

## **SEGUNDA PARTE**

### **Cuestiones de Derecho Sucesorio**

## LA DECLARATORIA DE HEREDEROS COMO REQUISITO INEXCUSABLE EN LAS DEMANDAS CONTRA SUCESIONES

SUMARIO: I. Las exigencias formales del escrito de demanda en el código de procedimientos civiles. II. La prohibición del art. 428 y las disposiciones del código civil relativas a la posesión hereditaria. III. El art. 343 y el trato preferencial a los acreedores hipotecarios y prendarios. IV. El código de procedimientos civiles derogado y la jurisprudencia de los tribunales. V. Biblióni y el Proyecto de Reforma al Código Civil. VI. Conclusiones. VII. Régimen actual.

Nos proponemos estudiar la validez y efectos de la norma del código de procedimientos civiles de 1940 (ley 2924, art. 428) que niega el ejercicio de toda acción contra las sucesiones en tanto no se haya dictado el auto de declaratoria de herederos o de reputación de vacancia (1). Examinaremos los conflictos que suscita una prohibición semejante en relación con los recaudos procesales que la misma ley impone de modo general a la formulación de la demanda, y también con referencia a la posesión hereditaria organizada por el código civil y a otros preceptos de las leyes de fondo y de forma, que indicarían, por lo menos, la inconveniencia de la restricción sancionada. Luego de referirnos al código de procedimientos derogado y a la jurisprudencia de los tribunales sobre el punto en cuestión,

(1) La personalidad de la sucesión es punto controvertido en la doctrina y jurisprudencia. Dejamos para otra ocasión el estudio de este interesante problema.

LAFAILLE, *Sucesiones*, 1932, I, nº 414, la admite en principio; VIDELA, Horacio (h.) también la reconoce en su tesis *De la comunidad de herederos*, 1932, págs. 256 y sigtes.; YORIO, Aquiles, igualmente, propugna la opinión afirmativa en su libro *La sucesión y su personalidad en nuestro Derecho*, ed. El Ateneo. 1942. En cambio, FORNIELES, *Sucesiones*, 1931, I, nº 235 y 236, la rechaza terminantemente. MOLINARO, Alberto D., en una conferencia, cuya publicación ignoramos analiza los fallos contradictorios sobre la materia.

concretaremos el juicio que nos merecen las distintas soluciones.

## I. LAS EXIGENCIAS FORMALES DEL ESCRITO DE DEMANDA EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES

Una de las bases esenciales del proceso civil es la demanda cuyo acto en nuestro procedimiento se formaliza por escrito, y de acuerdo con el art. 109 está sujeto a los requisitos siguientes:

1) El nombre, domicilio real, nacionalidad, estado civil, profesión u oficio del demandante.

2) El nombre y domicilio del demandado, *si se conocieran*.

3) La designación precisa de lo que se demanda y su apreciación pecuniaria. Cuando no fuere posible fijarla con exactitud, se suministrarán los antecedentes que pueden contribuir a su determinación aproximada.

4) Las cuestiones de hecho y de derecho, separadamente. Las primeras serán enumeradas y expuestas en forma clara y sintética, omitiéndose toda glosa o comentarios, los que se podrán hacer en la parte general del escrito.

5) La petición en términos claros y precisos.

Los jueces no deben dar curso a las demandas que no cumplan las anteriores prescripciones, señalando el defecto que contengan (art. 110). Con la contestación se integra la relación jurídica procesal, y en ella, como es lógico, el demandado ha de observar a su vez las reglas ya establecidas. Por consiguiente, debe "confesar o negar categóricamente cada hecho expuesto en la demanda", ya que su silencio, sus respuestas evasivas o su negativa general, pueden estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos referidos por el actor. Asimismo, ha de reconocer o negar la autenticidad de los docu-

mentos privados que se le atribuyan, so pena de que se los tenga por reconocidos (art. 117, incisos 2 y 3).

Quedan mencionadas las reglas primordiales a cuya fiel observancia están sometidas las partes con el fin de constituir válidamente la relación jurídica procesal y de cumplir con el postulado constitucional de igualdad ante la ley.

Para el objeto de nuestro estudio nos interesa destacar en este capítulo el precepto del art. 109, inc. 2, en cuya virtud se autoriza a promover demanda aun ignorando el nombre y domicilio del demandado, puesto que el deber del actor de señalar estos datos está supeditado al conocimiento que tenga de ellos. Esa regla concuerda con el artículo 73, el cual dispone: "Si el domicilio fuese desconocido o la persona incierta, el emplazamiento se efectuará por edictos que se publicarán quince veces; y el término vencerá diez días después de la última publicación".

Ambas disposiciones evidencian que la ley procesal, como no podía ser de otro modo, ha tenido presente las diversas situaciones en que puede encontrarse una persona en la necesidad de demandar a otra sin que a la vez conozca con certeza el nombre y el domicilio de la que ha de ser demandada. No por ello le impide al actor actualizar su demanda ante el órgano jurisdiccional competente. Para tales supuestos la ley procesal prescribe la citación por edictos del o los demandados, y si se tratara de un juicio declarativo, y el emplazado no acudiese al llamado judicial, la misma ley le provee de un defensor de ausentes (arts. 400 y sigtes.).

