de los esposos, bien de familia, sucesión beneficiaria, petición de herencia, etc., distinguiendo dos grupos o categorías, según hubiese que restituir la cosa o el precio en su reemplazo, sin alcanzar a los bienes adquiridos con ese dinero.

Aubry et Rau ⁽³⁶⁾, autores de la doctrina clásica del patrimonio, explican la subrogación por la fungibilidad entre los elementos que lo integran y que se expresa en cambio recíproco a través de su permanente unidad. Sus explicaciones han sido impugnadas desde un doble punto de vista de superfluas e insuficientes ⁽³⁷⁾. Demogue, ante aplicaciones tan numerosas de las relaciones civiles, ha sostenido que el principio de la subrogación real debe presidir la solución de todos los problemas análogos, porque responde a una necesidad muy real de seguridad en medio de las transformaciones constantes del patrimonio, de las enajenaciones cada vez más frecuentes, por lo cual ensaya su doctrina que denomina de la "seguridad dinámica" ⁽³⁸⁾.

Planiol-Ripert-Picard ⁽³⁹⁾, expresan: "La subrogación se produce de pleno derecho cuando se trata de la demanda de

⁽³⁵⁾ CAPITANT, H.: *Essai sur la subrogation réelle*, en *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, 1919, t. I, págs. 1 y ss.

⁽³⁶⁾ AUBRY ET RAU, *Cours de Droit Civil Français*, Paris, 1913, t. IV, p. 235.

⁽³⁷⁾ ALSINA ATIENZA, D.: *op. cit.*, J. A., t. 43, p. 213.

⁽³⁸⁾ DEMOGUE, R.: *Essai d'une théorie générale sur la subrogation réelle*, en *Revue Critique*, 1901, p. 371.

⁽³⁹⁾ PLANIOL - RIPERT - PICARD: *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, La Habana, 1942, t. 3, p. 36 y ns. 19, 32 y 33.

restitución de una universalidad de bienes o de un patrimonio y se pretende saber qué es lo que debe ser restituido. La subrogación se vincula, entonces, no a una idea de afectación, sino a una idea de origen por lo que la voluntad de las partes resulta sin trascendencia. La subrogación tiene por objeto en este caso evitar una confusión entre dos patrimonios momentáneamente reunidos en una misma persona. Así resulta en el caso de entrega definitiva de los bienes del ausente (art. 132 C. C.), en el caso de una sucesión anómala (arts. 747 y 766 C. C.), en la sucesión poseída por un heredero aparente y generalmente en los casos de petición de herencia”.

Josserand⁽⁴⁰⁾ encomia la jurisprudencia de los tribunales de su país inclinada en favor de la interpretación extensiva, diciendo que la subrogación real tiene el valor de una ley general y que es un principio, en efecto, que en las universalidades jurídicas los bienes tienen aptitud para reemplazarse entre sí, de suerte que, llegando uno de ellos a salir de la universalidad, el que se adquiere después toma exactamente su lugar, su posición jurídica.

Dalmiro Alsina Atienza⁽⁴¹⁾, luego de enunciar las disposiciones que admiten la subrogación real diseminadas en el Código Civil y en leyes posteriores y de invocar la jurisprudencia, examina las teorías expuestas por los comentaristas del Código francés y concluye que en el Código de Vélez, bajo una serie de casos aislados resueltos por el derecho positivo, existe toda una teoría general que puede formularse como regla de validez extensiva aplicable a situaciones análogas, tal como lo proponen los autores citados, aunque a su juicio la subrogación tutela la buena fe.

Alejandro Cerban⁽⁴²⁾, en su estudio *La subrogación real, su naturaleza y ámbito*, reflexiona: “La clave del sistema es la distinción establecida entre las universalidades de

(40) JOSSE RAND, L.: *op. cit.*, t. III, vol. 2º, p. 91.

(41) ALSINA ATIENZA, D.: *op. cit.*, J. A., t. 43, p. 212.

