

PETICIÓN DE HERENCIA

Dr. Luis Ovsejevich

Enciclopedia Jurídica OMEBA

Tomo XXII - Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1964 - Páginas 306 a 323

ÍNDICE GENERAL

<i>Capítulo I. Noción general</i>	3
1. Generalidades.....	3
2. Antecedentes históricos.....	4
3. Concepto y caracteres.....	5
4. Terminología.....	6
5. Fundamento.....	7
6. Naturaleza jurídica.....	7
7. Analogías y diferencias con otras figuras jurídicas.....	9
A) Acción de reivindicación.....	9
B) Acción de partición.....	10
8. Juez competente.....	11
9. Legislación comparada.....	11
<i>Capítulo II. Ejercicio</i>	13
10. Sujeto activo.....	13
A) Quién puede ejercer la petición de herencia.....	13
B) Legitimario.....	14
C) Heredero legítimo.....	14
D) Heredero testamentario.....	14
E) Otros casos.....	15
11. Sujeto Pasivo.....	15
A) Contra quién se ejerce la petición de herencia.....	15
B) Legitimario.....	16
C) Heredero legítimo.....	17
D) Heredero testamentario.....	17
E) Otros casos.....	17
12. Exclusión del <i>por possessore</i> como sujeto pasivo.....	17
<i>Capítulo III. Efectos</i>	19
13. Interposición de la demanda. Medidas precautorias.....	19
14. Sentencia favorable. Restitución precautorias.....	20
15. I. Entre sucesor universal verdadero con el aparente.....	20
A) Buena fe.....	20
16. I. Entre sucesor universal verdadero con el aparente.....	21
B) Mala fe.....	21
17. II. Entre sucesor universal con terceros.....	23
18. Prescripción.....	23
<i>Bibliografía</i>	25

CAPÍTULO I

Noción general

1. *Generalidades.* Conforme a nuestra legislación, la transmisión sucesoria se produce en el instante mismo del fallecimiento del causante (arts. 3282 y 3415 del Código civil).

Es decir que desde ese momento sus sucesores universales son propietarios de todas los bienes que componen la herencia, aunque fueran incapaces o ignorasen que la herencia les ha sido deferida (artículo 3240) ⁽¹⁾.

Y de ese modo entran en posesión de la herencia; sin importar al presente estudio, si lo hacen de pleno derecho o por decisión judicial ⁽²⁾.

Como consecuencia de ello, quedan investidos de los derechos del difunto y sometidos a sus obligaciones, y pueden ejercer todas las acciones que le pertenecían, salvo las personalísimas ⁽³⁾; a la vez que quedan expuestos a todas las acciones con que su autor estaba amenazado. Porque, como lo dice Josserand "las acciones forman cuerpo con los derechos cuya sanción constituyen y a los cuales siguen en todos sus destinos" ⁽⁴⁾.

Pero este tipo de acciones que pertenecían al difunto, pueden llegar a resultar insuficientes, para hacer valer los derechos del sucesor universal frente a determinadas situaciones creadas por la sucesión. Por ello la legislación crea los remedios necesarios para estos casos.

Luego tenemos que a los sucesores universales por el hecho de su vocación hereditaria les corresponde dos tipos de acciones:

a) Las que pertenecían al causante y que el sucesor universal ejercita como su continuador, sustituyéndolo. Podemos denominarla individual o particular, ya que concierne a cada uno de los objetos. En este tipo de acción se discute la propiedad o posesión del difunto sobre bienes determinados.

b) Las que son propias del sucesor universal y que nacen por el hecho de la muerte del causante ⁽⁵⁾. Se las puede caracterizar como de tipo universal o indeterminado porque no recaen sobre un bien determinado sino sobre todos.

Un ejemplo aclarará la distinción: supongamos un inmueble sucesorio que es detentado por un tercero. Puede plantearse una doble posibilidad. La primera que se controvierta el derecho de propiedad; en tal caso el sucesor universal recurrirá a la acción reivindicatoria que correspondía al causante. La segunda, que tanto ese tercero, como el pretendido sucesor universal, coincidan que el inmueble forma parte de la herencia, pero que ambos se consideren herederos; en este caso no se discute sólo la calidad de propietario, sino el título de heredero; nos encontramos ya en una acción propia del sucesor universal que nace por el hecho de la muerte del causante, y que se denomina "petición de herencia".

Además de esta acción, que es consecuencia directa del fenómeno de la sucesión universal por causa de muerte, en nuestra legislación encontramos otras acciones o remedios propios del sucesor universal que le permiten defender ciertos intereses concretamente ligados a su derecho hereditario ⁽⁶⁾: aceptación de la herencia con beneficio de inventario, cesión de la herencia, y el ejercicio de las acciones de colación, partición, rescisión de la partición por ascendientes, reducción y complemento.

(1) Salvo que la renuncie en las condiciones establecidas por los artículos 3455 y siguientes del Código civil.

(2) Ver en *Enciclopedia Jurídica Omeba* la voz POSESIÓN HEREDITARIA.

(3) Puig Brutau, José, *Fundamentos de Derecho civil*, t. V, vol. I, Barcelona, 1961, pág. 344.

(4) Josserand, Luis, *Derecho civil*, t. III, vol. 2, número 1008, pág. 239.

(5) Lafaille, Héctor, *Curso de Derecho civil*. "Sucesiones", Buenos Aires, 1933, núm. 336, t. I, pág. 227; Fórmeles, Salvador, *Tratado de las sucesiones*, 4ª edición, Buenos Aires, 1958, núm. 182, t. I, pág. 259.

(6) Ver para el Derecho italiano: Messineo, Francesco, *Manual de Derecho civil y comercial*, t. VII, Buenos Aires, 1956, núm. 207, 11, pág. 451.

La presente monografía se limitará al estudio de la petición de herencia, que se distingue de las otras acciones propias del sucesor universal, porque el objeto de la misma es la restitución de los bienes que estuviese detentando otra persona, como lógica consecuencia del reconocimiento de su calidad de sucesor universal.

2. *Antecedentes históricos.* Previo al análisis de la petición de herencia en nuestro Derecho, consideramos de interés hacer una referencia al Derecho romano, en donde se elaboraron los principios que rigen esta materia, y que ha sido fuente de nuestro codificador.

Se hace necesario recordar que en ese Derecho, la herencia es la subrogación en la personalidad patrimonial del difunto ⁽⁷⁾; de este modo el heredero es propietario de las cosas corporales, acreedor de los créditos y deudor de las deudas que forman el patrimonio del causante.

Para ejercer esos derechos, disponía de los dos tipos de acciones a que nos referimos en el punto anterior. Por una parte, las que disponía el causante, de carácter singular, en las que la materia de probanza era el derecho de propiedad del difunto. Por otra parte, tenía una acción de carácter universal denominada *hereditatis petito* o *vindicatio generalis*.

Esta acción instituida en el período de las *legis actiones*, tenía por objeto que el heredero ejerciera los derechos que le correspondían y que obtuviera la adquisición efectiva del patrimonio del causante, fundado sólo en su calidad de heredero. Es decir que se la concebía como una sanción civil del Derecho hereditario para prevenir una *usucapio pro herede* ⁽⁸⁾.

La naturaleza de la acción era la de la *petitio*, en consecuencia era real, y abarcaba toda una *universitas juris*; es decir, todas las cosas y derechos, aunque el demandado poseyese sólo un objeto, o que el actor sólo heredase una cuota parte.

A pesar de su carácter real participaba de las personales, ya que no se hallaba sujeta a extinguirse por usucapión de uso o *prescriptio longi temporis*, es por ello que Diocleciano la denominó *actio mixta personalis*.

Su fin era dirimir los litigios que versaban sobre el derecho hereditario, persiguiendo el reconocimiento de la condición de heredero del demandante y como consecuencia la restitución del activo hereditario, o sea los derechos de propiedad y de créditos de la herencia al día de la apertura de la sucesión. Asimismo la restitución comprendía las cosas dependientes de la herencia, aunque sobre ellas no se tuviese el derecho de propiedad, tales como las que el difunto detentaba a título de depositario, comodatario, mandatario, etcétera.

Al titular de la acción le correspondía probar: a) el fallecimiento del causante y el grado de parentesco o la existencia de una institución testamentaria, según fuere o no la sucesión intestada; b) la lesión sufrida en su derecho que generalmente, estaba representada por la posesión de las cosas hereditarias.

La *hereditatis petitio* se daba contra el que poseía los bienes hereditarios que podía hacerlo: a) *pro herede*, es decir quién atribuyéndose la calidad de heredero se apoderaba de bienes de la herencia o se negaba a pagar lo adeudado al difunto, fundándose en esa condición; b) *pro possessore*, o sea, quien detentaba sin producir ningún título; se lo caracterizaba por la expresión *possideo quia possideo*, lo eran el ladrón y el poseedor violento ⁽⁹⁾. También por el senadoconsulto juveniano, se dio contra el que cesó de poseer por dolo, o sea para hacer más difícil la acción. Durante la tramitación del juicio, el demandado permanecía provisoriamente en posesión de los bienes hereditarios, siempre que hubiere prestado una garantía, la *cautio judicatum solvi*, de restitución o ejecución de la probable condena.

La prueba correspondía al actor, quien debía justificar su condición de heredero.

Respecto a los efectos de la petición de herencia, los mismos sufrieron una variación desde el senadoconsulto juveniano dictado durante el imperio de Adriano. Conforme al

(7) Sohm, Rodolfo, citado por Quinteros, Federico D., *Petición de herencia* Ed. Depalma, 1950, pág. 2.

(8) De Gásperi, Luis, *Tratado de Derecho hereditario*, Buenos Aires, 1953, t. II, pág. 57.

(9) Ver comentario en Babiloni, Juan Antonio, *Anteproyecto de reforma del Código civil*, edic. Gmo. Kraft Ltda., Buenos Aires, 1940, t. III, pág. 411, nota al artículo 3010. La concesión de la petición contra el *pro possessore* significaba una ventaja para el heredero, pues le compensaba el inconveniente de no suceder en los interdictos posesorios del difunto.

mismo los efectos del régimen anterior fueron atenuados en lo referente al poseedor de buena fe, en tanto que para el de mala fe se mantuvieron idénticos principios.

Corresponde así distinguir según que el poseedor fuere de buena o mala fe.

a) Si era de buena fe: debía devolver todo aquello en que se había enriquecido. Así en el supuesto de enajenación debía el precio recibido. Respecto a los frutos debía devolver los percibidos a título hereditario, pero no aquellos que hubiere consumido o que omitiese de percibir. No respondía por las pérdidas o deterioros. Debía ser indemnizado por todas las mejoras, tanto las necesarias como las útiles y aun las de mero lujo.

b) Si era de mala fe: el poseedor debía responder de toda pérdida total o parcial proviniese de su dolo o de su culpa. También respondía por todos los frutos y aun por los que hubiese dejado de percibir. Podía retener las necesarias y útiles. En el caso de enajenación de las cosas hereditarias, debía el precio cuando éste era superior a su valor actual, y el valor de aquellas cuando éste era superior al precio recibido.

3. *Concepto y caracteres.* Podemos definir la petición de herencia diciendo que es una acción real por la cual alguien que se pretende llamado a una sucesión *mortis causa* como sucesor universal, reclama la entrega total o parcial de los bienes que componen el acervo sucesorio, como consecuencia del reconocimiento de su derecho sucesorio, de aquél o aquéllos que invocando también esos mismos derechos han tomado posesión de todo o de parte de los objetos sucesorios que la componen conduciéndose como sucesores universales del causante o como causahabientes de semejantes sucesores, y también de aquél o aquellos parientes de igual grado que les rehúsan reconocerle el mismo carácter.

