

## ¿EL TESTADOR QUIERE O NO QUIERE A SUS SOBRINOS?

Dr. Mauricio Moyano<sup>1</sup>.

Un particular caso fue objeto de sentencia por la Cámara Civil, Sala L, en el mes de marzo del 2023. El mismo se discutió el derecho de representación de los sobrinos respecto de su madre prefallecida, en la sucesión de su tía (sucesión de los colaterales), incursos en una sucesión testamentaria. Y más allá de que el caso fue resuelto claramente aplicando la solución legal hoy vigente en el nuevo Código Civil y Comercial, lo cierto es que existen varias cuestiones que lo vuelven interesante. Las analizaremos a continuación:

**Sobre el caso:** Sucede que en el año 2003 la testadora, Sra. J.E.R., realizó un testamento ológrafo instituyendo como herederas y en partes iguales a sus tres hermanos: M.O.R., M.Z.R. y S.I.

Quince días después de confeccionado dicho testamento, fallece unas de las herederas instituidas (M.Z.R.).

Varios años después, precisamente el día 24 de enero del 2016, fallece la causante, sin haber modificado tal testamento.

La heredera M.O.R. cede sus derechos hereditarios a su hija, C.E.T., quien solicita la exclusión de sus primos (W.A.E. y D.U.), los representantes de la heredera prefallecida M.Z.R., haciendo alusión a la caducidad de la disposición testamentaria por prefallecimiento del heredero instituido, invocando el artículo 2518 del Código Civil y Comercial.

Tanto en primera instancia como en la Cámara Civil, se resolvió correctamente desestimar tal pedido de exclusión, invocando el nuevo artículo 2429, tercer párrafo, del Código Civil y Comercial que expresamente dispone que: (El derecho de representación) *“Se aplica también en la sucesión testamentaria, si el testador se limita a confirmar la distribución a la herencia que resulta de la ley”*.

### **La aplicación de la ley en el tiempo respecto de los testamentos:**

Un tema muy importante a tener en cuenta para la resolución del presente caso es qué ley corresponde aplicar al testamento ológrafo realizado en el año 2003, porque si tal vez aplicáramos al fondo de la cuestión el viejo Código Civil, la solución al caso podría haber sido otra. Veamos qué leyes corresponde aplicar en este interesante caso.

Tenemos dos leyes temporales aplicables a los testamentos: la ley que rige su forma, que es la que rige al momento de realizar el mismo, conforme lo determina el artículo 2472 del Código Civil y Comercial que establece: *“La ley vigente al tiempo de testar rige la forma del testamento”*.

---

<sup>1</sup> Desde hace más de 20 años ejerce en forma particular la profesión de abogado. Actualmente es profesor de Sucesiones en la Universidad del Aconcagua y en la Universidad de Mendoza. Ha disertado en varios congresos y capacitaciones, escrito varios artículos relativos a la materia, y fue director y coautor del libro "El proceso sucesorio en el Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza", Ed. ASC, 2018.

Por otra parte, nos encontramos con la ley que rige el fondo o el contenido de las disposiciones testamentarias, que es la ley vigente al momento del fallecimiento del causante, tal cual lo establece el artículo 2466 del código de fondo, que dice textualmente: *“El contenido del testamento, su validez o nulidad, se juzga según la ley vigente al momento de la muerte del testador”*.

Como anticipé, es importante que el juzgador tenga en claro tales leyes aplicables y sepa distinguir qué es fondo y qué es forma en el testamento. De lo contrario, en este caso, el Tribunal podría haber determinado erróneamente que al testamento de autos realizado en el año 2003 le era aplicable respecto de su sustancia la ley vigente al momento de su confección, pudiendo aplicar así el viejo artículo 3743 del Código Civil que disponía: *“Toda disposición testamentaria caducará, si aquel a cuyo favor se ha hecho no sobrevive al testador”*. Por ello, tal vez, el Tribunal podría haber cambiado la resolución aquí dictada, admitiendo la exclusión de los herederos por representación. En efecto, la doctrina y la jurisprudencia durante la vigencia del viejo Código Civil estaba muy dividida al respecto. Guillermo Borda invoca una jurisprudencia del año 1936 que declaró caduca la disposición testamentaria que beneficiaba a un hermano del causante, tal cual es nuestro caso (*“Tratado de derecho Civil – Sucesiones”*, Tomo II, Ed. La Ley, pág. 15, año 2008).

Pero no fue así, sino que el Tribunal, tanto el de primera como el de segunda instancia, fallaron e interpretaron el fondo del testamento conforme la ley que corresponde, que es la vigente al momento del fallecimiento del causante (art. 2466 CCC), denegando en consecuencia la exclusión hereditaria solicitada, en tanto aplicó las normas del nuevo Código Civil y Comercial.