(42) CERBAN, A.: *La subrogación real, su naturaleza y ámbito*, en J. A., t. 75, p. 92 y ss.; *Revue Trim. de Droit Civil*, 1939, t. I. págs. 47/64.

derecho y las universalidades de hecho. Pero ni los autores antiguos ni los modernos han determinado el criterio que se puede utilizar para diferenciar las dos categorías de universalidades". Y en la síntesis de la teoría que expone con erudición y agudeza, subraya estas categóricas precisiones: "Ni la idea de origen, ni la de afectación pueden explicar el mecanismo que constituye la esencia de la subrogación. Para justificarlo hay que admitir que a pesar del cambio físico de los elementos patrimoniales subsiste una identidad jurídica entre los bienes salidos del patrimonio y los que han venido a reemplazarlos; porque esta identidad jurídica reside en el hecho de que en las diferentes hipótesis de la subrogación real, los bienes no son considerados en sus individualidades materiales, sino en sus valores pecuniarios. Esta idea común de valor es la que explica la fungibilidad y la subrogación, fundados sobre la relación de equivalencia entre los bienes. El nuevo bien está sometido al mismo régimen jurídico que el bien reemplazado, porque uno y otro son considerados desde el mismo punto de vista".

Entre nosotros, después del estudio de Alsina Atienza, ha sido el maestro Lafaille quien, en la medulosa conferencia que pronunció en el Colegio de Abogados de Buenos Aires el 13 de mayo de 1943, ha analizado con magistral claridad la génesis de la teoría, la estructura actual del sistema debida en parte a Bonnecase, y las proyecciones en nuestro derecho. Sus referencias a las múltiples normas del Código, a reglas insertas en posteriores leyes nacionales y a los fallos judiciales persuaden con innegable fuerza de convicción sobre su justa vigencia. La tesis del eminente jurista se resume así:

"La subrogación real, extendida a todos los supuestos previstos o no especialmente, corregiría muchas arbitrariedades al reducir aquéllos a un común denominador y hacer revivir por tal medio el verdadero criterio legislativo. Como el abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa, el título aparente, la imprevisión y otras doctrinas que hoy se están elaborando,

se apoyarían en el propio concepto de justicia y en sus bases éticas y sociales para incorporarlo a los preceptos positivos, ante el silencio o la oscuridad de los mismos. Es, ni más ni menos, lo que prescribe el art. 16^o (43).

De Gásperi comparte el criterio amplio del jurista argentino. En su *Tratado de Derecho Hereditario* (44), a propósito de la admisibilidad de la petición de herencia contra el tenedor de bienes adquiridos por compra o permuta de otros bienes o cosas de la herencia, advierte el silencio de nuestra ley civil, y cita el art. 2019 del Código alemán que menciona la subrogación de modo expreso, juzgando que una jurisprudencia sabia y liberal bien podría admitirla en la hipótesis de controvertirse esta materia ante los tribunales por aplicación del art. 16 del C. Civil. Recuerda, además, que el art. 3009 del Anteproyecto de Bibiloni llenaba este vacío inexplicablemente desdeñado por la Comisión Reformadora de 1936 (45).

Sin duda el instituto de la subrogación real por ausencia de una norma expresa sufre en este caso los efectos de una laguna legislativa, pero en la hipótesis contemplada, al comprender la petición de herencia entre los bienes del acervo hereditario un establecimiento ganadero y los animales en él existentes, no cabe sino aceptar la realidad de sus principios

(43) LAFAILLE, H.: en J.A. 1942, IV, p. 9, sec. doct.

(44) DE GÁSPERI, L.: *op. cit.*, t. II, p. 80, n^o 189.