De esta definición extraemos los siguientes caracteres de la petición de herencia:

- a) que se trate de una sucesión *mortis causa*.
- b) Que el reclamante invoque para fundar su acción su título de sucesor universal y lo acredite⁽¹⁰⁾; sin que se requiera demostrar la aceptación previa de la herencia⁽¹¹⁾.
- c) Que los bienes que se reclaman pertenezcan al acervo sucesorio y estén en poder de terceros.
- d) Que el detentador también invoque como fundamento de su derecho el título de sucesor universal y que así se conduzca. Al decir de Puig Peña que "estén poseídos por un tercero bajo una apariencia sucesoria más o menos legítima o suficiente"⁽¹²⁾. Si adujera el de sucesor particular, o sea el derecho de propiedad sobre un bien sin pretender detentarlo en calidad de sucesor universal⁽¹³⁾ correspondería la acción de reivindicación (ver *infra* n° 7).
- e) Que el detentador se rehúse reconocerle al actor su calidad de sucesor universal de grado anterior o igual; ya que si fuere de igual grado y le admitiera esa calidad la acción que correspondería sería la de partición (ver *infra* n° 7).
- f) Que no debe demostrar el actor el hecho negativo de no haber otro u otros sucesores universales preferentes⁽¹⁴⁾.
- g) Que la petición de herencia no pertenece exclusivamente al heredero, sino al sucesor universal (ver *infra* n° 4).
- h) Que es indiferente que el actor sea sucesor universal *ab intestato*, o testamentario o incluso contractual.
- i) Que la acción es divisible, pues si hay varios sucesores universales, cada uno de ellos obra por su propia cuenta, sin representar a los demás, y la decisión dictada sólo tiene efectos respecto a él, sin beneficiar ni perjudicar a los otros interesados⁽¹⁵⁾; idéntica situación se plantea si son varios los terceros que se comportan como sucesores universales, es decir que la acción deberá ejercitarse contra cada uno de ellos individualmente⁽¹⁶⁾.
- j) Que la acción es real (ver *infra* n° 6).

(10) Puig Peña, Federico, *Tratado de Derecho civil español*, t. V, vol. II, Madrid, 1963, pág. 187.

(11) Puig Brutau, *op. cit.*, t. V, vol. I, pág. 350.

(12) Puig Peña, *op. cit.*, t. V, vol. II, pág. 188.

(13) Julliot de la Morandière, Léon, *Droit civil*, t. IV, Paris, 1965, núm. 645, pág. 326.

(14) Puig Brutau, *op. cit.*, t. V, vol. I, pág. 350.

(15) Rébora, Juan Carlos, *Derecho de las sucesiones*, 2° edic., Buenos Aires, 1952, t. I, núm. 238, pág. 379.

(16) Josserand, *op. cit.*, t. III, vol. II, núm. 1015, pág. 242.

k) Que sólo se da contra el que invoca como título de su posesión, el de sucesor universal; no así contra el que dice "poseo porque poseo" (ver *infra* n° 12).

l) Que la acción tiene una "proyección global sobre la masa sucesoria", pues aunque se trate de reclamar un bien singular que otro posee alegando que le corresponde por herencia del mismo causante ⁽¹⁷⁾, sus efectos se extienden a todo el conjunto patrimonial. En cambio en la acción reivindicatoria sólo se discute la propiedad sobre bienes singulares o concretos.

4. *Terminología.* Se acostumbra denominar a la acción que estamos estudiando indistintamente con el nombre de "petición de herencia" o "acción de petición de herencia".

La primera es la correcta, no así la segunda, porque ella es redundante.

Para demostrar ello, se hace necesario remitirse al Derecho romano, en donde durante el período del procedimiento formulario, en la parte denominada *intentio* se podían dar dos formas: a) nombrarse al demandado, y que se las llamó *in personam*, porque se dirigían contra una persona determinada; b) no nombrarse al demandado, porque lo principal era la cosa que se requería, de manos de quien la tuviera; se decía que la fórmula se daba *in rem*; "in" quería decir "contra" la cosa.

Las primeras dieron lugar en el Derecho posterior a las "acciones *in personam*" que protegen la materia obligacional.

Las otras acciones, las *in rem* protegen los derechos en las cosas, llamados con el -transcurso de los siglos, reales. Pero en el Derecho romano no se las llamaba *actio in re*, sino *in rem* o *vindicationem*. En estos casos no se utilizaba el término acción.

Esta palabra se reservaba sólo para las *in personam*. De ese modo *actio*, quería decir acción personal.

Para las reales, se decía directamente *in rem*, *vindicationem* y a veces *petitio*, que equivalía a la denominación actual de acción real.

De este modo la petición de herencia, la *petitio hereditatis*, implicaba en su propio nombre el carácter de real.

Posteriormente el término *petitio* conservó la idea de acción real, no obstante que la palabra acción se hizo comprensiva tanto de las personales como de las reales.

Así consideramos que la expresión "acción de petición de herencia" es redundante, porque el término *petitio* lleva implícito el de acción, y sería como llamarla "acción de acción de herencia" ⁽¹⁸⁾.

Tampoco nos convence por completo la denominación de "petición de herencia", ya que como veremos más adelante (ver *infra* n° 10) hay supuestos en los que el demandante es sucesor universal sin ser heredero, o sea que se reclama el acervo sucesorio y no exactamente la herencia. No obstante ello admitimos la expresión "petición de herencia" por ser la nomenclatura aceptada universalmente.

Pero al referirnos al sujeto activo de la acción, no mencionaremos al heredero sino al sucesor universal, por ser éste comprensivo de diversas figuras ⁽¹⁹⁾.

Por último queremos señalar que al aludir al sujeto pasivo de la petición de herencia, empleamos el término "detentador" y no el de "poseedor". Lo hacemos con el objeto de dejar aclarado que el sujeto pasivo que detenta el acervo sucesorio, no siempre es la misma persona que entra en posesión de la herencia sea de pleno derecho sea por decisión judicial (arts. 3411 y ss.).

En el caso que estamos estudiando el detentador o sujeto pasivo de la petición de herencia, es quien ejercita actos de heredero, que procede en dicha calidad, que de hecho se conduce como titular de la herencia ⁽²⁰⁾.

Por eso empleamos el término de "detentador" para este supuesto; y reservamos el de "poseedor" para cuando se recibe la investidura legal, lo cual carece de importancia para el

(17) Puig Peña, *op. cit.*, t. V, vol. II, pág. 197.

(18) Con argumentos parecidos coincide Lafaille, *op. cit.*, t. I, núm. 339, pág. 228.

(19) Como ya lo hemos expuesto en nuestro anterior trabajo. *Herederos y sucesores universales: "Algunas consideraciones sobre la supuesta sinonimia de los términos integrantes de dicha expresión, utilizada en los artículos 1099 y 1195 del Código civil"*, edición Bibliográfica Omeba, 1964.

(20) Lafaille, *op. cit.*, t. I, núm. 350, pág. 238.

ejercicio de la petición de herencia, ya que ésta funciona aunque, por ejemplo, no se hubiese dictado declaratoria de herederos en favor del demandado.

Nuestro legislador utiliza correctamente en los artículos 3425 y 3426 la denominación de "tenedor" equivalente a la de "detentador".

5. *Fundamento.* El fundamento de la petición de herencia es el dominio del acervo sucesorio basado exclusivamente en el título sucesorio; ya que la propiedad del causante no se discute pues va implícitamente supuesta en esta acción ⁽²¹⁾.

Si el dominio que se discute es de un bien particular, y se lo hace por motivos tales como la nulidad de una venta, incapacidad de alguna de las partes, vicio del consentimiento, etcétera, estaremos dentro del marco de la acción reivindicatoria (ver *infra*).

La petición de la herencia responde a la necesidad de proteger el Derecho sucesorio y es el medio más idóneo para obtener de modo unitario los bienes de la sucesión ⁽²²⁾.

6. *Naturaleza jurídica.* Dilucidar cuál es la naturaleza jurídica de la petición de herencia es un problema que ha atraído la atención de la doctrina, puesto que ella tiene importancia por las diversas consecuencias que se desprenden según sea la solución que se adopte. Así tendrá implicancias para resolver la competencia y la prescripción.

Entre las diversas teorías formuladas, se destacan las siguientes:

1) Real: sustentada por la mayoría de la doctrina francesa ⁽²³⁾ y argentina ⁽²⁴⁾ y a la cual nos adherimos. Se funda en que la petición de herencia no se origina en un vínculo obligacional respecto de persona determinada sino que se da contra el detentador de los objetos sucesorios quienquiera sea. Considera que la acción tiende a la restitución de esos bienes (art. 3422 del Cód. civ.) basándose en el dominio que el sucesor universal tiene sobre esas cosas.

Los derechos que sanciona son oponibles a todos, la vocación sucesoria tiene un valor absoluto y no se reduce a una relación entre dos personas determinadas ⁽²⁵⁾, ya que el derecho que protege es la vocación sucesoria, la cual no entraña vínculo alguno de obligación entre personas determinadas, sino un derecho que puede ser invocado por una persona a la vez contra cualquier otra persona, y también contra todas las personas ⁽²⁶⁾.

Conforme a este argumento se añade que la acción no es personal porque no media entre las personas ligadas entre sí una relación entre crédito y deuda ⁽²⁷⁾.

Si accesoriamente, en el supuesto de mala fe del demandado, se reclama también los frutos y la reparación de los daños (ver *infra* n° 16), este elemento personal no desnaturaliza el carácter de la principal, que sigue siendo real en cuanto a los bienes mismos que constituyen su principal objeto ⁽²⁸⁾.

Las demandas accesorias sobre restitución de frutos y daños y perjuicios son accidentales y no esenciales a la acción real ⁽²⁹⁾.

Además esa acción personal procederá en caso de que el detentador fuese de mala fe, por lo cual si el carácter personal estuviere ligado al real, debería surgir simultáneamente con éste, cuando, como se ve, puede faltar ⁽³⁰⁾.

(21) Fórnieles, *op. cit.*, t. I, núm. 185, pág. 261.

(22) Puig Brutau, *op. cit.*, t. V, vol. I, pág. 347.

(23) Aubry, C., y Rau, C., *Cours de Droit civil français*, t. VI, núm. 616; Josserand, *op. cit.*, t. III, vol. II, número 1013, pág. 241; Planiol, Marcelo, y Ripert, Jorge, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, t. IV, "Las sucesiones", con el concurso de Maury y Vialleton, La Habana, 1933, núm. 328, pág. 379. En la doctrina italiana, Messineo. *op. cit.*, t. VII, núm. 207, 3, pág. 444. Quinteros cita también en apoyo de esta teoría a Bonnacase, Riteci y Vitali.

(24) Segovia, Lisandro, *El Código civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Buenos Aires, 1881, t. II, art. 3423, nota 39, pág. 426; Machado, José Olegario, *Exposición y comentario del Código civil argentino*, Buenos Aires, 1901, tomo VIII, pág. 638; Llerena; Baldomero, *Concordancias y comentarios del Código civil argentino*, 3° edic., Buenos Aires, 1931, t. 9, pág. 258; Fornieles, *op. cit.*, t. I, número 188, pág. 263; Rébora, *op. cit.*, t. I, núm. 235, pág. 374; Arias, José, *Derecho sucesorio*, 2° edic., Buenos Aires, 1950, pág. 435; Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho civil argentino*. "Sucesiones", Buenos Aires, 1958, t. I, núm. 466, pág. 347.

