

## SUCESIÓN: TESTAMENTO: HEREDEROS FORZOSOS; ENUNCIACIÓN INCOMPLETA; PRETERICIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE; NECESIDAD DE CITACIÓN POR EDICTOS; INICIACIÓN DE DOS PROCESOS SUCESORIOS; TESTAMENTARIO Y AB INTESTATO\*

### DOCTRINA:

- 1) *Si no obstante el testamento, el heredero forzoso –en el caso cónyuge– hubiera sido preterido, sin perjuicio de la aprobación del instrumento en cuanto a su forma, habrá que citar por edictos a todos los que se consideren con derecho a los bienes dejados por la causante, incluso acreedores y, posteriormente, dictar la declaratoria de herederos.*
  - 2) *Aun cuando se admitiera que la testadora ha instituido a los propios legitimarios, ello no modifica el título de éstos. El nombramiento por parte del testado de sus herederos forzosos puede importar una ventaja para éstos, pues tor-*
- na innecesaria la publicación de edictos y declaratoria de herederos al eliminar el problema de la prueba del vínculo, salvo que la enunciación sea incompleta.*
- 3) *Si además de la recurrente –hija de la causante– existe otro heredero forzoso –cónyuge supérstite–, en tanto se considere que la enunciación hecha por la causante en el testamento es incompleta, corresponde dar curso a los dos procesos sucesorios, testamentario y ab intestato.*
  - 4) *Resulta inaplicable el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictado in re “Violeta Andrea s/ sucesión testamentaria”, S. 268.XXXIII, del 17 de*

\* Publicado en *El Derecho* del 16/11/2000, fallo 50.431.

marzo de 1998, por ser distinto del caso de autos, en el que en el testamento la causante ha incurrido en la preterición de su cónyuge supérstite. M. M. F. L.

Cámara Nacional Civil, Sala C, setiembre 26 de 2000. Autos: “Gallego Medina, Pasión s/ sucesión”.

DICTAMEN DEL FISCAL ANTE LA CÁMARA. — I. Vienen estos autos a conocimiento de V. E., con motivo del recurso de apelación en subsidio interpuesto por la hija de la causante (fs. 100/101), contra la resolución del Sr. juez *a quo*, por la que dispuso la apertura del juicio sucesorio *ab intestato*, ordenando la acumulación del mismo al proceso testamentario (fs. 96 y 115).

El agravio de la hija de la causante se encuentra referido a que, habiendo testamento que la instituyó como única y universal heredera, resulta contrario a derecho el dictado de la declaratoria.

II. Según surge de la partida de matrimonio obrante a fs. 55, la causante contrajo nupcias con el Sr. Vicente Ferraro el 11 de abril de 1990.

El 26 de julio de 1993 otorgó testamento, manifestando que era de estado civil casada con aquél, instituyendo como única heredera a su hija Solange Sandra Latorre.

A su vez, tal como surge de la partida de defunción obrante a fs. 1, el deceso se produjo el 23 de enero de 2000.

III. La situación planteada se encuentra prevista dentro de la llamada preterición de herederos, que en el sistema de Vélez autorizaba al legitimario desplazado a pedir la nulidad de la institución hereditaria (Borda, G., *Tratado - Sucesiones*, Perrot, 7a ed. act., Bs. As., 1994, t. II, pág. 321, N° 1361).

El art. 3715 del Cód. Civil, reformado por la ley 17711 [ED, 21-961] dispone que “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”.

Dicha norma prevé la concurrencia, en una misma sucesión, de herederos legítimos e instituidos y, pese al testamento, si el heredero forzoso ha sido preterido, sin perjuicio de la aprobación del testamento en cuanto a sus formas, habrá que citar por edictos a todos los que se consideren con derecho a los bienes dejados por el causante, y dictar la pertinente declaratoria de herederos (Fassi, S., *Tratado de los testamentos*, Astrea, Bs. As., 1970, t. I, pág. 375, Núms. 642 y 645).