(45) BIBILONI, A.: *Anteproyecto*, Bs. As., 1940, t. III, pág. 410; art. 3009. *Proyecto de Reformas de 1936*, ed. Kraft, Bs. As., 1936, págs. 203 y s., 690/691. ELÍAS P. GUASTAVINO en su enjundioso estudio monográfico *Restituciones e Indemnizaciones del heredero aparente*, en J.A., 1964, IV, 168 y ss., realiza un análisis esclarecedor y muy completo sobre la aplicación de los principios de la subrogación real. Alude al caso de permuta, en cuya hipótesis, en coincidencia con Quinteros, expresa que corresponde obligar al heredero aparente a restituir a los herederos efectivos el bien obtenido en el acto de disposición. Abunda en razones para extender la obligación de restituir al heredero aparente de buena fe que hubiere adquirido directamente con el precio de venta de un objeto hereditario. "No admitir la subrogación real en favor de los herederos efectivos contra el heredero aparente significaría consagrar un absurdo legal: podrían más los acreedores del causante contra los herederos efectivos, que éstos contra los herederos aparentes" —art. 3440— (p. 173).

contenidos en no escasos preceptos del Código, que al decir de Lafaille están fundados en el concepto trascendente de justicia y en un amplio criterio de interpretación dado por el art. 16 del Código (^{45 bis}).

Alberto G. Spota, en respuesta a una consulta nuestra, en coincidencia con los autores nacionales y extranjeros citados, juzga que tratándose de ganado cabe distinguir entre fruto y producto. En la primera categoría estarían las crías, pero siempre que se conservase el capital. Así, en materia de usufructo, el usufructuario está obligado a reemplazar con las crías que nacieren los animales que mueran ordinariamente o que falten por cualquier causa (art. 2902). Si el usufructo es de animales individualmente determinados, el usufructuario tiene derecho para servirse de ellos y obtener el producto que dieren, y si perecieren o muriesen no tiene obligación de sustituirlos con las crías (art. 2903).

Estas normas, a juicio del eximio civilista, indican la diferencia que existe entre el animal y sus crías, y, por ende, que el plantel de ganado dejado por el causante va sufriendo los efectos de la subrogación real con nuevos animales, provengan de crías o de compras, porque el nuevo bien ha veni-

(^{45 bis}) GUAGLIANONE, Aquiles Horacio: *Del ganado propio al ganado ganancial (La evolución de la hacienda durante el matrimonio)*, en *La Ley*, t. 150, p. 973, hace un agudo y minucioso análisis del problema referido a la liquidación de la sociedad conyugal, que estudia en las fuentes del Código de Vélez Sársfield, en las soluciones propias de la ley argentina y en su trascendencia práctica. El criterio ortodoxo, dice, se aplica cuando se trata de animales especialmente individualizados, o de los que por su calidad excepcional son llamados de pedigree (art. 1266, C. Civil). Pero la práctica no procede de este modo cuando están en juego rebaños de calidad ordinaria o corriente, con escasa o ninguna individualización, y son alcanzados por una cierta fungibilidad; se mira más bien a la universalidad del conjunto y al número de animales que la integran y no a los individuos mismos. Y concluye: los animales propios de los cónyuges se hallan regidos por los principios generales del régimen, sus crías son gananciales; su cambio o la reinvención de su precio de venta en otros bienes conserva la calidad propia del valor original; y su pérdida o muerte natural o accidental perjudica al cónyuge dueño, quien no puede pretender una recompensa por la disminución producida en su haber, o por la estimación fructífera que tenían.

do a colocarse en el lugar del otro que por efecto natural ha desaparecido o se ha transformado en otros valores. La cosa matriz está dada por el ganado existente en el momento de la apertura del derecho hereditario, que perdura a través del que lo ha venido a sustituir en su individualidad, pero que sigue siendo el mismo ganado en su aspecto económico y social.