(25) Josserand, *op. cit.*, t. III, vol. II, núm. 1013, página 241.

(26) Rébora, *op. cit.*, t. I, núm. 235, pág. 375.

(27) Puig Brutau, *op. cit.*, t. V, vol. I, pág. 348.

(28) Fornieles, *op. cit.*, t. I, núm. 188, pág. 264.

(29) Segovia, *op. cit.*, t. II, art. 3423, nota 39, pág. 463.

(30) Vitaili, citado por Quinteros, *op. cit.*, pág. 13.

Se agrega aún que la acción no deja de ser real por mucho que su eficacia se subordine al éxito de una acción de estado, cual es la del reconocimiento de la calidad de heredero en quien la ejerce, porque el derecho que sanciona puede oponerse a todos, *erga omnes* ⁽³¹⁾.

Se cita también en apoyo de la naturaleza real de la petición de herencia, su semejanza con la acción reivindicatoria (ver *infra* n° 7) ⁽³²⁾.

2) Personal: Según esta teoría la acción persigue el reconocimiento de la calidad de heredero. Luego ella es preliminar a la acción dirigida a la recuperación material de los bienes. Esta tesis carece en la actualidad de apoyo doctrinario o jurisprudencial ⁽³³⁾.

3) Mixta: Dentro de esta doctrina distinguiremos según que sus sostenedores la denominen o no con el nombre de mixta:

A) Mixta propiamente dicha: como su propia designación lo indica, se señala que tiene caracteres de la personal y de la real; de la primera en cuanto tiene por objeto la declaración del carácter de heredero; de la segunda porque persigue la restitución general de los bienes. Es decir que es mixta, porque contiene a la vez una demanda de reconocimiento de la calidad de heredero, en lo que ella es personal, y una reivindicación general del patrimonio, en lo que es real. Nada importaría que el patrimonio hereditario sólo comprendiese objetos incorporeales. Esta circunstancia no autorizaría a decir que ella es enteramente personal, porque los créditos no son reclamados como tales, ni contra el deudor; sino como partes de una universalidad jurídica, y la reclamación, dirigida contra el pretendido acreedor, recae más sobre su monto que sobre el derecho de invocarlo o de ejercerlo ⁽³⁴⁾.

En nuestro Derecho esta doctrina es impugnada, porque choca con la nota al artículo 4023, en la que el codificador no reconoce las acciones mixtas.

B) Conforme al mismo, y aunque dicha nota no integre el articulado legal, los autores argentinos que se inclinan por considerar a la petición de herencia como de naturaleza mixta, la denominan con otro nombre. Así tenemos:

a) Conglomerado de acciones reales y personales ⁽³⁵⁾: de las cuales la principal versa sobre el título, y la otra, la secundaria consecuencia de la primera, es la que produce el efecto económico de la restitución perseguida; o sea que es un conglomerado pues participa del carácter de acción personal mientras se justifica la vocación; y de la real cuando se reclama la entrega de los bienes.

b) Acciones principales y accesorias ⁽³⁶⁾: ya que participa de la naturaleza de las acciones personales de estado, en cuanto requiere la justificación de la calidad hereditaria y es real cuando justificada esa calidad se reclama la entrega de bienes determinados. En consecuencia comprende dos cuestiones: 1) una principal: ¿es o no es heredero el demandante?; 2) otra accesoria: ¿debe el demandado entregarle o no los bienes?

4) Depende de la composición del acervo sucesorio: así según que los objetos reclamados sean corporales, créditos o de ambas categorías, la acción será real, personal o mixta, respectivamente. Se la critica por el grave inconveniente que importa el no dar a la petición de herencia una naturaleza jurídica uniforme ⁽³⁷⁾.

5) Se la equipara dentro de las acciones reales, a la confesoria ⁽³⁸⁾.

6) Federico D. Quinteros, dentro de nuestra doctrina, 'partiendo de la base tradicional de que la clasificación de las acciones se vincula a la de los derechos que ellas protegen, reconoce la existencia de la clasificación de derechos en reales y personales, pero sólo en relación a los patrimoniales ⁽³⁹⁾. No así en lo relativo al estado civil que no encuadra en ninguna de esas categorías, destacando entre ellos a los derechos de orden sucesorio, que tienen una

(31) De Gásperi, *op. cit.*, t. II, núm. 186, págs. 66-67.

(32) En nuestra jurisprudencia le asignaron carácter de real: Cám. Civ. 2° Cap., 10-8-38, en *J. A.*, 28-123; Cám. Nac. Civ. A., 11-9-57, en *L. L.*, 90-173, y *J. A.*, 957-IV-146.

(33) Fallos de la S. C. Tucumán, 31-7-45, en *L. L.*, 41-868; S. T. Santa Fe, 12-4-46, en *L. L.*, 42-575. Ambos en forma relativa.

(34) Baudry Lacantinerie, G., y Colin, Maurice, *Traite*

(35) Lafaille, *op. cit.*, t. I, núms. 341 y sigs., pág. 229. Esta doctrina ha sido seguida por Cám. 1° Apel. Córdoba, 15-11-39, en *L. L.* 12-1018; Sup. Trib. Santa Fe, 12-4-46, en *L. L.*, 42-575.

(36) Prayones, Eduardo, *Nociones de Derecho civil*. "Derecho de sucesión", Buenos Aires, 1957, pág. 144, al que se adhirieron los fallos de la Cám. Civ. 1° Cap., 4-5-39, en *L. L.*, 14-947; 10-11-39, en *L. L.*, 16-1131; 18-6-43, en *L. L.*, 31-182; *J. A.*, 1943-11-898, y *G. F.*, 165-333.

(37) Ver Quinteros, *op. cit.*, pág. 12.

(38) Wasserzug, Horacio, "La petición de herencia en acción real", en *J. A.*, 27-781.

(39) *Op. cit.*, pág. 23

fisonomía distinta a aquella de reales y personales. Por ello si no caben dentro de esa clasificación, tampoco lo pueden dentro de la de acciones reales y personales. Considera que tanto menos se da en nuestro Derecho, porque los problemas de jurisdicción y prescripción ya están resueltos en normas expresas (3284, incs. 1º y 2º, y 3460).

De este modo Quinteros propugna la tesis de que la norma aplicable a los derechos sucesorios sea regida en el plano de la lógica formal, conforme con la Teoría Ecológica de Carlos Cossio. Según ésta, la norma es un juicio disyuntivo (para Kelsen es un juicio hipotético), cuyo contenido es la sanción de la conducta, que es su objeto como conducta, condicionada a la comisión de su transgresión. Esa norma formada por diez conceptos, está constituida de dos tramos; el primero se llama "endonorma" (Kelsen lo denomina norma secundaria), donde se conceptúa el deber jurídico; el segundo "perinorma" (Kelsen lo designa norma primaria) que es la que contiene la sanción ⁽⁴⁰⁾.

Siguiendo este esquema, es decir reduciendo a norma las disposiciones de nuestro Código civil sobre petición de herencia (artículos 3420 a 3427) Quinteros presenta la siguiente fórmula:

- 1) Dada la muerte o presunción de muerte de alguien y una relación familiar o testamentaria válida;
- 2) debe ser,
- 3) la correspondiente restitución a título hereditario de los bienes del difunto y de las cosas que detentaba con sus accesorios y mejoras,
- 4) por parte de quien los poseía y detentaba como sucesor universal exclusivo, sin vocación o con vocación, sólo concurrente, potencial o que no se debe subsistir,
- 5) en favor de quien es el titular de aquella relación familiar o testamentaria válida, o
- 6) dada la no restitución a título hereditario,
- 7) debe ser
- 8) la correspondiente restitución compulsiva a ese título,
- 9) por orden del juez competente,
- 10) frente a la acción deducida por el sujeto titular a cuyo señorío la comunidad entrega los bienes en cuestión.

Según Quinteros con este esquema queda protegido el derecho del heredero sobre la herencia, sin necesidad de recurrir a una clasificación, según él, inexacta para los derechos de orden sucesorio.

7. *Analogías y diferencias con otras figuras jurídicas.* La acción que estamos analizando guarda ciertas semejanzas con otras figuras que pueden llevar a su confusión.

Tales son las acciones de reivindicación y de la partición.

A la vez que esas analogías, un estudio más profundo de la cuestión permite precisar ciertas diferencias.

Examinaremos, a continuación, cada una de esas acciones.

A) *Acción de reivindicación:* Se asemejan en que ambas reconocen el derecho de propiedad sobre determinados bienes; y por eso decía Pothier que la petición de herencia era la reivindicación de una sucesión. Las dos tratan del derecho de propiedad y piden al que no es propietario que devuelva los bienes a quien le pertenecen. Es decir que ambas tienden a

(40) Cossio destaca los diez conceptos jurídicos fundamentales y presenta la estructura detallada de la norma jurídica en el siguiente esquema:

Endonorma	1) Dado un hecho con su determinación temporal (Ht) 2) debe ser (primera cópula imputativa) 3) la prestación (P) 4) por un sujeto obligado (Ao) 5) frente a un sujeto titular (At) 6) o (cópula disyuntiva)	Norma
Perinorma	7) Dada la transgresión (No-p) 2) debe ser (segunda cópula imputativa) 8) la sanción (S) 9) por un funcionario obligado (Fo) 10) ante la comunidad preten sora (Cp)	

obtener la entrega y restitución o devolución de los bienes, creando una obligación de entrega⁽⁴¹⁾.

Pero se diferencian en que, en la reivindicación se discute la propiedad de uno o varios objetos particulares; en tanto que en la petición de herencia se produce una proyección global sobre la masa sucesoria⁽⁴²⁾, si bien en definitiva también su fin es la entrega de los objetos que la componen.

Además en la petición de herencia el demandante no está obligado a probar el dominio del causante sobre la cosa. Se limita a demostrar su título de sucesor universal, que es la materia discutible. Es decir, que el origen de la propiedad no está en litigio; no se controvierte que el difunto fue propietario, sino quién tiene la calidad para recibir sus bienes⁽⁴³⁾.

En cambio en la acción reivindicatoria, la prueba del dominio es esencial, ya que la controversia se refiere al título, sea de dominio o sea de Derecho real susceptible de posesión o cuasi-posesión. Incluso debe evidenciar la ineficacia del título de adquisición invocado por el demandado, sea porque fue adquirido de otro que no era propietario, sea porque la transferencia estaba viciada de nulidad. Es decir que recae sobre las condiciones de adquisición de la propiedad, y debe probar los hechos. En la reivindicación el demandado alega haber adquirido los bienes sucesorios, por donación, compra o permuta del propio causante. En la petición el accionado invoca su calidad de sucesor universal y niega al mismo tiempo la del actor.

Con Puig Peña podemos decir que "en la reivindicatoria disputan un propietario no poseedor, contra un poseedor no propietario; pero como éste posee en concepto de dueño y tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título y además no está obligado a exhibirlo, resulta que tanto si se ampara en esta presunción como si alega y exhibe título, corresponderá al vindicante demostrar que él es el dueño de la cosa concreta reivindicada. En cambio en la petición de herencia como el demandado posee en concepto de heredero de un mismo causante, no surge problema alguno de propiedad propiamente dicho. El problema, pues, no gira sobre el dominio de bienes singulares, sino sobre la determinación de si el actor reúne la condición de heredero real y si el poseedor es sólo un heredero aparente"⁽⁴⁴⁾.

También difieren en nuestra legislación en lo referente a la competencia. En la petición de herencia lo es el juez del lugar del último domicilio; en tanto que en la reivindicatoria cabe distinguir: a) si tiene por objeto un bien inmueble, lo es el de la situación de la cosa litigiosa; b) si tiene por objeto un mueble, lo es el del lugar en que se hallan o el del domicilio del demandado, a elección del demandante.