## II. LA PROHIBICION DEL ARTICULO 428 Y LAS DISPOSICIONES DEL CODIGO CIVIL RELATIVAS A LA POSESION HEREDITARIA

Se ha visto ya, conforme lo disponen los artículos 73 y 109 inc. 2, que la calidad de persona incierta, por ignorarse el domicilio y el nombre del demandado, no es óbice para enta-

blar una demanda. Los autores, al efecto, citan los ejemplos comunes de las acciones reales, juicios de expropiación y procedimientos ejecutivos por cobro de impuestos o contribuciones de mejoras (2).

Sin embargo, el código de procedimientos civiles, ley 2924, en el título I del libro 3º, sección II, bajo el acápite *Declaratoria de herederos y posesión de la herencia*, artículo 428, establece:

“Ninguna acción podrá intentarse, o en su caso proseguirse, contra la sucesión, sin previa declaratoria de herederos o reputación de vacancia”.

Cabal y Atienza, dicen, que esta disposición legal sienta un principio indiscutible porque es la declaratoria de herederos la que confiere la posesión de la herencia, y añaden, que el legislador ha querido expresarlo para evitar resoluciones en contrario que a menudo se dictaban, especialmente cuando se trataba de juicios contra el causante, iniciados antes de su fallecimiento (3).

Más tarde, los Dres. Henoch D. Aguiar y Angel H. Cabral, en su proyecto de código de procedimientos civil y comercial, redactado para la provincia de Córdoba (ley 3981), en el artículo 409, adoptan una fórmula legal análoga a la del código santafesino:

“Los acreedores del causante podrán, después de la declaratoria de herederos, y si no se hubiere acordado plazo para hacer inventario y deliberar, demandar el pago de sus acreencias, en los mismos casos en que podrían hacerlo de aquél, y solicitar, en todo supuesto, cuantas medidas precautorias estuviesen autorizadas por la ley”.

(2) ALSINA, *Tratado de D. Procesal*, t. 2 p. 75; CABAL y ATIENZA, 1940, *Anotaciones*, págs. 74 y 101; CASTRO, *Curso de Ptos. Civiles*, 1926, t. I n° 234; DE LA COLINA, 1915, 2ª ed., t. 1, n° 490; GALLÉNAL, *Estudios sobre C. de Ptos. Civil*, 1928, 2ª ed., págs. 164 y sigtes.; FERNÁNDEZ, R. L., *Código de Ptos. Civil*, 1944, 2ª ed., pág. 162, nota 29; PARODY, *Comentarios al C. de Ptos. Civil y Comercial*, 1912, t. 1, págs. 112 y sigtes.; RODRÍGUEZ, *C. de Ptos.*, 1914, t. 1, pág. 152.

(3) *Anotaciones*, pág. 330.

Los autores explicando la conveniencia de esta norma legislativa han declarado, en sustancia, que ella se justifica por doble motivo (4):

1) Porque hay herederos que deben pedir la posesión judicial de la herencia, antes de la cual no pueden ser demandados por los acreedores (arts. 3412, 3413 y 3417, código civil);

2) Porque las leyes de procedimientos dictadas por las provincias para la aplicación de los códigos de fondo (art. 67, inc. 11, Const. Nacional), comprenden el régimen de la prueba, salvo cuando la garantía del derecho material repose en la forma prescripta a los fines de su ejercicio, a manera de un complemento sustancial (S. C. N., t. 138, 157), y en tal virtud, las leyes procesales pueden reglar la prueba de la calidad de heredero, estableciendo en función de esa facultad el trámite de la declaratoria, como único medio de acreditarla, sin menoscabar por ello los derechos reconocidos en la legislación de fondo.

Parecería ocioso expresar el respeto que siento por la ilustración y sagacidad jurídica de los autores que se han pronunciado en favor de la solución de los artículos 428 y 409 de los códigos de procedimientos de Santa Fe y Córdoba. Pero, aunque comprenda las razones expuestas para aprobar su vigencia y reconozca la indudable potestad legislativa de las provincias, para regular el trámite de los juicios y el régimen de la prueba, tanto como el acierto de las reflexiones sobre el régimen, en cierto modo contradictorio de la posesión hereditaria, no podría ocultar que esa regla procesal, a mi juicio, en no escasas ocasiones no hará más que dilatar sin motivo plausible el ejercicio regular de las acciones.

Mediante esta prohibición de la ley procesal se crea una nueva y excepcional exigencia para formular una demanda toda vez que ésta vaya dirigida contra sucesores de una

(4) Carta de Dr. Ange' H. Cabral, de fecha Abril 3 de 1945, dirigida al Dr. Justo I. Cabal y al autor de este trabajo.

persona fallecida. En rigor, más que un requisito formal, se arbitra un impedimento dilatorio al ejercicio de la acción, ya que se le exige al actor que antes de entablar su demanda se procure la prueba del título de su demandado. El recaudo resulta en verdad excesivo, al extremo de que en ciertas hipótesis avanza sobre la ley de fondo. No se descubre así sentido práctico en la rigurosa generalidad de la exigencia procesal, y por lo mismo, puede afirmarse que no siempre estará destinada a proteger intereses legítimos.

Dado los límites circunscriptos y la especial finalidad de este estudio, no creo oportuno detenerme en el análisis minucioso de las disposiciones relativas a la posesión hereditaria, armonizadas con visible esfuerzo por la doctrina y la jurisprudencia en meritorios trabajos de interpretación de los textos legales que reconocen fuentes diversas <sup>(5)</sup>.