El concepto de frutos naturales, industriales o civiles, tal como surge del art. 2424 C. Civil, no obsta a la conclusión enunciada, porque para hablar de frutos ha de considerarse que se trata de todo lo que orgánicamente emana de una cosa y lo que de ésta surja mediante la industria o el trabajo y conforme a su destino económico. Pero ello sin alterar su esencia o sustancia en la medida, sin embargo, que no corresponda alterar la sustancia para que la cosa o el derecho desempeñe su función económica social. Tratándose de frutos suele exigirse su periodicidad aún cuando no como requisito necesario (46). Pero de todo ello no surge que debe negarse la perdurabilidad del capital, concluye el mismo Spota, que implica el ganado existente en el momento de la apertura del derecho hereditario, y, por ende, el efecto de la subrogación real en cuanto a que los nuevos animales actuales vienen a colocarse en la situación en que se hallaban los antiguos, sin perjuicio de su acrecentamiento actual y a partir de la notificación de la petición de herencia, y ello como accesorio o fruto, pero siempre —en cuanto tal fruto— a partir de la notificación de la demanda del coheredero excluido por sus copartícipes en la sucesión.

Al heredero de grado preferente o concurrente que promueve la petición de herencia le incumbe probar, además de su vocación hereditaria, con relación a los bienes relictos, que se dan en el caso las exigencias de la subrogación real. Es decir, que el ganado transmitido "mortis causa" al poseedor ha sido reemplazado y que unos y otros animales han sido efec-

(46) SPOTA, A. G.: *Tratado de Derecho Civil*, Bs. As., 1953, t. I, vol. 35, p. 449, nº 1684.

tivamente determinado en la universalidad patrimonial objeto de la acción restitutoria. De modo que la condición jurídica del bien destruido o enajenado pasa al elemento que lo sustituye. Y esto acontece tanto en conjuntos de bienes, como en cosas particulares, créditos y hasta simples accesorios. Para acreditar ese nexo de filiación entre el bien recibido en herencia y el que le ha reemplazado, el actor habrá de valerse de todos los medios de prueba que acrediten esa relación cierta y directa. La individualidad surgirá así de las enunciaciones de las propias hijuelas si las hubiere, de las inscripciones en los registros de marcas, de las confesiones de las partes interesadas y declaraciones de testigos, informe de las reparticiones públicas sobre los negocios y el movimiento de la hacienda, y, en especial, del dictamen de peritos acerca de la raza y demás características de los animales y de la evolución que ha tenido la explotación ganadera.

El mejoramiento o cruza del ganado destinado a producir un tipo de animal superior al recibido en herencia, no podría ser óbice para desconocer los efectos de la petición de herencia y de la subrogación real, por cuanto el art. 3425 obliga al tenedor a entregar los objetos hereditarios "con las accesiones y mejoras que ellos hubiesen recibido, aunque sea por el hecho del poseedor".

Precisamente, en virtud de la perdurabilidad del capital de que habla Spota, o de la identidad jurídica entre los bienes salidos del patrimonio y los que han venido a reemplazarlos, mencionada por Cerban, que caracteriza la subrogación real a través del tiempo, el ganado poseído por el heredero aparente sigue siendo el mismo en su aspecto económico-social, por lo que con arreglo a la norma citada no es dudoso que quede obligado a entregar al actor la cuota parte de los semovientes recibidos en herencia, sin perjuicio del acrecentamiento actual, a partir de la notificación de la demanda, en cuanto a los frutos percibidos y los que por su negligencia hubiese dejado de percibir, según lo previsto en el art. 2433.

La Cámara Civil 2ª de la Capital, en la causa "Loto c/ Madariaga" (47), al decidir sobre la aplicación del citado precepto legal, con el voto del Dr. Helguera, dijo: "El art. 2433 establece que el poseedor condenado a restituir la cosa es responsable de los frutos desde el día en que se le hizo saber la demanda"; y en la nota el codificador cita a Demante, que dice: "no es necesario, para impedir la adquisición de los frutos, que la buena fe haya cesado enteramente. Basta que el vicio de su posesión le haya sido revelado por una demanda en forma".

La Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y Minas de Mendoza (48) concordante, declaró: "en la acción de petición de herencia sólo corresponde condenar al demandado a restituir los frutos percibidos con posterioridad a la notificación de la demanda, si no está probado que aquél supiere que con anterioridad a la fecha en que tomó conocimiento de la muerte del causante, que el peticionante vivía y mucho menos aún que supiere que no se presentaba a reclamar su parte a la herencia".