Ahora bien, la recurrente invoca un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el cual acompaña a fs. 97/99 (“Stoll, Violeta Andrea s/ sucesión testamentaria”, S. 268.XXXIII.) de fecha 17 de marzo de 1998, en el cual ese tribunal dijo que, ante la existencia de un testamento válido por el cual se dispone de la totalidad de los bienes en favor del heredero instituido, no correspondía la promoción del juicio sucesorio *ab intestato* (consid. 8°).

Sin embargo, el caso es distinto del que nos ocupa, ya que lo que no men-

ciona la quejosa es que en el consid. 9º se dijo: “que es dable señalar que la posibilidad de que exista un cónyuge supérstite aparece como una afirmación prematura y meramente conjetural. Ello es así porque no se ha presentado persona alguna que alegue ser heredero legitimario, ni menos aún que haya probado adecuadamente su vínculo y vocación hereditaria (art. 3591, Cód. Civil)”. En autos, como quedó expuesto, se ha acreditado el matrimonio de la causante y se ha presentado el cónyuge supérstite.

Lo expuesto me lleva a concluir que deben rechazarse los agravios, debiendo continuar el trámite sucesorio *ab intestato* a los fines del dictado de la pertinente declaratoria de herederos.

En consecuencia, por las precedentes consideraciones, soy de opinión que V. E. debe confirmar el decisorio de fs. 96, mantenido a fs. 115. Buenos Aires, setiembre 5 de 2000. — *Carlos R. Sanz*.

Buenos Aires, setiembre 26 de 2000. — Y *Vistos: Considerando*: I. El pronunciamiento de fs. 96 –mantenido a fs. 114/5, *in fine*– declara válido el testamento cuyo testimonio de escritura obra a fs. 25/7 con relación al quinto disponible y dispone la apertura del juicio sucesorio *ab intestato* de la causante, ordenando su acumulación a estos autos.

La decisión es apelada por la hija de la testadora que formula sus agravios a fs. 100/1, los que son contestados a fs. 103, apartado I. La Fiscalía de Cámara dictamina a fs. 134/5 y propicia la confirmatoria del fallo apelado.

II. La apelante, al cuestionar la decisión, solicita: “a) la declaración de la validez del testamento sobre la universalidad de los bienes que componen el patrimonio de la causante; b) en el caso de que Vicente Ferraro lo solicite, la apertura y acumulación de la sucesión *ab intestato* para que las personas interesadas acrediten su vínculo y carácter de heredero, a los fines previstos en los arts. 3601 y 3715 del Cód. Civil; c) respecto de los bienes gananciales de la causante, declarar la innecesariedad de la sucesión *ab intestato*; d) poner a la heredera y cónyuge supérstite en posesión real de los fondos obrantes en autos de acuerdo con lo solicitado a fs. 767/70” (fs. 101 vta.).

III. La resolución en análisis debe ser modificada, no ya en los términos que pretende la quejosa, sino en cuanto el magistrado resolvió aprobar el testamento “con relación al quinto disponible”. La decisión que en tal sentido prevé el art. 708 del Cód. Procesal atiende exclusivamente a que el juzgador evalúe si el instrumento es válido o no en cuanto a las formas en que aparece redactado, no correspondiendo efectuar consideraciones respecto de su contenido, como sucedió en el caso.

En consecuencia, en este punto el decisorio será modificado, mas no como se pretende en el sentido de que el testamento “se declare válido en relación a la totalidad del patrimonio de la causante” (fs. 100) pues, además de innecesario –por obvio– es improcedente.

IV. La apelante afirma que no tiene “necesidad de que una declaratoria de herederos dictada en el marco de un juicio sucesorio *ab intestato* se superponga a la institución de heredera que ya tengo (tiene) por testamento” (fs. 100).

Según el testamento redactado en escritura pública, la causante Pasión Ga-

llego Medina manifestó estar casada en segundas nupcias con Vicente Ferraro e instituyó “por su única heredera a su hija Solange Sandra Latorre” (cláusula quinta, fs. 25 vta.).