La declaratoria de herederos es una institución que nos viene de la Colonia. Vélez Sársfield infortunadamente no la introdujo en su obra fundamental <sup>(6)</sup>. Sin embargo, merced a las leyes procesales la institución colonial ha sobrevivido y se ha impuesto, prácticamente, al sistema organizado por el autor del código civil, de tal manera que aun aquellos herederos que por la ley común tienen la posesión hereditaria de pleno derecho no pueden prescindir del auto de declaratoria en los negocios jurídicos que celebran entre particulares o con los poderes públicos. La verdad es que la Justicia siempre interviene, aun en los supuestos del art. 3410, código civil. Se explica, pues, que tanto Bibiloni como la Comisión Reformadora reivindicuen para la ley de fondo esta institución que

<sup>(5)</sup> LO VALVO, José, *La posesión hereditaria*. Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield. Estudios de Derecho Civil. Córdoba, 1936, pág. 111.

<sup>(6)</sup> BIBILONI, *Anteproyecto*, 1940, ed. Kraft, pág. 402, arts. 2989 y sgtes.; *Reforma del Código civil*, 1936, ed. Kraft, págs. 202 y 689, arts. 1909 y sgtes.

ha probado ser de la mayor utilidad y eficacia en la vida práctica de nuestro derecho (<sup>7</sup>).

En síntesis, la posesión hereditaria es una investidura legal en cuya virtud el heredero se considera dueño y poseedor de los bienes dejados por el difunto. Empero, la ley civil no la acuerda de igual manera a todos los herederos. A los descendientes, ascendientes y cónyuge, les otorga la posesión de pleno derecho desde el día de la muerte del causante, sin ninguna formalidad e intervención de los jueces y aunque ignorasen la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia, con tal que estuviesen domiciliados en la provincia (arts. 3279, 3282 y 3410). En cambio, a los demás parientes y herederos instituidos en testamento válido, no les permite obrar como dueños de los bienes transmitidos en tanto la justicia no reconozca su vínculo hereditario con el de *cujus* (arts. 3412, 3413 y 3414).

Aunque el ámbito de aplicación del artículo 3410, código civil, por el juego de las otras disposiciones que completan el mismo título, haya quedado en realidad muy reducido, no por ello es menos manifiesta la pugna de la restricción que sanciona el artículo 428, C. de Ptos. con ese precepto del derecho común (<sup>8</sup>).

La reforma al código civil de 1968, ley 17.711, en el artículo 3410 incluyó al cónyuge entre los otros herederos forzosos, ascendientes y descendientes que entran en posesión de la herencia de pleno derecho desde la muerte del causante, eliminando así la incongruencia del texto de Vélez Sársfield, que omitía su pertinente inclusión. Lamentablemente el mismo reformador en el artículo 3412 dejó por inadvertencia la

(<sup>7</sup>) SECOVIA. *El código Civil*, etc., 1881, t. 2, págs. 454 y 458, notas 41, 11 y 12; MACHADO, 1920, 2ª ed., t. 8, págs. 597 y 616; LLERENA, t. 9, págs. 228 y 244; FORNIELES, *ob. cit.*, t. 1, págs. 187 y 190; LAFAILLE, *ob. cit.*, t. I, pág. 214; RÉBORA, *Derecho de las sucesiones*, 1932, t. 1, págs. 193, 201 y 434, núms. 113; 117 a 120.

(<sup>8</sup>) FORNIELES, t. 1, *Ob. cit.*, pág. 121, nº 100.

mención de “los cónyuges” entre los otros parientes que deben pedir a los jueces la posesión de la herencia.

Además derogó el artículo 3411 que complicaba inútilmente las cosas respecto a la posesión hereditaria, a la unidad de la sucesión y a la validez de la declaratoria de herederos en todo el territorio de la república, aunque un antiguo fallo de la Corte Suprema de la Nación había resuelto la cuestión con acierto definitivo (*Fallos*, t. 17: 298).

Evidentemente lo más acertado hubiese consistido en suprimir el instituto de la posesión de la herencia y en introducir la declaratoria de herederos, como lo hacían Bibilioni, arts. 3000 y 3001; Proyecto de 1936, arts. 1912 y 1913; Anteproyecto de 1954, arts. 703 y 706; Anteproyecto De Gásperi, arts. 3201 y 3202 (Véase, BORDA, *La Reforma de 1968 al Código Civil*, 1971, p. 594 y ss.; LLAMBIAS, *Estudio de la Reforma del Código Civil*, 1969, p. 430 y s.).

En suma, la posesión de la herencia es la comprobación del vínculo de parentesco de una persona y el reconocimiento que el juez hace de ese derecho. Así, pues, la de los herederos que necesitan pedirla (arts. 3412 y 3413), al decir exacto de Fornieles, “no es otra cosa que la *prueba del carácter hereditario*, que se confunde con la prueba del parentesco en las sucesiones ab-intestato o con la validez del testamento en las sucesiones testamentarias. Pero si los demandados no niegan ser herederos, *la prueba se hace innecesaria*. Y si lo niegan, el actor podrá justificar el vínculo hereditario seguido de actos de aceptación, con lo cual queda abierto el camino para obtener la condena de los demandados” (?).