Tan sólo en caso de resultar imposible la restitución en especie, procedería la indemnización por su equivalencia en dinero, teniendo en cuenta el valor de la hacienda, de conformidad con el dictamen de peritos y los datos oficiales recogidos en el juicio.

Sabido es que el poseedor de buena fe responde de los deterioros o pérdida de los bienes recibidos en cuanto se hubiere aprovechado de ellos (art. 3426). Es la aplicación del principio de equidad de que nadie debe enriquecerse a costa de otros. Así, pues, el heredero aparente que destruyó una cosa y vendió los materiales, debe el precio de venta al heredero verdadero.

De no establecerse la restitución de bienes en natura por no ser legal o físicamente posible, el heredero aparente, a tí-

(47) J.A., t. I, p. 684 y ss.

(48) Rep. La Ley, t. VIII, págs. 1223/1224, nº 43.

tulo de indemnización, deberá su equivalente en dinero, tanto respecto de los objetos de la herencia, como de los frutos percibidos y dejados de percibir, a partir de la notificación de la demanda si se trata de un poseedor de buena fe. Y en este supuesto, en la época actual, frente al fenómeno de la incesante depreciación monetaria, tratándose de una deuda de valor, aún corresponderá fijar un coeficiente por la desvalorización de la moneda con arreglo a lo preconizado por la doctrina y resuelto por la jurisprudencia ⁽⁴⁹⁾.

Por último, cabe recordar la opinión del profesor Hugo E. Gatti ⁽⁵⁰⁾, quien, al comentar las normas del Código Civil uruguayo, reseña que el derecho romano no conoció la subrogación real, pero si una extensión de la *petitio hereditatis* en favor del heredero para el rescate de los objetos hereditarios, y sobre lo adquirido para la herencia por el mismo poseedor. No se tenía en cuenta si lo adquirido fue pagado con medios de herencia, si no estaba destinado a la herencia. Si era así, había que entregarlo, pero si no estaba destinado a la herencia, esa obligación no existía.

La subrogación real, en la concepción moderna, añade Gatti, debe ser admitida todas las veces que se trata de conservar para su propio destino el valor de un bien sometido a una afectación especial y todas las veces que se trate de asegurar la restitución de una masa de bienes. Fuera de aquí, sólo la ley y la voluntad de las partes pueden establecerla. Interviene de pleno derecho cuando se trata de una demanda de restitución de una universalidad de bienes, de un patrimonio, en la que se busca saber qué debe ser restituido, y es así en los casos de ausencia (art. 71), y particularmente en los de petición de herencia, extendiéndose en este caso la subroga-

⁽⁴⁹⁾ GUASTAVINO, E. P.: *Restituciones e indemnizaciones del heredero aparente. La petición de herencia ante la inestabilidad monetaria*, J. A. 1964. IV. 168 y ss; CASIELLO, J. L.: *La deuda de valor*, La Ley, t. 104, p. 965; TRIGO REPRESAS, F.: *Obligaciones de dinero y depreciación monetaria*, La Plata, 1965; págs. 117 y ss. BANCHIO, E. C.: *Obligaciones de valor*, Bs. As., 1965, págs. 96 y ss.

⁽⁵⁰⁾ GATTI, H.: *op. cit.*, págs. 117 y 141.

ción al precio debido, a las indemnizaciones que pueden deberse por deterioro, incendio, expropiación, y a los bienes adquiridos o permutados por otro ⁽⁵¹⁾.

No obstante, en desacuerdo con los autores ya citados, Gatti opina que sin un texto expreso no cabe aplicar los principios de la subrogación y consecuentemente admitir que el heredero real tiene derecho sobre las cosas adquiridas por el heredero aparente, sea con el dinero de la sucesión, sea con el producto de la venta de los bienes de la sucesión ⁽⁵²⁾. Entiende que el art. 71, relativo a la ausencia, es una disposición de carácter excepcional que no puede ser extendida por analogía, y, por lo tanto, frente al heredero real sólo es deudor de la restitución del precio de las cosas, del valor de los bienes hereditarios, frutos, intereses y daños y perjuicios a que hubiere lugar, según se trate de poseedor de buena o mala fe.