Concluyendo se observa que en la petición de herencia, las dos partes se consideran con vocación sucesoria; en cambio en la reivindicatoria no ocurre así, dándose por ello- la acción contra terceros poseedores de algún bien de la herencia.

El codificador en la segunda parte de su nota al artículo 3423 también destaca la diferencia entre ambas acciones: "Hay una 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 acción de reivindicación como tenedor a título singular de los objetos hereditarios"⁽⁴⁵⁾.

B) *Acción de partición*: En este caso el demandado reconoce al actor el título de sucesor universal, limitándose la controversia a determinar qué porción corresponde a cada uno de ellos.

Es decir que la acción de partición corresponde cuando el sucesor universal solicita su parte sin discutir el título sucesorio ni el monto; y el demandado acepta esa calidad. De discutirse la misma, nos encontraríamos en el supuesto de la petición de herencia.

(41) Puis Peña, *op. cit.*, t. V, vol. II, pág. 196.

(42) Puig Peña, *op. cit.*, t. V, vol. II, pág. 197.

(43) Ripert, Georges, y Boulanger, Jean, *Tratado de Derecho civil*, t. X, vol. II, Buenos Aires, 1965, núm. 2296, pág. 61.

(44) *op. cit.*, t. V, vol. II, pág. 196.

(45) En nuestra jurisprudencia destacan las diferencias: C. N. Civ., sala E, 21-4-60, en *L. L.*, 98-308; S. T Santa re, 24-12-43, en *L. L.*, 33-402; *J. A.*, 1344-1-635.

Apreciamos de este modo que esta última equivale para la acción de partición, a una cuestión prejudicial ⁽⁴⁶⁾.

Vélez en la primera parte de la nota al artículo 3423 así también lo determina: "Cuando el título de heredero que se atribuye el demandante, es reconocido por el demandado, la acción es meramente de división y no de petición de herencia. Mas en la hipótesis contraria hay una contestación prejudicial a la acción de división y esta contestación supone que ha tenido origen en una verdadera acción de petición de herencia" ⁽⁴⁷⁾.

Es importante distinguir ambas acciones, a los efectos de la prescripción, pues en tanto la de partición es imprescriptible mientras dure la indivisión, la de petición está sujeta a las normas que estudiaremos más adelante (ver *infra* n° 18).

8. *Juez competente.* Para determinar la competencia del juez que debe intervenir en la petición de herencia, corresponde distinguir diversas situaciones:

- a) Si la sucesión está en trámite;
- b) si la sucesión ha terminado y se encuentra ya archivada;
- c) si hay un sólo sucesor universal.

Analizamos a continuación cada uno de esos supuestos:

a) Si la sucesión está en trámite, corresponde entender al juez del sucesorio ⁽⁴⁸⁾ según lo establece el artículo 3284, inciso 1°. Ésta es una prueba del carácter real de la acción. O sea que se continúa el fuero de la situación de la cosa y no el de la persona del demandado; aunque en la demanda se reclamen frutos o perjuicios, pues como lo son en carácter accesorio, siguen la jurisdicción de lo principal, que es la petición de herencia.

b) Si la sucesión ha terminado y ya se encuentra archivada, para la determinación de la competencia han surgido dudas, porque en tanto algunos autores sostienen que corresponde entender al juez de la sucesión ⁽⁴⁹⁾, otros consideran que debe serlo el que está de turno en el momento de iniciarse la demanda ⁽⁵⁰⁾.

c) Si hay un solo sucesor universal, por aplicación del artículo 3285, corresponde entender al juez del domicilio de él ⁽⁵¹⁾.

Por último señalamos que si la petición está acumulada a otra de carácter previo, como ser el reconocimiento de la filiación, la nulidad del testamento, etcétera, corresponde también entender sobre éstas, al juez del sucesorio ⁽⁵²⁾.

9. *Legislación comparada.* Un ligero análisis de la legislación comparada, nos permite observar que la petición de herencia es una acción escasamente reglamentada.

Así hay legislaciones que no se refieren a ella, como otras que lo hacen pero en forma concisa.

Es por ello que la jurisprudencia y la doctrina deben suplir esa falencia, construyendo un sistema que cubra ese vacío.

El Código francés no alude a la petición de herencia. La única referencia es el artículo 137.

El antiguo Código civil italiano tampoco la trataba. En cambio el de 1942 se refiere a ella en el artículo 533.

El Código español no la reglamenta, sólo se encuentran referencias aisladas.

El Código alemán la trata en los artículos 2018 al 2031.

El suizo del 598 al 601.

El chileno en el 1264 y siguientes.

(46) Ripert y Boulanger, *op. cit.*, t. X, vol. II, número 2297, pág. 61.

(47) Han tratado de la distinción los fallos de la C. N. Civ., sala B, 28-12-55, en *L. L.*, 87-208; C. N. Civ.; sala E; 21-4-60, en *L. L.*, 98-308; S. C. La Rioja, 19-6-50, en *J. A.*, 1951-1-274.

(48) Rébora, *op. cit.*, t. I, núm. 235, pág. 375.

(49) Borda, *op. cit.*, t. I, núm. 467, pág. 349. En la jurisprudencia, la Cám. Civil 1° Cap. ha sido constante en este sentido: 2-6-26, en *J. A.*, 20-683; 23-12-32, en *J. A.*, 45-473; 11-4-40, en *J. A.*, 1945-11-381. En cambio, la Cám. Civil 2° ha vacilado, considerando que debía intentarse ante el juez del domicilio del demandado: 8-10-30, en *G. F.*, 89-306; 25-11-35, en *L. L.*, 1-19; y que correspondía entender al del sucesorio: 4-12-22, en *J. A.*, 9-897; 23-12-32, en *J. A.*, 40-473; 14-3-38, en *J. A.*, 61-693, y *L. L.*, 9-890; 25-5-47, en *J. A.*, 1947-11-319.

(50) De Gásperi, *op. cit.*, t. II, núm. 186, pág. 67.

(51) Quinteros, *op. cit.*, pág. 82; Borda, *op. cit.*, número 467, pág. 349; Cám. Civil 1° Cap., 16-4-47, en *J. A.*, 1947-II-8.

(52) Quinteros, *op. cit.*, págs. 82 y sigs.; Borda, *op. cit.*, núm. 467, pág. 349.

El Anteproyecto de Reforma del Código civil redactado por Bibiloni ⁽⁵³⁾ la reglamenta del artículo 3008 al 3017.

El Proyecto de Reformas de 1936 ⁽⁵⁴⁾ lo hace en forma similar a Bibiloni, en sus artículos 1917 y siguientes.

En su reciente Anteproyecto de Código civil para el Paraguay, De Gásperi reglamenta la acción en los artículos 3206 al 3212 ⁽⁵⁵⁾.

(53) Bibiloni, *op. cit.*, t. III, págs. 409 y sigs.

(54) *Proyecto de reforma del Código civil*, edic. Gmo. Kraft Ltda., Buenos Aires 1964.

(55) *De Gásperi, Luis*, Anteproyecto de Código civil, Asunción, 1964.

CAPÍTULO II

Ejercicio

10. *Sujeto activo. A. Quién puede ejercer la petición de herencia*-. En términos generales se puede decir que goza de la petición de herencia toda persona que invoque un derecho mejor o igual al de la que se encuentra en posesión y goce de la herencia.

Es decir que la vocación sucesoria del accionante puede provenir tanto de la ley (ej.: heredero legítimo), como de una disposición de última voluntad (ej.: heredero testamentario).

A ellos le ha sido deferida la herencia y como efecto inmediato de ello, se produce el ejercicio de la petición sin necesidad de la aceptación de la herencia, puesto que la promoción de la acción lleva implícita la aceptación, y así queda legitimado activamente ⁽⁵⁶⁾.

Con la interposición de la petición el actor se propone excluir al detentador o compartir la herencia.

Diversas razones pueden fundarlo.

Los artículos 3422, 3423 y 3424 de nuestro Código civil establecen respectivamente: "El heredero tiene acción para que se le restituyan las cosas hereditarias, poseídas por otros como sucesores universales del difunto, o de los que tengan de ellas la posesión con los aumentos que haya tenido la herencia; y también para que se le entreguen aquellas cosas de que el difunto era mero tenedor, como depositario, comodatario, etcétera, y que no hubiese devuelto legítimamente a sus dueños". "La acción de petición de herencia se da contra un pariente del grado más remoto que ha entrado en posesión de ella por ausencia o inacción de los parientes más próximos; o bien, contra un pariente del mismo grado, que rehusa reconocerle la calidad de heredero o que pretende ser también llamado a la sucesión en concurrencia con él" y "en caso de inacción del heredero legítimo o testamentario, la acción corresponde a los parientes que se encuentran en grado sucesible, y el que la intente no puede ser repulsado por el tenedor de la herencia, porque existan otros parientes más próximos".

Del juego de estas tres disposiciones podemos extraer los tres siguientes principios generales sobre quién es el sujeto activo en la., petición de herencia:

a) Pariente del *de cujus* de vocación actual subsistente y preferente respecto a otro que se la desconoce.

b) Pariente del *de cujus* de vocación actual subsistente y concurrente respecto al coheredero que se la desconoce.

c) Si el pariente de vocación actual subsistente y preferente no hace valer su derecho ejerciendo la petición, puede hacerlo el que le sigue en grado sucesible. Esta es una característica interesante de la reglamentación que ha realizado nuestro codificador al implicar que ella no se acuerda a quien tiene mejor título, sino que corresponde a todo aquel que invoca y acredita su calidad de sucesor universal; no pudiendo el demandado oponerle excepción fundada en la existencia de otros parientes de grado más próximo ⁽⁵⁷⁾. En la doctrina francesa ante la carencia de un texto legal, la opinión no es uniforme; así hay autores que coinciden con el criterio de nuestro Código ⁽⁵⁸⁾, en tanto que otros consideran que sólo el heredero que entra de pleno derecho en posesión de la herencia, puede ejercer los derechos hereditarios y no los más lejanos en grado que no tienen ninguna calidad para obrar mientras aquél no haya renunciado ⁽⁵⁹⁾. Bibiloni en su Anteproyecto se manifiesta en contra

(56) Puis Peña, *op. cit.*, t. V, vol. II, pág. 190.

(57) Lafaille, *op. cit.*, t. I, núm. 349, pág. 237.

(58) Aubry y Rau, *op. cit.*, núm. 616.

(59) Demolombe, C., *Cours de Code Napoleon*. "Traité des successions", París, 1857, t. II, núm. 153; Hue Théophile, *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, París, 1893, t. V, núm. 31; Wahl, en Baudry y Lacantinerie, t. I, núm. 892.

de la solución del artículo 3424 del Código civil y considera que el titular de la acción debe cuidarse de hacer citar a los herederos conocidos y por publicaciones judiciales a los desconocidos, así se dará ocasión a la renuncia y si no se produce habrá aceptación pura y simple, que excluirá al heredero posterior; de ese modo propone en su artículo 3014: "El poseedor de mala fe cuando sabe, o debe saber, que existen herederos preferentes o legatarios a quienes no se ha hecho citar para que concurran a usar de sus derechos". Igual criterio mantuvo el Proyecto de Reformas de 1936.

A continuación analizaremos las hipótesis ⁽⁶⁰⁾ en las que puede darse la posibilidad de ejercitar la petición. Para ello distinguiremos según el: a) tipo de parentescos; b) tipo de vocación.