No es la posesión de la herencia, sino la aceptación expresa o tácita de ella, lo que determina que el heredero quede obligado al pago de las deudas y cargas de la herencia (arts. 3314 y 3343, código civil). Por eso, el mismo autor completa sus comentarios con estas reflexiones, fundadas en claros principios de derecho común, aplicados con per-

(?) *Ob. cit.*, págs. 201 y 349, núms. 179 y 363.

sistente reiteración en la práctica tribunalicia sin que se notaran dificultades de ninguna índole: “La obligación que tienen los herederos de pagar las deudas de la sucesión, les viene del solo hecho de haber sucedido al causante y no depende de que se les reconozca su carácter hereditario ni que se les ponga en posesión de los bienes, según se ha explicado en los números 100 y 179. La única dilación a que están sometidos los acreedores, es la del novenario de luto y los 30 días que se le conceden para optar entre la aceptación o el repudio de la herencia. Transcurrido ese tiempo, no hay motivo alguno para que supediten el ejercicio de sus acciones a la iniciación de un juicio sucesorio o a cualquier otra formalidad”.

“Si el acreedor no conoce a los herederos, o tiene dudas sobre quienes son las personas llamadas, o éstos se hallan ausentes, le asiste el derecho de pedir que se nombre un curador a los bienes conforme al art. 486 del c. civil, y con ese curador se entenderán las acciones que deban deducirse” (10).

Concordantemente, Rébora anota: “La interposición de acciones dependientes de la sucesión, el prestarse, como heredero, a las que interpongan los acreedores, y la aprehensión de los bienes —efectos máximos del apoderamiento de pleno derecho— son, en general, actos de aceptación tácita (arts. 3323, 3325 y 3327). Los que tengan reclamos que interponer contra la sucesión pueden iniciar el juicio sucesorio y obtener la fijación de un término para que el heredero tome su partido, o pedir el nombramiento de un curador, procedente después de un llamamiento por edictos y de transcurridos los plazos para inventario y la deliberación, o de interpuesta renuncia (arts. 3539 y 3540)” (11).

Y más adelante, a propósito de los títulos contra el difunto con fuerza ejecutiva cuyas obligaciones, según el artículo 3432, c. civil, se transmiten a sus herederos con la mis-

(10) *Ob. cit.*, t. 1, págs. 350, Nº 363.

(11) *Ob. cit.*, t. I, págs. 221 y sigtes., Nº 120, nota 15 y pág. 235, nota 130.

ma intensidad y eficacia, este autor recalca: “Las obligaciones pasan al sucesor universal con los caracteres resultantes del título que les ha dado origen y con los que haya podido añadirles el procedimiento dictado contra el causante: el título que otorgaba acción ejecutiva contra éste, la otorga contra el sucesor; el pronunciamiento dictado contra el causante produce efectos respecto del causahabiente. En ese sentido, y sin perjuicio de las limitaciones que puedan resultar así del plazo de llanto y luto, ni de la excepción dilatoria a que se tiene derecho durante los términos señalados para el inventario y la deliberación, los acreedores de la herencia gozan, contra el heredero, de los mismos medios de ejecución que contra el difunto mismo, y los actos ejecutorios contra el difunto lo son igualmente contra el heredero” (12).

A su vez, Lafaille, comentando el artículo 3414, código civil, dice: “La norma es categórica en el sentido de que sólo abarca una cierta clase de herederos —aquellos que deben solicitar la posesión hereditaria— y no los investidos de ella por la ley. En la práctica, las personas que podrían acogerse a este beneficio no lo hacen y se prestan a contestar las demandas, lo que importa aceptación de la herencia (art. 3323). El juicio prosigue en esa forma y recae decisión judicial”.

“Si no hubiera conformidad, falta sin duda, el derecho de imponer esa intervención al heredero presunto y el actor debe gestionar el nombramiento de un representante, que puede ser el propio administrador con facultades expresas como se verá al examinar el art. 3451, o un curador a los bienes en su caso, todo sin perjuicio de la presunción de vacancia (art. 3539)” (13).

(12) *Ob. cit.*, t. 1, pág. 278, Nº 169 y autores citados en nota 2.

(13) *Ob. cit.*, t. 1, págs. 225 y sigtes., Nº 334. SEGOVIA, *ob. cit.*, t. 1, pág. 116, notas 15 y 16; t. 2, pág. 531, notas 2 y 3; BUSO, Eduardo B., *Código Civil Anotado*, 1946, pág. 1116, art. 486; PARODY, *ob. cit.*, t. 1, pág. 181.

### III. EL ARTICULO 343 Y EL TRATO PREFERENCIAL A LOS ACREEDORES HIPOTECARIOS Y PRENDARIOS

No es exacto, por lo demás, que la prohibición del artículo 428 sea general y absoluta como pareciera inferirse de su texto. En efecto, el artículo 343 autoriza expresamente en las ejecuciones hipotecarias la citación “a los sucesores o administrador provisorio, o al representante legítimo respectivo en caso de concurso, quiebra o incapacidad”, sin requerir la exhibición de la respectiva declaratoria de herederos. Todavía en el tercer apartado insiste: “La citación a los herederos es válida aunque no estén individualizados”.