Por nuestra parte, hemos adherido a la tesis de los autores nacionales que admiten la interpretación amplia y analógica por ajustarse a innegables principios de justicia.

8. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

El Código no contiene ninguna norma sobre prescripción de esta acción y tampoco se la incluye entre las excepciones a la regla general de prescriptibilidad de las acciones que sanciona el art. 4019. El silencio de la ley y la índole compleja de esta acción ha dado lugar a tesis opuestas en la doctrina y en la jurisprudencia.

La primera cuestión que se plantea es si se trata en el caso de una prescripción adquisitiva o liberatoria, vinculándose este problema con la interpretación del art. 3133 inspirado en el art. 789 del Código Napoleón que dispone que el

⁽⁵¹⁾ *Ibidem*, pág. 120; PLANIOL-RIPERT-PICARD: *op. cit.*, t. 3, p. 40, ns. 33/34.

⁽⁵²⁾ GATTI, H.: *op. cit.*, pág. 121.

derecho de elegir entre la aceptación y la renuncia de la herencia se pierde por el transcurso de veinte años desde que la sucesión se abrió.

Conocida es la discrepancia de los comentadores del Código francés que ha tenido su repercusión en los autores nacionales (⁵³). Quinteros clasifica las diferentes tesis en absolutas y relativas (⁵⁴). Las primeras, sin distinguir situaciones, proponen una solución única, porque la facultad de aceptar o repudiar, es el derecho hereditario mismo, por lo cual, considera que nos hallamos frente a una prescripción extintiva, de manera que el sucesible que omitió pronunciarse en el plazo legal, debe ser continuador y representante del difunto; es decir, aceptante. En cambio, las segundas sostienen que se trataría de dos facultades distintas; en algunos casos se prescribiría la facultad de aceptar, y en otros, la de renunciar.

Lo cierto es que el silencio de la ley y el juego de las distintas disposiciones, como la remisión de algunos autores (⁵⁵) a normas no correctamente aplicables, como las relativas a la partición de herencia (arts. 3460 y 3461), ha dado lugar a opiniones contradictorias. Es sensible por eso que la reforma de 1968 no resolviese el punto en forma expresa como lo hace

(⁵³) LAURENT, F.: *Principes de Droit Civil Français*, 5ª ed., Bru-xelles-París, 1893, t. IX, ns. 481 y ss.; MARCADE, V.: *Explication théorique et pratique du Code Napoleon*, París, 1859, 6ª ed., t. III, pág. 165. ns. 233 y ss.; DEMOLOMBE, C.: *Cours de Code Napoleon, Traité des Successions*, París, 1879, t. II, págs. 366 y ss., ns. 315 y ss.; AUBRY ET RAU: *op. cit.*, t. V, p. 134 y ss., p. 610 y notas 6 a 18; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL: *Des Successions*, t. II, p. 512 y ss., nº 1884; JOSSERAND, L.: *op. cit.*, t. III, vol. 2º, págs. 153 y sgtes., ns. 887 y ss.; PRAYONES, E.: *op. cit.*, p. 77; LLERENA, B.: *op. cit.*, t. IX, p. 88; MACHADO, J.O.: *op. cit.*, t. VIII, p. 386 y ss.; SEGOVIA, t. II, págs. 433 y s., nota 8 in fine; RÉBORA, J.C.: *op. cit.*, t. I, p. 125, ns. 69 y 147; LAFAILLE, H.: *op. cit.*, t. I, p. 108, ns. 146 y 147; FORNIELES, S.: *op. cit.*, t. I, p. 100 y s., nº 76; BORDA, C.A.: *op. cit.*, t. I, p. 153 y s..

(⁵⁴) QUINTEROS, F.: *Petición de herencia*, cit., pág. 123 y ss.

