

INSTITUCION Y SUSTITUCION DE HEREDEROS EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL Y EN EL DERECHO CIVIL ARGENTINO

*Oswaldo Sergio Lezcano**

I - INSTITUCIÓN DEL SUCESOR

El Código Civil Español (CCE), al igual que nuestro Código Civil (CC), permite la institución de heredero por testamento, siguiendo el sistema imperante en el Derecho Romano. La institución hereditaria tiene lugar cuando una persona deja a otra u otras todo su patrimonio o una parte alícuota de éste, sin designar porciones, nombrándola de esa manera heredera, distinguiéndose del legatario en razón de que este último no goza del derecho de acrecer.

En este sentido, el art. 763 del CCE dice que: "... el que no tuviere herederos forzosos puede disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos a favor de cualquier persona que tenga capacidad para adquirirlos.

El que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la Sección Quinta de este Capítulo...".

Por su parte, el art. 764 del CCE reza "... el testamento será válido aunque no contenga institución de heredero, o ésta no comprenda la totalidad de los bienes, y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar.

En estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo a las leyes, y el remanente de los bienes pasará a los herederos legítimos...".

De ambos artículos podemos apreciar la similitud existente con respecto a la misma institución en el derecho nacional, pues el Código Civil a partir del art. 3710 y bajo el título "De la institución y sustitución de heredero" regula en forma similar –aunque no idéntica- esta materia. El mentado art. 3710 CC dice "... la institución de heredero puede ser hecha sólo por testamento.

* *Abogado Especialista en Derecho Civil, Secretario del Juzgado de Paz Letrado de Alte. Brown*

El testador puede instituir o dejar de instituir heredero en su testamento. Si no instituye heredero, sus disposiciones deben cumplirse; y en el remanente de sus bienes se sucederá como se ordena en las sucesiones intestadas.”

Tanto en el derecho español (art. 658 último párrafo CCE), como en el derecho argentino (art. 3710 CC), no rige la regla romana “nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest” que hacía incompatible la existencia de sucesiones mixtas, es decir, en parte testamentarias y en parte “ab intestato”. En Roma, si el testador no disponía de la totalidad de sus bienes mediante legados, el resto del patrimonio no se daba a los herederos legítimos según el orden correspondiente, sino que acrecía al heredero “in re certa”.

El último párrafo del art. 763 CCE dispone que el que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la Sección Quinta del Capítulo II, Título III, Libro II, titulado “De la herencia”. La sección mencionada denominada “De las legítimas”, establece que constituye la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, éstos pueden disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes, siendo la parte restante de libre disposición (art. 808 CCE).

En relación con los padres o ascendientes, constituye su legítima la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes, salvo el caso en que concurrieren con el cónyuge viudo del descendiente causante, en cuyo supuesto será de una tercera parte de la herencia (art. 809 CCE).

Al igual que en el derecho nacional, en el sistema español el testamento será válido aunque no contenga institución de heredero, o ésta no comprenda la totalidad de los bienes, y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar.

II- FORMA DE LA INSTITUCIÓN

La ley española no impone fórmulas sacramentales o solemnes para instituir herederos, pues lo importante es que la persona o personas designadas sucedan en la universalidad de los bienes al causante (art. 668 CCE). En nuestro Código Civil, el art. 3712 dice que : “El heredero debe ser designado con palabras claras, que no dejen duda alguna sobre la persona instituida. Si la institución dejare dudas entre dos o más individuos, ninguno de

ellos será tenido por heredero. Esta disposición rige igualmente en los legados”.

El código español se ocupa también de este tema al disponer que si el causante hubiese nombrado unos herederos individualmente y otros colectivamente, como si dijere: “Instituyo por mis herederos a N. y a N. y a los hijos de N.”, los colectivamente nombrados se considerarán como si lo fueren individualmente, a no ser que conste de un modo claro que ha sido otra la voluntad del testador (art. 769 CCE).

Asimismo, si el testador instituye a sus hermanos, y los tiene carnales y de padre o madre solamente, se dividirá la herencia como en el caso de morir intestado (art. 770 CCE). Si el causante instituye a una persona y a sus hijos, se entenderán todos instituidos simultánea y no sucesivamente (art. 771 CCE).