La desigualdad jurídica de trato suscita la primera y seria objeción a la validez de una sanción que por lo que se ve tiene excepciones. Sin embargo, el propietario como el acreedor hipotecario son titulares de derechos reales, con la diferencia de que aquél lo es de uno más fundamental, al punto que la propia Constitución lo reconoce y ampara como una de las bases esenciales de nuestro régimen político y social (art. 17). El segundo, por su parte, dispone de un derecho real de garantía que accede a un préstamo en dinero. Pero lo cierto es que son idénticas las situaciones procesales del titular del derecho de dominio que procura la restitución de la cosa dada en locación o el pago de los alquileres y la del acreedor garantido con hipoteca que persigue la devolución del dinero dado en préstamo. Ambas se sustentan en último análisis en un derecho real, aunque las acciones personales emergen directa e inmediatamente de un contrato.

¿Por qué, entonces, ha de estar más favorecido el prestamista con garantía real que el propietario? ¿Cuáles serán los motivos de esa manifiesta desigualdad?

Realmente, no encuentro ninguno que lo justifique.

Así, dentro de nuestra ley de enjuiciamiento vigente mientras el dueño de un inmueble para recuperarlo y desalojar a

su locatario, por falta de pago, o a un intruso, si éstos hubiesen fallecido, ha de esperar a que sus herederos o el mismo actor consiga el auto de declaratoria de sus demandados, al acreedor hipotecario, mejor visto y protegido por el legislador local, se lo deja indemne de obstáculo y se le permite ejecutar las obligaciones emergentes del contrato de mutuo. Tal lo que surge de los artículos 343 y 428 y lo que de acuerdo con ellos han resuelto algunos tribunales de la provincia (J. de Sta. Fe, t. 20, p. 130; t. 21, p. 194; t. 22, p. 283).

Es evidente, por lo demás, que igual ventaja se le otorga al acreedor prendario, aunque la de éste no deriva de la ley procesal sino de lo dispuesto por la ley nacional 12.962, art. 33.

Nótese que el juicio sumario de desalojo, aunque de naturaleza procesal distinta a la ejecución hipotecaria, es igualmente enérgico y breve, como que está destinado a proteger el derecho básico de propiedad (arts. 342 y sgtes. y 349 y sgtes.). Es el único juicio declarativo especial donde si el demandado no contesta la demanda "se tienen por ciertos los hechos expuestos en ella y se ordena llamar autos sin más trámite". Puede promoverse antes de vencido el término de la ocupación (art. 350). No cabe la excepción de arraigo, la representación del rebelde, ni el recurso de rescisión. Y si la acción se fundara en la falta de pago o en el vencimiento del término convenido no se admite otra prueba que la confesión de parte o el recibo auténtico que lo acrediten (art. 354). Tal rigor no aparece en ninguna otra especie de juicio declarativo (art. 118).

Sin embargo, si por desgracia el deudor falleciera, tales enérgicas garantías acordadas al propietario se desvanecen por largo tiempo, porque por imperio del artículo 428, el actor se verá en la necesidad legal de tramitar previamente la declaratoria de herederos o la reputación de vacancia, o a esperar pacientemente que los sucesores del difunto obtengan el título de su vocación a la herencia.

En verdad no se compadece que se exima al acreedor hipotecario del impedimento que representa la prohibición del

artículo 428, y, en cambio, soporten ese obstáculo el propietario que reclama la restitución de la cosa o el pago de los alquileres, el obrero que exige el pago de sus salarios o de una indemnización de accidente del trabajo, o aún la víctima de un hecho ilícito que demanda el resarcimiento de los daños sufridos.

Ahondando en los ejemplos señalados pronto se percibe la incongruencia del diferente trato que la ley sanciona y las situaciones perjudiciales que provoca. Bastará concretarme en primer término a los juicios sumarios donde la rapidez y brevedad del trámite están determinados por fines sociales que contemplan la necesidad del acreedor.

Supóngase una demanda por accidente del trabajo. Sabido es que los herederos de la víctima, conforme con reiteradas y uniformes decisiones jurisprudenciales, no necesitan munirse de la declaratoria de herederos para exigir el pago de la indemnización que les acuerda la ley 9688. Lo mismo se ha resuelto con las demandas resarcitorias por hecho ilícito (14). Ahora bien, si el patrón, en el primer caso, o el autor del daño, en el segundo, hubiesen fallecido en la fecha de la demanda, por virtud del art. 428, c. de ptos., no podrán llevar adelante sus respectivas demandas por requerírseles con carácter previo la exhibición de la declaratoria de sus demandados. Es decir, que se impone que hagan con sus deudores lo que la ley ni la jurisprudencia les exige para consigo mismos.

Imaginemos aún al propietario de un inmueble que se halle en la necesidad legal de reivindicarlo de un poseedor fa-

(14) Claro está que los tribunales han concluido por establecer con buen criterio hace ya mucho tiempo que en esos casos las indemnizaciones reclamadas no forman parte de la masa hereditaria, sino que pertenece por derecho propio a las personas damnificadas.