(⁵⁵) RÉBORA, J.C. y GRUNBERG: *Cinco estudios de derecho sucesorio*, Bs. As. 1930, p. 170; LLERENA, B.: *op. cit.*, t. IX, p. 275.

el art. 4024 con relación al cónyuge y descendientes del presunto fallecido, cuya acción para hacer valer sus derechos prescribe a los diez años.

Santiago C. Fassi, en un brillante y minucioso estudio, *Prescripción de la acción de petición de herencia y de partición* ⁽⁵⁶⁾, destinado en primer lugar a refutar la tesis de Maffía ⁽⁵⁷⁾, coincidente con el pensamiento de Segovia, Fornieles y Lafaille, replantea y amplía su anterior monografía publicada en Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata. Examina las doctrinas expuestas por los civilistas argentinos, a partir de Segovia, y replica sus argumentos para concluir que no es de la esencia de la petición de herencia su imprescriptibilidad, según se desprende de los arts. 4019 y 4024, que la prescripción en este caso es extintiva y que careciendo de plazo propio, para que se opere, corresponde aplicarle la de diez años del art. 4023.

Aun cuando se reconozca el brillo con que Fassi sustenta la tesis de la prescripción decenal, de acuerdo con el juicio preciso de Segovia consideramos que la petición de herencia es una "reivindicación de patrimonio". La naturaleza del derecho y el carácter de la acción impedirían aplicar el plazo ordinario de la prescripción extintiva, porque así como el dominio no se pierde por el no uso dentro de nuestro sistema legal (art. 2510), tampoco el título de heredero se extingue por efecto de la inacción. O sea, que si el demandado no ha adquirido el dominio por usucapión, no puede alegar ningún derecho sobre las cosas hereditarias, excepto en los supuestos de caducidad de la acción referidos por Borda ⁽⁵⁸⁾.

Los tribunales han resuelto concordantemente que quien dejó transcurrir veinte años sin aceptar ni repudiar la herencia, existiendo otros herederos que aceptaron la herencia, es

⁽⁵⁶⁾ FASSI, S. C.: *Prescripción de la acción de petición de herencia y de partición de herencia*, Bs. As., 1971, págs. 78 y ss.

⁽⁵⁷⁾ MAFFÍA, J. O.: *La petición de herencia y la prescripción*, en *La Ley*, t. 138, p. 1089.

⁽⁵⁸⁾ BORDA, G. A.: *op. cit.*, t. I, pág. 360.

considerado renunciante, y aceptante si no hubiere ningún otro que así lo hiciera en el transcurso de los veinte años ⁽⁵⁹⁾.

9. CONCLUSIONES

El estudio precedente nos permite arribar a estas conclusiones:

a) La petición de herencia es una acción patrimonial referida a una universalidad que participa de los caracteres de las acciones reales; es una verdadera reivindicación de patrimonio destinada a recuperar las cosas hereditarias de quien las posee indebidamente mediante la invocación y prueba por parte del actor de su título de heredero;

b) El instituto de la subrogación real tiene vigencia en los efectos jurídicos de esta acción, cuyos principios de justicia el Código recoge en numerosas disposiciones; su aplicación analógica es admisible cada vez que se prueba la individualización de las cosas hereditarias y el reemplazo efectivo que hubiere efectuado en su provecho, el poseedor ilegítimo y heredero aparente demandado (arts. 16, 124, 3430 y 3440);

c) La acción de petición de herencia, en principio, es imprescriptible, sin excluir los supuestos de caducidad de la acción por inacción del heredero genuino (art. 3363), y la usucapión que el demandado podrá oponer sobre cosas particulares (art. 4015).

⁽⁵⁹⁾ Cám. Civ. 1ª, Capital, La Ley, t. 22, p. 490 y t. 40, p. 815; Cám. Civ. 2ª, Capital, J.A., t. 64, p. 1033; Cám. Ap. Rosario, La Ley, t. 47, p. 379 y t. 49, p. 379. Cám. 1ª Ap. Córdoba. La Ley, t. 12, p. 1018.