Por su parte, el art. 772 CCE estipula que el testador designará heredero por su nombre y apellidos, y cuando haya dos que los tengan iguales deberá señalar alguna circunstancia por la que se conozca al instituido. La institución también será válida, aunque el testador haya omitido el nombre del heredero, si lo designare de modo que no pueda dudarse quién será el instituido. Cuando el causante mencione en forma genérica a su hijo o hijos, esta expresión comprende a los adoptivos.

La institución tampoco se verá viciada por el error en el nombre, apellido o cualidades del heredero, cuando de otra manera pueda saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada (art. 773 1er. pár. CCE). Sin embargo, y en forma análoga a lo dispuesto por el segundo párrafo de nuestro art. 3712 CC, el último párrafo del art. 773 CCE determina que si entre personas del mismo nombre y apellido hay igualdad de circunstancias y éstas son tales que no permiten distinguir el instituido, ninguno será heredado.

III – DESIGNACIÓN DEL HEREDERO

El art. 670 del CCE contiene un principio idéntico al que emana de nuestra ley civil, así como el art. 3619 CC establece que: “Las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador. Este no puede delegarlas ni dar poder a otro para testar, ni dejar ninguna de sus disposiciones al arbitrio de un tercero”. El artículo español mencionado sostiene que el testamento es un acto personalísimo, y que no podrá dejarse su formación, en todo o en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario.

Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente.

De esta manera se asegura que el testamento contenga la expresión auténtica de la voluntad del causante y que ella no ha sido falseada por el tercero. En los casos en que los herederos sean instituidos sin designación de partes, éstos heredarán por partes iguales (arts. 765 CCE, art. 3721 CC).

IV – INSTITUCION HEREDITARIA EN FAVOR DE LOS POBRES, OBRAS BENEFICAS O EL ALMA DEL TESTADOR

En el derecho argentino se prevé la posibilidad de que una cláusula testamentaria instituya herederos a los pobres o al alma del testador. En estos casos la ley dispone que la institución hereditaria a favor de los pobres será considerada un legado a los pobres del pueblo de la residencia del causante, y la hecha a favor del alma deberá aplicarse a sufragios, es decir al pago de misas y oraciones a favor del alma misma, y a las limosnas, o se aparta a la caridad.

La ley civil española contempla algunos casos similares, según su art. 788 que dispone que será válida la cláusula testamentaria que imponga al heredero la obligación de invertir ciertas cantidades periódicamente en obras benéficas, como dotes para doncellas pobres, pensiones para estudiantes o a favor de los pobres o de cualquier establecimiento de beneficencia o de instrucción pública. Para ello impone diversas condiciones. Si la carga se impusiere sobre bienes inmuebles y fuere temporal, el heredero o herederos podrá disponer de la finca gravada, sin que cese el gravamen mientras que su inscripción no se cancele.

Si la carga fuere perpetua, el heredero podrá capitalizarla y poner el capital a interés con primera y suficiente hipoteca. La capitalización e imposición del capital se hará interviniendo el gobernador civil de la provincia y con audiencia del ministerio público. En todo caso, cuando el testador no hubiere establecido una orden para la administración y aplicación de la manda benéfica, lo hará la autoridad administrativa a quien corresponda conforme a las leyes.

En el caso de que el testador dispusiere del todo o parte de sus bienes para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma en forma indeterminada, será tarea del albacea vender los bienes y distribuir su importe. Del pro-

ducido de dicha venta deberá dar la mitad al diocesano para sufragios y atenciones, y necesidades de la iglesia. La otra mitad deberá entregarse al gobernador civil para los establecimientos benéficos del domicilio del difunto, y en su defecto, para los de la provincia (art. 747 CCE).

Las disposiciones hechas a favor de los pobres en general, sin designación de personas ni de población, se entenderán destinadas a los del domicilio del testador al momento de su fallecimiento, a no ser que en el testamento constare claramente haber sido otra su voluntad (art. 749 CCE).

V – PRETERICIÓN DE HEREDEROS FORZOSOS

Como ya mencionáramos, tanto en la ley nacional como en la española los herederos legítimos pueden coexistir con los testamentarios. Pero en el caso en que el testador omite totalmente a los herederos forzosos en un testamento en que instituye otro heredero se produce la preterición de los primeros.

El artículo 3715 de nuestro Código Civil decía: “La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en la línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento, o que nazcan, muerto el testador, anula la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas”.