R. *Crítica de Jurisprudencia*, 1934, t. 3, pág. 184; 1935, t. 4, pág. 139; Pozzo, *Accidentes de trabajo*, 1939, págs. 323 y sgtes.; PLANIOL y RIPERT, 1933, Habana, t. 4, nº 192 y t. 6., núms. 549 y 658; LAFAILLE, *ob. cit.*, pág. 281, nº 412; FORNIELES, *ob. cit.*, t. 1, pág. 239, nº 228.

llecido en otra provincia. Se verá precisado antes de formular la acción a obtener la declaratoria de herederos del autor de la posesión cuestionada. Fácil es concebir los serios trastornos que habrá de depararle la exigencia procesal del art. 428. Pero si en lugar de una acción real se tratase de una acción posesoria juzgo que ese impedimento chocaría con la amplia disposición del artículo 3418, c. civil.

Así como éstos podrían agregarse otros ejemplos de parecida elocuencia, pero, a mi entender, son suficientes los enunciados para poner de manifiesto que la prohibición del artículo 428 con sus parciales excepciones dilata sin motivo fundado el ejercicio normal de los derechos al trabar de modo innecesario y por tiempo indefinido su perentoria exigibilidad.

Cuando un precepto legal literalmente interpretado conduce a sanciones inicuas los jueces que se enfrentan con la realidad de los problemas jurídicos y están animados de un puro espíritu de justicia, procuran mitigar sus consecuencias o reducir su esfera de aplicación. Es lo que ya ha acontecido con el rigor prohibitivo del artículo 428, c. de ptos.

La Sala 3ª de la Cámara de Apelaciones de Rosario, en el caso "Almaraz v. Estevez" (21/5/43, J. de Sta. Fe, 22, 283; R. de Sta. Fe, 4, 192 y 6, 119), declaró nulas las actuaciones dirigidas contra los sucesores del ejecutado, sin previa declaratoria de herederos. Aplicó sin duda con estrictez el artículo 428 declarando que su carácter prohibitivo lleva aparejada una sanción de nulidad que puede ser pronunciada de oficio por estar interesado el orden público (arts. 103 y 104).

Sin embargo, la Sala 2ª del Superior Tribunal, en el caso "G.T. v. E. J. D." (20/3/45; La Ley, 39, 688; J. de Sta. Fe, 24, 56), llegó a una conclusión diametralmente opuesta, quizá por las especiales circunstancias del caso planteado, con fundamentos jurídicos que comparto plenamente.

Se trataba de una filiación natural donde la madre, por sus hijos menores, demandaba al presunto padre natural ya

fallecido. La sucesión fue citada por edictos, y, como única heredera se apersonó a los autos la madre del causante, con quien se sustanció el juicio. Además de haberse ésta allanado a la acción, los actores probaron el requisito insalvable de la posesión de estado que exige el artículo 325, c. civil, por lo cual, también los Ministerios Públicos manifestaron su conformidad con la demanda. El juez de la causa, de igual modo que el tribunal de Rosario en el caso anterior, aplicó de oficio el artículo 428, c. de pto., y declaró la nulidad de lo actuado. Apelada la sentencia, la Sala 2ª dijo que ese precepto no es de orden público y que en materia procesal no hay nulidad sin perjuicio, habiéndose, por lo demás, purgado el vicio con el consentimiento de las partes dado a todas las actuaciones.

Estoy persuadido que se hizo justicia, pues creo que una primordial norma de conducta de los jueces ha de ser la de resistirse en lo posible a decretar nulidades, porque las más de las veces nada remedian y traen mortificantes demoras con daño para las partes y olvido del postulado que aconseja no prolongar sin verdadera necesidad la dilucidación de los pleitos.

La Sala 1ª del Superior Tribunal en el caso "Jewish Colonization Association v. Bolo, Juan J. (suc.)" 2/8/45; La Ley, 39, 741; R. de Sta. Fe, 11, 135), declaró, por el voto de los Dres. Sabaté y Viñas Balugera, con la disidencia del Dr. De Feo, que la aplicación lisa y llana al juicio de desalojo del artículo 428, es contraria a los conceptos sustanciales del derecho procesal relativos a dicho juicio sumarísimo y choca con preceptos de la ley civil, arts. 3314, 3367 y 3432, en cuanto al ejercicio de las acciones de los acreedores, por lo cual, pronunció la inconstitucionalidad de la mencionada regla procesal en el caso juzgado.

Por su parte, el Dr. De Feo, sostuvo que el artículo 428 está acorde con los artículos 3412 y 3414, código civil y no

menoscaba los derechos emergentes del artículo 3432 de ese código, ya que al prescribir que los acreedores disponen contra los herederos de los mismos medios de ejecución que contra el difunto, ello implica su previa determinación y la petición de la apertura de la sucesión. Tales actos importan una demanda virtual, o sea, el ejercicio de las acciones. Asimismo, adujo que el trato dado al acreedor hipotecario conforme con el artículo 343, c. de ptos., no violaba el principio de igualdad de trato jurídico establecido por el art. 16, Const. Nacional, porque el procedimiento de ejecución hipotecaria es un instituto que se aplica por igual a una determinada categoría de acreedores.

La lectura de la sentencia no permite conocer si la demanda estaba dirigida contra los herederos comprendidos en la disposición del artículo 3410, c. civil, en cuyo caso la oposición entre la ley de fondo y de forma no podría negarse. Además, como lo hemos advertido antes, aun sin llegar el extremo de la inconstitucionalidad, no parece dudoso que el artículo 343, c. de ptos., otorga al acreedor hipotecario un trato preferente en desmedro de otros acreedores igualmente respetables y dignos de toda protección.