Dentro del primero cabe señalar: 1) legitimarios; 2) heredero legítimo; 3) heredero testamentario; que los representaremos por las siglas L, HL y HT respectivamente. Y dentro del tipo de vocación, si es: 1) concurrente; 2) potencial.

B) *Legitimario*: 1) L y L: legitimario de vocación concurrente con otro de igual clase, pero que se actualiza en forma excluyente por: a) indignidad (arts. 3304-6); b) desheredación (3744); c) exclusión en el caso del cónyuge (3573-5).

2) L y L: legitimario de vocación potencial frente a otro preferente (caso del ascendiente frente al descendiente), pero que se actualiza, debido a las mismas causas del supuesto anterior.

3) L y HL: legitimario frente al heredero legítimo, pues aquél tiene establecido por ley un derecho preferente.

4) L y HT: legitimario frente al instituido con preterición de aquél (3591, 3714-5).

C) *Heredero legítimo*: 1) HL y L: cuando existe un legitimario, el heredero legítimo tiene sólo vocación potencial, pero que se actualiza en el supuesto de que aquél sea: a) indigno (3304-6); b) desheredado (3744); c) excluido (3573-5).

2) HL y HL: heredero legítimo de vocación concurrente con otro de igual clase, pero que se actualiza en forma excluyente por indignidad de éste (3304, 3585 *in fine*).

3) HL y HL: heredero legítimo de vocación potencial frente a otro de grado más próximo, pero que se actualiza por indignidad de éste (3304 y 3585).

4) HL y HT: heredero legítimo de vocación potencial que se actualiza frente al instituido en testamento por: a) nulidad o revocación de éste (3824, 1050, 3830); b) incapacidad del instituido para recibir por testamento (3585, 3734, 3736, 3739-41); c) instituido que con posterioridad a la fecha del testamento se hizo indigno (3585, 3733 y 3297).

5) HL y Fisco: heredero legítimo frente al Fisco que obtuvo o la reputación o la declaración de vacancia (3544 y argumento *a contrario sensu* del 3588).

D) *Heredero testamentario*: 1) HT y L: el instituido heredero en un testamento frente al legitimario que fue desheredado por el testador (3744, 3747-8); también frente al cónyuge superviviente incurrido en causa de exclusión (3573-5).

2) HT y HL: heredero testamentario frente a heredero legítimo, pero que no es legitimario (3606).

3) HT y HT: el instituido en un testamento puede tener vocación concurrente con otro heredero testamentario, pero se puede actualizar -excluyente en caso de que el constituido: a) fuese incapaz para recibir por testamento (3734, 3736, 3739-41); b) cometiese con posterioridad al testamento hechos que lo hiciesen indigno de suceder al difunto (3291-6).

4) HT y HT: el heredero testamentario de vocación potencial frente a otro de la misma calidad pero que se actualiza porque: a) este último instituido en un testamento de fecha anterior, ha quedado revocado (3828) ; b) el instituido en un testamento que aunque posterior, es nulo (3830) o ha sido retractado por un tercer testamento confirmatorio del primero (3831) ; c) estando instituido como sustituto, el de primer término no quiere o no puede aceptar la herencia (3724).

5) HT y Fisco: heredero testamentario frente al Fisco que obtuvo o la reputación o la declaración de vacancia (3544 y argumento *a contrario sensu* del 3588).

(60) Para el estudio de las mismas hemos tenido muy en cuenta el trabajo del doctor Quinteros.

E) *Otros casos*: 1) El heredero de aquél que teniendo vocación actual y subsistente, preferente o concurrente, falleció, frente a aquellos a quienes pudo excluir su causante (3316, 3419-20).

2) El cesionario de los derechos y acciones hereditarios, frente a aquellos ante quienes pudo actuar el cedente ⁽⁶¹⁾.

3) El legatario de cuota ⁽⁶²⁾. No corresponde el ejercicio de la petición de herencia al legatario de cosa cierta, ya que para ello goza de la acción reivindicatoria.

4) El Estado, pues aunque no es heredero, sucede universalmente en caso de vacancia.

5) El acreedor de uno de los sucesores universales, por vía de acción subrogatoria, siempre que la petición de herencia no esté subordinada al ejercicio previo o concomitante de una acción personalísima, como son las de reclamación o impugnación de estado.

11. *Sujeto pasivo. A. Contra quién se ejerce la petición de herencia*: La petición de herencia se da contra aquél que negando al accionante vocación concurrente o preferente, detenta todo o parte de los bienes del acervo hereditario como sucesor universal, sin vocación o con vocación sólo concurrente o potencial, o que no debe subsistir ⁽⁶³⁾.

Es decir que será sujeto pasivo quien invoque como título de la posesión de los bienes hereditarios, el de sucesor universal (ver *infra* n° 12). Si lo hiciera fundado en otro título, correspondería la acción reivindicatoria; y si fuere de igual grado que el sujeto activo y le reconociera esa calidad cabría la acción de partición (ver *supra* n° 7).

El artículo 3423 establece el concepto de sujeto pasivo, pero el mismo debe tomárselo con ciertas reservas: "La acción de petición de herencia se da contra un pariente del grado más remoto que ha entrado en posesión de ella por ausencia o inacción de los parientes más próximos; o bien, contra un pariente del mismo grado, que rehúsa reconocerle la calidad de heredero o que pretende ser también llamado a la sucesión en concurrencia con él".

En general destacamos que la expresión "pariente" no es correcta, puesto que la acción se da no sólo contra él, sino también frente a cualquier persona que invoque el título de sucesor universal, sea o no pariente ⁽⁶⁴⁾.

El análisis del artículo puede hacerse en dos partes.

La primera se refiere al supuesto en que el sujeto activo tiene vocación sucesoria preferente frente al pasivo que se la niega. Aclaremos también que la expresión "grado más remoto" frente al "más próximo" debe interpretarse por vocación sólo potencial de un sujeto ante la vocación actual preferente de otro ⁽⁶⁵⁾, pues dos individuos pueden tener un mismo grado, pero nuestra legislación le establece un orden de preferencia; un ejemplo de ello es el hijo legítimo y el padre legítimo del causante, en que ambos son de primer grado, pero la ley establece la vocación preferente del primero sobre el segundo.

La segunda parte del artículo 3423 se presta a confusiones. Ante todo señalamos que los términos "del mismo grado" deben entenderse por "de vocación concurrente". Este inciso de la disposición legal trata del caso en que el sujeto activo tiene vocación sucesoria concurrente frente al pasivo que se la niega.

La confusión surge de la expresión "o que" exponiéndose en nuestra doctrina acerca de su interpretación, dos criterios.

Uno considera correcto los términos utilizados ⁽⁶⁶⁾, en tanto que otro piensa que no es así ⁽⁶⁷⁾, y que el empleo de los vocablos "o que" se ha debido a un error de redacción, debiendo entenderse que el codificador quiso decir "a quien".

Conforme a la primera opinión, la segunda parte del artículo 3423 comprendería dos hipótesis diferentes:

(61) De Gásperi, *op. cit.*, t. II, núm. 187, pág. 72; Rébora, *op. cit.*, t. I, núm. 236, pág. 376.

(62) Cám. Nac. Civ., sala D, 23-12-57, en L. L., 91-392, y J. A., 958-11-527.

(63) Quinteros, *op. cit.*, pág. 51.

(64) Borda, *op. cit.*, núm. 470, pág. 351.

(65) Quinteros, *op. cit.*, pág. 52.

(66) Quinteros, *op. cit.*, págs. 53 y sigs.

(67) Segovia, *op. cit.*, t. II, art. 3425, nota 49, pág. 466; Machado, *op. cit.*, t. VIII, pág. 648; Rébora, *op. cit.*, t. I, núm. 237, nota 1419, pág. 377; Borda, *op. cit.*, número 470, pág. 351; Arias, *op. cit.*, pág. 438.

a) Sujeto activo con vocación concurrente frente al pasivo que ya está gozando de ella y que se la niega.

b) Sujeto activo con vocación concurrente frente al pasivo el que todavía no está gozando de ella, sino que también la pretende en concurrencia con aquél.

En cambio los sostenedores del otro parecer, consideran que es inconcebible que se dé la acción contra quien pretende derechos sobre la herencia no estando en posesión de ella; ya que carecería de todo sentido que pidiera la herencia quien la goza ⁽⁶⁸⁾. Por ello estiman que en lugar de "o que" debe leerse "a quien" con lo cual queda perfectamente aclarado el sentido de la disposición legal. Ambas tesis se sustentan en el análisis de la fuente del artículo, que fue Aubry et Rau ⁽⁶⁹⁾.

Nosotros consideramos que la discusión carece de mayor interés en los términos planteados. Opinamos que en el artículo 3423 debe interpretarse la expresión "o que" por "a quien" para que de ese modo se clarifique la redacción del mismo.

Pero también conceptuamos que de la sistemática del Código surge que la acción se da contra cualquier persona que se conduzca y detente los bienes como sucesor universal, incluyendo el caso en que se pretende llamado a la sucesión en concurrencia con el sujeto activo.

Queremos destacar bien que en todos los casos el sujeto pasivo debe estar detentando la herencia a título de sucesor universal, porque si no sería inconcebible el ejercicio de la petición., Así emana del juego de los artículos 3422, 3423 y 3425.

Luego de este análisis podemos ya extraer los cuatro siguientes principios generales sobre quién es el sujeto pasivo en la petición de herencia:

- a) El que niega al sujeto activo su vocación preferente (art. 3423 primera parte).
- b) El que niega al sujeto activo su vocación concurrente (art. 3423 segunda parte).
- c) El que tiene vocación suficiente en lo exterior pero insuficiente en lo esencial.
- d) El que se conduzca y detente los bienes como sucesor universal, aunque no precise su vocación y siempre que se resista a reconocer la que se atribuye al sujeto activo y a permitir que éste obre como sucesor universal ⁽⁷⁰⁾ (surge de la reglamentación de la acción).

A continuación examinaremos las hipótesis ⁽⁷¹⁾ en las que los detentadores de las cosas hereditarias están obligados como sujetos pasivos de la petición de herencia, a restituir las mismas.

Para ello, al igual que como lo hemos hecho para el sujeto activo, distinguiremos según el tipo de parentesco y el de vocación.

B. *Legitimario*: 1) L y L: legitimario de vocación potencial que entró en posesión de la herencia por ausencia o inacción, del preferente, que posteriormente invoca su vocación (art. 3423, primera parte).

2) L y L: legitimario de vocación concurrente que la pretende excluyente, poseyendo los bienes a tal título, ante otro legitimario con igual vocación, que aquél desconoce (art. 3423, segunda parte).

3) L y L: legitimario que detenta los bienes invocando una vocación actual concurrente, sin tenerla, frente al que la tiene excluyente (surge del contexto legal conforme a nuestra opinión) ⁽⁷²⁾.

4) L y L: legitimario que pierde su vocación por: a) indignidad (3304-6); b) desheredación (3744); c) exclusión (3573-5); ante otro legitimario cuya vocación concurrente se actualiza excluyente.

5) L y L: igual supuesto que el anterior pero ante otro legitimario cuya vocación potencial se actualiza excluyente.

(68) Borda añade que en este caso tendría a su disposición la acción de jactancia (*op. cit.*, núm. 470, pág. 351).

(69) Que en su párrafo 616 establecían: "La petición de herencia se da contra toda persona que detenta, en calidad de sucesor universal, toda o parte de la herencia; por ejemplo, contra un pariente de un grado más remoto que ha entrado en posesión de ella en razón de la ausencia o de la inacción de los parientes más próximos, o bien contra un pariente del mismo grado que al tomar posesión exclusiva de la herencia se niega a reconocer la calidad de coheredero a quien se presente llamado a esta última en concurrencia con él".