Esta disposición, que respondía al Derecho Romano y a las leyes de Toro, fue considerada injusta por la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia, pues con la intención de salvar la legítima no respetaba la voluntad del testador. Dichas opiniones se vieron reflejadas en la reforma de la ley 17.711 que modificó el art. 3715 de la siguiente manera: “La preterición de alguno o todos los herederos forzosos, sea que vivan a la fecha del testamento o que nazcan después de otorgado, no invalida la institución hereditaria; salvada que sea la legítima y pagadas las mandas, el resto debe entregarse al heredero instituido”. Es decir, que desde la entrada en vigencia de la reforma se produjo una sustancial modificación en este tema, pues antes de ella la preterición de un heredero forzoso directamente anulaba la institución de heredero, y solamente valían las mandas y mejoras en cuanto no fueran inoficiosas.

En la actualidad, la ley ha impuesto el criterio contrario, ya que la preterición no produce la invalidez de la institución hereditaria, por lo que, una vez salvada la legítima y pagadas las mandas, el remanente corresponde al heredero instituido. La acción de preterición puede ser ejercida tanto si el pre-

terido existía al tiempo de hacerse el testamento como si nació después, y son titulares de la misma todos los herederos forzosos, inclusive el cónyuge.

Por su parte, la solución que da el derecho civil español al mismo tema es diferente. Desde la reforma del CCE por ley 11 del año 1981 la preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima. La institución de heredero se reducirá antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias. Sin embargo, la preterición no intencional de hijos o descendientes producirá los siguientes efectos:

1°- Si resultaren preteridos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial.

2°- En otro caso, se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante, la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas.

Asimismo, el CCE señala que los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos.

Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, el testamento surtirá todos sus efectos. A salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador (art. 814 CCE).

VI – SUSTITUCIÓN DE HEREDEROS

Lafaille define a la situación hereditaria como la disposición por la cual el testador instituye en orden subsidiario una persona para el caso de que el instituido en primer término no llegue a suceder. Por su parte, Borda nos dice que la sustitución es una disposición testamentaria por la cual un tercero es llamado a recibir una herencia en defecto de otra persona o a continuación de ella.

Vélez Sarsfield, en la nota al art. 3724 CC, nos recuerda las seis clases de sustituciones que existieron en el Derecho Romano y en el Derecho Español:

1°- La vulgar, que es la permitida por el Código y autoriza al causante a subrogar alguno al heredero nombrado en el testamento, para cuando este heredero no quiera o no pueda aceptar la herencia.

2°- La pupilar, por la cual el padre hace su testamento y el testamento de su hijo impúber, y le nombra heredero para el caso de que muera antes de llegar a la pubertad.

3°- La ejemplar, según la cual los padres hacen el testamento de sus hijos púberes, dementes o imbeciles, para el caso de que ellos mueran sin haber recobrado la razón.

4°- La sustitución recíproca hecha entre todos los herederos instituidos, por la que se llama a los unos a falta de los otros, sea vulgar, sea pupilar o ejemplarmente.

5°- La sustitución compendiosa, que comprende a su vez una sustitución vulgar y una sustitución fideicomisoria. Ella valía como vulgar si el caso de la vulgar se presentaba y como fideicomisoria si el caso de ésta llegaba.

6°- La fideicomisoria subroga un segundo heredero al heredero instituido con el cargo de conservar los bienes para que a su muerte pasen al instituido.

Vélez decidió abolir todas las sustituciones, con excepción de la vulgar. En cuanto a la fideicomisoria, que es la principal y única que los escritores franceses llamaron sustitución, tiene el carácter particular de la carga que impone al heredero de devolver a su muerte los bienes al heredero instituido, estableciéndose así un orden de sucesión en las familias. Esta sustitución es un obstáculo inmenso al desenvolvimiento de la riqueza, a la mejora misma de las cosas dejadas por el testador. Tiene, lo que se creía una ventaja, la conservación de los bienes; pero para esto es preciso una inmovilidad estéril en lugar del movimiento que da vida a los intereses económicos. La sustitución vulgar no tiene estos inconvenientes, pues no es más que una segunda institución para el caso en que no tenga lugar la primera, no trastorna el orden de las sucesiones, ni tiene las propiedades inertes, ni en suspenso.

Dentro de los distintos tipos de sustitución mencionados precedentemente, es interesante analizar el caso de la sustitución fideicomisaria, pues esta ha sido receptada tanto en nuestro derecho a través de la ley 24.441, como en el derecho español en virtud de lo normado por el art. 781 y siguientes del CCE.