#### IV. EL CODIGO DE PTOS. CIVILES DEROGADO Y LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES

Bajo la vigencia del código de ptos. civiles derogado de 1900 el reato del artículo 428 ley 2924 no existía. En los casos de fallecimiento de la persona demandada se citaba por edictos a sus herederos, y si no comparecían se les nombraba un curador o defensor de ausentes. Tal procedimiento lo instituían de manera explícita los artículos 91, 465 y 549 incisos 1, 3, 5 y 7, cuyas normas estaban acordes con las disposiciones de los

artículos 486, 488, 3282, 3314, 3431, 3432, 3539 y 3540, c. civil (15).

Entonces el acreedor no se hallaba compelido a tramitar la declaratoria de herederos para conseguir de los herederos de su deudor el pago de su crédito.

La Sala 2ª del Superior Tribunal (5/3/23; J. de Sta. Fe, 2,30) precisa bien estos conceptos sobre los derechos de los acreedores:

“Pueden solicitar además de las medidas de seguridad de los bienes, el que se llame a los interesados, y en su caso se nombre un curador de la herencia a objeto de dirigir con eficacia sus acciones en juicio”.

La Sala 1ª de la C. de Apelaciones de Rosario (19/9/39; J. de Sta. Fe, 18, 479) coincidente con el tribunal de Santa Fe, declaró:

“Conforme a los artículos 549 inc. 3 y demás concordantes del código citado, los acreedores de la herencia tienen derecho a promover los trámites tendientes a una declaratoria de herederos o a la designación de un curador en su defecto, porque la individualización de sucesores o, en su caso, la designación de curador, constituyen acontecimientos necesarios para que aquellos acreedores puedan satisfacer sus créditos”.

Pero es en las causas “Supisiche y otros v. González de Romano de Castro” y “Gusberti y Cía. v. Ferraroti y otros” donde se aplican en toda su proyección las reglas procesales del c. de pto. derogado y se recuerda la jurisprudencia dominante en los tribunales de la provincia.

En el primer caso (Sala 2ª de la C. de Apel. Rosario 28/11/41; J. de Sta. Fe, 20, 507), los Dres. Casanova y Capdet invocan el régimen de los códigos de fondo y forma aplicables a las situaciones en que el deudor ha fallecido, pero llegan a con-

(15) FORNIELES, *Ob. cit.*, págs. 201 y 349, núms. 179 y 363; RÉBORA, *ob. cit.*, pág. 231 y sgtes., núms. 134, 135 y 136.

*La Justicia Uruguaya*, 1942, t. 4, pág. 173, notas de José A. de Freitas y Juan J. Amézaga.

clusiones discordantes. Así, el primero de los Vocales se decide por la nulidad de las actuaciones porque la citación por edictos no se llevó a cabo como trámite previo a la declaratoria, el apereamiento que los mismos contenían era el de rebeldía y se había nombrado defensor de ausentes y no curador, que por la ley civil tiene funciones específicas, art. 3541. En cambio, el Dr. Capdet, a cuyo voto adhirió el Dr. Soldini, conceptúa, que con la citación por edictos practicada en el mismo juicio y el nombramiento de defensor de oficio se han cumplido los objetivos legales. Aunque el acreedor en la emergencia pudo ceñirse a los términos estrictos de los artículos 486, c. civil y 549 inc. 3, c. de pto. derogado, la solución dada por la mayoría del tribunal consulta, a mi entender, los distintos intereses en juego e interpreta con amplio espíritu de justicia los textos legales.

Estimo útil transcribir sus fundamentos, por el acierto con que enfoca el problema planteado:

“I. Que frente a la muerte de su deudor, el acreedor “que desea lograr la manifestación de su crédito por la vía “judicial, necesariamente debe citar previamente, ante el juez “del último domicilio del causante, y a los efectos de establecer formalmente la relación procesal, a los que se crean con “derecho a la sucesión; y si dentro del término de ley ningún “pretendiente se presenta, deberá obtener la designación de “un curador de la herencia (arts. 3539, 3540, 3541, 3383 y “conc. c. civil; y 545, 549, incisos 3 y 6 y 616 y conc. c. de pto. “civiles). Es menester, de alguna manera individualizar el o “los sujetos pasivos de la obligación cuyo cumplimiento se pretende exigir”.

“II. Que no extremando demasiado el formalismo procesal, para no menoscabar la justicia, puede afirmarse que “en la especie sub-judice los extremos aludidos han sido respetados. En efecto, la partida de fs. 24 acredita el fallecimiento de D<sup>a</sup> P. G. Vda. de R., en su domicilio de Villa Cañás (Dpto. Gral. López). Ante el juez competente, el acree-

“dor ha citado en la forma de ley, a sus herederos, y como no “concurriera pretendiente alguno, el a quo designó defensor “al Dr. Romeo T. Bianchi. Esta equivocada denominación no “puede, a mi juicio, alterar su real función de curador, esto es, “de representante de los interesados hereditarios frente a las “pretensiones del acreedor”.