(70) Rébora, *op. cit.*, t. I, núm. 237, 4º, pág. 378.

(71) También aquí tendremos en consideración el estudio del doctor Quinteros.

(72) Y no de la interpretación literal del "o que" del párrafo final del artículo 3423.

6) L y HL: idéntico caso al anterior puesto que el heredero legítimo tiene vocación potencial frente al legitimario.

7) L y HT: legitimario que fue desheredado por el testador ante el heredero instituido (3744, 3747-8); y también el cónyuge supérstite incurso en causa de exclusión frente al heredero testamentario (3573-5).

C. *Heredero legítimo*: 1) HL y L: el heredero legítimo, que detenta los bienes, invocando una vocación actual concurrente, sin tenerla, frente al legitimario que la tiene excluyente (surge del contexto legal según nuestra opinión) ⁽⁷³⁾.

2) HL y HL: heredero legítimo con vocación concurrente que no subsiste por indignidad, frente a otro heredero legítimo cuya vocación concurrente se actualiza excluyente por esa circunstancia (3304-6, 3585 *in fine*).

3) HL y HL: heredero legítimo con vocación excluyente que no subsiste por indignidad, frente a otro heredero legítimo cuya vocación sólo potencial se actualiza excluyente por esa circunstancia (3304-6, 3585).

4) HL y HT: heredero legítimo, pero que no es legitimario, ante el instituido en un testamento (3606).

D. *Heredero testamentario*: 1) HT y L: heredero instituido con preterición de un legitimario, ante éste (3591, 3714-5).

2) HT y HL: heredero testamentario frente al heredero legítimo de vocación potencial que se actualiza por las siguientes circunstancias: a) nulidad o revocación del testamento (3824, 1050 y 3830); b) incapacidad del instituido para recibir por testamento (3585, 3734, 3736, 3739-41); c) instituido que con posterioridad a la fecha del testamento se hizo indigno (3585, 3733 y 3297).

3) HTyHT: heredero testamentario frente a otro de la misma calidad cuya vocación se actualiza excluyente porque: a) el testamento en que se lo instituyó a aquél ha quedado revocado por otro de fecha posterior en que se ha instituido a éste (3828); b) aunque se lo instituyó en un testamento de fecha posterior, el mismo ha sido declarado nulo (3830) o ha sido retractado por un tercer testamento confirmatorio del primero (3831); c) ha sido instituido como sustituto, y el de primer término no quiere o no puede aceptar la herencia (3724).

4) HT y HT: heredero testamentario de vocación concurrente con otro instituido pero que se actualiza excluyente a favor de éste porque aquél: a) es incapaz para recibir por testamento (3734, 3736, 3739-41); b) cometió con posterioridad al testamento hechos que lo hiciesen indigno de suceder al difunto (3291-6).

E. *Otros casos*: 1) El heredero de todo sujeto pasivo, ante aquellos que pudieron actuar contra el causante, excepto los casos de indignidad (3301) y desheredación (3749).

2) El cesionario de los derechos y acciones hereditarios, frente a quienes tienen vocación preferente a la del cedente ⁽⁷⁴⁾.

3) El Estado (fisco) ante el pariente del causante en grado sucesible, o ante el instituido cuando tienen vocación actual y subsistente.

12. *Exclusión del "pro possessore" como sujeto pasivo*. Una cuestión interesante para resolver es la de determinar si la petición de herencia se da sólo contra quien detenta los bienes del acervo hereditario invocando un título sucesorio (*pro herede*), o si también comprende al que no recurre a esa calidad y que al ser interrogado sobre su título responde "poseo porque poseo", es decir el simple poseedor (*pro possessore*).

Como ya hemos visto (*supra* n° 2) en el Derecho romano se concedía la petición contra ambos.

En nuestro Derecho, el artículo 3422 se ocupa del problema pero lo hace de una manera confusa, que ha dado sustento a ambas opiniones.

Estatuye dicha disposición legal: "El heredero tiene acción para que se le restituyan las cosas hereditarias, poseídas por otros como sucesores universales del difunto, o de los que

(73) Igual que la nota anterior.

(74) Cám. Civ. 1° Cap., 1-12-47, en L. L., 49-933; J. A., 948-1-121; G. F., 193-145.

tengan de ellas la posesión con los aumentos que haya tenido la herencia; y también para que se le entreguen aquellas cosas de que el difunto era mero tenedor", como depositario, comodatario, etcétera, y que no hubiese devuelto legítimamente a sus dueños.

El término "ellas" de esa norma, es precisamente el factor de la polémica.

Según una parte de nuestra doctrina la redacción del artículo es precisa, quedando luego comprendidos como sujetos pasivos de la petición de herencia, los detentadores de los bienes hereditarios que no invocaren un título sucesorio ⁽⁷⁵⁾.

En cambio según otros autores ⁽⁷⁶⁾, opinión que compartimos, esa interpretación literal produce una solución injusta, debiéndose a un error de redacción. De este modo consideran que donde la disposición legal dice "ellas" debe leerse "ellos", aclarándose así que se refiere a las personas que reciben la posesión de los sucesores universales.

Se argumenta en apoyo de la primera teoría que la situación del simple poseedor no debe tener una mayor protección que la que tiene el que invoca un título sucesorio; y que además "por su impudicia debe ser tratado sin consideración, y por ello se concede al actor la ventaja de probar sólo su condición de heredero, como lo debe hacer cuando se discute su carácter de tal"⁽⁷⁷⁾. Es decir que producida la muerte se dispensa al sucesor universal de la prueba a la que estaría obligado su autor. Con esta interpretación se persigue colocar al *pro possessore* en una situación muy desfavorable, debido a su censurable conducta.

Por su parte, los que consideran que el simple tenedor no puede ser sujeto pasivo de la petición, se fundan en que de la sistemática de la institución surge que sólo se da contra quien invoca el título de sucesor universal. Asimismo se conforma con la fuente de nuestro artículo, que fueron Aubry y Rau y el Código civil chileno en su artículo 1264 ⁽⁷⁸⁾. Incluso en el artículo 3423 la expresión "pariente" al aludir a la vocación sucesoria, implica una limitación respecto a quiénes pueden ser sujetos pasivos de la petición. Otro argumento en favor de esta tesis consiste en que el *pro possessore* no representa ningún obstáculo para la vocación del sucesor universal y es posible que aun la admita ⁽⁷⁹⁾; retiene los bienes sin necesidad de probar su posesión y sólo trata de conservarlos; luego se hace ilógico que sea sujeto pasivo de la petición de herencia, quien no alega ningún título sucesorio. La acción que corresponde ejercer frente al *pro possessore* es la de reivindicación.

Además, conforme a la primera teoría podría suceder la siguiente paradoja: si el simple tenedor alegare un título concreto (compra, donación, prescripción) correspondería la acción reivindicatoria; en cambio si dijere poseo porque poseo (art. 2363) procedería la petición de herencia. Esto demuestra lo injustificado de esta tesis, que permitiría al *pro possessore* decidir qué tipo de acción le deberá ser promovida ⁽⁸⁰⁾.

Es decir que no corresponde el ejercicio de la petición de herencia contra quien no invoca un título sucesorio.

No obstante ello si el *pro possessore* niega al sucesor universal su carácter de tal y en base a esa negativa procura conservarse en el goce de la posesión, procederá la petición de herencia, pues ha cuestionado el título, y es ésta justamente la vía para demostrarlo ⁽⁸¹⁾.

(75) Fórnieles, *op. cit.*, t. I, núm. 187; Spota, prefacio a *Petición de Herencia*, de Quinteros, pág. 11; Biliboni, en la nota al artículo 3010 del *Anteproyecto*. Quinteros trata de demostrar, *op. cit.*, pág. 64, nota 98, que Rébora comparte este criterio.

(76) Quinteros, *op. cit.*, págs. 65 y sigs.; Lafaille, *op. cit.*, t. I, núm. 346, pág. 233; Segovia, *op. cit.*, t. II, artículo 3424, nota 44, pág. 465; Machado, *op. cit.*, t. VIII, pág. 644; Borda, *op. cit.*, núm. 473, pág. 353.

(77) Quinteros, *op. cit.*, pág. 61.

(78) El párrafo 616 de Aubry y Rau determina que "la petición de herencia es una acción real por la que una persona que se pretende llamada a una herencia reclama de aquel o aquellos que han tomado posesión, obrando como sucesores universales del difunto o como causa- habientes de tales sucesores, la restitución de todo o parte de los objetos que componen esa herencia". El artículo 1264 del Código civil chileno dispone: "El que probare su derecho a una herencia ocupada por otra persona en calidad de heredero tendrá acción para que se le adjudique la herencia y se le restituyan las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales, y aun aquellas de que el difunto era mero tenedor como depositario, comodatario, prendario, arrendatario, etcétera, y que no hubiera devuelto legítimamente a su dueño".

(79) Borda, *op. cit.*, núm. 472, pág. 353.

(80) Lafaille, *op. cit.*, t. I, núm. 346, pág. 234.

(81) Borda, *op. cit.*, núm. 472, pág. 353.

CAPÍTULO III

Efectos

13. *Interposición de la demanda. Medidas precautorias.* Se plantea el problema de saber si el accionante, conjuntamente con la interposición de la petición de herencia, puede solicitar para garantizar sus derechos, que se dicten medidas precautorias.

El Código civil no ha previsto el supuesto, ya que dichas medidas en nuestra legislación son previstas y reglamentadas por los Códigos de procedimientos ⁽⁸²⁾.

Dentro de la ley de forma civil y comercial de la Capital Federal, no ha sido prevista la medida precautoria para el caso de la petición de herencia ⁽⁸³⁾.

Sin embargo, la jurisprudencia analógicamente ha aplicado el artículo 447 que autoriza el embargo preventivo tratándose de la acción reivindicatoria ⁽⁸⁴⁾.

Indudablemente la solución es correcta, dada la similitud de efectos entre ambas acciones y por el peligro de que el accionado pueda hacer desaparecer los bienes cuya restitución se reclama.

Si bien el criterio de nuestra jurisprudencia es muy amplio, ya que no se trata del cobro de un crédito, circunstancia que permitiría su documentación, para que prospere la solicitud de la medida debe surgir la verosimilitud de la acción de los antecedentes o documentos en que se funde.

Los fallos han establecido que no basta la mera interposición de la acción, cualesquiera que sean sus fundamentos, para que correspondan las medidas precautorias; se requiere para ello una semiplena prueba en cuanto a la existencia del derecho que se trata de amparar ⁽⁸⁵⁾.

Si el embargo preventivo no llegare a bastar para garantizar la acción, el demandante podrá solicitar la inhibición general de bienes.

Incluso el actor goza del derecho de pedir la anotación de la litis (art. 247 de la ley 1893).

Destacamos que el embargo impide la disposición de los bienes pero no la continuación de los trámites de la sucesión, pudiéndose incluso llegar a la cuenta particionaria y adjudicación a cada uno de los sucesores universales ⁽⁸⁶⁾.

En el supuesto de que al actor no le corresponda el total del acervo sucesorio sino una porción limitada, a ésta también estará sujeta la medida precautoria.

Pero se suscitarán inconvenientes cuando la herencia la integre un solo bien que sea inmueble. En este supuesto, no obstante la limitada fracción del demandante, habrá que admitir el embargo sobre el todo, pero el juez podría autorizar al accionado que a los efectos de la medida precautoria dé bienes propios suficientes para cubrir la porción reclamada en la demanda ⁽⁸⁷⁾.