Si, como sucede en el caso, no obstante el testamento, el heredero forzoso –cónyuge– hubiera sido preterido, sin perjuicio de la aprobación del instrumento en cuanto a su forma (art. 708 cit.), habrá que citar por edictos a todos los que se consideren con derecho a los bienes dejados por la causante, incluso acreedores y, posteriormente, dictar la declaratoria de herederos (Fassi, S., *Tratado de los testamentos*, t. I, pág. 375, N° 645).

En efecto, aun cuando se admitiera que la testadora ha instituido a los propios legitimarios, ello no modifica el título de éstos. El nombramiento por parte del testador de sus herederos forzosos puede importar una ventaja para éstos, pues torna innecesaria la publicación de edictos y declaratoria de herederos al eliminar el problema de la prueba del vínculo, salvo que la enunciación sea incompleta, como acontece en autos (conf. Borda, G., *Tratado de Derecho Civil argentino - Sucesiones*, t. II, pág. 353, N° 1343; Fassi, S., ob. cit., t. I, pág. 364, N° 616; Maffia, J. O., *Manual de Derecho Sucesorio*, t. II, pág. 220, N° 660; CNCiv., Sala C, *in re* “Amadeo, M. O. s/ sucesión testamentaria”, del 18-9-1984, en *ED*, 111-178).

De ahí que, si como la propia recurrente reconoce, además de ella existe otro heredero forzoso –el cónyuge supérstite–, en tanto se considere que la enunciación hecha por la causante no es completa, corresponde dar curso a los dos procesos sucesorios, testamentario y *ab intestato*, éste último ya iniciado por aquél (fs. 86 bis y sig.).

Finalmente, se señala la improcedencia del pedido de que el Tribunal declare que es innecesario abrir la sucesión *ab intestato* respecto de los bienes gananciales a nombre de la causante. En este punto, parece oportuno citar el criterio que informan numerosos antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales, en el sentido de que el proceso sucesorio apunta estrictamente a la determinación objetiva y subjetiva de los bienes que conforman el acervo y de las personas que habrán de suceder al causante.

En relación “a poner a la heredera y cónyuge supérstite en posesión real de los fondos obrantes en autos de acuerdo con lo solicitado a fs. 77/80”, el planteamiento devino abstracto, dado que la apelante modificó sus pretensiones, según surge de fs. 125/6, cuestión sobre la que el magistrado aún no se expidió, en razón de la apelación concedida.

V. En su expresión de agravios, la apelante apoya su postura en el decisorio emanado de este Tribunal en autos “De Zavaleta, A. S. s/ sucesión *ab intestato*, del 15-3-95 (en *ED*, 164-229, con nota de Elías P. Guastavino), debiendo destacarse al efecto que ese precedente respondía a un caso que dista de asemejarse al presente en razón de que, a diferencia de lo que aquí ocurre, el testador había instituido herederos a los propios legitimarios en su totalidad, sin excluir ninguno, y éstos intentaban desconocer el testamento por no resultar conveniente a sus intereses.

Por las consideraciones precedentes y de conformidad con lo dictaminado

por la Fiscalía de Cámara, se resuelve: 1) modificar el decisorio de fs. 96, mantenido a fs. 114/5, *in fine*, aprobando en cuanto a sus formas el testamento redactado por escritura pública cuyo testimonio obra a fs. 25/7; 2) confirmarlo en todo lo demás que decide y fue motivo de agravios, a excepción de lo solicitado a fs. 101 vta., apartado 3º, punto d), por considerar que la cuestión devino abstracta. Con costas de la alzada en el orden causado, porque la apelante pudo creerse con derecho a insistir en su postura (arg. art. 68, Cód. Procesal). Previa notificación del Sr. Fiscal de Cámara en su despacho, remítanse los autos sin más trámite al juzgado de origen, a fin de que se lleve a cabo la notificación prevista por el art. 135, inc. 7º del Cód. Procesal. — *Jorge H. Alterini*. — *José L. Galmarini*. — *Fernando Posse Sagui*.