En esta sustitución, la voluntad del testador consiste en impedir la disponibilidad de los bienes hereditarios por parte del instituido, imponiendo que a la muerte de este (denominado fiduciario o fideicomisario) esos bienes se defieran a un sustituto nombrado por el propio testador. Es una forma de ase-

gurarse el destino de sus bienes aún mucho más allá de su muerte.

En general, el derecho moderno se ha mostrado contrario a esta forma de dificultar la circulación de los bienes, por considerarla económica y socialmente nociva, pues llevaba a la constitución de las llamadas “manos muertas”, que fueron repudiadas a partir de la Revolución Francesa mediante el decreto del 10 de octubre de 1789.

Por tales motivos, el Código Civil Argentino establece en su art. 3723 que “... el derecho de instituir un heredero no importa el derecho de dar a éste un sucesor”. Sin perjuicio de ello, debemos recordar que el art. 1° de la ley 24.441 dice que “Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a trasmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”.

En relación a la materia sucesoria, el artículo 3° de la misma ley expresa que : “El fideicomiso también podrá constituirse por testamento, extendido en alguna de las formas previstas por el Código Civil, el que contendrá al menos las enunciaciones requeridas por el art. 4°. En caso de que el fiduciario designado por testamento no aceptare se aplicará lo dispuesto en el art. 10 de la presente ley”.

El art. 4 mentado exige que el contrato –o el testamento en este caso– deberá contener la individualización de los bienes o al menos la descripción de los requisitos y características que éstos deberán reunir; la determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso; el plazo o condición a que se sujete el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar más de treinta años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere un incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad; el destino de los bienes a la finalización del fideicomiso y los derechos y obligaciones del fiduciario y el modo de sustituirlo si cesare.

Por su parte el art. 10 de la ley prevé que si se produce una causa de cesación del fiduciario, este será designado por el sustituto designado en el contrato (testamento) o de acuerdo al procedimiento previsto en él. Si no lo hubiere o no aceptare, el juez designará como fiduciario a una de las entidades autorizadas de acuerdo a lo previsto en el art. 19 (entidades financieras o sociedades especialmente autorizadas por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario), los bienes fideicomitados serán transmitidos al nuevo fiduciario.

Sin embargo, la prohibición absoluta de la sustitución fideicomisoria existente en nuestro Código Civil no es el criterio uniforme de la legislación comparada. La ley civil española otorga validez a las sustituciones fideicomisorias en virtud de las cuales se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador (art. 781 CCE).

A esta limitación se suma la disposición que impide que la sustitución fideicomisoria grave la legítima. En caso de que recayeren sobre el tercio destinado a la mejora (art. 823 y sig. CCE), sólo podrán hacerse a favor de los descendientes (art. 7982 CCE).

En cuanto a la forma del llamamiento fideicomisorio, éste debe ser expreso para ser válido. El fiduciario debe entregar la herencia al fideicomisario sin otras reducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa (art. 783 CCE).

A su turno, el fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario el derecho de aquel pasará a sus herederos (art. 784 CCE).

El criterio restrictivo que sobrevuela la aceptación de esta sustitución en España se ve plasmada en el art. 785 del CCE, al señalar que no surtirán efecto:

1°- Las sustituciones fideicomisorias que no se hagan de una manera expresa, ya dándoles este nombre, ya imponiéndole al sustituto la obligación terminante de entregar los bienes a su segundo heredero.

2°- Las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aún la temporal, fuera del límite señalado en el art. 781.

3°- Las que impongan al heredero el encargo de pagar a varias personas sucesivamente, más allá del segundo grado, cierta renta o pensión.

4°- Las que tenga por objeto dejar a una persona el todo o parte de los bienes hereditarios para que los aplique o los invierta según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador.

Asimismo, es posible destacar que la nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudicará a la validez de la institución ni a los herederos del primer llamamiento; sólo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisoria (art.

786 CCE). En este caso la solución es la misma que contempla el art. 3730 de nuestro Código Civil.

En último lugar, el CCE dispone en su artículo 789 que todo lo reglado en el capítulo que venimos comentando respecto a los herederos se entenderá también aplicable a los legatarios, disposición igualmente similar a la que emana del artículo 3732 del Código Civil Argentino.