Otra cuestión que se plantea es la de saber si el embargo debe hacerse extensivo hasta cubrir los frutos. Nuestra doctrina sostiene que debe incluirse, con el objeto de prever la

(82) En cambio, el Código civil suizo estatuye expresamente en el párrafo segundo del artículo 598 que el juez dicta, a solicitud del demandante, las medidas necesarias para garantizar la eventual ejecución de la sentencia en caso de triunfo, las que consisten, entre otras, en seguridades o en la autorización de hacer una anotación en el registro de la propiedad.

(83) Ver Díaz de Guijarro, Enrique, "El embargo preventivo en la acción de petición de herencia", en *J. A.*, t. 74-619.

(84) *Cám. Civ. 1º Cap.*, 13-10-32; *J. A.*, 39-732; 10-10-38, *J. A.*, 54-114; *Cám. Civ. 2º Cap.*, 15-9-39; *J. A.*, 34-177; 7-4-33, *J. A.*, 41-758; 9-5-47, *J. A.*, 1947-II-298.

(85) *Cám. Civ. 1º Cap.*, 22-4-41; *J. A.*, 74-19, 18-4-47, *J. A.*, 1947-II-479; *Cám. Civ. 2º Cap.*, 26-5-26; *J. A.*, 20-357; 2-8-43, *J. A.*, 1943-III-364; 4-9-50, *G. F.*, 200-312.

(86) Fornieles, *op. cit.*, t. I, núm. 196, pág. 268.

(87) Borda, *op. cit.*, núm. 474, pág. 355.

comprobación de la mala fe por parte del detentador ⁽⁸⁸⁾. En cambio nuestra jurisprudencia es vacilante sobre la materia ⁽⁸⁹⁾.

14. *Sentencia favorable. Restitución de los bienes sucesorios.* Una vez que el juez resuelve la controversia dictando sentencia favorable al actor, se producen los efectos de la petición de herencia.

El principal es el que establece el artículo 3425: "El tenedor de la herencia debe entregarla al heredero con todos los objetos hereditarios que estén en su poder y con las accesiones y mejoras que ellos hubiesen recibido, aunque sean por el hecho del poseedor".

El mismo debe ser completado con la segunda parte del artículo 3422: "El heredero tiene acción para que se restituyan las cosas hereditarias con los aumentos que haya tenido la herencia; y también para que se le entreguen aquellas cosas de que el difunto era mero tenedor como depositario, comodatario, etcétera, y que no hubiese devuelto legítimamente a sus dueños".

Es decir que al sujeto activo le deben ser restituidas todas las cosas que el causante poseía a título de dueño ⁽⁹⁰⁾, como las que detentaba en cualquier otro carácter, tales como simple poseedor, depositario, comodatario, acreedor prendario, etcétera.

Esto último porque el deber de restituir que pesaba sobre el difunto pasa a sus sucesores universales, y para poder cumplirlo necesitan recuperar los bienes. De este modo el detentador debe entregarlos a fin de que aquéllos llenen los compromisos contractuales que tomó a su cargo el *de cuius* ⁽⁹¹⁾

Para el estudio de los efectos corresponde distinguir las relaciones entre el sucesor universal verdadero con el aparente, y el de aquél con los terceros; y dentro de las primeras según que el sucesor aparente haya sido de buena o mala fe; ya que en nuestro Derecho las consecuencias difieren en cada uno de estos casos.

A continuación analizaremos estos tres supuestos:

I. Entre sucesor universal verdadero con el aparente. A) Buena fe de éste.

II. Entre sucesor universal verdadero con el aparente. B) Mala fe de éste.

III. Entre sucesor universal con terceros.

15. I. *Entre sucesor universal verdadero con el aparente. A) Buena fe.* Ante todo corresponde determinar el concepto de buena fe.

Respecto al régimen de la posesión en general, el artículo 2356 dispone: "La posesión es de buena fe, cuando el poseedor, por ignorancia o error de hecho, se persuadiere de su legitimidad"; el que es complementado por el 4007 que establece: "La ignorancia del poseedor, fundada sobre un error de hecho, es excusable; pero no lo es la fundada en un error de derecho". Es decir que queda expresamente excluido el error de derecho como posibilidad de calificar la buena fe en la posesión en general.

Pero nuestro codificador modifica dicho criterio, al reglamentar el régimen de la posesión de la herencia, al disponer el artículo 3428: "El poseedor de la herencia es de buena fe cuando por error de hecho o de derecho se cree legítimo propietario de la sucesión cuya posesión tiene. Los parientes más lejanos que toman posesión de la herencia por la inacción de un pariente más próximo, no son de mala fe, por tener conocimiento de que la sucesión está deferida a este último..." O sea que aquí el Código imputa de buena fe al poseedor aunque medie un error de derecho ⁽⁹²⁾ fundándose tanto en la necesidad de evitar que los intereses estén abandonados, como también porque la inacción del pariente más próximo puede obedecer a justos móviles, y asimismo por la eventualidad del llamamiento a la herencia del pariente más remoto ⁽⁹³⁾.

(88) Díaz de Guíjarro, *op. cit.*, pág. 619; Quinteros, *op. cit.*, pág. 117; Borda, *op. cit.* núm. 474, pág. 356.

(89) Lo Incluyeron: Cám. Civ. 1º Cap., 23-7-41; J. A., 75-524; Sup. Trib. Santa Fe, L. L., 9-471, núm. 17; Cám. Civ., 2º Cap., 10-8-28; J. A., 28-123, y G. F., 76-98; Cám. Civ. 19 Cap., 10-10-38; J. A., 64-114. Decretaron la inembargabilidad: Cám. Civ. 2º Cap, 7-9-34; J. A., 47-957; 15-4-47; J. A., 1947-II-61; 2-10-41, L. L., 24-378; Cám. Civ. 1º Cap., 5-12-40; J. A., 72-882; 5-4-40, L. L., 18-404.

(90) La restitución puede ser total o parcial, según • que la vocación del sujeto activo sea preferente o concurrente.

(91) Laíaille, *op. cit.*, t. I, núm. 347, pág. 23.

(92) Otras hipótesis de excusabilidad del error de derecho que implican excepción al artículo 20 del Código civil son la repetición de pago de lo indebido (784) y la transacción (858).

(93) Segovia, *op. cit.*, t. II, art. 3430, nota 58, pág. 467.

El error debe ser excusable; y debe aplicarse en el supuesto que 'estamos analizando, el artículo 929 pese a que se refiere sólo al error como vicio de los actos jurídicos. Esta condición es importante para la determinación del error de derecho, pues para que sea excusable y que al poseedor se lo considere de buena fe, debió mediar una creencia razonable de tener para sí un título idóneo de heredero ⁽⁹⁴⁾.

Como ejemplo podemos señalar el caso de quien tenía para sí un testamento que ha resultado después o expresamente revocado o incompatible con otro que ha aparecido con posterioridad o inválido, sin que el poseedor tuviese conocimiento de la causal; el del pariente del *de cujus* que tomó posesión de la herencia, ignorando la existencia de otros de grado más próximo o de un testamento que instituyó heredero.

En cambio no sería excusable el error de derecho que adujere un hermano del causante que se considerare con mejores derechos que un descendiente de éste.

La buena fe se presume, basta con la existencia del título. El que alega la mala fe debe probar que el poseedor conocía que su título estaba viciado ⁽⁹⁵⁾.

Consecuencias de la buena fe. Los efectos de la petición de herencia difieren según que el sujeto pasivo haya obrado con buena o mala fe; en ambos casos se aplican los principios generales que rigen para la posesión de buena o mala fe.

Regulan específicamente las consecuencias de la buena fe para la petición de herencia, los artículos 3426, primera parte, y 3427; que complementados con los de la posesión en general, nos permiten señalar los siguientes efectos:

a) *Frutos:* hace suyos los frutos percibidos (2423), no así los pendientes (2426). Si el poseedor de buena fe ha sido condenado por sentencia a restituir la cosa, es responsable de los frutos percibidos desde el día en que se le hizo saber la demanda, y de los que por su negligencia hubiese dejado de percibir; pero no de los que el demandante hubiera podido percibir (2433).

b) *Productos:* aunque el poseedor sea de buena fe debe restituir los productos que hubiere obtenido de la cosa, porque ellos no entran en la clase de frutos propiamente dichos (2444).

c) *Gastos o expensas,* le deben ser pagados los gastos necesarios o útiles (2427), que no pueden ser compensados con los frutos percibidos por el poseedor de buena fe (2429). El poseedor de buena fe puede retener la cosa hasta ser pagado de los gastos necesarios o útiles; pero aunque no usare de este derecho y entregase la cosa, dichos pagos le son debidos (2428). Los gastos hechos para la simple conservación de la cosa en buen estado, son compensables con los frutos percibidos y no puede cobrarlos (2430).

d) *Pérdida o deterioro:* "El tenedor de buena fe de la herencia 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" (3426 primera parte, que es similar al 2431). Pero si la cosa hubiere sido destruida por el hecho del tenedor, en el tiempo que transcurrió entre la notificación de la demanda hasta la sentencia que le hizo lugar, sería responsable, ya que el artículo 2433 *in fine*, sólo le exime de la pérdida o deterioro de la cosa, causados por caso fortuito ⁽⁹⁶⁾.

e) *Enajenación:* si el tenedor de buena fe de la herencia hubiere vendido una cosa, deberá restituir su precio, con sus intereses ⁽⁹⁷⁾.

16. I. *Entre sucesor universal verdadero con el aparente.* B) *Mala fe.* La última parte del artículo 3428 determina el concepto de la mala fe en lo referente a la posesión de herencia: "Los parientes más lejanos que toman posesión de la herencia por la inacción de un pariente más próximo, no son de mala fe, por tener conocimiento de que la sucesión está deferida a este último. Pero son de mala fe, cuando conociendo la existencia del pariente más próximo, saben que no se ha presentado a recoger la sucesión porque ignoraba que le fuese deferida".

Es muy importante esta disposición, porque en perfecta coherencia con el artículo 3423 restringe en cierto modo el concepto de la mala fe, ya que además de saber la existencia de

(94) Messineo, *op. cit.*, t. VII, núm. 207, 8, pág. 447.

(95) Borda, *op. cit.*, núm. 477, pág. 358.

(96) Quinteros, *op. cit.*, pág. 99.

(97) Fornieles, *op. cit.*, t. I, núm. 193, pág. 267.

otro sucesor universal, es menester que se sepa de su ignorancia de que la sucesión le ha sido deferida.

O sea que el sujeto pasivo tendrá mala fe cuando conoce que el sujeto activo "no se ha presentado a recoger la sucesión, no por espontánea determinación, sino porque ignoraba que la sucesión le fue deferida, y porque esa ignorancia, al ser un vicio de la voluntad (arts. 897 y 922, Cód. civil), excluye la conducta voluntaria de no presentarse" (98).

Y así, aunque el Código se refiere a la ignorancia, nuestra doctrina la entiende por la "no presentación por una conducta que deja de .ser voluntaria" por la existencia de los "Tocios de error, dolo o violencia" (99).

El propósito de la ley es que los bienes permanezcan productivos. Por ello es que el mero conocimiento de la existencia de un sucesor universal con vocación concurrente o preferente, no produce la mala fe, si éste permanece inactivo sabiendo que la sucesión le ha sido deferida.

Pero si ignora este hecho, que sí es conocido por el pretendiente a la herencia, lo que corresponde es que se lo haga saber; y si a pesar de esta notificación se mantiene inactivo, podrá tomar la sucesión sin que su conducta sea calificada de mala fe.