### **¿Siempre se encuentra legitimado el cesionario para intentar excluir a un heredero?:**

A fin de determinar si el cesionario de los derechos hereditarios se encontraba legitimado sustancialmente para accionar contra los representantes del heredero prefallecido, debemos atenernos a la letra del difícil y confuso artículo 2303 del Código Civil y Comercial, que reza: *“La cesión de herencia comprende las ventajas que pueden resultar ulteriormente por colación, por la renuncia a disposiciones particulares del testamento, o por la caducidad de éstas.*

*No comprende, excepto pacto en contrario:*

*a) lo acrecido con posterioridad en razón de una causa diversa de las expresadas, como la renuncia o la exclusión de un coheredero;*

*b) lo acrecido anteriormente por una causa desconocida al tiempo de la cesión;*

*c) los derechos sobre los sepulcros, los documentos privados del causante, distinciones honoríficas, retratos y recuerdos de familia”.*

En primer lugar, la expresión utilizada en el artículo *“excepto pacto en contrario”* nos lleva a determinar que sus disposiciones son de derecho dispositivo, es decir, si las partes quisieran,

podrían alterar las soluciones por él dadas. Más, si nada alteran, será de aplicación la letra del mismo.

Ergo, si la cesión la rige la letra del artículo 2303, corresponde preguntarnos si el cesionario puede intentar excluir a sus coherederos. La respuesta es afirmativa, en tanto y conforme al primer párrafo de dicho artículo el cesionario se encuentra legitimado para accionar en tanto la cesión de la herencia comprende las ventajas que puedan resultar ulteriormente por caducidad de disposiciones testamentarias (que es justamente lo que el actor procuraba en este proceso que comentamos). Aquí, en el caso en análisis, el cesionario pretendió excluir a los representantes del heredero prefallecido (sus primos) aduciendo la caducidad de la disposición testamentaria por premoriencia del beneficiario conforme lo determina el artículo 2518 del Código Civil y Comercial.

Ahora, si el caso hubiese sido otro, y el coheredero hubiese intentado ser excluido por una causa diversa (por ejemplo: por indignidad), entendemos que el cesionario no estaría legitimado para accionar, en tanto no es una ventaja de las establecidas en el primer párrafo del artículo en cuestión, sino que es un derecho excluido conforme surge de su interpretación literal: *“No comprende, excepto pacto en contrario: a) lo acrecido con posterioridad en razón de una causa diversa de las expresadas, como la renuncia o la exclusión de un coheredero”*.

#### **La nueva solución del Código Civil y Comercial respecto del derecho de representación en la sucesión testamentaria (nuevamente aplicando la teoría del afecto presunto):**

Finalmente, llegamos al meollo de la cuestión debatida en el fallo comentado: si los representantes del heredero prefallecido deben ser excluidos o no, por una supuesta caducidad de la disposición testamentaria.

Para dilucidar este dilema, debemos confrontar las siguientes normas jurídicas: el artículo 2518, el artículo 2429 y, finalmente, el 2439 del Código Civil y Comercial.

El primero de ellos (2518) determina un principio genérico: *“La institución de heredero caduca cuando el instituido muere antes que el testador”*.

Ahora, el 2429 establece una excepción al mismo, y sostiene: *(La representación) “Se aplica también en la sucesión testamentaria, si el testador se limita a confirmar la distribución a la herencia que resulta de la ley”*.

Y, finalmente, el 2439 establece también el derecho de representación para los descendientes de los hermanos hasta el cuarto grado. Aunque nada dice de su aplicación a la sucesión testamentaria.

En estos casos es donde la correcta y justa interpretación de la ley toma sentido: el juzgador al hacer jugar estos artículos determina que el derecho de representación de la sucesión testamentaria aplicado a los descendientes (2429) también puede ser aplicado a los colaterales (2439) aunque no lo diga expresamente, en tanto el principio rector que justifica la norma es el mismo: la voluntad presunta del causante. Su afecto presunto.

En el caso que comentamos no hay dudas de que el heredero instituido (el hermano del testador) falleció antes que el testador, con lo cual y según el principio general (artículo 2518 Código Civil y Comercial) dicha institución hereditaria caducaría.

Pero en este caso debemos tener en cuenta que en el testamento el testador se limitó a confirmar la distribución a la herencia igual que lo determina la ley. Es decir, el testador tenía tres hermanos, y le dejó un tercio a cada uno, no modificando lo que establece la ley. En cambio, si el testador hubiese instituido como heredero a un amigo (no pariente) y éste hubiese prefallecido, la institución caducaría en tanto la misma es *instiute personae*.

El derecho de representación en los colaterales (artículo 2439 Código Civil y Comercial) tiene su razón de ser en la presunción de afecto del causante hacia ellos. Así la ley presume que el causante quiere tanto a su hermano como a sus sobrinos. Y el sólo hecho de que el causante haya instituido como heredero a su hermano (sin alterar las porciones que por ley le correspondían), no altera la presunción antes indicada, por más que la ley no se clara al respecto.

En el caso aquí comentado, el juzgador resolvió bien la cuestión debatida. Interpretó correctamente la ley y su intención. Pero, sobre todo, interpretó la voluntad presunta del testador de quien, presume, que quería tanto a su hermano (prefallecido) como a sus sobrinos, y procura proteger a la familia. Tal presunción de afecto del causante es lo que justifica la distribución de la herencia intestada y no debe alterarse por interpretaciones caprichosas.

Más allá de lo expuesto, todo esto podría haberse evitado con una correcta asesoría jurídica al confeccionar el testamento, en el sentido de establecer una sustitución vulgar para el caso de premoriencia de algún beneficiario. O podría haber asesorado al testador en la confección de un nuevo testamento ya que el beneficiario falleció sólo 15 días después de realizado el mismo.