En el segundo caso (Sala 3ª de la C. de Apel. Rosario 28/11/41; J. de Sta. Fe, 20, 509), el Dr. Palacios, a quien se adhieren los Dres. Echagüe y Navarro, alude a la jurisprudencia de la Sala, que era también la de los tribunales de la provincia, en cuya virtud en el código derogado no existía disposición alguna que obligara a una de las partes a iniciar el juicio sucesorio de su contrario fallecido para establecer cuáles son sus herederos y hacer posible así la formación del pleito.

Los tribunales nacionales también han admitido demandas sin el requisito de la declaratoria de herederos. En los casos de herederos forzosos no ha existido dificultad alguna por aplicación del art. 3410, c. civil (16). Pero aun para aquellos que deben pedir la posesión de la herencia, la Cámara Civil 2ª (10/12/26; G.F., t. 66, 347), por el voto de los Dres. Loza y Senillosa, con la disidencia de Salvat, sostuvo que el artículo 3414, c. civil, no puede interpretarse en un sentido textual y sin correlacionarlo con el artículo 3314. Así es como se ha resuelto en reiterados casos que no caben las excepciones de falta de personería ni de acción por no contar con la declaratoria de herederos. Tal doctrina es la misma que exponen Fornieles y Rébora en sus obras antes citadas (17).

(16) J. de Sta. Fe, t. 13, pág. 194, voto del Dr. Leiva.

(17) C.C. 1ª, J.A., t. 6, pág. 197; C.C. 2ª, J.A., t. 11, pág. 766; C.C. 1ª de La Plata, J.A., t. 43, pág. 1260; C.C. 2ª, La Ley, t. 21, pág. 48; C.C. 1ª, G.F., t. 83, pág. 92; C.C. 1ª, G.F. 107, pág. 107; C.C. 1ª, G.F., t. 151, pág. 113, etc.

Es frecuente que los jueces en el estado de indivisión de la herencia, aún antes de dictada la declaratoria de herederos a solicitud de los propios interesados, designen administrador de los bienes hereditarios, y lo autoricen a promover y contestar demandas por la sucesión (C. civ. art. 3383 y 3451; c. de pto., ley 2924, arts. 425 y 428). El ri-

## V. BIBILONI Y EL PROYECTO DE REFORMA AL CODIGO CIVIL

Por último, conviene destacar, que tanto Bibiloni como la Comisión Reformadora, que según ya se dijo, restauran para el código civil la institución de la declaratoria de herederos, no traban innecesariamente el ejercicio de las acciones de los acreedores en los casos de fallecimiento del deudor. Mantienen el procedimiento arbitrado por los artículos 486, 3314, 3357 y 3367 del código civil y recogen las soluciones constructivas de la jurisprudencia de los tribunales.

Bibiloni, en el art. 2912, inc. 1, dispone que se dará curador a la sucesión, "cuando se solicite su nombramiento por un tercero en caso de no existir heredero aceptante, a fin de ejercer acciones contra la sucesión, o continuar los procedimientos pendientes con ésta", y en el art. 2918 permite a los acreedores, legatarios y herederos, solicitar la facción de inventario judicial pasados los nueve días de la apertura de la sucesión <sup>(18)</sup>.

El proyecto de reforma de 1936, en el artículo 1862, concordante con el autor del anteproyecto, dispone: "Hasta transcurridos nueve días desde la muerte del causante, los acreedores o legatarios no podrán intentar acción contra el heredero". Y el artículo 1907 inc. 1, establece: "El juez designará curador: Cuando, no mediando aceptación de la herencia, un tercero solicitara tal nombramiento, con el fin de ejercer acciones contra la masa, o continuar los juicios pendientes <sup>(19)</sup>."

Idénticas disposiciones contiene el proyecto de 1954 (arts. 661 y 699).

gor absoluto del art. 428 parecería oponerse hasta soluciones prácticas como ésta cuya eficacia no sería posible desconocer. Ver, LAFAILLE, *Sucesiones*, t. 1, pág. 226, N<sup>o</sup> 334.

<sup>(18)</sup> *Anteproyecto*, t. 3, págs. 346 y 352.

<sup>(19)</sup> *Reforma del C. Civil*, págs. 202, 678 y 688.

## VI. CONCLUSIONES

1. El artículo 428, c. de ptos. civiles (ley 2924), se aparta visiblemente del excelente criterio adoptado por el mismo legislador procesal de no introducir en su articulado disposiciones que por su índole pertenecen a la ley común.

2. El juego regular de los artículos 486, 3314, 3357, 3367, 3410 y 3539, c. civil, tornaba innecesaria esta formalidad requerida con carácter imperativo, la cual además de dilatoria es inconveniente para el ejercicio de los derechos de los acreedores.

3. El artículo 549, incisos 3, 5 y 7 del c. de ptos. civiles derogado de 1900, y la correlativa jurisprudencia, daban adecuada solución a las distintas situaciones que pudieran presentarse, en consonancia con la legislación de fondo.

## VII. REGIMEN ACTUAL

Los redactores de la reforma al código procesal de 1962, ley 5531, consideraron justificadas las objeciones al artículo 428 de la ley derogada n° 2924 y suprimieron la exigencia que contenía, de tal modo que ahora como en el código de 1900 puede demandarse directamente a una sucesión o continuarse contra ella un proceso, sin el impedimento criticado en el trabajo que antecede (CARLOS, Eduardo B. y ROSAS LICHTSCHEIN, Miguel Angel, *Explicación de la Reforma Procesal*, Santa Fe, 1962, pág. 244).