Esa citación debe ser personal, sin ser necesario que sea judicial. Lo que debe probar el tenedor es que ha puesto verdaderamente en conocimiento del sujeto activo la apertura de la sucesión. Debido a ello es que se considera ineficaz la publicación de edictos (100).

De cualquier manera, la promoción de la demanda de petición de herencia, por parte del sujeto activo, hace cesar la buena fe (101). No obstante ello, si el sujeto pasivo es el Fisco que había reclamado una presunta herencia vacante, no corresponde considerarlo de mala fe (102).

Para la notificación del sucesor universal con vocación preferente o concurrente que está ausente, debe distinguirse según se sepa o no su paradero. En el primer caso se le cita al domicilio conocido; en cambio en el supuesto de desconocerse su paradero, debe nombrársele un curador a los bienes, como lo establece el artículo 14 y siguientes de la ley 14.394; si el sujeto pasivo ha omitido pedir la designación del curador, será un detentador de mala fe, pues el sucesor universal verdadero no se presentó por ignorar la apertura de la sucesión (103).

Consecuencias de la mala fe. Son específicamente reguladas por los artículos 3426 segunda parte y 3427, los cuales deben ser complementados por las disposiciones de la posesión en general. Las consecuencias de la mala fe son:

a) *Frutos:* debe entregar o pagar los frutos de la cosa que hubiese percibido y los que por su culpa hubiera dejado de percibir (2438) o de producir (2439).

b) *Productos:* debe restituir los productos que hubiere obtenido de la cosa (2444).

c) *Gastos o expensas:* tiene derecho a ser indemnizado de los gastos necesarios hechos en la cosa, y puede retenerla hasta ser pagado de ellos (2440) y ese derecho subsiste aunque las mejoras hayan desaparecido sin culpa del poseedor, siempre que subsista la cosa, ya que también el sujeto activo habría tenido que realizarlas para que la cosa no pereciera. En cambio las mejoras útiles sólo pueden repetirse si han aumentado el valor de la cosa hasta la concurrencia del mayor valor existente; y estas mejoras son compensables con los frutos percibidos o que hubiere podido percibir (2441). Pierde las mejoras voluntarias, pero puede llevarlas, si al hacerlo no causase perjuicio a la cosa (2441).

b) *Pérdida o deterioro:* "El tenedor de mala fe está obligado a reparar todo daño que se hubiere causado por su hecho. Está también obligado a responder de la pérdida o deterioro de los objetos hereditarios ocurrido por caso fortuito, a no ser que la pérdida o deterioro hubiese igualmente tenido lugar si esos objetos se hubieran encontrado en poder del heredero" (3426 segunda parte, que es similar al 2435).

e) *Enajenación:* si el tenedor de mala fe de la herencia hubiere vendido una cosa y se prueba que ella valía más, debe pagar como indemnización el verdadero precio, según dictamen de peritos.

(98) Quinteros, *op. cit.*, pág. 93.

(99) Quinteros, *op. cit.*, pág. 94; Borda, *op. cit.*, número 476, pág. 358.

(100) Borda, *op. cit.*, núm. 476, pág. 358.

(101) Cám. Civ. 2º Cap., 4-5-18; *J. A.*, 1-684; Cám. Nac. Civ., sala E, 7-II-61; *E. D.*, H-811.

(102) Cám. Civ. 2º Cap., 18-2-38; *J. A.*, 61-460.

(103) Borda, *op. cit.*, núm. 476, pág. 358.

17. II. *Entre sucesor universal con terceros.* Omitiremos referirnos en este trabajo a los efectos que surgen de la relación entre el sucesor universal verdadero con los terceros, por corresponder su estudio a la figura del heredero o sucesor aparente. (Ver en esta Enciclopedia la voz SUCESOR APARENTE.)

18. *Prescripción.* Nuestro Código no se refiere en ninguna disposición a la prescripción de la petición de herencia.

Es por ello que nuestra doctrina se ha preguntado si ella es adquisitiva o liberatoria.

La resolución de este problema se vincula con la interpretación del artículo 3313 que establece: "El derecho de elegir entre la aceptación y renuncia de la herencia se pierde por el transcurso de veinte años, desde que la sucesión se abrió".

Diversos criterios se han vertido sobre su alcance ⁽¹⁰⁴⁾. Nosotros coincidimos con la tesis que considera que si nadie ha poseído los bienes a título de sucesor universal, el mero transcurso de los veinte años importa aceptación; pero si un tercero los ha estado poseyendo a ese título, el vencimiento del plazo implica renuncia ⁽¹⁰⁵⁾.

Como consecuencia de ello el régimen de la prescripción en materia de petición de herencia se torna complejo y para su estudio distinguiremos los siguientes supuestos:

A) No ha transcurrido el plazo de 20 años, y ya alguien posee la herencia a título de sucesor universal. La petición no estará prescripta, salvo que el detentador sea un -indigno, caso en el cual la acción prescribirá, a los tres años, ya que pasado este término la indignidad queda purgada (artículo 3298). Los tres años se computan de acuerdo a los artículos 3410 a 3412.

B) Han transcurrido los 20 años sin que el sujeto pretensor haya aceptado la herencia. Es necesario separar las hipótesis siguientes:

1) que nadie haya poseído la herencia, entonces se lo considera aceptante.

2) que haya otros sucesores universales aceptantes, pudiendo plantearse varios casos:

a) que el accionado sea sucesor de vocación potencial o concurrente y que le desconozca su calidad al pretensor; éste deberá luego promover la petición y ante esta circunstancia rige la interpretación del artículo 3313, es decir la prescripción ya se habrá operado por el mero transcurso de los 20 años; será liberatoria.

b) que el accionado que es de vocación concurrente no desconozca la calidad del pretensor; corresponderá el ejercicio de la acción de partición, rigiendo el artículo 3460 con la distinción según exista o no indivisión. En el primer caso la acción será imprescriptible, en tanto que de haber cesado la indivisión, la prescripción tendrá lugar a los treinta años de comenzada la posesión.

3) que haya otros detentadores de la herencia, que sin serlo pasean a título de sucesores universales; por ejemplo un heredero instituido en un testamento nulo o revocado; en este supuesto como no son sucesores universales, el sujeto pretensor debe ser reputado como aceptante. Contra la petición que se dedujera aún después de veinte años desde la apertura de la sucesión, los poseedores sólo podrán oponer la prescripción adquisitiva, si poseyeran durante treinta años las cosas inmuebles que componían la herencia (art. 4015) ⁽¹⁰⁶⁾.

4) que la sucesión haya sido declarada vacante. Como el Fisco no es heredero, debe reputarse aceptante al sucesible después de veinte años; en consecuencia el Fisco sólo adquiere los bienes por prescripción adquisitiva de treinta años desde la declaración de vacancia ⁽¹⁰⁷⁾.

C) Durante el transcurso de los 20 años el sucesible ha aceptado expresa o tácita-- mente la herencia; iniciando luego la petición de herencia contra otros sucesores universales de vocación concurrente o potencial; éstos sólo podrán oponer la prescripción adquisitiva de treinta años. Destacamos que si se dirige contra los de vocación concurrente, el plazo se computa desde la intervención del título ⁽¹⁰⁸⁾.

(104) Segovia, Llerena, Machado, Prayones, Lafaille, Rébora, Arias, Fornieles, Quinteros, Borda.

(105) Borda, *op. cit.*, núm. 479, pág. 360.

(106) Quinteros, *op. cit.*, pág. 152.

(107) Quinteros, *op. cit.*, pág. 153; Borda, *op. cit.*, número 481, pág. 361.

(108) Quinteros, *op. cit.*, pág. 153; Borda, *op. cit.*, número 482, pág. 361.

Por último, señalamos que todos estos términos quedan suspendidos si existen menores interesados (art. 3966).

JURISPRUDENCIA

La citada en el texto y notas.

BIBLIOGRAFÍA

Argentina:

- Arias, José, *Derecho sucesorio*, 2º edición, Buenos Aires, 1950.
- Bibiloni, Juan Antonio, *Anteproyecto de reforma del Código civil*, edición Gmo. Kraft Ltda., Buenos Aires, 1940, t. III.
- Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho civil argentino*. "Sucesiones", Buenos Aires, 1958, t. I.
- De Gasperi, Luis, *Tratado de Derecho hereditario*, Buenos Aires, 1953, t. II.
- De Gasperi, Luis, *Anteproyecto de Código civil para el Paraguay*, Asunción, 1964.
- Díaz de Guijarro, Enrique, "El embargo preventivo en la acción de petición de herencia", en *Jurisprudencia Argentina*, t. 74, pág. 619.
- Fornieles, Salvador, *Tratado de las sucesiones*, 4º edición, Buenos Aires, 1958, t. I.
- Lafaille, Héctor, *Curso de Derecho civil*. "Sucesiones", Buenos Aires, 1933, t. I.
- Llerena, Baldomero, *Concordancias y comentarios del Código civil argentino*, 3º edición, Buenos Aires, 1931, t. 9.
- Machado, José Olegario, *Exposición y comentario del Código civil argentino*, Buenos Aires 1901, t. VIII.
- Ossorio y Florit, Manuel, y Goldstein, Mateo, *Código civil y leyes complementarias. Anotados y comentados*, Buenos Aires, 1963.
- Prayones, Eduardo, *Nociones de Derecho civil*. "Derecho de sucesión", Buenos Aires, 1957.
- Proyecto de reforma del Código civil*, edición Gmo. Kraft Ltda., Buenos Aires, 1936.
- Quinteros, Federico D-, *Petición de herencia*, Ed. Depalma, 1950.
- Rébora, Juan Carlos, *Derecho de las sucesiones*, 2º edición, Buenos Aires, 1952, t. I.
- Salas, Acdeel Ernesto, *Código civil anotado*, Buenos Aires, 1957.
- Segovia, Lisandro, *El Código civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Buenos Aires, 1881, t. II.
- Wassergug, Horacio, "La petición de herencia es acción real", en *Jurisprudencia Argentina*, t. 27, pág. 781.

Extranjera:

- Aubry, C., y Rau, C., *Cours de Droit civil français*, 4º edición, París, 1869-1873.
- Baudry Lacantinerie, G., y Colin, Maurice, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, 3º edición, París, 1905.
- Colin, A. y Capitant., H., *Cours élémentaire de Droit civil français*, 4º edición, París, 1921.
- Demolombe, C., *Cours de Code Napoléon*. "Traité des successions", Paris, 1857.
- Duranton, M., *Cours de Droit français suivant le Code civil*, 4º edición, t. II, Paris, 1844.
- Hue, Théophile, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Paris, 1893.
- Josserand, Louis, *Derecho civil*, t. III, vol. II, "Liberalidades", Buenos Aires, 1951.
- Julliot de la Morandière, Léon, *Droit civil*, t. IV, Paris, 1965.
- Messineo, Francesco, *Manual de Derecho civil y comercial*, t. VII, Buenos Aires, 1956.
- Petit, Eugène, *Tratado elemental de Derecho romano*, Ed. Albatros, Buenos Aires, 1954.
- Planiol, Marcelo, y Ripert, Jorge, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, t. IV, "Las sucesiones", con el concurso de Marury y Vialleton, La Habana, 1933.

- Puig Brutau, José, *Fundamentos de Derecho civil*, t. V, vol. I, Barcelona, 1961.
Puig Peña, Federico, *Tratado de Derecho civil español*, t. V, vol. II, Madrid, 1963.
Ripert, Georges, y Boulanger, Jean, *Tratado de Derecho civil*, t. X, vol. II, Buenos Aires, 1965.
Tuor, Pierre, *Le Code Civil Suisse*, Zurich, 1950.